

---

<http://www.incadat.com/> ref.: HC/E/NZ 583

[13/12/2003; Court of Appeal (New Zealand); Superior Appellate Court]

P. v Secretary for Justice [2004] 2 NZLR 28

---

CA111/03

控訴人 P 及び被控訴人 A.P.との査定系ニュージーランド中央当局としての司法長官との訴訟

審理：2003年11月3日、判決：2003年12月19日

裁判官：Gault 裁判長、Blanchard 判事、Glazebrook 判事

出廷：控訴人側として P D McKenzie 弁護士、J E Bryson 及び P A C Foster PAC フォスター。被控訴人側として C R Pidgeon 弁護士

ソリシター：控訴人側として Bryson & Co, Raumati Beach。被控訴人側として Donald F C Fuller, Wellington

GAULT 裁判長：序論

[1] 本件は、ハーグ条約の適用性の問題を提起する 1968 年後見法の第 31B 条 (1)(b)にもとづいた控訴である。高等法院で 2003 年 2 月 26 日に下した判決において、Goddard 判事は、二人の子らを豪州に返還するよう指示した家庭裁判所 (Grace 判事) の決定を支持した。事実や争点については、下級審の判決及び当裁判所の他の裁判官の判決に記載されている。

[2] 当職が判決の草稿を読んだ当裁判所の他の裁判官は、本件控訴が認容されるべきであり、母親による二人の子らの監護の申立てを家庭裁判所で決定してもよいと判断した。

[3] 当職は、控訴を棄却する。当職は、家庭裁判所及び高等法院が到達した結論が開かれていなかったとする主張に納得していない。子らの母親が監護を目的としてポリルアの家庭裁判所に申し立てた 2002 年 7 月に子らが豪州に常居所を有していたとする認定は、事実に関する認定であり、当裁判所に控訴する権利が生じ得ないものである。ハーグ国際私法会議は、常居所の問題が概ね事

実問題の枠内にとどまるよう確保する狙いで、常居所を判断する基準となるようなルールや原則を定めることに一貫して抵抗した。

[4] ブランチャード判事の意見と一致するものの、当職は、この問題が控訴審で初めて議論されることを **Goddard** 判事が許すべきであったとは考えていない。当職は、我々が重要な時点における子らの常居所に関する彼女の結論を再検討すべきであるとは考えていない。

[5] 重要な時点において子らが豪州に常居所を有していたことを前提とすると、当職は、ニュージーランドの家庭裁判所が監護に関する母親の申立てを検討する道を開くことは、実際には、ハーグ条約の運用を妨げることになるという見方をしている。子らがニュージーランドに滞在してもよいと子らの父親が当初同意した期間が満了するまで、ニュージーランドにおける子らの「留置」が存在し得ないことを理由に条約が適用されないと決定することは、母親に対し、合意を根拠とすることと合意を否認することとの両方を同時に許すことである。

[6] 合意内容によれば、監護の権利を共有することになっていた。父親は、子らをニュージーランドに連れて行き、2年間そこに暮らさせ、しかる後に豪州に戻すことに友誼的に同意したが、これは、権利と責任のそうした共同による行使が前提となっていた。母親によるニュージーランド家庭裁判所への監護を求める申立てが、合意された父親の監護の権利を否認するものであることは明らかである。しかし、父親の同意を根拠として2年の期間が経過するまで全く「留置」が存在しないと主張することは、父親の監護の権利を否定するまさにその目的のために彼による監護の権利の行使を根拠とすることになる。

[7] **S (Minors) Abduction: Wrongful Retention [1994] 2 WLR 228, 239** においても、ウォール判事が同様の見解を表明している：

しかしながら、当職には、この事件のように母親が、自らの主張の一部として、子らをイスラエルに戻すつもりが一切ないと表明した場合、その母親は、第3条又は第13条(a)のいずれかにもとづき、限られた期間の連れ去り又は留置に対する父親の同意を自らに有利な根拠とすることはできないと思われる。ターナー氏が述べているように、彼女は、負担なしに合意の利益を受けることはできない。同様に、事実問題として、父親に伝えていない場合でも、表明する決断それ自体が、不法な留置行為を構成し得るものでしかないように当職には思える。そこで当職は、子らをイスラエルに戻す意志が全くないと表明し、母親と子らがイングランドに常居所を取得していることを主張することによって、

母親が、その表明の日から子らをイングランドで不法に留置しているものと認定する。この事件の事実については、自らがイングランドに定住し、イングランドで生活している旨の彼女の宣誓供述書の陳述が、子らをイングランドに留置することを事前に決断していた証拠である。その時期は確定可能であり、決断がなされた時期に関する直接的な証拠は存在しないものの、当職は、訴訟開始召喚手続前の、1993年5月6日の父親からの手紙を受け取った時期又はそれから間もない時期であると確定する。

[8] (条約の適用を受けないように) 留置に相当しないことを主張しつつ、ニュージーランドにおいて監護を申し立てる行為を許すことは、監護の問題について常居所を有していた国の裁判所で決定するという条約の目的に真っ向から反するように当職には思われる。

#### BLANCHARD 判事：序論

[9] 控訴人、P 夫人は、ハーグ条約が援用された監護紛争に関して 1968 年後見法にもとづいて当裁判所に控訴することを許可された。控訴は、法律問題に限定されている：第 31B 条(1)(b)。ポリルアの家庭裁判所 (Grace 判事) は、ニュージーランド中央当局として、かつ P 夫人の夫の代理人として行動した司法長官の申立てについて、豪州の裁判所が将来の生活に関する取り決めを決定できるよう二人の婚姻による現在の年齢 7 歳及び 5 歳の子らを P 氏の住む豪州に返還するよう命じた。ウェリントンの高等法院では、Goddard 判事が P 夫人の控訴を棄却した。

#### 事実

[10] P 氏は、豪州国民である。P 夫人は、1993 年に豪州に移住したニュージーランド国民である。二人は豪州で出会い、1995 年に婚姻し、二人の子らをもうけた。彼らは、2001 年 3 月に別居し、その後も子らの監護を共有した。P 夫人は、2002 年 1 月に自分の家族と一緒にいるために子らとともにニュージーランドに移る意思を P 氏に伝えた。彼は、そこで、正式な監護について取り決めるため、豪州の家庭裁判所に申し立てた。しかし、彼の申立てが審理される前に、両者は合意に達し、それが P 氏の手書きで P 夫人によって 2002 年 1 月 18 日に署名された「誓約書」に記録された。どちらの当事者も法的助言を受けていないと見られる非公式文書には、次の条件が含まれていた。

A.P.と私が、婚姻による前記子らの長期的監護、福祉及び発展に関する決定を行うために、相互に協議し、親として共同責任を負うこと。

それぞれの親が、婚姻による前記子らの日々の監護と発展に関する決定に責任を負うこと。

婚姻による前記子らをニュージーランドに連れて行く旨の A.P.との [原文] 友誼的な合意にもとづき、A.P.が前記子らとの関係を維持できるよう全面的な監護を 2 年交替で行うために子らを A.P.の許に戻すことに私が同意し、それを子らが 18 歳になるまで継続することに私が同意すること。

婚姻による前記子らをニュージーランドに連れて行く旨の A.P.との [原文] 友誼的な合意にもとづき、私が、子らのニュージーランドまでの往復航空運賃又は婚姻による前記子らが A.P.と居住するための豪州への往復航空運賃を支払うことに同意する。私が、そのための費用を年に一度、12 月に支払うことに同意する。

私が 2002 年 2 月 6 日から 2 年後に婚姻による前記子を返還しないか、又は私が上記の条件を遵守しなかった場合には、私が、子の養育など、A.P.からのあらゆる援助を失うことに同意する。

[11] P 氏は、そこで、豪州の家庭裁判所で進めていた自分の手続を撤回し、P 夫人は、二人の子らを 2002 年 2 月 7 日にニュージーランドに連れていった。

[12] P 夫人は、5 ヶ月ほど後の 2002 年 7 月 3 日に、自分に子らの監護を認める命令を求め、通知の上、家庭裁判所に申し立てた。申立書を裏付ける宣誓供述書において、彼女は、1 月 18 日に P 氏と交わした合意に関する完全な情報を開示し、その写しを添付した。しかしながら、彼女は、自分がニュージーランドで新しい生活を始め、自分の子らが、(2004 年 2 月を指すものと解さなければならぬ) 「2 年後に」再度豪州に戻され、新しい生活を始めなくてもよいと知ることで安全を得るべきであると考えていると述べている。

[13] これに応答し、ニュージーランド中央当局は、1991 年改正後見法の第 12 条にもとづき、子らを豪州に返還する命令を求める申立てを 2002 年 10 月 22 日に行った。

ハーグ条約と法規定

[14] 改正後見法は、1980年10月25日の国際的な子の奪取の民事上の側面に関するハーグ条約を国内法化したものである。条約の第1条は、同条約の目的について次のように述べている：

- 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又は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。豪州とニュージーランドは締約国である。

[15] 条約の条3条及び第4条は、次のように定めている：

### 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、施設その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当該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16歳に達した場合には、適用しない。

[16] 法の第12条の関連する部分は次のように述べている。

第12条ニュージーランドに奪取された子の返還を求める裁判所への申立て

(1) 人が次の各号を主張した場合、

(a) 子がニュージーランドに存在すること、及び

(b) 子が、その子についてその者が有する監護の権利を侵害して別の締約国に連れ去られたこと、及び

(c) 連れ去りの時に監護の権利がその者によって現実に行使されていたこと又は当該連れ去りがなかったならば当該権利が現実に行使されていたであろうこと、及び

(d) 当該連れ去りの直前に当該子が当該締約国において常居所を有すること。

その者、又はその者の代理人として行為する一切の者は、子の返還を命ずるよう本法のこの部にもとづいた管轄権を有する裁判所に申し立てることができる。

(2) 本法の第 13 条に従い、

(a) 申立てが、本条の 1 項にもとづいて裁判所に行われ、かつ

(b) 申立ての根拠が立証されている点に裁判所が満足している場合、裁判所は、申立てがなされた子を命令に指定した者又は国に直ちに返還するよう命ずる。

[17] 監護の権利は、第 4 条において包括的に定義されている：

#### 第 4 条 監護の権利

本法のこの部の適用上、子に関係する監護の権利という語には、子の監護に関するその者の権利、特に、子の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締約国の法令に基づいて個人、施設その他の機関が共同又は単独で有する子の居所を決定する権利を含む。

[18] 第 16 条は次のように定める。

#### 第 16 条 申立てが決定されるまで監護に関連する命令は行われない

子に関連して本法の第 12 条(1)にもとづいた申立てが裁判所に行われた場合、裁判所は、（これらの手続が、申立ての行われる前、後、又はこれと同時に開始されたかどうかにかかわらず）これらの手続が係属している間、裁判所の他

の手續における当該子の監護命令又は決定を下してはならず、裁判所は、申立てに関する決定が下るまで当該他の手續を延期してもよい。

#### 下級裁判所の決定

[19] Grace 判事は、子らがニュージーランドに存在することに当事者が合意している点、連れ去りの時に P 氏の権利が P 氏によって現実に行使されていたか又は当該連れ去りがなかったならば当該権利が現実に行使されていたであろう点、及び連れ去りの直前に当該子が豪州に常居所を有していた点を述べた。従って、判事は、判事の言うところの「豪州法にもとづいて P 氏が有する監護の権利を侵害する」P 夫人による子らの不法な留置が存在したかどうかのみを検討した。判事にとって、誓約書の内容から、P 氏が P 夫人に同意したのが、ニュージーランドに 2 年間子らを連れてゆくことのみであることは明らかだった。そこで判事は、彼女が、自らの監護を認め、子らの居所を決定できる立場に自らを置くよう裁判所に求めたと述べた。しかしながら、母親が 2002 年 11 月 13 日に宣誓供述を行い、その中でこう言っていると判事は指摘した。

私は、この問題について長期かつ徹底して考え、子らにとって最善だと思われることを尽くそうと努めた。私は、自分と子らが豪州に戻ってもよいという結論に達した。現時点では、実際にそうするかどうかはわからない。私に言えることは、裁判所に命じられない限り、自分が、子らにとって最善だと思われることするというに尽きる。

[20] しかし、判事は、P 夫人が彼女の最初のアプローチを変えたことを受け入れなかった。P 夫人が、豪州に戻らなくてもよいことを子らに教えるべきだとする判断が子らにとって最善の利益に叶うことを前提として裁判所に申し立てたことは間違いない。判事の見解では、P 夫人が、その申立てを行ったことにより、いずれの当事者も、相手方の地位を危険にさらすような行動を取らないという暗黙の了解が破られた。しかし、そのような侵害それ自体は「条約にもとづいた権利を行使する」原因とはならなかった。現実には、P 夫人にはまだ、同意した 2 年の期間の終わりに豪州に子らを連れてゆくことを選択する余地があった。Grace 判事は、判例法を引用し、留置が、特定の時点で発生する事象であり、その時点で条約が援用されると述べた後、「P 夫人による申立ての目的が P 氏を監護的役割から排除することにあるため」、P 夫人が合意に違反したと結論付けた。P 夫人が合意から離脱した以上、彼女が考えを変え、子らを返還する時間的猶予を認めることは間違っていないだろう。留置を理由として、

合意は終了したと判事は述べた。従って、子らを豪州に即時に返還するよう命ずる令状が発行された。

[21] 2点の理由から高等法院への控訴が認められた。最初の理由は、P夫人による不法な留置が行われたという結論を争うものだった。また、Goddard判事は、子らが豪州を常居所としていたと認める譲歩を取り下げ、子らがニュージーランドで過ごした時間により、また、監護取り決めの「シャトル（定期往復）」的性質から、ニュージーランドが子らの常居所を有する国になったと主張することも被告人の弁護人に許した。

[22] 現在では[2003] 3 NZLR 54で報告されている、Goddard判事が2003年2月26日に下した予備決定において、判事は、家庭裁判所判事が述べた理由にもとづき、子らが不法に留置された点について家裁判事に同意した。彼女は、P夫人の申立てが、P氏の行使している親権及び彼の期待に反し、子らに対する支配権を手に入れる効果を有する彼女の側の行為に相当することは明らかであると述べた。これは、P氏と協議せずに行われた一方的な決断だった。Goddard判事は、侵害が「単なる予備的なものではなく、現実のもの」だったという点に同意した。

[23] 次に常居所の問題に目を向け、判事は、共同監護の両親の一方が合意から離脱しようとした結果として、両者が子らの居所について合意できなくなった状況の一例であると述べた。共同監護取り決めに同意することにより、ハーグ条約の運用上、P氏がニュージーランドの家庭裁判所の管轄権を認めたとは解し得るこの状況にはない。他方で、P氏の許可を得て、国境を越えたP夫人は、Mozes 対 Mozes 239 F.3d 1067 (2001)における第9巡回区連邦巡回控訴裁判所の判決の一節を採用し、「自分に対してより好意的な裁判所」を求めているように見える。Goddard判事は、Mozes判決の一節を引用し、巡回控訴裁判所が事件を大まかに三つのカテゴリーに分けていると述べた。一方には、移住について片方の親に不安があった事実はあるにしても、ひとまとまりとしての家族が、定住の意志にもとづいて常居所を変更したと裁判所が認定した場合がある。最も一般的なのは、新しい国で生計を立てる意図があったことが窺われる状況のもと、両親と子と一緒に移住した場合である。一家が別な国に常居所を設けるために一国における常居所を放棄することに伴うあらゆる措置を共同で講じた裁判所が認定した場合、裁判所は、一般に、移住に慎重だった旨を一方の親が主張しても、定住の意志とその共有を認定するのを躊躇しない。



反対の極にあるのは、確立された常居所からの子の最初の移住に具体的な期限を設ける意図があったことが明白な事件がある。これらの事件において、裁判所は、一般に、一方の親の意図が変更されたことで、子の常居所が変更されたと認定することを拒否してきた。

この両者の間に、子が曖昧な期間、海外に滞在することについて、申し立てた側の親が同意していた事件が存在する。子の滞在を取り巻く状況から、完全な合意が存在しないまでも、滞在が無期限に継続することについて両親が相互に定住の意志を共有していたと裁判所が認定する場合もある。これに該当するとき、我々は、子のかつての常居所を相互に放棄したと合理的に推測することができる。しかしながら、それ以外に、正確な滞在期間には交渉の余地があったとしても、そのような放棄を推測できるような相互の定住の意図を裁判所が認定できない状況もある。これも、地裁の認定に大きな敬意が払われるべき「歴史のかつ散文的な事実」問題であることは明らかである。

[24] **Goddard** 判事は、**P** の子らの状況には第二のカテゴリーがそのままあてはまり、両親の共同による合意に従い、期間を具体的に定めて子らを確立された常居所から移住させたと考えた。従って、この事件は、**P** 夫人の意図の変更によりハーグ条約の運用上における子らの常居所の変更をもたらす必要があると認定することを裁判所が拒否すべき場合だった。子らがニュージーランドに 5 ヶ月間居住し、子らの母親が共同監護取り決めに関する父親との合意から離脱したいと望んだというだけの理由では、**P** の子らの家族と社会的発展の中心が現在ではニュージーランドにあると言うことは、**Goddard** 判事の見解では不可能だった。子らは、豪州の裁判管轄権とのあらゆる絆を失ってはいなかった。

[25] **Goddard** 判事は、**Grace** 判事の判決に反論の余地がなく、子らを豪州に返還するために発行された令状を直ちに執行すべきだと考えた。

#### 問題点

[26] 1991 年改正後見法の第 12 条にもとづいて **P** 氏の代理人として行われた被控訴人の申立てに関係する命令を下す家庭裁判所の管轄権は、同条の定める四つの条件すべてが満たされていることが立証された場合にのみ行使可能である。次の点が示されなければならない。

- 子らはニュージーランドに存在すること。

- 子らがニュージーランドに留置されている、すなわち、P 氏の監護の権利、特に子らの居所を決定する権利（第 4 条）を侵害して豪州に返還されていないこと。
- 留置の時に監護の権利が P 氏によって現実に行使されていたこと又は当該留置がなかったならば当該権利が現実に行使されていたであろうこと、及び
- 留置の直前に当該子らが豪州において常居所を有していたこと。

[27] 係争中の問題は次の点に関連している。

(a) P 夫人が 2002 年 7 月 3 日に家庭裁判所に申立てを行い、その申立ての中で、上記パラグラフ[12]に記録した陳述を行う直前に子らが常居所を有していたのが豪州なのか、ニュージーランドなのか、及び

(b) その申立て（又は彼女の陳述）が、子らの居所を決定する P 氏の権利を侵害するニュージーランドにおける子らの留置に相当したのか。

#### 常居所

[28] 子らが豪州に常居所を有していないならば、P 夫人によるニュージーランドにおける子らの留置は、誓約書に記録されている両親間の合意に違反している可能性はあるとしても、条約には違反し得ない。従って、論理的に考えると、常居所を先に問題にすべきである。

[29] しかし、当裁判所にとっては手続上の問題がある。現在の控訴は、法律問題に限定されているものの、条約事件における子らの常居所の決定は、事実問題であることが確立されている。Perez-Vera による条約説明報告書（1982 年）は、常居所を純粋な事実問題として扱っている。この用語は意図的に定義されておらず、その意図は、一切の技術的な意味を避け、裁判所がその表現にその通常かつ自然な意味を付与するのを認めることにあった。貴族院は、C 対 S (minor: abduction: illegitimate child) [1990] 2 All ER 961 at 965 において詳しく述べている。

[30] 他にも問題がある。この問題が、家庭裁判所において、当事者間で提起されなかったため、宣誓供述書の証拠もこれを扱っておらず、子らの常居所に関する家庭裁判所の事実認定は行われていない。問題の重要性を考慮し、Goddard 判事が、これを控訴で初めて提起することを許したことは正しかった

一方、問題を家庭裁判所に差し戻し、この点に関する証拠を提示するさらなる機会を当事者に与えた後に事実認定を行わせた方が良かった可能性がある。

[31] しかしながら、家庭裁判所への指針として、いくつかの所見を述べることはできる。Bryson氏は、控訴人のために提出したこの問題に関する資料において、この事件における両親間の合意が、単に子らがニュージーランドに2年間来て、その後で豪州に戻る旨にとどまらない点を強調した。これは、子らが、それぞれ18歳に達するまで、ニュージーランドと豪州で交互に暮らす旨の「シャトル」合意だった。氏によると、これは、子らが単に豪州外に一時的に滞在するといった状況ではなかった。子らは確かに2年後に豪州に戻るものの、同じように、次の2年間の初めにニュージーランドに戻り、それを繰り返すことになっていた。子らは、2カ国で等量の時間を過ごすことになっていた。

[32] 引用された判例のほとんどがシャトルの概念とは無関係かつ状況が非常に異なる事件に関係するものであったという弁護士の警告と同様、そうした所見にはかなりの説得力がある。例えば、Mozes対Mozesでは、妻と子らが米国に移住し、そこで15ヶ月間住むことに父親が同意した1997年まで、両親とその子らが、生涯をイスラエルで過ごしていた。米国に到着した1年後に母親がカリフォルニア州裁判所に監護命令を申し立てた。裁判所は、イスラエルにおける先行する常居所を放棄する定住の意志があったかどうかを確認しようとし、当然のことながら、イスラエルの居所からの移住に具体的な期限を設ける意図があり、一方の親である母親の意図の変更が子らの常居所の変更につながらなかったと結論付けた。裁判所は次のように論評した：

本件のように、子らが既に十分に確立された常居所を有する場合、通常は、子らが別の法廷地に滞在することに同意したのみでは、常居所を変更する条件として不十分である。そのためには、むしろ、無期限の滞在に関する有効な合意が存在する場合など、両親間の合意やそれを取り巻く状況により、以前の常居所を放棄する意図が共有されていたと裁判所が推測できなければならない。

[33] 同様に、両親が、イスラエルに戻るまでの1年間イングランドに居住する意図で同国に子らを連れていった *In Re S (Minors) (Abduction: Wrongful Retention)* [1994] Fam 70 では、イスラエルが引き続き子ら常居所であると判示された。

[34] 我々が参照し、裁判所がシャトル合意について検討した限られた事件が、スコットランドの事件である *Watson 対 Jamieson* 1998 SLT 180 及びスウェーデ

ンの事件である **Johnson 対 Johnson** (事件番号 7505-1995、スウェーデンの最高行政裁判所) である。**Watson 対 Jamieson** において、別居した両親と子らは皆ニュージーランドに住んでいた。少なくとも 1998 年の終わりまで、子らがそれぞれの親と交互に 2 年間居住することで 1992 年に合意した。父親はスコットランドに移住した。子らは、1993 年と 1994 年にニュージーランドで母親とともに過ごした後、1995 年と 1996 年にスコットランドで父親とともに居住するために移住した。父親は、1996 年 8 月、子らを年末にニュージーランドに返還しないと述べた。民事上級裁判所裁判官 (**Prosser 判事**) は、1996 年 8 月時点において、娘たちの常居所がニュージーランドにあったと説明することは極めて非現実的だったであろうという見方を述べた。彼は、子らのその当時の常居所がスコットランドにあったことも同様に確信していた。判事は、一家にはスコットランドで恒久的に定住する意図がなく、また、ニュージーランドを恒久的に離れてはいないことを認めたものの、判事の考えでは、それぞれの親との居住を均等に分割した場合、区別する他の要因が存在しない限り、一方の親との居住が主であり、他の親との滞在がその中断であると見ることが非現実的であった。判事は、たとえ 1998 年の終わりまでの次の 2 年間にニュージーランドで過ごすために同国に戻るようになっていたとしても、子らが通常のかなる意味においても、当時の 2 年間にスコットランドで生活するという定住の意志が存在したことを確信していた。判事は、子らの常居所が「1996 年 8 月という特定の時期において一つしかないとするならば」ニュージーランドにはなかったことを確信していた。

[35] **Johnson 対 Johnson** において、合衆国裁判所は、両親が、娘を共同で監護する旨の合意に達していたことを確認した。娘とともにスウェーデンに移住することを母親に認めたものの、娘が 3 年ごとに 1 年間、父親とともに滞在するものとされた。その後、合衆国裁判所が条件を変更し、2 年間のシャトル期間が確定した。合衆国裁判所は、これを確定するにあたり、自らが子の監護に関連するあらゆる事項を決定するための継続的かつ専属的な管轄権を有し、母親の居所がスウェーデンにあることを理由にスウェーデンの裁判所が子の監護に関する管轄権を獲得してはならないこと、また、バージニア州を、監護や面接事項を裁定する唯一の法廷地とすべきであることを宣言した。それにもかかわらず、スウェーデンの裁判所は、条約の運用上、スウェーデンにおけるシャトル期間中は子の常居所が自国にあると判断した。

[36] 主要文献である **Beaumont and McEleavy, The Hague Convention on International Child Abduction (1999) p99-100** にもとづけば、どちらの決定も支持されるように見える。執筆者たちは、**Prosser 判事** の解釈について、「言葉

の通常の意味と完全に一致しており、2年交替という条件で娘たちを移住させる都度、それに伴って常居所も移動する」と述べている。

## 留置

[37] そこで、常居所を有する国という事実問題について決定することを主張せず、それが豪州にあると仮定して、ニュージーランドにおける子らの条約に反する留置が存在したかどうかの問題を検討することができる。これには、確かに法律問題、すなわち子らがニュージーランドで母親とともに一定期間居住し、次に豪州に戻る旨の合意が P 氏と P 夫人との間に存在した時、監護命令を求め、ニュージーランドにおける居住期間中に母親がニュージーランド裁判所に行った申立て及び又は子らとその期間の終わりに豪州に戻されなくてもよいことを知ることによって安全を得るべきであるとする陳述が、2002年7月において、P 氏の監護の権利を侵害する留置に相当し得たかが問題になる。留置が条約に反しているとされるためには、それが子の居所を決定する権利を含む監護の権利を侵害していなければならない点に留意すべきである。

[38] 第一印象として、そのような行為のいずれか又は両方が法律上そのような留置に相当し得る可能性は低いように思われる。2002年2月に子らをニュージーランドに連れていったことにはなんら不法な点が存在しない。P 氏がこの理由に関連して有利になるためには、継続的な状況ではなく、2002年7月4日における子らの留置行為を立証する必要がある。2002年7月4日に起きたことは、管轄権を行使し、自分の監護を認める命令を下すよう P 夫人がニュージーランド裁判所に求め、さらに合意に従った2年の期間の終わりに子らを豪州に返還する必要がなくなってほしいという願いを述べたに過ぎない。しかしながら、2004年における P 夫人の考えは、監護に関する自らに有利な命令が得られるかどうかをニュージーランド裁判所に委ねようとするものだった。彼女は、監護命令が拒否された場合について、それでも子らをニュージーランドに留置する意図を明示していたわけではない。彼女がやったことは、裁判管轄権を行使し、子らを留置することを自分に認める命令を下すようニュージーランド裁判所に要求することだった。これは、合意に違反していたかもしれないものの、裁判所が要求された命令、すなわち2年間の期間を超えて延長する命令を下すことで裁判管轄権を行使したか、又は、2年間の経過後に子らが返還されなかったかのいずれかまで、またいずれかでない限り、通常の意味における子らの留置は生じない。

[39] さらに、自らを家庭裁判所の手に委ねることにより、P 夫人は、暗黙のうちにその決定を受け入れることに同意しており、P 夫人の夫との取り決めについて彼女自身により注意を促された家庭裁判所が、条約を援用する機会を P 氏に与えることなく、また、第 12 条にもとづいて彼の代理人としてなされた申立てを最初に扱うことなく、監護命令を下した点に疑問が残る。従って、氏には、2 年経過後に子らの居所を決定する過程に参加する権利が認められるべきであった。改正後見法の第 16 条の規定によれば、第 12 条にもとづいて子に関する申立てが行われた場合、裁判所は、これらの手続が係属している間、裁判所の他の手続における当該子の監護命令又は決定を下してはならず、裁判所は、第 12 条による申立てに関する決定が下るまで当該他の手続を延期してもよい。条約の規定に該当する場合、裁判所は、まず、同規定にもとづいて生ずる問題を検討しなければならない。一切の暫定的又はその他の命令は、これらの問題が解決されるまで、可能な限り、両親間の合意と整合的かつ条約にもとづく可能性のある権利を保護するものとすべきである。

[40] 関連する判例法が第一印象を支持するものであるかどうかを確認するため、これに目を向けると、「留置」が、子が常居所を有する国の裁判所の裁判管轄権外における留置を意味することが確立されている：Re H [1991] 2 AC 476。その常居所を有する国の国外に期間限定で滞在した子が、その限られた期間の満了後もその国に返還されないときに留置が発生する。

[41] Toren 対 Toren 191 F 3rd 23 (1999)において、第 1 巡回区合衆国連邦巡回控訴裁判所は、ハーグ条約が、子の現実の留置を立証できる申立人によりのみ訴因を認め、留置が予期されること、すなわち、合意された期間の終了時に子が条約に違反して留置されることを実証するのみでは不十分であると結論付けている。また、訴訟の提起が、両親間の合意に違反するかもしれないものの、その事象が、子の留置につながる点も指摘している。

[42] また、スコットランドの Watson 対 Jamieson 事件の場合、子らがスコットランドに住むことに合意していた場合において、2 年間のシャトル期間中における条約にもとづいた申立てが時期尚早であると判示された。そして、この事件における父親からの陳述が、P 夫人による家庭裁判所への申立てを裏付ける P 夫人の宣誓供述書で行われている陳述よりもはるかに明確な用語で表現されていたにもかかわらず、Prosser 判事は、父親が、合意を終了させたいかどうか明らかではなかったという見解を述べた。

[43] また、**Re S (Minors) (Abduction: Wrongful Retention)** [1994] Fam 70 の第一審判決において、子らを返還しない意図を他の親に伝えた日において、また、子らが母親の許にとどまる権利を有する期間が満了していない場合、判例が存在しなければ、意図の単なる陳述ではそうした不法留置に相当しないと自分が結論づけた可能性があるとして **Wall** 判事が述べている点も注目に値する。最終的には **Wall** 判事を別の結論に導いたイングランドの控訴院判例、**In re AZ(A Minor) (Abduction: Acquiescence)** [1993] 1 FLR 682 の結果は権利不行使の問題に目を向けているため、この判例の有用性は限られている。**Butler-Sloss** 控訴院判事は、不法な留置が存在したと述べたものの、その理由を示さず、**Nicholls** 控訴院判事は、この論点を扱わず、**Michael Kerr** 判事は、**Butler-Sloss** 控訴院判事に同意しつつ、裁判所への本来適法かつ公然たる申立てが適法な留置を構成し得るのは奇妙に思われると論評した (81 ページ)。**Toren** 事件におけるより熟慮された見解と **Watson** 対 **Jamieson** における **Prosser** 判事の意見が優先されるべきである。

## 結論

[44] 従って、家庭裁判所と高等法院は、監護を求める **P** 夫人の申立てが彼女の陳述と相まって、条約に違反する子らの留置に相当したと認定し、子らを豪州に返還するよう命じたことで法律上の誤りを犯した。

[45] 過半数により、控訴を許し、手続を家庭裁判所に差し戻す。

**GLAZEBROOK** 判事：

目次

序論[46]

背景となる事実[50]

法律及び解釈の原則[55]

常居所[62]

原則[66]

居住に期間の定めのある場合の判例法[87]

期間に定めのある事件に関する議論[117]

常居所に関する **Goddard** 判事の決定に関する議論[125]

常居所に関する結論[139]

留置[140]

序論

[46] P 氏と P 夫人は、2002 年 1 月、一般にシャトル監護取り決めとして知られる取り決めにもとづき、子らが、ニュージーランドで母親と 2 年間過ごした後、豪州で父親と 2 年間過ごすことに合意した。この取り決めは、子らが 18 歳になるまで継続されることになっていた。合意に従い、子らは 2002 年 2 月前半に母親とともにニュージーランドに来た。

[47] P 夫人は同年 7 月初旬に、ポリルア（ニュージーランド）の家庭裁判所に監護を申し立てた。P 氏の応答は、国際的な子の奪取の民事上の側面に関するハーグ条約（ハーグ条約）の規定にもとづき、子らの豪州への返還を申し立てるものだった。

[48] Grace 判事は、2002 年 12 月 23 日に、子らを豪州に返還するよう指示した。判事は、P 夫人が、ニュージーランドにおいて監護を申し立てたことにより、子らをニュージーランドで不法に留置したと判示した。その理由は、彼女が監護を申し立てた目的が、P 氏を監護的役割から排除することにあつたためである。Goddard 判事は、2003 年 2 月 26 日の控訴審においてこの決定を支持した。また、彼女は、子らの常居所が豪州に残ったと判示した。P 夫人も、家庭裁判所において常居所についてそのように譲歩していたものの、Goddard 判事は、こうした譲歩を撤回し、この問題について自らの前で主張することを許した。

[49] P 夫人は、現在、Goddard 判事の決定に対して控訴しており、当裁判所は 2003 年 5 月 29 日にこれを許可した。本件控訴の二つの争点は、次のとおりである。

(a) 合意されたニュージーランドにおける 2 年の期間が満了していなかったにもかかわらず、監護を目的とする P 夫人の申立てが子らの不法な留置に相当したとする家庭裁判所の決定を高等法院が支持したことは法律上正しかったか。



(b) 子らが豪州に常居所を有していると高等法院が判示したことは、法律上正しかったか。

#### 背景となる事実

[50] P氏とP夫人には、1996年4月3日に生まれた女子と1998年8月28日生まれた男子（この判決では、それぞれA及びBと呼ぶ）の二人の子らがいる。どちらの子も豪州で生まれ、豪州は、両親が出会い、婚姻した国でもあった。P氏とP夫人は2001年3月22日に別居した。最初は、子らが母親と4日間過ごし、週の残りの日を父親と過ごす旨の共同監護取り決めが存在した。しかしながら、P夫人は、2001年6月に、子らとともにさらに離れた郊外に転居し、それまでの取り決めがもはや実際的ではなくなった。P夫人の転居後におけるP氏と子らとの交流の度合いをめぐって両親の間に一定の争いがあるものの、子らが、少なくとも平均して2週間に一度、週末に父親の許に滞在していたことは明らかである。

[51] P夫人は、2002年1月7日に、子らとニュージーランドに来たいとP氏に語った。P夫人は、ニュージーランド人であり、彼女の両親と親族は、この国に住んでいた。P氏は、豪州からの子らの連れ去りを防ぐ命令を含め、自らの面接と後見の権利を保全するための種々の命令をただちに申し立てた。両当事者は、1月18日に、子らが18歳になるまで2年交替でニュージーランドと豪州とを行き来する旨のシャトル監護取り決めを含め、子らの監護に関連するいくつかの事項について合意に達した。当該合意は、P氏が作成し、P夫人が署名した誓約書に具体化されている。しかしながら、（高等法院におけるGoddard判事の理解に反して）誓約書が、豪州の裁判所に登録されたことはない。この誓約書に関連する条件は、Blanchard判事の判決のパラグラフ[10]に収録されている。

[52] 取り決めが成立した結果としてP氏は自らの手続を取り下げ、P夫人は、ニュージーランドに来るために2002年2月7日に子らとともに豪州を去った。彼女は、2002年7月4日に、子らの監護をポリルアの家庭裁判所に申し立てた。申立ては、通知の上で行われ、彼女は自らの監護に関する申立てを裏付けるために自らの宣誓供述書に誓約書を添付し、裁判所に取り決めを開示した。彼女は次のように述べた：私はニュージーランドで新しい生活を始め、自分の子らが、2年後に再度豪州に戻され、新しい生活を始めなくてもよいとわかり、それによって安心を得るべきであると考えている。

[53] 上述したように、P氏は子らの返還を求め、ハーグ条約にもとづいた申立てで応じた。2002年11月13日のP夫人の宣誓供述書において、子らを豪州に返還するよう求める申立てに反対し、彼女は、誓約書に署名した時点において、自分が合意を完全に遵守することを意図していたものの、自分と子らがニュージーランドに定住するに従い、2004年2月6日までに子らを豪州に返還することが子らにとっての最善の利益に叶わない可能性があるかと判断した。また、彼女は、ハーグ条約にもとづいた申立てを送達された以上、子らにとって何が最善の利益に叶うのかを考え、子らとともに豪州に戻ってもよいとも考えたと述べた。さらに、彼女は、夫との合意では、彼女が2年後に子らを返還しない場合も想定されていたと述べた。当職は、彼女の宣誓供述書の関連する部分を引用する。

5. A.と私は、そこで、私が[A]と[B]を2年間ニュージーランド連れていってもよいこと、そして、その2年の期間の終わりに私が豪州に戻り、[A]と[B]が2年間、A.とともに暮らすことで合意に達した。また、合意には、私が2年後に子を返還しない可能性も想定し、私がそうしなかった場合に私がA.から子の養育を含むすべての援助を失うという条件が含まれていた。

6. A.が合意を誓約書として作成し、私が署名した。その誓約書の正謄本を、2002年7月3日の自分の宣誓供述書に添付した。

7. 合意に署名した際、私としては、子らを恒久的に自分の監護下に置きたかったものの、私が[A]と[B]を連れていくのを認めるのと引き換えにA.が主張した条件がこれだった。従って、私も同意し、同意した時に、合意を完全に順守する意志があった。

8. 私はニュージーランドに到着し、パラパラウムのカピティコーストに定住した。私は、[A]を地元の小学校に、また[B]を幼稚園に入学させた。

9. 私の父と家族の全員が、ニュージーランドに住んでいる。私たちは皆非常に満足しており、定住し始めていた。私たちが定住し始めた段になって、2004年2月6日に子らを豪州に返還することを余儀なくされることが子らにとっての最善の利益に叶わない可能性があることに気づいた。従って、私はポリルア地方裁判所に子らの監護を申し立てることに決めた。私の申立ては、2002年7月3日付けだった。

10. 監護を申し立てて以降、[A]と[B]を豪州に返還するよう求める A.の申立てが送達されてきた。この問題について長期かつ徹底して考え、子らにとって最善だと思われることを尽くそうと努めた。私は、自分と子らが豪州に戻ってもよいという結論に達した。現時点では、実際にそうするかどうかはわからない。私に言えることは、裁判所に命じられない限り、自分が、子らにとって最善だと思われることとするということに尽きる。

[54] P 夫人の宣誓供述書について反対尋問を行っていない。P 氏は、合意に署名した時点において合意を遵守する意志を有していたとする P 夫人の証拠に異議を申し立てていないように思われる。彼は、2002年11月26日の回答における自らの宣誓供述書の中で、P 夫人が、監護に関する申立てを行うことで今や合意を遵守しない意思を表示していると述べたに過ぎない。また、彼は、合意を交わす時点において、妻がこのような手続を取ることを一切想定しておらず、自らが誓約書に含めた懲罰的条項は、子らが返還されないという考えを示すものではないとも述べている。彼の宣誓供述書のこれに関連する部分は次のように述べている：

5. パラグラフ 5 に回答して。子らが 2 年後に豪州に返還されなかった場合に[P 夫人]が私から資金的援助を受ける一切の権利を失うと合意で定めたことを認める。その時点において、私はハーグ条約について認識していなかったため、子らが無事に豪州に返還するよう申し立てるという選択肢について認識していなかった。合意を交わし、子らが合意した期間ニュージーランドに出かけることを認める際に、私は、[P 夫人]が子らを実質的に留置し、ニュージーランドの裁判所に監護を申し立てるような行動を取ることを決して想定していなかった事実を述べる。

6. 私は、経済的責任をめぐる条項について、子らが返還されないと私が想定していた事実を示しているとする主張に異議を唱え、実際には合意の実体にもとづき、裁判所への申立てを取り下げ、子らがニュージーランドに出かけることを認めるに至ったことを改めて表明する。

7. パラグラフ 7 に回答して。[P 夫人] は、『合意を完全に遵守する意図を有していた』と述べる。しかしながら、[P 夫人] は、合意を遵守しておらず、そのことは、彼女が [A] と [B] の単独監護を求め、2002年7月3日に、ニュージーランドのポリルア地方裁判所に申し立てたことから明らかであった。

法律及び解釈の原則

[55] 1991年改正後見法（改正法）は、1980年10月25日にハーグで署名された国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約をニュージーランド法に組み込むために制定された。条約は、改正法の別表としてこれに附属している。改正法の規定自体にかなりの程度までハーグ条約の主な規定が反映されている。本件への適用上、重要な法規定は改正法の第12条(1)であり、これは、次のように定めている：

第12条 ニュージーランドに奪取された子の返還を求める裁判所への申立て

(1) 人が次の各号を主張した場合、

(a) 子がニュージーランドに存在すること、及び

(b) 子が、その子についてその者が有する監護の権利を侵害して別の締約国に連れ去られたこと、及び

(c) 連れ去りの時に監護の権利がその者によって現実に行使されていたこと又は当該連れ去りがなかったならば当該権利が現実に行使されていたであろうこと、及び

(d) 当該連れ去りの直前に当該子が当該締約国において常居所を有すること。

その者、又はその者の代理人として行為する一切の者は、子の返還を命ずるよう本法のこの部にもとづいた管轄権を有する裁判所に申し立てることができる。

[56] 改正法の第2条のもと、連れ去りとは、次のように規定されるハーグ条約第3条の意味内における子の連れ去り又は留置を意味するものとして定義される。

### 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、施設その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当該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。

[57] 改正法にも、ハーグ条約にも、常居所の実体的な定義は存在しない。定義は、単に、締約国が、複数の法制度を保有する場合に対処しているにすぎない。この点において、改正法の第 2 条は、次のように定めている。

子の監護に関する事項について異なる領土単位に適用される二つ以上の法制度を有する締約国との関係における「常居所」は、その国の領土単位内の常居所を意味する。

[58] 関連する最後の定義は、監護の権利である。これは、第 4 条において、子の居所を決定する権利を含むものとして広く定義されている。第 4 条では、次のように定義されている。

本法のこの部の適用上、子に関係する監護の権利という語には、子の監護に関するその者の権利、特に、子の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締約国の法令に基づいて個人、施設その他の機関が共同又は単独で有する子の居所を決定する権利を含む。

[59] 第 12 条(2)は、申立ての根拠が立証されている点に裁判所が満足している場合、裁判所は、第 13 条が適用されない限り、子を命令に指定した者又は国に直ちに返還するよう命じなければならない。第 13 条は、命令を拒否することのできるいくつかの根拠を定めている。本件は、このいずれにも該当しないことに両当事者が同意している。しかしながら、拒絶理由の一つが、常居所の概念の定義に一定の関連性を有している可能性がある。第 13 条(1)(a)は、相手方が次の点を立証した場合、裁判所が子の返還命令を拒否できると定めている。

申立てが子の連れ去りから 1 年以上後になされたものであり、子が現在、新たな環境に定住していること。

[60] 関連性のあるもう一つの条文が第 16 条であり、これは、ハーグ条約にもとづいた申立てが決定されるまで、裁判所の監護に関連するいかなる命令又は

決定も妨げるものである。第 17 条は、申立てが却下された場合、裁判所が、自らの適切と考える子の監護に関する暫定的又は恒久的な命令を下すことができ、また、当該命令に、裁判所が適切だと考える条件を付すことができると規定している。

[61] ハーグ条約は、ニュージーランド法に直接組み込まれておらず、改正法への別表として添付されているに過ぎないものの、当裁判所は、改正法の規定を条約と整合的に解釈するよう裁判所が努力すべきであると述べた—**Dellabarca 対 Christie [1999] 2 NZLR 548, 554-555** 及び **Ryan 対 Phelps [1999] NZFLR 865 at para [14]**を参照。また、他の締約国における解釈と極力一致する方法で規定が解釈されるべきであると指摘した。これは、条約に関する外国の判例法並びに公式その他の論評を検討すべきであることを意味する。裁判所は特に、マドリッド大学の国際法の教授であり、条約を起草した委員会への報告官だった **Pérez-Vera** 教授の報告書を参照した。このようなアプローチは、1969 年の条約法に関するウィーン条約とも一致している。また、私は、その条約の第 31 条 (3) (b) (国際慣習法の確認であると考えられている規定) にもとづき、条約の適用におけるその後の実施例が、解釈に関する当事国の合意を確立するものであるとみなされ、その条約を解釈する際に考慮される点も指摘したい。これに関連して、特別委員会によるハーグ条約の運用の検討結果も、解釈する際の参考資料として重要である。

## 常居所

[62] ハーグ条約では、常居所を有する法域から不法に連れ去られるか、留置されている子の早期返還に重点が置かれている。常居所を有する法域が、監護や面接の問題を決定するための適切な法廷地であるということがその理論的根拠となっている。このため、論理的に考えると、不法留置が存在したかどうかを問う前に常居所が問題になる。当事者によって認識されているように、子らかもはや豪州に常居所を有していない場合には、P 氏の代理人としてのハーグ条約にもとづいた申立ては失敗せざるを得ない。

[63] 上述したように、ハーグ条約にも、改正法にも、常居所の実体的な定義は存在しない。条約の起草者が、居所の概念を規律する人工的なルールから自由な事実に関する調査が行われることを望んだため、これは意図的だった。従って、この語句にはその通常の意味が与えられなければならない。Dacey & Morris *The Conflict of Laws* (London, 2000), vol 1, 149-150 の中で述べているように：ハーグ条約には、かつて、常居所に関する定義が盛り込まれたことはな

い。これは、意図的な方針であり、この概念を、異なる法制度間における硬直性や不整合を生じかねない技術的なルールから自由にしておく狙いがあった。こうした文脈において、この表現は、技術用語としてではなく、これに含まれる二つの単語の通常かつ自然な意味に従って扱われるべきである。

[64] しかしながら、裁判所（、それに実際には論評者）は、原則を明示したい誘惑に抗し切れない。これは、国際的な整合性を促進する目的にかなうため、必ずしも悪いことではない。また、両親や他の監護者に対して自分たちが考慮している行為の結果を予測する一定の能力を与えることになる。Mozes 対 Mozes (2001) 239 F 3d 1067 (9th Cir) at 1072-3 で述べられているように、

例えば、一方の親が、別な国にいて疎遠になっている配偶者との和解を試みるために子とともに旅行するかどうか、又は、姻族とともに滞在するために子が海外に出かけることに同意するかどうかを決定しようと努めている場合を想像してみたい。そのような親は、子の常居所がどのような状況のもとで変更される可能性があるのかを知ることに極めて関心が高く、これが、「特定の事件のすべての状況を参照することによって決定される事実問題」であると伝えられれば、わずかな慰めになる。C 対 S, [1990] 2 All ER at 965。この回答に直面した親は、若干の司法的な「前提及び仮定」（Dicey & Morris）が導入されれば警戒するよりも安堵する可能性が高い。

[65] しかしながら、原則とルールとが収束していく傾向にある以上、原則とルールの間にはほとんど差がないと主張する人々も当然存在するだろうが、常居所についての調査が、事実問題であること、また、どのような原則も、ルールのような方法で厳格に適用できない点を忘れてはならない（例えば、Dr. Rick Bigwood (ed) *The Statute: Making and Meaning* における Fred Schauer 教授の "The Convergence of Rules and Standards" (LexisNexis, 2004 年 1 月刊行予定) を参照）。

## 原則

[66] 明示された原則の点では、定住の意志という概念が重要である。従って、人が自分の常居所を離れる定住の意志を有し、その意志に従ってそうした場合、それまでの常居所は直ちに失われるとされる。しかしながら、常居所に選ぶことと、そこに相当な期間（*appreciable period/appreciable period of time*）居住することの両方の定住の意志が存在する場合にのみ、新しい場所が常居所になる。その点で、当職は、*In re J (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* [1990] 2

AC 562, 578-9 の **Brandon** 判事によく引き合いに出される傍論を引用する。彼は、次のように述べた：この問題を考える際に、いくつかの予備的な論点に最初に対処することが有益であるように思われる。最初の論点は、条約の第 3 条で使われている「常居所を有する」という表現が、どこにも定義されていないということである。従って、当職は、この表現が、何らかの特別な意味を持つ技術用語としてではなく、これに含まれる二つの単語の通常かつ自然な意味に従って理解されるべきであると考え。第二点は、人が指定された国に常居所を有するかどうかという問題は、特定の事件の全ての状況を参照することによって決定されるべき事実問題であるということである。第三点は、人が A 国において常居所を有さなくなることと、その後 B 国に常居所を有するようになることとの間に著しい差があるということである。人が、A 国に戻らず、代わりに B 国に長期間居住する定住の意志で A 国を離れた場合、一日にして、A 国における常居所を失う可能性がある。しかしながら、そのような者でも、一日にして B 国において常居所を取得することはできない。これを取得するためには、相当な期間と定住の意志が必要になる。この相当な期間中に、その者は、A 国における常居所を失うであろうものの、まだ国 B における常居所を獲得しない。

[67] 定住の意志は、恒久的に居住する定住の意志である必要はなく、その場所に限られた期間居住することが定住の意志であってもよい。別の文脈において、また、「通常居住する (ordinarily resident)」という言葉解釈してではあるものの、ハーグ条約事件では、R 対 **Barnet LBC Ex p Shah** [1983] 2 AC 309, 343 の **Scarman** 判事の言葉が引用される場合が多い—その例が、(帰属されていないものの) **Re B (Minors) (Abduction) (No 2)** (1993) 1 FLR 993, 995 における **Waite** 判事によるもの (しかも、**Waite** 判事の論評は、**De Lewinski** 対 **Department of Community Services** (1997) FLC 92-737 における豪州の家庭裁判所の大法廷判決で引用された)、**Cameron** 対 **Cameron** [1996] SC 17, 20 における裁判所によるもの、**Mozes** 対 **Mozes** (2001) 239 F 3d 1067, 1073 (9th Cir) におけるもの、また、**Dickson** 対 **Dickson** [1990] SCLR 692, 703 におけるものである。**Scarman** 判事は次のように述べた：当職は、期間が短い、長いにかかわらず、「通常居住する」が、当面の人生の通常過程として自らが自発的に、かつ定住の意志により選択した場所又は国における人の居所を指すという見解に躊躇なく同意する。[68]**Scarman** 判事は、続けて、人が、通常居所としてある場所に定住する場合の理由を明らかにした。彼は (344 で) 次のように述べた：



そして、ある程度定住の意志が存在しなければならない。目的は一つであつてもよく、また、複数存在してもよい。特別なものでも、一般的なものでもよい。法律により要求されているのは、定住の意志が存在することのみである。これは、その者に、今いる場所に無期限に滞在する意図が要求されるという意味ではない。実際のところ、その者に期間を限定して定住する意志があつてよい。思いつくところで、教育、ビジネス又は職業、雇用、健康、家族、又は単にその場所が好きであることも、通常の居所として選択する一般的な理由になる。考えられる理由は、他にも多いかもしれない。現在の場所に住む意志が、定住の意志であると説明するのに十分な程度の継続性を備えてさえいればよい。

[69] **Scarman** 判事のこれらの言葉は、ハーグ条約事件において広く使われており、こうした引用は批判されていないものの、当職は、人が通常の居住者であるとみなされるあらゆる場合に、その者が常居所も有すると見なされるわけではない点を指摘しておきたい。周辺の事例では、二つの概念の間の質的な差が生ずる場合がある—主要文献である **Beaumont & McElevay The Hague Convention on International Child Abduction (Oxford, 1999), at 101** の脚注 81 の論評を参照。

[70] 子らが定住の意志を有するに十分な年齢であつたとしても、その意志を介護者から独立して実行に移せる立場にないという点で、幼児が関与する場合には、定住の意志という概念が、難しい概念であることが認識されている。従つて、幼児の定住の意志は、必然的に親や、子が居住する場所を決定する権利を行使できる人又は人々のものであると判示されている - 例えば、**In re J (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1990] 2 AC 562 at 504** 及び **Dickson 対 Dickson [1990] SCLR 692 at 703** を参照。

[71] 意志を確認するためには、両親の主観的な意図を検討する必要があるものの、裁判所が **Armilleato 対 Zuric-Armilleato US DC SDNY 01 Civ 0135, 3 May 2001, para 47** において述べているように「その意図の客観的な表出」を検討する必要がある。ハーグ条約事件は、子らの迅速な返還が確保されるような方法で解決されるべきであるため、この点が特に重要である。このため、口頭証拠と反対尋問は、通常、絶対に必要なものに限定されている—例えば **Re F (A Minor) (Child Abduction) [1992] 1 FLR 545, 552 (CA)** の論評を参照。また、ニュージーランドでもこのアプローチが採用されている—例えば、**Marsden 対 Marsden (1995) 13 FRNZ 27, 30, Ryding 対 Turvey [1998] NZFLR 313, 321** 及び **Fisher 対 Fisher FP 011/60/99FC WHA, 15 February 2000** を参照。

[72] 両方の親が監護の権利を有する場合、自らの常居所を変更する一方の親の一方的決定は、その子の日々の監護に当たっている親のものであっても、子の常居所を変更しない。これは、何よりも、ハーグ条約の方針から必然的に生ずる原則である。条約の目的の一つは、国際的な奪取を阻止することにあるからである。奪取した親に対して、子の常居所を一方的に変更することを認めることはこれに反する - この点については、例えば **Re B (Minors) (Abduction) (No 2) [1993] 1 FLR 993, 995** の **Waite** 判事及び **Re A [1995] 1 FLR 767, 771** の **Hale** 判事を参照。彼女は次のように述べた：一方の親が、子の常居所を一方的に変更できるとすれば、条約が成り立たないと述べたことは理にかなっている。その理由は、親がそうするのを止めることこそ条約の目的だからである。

[73] 「相当な期間 (appreciable period of time)」とは何かに関連して、**Morritt** 控訴院判事は、**Nessa 対 Chief Adjudication Officer [1998] 2 All ER 728, 743** において、相当な期間がそれぞれの事件の事実に左右されると (再び別の文脈で) 述べた。要求されているのは、「居住の事実に、その語の通常の意味に従った常態としての性格を付与するのに必要な要素」である。

[74] 移住し、定住する意志が存在した場合には、わずか 1 ヶ月の期間でも十分であるとされる—**re F (A Minor) (Child Abduction) [1992] 1 FLR 548, 555-6 (CA)** を参照。この事件では、家族が 1991 年 4 月に豪州に向かうためにイングランドを離れ、婚姻の解消後の 1991 年 7 月に父親が子をイングランドに連れ帰った。下級審の判事は、家族の意志が移住することにあつたこと、そして、(連れ去った時点で子が実際に 3 カ月近く居住していたものの) 一家が豪州に到着して 1 ヶ月後に常居所を取得したことを認定した。控訴院でも判決が支持された。

**Butler-Sloss** 控訴院判事は、次のように述べた：

英国から移住し、豪州に定住の意志が家族にあつたと判事が認定したことは相当である。当職は、本件が該当すると考えるが、このような定住の意志が存在する場合、一ヶ月でも相当な期間とすることができる。A の立場を現実的に見ると、彼が 1991 年 7 月 10 日にシドニーを去った時点で、豪州に実質的にほぼ 3 ヶ月間、居住していたことになる (後略)。条約が効果的に運用されるためには、子に、可能な限り、常居所を認めることが重要である。そうでなければ、最後に居住していた国から奪取する親の行為から子を保護することができない (中略) [裁判所は] 広い視点に立って、子が特定の国に定住していた場合、常居所の欠如を無理に認定するべきではない。

[75] また、人が常居所を持たない場合もあるものの、ハーグ条約の運用上、複数持つことは不可能であると判示された—Cameron 対 Cameron [1996] SC 17, 19 及び In the Marriage of Hanbury-Brown [1996] FLC 92-671 を参照。しかしながら、交互に常居所を持つことは可能だと判示されている。例えば、Re (Abduction: Habitual Residence) [1995] 2 FLR 992 の場合、少なくとも 4 年間、夏にギリシャ、冬にロンドンに住んでいた家族について、年間の一部をロンドンに常居所を有し、残りの部分をギリシャに常居所を有していたことが判示された。Beaumont & McEleavy at 110-111 では、子が複数の常居所を同時に持つことを認めた場合、条約が正常に機能しないことが認識されていたものの、週の一部を一つの法域で過ごし、別の部分を別の法域で過ごすような共有監護取り決めの場合には、複数の常居所が併存するという以外の結論を導くことが適切であるかどうかを問題にした。問題となる距離が大きいため、ニュージーランドでは、現在、このような状況が当然発生しない。

[76] 上記の原則にも、批判は存在する。両親の定住の意志を問うという要件は、常居所の概念の事実問題的性質を損なうことと、子を中心とするアプローチに対して親を中心としたアプローチであるという両方の観点から批判されている—Rhona Schuz, "Habitual residence of children under the Hague Child Abduction Convention – theory and practice" (2001) 13 Child and Family Law Quarterly, 1-23 を参照。また、H 対 H (1995) 12 FRNZ 498, 502 の Greig 判事の論評を参照。

[77] Schuz は、(20 で)、子の居住の質を考慮することなく、親の意図のみに意識を集中させるアプローチに特に批判的である。彼女は、理想的には、子の日常生活に影響を与える度合いに応じてのみ親の意図が考慮されるべきであると考えている。例えば、家族が臨時の宿泊施設で生活している場合、それは、子らが常居所を取得したと認めるのを妨げる要因となる。また、彼女は、(16 で)、両親が子らに伝えた滞在目的に関する情報を理解できる程度の年齢に子らが達している場合、子らの振る舞い及び周りの人々や機関との間に形成された関係、並びに、おそらく、かつての常居所との関係の質などに影響するため、こうした情報も重要であることも認識している。Mozes 対 Mozes (2001) 239 F 3d 1067 (9th Cir)の裁判所も、(1080 で)、類似の主張をし、次のように述べた：子が常居所を有するために必要な時間の長さに親の意図が影響を与えると考えることは理にかなっている。その理由は、こうした意図に関する子の知識が、周囲との接触への子の姿勢に影響する可能性が高いからである。

[78] 関連する点として、子の両親の定住の意志を通じて子のかつての常居所がただちに失われ得るという考え方は、常居所の概念にドミサイルの技術的な概

念を持ち込むものであると批判されている—J Eekelaar & P Sarcevic (eds) *Parenthood in Modern Society: Legal and Social Issues for the Twenty- First Century* (Martinus Nijhoff, 1993)所収の Carol S Bruch, "International Child Abduction Cases: Experience under the Hague Convention"を参照。また、これは、子が条約の保護を最も必要としている可能性があるまさにその時に、空隙を生み出しているとして批判されている。このような状況を回避するためには、次の常居所に置き換えられるまで既存の常居所が継続すると見なす必要があると示唆する論評者も存在する - E Crawford, "Habitual residence of the Child as the Connecting factor in Child Abduction Cases" (1992) *Juridical Review* 177 at 187 を参照。

[79] しかしながら、Beaumont & McEleavy は (100 及び脚注 75 で)、このようなアプローチが、子があらゆるつながりを失った国との管轄権による人工的な絆を生み出しかねず、また、条約の文脈上、子が特定の法域とのあらゆるつながりを切断された場合には、その子がそこに返還されるべき有効な理由が一切ないように思われるため、通常は、そうしたアプローチが考慮されるべきではないと考える。また、彼らは (99 で)、個人が特定の国で滞在している間に新しい常居所を取得することが明らかであるとすれば、出発日を超えて既存の常居所を存続させるべきか疑問だとした。

[80] また、居所が常居所であるために、これを自発的に取得しなければならないとする考え方にも疑問を投げかけた。これは、自発的であるか、自発的でないかにかかわらず、十分な期間の居住が、常居所としての質を獲得しなければならないことを理由としている。Cameron 対 Cameron [1996] SC 17, 20 において上訴部が述べているように：

ロビンソン・クルーソーに脱出する機会がなかったとしても、我々は彼が無人島に常居所を有していたことを疑わない。

[81] 両親の一方による一方的行為により常居所を変更できないという考え方をえ、「常居所に関する法律に導入されるべきではない類の技術的な法的ルールとしてのあらゆる特徴を備えている」として批判されている—Dr. E M Clive, "The Concept of Habitual Residence" (1997) *The Juridical Review* 137 at 145 を参照。しかしながら、Clive 博士は、さらに、子の居所を確定する権利を両方の親が有し、その問題について意見が一致しない場合には、「最終的には、厳格な事実が情勢を決するまで」常居所を迅速に変更してはならないと (145 から 146 までで) 述べた。

[82] 条約の方針が満たされるよう確保するためには、（結局は Clive 博士が述べたように）それで正しいかもしれないものの、そのような居住期間について、確かに裁判所が、非常に長い期間を要求する可能性が高い。当職は、（容易に満たされる要件ではないものの）子が新しい環境に定住した場合、子の連れ去り後 1 年の期間の経過により、条約にもとづいた主張が失効することが条約（及び改正法の第 13 条(1)(a)）において認識されている点をいずれにしても指摘する。

[83] 常居所を取得するまでに相当な期間居住しなければならないとする要件にもかなりの批判がある。Clive（前出）は、この点に関する Brandon 判事の傍論を「賢明ではなくかつ不要」だと呼ぶ。彼は（143 から 144 まで）こう続ける：賢明でないと考えるのは、外界との橋渡しとしての常居所の重要性が高まっている中、人々が日常的に常居所を持たない状況を持ち出すのは賢明ではないためである。また、不要であると考えられるのは、ある場所に住む目的が短期的なものでも一時的なものでもなく、そこに相当な期間住み続けるという定住の意志を有する者であれば、到着したばかりであったとしても、そこに常居所を有すると考えることが、この表現の通常用法にかなっているためである。

[84] この見解を支持する判決も存在する。Re M (Minors) (Residence order: jurisdiction) [1993] 1 FLR 495, 503 における Hoffman 控訴院判事は、子の監護に責任を負っている親の常居所であることが間違いない家にやってきた’子の滞在が単なる過渡的又は一時的なものではあり得ない場合、常居所をただちに取得する場合もあると示唆した。しかしながら、これは、少数派であった。また、Nessa 対 Chief Adjudication Officer [1998] 2 All ER 728; [1998] 1 FLR 879 における Thorpe 判事の反対意見及び Smith 対 O'Dwyer [1995] NZFLR 151, 154 における Brown 判事の論評も参照。

[85] しかしながら、これまでの判例は、一定期間の現実の居住を要求しており、Beaumont & McEleavy では、相当な居住期間に関する要件を強化すべきであり、それよりも短い期間でも認める余地を残しつつ、通常は最低でも 6 ヶ月以上とすべきだと示唆している。必要な期間は、絆が形成され、新しい環境に溶け込む兆しを見せるのに必要な時間ということになる。彼らは、これが事実に関する内容を強化するものであり、その場所の法律が子の身分法になった場合にその場所と子との間に現実の関係があるよう確保するために必要だと考えている。彼らは 108 で次のように述べる：

それにもかかわらず、子に関する事件において、特に子の奪取条約の文脈において、人は、常居所の事実要素を省略することに努めるべきではなく、むしろそれを強化すべきである。これは、子らがある国とつながっており、不法な連れ去り又は留置後にそこに返還された場合、その場所との現実的かつ能動的な関係が形成されるべきであることを認識するためである。これは、さらに、すぐに取得できるドミサイルの概念から常居所の概念を区別するのにも役立つ。

[86] 当職の見解では、上述したアプローチの違いは、調査を事実問題について行うべきであることを強調している。従って、いかなる原則も、厳格に適用することはできない。これまでの判例から、(幼児が関与している場合には親の)定住の意志と、現実の留置の両方が必要とされるものの、このような定住の意志や意志の一致が存在しない場合には、現実の居住期間を長くすべき場合もある。また、何が相当な期間にわたる現実の居住を満たすかも状況による。例えば、子がかつて住んだことがあるか、文化や言語になじみがある国よりも、文化や言語になじみのない国の方が、常居所を取得するのに要する現実の居住の期間が長くなる可能性がある。いずれの場合も、定住の意志が非常に強固な場合、現実の居住の時間が短くてもよい可能性がある。両親が別居しており、子が、これまでに監護を中心的に受け持っていない親と暮らすために移住する場合には、子が両親又は監護を中心的に受け持ってきた親とともに移住し、状況によるものの、常居所を取得する時間が比較的短くて済む場合よりも常居所を獲得するのに時間がかかる可能性がある。

#### 居所に期間の定めのある場合の判例法

[87] 別な法域に移住し、定住する意志が存在し、元の法域との絆が切断されている場合、常居所に関する認定はそれほど困難ではない。(パラグラフ[78]で議論している) **Crawford** の見解が受け入れられない場合、新しい法域での滞在期間が新しい常居所を取得するのに不十分な場合でも、そのような意志は、それまでの常居所の即時の喪失を自動的に意味する。ある法域での滞在について、期間を定める意図があり、既存の常居所への返還が合意されているか、少なくとも考慮されている事件は難解である。

[88] 定められた期間があまりにも長く、常居所の変更が意図されていないと主張することが非現実的であるような場合さえある—子らが米国で 4 年間生活し、勉強した後、イスラエルに戻る旨を合意していた **Toren 対 Toren (1998) 26 F Supp 2d 240 (D Mass)** 事件に関する **Mozes 対 Mozes (2001) 239 F 3d 1067 (9th Cir)**, at 1077 footnote 27 の論評を参照。同様に、既存の常居所からの一定期間

不在であっても、その期間が明らかに短く、常居所の変更が意図されていたことを批判に耐え得る程度に主張することが困難な場合もあるだろう。

[89] 他の事件では、答えがそれほど明快ではない場合もある。従って、居住に期間を定め、その経過後に既存の常居所を有する法域に返還する意図が存在した場合、さらなる原則を導けないか確認するために特定の判例を調べる価値がある。当職は、まず、新しい法域内における留置が一度限りかつこれに期間の定めがあり、しかも、子らの常居所がかつての法域に残っていると裁判所が判示した事件の集合を検討する。

[90] Goddard 判事が Mozes 対 Mozes 事件に大幅に依拠したため、当職はそこから始める。この事件における合意は、妻が子らをイスラエルから米国に 15 ヶ月間連れて行ってもよいというものだった。その期間の満了後にどうするかをめぐって存在したとされる合意について両親間で意見が対立しているものの、子らが 15 ヶ月を超えて滞在する可能性も論じられていた。裁判所は、ある法域にとどまる期間を限定する意図が存在した場合でも、そこに常居所を有すると認めることは可能である事実を明らかに受け入れており、この点に関連して、R 対 Barnet LBC Ex p Shah における Scarman 判事の発言に肯定的を参照している。判決の 1074 では次のように述べている：

ある場所に常居所を有するとは、なんらかの意味においてそこに「定住」することを意味するものでなければならない—しかし、必ずしもそこに骨を埋める予定である必要はない。また、なんらかの特別な動機によってある区域に定住した者に限定して常居所を認めることを正当化できない。ここはまったくその通りである。しかしながら、境界例を決定する際は、そのいずれも、あまり有用ではない。サマーキャンプに出かける子でさえ、「限定された期間」そこに継続的に生活する「定住の意志」を有することはほぼ間違いないからである。

(後略) サマーキャンプが子の常居所であると真剣に主張する者などいないだろうが、「定住の意志」という概念だけではそう主張できない理由を説明できない。

[91] 裁判所は、さらに、キャンパーが常居所を有するとはみなされない明白な理由として、彼らが、既に確立された常居所を別の場所に有し、一夏すべてであっても、そこを離れることが、常居所を放棄することを意味しないからだとして説明した。従って、調査を適切に行うためには、それまでの常居所が放棄されているかどうか焦点になる。

[92] 子らが既に十分に確立された常居所を有する場合、裁判所は、子らが別の法廷地に存在することへの簡単な合意では、特に具体的な期限を設けて移住する合意が存在した場合、通常は、常居所をもう一つの法廷地に変更するのに十分ではないと述べた。条約にもとづいて行う場合、子らの家族及び社会的発展の中心として米国がイスラエルに取って代わっていたかどうかを調べることが妥当であった。事件の状況では、これに否定的だった。米国との絆はなく、そこに親戚はおらず、経済的援助の中心は引き続きイスラエルだった。

[93] また、弁護士の Pidgeon 氏も、豪州の事件 De Lewinski 対 Department of Community Services (1997) FLC 92-737 を含む他のいくつかの事件を参照している。その事件では、オーストラリア人の妻が米国で休暇中だった 1980 年に夫と妻が出会った。彼らは 1983 年に婚姻し、婚姻により、審理の日にそれぞれ 10 歳と 12 歳になっていた二人の子をもうけた。夫婦は、1996 年 1 月に 4 ヶ月間豪州に住んだ。下の子は、その期間中に生まれた。彼らは米国に戻り、妻と子らが父親の同意を得て 1991 年 12 月に豪州に行くまで家族全員で滞在し、その後、妻と子らは、豪州で約 8 ヶ月間過ごした。そこで、子らは米国に戻り、1994 年 7 月に豪州に戻り、1995 年 1 月まで滞在した。

[94] 夫婦関係が悪化し、米国に戻ってから約 1 ヶ月後、妻が子らを持って豪州に戻った。夫の代理人としてハーグ条約にもとづいた申立てが行われた。第一審では子らが米国に常居所を有すると判示された。第一審裁判官は、豪州に滞在した期間について定住の意志がなく、妻の家族を訪れる意志しかなく、子らの常居所を米国から変更する合意が両親の間になかったと認定したが、その認定は、第一審裁判官に明白に委ねられていたことを理由に控訴審でもこの認定が支持された。

[95] 次の事件は、S 対 M [1999] NZFLR 337 におけるニュージーランド高等法院の決定を参照するものだった。この事件は、10 歳の子 S に関するものだった（後略）母親が主張するところの、自分が新しい伴侶との関係を整えるまでの約 1 年間という仮の取り決めにもとづき、子が、父親と住むために豪州に行った。父親は、それが恒久的な取り決めだったと主張した。およそ 13 ヶ月後、S は、休暇中の訪問のためにニュージーランドに来た。S は、帰りの航空券を所持していたものの、帰りの便の二日前に母親が父親に電話し、S がその便に乗らないと言った。その状況を解決する試みが失敗し、父親の代理人としてのハーグ条約にもとづいた申立てが家庭裁判所で成功した。



[96] 高等法院への控訴審において、その認定が覆された。移住が恒久的であるか、少なくとも期間の定めがなかったことを父親が立証していないことが (344 で) 根拠にされた。しかし、常居所の変更を実現するためには、移住を恒久的又は無期限とする意志を要するという意味であるとすれば、遺憾ながら間違っている。「期間が短いか、長いかにかかわらず、〔自らの〕当面の人生の通常のプロセスとして自らが自発的に、かつ定住の意志により」選択した居所を採用する定住の意志さえあれば良い—**Re B (Minors) (Abduction) (No2) [1993] 1 FLR 993, 995** の **Waite** 判事。しかしながら、さらに、**Panckhurst** 判事は、(子が母親の監護のもと、ニュージーランドに住んでいた) 9 年間と、申立てを引き起こした事象までの最後の 13 ヶ月のどちらの期間を強調すべきかの問題だと述べた。従って、彼が、ルールを述べているのではなく、もちろん正しいアプローチではあるが、事実の文脈において、実際の意志を調べているに過ぎない可能性がある。しかしながら、彼がそうしたことをやっていたのだとすれば、事実をさらに深く検討することが望ましかった。

[97] **Pidgeon** 氏は、さらに **Brennan** 対 **Cibault (1996) AD 2d 965** の判決を参照した。その事件では、1995 年 6 月まで一家でフランスに住み、その時に父親が休暇で 6 週間子とともに米国に来た。その期間中に婚姻を解消し、父親は米国にとどまると述べた。母親が (6 週間の休暇を延長して) 6 ヶ月間滞在することに同意したものの、子の常居所がフランスにとどまった旨を認定した。その理由は、子らの両親がそこで婚姻し、そこで職業と住宅を確立し、子がそこで生まれ、ニューヨークにいる子の祖母の許への (当初は 6 週間のはずだった) 訪問のために父親とともに出国するまでの生後 16 ヶ月間をそこで過ごしていたからだった。これらの事実は、子がフランスに常居所を有する旨の共通の意思を示しており、母親が休暇の延長に同意していたとして、そのことにより、常居所が変更され得ないことが判示された。

[98] また、**S** 対 **M [1999] NZFLR 337** において **re S and another [1994] 1 All ER 237** が肯定的に参照されていたため、**Pidgeon** 氏もこれを参照した。しかしながら、**Beaumont and McEleavy** は (100 の脚注 74 で) 常居所に関連する限りにおいて、**re S** が、「**Brennan** 対 **Cibault** 以上に問題の多い決定」であると述べている。

[99] **re S** において、両親はイスラエル国民であり、1 年間のサバティカルで子らとともにイングランドに来た。ただし、その期間を超えてイングランドに滞在することは可能性の域を出ないと父親は認識していた。いずれも科学者であり、いずれも研究助成金を確保しており、イングランドでの研究の終わりにイ

スラエルに戻ることがその条件となっていた。父親はおよそ 7 ヶ月後にイスラエルに戻り、離婚を申し立てた。母親は、直ちにであれ、合意されている 1 年の期間の終わりであれ、子らをイスラエルに返還する意志がないと述べた。

[100] 引き続きイスラエルが常居所を有する国であることが判示されたものの、そうである理由の分析は示されなかった。判事は、単に、自分がこのテーマに関する複数の事例を参照したものの、間もなく解決できると確信している旨を述べたに過ぎない。ウォール判事は (249 で) 次のように述べた：

当職は、子らの常居所がイスラエルにとどまっていることを全く疑わない。実際には考えにくいものの、たとえ母親自身がイスラエルにおける常居所を失ったとしても、両方の親が平等な監護の権利を有する場合、合意若しくは他の親による長期の黙認又は居所や監護の権利を決定する裁判所の命令がない限り、両親の一方による一方的行為により常居所を変更できないことは単純明快であるように思われる。

[101] Pidgeon 氏は、最後に、**Paz 対 Paz (2001)169 F Supp 2d 254 (SDNY)**を参照した。その事件では、母親と父親の両方がペルー人だった。夫婦は、婚姻からまもなくニュージーランドに移住し、そこで 1988 年に子 (娘) が生まれた。二年後に彼らは別居し、母親が監護の主体となることが認められた。母親と娘は 1992 年の終わりにペルーに行き、和解する試みとして父親も彼らに合流した。彼らは 1998 年初めまでそこに住み、同年、母親と娘がニュージーランドに戻り、父親も彼らと合流した。仕事が見つからなかったため、1998 年半ばに母親が単身ペルーに戻り、2 ヶ月後に父親と娘も母親に合流したものの、父親と母親は同居しなかった。彼らはおよそ 1998 年 12 月まで 1 週間交替で監護を共有し、そこで母親と娘がニューヨークに移住した。学年の途中であったことから娘がニューヨークの学校に入学できなかったため、娘は、その年に学校に通うために自分の祖母とともにペルーに戻った。娘は、ニューヨークに住むために 1999 年 8 月に戻った。2000 年 2 月後半、母親は娘が父親と生活するためにニュージーランドに向かうという理解のもとに娘をペルーに送った。母親は、娘を 2000 年 7 月にニューヨークに戻すことになっていたものの、ニューヨークに戻すよう再三要求したにもかかわらず、2000 年 12 月までニュージーランドに留め置かれる結果になったと主張した。(父親によればあくまでも休暇のために) 娘が最終的にニューヨークに戻った時、母親は、父親が娘をニュージーランドに連れ帰るのを認めることを拒否した。

[102] (父親は争っているものの) 判事は、娘が 2000 年、あくまでも一時的にニュージーランドに送られたことを示す母親の証拠を認容した。裁判所は、1998 年 3 月に両親が試みた最後の和解後、娘が 9 回転居し、その大半は母親と一緒にあり、娘が母親と生活するのに慣れている点を指摘した。娘がニュージーランドで過ごした 9 ないし 10 ヶ月間にニュージーランドに順応した旨の証拠が提示され、従って娘がニュージーランドに常居所を有するに至ったとする主張が提出されたものの、判事は、この証拠を娘の頻繁な移動に照らして検討しなければならないと判示した。ニュージーランドに滞在するまで、娘は、およそ 6 ヶ月以上、一つの場所に継続して居住したことがなかった。彼女は必ずしも周囲に適応するよう求められていなかった。上記のすべての事実を照らして、裁判所は、娘が、申立てられている不法な留置の時にニュージーランドに常居所を有していなかったと結論付けた。

[103] 当職は、次に、移住に期間の定めがあると見なし得るものの、常居所が変更されたと判示された事件について検討する。そうした事件の最初のものが **Re S (A Minor) (Abduction) [1991] 2 FLR 224** である。その事件において、娘は、1982 年に両親が別居して以来、母親の監護下にあった。母親がカルガリーに住んでいた間の 1988 年 6 月、母親は、次の学年の 1 年間で娘と暮らすことを父親に許可した。父親はミネソタ州に住んでいた。その取り決めが実行に移されたものの、1988 年 10 月 5 日に、母親が父親に知らせることなく、娘をカルガリー経由でイングランドに連れていった。娘が父親の監護下で 1 年間過ごす旨の取り決めに従い、娘がミネソタ州において常居所を有していたことは明らかであったと判示された。

[104] 次は、**Moran 対 Moran (1997) SLT 541** の事件である。その事件において、当事者は、スコットランドで婚姻し、1982 年にカリフォルニア州に移住した。1994 年 7 月に妻が子らとともにスコットランドに戻った。夫が、子らの返還命令を申し立てた。彼は、母親と子らが休暇のためにスコットランドに来たと主張した。妻はそれに同意したものの、自分がスコットランドに到着した後、夫がその財政困難を解決している間の 1 年間、自分と子らがスコットランドにとどまり、その期間の終わりに自分たちの将来を再検討することに決めたと述べた。裁判所は、妻の証拠を優先し、子らがスコットランドに常居所を有していたと判示した。**Prosser** 判事は、(543 で) **R 対 Barnet LBC Ex p Shah [1983] 2 AC 309** の **Scarman** 判事の論評を参照した後、次のように述べた：

長めの休暇から、後戻りできない移住まで、当然のようにあらゆる可能性が存在する。本件の場合、子らが 1994 年 7 月に離れるまで、しかも長い期間、カ

リフォルニア州に常居所を有していたことは間違いない。合意に従ってスコットランドに一年ほど滞在した後、少なくともカリフォルニア州に戻る可能性があったことは間違いない。しかしながら、スコットランドに滞在することに合意した時、両当事者の心中において、そのような帰還が解決にならない可能性が明確に存在した。返還ではなく検討することが次の段階だった。また、当職の見解では、スコットランドにおける合意された滞在を、カリフォルニア州における通常の生活の一種の中断としての、カリフォルニア州からの一時的な不在又は単なる休暇に過ぎないと解釈することはおそらく誤りである。カリフォルニア州における通常の生活が満足のいくものではなかったからこそ、少なくとも翌年の通常の生活はスコットランドで送ることになった。これが印象と程度の問題であると言うことも当然可能である。しかし、被控訴人と子らが1年間スコットランドに来る旨の決定の原因と理由を考慮し、その決定が完全な1学年に及ぶものであり、それ以降についてさえ、控訴人との家族生活を再度確立するかどうか、また、そうするとすれば、カリフォルニア州でそうするのかが完全に白紙だった点に着目すれば、当職にとって、家族がスコットランドに常居所を確立していたことが極めて明白である。当職にとっては、常居所を後日回復する可能性があったとしても、当職の説明したあらゆる状況下において、スコットランドへのおそらく1年以上に及ぶ出国を、出発日におけるカリフォルニア州における常居の終了であると見なければならぬことはさらに明白である。他でもなくスコットランドに来たこと以上に、カリフォルニア州に住むのを止めたことが事の本質であった。

[105] また、Cameron 対 Cameron [1996] SC 17 も重要である。この事件では、子らがフランスで父親とともに住むものの、子らが不満になった場合にはスコットランドに返還されるという条件に別居している両親が合意した。この取り決めは、6ヶ月経過後に見直されることになっていた。子らは1995年の1月から4月まで父親と住んだものの、スコットランドを訪問した後、母親によって返還されなかった。Clerk Ross 判事は、上訴部の意見を示し、下級審の認定とは逆に、合意が暫定的なものでも、一時的なものでもなく、恒久的な取り決めとすることが意図されていたと判示した。6ヶ月経過後に見直されることになっていた事実は重要ではないとした。合意について、当事者が子らをフランスに連れていくべきであるものの、その期間が6ヶ月を超えない可能性があったと解釈するにしても、その合意は、居住期間と相まって、フランスを子らの常居所とするのに十分だという見解が示された。

[106] *Beaumont and McEleavy* は (104 で)、語句を厳密に解釈した場合、親の合意書の語句の解釈が不適切であるとしてこの決定を批判し、その分析が、両

親の婚姻解消に際した 2 名の幼く脆弱な子らの将来に配慮する試みよりも、むしろ財産の売却に適していると述べた。執筆者たちの見解によれば、裁判所は、前提となっている状況にさらに配慮すべきであった。いずれにしても、彼らによれば、子らが留置された時点では、フランスでの滞在期間が 3 ヶ月にしか達していなかった以上、事実関係をもっと重視すべきであった。しかしながら、執筆者たちは、その前の箇所 (99-100) でも、この事件における、6 ヶ月という固定された期間、子らを別の法域に滞在させる意志が親にあれば、子らが既存の常居所をただちに失わせるのに十分である可能性があるという考え方を参照している一下記のパラグラフ[119]を参照。

[107] 最後に、当職は、第 1 巡回区連邦巡回控訴裁判所による控訴審で維持された Zuker (父親) 対 Andrews (母親) (1998) 2 Fed Supp 2d 134 (D Mass) 事件に言及する。その事件では、子がニューヨークで生まれた。以後、母親と子は、アルゼンチンとニューヨークを行き来した。彼女たちは、1994 年 11 月から 1995 年 5 月まではアルゼンチン、また、1995 年 5 月から 1995 年 11 月まではマサチューセッツ州の祖母の家に居住した。1995 年 11 月から 1996 年 6 月まではアルゼンチンにいた。1996 年 6 月にアルゼンチンを離れ、再び祖母の家に行き、以後、子が返還されなかった。アルゼンチンに行った目的は、CD (コンパクトディスク) の生産及び販売に従事していた父親とも過ごすためだった。裁判所は、1996 年 6 月時点の子の常居所がアルゼンチンだったと判示した。裁判所は、(138 で) 次のように述べた：

当職は、本件事実に本法を適用し、3 つの期間 (1994 年 11 月から 1995 年 5 月まで、1995 年 5 月から 1995 年 11 月まで、1995 年 11 月から 1996 年 6 月まで) について、[S]が、その実際に滞在していた国に常居所を有していたと認定する。これは、[S]の視点でも、まさにその通りである。また、両親が共有していた意志という観点からも同様である。どちらの親も、父親が CD を仕上げる間に母親と[S]がアルゼンチンに住むことに同意し、どちらの親も、母親と[S]が 1995 年に 6 ヶ月間米国に戻ることに同意し、どちらの親も、母親が 1995 年 11 月に[S]とともにアルゼンチンに戻ることに同意していた。当職は、それぞれの機会に自分たちと[S]がアルゼンチンに滞在を予定していた期間をめぐって父親と母親との間に違いがあったものの、それぞれの行き来が、少なくとも移動するという点について、本質的には両親が合意した結果であったと認定する。実際のところ、1996 年 6 月に母親が[S]を伴って米国に帰還することについて、両親が合意していたものの、その時点において、米国に滞在する期間に関する合意は存在しなかった。

当職は、[S]とともにアルゼンチンに恒久的に住むつもりは一切なく、自分が1994年11月にアルゼンチンに移動した時にも、父親のアルゼンチンでの仕事が終われば米国に戻るつもりでいたという母親の証言を信用する一方、これは、[S]と母親がアルゼンチンに住んでいた1ヶ月の間、[S]の常居所がアルゼンチンになかったことの立証にはなっていない。このため、当職は、実際には米国に戻る何ヶ月も前から[S]とともに米国に戻ることを母親が切実に望んでいたとしても、アルゼンチンに来てから7ヶ月後の1996年6月に、[S]がアルゼンチンに常居所を有していたと認定する。

[108] 次に、当職は、ここで問題になっているものと類似のシャトル監護取り決め事件を検討する。最初のものが、Johnson 対 Johnson Case no 7505-1995 Supreme Administrative Court, 9 May 1996, (Sweden) である。その事件では、母親がスウェーデン人で、父親が米国民だった。両当事者は別居し、妻がスウェーデンに戻る前に、子が3年ごとに1年間父親とともに過ごすことに合意した。この合意は後に若干変更され、最初の二つの期間については、子がそれぞれの親と各2年間暮らすことになった。合意した計画では、子が母親とともに8年間、父親とともに4年間過ごすことになっていた。裁判所が合意を承認し、また、バージニア州の州裁判所が専属管轄権を有する旨を合意した。その後、最初の2年間をスウェーデンで過ごすために子が母親とともに米国を離れた。

[109] その期間の終わりに、母親が子を返還しなかった。第一審裁判所も、第一段階の上訴（控訴審）も、子を米国に返還すべきであると判示した。さらに控訴した結果、あらゆる状況を考慮し、子の常居所がバージニア州ではなくスウェーデンにあると判示した。子がスウェーデンで8年間を暮らす予定でいた事実が考慮された。裁判所は次のように述べた：ハーグ条約では、「常居所（habitual residence）」も、これに対応する用語「hemvist」も定義していない。条約にもとづいた常居所の問題を検討するとは、一般的には、主に、一国との結びつきが他国とのものよりも恒久的であることを示すような滞在期間、既存の社会的な絆、その他の[事項]（中略）などの客観的に観察できる状況の全体的な評価の問題であると言ってよい。幼児の場合、監護の権利を有する者の常居所、並びに家族の他の構成員や社会的側面などの要因が決定的である。

[110] 本件のその後の経過が興味深い。米国の中央当局は、裁判所に文書を提出し、この問題が一般的重要性を備えると述べた。米国の中央当局が懸念を表明したのは、この種のシャトル監護取り決めが履行するよう強制されない場合、両親にフォーラム・ショッピングを許しかねないため、両親がそのような取り決めで合意する意欲を失うという点で、子らに有害な影響を与える可能性がある

る点だった。そうすると、両方の親が、単独での監護にこだわることになる（米国の中央当局からスウェーデンの中央当局への 1996 年 1 月 30 日付米國務省文書[USA 1996]、[http://www.hiltonhouse.com/cases/Johnson\\_001\\_USCA.txt](http://www.hiltonhouse.com/cases/Johnson_001_USCA.txt) を参照）。文書は、次のように述べている。

合衆国は、子が常居所を有する国で下された監護命令が、子が一時的に別の国に住むことを許す趣旨であるものの、命令が下された国に子を返還する意志があったことを明白に証明している場合、ハーグ条約の運用上、子の常居所が、元の国にとどまり、一時的に居住することが許された国に移転しないものと理解すべきであると考えます。両親の一方が常居所の場所にとどまり、かつ、元の監護命令が下された国が常に常居所の法域となることに両親自身が合意している場合、特にそうあるべきである。これらの基本原則を遵守することが、ハーグ条約の全体的な目的を推進する最善の方法であり、共同監護事件においてこの点が特に重要になる。

上記で示唆したように、他のいかなるアプローチも、監護の問題に対する管轄権の不断の変更と、そのような変更が必然的に生み出す一切の不確実性及び不安定性をもたらす。また、これは、子の奪取やフォーラム・ショッピングのインセンティブを生み出し、子が二重国籍の場合、監護をめぐる、最終的には、いずれの親も、子と、自分及び自分が国籍を有する国との強い絆を維持しようと努める内容の合意により決着することを奨励する結果になる。

[111] 米国は、決定後も自らの主張を外交文書でフォローし、この決定を理由にスウェーデンがハーグ条約に基づいた同国の義務に違反していると示唆した（1996 年 6 月 30 日付合衆国文書第 64 号、[http://www.hiltonhouse.com/cases/Johnson\\_003\\_USNote.txt](http://www.hiltonhouse.com/cases/Johnson_003_USNote.txt) を参照）。米国は、裁判所に提出した論点を繰り返し、条約に反するとして「hemvist」の概念を批判した。文書は、次のように述べている。

最高行政裁判所は、スウェーデン法の「hemvist」に焦点を当て、娘（Amanda）がスウェーデンに住んでから 2 年を超え、スウェーデンでの生活に順応していたこと、そして、1993 年のバージニア州の監護命令が、監護の主体として母親に父親よりも多くの年数を割り当てていることを決定の根拠とした。このような理由づけは、条約が阻止することを目指している行為に報い、それによって条約の趣旨を逆転させる結果になる。条約は、監護紛争を子の常居所又は元の法域の国で解決するよう両親に義務づけているのに対し、この決定は、監護訴

訟をより有利な法域で再開するために子を不法に留置する行為を親に許す結果になる。

[112] 米国は、この文書において、常居所と共同監護に関するスウェーデンの解釈を支持しない旨を締約国間で合意するため、ハーグ条約の下でのこれらの用語に関する議論を常設ハーグ国際私法会議の 1997 年特別委員会の議題を含めるよう勧告するつもりだと警告した。一方で、米国は、スウェーデンの「hemvist」の概念と常居所との間に不一致が存在すると考え、これを是正するために法律を改正するようスウェーデン政府に強く促した。

[113] スウェーデンは、米国文書の提案を丁重に拒絶した。スウェーデンは、「hemvist」という概念が、実際にはハーグ条約の常居所の概念に対応しているものと考えている旨を述べた。同国は、いずれにしても、「他の多くの国々と同様、スウェーデンの裁判所は政府から独立している」と述べ、政府が決定を訂正することがスウェーデン憲法に反するとの見解を表明した。また、判決が、監護請求の本案に関する決定ではなく、ハーグ条約にもとづいて子が返還されるべきであるかどうかの決定でしかない指摘した。

[114] この点について、1997 年特別委員会で確かに討議したと見られるものの、上述のような米国スウェーデン間の意見の応酬にも、Johnson 対 Johnson 事件にも、特に言及していない。しかしながら、監護紛争の適切な法廷地に関する合意を裁判所が尊重すべきだという米国の見解は、常居所という概念の事実問題的性質を損なうものとして否定された。報告書はパラグラフ 16 で次のように述べた（国際的な子の奪取の民事上の側面に関するハーグ条約の運用を検討するための第 3 回特別委員会（1997 年 3 月 17-21 日）のハーグ国際私法会議常設事務局報告書を参照）：

監護合意、又は「シャトル合意」の変更は、子の常居所を決定する際に問題を引き起こす可能性がある。例えば、合意された日に子を返還しなかった場合に条約のもとでの不法な留置を構成する旨の追加的条項又は裁判所の選択に関する他の種類の条項を含めるなど、そのような合意により、裁判所を拘束するような方法で常居所を決定できるかどうか疑問がある。しかしながら、そのような裁判所の選択条項は、条約にもとづいて認識されず、そのような合意の当事者に、子の事実上の常居所と一致しない常居所を生み出す権限を認めるべきではない。その理由は、第一に、条約のもとでの「常居所」の概念が、純粹に事実問題であると見なされているからであり、第二に、条約では、緊急の場合



に適用される極めて特別な救済について定め、監護の権利の本案に関する両親間の紛争を解決することを意図していないからである。

[115] シャトル監護取り決めに参照している二番目の事件は、**Watson (AP) 対 Jamieson (1998) SLT 180** である。その事件における（1992年に行われた）取り決めは、子らが、その当時それぞれスコットランドとニュージーランドに居住していた両親と2年間交代で暮らすというものだった。その取り決めに従い、子らは、1993年と1994年をニュージーランドで母親と過ごし、次に、1995年と1996年はスコットランドで過ごし、ただし、1995年9月は長期休暇で母親と過ごした。両方の親がニュージーランドに住んでいた数年間についても、類似のシャトル監護取り決めが行われた。1996年8月には、父親が、年末に子らをニュージーランドに戻さないと述べた。**Prosser** 判事は、このような場合、1995年と1996年の2年間の終わりにニュージーランドに戻るようになっていたとしても、子らがスコットランドにおいて常居所を有するという定住の意志が存在したことを確信している、と述べた。判事は（182-183で）次のように述べた。

しかし、それぞれの親との居住を均等に分割した場合、区別する他の要因が存在しない限り、一方の親との居住が主であり、他の親との滞在がその中断であると見ることが非現実的であるように感じられた。本件のように、それぞれの親とともにいる期間がこれほど長い場合、娘たちが、絶えず取っ替え引っ替えされているように感じないよう、また、どちらの親といるに場合にも、その親とともにいるための強固かつ持続的な基盤が存在すると感じられるだけの長さが確保されるよう両親が（極めて立派なことに）敢えて長い期間を選択しているように当職には思える。子らが2年間滞在するためにニュージーランドを離れ、スコットランドに来たとき、当職は、たとえ1998年の終わりまでの次の2年間をニュージーランドで過ごすために同国に戻るようになっていたとしても、子らが通常のいかなる意味においても、当時の2年間をスコットランドで生活するという定住の意志が存在したことを確信する。

[116] これとは別な結果になったものの、初期のシャトル監護事件であるため、当職は、**Bickerton 対 Bickerton Contra Costa County Superior Court (California) 91-06694, 17 July 1991** を参照する。その事件において、子らはカナダで生まれ、どの裁判所の命令も受けてはいないものの、両親が別居合意書に署名するまでそこに住んでいた。子らはそこでカリフォルニア州に約2年、カナダで次の5年間過ごした。母親は、自分が監護する直近の年の11ヶ月経過後にカリフォルニア州の裁判所に専属的な監護を目的とする訴訟を提起した。

裁判所は父親が提示した証拠に基づき、（しかし、その証拠が何であったかについてあまり明確にすることなく）理由づけを一切示すことなく、子らがカナダに常居所を有すると判示した。期間の定めのある事件に関する議論

[117] 弁護士の **Pidgeon** 氏は、**Watson** 対 **Jamieson** 決定以降に常居所を扱った事件においてこの決定が無視されているように見えるとする意見を提出した。彼は、この決定が、イングランド、豪州、ニュージーランド及び米国の決定の大半から孤立した決定であり、これを参照すべきではないとする意見を提出した。

[118] しかしながら、**Blanchard** 判事がパラグラフ[32]で指摘したように、彼が、この提案を裏付けるために言及したのは、シャトル監護事件ではなく、期間を限定して 1 回のみ別な国で監護を行う旨を合意していた事件だった。これらの事件は、各法域において比較的長い期間居住する定住の意志が存在した事件ではなかった。このような場合、交互に常居所を与えるという定住の意志が存在するとを推論することが最も合理的である。これは、新しい法域での居住期間が、新しい常居所を獲得するのに不十分であった場合でも、特別な事情が存在しない限り、新しい法域における合意されたそれぞれの期間の開始時に以前の常居所を即座に喪失することを意味する。

[119] **Blanchard** 判事がパラグラフ[36]で指摘しているように、また **Pidgeon** 氏も認めているように、当職も、**Beaumont and McElevy** が（99～100 で）**Johnson** 対 **Johnson** と **Watson** 対 **Jamieson** の両方を肯定的に参照していることを認識している。後者について、彼らは次のように述べている：

この解釈は、言葉の通常の意味と完全に一致している。娘たちが条件に従って 2 年周期で移動するたびに、それに応じて常居所も変更される。従って、去るときに、娘たちが既存の常居所を失ったと述べても適切ではないだろうか。個人が特定の国に滞在する間に新しい常居所を取得することが明白であるなら、それまでの常居所が出発の日以降も存続することを許すべき理由はあるのだろうか。とはいえ、子がそれまでの常居所をただちに失うとする場合に、新しい国で常居所を取得するために必要とされる居住期間に関する明快な答えは存在しない。**Cameron** 対 **Cameron** における **Clerk Ross** 判事の傍論は、別な国で 6 ヶ月を過ごす旨の合意があれば、常居所を取得するのに十分な期間であろうことを示している可能性がある。従って、これから推論すると、そのような状況では、子らのそれまでの常居所がただちに失われることを前提としてよいかも示れない。理論上は、このような考え方に反対する理由は一切ないように見え

る。さらに、条約の文脈において、子が特定の法域とのつながりを断たれた場合、その子をそこに返還する有効な理由はないように見える。

[120] いずれにしても、上述の例から、それは、居住に期間を定め、しかも一回限りとし、その後それまでの常居所に戻ることを意図していた場合であっても、そのことが、常居所が新しい法域に移転していないという認定に自動的につながらないことは明らかである。事実問題を調査している以上当然であるが、それは、特定の事件のあらゆる状況に左右される。一方で、別な法域での滞在が期間に定めのある一度限りのものであるだけでなく、一時的なものとするを意図していたと見なされ得るような事件が存在する。これが、それまで常居所との絆が強く、新しい常居所との関係が弱いとする認定と合わさった場合には、常居所が変化していないとの結論につながる。

[121] しかしながら、一時的な滞在目的でも、期間が十分に長く、*Mozes* 対 *Mozes* (2001) 239 F 3d 1067 (9th Cir) の裁判所が (1081 で)述べているように、元の法廷地に戻るよう義務づけた場合、もはや子の生活が形成されつつある家族や社会環境の外に子連れをゆくことに等しいと自信を持って言える程度に子の両国との相対的な結びつきが変化していると言える程度の期間の実際の居住後に常居所の変化を引き起こしかねない。Perez-Vera 報告書

[122] 一時的な滞在目的だと判断された事件の例は、休日、親族の訪問、また（一定の場合には）通常監護している親の定められた期間の満了などである。常居所が変更されたと判示されることを親たちが恐れ、子らが別の法域にいる親族を訪れることに同意する行為が阻害されないことが当然重要である。J in Re HB (Abduction: Children's Objections) [1997] 1 FLR 392 at 399 の Hale 判事がこの点について指摘した。

当職の見解によれば、子らが訪問するために別の国に来た事件の場合、条約の方針が特に重要である。両親が別々の国に住んでいる場合、子らとともに住んでいる親が、子らが訪問期間の終わりに問題なく返還されることがわかり、安心して送り出せることが、こうした子らにとっての最善の利益にかなうことは明らかである。そうしないと、子らが来ることを認めない衝動に親たちが駆られる可能性があり、それは子らにとって有害となる。

[123] 他方で、移動が教育目的であるか又は定期雇用のための比較的長期のものである場合など、滞在の目的が一時的なものであることが明確ではない場合、又は目的が定まっていない場合、裁判所は、特にそれまでの法域との絆が弱い

場合、現実に居住してから十分な期間が経過すれば、常居所の変更をはるかに迅速に認定してきた。事実、絆が弱いか、又は切断されている場合、新しい常居所が取得されていない場合でも、それまでの常居所をただちに喪失したと判示している。その点では、ドミサイルを変更する場合とは異なり、期間が短い、長いにかかわらず、当面の人生の通常のプロセスとして居所を採用する定住の意志さえあれば良いことを忘れてはならない—R 対 **Barnet LBC Ex p Shah** [1983] 2 AC 309 at 343 を参照。

[124] 最後に、当職は、（シャトル監護事件を含む）すべての事件において、その法域に子を滞在させる両親の意志だけでなく、状況全体を検討すべきである点を改めて強調したい。他の一切のアプローチは、この概念の事実問題的性質と整合しない。さらに、親の意志のみを検討することは、必要以上に親中心のアプローチとなる—パラグラフ[76]の論評を参照。常居所に関する **Goddard** 判事の決定に関する議論

[125] 本件控訴は、1968年後見法の第 31B 条(1)(b)にもとづいた法律問題に限定されている。子が常居所を有するかどうかは事実問題である。従って、**Goddard** 判事の評価に法律上の誤りが存在しない限り、控訴により決定は覆すことはできない。その点では、上述した原則のいずれであれ、それを厳格なルールとして扱うこと、又は明確に関連する事実を無視すること、又は常居所の概念の本質を誤解することは法律上の誤りである。

[126] **Goddard** 判事は（パラグラフ[40]で）、**Watson 対 Jamieson (1998) SLT 180** の決定に沿って本件を決定すべきであるという P 夫人の主張を述べることで、このテーマについて論じ始めた。判事は、（パラグラフ[42]で）この意見書を否認し、自分の目から見て、共同監護の両親の一方がシャトル監護取り決めから離脱しようとした結果として、両者が子らの居所について合意できなくなった状況の一例であると述べた。遺憾ながら、事後の事象ではなく、合意が成立した時点における両親の定住の意志に最初に焦点を当てて調査を行う必要があった—**Moran 対 Moran (1997) SLT 541, 543** を参照。

[127] 判事は、次に、合意がなされた時点における見解を確かに検討した。判事は（パラグラフ[42]で）、自分の目から見て、P 氏が、共同監護取り決めに同意することにより、ハーグ条約の運用上、ニュージーランドの家庭裁判所の管轄権を認めた状況ではなかったと述べた。判事は、P 氏が、母親の出発前に豪州の裁判所で手続を行い、裁判所に合意を登録したことで、ニュージーランドに裁判管轄権を委ねていないことを P 氏が明確に示したと述べた。実際のと

ころ、自分が合意を締結した時にハーグ条約にもとづいた権利について知らなかったと P 氏が証言している点から、この点は、証拠に照らすと、いかなる意味でも明確ではなかった。P 氏は、母親が豪州から離れてしまえば、合意を強制することが困難であると考え、それが、懲罰的条項を盛り込んだ理由であると思われる。

[128] しかしながら、このすべてが的外れである。重要なのは、P 氏が裁判管轄についてどう考えた可能性があるかではない。管轄選択条項を合意書に含めていたか、（上記が示しているように、後者の点について判事は勘違いしていたが）豪州の裁判所に登録していたとしてもその点は変わらない。親が裁判管轄を指定できないことは、前述のパラグラフ[114]で論じた特別委員会の 1997 年の報告書が明確にしている。親の意志に関連して問題とすべきであった点は、シャトル監護取り決めに同意する際に、子らがニュージーランドで過ごす期間中、ニュージーランドを子らの常居所とする意志が P 氏にあったかどうかだった。

[129] 次に、Goddard 判事は（パラグラフ[43]で）、自分が直接適用できると考えた *Mozes 対 Mozes* (2001) 239 F 3d 1067 (9th Cir)の決定について検討した。特に、彼女は、（パラグラフ[45]で）、次のように裁判所が（1076 から 1078 まで）事件の種類を次のように分けた判例の一節を引用した：

一方には、移住について片方の親に不安があった事実はあるにしても、ひとまとまりとしての家族が、定住の意志にもとづいて常居所を変更したと裁判所が認定したことがある。最も一般的なものは、新しい国で生計を立てる意図があったことが窺われる状況のもと、両親と子が一緒に移住した場合である。一家が別な国に常居所を設けるために一国における常居所を放棄することに伴うあらゆる措置を共同で講じたと裁判所が認定した場合、裁判所は、一般に、移住に慎重だった旨を一方の親が主張しても、定住の意志とその共有を認定するのを躊躇しない。

反対の極にあるのは、確立された常居所からの子の最初の移住に具体的な期限を設ける意図があったことが明白な事件がある。これらの事件において、裁判所は、一般に、一方の親の意図が変更されたことで、子の常居所が変更されたと認定することを拒否してきた。

この両者の間に、子が曖昧な期間、海外に滞在することについて、申し立てた側の親が同意していた事件が存在する。子の滞在を取り巻く状況から、完全な

合意が存在しないまでも、滞在が無期限に継続することについて両親が相互に定住の意志を共有していたと裁判所が認定する場合もある。これに該当するとき、我々は、子のかつての常居所を相互に放棄したと合理的に推測することができる。しかしながら、それ以外に、正確な滞在期間には交渉の余地があったとしても、そのような放棄を推測できるような相互の定住の意図を裁判所が認定できない状況もある。これも、地裁の認定に大きな敬意が払われるべき「歴史のかつ散文的な事実」問題であることは明らかである。

[130] 判事は、続けて、自分が第 2 の分類を本件に直接適用できると判断した旨を（パラグラフ[46]で）述べた。引用された一節は、一見すると、常居所の変更が認められるためには、無期限又は期間の定めのない定住の意志が要求されるかのようなようであるが、**Mozes 対 Mozes** の裁判所が判決のその前の箇所（1074 で）そうではないことをはっきりと認めている。当職は、こうした事実を一時的にさて置き、論を進める。パラグラフ[90]において上述したように、定住の意志として説明するのに十分な程度の継続性を備えてさえいればよい。**Mozes 対 Mozes** の判事は、後に、親の同意がなくとも子はその常居所を失う場合があるとさえ（1081 で）認めている。裁判所は、子が新しい法廷地にとどまる期間を合意で定めていないことが、子の常居所が移転したことを立証するための必要条件ではないと（1082 で）述べたものの、子が、ある法域において明白に確立された居所を有するのであれば、定めのある期間の滞在が予定されていた法域に確立された居所を変更する前提として、すべての客観的事実がこれを裏付けている必要があると確かに述べている。

[131] 本件の目的との関係では、**Mozes 対 Mozes** における常居所に関する結論が、子ら及びその母親とイスラエルとの間に強いつながりが残っていたという評価、極めて高い可能性として両方の親に、米国に紛れもなく一時的に滞在する意志しかなかったこと及び米国に順応していた程度に関する評価を含む、事実の全面的な調査と無関係に到達したものではない点が重要である。従って、**Goddard** 判事が事実状況を十分に調べることなく、本件を第 2 の分類にあてはめたことは十分ではなかった。

[132] **Goddard** 判事は続いて（パラグラフ[48]で）、その事件における子らの家族及び社会的発展の中心として米国がイスラエルに取って代わっていたかどうかを調べることが妥当だと述べる **Mozes 対 Mozes** の一節を引用した。判事は、そこで、子らが単に 5 ヶ月間居住し、その母親が父親との共同監護取り決めに関する合意から離脱することを望んだというだけの理由で、**P** の子らの家族及び社会的発展の中心が、今やニュージーランドにあると言うことが、その事件

では不可能であると（パラグラフ[49]で）結論づけた。この点に関しては、事実状況について考慮することなく主張しているに過ぎないように見える。

[133] また、この主張は、先述し、**Mozes 対 Mozes** 自身が認識しているように、親の意志で居住期間を定めていない場合を除き、常居所を変更できないという判事の誤った見解にも影響されていたに違いない。常居所は、事実に関する概念であり、大人にとって、当然、それまでの法域との絆を断ち、新しい法域に無期限に滞在することが目的となるドミサイルとは異なる概念である。

[134] また、**Goddard** 判事は、本件の合意条件が **Mozes 対 Mozes** の場合とは極めて異なる点を考慮していない。その点において、判事は、明らかに関連する事実を考慮に入れていないと言える。**Mozes 対 Mozes** における合意は、期間を定めた滞在に関するものだった。本件の合意は、子らが 18 歳になるまで継続されるシャトル監護取り決めに関するものだった。先述したように、このような状況では、子らに交代で常居所を与えることがこのような取り決めの意志であったに違いないという結論に至る可能性が高い。

[135] 新しい常居所が取得されていたかどうかは、もちろん、ニュージーランドでの滞在が常態になるのに十分な期間であったかどうかによって左右される。この点で、子らがニュージーランドに移動する前までの一定期間、親として監護の主体であった母親とともにニュージーランドに転居したという事実は、この国に親族が存在することと同様、重要であろう。

[136] また、裁判管轄の変更により豪州におけるそれまでの常居所がただちに失われたのか、それとも、ニュージーランドに転居した後もしばらく残存していた可能性があるのかについて検討するため、（合意の条件を当然含む）事件の事実も検討しなければならない。豪州の常居所がただちに失われていた場合、子らがニュージーランドにおいて常居所を有するに至ったかどうかは当然問題ではなくなる。子らが豪州においてもはや常居所を有していない場合、ハーグ条約にもとづいた申立ては失敗せざるを得ない。

[137] **Goddard** 判事は、（パラグラフ[51]の）彼女の結論において、豪州からの子らの適法な連れ去りを可能にした合意に両親が到達した時点で **P** の子らが居住していた締約国を意味するものとして、常居所を解釈しなければならないと述べた。また、彼女は、豪州の家庭裁判所が管轄裁判所であると述べた。これが、常居所が裁判管轄に関する意志によって決定されるという彼女の先の見解

に戻ることを示唆するものであれば、既に述べた理由により、当然間違っている。

[138] 遺憾ながら、**Goddard** 判事は、原則に関する誤った見解をもとに裁判を進め、事件に関連する事実状況の全体像を考慮に入れなかった。これらは、法律上の誤りである。

#### 常居所に関する結論

[139] 当職は、**Goddard** 判事が、子らの常居所を評価する際に法律上の誤りを犯したことを理由に控訴を認め、上記に概説した原則に従い、この問題が事件の事実にもとづいて決定されるよう家庭裁判所に事件を差し戻す。

#### 留置

[140] 当職は、不法な留置が存在したかどうかの争点に関する **Blanchard** 判事の判決草稿を読む機会があった。当職は、判事が述べた理由にもとづき、この点について控訴が認められるべきであることに同意する。