

---

<http://www.incadat.com/> ref.: HC/E/UKe 117

[14/07/1993; High Court (England); First Instance]

**Re S. (Minors) (Abduction: Wrongful Retention) [1994] Fam 70, [1994] 1 FLR 82, [1994] Fam Law 70**

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

---

高等法院

家庭部

中央裁判所

1993年7月14日

判事：Wall

Sの件

父親の代理人：James Turner氏

母親の代理人：Frank Moat氏

Wall判事：本件は、1980年10月25日にハーグで署名された「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する（1998年ハーグ）条約（以下、「条約」）」第3条に基づく不法な留置の概念に関するものである。なお、同条約は、「1985年子の奪取及び監護に関する法」第1条により、英国法に盛り込まれている。争点は、下記のように系統立てることができる。

（1）両親は一定期間この国に居住するという意図に合意することによって、ともに常居所のある国からこの国に来ており、（2）両親とも、常居所のある国の法のもと、同等の親の権利と責務を有し、（3）上記の一定期間が終了する前に両親の関係は終焉し、別居しており、（4）一方は常居所のある国へ戻り、ハーグ条約のもと、当該国への子らの強制的な返還を求める申請を行っており、（5）他方は英国に留まり、自分と子は英国に常居所を有したと主張している場合、子は第3条のもと、不当に留置されていることになるのか。

本件において、当事者はともにイスラエル国民である。二人は 1985 年 8 月 5 日にイスラエルで婚姻し、二人の娘がいる。娘は二人ともイスラエルで生まれ、現在の年齢はそれぞれ約 5 歳、約 1 歳と 3 か月である。両当事者はそれまで生涯イスラエルに居住し、1992 年 9 月以前は、いずれの子も英国にいたことはなかった。

重大な例外が 1 点係争中であるが、こうした関連事実はすでに解決している。当事者はどちらも科学者である。1992 年、父親はイスラエル国より、テルアビブ近くの研究センターで雇用された。その年、研究プロジェクトを行うために、サバティカルで英国に行く機会を与えられた。本件の訴訟手続において、父親が 6 月 29 日に誓った宣誓供述書の第 2 段落には次のような記載がある。「私はサバティカル（長期休暇）について [母親と] 話し合い、二人で 1 年間子らと共に英国に渡ることに合意した」

父親の主張によると、この合意に至った後、母親も研究を行うため同地域にある病院の研究所で職を確保した。父親は宣誓供述書に、1992 年 8 月 5 日付けで英国文化振興会（British Council）から送付された 2 通の手紙を添付している。両者の契約条件に関する限り、また、導入部で規定された奨学金の性格が本質的に異なっていることを除き、2 通は同じ条件である。父親に対する手紙では、大学内の光電子研究センターで研究するために、1992 年 10 月ごろから 12 か月以内の期間を対象に、外務・英連邦省およびアングロ・イスラエル協会（Anglo-Israel Association）が共同で出資する奨学金が父親に提供されている。母親に対する手紙では、同じ大学にて、中枢神経系における分子的側面の問題を研究するために、1992 年 10 月ごろから 12 か月以内の期間を対象に共同出資奨学金を提供している。

父親は 6 か月間で L3,000 の給付金を受けることになっていた。母親は、1 か月あたり  $\alpha$ 800 の給付金と、L3,000 以下の諸費用に加え、奨学金の支給開始時にイスラエルからの渡航費と、終了時にはイスラエルへ戻るための渡航費を受けることになっていた。2 通の手紙に共通する部分には、下記の関連記述が含まれている。

「奨学金の目的は、自身と英国文化振興会との間で合意した研究計画を英国で遂行し、自国に戻ってキャリアを再開することである」

当事者はそれぞれ、英国に滞在し、有給雇用を受けず、奨学期間満了時にイスラエルに戻ることに同意した。

母親の主張は、1992年にイスラエルで博士論文を完成させている段階にあり、母親と父親は並行して自分たちに合う研究職を探していたというものである。母親は、二人が他国ではなく英国への渡航を決めた理由は、両者が英国文化振興会から十分な資金が得られる適切な職を見つけたため、と述べている。母親は、多発性硬化症という研究の性格上、大学に少なくとも2年間在籍することが重要だと述べている。またこれにより、母親と父親は「英国に少なくとも2年間は滞在し、任意で期間を延長できる」ことに合意したと述べている。母親の話によると、父親はこれを受けて自身の雇用主に、サバティカル年の後も無給の休職期間が得られるかを打診し、同意が得られる可能性が高いとの話を受けている。

母親は自身の宣誓供述書に、大学の臨床生化学教授からの手紙を添付している。この手紙には、「1年から2年間で、任意で延長が可能」として、母親が1992年11月に大学で研究を始めたことが記されている。この手紙ではさらに、母親には自身の研究を支援するための研究助成金が得られており、彼女には今後も研究に対して財政的な援助が提供されるとの確信が明記されている。

当職自身はもちろん口頭証拠は聞いていないが、この件の申し立てを受けたとき、父親の代理人である Turner 氏は、家族は1年間滞在する意図であったにもかかわらず、それ以上の滞在があったとしてもそれは可能性の範囲を超えてはいないことを認めていた。両当事者はイスラエルのアパートを1993年8月末まで賃借する用意をしていた。賃借期間の理由は、賃借期間が長くなると、テナントには別の占有権が与えられるためであるとの話であった。そのため、当職は賃借期間からはいずれかの推論も導かなかった。

1992年9月1日、母親と父親は子らを連れて英国に到着した。そして、物件を賃貸した。これについては、母親の代理人である Moat 氏より、6か月間賃貸できるが、2年まで延長が可能であったとの話を受けた。父親は1992年11月から1993年4月までの間、自身の父親が末期の疾病を患っていることから、何度かにわたりイスラエルに帰国している。何度かにわたる帰国のうち、1992年12月28日から1993年1月6日までの帰国1回には、母親と子ども同行した。4月22日、父親はイスラエルに永久帰国し、その約8日後の1993年4月30日、彼の父親が他界した。

父親は、1992年11月18日にイスラエルから英国に戻ったとき、自身に対する母親の態度に大きな変化が見られたと述べている。父親は、母親が1992年12月に自身に対して退去を求めたと話している。父親が1993年1月24日、またはその前後に転居し、子らと頻繁に接触できるよう

同じ地域の別の居住設備に居住するようになった点は、両者の同意が得られている。1993年4月11日、父親は何度かにわたるイスラエル訪問の1回から英国に戻った。父親は、その後母親が自身に子らに話しかけることを許可しようとせず、やがて子らに話しかけることができないよう、電話番号を変えたと話している。父親は、1993年4月以降、子らと適切な形で面会していないと述べている。

また1993年4月（正確な日付は記録からは明確にわからない）には、父親は、イスラエルにおいて母親に対して離婚を求める訴訟手続きを始めた。当職は訴訟手続きにおける文書は見えていないが、イスラエル人弁護士である Mordechai Shorer 氏の専門的な意見から次の点が明らかである。この文書は、訴訟手続で母親が作成したものだが、これによると、母親は父親に不貞を働き、別の男性と恋愛関係にあったと陳述している。母親は自身の証拠においてはこの陳述に触れておらず、現在の訴訟手続きにとっては重要ではない。

しかし、ここで重要となる可能性があるのは、母親がイスラエルの離婚訴訟において、子らの扶養を申し立てたことである。さらに1993年6月16日には、レホヴォトのラビ裁判所が子らの監護権の問題を扱う裁判管轄権を受諾し、1993年9月2日をこの問題の審理日とした。ラビ裁判所は、母親と父親の常居所のある国がイスラエルであることから、「二人は、英国に1年間留学し、その年の末にはイスラエルに帰国することになっていた」として、裁判管轄権を受諾した。

1993年5月6日、母親は郡裁判所にて、1989年児童法のもと、居住に関する一方的命令および特定行為禁止決定を取得した。母親は、1993年6月13日に宣誓した宣誓供述書において子のベビーシッターが証言した事件を受け、父親が子をイスラエルに一方的に連れ去ろうとしていることを恐れて、これらの決定を取得したと話している。

また1993年5月6日には、父親はイスラエルから書留郵便で母親に手紙を送っている。非常に改まった文体の手紙で、以下の内容が記されている。

「娘たちのイスラエル返還要求について

拝啓

上記の件について、これまで交わした数々の会話に加え、貴方が娘たちと共にイスラエルに直ちに返還されることを再び述べ、要求する。ご存知のとおり、滞在は私のサバティカルの枠組み内であった。私のイスラ

エル帰国と共に、貴方も法により娘たちと共に、常居所であり永住地であるイスラエルに戻る義務がある。イスラエルに娘たちを返還しない場合は、私が娘たちを監護する権利および、娘たちと面会する権利の侵害となる。さらに、娘たちのイスラエル返還まで、私が規則的に娘たちと電話で接触することを許可するよう貴方に求める。貴方が娘たちと私の会話を阻止するということは虐待であり、娘たちに有害である。これが原因で娘たちは深刻な心の傷を負う恐れがある。貴方が上記に従って直ちに行動することを望む。私たちの対立によって貴方が娘たちの最善の利益を損ない続けることがなく、法に違反することがないことを望む」

母親はこの手紙に返信していないようであり、1993年6月11日には、当職が提出を受けた訴訟開始召喚が父親により発行された。召喚はとりわけ、母親が父親の監護権を侵害し、子を英国に不法に留置させているとの根拠に基づき、子の即時返還を求めている。

この点に関する母親の主張は、自身と父親の合意は、先ほど当職が述べたとおり、英国に少なくとも2年間滞在し、任意の延長もあり得るということである。母親は、自身が婚姻関係が回復不能なほど破綻していると考えていることを明らかにしており、子らと共に英国に在留する明確な希望を表明している。母親は、英国に定着し、生活の基盤ができたとして述べている。父親に対しては多くの陳述を行っており、これらは父親の母親に対する陳述と同様に、本件の目的には重要ではない。

ここでまとめた事実に関する父親の主張は、実質的期間のすべてにおいて、子らが常居所を有する国は常にイスラエルであり、母親が子を英国に留置する一方的な決定は、イスラエル法のもと父親の監護権の侵害にあたるというものである。父親はしかし、父親に面会の許可を拒否することも含め、母親による子らの不法な留置がなければ、監護権を行使していたと述べている。よって、子らは条約第3条のもと、母親によって英国に不法に留置されており、裁判所はイスラエルへの即時返還を命令すべきだと考えている。

母親は訴訟開始召喚への回答として多くの主張をしているが、彼女の主な争点は、英国での子の留置は不法ではないため、条約は適用されないという点である。当職もすでに述べたことではあるが、母親は、両当事者が当初形成した合意に従い、彼女は子らと共に1992年9月から最低でも1年間は英国に残る権利があり、その期間が過ぎる前に彼女が引き続き子らと共に英国に滞在したのは不法とは言えないと述べている。母親はまた、父親はイスラエル法のもとでは監護権を有さないため、条約は適用されないと述べている。さらに母親は、現在子らは英国を常居所

とするため、条約は適用されないと述べている。しかし、こうした主張に反し、条約が適用される場合、母親は、第 13 条 a の「黙認」および第 13 条 b の「耐え難い状態」の規定に依拠しようとしている。

母親の主な主張に対し、父親は、家族として英国に子らを連れて渡り、家族として居住することは、両当事者の当初の合意に先立つ条件であったと反論する。よって、結婚の破綻と、母親がイスラエル返還を検討しようとしめない態度は、合意に違反しており、第 3 条の不法な留置にあたる（と父親は考えている）。

### 本件で重要になる争点

1.イスラエルの法がイスラエル人専門家の意見で提示されるとおりであることを前提とすると、子らのイスラエル返還を拒む母親の行動は、そもそも父親の権利の侵害にあたるのか。2.一定期間、子が管轄地に留まる合意がなされ、当事者の一方がその期間が経過する前に常居所を有する国に子らの返還を求める場合、第 3 条の不法な留置はありえるのか。3.1992 年 9 月に英国に渡ってから、子らの常居所は変わったのか。4.条約が適用される場合、その事実について、第 13 条 a または b のいずれかに属する状況であるのか。

### 条約の目的

月並みではあるが条約が目指すところのものを思い出すことが常に重要である。第 1 条は国内法として実施されていないが、当職がここで考慮する資格がある。第 1 条は、条約の目的が第 1 に、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らの迅速な返還を確保すること、第 2 に、一の締約国の法令に基づく監護の権利又は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を表明している。

よって本件においては、第 3 条と第 12 条が適用されるとされている他の件と同様に、当職は居住地の本案、または両当事者の接触の問題を決定しているのではない。子らがどこに、どちらの親と住むべきかを決定しているのではない。当職がまず決定しなければならないのは、条約が適用されるのか、そして次に、適用される場合は、イスラエル国の法廷が、子が誰とどこで居住すべきかを決定できるよう、子らを速やかにイスラエルに返還すべきであるかどうかである。

### 不法な留置

**H(Minors) (Abduction: Custody Rights) [1991] 2 A.C. 476** 事件に関する英国貴族院の決定は、第3条の範囲において子が不法に留置されていることを立証するためには、苦情を申し立てる側の親は、不法な留置行為となる具体的な場面で生じたできごとを証明しなければならないことを明らかにしている。条約のもとでの不法な留置は、継続している状態ではない。よって、本件において、父親は不法な留置行為にあたる特定の時点に起こった特定のできごとを提示しなければならない。

不法な留置は、いかなる場合においても、事実が争点でなければならない。この点に関する母親の主張は、不法な留置は特定の時点に関するものでなければならないことから、最初の時点から1993年9月1日まで、どの時点においてもこれまで子らを不法に留置しているとは言えない、というものである。したがって、7月11日に訴訟開始召喚を出したことにより、父親は「フライングスタート」したので、召喚の棄却は必至だと主張している。この意見は本件の中心であり、慎重に吟味しなければならない。そのために、まず両当事者が交わした合意に注目する。

母親と父親の間には、両者の合意が正確にどのようなものであったかに関する問題がある。当職は、後に判決で明らかになる理由により、正確な合意条件について結論的な見解を表明する必要はないと考える。現時点での目的、ならびに母親側の弁論が展開された方法により、どのような見方をしても、家族が1992年9月1日から1年間英国に滞在するという合意であったと考えるのが十分である。両当事者の契約ともそのような旨であり、当職は母親の在留資格は、1993年10月31日までしか英国に滞在する権利はないが、延長を申請できるというものであることを知らされていた。よって、本判決の目的のもと、両親の間で、英国に少なくとも1年間渡ることが合意されたことは事実であると考えられる。

#### イスラエル国内法

父親の宣誓供述書には、イスラエル法務省がヘブライ語で作成したイスラエルの「法的能力および後見法」(Capacity and Guardianship Law)の翻訳の引用が添付されている。第2章第14および15段落「両親と未成年の子」には、以下の記載がある。

「14.両親は、その未成年の子らの生まれながらの後見人とする」

「15.親による後見には、教育、学習、職業・業務訓練、労働など未成年者が必要とするものを管理し、未成年者の所有物を保存、管理し、発展させる義務と権利が含まれる。これにはまた、未成年者の監護を行い、

その居住地を決める権利、ならびにその未成年者に代わって行動する権限も含まれるものとする」

第 18 および 19 段落には以下の記載がある。

「18.後見の範囲内において、両親は同意のもとで行動しなければならない。具体的な事柄に対し、または一般的に、一方の行動に対する他方の同意を、事前または事後に、明示的または暗黙的に得るものとする。いずれの親も、反証のない限り、他方の行動に同意したと見なされるものとする。遅延が認められない事柄では、いずれかの親が自身の裁量で行動することができる」

「19.裁判所の決定。未成年者の所有物に関する事項について両親が同意しなかった場合は、いずれか一方が裁判所に申請することができ、裁判所が当該事項について決定を下さなければならない。後見の範囲内にある他の事項について両親が同意しなかった場合は、両者が共に当該裁判所に申請することができ、裁判所は両者の間で同意を導くことができなければ、また、これについて決定することが適切であるとみなされれば、裁判所が決定を下すか、または裁判所が適当だと考える者に決定を付託することができる」

母親の代理人である Moat 氏は、イスラエル人弁護士の Shorer 氏が作成した専門家の意見を提示した。そのうち、本件に関連する箇所では下記の記載がある。ここで言及した第 15 から 19 段落の規定を要約したうえで、彼はこのように記している。

「[S] 家のように両親が別居している場合、「法的能力」法は以下のように規定している。『子の両親が、婚姻の破棄、放棄、解消の有無を問わず、または婚姻関係が継続しているかどうかを問わず、別居している場合は、どちらが全体または一部を問わず子の後見義務を果たすか、どちらが子を扶養するか、子を扶養しない親が子に接触する権利は何かについて、両親は同意することができる。そのような同意には裁判所の是認が必要であり、その裁定は、司法裁判所の判決に等しい』。両親が第 24 条に詳述される同意に至ることができない場合、または、同意に至ってもそれが実行されない場合、裁判所は、第 25 条の規定に従い、第 24 条に子の最善の利益と考えられるものとして言及がある事項を規定することができる。なお、6 歳以下の子らは、ほかの命令を下す特別な理由がなければ、母親のもとに留まらなければならない。特別な理由とは、母親に子への暴力、精神疾患、薬物依存、または売春の既往があり一人の男性との関係がない場合が含まれる。実際は、裁判所は当該事



項を子らが所在する場所の社会福祉機関に付託し、当該機関が両親の適性を調査し、結果を裁判所に提出する。こうすることで、裁判所は決定に先立ち、専門家を通じて子らの状況の全詳細を入手することができる。法定能力法の規定を[S]家に当てはめると、二人の娘がおり、どちらも6歳以下であり、そのうち一人が1歳であることは確かである。法定能力法第25条の規定に従い、地方裁判所が[S]夫人に監護権を認めるべきと定めても問題はないだろう。上記に加え、ラビ裁判所が、法定能力法の規定に従い、地方裁判所と同じ裁定を下すことは明らかである」

**Shorer**氏はさらに自身の意見の次段落で、宗教法の規定を示し、自身の分析に従い、宗教法の規定が同様の結論を導くことを述べている。よって当職は、彼の意見の残りの内容を示すつもりはない。

**Moat**氏は、父親にはそもそも監護権がないため、子らのイスラエル返還を拒否する母親の行動は、父親の監護権の侵害にはあたらないという意見で、当職の説得を試みた。これにより、イスラエルの裁判所に申し立てても、監護権は母親に認められることになるため、母親は監護権を独占的に有し、よって、父親の権利の侵害はないと論じた。

当職の判断では、この弁論は二つの概念を混同している。すなわち、同法の第14段落および第15段落のもとでの監護権と、両親が同意できない場合の紛争の解決における裁判所の慣行である。両親が対立する場合、イスラエルの裁判所が当該年齢の二人の娘の監護を通常なら母親に認めるだろうという事実だけでは、イスラエル国法第14および15段落で規定される父親の権利に影響しないと当職は判断する。よって、当職の判断では、イスラエルへの子の返還を拒否し、父親と子らの接触を認めない母親の行動は、それが事実であるならば、第15段落のもとでの父親の監護権を侵害している可能性がある。

では、子らが英国に留まるという同意をふまえ、英国に子を1年間留置する母親の行動は、いかなる場合でも父親の監護権の侵害にあたるのだろうか。

当職はこの点が本件で最も難しい側面だと感じる。当職は当初、子らが特定期間英国に滞在することに両親が同意した場合は、当該期間が経過するまで不法な留置とはなりえないという意見に関心があった。両親の関係が破綻したという事実だけでは、片方の親に同意済みの事柄を一方的に取りやめる権利を認めることはできない。当職の頭に例として浮かんだのは、子らが学校の休暇など、特定期間外国を訪れることに同意す

る場合である。このような状況では、親が一方的に考え直し、契約期間の終了前に子の返還を求めることはできないのは明白である。

したがって、当職に対し母親が、1年が過ぎた時点で子をイスラエルに返還する意志があったと主張する場合、あるいは、母親が弁論のために、子が2年後に返還されるべきと両親が合意し、母親は当該期間が終了した時点で子らを返還する意志があったと主張する場合、母親は訴訟開始召喚に対して完全に弁護を行うことができると考えられる。その理由は、母親による子らの留置は不法ではないため、あるいは13条aのもと、父親が子らの連れ去りに同意しただけでなく、当然引き起こされる結果として、一定期間子らを英国に留置することに同意したためである。

**Turner**氏は、当然ながら、英国への子らの連れ去りは、父親の権利の侵害にはあらず、父親はこれに同意していたことを認めざるを得なかった。実際、**Turner**氏は、父親は母親と共に子らを英国に連れて行ったことで、自身の権利を行使していたと述べた。しかし**Turner**氏は、母親が将来のどの時点においても子らの返還を拒否し、当初の同意を尊重していないことは、英国における子らの留置が当初の同意期間内であったとしても、父親の権利の侵害にあたるとしている。

よって、母親が子らをイスラエルに返還させるつもりはないと述べた事実は、母親が英国に子らを留置する権利がある期間が終了していなくても、上記の意図が形成された時点または、父親に伝えられた時点において、不法な留置があったことを意味するのか、という点が問題になると当職は判断する。

判例がなければ、上記の問いに対する当職の回答は、おそらく「ない」となったであろう。意図は変えられるものであり、特定の日の後に戻らないと意図しても、同意された内容、つまり、当該日までの留置は不法とはならないはずである。しかし、再考の結果、第3条の条件と、**A.Z.(A Minor) (Abduction: Acquiescence)[1993] 1 F.L.R. 682** 事件にはともに異なる回答が必要になるという結論に至った。

**Turner**氏は、第3条の条件はある意味で排他的であると議論している。この条件が満たされれば、不法な留置は正しいと認められ、外部の要因は考慮されないことになる。よって、**Turner**氏は、母親が子らをイスラエル国に返還しないと決定をしたことは、父親による監護権の侵害であり、子らは（英国にいても）イスラエルを常居所のある国と述べている。また、母親が子らを返還する意図はないと表明した時点において、母親が父親に子らとの接触を認め、イスラエルに子らを返還させ

ないという意図を表明していなければ、父親は自身の権利を行使していたはずであったと述べている。

さらに **Turner** 氏は、英国への連れ去りについて同意はあったが、母親が子らを英国に留置することに父親は簡単には同意せず、また、条約のもとでの留置とは特定の時点のことであり、本件の文脈においては、留置の日付は、子らを返還させないという決定を母が表明した日となり得るため、第 13 条 a は当てはまらないと述べている。父親は訴訟手続きを速やかに行っており、同意も黙諾もしていないため、第 13 条 a を適用するわけにいかない。

A.Z.事件では子が常居所を有する国はドイツであった。母親は父親の同意のもと、子を一時的に英国に連れて行き、叔母に引き渡した。父親は子がクリスマスに英国に来るまで、叔母のもとに留まるべきであると同意した。12月19日、叔母は、同国の裁判所に対し、居住および特定行為禁止決定を一方的 (*ex parte*) に申し立て、認められた。**Booth** 判事は子が英国に不法に留置された時点が2つあるとした。彼女はこうに述べている。

「まず、不法な留置があったかどうかの問題がある。当職は、Z が同国に不法に留置されていた時点が2つあると判断する。条約の目的での不法な留置とは、『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』である。監護権は、ドイツの民法によると、結婚している母親と父親に帰属する。同国における Z の留置が不法であると判断できる1つ目の時点は、母親がドイツに戻らないと決定した時点、すなわち1991年11月であった。これは彼女の一方的な決定であった。彼女はドイツに戻る意志はなく、以前形成した合意に違反していることから、この決定は父親の監護権を侵害していた。母親は父親と協議せず、Z が [叔母とその夫と] 滞在すべきであるとの決定を下した。母親は、父親は同国に来て、その時点で Z がドイツに父親と戻るべきだと命じた、要求した、または求めた場合、彼女は反対しなかっただろうし、彼女の家族の誰も反対しなかっただろうと述べている。だが、当職には、母親自身が子を同国に留まらせ、ドイツに返還しないという一方的な決定を下したことで、不法な留置があったと思われる。留置が不法であると考えられる時点の2つ目は、オックスフォード郡裁判所への一方的申し立てに対し、まず居住命令 (Z が1月17日まで叔母と居住すべきであるとの決定)、次に特定行為禁止決定 (子が管轄地域から連れ去られるべきではない) が下された1991年12月19日である。おそらく2つの時点では、こちらのほうが説得力があると思われる。この申し立てを行

い、それが父親との協議のもとでなされなかったのは一方的な決定である。父親は、当該国に父親が来るまで Z は [叔母とその夫] のもとに留まるべきであり、母親と住まないことに同意したにすぎない。それ以外には何も同意していない。彼は明らかにこの特定行為禁止決定の取得について相談されたことも、同意したこともなかった」

控訴院では、**Michael Kerr** 卿が [1993] 1 F.L.R. 692, 689 の記述について、次のように言及した。

「時点が特定されておらず、また特に弁論で強調されなかったことをふまえて、判事が依拠した最初の根拠には疑問が残る。1992年1月21日に男児を返還しないことを誰にも伝えずに自分の頭の中で1991年11月に決定したことは、1991年11月の時点では不法な留置にはあたらないように思われる。将来的に子を留置すると誰にも伝えずに意図したに過ぎず、この意図の取りやめが生じる可能性も依然としてあった。だが結局、二つ目の根拠にもとづき、判事に同意せざるを得ない。合法かつ公然になされた裁判所への申し立てが不法な留置となるというのは奇妙に思えるかもしれないが、判事はこの根拠をより説得力があると認識していた。しかしながら、不法な留置となるこの行動には、通常とは異なる性質があり、以下に言及されるような黙諾の問題に関わってくるように思われる」

684 ページでは、**Butler-Sloss** 判事が、「(Booth氏が)第13条のもと、子が不法に留置されていたと結論づけるのは全面的に正当化できる」との見解を示していた。当職は報告書に第3条を13条とする誤植があったかどうかを尋ねた。

**Michael Kerr** 卿が表明した疑念に対しては、当職も当初は同感であったことを認める。子が父親と一定期間住むことができるという同意に従い、片方の親が、もう片方の親の一方的な訴訟を恐れる場合、同意した期間に子の存在を守るために行った裁判所への申し立てが、不法な留置にあたる行動となるとは非常に言いがたいと思われる。よって、本件において、母親が管轄地域において子の存在を保護するという目的のためだけに9月1日まで特定行為禁止決定と居住に関する決定の申し立てを行ったのであれば、これを不法な留置にあたる行動とはみなしがたい。また、不法な留置だとした場合、第13条 a のもと、9月1日まで父親は留置に同意していなかった。

しかし、ここで親が主張の一部として、子をイスラエルに返還する意志が全くないと表明する場合、母親は、第3条または第13条 a のもと、

一時的な連れ去りまたは留置に対する父親の同意を、もはや保護として頼ることはできないと思われる。Turner氏が言うように、母親は、そのような負担を負わずに同意の利益を受けることはできない。同様に、事実問題として、意志の表明の前になされた決定は、父親に伝えられていない場合でも、それ自体で不法な留置にあたる行動になり得ると思われる。

よって当職は、イスラエルに子らを戻す意志がまったくないことを表明することで、また、母親自身と子らが英国に常居所を取得したと主張することにより、母親はそのような表明をした日の時点で、子らを英国に不法に留置していたことになると思う。本件の事実について、母親が英国に定着し、生活の基盤ができたという宣誓供述書の声明は、英国に子らを留置するという決断が以前に存在していた証拠である。これは時間を特定することができ、また、いつ作成されたかの直接的な証拠がなくても、訴訟開始召喚提出の前、あるいは1993年5月6日に父親から手紙を受け取った後すぐ、またはまもなくとの時点であると特定される。

よって論理的には、子らが9月1日を過ぎても英国に残ることには父親は同意しておらず、ただ黙諾したわけでもないということになる。したがって、当職はこれを第3条が定める不法な留置にあたると思う。

### 常居所

この争点については多くの弁論を聞いてきた。また、これに関する多くの事件にも言及を受けた。しかし当職は、この件がまもなく解決できることに満足している。子らが英国に不法に留置される直前に子らの常居所がイスラエルであった場合のみ留置が不法となりうるが、当職は子らの常居所はイスラエルのままであると確信している。また、非常に疑わしいが、母親自身がイスラエルの常居所を失っていたとしても、両親が監護権を同等に有している場合、一方による一方的な行動によって、子らの常居所が変わり、他方の親の同意または黙諾によってその状態が長期間維持され、または裁判所が常居所と監護権を決定することはないのは明らかだと思われる。当職の判断では、本件は、J (A Minor) (Abduction: Custody Rights)[1990] 2 A.C 562, 572 事件におけるライミントンの記録長官、Donaldson 卿の見解による上記の点によって、結論が下されている。

### 第13条

Moat氏は、子らの返還を命じることで、子らが身体的または精神的な害にさらされる、または子らが耐え難い状況に置かれるという深刻なり

スクがあるとする母親の宣誓供述書第 16 段落にもとづき、弁論を試みた。第 16 段落にはこのように記されている。

「[長女]はここによく馴染んでいる。彼女は流暢にイギリスなまりの英語を話す。学校や自宅でも友人が多い。彼女は穏やかで、学校生活も英国での生活も楽しんでいる。彼女がイスラエルに行ったら、イスラエルの日常である爆弾やテロの脅威にさらされる恐れがある。また、イスラエル軍での兵役に服する必要も出てくる。しかし当職は、夫が娘を非常に厳格な宗教寄宿学校に入れるつもりであることが、何より心配である。イスラエルにはそのような学校は多く存在し、そうした学校に通う児童は、神の名のもとで両親のいずれかのもとからいなくなるように思われる。そのような事態が生じると、子らの追跡は不可能であり、イスラエルの警察も助けることができない。こういうことがイスラエルでは時々生じており、結婚の破綻という辛いできごとをきっかけにそのような事件が発生することもあった」

当職の判断では、この段落は第 13 条 b のもとでの論証には少しもなってはならず、さらに、これらの年齢の子らの監護権が母親に認容される可能性が高いという母親側の専門家の証拠にも反している。

よって、当職の判断では、父親は第 3 条のもと、第 13 条の例外はどれも適用されないこと、ならびに子らは第 12 条のもとで「直ちに」返還されなければならないという主張の正しさを論理的に説明していることになる。その場合、イスラエルの裁判所が別の裁定を下すまで、子らは当然ながら母親の監護に置かれなければならない。本件において当職に裁量権があれば、当職は子らを 1993 年 9 月 2 日までにイスラエルに返還することを命じたであろう。当職は「直ちに」の意味を特定する力はなく、それは理解しているが、イスラエルの裁判所が子らの将来を決定するよう、子らが母親の保護のもとで正しくイスラエルに返還されることが、子らの利益に適うことであり、強制的な措置は子らの不安につながる可能性があることを父親が認識することを望んでいる。

したがって、父親は訴訟開始召喚の土台となった原理を立証することに成功したので、イスラエルの裁判所が子の居住地に関してさらなる決定を下すまでは、両当事者が良識に基づいて子のイスラエル返還のためのスケジュールを交渉することを望む。

これに応じて判決を下す。費用の命令なし。法的援助の課税は免除。

上訴許可

---

1993年12月9日木曜日

控訴院にて、上訴番号：FAFMI 93/0990/F

高等法院家庭部主要登記所からの上訴、1993年CA114

民事控訴登録課戸籍担当 Adams 氏に提出

原告 ES

および

被告 IS

1993年9月8日付けで、原告の事務弁護士および被告の事務弁護士が署名した同意通知書を読んだうえで、裁判所は協議により以下を命令する。

1.1993年7月14日付けで Wall 判事が下した決定に基づく被告の上訴を棄却する。

2.原告の費用および被告の費用は、1989年「(一般)民事法律扶助規則」(Civil Legal Aid (General) Regulations 1989)の規則107に従って請求する。

---