

---

<http://www.incadat.com/> ref.: HC/E/USf 313

[20/09/2000; United States Court of Appeals for the Second Circuit; Appellate Court]

Croll v. Croll, 229 F.3d 133 (2d Cir. September 20, 2000)

---

第二巡回区連邦控訴裁判所

2000年9月20日

判事：Jacobs、Sotomayor、Michael（脚注\*）

S.Croll（申立人／被上訴人）対 M.Croll（被申立人／上訴人）

代理人：

申立人：ニューヨーク州ニューヨーク市の Robert E.Arenstein 氏

被申立人：ニューヨーク州ニューヨーク市の Lea Haber Kuck 氏

ニューヨーク南部連邦地方裁判所の最終判決（Sidney H. Stein 判事）では、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する（1980年ハーグ）条約に基づき、未成年の子の香港への返還を求める被上訴人による申立ての棄却を求める上訴人の申立てを却下し、当該子の返還命令を求める被上訴人の申立てを認容した。すなわち、申立てが破棄され、差し戻された。本件は、本判決に対する控訴である。

Jacobs 判事：申立人であり被上訴人である S.C（以下 C 氏）は、彼の妻である M.C.（以下 C 夫人）に対し、国際的な子の奪取救済法（ICARA）、42 U.S.C.（米国連邦法規類集）11601 以下（1995年）により実施された、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する（1980年ハーグ）条約（1980年10月25日施行：文書番号 T.I.A.S.No.11670, 1343 U.N.T.S. 89：1986年 51 Fed. Reg. 10,494 再掲）（以下「ハーグ条約」又は「条約」）に基づき、その未成年の子（以下 C）を香港に返還する強制命令の発出を求めている。香港で発せられた監護命令は、a) 母親に C の単独の「監護、世話、管理」を授与し、b) 父親に、「接触の権利」を授与し、c) もう一方の親もしくは、裁判所の同意なしに、香港からの子の連れ去りを禁じている。ニューヨーク南部連邦地方裁判所（Stein 判事）は、C 夫人は、ハ

ーグ条約に反して、香港から子Cを不法に連れ去ったと認定し、一定の条件にしたがって、C氏の返還命令に関する申立てを認定した(Croll 対 Croll 事件, 66F. Supp.2d 554, 562-63 (S.D.N.Y. 1999)参照)。

接触の権利は、離国禁止命令と組み合わされた時でさえ、ハーグ条約の意味における監護の権利を構成しないと判決する。なぜなら、連邦裁判所は、子が、申立てをしている親の監護権を侵害して連れ去られた場合のみ、子の常居所への子の返還を命じることによって、ハーグ条約を施行する司法権を持つので、本件において、地方裁判所には、返還命令をする司法権はなかった。

## 背景

### A. 事実

夫 S.とその妻 M.C.は、両者ともに米国市民であり、1982年に香港で結婚した。彼らの娘、Cは、1990年に香港で生まれ、1998年に両親が別居するまで、両親とともに暮らした。別居した夫婦が香港にいた間、Cは、母親と一緒に暮らし、定期的に父親がCを訪問した。

1998年のある時点で、C氏は、香港特別行政区の地方裁判所で、婚姻訴訟の離婚訴訟を始めた。香港裁判所によって発せられた監護権—本件に適用されうる唯一の監護権—は、C夫人に、単独のCの「監護、世話および管理」を認め、C氏に「合理的な接触」の権利を認めている。Croll 対 Chiu, 1998, No.7211, Order at 1 (香港特別行政区地方裁判所 1999年2月23日) 監護命令 (C夫人の監護およびC氏の接触)のもとでの当事者の権利を援助するため、別の条項は、裁判所の許可もしくは、もう一方の親の同意なしに、Cは「18歳に達するまで、香港から連れ去られない」と命じている。C氏は、この離国禁止令状(欄外に全文述べられている[脚注1])は、香港以外のいかなる居住地に対しても拒否権を与えるものであり、彼にハーグ条約の意味における監護権を与えると論争している。

C夫人は、1999年4月2日にニューヨークにCを連れて行った。(彼女が言うには)Cがニューヨーク市の学校を訪問し、2,3週間学校に登校し、それから、夏には香港に帰国するつもりであった。しかし、(C夫人が認めているのだが)「心の中では」彼女は、永久的に米国にとどまるつもりであった。1999年4月8日に、C夫人は、ニューヨーク郡の家庭裁判所に、監護、子の支援、保護命令を要求して、訴訟を起こした。それらの訴訟は、この連邦の施行の結果までとどめおかれた。

C氏が1999年4月7日に、業務出張から香港に帰ったとき、C夫人がCとともに、米国に出発したことを知った。1999年4月22日、C氏は、香港で警察に行方不明者捜索願を提出した。そして、1999年、5月14日、彼は、ハーグ条約にしたがって、Cの香港への返還を求め、ニューヨーク南部地方にこの申立てを提出した。

## B. 先行訴訟

C夫妻は、Cが生後から1999年にニューヨークに到着するまで、香港に住んでいて、ハーグ条約第3条の意味において、香港に「常居所を有していた」ことについては、論争していない。それに加え、申立てをしている親の返還の権利について、ハーグ条約が認めている例外がここで適用される訴えを主張していない。よって、本件においての問題は、Cが香港から連れ去られた時、C氏が「監護権」—ハーグ条約における意味において—を所持し、積極的に行使したかどうかである。

C夫人は、C氏は、Cの「監護権」を主張することができなかった。そのため、a)裁判所は、事物管轄権がなくなり、そして、b)訴状に救済が認容されうる主張を述べることができなかったという理由で、訴状を棄却する目的で、南部地区に訴訟を提起した。裁判所は、棄却の申立てをし、C氏の訴状を認めた。そして、Cは香港に戻されるべきであると命じた。裁判所は、1999年2月23日付の香港命令は、Cは、裁判所の許可もしくは、両親の同意なく、18歳の誕生日まえに、香港から連れ去られないであろうと規定している、と判断した。したがって（中略）C氏は被申立人とともに、Cの居住地を決定する権利を持ち、ハーグ条約における意味での監護権に相当する権利を持った。Cの香港—彼女の常居所—からの連れ去りは、彼女の父親の監護権を侵害していたし、したがって、ハーグ条約にしたがい、不法であった（C.,66 F. Supp. 2d 事件 559 頁参照）。

裁判所は、この裁判所への急がれた訴えの間、C夫人の、子の返還命令をとどめる申立てを認容した（Croll 対 Croll 事件, No.99-3566 (S.D.N.Y. 1999年10月29日)を参照）。

## 審議

この訴状の論点において、ハーグ条約で認められた二つの権利が明確にされる。

つまり、監護権と接触の権利である。もし、C氏に監護権があれば、合衆国裁判所は、地方裁判所がしたように、Cを香港に返還する命令を出す司法権を持ち、そうする義務がある。しかし、もし、C氏により少ない接触の権利しかなければ、司法権が及ばず、C氏は他の救済に頼らなければならない。ハーグ条約の適切な解釈は、我々が、覆審を行う法の論点である（Klos 対 Polskie Linie Lotnicze 事件, 133 F.3d 164, 167(2d Cir. 1997)参照）。

「法令を解釈するときのように、条約を解釈する時には、我々は、その用語に注目し、その意味を決定する。」（合衆国対 Alvarez-Machain 事件, 504 U.S. 655, 663 (1992)、(引用 Air France 対 Saks 事件, 470 U.S. 392, 397 (1985)、Valentine 対合衆国事件 ex rel. Neidecker., 299 U.S. 5, 11(1936)、Kahn Lucas Lancaster, Inc.対 Lark Int'l Ltd.事件, 186 F.3d 210, 215(2d Cir.1999))。 (「条約は、法令と全く同様に解釈される。」) (引用 Alvarez-Machain, 504 U.S. 663)。条約の本文は、「その文脈のなかで、その対象と目的に照らし、条約の用語に与えられた通常の意味にしたがって」解釈されなければならない(条約の法に関するウィーン条約 1969年5月23日施行。第31.1条。1155 U.N.T.S.331 (強調は加筆))。本文が—その構造と目的の文脈で—あいまいである場合、条約批准の歴史とその後の運用のような解釈の異質な方法に頼ることもある(米国住友商事株式会社対 Avagliano 事件, 457 U.S.176, 180 (1982)参照。「条約の言語の明白な意味は、もし、条約の言葉の適用が、その明らかな意味にしたがって、条約国の意図や期待に一致しない結果をもたらすのでなければ、統制する。」) (中の引用符と引用は省略されている。)(Chan 対 Korean Air Lines 事件, Ltd., 490 U.S.122, 134 n.5 (1989)参照。「たとえば、本文が明白でなくとも、そのもっとも自然な解釈が、明白な作成履歴によってのみ、適切に否定されうる」)。

我々が言える限りにおいて、本件では、我々と地方裁判所が、離国禁止令状と組み合わさった接触の権利が、ハーグ条約の意味においての、監護権のない親に、「監護権」を与えるのかどうかを判断するための、米国においての唯一の裁判所である。よって、我々は、ゼロから始め、(A) ハーグ条約の目的と意図、(B) その言語、(C) 起草者たちの意図、(D) ほかの締約国での事件法 を考慮する。

#### A. ハーグ条約の目的と構成

米国と香港は、ハーグ条約の締約国であり、[脚注 2]「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」取組みとして、同条約が採用された（ハーグ条約、前文、51 Fed. Reg. at 10,498 参照）。ハーグ条約は、子供の「常居所」を有する国が、監護と接触の問題について決定するための一番よい場所であるという原則に基づいている（Elisa Perez-Vera 説明報告：国際私法に関するハーグ会議、第 14 回会期の文書と 3 法令において。（子の奪取）426, 434-35, 34(1980)（「Perez-Vera Report」）[脚注 3]）。

監護権の判決にとって、より恵まれた裁判所を確保するため、「両親が国境を越えるのを保留し、現状を維持する」(Blondin 対 Dubois 事件, 189 F.3d 240, 246 (2d Cir. 1999) (中の引用符は省略されている)) ために、ハーグ条約は、「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」子らの返還を規定する（ハーグ条約、第 1 条、51 Fed. Reg. at 10,498）。連れ去りもしくは、留置は以下において、「不法」と判断される。

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。（条約第 3 条、51 Fed. Reg. at 10,498）（強調は加筆）

監護権は、「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。」（同条約第 3 条）

そのように、返還命令は、不法な連れ去りや留置のためだけの救済法として、活用できる。そして、連れ去りや留置は、それらが「監護権の侵害」においてのみ、不法である。ハーグ条約は、監護権を「子の監護に関する権利、特に、子の居所を決定する権利」と定義する（条約第 5 条、51 Fed. Reg. at 10,498）。監護権は、ハーグ条約において、「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」と定義される接触の権利とは、区別される（同第 5 条）。ハーグ条約は、接触の権利を侵害して子が常居所から連れ去られた場合の、返還請求権

を規定する。しかし、それらの救済には、常居所への返還命令は、含まれない（条約第 21 条, 51 Fed. Reg. at 10,500 参照）。接触の権利の侵害を立証するために、ハーグ条約は、締約国に、「接触の権利の平和的享受を推進するため」、そして、「接触の権利の行使に対するあらゆる障害を可能な限り除去するための措置をとる」ため、複数の救済措置（返還に至らない）を取ることを承認している（同第 21 条）。そのような救済の一つが、子を常居所から連れ去った監護権を持つ親は接触の権利をもつが、監護権を持たない親に定期的な訪問を許可し、その費用を払うことを命じる命令書である（同条約第 26 条, 51 Fed. Reg. at 10,500 参照）。（Viragh 対 Foldes 事件, 612 N.E.2d 241, 246-50（マサチューセッツ州 1993 年：子を米国に連れ去った監護権を持つ親に、ハンガリー接触法令履行不能で、訪問の旅費を支払うよう命じている。））ハーグ条約は、申立人に監護権がなければ、裁判所は、返還を命じる権利はないと明言している。

米国では、ハーグ条約のもとで、不法な連れ去りを主張する申立人は、返還命令の訴状を連邦地方裁判所もしくは、どの州の裁判所にでも提出してよい（42 U.S.C. §11603(a),(b).参照）。裁判所は、子の連れ去りは、ハーグ条約のもと、「不法」であったかどうか、すなわち、連れ去りは、申立人によって保持された「監護権を侵害して」いたかどうかを決定する権利のみ持つ（同. §11603(e)(1)(A)参照）。申立人は、証拠の優位によって、「不法な連れ去り」を証明する責任を負う（同. §11603(e)(1) 参照）。もし、申立人が、子が不法に連れ去られたことを示せば、裁判所は、被申立人が 4 つのかろうじて例外のひとつが適用されると論証しなければ、常居所の国への子の返還を命じなければならない。同§11601(a)(4) 参照。；Blondin, 189 F. 3d at 245-46（列挙された例外を審議している。）裁判所は、根底にある監護権の論争のメリットを考慮することを許されていない（同上. §11601(b)(4)参照）。

## B. ハーグ条約の文言

我々は辞書を開いて、「監護」の意味、通常の意味をみつける（Chan, 490 U.S. at 128 参照）。（ワルシャワ条約のもとでの「不規則性」を解釈するために、まず、Webster's Second New International Dictionary を見る。）辞書は、監護は、世話を課し、いかなる場合でも、監護は、否定的な権利、拒否権以上の、ほかの何かであるという直感を確かめるという考えを支持している。

Black's Law Dictionary は、監護を一般的に、「検察、維持、安全のため、物、あるいは、人の監護もしくは管理」と、親の監護を「裁判所によって与えられた

子の監護、管理、保護」とし、単独の監護を、「一人の親が、もう一方を除外して、すべての管理と責任を持つ取り決め」とし、共同（もしくは分担された）監護を、「両方の親がいつでも、子に対する責任と権利を分担する取り決め」と定義している（**Black's Law Dictionary 390**（第7版、1999年））。例えば、**Joyner 対 Dumpson, 712 F2d. 770, 778(2d Cir. 1983)**参照。（「法的監護は、子の日常の必要性—食事を与え、衣服を着せ、住まいを与え、床に就かせ、学校に送り、子が顔を洗ったか、歯を磨いたかを見る—のために供給する監護権を持つ個人（普通は、親）の権利と義務に関連している。」（**Smith 対 Organization of Foster Families for Equality & Reform 事件, 431 U.S. 816, 827 n. 17(1977)**）を引用。（中の引用符は省略）

**Webster** の第3版は、監護を「後見と保護...擁護、世話、維持、教育」と定義する（**Webster's Third New International Dictionary Unabridged 597 (1986)**）。**Random House Dictionary** は、監護を「維持すること。保護すること。監護。父親の監護で。」と定義する（**Random House Dictionary of the English Language 357**（第2版、1987年）（原本で強調））。

これらの定義を一緒にすると、子の監護は、生計、住まい、衣服、道徳、精神的指導、医療、教育などを選択し、与える根本の義務と能力を課す、あるいは、これらのものを与える（取り消しできる）他の人々か施設を選択を課す。意を唱える意見は、これを「監護権の伝統的アメリカ的概念」のみを反映している「狭義の定義」と特徴づける。なぜなら、それは、アメリカの辞書的情報源から引き出されているからである（[4]で提示）。しかし、この定義は、アメリカの子育ての独特な慣習をなにも反映していない。それには、制限のない「など」を含んでいるし、反対意見には、離国禁止命令書の半信半疑な追加を除いて欠けている監護の特徴は見出せない。

ハーグ条約の中には、起草者たちが、この通常監護の理解以外の何かを意図していたと示唆するものは何もない。ハーグ条約の第5条は、「監護権」は、一般的に、「子の監護に関する権利」と定義する（ハーグ条約、第5条、**51 Fed. Reg. at 10,498**）（強調は加筆）。複数の「権利」は、監護権を持つ、一人かそれ以上の個人によって行使される一連の権利を指し、離国禁止命令によって与えられる拒否権のような単独の権限を持つことによって、個人が監護権を持つことができる（本件において地方裁判所の意見には、批判的である）という考えに、ある種緊張がある。

C氏は、ハーグ条約の定義的言い回しである、「子の監護に関する権利」、は続いてすぐに、「特に、子の居所を決定する権利」を例として提供していると強調する（ハーグ条約、第5条、51 Fed. Reg. at 10,498）。C氏は、離国命令書は、さもなければ監護権のない親に「子の居所を決定する権利」に相当する権限を与え、それゆえ、ハーグ条約の返還救済によって保護される「監護権」を創出する、と理論づける。

我々はこれに同意しない。「居所」を決定する権利は、監護権のひとつの適切な例である。なぜなら、それは、子がどこに住むかを決定する親は、監護や管理を実行する親であり、したがって、監護権を持っているということを示しているからである。子の本国や地域を選ぶ権限によって、子の「居所」を指定する監護権について考えるのは、有用でないし、不十分である。そのような権限は、監護権と接触の権利を同様に保護するが、誰が監護権を持つかについての手がかりとはならない。すべての屋根は、ある国、地域、もしくは、司法権に通ず。子は、周りの文化やある特別な国の体制によって、深遠に影響されうるが、監護と教育に関する親の統制を示す例として「居所」は、必然的に、もっと詳細な選択を課す。監護する親は、ある国や地域を選択することによって、子の「居所」を決定する責任から逃れることはできない。さまざまなことを考慮したうえで、監護する親は、子のある都市、郊外、一地方に住ませなければならない。つまり、ある住所地に、その子のための住まい、家庭、あるいは、寄宿学校、花嫁学校、陸軍士官学校、施設に住ませなければならない。これらの選択は、子の居所を定める監護権を行使する親にとって、避けることはできない。

「居所」の例の文言は、第5条の我々の解釈を支持する。詳細に述べられた権利は、子の居所を「決定する権利」であり、それにより、親の個人的な判断の問題として、随意に、居所の住所を選択したり、変えたりする実行的権限を意味している（Webster 第3版 617参照）。（「決定する」とは、「選択可能ななかから、選択することによって、決定し、解決すること。何かの結末や行程の方向性をきめ、統制すること。」）（Random House Dictionary 393：（「決定する」とは、「何かを引き起こしたり、影響したり、統制すること。原因となって、定めたり、決めたりすること。権威によって、あるいは、結論的決定によって、解決し、決めること。」）

離国禁止命令は、Cを国外に連れ出すC夫人の監護権を制限するが、Cの「居所」（香港でも、ニューヨークでも、他のどこであろうとも）を「決定する」権限は、C氏の権限でもあるとは、示唆していない。監護命令は、C氏に拒否権だけ一



Cの国外連れ出しに関してのみ一を与え、他のいかなる監護に関する問題には、香港内のCの「居所」を含め、拒否を発言する権利を与えていない。その単独の拒否権は、たとえ、影響力があったとしても、子の居所を決定する共同の権利を与えるには、不足する。特に、監護権に関する、もっと早くに出された法律の個条が、母親に単独に「監護と管理」を与えているからである。[脚注4]

同様に重要なのは、第3条の「不法な連れ出し」の定義は、子の連れ出しが「不法である」（そして返還救済が利用可能である）には、連れ出しが、「現実に行使された（中略）。あるいは、連れ出しがなければ、行使されてきた」申立てをしている親の監護権を侵害していなければならないことを要求している。（ハーグ条約第3条 51 F. Reg. 10,498（強調は加筆）国務省国際的な子の奪取の民事上の側面に関する（1980年ハーグ）条約参照）。（本文と法的分析 51 Fed. Reg. at 10,507）。（返還救済を訴えるためには、申立人は、「本人が現実の子の監護を行った予備的な証拠、たとえば、子の身体的監護を行ったといった証拠をあらかじめ、提供」しなければならない。（強調は加筆）；Perez Vera Report 73、448（同））。離国禁止命令によって与えられた権利は、C氏が「現実に行使した」ものではなく、Cの連れ去りがなければ、行使しただろうというのは、遠まわしである。なぜなら、権利そのものは、連れ去りそのもの以外なにも関係しないし、C夫人が、Cが未成年のあいだ、香港に満足して滞在していれば、行使されることはなかったであろう。[脚注5]

そのため、子の居所を決定する権限は、監護権の定義の部分として文脈で判断されるように、子の監護によって課される権限、選択、取り決めの例であると我々は、答申する。対して、離国禁止命令は、拒否権だけを与え、予備の権利であり、それは、監護権のない親に（テコ入れによる場合は除いて）広義の意味で、子の地理的位置以外の子育てに関する問題について、拒否を発言させることはない。

もし、我々が、強制的返還の救済による離国禁止令にしたがって、保持された権利を実行しようとする、ハーグ条約は、実行できない。ハーグ条約における基本的前提は、返還の救済は、子を受け取り、監護をする（定義による）親に子を受け渡すということである。その単独の権利—訪問する権利あるいは、拒否権—が、監護をする義務を課していない親に子を返還することは、意図していない。

たとえば、本件では、監護命令は、監護に関するあらゆる重責をC夫人に置い

ており、C氏には何も置いていない。返還が命じられれば、おそらく、C夫人（米国国民）は、Cを監護するため、中華人民共和国へ単身で移住するだろう。C夫人がそうしなければ、C氏がおそらく、娘の監護を取り決めるだろう。しかし、返還命令は、C夫人にCと戻ることを要求していない。香港監護法令は、C氏に日常的な子の監護をすることを要求していない。我々には、不法に連れ去られた子の返還を差し止める裁量はない。ハーグ条約は、香港の裁判所によって命じられた監護の取り決めを我々が、変更することを許可しない。もし、それらの委任に非難があっても、我々は、監護のあらゆる権利を行使する親から、だれも肯定的権力や義務を持たない国への子の連れ去りを強要するよう、まことしやかに、ハーグ条約を解釈することとはできない。

異なる意見は、ハーグ条約は、疑いもなく、子の返還を以下に強要すると指摘する。（一緒に伴われるか、あるいは、子を外国に連れ去った親によってではなく）(i)監護が外国にい続けると思われる親によって、通常行使される一年のある時期に、本国送還され次第、子を受け取る共同監護する親に(ii) 日々の監護をしない決定権限による監護権を行使する親に（[10—11]提示参照）。最初の事件では、子は、ある期間、日々の監護をする親に返還され、その親は、ある期間だけでなく、いつでも子の監護をする性向があり、設備や財源、適合性を持っていることを期待される。後者の事件では、決断をください親が、子がどの学校に行き、誰の監護を受けるのかを決めることができる。しかし、異なる意見の分析では、子の返還を、監護をする、あるいは、誰が監護をするべきか決める責任や権利がない親に、あるいは、監護権をもつには、不相当であるとされた、接触の権利を持つ親に強要するだろう。

裁判所命令に違反して、子を連れ出す、監護する親は、法廷侮辱罪の訴訟を避けるためのみ、外国に滞在することを選択してもよい。しかし、反対の意見では、ハーグ条約は、親が監護をする義務がなく、返還を強要することと、時々接触を享受する以外権限がない親の国へ子の返還を強要すると解釈する。しかし、反対の意見では、そのような子は、「子の監護をする親の義務」は、「常居所を有する国の法」によって課されるので、無視されることはないだろうと安堵を与える（[11]で提示）。疑いもなく、米国の家庭裁判所は、その義務を家族法の問題として課すであろう。もちろん、裁判所は、能力や適合性を協議することはできないけれども、この点について、反対意見は、地方アメリカ法から一般化している。そして、たとえ、どこかの裁判所が、監護する親が外国にいて、危機において、国内の親に監護の権利と義務をあたえることができると仮定したとしても、その仮定で、強制返還の効果は、それらを実行することよ

りもむしろ、監護権を変更することであろう。

ハーグ条約のあらゆる本文と構成上の特徴は、監護をしない親が「不法な連れ去り」を立証することはできないと示唆している。よって、返還命令を求めて、外国の裁判所への申立てで、優勢であることはできない。C氏は、香港監護法令は、肯定的に、普通の言葉の意味において、共有の、あるいは、部分的監護をC氏に認容する責任がある。この記録において彼は、それを行うことはできない。

### C. 起草者たちの意図

もし、ハーグ条約を起草した人々の述べられた意図が、「本文が生み出す結果は、必ずしも不合理でないから、明らかな草稿上の誤りとして、棄却されることはできない、と十分立証できる」のであれば、我々の審理は終結する（*Chan*, 490 U.S. at 134; 同 at 135 n.5 参照）。（「たとえ本文が明白性に欠けていても、そのもっとも自然な意味は、明白な草稿の歴史によってのみ、適切に矛盾しうる。」）ハーグ条約の批准の歴史は、ハーグ条約で定義されている「監護権」の我々の解釈と全く一致している。

1. ハーグ条約を草稿したハーグ条約委員会の委員長は、（その問題は、全く明白でないことを許している一方）退去を禁ずる単独の権限は、一連の監護の権利にあたらぬ、と書いてきた。子の居所の変化に単に同意を与えるか、保留するか権利の侵害は、第3条の意味で、監護権の侵害として、解釈されない。「奪取」の定義は、本件を保護するため、広義とするべきだという示唆は、遂行されなかった（*A.E. Anton*, 国際的な子の奪取の民事上の側面に関する（1980年ハーグ）条約、30 *Int'l & Comp. L.Q.* 537, 546 (1981)）。返還救済—「接触だけの」親に返還を強要する権利を与えること—を活用できることを広める示唆は、ハーグ条約が、草稿のさなかに、起こっていたが、次には、否定された。

2. ハーグ条約の公式記録官は、「接触の権利の侵害から生じ得る問題、特に、子が監護者によって、外国に連れて行かれる場合、問題が生じるが、大多数の見解は、そのような状況は、[ハーグ条約]が避けようとしている不法な連れ去りと同じ範疇にいれられない、ということであった」（*Perez-Vera Report* 65, 444-45 頁）。

3. ハーグ条約をレーガン大統領に提出するとき、シュルツ国務長官は、「監護

をしていない親の「接触の権利」の侵害に対する救済は、返還救済を含まない...」と報じた（国務長官から大統領へ「国際的な子の奪取の民事上の側面に関するハーグ条約」について提出された書簡（1985年10月4日、51 Fed. Reg. at 10,496）： ホワイトハウスから上院議員への転送された書簡（1985年10月30日、51 Fed. Reg. at 10,495）も参照）。（「個人は、不法な連れ去りや留置によって、子の監護を手に入れることができるべきでない。」という議会の結論を論議している。）（強調は加筆。）その問題についての国務長官の見解は、「大変重みがある。」と称されている。（米国住友商事、457 U.S. 184-85 頁：El Al Israel Airlines 対 Tsui Yuan Tsang 事件、525 U.S. 155, 168 (1999)参照）。（「尊重は、通常国際的な条約の意味に関して、行政部門の合理的な見解による」）（米国住友商事 457 U.S. at 184-85 引用）。

4. ハーグ条約の公式報道官は、なぜ、ハーグ条約は、接触の権利対監護権を確保するため、別々の救済策を提供し、返還策を監護の侵害に限るのかを説明した。ハーグ条約の適用が、監護権と接触の権利に同程度の保護を与えることによって、究極的に、もう一方を保持する人によって、一方の権利の保持者の代理になり、問題となる結果がおこるのであろう。（Perez-Vera report 65, 445 頁。（強調は加筆）。

C氏は(i)そのように認知されているように、ただの接触だけの権利、(ii) 離国禁止命令によって施行される同様にただの接触だけの権利、この区別を線引きするよう、我々に求めている。この区別の合理性は、接触の権利と離国禁止命令に違反して、子を連れ去る親は、離国禁止命令を妨げることになるだろうということである。その結果、返還救済は、両親がもっと同情的な討論の場を求めて、自国の裁判所に一方的に抜け道を探しだそうとすることを避けるというハーグ条約の目的を達することが必要とされる。しかし、司法権の妨げは、ハーグ条約のもと、返還救済の試金石ではない。中流階級の監護していない親に、（それ以上ではなく）接触の権利を与える裁判所命令は、もし、監護している親が、永久に子を非常に遠くに引っ越させ、親が、裁判所が命じる接触のための費用をまかなえなくなれば、全く妨害である。しかし、そのような場合には、返還救済は、活用できないことは、論議されていない。

離国禁止命令は、親の接触や監護の権利を同様に保護している。それは、一つの権利を他の権利に変えない。よって、申立てをしている親が、接触以外の権利（その権利が、離国禁止命令によって、援助されていても、いなくても）がなくて、返還救済を認容することは、権利の「代理」、ハーグ条約が明白に禁じ

ること、に影響するであろう (Perez-Vera Report 65, 445. 起草者の陳述された意図を見渡すことと、監護の権利と接触の権利のハーグ条約の本文の明らかな区別を司法で修正することは、条約を作ることであり、解釈することではない。Chan, 490 U.S. 135 参照) (中の引用符は省略) それは、我々ができることではない (同上 参照)。(「条項を挿入することによって、変更したり、修正したり、条約に加えたりすることは、大なり小なり、重要であってもささいなことであっても、我々の側には、権力の強奪であり、司法機能の行使ではない。(The Amiable Isabella, 19 U.S.(6 Wheat) 1, 71 (1821)引用) (原文改変; 内部の引用符は省略)。

#### D. 外国の判例法

同意の見解は、条約加盟国の裁判所に発布された意見から起こる。「我々の姉妹加盟国の意見は、かなりの重量を与えられているけれども」 Air France 対 Saks 事件, 470 U.S. 392, 404(1985)、外国の条約加盟国と一致しない事件に対して、我々は、敬意を要求する教義に気付いたことはない。

外国の裁判所は、本件で提示された論点で意見が割れている。以下を比較。(Resina(1991)事件、訴状 No.52 (Austl.Fam) (裁判所命令の違反が一般的に返還を引き起こす): C.A.5271/92, Foxman 対 Foxman (Isrl. H.C. 1992)事件 (両親とも「監護権」をもつが、どちらの親ももう一方の親の同意なく、あるいは、司法担当者に相談することなく、子を連れ去ることはできない。)、D.S.対 V.W. [1996] 134 D.L.R.4<sup>th</sup> 481, 501-04 (Can.): (監護法令において、連れ去りは、絶対的な規定の違反であるが、返還を命令する司法権はない。)、Thompson 対 Thompson [1994]119 D.L.R. 4<sup>th</sup> 253(Can.)事件(永久の監護命令における離国禁止命令は、接触を確保することを意図されていた。そして、「ハーグ条約によって、監護と同じレベルの保護を与えられることを意図されていなかった」)、Ministere Public 対 Mme Y, T.G.I. Periguez 事件、1992年3月17日、D.S.Jur. 1992(Fr.) (離国禁止規定の違反を2次的とし、監護権の違反としない。))。さらに、たいていの事件は、次のような顕著な事実に基づいている。(a) 進行中の監護争いの行程の中で与えられた一時的な監護命令(B 対 B 事件, [1992]3 W.L.R. 865, [1993] Fam. 32(U.K. Ct. App. 1992) (監護命令が適切に設置されていないところで、返還は可能である。一時的監護は、明らかに、さらなる訴訟の間も、子の連れ去りはないことで条件づけられる))。もしくは、(b) 同意法令が明らかに監護権を両親に与えている (C 対 C 事件, [1989] 1 W.L.R. 654 (U.K. App. Ct. 1988) (同意命令は、「共同監護」を両親に与えている。) 参照)。

反論者は、その見解についての判例法における「強力な支持」を主張するけれども、反論者自身、意見の一致は、可能ではないと確信する（[17] 参照）。世界中で事件は、まれであったり、散在していたり、相いれなかったり、時には、証拠不十分であったり、不合理であったりする [脚注 6]。反論者によって信頼された事件に伴うさらなる問題は、（そして反論自体に伴う問題）は、事実上、接触の権利は、同様の救済（強制的返還）によって、監護権として擁護されるということである。そして、それは、子の発達の問題として、よい考えであるように見えるが、ハーグ条約の文言と一致しない。

## 結論

上述の理由により、ハーグ条約のもと、離国禁止命令は、接触の権利を監護権に変えない。離国禁止命令の有無にかかわらず、C氏の権利には、監護する親の権限（あるいは責任）が一切含まれない。よって、接触の権利として、正当に分類される。ハーグ条約は、それらの権利の侵害に対して、いくつかの救済を彼に与える。したがって、地方裁判所のCの香港返還命令は、破棄され、本件は、返還命令の申立ての棄却として指し戻される。

## Sotomayor 判事 反論

本件における中心となる論点は、香港監護法における離国禁止条例が、国際的な子の奪取の民事的側面に関するハーグ条約（「ハーグ条約」もしくは「条約」）の意味における「監護権」をC氏か香港裁判所のどちらかに与えるのか、ということである。大多数の意見は、与えないと結論づけている。よって、地方裁判所は、香港へのCの連れ去りを命じる司法権をもたない。その目的に照らして、ハーグ条約の本文を解釈し、この領域での関連する事件法を考慮すると、当職は、反対の結論に達する。当職の見解では、大多数の意見は、離国禁止命令の法的輸入を深刻に誤解している。そうしながら、一締約国の法は、他の締約国で有効的に尊重されるなか、ハーグ条約の監護権の確保という目的を阻害している（ハーグ条約第1条、1980年10月25日施行 T.I.A.S. No.11670 at 4, 1343 U.N.T.S. 89, 98, reprinted in 51 Fed. Reg. 10,494, 10,498(1986), 国際的な子の奪取救済法（「ICARA」）によって施行。42 U.S.C. 11601 以下）。以上の理由で、当職は、敬意をもって反論する。ハーグ条約は、「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、接触の権利の保護を確保するだけでなく、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

ること」を求めている（ハーグ条約前文 51 Fed. Reg. 10,498.）。重要なことは、ハーグ条約は、「監護権」と「接触の権利」の間に、明確な線を引いており、前者の侵害でのみ、返還救済を留保している（ハーグ条約第 1 条、第 3 条同上（監護権の侵害で連れ去られたり、留置されたりした子の返還のため規定している）をハーグ条約第 21 条同条 10,500（当事者は、接触の権利の有効な行使を確保するため、子の返還に至らなくとも、取り決めに申し立ててよいと規定している）を比較のこと）。この点において、大多数は、「返還命令は、不法な連れ去りや留置に対してのみ、可能である。それらが、監護権を侵害している場合のみ、連れ去りや留置は不法である。」と正しく認める（前掲 [11]（引用元ハーグ条約第 3 条 51 Fed. Reg. at 10,498）（原文に強調。））ハーグ条約第 3 条は、子の連れ去りや留置は、以下の場合「不法」と規定している。

- 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。  
（ハーグ条約第 3 条、51 Fed. Reg. 10,498（強調は加筆。））

こうして、C氏は、彼女の連れ去りは、「監護の権を侵害していること」そして、さらに、香港からのCの連れ去りの時点で、監護に関する権利が、「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」を論証できなければ、Cの香港への返還を成功裏に確保することはできない（ハーグ条約第 3 条同上）。以下で審議した理由により、当職は、Cの米国への連れ去りは、ハーグ条約のもと「不法」であったと結論づける。(1) それは、C氏と香港裁判所によって、共同で保持された「監護権の侵害」を構成していた。(2) C氏は、香港からのCの連れ去りがなければ、監護法における離国禁止命令のもと、彼の監護権を行使したであろう。

#### I. Cの香港からの連れ去りは、「監護権の侵害」であったか

香港監護法の文言に基づき、C夫人は、Cの「監護と管理」[脚注 7] が与えられている。C氏は、「合理的な接触」の権利が与えられている。しかし、特に本件に関して、離国禁止命令のもと、C氏に法の更なる権利が認容されている。

当事者たちは、この条例のもと、C夫人は、C氏若しくは香港裁判所のどちらかの同意なしに、Cを香港から連れ出すことはできないと同意している。[脚注8] 言いかえれば、離国禁止命令は、もし、香港裁判所が、明らかにそのような連れ去りを認めるのでなければ、C氏に、Cの国際的移転を保留する拒否権を与える。本質的に、離国禁止命令は、C氏に重要な決定権を与える。それと反対に、香港裁判所の命令がなければ、彼は、Cが香港に残ることを要求することができるし、もしくは、その代わりに、C夫人の行き先の国の選択に影響すべく、テコ入れとして、拒否権を使うことができる。なぜなら、C氏は、彼の「合理的な接触」に基づくハーグ条約の返還救済に訴えることができないからである。本件における論点は、彼は離国禁止命令のもと、彼の権利によって、ハーグ条約のもとCの返還を確保できるかどうか、である。

大多数は、離国禁止命令は、「ハーグ条約のもと、接触の権利を監護権に変える」かどうかという疑問であると、問題をあやまって特徴づけている（再掲 [28]）。明らかに、離国禁止命令には、そのような魔法は働かない。当職の見解では、提示されている問題は、ハーグ条約のもと、離国禁止命令—C氏の接触の権利とは、全く独立している—は、「監護権」を与えるかどうか、である。ハーグ条約の本文、目的は、この領域での関連する判例法だけでなく、回答を説得力をもって、肯定に向けている。

#### A. ハーグ条約の本文と目的

本件における、重要な解釈上の問題は、ハーグ条約で使われている「監護権」の定義を含む。多くの人々は、「監護とは、否定的な権利、若しくは、拒否権以外の、またそれ以上のものである直感」を裏付けるために多くの米国の辞書を調べることによりこのアンダーテイキングを開始する（再掲 [14]）。これらの情報源によって、彼らは、「監護とは、食べ物、住まい、衣服、道徳的精神的指導、医療的関心、教育などを選び、与えるか、これらのものを与える他の人々あるいは施設の（取り消しのできる）選択をする基本的義務と能力を課す」とわかる（再掲 [15]）。伝統的な米国の監護権の概念は、たしかに、ハーグ条約の我々の解釈に関連している一方、国際的条約の解釈はまた、ハーグ条約のもっと広い意味に対してのせまい定義を見越すことを要求する。そして、「ハーグ条約の本文と目的に照らして、条約の用語に与えられた通常の意味」を査定する（条約の法に関するウィーン条約、1969年、5月23日第31条1, 1155 U.N.T.S. 331, 340（条約の解釈に関する一般的規則を述べている。）外交関係法リステートメント第3版§325（1987）（同）参照）。



「ハーグ条約では、起草者たちは、監護のこの通常の理解以外のものを意図した、とは何も示唆していない」という多数意見（再掲 [15]）に反して、ハーグ条約とその公式な歴史は、監護権の明白にもっと広義の概念を反映する。ハーグ条約に関する公式な歴史と論評を含む報告は、「[ハーグ条約の] 意図は、子の監護が行使されうるあらゆる方法を保護することである。」ということを明言している（Elisa Perez-Vera, 国際私法に関するハーグ会議の説明的報告 3 法令と第 14 回会期(子の奪取)の文書 426 頁 71 段落(1980) (原文に強調) (「Perez-Vera Report」))。この広い監護権の概念は、また、「監護権」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 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」ことを規定している第 3 条にも一致する（ハーグ条約第 3 条 51 Fed. Reg. 10,498）。このようにしてハーグ条約は、「可能な限り多くの判例を考慮にいれる、使用されている文言の柔軟な解釈」をはっきりと奨励する（Perez-Vera Report、67 段落）。

結果として、離国禁止命令のもと、生じる権利は、ハーグ条約のもと、「監護の権利」を構成するかどうか、決定する上で、条約を不法の連れ去りのあらゆる可能な事件に適用させる、起草者たちの目的を果たすように、除外よりむしろ、包含の意図を見分ける。

ハーグ条約は、一般的にその法的文言を定義しない（Perez-Vera Report, 83 段落参照）が、「(監護と接触の権利) の」正しくない解釈は、ハーグ条約の目的に妥協するであろう」という危険性があるため、起草者たちは、「監護権」という言葉の意味についてさらなる説明を提供する第 5 条を含めた（Perez-Vera Report, 83 段落参照）。しかしながら、規定は、起草者たちがもっと正確な定義に合意しないため、わざとあいまいなままにされてきた（Perez-Vera Report, 84 段落参照）。（「監護権を [特別な状況] に関して定義するあらゆる努力が、失敗したので、[本文に] 与えられた一般的叙述に伴う内容に基づかなければならない。」）第 5 条は以下のように規定する。

このハーグ条約の目的にとって、

(a) 「監護の権利」には、子の監護に関する権利、特に、子の居所を決定する権利を含む。

（ハーグ条約第 5 条、51 Fed. Reg. 10,498（強調は加筆）、Perez-Vera Report, 84 段落も参照）。（第 5 条のもと、「監護権」は、子の監護に関する権利を含み、そ

して、ハーグ条約は、この一般的定義を、「参照される「監護」の例として、子の居所を決定する権利を強調することによって」明確にしようとしている、ということを示している。）

私が、ハーグ条約を解釈するように、離国禁止命令のもと、生じる権利は、「子の居所を決定する権利」を含む。なぜなら、個条は、親に子の国際的移転に関して、決定する権利を与えているからである。こうして、離国禁止命令は、C氏と香港裁判所の両方に、ハーグ条約の目的のため、「監護権」を与えている（ハーグ条約第5条 51 Fed. Reg. 10,498 参照）。

親の離国を禁止する権利は、ハーグ条約が保護しようとする監護権の範疇で、適合する。ハーグ条約は、その発端で、その目的は、子の常居所から不法に連れさられた当該子の返還に伴い、「一締約国の法が、他の締約国で有効的に尊重されるもとの、監護権を確保するため」と述べている（ハーグ条約第1条、51 Fed. Reg. 10,498）。Perez-Vera Report は、ハーグ条約が扱う問題は、多少人為的である〔新しい国での〕法的な司法権のリンクを設定する個人の可能性から、法の重要性がすべて生じると説明する。事実、この手段に依存することで、個人は、適用される法を変えたり、自分に恩恵がある司法判決を手に入れたりすることができる。〔そのような決定は〕かかわった法的システムが発生するのを見ることを望まない事実の状況を「法制化する」ために十分な法的権利を持つ（Perez-Vera Report, 15 段落）。

そのため、その根底では、ハーグ条約の返還救済は、思うに、より身近な討論の場を求めて、国境を越え、その過程で子の本国の監護法を軽視している個人を対象にしている（Blondin 対 Dubois 事件, 189 F. 3d 240, 245-46 (2d Cir. 1999) 参照）。（ハーグ条約の目的を「現状を維持し、親がもっと同情的な裁判所を求めて、国境をこえるのを保留すると述べている。」）（Friedrich 対 Friedrich 事件, 983 F.2d. 1396, 1400 (6<sup>th</sup> Cir. 1993)引用）

ハーグ条約の広い目的に照らして、「不法な連れ去り」の概念は、明白に、離国禁止命令の権利の侵害を含まなければならない。一方の親が、子の常居所の国からの命令によって、もう一方の親に与えられた離国禁止命令の権利を侵害して外国に子を連れていく場合、彼女は、当該子の身体的監護をする親の権利を侵害して子を誘拐する親と同様に、有効的に、その国の監護法を無効にしている。さらに、ここでと同様、その親は、新しい国で監護命令を申請する場合、本国が、その監護命令を通して、避けようとしたまさにその行動—子の連れ去

り一を合法化しようとする。そのような状況で、返還救済を除外するように、狭義でハーグ条約を読むと、そのような親には、ハーグ条約のまさに目的を損なわせることを許すことになるだろう。

## B. 大多数のアプローチ

反対の結論に達するとき、大多数は、ハーグ条約で使われている「監護権」は、ハーグ条約によって保護されるために、親がある部分を所持しなければならない「一連の権利」にあてはまると主張する。そして、それらの権利のたったひとつの所持は、本件において、子の国際的移転に対する拒否権を行使することによって、「子の居所を決定する権利」は、その権限を所持する当事者に監護を与えるのには、不十分である（前掲 [16] 参照）。しかしながら、当職の見解では、「監護権」のハーグ条約の定義は、親が一つ、複数の、あらゆるそのような権利を持っているかどうか、一つの権利が、あるいは、複数の権利が、単独で、若しくは、もう一方の親と共同で持っているかどうか、にかかわらず、保護されている一連の権利を考慮している。事実、ハーグ条約は、明らかに共同の権利を保護している（ハーグ条約第 3 条 51 Fed. Reg. at 10,498 参照）。それは、一方の親が単独の身体的子の監護権を持っているが、もう一方の親と、ある決定の権利を共同で持っているという状況を含み、たくさんの形を仮定している。ハーグ条約は、そのような取り決めにおいて、保護の資格を得るために、一人の親がいくつか最低限の監護権を持たなければならないとは、支持していない。

大多数はまた、親の離国禁止命令の権利は、第 5 条の「子の居所を決定する権利」に等しくないと主張する。なぜなら、後者の権利は、必然的に、子が住む国に関しての単なる決定というよりむしろ、子の住む状況に関する「詳細な選択」を課しているからである（再掲 [16—18] 参照）。しかしながら、大多数の「監護」の定義のように、この結論は、ハーグ条約の基本的な国際的特色を無視している。そのような「詳細な選択」は、たしかに、監護の面々を構成するが、子がイングランドもしくはキューバ、香港もしくは米国に住むかどうかは、ハーグ条約が保護することを意図しているまさに選択の種類である（Perez-Vera Report, 56 段落参照）。（「ハーグ条約は、予想された状況の国際的性質を明白に述べる規定を含んでいないけれども、そのような結論は、その表題からも、さまざまな条項からもたくさん生じている。（中略）ハーグ条約の国際的性質は、実際の状況から生じている。すなわち、異なる国の間で家族が分散しているということである。」）ハーグ条約は、親が子を都市から郊外へ、家庭から寄宿学校へ移転させる場合には、救済を与えないが、子を国境を越えて移転させると

き、救済を与える。この国際的状況に照らして、ハーグ条約で使われている「居所」は、論理的に国際的移転に関する決定を考慮する。したがって、子が住む国を選択する権利は、子のもっと詳細な生活の取り決めにかかわる権威のように、第5条のもと、「子の居所を決定する権利」つまり、ハーグ条約のもとでの「監護権」を構成する〔脚注9〕。

大多数は、子の居住国を決定する権利は、「監護と接触の権利を同様に保護し、誰が監護するかについて、手掛かりを与えていない。」と主張することによって、この結論を避ける（再掲〔17〕）しかし、そのような権限は、親の合理的な接触を確保する効果を持ち、事実、まさにその目的のために、監護命令に含まれているかもしれないが、離国禁止命令命令書の権利は、「合理的な接触」の権利は制限しないが、子の身体的監護をする親の選択を制限する。離国禁止命令命令書がなければ、子の国際的移転は、必ずしも、もう一方の親の接触の権利を侵害しない。両親は、国境を越えても、「合理的な接触」の権利を満たす取り決めをなおも行うことができる。一方、一方の親が、子を必要な同意を確保することなく、子を国外に連れ出した場合、定義により、彼女は、もう一方の親の離国禁止命令命令書の権利を侵害したということになる。

大多数はまた、もし、一方の親の離国禁止命令命令書の権利の侵害で返還救済を与えたら、ハーグ条約は、機能しないだろうと指摘する（再掲〔20-21〕参照）。

返還命令は、Cだけを香港に返すよう要求しており、C夫人には要求していないので、大多数は、「あらゆる監護の権利を行使する親から、誰も肯定的権力や義務を持たない国へ子の連れ去りを強要すると、ハーグ条約を解釈することはできない。」と主張する（再掲〔21〕）。当該事件における監護命令は、子に対する一方の親の権利と義務の単独の根源であると大多数は、誤って仮定する。これに対して、子の監護に関する親の義務は、当該子の監護権と同様、常居所を有する国の法を含め、多くの根源から生じることがある。よって、Cの「監護、世話と管理」をC夫人に与えた本件における監護命令は、C氏は、香港に子が返還され次第、Cの監護をする責任はないという結論を指示しない〔脚注10〕。よって、当職は、C夫人を子のそばにつけずにCの返還を命じることは、Cを香港で親の監護なく、たよりなく放置される危険があるとの大多数の悲惨な予測を拒否する。

さらに、離国禁止命令の権利の侵害に対する返還救済は、機能しないと大多数が特色づけることは、両親が身体的監護を交換したり、一方の親が身体的監護

をし、もう一方の親が子の成長についての決断に貢献したりするといったたくさんさんの共同の監護の取り決めをハーグ条約が保護していることの説明ができないことになる。大多数の理由によって、身体的監護をする親が、子の常居所を有する国から子連れ去る場合、裁判所は、子を返還させる権限をもたないであろう。なぜなら、返還されても、成人がだれも、子の監護を要求されないからである。しかし、そのような結論は、ハーグ条約の共同の監護権の保護を大きく、骨抜きにするだろう。

機能しないどころか、離国禁止命令の侵害の文脈において、返還救済の申請は、直接的に、また、十分に、両親が一方的に自国の監護法を欺くことを避けるハーグ条約の目的を進歩させる。子を当該子の常居所を有する国へ返還することが、それ自身そのような権利の効果的な行使を保障しない、接触の権利の侵害の事件に対して、離国禁止命令に基づいて子の返還を命令することは、それ自身、親の離国禁止命令の権利に十分な効果を与えるだろう。最後に、大多数は、ハーグ条約の狭義の解釈を支持するため、「起草者たちの意図」という見出しで、一連の権威者を引用している（再掲 [21-26] 参照）。一つ例外はあるが、これらの権威者たちは、ハーグ条約のもとでは、返還救済は、親の接触の権利の侵害では利用できないという芳しくない主張を支持している [脚注 11]。

要約すると、それらの権威者たちは、ここで関連する問題、すなわち、離国禁止命令の権利は、ハーグ条約の目的のため、「監護権」を構成するのかどうかという問題に光を当てていないのである。

### C. 国際的な判例法

ハーグ条約のもとで、離国禁止命令の権利は、「監護権」を構成するという当職の結論に重要ではないが、当職の分析は、この問題を考慮するたいていの外国の裁判所の決断と一致していることを述べておく。一般的には、**Air France 対 Saks 事件, 470 U.S. 392, 404 (1985)**を参照のこと。（条約の文言を解釈する上で、「我々の姉妹締約国の意見は、かなりの重みを与えられる。」（**Benjamins 対 British European Airways 事件, 572 F. 2d 913, 919 (2d Cir. 1978)**引用）。条約の解釈において統一性が望まれるのであれば、**Denby 対 Seaboard World Airlines, Inc. 事件, 737 F. 2d 172, 176 n.5 (2d Cir. 1984)**参照）。これらの事件は、ハーグ条約の当職の理解に助力を与えている。

この問題に向き合うたいていの外国の裁判所は、ハーグ条約の目的と構造に照

らして、広く「監護権」の概念を解釈してきた。たとえば、オーストラリアの家庭裁判所は、「ハーグ条約の精神」を「裁判所命令若しくは理解された法的権利を侵害して、不法にある国から別の国へ連れ去られた子は、当該子の将来は、その社会の中で適切に決定されうるよう、当該子の国へ迅速に返還されるべきである。」ことを確保すべく、特徴づけてきた (**Jose Garsia Resina** (上訴人/夫) 対 **Muriel Ghislaine Henriette Resina** (被申立人/妻) の婚姻に係る事件 (訴状 No.52, 1991 (Fam.) (Austl.)26 段落))。したがって、裁判所は、問題の監護命令—それぞれの親に相互の離国禁止命令を与えた—は、そうでなければ、監護していない父に「監護権」を与えたと判決した。

英国の控訴院は、ハーグ条約を同様に広義に解釈し、第5条は、「ある状況においては、[[ハーグ条約] の範疇においては、有効である」ことを確保するように、「通常理解される国内のアプローチを越えて監護の概念を延長することもできる。」と考えている (C. 対 C 事件, [1989] 1 W.L.R. 654, 658 (C.A.) (Eng.). C. 対 C.事件では、裁判所は、オーストラリアの命令が子の母親に監護を与えた子の返還を命じたが、父親と母親は、「共同の監護者」のままであり、どちらの親も他方の同意なくオーストラリアから子連れ出すことはできないと規定した (同上 656 参照。) 第5条の文言を解釈するにあたり、裁判所は、オーストラリアの監護命令は、父親に子の居所に関する統治の手段を行使することを許可し、父親は、ハーグ条約の意味における「監護権」を所持したと把握した [脚注 12]。父親は、当職の判断では、子は、オーストラリア若しくは、母親の要求で司法権外に住むべきであると決定する権利を持った。(中略) 子が司法権から出るだけでなく、子が行く場所、国だけでなく、たとえば、相応しい状況のもとでロンドンに住むといった統制を(彼は、している。) 父親は、オーストラリア内に子の居所を決定する権利を持たないが、子がオーストラリアに残るか、オーストラリア以外の場所に住むか、彼の承認のみで確保する権利を持っている (同上 658)。

イスラエル高等法院は、その事件の事実とほぼ同一である事実を提示されたとき、「監護権」を、連れ去らない命令のもと、親の権利を取り囲むと、同様に解釈した (C.A. 5271/92 Foxman 対 Foxman 事件(H.C. 1992)(Isr.)参照) (「監護権」のハーグ条約の定義は、子が国から連れ出される前に親の同意が要求される事件を保護するため、「広く解釈される」べきであるとしている) (C.A.1648/92, Tourna 対 Meshulem 事件(H.C. 1992)(Isr.)と比較のこと)。(共同監護命令によって、父親の「監護権」は、子の居所の変化への同意を拒否する権利を持った、としている。)

離国禁止命令の権利を持つ親によって保持された監護権に向き合うこれらの事件に加え、英国の控訴院もまた、子の常居所における監護命令に入っている裁判所は、それ自身、ある状況において、ハーグ条約のもと、「監護権」を所持していると考え。B.対B事件, [1993] 2 All E. R. 144 (C.A.) (Eng.). B.対B事件で裁判所は、第3条のもと、個人だけでなく、「施設若しくは他の団体」が監護権を持つことができると述べており、司法権にある子に条件づけられた当座の監護命令を侵害して、身体的監護する親による子の連れ去りは、もう一方の親と当座の監護法を発布している裁判所の権利を侵害したと結論づけた（同上 148-49 参照）。C 対 C 事件の理由を繰り返して、裁判所は、制約が、裁判所の司法権にとどまることを身体的監護をする親に要求したので、裁判所と身体的監護をしていない親に、国際的移動を拒否する権利を暗に与えたとし、それは、両者に子の居所を決定する権限を与えた（同上 148-49 参照）。よって、裁判所は、子の連れ去りは、ハーグ条約の意味において、不法であったという理由で、返還命令を相当と判断した（同上 153 参照）。[脚注 13]

これらの事件は、「監護権」は、監護命令が身体的監護する親が、子を国外に連れ出すことを決定するのを保留するため、親か裁判所のどちらかに権限を与えるところで、関係してくるという命題に対して、姉妹締約国の間で、強い支持を反映する [脚注 14]。この見解と確かに緊張状態にある他の司法権のいくつかの事件があるが、当職は、それらの件の理由づけは、説得力がないと考える。

少なくとも、あるフランスの裁判所は、母親にイングランドとウェールズで子を育てるよう要求している監護命令は、父親に監護権を創出しないと決定した。なぜなら、そのような解釈は、国外に出る母親の権利を侵害するであろう (T.G.I. Perigueux, 1992年3月17日、Ministere Public 対 Mme Y 事件., D.S. Jur. 1992(Fr.))。しかしながら、Y 夫人の本事件において裁判所は、第5条の「子の居所を決定する権利」の条項の意味に向き合わず、人権と基本的自由の保護のためのヨーロッパ条約のもと、母親の国外居住の権利に焦点をあてた（同上 315-16 参照）。

しかし、監護する親は、自由に子を国外に連れ出せるという根拠でハーグ条約の事件を決定することは、ハーグ条約の目的のため、誰が、第一に、「監護する親」であるのかという重要な解釈の問題を請う。ハーグ条約は、子を国外に連れ出す親の権利は、もう一方の親の監護権を無視するというは何も示唆していない。反対に、ハーグ条約が監護権に置く最高の重要性は、監護権と国外居住権が衝突する場合、後者が前者に従わなければならないと暗示している。

別の解釈を採用すると、他の困難のなかで、ハーグ条約の共同監護を不可能にするであろう。なぜなら、共同監護は、その本質によって、子を別の国に移転させる権限を含む、それぞれの親の一方的な決定権を制限するからである。よって、当職の見解では、国外居住の制限に対する法的推定は、ほとんど効験がない〔脚注 15〕。

Y 夫人の事件とは別に、他の二つの事件は、離国禁止命令の権利は、ハーグ条約のもとで、「監護権」を構成するという命題に緊張感がある。ふたつの別々の判決で、カナダの最高裁判所は、一言葉で—ハーグ条約の「不法な連れ去り」の規定は、離国禁止命令を与える監護命令において、親が法的明文を侵害する行為をする事件を保護しないと示唆した。最初の事件(Thomson 対 Thomson, 事件 [1994] 119 D.L.R. 4<sup>th</sup> 253(Can.)) で裁判所は、「後日、全容聴取でその利点について監護の問題を決定するために、スコットランドの裁判所で司法権を保持するため」仮の連れ去りをしない命令に基づき、子の返還を命じた。しかし、言葉で、そのような救済は、最終的な連れ去りをしない命令の侵害で、利用できないだろうと述べた。なぜなら、そのような命令の目的は、単に、「監護をしない親への永久的接触を確保するため」だからである(同上 281. 次の事件では、D.S. 対 V.W. [1996] 134 D.L.R. 4<sup>th</sup> 481(Can)事件)。裁判所は、返還救済は、監護命令における暗黙のうちの連れ去りの制限の侵害で、ハーグ条約のもとでは、利用できないと考える。そして、—永久的監護命令における法的明文に関する Thomson 事件で、言葉で一部分頼りながら—そのような暗黙のうちの制限は、監護権ではなく、接触の権利にのみ関わるであろうと述べた(同上 501-06)。しかしながら、それにもかかわらず、裁判所は、そのような返還は、ケベック州法のもと、子の最大の利益であるという別の理由で、下級裁判所の返還命令を究極的に支持した(同上 516-17)。

前述の理由(上記 I.A.,)のため当職は、永久の、連れ去りをしない命令における離国禁止命令は、単に接触の権利に関連すると言う主張、カナダ最高裁判所によって裏付けられた見解によって、説得されない。当職は、仮の監護命令と永久の監護命令の区別についてのカナダ最高裁判所の主張を意義があると考えない。たしかに、仮の監護命令を発する裁判所は、最終の監護の決定をする機会を持つ前に、子の連れ去りを避ける上で、強力な利益がある。しかし、ハーグ条約の言葉や公式の歴史においては、この利益は、一度発した最終の監護命令を実行することにおける裁判所の利益よりもっと重要であるという概念をなにも支持しない。よって、仮の監護命令と永久の監護命令の間の二分法は、ハ



ーグ条約の目的にとって、違いのない区別である。

返還命令を支持する D.S.判決は、全員一致であったが、(9人中)6人の判事が、監護の権利と義務の意見の分析に関して、留保を表明したと当職は述べる(134 D.L.R. 4<sup>th</sup> 484, 518 頁参照及び Bailey, supra 49 参照)。それにより、ハーグ条約に関する離国禁止命令命令書の意見の概念は、真にカナダでの規則を表しているかどうかについての深刻な疑念をあげている。学者たちもまた、ハーグ条約のもとでの監護権のカナダの解釈を強く批判した(たとえば、Bailey 事件 supra at 42-50 参照; Linda Silberman, 非暴力的世界のための新しい見解のなかの「ハーグ奪取条約のもとでの監護命令」: それぞれの子供のための正義 (女性判事の国際的組織の第4回2年ごとの国際会議の行程) 253-240)。よって、当職が、英国、オーストラリア、イスラエルの事件のもっと強制的な理由であると考えことにしたがって、離国禁止命令命令書のもと生じている権利は、ハーグ条約の目的のため、「監護権」を構成すると考えて、それらの国々の裁判所に加わるだろう。

## II C氏もしくは香港裁判所は、離国禁止命令を「現実に行使」したか

ハーグ条約のもと、離国禁止命令は、「監護権」を構成するかどうかという中心の問題とは別に、大多数も、Cの申立ては、ハーグ条約第3条(b)の要件を充足していないと考える。それは、以下のように規定する。

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 (ハーグ条約第3条(b), 51 Fed. Reg. 10,498 (強調は加筆。))

大多数によると、「離国禁止命令によって与えられた権利は、回りくどい言い方であるが、C氏が「現実に行使した」ものではなく、Cの連れ去りがなければ、行使したであろう。なぜなら、権利そのものは、連れ去り以外何も関係しないし、C夫人が、Cが未成年の間、香港に満足して滞在していれば、行使しなかったであろう。」(前掲 [19] (原文に強調)) [脚注 16]。この叙述は、離国禁止命令が作り出す権利を誤って特徴づけている。

離国禁止命令によってC氏と香港裁判所に与えられた権利は、Cを香港から連れ出すことを保留するか、同意を認容する権利であった。彼らが、C夫人にC

を米国に連れて行く許可を与えることを拒否するか、許可を与えることに同意したのなら、監護命令によって与えられた監護権を「現実に行使した」であろう。当職は、C氏も香港裁判所も事実、この権利を「現実に行使」しなかったことを認容するが、C夫人が必要な同意なく、Cを連れ去った行為は、まさに、彼らがそうすることを阻んでしまったのである。C夫人は、最初に同意を求めることなく、秘密のうちに、Cを香港から連れ去ったことによって、C氏と香港裁判所から拒否権を行使する機会を奪ったので、離国禁止命令の権利は、Cの不法な連れ去りがなければ「行使されていたであろう」権利である。よって、第3条(b)は、Cの連れ去りは、ハーグ条約に基づき不法であったとするのに、何の障害もない。

前述の理由により、Cの香港から米国への連れ去りは、ハーグ条約のもと、「不法」であったと結論づける。なぜなら、彼女の連れ去りは、(1) C氏と香港裁判所によって共同で保持された「監護権の侵害」を構成した。そして、(2) C氏若しくは裁判所—若しくは両者は、Cの香港からの連れ去りがなければ、離国禁止命令命令書のもと、拒否権を行使したであろう。したがって、当職は、C氏の返還命令の申立てを認容する地方裁判所の決定を維持する。

意見の脚注

\*脚注\*

巡回区連邦控訴裁判所 **Paul R. Michel** 判事が指名により同席

脚注1 監護命令の離国禁止命令は、Cは18歳に達するまで、許可なく、香港から連れ去られないと規定する。しかし、もし、どちらかの親が求められたときに、当該子を香港に返還するという一般的な保証を裁判所に与えるなら、そして、そうでなければ、もう一方の親の書面にされた同意で指示されるのであれば、その書面の同意で指定された期間、香港から当該子を連れ去ることができる」と規定した。

脚注2 ハーグ条約は、1997年に香港が中華人民共和国に併合されたのちも、香港で有効である(1984年12月19日香港の問題に関する共同宣言 参照。U.K.-P.R.C., U.K.T.S. No.26 (1985) (「共同宣言」))。共同宣言は、「中華人民共和国が、当事者ではないが、香港に発行された国際的同意は、香港特別行政区で実施され続ける。」と規定している(同上 Annex I, pt. XI.)。中華人民共和国は、ハーグ条約の締約国ではないが、1997年6月13日に、同国は、オランダ王国の外務省に、ハーグで、共同宣言にしたがって、ハーグ条約は、1997年7月1日

以降も香港に適用し続けると伝達した。

脚注3 **Perez-Vera Report** は、ハーグ会議によって、「ハーグ条約に関する公式な歴史と注釈書」として認められている。前述したように、ハーグ条約を解釈するための権威ある資料である (**Blondin 対 Dubois 事件 189 F.3d 240, 246 n.5 (2d Cir.1999)**)。

脚注4 反論者は、この拒否権を監護と同等の「重要な決定権」とよぶ。[3]に掲示。しかし、その特徴づけは、行き過ぎであると証明する。つまり、もしC氏が、その拒否権によって、監護するのであれば、香港裁判所もそうすることになる。ハーグ条約は、「施設若しくは他の団体」が、監護権を持つことができると認めているけれども、当該子は、二人の生存する親を持ち、何も、裁判所の監護を暗示していない。反論者は、裁判所が監護命令に入るときはいつでも、裁判所自身が監護権を持っているという英国の裁判所の是認されているように思われる見解で議論する ([15] 参照)。そのアプローチは、もちろん、単に親の接触の権利の減損での国外脱出をふくめ、家庭裁判所の命令のあらゆる侵害は、(裁判所の) 監護権の侵害となり、子の返還を強要することを要求するであろう。おそらく、悪い考えではないが、この考えは、ハーグ条約にはみつけられない。それは、明らかに、監護権と接触の権利を区別している。そして、後者をではなく、前者を実施するために、強制的返還策を与える。

脚注5 我々は、この問題—主題の司法権に関係する—に職権で到達する。

脚注6 ハーグ条約の統一解釈(もしくは適用)の不足は、別にも例示されうる。他国から米国へ不法に連れ去られた子の返還の割合はおよそ90%である (**Mary A. Ryan, 合衆国国務省領事問題担当次官補国際関係に関する下院委員会に提出された用意された声明 (1999年10月14日) 1999 WL 909860 (F.D.C.H.) at 3**で入手可能)。しかしながら、米国から他国へ不法に連れ去られた米国人の子の返還率は、30%以下である (**Thomas A. Johnson 国際関係に関する下院委員会に提出された準備された声明。(1999年10月14日) 1999 WL 909869 (F.D.H.C.) at 30**で入手可能)。国際的な子の奪取の民事的側面に関する1980年ハーグ条約にともない法令順守を促進する競合決議参照) (**S. Con. Res. 293, 106<sup>th</sup> Cong., 146 Cong. Rec. H5089-07(2000)** (制定された))。

脚注7 大多数は、監護命令は、C夫人に「単独の「監護と管理」を与える」と述べる (再掲 [2] (強調は加筆)、同 [18] も参照。 (「監護命令は、監護を単独

で母親に与える。」と述べている)。しかし、香港裁判所は、どこにも、C夫人の監護権に関連して、「単独の」若しくは、「単独で」という言葉を使っていない。

脚注 8 香港監護命令は、また、「どちらかの親は、当該子が自分の知らないうちに外国に行くのを許可するパスポートを発行しないよう移民局に要求できる」と規定する。

脚注 9 確かに、子の本国からの連れ去りを保留する権利は、「子の居所を決定する」絶対的権利を構成しない。しかしながら、権利は限られているということは、ハーグ条約の目的のため、それを無意味にすることはない (**Perez-Vera Report**, 71 段落 参照)。(「共同の監護」を「監護権に由来する責任を両親の間で分けること」と特徴づけている。) さらに、権利が拒否権若しくは「否定的権利」であることは、その権利としての地位を減じることにはならない。( **Cruzan 対ミズーリー州保健省所長事件**, 497 U.S. 261, 281 (1990) (生命維持の医療行為を拒否する適法訴訟を認めている)。

脚注 10 大多数は、反論者が、裁判所は、子が返還され次第、「監護権を変更」するだろう、そしてそのような変更なくしては、子が香港に返還されても、監護されないであろうという、恐れをあげる「仮定」について欠点を探す (再掲 [23] 参照)。Cの返還しだいCの監護は、仮定のように前提されていないし、我々のまえの問題にも関係していない。初めに、父親は、ここでのように、子を取り戻す世界を求め、そうするために、外国の場に訴状を申立てし、自分の努力が成功するや、子が返還され次第、単に空港に放置することを許すということを示唆するのを容易に信じてこじつけて解釈している。さらに、もし、Cの香港への返還時の監護が本当に当座の件で、関心事項であれば、適切な救済は、取り消されないであろうし、当事者たちの意図を査定するために、地方裁判所に差戻しとなるであろう ( **Feder 対 Evans-Feder**, 63 F.3d 217, 226 (3<sup>rd</sup> Cir. 1995) 参照)。(「子への短期間の害を改善するために、申立てしている親からの保証があり次第、裁判所は、適切な状況で、返還派遣団を作った。」) ( **Walsh**, 31 F. Supp. 2d 200, 207 (D. Mass. 1998) )。(「ハーグ条約のもとで、申立てを認めている多くの裁判所は、子は、移動の間、適切に監護され、常居所を有する国で係争中にある子に危害が及ばないことを確保する意図で、親から適切な保証を強要することの合法性を認めた。」) (引用は省略されている)、(部分的に *aff'd* 部分的に *rev'd on other grounds sub nom. Walsh 対 Walsh 事件*, \_F.3d, 2000 WL 1015863 (1<sup>st</sup> Cir. 2000 年 7 月 25 日))。次に、Cの返還後のCの監護に関する問題

は、ハーグ条約の範疇を越えている。ハーグ条約は、子の常居所を有する国の裁判所が、子が不法に連れ去られた国の外国の裁判所ではなく、敬意をもって、当該子の監護権を判決することができるように、子を常居所を有する国に返還することを単に扱う。ハーグ条約の根底にあるこの概念—子の常居所の裁判所に当該子の監護権に関する決定を委託することにより、もっともよく、施される—は、外国の裁判所は、子に関して必要な決断を有能に行うにあたり、米国の裁判所と同様には信頼され得ないという大多数の地方的見解に直接的な矛盾のなかにある（再掲 [23] 参照）。（「この点に置いて、反論者は、地方米国法を一般化している。」）

脚注 11 大多数は、「子の居所の変化への同意を単に与えるか、保留するかの権利の侵害は、第 3 条の意味において、監護権の侵害として解釈されない。」と考える、前ハーグ条約委員会委員長 A.E. Anton を引用する（再掲[22]）。（A.E. Anton, 国際的な子の奪取の民事上の側面に関する（1980 年ハーグ）条約、30 *Int'l & Comp. L. Q.* 537, 546 (1981).）Anton 氏の見解は、ハーグ条約の大多数の解釈を支持するものだが、彼の論説は、個人的見解に過ぎず、ハーグ条約の公式な法的歴史ではないと強調することを怠っている（Anton, *supra* at 537 参照）。（「しかしながら、この論文は、著者の見解以外の見解を反映しているにとられてはならない。」）よって、彼の論文は、単に一学者の意見として、適切に見られるべきである。対して、他の学者たちは、ハーグ条約の下で、離国禁止命令命令書は、「監護権」を構成すると結論づけた（Paul R. Beaumont & Peter E. McEleavy, 国際的な子の奪取の民事上の側面に関する（1980 年ハーグ）条約 72—73 (1999) 参照）。（「もし、ある個人が一見したところでは、子の単独の監護人であるなら、当該子の移転に関し、制限はない。もし、そのような制限があるなら、監護権は何らかの方法で、制限されなければならないということの意味する。そういう場合は、他の団体あるいは、個人が当該子に関して、同等の権利を保持するはずである。よって、主要な監護人が子を外国に連れ去るなら、もう一方の当事者の同意を求めていなければ、その当事者の監護権を侵害したということであろう。」）（原文に強調）（Linda Silberman, 非暴力のための新しい見解における「ハーグ奪取条約における監護命令」それぞれの子のための正義（国際女性弁護士会の第 4 回 2 年に一度の国際会議 1999 年）236 頁（連れ去り禁止命令侵害の事件において、「ハーグ条約の返還救済を認めないことは、ハーグ条約の〔監護権の〕定義を適切にした、監護と接触の権利の間の注意深い妥協に一致しなくなるだろう。」）

脚注 12 大多数は、共同の監護命令を含むので、C.対 C 事件を区別しようとする

る（再掲 [27] 参照）。しかし、C 対 C 事件では裁判所は、ハーグ条約のもと、父親が「監護権」を所持すると決定する上で、明らかに、離国禁止命令の文言に依存し、共同の監護令に依存していない（[1989] 1 W.L.R. at 657-58 参照）。

（「[下級裁判所の判事は] 共同監護（中略）の影響について議論を聞いた。（中略）[したがって、] 判事の注目は、どちらの親も他方の同意なく、子をオーストラリアから連れ去るべきでないという、1986年11月の法令で、ハーグ条約第5条の個条2における定義の影響に十分行き届いていなかったようである。」）

脚注 13 大多数が本件—裁判所と親によって所持される国際的な移転に関する拒否権を含む—をその命令の期間にかかわらず、違反とされる、「裁判所が監護命令に入った時いつでも」子の返還を要求する判決にいかにしてしたのか、当職には、明らかでない（再掲 [19] 参照）。この反論は、C氏若しくは裁判所は、彼らが離国禁止命令を所持しなければ、返還命令の権利が与えられるだろうということを示唆していないし、B 対 B もしくは、この反論も「単に親の接触の権利の減損における国外居住」という大多数によって提示されたシナリオで返還が要求されるとは暗示していない（再掲 [19] 参照）。

脚注 14 大多数は、「我々と地方裁判所は、米国で唯一の裁判所である。」と述べるけれども（再掲 [9]）、我々の前のこの問題を考慮するために、二つの米国の裁判所は、離国禁止命令命令書を含む監護命令に関連して、「監護権」を認めたと私は言及する。（David S. 対 Zamira S 事件, 151 Misc.2d 630, 574 N.Y.S.2d 429 (N.Y. Fam. Ct. 1991); Janakakis-Kostun 対 Janakakis 事件, 6 S.W.3d 843 (Ky. Ct. App. 1999) 再審は却下された。（1999年12月9日）、申立てされた 68 U.S.L.W. 3595 (U.S. 2000年3月8日) (No. 99-1496)）。しかしながら、当職の見解では、これらの事件は、使用が限られている。なぜなら、それらは、「監護権」を正確に定義できていないし、接触の権利との違いを区別していないためである。

脚注 15 フランスの裁判所もこの点において、意見が分かれていることを言及する（Martha Bailey, ハーグ条約のもとでの「監護権」、11 B.Y.U.J.Pub.L. 33, 40(1997) [フランスの事件を論じている]。)

脚注 16 C夫人は、ハーグ条約の第3条(b)のもとで、C氏の申立ては、欠陥があると訴訟で論じていない。大多数は、職権で子の問題に達する。