

<http://www.incadat.com/> ref.: HC/E/UKe 34

[14/12/1988; Court of Appeal (England); Appellate Court]

C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad) [1989] 1 WLR 654,

[1989] 2 All ER 465, [1989] 1 FLR 403, [1989] Fam Law 228

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

控訴院（民事部）

場所：中央裁判所施設

日時：1988年12月14日

レミングトンのドナルド卿MR（記録長官）、ネイルとバトラー・ロス控訴院判事

訴訟案件：C.対C.

勅撰弁護士：アニタ・ライアン、上訴人である父親の代理人：チェリー・ハーディグ

勅撰弁護士：マイケル・コーネル、被告人である母親の代理人：ジェームズ・ホルマン

バトラー・ロス控訴院判事：本訴訟は、1982年7月27日生まれのトーマスと名付けられた少年に関するイギリスの「1985年子の奪取と監護に関する法（the Child Abduction and Custody Act of 1985）」に基づく申し立てに対して、レイティ判事が1988年10月14日に下した決定に基づく控訴裁判である。同法は、1980年ハーグ条約（「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」）の中に記載されている条文の大半に対して法的な強制力を与えるものである。

子は1988年8月3日にオーストラリアのシドニーにある両親の家から母親によってイングランドへ連れ去られ、現在、母親と子は当該地に居住している。レイティ判事の尋問に対して、父親はオーストラリアの家庭裁判所の管轄外に子を連れ去り、留置するのはハーグ条約第3条に違反するものであると主張した。これに対して母親は、同条約に違反するものではないと反論した。さらに母親は、もし子の連れ去りと留置が違法であると判断されるなら、同条約の第13条に基づき、子の返還によって子に精神的な害が加えられる深刻な危険性が存在するとの意見書を提示した。裁判官は、同法に基づき、父親の申し立てを棄却した。父親は、この決定に対して控訴した。

また、同時に子の後見権に関する訴訟手続きも行われており、母親は8月11日に訴訟開始召喚を行っている。後見権に関する訴訟の手続きは、本判事ある

いは本法廷において行われない。

追加的な証拠が本法廷に提出されている。その証拠は、子が返還された場合の父親の提案と母親の現在の財政状況に関する事実を陳述する限りにおいて考慮されることになる。

事実関係の概略は以下の通りである：

母親は 34 歳でイギリス人である。1976 年にオーストラリアに渡り、35 歳でオーストラリア人の父親に出会った。二人は 1978 年 4 月 15 日にイギリスで結婚し、シドニーに家を購入して移転するまでの 1 年間、両人はイギリスに留まった。1982 年に子が生まれた。1985 年に結婚は破綻し、同年 7 月に両親は別居した。離婚手続きが開始され、両親はトーマスに関する資金のおよび将来に関する取り決めで合意に至った。1986 年 11 月 4 日にシドニーの副登記官が以下の文言を含む同意命令を作成した。

- (1) 妻は結婚によって生まれた子の監護権を持つ。夫と妻は引き続き当該子の共同親権者に留まる。
- (2) 夫あるいは妻は他方の同意なくオーストラリアから子を連れ出すことはできない。

1986 年に母親は父親の同意のもとに休み期間中、子をイギリスに連れて行った。

母親と子は 1988 年 8 月 3 日までシドニー郊外に一緒に居住した後、母親は父親に連絡することなく、また父親の合意を得ることなく、子と一緒にイギリスに向かった。父親は母親からの手紙で状況を知らされると、ただちにシドニーの家庭裁判所に申し立てを行った。母親はオーストラリアを出発する前に、オーストラリアの裁判所の司法管轄からトーマスを連れ出す際に父親の同意が必要であるという同意判決の 2 項を削除するために 1986 年 11 月の同意判決の修正を求める申し立てを行っている。

ロス・ジョーンズ判事は 8 月 8 日と 10 日に父親の申し立てに関する審問を行った。8 月 10 日に同判事はトーマスの返還を命じ、トーマスがオーストラリアの司法管轄に戻ると同時にトーマスの監護権を父親に移した。その判決の中には、母親の面接権に関する条文は含まれていなかった。8 月 23 日に命令が出るまで審問が行われた。母親は子の監護権を父親に移す命令に対して控訴した。

同判事は、母親の控訴に関する審問の結果が出るまで監護権を父親に移す命令の執行を停止することを拒否した。

母親は宣誓供述書の中で、父親の主張に反対する様々な公訴事実の陳述を行い、なぜトーマスをオーストラリアから連れ去ったのか、その理由を述べた。私の判断では、そうした陳述は、母親の帰国に対するオーストラリア当局の対応に影響を与える可能性がある場合を除いて、1985年の法律に基づく申し立てとは無関係である。審問の速記録、父親の宣誓陳述、さらに母親の主張を支持する専門家の意見を読む限り、母親は1986年の合意判決と同年8月の判決に関して裁判所侮辱（命令違反）を行った可能性があると判断されているようだ。これは第13条に基づいて考慮すべきことかもしれない。しかし、レイティ判事がいみじくも指摘しているように、最大限考慮しなければならない子の幸福はハーグ条約と同条約を盛り込んだイギリス法の基礎ではないのである。オーストラリアはハーグ条約の締結国であり、1987年に関連法を成立させている。

ハーグ条約の序文は、同条約の署名国の意図を次のように明確に説明している。

「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（を希望し、）」

第1条は、1985年のイギリスの法律の附則1に含まれていないが、条約の目的を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。

ノース控訴院判事が、**Re A(未成年) (誘拐) [1988]1 『FLR(Family Law Reports)』 365**、と前掲の『FLR』の368ページの**Fam Law(家族法)54**で次のように述べている。

「条約の中のこれらの条文や他の条文は、条約の主要な目的は、現存の監護権あるいは接触権を侵す形で違法に他の国へ連れ去られ、他の国で留置されてい

る子を、子の常住居がある国に正式な裁判を経ないで略式に返還することを規定することである。具体的に規定された状況を除き、子が不法に連れて来られた国、あるいは子が不法に留置されている国の司法当局と行政当局は、法廷地の選択権を根拠に、あるいは子の利益最優先の考慮などを根拠に、子の返還命令を拒否することはできない」

本ケースでは、三つの疑問が提起されている。

- (1) 子は不法に連れ去られたのか
- (2) 子は不法に留置されていたのか
- (3) 最初の二つの質問のうちのいずれか、あるいは両方に対する答えが「イエス」の場合、子の返還を阻止するために第 13 条を適用することができるのか（第 13 条には「要請を受けた国の司法当局または行政当局は、子の返還に異議を申し立てる個人、施設、その他の機関が次のいずれかのことを証明する場合、当該子の返還を命じる義務を負わない」と書かれている）

第 13 条によって子の連れ去り、あるいは留置が違法と考えられる場合：

- a 子が連れ去られるか、留置される直前に、子が常居住者であった国の法律で共同あるいは単独に個人や施設、その他の機関に帰属する監護権が侵害された場合
- b 連れ去りや留置が行われた時、こうした権利が単独あるいは共同で実際に履行されていたか、あるいはもし連れ去りや留置がなかったなら、履行されていたと思われる場合

第 5 条は、次のように書かれている。

「この条約の適用上、『監護の権利』には、子の監護に関する権利、特に子の居住を決定する権利を含む。」

私の最初の質問（子の連れ去りは違法か）に関連して、学識深い同判事は、1986 年 11 月の判決の効果、特に共同後見人に関する議論を審問した。同判事は、オーストラリア勅撰弁護士の書面による見解と供述証拠を検討した。同判事は、両親のいずれも相手の同意なくオーストラリアから子を連れ出すことはできないという 1986 年 11 月の命令の第 2 項がハーグ条約第 5 条の規定に及ぼす影響に対して十分に注意を払っていたとは思われない。したがって、同判事は、オーストラリア法の下で命令の第 2 項がハーグ条約内で規定されている監

護の権利を構成しているのかどうかという問題に対して特段の注意を払ってはいなかった。この点に関する十分な鑑定書がないため、本法廷は第 2 項がハーグ条約第 5 条で規定されている定義に該当するかどうかを検討するために最善を尽くすものとする。

私の判断では、命令の第 2 項によって、父親は子がオーストラリアに住むべきか、母親の要請によってオーストラリア外に住むべきかを決定する権利を持っていた。1987 年に父親は、日時が指定された休日中、子をイングランドに連れて行くことに同意した。これは、一方の親が、長期間、たとえば 12 か月、子と一緒に法的管轄外に出ることを願っていた例と考えることができるだろう。もう一方の親は、命令の第 2 項によって、子が管轄外に出ることだけでなく、子が行く国や、行く場所に関しても一定の決定権を持っていた。たとえば、(子は) 適切な状況の下でロンドンに住むこともできた。もし子が事前に決まっていた帰国日を超えて留置されるのなら、ハーグ条約が子の返還に対して効力を持たないという主張は、私には信じられないことである。しかし、もしコーネル勅撰弁護士が提示した非常に魅力的な議論が正しいのなら、法的な権利を侵害された親がすぐに救済を求めることはできないことになる。私の見解では、ハーグ条約第 5 条の用語の使い方は第 3 条と同じでなくてはならないし、ある種の状況のもとでは、通常に理解されている国内の考え方を越えて監護の概念を拡張することができるかもしれない。したがって、今回のケースでは、母親はオーストラリア国内で居住する場所を決定する一般的な権利を持っているが、オーストラリアの家庭裁判所の所管外で住む場合は、父親の同意が必要のため、母親の権利は制限されることになる。父親はオーストラリアで子が住む場所を決定する権利は持っていない。しかし、子はオーストラリアに留まるか、あるいは父親の承認を得ることで初めてオーストラリア以外の場所に住める権利を持っている。そうした制限された権利や共同権利は、イギリスの家族法にはないものであり、またオーストラリアの家族法にもないことは疑問の余地はない。実際、第 3 条では子の監護権は共同あるいは単独なものとして明確に認められている。ハーグ条約を解釈しなければならず、その解釈の範囲内で効力があるのである。私は、子は 1986 年 11 月 4 日の命令第 2 項に違反する形で子が不法に連れ出されたと考えている。

したがって、様々なオーストラリアの法律や判決を調べるまでもないし、父親が追加的な証拠として提供した専門家の意見も同様に検討する必要はない。

子の留置が違法であると考えてるべきかどうかという難しい問題は、ここでは

出てこない。私は、8月にシドニーの裁判所が出した命令の効力について検討することを提案するつもりはない。

したがって、私は第13条が適用できるかどうかという三番目の問題について考える。ハーグ条約第13条には次のように書かれている。

「前条の規定にかかわらず、要請を受けた国の司法当局又は行政当局は、子の返還に異議を申し立てる個人、施設又は他の機関が次のいずれかのことを証明する場合には、当該子の返還を命ずる義務を負わない。…

b 返還することによって子が心身に害悪を受け、又は他の耐え難い状態に置かれることとなる重大な危険があること。」

ノース控訴院判事は、**Re A** (前掲を参照)において第13条(b)の効力について考察し、[1988] 1 F L R (家族法レポート)の372ページで次のように語っている。

「第13条(b)が真に意味するところは、要請を受けた国の司法当局あるいは行政当局は子の返還に伴って生じる実際的な起こりうる結果に対して目をつぶっても良いということではない」。

コーネル判事は、子がシドニーに返還され場合の状況を注意深く考慮していた。私たちは、同判事が母親の提出した証拠について審問し、母親と母親が提出した証拠に心を打たれていたことを思い出す。判決の12ページに書いてあるように、同判事はトーマスに心理的に重大な危険性があるという指摘に納得していた。同判事は次のように指摘している。

「(略) 母親はトーマスの唯一の保護者である。彼女は子の面倒みるために献身している。8月にしたこと以外で彼女は批判されるようなことは何もしていない。それどころか、ナサン氏は、彼女を優れた母親だと賛辞を送っている。トーマスの6年間の人生にとって、母親はいつも彼の生活の中心にいた。トーマスの母親との感情的な結びつき、母親との絆は極めて密接なものである」

さらに14ページに次のように言っている。

「私は、母親なしでトーマスをオーストラリアに返還するのは非常に深刻な心

理的な害をもたらし、そうした影響を与えるような命令を出すことは完全な誤りであると確信している。まだ十分な調査と判決を待たなければならないが、もし母親が家を持たず、資金的な支援もなく、トーマスの面倒をみることができないなら、母親がトーマスと一緒にいったとしても、心理的な害を受けるリスクは小さくはないだろう」

その際、母親が裁判所の命令を無視したとして裁判所侮辱で取り調べられる危険性がある。また、父親が母親とトーマスに住宅を提供するという申し出をしておらず、本法廷で審議されている係争中の手続きなどの結論が出るまで、母親とトーマスが一緒に滞在できる場所はまったくない。しかし、事態は動いており、私たちは判事の前に提出されていない証拠を持っている。その証拠の効力によって、子と母親を無理やりシドニーに戻すべきだという厳しい考え方は大幅に緩和されることになるだろう。

現在の父親の立場は、子の返還を進めるために本法廷とオーストラリア家庭裁判所に対してある種のアンダーテイキングをするというものだ。

そうしたアンダーテイキングをすることは、父親の家と父親の国から連れ去られ、大きな混乱に陥り、安全に家に帰ることを最優先事項として必要としている子の幸せにとって最も重要なことである。母親は生まれてからずっと子の面倒を見てきた。子が3歳の時に両親が別居して以降、父親との面接期間を除いて、母親が子の面倒を見てきた唯一の人物である。もし可能なら、母親は自分のためではなく、子のために子と一緒にいて、子が返還に対応できるよう手助けすべきである。父親は、子を無事に返還する際に妨害すべきではなく、子が帰国したら、状況を困難にすべきではない。監護や面談など子の将来の問題について審問している判事やオーストラリアの控訴院家庭裁判所は、子の返還の仕方に関する緊急申し立てがない限り、子の幸せを最優先に考慮すべきである。

父親は、幾つかのアンダーテイキングを約束している。それが実施されるなら、非常に価値あることだ。私の意見を言わせていただけるなら、そうしたアンダーテイキングを提案することは、父親が子の幸せとオーストラリアの裁判所の所轄に子を戻すことに対して善意の気持ちを持っていることを示している。私の見解では、そうしたアンダーテイキングをさらに推し進めるべきであり、そのアンダーテイキングは子の返還の前提条件として父親によって要求されるべきものである。私は、そうしたアンダーテイキングがなければ、子の返還を

期待すべきではないと思っている。そのアンダーテイキングとは、以下のようなものである。

- (1) 父親は、1988年8月10日の後見人と監護に関する命令を母親の意に反して強制しない。また、トーマスの後見と監護、世話、管理という係争中の問題に関しても、オーストラリアのシドニー家庭裁判所で十分な調整が行われるまで、母親の世話と管理からトーマスを引き離さない。
- (2) 父親は、(トーマスの)到着の日から2か月間あるいは調整が終了するまでの間(そのうちのどちらが良いかは後で決める)、父親の費用で母親に自動車を提供し、十分に利用できるようにする。
- (3) 父親は、トーマスが通う学校から歩いていける距離に、週の家賃が最低220豪ドルで、家具付きでない住宅を確保する。母親は、週250豪ドルを限度に家賃を支払う。父親は適切かつ十分な家具を提供する。
- (4) 父親は、トーマスがモスマン寄宿学校に入学できるように最大限の努力を行い、その学校でトーマスの教育に関連する衣服、臨時費用を含むすべての費用を支払う。
- (5) 父親は、1989年1月1日以降の便でロンドンからシドニーまでの母親とトーマスの飛行機のチケットを購入し、二人のために座席を予約し、旅行に関わる追加的な費用を合計50ポンド提供する。
- (6) 父親は、母親がここに記載されて日付以前に犯したかもしれないオーストラリアでの裁判侮辱に関して、母親の処罰あるいは引き渡しを求める訴訟手続きを、自発的であれ、非自発的であれ、始めない。
- (7) 父親は、トーマスの名前が母親のパスポートから削除されたら、母親のパスポートの没収を要求しない。
- (8) 父親は、トーマスと母親が到着した日から調停が終わるまで、週650豪ドルを生活維持のために支払う。支払は先払いで行う。母親が職を得た場合、母親が受け取る給与の50%を650豪ドルから減額する。オーストラリアに到着した日に最初の4週間分の支払いを行い、5週分以降の支払いは週ごとに前払いで行われる。
- (9) 父親は、オーストラリアでのトーマスに関して母親が負担した妥当な額の医療費の支払いを行う。

私が理解する限り、これらのアンダーテイキングは、判事が抱いている正当なすべての懸念をカバーしている。オーストラリアの家庭裁判所にとって問題なのは、将来、トーマスがどちらの親と一緒に暮らすことになるのかということである。また、本判決の中にはオーストラリアの裁判所が下す必要があると

感じている判決に予断を与えたり、影響を及ぼすような判断は何も含まれていない。

母親の弁護士は、オーストラリアの裁判所は同国の裁判所の子を巡る訴訟の取り扱い方に従って本控訴を審理するという以外のことを提案することはできないことは認めている。オーストラリアの子を巡る訴訟の扱いは、イギリスの裁判所の扱い方と極めて一致しているように思われる。

それにもかかわらず、感情的な理由から、母親はオーストラリアに戻ることはできないと言っていた。ただ、今でも母親がそう言っているかどうかは分からないが、もし母親がそう言っているのであれば、何をすべきなのであろうか。判事は、母親は子にとって非常に重要な存在であると言っており、私も判事の見解に賛成である。審理が行われた時、判事は母親が戻ることを拒否する十分な理由があると判断していた。私も、同判事の見解に異論はない。ただ、それらの根拠は、本裁判所に提出されると予想される父親のアンダーテイキングによって取り除かれている。すなわち、これらのアンダーテイキングなしに子は返還されることはないし、本裁判所を通して、アンダーテイキングはオーストラリアの家庭裁判所に提出されることになるからだ。

母親は、子の将来の家庭に関してオーストラリアの裁判所の判決に従わなければならない。本控訴のような状況では、正しい裁判所ならそうした判決を下すことは間違いない。また、母親はオーストラリアに親族を持たず、結婚も破綻し、彼女自身の行動と費用がかかる訴訟によって資産を全く持っていない。

家庭を失ったこと、家の売却代金を無駄に使ってしまったこと、仕事と自動車とお金を失ったこと責任は母親にある。ただ、父親のアンダーテイキングを考慮すると、これらの問題は子の返還を阻止する理由にはならない。母親は、もし自分が帰らず、自分抜きで子が帰ることになれば、子が心理的な傷を被る深刻なリスクが存在すると主張している。

深刻なリスクは、子の帰国によって生じるのではなく、母親が子と一緒に帰ることを拒否したことによって生じるものである。ハーグ条約は、イギリスの裁判所に子の幸せを最も重要であると考えようように求めてはいないが、深刻な心理的な傷に関して判断することだけを求めている。私は、もし母親が帰国を拒否したら、子が耐えがたい状況に置かれるという主張には納得していない。様々な要素をそれぞれ比較して判断する際に、それぞれの要素のバランスを取

らなければならないし、ここで最も重要なことは、母親が子のためではなく、自分自身の理由から帰国を拒否したという理由で、ハーグ条約に基づいて行われた申し立てを拒否した裁判所の判決の論点である。片方の親が心理的な状況を作り出すことができるのだろうか。できるとしても、その状況は信頼できるのだろうか。もし子を奪取した親の行為によって子が心理的な傷を被る深刻なリスクがもたらされるなら、小さな子を法的管轄外に連れ去り、返還を拒否したすべての母親によって、そうしたリスクがもたらされることになる。少なくとも小さな子に関連する申し立てに関して、ハーグ条約の論理的な欠陥を見つけることはできるだろう。私は、このことが国際的な関係の利益に叶っているとは信じられない。母親が、自らの行動によって、子を本来住んでいるはずの国に返還するのを阻止したり、父親との接触を拒否することに成功するはずはない。バルコンブ控訴院判事は、エヴァンス対エヴァンス裁判〔1988年7月20日、未報告〕の判決の13ページに次のように述べている。

「ハーグ条約の全体の目的は、（略）当事者のいずれかが、常居住地の国から不法に子を連れ去ったり、あるいは監護権を持つ他の親の同意を得て子を他の司法所轄に連れて行った後に子を不法に留置することによって都合の良い立場を獲得しないようにすることである」

もし母親が、子が住むべき場所はニュー・サウス・ウェールズであることを認識し、また本法廷で明らかにされた事実にも拘わらず、子に同行しないのなら、私はハーグ条約第13条(b)が適用されることは納得できないし、また私の判断では、子は父親のもとに返還すべきである。

私が上に列挙したアンダーテイキングが父親によって本法廷に提出され、本法廷を通してオーストラリア家庭裁判所に提出された時点で、私は本控訴を認め、トーマスは父親が予約した飛行機でシドニーに戻るべきだという判決を下すだろう。

ネイル控訴院判事：私も、その意見に賛成である。また、バトラー・スロス控訴院判事が判決の中で列挙したアンダーテイキングが父親によって本法廷とオーストラリアの家庭裁判所に提出されるという条件で、私はバトラー・スロス判事が提案した判決に賛同する。

しかし、私は、本件のある側面に関して短い意見を述べる。

本訴訟は「国際的な子の略取の民事上の側面に関する 1980 年ハーグ条約」に従って裁判所に申し立てが行われたものである。「1985 年子の奪取と監護に関する法」の附則 1 に詳しく説明されている同条約の条文は、イギリスにおいて法的な強制力を持っている。1985 年法の第 1 条(2)を参照。

本訴訟で私たちが最初に懸念したのは、母親による子のオーストラリアからの連れ去りが同条約第 3 条の解釈のもとで違法かどうかという問題である。本件に影響するものとしては、同条文は以下のように規定している。

「子の連れ去りは（略）、次の a 及び b に該当する場合、違法とする。

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場合

b 連れ去りの時に（略）当該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がなかったらならば現実に行使されていたであろう場合

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。」

子との関係でいう「監護」という言葉は、多くの法律で用いられている用語である。この用語の持つ意味は、それぞれの司法管轄によって、また同じ司法管轄の中でもそれぞれの文脈で異なっている。また「監護の権利」という言葉にも様々な意味がある。しかし、ハーグ条約の目的からいえば、「監護の権利」という言葉には特定の定義が与えられている。本件に影響するものとしては、この定義は第 5 条に含まれている。

「この条約の適用上、

a 『監護の権利』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。」

したがって、子の住居を決定する権利は、第 3 条が適用される監護の権利の中に含まれているのである。さらに、第 3 条から分かるように、この居住を決定する権利は共同あるいは単独で個人に帰属しており、司法的な決定を根拠に、あるいは子が連れ去られる直前まで居住者であった国の法に基づく法的な効力を持つ合意を根拠に生じるものと思われる。

以上のことを述べたうえで、1986年11月4日にシドニーのオーストラリア家庭裁判所が出された命令について考えることにする。これは当事者の合意の基づく合意判決（和解）である。命令の最初のパラグラフで、母親が子の監護権を持つこと、父親と母親は引き続き共同の後見人であると規定されている。二番目のパラグラフで次のように書かれている。

「夫も妻も、相手方の了解なしに、子をオーストラリアから連れ去ってはならない」

この命令の問題は、二番目のパラグラフが父親に子の居住する場所を決定する権限を与えているかどうかだ。これが排他的な権利ではないことは明らかである。母親は子の監護権を持っており、母親と子はオーストラリアのどこに住むかを決定することができる。しかし、母親が子をオーストラリアから連れ去る前に父親の同意が必要である。この同意が、子が他の場所に住む期間と連れて行かれる場所に限定されていることは明らかであると思われる。したがって、たとえば父親は、子がイギリスあるいはお互いに合意した他の国、または特定の場所で、母親とトーマスが1年程度一緒に住むことに合意することはできる。

私は、子をオーストラリアから連れ去ることに対する同意する権利あるいは保留する権利は、条件を課す暗黙の権利と相まって、子が居住する場所を決定する権限であり、したがってハーグ条約第3条と第5条が規定する監護権であると確信している。また私は、この結論がハーグ条約と1985年の法律に一致していると確信している。8月まで子はオーストラリアの居住者であった。1986年にオーストラリアの家庭裁判所は子の監護権に関する命令を出している。この命令には、父親の同意なしには子をオーストラリアから連れ出すことはできないという合意条項が含まれている。私の判断では、この条項の執行はハーグ条約と1985年法が達成しようとしている目的に含まれるのは明白である。

ドナルドソン卿：他の閣下たちが指摘した理由から、私も子をオーストラリア連邦から連れ去ることは「1985年子の奪取と監護に関する法」の附則を決めているハーグ条約が意図するところから判断して違法であるということに賛成である。また、バトラー・スロス控訴院判事が提案した判決の条件にも賛成する。

私は、この法律の持つ国際的な特徴を強調したいので、個別の判断を示す。

こうしたコード（法体系）の目標は、議会が別途に法律を制定した場合を除いて、すべての条約締結国の裁判所が同じ方法で条約を解釈し、適用できるような状況を作り出すことである。十六条との関係での法律の九節、十条（2）の Paragraph との関係での法律の二十（4）節によって規定されているような例外はあるが、ハーグ条約に含まれている定義は適用されなければならない。定義を含む同条約の用語は言葉の通常の意味で解釈されなければならないし、こうした国際的な性格を持たない法律の文脈で、これらの用語に付与されている特別な意味は無視しなければならない。

第3条によって、子の連れ去りがオーストラリアの法律に基づいて共同あるいは単独で父親に与えられている“監護権”に違反しているかどうかを決定しなければならないため、オーストラリアの法律に関心を抱かざるをえない。しかし、オーストラリアの法律で、こうした権利がどのように表現されているかはまったく問題とはならない。問題なのは、こうした権利がハーグ条約の“監護権”の定義に該当するかどうかである。同様に、仮に定義に合致したとしても、これらの権利がイギリス法のもとで監護権とみなされるかどうかはまったく問題ではないのである。

一般的に使われている“監護(custody)”という単語は、“保管 (safekeeping) ”、“保護 (protection) ”、“義務 (charge) ”、“介護 (charge) ”、“後見 (guardianship) ”を意味している。（これらの単語は **Shorter Oxford Dictionary** から引用）。しかし、ハーグ条約で定義されている“監護権”には、もっと正確な意味が含まれている。私が理解するところでは、その意味は通常ハーグ条約に基づいて行われるほとんどの申し立てにとって極めて重要である。それは、「子の住居を決定する権利」である。監護権は、裁判所や母親、父親、自治体などが経営する養護施設などに帰属する。あるいは、本控訴の場合、監護権は（両親の間で）分割されている権利かもしれない。すなわち、子がオーストラリアに住む限り、監護権は母親の権利である。しかし、オーストラリア以外に住んでいる子に関して何らかの問題が発生した場合、監護権は常に裁判所が持つ最優先権利に従属する共同権利である。個人であれ、裁判所であれ、他の施設であれ、機関であれ、そのうちの誰かが反対する権利を持っているなら、ハーグ条約を参考にすることも、あるいはハーグ条約を拒否することもないだろう。私は、条文を完全にするために、（ハーグ条約で使われている用語である）「子が住む場所を決定する権利」は（特定の住所に住むことを決定する権利のように）明確に規定されているか、または「オーストラリア連邦内の」どこかというように一般的に規定されているものかもしれないことを付け加え

る。

また、私たちは“精神的な害”の観点から第 13 条に検討を加えなければならない。私は、ハーグ条約の条文の具体的な適用を考慮しなければならないような状況では、子が返還されるか、されないかにかかわらず、子に対する精神的な害は避けがたいものであるということを付け加えておきたい。このことは、条約第 13 条の「又は他の耐え難い状態に置かれる」という用語によって認識されていると思っている。この用語は、条約が留意している深刻な精神的な害に十分な光を当てている。子が帰国することになった際に裁判所が配慮しなければならないのは、子に与える精神的な害を最小限にするか、あるいは取り除くことである。これに反対する有力な証拠が存在しないか、あるいはこの本控訴のような例外的なケースで、この問題が裁判所の権限を越える証拠がある場合、裁判所の懸念は、他の国の裁判所（本ケースの場合はオーストラリアの裁判所）が子との関係における正常な役割を担うことができるまで子に可能な限り最大限の保護を与えることに限定されることになる。