

---

<http://www.incadat.com/> ref.: HC/E/UKe 265

[25/06/1999; High Court (England); First Instance]

Re J. (Abduction: Declaration of Wrongful Removal) [1999] 2 FLR 653

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

---

高等法院 家庭部

中央裁判所

1999年6月25日

判事：Hale

Jの件

父親の代理人：Adrienne Barnett氏

母親の代理人：Kay Jones氏

HALE判事：本件は、「1985年子の奪取及び監護に関する法」第8条に基づき、母親によるイングランド、ウェールズからの子の連れ去り、またはイングランド、ウェールズ外での子の留置は、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する（1980年ハーグ）条約第3条の意味において不法だったとの宣言を求める未婚の父親の申立てである。父親は、自身が子の後見人になること及び母親が本管轄区に直ちに子を返還せよとの裁判所命令の発出を望んでいる。

事実の概要

当該子はJという男児で、1997年10月2日に出生し、現在約1歳9ヶ月である。母親は南アフリカ出身で、父親はマルタ系の英国国民である。父親と母親は1995

年、英国で出会い、関係を築き、父親のアパートで共に暮らし始めたが、結婚はしなかった。Jは英国で生まれ、1999年5月まで両親と共に同じ家庭で過ごした。

しかしその頃父親と母親の関係は上手くいかなくなった。1999年1月、母親は休暇にJを南アフリカに連れて行き、もともと予定していたよりも長く滞在したが、1999年2月に英国に戻った。彼女は他に住む場所を探すつもりだと父親に言った。彼は彼女に親責任に係る契約を結ぶよう頼んだが、彼女は拒否した。母親は1999年4月の終わりに妊娠中絶した。彼女は、その後すぐに家を出るつもりだと父親に言った。

そのため、1999年5月5日、父親は親責任に係る命令と禁止措置命令を求めて緊急的に一方的申立てをした。その日の証人供述書において父親、もし母親に通知をしたら、彼女はアパートを出てどこか知らない所へ行き、その後Jを南アフリカに連れて行くと思ったため、通知をせずに申立てをしていると説明した。不運にも、地方裁判所の **Bassett Cross** 判事は一方的命令を下すには十分な証拠がないとした。判事は通知に関する申立ての審理を延期したが、1999年5月12日に申立てを聞くよう時間を短縮した。

しかしながら、まさにその日、母親はJと共に南アフリカへと出発した。彼女は、父親に対し、友達と一晩過ごし、ブライトンで翌日を過ごす予定だと言った。しかし、彼女とJは1999年5月5日午後6時30分に、前日に買っていた往復航空券で英国を飛び立った。彼女は翌朝10時15分ごろ、ケープタウンにある自分の両親の家から父親に電話した。

父親はその日に裁判所を再度訪れ、このとき **Bassett Cross** 判事は、母親は、本命令の送達を受けた後直ちにイングランドとウェールズの管轄区に子を返還せよとの命令を下した。本命令は1999年5月17日付で母親本人に対し送達された。母親はその日父親に電話し、命令に従わないつもりだとはっきり述べた。

父親は、大法官府の子の奪取担当課にも相談した。担当課は、父親に対し、父親の監護権に対する懸念のため、今後の訴訟の前に母親の連れ去りは不法との

宣言を得たほうが良いと助言した。このようにしてこれらの訴訟は1999年5月24日に開始され、**Bodey** 判事が命令を下した。こうした当職が担当する審理が開かれることとなった。1999年5月6日に下された本命令の施行は、今日まで延期されている。

## 児童法

1999年5月5日の母親のJの連れ去り、また1999年5月6日の命令に違反する母親による子の留置はハーグ条約第3条の意味において不法かどうかを判断するにあたっては、英国の法において未婚の父親は、既婚の父親と異なり、子の共同親責任を自動的に得ることはできないという前提から始めなくてはならない(1989年児童法第2条(2)(b)参照)。父親は、母親との契約又は裁判所命令によって親責任を得ることができる(同法第4条(1)参照)。父親は、子の居住地、父親と子の交流権の種類、学校教育など養育に関する具体的な問題、子とその家から又は国からの連れ去りに関する禁止措置を含む、「第8条命令」として知られている、子の養育についての命令を求めて裁判所に申立てることができる(同法第8条及び第10条(2),(4)(a)参照)。しかしながら、父親が親責任を得るか母親による子の連れ去りを禁ずる命令が下されるまでは、母親が父親の同意なしに子を国外に連れ去ったとしても、母親は子の奪取違反とならない(1984年子の奪取に関する法第1条(1),(3)(a)(ii)参照)。

しかしながら、これで本件が終わるわけではない。裁判所は、生まれてからずっと自分と共に暮らしていた、また関係の継続を非常に困難なものとした到達地に秘密裏に連れ去られた時点でも依然として自分と一緒に住んでいた子との関係を前触れなく奪われた父親に対し相当な同情をもって、本件の事実に着手しなければならない。父親の代理人である **Barnett** 氏は、三つの根拠を提出し、裁判所がこれを検討しこれに基づいて宣言するよう求めている。

これらの根拠うちの二つは、裁判所はハーグ条約の意味において監護権が帰するであろう組織であるという事実に基づいている。これは明らかに子が被後見人とされている事例である。というのも、裁判所が正式に被後見人に対する後見責任を想定しているだけでなく、訴訟手続をとるというだけでさえ自動的に

な影響は子の連れ去りを裁判権から避けることだからだ (**Re B-M (Wardship: Jurisdiction)** [1993] 1 FLR 979、父親は 1989 年児童法に基づいて申立てるかわりに子を被後見人としたということを除いては、この事件にとても似た状況である **Eastham** 判事の判決を参照)。さらにこれは裁判所が監護権を決めるよう求められている係属中の訴訟がある事件である (**B 対 B (Child Abduction: Custody Rights)** [1993] Fam 32 事件及びこれに基づく **B 対 B (Abduction)** [1993] 1 FLR 238 事件の、オンタリオの裁判所は離婚訴訟において暫定的監護権命令を出した判決を参照)。これは監護権や住居が問題となっている訴訟だけでなく、子を国外に連れ去ることができるか否かを定める権利に関わる訴訟も含む。なぜなら、国内からの子の連れ去りを防ぐ権利(時に「旅行制限」として知られている)は条約の目的における「監護権」であるからである。 (**Re C (A Minor) (Abduction)** [1989] 1 FLR 403 事件参照)。英国法において、親責任に係る命令はその権利と共にある(子の奪取に関する法(1984)第1条(1),(3)(b)(ii)参照)。それゆえ、そのような命令を求めた係属中の訴訟は、この目的のために裁判所において監護権を得ることができる (**W (Abduction: Father's Rights)** [1999] Fam 1 事件及びこれに関連する **W** 事件並びに **B (Child Abduction: Unmarried Father)** [1998] 2 FLR 146 事件の当職の判決を参照)。連れ去りを防ぐ禁止措置命令を求める訴訟はこの部類に入るだろう。

ここまでは本件の当事者間において共通している。しかしながら、そのような命令を求める訴訟手続が単にとられていることは裁判所に当該権利を授けるのに十分ではない。 **F (A Minor) (Child Abduction: Rights of Custody Abroad)** [1995] Fam 224 事件及びこれに関連する **F (Child Abduction: Risk if Returned)** [1995] 2 FLR 31 事件の 231 頁及び 238 頁において、「裁判所命令や係属中の訴訟が単に存在していることによって自動的に裁判所に「監護権」が与えられるものではない。」ここには、「もっともその裁判所はこの点を決めるようもとめられたわけではないが」という旨の添え書きがある。更に、 **B (Abduction)(Rights of Custody)**[1997] 2 FLR 594 事件において、父親は 1997 年 2 月 17 日に親責任親責任に係る命令を求めて申立てをしたが、母親が 1997 年 3 月 3 日に母親が子を国外へ連れ去る前に何か他のことが起きたとの指摘がない。 **Wall** 判事は、 **B 対 B(Child Abduction: Custody Rights)** [1993] Fam 32 事件及びこれに関連した **B 対 B (Abduction)** [1993] 1 FLR 238 事件をこの種の提示案の「高

水位線」と称して、連れ去りは不法であるとの一方的宣言の発出を拒否し、控訴院は上告許可を拒否した。

**W (Abduction: Father's Rights) [1999] Fam 1** 事件及びこれに関連する **W** 事件並びに **B (Child Abduction: Unmarried Father) [1998] 2 FLR 146** 事件において、未婚の父親の接触、親責任を求めた申立てがしばらくの間継続している。この事件では数回の審理があり、法廷福祉官は、父親に親責任を得るよう勧めた。母親は最後の審理の直前に、裁判所が命令した条件よりもより寛大な接触に同意することによって、父親をだまして安心させ、子を外国へと連れ去った。当職は裁判所が申立てを長期間にわたって積極的に審理していたこと、現実的な命令がだされた審理がこれ以前にあるという事実に基づいて **B** 事件と区別し、こと、そして本件は結論に近づいていると考えた。[1999] Fam 1, 16, [1998] 2 FLR 146, 160D において、当職は次のように述べた。

「裁判所が監護権を決める訴訟を積極的に審理しているところ、訴訟係属中に裁判所の許可なしに裁判権から子を連れ去ることは、裁判所に帰属する監護権違反だという意見に当職はとても引きつけられた。もう一方の当事者の同意がこれを妨げるかどうか不確かである…。」

19 頁及び 162F-163A 頁においてそれぞれ、当職は次のように判断を要約した。

「習慣的にここに住んでいる子を連れ去ることは、

(a)...

(b)...又は

(c)イングランドとウェールズの裁判所において係属中の関連する訴訟がある

ならば、1980年ハーグ条約に基づき不法となると思われる。

...仮に暫定的命令が下され、最終審理を行うよう指示されていれば、訴訟は本

目的のため係属となることは明らかである。しかしながら、**B (Abduction)(Rights of Custody) [1997] 2 FLR 594** 事件を考慮すると、訴訟を単に問題にするだけで十分であるとは思えない。訴訟はおそらく提起されるべきであり、裁判所に監護権を授与するには裁判所による何らかの行動が必要であることはあり得る。これは、暫定的命令を出すことであつたり、今後どのように訴訟を進めていくかについての説明であつたりしうる。」

この見解を本件の事実当てはめると、1999年5月5日に **Bassett Cross** 判事に父親が申立てをしたとき、裁判所はその件を積極的に理解しようとしたと思われる。今になってみれば、本判事が禁止措置命令を求めなかったことは遺憾である。というのも、母親が判断されている短期間に、現状を維持してもなんの害悪もなかっただろうからだ。しかし判事は本件に対して彼自身の意見を述べて、今後の訴訟について説明をした。本判事が、子がすぐに国外へ連れ出される可能性を実際に考慮していたならば、判事は命令を下していたに違いない。その段階では、そのような措置をとる彼の裁判権に間違いはなかった。それゆえ、本件の特定の事実について、裁判所は、子が国外へ連れて行かれるべきか否かの問題を審理するという意味において、裁判所は十分監護権を取り扱うことができるという見解を当職は支持するつもりである。

しかしながら、その翌日、裁判所が母親に子を即座に返還するよう命令したときに、裁判所がそのような権利を想定していたことには疑いがない。しかし、それは裁判所が命令を出す管轄権を持っていた場合のみ有効だろう。「条約第1条1(a)命令」を出す管轄権は、1986年家族法の第2条2によって規定されている：「第1条1(a)命令」は「そのような命令を変更命令、取消し命令以外の、1989年児童法施行法の下でのイングランド及びウェールズの裁判所によってなされた第8条命令」である。イングランド及びウェールズの裁判所は次のような場合でない限り、そのような命令をなす管轄権を持っていない。

「...関連日において当該子が—

(a) イングランド及びウェールズに常居所を有している、又は

- (b) イングランド及びウェールズに居住しているが、英国のいずれかの区域にも、特定の従属地域にも居住していない…」（1989年家族法第2条2又は第3条1参照）

本法第7条における目的の「関連日」とは以下の通である。

「命令を出したり変更したりすることの関連で意味付けられる—

(i) 命令がなされ又は変更されることを求めて申立てがなされた場合、申立て（又はもし二つかそれ以上が一緒に判断されているときは、最初の申立て）の日

(ii) そのような申立てがなされていない場合、裁判所が命令を出すか、又は場合によっては命令を変更するかどうかを検討している日

父親が1989年児童法第8条に基づく命令である、禁止措置命令を求めて裁判所に最初に申立てをした1999年5月5日に、Jは英国を常居所としていたことには疑いがなく、母親の代理人であるJones氏により認められている。その翌日に下された命令は、連れ去り禁止命令であることは明示されてはいなかったが、母親が実際にしばらく管轄区からJを連れ去ったということを考慮すると、そのような命令に必ず付随する内容であったと考えられる。その命令は明らかに1989年児童法第8条における命令であった。新たな申立てや訴訟は要求されなかった。当職の見解では、いったん第8条命令を求める申立てが、我が国に居住する子についてなされ、まだ判断されていなかったなら、裁判所が第8条命令をする管轄権を保持する。1986年法の規定を拡大解釈しすぎており、下された「命令」が「関連日」が申立ての日であることを求める「命令」と同一の意味を有すると言うことはできない。本件において、裁判所はしばしば当事者により求められるものとは異なった言葉で命令を出すもので、これが、申立てがなされたときに裁判所が持っていた管轄権を裁判所から奪うと言うのは無意味だろう。いったん訴訟の決着がつくと、管轄権はなされた命令の取消し又は変更のためにだけ保持されるが、ここではそのようなことは生じていない。

**S (Residence order: Forum Conveniens) [1995] 1 FLR 314** 事件においてこの理由付けと齟齬をきたすものはない。それゆえ、裁判所は依然として命令を出す管轄権があったと結論づける。なぜなら、**J**が依然としてここに居住していたときに、父親はその命令を求めて申立てをしたからだ。それはこれらの訴訟を処理するのに十分である。というのも**J**は命令に違反して、不法に南アフリカに留置されているからだ。

もうしそうなのであれば、**J**が1999年5月5日の夜から6日にかけての母親の行動により**J**の常居所が我が国であるか否かを決定することは必要はない。1999年5月5日に**J**は英国を常居所としていたため、**J**が一夜にして常居所を失ったことを証明する証明責任は母親にある（**B-M (Wardship: Jurisdiction) [1993] 1 FLR 979** 事件参照）。もちろん、幼い子が親責任を持った一人の者の実保護を実際に受ける場合、子の常居所はほとんどの場合親責任者の常居所と同じであるだろう（**J (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1990] 2 AC 562** 事件及びこれに関連した**C 対 S (A Minor) (Abduction) [1990] 2 FLR 442** 事件を参照）。

母親の場合、子との未来は南アフリカにあるとの彼女の決断は、彼女は明示的にいつかとは言わないが、1999年1月か2月にそこに滞在したあと明確化した。母親は、子と飛行機に乗ったときに永遠に英国の常居所を放棄したという主張を擁護して、**Jones**氏は出発に織り込み済みだった秘密の計画、彼女が父親に翌日電話したとき、戻ってこないと言ったという父親自身の供述、そして彼女は返還命令が送達されてきたときまでには南アフリカで仕事を依頼されていたという証拠を提示した。

父親の場合、命令が送達されるまでは、彼女は最終的な決断はしておらず、決定を保留していた。雇用の申し出は命令を受けた次の日になされており、彼女はまだその申し出を受け入れていなかった。彼女は戻ってこない旨を彼に言ったが、もっとも一生戻ってこないとは言っていない。彼女は（往復航空券は片道航空券よりも安いという証拠があるが）往復航空券で飛んだ。とりわけ、彼女は出発した直後に偶然、地方自治体から届いた住居の申し出に興味を示していた。そして1999年5月10日、彼女は住宅課に「個人的、健康的理由」でいま国外にいて、留守をしていることが長い間待ち望んでいた新たな住宅への移

動を危うくしないように望むとの手紙をファクシミリで送った。彼女は裁判所の命令を知った後ではじめて、1999年5月17日これを撤回した。彼女は後に、初期のファクシミリは単に父親がより良い財産を手に入れることを手伝うことによって、父親に親切な行為をしようとしたものだった提示したが、彼女は長い間待ちながら、それに好奇心を寄せられていたと告白もした。

母親はこれらのことについて反対尋問されるために裁判所にはいなかったが、父親はいた。家族の友人であるSDも裁判に来ており、宣誓供述書において彼女は1999年5月20日に母親と話して、そのとき母親は命令を受け取るまでは、決断をしておらず、南アフリカに滞在すると決めたのは、まさに命令を受け取ったときだったと述べた。母親は後の宣誓供述書において激しくこれを否定したが、なぜSDが真実を述べると誓ったこの件において、嘘を言うのか提示することができていない。

このような状況において、1999年5月6日に判事が命令をだす前に、母親がこの国における常居所を放棄していたとの立証責任を彼女が果たしたと考えることはまったくできない。しかし今まで述べた理由により、判事は彼女がそうしていたとしてもしていなかったとしても、命令を出す管轄権を持っていた。

**Barnett**氏は、父親が **B (A Minor) (Abduction)[1994] 2 FLR 249, 261** 事件において **Waite** 判事によって以下のように述べた権利を有すると主張している。

「…義務を果たし、監護の又は親の特性のある特権を享受する者の持つ完成途中の権利、つまり法によって未だ正式には認識、認容されていないが、それにもかかわらず裁判所が当該子の利益のために支持するもの」

それゆえ、

「もし、子の奪取の前に、権利を侵された親が裁判所の命令や正式な監護者としての地位という利益なしに、要請国における親の又は監護の特性のある役割を果たしていたならば、あらゆる事例において、要求された国の裁判所にとって、これらの役割が条約に言うところの「監護権」としてみなされるものにな

るかどうかを決定することは論点になるに違いない。一極には、（たとえば）その地位や役割は条約に定められる権利を果たすものとして認めるにふさわしいとみなされることはなさそうな未婚の法的監護者の一時的な同棲者がいる。反対の極にいる法的監護権者のかわりに代替的な親という役割を想定されている親戚や友人には逆のことがあてはまる。」

この概念は、その人から子は奪取された実質的な世話人の立場を守るために、**B** 事件と **O(Child Abduction: Custody Rights)[1997] 2 FLR 702** 事件において用いられた。本件において、父親が実際にどれだけ子のためにしてあげたかについて争いがあるが、父親は、同じ屋根の下に住む母親と父親が共同で行うかたちで、息子の世話を分け合っていたとの保険師、一般開業医、看護師、保育園からの中立的立場による証拠がある。届出された判決で、そのような事例に「完成途中の権利」という概念をあてはめたというものはないが、もし、本件を、**J (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1990] 2 AC 562** 事件及びこれに関連する **C 対 S (A Minor)(Abduction)[1990] 2 FLR 442** 事件における貴族院の判断と一致させるのにより深刻な困難がなければ、**Waite** 判事により描かれた連続体の正しい側（に当たるとの意見を保持することにほとんど困難はなかつただろう。これは母親がこの国に密かに子を奪取したときに、共に暮らす未婚のカップルに影響を与えた。貴族院は実質的な監護は十分ではないとの意見を持っていた。

結果的に、1999年5月6日になされた命令に違反する、南アフリカでの**J**の留置は条約の意味において不法であることに疑いはないから、この難しい事件を当職が解決することは必要ではないし、当職はそう宣言する。また母親が即座に**J**を管轄区に返還するよう要求するため、1999年5月6日の命令の延期を解除する。万が一母親が**J**とともにこの国へ戻ってくるのであれば、母親は即座に子を父親のもとへと渡さなければならないとの命令をするのは適切だとは思わないだろう。しかしながら、この件はハーグ条約のもとでの当局を通して続行されうるということを考慮した上で、更なる補助的命令が必要、又は適切であるかどうかについて更なる議論を聞く。