
<http://www.incadat.com/> ref.: HC/E/UKe 504
[25/03/1998; High Court (England and Wales); First Instance]
Re B. (A Minor) (Abduction: Father's Rights) [1999] Fam 1

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

高等法院

家事部

王立裁判所

1998年3月25日

判事：Hale

代理人：

第二事件について

父親側：Ian Karsten 氏、Deborah Taylor 氏

母親側：Anthony Kirk 氏

第一事件について、母親は出廷せず、代理もなされなかった。

法廷助言人：Michael Nicholls 氏

判決は後日とする。

Hale 判事：

問題点

本件では、便宜上、二つの裁判を同時に行った。ここでは、計2名の未婚の父親が、1985年子の奪取及び監護に関する法の付表1に記載された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15条に基づき、子らをイングランド及びウェールズから連れ去ったのはハーグ条約第3条にいう不法な連れ去りであるという申立てを行った。子らは、英国法のもと単独親責任を有するそれぞれの母親によって海外に連れ去られた。子が出国した時点で、父親は親責任を有していなかったし、イングランド及びウェールズから子を連れ去ることを禁止する有効な裁判所の命令も出されておらず、当該連れ去りは1984年子の奪取に関する法や他の法律に違反する刑事犯罪だったわけでもない。しかし、これは父親が有する監護権を侵害するものであると主張された。本件の二つの裁判のうちの一つにおいては、裁判所が有する監護権を侵害するものであるとも主張された。

ハーグ条約の関連条文

ハーグ条約第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。

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5条は、以下のように規定している。

「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。」

条約第15条は、以下のように規定している。

「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三条の規定の意味において不法なものであるとの決定又は判断を申請者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、当該申請者に対し当該決定又は判断を得るよう要請することができる。締約国の中央当局は、申請者が当該決定又は判断を得ることをできる限り援助する。」

関連する事実

本件のうち、W.に関する事件は、2人の子に関する裁判である。A.は1993年2月26日に生まれ、K.は1994年10月30日に生まれた。両親は、1992年4月から1995年9月まで一緒に住んでいた。離婚後、子らは母親と共に暮らしている。この母親は、現在の夫と共に住み始め、その後1996年4月に結婚した。1996

年3月に、子らの父親は、親責任と面会に関する命令を求めて、地元の家庭裁判所に対し申立てを行った。1996年9月には、父親は居住命令を求める申立てを行った。

父親のこれらの申立てについては、1997年2月12日に最終審理が開かれたが、両親は合意に達した。父親は、居住命令の申立てを取り下げることに同意し、母親は、6ヶ月の期間限定で裁判所の福祉担当官による報告とチェックを受けることに同意した。面会と親責任に関する父親の申し立てについては、1997年9月15日に最終審理が開かれた。これには両親が出廷を求められ、9月8日には指示尋問が開催された。2月の口頭弁論のすぐ後に、両当事者は会談を行い、子らが毎週末に一日中父親と一緒に過ごすということで合意した。これは夏の間ずっと続いた。9月1日付の裁判所の福祉担当者の報告書は、合意に基づく面会を継続することと、父親が親責任を持つことを提言していた。

母親は、指示尋問にも最終審理にも出廷しなかった。9月15日の審理において、判事は親責任に関する命令を出したが、これは遅すぎた。母親は、子らと夫と共に、9月5日にオーストラリアに移住していたからである。航空券はすでに8月に予約済みであり、彼女の代理人は7月には彼らの計画を知っていた。家族は6ヶ月間のビザしか持っておらず、1998年3月に帰国する航空券も持っていたが、行動状況からすれば、彼らは可能であれば移住するつもりであったと考えられる。母親は、裁判に関する通達を受けており、オーストラリアの代理人にも相談していたが、裁判に出廷することはなかった。

本件のうち、B.に関する事件は、1995年10月19日生まれの幼女N.に関する裁判である。N.の両親は1990年11月から、母親の主張では1997年1月まで、父親の主張では1997年6月まで、一緒に住んでいた。父親と母親は大喧嘩をし、1997年1月4日には警察が呼ばれた。結果として、母親は子連れで1月6日には家を出た。母親は家には戻らず、4月に地元の当局により新しい住まいを与えられた。

他方、父親は1997年1月8日に、母親が管轄地域から子連れ去ることを禁じる旨の一方的命令を得た。1月15日の両当事者が出廷した最初の審理により、両親ともに子の連れ去りを禁じられた。ところが、1997年2月18日の和解により、両親は、母親のための居住命令と、父親のための合理的な面会に関する命令を受け入れるということで合意した。これにより、連れ去りを禁止する命令は無効とされた。

その後父親が娘とどのくらい面会したかについては争いがある。9月に、母親は家族のもとを訪れるため、アイルランドに行った。母方の父親が脳卒中にかかったからである。父親はこれらについて全て知らされていた。母親が帰国した後、また警察が呼ばれるような事件が10月半ばに発生した（このことは両親と

もに認めている)。その直後、母親は子と共にアイルランドに行き、そこから父親に対し、戻るつもりはないと伝えた。

英国法の関連規定

まずは1989年児童法である。同法ならびに他の法における主要概念は、親責任である。従来の親の後見・権利・義務に関する考え方に代わるものとして、同法第3条第1項は、『親責任』とは、子と子の財産に関して、親が子に対して法律上有する全ての権利、義務、権限、責任及び権能をいう。』と規定している。

同法第2条第1項は、子の誕生時においてその両親が婚姻している場合（このような場合の解釈について、同法第2条第3項は意味を広げている）につき、父親と母親は互いに子に関する親責任を持つと規定している。これに対し、両親が婚姻していない場合について、同法第2条第2項は、母親が親責任を持ち、父親は同法の規定に基づき取得しない限り親責任は有しないと規定している。未婚の父親が親責任を持つ場合というのは、同法第4条が規定するように、裁判所の命令による場合、または、所定の様式で締結され高等法院家事部主要登記所に記録された、父親と母親との間の合意に基づく場合である。

1989年児童法はさらに、第10条第4項において、未婚の父親は親責任がなくても裁判所に対して子の養育に関する命令を申請することができると規定している。同法第8条第1項によれば、このような命令としては、父親と子が同居すべき旨の命令、父親と子が面会できる旨の命令、学校教育や医療といった特定の事柄に関する命令、母親やその他の者が子に関して特定の行動を採ること（子を管轄地域から連れ去るなど）を禁じる旨の命令が含まれる。

1984年子の奪取に関する法第1条も、この文脈における親責任を重要視している。第1条(1)は、「適切な同意を得ずに」英国の国外に子を連れ出す又は送り出す行為は、親に対する不法行為を形成すると規定している。同法第1条第3項は、この適切な同意の内容について、子の母親による同意、「父親が親責任を有している場合」における子の父親による同意、後見人又は居住地若しくは監護権に関する命令を受けた者の同意、子の監護に関する命令（若しくはそれと同等のもの）として定義している。共同親責任になっている場合、親責任者は1989年児童法第2条第7項により「親の責任を果たすため、その他の者（たち）の同意を得ることなく単独で行動する」権能を有するとされるが、共同親責任の場合につき、1984年子の奪取に関する法律第1条は、当該権能に対して重要な制約を課しているのである。1989年児童法は、これらの場合に母親が単独で行動する権能については、制約してはいない。

1984年子の奪取に関する法第1条は、1989年児童法により、後者における概念・原理と適合するようなかたちに修正された。1989年児童法第13条第1項は、子について居住地に関する命令が有効である場合には、いかなる者も、当該子に

関する親責任者全員の書面による同意又は裁判所による許可を得ない限り、当該子を英国国外に連れ去ってはならないと規定している（もっとも、1989年児童法第13条第2項は、居住地に関する命令を受けた者について、この者は1ヶ月未満の期間であれば、別途禁じられない限り、子を連れて英国国外に出ることができるとしている。1984年子の奪取に関する法第1条第4項と第4項Aも、当該条文を反映した内容になっている）。

W.事件では、居住命令で有効なものは存在しなかった。B.事件では、N.の母親の申立てによる、有効な居住命令が出されていた。しかし、ここでは母親だけが親責任を有していたので、母親は親責任者全員の同意を得ていたことになる。この点について、法廷助言人であるNicholls氏は、他に親責任を有する者がいない場合には、1989年児童法第13条第1項により、親責任者の同意の代わりに裁判所の許可を得る必要があるということを示唆している。しかし、同条文はそこまでは規定していない。

1989年児童法は、数多くの点において、「親」と、「親責任を有する者」（この中には親も含まれる）とを区別している。立法者は、居住命令を受けた者が子を1ヶ月超海外に連れて行きたいと考える場合について、親責任の有無に関わらず全ての「親」の同意を得るか、裁判所の許可を求めなければならないとは考えていないのである。さらに、1991年家族手続規則（1991年法令第1247号（L.20）付録3は、1989年児童法第13条第1項による申立てがなされた場合、親責任を有する者のみが、それについて通知を受け、対応する義務を負うと規定している。このような申立てを行うに当たり、いなくなった親の居場所を探さなければならないのであれば、時間、費用、ストレスがかかり、子の利益にとっても公共の福祉にとっても非常に不利益であることは明らかであろう。2人の父親の代理人であるKarsten氏も、Nicholls氏の主張に関わらざるを得なかったためではあるが、賢明にもこの点については強く主張していない。

さらに、子が後見に服する場合を除き、英国法には、裁判所に係属中の事件の対象となる子について、この子の連れ去りを禁止する一般的な規定は存在しない。このことは、他の管轄地域の法と比較すると明確である。例えば、オーストラリアでは、1975年家族法第65条Zにより、子の将来についての裁判の係属中に、裁判の全当事者の同意又は裁判所による命令を得ることなく、子を海外に連れ出すことは、当該訴訟のあらゆる参加者に対する不法行為となるとされている。

以上からすれば、子らがイングランドとウェールズから連れ去られた時点では、英国法において、それを阻止するような規定は存在しなかったことが明らかである。

条約における監護権

しかし、ことがこれで終わるわけではない。1993年1月18日～21日に開催された、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する（1980年ハーグ）条約の運用状況の確認に関する第二回特別委員会の報告書16ページの結論によれば、

「条約の射程を定める主要概念の意味については、ある法律の仕組み一つだけを見て判断するものではない。したがって、例えば『監護権』という表現については、国内法における独特の監護の概念と一致するものではなく、あくまで条約における定義、条約の仕組みと目的に照らして意味を判断しなければならない。」

これと同じ原則を、C.対C.事件 (Abduction: Rights of Custody) [1989] 1 W.L.R. 654の663ページにおいてライミントン裁判所のDonaldson記録長官も表明している。

「条約第3条が、連れ去りの直前に子が常居所を有していた国の法令に基づいて父親が共同又は単独で有する「監護権」を侵害しているかどうかを判断することを求めている以上、当裁判所は必然的にオーストラリア法に関わらざるを得ない。しかし、オーストラリア法が監護権についてどのように規定しているかは、全く問題ではない。問題となるのは、父親が有する権利が、条約が定義する「監護権」に該当するかどうかである。もし該当するのであれば、父親が有する権利が英国法のもと監護権と言えるかどうか、全く問題ではない。」

他の裁判例においても、同様の見解が見られる。本件との関係でいくと、特にF事件 (A Minor) (Abduction: Custody Rights Abroad) [1995] Fam. 224.が重要である。

これらの裁判例は、ハーグ条約にいう不法な連れ去りに当たるかどうかを最終的に判断するのは、申立てがなされた司法当局又は行政当局であるということも明言している。したがって、本件の申立てがオーストラリアやアイルランドに対してなされたならば、現地の裁判所が、英国法のもとで条約にいう不法な連れ去りに当たるかどうかを判断するということになる。

しかしながら、ハーグ条約第15条により、子が常居所を有する国の司法当局及び行政当局は、「子の連れ去り又は留置が条約第3条の意味における不法なものであるとの決定その他の判断（略）」を求められることがあるとされる。したがって、過去の裁判例が上のような判断を下したとはいえ、当職としては、本件においては英国の裁判所が、条約に関する英国の法律のもとで不法な連れ去りに当たるかどうかを判断すべきだと考える。P事件 (Abduction: Declaration) [1995] 1 F.L.R. 831, C.A.を参照のこと。

C.対C.事件では、父親母親が共同で後見するが監護権は母親に与え、父親も母親も夫婦の他方が同意しない限り子をオーストラリアから連れ出せないという内容の裁判所の命令に対し、既婚の両親は合意をしていた。Donaldson記録長官

は、条約に定義された「監護権」の意味について、以下のようにまで述べている。

「「監護権」は、「私見では、よりはるかに正確な意味合いも含んでおり、それが条約に基づくほとんどの申し立てにおいて決定的な意味を有している。すなわち、『子の居所を定める権利』である。当該権利は（中略）本件では父親母親が共同で有している。子がオーストラリアに居住している限り、この権利は母親が有する。しかし、子がオーストラリアの国外に住むかどうかということが問題になると、当然ながら、これは共同の権利であって、常に裁判所の権利に服する。」

このように、英国では長い間、ハーグ条約にいう監護権は、子をその常居所の存する国から連れ去ることについて拒否する権利を含むものとして考えられてきた。しかし、問題となる者が子という人間の世話についての権利を有していない場合も同様なのであるから、拒否権は、監護権よりはむしろ面会権を根拠づけるものとして機能するのである。しかし、このような考え方を条約全体の仕組みに適用すると、不具合が生じる。例えば、条約第 13 条第 1 項によれば、「子を監護していた個人、施設その他の団体が、連れ去り若しくは留置の前にこれに同意していた又は当該連れ去り若しくは当該留置の後にこれを黙認していた」（強調は引用者による）場合には、要請を受けた国の司法当局又は行政当局は、当該子の返還を命ずる義務を負わないとされる。ここで強調した条文の表現が、拒否権しか持たない者による同意又は黙認についてであると見るのは不適切である。当職としては、カナダの最高裁判所が二度に渡って（うち一回は、監護に関する最終命令を出したケースである）、拒否権は単に他人の面会権を保護するだけの権利であり、これが「監護権」と言えるかどうか疑問であると表明しているということを指摘しておく。Thomson 対 Thomson 事件 (1994) 119 D.L.R. (4th) 253 および W. (V.) 対 S. (D.) [1996] 2 S.C.R. 108. を参照のこと。

もっとも、法廷助言人として優れたリサーチと見解を述べていただいている、代理人事務所（条約のもとイングランドとウェールズにおける中央当局が設置されている）の Nicholls 氏は、1997 年 3 月 17 日～21 日に開催された、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する（1980 年ハーグ）条約の運用に関する第三回特別委員会の中で、条約締結国の間では、C. 対 C. 事件の考え方が一般的だとされていることを指摘している。

英国では、1984 年子の奪取に関する法律第 1 条により、たとえ連れ去りを禁止する有効な裁判所命令が出されていない場合であったとしても、親責任は拒否権を伴うと規定されている。したがって、C. 対 C. 事件の考え方の通りであれば、本件の父親たちが親責任を有していたならば、「監護権」も有していたはずである。しかし、実際にはそうではなかった。

拒否権に関する C.対 C.事件やその他の裁判例の考え方は、すでに引用した条約第 5 条 a における監護権の定義について、Nicholls 氏のいう「狭義に解する」立場である。このような立場は、監護権には子の居住地を決定する権利が「含まれるものとする」とは、「必ず含まれるものとする」と考える。しかしながら、「含まれるものとする」について、「含まれる」という意味として解釈することも同様に可能なのである。このことは、条約のフランス語版に、単に「『監護権』には（中略）が含まれる」としか書かれていないことによっても正当化できる。さらに言うと、「含まれるものとする」という表現は、「子の世話に関する権利」についても同様に成り立つものであろう。つまり、監護権のうちにこれらの権利が必ず含まれるのであるとすれば、子の世話に関する権利を持たない者の、単に海外渡航を拒否するだけの権利に対して、それを拡張することは許されないであろう。では、どのような根拠をもって、このような「狭義」な解釈を克服すべきであろうか。

F.事件は、控訴院において、子が連れ去られた元の国の国内法に違反していない場合であっても、子の連れ去りが「監護権」の侵害に当たることがあるとした。ただし、この裁判例では、両親は既婚であり、コロラド州法のもと、互いに同等で独立した監護権を有していた。つまり、英国法と同様、各親は、他の親から独立して行動することができたが、英国法と異なり、子をコロラド州又は米国から連れ去ることは禁止されていなかったのである。母親は、自分が子を連れて密かに国外に出たら失効するという内容の、子の世話と監督に関する仮の命令を得ていた。控訴院は、父親は同等で独立した「監護権」を有し続けているので、母親による子の連れ去りは、父親の監護権を侵害するものであるとした。

これに対し、親責任や監護権を有していない未婚の父親の地位は、全く異なる。J 事件(A Minor)(Abduction: Custody Rights) [1990] 2 A.C. 562 で、貴族院は、西オーストラリア法における未婚の父親の地位について扱っている。これは、英国法における未婚の父親の地位と近似したものである。J.事件の事案は、本件よりもはるかに問題多いものであった。というのも、母親が子を連れて家を出た時点で、母親と父親は共有の家屋と一緒に住んでいたからである。にもかかわらず、控訴院も貴族院もためらうことなく、父親はハーグ条約にいう監護権を有してはいなかったと結論づけた。オークブルック裁判所の Brandon 判事は、同裁判例 577 ページで、こう述べている。

「母親と父親が、西オーストラリアにあるその共有の家屋で J.と共に住んでいた間、J.の事実上の監護は、母親と父親が共同で行っていた。しかし、法律上の監護権は、母親だけが有していたのであり、その中には、J.がどこで住むかを決定する権利も含まれていたのである。」

この見解は、Karsten 氏も認めるように、本件の父親たちにとって「難点」である。本件の問題を解決するに当たり決定的かどうかはともかく、これは判例法

のもとで興味深い問題である。これが本件の判決理由中の判断のうちで取り扱われるのは間違いない。Nicholls氏は、J事件の決定は、英国法ではなく西オーストラリア法を扱ったものであるから、陪席判事を拘束するものではないと主張している。しかし、当職には、氏の主張は受け入れ難い。J事件における貴族院にとっての問題は、西オーストラリア法によって父親に与えられた権利が、ハーグ条約にいう監護権に当たるかどうかであった。本件の問題は、イングランドとウェールズの法によって父親に与えられる権利が、ハーグ条約にいう監護権に当たるかどうかである。ここでは、国内法によって与えられる権利は、実際問題として同一なのである。

不完全な権利

しかし、これでもまだことは終わらない。J事件は、後年、二つの裁判例において注目された。これらの裁判例においては、「監護権」の概念は、間違いなく、子の世話をする法的権利や子の居住地を決定する法的権利以上のものとして捉えられている。しかし、重要なのは、これらの裁判例は、一定期間子の世話をする責任を実際に有していた者に関するものであるという点である。

まず、B事件。(A Minor) (Abduction) [1994] 2 F.L.R. 249 は、控訴院の多数意見により決定が出された事例である。ここでも、西オーストラリア法における未婚の父親の地位が取り扱われた。母親は子をオーストラリアに残して去っており、父親と母方の祖母が共に子の面倒を見ていた。祖母は、休日には子をオーストラリアに連れて来たいと思っていたが、命令に関する覚書についての合意がなされた。そこでは、父親は共同で後見するが単一の監護権を持ち、祖母は子を一定期間同国に連れてくることのできるという許可が与えられた。また、子がオーストラリアに返還されることを保証するための条項も入っていた。しかしながら、母親の署名がなされた覚書の写しは、祖母と子がオーストラリアに向って出発した後になってから同国に到着した。当該覚書について、裁判所はしばらく認めず、母親が英国で後見手続きを開始した直後になってから認めた。

Waite判事は同事件 260 ページでこう述べている。

「したがって、条約にいう『監護権』は、(条約の目的に) 最も適合するような意味に解釈しなければならない。ほとんどの場合、可能な限り広義に解釈されるべきである。」

監護権の概念について検討した後、同判事は、それについて同事件 261 ページでこのように述べている。

監護権は、「法律家が確立された権利であると即座に認めるもの、すなわち、法によって規定されたか、裁判所の命令によって与えられた権利に限定されるものであろうか。監護権や親責任の性質を持つ権利義務を有したり果たしたりしている者は、不完全な諸権利を持つ。公式に認識されたり法律によって与え

られたりしてはいないけれども、裁判所は、当該諸権利を、問題となる子の利益のために認容するであろう。このような不完全な諸権利を、条約の文脈において適用することはできないのであろうか。」

Waite 判事は、それは各事件の状況によるものであり、要請を行う国ではなく、要請を受けた国の側の問題であると結論づけた。同判事はその最上位に、「法律上の保護者の代わりの役目を果たす親戚又は友人」を位置づけた。同判事は、同裁判例 262 ページで、同事件が **J** 事件とは事案が異なると考えているようである。すなわち、同事件では、父親の同意は、父親にとっても子にとっても残酷な詐欺行為によって得られたものであり、子としては、子が知っている唯一の国と「いつも面倒を見てくれる唯一の親」のもとに返還されないならば、嘆き苦しむであろうからである。彼は続けて述べている。

「**J** 事件の判決から、当該事件とはきわめて異なった状況にある本件の父親について、**Brandon** 判事の言う『事実上の監護』を行うだけの当事者として取り扱うような原理を引き出すことはできない。」

これに対し、**Peter Gibson** 判事は、**Waite** 判事の結論についてきわめて強い遺憾を表明し、反対意見を述べている。**Peter Gibson** 判事の主張は、**J** 事件の貴族院判決の「問題となる権利が、事実上の権利以上のものであった」という点に基づくものである。なぜなら、父親は、合意が裁判所によって承認されるまでは法的権利を持たなかったのだから、条約にいう監護権は有さなかったからである。

当職は、1994 年 **B** 事件は、父親側にとって有利な裁判例であると考えられるけれども、率直に言えば、**Peter Gibson** 判事と同様に、**J** 事件の多数意見と 1994 年 **B** 事件の多数意見とを整合的に把握するのは困難だと考える。

1994 年 **B** 事件の論理が適用されたもう一つの裁判例は、**O** 事件 (**Child Abduction: Custody Rights**) [1997] 2 F.L.R. 702. である (**Cazalet** 判事が適用した)。この事件では、母方の祖父母が、生まれてからずっとドイツに暮らしていたドイツ人の子について、ドイツへの返還を求める申立てを行った。この子は、1995 年 8 月以来、母方の祖父母と共に暮らしていた。初めのうちは母親も一緒だったが、母親は 1995 年 10 月に子と祖父母を残して去った。1996 年 10 月に、祖父母はドイツの法廷に対し、監護権に関する提訴を行ったが、それは母親には送達されなかった。1996 年 12 月に、母親は子を連れてドイツを出た。その何日か後に、ドイツの裁判所は、暫定的に母親から親責任を奪ってそれを祖母に与えるという内容の命令を出した。

Cazalet 判事は、同事件 708 ページにおいて、以下のような理由で、同事件は **J** 事件とは異なるとした。すなわち、同事件においては、1 年間に渡り、

「祖父母、特に祖母は子の世話をしていたが、母親は、短期間の面会のときを除き、世話を行わなかったし、何もしてこなかった。これに対し、J.事件においては、母親は、父親と一緒に暮らしていたときに主に子の世話をし、英国に来てからも世話を続けていた。」

Cazalet 判事によれば、1994 年 B.事件において Waite 判事は、「明らかに、特定の親のが実際に有し果たした権利義務の範囲で監護権が存在していると認定し、当該認定に立脚して判断を行っている。彼はこの問題について、各事件における事実の問題だと考えている。」という。Cazalet 判事は、O.事件でもこれと同じ立場を採り、祖父母は共同監護権を有するとした。

Karsten 氏は、本件の事案は、1994 年 B.事件とも O.事件とも異なると認めている。後二者は、人々が普通に考える奪取の典型的場面、すなわち子らがその主要な世話をしてくれる者のもとから連れ去られるのを防ぐため、裁判所が最大限の努力をした好例である。しかし、本件ではいずれも、母親が子らの主要な世話をずっとしてきており、子の世話を父親やその他の者に押し付けて放棄するようなことはしなかった。これに対し、父親の側は、子らが連れ去られた時点では、子らと同じ家に住んでさえいなかったのである。

もっとも、W.事件については、1994 年 B.事件や O.事件と近似した重要な点が一つ存在する。すなわち、父親は親責任を得ようとしているところだった。父親の申立てについては詳しく審査され、数日後には判決が下る予定であったのである。福祉担当官は親責任を認容することを提言していたし、裁判所は、9 月 15 日の審理において実際にそれを付与した。状況が当該諸権利の概念を満たす限り、「裁判所は、当該諸権利を、問題となる子の利益のために認めるであろう。」とした。しかし、W.事件では、1994 年 B.事件や O.事件と異なり、父親は面会権を除き、「監護権や親責任の性質を持つ権利義務を有したり果たしたりして」いなかった。1994 年 B.事件と O.事件を J.事件と整合的に解釈するのは困難である以上、当職としては、ハーグ条約の方針からして、本件のような状況についても不完全な諸権利の拡張を認めてよいものかどうか検討する必要がある。

ハーグ条約の方針

1994 年 B.事件の中で、Waite 控訴院判事は、ハーグ条約の方針について、同裁判例の 260 ページでこう述べている。

「条約の目的は、両親の関係が破綻したことによる悪影響をすでに受けている子らについて、片方の親によって恣意的に常居所から他国へと連れ去られることで、子らがさらなる混乱を受けることを防止し、有利な法廷地や自分に合う生活基盤を得させることである。」

これに対し、**B 事件 (Abduction) (Rights of Custody) [1997] 2 F.L.R. 594** において、**Swinton Thomas 判事**は、**598** ページでこう述べている。

「私見では、本件のような場合、まず念頭に置くべきは以下である。すなわち、条約の目的は、世話をする親のもとから不法に連れ去られた子らについて、長期間に渡る手続きや尋問を経ることなく、速やかに返還することを確保するというものだということである。」

その後も、**S 事件(A Minor) (Custody: Habitual Residence) [1998] A.C. 750, 766-767** で、**ハドレー裁判所の Slyn 判事**は、**Pérez-Vera 教授**による『ハグ条約に関する説明報告』から何カ所かを抜粋して引用している（『1980年10月6日～25日の国際私法に関するハグ会議第14回会合における活動と資料』第3巻（子の奪取）429ページ第16パラグラフを参照）。特に、以下の引用は重要である。「条約が採用しているルートにおいては、『ほとんどの場合、監護権に関する最終判断が、子が連れ去られた先の国の当局ではなく、子が常居所を有していた国の当局によって決定される。』」しかしこれは、両方の親による同意又は権能ある当局による許可を得ずして、常居所を有する国から連れ去られた子らの全てがすぐに返還されるべきだという意味ではない。締結国の義務は、法的状況だけでなく、事実状況にも非常に明確に結びついている。条約前文には、以下のような記載がある。

「この条約の署名国は、子の監護に関する事項において子の利益が最も重要であることを深く確信し、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を希望し、このための条約を締結することを決定し（略）」

したがって、監護権と面会権とは慎重に区別しなければならない。**S.対 H 事件. (Abduction: Access Rights)[1998] Fam. 49** も参照のこと。監護権については、条約第12条によって、子が連れ去られる前に常居所を有していた国に速やかに返還されるというかたちで保護がなされる。面会権については、条約第21条により、子が現在居住している国において、その内容が定められ、効果的な行使が確保されるというかたちで保護される。残念ながら、これは必ずしも優れて効果的というわけではない。例えば、面会権の保護を求める者は、不法に連れ去られた子の返還を申立てる者が必ず利用できる法的支援を利用できない。

にもかかわらず、すでに見たように、「監護権」はしばしば、通常の意味での監護や世話をを行う権利の保護ではなく、面会権の保護を主に目指した諸権利を包含するものである。**1996**年の条約の運用状況に関する調査（**Nigel Lowe** と **Alison Perry** の『国際的な子の奪取——英国の場合』を参照）が示すように、子の奪取を行った親の大半は、当該子の主要な世話をを行う者なのである。しかしそれでも、裁判所は子がどこで住むべきかを決定していないこと、又は、他方

の親が子の他国への連れ去りにつき拒否権を持つことから、他方の親は子の返還を求めることができるのである。Pérez-Vera 教授が『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）を参照）429ページ第16パラグラフで言うように、

「ハーグ条約は、この問題（すなわち親責任に関する問題）に関する紛争が、子が連れ去り前に常居所を有していた国の権能ある当局の前でなされるべきだという原則に、暗黙のうちに立脚している。この原則は、監護に関する決定がなされた後で、当該決定を侵害するかたちで連れ去りがなされた場合だけでなく、監護に関する決定がなされる前に連れ去りがなされた場合—すなわち、侵害された監護権は、法律上は行使されていたと言える場合—についても適用される。」

しかしながら、法律のもと権利が認められていない場合や、権利についてすでに判断がなされている場合においては、監護権と面会権との区別は、間違いなく、意味があつてなされたものだと言える。Pérez-Vera 教授は『ハーグ条約に関する説明報告』444～445ページ第65パラグラフの中で、以下のように説明している。

「特に子がその監護権者によって海外に連れて行かれた場合において、面会権の侵害について生じる問題が、第14回セッションで取り上げられた。多数派の意見は、このような状況は、防止されるべき不法な連れ去りと同じカテゴリーに入れられるべきではないというものであった。この例や他の例は、面会権の侵害によって、司法当局または行政当局の決定によって作られたバランスが根本から揺るがされる場面である。ここでは、監護権に関する決定については、常に再検討に付されるべきであるということがわかる。しかし、この問題は、諸見解の調整を図ろうというハーグ会議の努力を覆すものである。条約に基づく申立てにより、監護権についても面会権についても同程度の保護を認容され、ある種類の権利を有する者が、他の種類の権利を有する者に最終的に交代させられるならば、疑義の残る結果が生じることになるだろう。」（強調は引用者による）

Nicholls氏は、1980年条約法に関するウィーン条約（議会提出報告書第7964号）について注意喚起した。すなわち、同条約第31条第1項は、「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする。」と定めている。また、第31条第3項bは、「条約の適用につき後に生じた慣行であつて、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの」も考慮しなければならないということも定めている。

ほとんどの条約締結国の間には、「監護権」につき、出国を拒否する権利にまで拡張するというコンセンサスがあるように見受けられる。しかし、そのよう

なコンセンサスが存在するという証拠は提出されていない。上述のカナダの二つの判例が示すように、このように監護権を拡張することは、条約が保護しようとしている主要目的である監護権のうちに、夾雑物を織り交ぜることになり、かなりの混乱と不安定さをもたらすであろう。例えば、子を連れ去った者が、連れ去りを行う権限を完全に有していたのに、子を返還したいと考える者が、このようなより幅広い諸権利を主張した場合について考えてみればよい。

したがって、ハーグ条約における諸概念と仕組みと方針において、英国法のもとで本件の父親たちが同条約の目的とする「監護権」を与えられていると考えることはできないのである。

裁判所の有する権利

しかしながら、W.事件については特に、さらなる検討が必要である。すなわち、子の連れ去りが、それに関する係属中の家庭裁判所の監護権を侵害しているということである。それは特に、子らが後見に服している場合には顕著である。なぜなら、裁判所は子らを後見する者として、子らの生活の全ての点について監督を行うからである。J事件。(Abduction: Ward of Court) [1989] Fam. 85 を参照のこと。したがって、母親は、裁判所の許可なくしては、子の常居所を変更することはできない。B.-M.事件 (Wardship: Jurisdiction)[1993] 1 F.L.R. 979.参照のこと。

ところが、控訴院におけるB.対B. (Abduction: Custody Rights) [1993] Fam. 32では、子の監護権に関する裁判は、オンタリオ州の裁判所に対して申立てられていた。判事は、審理の内容に関する指示を出しており、監護権を母親に、面会権を父親に与える仮の命令を出していた。その翌日に、母親は去ったのである。検察官のStephen Brown氏は、同裁判例の38ページでこう述べている。

「裁判所は子の常居所を決定する権利を有していたという意味で、私には、この時点では、裁判所自身が監護権を有していたように思われる。母親が子をその常居所から連れ去った行為は、裁判所の当該権利の侵害なのである。」

(カナダの最高裁も、その後のThomson 対 Thomson 事件(上述)で、これと非常によく似た状況について、同じ見解を採用している。) もちろん、B.対B.事件では、監護権に関する訴訟手続きがすでに終了していて、裁判所は命令を出していた。本件において、B.対B.事件の判断と、その後の1997年B.事件における控訴院の判断とを整合させるのはやや難しい。

1997年のB.事件では、未婚の父親は、親責任を有さず、母親とは別離していた。しかし、母親が子をイタリアに連れていった時点では、子と定期的に面会していた。母親が去る直前に、父親は親責任に関する命令を求める申立てを行っていた。当該申立てが母親に送達されたのかどうか不明であるが、母親が何ら手続きを取らなかったのは間違いない。父親は、連れ去りが無効であるという宣

言、ならびに、おそらくは子の迅速な返還を求めて、一方的申立てを行った。Wall 判事は、この申立てを認めず、控訴院も控訴を斥けた。その主要な理由は、命令や宣言を一方的に申立てるには不適切な事案だったということであろう。まずは申立てられた事案における事実について検討すべきなのである。Swinton Thomas 判事は、その判示の中で、父親の面会権が彼に「監護権」を与えるとの主張をたやすく斥けている。裁判所の権利に関し、同判事は同事件 600 ページにおいて、B.対 B.事件 42 ページにおける Leggatt 判事の判断を引いている。

「私見では、オンタリオ州裁判所は、監護権に関する暫定的な命令を出した後も、条約第 5 条 a にいう『子の居所を決定する権利』を保持しているのである。」

Swinton Thomas 判事は、同事件 600 ページでさらに以下のように述べている。

「上の文章が、B.対 B.事件の理由中の判断を要約していると思われる。すなわち、監護権に関する暫定的な命令として出されたにすぎない以上、監護権は裁判所に残る。同事件は、このような申立てに対する決定的な判断である。当該判断の根拠は、裁判所が監護権に関する暫定的な命令を出したということである。」

Karsten 氏は、Leggatt 判事が裁判所が子の居所を決定する権限を保有するとした根拠につき、命令が出されたという事実ではなく、仮の命令にすぎなかったという事実に基づくと主張している。このように、W.事件では、裁判所が、子らの将来について決定を行う権利を保持しているのである。実際、1989 年児童法第 10 条第 1 項 b は、面会と親責任を求める申立てがなされた場合について、裁判所が居住地についても扱うことを認めていた。W.事件は、また、1997 年の B.事件とも異なる。なぜなら、1997 年の B.事件では、裁判所は申立てについて長期間にわたって取り扱っており、直近の審理の中では本案に関する命令も出されており、裁判はまさに終了直前であった。1997 年 2 月 12 日の命令は、両当事者に対し、1997 年 9 月 15 日に予定される審理に出廷するように指示するものであった

裁判所が監護権について決定する裁判を実際に取り扱っていた場合には、当該訴訟が係属している裁判所の許可なく子を管轄地域から連れ去る行為は、裁判所の有する監護権を侵害するものとなると考えられる。この命題は、当職には非常に説得的に思われる。相手方が連れ去りに同意した場合においても、裁判所の監護権が侵害されるかどうかはやはり問題となる。結局、1989 年児童法による申立ては、裁判所による許可が出された場合にのみ撤回されるものである。1991 年家事手続規則の規則第 4.5(1)のこと。1989 年児童法に関する 1991 年家庭裁判所規則（1991 年法令第 1395 号 (L.17)）の規則 5(1)も参照のこと。もっとも、実際問題として、同意を得て連れ去られたケースが、条約に関する裁判に上がってくる可能性は低いだろうが。

もちろん、事案によっては、法律が不適切な結果をもたらすこともある。しかし、W.事件の母親の行動は、裁判手続きを妨げる目的のものであった。母親は、しばらくの間は父親と子が面会するのを拒否していたが、裁判所で認める予定だったものよりもはるかに自由な条件の案に、法廷外で同意していたのである。父親が提出した証拠（それについて、母親は訴訟において異議を唱えなかった）によれば、母親は父親に対し、親責任命令の申し立てを取り下げるよう、説得を試みていたのである。オーストラリアへ移るという計画は、2月から9月にかけてじっくりと準備されていたが、父親や裁判所の福祉担当官や裁判所には全く知らされていなかったのである。もし父親に知らされていたら、父親は間違いなく、国外への移動を禁止する命令を求める申し立てをしていたであろうし、それはおそらく成功していただろう。母親と子が出国した時点までに、父親が親責任命令を得られる可能性は強くなっていたのである。

他方、裁判所は、連れ去りを禁ずることを求められるか、禁じることが適切だと裁判所が考える場合には、連れ去りを禁止していたであろう。しかし、実際には禁止しなかった。立法者は、1984年子の奪取に関する法、1989年児童法、1986年家族法に関する法律において、子が裁判所の後見に服した場合、その直後の管轄地域から連れ出すことは必然的に禁止されると規定することもできたはずである。にもかかわらずそうしなかったことには理由がある。このような禁止規定を置いてしまうと、例えば、子が常居所を有していた国への返還を求めることができなくなってしまうと考えられるからである。

しかし、本件では、W.事件の子らが、オーストラリアに移動する以前にイングランドとウェールズに常居所を置いていたということは疑いがない。すでに見たように、ハーグ条約の目的は、子の監護に関する決定が、子の常居所を有していた国の裁判所でなされるよう、子の返還を確保するという点のうちにある。このような法的手続きを妨害しようとした訴訟当事者は、特におかしな人物であると言える。したがって、W.が子らを連れ去ったことは、裁判所が有する監護権の侵害であったのであり、条約の意味にいう不法な連れ去りであったと結論づけることが許されよう。

これに対し、B.事件は全く異なる。父親は、親責任に関する申し立てを一度も行わなかった。1997年1月8日の最初の命令は一方的命令であり、母親が管轄地域から子連れ去ることを絶対禁止するものであった。1997年1月15日の二回目の命令は両当事者によるものであり、どちらの親も、双方の親の書面による同意なくしては子連れ去ることはできないとするものであった。三回目と最終的な命令は、第一回目の命令と第二回目の命令をいずれも無効にするものであった。両親間の訴訟手続きは終了し、母親に監護権を与えるという最終決定がなされた。母親だけが、子の世話と養育についての責任を負う者となり、英国法のもと、母親が子を外国に連れ出すことや、母親が子の常居所を選んで変えることは妨げられなかったのである。

合意による権利

Karsten 氏は、**B**事件の当事者間には、母親は短期間の場合を除き子を管轄地域から連れ出してはならないという合意があったと主張している。父親が提出した証拠によれば、母親は、**N**.をアイルランドには連れて行かないと約束しており、それゆえ父親は移動禁止命令を無効にすることに合意したことが認められる。母親が提出した証拠によれば、母親は裁判所に対し、休暇の間だけアイルランドに戻りたいと言っていたことが認められる。この時点では、母親はアイルランドに戻って住む予定はなかったのである。母親がそれを考え出したのは、地元の当局によって住まいを提供された後である。具体的には、父親の母親に対する振る舞いと、彼女自身の父親が脳卒中になったことが原因であり、10月になってからである。

Karsten 氏は、条約第3条が、監護権は「(子が常居所を有する)国の法令に基づいて法的効力を有する合意により」生ずると規定していることを指摘している。条約のフランス語版も、「法的効力を持つ合意」について言及している。**Pérez-Vera** 教授も、1993年の『条約に関する説明報告』447ページ第70パラグラフで、以前は「法的拘束力」を持つとしていたフレーズを、「法的効力」を持つに変更して、以下のように述べている。

「特定の法律が規定する『法的効力』を有する合意の定義に関しては、以下のように言うことができる。そのような法律によって禁止されない、そして、権能ある当局に対して法的主張を行う根拠となるような合意であれば、いかなる種類のものであっても、『法的効力』を有する合意に含めなければならない。」

当職は、既知の事実と宣誓供述書証拠の中から、**Karsten** 氏が主張するような「合意」を導出することは、到底不可能だと認定する。裁判所には特にアンダーテイキングが提出されておらず、命令の中でも合意については言及されていない。これらの訴訟における宣誓供述書以外に、合意の存在を根拠づけるような通信その他の証拠は存在しない。そして、宣誓供述書の中では、移動禁止命令を無効にしたことについて、父親と母親がそれぞれ異なった説明を行っている。**Karsten** 氏がここから合意の正確な条項を導出することはきわめて困難であろう。当職は、そのような合意は存在しなかったものと事実認定する。

たとえ合意の存在を認定したとしても、**Pérez-Vera** 教授がいう広い定義の中でさえ、それを位置づけることは困難であろう。コモンローにおいては、親がその親責任を放棄することは認めていない(1989年児童法第2条第9項も見よ)し、子らの養育について裁判外で合意を締結して実施することは認められていない。法は、そのような合意は公共の秩序に反するものと見ている。**Barnardo** 対 **McHugh** 事件[1891] A.C. 388 を参照のこと。A.対 C.事件[1985] F.L.R. 445.も参照のこと。したがって、そのような合意が実施されることができたことは考

えられない。しかもそれは、権能ある当局に対して法的主張を行う根拠となるようなものではない。父親はいつでも、親責任や移動禁止命令について申立てを行うことができたはずである。しかし、そこでの彼の主張の根拠は、母親との間の合意などではなく、父親と子の関係というものであった。もし父親と母親が1989年児童法第4条に基づいて親責任に関する合意を結んでいたのであれば、もちろんそれは、法的効力を持つ合意から生じる監護権を基礎づける絶好のものとなったであろう。

それゆえに、B.事件において、父親や裁判所が監護権を有するとすることはできない。したがって、N.の連れ去りは、ハーグ条約第3条の意味における不法なものではない。これは、父親が救済を受けられないということの意味するものではない。本裁判は、アイルランドがN.の常居所と言えるようになったかどうかについて判断するものではない。母親の考えも流動的であろう。彼女は訴訟に参加するにあたり非常に短い通知しか行っていないので、また合意の機会があるかもしれない。いずれにしても、父親の面会権は、英国の裁判所でも、アイルランドでハーグ条約またはヨーロッパの条約に基づいても行使することが可能である。

暫定的な結論

英国の国内法と条約に関する法及びハーグ条約自体の方針と仕組みに基づいて、当職は暫定的に以下の二つの結論を出す。(1)A.W.とK.W.の連れ去りは、条約第3条の意味にいう不法な連れ去りである。(2)しかし、N.B.の連れ去りは不法ではない。

当該結論は、未婚の親たちに対し、その立場を知らせやすくしている。もしも(a)父親が合意または裁判所の命令により親責任を有している場合、(b)連れ去りを禁止する裁判所命令が出されている場合、(c)関連した訴訟がイングランドとウェールズの裁判所に係属中の場合、であれば、常居所を英国に置いている子を連れ去ることは、条約のもと不法と推定される。

関連した訴訟は、明らかに居所、親責任、子の連れ去り禁止に関する訴訟を含むであろう。なぜなら、これらがハーグ条約にいう「監護権」だからである。子に関する命令を求めるいかなる訴訟についても、監護権は問題になるだろう。しかし、本件ではそのようなことは起こらない。同様に、もし仮の命令がなされて、最終審理のための特定の指示が出されていたならば、訴訟はそのために明らかに係争中だっただろう。しかし、1997年のB.事件に照らしてみれば、訴訟手続き上の問題がなかったかどうか疑わしい。当該訴訟については、おそらく通達がなされなければならなかったし、監護権を与えるためには裁判所による行動も必要だっただろう。裁判所としては、仮の命令を出すことができた、又は、当該裁判の今後の行動のための指示を出すことができた。たとえこれらの問題がまだ回答できていなかったとしても、地位が父親と子の間の実際の関

係に基づいているのであれば、もっと安定していただろう。これは、当事者間の事実に関する紛争の中でも、ハーグ条約に基づく訴訟において解決するには不適切な種類のものであろう。しかし、1994年B.事件に従うならば、もう一つ、事実関係について追加しておくことがある。(d)少なくとも母親が子の主要な世話を父親に任せていて、父親が現在子の主要な世話を行う者である場合にも、常居所を英国に置いている子連れ去ることは条約のもと不法になるであろう。

しかし、代理人は、現在の英国法及び条約に関する法によって保障されている以上のこと、すなわち、特に1953年人権と基本的自由の保護のためのヨーロッパ条約（議会提出報告書第8969号）のもとにおける英国の義務を含む、法的社会的政策についての幅広い検討を行うことを求めている。そこで、そのような点について考慮することで、これらの結論を見直すことになるかどうか、検討していく。

法の一般方針

Karsten氏は、未婚の親を持つ子らに対しても、既婚の親を持つ子らと同等の保護を与えることには正当な方針理由があるから、裁判所は「監護権」の概念について可能な限り広く解するべきだと主張している。しかし、子らの生活の世話を法的に義務づけるための効果的な方法が見当たらない、やる気のない親については裁判所は扱わない。ここでは、子らの世話をしようとしている父親を持つ子らについて扱う。両親が結婚していた場合、父親がどんなに役に立たず無責任であったとしても、母親は子らを海外に連れて行って生活するためには、どうしても裁判所の許可を求めなければならないだろう。なぜ、未婚の親を持つ子らについても、同様の取扱いをしてはいけないのだろうか。

英国及び他の数多くの国における法の方針は、既婚の親を持つ子らと、既婚の親を持つ子らとの間では、いかなるかたちでの差別を撤廃するというものである。1987年家族法の改正に関する法律の後、英国法は、未婚の親を持つ子らにつき、その両親との関係についても父方の家族ならびに母方の家族との関係についても、既婚の親を持つ子らの場合と同等の処理を行っている。ここでの議論は明らかである。両親が結婚しなかったことは、子らの落ち度ではない。子らは、生まれたいと頼んだわけではない。彼らには、父方母方双方の家族の一員と見做される権利がある。彼らはまた、既婚の親を持つ子らと同等の世話と保護と援助を親から受ける権利を持つ。

しかし、現在のところ、法律は未婚の父親に対し、既婚の父親と必ずしも同じ権利を与えてはいない（法は、未婚の父親がそれらの権利を得ることや、子らの生活について命令を求めたり訴訟に関与したりすることについては認めているが）。1987年家族法の改正に関する法律は初めて、裁判所の命令により、未婚の父親母親が、既婚の父親母親が有するのと同じだけの完全な親責任を共有

することができる」と規定した。そして、1989年児童法により、合意によってそのようなことができることが認められた。

その理由は、現在の法律に至るまでの方針に関する資料によって完全に明らかになる。1987年家族法の改正に関する法と1989年児童法はいずれも、法律委員会が出した報告書『非嫡出』（1982年）（法律委員会第118号）、『非嫡出（第二回報告）』（1986年）（法律委員会第157号）、『児童法における後見と監護についての検討』（1988年）（法律委員会第172号）を踏まえて制定されたものである。婚姻しているか未婚であるかに関わりなく、全ての親が親責任を必然的に共有するという立場に対する賛成論と反対論が、徹底的に論じられ（法律委員会の『非嫡出に関するワーキングペーパー』（1979年）（法律委員会第74号）参照）、広範な協議の後、現在の妥協案に至ったのである。立法者がこのような立場をさらに承認したことは、1995年スコットランド児童法第3条(1)でもわかる。同法が、この問題に関するスコットランド法律委員会による『家族法に関する報告』（1992年）（スコットランド法律委員会第135号）14ページ第2.50パラグラフにおける勧奨からは離れている点は重要であろう。

立法者は、このような立場について、いずれ再考するだろう。大法官府はこの問題について、協議書『親子関係の決定に関する訴訟手続き及び未婚の父親の親責任に関する法についての協議書』（1998年3月）を出したばかりである。ここでは、現行法の主要な留意点について注意を向けられている。すなわち、未婚の親を持つ子は、きわめて多様な状況下で生まれているということである。また、未婚の両親はお互いに、既婚の親が有するのと同じ責任を引き受けようとしなないということもある。実際、同居者もしくはかつて同居者だった者の間の特定の訴訟について、立法者は裁判所に対し、1996年家族法に関する法律第41条第2項により、この者たちは結婚に伴う互いの責任義務を有していなかったという事実を考慮するよう求めた。片方の親だけが子らの世話をする場合、この親は、他の親に対してある程度法的に依存する法的権利を有していた場合に比べ、自分と子の将来に関する責任が必然的に大きくなる。親が自分たちの責任を果たす際にかかってくる制約は、子らにとって大きな利益になると安直に考えることはできない（もちろん、そのように利益になる場合もある）。

これらは基本的に政策の問題である。上のような文脈において政策を適切に取り扱うことは難しい。裁判所を通じて社会政策についての議論をしようとすることは、きわめて危険な行為である。このようなことは、司法手続きではなく民主的プロセスによって決着さるべきである。最終的には、それは立法者と、法を解釈し適用する裁判所の役目である。しかし、現時点で明らかなのは、立法者は、未婚の父親について、既婚の父親が子らとの関係で持つ地位とは必ずしも同じ地位を与えるつもりはないということである。

人権と基本的自由の保護のための条約

それでも、もし法律があいまいであるならば、1953年人権と基本的自由の保護のためのヨーロッパ条約のもとで英国が負う義務に即して、未婚の親の権利について解釈しなければならないだろう。Nicholls氏は、本件の連れ去りは、同条約第8条によって保護される家庭生活に対する父親親または子らの権利を侵害しているので違法であると考えている。すなわち、ヨーロッパ人権裁判所に関連した法学に照らしてみれば、条約のもとで子らは、家庭生活に対する権利を有している。そして、条約締結国は、当該権利に対する配慮を確保すると積極的義務を負っている。しかし、英国法は、このような連れ去りの発生を認めるのであるから、当該義務を果たしていないというのである。

人権と基本的自由の保護のための条約第8条は、以下のように規定する。

「第1項 すべての者は、その私的及び家庭生活、住居及び通信の権利を有する。

第2項 この権利の行使については、法律に基づく、かつ国の安全、公共の安全若しくは国の経済的福利のため、また、無秩序若しくは犯罪防止のため、健康若しくは道徳の保護のため、又は他の者の権利及び自由の保護のため民主的社會において必要なもの以外のいかなる公の機関による干渉もあってはならない。」

第8条第1項は、本件にも適用されなければならない。ヨーロッパ人権裁判所は、X, Y and Z 対 United Kingdom 事件(1997) 24 E.H.R.R. 143 の166 ページ第36 パラグラフで、「家庭生活」について以下のように説明している。

「第8条にいう『家庭生活』の概念は、結婚に基づく家族だけに限定されるものではなく、その他の事実上の関係も含むものである。Marckx 対 Belgium 事件(1979) 2 E.H.R.R. 330 の341 ページ第31 パラグラフ、Keegan 対 Ireland 事件(1994) 18 E.H.R.R. 342 の360 ページ第44 パラグラフ、Kroon 対 The Netherlands 事件(1994) 19 E.H.R.R. 263 の283 ページ第30 パラグラフを参照のこと。ある関係が『家庭生活』であると言えるかどうかを決定するに当たっては、数多くの要素について考慮しなければならない。例えば、カップルが一緒に住んだかどうか、関係が続いた長さ、カップルが共に子を持つことその他により互いに責任義務を有したかどうかなどである（上述の Kroon 対 The Netherlands 事件の判決参照）」。

Kroon 対 The Netherlands 事件は、母親と長期間関係を有していて、4人の子を儲けたが、共に住むことはなかった未婚の父親について取り扱った。これに対し、Keegan 対 Ireland 事件は、子が生まれる前に母親と別れた未婚の父親に関するものである。同事件では、父親母親は別れる前に2年間共に住んでおり、熟慮の末に子を儲けることを決定し、結婚を計画していたのである。その結果、「子が出生したときから、申立人と子との間には、家族生活と言える関係が成

立していた。」（同事件 361 ページ第 45 パラグラフ）と判断された。他方、本件の父親たちは、子らや母親とある程度の期間共に住んでいたため、Keegan 対 Ireland 事件よりもはるかに緊密な関係を子らとの間に有していた。

過去の裁判例では、条約第 8 条違反があったかどうかを検討するに当たり、裁判所はその一般的な検討方針について述べている（たとえば、Keegan 対 Ireland 事件 362 ページ第 49 パラグラフや、X, Y and Z 対 United Kingdom 事件 168 ページ第 41 パラグラフ）。

「第 8 条の重要な目的は、公権力による恣意的な行動から個人を保護することである。さらに、家庭生活に対する効果的な『配慮』という点については、それ固有の積極的義務も付け加わる。このように、国は第 8 条のもと消極的義務と積極的義務を負うのであるが、両義務の区別は、正確な定義づけを行う際の役には立たない。とはいえ、適用される原則は近似したものである。いずれについても、個人の利益と社会全体の利益との間で保たれるべき公平なバランスということが尊重されなければならない。そして、いずれの場合も、国はある程度の裁量の余地を有する。」

ここでいう積極的義務について初めて述べられたのは、Marckx 対 Belgium 事件(1979) 2 E.H.R.R. 330 の 342 ページ第 31 パラグラフであった（当該検討は、特に Keegan 対 Ireland 事件 362 ページ第 50 パラグラフの中で反復されている）。

「ここで最も重要なのは以下である。すなわち、国がその法制度の中で、未婚の母親と子との間の関係などの家族間関係について適用される仕組みを決定するに当たっては、それに関連する者が通常の家生活を送ることができるような仕組みを作らなければならないということである。当裁判所の見解では、第 8 条が狙っているのは、家庭生活に対する配慮のうちにはとりわけ、国内法の中に、子が出生時から家庭の一員として処遇されることを可能にするような法的保護のシステムを置くことである。この点について、国は様々な方策を採ることができるが、当該要請を満たさない法は、第 8 条第 2 項に基づく検討の申立てを待つまでもなく、同条第 1 項違反となる。」

この議論は、その後の裁判において、しばしば修正されながら、頻繁に判断根拠とされた。たとえば、Kroon 対 The Netherlands 事件の 283-284 ページ第 32 パラグラフには、以下のような議論がある。

「子との間の家族関係が確立されたところでは、国は、当該家族関係が発展できるように行動しなければならず、子が出生時からまたは処遇できるようになったときから家庭の一員として処遇されることを可能にするような、法的保護のシステムが置かれなければならない。」（強調は引用者による。）

Marckx 対 Belgium 事件は、ベルギー法が子と未婚の母親と母方の家族との間の関係を認めるシステムを設けていないことに関するものであった。同法では、

既婚の親を持つ子と未婚の親を持つ子との間の取扱いの違いは、養子縁組を行うことによってしか解消することができなかつたのである。

Johnston 対 Ireland 事件 (1986) 9 E.H.R.R. 203 も同様である。アイルランドには離婚に関する法律が存在しなかつたため、同棲しているカップルは結婚することができず、その娘は非嫡出子とされた。裁判所は、アイルランドに離婚に関する法がないことは、条約第 8 条違反ではないと判断した。しかし、嫡出子に関する取扱いと、非嫡出子に関する取扱いとの間には大きな差があり、この差異をなくする方法は存在しなかつた。そこで、同裁判例 225 ページ第 75 パラグラフには、「この問題についてアイルランドは幅広い裁量の余地を持っているけれども、(娘の) 自然な家族関係を反映した適切な法システムを設けていないことは、娘の家族生活への配慮」、及び実際問題として娘の両親の家族生活への配慮「を欠いている。」という議論がある。

当時のアイルランドの法は、多くの点において、1987 年家族法の改正に関する法律によって大規模な改正が導入される以前の英国法と近似していた。英国法は、現在では、子の出生時から子の家族関係について認め、出生時から親や家族の子に対する義務についても認めている。すなわち、子は出生時から、両親によって援助される権利と、父方母方双方について遺産その他の財産処理について与える権利を必然的に有するとされる。現在では、婚姻している場合の家族関係と未婚の場合の家族関係とについて区別していない。1987 年家族法の改正に関する法律第 1 条第 1 項参照のこと。

ここでの問題は、英国法は、完全に平等な親責任を親たちに与える必要があるのかどうかである。また、英国に与えられた幅広い裁量の余地に照らしてみたとき、英国法が父親に付与した、家族関係を発展させるための機会は、その家族生活を保護するための方策として十分と言えるかどうかである。特に **Johnston 対 Ireland 事件 220 ページ第 55(c)パラグラフ**参照のこと。これまでの裁判例には、父親子間の関係を発展させる十分な機会が存在する限り、締結国はそこまでの義務を負っていると判示したものはない。そこで取り扱われた法律は、疑いなく、今日の英国法よりはるかに不完全なものであったが。

Keegan 対 Ireland 事件は、アイルランドの養子縁組手続きを取り扱っている。当該手続きにおいては、父親が知らなかつたり同意していなかつたりした場合でも、子と秘密に養子縁組できることが認められていた。これが、家庭生活に対する配慮を受けるといふ父親の権利を妨害するものであると認定された。同裁判例 362 ページ第 51 パラグラフを参照のこと。裁判所は、同 362 ページ第 52 パラグラフにおいて、「アイルランドが第 8 条により、後見に関する必然的だが無効にされうる権利を其の父親に与えるという積極的義務を負っているかどうかについて検討する必要はない。」とした。

Kroon 対 The Netherlands 事件は、母親がまだ父親以外の男性と婚姻中という安定した関係の中で子が生まれた事案であった。オランダ法のもとでは、真の父子関係について認知することは、母親の夫が父子関係を否定しない限り不可能であった。そして、夫ははるか以前に去っていた。裁判所の見解は、継親養子縁組（この場合、母親は真の父親と婚姻する必要がある）または共同監護権（この場合、子は夫の家族の一員とされる）を利用できるけれども、これは許容できないというものであった。同裁判例 285 ページ第 40 パラグラフによれば、

「『家庭生活』に対する『配慮』により、生物学的・社会的現実が法律上の推定に優先する。すなわち、法律上の推定は、ちょうど本件の場合のように、実際には誰を益することがなくても、証明された事実と関係者の希望の前には屈する。」

したがって、「国には裁量の余地があったけれども」、国は、申立人の家族生活に対する配慮（申立人はこれに関する権利を有する）を確保していなかったのである。

英国法では、本件の 2 人の父親親に対しては、子に対する親責任を得るための方法として、2 通りが規定されている。W.事件では、父親はうち一つの方法を動議にかけたが、母親がそれを必死に妨害した。ここでは、**Hokkanen 対 Finland** 事件(1994) 19 E.H.R.R. 139 が参考になる。同事件は、既婚の父親が母親の死後、娘を一時的に母方の祖父母のもとに置いて去り、その後に返還しようと試みたケースである。裁判所は、祖父母が長年に渡り父親の権利を無視することを許容してきた法体系について、寛容な姿勢を示してはいない。他方、B.事件では、父親はこれについて申立ててさえいない。

英国法は、父親たちに対し、子らの養育に関するあらゆる点について、命令を申立てする権利も与えている。その中には、子を国から連れ去るのを禁止する命令を申立てる権利も含まれている。B.事件では、父親は 2 月のうちに、母親が特定の期間より長く国を離れることを禁止する命令や、母親が子の常居所の変更を行うことを禁止する命令を求めることもできた。父親は 10 月には素早い措置をとる方法を知っていたし、そうすることができた。もし彼がそのような行動に出ていたならば、**Hokkanen 対 Finland** 事件が示すように、裁判所は、父親の利益と関係者の利益、特に子供の利益とのバランスを採ったであろう。

したがって、当職の判決では、B.事件では条約第 8 条違反は存在しない。もっとも、母親の法的地位と父親のそれとの間の取扱いの差、既婚の父親の法的地位と未婚の父親のそれとの間の取扱いの差は、条約第 14 条の目的からすれば差別に該当するという主張がなされるかもしれない。この問題については、裁判所は **Marckx 対 Belgium** 事件の中で回答を避けた。

英国法第 14 条は以下を要求している。

「この条約に規定される権利と自由の享受は、性別、人種、皮膚の色、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民若しくは社会的出身、少数民族への所属、財産、出生若しくは他の地位等によるいかなる差別もなしに、保障される。」

差別の概念については、**Marckx 対 Belgium** 事件の 343 ページ第 33 パラグラフで説明され、**Rasmussen 対 Denmark** 事件 379 ページ第 38 パラグラフでも反復された。

「条約第 14 条の目的からすれば、取扱いの差異が差別に至っていると言えるのは、それが『目的と合理的正当性を欠いている』場合である。すなわち、『合法的な目的』を目指したものでない場合や、当該目的と手段との間に合理的な関連性が欠けている場合である。」

Rasmussen 対 Denmark 事件でも、ここでの議論と似た問題提起がなされた。母親の元の夫が、子らのうち一人について父親子関係の存在を争った。この者は、デンマーク法における父親子関係に関する出訴期間を経過していた。これに対し、当該出訴期間は、母親については妥当しなかった。これは、条約第 14 条の目的に照らし、取扱いの差異であったと言える。しかし、裁判所はこれは差別的ではないと判断した。裁判所は、国の裁量の余地によるとした。これは、条約を締結した国々の法において、共通基盤が存在するときもあるし存在しないときもある要素の一つである。調査の結果、締結諸国の大半において、母親と夫は異なった取扱いをされていることが判明した。調査においても、専門委員会によって問題が詳細に検討された後で勧告がなされ、デンマーク法はこの勧告に基づいていること、そして、社会の発展とともに後で改正されていることも考慮された。

今までのところ、母親と父親との間の差、既婚の父親と未婚の父親との差が 1953 年条約に反するとした裁判は出ていない。上述のように、このような差異には目的と合理的正当性があると見ることは、少なくともある程度の政策的根拠があると言える。最近の大法官省の『協議書』（1998 年 3 月）の 17 ページ第 62 パラグラフには「政府は、現行法は（中略）条約第 8 条及び第 14 条に適合している」と見ている。」という記載がある。当職もこれに同意する。

いつか英国の立法者が、政策について深く検討して、これらの取扱いの差異をなくすかもしれない。または、条約締結国の多数が取扱いの差異をなくし、現在は国の裁量の余地に委ねられている問題が、そうではなくなって、差異をなくすことを義務づけられるようになるかもしれない。しかし、私見では、そのようなときはまだ来ていない。

結論

より幅広い検討した後でも、既存の国内法とハーグ条約の方針に基づいた上述の暫定的な結論は、変わるところはない、原告の求めた宣言について、**W.**事件では認めるが、**B.**事件では認めない。