
<http://www.incadat.com/> ref.: HC/E/USf 578

[10/03/2004; United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit; Appellate Court]

Furnes v Reeves (11th Cir. 2004)

第 11 巡回区連邦控訴裁判所

2004 年 3 月 10 日

裁判所書記官 THOMAS K. KAHN

No. 03-12826

D.C. 訴訟事件一覧表 No. 02-02998-CV-TWT-1

T.A. FURNES (原告・上訴人)

対

P. REEVES (被告・被上訴人) の件

ジョージア州北部地区 連邦地方裁判所からの控訴

(2004 年 3 月 10 日)

巡回裁判所判事 : Tjoflat、Hull、Fay

Hull 巡回裁判所判事の判断 :

原告 T.F.は、国際的な子の奪取に関する法律 (ICARA)、合衆国法典第 42 編第 11601 条～第 11611 条 (1988 年) に基づき、その娘 J.をジョージア州からノルウェーに返還するよう求めて申立てを行った。J.は現在、ジョージア州でその母である被告 P.R.と共に生活している。J.は 1996 年にノルウェーで生まれ、2001 年までそこで生活した。2001 年に、J.の母は米国に来て、後年 J.をノルウェーに返還することを拒否し、ノルウェー法と監護権に関する合意に基づく F.

の権利を侵害した。証拠調べ期日を開いた後、地方裁判所は原告 F.の申立てを棄却した。再検討と口頭弁論を行った結果、本控訴裁判所は原審を破棄する。

I. 背景事実

A. ノルウェーの裁判所の監護権に関する命令

原告 F.は、ノルウェー市民であり同国に居住している。被告 R.は、米国の市民であり同国に居住している。両者は 1994 年に結婚し、ノルウェーに居住した。彼らの娘 J.は、ノルウェーで 1996 年 9 月 17 日に生まれ、両親が 1998 年 1 月に別居するまで一緒に住んでいた。

別居の間および別居後、原告 F.と被告 R.は絶えず争っており、財産分与や娘の監護について合意をすることができなかった。被告 R.は、別居中に J.の監護権を主張し、原告 F.が面会権を行使するのを大抵は妨害した。被告 R.は、原告 F.に対して重大な告発も行った（その中には、F.が R.の身体を脅し虐待したこと、F.が J.に毒を盛ったことが含まれている）が、それらは後で事実無根であると判断されている。さらに、1998 年 12 月に、被告 R.の家屋（夫婦がかつて共に住んでいた家屋）で火事があったとき、被告 R.は放火と保険金詐欺の嫌疑で起訴された。最終的に無罪となったが、被告 R.は、当該火災に関して多額の民事制裁金を支払うよう命じられた。

1999 年 8 月 25 日に、ノルウェーのベルゲン市裁判所は、原告 F.にその娘 J.の監護権を付与する旨の命令を下した。ベルゲン市裁判所の判断によれば、当事者間の争いにおいて、R.が「主要な役割」を果たしたことはほとんど疑いがなく、R.の不安定な生活は、彼女が娘を世話するのにマイナスにはたらくものであり、予定されていた F.の面会を「妨害」したことからして、F.に面会権を与えた合意を被告 R.が尊重するとは考えられない。ベルゲン市裁判所の判断は、具体的には以下の通りである。

「証拠調べの結果、当事者間の紛争の程度が激しいこと、そして、そこで主要な役割を果たしたのが被告 R.であることにほとんど疑いないことが認定された。彼女が紛争を扇動したのであり、原告や他の関係者に対してしばしば重大な告発を行っている。これらの告発については、後で全く事実無根であることが判明している。（略）

また、被告は現在、原告との間で2つの別々の裁判所で2件の裁判に関与している。これは、不動産の分与に関するものと、子の監護権と面会権に関するものである。さらに、被告は再拘留されており、いまだに放火、保険金詐欺、虚偽の告発について訴えられている。にもかかわらず、彼女は犬の購入に関連した民事紛争に関与し、そのために弁護士を雇っている。したがって、彼女については数多くの不安定要素があるのであり、これは間違いなく子の世話に関してマイナスの影響を与えるものである。

被告はさらに、すでに決定された面会に関しても、原告に協力することを拒む姿勢を示している。(略)これに関連して、被告は、法的強制力を持つ仮判決によって決められた面会も何度か妨害している。(略)

当裁判所は、このことからしても、被告には子の権利を尊重して当事者間の紛争から子を守るのが困難であることは明らかだと考える。専門家も言うように、被告は、自分自身の不安や猜疑心と、子のそれとを区別することができていない。これに関連して、被告は原告の家において、専門家が次回の裁判において使用する報告書を書いていることを知って、専門家がいる前で原告と争いを起こしたこともある。

当裁判所は、このようなレベルの紛争が一定期間にわたって継続することは、子にとって有害だと確信する。」

これに対し、原告 F.については、ベルゲン市裁判所は、本件の専門家として指名された精神科医の証言に一部基づいて、F.が理解ある協力的な親であり、J.に安全な家を提供することができると判断した。その上で、ベルゲン市裁判所は、以下のように、J.は主に母になついているけれども、F.こそが J.の監護権を保持するに最もふさわしいと結論づけた。

「当裁判所は、当事者間の紛争と協力の問題をも考慮した上で、J.の世話をする人間として最もふさわしい当事者は原告であるということで、専門家に同意する。

当裁判所は、原告に監護権を移すことにより、紛争が生じる可能性が減り、その結果子に平穏をもたらすと考える。原告は、紛争に関する子の立場について被告以上によく理解しており、被告に対して拒絶的な態度を取って母と子が会うのを妨害するようなこともまずないと考えられる。これに関連して、専門家の報告書の以下の記述に言及しておく。(略)

『J.が主になついているのは R.女である。しかし、J.には父母双方に定期的に触れる必要があるということ、J.の現状において平穏が特に必要であるということをもっとよく理解しているのは F.男である。（略）さらに、F.男の現状からすれば、F.男は J.に対し、安全な家と、母よりもしっかりした生活を与えることができる（もつとも、R.女の状況は時とともに改善していくことを期待できるので、これが決定的に重要なポイントであるとは言えないが）。』』

ベルゲン市裁判所は、原告 F.が親としてより適切だと結論付けた後、J.の監護権をその父である原告 F.に付与し、被告 R.に対しては面会権しか与えなかった。具体的には、J.はその父と同居する旨、ならびに、被告 R.は、隔週の週末と隔週の水曜日、隔年のクリスマス休暇・新年休暇・イースター休暇、J.の夏休みにおける2週間だけJ.に面会できる旨を命令した。

B. 和解の合意

被告 R.は、ベルゲン市裁判所の判決につき、1999年8月25日に、ノルウェー Gulating 控訴裁判所に控訴した。2001年に、両当事者は監護権に関する合意（以下「本件合意」という）に達し、これは Gulating 控訴裁判所によって承認され、控訴は斥けられた。2001年2月28日付の本件合意により、両当事者は、ノルウェーの法律の下で娘のための「共同親権」を保持すること、J.は母と同居すること、父は特定の日時に娘と面会することが定められた。具体的には、本件合意の該当箇所は以下の通りである。

- 「1. 本日、生年月日（略）国民 ID 番号（略）である P.R.（以下「母」という）と、生年月日（略）国民 ID 番号（略）である T.F.（以下「父」という）との間で、裁判上の和解が締結された。
2. 本件合意は、生年月日（略）国民 ID 番号（略）である我々の子 J.F.（以下「娘」という）に関するものである。
3. 父と母は、その娘のための共同親権を持つ。
4. 娘は、母と同居する。母は、子の監護権を持つ。
5. 父は、以下の期間につき、娘に面会する権利を有するものとする。
 - a) 娘が学校（幼稚園）に通う間は、隔週で木曜日の午後4時から月曜日の朝まで。
 - b) 隔年の秋期休暇。2001年の秋期休暇は、娘は母と共に過ごすものとする。
 - c) 隔年のクリスマス休暇。2001年のクリスマス休暇は、娘は父と共に過ごすものとする。

d) 隔年のイースター休暇。2001年のイースター休暇（2001年4月9日から2001年4月17日まで）は、娘は父と共に過ごすものとする。

e) 夏の3週間、うち2週は連続。夏期休暇については、毎年5月1日までに合意がなされるものとする。2001年の夏期休暇は、母がいつ休暇を取るかを定める。翌年以降、両親が隔年で、5月1日までに交互にその夏期休暇について決める。

6. 両親はさらに、その娘のために最大の誠意をもって協力することを合意し、本合意とその確認事項が履行されることを約束した。」（強調は引用者による）

本件合意で使用される「共同親権」という言葉は、ノルウェー法における特有の意味を持っている。したがって、原告Fは、面会権に加えて、ノルウェー法にいう「共同親権」に関連したその他の権利も有することとなった。具体的には、子と親に関する1981年4月8日法律第7号（以下「児童法」という）は、親権につき、「個人的な事柄について子のために意思決定を行う」権利を含むものと広く定義している。児童法第30条の規定は、以下の通りである。

「親権の意味

第1項 子は、親権を有する者から世話され配慮される権利を有する。親権者は、法第31条及び第33条で規定される範囲内において、個人的な事柄について子のために意思決定を行う権利及び義務を有する〔脚注1〕。親権は、子の利益と必要に基づいて行使されなければならない。

第2項 親権者は、子を適切に育て養う義務を負う。親権者は、子はその能力や適性に応じた教育を受けることを確保しなければならない。

第3項 子に対しては、暴力を振るってはならず、どのような方式にせよその心身の健康を害し危険にさらすような取扱いをしてはならない。

第4項 金銭面について子に代わって意思決定を行う権利に関しては、後見に関する1927年4月22日法律第3号の規定を適用する。」（強調は引用者による）

したがって、児童法第30条により、共同の「親権」を持つ親は、共同の権利とはいえ、「個人的な事柄について子のために意思決定を行う」権利を有するのである。

両親が「共同親権」を行使するが、子が片方の親としか共に住んでいない場合、法第 30 条により他方の親に与えられた共同だが広い意思決定権限は、以下の通り、法第 35 条 b によって狭められる。

「子と永続的に同居している者によってなされる意思決定

両親が共同親権を行使するが、子が片方の親としか同居していない場合、他方の親は、子と同居している親が子の世話における重要な点に関する意思決定を行い、日常生活に関する他の重要な意思決定を行うのに反対してはならない。ここでいう子の世話における重要な点とは、子が保育園に通うかどうか、子がノルウェー国内のどこで住むかといった問題をいう。」（強調は引用者による）

したがって、両親が「共同親権」を有する場合、子と同居する親（本件では被告 R.）が、「子の世話における重要な点に関する」意思決定権限を有するが、子の世話における全ての点に関する意思決定権限までは持たない。このように、児童法第 35 条 b は、法第 30 条により他方の親に対して与えられた全ての意思決定権限を奪っているわけではない。それゆえ、原告 F. は、法第 35 条 b のもと、子の世話におけるいくつかの点についてある程度の意思決定権限を保持しており、法第 30 条のもと、その他の個人的な事柄について子のためにある程度の意思決定を行う権限を保持しているのである。

さらに、子と同居している親は法第 35 条 b により子がノルウェーのどこで住むかを決定する権限を持つのに対し、法第 43 条は、共同親権を有する親（本件では F.）に対し、子がノルウェー国外で住むかどうかに関する意思決定権限を付与している。具体的には、法第 43 条は、以下の通り、子が外国に行く場合には両親が同意しなければならないと規定している。

「子と共に海外に移転する場合について

第 1 項 両親のいずれか一方のみが親権者である場合は、他方の親は、子が海外に移転することに反対してはならない。両親が共同親権を有する場合は、両方の親が子の海外移転について同意しなければならない。

第 2 項 誰が親権を持つか、あるいは、誰が子と永続的に同居するかについて両親が同意しない場合、子は、物事が決定されるまで外国に移転してはならない。」（強調は引用者による）

したがって、原告 F.の共同親権は、一般的に「国外への子の連れ去り禁止条項」権と言われる権利、すなわち J.がノルウェー国外で母と共に住むかどうかを決定する権利を、実質的に原告に付与しているのである。

C. 連れ去り

証拠調べ期日において、原告 F.は、米国への J.の連れ去りが発生した経緯と彼がその後娘を見つけるために払った労力についてまとめたベルゲン警察報告書を提示した。F.はまた、これらの出来事について証言した。地方裁判所は、F.の証言は信頼できるものであること、警察報告書は娘を見つけるために彼が払った労力について正確に要約していること、F.が米国への J.の連れ去りを黙認しなかったことを認定した [脚注 2]。

2001 年 5 月に、被告 R.は原告 F.に連絡を取り、面会スケジュールの変更を求めた。彼女は、J.は 2001 年 5 月と 2001 年秋に予定よりも長い期間 F.と共に暮らし、その代わり、J.が夏の間中ずっと米国で R.と共に過ごすことに F.が同意するという提案をした。F.によれば、R.は彼女の兄が米国で結婚したので、2001 年夏は R.は J.を連れて彼女の家族と共に過ごしたいと説明したとのことであった。F.はこの提案を受け入れたが、このとき F.は、J.が 2001 年秋にはノルウェーで通学を開始するため帰国するということをはっきりと期待していた。しかし、F.によれば、被告 R.は J.を帰国させなかったし、J.の居場所について F.に知らせるために連絡を取ることもしなかった。

原告 F.は、R.が 2001 年夏の終わりに F.に連絡しなかったとき、彼がまずベルゲン、オスロ、その後は米国で、被告 R.と J.を見つけるために絶え間ない労力を払い始めたという証拠を提示した。彼はまず、ベルゲンの R.の自宅に電話をし、手紙を出そうとしたが、返事はなかった。彼は次に、R.の家主と連絡を取り、家主から R.がオスロに引っ越したことを知らされた。F.はその後、現地の郵便局に連絡し、R.宛ての郵便がオスロの彼女の姉妹の住所に転送されていることを知った。その後、2001 年秋に、F.はオスロにいる R.の姉妹のところは何度も電話をした。姉妹は、F.の言葉を R.に伝えると約束した。R.がこれらの電話に対して一切返事をしなかったので、F.は、R.の姉妹の夫の職場に宛ててこの夫と連絡をとり、原告 F.に R.の居場所を教えてくれるようにと懇願した。しかし、R.の姉妹の夫は、R.の居場所について知らないと答えた。

2002年3月25日に、原告Fは、娘を見つけるための彼の上記の労力についてまとめた警察報告書をベルゲン警察署に提出した。彼は最終的に、ノルウェー当局から、R.またはJ.の居場所を探すのにほぼあらゆる手段を用いたが、被告R.はおそらくオスロにはいないということを告げられた。2002年3月27日に、F.はノルウェー法務省に対し、娘の帰還を求める申立てを行った。同省は、彼が娘の居場所を探すのを協力してくれていた。その後、原告F.は米国内でR.とF.を探し始めた。2002年8月に、原告F.はR.とJ.を探すため、R.が生活している可能性があると思われるフロリダ州タンパとジョージア州アトランタに行った。

D. ICARA に基づく申立

2002年11月4日に、原告F.はジョージア州アトランタの地方裁判所に対し、ICARA に基づいて、申立人の元に子の帰還を求める申立てを行った。F.のICARA に基づく申立ては、被告R.がF.の共同親権を侵害して不法にJ.をノルウェーから連れ去ったとして、国際的な子の奪取の民事面に関するハーグ条約（以下「ハーグ条約」又は「条約」という）第12条及び合衆国法典第42編第11603条(b)による娘の返還を求めるものであった〔脚注3〕。

証拠調べの後、地方裁判所は、被告R.によるJ.のノルウェーからの連れ去りは、原告F.のノルウェー法に基づく娘に対する権利を侵害するものであると結論づけた。地方裁判所はさらに、以下を認定した。(1)原告F.は信頼できる証人である。(2)F.は、被告R.がJ.をノルウェーから連れ去るのを黙認していなかった。(3)F.は、連れ去り後何ヶ月もの間、R.とJ.を見つけることができなかった。(4)F.のICARA に基づく申立ては、ハーグ条約の規定通り、連れ去りから1年の期限内に提出されていた。

しかし、地方裁判所は、原告F.はノルウェー法のもと、連れ去り時のJ.に対しては、監護権ではなく、離国禁止権と結びついた面会権しか行使していなかったと結論づけた。このような理由で、地方裁判所は、条約とICARA に基づく子の帰還を命令することはできないと判断し、申立てを棄却した。

2003年3月7日に、原告F.は単独で、ベルゲン市記録官に対し、彼の権利を明確化する申請を行った〔脚注4〕。2003年3月11日に、ベルゲン市記録官は、以下の通り、ノルウェー児童法第30条と第35条bについて検討し、被告R.が

娘と共に海外移住したのはF.の「子に関する共同決定権」を侵害したものであるということを明示した裁定を行った。

「この問題については、両当事者が2001年2月28日の裁判上の和解に基づき子の共同監護権を持つところから出発しなければならない。すなわち、ノルウェー児童法第30条により、両当事者は、子の環境に関して必要な決定で、子が未成熟さ等のゆえに関与できないものについては共同でその全てを決定するということである。そして、同法第43条第1項は、両当事者は子がノルウェー国外に移住するときは、必ず事前に合意しなければならないと明確に規定している。

裁判上の和解によれば、被告P.R.は、両当事者の共同監護権に服する子について、日々の世話と扶養を行うものとされている。児童法第35条bによれば、ここには、ノルウェー国内での移転を含む、子の日常の環境に関する決定権限が含まれる。しかし、当該権限のうちには、子と共に海外に移住することは含まれていない。

訴訟資料によれば、裁判所は、P.R.が2001年に子と共に米国に移住する前に、原告の同意を求めていなかったと考える。したがって、当該移住は、[T.] A. F.の子に関する共同決定権を侵害するものである。」

この裁定は、法第30条により、F.とR.は「共同で子の環境に関する必要な決定の全てを行わなければならない」のであり、法第35条bにより、R.は「ノルウェー国内での移転を含む、子の日常の環境に関する決定権限」を有していたが、子と共に海外に移住する権限は有していなかったという判断を下した。原告F.はその後、ベルゲン市記録官の裁定に基づいて、連邦地方裁判所に対し再考を求める動議を行った。しかし、地方裁判所は、動議を棄却した。

II. 審査の基準

「当裁判所は、地方裁判所の事実認定については明白な誤りがないかどうかを審理し、その法律判断については新たに審理する。」（Lops 対 Lops 事件, 140 F.3d 927, 935 n.6 (11th Cir. 1998)）（引用省略）

III. 検討

原告 F.は、ICARA として米国に採択されたハーグ条約に基づき、娘のノルウェーへの返還を求めている。合衆国法典第 42 編第 11601 条～第 11611 条を参照のこと。本件の最重要な問題点は、ノルウェー法における原告 F.の娘に対する権利が、ハーグ条約の明文の条項に基づいて彼の子の返還を求められるような種類の権利であるかどうかという点である。当裁判所の結論は、これを肯定するものである。

当該結論を出すに当たり、当裁判所はまず、ハーグ条約の条項と目的を確認する。次に、ノルウェー法の下での原告 F.の権利の性質と限界を分析し、それをハーグ条約の条項の枠組みの中に位置づけ、原告 F.に J.をノルウェーに返還する権利があることの理由を説明する。最後に、被告 R.の 2つの抗弁について検討する。

A. ハーグ条約の目的

ハーグ条約は、1980 年に、「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」（条約前文）という明文の目的をもって制定された。この目的は、より具体的には、「a)いずれかの締約国に不法に連れ去られ、又は留置されている子の迅速な返還を確保すること。及び、b)一の締約国の法令に基づく監護の権利及び接触の権利が他の締約国において効果的に尊重されることを確保すること。」（条約第 1 条）である。

これらの一般目的を達成するため、条約第 3 条、第 5 条、第 12 条、第 13 条は相俟って、子をその常居所に返還するための救済方法と、当該救済が可能となる場面について規定している。条約は、奪取前の状態を回復することと、親がより有利な裁判所を求めて外国まで出向くのを防止することとを目指して作られている（Lops, 140 F.3d at 936（Friedrich 対 Friedrich 事件, 78 F.3d 1060, 1064（6th Cir. 1996）を引用）を参照のこと）。

B. ハーグ条約に基づく返還による救済

ハーグ条約第 12 条は、同条約にいう意味における「不法に連れ去られ又は留置された」子につき、連れ去りから手続き開始まで 1 年超経過して子在新

たな環境に適応している場合でない限り、当該子は返還されるという一般ルールを確立している。合衆国法典第 42 編第 11601 条を参照のこと [脚注 5]。

条約第 3 条は、第 12 条の目的にとって「不法」となる行為の概要を説明している。第 3 条によれば、子の連れ去り又は留置は、それが他人の「監護権」（単独の監護権であっても共同監護権であっても）を侵害し、かつ、当該「監護権」が連れ去り若しくは留置の時点において現実に行使されていた又は連れ去り若しくは留置がなければ行使されていたはずであった場合には、不法となる。第 3 条は以下のように規定している。

「子の連れ去り又は留置は、次の a 及び b に該当する場合には、不法とする。

a) 当該連れ去り又は留置の直前に当該子が常居所を有していた国の法令に基づいて個人、施設又は他の機関が共同又は単独で有する監護の権利を侵害していること。

b) 当該連れ去り若しくは留置の時に a に規定する監護の権利が共同若しくは単独で現実に行使されていたこと又は当該連れ去り若しくは留置がなかったならば当該権利が共同若しくは単独で現実に行使されていたであろうこと。」（強調は引用者による。Lops, 140 F.3d at 935.も参照のこと。）

ハーグ条約には、「監護権」を構成する諸権利の網羅的なリストは含まれていない。しかし、第 5 条は「監護権」と「面会権」を区別して、以下のように規定している。

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

b) 「接触の権利」には、一定の期間子をその常居所以外の場所に連れて行く権利を含む。」（強調は引用者による）

このように「監護権」については、条約の中で明確に定義されている。米国の裁判所では、監護権について、主に子の身体に関する監護の意味で考えられがちである。しかし、ハーグ条約を適用するに当たっては、条約に記載された「監護権」の定義について目を向けねばならず、それとはやや異なる米国の監護概念によって、条約本来の用語の適用を不明確にしてしまってはならない。具体的には、本件では「監護権」について、「子の世話に関する権利」、特に、「子の居所を決定する権利」（条約第 5 条）を含むものとして考えなければならない。

さらに、条約第 13 条は、第 12 条の義務的返還のルールについて、わずかながら一定の例外を設けている。すなわち、第 13 条によれば、「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（略）」（条約第 13 条第 1 項(a)）ということ、返還に反対する人が証明した場合には、裁判所は子の返還を命じる義務を負わないとされる〔脚注 6〕。

以上をまとめると、ハーグ条約の規定によればは、申立人が証拠の優越によって以下の(1)(2)の双方を証明した場合には、子をその常居所の存する国から連れ去る行為または留置する行為は不法となる。(1)子が、申立人の「監護権」を侵害するかたちで、連れ去られた又は留置されたこと。ここでいう「監護権」とは、「子の世話に関する権利、特に、子の居所を決定する権利」（単独の権利であると共同の権利であることを問わない）を指す。(2)「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、第 5 条。合衆国法典第 42 編第 11603 条(e)(1)(A)。Lops, 140 F.3d at 936.も参照のこと）

〔脚注 7〕。申立人がこれらの要件を満たすならば、被申立人が以下の(1)(2)の抗弁のいずれかを立証できない限り、子はその常居所のある国へと返還されなければならない。(1)返還の申立てが、連れ去りまたは留置の日から 1 年超経過してからなされ、子がその新しい環境に適応していること。(2)申立人が、「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」こと（条約第 12 条、第 13 条。合衆国法典第 42 編第 11603 条(e)(2)(B)）〔脚注 8〕。

C. ノルウェー法第 30 条、第 35 条 b に基づく F.の権利

本件での最重要論点は、ノルウェー法の下での原告 F.の娘に対する権利が、ハーグ条約の定義する「監護権」であるかどうかである。両当事者は、J.が 1996 年に誕生してから 2001 年に連れ去られる直前までノルウェーに常居所を有していたこと、ならびに、原告 F.が J.に対して一定の親権を有していたことを認めている。しかし、両当事者は、ノルウェー法の下での F.の権利が、単独の権利であれ共同の権利であれ、ハーグ条約に定義される「監護権」に当たるかど

うかについては争っている。条約は、「監護権」について、「子の世話に関する権利、特に、子の居所を決定する権利」を含むと定義している（条約第5条(a)）。したがって、問題は、ノルウェーの法の下でF.が有する権利が、「子の世話に関する権利」であるかどうかということになる〔脚注9〕。

本件合意においては、F.はJ.に対して「共同親権」を有するとされている。そして、ノルウェー児童法は、親の持つ諸権利は「共同親権」によって付与されると規定している。しかし、両当事者は、ノルウェー法の「共同親権」に付帯するこの権利の性質について争っている。原告F.は、児童法第30条及び第43条により、自分には条約で定義される監護権が与えられていると主張している。そこで、各条文について検討する。

ノルウェー児童法第30条は、「個人的な事柄について子のために意思決定を行う権利と義務」（強調は引用者による）を含む、親権者の一般的な権利義務について定めている。ノルウェー児童法は、「個人的な事柄について子のために意思決定」を行うとはどのようなことであるか、これ以上の定義はしていない。しかし、「個人的な事柄について子のために意思決定を行う」権利とは、子の世話、保護、扶養、金銭に関する意思決定といった、幅広い個人的な意思決定を必然的に含むものであると考えられる。さらに、子の世話のうちには、子の住まい、食料、衣服、教育、医療の必要に関する日常的な意志決定が含まれるであろう。もっとも、親権者に対して与えられる幅広い意志決定権限は、法35条bによって以下の通り制限される。

「両親が共同親権を行使するが、子が片方の親としか同居していない場合、他方の親は、子と同居している親が子の世話における重要な点に関する意思決定を行い、日常生活に関する他の重要な意思決定を行うのに反対してはならない。ここでいう子の世話における重要な点とは、子が保育園に通うかどうか、子がノルウェー国内のどこで住むかといった問題などをいう。」（強調は引用者による）〔脚注10〕

第35条bの規定からすれば、原告F.は、被告R.が「子の世話における重要な点」に関する意思決定を行うのに反対することはできない。当該規定により、法第30条によってF.に与えられた「個人的な事柄について子のために意思決定を」行う権限は、明らかにある程度制限されることになる。そこで問題は、第35条bが適用された後でも、F.の第30条の権利のうちいくつかは効力を有するかどうかということになる。そして、当裁判所は、効力を有すると考える。

法律においては、同一の言葉は同一の意味を有し、異なる言葉は異なる意味を有するということが、条文解釈における基本ルールである。United States 対 Gonzales 事件, 520 U.S. 1, 5, 117 S. Ct. 1032, 1035 (1997)を参照すると、「立法者が法令のある条項で特定の用語を使用しながら、同じ法令の他の条項ではそれを避けているのであれば、立法者は意図的に異なる包含または除外を行ったのだと、一般的には推定される。」(Russello 対 United States 事件, 464 U.S. 16, 23, 104 S. Ct. 296, 300 (1983)を引用。内部引用符は省略)とある (Iraola & CIA, S.A. 対 Kimberly-Clark Corp.事件, 232 F.3d 854, 859 (11th Cir. 2000)も参照のこと)。当該推定は、ノルウェーの法律の場合にも当然成り立つ。なぜなら、米国の立法者を支配するのと同じ論理原理が、ノルウェーの立法者を支配していると考えられるからである。

原告 F.に対して権限を与える法第 30 条の用語は、権限を制限する第 35 条の用語とは異なるものである。したがって、当該差異は偶然的なものではなく、意図的なものであると推測しなければならない。ノルウェーの立法者は、第 35 条 b において、他方の親が、子と同居している親が「個人的な事柄について子のために意思決定を」行うのに反対することはできないと規定することも容易だったはずである。もしも立法者が、第 30 条の用語を第 35 条 b でも使用していたならば、F.の子は母と共に永続的に住んでいた以上、F.が「個人的な事柄について子のために意思決定を」行う権利は全面的に無効になっていたであろう。しかし、実際にはそうではなかったのだから、当裁判所は以下のように結論づける。(1)子と同居していない親は、「個人的な事柄について子のために意思決定を」一定限度で行う共同の権利を保持する。(2)第 30 条にいう「個人的な事柄について子のために意思決定を」行う範囲は、子の世話を包括するものであり、第 35 条 b にいう「子の世話における重要な点」よりも広範なものである。(3)したがって、F.は、「子の世話における重要な点」については意思決定を行う権限はないけれども、第 30 条により、子の世話に影響を与える決定を含む、個人的な事柄に影響を与える意思決定を行う権限を有する。(4)「個人的な事柄について子のために意思決定を」行うことの一部は、条約第 5 条の意味における「子の世話」に関する意思決定に属する [脚注 11]。

以上より、当裁判所は、法第 30 条だけでもって、原告 F.には条約に定義される「監護権」が付与されると判断する。しかしながら、当裁判所としては、当該判断だけをもって原告 F.は監護権を有するとの最終的な判決を下すわけではない。以下で検討するように、F.はノルウェー児童法第 43 条に基づき離国禁止権を有している。これにより、F.は子がノルウェー国内に住むか国外に住

むかを決定する実質的な権利（共同の権利ではあるが）を有し、したがって、この居所を R.と共同で決定する権利を有するのである。当裁判所は、第 43 条に基づくこの離国禁止権が、特に第 30 条により F.が保持する権利との関係において、条約の定義する「監護権」を構成すると結論付ける。

D. 法第 43 条に基づく F.の離国禁止権

ノルウェー児童法第 43 条は、両親が共同親権を持っている場合、子がノルウェーを離れて海外に住むときには、両方の親が同意しなければならないと規定している。当裁判所は、この離国禁止権が原告 F.に対してハーグ条約による監護権を付与していると結論づける。この結論は、条約の「監護権」の定義に基づくものであるが、条約の歴史や目的、条約調印国の裁判所の判決によっても根拠づけられるものである。

ハーグ条約第 5 条は、「監護権」について、「子の世話に関する権利、特に、子の居所を決定する権利」が含まれるものと定義している。そこで、問題は、離国禁止権が「子の居所を決定する権利」に当たるかどうかということになる。当裁判所の結論は、これを肯定するものである。

親がハーグ条約に基づく監護権を持っているかどうかを検討するに当たってきわめて重要な点は、監護に関する諸権利のうち一つを侵害するだけでも、子の連れ去りが不法となるということである。すなわち、親が条約に基づいて子の返還を求めるに当たっては、必ずしもこの子の「監護」に関する全ての権利を持っている必要はなく、監護に関する諸権利のうち一つでも有しておれば足りるのである。さらに言うと、この親は監護に関し、唯一の権利者である必要はないし、あるいは主要な権利を有している必要もない。条約第 3 条は、「共同又は単独で有する監護権」（条約第 3 条第 1 項(a)。強調は引用者による）を侵害した場合、子の連れ去りまたは留置は不法になると規定している。したがって、原告 F.が J.の居所を決定する権利を被告 R.と共同に有しているのであれば、原告 F.はハーグ条約に基づく監護権を有するのである。

ノルウェーの法律では、子の居住地を決定する権利は区別されており、ノルウェー国内のどこに住むかを決定する場合のルールと、国外のどこに住むかを決定する場合のルールとは異なる。被告 R.は、J.が国内のどこに住むかを決定する権限を有しており、原告 F.はそれについて反対することはできない。したがって、F.は、J.がノルウェー国内に住む限り、J.が例えば市街地に住むか田舎

に住むか、ベルゲンに住むかオスロに住むか、母だけと共に住むか他の家族も共に住むか、を決定する権限を持たない。

しかしながら、原告 F.は、J.が母と共にノルウェー国外に移転するかどうかを決定する権利を有するし、それによって、J.の居住地をノルウェー国内にするかノルウェー国内にするかを決定する共同の権利を有しているのである。

ハーグ条約は「居住地」について明確に定義していないが、当裁判所は、条約の文脈に照らして、子がノルウェー国内に住むか国外に住むかを決定する権利は、子の居住地を決定する権利を構成するものと考え。条約は、J.がノルウェー国内でベルゲンまたはオスロに住む場合の救済策を提供するものではなく（これは R.の権利である）、R.が J.を連れて国外に移転する場合の救済策を提供するものである。したがって、当裁判所の見解では、条約にいう「居住地」に関する決定は、J.がノルウェー国外に住むかどうかに関する決定を包含すると考えるのが論理的であり、必然的である。それゆえ、子がノルウェー国内でどの市や家に住むかという場合とは異なり、子がどの国に住むかという問題は、条約第 5 条に基づいて子の居住地を決定する権利を構成するものであり、したがって、条約にいう監護権である。ハーグ条約の目標が国際的な奪取を阻止することであることを考えると、当裁判所は、離国禁止権は子の居住地を決定する権利を含むものとして積極的に解釈する。なぜなら、離国禁止権は親に対し、子の海外移転について決定する権利を与えるものだからである。

さらに、仮に子の「居住地」とはこの子が済む特定の家屋を指すものだと狭く考えたとしても、原告 F.は、J.がノルウェー国外で住む場所を決める権利を被告 R.と共に有している。原告 F.は、J.が海外に移転するのに同意することを拒否する権限を有するだけでなく、F.が望む条件を付して同意を行う権限も有している。例えば、J.がノルウェー国外に移転することを同意するにあたり、面会権を拡大することや、J.が特定の市や特定の空港の近隣地に住むこと、さらには J.が米国内の特定の家屋に住むことを、F.は条件として付すことができる。したがって、児童法第 43 条は F.に対し、J.の特定の居住地を決定する権限を明確に与えてはいないけれども、F.は、被告 R.が J.をノルウェー国外に連れ去る場所を決める権限を（R.と共に）実質的に有している。J.の居住地を決定する F.の権利は、被告 R.のそれと同等なのである。以上から、当裁判所は、ノルウェー法は J.の居所を決定するための共同の権利を F.と R.に付与していると結論づける。

原告 F.がこの権利のうち一点（すなわち、J.のノルウェー国内での居住地を決定する権利）を共有していなかったことは、この結論に影響するものではない。条約は、親権について、返還を求める親がそれを一人で行使することや、それを主に行使することを要求してはいない。したがって原告 F.は、J.の居住地を決定する権利につき、行使できる範囲が被告 R.よりも大きいか小さいか同等であるかを問わず、それをノルウェー法により保持するのである。

さらに、原告 F.の離国禁止権について、仮にそれを単なる「拒否権」または被告 R.の J.の居住地を決める権利を制限する権利だと考えたとしても（当裁判所の見解では、このように考えることは誤りであるが）、ノルウェー法に基づく国外への子の連れ去り禁止条項は、条約に基づく監護権であると考えられる。すなわち、子の居住地を決定する権利は、ハーグ条約に基づく監護権のほんの一例にすぎない。より一般的には、監護権のうちには、「子の世話に関する」（条約第 5 条）が含まれる。ノルウェー法における離国禁止権は、間違いなく、子の居住地の決定に影響を与える（当該権利について、最低限の定義しかなく、広範な定義があろうと問わない）。「監護権」の定義からしても、条約は暗黙のうちに、子の居住地の決定が子の世話における重要な点であることを認めているのである。したがって、仮に原告 F.が J.の居住地を決定する権利を有していないと議論上考えたとしても、F.は少なくとも、J.の居住地の決定に関する拒否権—これは、条約第 5 条にいう「世話に関する権利」である—を有する。以上のような理由で、法第 43 条の離国禁止権は、F.に対し、条約に定義された監護権を付与するのである。

最後に、原告 F.の離国禁止権は、子の世話について重要な決定を行う権限を付与している。F.は、J.がノルウェーに留まるのを求めることにより、J.がノルウェー語を話し、ノルウェーの文化に接し、ノルウェーの学校に通い、ノルウェー人の友人を持つことを決定したと言える。つまり F.は、J.がノルウェー人になるかどうかを実質的に決定できる。子の言葉、国籍、文化的アイデンティティを決定する権利は、明らかに、条約のいう意味における「子の世話に関する」権利である。

E. ハーグ条約に規定された目的

これらの当裁判所の結論は、条約の歴史と、その規定された目的と一致するものである。上述のように、ハーグ条約に規定された目的は、「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」である（条約前文）。条約はさらに、その目的のうちには「一の締約国の法令に基づく監護の権利及び接触の権利が他の締約国において効果的に尊重されること」（条約第1条(b))を確保することを含むと規定している〔脚注12〕。

裁判所は以前に、「ハーグ条約は『奪取前の状態を回復することと、親がより有利な裁判所を求めて外国まで出向くのを防止すること』を目指している」（Lops, 140 F.3d at 936 (Friedrich, 78 F.3d at 1064 を引用)）ということを確認した。本件では、条約の目的は、J.をノルウェーに返還する命令を出すことにより達成される。原告 F.と被告 R.は、ノルウェー法のもと「共同親権」を保持している。被告 R.は、J.の身体に対する主要な監護権を持ち、F.よりも大きな意思決定権限を有しているけれども、F.はその子の世話について、ノルウェー法に基づく共同親権を保持する。F.は、R.が J.の居住地をノルウェーから米国へと移せるかどうかを決定する権利をも有する。このような状況のもとでは、子をノルウェーに返還することが、ノルウェー法及びハーグ条約に基づく両当事者の権利を最も尊重した行為であると言える。

返還命令は、実質的に J.の監護権に関する現状を維持するものである。返還命令は、監護権について変更をもたらすものではない（被告 R.は変更すると主張しているが）。なぜなら、R.としては、子を伴ってノルウェーに戻り、監護権を保持し続けることができるからである。被告 R.は、ノルウェーに戻った際、J.を連れて米国に帰ることができるようにと、本件合意について変更を求めることもできる。これに対し、原告 F.の ICARA に基づく申立てを棄却することは、被告 R.がノルウェー Gulating 控訴裁判所によって承認された本件合意を無効にし、子の世話に関する F.のノルウェー法に基づく権利を侵害することを認めることになる。ハーグ条約の目的は、このような類型の奪取を正当化するものではなく、それを阻止し修正することである。

F. 他国の裁判例

米国最高裁判所は、条約の用語を解釈するに当たり、「調印国の裁判所の見解を重視する」（Air France 対 Saks 事件, 470 U.S. 392, 404, 105 S. Ct. 1338, 1345 (1985) (内部引用符と引用は省略)）という法理を確立している。外国の裁判所の判断は、本件の検討にとり必須なものではないが、当裁判所の考察と結論

は、この条約の問題に対処している調印国の裁判所の大多数と一致するものである。

具体的には、英国、オーストラリア、南アフリカ、イスラエルの裁判所は、「監護権」につき広義に解し、離国禁止権を侵害して子を連れ去ったケースにつき、ハーグ条約に基づく返還命令を出している。これらの裁判所は、離国禁止権を侵害して子を連れ去ったケースに関する返還命令を出すに当たり、監護権に関する命令（国外への子の連れ去り禁止条項を含む）を執行する必要性、条約の趣旨、画一性が望ましいことを強調している。英国の *C.対 C.事件*、1 *W.L.R. 654, 658 (Eng. C.A. 1989)*は、離国禁止権は父に対して子の居住地に関する監督権限を付与するものであり、それはハーグ条約に基づく監護権を構成するとした。オーストラリアの *In the Marriage of: Jose Garcia Resina Appellant/Husband and Muriel Ghislaine Henriette Resina Respondent/Wife*, [No. 52] (1991) (*Austl. Fam.*), ¶ 26 は、(1)コモン・ロー諸国では画一性が望ましいこと、(2)国外への子の連れ去り禁止条項を侵害して連れ去られた子の返還に関する *C. 対 C.事件*の裁判所の考えは、「ある国から他の国へと不法に（すなわち裁判所の命令または知られた法的権利を侵害して）連れ去られた子は速やかにその本来の国へと返還し、その国の社会の中で適切に将来を選べるようにしなければならないという条約の趣旨にかなったものである」ということを理由に、*C.対 C.事件*のアプローチを採用した。南アフリカの *Sonderup 対 Tondelli 事件*, 2000(1) *Constitutional Court of South Africa 1171*, ¶ 25 (CC)は、ブリティッシュ・コロンビアの命令によりで親権を有している母は、ブリティッシュ・コロンビアの内部だけで（承認された期間内だけ）親権を行使できるのであり、彼女が命令において要求された通りに子をブリティッシュ・コロンビアに返還しなかったことは、彼女が監護権を行使するための条件と父の権利とを侵害するものであるとした。イスラエルの *C.C. (T.A.) 2898/92, Foxman 対 Foxman 事件*, 1992 (H.C.) (Isr.)は、ハーグ条約のいう「監護権」という言葉は、子をその居住国から連れ去るに当たっては親の同意が必要となる場面も含むような広義に解釈されるべきであると結論づけた。

さらに、英国の控訴裁判所は、いくつかの状況においては、子の常居所のある国において監護権に関する命令を発する裁判所も、監護権を有することがある（それは裁判所の同意なくして子が連れ去られた場合には侵害される）ということを示唆している。*B 対 B 事件*、3 *W.L.R. 865 (Eng. C.A. 1993)*. *All E.R. 144 (C.A.) (Eng.)*は、条約第 3 条の下、「施設その他の団体」は監護権を有するこ

とがあるということを指摘し、裁判所の管轄地域から子を連れ去ることが裁判所の監護権を侵害することがあると判断した。

当裁判所は、外国の裁判所が全て当裁判所の判断と一致しているわけではないということは認める。カナダとフランスの裁判所は反対の立場を採り、離国禁止権を侵害した子の連れ去りは、ハーグ条約にいう不法な連れ去りを構成しないとした。しかし、上に引用した英国、オーストラリア、南アフリカ、イスラエルの裁判所の判断は、カナダとフランスの裁判所の判断よりも理由付けが優れ、裁判例の数も多くて、より説得的であった。実際、カナダ最高裁判所は2回に渡り、国外への子の連れ去り禁止条項が監護権には当たらないことを示唆しているけれども、それはいずれも判決の傍論においてである。すなわち、**Thomson 対 Thomson 事件**、[1994] 3 S.C.R. 551 (Can.)は、監護権に関する仮命令中の国外への子の連れ去り禁止条項（最終決定についてスコットランドの裁判所の管轄に留めるというもの）に違反したということを理由に、返還命令を下した。しかし、傍論の中で、最終命令は面会権を保護するためだけのものであるから、最終命令に関して返還による救済を与えることはできないとした。また、**D.S 対 V.W 事件** [1996] 2 S.C.R. 108 (Can.)は、返還による救済は、連れ去りに関する暗黙の制約に対する侵害についてはできないとした。また、傍論の中で、このような侵害は監護権に関するものではなく、面会権だけに関するものであるとした。フランスの裁判例で、監護権に関する命令につき、母がその子をイングランドとウェールズで育てることを要求する命令は、母の国外在住権を制約するものとして許されないと、英国への子の返還命令を出すことを拒んだものが少なくとも一つある。すなわち、**T.G.I. Perigues, Mar. 17, 1992, Ministere Public 対 Mme. Y.事件**、D.S. Jur. 1992 (Fr.)である。しかし、フランスの裁判所が、当該事件について、ハーグ条約に定める監護権よりも母の国外在住権の問題を重視した点については、当裁判所は誤りだと考える〔脚注13〕。

G. 他の巡回裁判所の裁判例

当裁判所の結論は、第2、第4、第9巡回裁判所の結論からは異なるものである。本件の問題に関する巡回裁判所の重要裁判例は、**Croll v. Croll**, 229 F.3d 133 (2d Cir. 2000)である。第4及び第9巡回裁判所は、基本的に、ちょうど本件の地方裁判所と同様に、**Croll 事件**の多数意見を採用したものである。**Fawcett 対 McRoberts 事件**、326 F.3d 491, 500 (4th Cir. 2003), cert. 棄却 124 S.Ct. 805 (2003)及び **Gonzalez 対 Gutierrez 事件**、311 F.3d 942, 954 (9th Cir. 2002)を参

照のこと。しかし、当裁判所は、**Croll** 事件の多数意見の結論には同意せず、反対意見に与する〔脚注 14〕。まずは **Croll** 事件の事案について検討しよう。

Croll 事件では、**Croll** 女は、**Croll** 男と共に行った監護権に関する合意を破って、その娘 **C.**を香港から米国へと連れ去った (**Croll**, 229 F.3d at 135.)。そこで、**Croll** 男は、**C.**を香港に連れ戻すため、**ICARA** に基づく申立てを行った (同上)。当該合意において、**Croll** 男は **C.**に関して唯一「監護、世話及び監督」を行う者であるとされ、「合理的な面会」を行う権利を有するとされた (同上)。当該合意はまた、裁判所の許可か他方の親の同意がない限り、**C.**は「18歳になるまで香港から連れ去られることはない」と規定していた (同上)。そこで、地方裁判所は、この国外への子の連れ去り禁止条項が、条約の下での監護権を構成するとして、**Croll** 男の申立てを認めたのである (**Croll**, 229 F.3d at 136.)

地方裁判所の結論を破棄するに当たり、**Croll** 事件の多数意見は、以下の 3 つの主要結論に立脚していた。(1)**Croll** 男の離国禁止権は、子の居住地を決定する権利ではなく、**Croll** 女が子の居住地を決定する権利を制限するものにすぎない。(2)**Croll** 男の国外への子の連れ去り禁止条項は、連れ去りの際に行使することができなかった。(3)ハーグ条約の歴史と起草者の意図からして、国外への子の連れ去り禁止条項は監護権ではない (**Croll**, 229 F.3d at 137-143.)。本件ではノルウェー法について扱うし、原告 **F.**の離国禁止権は、ノルウェー法に基づく共同「親権」によるその他の意思決定権限との関係において考えられなければならないから、**Croll** 事件とは異なる。いずれにせよ、当裁判所は、**Croll** 事件における多数意見による国外への子の連れ去り禁止条項に関する分析は、いくつかの理由で難点があると考ええる。

1. 国外への子の連れ去り禁止条項は単なる制限ではない

国外への子の連れ去り禁止条項は単なる制限であるという見解に達するに当たり、**Croll** 事件の多数意見は、同事件では当事者間の合意により **Croll** 女に子の「監護、世話及び監督」に関する単一の権利が与えられ、したがって **C.**の香港での居住地を決定する唯一の権利が与えられたという点に部分的に立脚している (**Croll**, 229 F.3d at 139-40)。しかし、条約は、監護権が共同でも単独でも行使されると規定している。

本件では、原告 **F.**が単独で **J.**の居住地を決定する権利を持っていなかったことは明らかである。しかし、それは被告 **R.**も同様であった。つまり、**F.**と **R.**はそ

れぞれ、彼らが共同で行使する居住地決定権の一部を保有していたのである。この事実は、国外への子の連れ去り禁止条項の性質について、監護権を有さない親が持つ独立した権利というよりは、単一の監護権を有する親の持つ権利に対する「制限」として把握する *Croll* 事件の多数意見によっても変化するものではない。実際、当裁判所は、被告 **R.**が **J.**のノルウェー国内での居住地を決定する権限につき、原告が娘を自分の近くに留める権利に対する単なる「制限」（といってももっと広範なものであるが）として把握することができる。しかし、より自然な把握としては、被告 **R.**と原告 **F.**は **J.**の居住地を決定する権利を共に有していたのであり、各人の権利は、互いに相手の権利に対する制限として機能していたのだと言うべきである。簡単に言えば、**R.**と **F.**は、**J.**の居住地を決定するための共同の権利を保有する〔脚注 15〕。当裁判所の分析は、ノルウェー法における「共同親権」の概念とも一致している。*Croll* 事件における合意とは対照的に、本件合意は、原告 **F.**に対し、共同親権を与えている。この共同親権は、ノルウェー児童法のもと、**F.**に対して **R.**と共に意思決定を行う権利を付与するものである。児童法第 30 条、第 35 条 b、第 43 条参照のこと。

2. 国外への子の連れ去り禁止条項は、不法な留置がなくても行使できる

Croll 事件の多数意見の結論は、国外への子の連れ去り禁止条項は権利を構成しないという考えにも同等に立脚したものである。この権利は、*Croll* 男が、**C.**の連れ去りにもかかわらず、条約第 3 条の返還申立てにおいて要求される通り行使できたはずのものである。ここから、*Croll* 事件の多数意見は、国外への子の連れ去り禁止条項によって作られる権利は、条約に基づく監護権を構成することができないと結論づけた (*Croll*, 229 F.3d at 140.)。

当裁判所の見解では、多数意見の考え方は、国外への子の連れ去り禁止条項は不法な連れ去りを防止するときにしか行使できないという誤った前提に基づいている。この考え方は、監護権を有する親が、国外への子の連れ去り禁止条項により、監護権を持たない親に対して子の海外移転につき同意を求めるような場面を看過している。本件で、例えばもし被告 **R.**が、**J.**の海外移転につき（ノルウェー法で要求される通り、移転の事前に）原告 **F.**の同意を求めていたならば、**F.**としては同意又は不同意を与えるかたちで、その国外への子の連れ去り禁止条項を行使する機会を有していたであろう。したがって、国外への子の連れ去り禁止条項は、不法な連れ去りがなくても行使できるのである。実際、仮に不法な連れ去りがなされなかったとしても、原告 **F.**がその国外への子の連れ去り禁止条項を行使していたというのはいえることである。

3. 条約の目的と起草者の意図

Croll の多数意見は、もし国外への子の連れ去り禁止条項だけで親に対して「監護権」を付与できるとするならば、裁判所としては、「自ら世話をしたり、世話をするものを決定する権限を欠く親や、監護権を持つにはふさわしくないと考えられるが面会権を有する親」に対しても子を返還せざるを得なくなると考えている (**Croll**, 229 F.3d at 141.)。しかし、当裁判所は、このような考えには与しない。**Croll** 事件では、監護に関する命令は、世話と監護の全ての負担を **Croll** 女に課していた。そして、多数意見は、**C.**を **Croll** 男のもとに返還する命令は、**C.**の監護権を、それに対応した義務を **C.**に対して負わない親に対して移すことになるのではないかということ懸念していた (同上)。多数意見は、条約の目的とは、監護権の行使を可能ならしめることであり、監護権を持たない親のものに子を返還することを命じて監護権を変更することではないとした (同上)。このような理由から、多数意見は、離国禁止条項の侵害について返還を定めるルールは、条約を実行不可能にし、したがって起草者の意図を正確に反映できないと結論づけた (**Croll**, 229 F.3d at 140-141.) [脚注 16]。

当裁判所は、この検討についても疑問がある。第一に、多数意見が懸念する帰結は、子を **Croll** 男のところに返還するのではなく、**Croll** 女のような親の常居所に返還することを認めれば、回避できる。香港に戻れば、**Croll** 女としては、監護に関する合意書から国外への子の連れ去り禁止条項を削除するよう、裁判所に対して申立てをすることができる。したがって、国外への子の連れ去り禁止条項は、監護に関する合意書の条項を変更するものではない。むしろ、**Croll** 女に対して当該条項に従うことを要求することは、監護権を有する親としての彼女に対して不便を与える。条約の目的は、子らの国際的な奪取を防止することであるが、当該目的は、**Croll** 事件の多数意見による国外への子の連れ去り禁止条項の構成のため、満たされるどころか、妨害されていると言える。

いずれにしても、**Croll** 事件の多数意見が表明する、子の世話をする義務や能力を欠く親の元に子を返還するという懸念は、本件では存在しない。原告 **F.**は、なかんずく児童法第 30 条に基づき、**J.**を世話し配慮する継続的な義務を負っている。事実、ベルゲン市裁判所は、**F.**は **R.**よりも **J.**の世話をする能力が高いと判断している。**Croll** 事件の多数意見の懸念は、当該事件においては成り立つものであったにせよ、本件では存在しない。

さらに、ハーグ条約は、子の連れ去りによって監護権 (単一でも共同でもよい) が侵害された親の元に子を返還することを求めている [脚注 17]。条約の条項

は、それまで身体に対する主要な監護権を有していなかった親の元に子が返還されることもありえるということ、必然的に含意している [脚注 18]。当裁判所は、条約が、何らかの理由で返還が特に有害となるような場合には、強制返還ルールの例外を認めているということも指摘しておく。このような場合としては、おそらく、返還を求める親の非行や不作為が含まれよう。第 13 条第 1 項(b)の規定によれば、裁判所は、「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」とときには、子を返還する命令を出してはならない [脚注 19]。このように、Croll 事件の多数意見の表明する懸念は、ハーグ条約第 13 条(b)においてすでに考慮されているので、離国禁止権の性質を弱める必要はない。

H. 実際に行使された又は行使されていたであろう権利

以上の通り、原告 F.がハーグ条約の下で「監護権」を有していると判断したので、次は、原告 F.がその権利を「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(b))を証明したと言えるかどうかを検討する。当裁判所の結論は、これを肯定するものである。

児童法第 30 条による原告 F.の権利について、地方裁判所は、J.が米国に連れ去られる前に、F.はノルウェーで共同親権に基づく権利を行使したと認定した。控訴審でも、被告 R.は、原告 F.が J.の連れ去り時にその権利を実際に行使しなかったとは主張していない。

さらに、原告 F.が、J.の連れ去りがなければ法第 43 条の離国禁止条項に基づいて監護権を行使していたのは明らかである。なぜなら、ノルウェー法のもとでは、被告 R.は、J.と共にノルウェー国外に出るためには、事前に原告 F.の同意を得なければならないからである。R.が当該義務を果たしていたならば、F.は当該国外移転につき、(条件を付して又は付さずに)同意するか、もしくは同意しないかたちで、その権利を行使していたであろう。したがって、当裁判所は、連れ去りがなければ、F.は条約第 3 条第 1 項(b)で必要とされる通り、国外への子の連れ去り禁止条項に基づくその権利を行使していたであろうと結論づける。そこで次は、R.の 2 つの抗弁について検討する。

I. 1 年間の出訴期間

R.は、原告 F.は J.がノルウェーから連れ去られてから 1 年超経過した後に申立てを行っているから、出訴期間を経過していると主張している。条約第 12 条、合衆国法典第 42 編第 11603 条(e)(2)(B)を参照のこと。しかし、地方裁判所は、原告 F.の申立ては出訴期間を守っていると適切に判断している。条約第 12 条は、子が現に所在する締約国の司法当局又は行政当局が手続を開始した日において当該子の不法な連れ去り又は留置の日から一年が経過していないときは、当該司法当局又は行政当局は、直ちに、当該子の返還を命ずると規定している。条約第 12 条は、また、司法当局又は行政当局は、前項に規定する一年が経過した後に手続を開始した場合においても、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、当該子の返還を命ずると規定している〔脚注 20〕（同上）。

本件では、原告 F.は J.が連れ去られてから 1 年超経過してから申立てを行っている。R.は J.と共に米国に 2001 年夏に移転したのであり、F.は申立てを 2002 年 11 月まで行わなかった。しかし、地方裁判所は、原告 F.が J.の居場所を知るまでの間、出訴期間の進行は停止すると結論づけ、F.の居場所がわかってから 1 年以内に申立てがなされたと判断した。ここから、地方裁判所は申立てが制限期間を守って行われたと結論づけている。

当裁判所は、子を連れ去った親が、返還を求める親に対して子のことを秘密にしている場合、ICARA に基づく返還申立てについても公正な出訴期間の進行停止が適用されるとした点で、地方裁判所と同見解である。参考判例を挙げると、Mendez Lynch 対 Mendez Lynch 事件、220 F. Supp.2d 1347,1362-63 (M.D.Fla. 2002)は、ICARA に基づく返還申立てについても公正な出訴期間の進行停止の適用を認めないと、「子を奪取して 1 年超隠した親が、当該不行跡がなければあり得なかった抗弁事由を作り出すのを認めることになる」とし、その適用を認めた。Ellis 対 General Motors Acceptance Corp.事件、160 F.3d 703, 706 (11th Cir. 1998)は、「立法者が特に規定していない限り、公正な出訴期間の進行停止は、合衆国法のあらゆる出訴期間について適用される」とした。Young 対 United States 事件、535 U.S. 43, 122 S. Ct. 1036, 1040 (2002)は、「出訴期間については、その進行を停止すると関連法規の条文と矛盾することになる場合は格別、通常は公正な出訴期間の進行停止に服するというのが法の基本である」とした（引用及び内部引用符は省略）。したがって、当裁判所は、申立て期間である 1 年の開始時期は、どんなに早くても、原告 F.が米国で J.の居場所について確認した 2002 年 3 月であると結論づける。参考判例として、

Bocquet 対 Ouzid 事件、225 F.Supp.2d 1337, 1348 (S.D. Fla. 2002)も、**ICARA**の事案において、1年の出訴期間の進行は、申立人が米国内で子の居住地を確認した日から始まるとした。

当裁判所も、地方裁判所は、本件で認定した事実即して、公正な出訴期間の進行停止を誤りなく適用したと結論づける。例えば、地方裁判所は、被告 **R.**が居場所を秘密にしたことや、原告 **F.**が **J.**の居場所を見つけるのに多大な労力を支払ったことに関する **F.**の証言を受け入れた。地方裁判所は、**F.**は「信用信頼できる承認」であり、**F.**が提出した警察の報告書は、**F.**が娘の居場所を探すのに払った労力を正確にまとめていると認定した。

地方裁判所の事実認定には、明白な誤りはない [脚注 21]。Lops, 140 F.3d at 935 n.6.を参照のこと。

J. 同意または黙認

R.の2つ目の抗弁として、**R.**は、**J.**がノルウェーから連れ去られることにつき、**F.**は「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」（条約第13条(a)、合衆国法典第42編第11603条(e)(2)(B)）と主張している。しかし、地方裁判所の事実認定はここでも誤りはなく、原告 **F.**は **J.**の移転について黙認していないと認定している。地方裁判所は、原告 **F.**が娘を見つけるために何度も広範な労力を払ったというその証言を認めた。地方裁判所が指摘するように、「(F.が) ノルウェーで法的支援を得るために払った労力は (略) 子が米国で永続的に留め置かれることを黙認したという主張とは、全く相容れないものである。」

IV. 結論

当裁判所は、**J.**は被告 **F.**によって、原告 **F.**のハーグ条約に基づく監護権を侵害するかたちで、不法にノルウェーから連れ去られた又は留置されたと結論づける。**F.**は、監護権を行使していたか、もしくは、**J.**の連れ去り又は留置がなされなければそれを行使したはずであった。**J.**の返還を求める **F.**の **ICARA** に基づく申立ては、出訴期間内に提出されていた。**F.**は、**J.**を米国に連れ去ること又は留置することにつき、同意や黙認はしていなかった。地方裁判所は、**J.**をノルウェーに返還することを求める **F.**の申立てを棄却した点で、誤っていた。

上記の理由から、当裁判所は、原告 F.の ICARA に基づく申立てを棄却した地方裁判所の判決を破棄し、差戻す。差戻審においては、地方裁判所は原告 F.の ICARA に基づく申立てを認め、同裁判所の命令発行日から 30 日以内に被告 R.が J.をノルウェーのベルゲンに連れ戻すよう命じなければならない。もし被告 R.が命令に従うことを拒否したならば、被告 R.は、ジョージア州アトランタにあるジョージア州北部地方裁判所で地方裁判所が定める時間と場所において、又は地方裁判所が定める他の場所において、J.を原告 F.に対して譲らなければならない。そして、原告 F.が J.をノルウェーのベルゲンに連れ戻す。J.がベルゲンに帰ったら、両当事者の権利は本件合意とノルウェー法によって支配される。差戻審では、地方裁判所は速やかに、原告の弁護士報酬・弁護士費用についての説明する別表を記載しなければならない（合衆国連邦法典第 42 編第 11607 条）。だから、地方裁判所はまず、弁護士報酬・弁護士費用の額について定めなければならない。

原判決を破棄して差戻す。

脚注

〔脚注 1〕 児童法第 31 条と第 33 条は、子が成長したときの子の自己決定権に関わっている。自己決定権とは、例えば 12 歳になったら自分の意見を述べ、成年になったら意思決定を行う権利である。J.は 2001 年にノルウェーから連れ去られた時点では 5 歳前だったし、現在でもまた 7 歳である。したがって、本件ではこれらの条文による監護権の制限はありえない。

〔脚注 2〕 これらの事柄に関する被告 R.の説明が、原告 F.の説明とは大きく異なっている点には注意すべきであるが、地方裁判所は R.の説明を信用しなかった。

〔脚注 3〕 国際的な子の奪取の民事的側面に関するハーグ条約、1980 年 10 月 25 日、T.I.A.S. No. 11670, 1343 U.N.T.S. 89, reprinted in 51 Fed.Reg. 10,494 (1986)。ハーグ条約の構造と実施に関する概説と、同条約に関する数多くの法学記事の一覧については、Linda Silberman, *Hague International Child Abduction Convention: A Progress Report*, 57 Law & Contemp. Probs. 209 (1994) を参照のこと。

〔脚注 4〕 この裁定は、ベルゲン市「記録官」が下したものである。両当事者によれば、当該記録官は、ベルゲン市の裁判所について判事を務めるものである。

[脚注 5] この点に関して、第 12 条の関連箇所は、以下のように規定している。「子が第三条の規定の意味において不法に連れ去られ、又は留置されている場合において、当該子が現に所在する締約国の司法当局又は行政当局が手続を開始した日において当該子の不法な連れ去り又は留置の日から一年が経過していないときは、当該司法当局又は行政当局は、直ちに、当該子の返還を命ずる。司法当局又は行政当局は、前項に規定する一年が経過した後に手続を開始した場合においても、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、当該子の返還を命ずる。」（強調は引用者による）

[脚注 6] 条約第 13 条は、強制帰還に関するルールについてのその他のわずかな例外について規定しているが、それらは本件には関係ない。

[脚注 7] 「a に規定する監護の権利は、特に、法令の適用により、司法上若しくは行政上の決定により、又は a に規定する国の法令に基づいて法的効果を有する合意により生ずるものとする。」（条約第 3 条）

[脚注 8] 本件では問題にならないが、被申立人としては他に 2 つの抗弁が考えられる。被申立人が、明確かつ説得的な証拠によって以下の(1)(2)いずれかを証明できたならば、返還しなくてよい。(1)「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。」（条約第 13 条(b)、第 13 条）。(2)子の返還が「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」こと（条約第 20 条、合衆国法典第 42 編第 11603 条(e)(2)(A)）。後掲脚注 19 も見よ。Ostevoll 対 Ostevoll 事件、2000 WL 1611123 at 11 (S.D. Ohio 2000)も参照のこと。

[脚注 9] 原告 F.は、本件合意に基づく面会権を有していた。両当事者は、条約が「監護権」と「面会権」を区別し、監護権の侵害に対する救済としてのみ返還による救済を規定していることに同意している。したがって、原告 F.の面会権は、貴重なものではあるが、本件では原告の申立てを根拠づけるものではない。

[脚注 10] もしも法第 30 条の「個人的な事柄について子のために意思決定」を行う範囲が（両親に共同親権を与えながら）子の世話を包含しないのであれば、共同親権を持つ親の片方と子が共に永続的に暮らす状況において、わざわざ法第 35 条 b で共同親権の範囲を制約する必要はないであろう。このことか

らしても、「個人的な事柄について子のために意思決定を行う」権利は、子の世話についての意思決定権限を包含するものだという当裁判所の結論は正当化されよう。

[脚注 11] 上の当裁判所の検討は、「個人的な事柄について子のために意思決定」を行うことは、単なる子の世話以上のことを含むという考えに基づくものである。たとえ「個人的な事柄について子のために意思決定」を行うことが、「子の世話」に関する意思決定と機能的に同等であったと考えたとしても、法第 35 条 b が子の世話に関する全ての点ではなく、「子の世話に関する重要な点」だけを排除しているという点には注意が必要である。いずれの考えを採ったとしても、原告 F.としては、子の世話のいくつかの点について、権利を保持しているわけである。

[脚注 12] 条約の正史と解説を含む報告書によれば、「(条約の)意図は、可能な限り子の監護権を行使できるようにすることであり、条約の解釈に当たっては、「可能な限り数多い事例について検討できるよう、使用される用語について柔軟に解釈すること」が望ましいとされる。Elisa Pérez-Vera『ハーグ条約に関する説明報告』（『1980年10月6日～25日の国際私法に関するハーグ会議第14回セッションにおける活動と資料』第3巻（子の奪取）1981年、426ページ以下）の446～447ページ、第67～71パラグラフを参照のこと。これらの考慮をもってしても、単なる面会権の侵害については、それがいかにひどい侵害であろうとも、子の返還を求める命令を出すことはできない。もともと、これらの考慮により、ハーグ条約の用語と一致する既存の監護権を実行するための最も適切かつ効率的な方法を可能たらしめるルールが必要であることはわかる。

[脚注 13] フランスの裁判所の判断は、第2巡回裁判所判例 **Croll 対 Croll** 事件、229 F.3d 133 (2d Cir. 2000)の反対意見において、正しく批判されている。

「ハーグ条約に関係する事案について、監護権を持つ親はその子を国外に在住させる権利を持たねばならないという理由に基づいて判断する場合、決定的に重要となるのは、まず、『監護権を持つ親』というのが、条約の趣旨において一体誰であるかという点である。条約は、片方の親の国在在住権が、他方の親の監護権に優先するとは全く示唆していない。それどころか、条約が監護権について最重要視していることからすれば、監護権と国外在住権が対立する場合、

後者よりも前者が優先されなければならないということが示唆されている。」
(**Croll, 229 F.3d at 152 (Sotomayor 判事反対意見)**)。

[脚注 14] 少なくとも一つの州裁判所は、当裁判所と同様に、その監護権は離国禁止条項によってもたらされると判断した。**Janakakis-Kostun 対 Janakakis** 事件、**6 S.W.3d 843 (Ky. Ct. App. 1999), cert. denied, 531 U.S. 811 (2000)**参照のこと。

[脚注 15] これについては、**Croll** 事件の反対意見が適切に強調している。

「ハーグ条約は、親が子を都市から郊外へ、または自宅から寄宿学校に子に移転した場合の救済策を規定しているのではなく、国外に連れ出した場合の救済策を規定するものである、このような国際的な文脈においては、条約で用いられる『居住地』という用語は、国際的な移転に関する決定を想定しているとするのが論理的である。したがって、子がどの国に住むかを選択する権利は、子のより具体的な生活状況に関する決定権限と同様に、第 5 条にいう『子の居住地を決定する権利』を構成するものであり、条約のもと『監護権』を構成するものである。」(**Croll, 229 F.3d at 148 (Sotomayor 判事反対意見)**)

[脚注 16] 条約起草者の意図についての当裁判所の結論は、**Croll** 事件の多数意見の以下の注記によっても正当化される。すなわち、条約を起草したハーグ会議委員会の委員長は、以下の通り、移転を拒否する権利は、第 3 条が意図する監護権の一種ではないと書いている。

「居住地を変えることに単に同意又は不同意を与えるだけの権利を侵害することは、第 3 条にいう意味での監護権の侵害として解釈されるべきではない。このような場面についてカバーするようなかたちで「奪取」の定義について広く捉えるべきではない」(**Croll, 229 F.3d at 141 (A. E. Anton, The Hague Convention on International Child Abduction, 30 Int'l & Comp. L.Q. 537, 546 (1981)**を引用))。しかし、**Croll** 事件の反対意見が正しく指摘するように、上記見解は **Anton** 氏一人のものであって、必ずしも条約の意図そのものではない。さらに言うと、立法経緯や法学的見解については対立が見られ、いずれも決定的ではない。例えば、1980 年 10 月に条約の最終外交会議において、様々な提案に関する議論がなされた際、カナダの **Allan Leal** 氏から以下のような仮説が提案された。

「監護権は母に与えられているが、子は父の同意なしに管轄地の外に出ることができないという命令が出されたとする。それでも母が父の同意なしに当該管轄地を離れたならば、これは不法な連れ去りとなるのではないか」

(Silberman, Linda, *Patching Up the Abduction Convention: A Call for a New International Protocol and a Suggestion for Amendments to ICARA*, 38 *Tex. Int'l L.J.*41, 46 n.34 (2003) (Hague Conference on Private International Law, Acts and Documents, III Actes et Documents de la Quatorzième Session, Oct. 6-25, 1980, AT 266 (1980)を引用) を参照のこと)。一部の学者は、離国禁止権は明らかに監護権を構成するという考えを正当化するために、上の仮説やその他の言説を引用した。引用されたその他の言説は、以下のようなものである。

「オランダの van Boeschoten 氏は、条約の現在の文言のもとでは、奪取された子は即座に返還されなければならないはずだと指摘した。ここから、同氏は、面会権について広く取り扱うために現在の条約第 3 条を改変する必要はないと考えている。英連邦事務局からの出席者である Eekelaar 氏も、監護権を有さないが移転について同意・不同意を与える権利を有する親については、現在の第 5 条の定義の下でカバーされるという見解を表明した。」

[脚注 17] *Croll* 事件の反対意見が指摘するように、

「多数意見は、条約にいう「監護権」について、条約によって保護されるために親が一定割合保持しなければならない「諸権利」として捉えており、そのうちの一つの権利—本件でいえば、子が国外に移転することについて拒否権を行使・活用することによる「子の居住地を決定する権利」—しか保持していないならば監護権は与えられないと考えている。(略)しかし、条約には、親が保護されるためにはいくつかの最低限の数の諸権利を有していなければならないというような取扱いは規定されていない。」 (*Croll*, 229 F.3d at 147 (Sotomayor 判事反対意見))

[脚注 18] *Croll* 事件の反対意見が指摘するように、

「多数意見は、離国禁止権の侵害に対する救済としての返還は実効性がないと考えている。しかし、このような考えは、条約が共同親権に関する様々な処理(親が子の身体に関する監護権を交換したり、片方の親が身体について監護権を持ち他方の親は子の教育に関する決定を行ったりするなど)を保護していることを軽視するものである。多数意見の考え方からすれば、身体に関する監護権を有する親が子をその常居所のある国から連れ去った場合、子が帰国したと

きに世話をする義務を負う大人はいないのだから、裁判所としては子の返還を命じることはできないということになる。このような結論は、条約による共同の監護権の保護を骨抜きにするものである。」（**Croll**, 229 F.3d at 149 (Sotomayor 判事反対意見)）

〔脚注 19〕 被告 **R.**は、**J.**をノルウェーに返還することにより、**J.**は心身が害される又は耐え難い環境に置かれる重大な危険があるということは主張していない。前掲脚注 8 を参照のこと。

〔脚注 20〕 地方裁判所は、**F.**の申立ては制限期間内に提出されたと結論づけたため、**J.**が新しい環境に適応したかどうかという問題については取り扱わなかった。

〔脚注 21〕 **R.**は、自分は **R.**と **J.**の居場所を開示したと主張したが、地方裁判所は彼女の主張を容れず、**F.**の主張する事実を容れた。この点について、当裁判所は地方裁判所の判断を信頼する。参考判例としては、例えば、**United States** 対 **McPhee** 事件、336 F.3d 1269, 1275 (11th Cir. 2003)は、「証人による証言について信頼できる判断を下すに当たっては、事実認定を行うもの（本件では地方裁判所である）に対して相当な信用を与える」（内部引用符と引用は省略）とした。