

<http://www.incadat.com/> ref.: HC/E/USf 388

[27/10/2000; United States Court of Appeals for the First Circuit; Appellate Court]
Whallon v. Lynn, 230 F.3d 450 (1st Cir. October 27, 2000)

アメリカ第一巡回区連邦控訴裁判所

2000年10月27日

C.J.Lynch, Coffin 最高裁判所判事と Lipez 裁判所判事の面前で

R.Whallon, Jr (申立人、被上訴人) 対 D.Lynn (被告、上訴人)

Lynch 裁判所判事 :

2000年5月に R.W は国際的な子の奪取の民事面に関する条約に従って、自分の5歳の娘 M のメキシコへの返還を申し立てた。国際的な子の奪取の民事面に関する条約 TIAS No.11,670,19 ILM1501 (1980) を見よ。[脚注1] M は母親の D によって親子3人が居住していたメキシコからマサチューセッツ州へ連れて行かれた。L は、自分にそうする資格がある、なぜならば W は条約によって保護されている M に関する「監護の権利」のようなものは有していないからだと述べている。当事者たちは、未婚の親(ここでは W) がメキシコ法とローマ法に古く起源をもつ原則である「家長法」の原則の下で、どのような権利を持つかについては審理が必要であるということに合意している。

W は条約のもと保護されるべき監護の権利を有し、M の連れ去りについては同意していないことを証明した。また、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、という条約の例外に M が値しないことを証明した。M が彼女の常居所を有する国であるメキシコに帰らなければならないという地方裁判所の命令を我々は支持する。もし W と L が M に対して誰がどのような監護権を持つかについて、あるいは M がどこに住むべきかについて争うのならば、その争いはメキシコの法廷で審理されるべきであろう。

I.

M は 1995年7月4日にメキシコで生まれた。M の両親である D と R.W は兩人ともアメリカ国民であり、未婚であった。二人は 1995年の終わり頃に別れた。

M は母親とその腹違いの姉妹とともにメキシコのバハ・カリフォルニア・スル州サンルカス岬に居住した。別れた後も W は引き続き M と時を過ごした。W と L は監護権に関して正式な合意を結ばなかったし、両者とも自分自身の立場について監護権に関する決定を求めていなかった。

L は、W の親としての役割は限定されており、3 人がメキシコにいた最後の 2 年間はたまにしか養育費を支払わなかったと主張した。さらに L は W が L に対して激しい言葉の暴力を浴びせ、それは L に対する肉体的な暴力にまで発展したと非難した。L は、M に対しては W がそのような行動には出たとは述べていない。

事実、記録によると W は娘の M の生活に深くかかわっていたことがわかる。M が生まれた時から、ほぼ毎日の割合で W は M に会っていた。M が 3 歳になってからは、M は泊りがけで隔週の週末を W と過ごしている。実際に、1997 年の 8 月に W は M により近づくために、L と M が住んでいた場所の 100 ヤードほどのところに引っ越した。また W は少なくとも 500 ドルの養育費を毎月 M のために支払い、そのお金は M の歯の治療費や医療費として使われた。W は思いやりがあり、気配りのできる親が一般的にすることとして期待されるようなことはやっていた。ほぼ 2 年間に渡って、毎日車で M の保育園への送り迎えをした。M の洋服を購入した。M の宿題や美術のプロジェクトを手伝った。様々な学校の行事に参加した。病気の時には M を医者に連れて行った。加えて、L の承認を得て W は M を病院と歯科医院の予約のためにサンディエゴに連れて行った。また 1998 年には M の父方の祖父に合わせるためにアリゾナに連れて行った。

1997 年の 9 月の終わりごろに、L が M を L の両親に合わせるためにテキサスに連れて行こうと計画していることを W は知った。W はメキシコのバハ・カリフォルニア・スル州の裁判所に申し立てを行い、L の M に対するすべての監護権を恒久的に剥奪し、その権利を W に与えるよう求めた。2000 年 4 月、メキシコの裁判所は最終的に W の申し立てを棄却し、7 歳児に対する母親の監護権を解除するのに必要とされる差し迫った危険、完全放棄もしくは墮落行為のようなこともしくは虐待を W が証明できなかったと結論を下した。その間に、W の代理人は L と M と L の出発を妨害しようとした。結果として、L とその 2 人の子が空港で銃を突き付けられ、高官によって解放されるというひどい事件が起きた。しかし、W は殺し屋を雇って出発を妨害するように代理人に指示したこと、もしくは殺し屋が雇われていたことについて事前に知っていたこ

とについて否定した。1999年10月1日、LはMとLをアメリカに連れて行った。そしてWはMのメキシコへの返還を求めてマサチューセッツ州の地方裁判所に申し立てを行った。

II

2日間の予審の後に、地方裁判所はWの請願を承諾し、被告Dの係争中であつた滞在の不服申し立てを棄却した。地方裁判所は、ハーグ条約によれば、LはMに対して身上監護権を有しているが、Wもまた条約の意味の範囲内でMに対して「監護の権利」を行使したと判断した。具体的には裁判所は、Wは一方では身上監護権と他方では単なる面会権とは異なる監護権の概念である家長権を行使したと評決を下した。従つて地方裁判所はLがMを連れ去りしたことはメキシコ法の下でWの実際の監護の権利の行使を侵害し、従つてハーグ条約の下では違法であるという判決を下した。

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ときに適用される条約の返還の必須条件の例外に、Lは当てはまらなないと裁判所は決定した。地方裁判所は申し立てられていたLに対する言葉による虐待についても考慮した。またLがMと一緒に出発しようとしているときに、WがLを押し、それからLの車の方向に向かって石を投げたという1999年1月の争いを含むL自身に対する肉体的な虐待についても裁判所は考慮に入れた。加えて裁判所は、武装した殺し屋が空港へ行く途中のLと2人の娘を待ち伏せするという実質的にはより重大で暴力的な出来事を考慮に入れた。裁判所はこの出来事を遺憾であるとしたが、これはMに向けられたものではないことを指摘し、条約の例外をもたらすのに必要な肉体的及び精神的な重大な危険にはならないと判断した。また裁判所はWがメキシコであろうとアメリカであろうと裁判所の命令を無視する危険はないと宣言した。

2000年の9月15日に、本裁判所は、地方裁判所の命令の停止を承諾し、WがMに対して適切な面会権を有するものとし、そして簡易手続により上訴を命令した。

III.

Lは多くの主張をしているが、その要旨をまとめてみた。まず第一にMの連れ

去りは条約の下では不法ではないという点だ。彼女はその理由として、メキシコ法の下でいかなる監護権を有しているかを W が証明しなかったという点、そして地方裁判所が L に対して W がそのような権利を持っていることを反証するよう強いた点を挙げている。第二に、L はそのような連れ去りがその子を肉体的及び精神的な害という重大なリスクにさらす、もしくはその子を耐えられない状況に置くという条約の返還条項の例外を検討するにあたって、地方裁判所が必要な事実認定を怠ったと強く主張した。最終的に L は、条約により返還を求める当事者 (W) が以前に再連れ去りに同意していたという積極的抗弁の存在を認識することを怠るという判断の誤りを地方裁判所が犯したと主張した。

我々は地方裁判所の事実認定を明らかな過誤として、条約の解釈を初めから再検討した。Walsh 対 Walsh, 221 F.3d 204,218(第一巡回区 2000);Friedrich 対 Friedrich,78F.3d 1060,1064(第六巡回区 1996)

A. 不法な連れ去り

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」努める。ハーグ条約序文 19I.L.M at1501。条約第 3 条により、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。

同上第 3 条, 19 I.L.M. at 1501. [脚注 2] 申立人は証拠への優越によって「不法な連れ去り」の証明責任がある。42U.S.C.S.11603(e)(1)。もし申立人がその子が不法に連れ去りされたことを証明する場合は、被告が四つの狭い例外のうち

の一つが同上 S.11601(a)(4)に適用されるよう証明しない限り、裁判所は子を常居所を有していた国に返還するよう命令しなければならない。

連れ去られた時の M の常居所はメキシコのサンルカス岬であったことと、M が L によって連れ去られたことは全ての人が合意している事実である。問題なのは、W が条約の下で「監護の権利」を有していたのかどうか、そしてもし有していたのならば連れ去られる前にこの権利を行使していたかどうかである。関連のあるメキシコ法、ハーグ条約の根底をなす原則、そして本案件の記録についての理解に基づいて、W の監護の権利に関する判決が下されたことに当事者たちは同意している。W が必要な監護の権利を有しているかどうかは法律の問題である。

1.

W は条約による監護の権利を有しているかどうか

「『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。」とハーグ条約は述べている（中略）ハーグ条約第 5 条(a), 19I.L.M.at 1501。そして条約は「『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。」としている。同上第 5 条(b),19I.L.Mat1501。それは主に監護の権利の侵害に対する返還の救済手段を留保している。[脚注 3]

ハーグ条約それ自体は「監護の権利」という言葉についてさらに定義はしていないし、故意にそのようにしている一方で、[脚注 4] さらなる助言を求めて裁判所は通常は条約の背景報告書を参考にする。例えば Walsh,221 F.3d at 217 を見よ。「子の常居所に関する法律はできる限り広い範囲で実施され」、監護の権利が導き出される源泉は「すべての申し立ての基盤となる関連する法体系の文脈の中にある」とこの報告書は述べている。説明報告書, P67,at 446 [脚注 5]。条約は「使用される言葉の柔軟な解釈を好み、できる限り多くの案件を考慮に入れることになる」とも報告書で述べられている。（同上）

ハーグ条約の根底にある重要で密接に関連した二つの原則もまた我々のここでのアプローチを特徴づけている。最初に、子の返還の申し立てに対して管轄権を有する裁判所は、不法な連れ去りの申し立ての本案に対して判決を下す権限を有している。しかし監護の係争の根拠となる本案については判決を下すことはできない。ハーグ条約第 19 条, 19 I.L.M at 1503（「この条約に基づく子の返

還に関する決定は、監護の権利についての本案の判断としてはならない。」) ; 42U.S.C.S.11601(b)(4)。第二に、一般的に条約は連れ去り前の現状を回復することを意図しており、親がより同情的な裁判所を求めて国境を超えることを勧めてはいない。Walsh, 221 F.3d at 218-19;Blondin 対 Dubois,189 F.3d 240,246(第 2 巡回裁判所 1999 年); Friedrich,78F.3d at 1064 を見よ。説明報告書は以下のように指導している

「条約の観点からすると、子に対する共同監護権を有する一方が他方の許可を得ずに子を連れ去ることは(略) 不法であり、この不法性はこの特別な案件に由来するものであり、特定の法律に違反した行動に由来するものではない。そのような行動が法律によって保護されている他方の親の権利を無視し、通常の実行使を妨げたという事実由来のものである。条約の本質はこうした状況においてとてもはっきりと明らかになる。つまり将来のある時点で子の監護権が誰に所属するのかを証明することではなく、またその後に変更になった事実に基づく根拠を基に与えられた共同監護権に関する判決を修正するために証明することが必要かもしれない状況に関係しているわけでもない。条約は、より簡潔に、一方の当事者による一方的な行動を通してもたらされた状況の変化によって影響を受けた事柄について後で判決が下されることを避けようとする」

説明報告書 P71 at 447-448

このようにして、W が条約第 5 条により「監護の権利」を保有しているかどうかを評価するためには、裁判所はただ単にメキシコ法の関連する条項を見るのではなく、例外が適用されない限りにおいて、監護権と面会権の問題を決めるために子が常居所を有する国として最適な場所に置かれるべきだという条約の原則の観点から、こうした条文を解釈しなければならない。同上 P34 at434-435

M の常居所を有する国であるバハ・カリフォルニア・スル州の法律がこの場合の関連性のある法律である。ハーグ条約第 3 条, 19 I.L.M at1501 を見よ。[脚注 6] このことは異なる法的伝統を持つアメリカの裁判所にとって困難な状況をもたらす。アメリカの法概念を他の法律文化に押し付けるのを避けるような配慮がなされなければならない。アメリカの多くの法律と異なり、メキシコ法はここで二つの重要な概念を体現しているように思われる。最初の概念は、離婚事案において、7 歳以下の子のいわゆる「監護権」を母に優先的に置く傾向である。この優先傾向は 重大な接触伝染性疾患、不道徳、虐待もしくは遺

棄などを含む「例外」においては否定されている。バハ・カリフォルニア・スル州の民法（「民法」），art322。この優先傾向は民法において具現化されており、特に離婚（本事案では離婚はなかった。というのもそもそも結婚がなかったのだから）において適用されている。メキシコの裁判所は L の監護権を解除するかどうかについての判決を通達することにおいてこの条項を参考にした。母親を優先する傾向は、民法の「監護権」という言葉の使用と同様に、W が条約における監護権を持っているかどうかについての私たちの決定と関連性があることがわかった。

第二の概念は家長権の原則に盛り込まれている、[脚注 7] そして監護権のより一般的な概念をあらわしている。歴史的には家長権は子に関する父親の権利を保護してきた。最初はローマ法の下での絶対権として。バハ・カリフォルニア・スル州の民法は家長権は両方の親の権利を網羅しているものとして言及している。474 条において、家長権もしくは監護権は、「一方では父または母により、もしくは祖父母により、他方では監護権を放棄された未成年によって、相互に保有される権利と義務の関係を意味していると理解される」、民法第 474 条。家長権の概念は広く理解される。

「監護権は人そしてその支配下にある子の所有権において行使される。この行使の目的は未成年を総合的に、肉体的に、精神的に、道徳的に保護することであり、子の後見人の責任と教育のための義務を含んでいる」

同上第 479 条。加えて、家長権を行使する人は「子にとって良いお手本になるよう立派にふるまい、社会的相互作用の適切な標準を子らに教える義務がある」。同上第 486 条。

本件のように非嫡出子の両親が別れたときの状況について、民法は明確に説明している。そのような状況においては、「両者（両親）ともに監護権を行使すると規定している」。同上第 478 条を見よ（強調が加えられている）。民法は、家長権を、合意もし合意していなかった場合は裁判長によって決定される「監護権」と区別している。（同上）確かに、メキシコ法による分割可能な後見権の存在（例えば身上監護権と家長権）については、「監護権は共同もしくは単独で」保有されるというハーグ条約の供述と完璧に一致する。ハーグ条約第 3 条, 19 I.L.M at1501;説明報告書 P71 at 447-48（「両親の持つ監護の権利に固有の責任を分割するもの」として共同監護権を性格づけている）Croll 対 Crol,

229 F.3d133,148,2000WL1357742, at*6(第2巡回裁判所) (条約による「監護の権利」は、「監護権を所有する1人あるいは複数が行使するいくつかの権利に言及している」) [脚注8]

Wの家長権は条約が意味するところの監護の権利よりは「面会権」に近いとLは述べている。私たちはそうは考えていない。家長権もしくは監護権を誰が行使するか「関係なく」、支援を与えることを法によって義務付けられている親族はその直系卑属もしくは傍系親族を訪れ、適切なコミュニケーションを行う権利を有すると民法の329条に書かれている。民法329条。従って、家長権は身上監護権と同じように、単なる面会権とは「関係のない」何かを明白に意味している。重要なことは、民法ではこれらの面会権は「適切なコミュニケーション」という観点から述べられているが(同上)、家長権にはより強い表現である「適切なつながり」という言葉が使われている同上第323条。そして適切なつながりとは、生活と子のケアにおける意味のある、意志決定を意味しており、面会権に関連した単なる子へ近づく権利を意味しているのではない[脚注9]。

加えて、Wはメキシコ人代理人のOmar Quijano Martinezの宣誓供述書を証拠として提出し、メキシコ法により両親が子に対して家長権を行使することをさらに裏付けた。そして同代理人は、メキシコ法によりそのような子の連れ去りについては両親の同意がなければならぬと陳述した。外国の法律問題に判決を下すに際して、このような宣誓供述書は証拠として受理できる。Rule44.1, Fed.R. Civ. P.,を見よ。そして同様にハーグ条約によっても容認される。説明報告書のP101 at 456-67を見よ(子の常居所を有する国の実体法の証拠は証明書もしくは宣誓供述書によって証明される)。

Wの監護権の解除の申し立てをメキシコの裁判所が拒否した判決にLは全面的に依存してもいる。しかし、その判決のこの訴訟への関連性は薄い。メキシコの裁判所での訴訟において問題だったのは、WがLの監護の権利を解除するために必要な特別な事情を証明できたかどうかであった。メキシコの裁判所はWが大きな負担を果たしていないと結論付けたが、Wが監護の権利を欠いているとは述べていないし、ほのめかしてもいない。また監護の権利が何なのかについてそれ以外には判決を下していない。Mがメキシコに戻ってから、メキシコの裁判所が最終的に監護権の問題について異なった判決を下すかどうかは別として、Mの連れ去り時にMの常居所を有する国の法律により、Wは確かに監護の権利を有していたのである。[脚注10]

最後に、W が不法な連れ去りについて証明責任を負うことを裁判所は公判において認めているにもかかわらず、意見書においてその責任を認めることを怠り、またその分析において W にその責任を課すことを怠ったと L は強く主張している。この L の主張には誤りがある。地方裁判所の不法な連れ去りについての最初の取り組みは、メキシコ法による家長権に関する W の主張を考慮することであった。バハ・カリフォルニア・スル州の民法の関連条項と L の反論を綿密に分析した後で、裁判所は不法な連れ去りがあったと結論付けた。裁判所は W がこの問題について証明責任を有することを認め、法の観点から責任を考察し、証拠が提出されると、責任が果たされたと判決を下した。

つまり、メキシコ法による家長権の証拠により、W の権利は条約による「監護の権利」であったという結論が導かれる。L が実際に M の監護権を有している一方で、両親は M に対して家長権を行使していたのである。確かに、今日に至るまで、メキシコの裁判所は L に対して単独権を与えていないし、M に対する W の家長権を否定してもいない。L が M を連れ去った後に、L が始めた係争中のマサチューセッツの監護権訴訟については、この訴訟については適用されない。なぜならば条約は W の監護権は「連れ去りの時期」とであると具体的に言及しているからである。ハーグ条約, at53（その後宣告された監護権命令は返還の訴訟には適用されない）。

2.

W は実際に監護権を行使していたのかどうか？

L が M を連れ去った時に、条約が要求しているように W は M に対して監護の権利を「実際に行使」していなかったと L は主張している。ハーグ条約第 3 条 (b)を見よ。ここでは、この訴訟の事実の記述によって十分に明らかなように、M の連れ去りの前に W が実際に監護の権利を行使していたことは疑いの余地がない。したがって L の連れ去りは条約による W の監護の権利を侵害していることになる。

B.

肉体的もしくは精神的な害の重大なリスクの例外

M はメキシコに返されるべきではない、なぜならば条約第 13 条(b)に含まれて

いる返還の例外にあたるからであると L は主張している。

常居所を有する国から子を不法に連れ去ることは通常その子の返還が義務付けられる。ハーグ条約 art12,19 I.L.M at 1502 を見よ。しかし、裁判所は「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を、子の返還に反対する人、機関もしくはその他の団体が証明できれば、子の返還を命ずる義務を負わない」同上第 13 条(b), 19 I.L.M at 1502。第 13 条(b)の例外を主張して子の返還に反対する被告は明白で説得力のある証拠によってこの例外を証明する責任を負う。42U.S.C.S.11603(e)(2)(A);Walsh,221 F.3d at 217 を見よ。第 13 条(b)の例外は狭い。42U.S.C.S.11603(a)(4);Walsh,221 F.3d at 217 を見よ。

第 13 条(b)の例外による責任を果たすために、被告はその主張する肉体的もしくは精神的な害が「最小限よりはるかに大きいこと」を証明しなければならない。Walsh,221 F.3d at218 実際にその害は、「子を片方の親から連れ去りもう一方の親に引き渡すことに通常期待されていること以上に大きく」なければならない。同上。(内側の引用符は削除)。裁判所は監護権の判決に従事してはならないし、また最終的に誰がよりよい親なのかというような質問に取り組んではならない。同上。

我々は条約の例外について上記の Walsh で取り組んだ。Walsh において、地方裁判所の判決を覆し、子らのアイルランドへの返還は肉体的、精神的な害悪という重大な危険をもたらすことを被告の妻が明白で説得力のある証拠により証明したと考えた。同上 219-21 を見よ。Walsh において、夫は妻を妊娠中も含む長年にわたって激しく殴っていた。多くの暴力は二人の小さな子らの前で行われた。別の結婚においては、長男を殴打していた。夫は隣人を殺すと脅迫した罪で起訴されると国外に逃亡した。指名手配されると帰国を拒否し、婚姻の居所に近づかないというアイルランドの裁判所の命令を侵害した。同上 209-12。地方裁判所は「配偶者への虐待の場合の、子への肉体的・精神的な害悪の重大な危険を不適切に軽視し；(略)[申立人である父の]自分の子に向けられた暴力を含む、より一般的な暴力のパターンを認めるのを怠った；(略)[申立人の]父の裁判所命令の常習的な違反をあまり重視しなかった」同上 219。こうした高い危険のある害悪は第 13 条(b)による子の返還を妨げる。

それに反してここでは、地方裁判所は L とその姉の L に対する言葉による虐待と L に対する肉体的な虐待の申し立てられた例を遺憾であるとした一方で、い

ずれも M に対して向けられたものではなく、Walsh の申立人である父の行為のレベルには達していないと宣言した。我々は賛成である。L が申し立てた言葉による虐待や肉体的に押したことは Walsh, 同上 220 で提示されている「明白で長い歴史のある配偶者への虐待」とは異なる。L は、W が M を肉体的にもしくは精神的に虐待したと申し立てたことは一度もない。実際には証言した二人の専門家は M のメキシコへの返還が彼女を肉体的もしくは精神的な害悪という重大な危険にさらす、さもないと彼女を耐えがたい状況に置くかどうかについての意見は異なる。しかし W と M が父と娘として抱いていた愛については両方とも同意している。メキシコで L と M が拳銃を突きつけられたという悲惨な企てについて、代理人に殺し屋を雇うように命令したことや殺し屋が雇われたことを知っていたことを W が否定したことについては、地方裁判所は信用できると判断している。さらに、Walsh とは対照的に、メキシコであれアメリカであれ、W が裁判所の命令を無視したという証拠はない。

地方裁判所は第 13 条(b)の精神的な害を無視していると L は主張している。これはそうではない。裁判所は申し立てられた M に対する精神的な害悪を虐待という観点から配慮し、そのような害悪は第 13 条(b)の例外を認めるのに必要なレベルには達していないと正しく判断した。Walsh, 221F.3d at 218-19.L を見よ。L は、M が腹違いの姉妹である L と別れることから生じる害悪を裁判所が無視したとこともまた主張した。別れがあるかどうかは L の選択である。彼女は両方の娘と一緒にメキシコに帰ることができる。我々は、別れが困難の原因となることを疑っていない。そのような害悪それ自体が第 13 条 (b) による狭い例外によって考えられている精神的な害悪それ自体ではないことを条約の論理、目的そして文脈は全て意味している。別の結論を出すことは、条約が必要としている分析の代わりに子の最大の利益の分析を使うリスクが生じる。このことは、子が、不法に連れ去りさせられていない兄弟姉妹を持つような状況において、その子を不法に連れ去りさせることにより監護の権利が侵害されるという条約の返還の推定を損なうことになる [脚注 11] 。

C.

「同意」答弁を認識することの拒否

W は M がアメリカ合衆国に連れ去られることに以前に同意していたという L の他の積極的抗弁を地方裁判所は無視するという過ちを犯したと、L は主張している。ハーグ条約第 13 条(a), 19 I.L.M at 1502(返還に反対している人が、「子を監護していた個人、施設又は他の機関が、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、連れ去り若しくは留置の時以前にこれに同意していたこと又は連れ去り若しくは留置の後にこれを黙認したことを証明すれば、返還は必要とされない」)[脚注 12]。W は「子を監護していた個人」という言葉に文字通り当てはまるわけではないが、仮に L が同意の主張をしたとしても、少なくとも実際に連れ去りが不当であったかどうかの観点から、L は優位な証拠によって同意を証明しなければならない。42U.S.C. § 11603(e)(2)(B)。L は W にいずれは M をアメリカに教育のために連れて行くと何度も語ったが、しかし、W がメキシコで公的に監護権の訴訟を行ったのは、L が M を連れ去りさせる計画をしていると W が知ってからだったと L は主張する。W が 1997 年のある時期に W が書いた手紙の中で、毎年何回か休みのときに M がメキシコに帰ってくるのであれば、L は M をアメリカに連れ去ることができる」と意図的に認めたと L は主張している。

我々はここで M の連れ去りについて W が同意しているとは考えていない。W が公的な監護権に関する訴訟を起こさなかったことはそれ自体が同意を意味してはいない。実際に、同じような主張は L に対してもすることができる。つまり L がメキシコの裁判所から公式な監護権の宣言を求めなかったことは、M の居所を決める権利を含むがそれに限定されない監護の権利を W が保有していることを認めたことになる。1997 年の手書きの手紙は W が監護の権利を放棄したことを意味しない。L の主張は、W が M の生活の中でだんだんと重要な役割を果たしたそれに続く期間を L の主張は考慮に入れていないし、M が連れ去った後に M の返還を求めて W は迅速にそして粘り強く行動したことで相殺される。[脚注 13]

IV

地方裁判所の判決は支持され、2000 年 9 月 15 日にこの裁判所によって提起された猶予は解除された。上記のとおり命令する。

[1]

ハーグ条約は、国際的な子の奪取を救済する決議（「ICARA」）によって実行される。42U.S.C. § 11601et seq を見よ。

[2]

W が申し立てたのは不法な連れ去りのみであって、不法な留置ではない。

[3]

ハーグ条約は面会権の侵害について救済を提供する一方で、同上第 21 条, 19 I.L.M.at1503 を見よ、そのような救済は常居所への帰還命令を含んでいない。というよりは、そのような救済に含まれているのは、とりわけ、子の常居所からその子を連れ去った監護権を持つ親はもう一方の親が面会権を行使するのにかかった費用を補償するようにという命令である。

同上第 26 条, 19I.L.M.at1503-04。

[4]

立案者がより正確な定義について合意に達しなかったため、この条項は意図的にあいまいになっている。Elisa Perez-Vera, 説明報告書を見よ。私的な国際法についてのハーグ会議 P84, 第 14 法廷 426 の三つの法令と書類, 451-52 (「説明報告書」) (「[特定な状況]に関する監護の権利を定義するためのすべての努力は失敗したので、[本文の中で]与えられている一般的な説明で満足しなければならない。」)。しかし国は監護権の問題に関して国の法令を再起案するとき、条約の原則を考慮に入れたくなるかもしれない。Paul R. Beaumont & Peter E. McEleavy, 国際的な子の奪取に関するハーグ条約 49 (1999) を見よ。

[5]

Eliza Perez-Vera は条約のための公的なハーグ会議の記者である。そして彼女の説明報告書は、「条約に関する公的な歴史書であり記録であると会議により認識されており、条約の条項の意味に関する背景のソースである」。ハーグ国際的な子の奪取条約を見よ；テキストと法的な分析, 51Fed.Reg.10494, 10503 (1986)；合意 Shalit 対 Coppe,182 F.3d 1124,1127-28(9th Cir.1999)。「アメリカによって批准された条約はこの国の法律であるだけでなく、主権国の間での合意でもあるので、我々は伝統的にその解釈や交渉そして歴史の起草（予備作業）や契約当事者の批准後の理解の助けになると考えている」Zicherman 対 大韓航空.,516U.S.217,226,133 L.Ed.2d 596,116S.Ct.629(1996)

[6]

メキシコによる法の選択は、子が連れ去りする直前に住んでいた常居所の州の法律（たとえばバハ・カリフォルニア・スル州の法律）をメキシコが適用することを義務付けていることに当事者たちは同意している。参照.Shalit, 182 F.3d at 1128-29(ハーグ条約が「子の常居所である州の法律」に言及していることには、「その州の抵触法」も含まれているのだと述べている)。当事者たちは、バハ・カリフォルニア・スルの法律による監護の権利の性質について熱く議論

を戦わせる一方で、メキシコの法の選択によるこの事件の法の妥当性については議論していない。

[7]

家長権はローマ法より取られた概念であり、伝統的に父親の権力を意味していた。家長権は、父の子に対するほぼ絶対権に近いものとして言及されており、父はそれを家財とみなしていた。この権利については、裁判所は干渉する力を持たない。Kathryn L.Mercer, 司法の意思決定についての内容分析：監護権の決定をするために、裁判官が一次介護者の基準を使用するやり方, 5Wm.&Mary J. Women&L.1,14(1998) ; Black の法律辞典 1188(7版 1999)も見よ (家長権は、「放棄されない限り、子らと男系の子孫に対して男性の家長が保有する権利」として定義され、当初は「生殺与奪の権」を含んでいた)。対照的に、ローマの法的伝統では、妻は監護権を与えられていない。Sibylla Flugge, 父親の権利と母親の注意義務の歴史, 3 Cardozo Women's L.J.377,383(1996)を見よ。

アングロサクソン系の米国人の法的伝統においては、家長権の原則は、17世紀に出現した相反する原則である国親の原則によって損なわれた。国親の原則では、子に対する国の関心と責任が認められている。上記の Mercer, 司法の意思決定についての内容分析の 14-15 を見よ。「裁判所は第二の利害関係者として、子の福祉を保護するために監護権の問題に関与し始め」、アメリカの植民地において、「家庭争議に関する最終決定者」になった。同上 15。19世紀初頭には、アメリカの裁判所は司法上決定された子の最大利益に従って監護権を与え始めた。しかし実際には、家長権原理で具体化されている父親優先主義を拒否したことは、ただ単に母親優先主義を具現化した母親優先の原則の出現への道を開いたにすぎない。母親優先の原則においては、不適格と判断されない限り、子とのユニークな母親としての絆という観点から、母親が子の監護権にふさわしいと規定されている。Amy D. Ronner, プロのキャリア・パスで踊る女性たち：監護権と赤い靴, 23Harv. Women's L.J.173(2000)を見よ。しかし、民法に基盤を置いた法的伝統の中で、家長権はいささか異なった発展の道をたどったようだ。参照。例 Flugge, 父親の権利の歴史、上記、383 (19世紀に確立されたドイツの法律についての家長権の影響が議論されている)。民法の伝統を持つ他のラテンアメリカの国々はある種の家長権を認めているようだ。Pesin 対 Rodriguez, 77F. Supp. 2d 1277, 1286(S.D.Fla.1999)(ベネズエラの法律によると、ハーグ条約の事案では、父と母は「裁判所の決定でそうでないと証明されない限りは、監護権を与えられており」、「監護権を行使する父と母は子に対して監護権を有し(略)お互いの同意の上、子の住む場所、住居もしくは本籍

地を選ぶことができる」と指摘している」[sic]；また母親が子を連れ去りさせた場合は、条約による父親の監護の権利を侵害すると宣言している)。こうした事案では、メキシコのような異なる起源と伝統を有する法体制に英米の定義を押し付けることの難しさが際立つ。少なくとも離婚の場合は、7歳未満の子の身上監護権は母親に与えられるという推定にもかかわらず、バハ・カリフォルニア・スルの法律は、(薄められたかたちではあるが)メキシコ法による家長権の継続的な復元力を示唆している。

[8]

子の返還を求める当事者が、締約国の当局に対してその法律の説明をするように要求することを条約は許可している。ハーグ条約 art15, 19LLM at 1503 を見よ。ここでは、W はメキシコの子の奪取のための当局からの手紙を行方不明者および搾取された子らのセンターに証拠として提出している。その手紙は重大な事実誤認があるものの(例えばアメリカ国民である L をドイツ国民と間違っ言及している)、バハ・カリフォルニア・スルの民法によると「家長権(監護権)は両親によって行使される」と述べている。しかしこの手紙は家長権が条約による監護の権利を意味するかについては特定の立場をとっていないし、メキシコ当局にどんな質問をしたのかについて明らかにしていない。結果として我々はこの手紙をほとんど重要視していない。

[9]

L はまた **Croll** における第 2 巡回裁判所の最近の判決(上記参照)を当てにしている。そこでは、母親は条約による父親の監護の権利を侵害していないので、子を香港に返す必要がないと裁判所は判断している。本件とは対照的に、**Croll** の事案では、常居所の裁判所による監護の権利に関する明白な判決があり、単独監護権は母親に与えられており、父親には面会権しか付与されていない。同上※1。さらに **Croll** における監護権命令には、子が 18 歳になるまでは裁判所の許可もしくは他方の親の許可なしに子を香港から連れ去りさせることを禁じる離国禁止令状条項が含まれている一方で、このような条項はメキシコ法による W への監護の権利の積極的付与とこのような権利の W による実際の行使の十分な証拠とは対照的に、単なる消極的な権利もしくは禁止を意味するにすぎない、同上※7 を見よ。

[10]

L が上記の **Shalit** 対 **Coppe** に依存するのは見当違いである。不法な留置である **Shalit** のケースでは、子は当面は父親と一緒にイスラエルで暮らすという口頭

での合意（いかなる裁判所によっても認められていない）にもかかわらず、子が 2 週間の休暇を過ごした後で、母親が子をアラスカに留置した。Shalit, 182 F.3d at 1126. 第 9 巡回区は父親の返還の申し立てを拒否した地方裁判所の判決を支持した。口頭での合意より前に存在し、母親に法的単独監護権を与えたアラスカ州の判決を裁判所は信頼している。同上 1130-31。ここでは、対照的にそのような監護権に関する法的判決は存在しない。さらにバハ・カリフォルニア・スルの法律は W に監護の権利が存在することを明示している。

[11]

さらに、L がこの議論のためにあてにしているケースに含まれているのは、子とその母親との絆であり、子とその兄弟姉妹との絆ではない。例えば Steffen F. 対 Severina P., 966 F.Supp. 922, 928 (D. Ariz. 1997) を見よ。

[12]

地方裁判所の見解はこの問題を明白に扱っていない。

[13]

対照的に、裁判所が積極的抗弁を与えたケースは全て子の返還を求めた当事者による権利放棄の明白な例が含まれている。参照 Journe 対 Journe, 911 F.Supp. 43, 47-48 (D.P.R. 1995) (離婚と子の監護権のための訴訟の自発的な却下); ponath に関して, 829 F.Supp. 363, 368 (D. Utah 1993) (ほぼ 6 か月間にわたり、申立人は未成年の子の返還のために有意義な努力をすることを怠った)