

---

<http://www.incadat.com/> ref.: HC/E/UKs 183

[18/08/1994; Outer House of the Court of Session (Scotland); First Instance]

**Bordera v. Bordera 1995 SLT 1176**

---

**B 対 B の件**

民事控訴院

外院

1994 年 8 月 18 日

判事 : Coulsfield

Coulsfield 判事 : 申立人はイビサ島に居住しており、1983 年 8 月 6 日にイビサ島で被申立人と結婚した。二人の間には一人の子どもである J.F. がおり、その子は 1985 年 8 月 28 日に生まれた。両当事者は、共に暮らすのを辞めた 1991 年 5 月までイビサ島で同居していた。1992 年 2 月 28 日、彼らは、契約を結んだ。その条件はとりわけ、J の養育、監督、J との接触についてであった。申立人が最後に J に接触したのは 1993 年 11 月 23 日であった。彼は 1993 年 12 月 4 日に再び接触をする予定だったが、その日まで、被申立人と J は同居していた家を出た。1993 年 12 月 6 日、被申立人は J と共にスコットランドに渡った。今回の申立てにおける最初の命令は、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) に基づきスペイン当局によりなされた 1994 年 1 月 27 日の要請に従い、1994 年 2 月 23 日に下された。

当職が担当する本件は、1994 年 8 月 17 日の審理に向けたものである。本訴訟の初期の段階で、数多くの論点があげられ、ほのめかされたが、今回の審理までに関心の集まる唯一の論点は、本条約の第 3 条の意味において、J はスペインから不法に連れ去られたのかどうかということである。この論点は、連れ去りの

日において、本条約の意味内において、申立人は J に関して監護権を与えられていたのかどうかに左右される。英国もスペインもどちらも本条約の加盟国であること、J は本条約の適用上、スペインに常居所を有していることについては意見の一致がある。すでに言及された契約については、スペイン国内法によって、法的拘束力のある協議であることもまた、認められている。J を返還することで、容認し得ない状況に J をさらすことになるであろう深刻なリスクがあることや、本条約のもとでのその他の例外が該当することは提示されなかった。

本条約第 3 条は次のように規定する。

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. 当該連れ去り又は当該留置の直前に当該子が常居所を有していた国の法令に基づいて個人、施設その他の期間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. 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当該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。

a に規定する監護の権利は、特に、法令の適用により、私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。

本条約第 5 条は次のように規定する。

この条約の適用上、

- 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。

本条約の他の条項にもまた言及すべきである。第 14 条は、申立を受けた国の司

法当局又は行政当局は、不法な連れ去りがあったか否かを確認するに当たり、子が常居所を有していた国の法令及び特定の決定を、当該法令に関する証明によることなく、直接に考慮することができる、と規定する。第 15 条は、締約国の司法当局又は行政当局は、子の連れ去り又は留置が第 3 条に規定する不法なものであるとの決定その他の判断を申立人が当該子が常居所を有していた国において得ることができる場合には、当該子の返還を命ずる前に、当該申立人に対し当該決定その他の判断を得るよう要請することができる、と規定する。第 21 条は次のように規定する。「接触の権利の内容を定め、又はその効果的な行使を確保するように取り計らうことを求める申請は、締約国の中央当局に対して、子の返還を求める申請と同様の方法によって行うことができる。」第 21 条は更に、接触の権利が平穩に享受されること及び接触の権利の行使に当たり従うべき条件が満たされることを促進するために協力するよう、当局に要請する。

関連するスペイン国内法に関しては、当職はスペイン民法からの抜粋の写しと翻訳と、**Ilustre Colegio de Abogados de Baleares** の構成員と称するスペインの代理人である **Matilde Valdes** 氏と **Carlos Roig de la Cruz** 氏による 2 つの報告書を渡された。報告書はスペイン語で書かれていたが、認証された翻訳も与えられた。1992 年 2 月 28 日の契約の認証された翻訳もまた与えられた。**Senora Valdez** 氏によって英語で書かれた手紙も委ねられた。与えられた翻訳は部分的にはぎこちないところもあったが、契約や報告書、民法の関連条項の意味に関して、実質的な疑いがあるようには思わない。それゆえ、これらの文書から引用する時、当職は渡された翻訳の言葉を遣った。被申立人の側から、**Senora Valdez** 氏と **Senor de la Crus** 氏の適性や経験について説明、確証されていないとかすかに提言された。しかしながら、**Senora Valdez** 氏も **Senor de la Crus** 氏も報告書の本論において専門家の機関の構成員であることをはっきりと述べ、また **Senor de la Crus** 氏による報告書はパルマ・デ・マヨルカにおいて、公証人により認証されているものだ。被申立人は相反する法的意見を提出しなかったし、ある点について報告書がスペイン国内法を誤って述べているとの提言もなかった。これらの状況を踏まえると、これらの報告書は今回の事案に関連するスペイン国内法を正確に表現するものであるとの前提にたって、続行するよう資格が与えられたと当職は考えている。

1992年2月28日の契約は、両当事者の名前と住所、結婚日、子の誕生日を記録するところから始まる。結婚生活における経済の管理方法は共有財産制をとること、さらに、一緒に住み続けることを不可能にした状況のために、配偶者は別居すること、次のようなものを含む多くの契約条件によって関係を規制することを決定したとのことが契約書に記録されている。

一．両配偶者は一年間離れて暮らし、お互いの人生や活動について干渉しないことを相互に同意する。

二．両当事者のどちらも、本文書の表題に示されたもののよう、それぞれの居住場所を指定した。しかしながら、両当事者は自身の居住場所を自由に変更できる。

三．子に対する親権に関して、両配偶者は当該権利の行使は、認知・親権・結婚生活の経済の管理方法について民法を修正した、1981年5月13日施行法に従い、共同で行われるべきだと明示的に同意した。

「しかしながら、両親によって共有されるべき親権の行使の権利を毀損せず、母親は子の世話や監護に関して任されていた。」

第四項は、扶養と名目で申立人が支払うべき総額に関する条項であり、第五項は夫婦財産の売却とその利益の分け方についてであった。第六項には次のように規定されていた。

「親権の義務に対する共同被指名人として、父親と息子の接触は次のような詳細に従って設定する。

- (a) 子が学校に通っている間は、父親は隔週の土曜日に子への接触をしてもよい。土曜日に子に会わない週は、火曜日に会うことを許される。
- (b) 学校のクリスマス休みに関しては、子は半分を父親と、残りの半分を母親と過ごすことにする。
- (c) 夫は未成年者（息子）が母親と過ごす休みの期間中、早めに父親に知らせる

ならば、海外へ行く権限を妻に与える。

- (d) 学校の夏休みに関しては、子は半分を父親と、残りの半分を母親と過ごすことにする。父親と子のとるコミュニケーションは、子の学校の必要性、病気、不可抗力等に影響をうける。その場合、両配偶者は相互の同意により、子にとって都合のよくないことは何かを判断する。同様に、配偶者のある方の保護の下にある間に子が病気や疾患を煩ったときは、その親は即座にもう一方の配偶者に通知し、もう一方の配偶者は制限無しに子を訪ねることができる。」

スペイン民法第 81 条は夫婦両方のまたは、結婚して 1 年がたった後のもう一方の配偶者の同意がある上での片方の配偶者の申立てによる別居に関する裁判上の決定を規定するが、申立ては民法典の第 90 条及び第 103 条に従ってなされた調整別居協定の提案を添付すべきことを要請する。第 90 条は調整協定が少なくとも次の具体的なことを含むことを要請する。つまり、両方の親権に属する子の監護、監督を任される人の決定、親権の行使、子と同居しない一方の親との面会、接見、滞在の調整について。第 90 条は子を害する場合、または夫婦の一方を重く害する場合を除いて、夫婦によって作成された協定は裁判官によって承認されることも更に規定する。不承認の場合、夫婦は新しく作成した協定を提出しなければならない。裁判官は第 91 条のもとで、ふさわしい協定がない場合に、第 90 条に基づいて調整されるべきことを決定する権限を有する。第 92 条はとりわけ次のように規定する。親権剥奪が、裁判においてその理由が明らかになると、判決中に決定され、さらに、子らの利益のため、親権を全部又は部分的に夫婦の一方が行使することを決定することができる。

親権について書かれている条項は第 154 条以下に記載されている。第 154 条はとりわけ次のように規定する。「親権解放されていない子は、その父母の支配下にある。親権の行使にあたって、子の人格に従って、子の幸福が第一優先事項であり、親権は次の義務と権能を包含する：(1)子を庇護し、共に居住し、糧を提供し、教育し、そして独り立ちできるようにする。(2)子を代理し、その財産を管理する。」

本条は、子が十分な判断力を有しているときは、子の意見を聞かなければなら

ないこと、そして両親はその親権行使において当局の援助を求めることができることをも規定している。第 155 条は子の義務について規定している。第 156 条はとりわけ次のように規定する。「親権は、両親が共同して、または、一方が他方の明示的もしくは黙示的同意で行使される。社会慣習および状況に従い、または緊急に必要な状況では、一方がなす法律行為は有効である。

不一致の場合、両人のどちらでも裁判官に申立てできる。裁判官は、子が十分な判断力がある場合および、どのような場合でも 12 歳以上である場合は、その子と両親を審理し、上訴なしの決定権を父親又は母親に与える。不一致が繰り返され、または親権の行使をひどく妨げる他の事由が発生する場合は、裁判官は、父母の一方に親権の全部もしくは一部を与えることができ、またはその権能を父母のあいだに配分できる。この措置は 2 年間を超えない一定の期間有効である。(中略) 父母が別居しているとき、親権は保護、監督が任されている方の親が行使すべきである。しかし、裁判官は他方の親の理由付き申立てにより、子の利益のため、もう一方の親と共同して行使するために申立人に親権を付与でき、または父と母のあいだに親権行使に特有な義務を分配できる。」

第 159 条は、父母が別居しており、どちらの親が子を保護、監護すべきか同意できないときは、裁判官がこれを決定すると規定する。

スペインの代理人の意見は、今回の事例では、別居に関する実際の訴訟はなかったようだが、1992 年 2 月 28 日の契約は、民法典の第 90 条のもとで調整されるべき事項を扱うために締結された別居契約だとみなすべきだと明らかにしている。これにより、当該契約はスペイン国内法のもとで有効であり、法的拘束力のあるものとみなされる。Senora Valdez 氏も Senor de la Cruz 氏も民法の点での当該条項を議論している。思うに、当該条項の趣旨は、裁判官が例外的に、どちらかの親から完全にその権能を奪う手続をしない限り、第 154 条に定義される親権は両方の親にあるということはかなり明確だ。しかしながら、親権に基づくこれらの権能や義務の実際の行使は、両者の同意があれば、合理的制約のもとで、両当事者の間で分配できる。したがって、親権の項目のもとにそれぞれの親によって享受される権能や義務は、かなり大幅に多様になりうる。本条約の第 3 条の適用上、ある片方の親が監護権を享受するか否かを定めるた

めに、なんらかの協定や命令が施行されているもとの、親権という項目のもと何の権能や義務を実際に享受しているのか熟慮することなしに、その親が親権を享受しているという事実のみを指摘することは十分でないということになるだろう。もう一方で、今回の事例のように、日常において、子の保護や監護は一方の親に任されている場合に、もう一方の親が監護権と分類され得る権能を享受していないということにはならないし、やはりそれぞれの親によって享受される具体的な権能や義務について注意を払わなければならない。したがって、今回のケースにおいて、2月28日の協定の意味と効果によって論点が主として決まるように思われる。

その問題について、**Senora Valdez**氏は最初に民法典の第154条について触れ、親権に固有の権利は両親の間で分配されると指摘し、次のように続けた。

「よって、別居の場合、子がどちらの親と日常生活を送るかを定めるため、また、親権が依然として共有されるために、父権由来の権能や義務の残りを維持できるように、面会のあり方及びもう一方の親と子が接触をすることの意味について、休暇中の滞在についてのルールについても定めるため、ある片方の親が未成年者の保護者または監護者として決められる。」

今回の事件において、両親は、母親に子の保護と監護の権利を与え、面会というある方をとることで、どちらも親権を行使し続けることを通常の方法で決めた。そのため、そのような契約は、未成年の子に対する父親の親権をある程度制限するものである。

そして **Senora Valdez**氏は母親が子をスペインから連れ出したという行為は、「子の生活を基本的な点から共同して決める」という父親の権利を侵害したとの考えを表明した。彼女の意見は次のように続く。

「まず、そのような母親の行為は、夫婦によってすでに結ばれた契約に違反するものだ。契約の中で、母親が子の保護と監護を任されているとしても、母親と過ごす休暇について（契約条件）「父親は、早めに知らされるという条件のもと、休暇中に子を国外へ連れて行くことという許可を母親に与える」と規定

していることを念頭においている。前述の条項は、子が国を離れることについて、夫婦の明確な意思が現れている：休暇のときであり、父親に事前に通知したときのみ。

そうでなければ父親が隔週土曜日に子と面会する権利を行使することがかなり難しくなるため、母親が子と共にイビサ島で暮らすものであることは、契約の同条項で同じように明確に規定されている。」

Senor de la Cruz 氏の意見は同じ趣旨である。第 156 条の下での一般的な立場に関して、彼は次のように述べる。

「父親が別居することは、親権行使についての協定の変更を意味するが、子の保護、監督権を持たない方の親のもつ一連の権能や義務の保護を確認するものでもあり、それはある意味、もう一方の親の行為に関して規制をかけることを意味する。そのような状況は、どちらの親にも当てはまる二重の権能といった親権の現在の配分の仕方の結果である。このように、未成年者の保護、監督を奪われた方の親は、部分的に親権行使が停止されて、親権に由来する特定の権能や義務を保持することを意味する法的立場に置かれているにも関わらず、親権の共同被指名人であり続ける。

未成年者の保護、監督を持たない方の親は、同意によって子の保護、監督を任せられた方の親によって果たされる役割を監督、監視する権利や、父と子の間の信頼関係や、感情的つながりを促進するための一連のあらゆる関係を目的とする面会権、つまり子と話をする権利のような、いくつかの重要な権利によって支えられている。

彼の意見書の後半において、彼は次のように述べている。

「当該夫婦が契約に署名した意図は明確だ。面会権を父親に与え、母親が保護、監督をするという体制は、当時存在していた状況に基づいて合意に至ったもので、母親も子もイビサ島の島に住んでいるという状況に関して成立する父親と息子の間の一連のコミュニケーションにおいて具体的に記されている。父親と

子間のコミュニケーションは前述の極端な状態を念頭に与えられたものだと明らかに導ける、契約の6つめの条件の内容に再び言及する。」

「もし妻の方を弁護しようとしたら、契約条件の2つめの最後のパラグラフは、「どちらも自由に住まいを変えてよい」と構造的に決めている。後者は現存する法的制約との関係において、つまり未成年に対する父親の権能と義務の程度において、つまりは、妻が行う居住変更は面会システムの行使を無意味なものにしてはならない、つまり彼女は他の住まいに住むことができるが、それはイビサ島の地域の中での限りだという意味において、言及された居住の変更は、6つめの契約条件で合意に至っている面会システムに従うべきだとの理解で、解釈されなければならない。」

そして彼は J をスペインから連れ去る前に、被申立人は申立人又は裁判所に許可を求めるべきだったとの意見を表明する。

この意見の趣旨は、かなり容易に理解できるものであり、次のように言い換えられると思われる。1992年2月28日の協定のもと、被申立人は子の保護、監護の権利と、住まいを変える自由を持っていたが、それにもかかわらず、申立人は彼が与えられていた子との接触権を超える重要な点において親権を保持しており、子の養育に関するある程度の監視権をも持っていた。さらに、子の居住はイビサ島から変更すべきでないことは、契約全体の趣旨から必然的に示されていた。契約を解釈するにあたって、子を休暇中にイビサ島の外に連れて行ってもよいとの条項がいくつかの制限下にあることは特に重要だ。思うに、契約の解釈や趣旨は、明らかにスペイン国内法によって決められるべき事柄である。しかしながら、契約の解釈、または解釈がなされたプロセスにおいて、合理的でないものはなにもないと思われる。

では問題になるのは、契約のもとでの申立人の権利は、本条約の第3条の適用上、監護権にあたるかどうかが理解されるかどうかである。Seroka 対 Bellah において、Prosser 判事は同様のケースにおいて、申立人の権利の存在と本質は子の常居所のある国の国内法に従って決められるべきだが、本条約においてつかわれる「監護権」という表現の解釈は本法廷での問題だとの前提でもって、この質問に取

りかかった。当職は、第 15 条の観点からは、もし両者に違いがあるのであれば、要請国の裁判所のアプローチと、要請された国のアプローチのどちらが勝つべきかとの問題がありそうだが、今回の事例において同じ前提を採用することに満足する。

いったんこのように問題が特定したのだから、両当事者のそれぞれの提案は簡潔にまとめられる。申立人については、日常的な子の保護、監督は母親に与えられていたが、父親は、母親と共に子の居住を制限する権利を含めいくつかの重要な権利を保持していたこと、それゆえ、監護権となるものを享受していたことが主張された。被申立人については、子をイビサ島から連れ去ることに対する同意を差し控える権利を父親に与えた表現は契約の中になかったこと、母親は自身の住所を変え、それゆえ含蓄的に子の住所を変えることができるとの条項が契約にあったことを主張した。さらに、スペイン人弁護士の意見は、申立人は契約のもとで接触権を享受するにすぎないことを言っているが、接触権は本条約の意味において監護権とははっきりと区別されるべきものであることが提出された。この議論の前提にあるのは、接触の権利の実施について扱う第 21 条の条項である。したがって、契約は父親が子の居住地についての管理権をもっていたとは意味しない。親権の共有を考慮するかぎり、父親が持っていたのは、監督、監視に関するある種ぼんやりとした権利であり、父親が親権を共有していたということは、一般的な親権を持っていたと意味するにすぎない。しかしながら、そのような親権は監護権と考えるようなものを彼に与えるものではなく、法令と契約の真の趣旨は、監護権はその全体が母親に属していたというものだった。

被申立人が提案したやり方で、監護権と接触の権利の間に境界線がはっきりと引けるかどうかは疑わしいが、今回の事件について、本条約の適用上、接触の権利自体の享受は監護権を意味しないと想定する準備ができています。しかしながら、スペイン国内法のもとにおいてのように、自身の子についての権能が両親に法によって与えられているところ、あらゆる状態で、別居の場合に、唯一可能なアプローチは、全体の状況を見て、親によって享受される権利は、全体的に監護権を構成するかどうかを決めることであるように思われる。今回のケースにおいては、契約の観点から、申立人は接触の権利、親権に由来する一般

的監視の権利を与えられているだけでなく、含蓄的に、子がイビサ島に住むべきかそれとも他のところに住んでもよいかを決定する権利を共有している。このような状況において、契約のもと、申立人が享受する権利は、本条約の適用上、監護権を構成するという結論に至った。父親の同意無しに子をイビサ島から連れ去ったことは、彼の権利を侵害することで、それゆえ本条約の適用上、不法な連れ去りだったということになる。

上述した *Seroka* 対 *Bellah* 事件に加えて、多くの判例が言及された。申立人の代理人は、*Re J* 事件、*Re H* 事件と *C* 対 *C*(1992)事件を参照した。被申立人の代理人はさらに *C* 対 *C*(1989)事件を参照した。しかしながら、言及された最初の 3 つの事例は、今回の事件の状況とかなり異なった状況について扱っているように思われる。*C* 対 *C*(1989)事件については、詳細までこの事例の状況に踏み込む必要はないと思うし、今回の事例において当職が採用した考え方は、この *C* 対 *C* 事件における判決と一致するものであるように思われると言うことで十分である。

全ての状況を踏まえて、本条約第 12 条の観点から、子を即座にスペインに返還するよう命令しなければならないと思われる。