

翻訳は外部業者によるものであり、外務省が内容の正確さを保証するものではありません。

<http://www.incadat.com> / ref.: HC/E/UKe 880

16 November 2006 Superior Appellate Court (UNITED KINGDOM - ENGLAND AND WALES) Re D. (A Child) (Abduction: Rights of Custody) [2006] UKHL 51

判決- D (a child) 事件

英国貴族院 (HOUSE OF LORDS)

2006-07 年法廷

[2006] UKHL 51

[2006] EWCA Civ 830 による上訴に関して

D (a child) 事件の訴訟における判決に対する上訴貴族の意見

上訴委員会

Birkenhead の Nicholls 卿

Craighead の Hope 卿

Richmond の Hale 女男爵

Carswell 卿

Eaton-under-Heywood の Brown 卿

訴訟代理人

上訴人

James Turner 勅選弁護士

Richard Harrison

(Garson & Co の指示による)

被上訴人：

Henry Setright 勅選弁護士

Marcus Scott-Manderson

(Russell-Cooke の指示による)

仲裁人

Charles Howard 勅選弁護士及び Teertha Gupta

(Dawson Cornwell の指示による)

審理日：

2006年10月9、10、11日

2006年11月16日木曜日

英国貴族院

D (a child) 事件の訴訟における判決に対する上訴貴族の意見

[2006] UKHL 51

BIRKENHEAD の NICHOLLS 卿

貴族院議員の皆様

当職は、高貴かつ学識ある友人、Richmond の Hale 女男爵の演説草稿を読ませてもらった。当職は、同議員が挙げた理由により、この上訴が許可されることに同意する。

CRAIGHEAD の HOPE 卿

貴族院議員の皆様

当職は、高貴かつ学識ある友人、Richmond の Hale 女男爵の演説草稿を読ませてもらった。当職はこれに同意し、また同議員が挙げた理由により、上訴を許可したい。当職は、同議員が述べたことに、少しだけ自身のコメントを付け加えたいと思う。当職がこれを行うのは、議論の過程で提起された問題の重要性を考慮したためである。

本件の中心となってきた争点は、母親が 2002 年 12 月に子をルーマニアからイギリスへ連れ去ったときに母親によって侵害された、ハーグ条約第 5 条に定める意味での監護の権利を父親が持っていたかどうかということにある。その点に関しては、不法な連れ去りによって生ずる有害な影響から子を保護すること及び子が常居所を有していた国への迅速な返還を確保するために条約が援用された、他のすべての事件と何ら異なるものではない。

しかし、子がイギリスに到着してから約 4 年後である今の時点で返還された場合、その返還は決して迅速とは言えないだろう。本件で採択された手続によるこの遅延は、条約の立案者が想定したと思われる状況をはるかに上回る事態を引き起こしている。遅延の程度が極端であるため、ルーマニアからの子の連れ去りが不法なものであったと見なされた場合でも、第 12 条が要求するように、子を直ちにルーマニアに返還することが子の最善の利益に役立たつとは信じがたい。条約の前文が示すように、条約の目的は、不法な連れ去りによって生ずる有害な影響から子を保護することである。迅速な返還という救済手段の手続を進めるための前提は、子が返還される国が、子の常居所地国であるということである。子自身に過失がないにもかかわらず、本件で返還が求められている子は現在、イギリスに長期間居住していることから、この前提はほぼ成り立たない。

遅延それ自体は、条約順守を逃れるための言い訳にはならない。裁判所は、条約の規定が完全に実施不可能になっていない限り、その実施のために可能な

限り全力を尽くさなければならない。本件の教訓は、このような遅延を避けるためにあらゆる努力をしなければならないということである。連れ去りが不法なものであったかどうかに関して議論がある場合は、略式手続で対処すべきである。あまりに少ない情報に基づいた決定と、過剰な調査との間のバランスをとらなければならないのは当然である。裁判所は、その根拠が提供されない場合は、子の連れ去りが不法なものであったという事実認定を行うことができない。しかし、事件を略式で審理するつもりなら、裁判所は完璧を求めてはならない。Butler-Sloss 控訴院裁判官が C 対 C (Abduction: Rights of Custody) [1989] 1 WLR 654, 658A で示したように、それまでに入手した情報に基づいて最善を尽くすべきである。

条約第 15 条は、裁判所が、子の常居所地国の当局から、連れ去りが不法なものであったという判断の提供を受ける必要がある場合を想定している。そのため、判事が、この手続の使用を決定した場合は、当該判事が申立人によって提供された情報に関わる問題を責任をもって解決できないからといって、批判すべきではない。とはいえ、判事が、この措置を決定した場合、遅延は避けられないだろう。従って、子の最善の利益に十分な注意を払い、遅延を最小限にしなければならない。本件が蒙った不運は、裁判所は、いったん回答を受領したら、受領した情報を決定的なものとして扱うように努力するべきであるということを示している。

当然のことながら、連れ去りが第 3 条に定める意味での不法なものであったかどうかを決定するのは、要請を行った国の当局ではなく、申立を受けた裁判所である。裁判所は、その知識を踏まえて、条約に対する自信の観点の適用に極力努めなければならない。おそらく、裁判所が、第 15 条に基づく判断の結果に関して、なお議論の余地があるのではないかと感じる状況が生じる場合もあるだろう。しかし、高貴かつ学識ある友人 Eaton-under-Heywood の Brown 卿が明らかにしているように、更なる証拠の要求には抵抗しなければならない。これが引き起こすであろう更なる遅延は、条約の目的とは相いれない。子の福祉に関する詳細な調査は後回しにしなければならない。それは子の常居所地国の問題である。子をその国へ迅速に返還するつもりなら、速さが不可欠である。連れ去りが不法なものであったかどうかについての十分な情報が入手可能であるかどうか、及び裁判所が有している情報が信頼できるかどうかを検討する場合、裁判所は、このことを考慮に入れなければならない。

本件では、ルーマニアから受領した回答は、子の連れ去りが第 3 条に定める

意味での不法行為ではなかったことを示すのに十分だった。2005年6月9日に、最終審であるブカレスト控訴裁判所は、第一審裁判所を支持し、この上なく明確な表現で、当時ルーマニアで有効であった法令に基づき、離婚による婚姻の終了によって共同監護が終了すること、監護権のある親が提案する方法についての合意が両当事者に求められる事例は限られていること、及び父親が離婚のときに与えられた権利には、拒否権又は子の居所を決める権利が含まれていなかったことを表明した。父親が、本件で起こったことを自分に対する不当な扱いだと感じるのは、完全に理解できる。父親が接触の権利を行使する能力への影響は、明白である。しかし、「監護の権利」という言葉は、条約によって特定の定義が与えられている。そのように定義された監護の権利の侵害があった場合にのみ、連れ去りは条約の目的上、不法なものと見なされる。ルーマニアの裁判所によって提供された情報は、子の連れ去り時点で有効であった法令により、父親にはそのような権利がなかったことを示している。

その結果、本件では拒否権がないことは明白である。拒否権があったならば、遅延にもかかわらず、おそらく結果は異なっていただろう。すべてではないが大半の締約国では、条約の適用上、子の居所地国からの子の連れ去りに同意するか阻止する権利が監護の権利であると認められるようになった。第5条は、条約の目的上、「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、と表明している。これが意味することを理解するには、第3条を参照しなければならない。第3条では、「監護の権利」という言葉は、子の連れ去り又は留置が不法と見なされる状況を定義するのに使用されている—「不法」であるのは、条約が、福祉の問題は子が常居所としている国において最善の対応がなされるという前提で運用されているからである。

この言葉が意味することの鍵は、以下の事実にある。当条約は国と国の間の協定である。その目指すところは子が国境を越えて移住する際に起こる問題に対処することである。条約自体は、子の常居所地国での監護の権利又は接触の権利の行使に関する議論には関与しない。子の居所を決定する権利は、その文脈で考える必要がある。「子の居所 (the child's place of residence)」という語句の中の「場所 (place)」という語は条約の目的上、子の居所地国を含むと解釈しなければならない。他国への子の連れ去りに反対する権利は、監護の権利と同じように、条約の適用上、子が居所地国内で住む場所を決定する権利である。

「接触の権利」という言葉もまた、条約第5条において定義されている。し

かし、この定義は、「監護の権利」という表現の中に含まれる権利を制限すると捉えないことが重要である。子の居所を決定する権利が、子の常居所以外の場所へ、一定期間の間、子連れで行く権利を行使したいと思う親にとって助けになることは疑いようがない。忙しい生活を送っている親達にとって時間と距離は重要な問題であり、子の常居所は、接触の権利をどれくらいの頻度で、又はどれくらいの時間実施できるかに非常に現実的な影響を与える可能性がある。しかし、子の居所を決定する権利が、接触を求める親にとって助けになるかもしれないという事実があるから、子がどこに住むかを決定する権利を、条約の解釈上監護の権利とは別のものとして扱っているわけではない。この2つは相互排他的な権利ではない。条約は監護の権利と接触の権利が侵害された場合、異なる救済手段を提供する。それらの救済手段の性質と目的は、国境を越えた連れ去り若しくは留置については、子の居所を決める権利が、なぜ監護の権利の1つとして扱われるかという理由を明らかにする助けとなる。

これは A E Anton 教授の見解とは異なっていた。条約締結直後の著述の中で、教授は、第5条における「監護の権利」の定義が示しているのは、子の居所の変更への合意を単に与えるか阻止する権利の侵害は、第3条の意味での「監護の権利」の侵害と解釈すべきではないということであると述べた："The Hague Convention on International Child Abduction" (1981) 30 ICLQ 537, 546。同教授は、このケースを含めるために「奪取 (abduction)」の定義を拡大すべきだという提案は支持されなかったという事実に言及した。この提案は、1980年10月の、条約に関する最終的な外交会議の間に、カナダ代表団のメンバーから提起された：Furnes 対 Reeves 362 F.3d 702 (11th Circ 2004)における判決の脚注16を参照。この提案について Linda Silberman, "Patching up the Abduction Convention: A Call for a New International Protocol and a Suggestion for Amendments to ICARA" (2003) 38 Tex Int LJ 41, 46, n 34 から引用すると、

「監護権は母親に与えられるが、命令によって子は父親の同意なく出国できないと規定する。それにもかかわらず、母親がかかる同意なしに出国した場合、それは不法な連れ去りに該当する」

この提案が支持されなかったという事実は、Anton 教授によると、定義上、それらの事情において子を国から連れ去る行為は、条約の目的から不法ではないということを示しているという。

Anton 教授は、この問題についてコメントするのに格好の立場にあり、その

コメントについては DS 対 VW [1996] 2 SCR 108 においてカナダ最高裁判所が言及し、他の方法では監護の権利の概念が接触の権利と混同されるだろうと主張した同教授の意見を支持した；また、Thomson 対 Thomson [1994] 3 SCR 551 も参照。しかし、Anton 教授が表明した意見は、論文の冒頭の脚注で慎重に指摘されているように、彼自身の意見であった。それは、C 対 C (Abduction: Rights of Custody) [1989] 1 WLR 654 においては、控訴院によって共有されなかった。

「子の居所を決定する権利」という語句に言及して、記録長官 Lymington の Donaldson 卿は、pp 663H-664B で以下のように述べている。

「個人、裁判所、他の施設または機関のいずれかが異議を唱える権利を持ち、意見を求められないか同意を拒否する場合は、連れ去りは条約に定める意味での不法な行為に当たるだろう。当職は、完全性のために「子の居所を決定する権利」（条約の文言を用いるなら）は、特定の——子が特定の住所に住むことを決める権利——であるか、あるいは一般的、例えば「オーストラリア連邦内」である場合が考えられることを付け加えておく」

P (A Child) (Abduction: Custody Rights) [2005] Fam 293 事件において、控訴院は、ニューヨーク州からイギリスまでの母親による子の連れ去りが不法なものであったかどうかを決定しなければならなかった。父親は、連れ去りに同意していなかったとし、またニューヨーク州の法令の下で、条約の意味での監護の権利があったと主張した。これは、彼が面会権を与えられていたことと、裁判所が、どちらの当事者も他方当事者の事前の書面による同意又は事前の裁判所命令がない限り、一時的な休暇を除きニューヨーク州から子を連れ出してはならないと命じていたからである。これは Children Act 1989 のセクション 13 に定められたものと同様の、子の国外への移動に対する拒否権 (ne exeat right) であった：Children (Scotland) Act 1995 のセクション 2 (3) も参照。C 対 C (Abduction: Rights of Custody) [1989] 1 WLR 654 においてこの問題に対して採用された方針は、Hale 判事が W (Minors) (Abduction: Father's Rights) [1999] Fam 1, 9 事件において述べたように、現在、締約国の間で一般に適用されている。Ward 控訴院裁判官は、P [2005] Fam 293 事件において、裁判所は、C 対 C 及びイギリスにおける同じ趣旨のその後の決定が正しかったことに非常に満足していると述べた：パラグラフ 55。また J, Petitioner [2005] CSIH 36, 2005 GWD 15-251 において、スコットランド民事控訴院上訴部 (Inner House of the Court of Session) は、条約の目的上、「監護の権利」には、Children (Scotland) Act 1995 のセクション 2 (3) に基づく、英国からの子の連れ去りに同意を与えるか拒否する権利が含まると

主張した。英国に関する限り、現在、この問題は決着したと見なすことができる。

残念ながら、通常、私法に関する国際的な条約の事例がそうであるように、ハーグ条約は、それが生み出した国際的な法的規範が、多くの締約国で一様にかつ一貫して適用されることを確保するためのいかなる正式なメカニズムも提供していない：Linda Silberman, "Interpreting the Hague Abduction Convention: In Search of a Global Jurisprudence" (2005) 38 U C Davis Law Review 1049, 1057 を参照。これは、その有効性が、条約を実施し解釈するそれぞれの中央当局及び国内の裁判所に委ねられていることを意味する。Silberman 教授は、米国の裁判所によるこの問題への取り組み方について非常に批判的である：p1069 を参照。

「私が示したように、条約の概念を、特定の司法制度の中に見出される国内の類似物と切り離すことは重要である。「監護の権利」という用語は、条約に定める意味において重要な概念であり、返還という救済手段の引き金となる自律的な定義に基づいている。締約国は、返還を命じる状況—つまり「監護の権利」の侵害—に合意したが、監護権の国内での定義は、必ずしも第 5 条 (a) によって規定された概念と同等であるというわけではない。

米国の裁判所による最近の決定は、条約の概念に、視野の狭い国内的な監護の概念を与えることによって、条約の達成目標を効果的に徐々にむしろみつつ、この重要な原則の最もあからさまな違反者となっている」

Silberman 教授は、特定の批判のために、Croll 対 Croll 229 F 3d 133 (2d Cir 2000), cert denied, 534 US 949 (2001)を選んだ。第 2 巡回区控訴裁判所は、この事例で、子が遠方へ移住するかどうかを制限できる親は条約に定める意味での監護の権利を持っているという、中間裁判所の以前の決定によってほぼ何の異論もなく採用されていた論拠から離れた。p1071 の脚注 94 で、同教授は、Croll によって潜在的に引き起こされた悪影響は過小評価されるべきではないと述べている。同じ脚注で、同教授は、「幸いにも」控訴院は、P [2005] Fam 293 事件において、Webster's Third New International Dictionary と Black's Law Dictionaries が、監護権 (custody rights) の定義にとって適切な情報源であり、またハーグ条約のどの規定も、立案者がこの表現の使用により、これらの辞書によって明らかにされる、監護 (custody) に対する通常理解以外のものを意図したことを示唆していないという結論に達した、Croll での多数意見の見解に

従わないと決めたと述べた。Croll における Sotomayor 判事の反対意見から p1070 の以下のコメントが導かれた。

「Croll における Sotomayor 判事による鋭い反対意見は、自分の同僚が条約の国際的な規範の代わりにアメリカの概念を適用することに批判的だった。同判事は、条約の達成目標を強調して、条約に関する公的な出来事と解釈は、英米の辞典と比べ「特に監護権に対するより拡大された概念を反映している」と説明した。同判事が指摘したように、連れ去りに対する制限は、子がイギリス、キューバ、香港又は米国に住むかどうかに関する特定の選択に影響を及ぼすが、条約が保護しようと意図しているのはまさにこの種の選択なのである」

Croll において事件移送命令 (certiorari) が拒否されたのは、Croll が最高裁判所によって審理され、他の連邦裁判所が多数意見の決定に従った時であった：Gonzalez 対 Gutierrez 311 F 3d 942 (9th Circ 2002); Fawcett 対 McRoberts 326 F 3d 491 (4th Circ 2003), cert denied 540 US 1068. Gonzalez p949 で、裁判所は、子の国外への移動に対する禁止条項 (ne exeat clause) は、接触の権利を持つ親が、子を国外に移住させる監護親の権利に制限を設けるのに役立つだけであり、これは、裁判所の意見では、「用語の最も明瞭な意味」において監護の権利にほとんど該当しないと述べた。第 9 巡回区控訴裁判所は、Fawcett p500 でこの論拠に従い、Children (Scotland) Act 1995 のセクション 2 (3) における子の国外への移動に対する禁止条項では上訴している親に「監護の権利」を与えておらず、それに対してもう一方の親にはスコットランド内で子の居所を決定する独占的な権利があると主張した。

米国の決定はすべてが同じというわけではない。Furnes 対 Reeves 362 F 3d 702 (11th Circ 2004)において、第 11 巡回区控訴裁判所は、Croll における分析に納得できなかったと述べた。全員一致の決定において、同裁判所は、条約の目的は子の国際的な奪取を防ぐことであり、その目的は Croll の多数意見による子の国外への移動に対する拒否権の解釈によって満たされたのではなく、阻まれたと述べた。また南アフリカの最高裁判所は、Sonderup 対 Tondelli 2001 (1) SA 1171 において、Croll の判例における Sotomayor 判事の反対意見に言及し、パラグラフ 22 において、多数意見は権威の重さに対抗するものだったと述べた。残念ながら、第 4 巡回区控訴裁判所は、Bader 対 Kramer 445 F 3d 346 (4th Circ 2006)においてその問題に立ち戻った時、Croll に続く Fawcett における自らの決定に、異論を挟むことなく言及した。しかし同裁判所は、ドイツ法では接

触の権利と監護の権利は互いに排他的ではなく、また片方の親の面会権は、両方の親に内在する共同監護権を妨げることなく変更できるという根拠に基づいて、それらの事例を区別することができた。同裁判所は、子の居所を決める父親の能力を奪ういかなる命令もない場合、父親は、子に対する共同監護権を留保し続けると主張した。

すべてではないがいくつかの北米の裁判所の見解と、英米法系の他の国で広く採用されている、子の国外への移動に対する禁止条項が条約第 5 条が示す自律的な意味での監護の権利を与えるという見解の間に、依然としてそのように深い隔たりが残されているのは残念である。ただ望むことができるのは、**Croll** の判例における反対意見を支持する **Silberman** 教授による、この議論への提言が、国際的な権限の重要性の高まりと相まって、今なおこの見解を退けている国において更なる熟考を促すだろうということである。結局、すべての国の条約の当事者達が同じ方針を採用することが、これらの不幸な論争に巻き込まれた子らの最善の利益になるのである。現在では、イギリス中の裁判所が、他の締約国からの子の連れ去りを禁じる「子の国外への移動に対する禁止条項」の実施を当然のことと思えるようになっている。この方針が世界的に認められるようになることを望むのは行き過ぎだろうか。

RICHMOND の HALE 女男爵

貴族院議員の皆様

本件の事実は、どの観点から見ても異例である。本件は幼い少年 A に関わるものであり、A は、1998 年 7 月 17 日にルーマニアで生まれて、現在、8 歳である。A の両親は、1998 年 1 月にルーマニアで結婚して、2000 年 11 月に同国で離婚した。2002 年 12 月に、母親は、A の父親の同意なく無断で A をイギリスに連れて来た。Child Abduction and Custody Act 1985（1985 年子の奪取及び監護法）並びに「1980 年国際的な子の奪取の民事上の側面に関するハーグ条約」（Cmnd8281）（以下「条約」という）に基づく訴訟手続が 2003 年 2 月に開始された。

A の両親が離婚した時 A に関して発出された命令の効力に関して論争が起こった。双方が鑑定書を提出することが認められた。判事は、自身で専門家の間の意見の相違を解消することは不可能と認め、条約第 15 条に従ってルーマニアの裁判所の判断を得るよう指示した。2005 年 6 月 9 日に、最終審であるルー

マニアの控訴裁判所が、A のイギリスへの連れ去りがルーマニア法の下で不法なものではなかったという判決を下したことで、ルーマニアの手続は決着した。この判決にもかかわらず、本件が 2005 年 8 月 1 日にイギリスの裁判所に戻ったとき、両親双方の指示による 1 人専門家からルーマニア法に関する更なる鑑定書を得るよう求める命令が発出された。当該専門家は、2005 年 10 月に報告を行い、ルーマニアの裁判所とは異なる結論に達した。その後、両当事者は、当該専門家に更なる質問を行うことが認められた。

本件は、結局 2006 年 2 月に審理が行われ、3 月 28 日に父親による一定の約束 (undertakings) の下に、A のルーマニアへの即時返還を命令する判決が言い渡された。そこで母親はルーマニアで、A とイギリスに留まる許可を求めて訴訟手続を提起した。それらの手続については、まだ聴聞が行われていない。母親はまた、イギリスでの命令を不服として上訴した。この時点で子は、これらの手続の当事者となるための申請を行ったが、これは控訴院によって却下された。それにもかかわらず、裁判所は CAFCASS 職員による報告を指示した。これにより、A はルーマニアへの返還を強硬にいやがっていることが明らかになった。翌日の 2006 年 5 月 24 日に、控訴院は母親の上訴、[2006] EWCA Civ 830 を却下した。母親は現在、本院に上訴している。A は、Children's Legal Centre の「訴訟上の代理人 (litigation friend)」を通して、この上訴に参加する許可を与えられている。

争点

提示されているわかりやすい争点は、A がルーマニアを離れて約 3 年 10 カ月後の今の時点で、A をルーマニアに返還するべきかどうかということである。しかしこれは、ハーグ条約の下で生じる、より複雑ないくつかの争点に対する答えによって左右される。最初の、そして最も重要な争点は、ルーマニアからイギリスへの A の連れ去りが、条約第 3 条に定める意味での「不法」に当たるかどうかということである。不法である場合に初めて、第 12 条に基づいて A をその自国に返還するという義務が生じる。その争点への答えの中核を成すのは、父親が第 5 条に定める意味での「監護の権利」を持つのか、あるいは「接触の権利」のみを持つのかという点である。この争点に答えを出すには、第 15 条に基づくルーマニアでの判決の効力を考慮しなければならない。連れ去りが不法なものであったというのが結論であれば、更に 2 つの争点が生まれる。裁判所は第 13 条に基づくどちらの理由によって—A の返還によって、A が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なのか、あるいは A が返還

されることを拒み、かつ、その意見を考慮に入れることが適当である年齢及成熟度に達しているからなのか—当該子の返還を拒むことができるのだろうか。結局のところ、本院は、A の状況に置かれた子の観点を、ハーグ条約の訴訟手続が行われる法廷で明らかにする方法を考慮することが求められている。

不法な連れ去り

条約に、子の常居所地国外で、もう一方の親の同意又は裁判所の権限なく行われる、子のすべての連れ去り又は留置は不法である、という規定があったなら、世界は、より分かりやすい場所になるだろう。しかし、現実はそのようではない。条約は、もう一方の親の同意なく連れ去られた子の自動的な返還を要求する権利が、すべての親にあるわけではないことを認めている。条約第 3 条で、「当該連れ去り又は当該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」場合にのみ、子の連れ去り又は留置は不法と規定されている通りである。これらの権利は、「法令の適用により、司法上若しくは行政上の決定により、又は国の法に基づいて法的効果を有する合意により」生じるとされている。さらに、それらの権利は、実際にはその時点で行使されていたはずである（あるいは不法な連れ去りがなければ行使されていたであろう）。第 5 条 (a) は、「「監護の権利」には、子の監護に関する権利、特に、子の居所を決定する権利を含む」と規定している。

また、条約第 21 条では、中央当局は、「取り残された」親が、自国への迅速な返還 (summary return) の確保によってではなく、「接触の権利」の平穏な享受を促進し、その行使に対する障害を取り除き、その権利を保護するための手続を開始又は援助することで、親が自分の「接触の権利」を十分に理解するための援助を行うことが義務付けられている。第 5 条 (b) は、「「接触の権利」には、一定の期間子をその常居所以外の所に連れて行く権利を含む」と規定している。そのため、子を自分の家から離しておく権利は、「監護の権利」というよりむしろ「接触の権利」に該当するのではないかと考えられた。Elisa Pérez-Vera 教授の説明報告書 (1981 年 4 月) からかなり明確なことは、条約の元々の当事者は、「監護の権利」と「接触の権利」を意図的に区別し、「接触の権利」のみで親が子の迅速な返還を要求する権利を与えることは意図していなかったことである。Pérez-Vera 教授が指摘したように、そのようなアプローチでは、最終的に「1 つの権利を持っている人が、他方の権利を持つ人にとって代わる」ことになるだろう (パラグラフ 65)。

それにもかかわらず、2 つは互いに相いれない概念ではないというのが、本件のすべての当事者間の共通認識である。人は、接触の権利と監護の権利の両方を持つことができる。争点となるのは、子の日常的な世話をしていない親が、自国の法令に基づいて持っている権利は、監護の権利に該当するのか、それとも該当しないのか、ということである。各国の法令は、親の権利をどうとらえるかという点で大きく異なっている。ある国では、法によって両親に与えられる「権利と義務の束」全体を、両親の間で切り分けることができるケーキと見なしているかもしれない。つまり、一方の親は、「監護」に伴う権利のパッケージの付いた「監護」の一切れ、もう一方の親は「接触」に伴う別の権利のパッケージの付いた「接触」の一切れを持つということである。この見方は、決して奇抜なものではない。あるいはまた、国によっては、裁判所命令、又は法的強制力のある両親間の合意の必然的な効力によって剥奪又は付与される場合を除き、親の「権利と義務の束」全体を、両方の親に元々付与されていて、継続的に付与されるものと見なすこともある。本件の鑑定書は、法令が 1 番目と 2 番目のどちらの方針を採用しているのかについて、ルーマニアにおいて真剣でアカデミックな議論が行われたことを示している。結局、ルーマニアの裁判所は前者を採用したが、1 名の共同専門家は後者を採用した。

Pérez-Vera 教授が指摘するように、ハーグ会議の長い歴史を持つ伝統に従って、条約は、そこで使用される法的概念を定義していない。しかしながら第 5 条は、監護の権利と接触の権利の概念が使用される場合の意味を明確にしている。「その理由は、それらの意味の不正確な解釈が、条約の目的を損なう危険があるからである」（パラグラフ 83）。監護権は、子の所有物よりむしろ子の世話（care）に関わっている。それは、他で使用される「未成年者の保護（protection of minors）」よりも狭い概念である。しかしながら、監護権は共同で保有することができる。また接触には、国境を越えた「居所での接触（residential access）」の権利も含まれる。

これらの自律的な用語を定義して正確なものにする超国家的な機関がない限り、加盟国は——自国の国内法の内容ではなく、互いの法令の特有の特色に与える効力の——一貫性のある実施のために努力しなければならない。Browne Wilkinson 卿が H (Minors) (Abduction: Acquiescence) [1998] AC 72, 87 事件において述べたように（条約第 13 条（a）で「黙認した（acquiesced）」に与えられた意味の文脈においてではあるが）、

「異なる言語で表現され、さまざまな異なる法体制に適用されることを意図された国際的な条約は、異なる国で異なる解釈をすることはできない。当条約は、すべての締約国の法の下で同じ意味と効力を持たなければならない」

従って、その場合、「黙認 (acquiescence)」の意味に関する英語の概念とイングランド法規は、条約の解釈とは直接的な関連性を全く持ち得ない。本院は、当条約の概念は、異なる見解を持つ他の加盟国の法令にも適用されることから、両親の権利についてイングランド法が採用している観点を条約の概念に反映することに同じく抵抗する心構えができていなければならない。

子の日常的な監護 (care) の権利を持つ親—英語の言い方では、子と一緒に暮らすことが決まった親—から返還が要請された場合は、全く問題がない。問題は、もう一方の親の権利の性質決定 (characterisation) にある。それが共同監護に該当する場合も、同じように全く問題がない。主な争点は、時に「渡航の制限 (travel restrictions)」と呼ばれるもの—子の自国からの連れ去りを禁じる裁判所命令、又は、接触の権利も持つかどうかにかかわらず一方の親に、もう一方の親が他方の同意又は裁判所命令なしに自国から子を連れ去らないように主張する権利を与える「拒否権」の効力に関してであった。

イングランド法及びスコットランド法における国内的な位置付けは明確である。親の責任を共有する両親 (つまり、婚姻関係にあるすべての両親と、増加しつつある婚姻関係のない両親) はそれぞれ、親としてのすべての権利と義務を有している。彼らは、裁判所命令の実際的制限のみの影響を受ける権利を保有し、裁判所命令に矛盾しない限り、互いに独立してその権利を行使することができる。居所命令が有効である間は、いかなる人も、各親権者の承諾書又は裁判所の許可がなければ、子を英国から連れ去ることはできない。(Children Act 1989, セクション 13(1)(b))。イングランドでは居所命令の恩恵を受ける人は、1 カ月未満であれば、子を連れ去ることができる: セクション 13(2))。居所命令を受けていない場合でも、一方の親が、保護者責任のあるそれぞれの親の同意又は裁判所の許可なく子を英国から連れ去ることは犯罪行為である (Child Abduction Act 1984, セクション 1 及び 6 ; イギリスでは、居所命令の恩恵を受ける人のために 1 カ月の特例がある)。

しかし、イギリスとスコットランドの親がそのような拒否権を享受しているという単なる事実自体は、彼らが、条約が定める意味での「監護の権利」を享受していることを意味しない。しかしながら、これまでのところ、イギリスと

スコットランドでは、裁判所が渡航の制限を、監護の権利を生み出すものと見なしてきた。かなり以前の判例である C 対 C (Abduction: Rights of Custody) [1989] 1 WLR 654 で、控訴院は、どちらかの親が、もう一方の親の同意なしにオーストラリアから子連れ去ることを禁じる裁判所命令は、条約に基づいてもう一方の親に監護の権利を与えると考えていた。Donaldson 記録長官は p664 で、子の居所を決定する権利は、「特定のな、つまり子が特定の住所に住むことを決定する権利である場合もあれば、例えば「オーストラリア連邦内」といった一般的な場合もあると述べている。W 事件 ; B (Child Abduction: Unmarried Father) [1998] 2 FLR 146 事件では、当職は、法律の運用によって生じる拒否権に対して同じ方針を適用した。スコットランド民事控訴院上訴部は、J, Petitioner [2005] CSIH 36, 2005 GWD 15-251 において、両方の判例に依拠し、接触の権利を持つ親が享受していた、Children (Scotland) Act 1995 のセクション 2(3)及び(6)に基づく拒否権は、条約に基づく「監護の権利」に該当すると主張した。

母親の代理である James Turner 勅選弁護士は、単なる拒否権が「監護の権利」に該当するかどうかを問題にした。論拠は簡単である。監護の権利に子の居所を決定する権利が「含まれる」のであれば、子が当分の間住む国を決定する権利を含むだけでは十分でない—それは子が実際に生活する場所を決定する権利を意味しなければならない。条約は、監護の権利に 1 つ以上の権利が関わってくることを予想している。さらに、子が住む国を決定する権利の目的は、単に接触の権利の行使を容易にすることであり、その権利は自国への迅速な返還を要求する権利を導くものではない。実のところ、拒否権を持っている人が接触の権利を持っていないことがあり、一方で接触の権利を持っている人が拒否権を全く持っていないこともあるだろう。子との親密で継続的な関係を享受してきた親が監護の権利を持っていないことがある一方で、何年も子と会っていない親が監護の権利を持っていることがあるとしたら、これは驚くべきことだろう。

Turner 氏は、この観点を採用している、英米法系の他の国を引き合いに出すことができる。2000 年の Croll 対 Croll 229 F 3d 133 では、米国第 2 巡回区控訴裁判所の多数意見は、母親に監護、保護、及び管理の権利を与えている香港の監護合意における、子の国外への移動に対する禁止条項は、父親に監護の権利を与えていないと主張した。その決定に続き、2002 年に Gonzalez 対 Gutierrez 311 F 3d 942 における第 9 巡回区控訴裁判所の決定、2003 年に Fawcett 対 McRoberts 326 F 3d 491 における第 4 巡回区控訴裁判所による決定が出された

(コメントなしで言及されたが、2006年の *Bader 対 Kramer* 445 F 3d 346 が際立っている)。 *Croll* における多数意見は、条約において監護の権利と接触の権利の間に意図的に引かれた区別、問題に対する国際合意の不足、及び A E Anton 教授 ((1981) 30 ICLQ 537, 546 で条約草稿を作成したハーグ会議委員会の議長) が発表した見解に依拠していた。

Croll における多数意見は、国際合意の不足を示すカナダ最高裁判所における2つの決定を指摘することができた。 *Thomson 対 Thomson* [1994] 3 SCR 551 では、裁判所は、暫定監護命令における「子の国外への移動に対する禁止条項」に違反する連れ去りは、最終的な判断を下す裁判権を維持するために裁判所が主張する監護の権利に違反すると主張したが、最終命令におけるそのような条項によって、もう一方の親に監護の権利が与えられることはないだろうと述べた。 *DS 対 VW* [1996] 2 SCR 108 では、 *Thomson* がいっそう有力な理由をもって依拠されているが、この場合、米国で出された監護命令には連れ去りに対する何らかの禁止が含まれていた。

しかしながら、2004年に、米国第11巡回区控訴裁判所は、 *Furnes 対 Reeves* 362 F 3d 702 において、 *Croll 対 Croll* における多数意見の論拠を退け、 *Sotomayor* 首席判事の反対意見を優先した。反対意見では、子の返還命令によって、もう一方の親の接触の権利が監護の権利に変わることはない指摘された。その理由は、子をその親に返還する義務がなかったからである。目的は、いかなる議論も超えて、現状と自国の裁判権を維持することだった。カナダの両方の判例における主張は付随的意見だった。それらは別として、英米系の他の国で認められている意見は一致していた。例えば、オーストラリア家庭裁判所の大法廷は、 *JR 対 MR*, 22 May 1991 において、 *Lindenmayer* 判事が *Director General, Department of Families, Youth and Community Care 対 Hobbs* [1999] FamCA 2059 の第一審でそうしたように、 *C 対 C* [1998] 1 WLR 654 におけるイギリスの決定に従った。南アフリカの最高裁判所は、 *Sonderup 対 Tondelli* (2001) (1) SA 1171 (CC) において同じ結論に達した。イスラエルの高等裁判所も、1992年の *Foxman 対 Foxman* で、監護の権利には、居所地国から子を連れ去るのに親の同意が必要なケースを含めるべきであると主張した。これらに加えることができるのがニュージーランドで、同国はさらに先を行っており、接触の権利はそれ自体が「監護の権利」に該当し得ると主張してきた： *G 対 B* [1995] NZFLR 49; *D 対 C* [1999] NZFLR 97; *Hunter 対 Murrow (Abduction: Rights of Custody)* [2005] EWCA Civ 976; [2005] 2 FLR 1119 (下のパラグラフ 42)も参照。

当職は、Turner 氏の議論、特に非監護親による最初の保護者からの子の奪取という元々の典型的な事例を踏まえた場合の議論の効力を認める。また、拒否権を持っている親が、実際には子と—あったとしても—非常に限られた接触しか行っていないケースがあることも事実である。その結果、ほぼ確実に与えられる出国許可を得るためだけに、子を自国へ強制的に返還させることは強引なやり方に見える。しかし、家族の事情は非常に多様である。条約の目的は、そうした決定が、(多くの場合)それらの事情をより詳しく調査し評価できる自国の裁判所で下されることを可能にすることである。事件の本案に関して価値判断を開始するのは、条約がこれを許可する非常に限られた場合を除いて、要請を受けた国の裁判所ではない。条約について言えば、人が監護の権利を持っていることも持っていないこともあり—子との関係の質はここでの論点ではない。もし自国から不法に連れ去られた子の迅速な返還を確保することを意図した条約が、子の連れ去りが明らかに自国の法令、裁判所命令、又は強制力のある合意に違反していた、その子の返還につながらないとしたら、控えめに言ってもおかしい結果だと言えるだろう。

従って、ここまでのイギリス及びスコットランドの裁判所の見解と同じく、また英米法系の国の多数派と思える見解と同じく、当職は、拒否権が、第 5 条 (a) に定める意味での「監護の権利」に該当すると主張したい。当職は、H (A Minor)(Abduction: Rights of Custody) [2000] 2 AC 291 事件において本院が「監護の権利」と認めた裁判所の拒否権と、親の拒否権—後者が裁判所命令、合意、又は法律の運用によって生じたものであるか否かに関係なく—を区別するもつともな理由を見出せない。

しかしながら当職は、親の潜在的拒否権が、「監護の権利」に該当するかもしれないと極言するつもりはない。言い換えれば、もう一方の親が持っているのが、裁判を起こして海外への移住を含む子の養育のいくつかの側面に関する命令を求める権利だけであるとするなら、これは「監護の権利」に該当するはずはない。該当すると考えることは、「監護の権利」と「接触の権利」の間の区別を完全に取り去るということだろう。それはまた、J (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1990] 2 AC 562 事件における本院の決定と矛盾することになる。この判例では、裁判所がいくつかの権利を与えない限り、また与えるまで、未婚の父親には、親の権利も義務もなかった。しかし当然のことながら、父親には裁判を起こしてそのような命令を求める権利があった。これは、第 5 条 (a) に定める意味での「監護の権利」に該当しないという主張がなされた。また、それに続く命令も、それまでに子の常居所が変わっていれば、そのような権利

を父親に与えることはできなかった。

第 15 条

第 3 条がかなり明確にしていることは、連れ去りが、親の義務に関するイングランド法又はスコットランド法の見地からいかに不法なものであっても、重要なのは、それが「(中略)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が(中略)有する監護の権利を侵害して」いるかどうかということである。従って、明らかに最初の争点は、「その人は、自国の法令に基づいてどんな権利を持っているか」ということである。2 番目の争点は、「それらの権利は、条約に定める意味での「監護の権利」なのか」ということである。答えに確証が持てないとしたら、返還の要請を受けた国の裁判所は何をしたらいいだろうか。第 15 条は、要請を行った国の当局による判断を求めることができるとしている。

「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に規定する不法なものであるとの決定その他の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その他の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、申請者が当該決定その他の判断を得ることをできる限り援助する」

最後の文は、これが中央当局による表明又は証明書 (cf. 場合によっては、第 8 条に基づいて 1 つの中央当局から他の中央当局への要請を伴う、要請を行う国の法令に応じた証明書) 以外のものであることを示している。それは、子に対する権利に関する正式の決定をするために、要請を行った国において権限を持つ当局が下す判断である (Pérez-Vera 教授、*op cit*、パラグラフ 86 を参照)。

「行政当局」への言及は、子に関するいくつかの決定が、性格的に司法的というよりも行政的な機関に任せられている国を考慮に入れたものである (ibid, パラグラフ 44 を参照)。

本件では、対立する専門家のどちらかに決定することができないため、判事は父親に、第 15 条に基づく決定を得るよう要請した。母親は、裁判権を持っていなかったという結論を下したルーマニアの第一審裁判所の裁判権に異議を唱えた。父親は上訴した。(第一審)控訴裁判所は、裁判権を否定した第一審裁判は誤りだったが、父親の権利は、条約第 3 条における監護の権利に該当し

ないと主張した。父親は更なる上訴に踏み切った。十分に妥当性のある判決の中で、最終審であるブカレスト控訴裁判所は、第一審控訴裁判所の決定を支持し、離婚の前に両親が享受していた権利の平等は、例外の対象となると主張した。離婚に際して、裁判所はどちらかの親に監護権を与える義務がある。監護権のある親は、親としての権利を行使して、親としての義務を果たすべきである。監護権のない親は、子との個人的な接触の権利、また子の養育、教育、及び職業訓練を監視する権利を留保する。離婚によって必要になるのは、「権利の束」を両親の間で分けることである。非監護親の同意は、ある特定の措置—養子縁組及びルーマニアの市民権の喪失若しくは再取得—にのみ必要とされる。その他の場合は、離婚した非監護親は、監護親が行う、子に関わる措置に対する拒否権を持たない。「監視する」という非監護親の権利は監督権ではない。2005年1月1日に発効した Law 272/2004 は、ルーマニアからの子の連れ去りに、両方の親からの同意を求めているが、その効力は遡及的なものではない。従って、ブカレスト控訴裁判所が、2002年12月の子の連れ去りが不法なものではなかったと結論付けたことは驚くべきことではない（ルーマニア法務省によって提供された覚書によると、ルーマニアの中央当局は元々、父親の権利に関して、ブカレストの裁判所が最終的に採用したのと同じ見解を取っていたため、父親の要求を伝えることを拒否した。それを行ったのは、父親がイギリスで訴訟手続に入ってからである）。

それでは、要請を受けた国の裁判所は、そのような判断に対してどのように対応すべきだろうか。最も確かなことは、本件でなされたようなことではない、ということである。要請を行った国の最終審裁判所において両当事者を拘束する判断を受けたことで、イギリスの高等裁判所は、父親が新たな鑑定書を提示することにより、事実上その判決に異議を唱えることを認めた。専門家を共同で指示したという事実は弱点を救済しない。これは、それに関して2つの観点があることが知られている問題だった。弱点は、とにかく専門家に依頼したことである。その上、彼は父親がルーマニア法の下で享受していた権利について尋問を受けるよう求められた。ルーマニアの第一審裁判所が、この決定の直前に別の事件（Rada 事件）で異なる結論に達したという事実は、イギリスの裁判所が、本件におけるルーマニアの最終審である控訴裁判所の決定について疑義を表明する十分な理由にはならない。最終的な結果として、イギリスの予審判事は、ルーマニアにおける見解とは異なる見解に至った。当該判事は、母親は子を連れ去ってイギリスに住む十分な権利があるという正式な判決を下した裁判所のある国へ、子を返還するよう命令した。

こうしたことはどうして起こり得たのだろうか。2005年7月28日に、控訴院は、Hunter 対 Murrow (Abduction: Rights of Custody) [2005] 2 FLR 1119 における決定を言い渡した。イギリスの裁判所は、婚姻関係のない両親の子について、ニュージーランドの裁判所に、第15条に基づき要請を行っていた。当該両親は、子が生まれる前に別れ、3人で一緒に暮らしたことはなかったが、父親と子の間では、母親との非公式の合意によって、かなり頻繁な接触が行われていた。父親には親の義務も拒否権もなかったと思われる。それにもかかわらず、ニュージーランドの裁判所は、母親との合意に基づいて父親が享受していた接触は、条約の解釈上、「監護の権利」に該当すると主張した。訴訟代理人の調査で明らかになったように、これは「監護の権利」の概念を、他の英米法域における以上に拡大している。

控訴院は、この判断の受け入れを拒否した。しかし、その論拠は重要である。控訴院は、ニュージーランド法における父親の権利の内容に関する判断に異議を唱えたわけではない。単に条約の解釈上、監護の権利などの権利の性質決定に異議を唱えただけである。これは、条約のイギリスでの適用において長い伝統を持つ、監護の権利は単なる接触の権利とは区別されるべきだ、という考えに基づいていた：ごく最近の、V-B (Abduction: Custody Rights) [1999] 2 FLR 192 事件及び P (Abduction: Custody Rights) [2004] EWCA Civ 971; [2005] Fam 293 事件を参照。Hunter 対 Murrow は、ルーマニア法に基づく父親の権利の内容に関するルーマニアの裁判所による決定に、父親が異議を唱えることを認める根拠を全く提供しなかった。例外的な事情、例えば、虚偽によって、又は自然的正義の諸規則 (rules of natural justice) に違反することで得た場合を除き、判断は、要請を行った国の法令に基づく両当事者の権利に関して決定的なものでなければならない。

実際、第15条は、場合によってはさらに拡大して考えることができるかもしれない。外国の裁判所は、条約の観点から連れ去りが不法なものかどうかに関して判断するよう求められる。控訴院は、Lowe、Everall、Nicholls 共著による International Movement of Children (2004)、パラグラフ 15.9 の引用元である J 事件 (上記パラグラフ 38) において本院が下した決定に依拠し、「第15条に基づいて下された宣言は、説得力があるにすぎない場合があり、判決を任意に受け入れる両当事者又は要請を受けた国の当局を拘束することはできない」とするその判断を支持した。しかし、J 事件は第15条の事例ではなかった。イギリスの裁判所を拘束しない外国の監護命令を実施できないことと、イギリスの裁判所が、外国法の内容と効力に関して自ら要請を行った判断を実施できない

こととは別問題である。しかしながら、条約の規定が自律的な意味を持つと仮定するならば、外国の裁判所が国内法の効力について、条約の観点から性質決定するのは誤りである可能性を想定することができる。ここで関わってくるのは、国内法ではなく、すべての加盟国によって一貫して適用されることになっている国際条約の自律的な規定に対して国内で与えられる効力である。本院は、他の加盟国同様、Refugee Convention の文脈において、R 対 Secretary of State for the Home Department, Ex p Adan [2001] 2 AC 477, 517 における Steyn 卿の命令による制約を受けている。

「実際には、その解決は、解釈の問題に関する本質的な意見の不一致に直面した国内の裁判所に任される。しかし、その際に、国の法的な文化の概念によって制約されることなく、本当の意味で自律的かつ国際的な、条約の意味を探さなければならない。そして本当の意味は1つしかないのである」

条約の観点から自国の法令の本当の意味と効力を理解するには、外国の裁判所の方が、イギリスの裁判所よりもはるかに有利な立場に置かれている。Hunter 対 Murrow の判例がそうであったように、要請を受けた国の裁判所は、親の権利についての性質決定が条約の規定についての国際的な理解と明らかに調和していない場合のみ、それに従うことを拒否すべきである。

従って、結局は、決定は要請を受けた国の裁判所のためのものであるが、それらの裁判所は、両方の問題において、要請を行った国の正式の決定にかなりの重きを置かなければならない。当職は、要請を行った国の国内法に基づく権利の確認のみを対象とするならば、第 15 条がより役に立つだろうという控訴院の意見を共有しない。その考えでは、2 つの問題の間に、有利な立場でより明確な区別をつけることができるだろう。最初に出された判断を拒否する理由は、2 番目の判断を拒否する理由とは異なるだろう。しかし、当院は、要請を行った国による、立場に対する性質決定から学ぶことがまだある。

おそらくある日、この問題は存在しなくなるだろう。すべての加盟国がすべての親に、普遍的な拒否権と共に親の義務を平等に与え、すべての人がこれらを監護の権利と見なすだろう。一般的な傾向は、別離と離婚の後の親権の共有—そして親業の共有 (shared parenting)—にさえ向かっているが、それは世界的なものではない。英国の法律が、他国と非常に異なっていたのはそれほど昔のことではない。特に、国が初めて条約に加盟するときは、自国の法令の内容と効力についての正式の判断を得ておくと、疑念がある場合に役に立つかもし

れない。これをできるだけ早く得ることが、その国の国民の利益、そして申立人の利益になる。本件では残念ながら非常に長い時間がかかってしまったが、ルーマニアの当局は、イギリスの裁判所が、ルーマニアの最終審である控訴裁判所が連れ去りは不法ではなかったという取消不能な正式の決定を下したその子のルーマニアへの返還を命令したことに実際に当惑しているに違いない。

当職は、高貴かつ学識ある友人たち、Craighead の Hope 卿、Carswell 卿、及び Eaton-under-Heywood の Brown 卿と本質的に同じこれらの理由により、また、A が 2002 年 12 月にイギリスに連れ去られたときに、父親がハーグ条約における「監護の権利」を持っていなかったこと、その結果、その連れ去りは不法なものではなかったこと、及び条約第 12 条の下では子を返還する義務が生じないということを根拠に、この上訴を認め、訴訟手続を却下したい。この上訴に決着をつけるために言うべきことはそれがすべてである。しかし、本院への上訴において他の多くの問題が議論され、そのいくつかはコメントが必要である。

返還への抵抗

条約の全体的な目的は、自国から不法に連れ去られた子の迅速な返還を確保することである。それによって、子が正しい意味での「故郷」である場所に帰ることができるだけでなく、子が今後住むべき場所に関する議論は、自国の裁判所で自国の法令に従って、また、多くの場合、子が連れていかれた国よりもむしろ自国にあるであろう証拠に基づいて、決定を受けることができる。条約のこの目的は、子がイギリスに留まって 3 年間以上経過するまで要請を受けた国によって適用が決定されないといった場合には否定される。

条約の第 12 条は、返還の申請を行う際の遅延を考慮に入れている。申請が、不法な連れ去り若しくは留置から 1 年が経過した後に開始された場合、「子が新たな環境に適応していることが証明されない限り」、子はそれにもかかわらず、返還されることになっている。意図的に、決定が出された日ではなく申請した日を選んでいるが、これは、残された親が、権限のある当局の不手際によって苦しむべきではないということである (Pérez-Vera 教授、*op cit*、パラグラフ 108 を参照)。従って、こうした事例が完全に条約の範囲外であるという議論は成り立たない。

それにもかかわらず、第 13 条は、要請を受けた国の当局が子の返還を命ずる義務を負わない場合があることを規定している。それは以下の場合である。
(a) 監護の権利を持っていた人が、連れ去り若しくは留置の時に現実に監護の権

利を行使していなかったこと、又はそれ以前に当該連れ去り若しくは当該留置に同意していたか、その後これを黙認したこと、又は(b)「返還することによって子が身体的若しくは精神的な害を受け、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」。また、第 13 条は、司法当局又は行政当局は、「子が返還されることを拒み、かつ、その意見を考慮に入れることが適当である年齢及成熟度に達していると認める場合には」当該子の返還を拒むことができる」と規定している。

Pérez-Vera 教授が指摘しているように、返還の義務におけるこれらの制限は、条約の目的が無効にされることがない限り、限定的に適用されなければならないことは明白である (op cit、パラグラフ 34)。要請を受けた国の当局は、子にとって何が最善かについて独自の調査や評価を行う義務がない。子の状況に焦点を合わせた第 13 条 (b) の拡大適用が、遅延といった結果につながるかもしれないという特定の危険性がある。それにもかかわらず、迅速な返還が特定の子の利益に非常に反するため、返還を要求することは条約の目的にも合わないという場合もあるはずである。第 13 条の制限的な適用は、それが全く適用されるべきではないということの意味しない。

本件では、遅延が長かったことで、子のルーマニアへの返還が子を耐え難い状態に置くだろうと主張されている。「耐え難い」というのは強い言葉であるが、子に適用された場合は、「この特定の事情にいるこの特定の子が、耐えられないと予想される状況」を意味するはずである。第 13 条 (b) が明らかにしているように、この影響を受けるのは、当然、要請を受けた国からの強制的な連れ去りよりもむしろ、要請を行った国への返還である。従って、イギリスの裁判所は、子が返還された時の子の生活状態に関して申立人からの約束を引き出し、またいったん子が要請を行った国に帰ったら、その国の裁判所による子の保護を信頼することによって、子を耐え難い状態に置くことを避けようとした。多くの場合はこれで十分だろう。しかしこの場合も、通常は危険を避けるにはこれで十分だからといって、どんな場合もそうであるということの意味しない。EU 内でのハーグ条約の適用事例では、Brussels II Revised Regulation (Council Regulation (EC) No 2201/2003)の第 11 条 4 項で、裁判所は、「子の返還後に、当該子の保護を確保するための適切な措置がなされることを定める場合」、第 13 条 (b) を根拠にして子の返還を拒否することができない、と明確に規定されている。従って、それらの措置が、子の保護の確保に効果的であることが示されなければならない。最善を尽くしても、いつも最善の結果となるとは限らない。国際的な子の奪取の有害な影響から子らを確実に保護するため

に策定された法令そのものが、有害な手段に変えられるなどということは誰も意図しなかったことであつた。

このような文脈においては、子の返還の確保におけるこの長期の遅延は、事実関係の調査を全くしない子の迅速な返還が、子が耐えるべきだと期待すべきではない状況に子を置くことになるかどうかを決める 1 つの要素になるはずである。子は、時間の経過に責任がない。しかし、時間の経過は、A がルーマニアに戻ることを強硬に拒否する状況をもたらした。経験豊富な CAF/CASS 職員が報告したように、こうした意見は「間違いなく子自身のもの」である。それは、現在 A の代理人を務める経験豊富なソリシタによって確認されている。A は、単に第 12 条に定める意味でイギリスに適応しているということではない。A は、人生の半分近くをイギリスで過ごしており、ルーマニアで暮らした時の記憶は全くない。父親は、ルーマニアでの A の生活に関して、一定の約束を提示している一方で、現在 A の故郷と見なしている国への A の返還に反対するつもりであり、ルーマニアに返還された場合は、A は、何年ではなくても何カ月かの間、両親の間の更なる訴訟に直面することは、かなり明白である。

A の状況は、最初の保護者が他国への移住を希望している子の状況には当たらない。それらのケースでは、言うまでもなく、親が移住を希望しているだけでなく、親がそうするための妥当で実際的な計画を立てている。移住が認められた場合は、子を両親間の更なる訴訟にさらすことはないだろう。本件のような場合、これらの特徴が完全に欠落している。もっとも、幸いなことに本件は、母親が、子の返還を命じられても自分は戻るつもりはないと述べているケースではない。

この上訴における決定には疑義が出されていないため、本院は、下級の裁判所が、13 条 (b) の争点に対する各裁判所による評価において、この審理に十分な重きを置いたかどうかに関して意見を述べる必要はない。各裁判所がそれを十分に意識していたことは確かである。しかし、本院に送られてきた議論を踏まえて、更に 2 つの見解を述べなければならない。第 13 条に関わる事例では、争点を次の 2 つに分けるのが一般的である。1 つは、そこで提示されるいわゆる「抗弁」の 1 つは、事実に基づいてなされているか。2 つ目は、もしそうだとするならば、裁判所は、子の迅速な返還を命令しないという裁量権を行使すべきだろうか。他方当事者の同意若しくは黙認、又は子自身の拒否にもかかわらず、子が返還されるべき事情を想定することは可能である。しかし、私の高貴かつ学識ある友人、Eaton-under-Heywood の Brown 卿が議論の中で指摘した

ように、子を返還することによって子が身体的若しくは精神的な害を受け、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、と結論付けた裁判所が、それにもかかわらず、子を返還してその運命に直面させようとすることは考えられない。

次に、条約の方針が、当然のことながら、第 13 条の「抗弁」が制限的に適用される理由である。しかし、その方針は、それらの抗弁のどれかが個々のケースの事実に基づいてなされているかどうかとは関係がない。また奪取者の行為に対する裁判所の道徳的な観点も関係しない。定義上、奪取者が、他方当事者の監護の権利を不法に侵害する行為を行わない限り、第 13 条を適用できない。更なる道徳的非難は不要であって、かつ余計である。裁判所は、奪取者の行為の道徳的な評価を可能にするいかなる証拠についても審理したことはない。奪取者は法的には常に間違っただろう。また、道徳的にも間違っただろう。しかし、特に、奪取者が自国での暴力、虐待又は抑圧から逃げてきたときは、間違っているとは言えないはずである。裁判所は、判断を下す立場では全くないから、当職の意見では、そうすることは差し控えるべきである。

子自身

A が、ルーマニアへの返還を強硬に拒否したという証拠があり、これは控訴院が、調停のため A の出国を拒否した後に彼に面接した CAF/CASS 役員と、A の代理人のソリシタから提出された。しかし、本件が本院に係属するまで、A の拒否に基づく抗弁は提起されなかった。これは驚くべきことではない。手続が始まった時、A はまだ 4 歳半だった。その年齢では、A が「その意見を考慮に入れることが適当である年齢及成熟度に達している」として受け入れる裁判所はほとんどないだろう。しかし、現在 A は 8 歳を超えており、予審判事がこれらの手続を審理した時、彼は 7 歳半だった。今までに、子が紅茶に何を入れたいか尋ねたことがある親なら誰でも知っているように、子の意見を考慮に入れることと、子が望む通りにすることの間には、大きな違いがある。特にハーグ条約の事例では、事件における争点に対する子の意見の関連性は限定的なものかもしれない。しかし、現在、子の事件に関わるその子から聴取する重要性に対する理解は高まっている。裁判所の決定を受け入れなければならないのは、他でもない、当の子なのである。子から聴取する人は、子がしばしば、その世話をしている人とは全く異なる意見考え方を持っていることを理解している。彼らは、自分自身の能力で、道徳的行為者 (moral actor) であることができる。

ちょうど大人達が、それを望んでいるか否かに関係なく、裁判所が決定したことを行わなければならないように、子どもそうかもしれない。しかし、だからといって子の言うことに耳を傾けない理由にはならないのは、それが両親の意見を聴くことを拒否する理由にならないのと同じである。

Brussels II Revised Regulation (EC) No 2201/2003 は、子への聴取に関わる負担を転換することによって、これを認めている。第 11 条 2 項は次のように規定している。

「1980 年ハーグ条約第 12 条及び第 13 条の適用にあたっては、子の年齢及成熟度を考慮して不相当と思われる場合を除き、手続の間に当該子に聴取する機会を与えることを確保すること」

この規定は、厳密に言えば、EU 内の事件にのみ適用されるが（高等裁判所に上訴される申立の半分以上）、この原則は、当職の意見では、普遍的に適用可能であり、国連「児童の権利に関する条約」（United Nations Convention on the Rights of the Child）第 12 条に基づく国際的な義務と矛盾しない。この規定は、第 13 条に基づく「抗弁」が提起された場合だけでなく、裁判所が、第 12 条を適用して子の迅速な返還を命ずるよう求められたいかなる場合にも一事実上、ハーグ条約のすべての事例に一適用できる。それは、不相当に思える場合を除き、子から聴取を行うという前提を確立する。すでに表明したように、子からの聴取は、子の意見の実施と混同してはならない。

そうすると、ハーグ条約の適用事例では、これまでの手続で行われたよりもはるかに頻繁に子から聴取を行うべきだということになる。唯一の問題は、これをどうやって行ったらよいかということである。奪取した子と暮らしている親が、子の意見を裁判所に提示できると言っても説得力がないことは明らかである。子の意見が奪取した親の意見と一致している場合、裁判所は、それは実際には子自身の意見ではないと考えるか、あるいは独立した意見としての重みがほとんどないと見なすだろう。奪取した親から離して、子を裁判所に連れてくる方法もいくつかあるはずである。

これを行うには 3 つの方法が考えられる。それには、独立した CAFCASS 職員又は他の専門家の報告による、子のための全面的な法律上の代理行為から、判事との面接までが含まれる。いくつかのヨーロッパ諸国、特にドイツでは、判事が子に会うのが当然のこととされている。イギリスでは、これは、以前の

後見制度の下で実施されていたが、多くの判事よりは子とのコミュニケーションに慣れている裁判所の専門的な福祉職員の出現によって廃止された。従って、最も一般的な方法は、CAFCASS 職員との面接であるが、CAFCASS 職員は、単に子と話すことに熟練し経験豊富であるだけでなく、高等裁判所での手続の場合、ハーグ条約の事例において子の意見が関連性を持つ一定の範囲も承知している。ほとんどの場合、これで十分なはずである。それ以外で、特に子が判事に会うことを求めた場合は、判事が子から聴取する必要があるかもしれない。ほんの少数の場合に限り、全面的な法律上の代理行為が必要になるだろう。しかし、特に成人の両当事者が提示していない法律上の主張があつて、子の意見と利益が裁判所に適切に提示されそうにない場合は常に、子単独の代理行為が認められるべきである。

これまで、本院裁判所は、例外的な事情においてのみ、単独の代理行為を認めてきた。そして、最近の H (A Child) [2006] EWCA Civ 1247 事件において、当事者適格 (party status) の審査を何らかの方向で見直すというのであれば、将来は、適用の厳密さをゆるめるのではなく、むしろより厳しくするべきだという見解が控訴院で表明された。しかし、Brussels II Revised Regulation は、子の意見の聴取という問題を新たな視点から見ようとしている。今までに起こりがちであったように手続の後の段階で生じる問題よりむしろ、ヨーロッパの事例は、裁判所が当初の段階で、子への聴取を行う機会を与えるべきかどうか、またどんな方法で行うかについて対処することが求められる。その場ですぐに選択肢が調査され、適切な方向性が示されたなら、これは遅延の要因とはなり得ない。CAFCASS 職員と、代理行為が適切であるわずかな場合での子の代理人は、それが必要であれば、他の人と同じくらいすばやく行動に移すことができる。悪い影響を及ぼすのは、子の意見の提示が遅すぎて、それが奪取した親側の「最後の抵抗」と見なされた場合である。これは、手続の中で子の意見が占めるべき場所ではない。またヨーロッパの事例で採用されるべき方針が、他の事例では採用されるべきではない、という理由はない。適用が一律であればあるほどより好ましいのである。

これは、当然のことながら、本件には当てはまらはない。手続が始まった時は、A の意見を聴くことが不適當であると考えられたことは理解できる。手続が終わるはずだった 2005 年 8 月においても、状況は同じであったかもしれない。しかし、手続がさらに延長された時点で、A はすでに、聴取の機会を与えることが当然不適當だ、とは言えない年齢に達していた。その時に、聴取を行うかどうか、またどうやって行うかについて考慮すべきであった。その時点までで

あれば、A の意見を求めるか、又は A の法的な参加を認めることが、既に尋常でない遅延をさらに増大させるとはほとんど言えなかつただろう。言うまでもなく、子から聴取を行って、どちらの当事者からも提起されていない条約上の問題が生じた場合、裁判所は申立に関わりなく、それを審理せざるを得なくなるだろう。

人権

人権上の 2 つの問題が当院で議論された。1 つ目は、家族の生活に尊重するという、本件のすべての当事者に関わる第 8 条の権利である。2 番目は、母親と父親の間の問題について公正な裁判を受けることができるという第 6 条に基づく母親の権利である。一方で、ハーグ条約の事例における原告は、「勝訴の見込み及び資力に関する審査 (merits or means test)」なしに、中央当局から事件を紹介された専門弁護士サービスのサービスで強化された、自動的な法的支援を利用できる。他方、被告は、通常の「勝訴の見込み及び資力に関する審査」によって法的支援を受ける資格があるのみであり、重要な決定が下されるはずの、宣誓供述書を提出すべき初期の時点で、おそらく自分で専門のソリシタを見つけることは不可能だろう。これは、公正な裁判という概念に内在する「武器の平等 (equality of arms)」ではない、という主張がなされている。

しかしながら、本件では、一貫して母親は適切な弁護人を得てきた。2005 年 8 月 1 日に訴訟が方向を誤ったとき、もし訴訟代理人を利用できたなら結果が少しは違っていたかどうかは決して明らかではない。また、本件は、結果がどちらになるにせよ、詳しい調査が、両親のどちらかと子との家庭生活が尊重される権利への不均衡な干渉になるような事例ではない。

とはいえ、そのような議論が、ハーグ条約の事例において常に関連性がないというわけではない。条約第 20 条は、「要請を受けた国における人権及び基本的自由の保護に関する基本原則により認められないものである場合には」、加盟国が子の返還を拒む権利を確保している。第 20 条は、**Child Abduction and Custody Act 1985** に組み込まれてはいない。その段階では、イギリスの国内法に人権に関する規定は全く盛り込まれていなかった。現在は、**Human Rights Act 1998** (1998 年人権法) が、欧州代表者会議で提示された権利に、イギリスにおける法的効力を与えている。同法のセクション 6 に基づき、裁判所が公権力として、条約に基づく個人の権利と両立しない行動を取ることは不法である。このように、裁判所は、他の事例と同じく、ハーグ条約の事例において条約の

権利を実施することが義務付けられている。第 20 条は、異なる手段によって国内法に効力を与えている。

接触の権利

多くのハーグ条約の事例では、「取り残された」親は、子の日常的な世話ではなく、奪取以前に子と享受していたのと同じ種類の関係を保つことを求めている。場合によっては、子が、自国への永住を目的として返還されない限り、それは無理かもしれない。すべての国が、イギリスのように最初の保護者が他国に移住することを認めることに関して楽天的であるというわけではない。しかしながら、時には、良識ある措置によって、自国で享受していた接触を、国境を越えた接触に置き換えることもできるだろう。現在、ヨーロッパ内の旅行は非常に便利で費用が安く、また遠距離コミュニケーションのための手段が他にも多く存在しているため、多くの場合、これは現実に関わり得るはずである。そのために機械を利用できるのなら、ハーグ条約の事例の多くがこれに基づいて解決できると思われる。そのような解決は、ハーグ条約に基づく手続の結果、両当事者が敵意に凝り固まっていない限り、はるかにあり得ることだろう。

しかしながら、当面は、ハーグ条約に基づく返還の申立は、略式で（通常）迅速な方法で進められる。**Children Act 1989**（又は英国内の同等の法律）に基づく居所、保護又は監督の命令を求めるいかなる申立も、ハーグ条約に基づく手続の判断を待たなければならない：**Child Abduction and Custody Act 1985**、セクション 9 を参照。条約第 16 条に基づき、裁判所は、条約に基づいて子が返還されないことが決定されるまで、監護の権利の本案についての決定を行うことができない。しかし、これは接触及び接触の権利には適用されない。当職は、**Hunter 対 Murrow**（上記パラグラフ 42）のパラグラフ 31 において、より最近の国際的な判決記録に照らして、**Thorpe 控訴院裁判官**が、**G (A Minor) (Enforcement of Access Abroad) [1993] Fam 216** 事件及び **T and Others (Minors) (Hague Convention: Access) [1993] 2 FLR 617** 事件における決定を再考する可能性を詳細に調査したことに気付いた。第 21 条に基づく接触の権利のイギリスでの促進が、第 12 条に基づく子の返還と同時に考慮されるような手続を考え出すことは、人知を超えるものではないだろう。

結論

英国は、奪取された子をその自国に迅速に返還した記録を誇りに思っても当

然と言えるだろう。**Brussels II Revised Regulation** は、ヨーロッパ中で条約に基づく申立を推進するために策定された—しかし英国では、条約の原則を適用するために力を入れて奨励する必要は全くなかった。既に実施されていたからである。しかしながら、条約はもう一方の親の同意なくイギリスに連れて来られた全ての子の返還は要求しない。返還を求めない事例も、数においてはわずかであるが、いくつか存在する。本件が、その 1 つであることは明らかであった：イギリスへの子の連れ去りは不法ではなかった。当職は、この上訴を認め、手続を却下したい。

CARSWELL 卿

貴族院議員の皆様

当職は、高貴かつ学識ある友人、**Richmond** の **Hale** 女男爵が準備した意見の草稿を読ませてもらった。レディー**Hale** の第 15 条の問題に関する判決理由説明と、当職が付け加えたいと望む非常に限定的なコメントを理由として、当職もまた上訴を認めたいと思う。

Johnson 判事は、自分が解決できない対立する観点を含む、ルーマニア法の内容に関する専門家の意見に対処しなければならないとわかった時点で、ルーマニアの裁判所から「決定又は判断」を得るために第 15 条に基づく手続を援用した。当職の高貴で学識がある友人、**Craighead** の **Hope** 卿が、その意見のパラグラフ 6 で述べているように、ごく最小限でも継続的にこの手続を用いるには、高度の注意を払うべきである。その理由は、不可避的に遅延が伴うためと、ハーグ条約に基づく迅速で比較的略式の手続と見なされるものの有用性を損なう傾向があるからである。この手続に頼ることになると—本件ではかなり理に適っていることは疑いがないが—要請を受けた国の裁判所がその判断にどう対処すべきかという問題が起こる。

返還の要請を受けた国が、子の常居所地国の当局から「連れ去り又は留置が第三条に規定する不法なものであるとの決定その他の判断」を求めることができるという第 15 条の規定は、その判断が、それを求めた国の裁判所に対して拘束力があるという含意を伝えるものになっている。しかし、外国の裁判所又は政府機関が、連れ去りの不法性について、条約の規定の下では支持できないものの、標準的と見なす必要がある判断を下した場合、おそらくこの解釈では困った事態が生じるだろう。この理由から、外国裁判所によってなされた判断は、その国における親の権利及び要請を受けた国の裁判所が、その問題につい

て決定するある程度の権利を留保するか否かに関係なく、問題に対して最終的に拘束力のあるものとして扱われることはない。イングランド法における統合は、実際には、例えば典型的な例として、親の権利の内容についての外国裁判所の判断に拘束力があると見なすものの、それらの権利が自律的な条約の意味において監護の権利に該当するかどうかについて、必ずしもすべての結論を決定的なものとして受け入れるわけではないとした、**Hunter 対 Murrow (Abduction: Rights of Custody) [2005] EWCA Civ 976; [2005] 2 FLR 1119** において見出すことができる。当職は、要請を受けた国の裁判所が、後者の問題について独自の決定に達することができるのが望ましいと考えており、裁判所がその確保を望むということは、条約の適切な解釈と矛盾しない。しかしながら、当職は、レディー**Hale** がその意見のパラグラフ 44 で明らかにした、それらの裁判所は、外国の裁判所又は行政当局が表明した監護の権利の存在に関する結論を急いで拒否するべきではない、という見解に同意する。そこで指摘されているように、外国の裁判所は、条約の観点から自国の法令の本当の意味と効力を理解する上で、要請を受けた国の裁判所よりはるかに有利な立場に置かれている。この理由から、通常、外国の裁判所によって設定された親の権利の適用から導かれる結論及び監護の権利といった概念についての条約の自律的な意味と、明らかに矛盾しない限り、外国の裁判所の判断を普通に受け入れるべきである。

ブカレスト控訴裁判所の第三民事部 (**Third Civil Section**) は、本件の被上訴人である父親の権利の内容について慎重かつ詳細な決定を下した。同民事部は、監護権を与えられなかった親のみが、(子が連れ去られた時点の法令に基づき)子を訪問し、その養育、教育、及び職業訓練を監視する権利を得るが、そのいずれの権利によっても、父親が子に関する決定を行う権限は付与されないことから、父親には子の居所又はその変更を決定する権限はないことを明確に主張した。その結果、第三民事部は、父親には監護の権利がなかったから子の連れ去りは不法ではなかったという控訴裁判所の第四民事部 (**Fourth Civil Section**) の決定を支持した。父親に帰属する「権利の束」についての明確な説明を前提として、当職の意見では、イギリスの裁判所は、決定的ではないが、大きな重要性を持っていたはずの、ルーマニアの裁判所によって表明された監護の権利についての判断を考慮する方向へ向かうべきであった。判断だけではなく、ルーマニアの裁判所の判決で出された父親の権利の内容に関する表明に対して異議を唱えた、**Mihai** 博士からの更なる鑑定書の提出を父親に認めたことは事実上間違いであった。イギリスの裁判所は、後になって得た鑑定書なしに、判決の内容自体を審理するべきだった。もしそうしていたなら、自らにとって有利な推定を適用することなく、ルーマニアの裁判所と同じ結論に達することがで

きたはずである。

従って当職は、被上訴人（父親）が、ハーグ条約に定める意味での監護の権利を留保しておらず、また子はルーマニアからの不法に連れ去られたのではないと考える。Hogg 判事及び控訴院による結論は誤りであり、この理由により上訴を認めるべきである。

レディーHale と Hope 卿は、接触の権利、つまり子の居所を決定する権利と国からの子の連れ去りに異議を唱える権利の効力についてある程度詳細に検討した。両者は、Croll 対 Croll 229 F 3d 113 (2d Cir 2000)のような判例に見られる権限系統と、イギリス及びスコットランドにおいて一般的な決定の間の意見の対立を強調した。両者とも、子の国外への移動に対する禁止条項が監護の権利を与えるという結論を支持している。当職は、両者がその結論を支持する理由の説得力を評価するが、貴族院に上訴される事件での決定に直接直面するまでは、問題に関する当職の意見は差し控えたいと思う。

家事部（Family Division）及び控訴院の判事もまた、条約第 13 条に基づいて進められた母親の訴訟を却下した。監護の権利について貴族院が達した結論を考慮すると、本院が第 13 条に基づく事件を審理する必要はないが、当職は、そのような問題についての 2 つの下級裁判所による一致した事実認定を覆すには時間をかけるべきであると考え。Hogg 判事は、第 13 条 (b) にあるような「耐え難い状況」の下で妥当な決定を下し、控訴院はそれを支持した。その決定が明らかに間違っていなければ——そして、当職は、子がルーマニアに返還された場合に置かれる立場に少なからぬ同情を覚えるものの、決定をそのように見なすことはできなかった——貴族院がそれを覆すことは正当化されないだろう。また、それによって、子の代理行為を認めることを拒否する決定が容易に覆されるべきでもないだろう。当職は、本件の場合、子は手続が開始された時に比べればはるかに成熟しているものの、子にありがちな思い違いと、そうした子が自分にとって最善の利益だと考える洞察力の限界を心に留めて、7 歳の子が述べる意見を重視するという決定を下す際にはある程度の注意を払うことが必要である、とだけ言っておきたい。しかしながら裁判所は、レディー Hale がその意見のパラグラフ 57～62 で提示した、子の意見の聴取を支持する要素を慎重に考慮した方がよいだろう。

以上に理由により、当職は、上訴を許可し、父親が子のルーマニアへの返還を申し立てた手続開始申立書を却下したい。

EATON-UNDER-HEYWOOD の BROWN 卿

貴族院議員の皆様

これは異常な事例である。言われているように、ルーマニアへの子の迅速な返還を求める判事の命令が出されるまでに経過した時間の長さ（ハーグ条約に基づく手続の開始後 3 年以上）において類がない。また、英国の裁判所が、結局は第 3 条に定める意味での子の不法な連れ去りではなかったという外国裁判所の第 15 条に基づく判断を拒否した唯一のケースであるという意味でも類がない。当職はただ、高貴かつ学識ある友人 **Richmond** の **Hale** 女男爵のスピーチにあった法及び事実についての詳細な議論を感謝して借用しつつ、事件に関する第 15 条の解釈に自身の短い意見を付け加えたいと思う。

便宜のため、第 15 条自体を再び以下に引用する。

「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に規定する不法なものであるとの決定その他の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その他の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、申請者が当該決定その他の判断を得ることができる限り援助する」

イギリスの裁判所が、以下の **Child Abduction and Custody Act 1985** のセクション 8 に基づいて、イギリスから連れ去られた又は外国で留置された子に関して第 15 条に基づく判断を下すことができることに注意しよう。

「高等裁判所又はスコットランド民事控訴院は、条約第 15 条の目的において、当該事項に利害関係を有して裁判所に出廷した人が行った申立てに関して、英国からの子の連れ去り又は外国での留置が、条約第 3 条に定める意味での不法行為であると宣言することができる」

実際には、これまでにイギリスの裁判所から、第 15 条に基づく判断が求められたことはないと言われているが、時には完全にセクション 8 に基づきつつ、あたかも第 15 条に基づく申請に従うかのように意図的に宣言を行っていると思えることがある。H (Child Abduction) (Unmarried father: rights of custody) [2003]

EWHC 492 (Fam) [2003] 2 FLR 153 事件において、Holman 判事がそのような宣言に対する一方的な申立を認めたことはその一例である。

「第 15 条を単独で読むと、一見して、当該条項に基づく決定その他の判断のための引き金は、締約国の司法当局又は行政当局からの要請でなければならないことを意味しているようである。しかし、ここ数年の間にイギリスでは、控訴院の権威によって、この父親のような立場にいる人は、他の締約国の司法当局又は行政当局からの正式な要請を待ったり求めたりする必要はないこと、またハーグ条約第 15 条及び Child Abduction and Custody Act 1985 のセクション 8 のより広範な規定を合わせることで、当裁判所が、他の締約国における何らかの手續又は他の締約国からの何らかの要請の前であってもそのような宣言を行うことが想定されかつ権限が与えられるということが確立された。

しかしながら、当職は、この種の通知なしの申立に基づいて、また裁判所が申立人によって提起された主張に対抗する主張を審理したことがない状況で宣言を行うことは、裁判所にとって強い影響があることを強調しなければならない。当職の意見では、裁判所が、実際に議論の余地がないほど事情が明らかであることに納得している場合にのみ、この種の通知なしの宣言を行うべきである」 (p156)

当職の意見では、そのような宣言を適切に行うことを仮定すると（決定することなく）、第 15 条そのものに基づく判断（すなわち、外国の要請に応じて下した判断）と比べて影響力が低くなるのは明らかである。第 15 条そのものに基づく判断が、完全に当事者間の議論に従って下されてきたことはほぼ確かだろう。おそらく、そのような判断は、本院と同じように、上訴されて確定し、両当事者を拘束するようになるだろう。この手續に必然的にかなりの時間を取られる（その結果、本質的に略式であることを目指しているはずの手續が遅れる）というまさにその理由から、おそらく判断が求められるのは、何よりも、批判的な質疑に答える他の方法が満足なものには見えないからであろう。争点は、第一に、取り残された親の自国の法令に基づくその親の権利とは何であるか、そして第二に、それらの権利は、条約第 5 条に定める意味での「監護の権利」に当たるのか、ということである。これらの争点—特に一番目の争点—に答えるための他の可能な方法は、第 8 条 (f) に基づく子の返還の申請の開始において添付するかそれを補足するような証明書若しくは宣誓供述書、又は、通常は鑑定人によって提示される、第 14 条に基づく外国法（関係する司法上又

は行政上の決定を含む)に関する証拠によるものである。それは単に、本院の判事が、ルーマニア法に基づいて、対立する鑑定人との間の意見の不一致を解消できないと感じ、また、「[子の連れ去り]がハーグ条約の解釈上、条約に基づく父親の監護の権利に違反するかどうかに関する正式の決定」の必要性が「ますます明白になっている」と感じたからであり、そのため、父親に第 15 条に基づく判断を得るよう求めたが、結局、最終的に判断が伝えられたのは 2 年後の 2005 年 6 月 9 日であった。

このような状況で、第 15 条に基づく判断を要請する裁判所が、その後、それを絶対に受け入れないというのは、ほとんど信じられないことに思える。そこには、外国の訴訟手続における自然的正義の諸規則 (rules of natural justice) の目に余る侵害や、条約の「監護の権利」という用語の自律的な意味に関する明らかな不当説示のような、拒否するべきやむを得ない理由がなければならないことは確かだろう。しかし本件では、その種の理由はない。それどころか、判事—Johnson 判事 (判断を求めた) でも Hogg 判事 (後に子のルーマニアへの返還を命じた) でもない—は 2005 年 8 月 1 日に、父親の要求にのみ従って、両当事者がルーマニア法の専門家一人を共同で指示し、ルーマニアの控訴裁判所が自らが扱ったのと正に同じ問題を扱うよう命じた。この決定は、そのちょうど 3 日前の 2005 年 7 月 28 日に言い渡された、Hunter 対 Murrow (Abduction: Rights of Custody) [2005] EWCA Civ 976 [2005] 2 FLR 1119 における控訴院の判決を参照して説明するものでなければ、当職には理解しがたく思える。

レディーHale は、その意見のパラグラフ 42 において、Hunter 対 Murrow の要旨を示し、パラグラフ 43 において、控訴院が、なぜ当然のことながら、この事件の特定の事情において、ニュージーランドの裁判所による第 15 条に基づく判断を拒否できると感じたのかという理由を説明した。しかしながら、Hunter 対 Murrow に関して当職が気になったこと (そしておそらく本件において判事の判断を誤らせたと思われること) は、第 15 条に基づく宣言をどれだけ重視するかについての控訴院の見解であると、当職が理解しているものである。それは、Dyson 控訴院裁判官の判決のパラグラフ 53-55 からわかるように、外国の判決に与えることが求められる礼譲などの敬意にすぎず、これは、同じように控訴院が経験豊富な第一審判事による判決に与える敬意以上のものではない。

当職は、明らかに誤った論拠に基づくように思えるこの方針とは大きく見解を異にする。それは何よりも、J (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1990] 2

AC 562 事件における控訴院及び本院による 2 つの判決に依拠しているが、これはレディーHale が指摘しているように、第 15 条の事例では全くなかった。J 事件はむしろ、当職が上のパラグラフ 79 で言及した Holman 判事による H 事件に似ており、このケースでは、子のイギリスへの連れ去りに続く父親の一方的な申立について、第 15 条に基づく判断を要請することなく、判事は連れ去りが不法なものと宣言した。なぜ Lymington の Donaldson 記録長官が、控訴院における唯一の妥当な判決の中で、とにかく第 15 条（第 14 条と類似性のない条項として）に言及したのかは全く不明である。確かに、Oakbrook の Brandon 卿は、本院における唯一の妥当な演説の中で、それについて言及しなかった。J 事件は、当職の意見では、第 15 条に基づくある判断を敬意にのみ値するものとして扱うためのどんな権威も提供しない。繰り返しになるが、私見では、そのような判断が求められると予想されるまれな場合において、判断は、最終的にその対象となる大きな 2 つの争点—「連れ去り若しくは返還が、条約の第 3 条に定める意味で不法なものであったか否か」に関してほぼ常に決定的なものとして扱われるべきである。本件においてそれが当てはまることは確かであった。

当職は、Craighead の Hope 卿及びレディーHale によってこの中心的な争点に与えられた理由と実質的に異なってはいないと考える上の理由から—すべての争点に関する両者の意見に対して当職は敬意をもって同意しているが—上訴を許可したい。