
<http://www.incat.com/> ref.: HC/E/UKe 505

[18/03/2002; High Court (England); First Instance]

Re G. (Abduction) (Rights of Custody) [2002] 2 FLR 703, [2002] Fam Law 732

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

高等法院

家庭部

中央裁判所

2002年3月18日

判事：Sumner

G の件（奪取：監護権）

代理人：

申立人側：Marcus Scott-Mnderson 氏、 Michael Nicholls 氏（公認事務担当）

事務代理人：

申立人側：Reynolds Porter Chamberlain 氏（公認事務担当）

SUMNER 判事：

[1] 当職は 1998 年 12 月 14 日に南アフリカ共和国にて誕生した D（女兒）の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）に基づく訴訟を担当している。D は 3 歳である。D は、25 歳の「父親」である LM と 21 歳の「母親」である L の娘である。父親と母親は南アフリカで生まれ、成長し、共に暮らしている。彼らは婚姻関係にはない。

背景

[2] 母親と父親はDが生まれた2カ月後の1999年2月に別居した。ある静いの後、父親が家を出た。父親は、1999年10月20日に一家が英国に移住するまで、Dとはほとんど接触をもたなかった。

[3] 母親は自分自身ではDの面倒をみるのが難しかった。彼女は南アフリカで養子縁組をすることを考えていた。しかしながら、彼女はDと共に英国に来るよう説得された。母親は2000年12月9日に英国に到着した。約3日後、彼女はDの父方の祖母であるM夫人にDを預けた。2001年3月1日、父親はヘイスティングスのM夫人宅でDと合流したが、母親は引き続きロンドンに居住した。

[4] 2001年6月30日、Dは、英国で母親と共に10日間の休暇を過ごしていた。7月5日、母親は事前通知することなくDを南アフリカ連れて行った。母親はDの養子縁組を取り付け、英国に戻った。後に訴訟が提起された。

訴訟

[5] 2001年7月12日、Dを養子に出すため南アフリカの治安判事裁判所で訴訟を開始した。2001年10月16日、父親は英国の州裁判所にDに関する居住命令の申立てを行った。その時点で父親はDがどこにいるのか知らなかった。彼はDが養子縁組目的で海外に連れて行かれたと信じていた。

[6] 2001年10月26日、父親はDの居住場所の開示の申立ての訴訟を行った。10月31日、Coltart判事は、当事者双方に対し、Dを裁判所の管轄区から連れ去ることを止めるよう命じた。判事はさらに、社会福祉課に対し、Dの居場所を明らかにする関連情報を全て開示するよう命じた。2001年11月26日、本申立ては高等法院に上訴された。

[7] 2002年1月11日、Bracewell判事によって暫定的審理が行われた。母親と父親の双方が出廷し代理人も同席した。父親の申立ての審理が2002年1月24日に実施されることとなった。父方の祖母であるM夫人は訴訟の当事者として参加することが認められた。その他の重大な決定もなされた。

[8] 2012年1月21日父親とM夫人は1985年子の奪取及び監護に関する法と裁判所固有の管轄権の下、共同で訴訟開始召喚書を提出した。彼らはイングランドとウェールズの管轄区から南アフリカの管轄区へのDの連れ去りは不法であるとの宣言を求めた。

[9]家庭部門の長であるElizabeth Butler-Sloss判事が2002年1月24日、更なる

審理を行った。母親も代理人も出廷しなかった。父親とM夫人双方の代理人が出廷した。副公認事務官も裁判所で対応した。

[10] 父親とM夫人はハーグ条約の下、24 時間以内に申立てを行うと約束した。申立てが行われるとすぐに、高等法院家族部は南アフリカの治安判事裁判所に對し、Dの養子縁組に関する書類手続きを以下の事項が実施されるまで進めないよう要請した。

(a) 高等法院家族部における不法な連れ去りに関する宣言を求める申立ての決定

(b) 南アフリカ共和国でのハーグ条約に基づく申立ての結審

[11] 審理は、2002 年 2 月 7 日、高等法院判事により休廷された。高等法院からの要請は、ハーグ条約第 16 条に基づき休廷を求めて、2002 年 1 月 29 日に英国中央当局を介して南アフリカの中央当局に提出された。南アフリカの治安判事裁判所は、2002 年 2 月 1 日に要請に丁寧に応答した。高等法院は、ハーグ条約に基づく訴訟の判決が保留され養子縁組訴訟に関して更なる申立てがなされていないことを確認した。

[12] 本件は 2002 年 2 月 7 日に正式に登録された。残念ながら本件の審理に十分な時間が割けなかった。したがって裁判は 2 月 13 日まで休廷にされた。

[13] このような状況下でその日に当職が本件を扱うこととなった。母親も代理人も出廷しなかった。

[14] 当職は、父親とM夫人との代理人である **Scott-Manderson** 氏より協議内容を聞いた。当職は、また裁判所への代弁者として **Nicholls** 氏からも意見聴取を行った。両方の代理人が行った要点を聴取する時間があった。彼らは有益な骨子議論を提供し、全ての当局で詳細な審査のための時間は不十分であったが、それらを議論へと組み入れた。

[15] 以降、当職は **Nicholls** 氏とその他の当局から更なる有益な情報を受け取っている。結局、数日後に当職はイスラエルの **Bar Ilan** 大学の講師である、**Rhona Schulz** 氏により書かれた「子の奪取に係るハーグ条約に基づく子の常居所—理論と実践」と銘打たれた論文を目にすることになった。それは、2001 年に 13

Child and Family Law Quarterly¹ で出版された。

[16] 当職は、それは裁判に関係するように考え、代理人に意見を求めた。当職は、彼らが更なる進展を望んでいたのも、2週間以内に口頭か文章での彼らのコメントを求めた。当職は巡回裁判に関わっていたので若干長く時間を要した。当職は、彼らが更なる議論を加えたいとは望んでいないと聞いている。

論点

[17] 当職には対処すべき多くの論点がある。第一に、母親によるDのこの国から南アフリカへの2001年7月の連れ去りは不法であるとハーグ条約のもと宣言することを求める父親とM夫人の申立てについて当職が管轄権を持つかどうかである。第二に、もし当職に管轄権があるとして、Scott-Manderson氏は、当職が合法性にのみ基づいて判決を下すよう求めている。

[18] Nicholls氏はDが連れ去られた時点でのDの常居所の問題性を同時に検討することなしに判決を下すことは難しいと指摘する。氏はこのことが南アフリカの裁判所によってさらに検討される問題点であることを認めている。しかしながら、ハーグ条約のもと合法性と常居所の間に近似の関係性があるのであれば、当職に関わる問題について見解を述べるのが適切である。

[19] これらの要点は、ハーグ条約の適切な解釈に拠る。1985年子の奪取及び監護に関する法(1985年法)のもと英国の国内法の中に組み込まれている。以来、実際の場面では、イングランドとウェールズで審理された、ハーグ条約に基づく申立ては全て、17名の高等法院家族部判事のうちの一名に委ねられるというやり方で訴訟を進めている。

ハーグ条約

[20] 英国と南アフリカ共和国の両国は、ハーグ条約の締約国である。英国は1986年8月1日に、南アフリカは1997年10月1日に締約国となっている。

[21] 当職は今、決定を下さなくてはならない問題に関連するハーグ条約の条項を提示する。

第1条

「この条約は、次のことを目的とする。

a いずれかの締約国に不法に連れ去られ、又はいずれかの締約国において不法に留置されている子の迅速な返還を確保すること。

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。」

第2条

「締約国は、自国の領域内においてこの条約の目的の実現を確保するため、全ての適当な措置をとる。このため、締約国は、利用可能な手続のうち最も迅速なものを用いる。」

第3条

「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 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、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。」

第4条

「この条約は、監護の権利又は接触の権利が侵害される直前にいずれかの締約国に常居所を有していた子について適用する。この条約は、子が十六歳に達し

た場合には、適用しない。」

第5条

「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。」

第8条

「監護の権利を侵害して子が連れ去られ、又は留置されたと主張する個人、施設その他の機関は、当該子の常居所の中央当局又は他の締約国の中央当局に対し、当該子の返還を確保するための援助の申請を行うことができる。

当該申請には、次のものを含める。

a 申請者、子及び当該子を連れ去り、又は留置しているとされる者の特定に関する情報

b 可能な場合には、子の生年月日

c 申請者が子の返還を請求する根拠

d 子の所在及び子と共に所在すると推定される者の特定に関する全ての入手可能な情報」

第11条

締約国の司法当局又は行政当局は、子の返還のための手続を迅速に行う。

関係する司法当局又は行政当局が当該手続の開始の日から六週間以内に決定を行うことができない場合には、申請者は遅延の理由を明らかにするよう要求す

る権利を有するものとし、要請を受けた国の中央当局は、自己の職権により又は要請を行った国の中央当局が求めるときは、遅延の理由を明らかにするよう要求する権利を有する。要請を受けた国の中央当局は、その要求への回答を受領したときは、当該回答を要請を行った国の中央当局又は申請者に転達する。

第 12 条

「子が第三条に規定するところにより不法に連れ去られ、又は留置され、かつ、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場合には、当該司法当局又は当該行政当局は、当該子の返還を直ちに命ずる。」

第 15 条

「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その他の判断を得よう申請することができる。締約国の中央当局は、申請者が当該決定その他の判断を得ることができる限り援助する。」

Perez-Vera 教授

ハーグ条約に関する解釈論文の中で、Perez-Vera 教授は次のように主張している。

一般的な所見

第 3 条が、全体として条約の重要な規定を構成しているのは、当該子の返還を求めて条約の機構を利用した申立てにおける状況が、その申立てに左右される。実際、当該子の返還の義務は、条約に関して連れ去りや留置が不法だと考えられる際にのみ発生する。今、不法だと見なされ得る現状の中で双方向の変化が満たされる条件が提示されたとき、この条項は間接的に条約が保護することを求める関係性に明確に焦点をあてる。これらの関係性は、二つの事実の存在に基づいているが、一つは当該子の常居所を有していた国に応じた監護権の存在であり、二つ目は、当該子の連れ去り以前の実際の監護権の行使である。これ

らの条件の趣旨をより厳密に調査させてもらいたい。

司法的要素

これらの状況に存在する司法的要素と名付けられ得るものに関して、ある程度当該子の常居所を有していた国における明白な監護権によって、つまりその連れ去りより以前に当該子の関係性が発展した法の権限で、条約は既に保護されているこの関係性を保護することを目的としている。2つの点において、先述の指摘はさらなる説明を必要としている。考慮すべき最初の点は、条約の観点から、連れ去りや留置が不法であるかどうかを決定する法の侵害に関するものである。

精査されるべき2つ目の問題は、主張の最初の有効性を統制するために選択された法に関するものである。我々は、国内法の観点からは異なっているが、純粹な事実の問題としてみなされるハーグ条約でより精緻に構築された概念、常居所の概念をこの点で考慮していない。さらに、奪取により無視された状況の合法性を決定する要素としての常居所に係る法の選択は合理的である。

住所と異なる観点から、我々の注意はまた、条約が常居所を有する国の「法」を扱う事実に向けられるべきである。もちろん、そのような場合、「法」という表現は記述された、そして慣習的に法の規則—関連する重要性が何であれ—と判例法により課された解釈を内包する極めて広義の意味で理解され得る。しかしながら、「国内の」という形容詞は特定の法体系の法規の矛盾に関連することを全て除外しないことを意味している。

先述の考慮は当該子の常居所の法は広義に受け入れられる意味においてもたらされることを示している。同様に、由来を保護することを求められている監護権から派生するものは、法体系の文脈に関する主張に基づいている。この点に関して、リストが網羅的ではないことを強調しながら、第3条の Paragraph 2 は一疑いもなく最も重要である—これらに派生するものを考慮している。この Paragraph は、「上記のサブ Paragraph (a) で述べられている監護権は特に発生している」状況を説明し、かくして他の種類の権利は、テキストそれ自体の中には含まれないところで存在するという事実を強調している。今や、以下の Paragraph でわかるように、これらの派生は巨大な司法的分野をカバーし、そしてそれらが網羅的に整合されていないという事実は最大限可能な数の判例を考慮に入れることを可能とする使用されている用語の柔軟な解釈を志向するものと

して理解されなくてはならない。

司法権

[22] 南アフリカの中央当局は、Dの連れ去りが法で認められているか否かを決定するための15条の規定の下での宣言を求めてはいない。それゆえ問題は、当職がその宣言を行う権限があるかどうかという点で発生する。もし権限があるのであれば、当職は連れ去りの合法性を考慮し、常居所の問題を考慮すべきかどうか考えなくてはならない。

[23] 権限の問題は条約第15条と1985年法第8項に規定されている。その項は次のとおり。

「高等法院若しくは裁判所は、条約の第15条の規定の目的で、裁判に関心のある裁判所に存在するいかなる個人による申請に関して、英国からのいかなる子の連れ去り、若しくは英国外の子の留置を条約の第3条の規定において、不法とする宣言若しくは宣言子をなす。」

[24] 2つの判例、J事件(Abduction: Ward of Court) [1989] Fam 85, sub nom Re J(A Minor) (Abduction) [1990] 1 FLR 276 と P事件 (Abduction: Declaration) [1995] 1 FLR 831 はこの件に関係がある。これらの判例は、当職が求めている宣言をなす管轄権があることを担保していると確信している。

[25] J事件において、裁判所は両親が離婚した英国での裁判所の行政区に関係している。母親は、父親に認められている毎週の接触とともに暫定的な保護と被保護者の管理が認容されていた。1987年、母親は裁判所の同意なしに米国に被保護者を連れて行き、そこに留置した。

[26] 父親は、ハーグ条約の規定に基づき申立てを提起した。父親は、中央当局の大法官部に申立てした。当該部は父親の監護権が侵害された証拠を求めている。従って、父親は実際の効果をもたらす宣言を裁判所に申請した。

[27] 父親は第3条の規定の下では、監護権を持たないことを認めた。しかしながら、父親は該当子が被後見人の監護権の下にあることは裁判所の責任だと指摘していた。

[28] 1985 年法第 8 項と条約第 15 条の規定を参照しながら、**Swinton-Thomas** 判事は以下のように主張した。

「当職の判断では、法第 8 項の規定は、その項と条約第 3 条の規定により予測された特定の環境下での宣言を裁判所に認めながら、任意的であり厳密ではない。しかし、その項目は、ここで起きている環境下での宣言をいかなる意味においても裁判所から排除してはいない。事実認定によって、そして宣言をせずに、当職がこの問題を扱うことが指示されている。当職にとっては、それは差違なく明瞭なことだと思われる。裁判所が求められている宣言をなすために権限を付加されていることは当職には疑いの余地がない。」

[29] **P 事件(Abduction: Declaration)[1995]1 FLR 831** では、当該子は米国人の母親と英国人の父親を持っていた。母親には当該子を英国から米国のカリフォルニアで暮らすために連れ去るための許可が与えられていた。18 カ月にわたる和解の後、不正に母親はその妹（姉）とともに当該子を米国に戻した。英国の裁判所で初期に母親に与えられていた許可に照らし合わせれば、ワシントンの中央当局は申請されたハーグ条約申請を受け入れる意向ではなかった。英国の中央当局は 1985 年法第 8 項と第 15 条の規定に基づいて宣言を申請するよう父親に指示した。

[30] 父親は申立てた。**Douglas Brown** 判事は、1989 年児童法第 11(5)項の規定によって初期の命令の 6 カ月後の廃止を保持しながら、当該子は不法に連れ去られたと規定した。裁判所もまた、当該子の連れ去りに先だって、子は英国に常居所を有していたという事実を維持した。

[31] 控訴院は、835-836 頁で述べられている **Douglas Brown** 判事と **Butler-Sloss** 判事の決定を支持した。

「そのような宣告はなされるべきか。第 8 項の規定は、この裁判所がカリフォルニア裁判所によって踏襲された道を通って行くこと、そして私たちは、求められないのであればそうしないことを想定することを前提条件としている。第 15 条の規定の目的は、要求に応じて当該国の義務に訴えることである。第 15 条内の規定に直接関わる状況下では、要求された当該国は常居所地が英国であると固く保持するか若しくは仮事実認定をするか、若しくは想定することになる…条約の下、英国裁判所が適切に対応すべき問題は申請者である片親が連れ去りの時点で英国法に準じて監護権を保持していたか否かによる。しかしな

がら、連れ去り若しくは留保が不法であると第 8 項の規定の下で宣言を為すために、英国裁判所は他の該当国の司法権内の問題にしる、法の侵害について暫定的な決断をしなくてはならない。」

[32] Millett 判事は 838 頁で、これらの点における母親の主張を説明する。

「母親の関心は、条約のもとで不法な連れ去りという概念は、当該子が連れ去り直前に常居所を有していた当該国の法のもと、監護権が帰属していた個人の権利の侵害における連れ去りを意味するということである。判事の宣言は必然的に当該子が連れ去り直前に英国に常居所を有していたという事実認定を含んでいる。母親が認識しているように、これは、既判力 (res judicata) として操作されてはいないが、にもかかわらず、当該子が 1994 年 2 月に英国から連れ去られた時点で、既にカリフォルニアに常居所を有していたことは母親も認めていることではあるが、英国で入手できる以上の十分な証拠として、彼女が審議を望んだカリフォルニアの裁判所で彼女を当惑させている。」

[33] Millett 判事は、英国の国内法に準じて若しくは英国の法がハーグ条約の表現に帰する規定に応じて、決定される常居所の問題に関して説明を続けている。同様に、カリフォルニアの裁判所は、ハーグ条約での表現に帰するカリフォルニアの法の解釈に応じて英国が当該子の常居所を有していたか否か、決定しなくてはならない。

「当職は以下の判事の事実認定がなぜカリフォルニアの裁判所を困惑させたのか、若しくは裁判所で母親の裁判を進めることを妨げたのか理由がない。」

[34] 当職は、父親と M 夫人が、単純に 1985 年法第 8 項の規定の問題で利益を得、それによって当職が管轄権をもつことを確信している。当職は簡潔に理由を示すことができる。彼は D の父親である。彼は D が誕生した際、母親といっしょにいた。その後、短期間父親は彼らとともに暮らした。M 夫人は、重要な期間、D の保護を委ねられた。結論は、D の英国からの連れ去りの直前まで D の監護をしていた M 夫人と父親は一緒にいた。

連れ去りの合法性

[35] それゆえ当職は、父親の申立てに関して、2001 年 7 月の D の母親による連れ去りの合法性を検討しなくてはならない。父親による要請がある。母親は初

期の段階から代理人を立てている。

[36] Nicholls 氏は、南アフリカからの要請もなしに主張されている宣言を裁判所ができるかどうか疑問視している。当職は、1985年法第8項の規定の下、このことが父親に公表されていると確信している。そのような申立てをするための力は、明確な表現である。南アフリカでの父親のハーグ条約に基づく申立ては重要な要素である。それは当職が扱っている2つの主張で採用されている経緯がある。当職は申立てを審理する権限があり、そのことはこの裁判においても正当なことである。

[37] 当職が扱う次の問題は、英国の法で連れ去りが不法か否かということである。その問題を当職が検討することは従って適切である。当職は、後ほど常居所の問題にとりかかる。

[38] 全ての面において合意されていない背景事実がある。当職は、多くの意見相違を解決することはできない。しかしながら重要な点において、その立場が明確なことは確認している。

[39] 父親は26歳である。彼はケープタウンで誕生した。両親は英国人である。父親は二重国籍を有している。父親の両親は彼が11歳ごろに別居している。それとともに父親の姉妹全員と母親は英国に移住した。父親は、1999年10月20日より前に南アフリカで暮らしていたが、それより以前に少なくとも1回は英国を訪問していた。

[40] 父親は1997年3月に南アフリカで母親と会った。父親は21歳で母親は16歳だった。母親は南アフリカとイタリアで二重国籍を持っていた。彼らは1998年2月に南アフリカで共同生活をはじめた。

父親の主張

[41] 両当事者とも陳述を行っている。父親によると、別居の前、父親と母親は英国で暮らすことに合意していた。両親は南アフリカは子を育てるのに相応しい場所だと感じていなかった。1998年後半に父親は英国を訪れたが、Dが誕生した際は帰国し出産に立ち会った。父親は南アフリカでアパートの頭金を母と子に支払ったと述べている。

[42] 1999年2月17日、母親が、父親の大麻の吸引に気付き、諍いがおこったと父親は供述する。母親は怒り、父親に家を出ていくよう言った。母親は父親を突き飛ばし、父親は母親を平手打ちした。父親は家を出て行った。その後母親は、虐待禁止命令を取得している。その申立ては父親には送達されなかった。

[43] 父親は、彼はDに会うことを禁じられたと供述している。しかしながら、週に3、4回、母親に電話している。

[44] 1999年10月、母親は二度と父親をDに会わせないとやっている。しかしながら、母親はもし父親が永久に彼らに参与しないのであれば、2月の出来事から発生したいかなる責任も追及しなかつただろう。一週間後、父親は自分の妹(姉)と暮らすためにロンドンに向かっている。

[45] 父親は、母親とは連絡を取り続けていたと供述している。父親は定期的を送金している。2000年9月、父親の妹(姉)は南アフリカの母親を訪ねている。妹(姉)は父親に、母親がDを養子縁組に出すことを考えていると報告した。妹(姉)は母親にDと一緒に英国に来るよう、そして新しい生活をはじめよう話しをしている。

[46] 父親は家族と共に、母親に英国に来るよう説得しようとした。これは成功し、父親は彼らの旅費を支払った。母親とDは、2000年12月9日に到着した。

[47] それ以前に当事者は電子メールでやり取りしていた。10月に母親は父親に、娘が彼女に困難な時間を与えていると話している。母親は、父親に彼女が出かけている間は父親がDの面倒を見るべきだと話している。母親は付け加える。

「私は、Dが近くにいる間は誰かがDの後見人の役を引き受けることを必要としています。あなた(父親)は代理人の費用も工面する必要があります。」

[48] 父親はDへの愛情を示しながら回答している。母親は10月29日に電子メールを送付している。

「私はもう完全に疲れ果てました。私はDの世話をすることはできない。とにかく今はできません。私は人生を取り戻したい。実際取り戻すことが必要です。私だけではもうこれ以上こんなことはできません(中略)私にはこの赤ちゃんがいて、責任をとらなくてはなりません。そうでないとしても私は彼女にとつ

で最善のことをしなくてはなりませんし、赤ん坊を養子縁組に出さなくてはなりません。おそらくそれが私がすべきことです。私は子を手放すことに耐えることはできませんが、子は私を必要としており、私に頼っています。私は子を守るために一所懸命働きそして今や、あらゆる面が私に不利になっているのです（中略）もし両親が再び一緒になるまで、少なくとも子の一方の家族である父親が子とともにいてくれるなら私は気にしません。私は、あなたが正当にすべきであるように子の人生の一部となる決意をしてくれるならあなたから子を遠く離すつもりはありません…しかし決定は素早くなされなくてはなりません。」

[49] 11月、母親は次のような電子メールを送付した。

「何が起ころうとも、私はあなたが子を愛していること、そしていつもそうであらうとすることを知っています。私は、あなたを子と一緒にするために奮闘していることも知ってください。もう一度、私は家族の意見を2番目に、あなたを最優先にしていきます。」

[50] 2000年12月に母親が去ってすぐ、2つの異なる電子メールを母親は書いている。

「私の一番の関心はあなたただけれども一子は大至急私たちから離れてあなたのもとにいきます。あなたは、母と父としての役割を私に代わってしてくれるでしょう。」

そこでのDの保護に関する行動計画はどうなっているのでしょうか。私は、あなた（父親）の家族はあなたにあなた自身の手でなんとかしてもらいたいと願っていると思いますが、あなたは家族の支援を得ることができて幸運です。しかしあなたはあなたが自分でできる以上に家族が支援したがつていることを知っています…私はあなたができることを知っていますし、あなたがうまくやっていくことで本当にあなたを誇りに思います。それはあなたとDにとってとても良いことでしょう。子のためにそうしてください。」

[51] 母とDは12月9日に着いた。彼らは父親の兄とその妻と一緒にいた。12月12日、父親は、母親がDをM夫人の家に連れていったと供述します。母親はDをそこに残しました。

[52] 母親はロンドンに戻り、そして2001年1月6日に父親の妹（姉）といっしょに暮らしはじめました。母親は仕事も得ています。母親は7月7日に去るまでそこにいました。2000年9月に南アフリカで母親に会っている同じ妹（姉）です。

[53] 母親は2000年12月から2001年6月の終わりまで約4回Dに会っています。父親の妹（姉）によると母親は、Dのために望んでいることについて始終考えを変えていました。Dに会うために訪れた回数、そして母親が友人と過ごすために費やしたお金から判断すると、父親の妹（姉）は母親のDへの責任意識について疑問をもっていた。

[54] 2001年3月1日、父親は母親とDといっしょに引っ越した。父親はDを知るために最初の一カ月は家にいて、その後地方で仕事を得た。

[55] 2001年5月、父親によると母親は再び養子縁組の問題を提起した。父親は強くそれに反対した。結局、彼らは父親がロンドンに移住することに賛成し、監護責任を分割する同意を行った。これは果たされなかった。

[56] 一カ月後の6月30日、父親は休日のためDを母親の所に連れて行った。彼女は父親がDと一緒にNorfolk Broadsでボート漕ぎ休日の家族グループに参加することに反対した。父親は10日間で母親のために洋服を梱包するよう言われた。母親はエセックス州に友人たちと一緒に居なくてはならなかった。父親は休日の後、Dが父親とM夫人のもとに返還されることを期待していた。母親はそうすることを指し示すことは何も言っていないと供述している。

[57] 7月7日、事前通知なく、母親はDをつれて南アフリカへと移動した。母親は子を養子縁組に出した。それを行って、母親は英国に戻ってきた。それは、一週間か二週間の間のある出来事だった。母親は7月21日に父親がロンドンの彼女に電話した際、父親に彼女の行動を確認した。父親は、母親の行動は彼を失望させたと言った。

母親の主張

[58] 母親は2002年2月6日付けで冗長な宣誓供述書を提出している。その中で母親は父親と婚姻関係を結ばなかったのは父親の麻薬とアルコールへの依存と感情の爆発のためであったと供述している。父親はDの誕生のために戻った際、

もう二度と薬物を摂取せず感情も抑えることを約束している。母親はこれが守られたことは証明されていないと述べている。

[59] 1999年1月と2月の2つの出来事の後、関係は終了した。最初に母親は父親がDを暴力的に激しく揺さぶったと述べている。次に、父親は子を蹴りそして殴り、子を壁に投げつけ、そして子を窒息死させようとしたと供述する。母親は南アフリカの治安判事裁判所に訴訟をとり、母親の両親の家に戻った。

[60] 続けて父親は、1999年9月に英国に戻るまで母親に嫌がらせを行った。母親は、若いシングルマザーとしての人生が極端に難しいものであることを理解した。彼女はそれをお金のせいだと考えた。彼女は2000年8月に養子について民生委員に初めての接触を行った。

[61] その後すぐ、母親は英国への訪問を示唆する父親の妹（姉）からの接触にあった。母親はその見通しがとても魅力的なものだと思った。母親の旅費は父方の祖父により賄われた。母親は供述する。

「2000年12月に娘と私は英国に旅立った。私は限られた時間での英国の訪問を意図していたので、私は自分と娘の少量の荷物、2つの大きなスーツケースと数個の手提げ鞆しか持ってきていなかった。写真やアルバムと一緒に感傷的な価値のあるものは、私の両親の家に残していた。」

[62] 母親は彼女が滞在していた父親の母親の家で父親と会った。父親はDの父親として認識されたがっていた。母親は父親に違法薬物を摂取していないことを証明してもらいたかった。この要求に対して父親は攻撃的に反応した。

[63] 母親にはロンドンで仕事を探すという決断がとられた。M夫人はDの面倒を見た。これは1月に起きた。母親はDが落ち着くのを確認するため数日間滞在した。母親はより一層Dに会うための財政的援助の申し出を拒絶した。母親はこれ以上恩を受けたくなかった。

[64] M夫人は母親が父親に限定されない接触を承認していないという事実を知っていたと供述している。もしこのことが起こることを母親が知っていれば、M夫人の監護に賛同はしなかったであろう。母親は父親の接触に反対していた。

[65] 限定された財政状況が母親が望むだけの訪問と生活費を支払う能力の両方

を妨げていた。母親は父親が彼の母親とDと一緒に暮していることを聞いたとき気が動転した。母親はこの状況を変えるための状況になかった。

[66] 父親と一緒にいた時に、攻撃的な電話があったと母親は供述している。母親は南アフリカに戻りDを養子縁組に出した方が良いと考えた。母親は7月5日に出発し、Dは、母親が知っている養子縁組の見込みのある両親のもとにいった。

[67] 母親は英国に戻ってきた際に彼女の訴訟について父親に話した。父親は口汚く反応した。父親の妹（姉）は、母親に対し、怪我を負わせてやると脅迫した。

[68] 2001年7月12日に南アフリカの治安判事裁判所で、続けて英国の州裁判所で訴訟が開始された。母親は南アフリカを離れることがDにとって最善だとは信じられなかった。母親は、一度は代理人を立てずに、そしてもう一度は代理人を立て英国の裁判所に出廷した。

[69] 英国での生活費の高さと訴訟費用のため、母親は2002年1月21日に南アフリカに戻った。母親は現在自分の両親と暮らしている。

[70] 母親はDの連れ去りは不法ではないと主張している。父親はいかなる監護権も行使していなかった。南アフリカで、父親は母親の協議若しくは裁判所命令にあるように監護権も接触権もなかった。裁判所は一連の要素を考慮に入れるのみだった。

[71] 母親は出発前に英国に来ることについて父親と議論をしていた。父親は決して財政的支援を提供しなかった。父親は関心のなさから、そして母親への暴行から南アフリカでの接触権を得ようとはしなかった。

[72] 母親はもし父親が母親に干渉しなければ告発を撤回することに同意していた。母親に養子縁組を再考させ、そして英国の家族を訪ねるように説得したのは父親の家族だった。

[73] 母親はM夫人にDには間もなく引っ越すのだから学校には置いてほしくないと話していた。母親は父親が提案した休日にDと一緒にボートを漕ぐことも反対した事実同意している。Dは6月30日には母親と一緒にいた。

[74] 母親は父親が過去 1 年半にわたって違法薬物を摂取していないという事実を受け入れられなかった。母親は父親や彼の家族から散発的な財政支援以外は受け取らなかった。母親はDの英国からの連れ去りと、なぜそれを秘密裏に行ったのかについて更なる説明をしなかった。

[75] 母親の母親は 2 月 6 日の宣誓供述書でまた、彼女に関する娘の宣誓供述書を確認している。彼女は母親をぞっとさせる父親との論争を行っていた。

[76] 母親の母親は、母親は父親の暴力によって精神的な外傷を与えられていると供述している。彼女は、母親からDの保護を引き継いだ。後に彼女は気付いたが、父親は母親に対しストーカー行為に及んでいた。

父親の回答

[77] 父親はこれらの宣誓供述書に回答した。父親は大麻を吸っていたことを認めたがその他の薬物については否定した。母親による暴力についての説明は誇張されたものだった。父親は暴力の暴発について否定している。

[78] 父親は彼女が英国に来たことについて供述している。

「LとDが 2000 年 12 月に英国に到着した時、Lは新たなスタートをきるつもりで、単なる一時滞在ではなかった。私の最初の宣誓供述書（LM1）に証拠物件として示されているLの電子メールは、彼女の英国への移住とDの人生への私の関与に関してLの計画と意図を同時に説明している。Lの英国への移住は、新しい人生の開始を意図した期間に制限のないもので、単なる休暇ではなかった。到着より前にLは仕事を辞めており、2001 年 3 月/4 月まで延長される必要のないリースへの通知も発行していた。Lはまたイタリアの旅券も申請しており、その結果、彼女は到着した時に働くことができ、他の南アフリカ人と同様の移民規制の対象とはならなかった。LとDは、実際沢山の荷物とともに英国に到着した。」

[79] 父親は、2002 年 1 月の母親の南アフリカへの帰還は、彼の訴訟を妨げるものだったと結論する。母親は、2 週間後に裁判所に出廷することを求められていた。

[80] 更なる説明の中で、M夫人は、母親が言っているような一カ月後ではなく、2000年の12月11日にDは彼女のところに来ていると証言。M夫人は、父親とDは親密で愛情ある関係を築いていたと供述した。

養子縁組報告書

[81] 民生委員によって2001年11月2日に南アフリカで治安判事裁判所のために用意された養子縁組報告書がある。報告書は、英国に来るに先だって母親が3、4週間可能性のある里親のところにDが出されたことを示している。母親は、父親の家族がDの監護を支援する申出をしたから英国に来た。

[82] 母親はM夫人がDの面倒をみるための準備をするよう無理強いされたと報告していた。母親は、これは、2001年2月、母親が彼女とDの両方のために宿泊場所を見つけることができなかったときのことであると供述している。母親は、2001年7月の帰国の際に1日若しくはそのくらいの期間、可能性のある里親のところにDを預けていた。母親側からの出来事の説明のみを引用すると、報告書では、養子縁組に対して父親の同意を省くための根拠があったようだと結論づけている。

事実の結論

[83] これらの説明から関係する多くの詳細な事実が浮かび上がる。

(a) 2000年9月に母親が父親と会うまでに母親は、Dを養子に出すことを真剣に考えていた。

(b) 父親の両親から養子縁組をやめるための援助の申し出があった。

(c) 母親が英国に出発する前に母親の電子メールは父親と彼の家族がDの面倒を見ることを把握していた。

(d) 母親の、1月若しくは2月にDがM夫人の家に行ったという証言はおそらく正しくはない。父親と彼の家族そして母親のその月の不確かさにより、詳細な正確性が与えられているのは母親の到着後すぐ12月のことではないかと思われる。

(e) 当職が予測するにDがM夫人と一緒にいたのは6カ月半の期間であり、そのうちDはM夫人と父親と4カ月を共に過ごしている。

(f) Dの南アフリカへの返還は、前もって父親若しくは彼の家族に明らかにされていなかった。母親はその後すぐに英国に戻ってきている。

(g) 父親は、母親が知っているように、常に養子縁組に反対であった。

監護の権利

[84] 第3条の規定の下、ある個人もしくは数人の「監護の権利」違反がなければ、2001年7月の母親による不法な連れ去りの供述書はあり得ない。その概念は、数多くの司法決定の従属物である。

[85] 当職は、一つの概念のみから実証する。2001年7月5日に母親がDを英国から連れ去ったときに、M夫人、若しくは父親、もしくは両方に、ハーグ条約に基づく訴訟で、英国裁判所で認められるような監護権があったのだろうか。

[86] 以下の問題が関連している。英国法では、母親が英国に到着した際、現状そして事実の両方において母親だけが監護権をもっていた。

[87] これは、数多くの要素があったためである。父親は母親とは婚姻関係にはなかった。Dは約2歳だった。父親はDに会わず、Dを保護せず、若しくはDの人生の最初の2カ月以上の期間に彼女に関して、英国への彼女の旅費を工面した以外は、いかなる権利も行使しなかった。

[88] 父親は関心を維持していたと供述している。Dが英国に来るためにお金を出したのは父親だった。第3条の規定の下では、それでは、当職にとって監護権を確立するだけ十分ではない。

[89] 極めて短期間の中で、母親の宣誓供述書から自発的に判断すると母親はM夫人と一緒にDを預けている。これは、Dの保護を単独では対処できないと母親は感じた時期に準じる。

[90] 母親は彼女が意図したようにDの監護をM夫人に任せた。母親は引き渡した後、時折の訪問者としてのみ定期的に接触していた。

[91] 当職は要約した全体像の仕上がりの点からこれらの出来事を考察している。問題はこれらの出来事が法的にM夫人若しくは母親そして父親へ監護権の基となるかどうかである。

法

[92] このことに関して主導的な当局は控訴院の **B 事件 (A Minor: Abduction)[1994]2 FLR249** の判決である。それはもちろん当職にも拘束力のあるものである。

[93] 本件において、両親はオーストラリア人であった。彼らは婚姻関係になかった。彼らには6歳半の男の子がいた。1992年4月に母親はその子を父親と母方の祖母に委ね英国にやってきた。1993年6月に祖母は当該子を英国に半年間連れて行った。出発の前に、祖母は当該子が6カ月後に戻ることを確約するため父親と書面で同意の契約を結んでいた。母親はその時期の最後に当該子を返還しなかった。

[94] 父親は当該子がオーストラリアに戻ることを命令する申立てを行った。それは **Connell** 判事により認められた。母親は控訴した。控訴院は多数決により控訴を棄却した。 **Waite** 判事は 260-261 頁で次のように述べている。

結論

少なくとも部分的にはハーグ条約の目的は人道主義である。その目的は、既に彼らの両親の関係性の断絶の効果に苦しんでいる子が、彼らが恣意的に片親によって安定した環境からより共感があると想定される裁判所で、若しくはより適した基盤で事実確認のために他の国へと移動させられた時、苦しみとなる更なる混乱にあうことを妨げることにある。条約の中で使われている「監護権」という表現は、それゆえその目的と最も適合する意味で解釈される必要性がある。大多数の判例において、その用語には広義での可能な解釈が与えられることを意味している。

難しさは「権利」という概念の限界を修正することにある。代理人が瞬時に確立された権利として認識するものに限定されているのだろうか—つまり、法によって定義されたもの、若しくは裁判所命令によって協議されたものである。

又は、まだ公式に法によって認識若しくは認容されていないとしても、義務を実施し、にもかかわらず当該子に関わる利益のために維持され得る監護権の特権又は親としての個性を享受する人々の不完全な権利を述べるための条約文脈の中で、申立てされ得る可能性があるのだろうか。

その質問に対する答えは、当職の判決では、各々の判例の状況に依拠する。もし、当該子の奪取以前に不当に苦しめる親が親としての権利を要求又はいかなる裁判所命令の支援もなしに又は公式の監護権なしに監護の性格の中で機能を行使したとしたら、それはあらゆる裁判においてこれらの機能が条約の用語の中で「監護権」として認識されないか否かを決定するための要請された当該国の裁判所への疑問である。段階の最後に、(例えば) その事情や機能が条約の権利を行使する中で承認のために適切とされるよう認められそうにない単独の法的監護権を有する一時的な共生者がいる。反対は、段階のもう一方の最後は、法的な養育者にかわって代理親の役割を想定する親戚若しくは友人に当てはまるものである。

そのアプローチが現在の裁判という特定の状況に応用されるとき、判事により導き出された回答は、当職の観点でも申し分のない判決である。1993年の8月25日にパース空港で子(男児)を見送った父親は当該子の2番目の養育者として母方の祖母と養育権を共有する当該子の主要な養育者である…条約の意味、権威づけられない連れ去りは第3条と第5条の規定の観点から不法だとみなされるハーグ条約の侵害であるという意味において、適切に実施することが権利であるとみなされることから始まる状況であった。

[95] O 事件 (Child Abduction: Custody Rights)[1997]2 FLR 702 の判例において、Cazalet 判事は、ドイツの祖父母による主張の観点からその決定に従っていた。その背景は簡潔には以下のとおりであった。

[96] 母親もまたドイツ人であった。母親は娘の J を 1992 年 5 月に出産した。父親はその訴訟において何の役割も果たしていない。母親は他の英国人男性と関係をはじめていた。1995 年 8 月に母親と J は J の母方の祖父母とドイツで生活をはじめた。母親はこれは一時的なことだったと供述している。1995 年 10 月に口論の後、母親は J を連れて去った。

[97] 1996 年 5 月に母親が道路事故で怪我を負った際、J は、彼女の母方の祖母のもとに返された。母親は後に彼女の両親に J を連れて英国へ行くことを話

していた。

[98] 結果として、1996年10月に祖母は監護権の訴訟を始めた。訴訟は通達されなかった。12月に母親は週末にJを連れ出し英国に連れ去った。母親はJを返還しなかった。

[99] 祖父母は暫定的な保護命令を獲得し、即座にハーグ条約訴訟を行った。訴訟は2カ月半審理されなかった。Cazalet判事は、708-710頁で、B事件(A Minor: Abduction)[1994] 2 FLR 249から引用された一節を指摘している。

「当職は **Re B** の該当節へと戻る。**Hollow** 氏の簡潔な議論に関して、当職は当該国の法の下、法的な同意が疑問視されるまま第3条の厳密な条項内で、解決を求める裁判所を考慮しない。もし当職が読んだ **Waite** 判事の判決の261Cでその節を採用するなら、**Waite** 判事は、特定の当該親により行使された義務や享受された実際の特権の程度を考慮にいれながら、監護権が存在する事実確認を行うことを明確な基準としている。**Waite** 判事は、各々の判例において事実の問題を理解していた。実際、259で父親のために、**Holman** 氏によってなされた提案を考慮すれば、父親は親として十二分に機能しており、それが **Holman** 氏が求めた依拠すべき事実であった点から主張がなされている。さらに判決において **Waite** 判事は **Hollow** 氏が当職にさせた確認をしなかった。つまり、第3条の条項内で判例を持ちだす法的合意があったのだ。判事が提唱した試みは、いかなる公式の監護環境の便益なしに、関連する個人が親らしい若しくは監護的性質の機能を行使するか否かということであった…

当職は思考を始める—**Waite** 判事の判決の一節に準じて同意があったのかどうか、それに従って、母親はJを祖母といっしょに置くことについてJへの同意があったと適切に言い得るのか、若しくは、代案として、ある状況、それによって祖父母が義務を実行し、関連する当該子の利益について裁判所が保持しようとしている監護権、若しくは親らしい特性を享受している状況が起こるのか否か。当職は、**Hollow** 氏が提出したものを念頭に置いている。**Hollow** 氏は母親との交渉、2回目の被告人の自動車事故から母親が資金が不足しており、居住地にも欠けていたという事実、そして祖父母というJの場所は一時的なものだったとする彼女の見解を強調する。それに対して、祖父母の代わりに **Setright** 氏は、当事者の行為と意見交換から説明される同意があったと提示している。代案として、祖父母による関与と関係、それによる **Re B** の **Waite** 判事の定義内で表出する監護権若しくは親らしい特質の義務の創出と特権の享受があっ

た。Setright氏は、母親なしに14カ月間そして更なる2カ月、母親から支援を受けつつ合計で16カ月、祖父母がJの実際の物理的保護を行っていたことを提示している。Jは祖父母たちと一緒に常居していた。祖父母は一年以上にわたってJについて親らしい決定をしていた。祖父母の保護は母親が1996年12月14日にJを連れ去るまで母親によって異議を申立てられることはなかった。Setright氏は祖父母が接触をもつことを拒否したため母親が接触をもつことがなかったからだと強調している。祖父母はまた母親がある期間離れており、彼らは母親がどこにいるのか知らなかったし、そのため祖父母はJの面倒を日々見ていただけでなく、Jについて大切な決断をする単独での責任を持っていたと述べている。このような状況下にあつて、Setright氏は、祖父母と一時的にではなく長期間、年来の合意によって明白に一緒にいたとみなすのが適切であると提起する。実際、1996年9月頃にJが初めて参加したにちがいない幼稚園にJを通わせていた。Setright氏は祖父母の保護がどのようにして突然、一方的にそして秘密裏に終わらせられたのか示唆している。ドイツの裁判所で祖父母が適切な形で監護権訴訟を初めたときまでに、裁判所は問題を十分に理解しており、実際、1996年12月16日のJの連れ去りに準じて、ドイツの裁判所は暫定的に監護権を祖父母に移管させながら、迅速に決議を行った。もちろん、当職は、母親の主張は彼女が訴訟の通知を得ていなかったと供述することによって、証明され得ることだと認めている。いかなる事象においても、母親はそのような訴訟で審理されていない。

当職は、これは母親のJの保護を行う能力に関する実際の問題であり、Jの福祉が長期的において最適に提供される場所に関する裁判であると念頭においている（略）

Setright氏は、同意は当事者の行動から若しくは祖父母が完全な監護権をもつべきであるという旨の当事者間において行われた意見交換から、詳細に説明されるものだと当職に証言するよう勧めている。そのような合意が発生するか否かに関して当職が留保している間、当職は、Waite判事の定義の条件内で、躊躇なく共同の監護権を祖父母が保持していたという結論に達する。当職がすでに詳細な審査をした条件において、祖父母は相当な期間、親としての責任を実施しており、それゆえ第3条の規定内で祖父母の共同監護権は確立されていたとみなさなくてはならない。

そうだとしたら、Hollow氏はさらにハーグ条約とそれに準じる条約の規定の下での命令に取り組むことに重要性はないと的確に示している。」

[100] W 事件及び B 事件(**Child Abduction: Unmarried Father**)[1998] 2 FLR 146 (Hale 判事) の後半で、そのとき Hale 判事がそうだったように、B 事件の控訴院の判決と判事が引用した O 事件の判決を考慮していた。頭注には以下のよう
に書かれてある。

判事全員：婚姻関係にない両親はここが常居所である子の母親による連れ去りはハーグ条約の規定の下で不法であると勧告されるべきである。

もし：

- (a) 父親が合意又は裁判所命令によって親としての責任がある；若しくは
- (b) それを強制的に禁じる裁判所命令がある；若しくは
- (c) イングランドやウェールズで審理中にある関連する訴訟がある；若しくは
- (d) 少なくとも母親がそのような保護を父親に委任しており、父親が当該子の現在の主要な世話人であること。」

[101] Hale 判事は、156D で双方の主張の事例について記している。

「(略) 裁判所は子の主たる養育者が連れ去られる、世間での古典的な奪取の事例から子たちを保護するため最大限の努力を行う。」

結論

[102] 例え 3 つの特別な要素を考慮しても、M夫人の監護権の適切な分析は原則的なことである。DはM夫人の保護のもとに置かれていた状況下において、その時の母親の方針、時間の長さ、そして慣習においてM夫人はその監護を実施していた。これらの問題は主に、M夫人が 2001 年 6 月の終わりまでに「親としての若しくは監護的性格の機能」を行使していたか否かを決定することである。

[103] 母親は、英国に来る前にDの養子縁組を真剣に考えていた。母親は英国に移住しないかとの申出があったために、養子縁組を前に進めなかった。母親は出発前に、父親又は彼の家族がDの養育の責任を取るだろうと推測していた。

Dは実際、M夫人と一緒に置かれた。

[104] Dはそこに6カ月間、恐らくはこれより多少長期間いた。その期間、M夫人はDのために全ての必要な取り決めを行っていた。M夫人は、医者予約、学校教育、そして日々の世話まで取り決めていた。Dは明白にM夫人の監護の下にいた。

[105] 母親はこのことを知っていた。母親は定期的な連絡を維持し、平均で6週間ごと又はそのくらいの頻度で訪問していた。母親が拒絶を示したとは供述されていないが、最後の4カ月間の父親の存在への拒絶若しくは彼女の黙認については審議中である。母親が監護を父親と共有することを考えたか否か、若しくはどの段階で母親がDを南アフリカに返還することを決めたのか、どちらも明瞭ではない。

[106] 母親は父親がDの養子縁組に反対であることを知っていた。母親はDを南アフリカに戻す考えやDを養子縁組に出す目的についても父親や彼の家族に話していなかった。母親は一人であることはできず、その後すぐ英国に戻ってきた。

[107] 2001年6月の終わりまでに、M夫人は監護権を持っていたと当職は確信している。Dは母親の合意でM夫人と一緒にいた。それが母親の願いだったため、若しくは現実的な代替案がなかったために合意が発生していたのか否かは、当職の判断の問題ではない。母親が反対していた状況ではなかった。

[108] それ以降、M夫人は日常的にDの世話をしていない。M夫人は頻繁な母親からの電話連絡のために、ほとんど確実に母親の認知と承認の下、重要な決定をDの将来のために行っていた。

[109] M夫人と父親を欺いた母親の一方的な行動の結果として、重要な期間の後、監護は終わりを迎えた。M夫人はDの養子縁組に同意がないことも知っていた。母親は、合法的にDが一時的な監護を与えられていただけだと父親とM夫人を欺かなくてはならなかった。

[110] この主張と報告されている主張の一つの差違は、この母親がDの世話をするためにDの監護権を取り戻さなかったことである。母親はDの将来が合法的に母親と一緒にでもなく、父親や彼の家族とも一緒ではないようにした。当職

はそれを決定的ではないが重要なことだと認識する。

[111] DがM夫人と一緒に became 後、母親は 6 月まで母親の監護権を行使することを求めなかった。状況が展開するにつれ、問題としてみなされ得るのは、DがM夫人といっしょに残るつもりだったのか、又は母親と父親の間で監護権が共有されることは可能だったのか、ということである。

[112] 母親は父親と監護権を共有することについて議論したかもしれない。それは明確ではない。それは決して起こらなかった。

[113] 分析によると、母親はDがM夫人と一緒に過ごした後でDの監護を再開する意思はなかった。それは事実の配列により大きな永続性を与える。親権を引き渡した母親に強調さを加える。Dがどう生きるのか、そして当職が、彼女がそうしたと確信したように、Dの直近のそして長期の監護についての決定をどう下すか決めるのは母親の権利である。このことは、医療、学校教育、そして他の分野にも当てはまる。

[114] もし当職が、母親を初期の段階からDの監護を再開しないと決めていたと見なすことが間違っていたとしても、にもかかわらず当職は、2001年6月の終わりまでにM夫人は監護権を獲得していたと判断する。監督権は、Dが明確に長期にわたって彼女が与えられた（そして母親の知る限り行使されていた）決断を下す権利と共に、そうした長期間M夫人といっしょに置かれた環境から発生するものである。

[115] DがM夫人の保護を離れるまでに、裁判所はM夫人の義務と特権を認識していた。それは親としての特質であった。M夫人は母親がDを彼女の保護から連れ去ることを止めさせる命令を申立てるため裁判所の許可が必要だった。これらは、差し止め救済命令によって実証された 1989 年児童法第 8 項の規定の下、暫定的な監護権若しくは特定の発令によるものであった。

[116] 当職は、裁判所が母親にこれらの申立てをするための権利を与えたことに少し疑問をもっている。当職は確信をもっているが、裁判所は、Dの出発を阻止するため即座に断固として行動していたはずである。必要であれば、事前に母親に通知することなしに、母親が裁判所の管理権から離れることを妨げたはずである。

[117] これは、本格的な審理を保留しながらM夫人の監護権を守るためだったのかもしれない。これは、母親がDの世話をすることなく、養子縁組の為にDをその家族の外に連れ出した、連れ去ったという事実を考慮していない。それは、本格的な審理において、M夫人と父親の主張に強みを加える。

[118] 裁判所は2つの要素を懸念している。一つは、子の基本的な権利が当該子の家庭内で取り上げられてしまっていること。それは判例法、被後見人手続法、1989年児童法の規定の下、そして1950年ヨーロッパ人権条約第8条の規定で正式に記されているものである。その条約は1998年人権法の規定の下、2000年10月2日以来、英国の国内法の一部となっている。

[119] 2つ目に、家族外におかれようとした子が片親と不同意だった場合、裁判所の承認なしにもう片方の親によって家族から切り離されることが合法的になされることはない。当該子が重要な傷害に苦しむ又は家族の監護の下でその危険性があるとされない場合、それは、地方当局が子を片親又は両方の親から連れ去られることを妨げるところまで拡大適用される。そして1989年児童法第31項の規定によって、両親から離別することが当該子の最大の利益とされる。

[120] この事例において、当職は、議論された審理で、Dの未来が、南アフリカでの養子縁組にだされるよりも、明確にM夫人若しくは父親とともにあると確認されたと述べることはできない。当職は、それが非常にありそうなことだと述べることはできる。さらには、裁判所はどちらの親にも一方的にDを本格審理や裁判所の承認なしに、家族から連れ去ることは認めていない。

[121] 2001年7月に英国法の規定の下、Dに関して父親は親責任を負っていないと記したことは正しい。なぜなら父親は母親と婚姻関係にはならなかったし、母親との合意によっても、裁判所命令によってもこれらの権利は父親に認容されていなかった。しかし、直近の4か月以上にわたるDとの関係性は裁判所によって考慮されるだろう。当職は、このことと親責任命令を申立てる父親の権利は容易に認められるだろうと確信をもっている。同じことがM夫人にも当てはまる。

父親の監護権

[122] 当職は父親の監護権を別に考える。監護権は、2001年3月1日からDと

M夫人と一緒に父親が生活したことから発生する。監護権はM夫人と共有され、父親単独の権利とされ、又は存在していない。

[123] 当職は監護権を制限しながら、事実に関して、M夫人との共同で発生する以外にはこれらの権利を認めることは現実的ではないと考える。代替案は、全く発生しないことである。

[124] 当職は、もしそれが確立されたとしても、より重きを持ったものとして母親が今主張している父親の関与への母親の反対を認めない。愛情関係を認知して継続を認めることは同意によってもたらされたものか否か決める以上に重要であるし、若しくは母親がそれについて認めると考えることはほとんどないからである。

[125] 父親はDのためにM夫人の家に行った。父親はDを知るために1カ月を費やしている。父親は日常的なDの監護を彼の母親に委ねながら、しかしそうでなければ彼女と責任を共有しながら、地方の仕事を得ていた。こうすることによって父親は親としての権利を行使したと当職は納得している。

[126] 唯一の疑問はこのような状況下において、親としての権利を行使した4カ月間、監護権に等しいとみなされるのか若しくは事実そうなのか、ということである。当職の判断ではそうである。

[127] 当職は、監護権が確立されるまで重要な時間が経過するべきだと認識する。しかし、それは単なる時間ではない。部分的には、当該子の年齢、保護の性質、そして父親がどのように権利を行使していたのかにも依拠している。

[128] Dはとても若い。Dの人生における母親の役割は時折の訪問と頻繁な電話に限定されている。M夫人だけが父親と共同で親としての特権と義務を引き継いでいた。当職が提起した状況下において、2001年6月の終わりまでに父親は監護権を持っていたと当職は確信している。

[129] さらに監護権が継続されていないことを示すものはなかった。母親は父親が彼女の提案に反対であることを知っていた。裁判所は父親の反対を支持し、申立てが間に合ったのならDが英国を離れることを妨げていただろう。父親は母親の恣意的な欺きのためにこれを否定されていた。それは、父親を機能停止へと導いた。

常居所

[130] **Scott-Manderson** 氏は、この見出しの中で当職にいかなる事実確認も強制していない。**Nicholls** 氏は強制した。当職の観点では公正に、第 3 条の規定の下での不法な連れ去りを決定する本質的な要素として **Nicholls** 氏はそれを指摘する。さらに、当職が引用する P 事件 (**Abduction: Declaration**) [1995] 1 FLR 831 の **Butler-Sloss** 判事により示された理由により、当職は、南アフリカの裁判所が同じ質問も考慮しなくてはならない可能性に基づいて事実確認をすることを妨げられてはいない。

[131] それは、第 3 条の規定の下で、連れ去りが不法であったか否かについての決定にとって根本的なことである。もしこれが後の審理で必要とされるならさらなる検討が妨げられることはない。この段階で必要な検討である。

[132] 南アフリカの裁判所によって再び検討されるかもしれない。当職は今や当職が扱った、**Rhona Schulz** の記事と審理した提案に、当局の視点から見解を述べる。

法

[133] 本質的な問題は以下のとおり。D が英国に到着するまでに、D が見込みのある里親と過ごす短い時間以外は、始終母親の監護の下にいた。それゆえ D の常居所は母親と同じ、つまり南アフリカであった (**J 事件 (A Minor) (Abduction: Custody Rights)** [1990] 2 AC 562, sub nom C 対 **S 事件 (A Minor) (Abduction)** [1990] 2 FLR 442)。

[134] 問題は 2001 年 7 月 5 日に母親が D を連れて南アフリカに戻った際に、D が英国で常居所を有していたか否かである。これは 2 つの内の 1 つで発生する。第一に、彼女の母親が英国に常居所を獲得するまでだったから。第 2 に、ここに D がとどまるべきという意向をもった人若しくは人々の保護の下に D がおかれていたため。それゆえ、D はここで常居所を有していた、若しくは、彼女の主たる養育者たちも有していた。

[135] このトピックに関連して関連する法は、数多くの異なる判例のなかで見受けられる。それは、**Akbarali** 対 **Brent London Borouh** 事件、**Abdullah** 対

Shropshire County Council 事件、Shabpar 対 Baranet London Borough Council 事件、Jitendra Shah 対 Barnet London Borough Council 事件、Barnet London Borough Council 対 Nilish Shah 事件 [1983] 2 AC 309 の Scarman 判事の演説で始まる。演説の中で、常居所について 343 で以下のように Scarman 判事は説明している。

「(略) 当該人が自発的に養子縁組された特定の場所若しくは国、そして当分の間の、短期間又は長期間かによるが、人生の習慣的な秩序の一部として定住の目的のため（教育も含みうる）の居住」

[136] J 事件で、オークブルック裁判所の Brandon 判事は、578 と 453 頁で、それぞれ次のように述べている。

「連れ去りの直前、J が西オーストラリアに常居所地を有していたことは議論されていない。J が長期的に母親とそこにいるべきだという定住の意図をもった母親によって、J は英国に連れ去られ、留置されたにもかかわらず、J が西オーストラリアで常居所地を有していたことは父親の側で議論されている。母親には、いったん 1990 年 3 月 22 日に彼女が英国に着いて、当職が説明したように定住の意図で母親が彼をそこに留置したことで、J は西オーストラリアで常居所を有することを止め、特に、Anderson 判事の命令の日付より前に定住することも止めていたことは議論されている。

この問題を考える上で、当職には、導入部の数多くの指摘とともに最初に扱うのが有益であるように思える。最初の要点は、条約の第 3 条の規定で使われているように「常居所を有する」という表現は、どこにも定義されていない。当職は、その表現は、ある特定の意味とともに条文の用語として扱われているのではなく、それを含んでいる 2 つの単語の通常の意味に準じて、むしろ理解されるべきだと考え、従っている。2 つ目の要点は、個人が特定の国に常居所を有しているか否かという問題は、特定の判例のあらゆる状況を参照しながら決定されるべき事実の問題である。3 つ目の要点は、A という国に常居所を有することを止めた個人とそれによって B という国に常居所を有することになったことの重要な差違である。もし、彼若しくは彼女がそこに戻らないという定住の意図をもってそこを離れ、しかし、代わりに B という国で長期にわたって定住することになった場合、個人は 1 日でも A という国に常居所を有することを止めるかもしれない。しかしながら、そのような個人は、一日でも、B という国で常居所を有することができない。相当の間、当該個人が A

という国で常居所地を有することを止め、しかし、まだBという国に常居所を有してもいない。4つ目の要点は、Jの年齢の子が母親の単独の合法的監護権の中にあるとき、常居所を有することに関して彼の状況は必然的に母親と同じものになるということである。」

[137] M 事件 (Minors)(Residence Order: Jurisdiction) [1993] 1 FLR 495 の中で、控訴院は、本裁判所から分離した管轄権のあるスコットランドの祖父母と暮らすために移動した2人の子に関して扱っている。どのくらいの期間子が滞在すべきかの合意について、当事者間で議論があった。10カ月後、母親は、子をスコットランドに返還しないことを決めた。

[138] 祖父母は、英国の裁判所が下した、母親の申立ての審理そして決定をする司法権があるという決定に対し、控訴した。祖父母は当該子の少なくとも1年間彼らと一緒にいることに合意していたと供述している。

[139] 判決の過程で、Balcombe 判事は、501E 頁で次のように述べている。

「1991年9月から、1992年7月4日の後の時点まで（中略）当該子は、スコットランドに常居所を有していた。スコットランドでの彼らの物理的存在は、祖父母と暮らすため、そして学校に通うため少なくとも1年間の定住を目的としており、子にたいして親としての責任のみ保持していた母親の合意もあった。当職にとっては、そのような状況下の中で、イングランドとウェールズに子が常居所を残していたと宣言するのは、全く人為的なことのように思われた。」

[140] Hoffmann 判事は、503C 頁で次のように述べている。

「しかし子が、疑いなく、親又は子の監護と親の意図に責任のある他の個人、又は親らしい責任のある両親が常居所を有する家に来ることは、子の滞在が、単なる暫定的なもの若しくは一時的なものであるべきではなく、当職はなぜ子の居住が常所地を有するものとして即座に扱われるべきではないのか、理由がわからない。これが S 事件 (A Minor) (Abduction) [1991] 2 FLR 1 のこの法廷の見解であり、そこでは事前にカナダで母親と常所していた子は 1988-1989 年の学校教育の年にそこに居住すべきだという意図をもって、母親の同意と共に、ミネソタの父親の家で一緒に過ごすために送られた。「これは」 Purchase 判事は述べているが、「父親への実際の物理的監護権の移転から常居所を有する場所の移転に効果を与えるために重要な相当期間以上でなければならない、その

結果、適切な期間（3カ月後）、子は父親と常居していた。」

[141] *Nessa 対 Chief Adjudication Officer 事件* [1999] 1 WLR 1937, [1999] 2 FLR 1116 において、*Akbarali 対 Brent London Borough Council 事件*、*Abdullah 対 Shropshire County Council 事件*、*Shabpar 対 Barnet London Borough Council 事件*、*Jitendra Shah 対 Barnet London Borough Council 事件*、*Barnet London Borough Council 対 Nilish Shah 事件* [1983] 2 AC 562, sub nom C 対 S 事件 (A Minor) (Abduction) [1990] 2 FLR 442 での Scarman 判事の演説からの引用について、*Hadley 裁判所*の Slynn 判事は 1121 頁で次のように述べている。

「当職は、**Brandon 判事**が、適切な期間の居住について話すとき、これ以上のことを意味しているとは考えない。常居所を有するところが確立されているのか否か、あるいはその時期、各々の判例の条件で決定がなされなければならない日付で決定された事実の問題である。所有権を持ち出しながら、来る以前、滞在権を獲得する以前、家族に居住している国で若しくは意図された居住地で「耐久性のある結びつき」を求める以前に居住を確立するために必要な全てのことをなし、そして多くの他の要素を考慮に入れる。必要条件である期間は、固定された期間ではない。疑義がある場合はより長期となる。短期となるかもしれない。(議会在、S 事件と AF 事件(A Minor)(Child: Abduction)[1992] 1 FLR 548, 555 で、そこで、**Butler-Sloss 判事**は、「一カ月は…適切な期間であり得る」と述べ受け入れたように。)」

[142] *Al Habtoor 対 Fotheringham 事件*[2001] EWCA Civ 186, [2001] 1 FLR 951 (Thorpe 判事) は多くの条件を一覧化している。第一に、Thorpe 判事は、常居所を有することはその判例のあらゆる状況を検討することによって決められる事実の問題であると記している。彼は続けて記す。

「第二に、常居所の喪失と代用の獲得との間には重要な差違がある。もし個人が定住する意図を持って戻らずにどこかほかの場所で常居所を有するために当該国を離れるとしたら、個人は、一日で常居所を有することを止めるだろう。一方、2 番目の国では、到着してすぐには、常居所は獲得されず、居住が慣習化したことを証明する期間の後にのみ獲得され、関連する事実と状況に応じて、定住を継続してくことになるだろう。到着後の定住の期間は、簡潔であっても、まだ相当な期間でなくてはならない。」

[143] ここで発生している不完全な権利を認める一方、Nicholls 氏は、2001 年 6

月 30 日の同意による D の母親のもとへの返還は、母親が唯一の親責任を有する親であったことを意味している。それゆえ母親は、D に関する決定を下す権利があった。

[144] Nicholls 氏は、たとえ監護権が不完全なものであったとしても、監護権の概念とともに成立させることは容易ではないと認めている。これは解明可能な法への必要性から、重要なことだと述べる。当職は、彼の提案を共有しないし、彼の議論を受け入れることもない。

[145] いったん、子の観点から監護権が発生すると、監護権は強制力をもつ。そうでなければ単独で親としての権利を行使できる片親を含むいかなる個人に対しても監護権は行使され得る。もしそうでなければ、これらの権利に価値はない。これらの権利は存在し、裁判所によって強制され得る。

[146] そのような権利は消失しないし、又はそうでなくても当該子が親責任を有する独身の親の監護の下に返還された場合、強制力を失わない。例えば、もし返還が永久的な合意に基づいたものであるなら、それは起こり得る。全ての当事者が、ここであるように返還に時間の制限がされていた場合、強制は起こり得ないと私は確信している。仮に母親が同意に基づいて 1 日 D を連れ去った際も強制は起こらないだろう。M 夫人と父親は、ここであるように、母親の休日の短期間 D を連れ出すことに同意していたから、もはや彼らの監護権は失われることはない。

Rhona Schulz 氏の論文

[147] 当職が引用した Rhona Schulz 氏の論文では、Schulz 氏は、常居所の概念を定義するためにハーグ条約でいかなる試みもなされていないと指摘していた。彼女が指摘した不作為は意図的なものであった。

「(略) 実際の裁判であらゆる法制度の判事によって適応され得るように、概念があまりにも硬直したそして専門的なものとなることを抑制するよう意図されていた。」

[148] どのくらいの長さが適正な期間なのかに関する質問に答える際に、Rhona Schulz 氏は、最小限の期間は 3 カ月であると提案した Smart 氏の論文を指摘している。しかしながら、彼女は、2 カ月という期間は、継続性の程度を

もつに十分であるとされる、V 対 B 事件(A Minor)(Abduction)[1991] 1 FLR 266 を引用していた。Butler-Sloss 判事が定住の意図を指摘している、AF 事件 (A Minor) (Child Abduction)[1992] 1 FLR 548 の中では、一か月が適切な期間かもしれないとされている。

[149] さらに定住の意図に関しては、B 事件 (Minors) (Abduction)(No 2)[1993] 1 FLR 993 における Waite 判事の判断を引用していた。Waite 判事は、当事者が生活するところで良い結果を得ようとしている間、ドイツに滞在する当事者の意図は充分であると理解していた。

[150] Rhona Schulz 氏は、子の常居所を決定するための 3 つのモデルを分析している。最初は、7 頁で該国の常居所の獲得への基準を子が満たすか否か疑問である両親の常居所に、子の常居所が依拠している従属モデルである。両親が共通の常居所を持っていない場合は、当該子の常居所は、その時点で住居を保持している当該親の常居所に準じる。

[151] 10 頁で、Rhona Schulz 氏は、親の権利のモデルについて考察している。これは、当該子の常居所が、当該子が実際にどこに住んでいるかに関わらず、子がどこに住むかを定める権利をもっている当該親によって決定されるべきであると考え。それゆえ、一方的に子の常居所を変更した親は、親がどこに子が住むべきかを決定する単独の権利を持つなら、合法的にそうすることができる。

[152] 最終的に 13 頁において Rhona Schulz 氏は、子を中心としたモデルを考案した。このような状況下で、子は、自立した個人として扱われ、特定の国でのその居住の質は必ずしも、当該国の両親の常居所に依拠しない。それゆえ当該子の常居所は当該国との関係性に依拠しており、両親や彼らの意図との関係性には依拠していない。

[153] 20 頁の結論において、にもかかわらず、Rhona Schulz 氏は、従属モデルが理論的な視点からは、魅力がないかもしれないと考察している。

「(略) それが決例のほとんどにおいて、人為的な推測に頼る必要なしに、適切な成果を生み出す、実用的な提案なのです。」

[154] Rhona Schulz 氏は、英国の裁判所で採用された親の権利のモデルは親子

関係の現代のアプローチと一貫性がないと考えていた。最終的に Rhona Schulz 氏は、米国で支持されている子を中心としたモデルが米国で支持されており、現代の思考とも一貫性があるという事実を指摘した。彼女は結論する。

「問題になっている当該子は定住目的をもつには若すぎ、常居所は適切な期間の居住によってのみ獲得され得る。「適切な期間」という表現は、条約の目的に応じて解釈されるべきものである。要するに、当該関連国との各々の関係性の観点から、必要とされるものは十分な時間であり、新しい当該国が便宜的な裁判所となる、又は、そこから連れ出されることが通常の国際的な子の奪取に関連した害悪を当該子に与えることが起こり得る。」

事実確認と最終結論

[155] 当職は、2000年12月に一度以上にわたり母親が英国に来たことを事実確認する。母親は一年以上滞在した。2002年1月に母親が出国したのは、限られた期間だけ滞在するという所定の決定というよりもむしろ財政的懸念によるものと思われる。

[156] 母親の訪問の目的は、ほとんど確実に、母親がうんざりしていたDの保護を父親と父親の家族に任せるためである。あるいは、Dの未来の監護についての決定がなされていた。

[157] 短期間では、Dは母方の祖父母とも一緒にいた。最初の段階では、父親と一緒にいただけだったが、祖母はDの主だった監護者となった。これは暫定的でも一時的な合意でもない。母親はM夫人とは数日間一緒に滞在していた。そして重要な期間、Dを祖母のもとにのこしておくことに満足していた。

[158] 母親は接触を維持した。ロンドンからヘイスティングスの母親のまれな訪問は、母親は、M夫人の養育の質又はその継続性について関心をもっていなかったことを示している。

[159] もし3月の後、母親が父親の存在に反対していたのなら、母親は積極的にこれを解決しようとしたとは見えない。母親が計画した時、連れ去りのことは知らされていなかった。

[160] もし、従属モデルの下、当職が母親の常居所を扱えば、その時多くの点

は明らかになる。母親は彼女の滞在を一度以上と認めていた。母親はDをM夫人の監護のもとにおいた。母親は、宿泊場所を見つけ、雇用を獲得した。母親がDを連れ去った時、彼らは7か月に満たない期間だけ英国に滞在していた。

[161] 母親が主張した願いや彼女の行動から判断して、当職は母親がここで定住する意図をもっていただけと考える。それは相当の期間であり、当職は考慮している。

[162] それに続く母親のDを残しての南アフリカからの帰還は、結論に重要性を加え、考慮されるべきものである。それは母親が英国に定住する意図をいつも持っていたという事実を指摘する。彼女が帰還するという意図の実現であった。

[163] それゆえ母親は2000年12月から必要な意図をもっていただけ。英国での時間は、2001年7月までに常居所を変更するに十分であった。それに続く歴史がそれを支持している。

[164] 当職は、母親とDの両方が英国に一緒にいたために、提案として親権モデルを考慮はしない。それゆえ結論は、従属モデルの下でのものと同じである。それは、控訴院と貴族院で採用されているアプローチである。

[165] しかしながら、当職は子を中心としたモデルに関してコメントをいくつかつけ加える。2001年7月までにDは、適切な期間、M夫人と暮らしていた。Dの人生はM夫人と後には父親の周辺でも展開していた。Dの未来に関する決定は、Dが英国に残ることを軸にしていた。Dの主な養育者であったM夫人や父親が他のことを考える理由はなかった。

[166] 結果的に、Dのつながりは、その時までには、彼女が定住した英国のものだった。Dはかなりの時間、英国にいた。Dの毎日の監護とDの未来の決定は、Dが英国に残ることを軸になされたことをDの母親も知っていた。唯一の問題は、Dが両親の共有された監護のもとにおかれた状態になるか否かということであった。

[167] 当職は、根拠としてDが去った時点で英国がDの常居所を有していたという事実を保持する権利があると結論する。新たな事実がこれにより多くの光をなげかけるが、しかし当職はある程度の自信とともに序文の結論に達する

ことができる。結果として当職は、父親に求められていた宣言を行う。当職は適切な命令を出す事実と法に確信を持っている。

[168] 当職は安堵しながら裁判所命令をだす。父親とその母親の願いに反して、彼らの感知しないところで彼らの確立された監護から D を連れ去る母親の行動は、家族権と責任の基本概念に反している。Dを養子縁組に出すためにした母親の行動も侵害する行動を強めただけである。Dには権利がある。その権利のうちの一つは、Dの家族によってもちだされたものである。Dの父親の知らないところで、若しくは裁判所の決定のないところで安易に連れ去ることは、権利ではない。決定が速やかに与えられることが期待される。