
<http://www.incadat.com/> ref.: HC/E/UKe 2

[26/07/1990; House of Lords (England); Superior Appellate Court]

Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1990] 2 AC 562, [1990] 2 All ER 961, [1990] 2 FLR 450, sub nom C. v. S. (A Minor) (Abduction)

Reproduced with the express permission of the Royal Courts of Justice.

控訴院の決定に続く、貴族院の決定
最高法院
控訴院（民事部）
高等法院家事部からの上訴に関して
（**DOUGLAS BROWN** 判事）

王立裁判所

1990年5月17日木曜日

記録長官

（**Lord Donaldson**）

STAUGHTON 控訴院裁判官

Sir ROGER ORMROD

C

対

S

I. G. F. KARSTEN 勅撰代理人、および **LORD MESTON**（**Messers. Reynolds Porter Chamberlain** が雇用）が上訴人（父親）として出廷

A. T. H. KIRKWOOD 勅撰代理人、および **S. J. COOPER**（チェルシー、ストックポートの **Messers. Alfred Newton & Co.** が雇用）が被上訴人（母親）として出廷

Lord Donaldson of Lynton 記録長官：この上訴は、我が国が国際的な子の奪取の民事上の面に関する国際条約の義務を履行するために制定した 1985 年子の奪取および監護法に対し、新しい論点を巻き起こした。この訴訟の当事国

は、同じく同条約に加盟しているオーストラリア連邦と我が国である。

重要事実は論点ではない。父親も母親もイングランド生まれで、英国市民である。父親は 1969 年に、母親は 1978 年にオーストラリアに移住した。1987 年にふたりは出会って同居を始め、1987 年 12 月 6 日に息子の J が誕生した。父母ともに J の両親として出生証明書に登録され、J は二重国籍を持った。

2 人の関係には波があり、別居と復縁を繰り返していた。1989 年 1 月に別居したとき、妻（原文ママ）は J を連れて家を出た。両当事者ともに事務弁護士に相談し、父親は監護権の申し立てを考えたが、その時は実行しなかった。母親側の事務弁護士は、このような申し立てがなされた場合は対抗する意思を示したが、依頼人に代わり、父親による面会の提案を求めるかたちで和解を申し出た。父親がパスポートを西オーストラリアの家庭裁判所に保管のために提出することを条件とし、父親が J をオーストラリアから連れ去るのではないかという母親の不安を和らげようとした。後に起こることを考えると、こうした不安が当時あったとしたら、皮肉なことである。

1989 年 5 月ごろ和解が成立し、ふたりは再び同居を始めた。1990 年 1 月、イングランドに住む母親の両親が孫に会うためにオーストラリアを訪れた。これがきっかけとなったのかもしれないが、母親は J を連れてイングランドに戻ることを決意した。その間、母親は自分の意図が父親に悟られないように十分な注意を払っていた。そして 3 月 21 日、母親と祖母と J はイングランドへと旅立った。祖父は一足先に戻っていた。

この状況では、以後永遠に J とイングランドにとどまるという母親の意図は明確である。しかし一時的な祖父母の訪問という類であったことは間違いなかった。

J の不法な連れ去りが、1985 年法の付則 1 に載せられたハーグ条約第 3 条の意味で行われたのはこのとき、つまり 1990 年 3 月である。

3 月 26 日頃、父親はオーストラリアの裁判所に J の監護権およびその他救済を申し立て、1990 年 4 月 12 日、西オーストラリア家庭裁判所の Anderson 判事は、J の保護および監護権を父親のみに認める一方的命令を出した。判事はイングランドにいる母親にも判決の送達を出し、間もなく送達された。最終的に判事は自身の判決を修正し、J をオーストラリアから連れ出した行為は不法で

あったと判断した。

この命令を受けた母親が、J をオーストラリアに返還し父親が保護および監護権を実行することを妨げた場合、彼女はハーグ条約第 3 条の意味において J を不法に留置している罪に問われるとされている。

この年の 4 月 19 日、オーストラリア当局は条約の規定にしたがって J をオーストラリアに返還するよう要求し、適切な手続開始申立書が出された。それは 1990 年 4 月 30 日に高等裁判所家事部の **Douglas Brown** 判事のもとに届いた。この訴訟の事実について判事は、母親による J の不法な連れ去りまたは留置は、ハーグ条約において罪ではないとの判断を下した。父親は上訴した。

イングランドの裁判所は、ハーグ条約に基づく申し立ておよび権利条約に対し、迅速な判断を行うことを重視しているとされている。したがって、この申し立ても素早く処理された（返還要求から 4 週間もかからなかったと思われる）。

ハーグ条約と 1985 年法が狙いとする問題とは、条約締結国の管轄権からの子の不法な連れ去り、またはその外での不法な留置であり、これは非常に重大な問題である。この場合、子の返還を命じるのは、その子がいる条約締結国の裁判所の義務である。さらにこの命令はほぼ絶対的なものである。しかし、効力があるのは「不当な」という言葉であり、これは 1985 年法に組み込まれたハーグ条約と、本案件では西オーストラリア法に拠る。

まずはハーグ条約の重要な条項を確認する。第 3 条項には以下のように定められている。

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4条には、以下のように定められている。

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条には、以下のように定められている。

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。

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に連れて行く権利を含む。

第14条は第15条のように本質的に有意義である。第14条では以下のように定められている。

要請を受けた国の司法当局又は行政当局は、第三条の規定の意味において不法な連れ去り又は留置があったか否かを確認するに当たり、子が常居所を有していた国の法令及び司法上又は行政上の決定（当該国において正式に承認されたものであるか否かを問わない。）を、当該法令に関する証明のため又は外国の決定の承認のために適用される特定の手続がある場合においてもこれによることなく、直接に考慮することができる。

第15条では以下のように定められている。

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三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。

私の判断では、第 15 条、そして第 14 条は、子の返還命令を要求されている裁判所を支援し、連れ去りまたは留置が第 3 条の意味で不法であるかの判断に関する相手締結国の法を確認することを目的としている。相手締結国の裁判所にハーグ条約の意味において第 3 条が適用可能かを判断させることは、本来の意図ではなかったはずである。なぜなら両国の裁判所に等しく決定権があるからだ。実際には両者が同様の判決に至ることが期待されている。しかし、不運にもそうならなかった場合、子の返還命令を求められている裁判所は、条約に対する自身の見解を用いることになるだろう。特に本案件のように、条約が国内の議会制定法によってのみ施行される場合には。

本案件では、父親の監護権と保護の申し立てに一方的命令を下した **Anderson** 判事の判決の理由がわかっている。この理由は、監護権に関する西オーストラリアの法だけでなく、判事が認識する事実への条約の適用可能性に関する公平な見解にも及んでいると思われる。西オーストラリアの法に関しては、精通している判事の見解を私は無条件に受け入れる。後者に関しては、判事の見解は最大限に考慮されるべきではあるが、我々は自身の見解を持つ義務があるという意味で、やや範疇が異なる。

そこで **Anderson** 判事の判決を考える。彼は母親からの手紙に言及し、彼女にはオーストラリアを永遠に離れる意図があったことを明示した。その中で彼女は次のように述べている。

「私はオーストラリアに戻るつもりはありません。しかしあなたが英国に住むのであれば、子に会うことは止めません。あなたがオーストラリアにとどまるのであれば、私は約束を守り、J についての手紙を送りましょう。」

これについて、判事は次のように述べている。

「私にしてみれば、これはまさに、人の同意を得ずにオーストラリアから子を連れ去った案件である。その人は法の下では現在まで子の監護権を有していないが、それでもその子の本当の父親であり、実際にこれまでその子の共同監護権を享受してきた人である。西オーストラリアでは、家庭裁判所法で子の生み

の母親が法律的に子の監護権を持つと定められているため、たとえ原告が実の父親であろうとも、原告に子の監護権は与えられない。しかし、裁判所の命令がこの状況を変えられないわけではない。」

判事は西オーストラリアの 1975 年家庭裁判所法第 35 条について明確に言及している。

「(法律の) この部分に従って制定された 1895 年養子縁組法によると、「子の両親が 18 歳に達しておらず、子の誕生時またはその後は婚姻関係にない場合は、母親が子の監護権および保護権を有する」。」

その法を見ていないため確実なことは言えないが、判事はおそらくこの第 36 条を引き合いに出して、状況は変わるかもしれないと述べたものと思われる。第 36 条は、次のような言葉で始まる。

「子の監護権または保護権、面会、福祉に関する命令を求める裁判所への申し立てを行えるのは、次の者である。

(a)各親」

判事の判決は、次のように続く。

「原告が主張する権利の行使を支援することが適切と思われる状況では、原告に単独の保護および監護権を、被告には適当な面会を認めるべきであると思われる。

私が下そうとしている命令は、いわゆるハーグ条約に則して行われることを目指したものである。この条約の冒頭部分に目を通せば、それをこの案件に適用するのはたやすい。

「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。」

特に被告が原告に宛てた手紙を読むと、原告には何の予告もなく子が常居所から連れ去られたことは明らかである。原告が最終的に監護者になろうと、単に面会権が認められるだけになろうと、子は英国に住み、父はオーストラリアに住むという状況になる。監護権が認められた場合は、子はオーストラリアへ返還されなければならない。面会権が認められた場合は、費用の面でも時間の面でも厳しい縛りがある。」

判事は執行について触れ、次のように続けている。

「オーストラリアからの子の連れ去りは不法であり、原告に単独の子の保護および監護権を、被告には適切な面会を認めるものとする。」

さらに母親への執行の問題に対処している。

「監護権」に関して判事は、母親が J をイングランドに連れ去るまでは、父親と母親が J に対する共同監護権を行使していたことを認定した。しかしその権利は、父親に認める命令が下されるまでは、母親にのみに与えられていた。もちろんそれは J がイングランドに来てから起こったことである。

ハーグ条約の第 3、4、5 条は、監護権の問題のみを扱っている。すなわち、子の世話、監護、あるいは保護の権利に関するものであり、面会権も含まれている（正確な用語はこの分類に関係ないものとする）。そして父親はこうした権利を有していないため、J のオーストラリアからの連れ去りは、母親のやり方は非難に値するとしても、ハーグ条約の意味する不法な連れ去りに該当するとは思われない。

これにより J の不当な留置に関する別の申し立てが加わった。Douglas Brown 判事は判決の中で次のように述べている。

「不当な留置に関しては、代理人はその概念を詳細に検討した事例を提示することができなかった。C 対 C 事件の判例では、控訴院は父親を支持して不法な連れ去りの問題を判断したが、Butler-Sloss 控訴院裁判官が不法な留置の「難しい」問題と呼んだものについては判断しなかった。その事件は本案件とは異なり、オーストラリアの裁判所は連れ去り後に命令を下して子の返還を求めた。裁判所が母親に子を管轄権内に返還する命令を要請されていたのは、差し止めを認める手続開始申立書を見る限り明らかであるが、それがなされなかつ

たのは奇妙である。私見では、第 3 条における留置とは、面会や接触とされる合法的な一定期間が過ぎた後でも留め置く行為を指す。これは同意なしに管轄権から子を合法に連れ出し留め置くことではない。私は **Re E** 事件（未成年、奪取、1989 年 1 F.L.R. 135 の p.142）における **Balcombe** 控訴院裁判官の、以下の判断に同意する。

「この条約の全体的な目的は、子が常居所を有する国から不法に連れ去ったり、監護権を持つ相手の同意のもとに子を別の管轄権へ連れ出した後、不法に留置することによって、当事者たちが偶発的に利益を得ないようにするものである。」

この考えが正しければ、留置が不法となる日付に関する人為的な審理を避けることができる。」

私は、合法的な連れ出し期間後の留置は、この条項が原則として述べている状況だという判事の意見に同意する。判事は、有限の連れ出しが生じるのは、面会権が行使された場合や、両親とも子が海外に行くことに合意しているが、それは祖父母の訪問のような一時的な訪問だと考えている場合であるという考えを簡潔に述べている。条約の言葉がより広い意味を持ちその他の状況を一掃するのであれば、それを実行させるのが我々の役目である。

Anderson 判事が 4 月 12 日に命令を下した瞬間に、父親が監護権と面会権を得たのは明らかである。そして母親が **J** をこの国に留置することで、その権利が侵害されていることも明らかである。返還命令自体は出されなかったが、母親が子をオーストラリアに返還しなければ、西オーストラリアの裁判所で父親に認められた面会権を無視することになるのは明らかである。

しかし、ハーグ条約で子の留置が不法とみなされるのは、第 3 条を引用すると、「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。そのため、父親がハーグ条約に基づき不法な留置を主張する場合は、4 月 12 日もしくはそれ以降の **J** の常居所が西オーストラリアであったことを証明しなければならない。

これは相当な議論を引き起こし、**Kersten** 氏は我々に対し、常居所とは事実の問題であるという見解を承認すべきだと促した。私としては、これを受け入れ

たいと考える。Kapur 対 Kapur 事件の判例には、常居所の決定には自主性と定まった目的という要素がなければならないとする提言がある。私はこれも受け入れたいと考える。母親と J が無期限に滞在し居住するつもりでこの国やってきたその時に、この国が彼らの常居所となったかどうかは興味深い問題である。

しかし議論の点からいうと、それは問題ではない。問題は、J の常居所は 3 月 21 日以降もオーストラリアであり続けているのかということである。常居所の確立には時間がかかる（かもしれない）。しかしそれを放棄するのに時間はかからない。J は当時 2 歳半で、彼の意思は当然母親の意思である。そして永遠にとどまるつもりでイングランドに向けて西オーストラリアを出発した瞬間に、母親が西オーストラリアを常居所として放棄したのは疑いない。

よって母親の行動は、西オーストラリアの法の下での父親の監護権の侵害である（と思う）が、留置の直前の J の常居所はオーストラリアではなかったということになる。この留置は、第 3 条の意味する不法なものではないということになる。

この判決によると、父親もしくは母親が婚姻関係にある場合、片親が子を常居所から連れ去ることで常居所を放棄できるという危惧が生じる。

本案件が特異なのは、母親と父親は結婚しておらず、西オーストラリアの法では父親は、裁判所が与えない限りは子に対して何の権利も持たない。しかし、婚姻関係の夫婦の場合は通常、どちらか片方の親が子を管轄権から不法に連れ去り、もう一方の親の権利を侵害することで一方的に子の常居所を放棄することはできない。よって本案件は、婚姻関係にある夫婦の場合は通常当てはまらないと思われる。

最後に、父親が母親に不当に扱われたという意味で、このような決定となったことを残念に思う。それでもやはり、条約自体の適用や、意図されていた方法で適用されることには懸念がある。よってこの上訴は棄却されるべきであると考えられる。

STAUGHTON 判事：賛成。

ROGER ORMROD 氏：賛成。

KIRKWOOD 氏：長官、費用の問題は生じないと思います。私のクライアントは援助を受けています。命令ではなく、課税命令の規定のみをお願いしたい。

LORD MESTON：私のクライアントも、法的な援助を受けています。

記録長官：加えて当然ながら、通常の身元に関する規制が適用される。簡潔に C 対 S 事件と称することになるであろう。

LORD MESTON：上訴の許可をいただけませんかでしょうか。おっしゃったとおり、新しい論点ですので。

記録長官：検討しよう。検討期間はどれほどか。

LORD MESTON：直ちに！

記録長官：それは検討済みである。不可とする。

LORD MESTON：ありがとうございます。

C
対
S

1990年6月5日

控訴院からの上訴

父親は 1990 年 7 月 3 日認定の上訴委員会（**Lord Bridge of Harwich**、**Lord Brandon of Oakbrook**、**Lord Goff of Chieveley**）の許可を以て上訴

事実は **Lord Brandon of Oakbrook** の見解で述べられている

長官は検討の時間を取った

判決：1990年7月26日

貴族院

RE J (未成年、奪取：監護権)

7月26日 LORD BRIDGE OF HARWICH：長官、私は草稿で Lord Brandon of Oakbrook の見解を読んでいます。私はこれに同意し、彼の挙げた理由により上訴を破棄します。

LORD BRANDON OF OAKBROOK：長官、この上訴は、1980年10月25日にハーグ会議で採択された国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（以後「ハーグ条約」）の解釈と適用にかかわっています。オーストラリアも英国も、同条約の参加国であり、重要でない例外とともに英国では1985年子の奪取および監護法により施行されています。

重要事実は以下の通りである。申立人（「父」）も被申立人（「母」）もイングランド生まれの英国市民である。父親は38歳、母親は32歳である。1969年に父親が、そして1978年に母親が仕事のためオーストラリア移住した。彼らは1987年に出会い、5月には西オーストラリアでともに暮らし始めた。彼らは結婚しなかった。1987年12月6日、母親は男の子を出産した。私はこの子を「J」と呼ぶ。母親も父親もJの親として登録され、Jはオーストラリアと英国の二つの国籍を持っている。

母親と父親の関係はJの誕生後、仲のいいものではなかった。1988年に短期間の別居があり、その時は母親がJを連れて家を出た。1989年1月ごろ、2度目の今度は長期にわたる別居があり、母親は再びJを連れて家を出た。この2度目の別居の間、母親も父親も事務弁護士と相談している。父親は、2人が結婚していないことから、西オーストラリアの法律では裁判所に申し立てて命令を得ない限りは、Jの監護および保護権は単独に母親のものになると知った。父親は一時期は申し立ての意思を示したが、結局はしなかった。1989年5月、母親と父親は関係を修復し、母親はJを連れて戻ってきた。

1990年1月、ストックポートに住む母親の両親が休暇でオーストラリアへやってきました。彼らは2人が共同で所有している西オーストラリアの家に滞在した。母親は父親を置いてJとイングランドに戻り、最初は両親の家ではあるが、そこで暮らすことを決心した。1990年2月、母親の父が、妻を残してイングリ

ドに戻った。1990年3月初頭、母親は自分の父から経済的援助を受け、母の予定と同じ日時の自分と J のイングランド行きの飛行機のチケットを購入した。いろいろな口実で父親に自分の意図を隠すことに成功し、1990年3月21日に J と母とともにイングランドへ飛び、1990年3月22日に到着した。母親がオーストラリアには戻らず、自分と J はイングランドで長期的に暮らすという定まった意思を持ったのはこれ以降である。

1990年3月26日、父親は西オーストラリアの最高裁判所に、J の監護権とその他救済を求める申し立てを行った。彼の申し立ては、自身による2通の宣誓供述書で立証されていた。1990年4月12日、家庭裁判所の Anderson 判事は一方当事者による申し立てを審理し、父親に単独の保護および監護権を与える命令を出した。彼はまた、イングランドの母親にも命令送達の指示を出し、これはほどなく送達された。最後に1990年4月26日付で自身の命令を修正し、母親による J のオーストラリアからの連れ去りは不法であるとした。この決定が正しいものであったかは、後ほど検討する必要がある。

1990年4月19日、オーストラリア当局は英国の当局に対し、ハーグ条約に基づいて J をオーストラリアに返還するよう求めた。この目的のために事務弁護士は父親に代わって高等法院家事部に申し立てを行った。1990年4月20日、申し立ては Douglas Brown 判事により当事者間で審理された。結論は、この訴訟の特別な事実により、母親による J の連れ去りまたは留置はハーグ条約のいう不法なものではなかったとし、申し立てを退けた。父親は上訴し、1990年5月17日に控訴院 (Lord Donaldson of Lynton 記録長官、Staughton 控訴院裁判官、Sir Roger Ormrod) はこの上訴を棄却した。父親は現在、この法廷に許可を求めて上訴している。

本案件の重要な点は、母親は J が生まれたときもその後も、父親と結婚していないということだ。この場合、西オーストラリアの1975年家族法の第35条、および修正家族法と1979年廃止法第23条が、両当事者と J の関係を規定する。この条文には、以下のように規定されている。

「1986年養子縁組法、およびこの(法の)部分による命令に従うと、18歳未満の子の親が子の誕生当時あるいはその後婚姻関係にない場合、子の母親が監護および保護権を持つ。」

これにあたるハーグ条約の条項は、以下のとおりである。

「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。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に連れて行く権利を含む。

「第12条

「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12条の強行規定は第13条の追加規定により限定されているが、こうした限定は本件とは無関係である。

父親にとっては、母親による J のオーストラリアからイングランドへの連れ去り、あるいは J のイングランドへの留置は、ハーグ条約の第 3 条の意味する不法な連れ去りであった。母親にとっては、J のイングランドへの連れ去りも、その後の留置もその意味での不法には当たらない。

第一の問題として、母親による J のオーストラリアからイングランドへの連れ去りが、ハーグ条約第 3 条の意味での不法なものであったかを考える。第 3 条の条項によると、連れ去りが不法となるのは、それが起きた時点で父親にあった監護権が侵害された場合である。しかし、西オーストラリアの 1975 年家族法第 35 条では、母親のみに J の監護および保護権が与えられており、連れ去りが起きる以前に父親がそれを翻すような決定を得ていないことから、父親は母親による J の連れ去りを侵害とするような監護権を有していなかった。母親と父親が西オーストラリアに共同所有していた家で J とともに暮らしていたことは事実であるが、実際の監護権は共同で行使されていたということは疑いようがない。しかし合法的な監護権に関する限りは、これは母親のみに付与されており、それには J がどこに住むかを決定する権利も含まれている。すなわち私見では、母親による J の連れ去りはハーグ条約第 3 条の意味での不法な連れ去りではない。Anderson 判事が、J はオーストラリアから不法に連れ去られたとすることが適当として決定したことは理解している。彼の判断には礼讓が要する尊敬を払うが、英国の裁判所はそれに縛られない。また先に述べた理由により、正しい判断がなされたとは考えない。

二つ目の問題は、母親が J を連れ去った後にイングランドに留置しているのは、ハーグ条約第 3 条の意味において不法かということである。第 3 条の条項によると、留置が不法となるのは、それが起こる直前に父親の持つ監護権が侵害された場合のみである。この問題を判断するには、関連する一連の出来事を考慮する必要がある。最初の関連する出来事は、母親によるイングランドへの到着後の J の留置である。それは 1990 年 3 月 22 日に始まり、その後も続いている。二つ目の出来事は、父親に初めて J の保護および監護権を与えた Anderson 判事の命令である。この命令は 1990 年 4 月 12 日、母親が J の留置を開始して 3 週間後になされた。Anderson 判事に当該の命令を下す管轄権があったのかということについては多少疑問があるが、今はあったと仮定しよう。結果として 1990 年 4 月 12 日、あるいは後日その命令が母親に知らされた時に、彼女が J をイングランドに留置していることが、初めて Anderson 判事が新たに父親に与えた監護権の侵害となったのである。そこで疑問となるのは、侵害の直前、J はハーグ条約第 3 条の意味で西オーストラリアを常居所として

いたのかということである。

連れ去りの直前、J が西オーストラリアを常居所としていたことは議論の余地がない。母親は J は自分とともに長期的にイングランドに住むという定まった意図を持っていたが、父親の側は、イングランドへの連れ去りおよび留置の後、西オーストラリアが J の常居所であり続けていると主張した。母親の側は、1990年3月22日に母親が J とともにイングランドに到着し、先に述べた定まった意図をもって彼をそこに留置した時に、J の常居所は西オーストラリアではなくなった。Anderson 判事の命令よりも前にそうなったのである。

この問題を考慮するには、まず多くの予備的事項に対処しておくのがよいと思われる。一つ目は、「常居所」という表現はハーグ条約の第3条で用いられているが、どこにも定義がない。つまり、この表現は特別な意味をもった技術用語として扱われるのではなく、その二つの単語の通常かつ元来の意味に従って理解しなければならない。二つ目は、人がある国を常居所としているかどうかの問題は、その事例のあらゆる状況を参照して判断すべき事実の問題である。三つ目は、人が A 国を常居所とすることを止め、続いて B 国を常居所とするとの間には、重大な違いがあるということである。A 国を常居所とすることを止めるには、戻らずに B 国に長期的に住もうという定まった意思を以て A 国を去れば1日で済む。しかしこの人は、1日で B 国を常居所とすることはできない。そうするには相当の時間と定まった意図を要する。その相当の時間、その人の常居所は A 国ではなくなっているが、まだ B 国でもない。四つ目は、J の年齢が母親による合法的な単独監護権の対象である場合、常居所に関する J の状況は必然的に母親と同じになる。

こうした事項を鑑みると解決すべき問題は、継続的留置の直前に Anderson 判事の命令に基づく父親の監護権を侵害することで、J の常居所はイングランドになったのかということではない。その時点で、J がすでに西オーストラリアを常居所とすることを止めていたのかということである。二つ目の問題については、この案件に特有の事実に基づき積極的的回答がなされるべきであると思われる。母親が西オーストラリアを去った時、自分も J もそこを常居所とし続けるつもりはないという定まった意図を持っていた。すなわち、1990年3月22日に母親による J の留置が始まる直前には、彼女も J も西オーストラリアを常居所とすることを止めていたことになる。さらには、それは1990年4月12日の Anderson 判事の命令以前ということになる。結果として、母親が J をイングランドに留置し続けているのは、どの時点であっても、ハーグ条約第3条の

意味における不法な留置には当たらない。

J の連れ去りもその留置も、ハーグ条約の意味する不法には当たらないとすると、父親の訴訟が成功するはずがない。したがって、私は以下の両裁判所の決定に同意し、上訴を棄却する。

LORD ACKNER

長官

Lord Brandon of Oakbrook の見解に挙げられた理由に抛り、私はこの上訴を棄却する。

LORD OLIVER OF AYL MERTON

長官

私は草稿で Lord Brandon of Oakbrook の見解を読んでいる。私はこれに同意し、彼の挙げた理由により、上訴を破棄する。

LORD JAUNCEY OF TULLICHETTLE

長官

私は草稿で Lord Brandon of Oakbrook の見解を読んでいる。私もこれに同意し、彼の挙げた理由により、上訴を破棄する。