

---

<http://www.incadat.com/> ref.: HC/E/UKe 506

[28/10/2002; High Court (England and Wales); First Instance]

Re G (child abduction) (unmarried father: rights of custody) [2002] EWHC 2219 (Fam);

[2002] ALL ER (D) 79

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

---

高等法院

家庭部 ニューカッスル

中央裁判所施設

2002年10月28日

裁判官 MUNBY 判事

Gに関する件（子の奪取）（未婚の父親: 監護権）

法廷弁護士団：Sarah Woolrich 女氏が父親の代理人；Thomas Finch 氏が母親の代理人。

事務弁護士：Dickinson Dees 氏、ニューカッスルアポンタイン；モートンズ、サンダーランド

MUNBY 判事：

1. 本件では未婚の父親が息子のアイルランドからの返還を要請している。本件では、1989年の児童法の条項に従って、監護権を得たことがない未婚の父親が、1980年の国際的な子の奪取の民事面に関するハーグ条約を行使できるのか、またそれは如何なる状況においてか、という難問を再び提起している。

2. 父親の代理として Woolrich 女氏は、ハーグ条約の第15条と1985年の子の奪取及び監護法の第8項に従って、不法な連れ去りの宣言を要請している。彼女は、第3条 a の定める意味で連れ去りは個人、つまり父親、に属する監護権

に違反することになり、または同じ条項の定める意味で施設、つまりイギリスの裁判所、に属する監護権に違反していると提起した。

3. 母親の代理人の Finch 氏は、父親または裁判所がそのような監護権を保持したことが今であったことを否定している。代わりに、Finch 氏は、もし父親がそのような権利を今まで保持していたとしたら、第 3 条 b の定める意味で相応しい時期に、今まで「その権利を実施」していなかったと、述べている。たとえば Woolrich 女氏が第 3 条の定める意味で子の連れ去りが不法であると促したとしても、それにもかかわらず、当職は自由裁量権を行使して、父親が要請する救出の許可を拒否するべきだと、Finch 氏は更に提案している。

4. このような問題に関しては学ぶ資料が多くある。当職が参照した事例は年代順にすると、J に関する件（未成年）（奪取：監護権）[1990] 2 AC 562、B に関する件（未成年）（奪取）[1994] 2 FLR 249、O に関する件（子奪取：監護権）[1997] 2 FLR 702、B に関する件（奪取）（監護権）[1997] 2 FLR 594、W に関する件（未成年）（奪取：父親の権利）[1999] Fam 1、J に関する件（奪取：不法な連れ去りの宣言）[1999 年] 2 FLR 653、C に関する件（奪取：不法な連れ去り）[1999] 2 FLR 859、H に関する件（未成年）（奪取：監護権）[2000] 2 AC 291 及び G に関する件（奪取：監護権）[2002] 2 FLR 703。当職はこれらの事例をそのうち取り扱わなければならないが、最初は、これらの事例が当職が判決を下さなければならない問題と関係がある限りは、その事実を要約する必要がある。

## 事実

5. 全事例は其々異なっていて、全事例はもちろん其々の特殊な事実の観点から決定される。しかし、とほいうものの現在の事例の事実は特別珍しい特性を含んでいる訳ではない。その本質的要素において、本件は多くの事例の典型である。それにもかかわらず、このことは、結局は、弁護士にとってこの父親のような立場の者に、絶大なる自信を持って助言をすることは容易ではないことは、我々の法律の現状に対する目が覚めるような非難である。

6. 1998 年 1 月 10 日に C は生まれた。彼は明らかに出生地のアイルランド共和国で懐妊されたが、この訴訟の出来事がおこるまでは常に本国（英国）に居住していた。彼の両親は結婚していなかった。両親の関係は 1996 年頃にアイルランド共和国で始まった。1997 年 7 月に両親は本国に帰国した。C の誕生以来、二人は夫婦として一緒に、サンダーランドにある共同所有の地所で、家族の二

人の子と一緒に暮らしていた。Cと彼の腹違いの兄J.Jは1986年10月23日に生まれていて、母親の以前関係にあった者との間にできた子であった。現在の訴訟は唯一Cのみに関係している。

7. 父親の立場は、Cの人生及びCを養育する課程で、父親の役目を十分に果たすことに喜びを得ることであった。母親はそれに対して異議を唱えている。つまり、「これは単に事実ではない」と。母親の見解を支持すると、母親は多数の問題を指摘している。父親はたったの10ヶ月間だけだったと言うけれど、母親によると、3年間で父親は月曜日から金曜日までは家から離れた場所で働いていて、週末だけ家にいた。父親は否定しているが、母親が言うには、父親が家にいる時は子や家庭生活にあまり興味を示さなかったので、母親は子や家庭での問題に自分だけが全ての責任を持つことによりかなり満足していた。つまり、「今まで父親に子のことで援助を求めると、いつも面倒をかけないでくれ、自分で勝手にやってくれと彼に頼まれた。」父親がCを保育園に連れて行ったことを母親は一度も回想できない。母親は父親と別居する4週間前のある出来事を以下のように描写している。父親がCに腹を立てて、Cはあまりにも怖かったので、お漏らしをしてしまったと。

8. この殆どに関して父親は熱く論争している。また、父親自身の母親が関係しているCの世話に関する程度についての論争もある。これらは当職が解決する立場ではない論争である。なぜなら口頭による証拠が欠けているからである。実際には、母親は審理には出席しなかった。しかしそれは問題にはならない。仮定上の話として、母親の説明が正しいと推定しよう。そうすると父親は悪者として表現されており、子の親であり及び子の母親のパートナーの両方として、彼はある程度興味がなさそうで、不十分な役目として今日では思われる人間として描かれているという疑いはない。しかし現実には、世の中のあちこちで見られることであるが、結婚している者もそうでない者も、ある種の思いやりのない振舞い、無作法な振る舞いをする者としてさえ、母親によって描写されている父親が多くいる。そんな父親は不適切及び不十分に責任を放棄していると思われるかもしれない。しかし、父親には子の世話において、母親と同等の責任があるということはとても異論を唱えることができない。おせっかいな隣人は、子の世話に対して、父親には母親と同等の責任があると言わず、父親が子どもの共同責任の自分の分担を担ってはいないと、言うだろう。

9. 母親の出来事の解説においてでさえ、日々の家庭内の負担の多くは母親に残されたとしても、一般的にこの状況は母親と父親が息子の育児を共同で責任を背負って行っている一例である。父親は結局、母親の解説の状況においてで

えも、家族を経済的に支えていた。月曜日から金曜日までは家から離れて働いていたかもしれないが、Cの誕生から2002年の7月までは、父親にとってはCと母親と共有していた家庭以外の家庭は存在しなかった。従ってこれは、母親の説明においてでさえ、状況は育児を共同で責任を担い及び共同で育児を行っている一例である。しかし、たとえ父親の説明の方が好ましいとされたとしても、以上のことが全てである。母親の生活様式と家事の能力の多くについて、父親は批判的である。しかし父親または父親の母のどちらから見ても、母親が今までCの世話を放棄したと提案する父親の証拠はなにもない。当職が思うには、父親の説明においてでさえ、この状況は育児に対する共同責任と育児の共同の一例である。

10. Jが関係する出来事の後、2002年7月2日に父親と母親は別居した。母親によると、父親はJに暴行を加えた。父親は逮捕されて、警察に保釈されてから、彼の母親と住んだ。母親は父親に対して、サンダーランド州裁判所で非嫌がらせ命令、と居住命令を申立てた。2002年8月8日に父親はサンダーランド州裁判所に以下のことを約束するという保証をした。Jに虐待をしないこと、サンダーランドの家族の家に戻らないこと及び母親がそこに住むことを認めることである。2002年8月9日にJへの暴行容疑に関する告訴は、父親が法的約束の義務を守るという条件で、取り下げられた。

11. 家族の家を出た後も、父親は継続的にCに面会していた。父親がCと接触した回数及びその内容に関して、論争がある。当職はこの段階ではその論争を解決する立場にない。父親によると、最初は毎晩2時間半、Cと監視なしで接触していた。そして、毎週末ごとにずっとその接触を保っていた。この取り決めは2002年の7月30日に母親の要求で、金曜日の午前9時から土曜日の午後1時まで及び月曜日の午前8時から午後9時までに変更された。母親は父親が今までずっと接触を取り続けていたことを否定した。母親が言うには、取り決めを変更する前は父親は通常Cに、週末を含んで毎日2~3時間会い、この接触は父親の両親の家で監視されて行われた。この議論は現在の問題にとって、問題ではない。如何なる見解においても、父親はCとかなりの(回数の)触れ合いを保っていた。

12. 父親は母親がCを連れ去り、Cと一緒に母親の母国のアイルランド共和国に帰国することを懸念していた。父親は事務弁護士に指示して、2002年8月13日にCに関する居住命令を求めて、Form C1用紙に署名した。その第6項(子の養育)には「母親がCの養育をしている。」と記述した。

13. 2002年8月14日に父親の事務弁護士は母親の事務弁護士宛てに以下のように手紙を記述している。

当職の依頼人はCに関する居住権の申請をするように当方に指示しました。そのような申請手続きをする前に、貴殿の依頼人が共同居住権の申請に同意していただけるかを、我々にお知らせいただければありがたく存じます。貴殿もご承知のように当方の依頼人と彼の両親はCとかなりの量の接触を保ち、それがCの人生に多大なる安全と安定を与えてきました。貴殿の依頼人が共同永住権の申請に同意するかどうかについて7日以内に貴殿からの連絡がない場合は、当方の依頼人の申請を進めるつもりです。

(略) 当方が理解するには、当方の依頼人はCの養育費に週100ポンド支払っています。(略)

最後に、当方の依頼人は学校の学期の半分の期間に、Cを休暇でポルトガルに連れて行くことを望んでいます。そして、当方の依頼人が休暇の予約をする前に、貴殿の依頼人が承諾書を提供することを確認していただければありがたく存じます。

14. 母親の事務弁護士が返答をする前に、2002年8月15日にニューカッスルアポタインの州裁判所で訴訟が実際に起こされた。2002年8月16日に父親の事務弁護士が再び、以下のように書き留めている。母親が休暇でアイルランド共和国に旅行しようとしていることを知ったという依頼人からの電話があったと。2002年8月16日金曜日にCに会いに行った時に、Cは明らかに父親に、休暇でおじのポールの所に泊まりに行くと言っている。当方が理解するには、おじはアイルランド共和国に住んでいる。父親の事務弁護士は、以下のような手紙を書き留めている。

「貴殿の依頼人が、当方の依頼人の承諾書なしで、イギリスからCを連れ去らないという確認していただければ大変ありがたく存じます。もし貴殿の依頼人からこの確認をしていただかない場合は、当方の依頼人は彼の承諾書なしで貴殿の依頼人がCを連れ去るのを阻止する手段に講じることを、貴殿にお伝えしなければなりません。緊急案件ですので、ご返答をお待ちしております。

15. 母親の事務弁護士は同日に、以下のように返答している。(2002年8月16日)

「当方は指示を受けているところです。そのうちに、貴殿にご返答いたします。この件に関する貴殿の依頼人の対立姿勢には関心できません。貴殿の依頼人が起こす如何なる訴訟も正式な考慮と処理が行われると思われませんが、その間に当方は、依頼人の支持に実践的に速やかに従うつもりであります。

16. 2002年8月20日に母親とCは管轄地域を出て、アイルランド共和国に旅だった。そして二人はそこに留まった。母親は父親に告げずに行った。父親は、母親が友人に家族の結婚式に出席して、2002年の8月30日に戻ってくると告げていたことを知った。母親は父親もその結婚式に招待されているが、父親は出席できないと告げている。この前の金曜日に、何が起きているかをCが通報したように父親は思ったことは記述しましたが、母親は父親にその旅行について告げたとは言わなかった。以下のように母親の言い分を母親の宣誓供述書から引用する。

「子らと当方はアイルランド共和国で楽しい一時を過ごしています。子らはイギリスに帰国することにあまり熱心ではありません。当方はイギリスに留まることにして、当職の立場について法的助言を得るつもりです。」

17. 父親はそれを認めない。父親が位置づけたように、父親の永住権の申請を阻止するために、母親は管轄地域の束縛から自らを解放したのだと父親は信じている。

18. 2002年8月23日に父親の事務弁護士は、再び母親の事務弁護士に手紙を書いている。

「当方の依頼人から報告されて、貴殿の依頼人が現在アイルランド共和国にいると理解しています。貴殿の依頼人が帰国する日付を確認していただきたく思います。その間に当方は、貴殿へのサービスとして、我々の依頼人の居住命令（居住命令）の申請書を同封します。お分かりのように、9月16日に訴訟がニューカッスルアポンタイン州裁判所で行われるようにリストに記載されています。」

19. 残りのやり取りを明確に書く必要はない。2002年9月2日頃に父親は母親がアイルランド共和国から帰国していないことを知った。2002年9月6日に母親の事務弁護士は以下のように手紙を書き留めている。

「当方は電話で母親と話して、以下のような結論が出たことを確認します。貴殿の依頼人の居住権申請を処理する指示またはこれらの訴訟に関する送達を受

け入れる指示は母親からは全くありませんでした。9月16日に命令審理に関する訴訟に出席または参加するつもりはありません。申請書をお返します。」

20. 2002年の9月9日に父親はニューカッスルアポンタインの州裁判所で、Cの管轄地域への帰国命令及びCの管轄地域からの連れ去りを阻止する禁止措置命令の特別発行を求めて Form C2 の申請をした。その間に、居住権の申請が取り扱われていた。同日に、州裁判所判事 Bullock 氏は、2002年の9月16日の審理のためのリストにある要件に対する業務に費やす時間は1時間に短縮される事を指示した。そして、出頭は管轄地域外では行われなことを指図した。2002年の9月16日に、州裁判所判事 Alderson 氏は、父親の証拠提出を指図し、その件の指令を2002年9月30日に閉廷した。指令に従って提出された父親の証人供述書の日付は2002年9月20日だった。2002年9月30日に州裁判所判事 Bullock 氏は要件を高等法院へ送致し、要件を元に戻すために、通常自由に閉廷されると指令した。

21. その間に、2002年9月23日に父親は、2002年8月8日に行った約束保証を取り下げるようにサンダーランド州裁判所に申し立てをした。2002年の9月20日の彼の宣誓供述書によって支持された申し立ては、2002年10月1日に、Arkless 州裁判所判事によって担当された。父親はサンダーランドの家族の家に戻ることを阻止することになる約束保証から解放されるようにと、Arkless 州裁判所判事は指令した。父親は実際、家族の家に戻っていた。

22. 2002年の10月3日に父親は、特に1985年の法令に基づいて、(i)母親による管轄地域からのCの連れ去りは不法であるという宣言、(ii)48時間内に管轄地域へCを連れ戻すという指令及び(iii)母親が管轄地域へ戻って、家族の家でCと同居して、父親の同意または裁判所の指令なしには管轄地域へCを連れ去らないという指令を要求して、高等法院に出頭命令の要請を提出した。(付け加えなければならないことは、Woolrich 女氏は以下のことを当職に明らかにした。もし要求されれば、父親は、訴訟の判決が係争中は再び家族の家から立ち退いて、戻らないという裁判所の約束保証を守る準備をしている。申し立ては宣誓供述書によって、2002年10月8日に父親の事務弁護士に、そしてまた2002年10月9日に父親によって支持された。

23. 2002年9月26日にアイルランド共和国にいる母親に交付送達された。2002年10月12日に母親に関する書類が更に交付送達された。要件(つまり、2002年8月15日と2002年9月9日のニューカッスルアポンタインの州裁判所での父親が起こした訴訟及び2002年10月3日の高等法院での出頭命令の要請)は

2002年10月16日に当職が審理を担当した。父親が出席し、Woolrich 女氏が代理人となった。母親は欠席したが、Finch氏が代理人となった。彼は彼らの依頼人の以前事務弁護士からファイルをまだ得ていない新しい弁護士団からちようど指示を受けていた。母親が支持を与え、証拠を提出できるように訴訟の審理を閉廷した。2002年10月24日に母親は供述書を宣誓した。閉廷されていた審理は2002年10月25日に当職の担当で遂行された。

#### 監護権—父親

24. 以下のことは議論されてはいなかった。—分別よく論争されるのは不可能である。—Cが2002年8月20日にアイルランド共和国へ向けて出発する直前には、Cの常居所は本国（イギリス）であった。Cは本国で出生し、全生涯本国に居住していた。それ故に、本件のこの部分に関して成功するには、Woolrich 女氏は以下のことを示さなければならない。2002年8月20日の母親によるCの連れ去りは、イングランド・ウェールズの法律の基では、第3条 a の定める意味で、監護権の違反であり、第5条 a に規定されているように、監護権は父親に共同または父親一人に、属している。

25. 2002年7月2日の両当事者の別居以前の状態を最初に考慮しなければならない。父親と母親は結婚していなかった。1989年の法律の規定に従うと、父親はCに対する親権を獲得したことがなかった。父親は母親と一緒にCの養育を共有していた。父親はハーグ条約の目的での「監護権」を保持していたのであろうか。

26. そんな簡単な質問が確かに要求する単刀直入な返答を下すのが難しいのは、J (未成年者) (奪取: 監護権) [1990] 2 AC 562 の件に関する上院の判決と B (未成年者) (奪取) [1994] 2 FLR 249 の件に関する控訴院 (Staughton 控訴院裁判官と Waite 控訴院裁判官 - Peter Gibson 控訴院裁判官は異議を唱えた) の大多数の判決の間の妥協の難しさから起こるのである。

27. J の件に関しては上院はハーグ条約の定める、未婚の父親の状況を考慮しなければならなかった。南オーストラリアの法律の下では未婚の父親の権利は現在の目的にとっては、イングランド・ウェールズの法律の下での親権を保持しない未婚の父親の権利と同等である。p 577G では Brandon 上院(Lord Brandon of Oakbrook)が以下のように述べている。



「母親による J の連れ去りは違法であるという、J に関する監護権は父親にはない。西オーストラリアの母親と父親が共有の家で J と一緒に暮らしていた間は J の事実上の監護は共同で実施されていたことに、疑いはない。しかしながら、法的監護権に関する限りでは、母親が独自の権利を有している。この権利は J がどこに住むべきか決める権利も含まれている。

28. J の件に関しての **Brandon** 上院の供述を参照しながら、**Waite** 控訴院裁判官は B の件に関して p 261A で以下のように述べている。

「困難なことは「権利」という概念の制限を設定することにある。既得権利として弁護士が即座に認識することは制限されている。つまり、弁護士によって提議されていることや裁判所の指令によって授けられていること。または、まだ法律で正式に認識されたり、与えられたりされていない義務を果たし、子の保護又は親の特質の特権を楽しんでいる者に関してのはっきりしない権利を描写するために、ハーグ条約の内容において申し立てることができるのか。それにもかかわらず、裁判所は子に関する利益を守ろうとしているのだろうか。

この質問に関する返答は各事例の状況によらなければならないと、当職は判断する。子の奪取の前に、権利を侵害された親が、申立てを要請している国（または州）で、如何なる裁判所の命令または公式な保護者地位からくる恩恵を受けずに、親または保護者としての性質を持つ役目を実施しているとしたら、各事例で申立ての要請を受けている国の裁判のために、そのような父親の役目はハーグ条約の条件の下での「監護権」として見なされるような領域に収まるのかを決定するための質問があるに違いない。

（例えば）一方の極端な場合では、唯一の合法的な保護者の一時的な同棲者であり、その地位と役目はハーグ条約の権利を保持すると認める資格がある者としては見なされないであろう。もう一方の極端な場合は、親戚や友人で、合法的な保護者の代理として、親の代わりに役目を引き受けている者で、その地位と役目は、反対にハーグ条約の権利を保持すると認める資格がある者としては見なされるであろう。

29. B に関する結論は、西オーストラリア出身の未婚の父親が、まさにそのハーグ条約の目的においての監護権を有するという判決を下された。J に関する結論は西オーストラリア出身のもう一人の父親は監護権を有しないという判決が下された。

30. J 対 B 事案での妥協で多くの法律家が考えさせられた。つまり、O (子の奪取：監護権) [1997] 2 FLR 702 の件に関する Cazalet 裁判官 (彼女の当時の役職) の判決、W (未成年) (奪取：父の権利) [1999] Fam 1 の件に関する Hale 裁判官の判決、J (奪取：不法な連れ去りの宣言) [1999] 2 FLR 653 に関する判決、G (奪取：監護権) [2002] 2 FLR 703 に関する Sumner 裁判官の判決。J と B の両方に関する件はもちろん、上院または控訴院が述べない限りまたは述べるまでは陪席判事に拘束されている。B に関する件が注意の欠如によって決定されたと言う根拠はない。従って、この二例の件は妥協されなければならない。しかしどのように行うのか。当職は議論する法廷弁護士であったので、J の件に頼っていて、先入観があったかもしれないので、B の件で否定されたのかもしれないと認識している。しかし、どのように事例が妥協されるのかという困難さを見にして、自分の意見以上に、偉大な意見を共有しているという事実から安堵感が持てる。つまり、そのような例を見ると、pp 11F での W の件に関して及び 12F 及び J の件に関する p 659H での Hale 裁判官のコメント。

31. 子の母親が唯一合法的監護権を有する場合の、未婚の父親または親戚に関して、三件が報告されている。そのような場合にも関わらず、彼らはハーグ条約の目的で監護権を獲得しているという判決が下されている。つまり、B、O 及び G に関する件である。この事例を順番に説明していこう。

32. B の件に関しては、唯一監護権を有していた母親が、保釈を違反して、子を残したまま、その子の世話を父親と祖母に共有させて、オーストラリアからウェールズへ逃げて行った。(p 251C 参照) Connell 裁判官は(p 25611)以下のように判決を下した。子の養育での父親の積極的役割を通して、及び子をオーストラリアから連れ去る場合またはその子のパスポートを発行する場合にはその前に、母親と祖母が認識している承諾を得る必要がある当事者として、母親と祖母自身が賞賛している彼の地位を通して、父親はハーグ条約の目的での監護権に等しい権利を得た。唯一大多数の支持のみにより判断されるにも関わらず、控訴院はその論拠を支持し、実際に、James Holman 王室顧問弁護士(当時の彼の役職)の以下のような仲裁付託を受け入れた(p 259G)。母親がウェールズに向けて出発した後の、西オーストラリアでの管理体制は、如何なる契約書も持たせられる前のものでさえあり、そんな管理体制下では、父親は本当の意味で親として振舞っており、そのような地位は母親と母方の祖母から承認されており、子をオーストラリアから連れ去ることに反対できる権利、社会保障費の祖母への移転を与える権威がある権利、パスポートの発行への許可を与える権利を父親が保持することを、それとなく母親と母方の祖母は承諾していて、そのような承諾されることによって父親が得た地位である。

33. 当職が既に引用した一節における本質に取り掛かる前に、**Waite** 控訴院裁判官は、第 3 条の定める意味での監護権を父親が有する理由を p 261D で説明している。

「父親は子の第一の世話役であり、子の育児を第 2 の世話役である母方の祖母と共有している。そのことは、正式な保護者としての権利がある唯一の親であるが、不在である母親は、最初はそれとなく及び後に、明白に承認していた固定の地位である（議事録に母親が署名するのを強く要求する父親の権利を母親が認めたことによって）。

34. **O** に関する件については、問題は、ハーグ条約の定める意味ので、祖父母が監護権を共有するかどうかということであった。**Cazalet** 裁判官は祖父母にはその権利があり、この事例は **B** に関する原理の範囲に収まると考えた。

「ここでは、確かに 1995 年 10 月から 1996 年 12 月までは祖父母、特に祖母が子の世話をしていた。短期間の接触期間を除いては、母親はそんな世話をせず、その現場にはいなかった。**J** の件に関しては、父親と同居している時に子の第一の世話役は母親であり、英国にきてからも、その世話役を続けた。

35. **G** の件に関しては、**Sumner** 裁判官は子 **D** の未婚の父親及び父方の祖母 **M** 夫人がハーグ条約の定める意味で監護権を共有する権利を得ると判決を下す際に、**B** 対 **O** 事案に従った。彼の論拠は 721～723 頁（[102]～[129]段落）に見られる。簡潔に言えば、母親が **M** 夫人に **D** の世話を任せたと理由からである。父親も間もなく子の世話に加わった。

「母親は出発する前に、父親またはその家族が **D** の世話をする責任を持つことを予測していた。**D** は実際に **M** 夫人に預けられた。**D** はそこに 6 ヶ月間滞在した。その間 **M** 夫人は **D** が必要なものの全てを手配した。夫人は医者予約や学校を手配したり、また、日々の世話もした。**D** は明白に、**M** 夫人に世話をしてもらっていた。母親もこのことを知っていた。母親は定期的に連絡を取り、訪問していた。**D** 夫人は **D** の日々の世話をしていただけではなかった。夫人は **D** の将来のために最も重要な決断をしていた。**D** を **M** 夫人に預けてから、母親は決して彼女の自身の **D** の介護権を実施することを決して要求しなかった。父親と育児を共有することを議論したかも知れないが、（略）それは決して実現はしなかった。（略）**M** 夫人が監護権を獲得した。それは以下の状況から起こったのだ。**D** は明白に **M** 夫人に長期間預けられていた。夫人は決断する権利を与えられていた。（母親が周知で実施された。）そして、夫人が長期間世話

をした時、D はとても幼かった。D の人生で母親の役目は時折会いに来ることと、頻繁に電話することに限られていた。M 夫人独自で、その後父親と一緒に、親の特権と義務を引き継いだ。それは、父親が監護権を有しているという状況においてであった。」

36. ところで、当職が思うには、この 3 件の全事例には共通のテーマがある。各事例で、母親が合法的監護権がある唯一の人物であった。各事例で、母親が現場を離れて、子の世話を放棄して他人にその世話を任せていた。つまり、B の件では父親及び祖母に、O の件では祖父母に、G の件では、父方の祖母に、そしてその後に父親及び父方の祖母との共有で。各事例で母親は、第一の世話役ではなくなった。つまり、母親は、実際は、日々の子の世話に全く関わっていなかった。各事例で母親は、第一の世話役を他人に、個人または一組の者達に委任していた。

37. とりわけ、ハーグ条約の定める意味で、母親が独自で唯一合法的監護権を有していて、子の第一の世話役である状況で、他の他人が監護権を取得することを勧める権威は何もない。または、未婚の父親が母親と第一の世話役の役目を共有している場合にそんな権利を獲得することさえも勧めるものは何もない。B と G の件が以下のことを示している。父親は子の唯一の第一の世話人ではない場合または、父親が他の者—少なくともその他の者は子の母親以外の者である（例えば B の件は母方の祖母、G の件は父方の祖母）—と一緒に世話を共有している場合でも、ハーグ条約の定める意味で、未婚の父親が監護権を獲得する状況がある。しかしそれらが、権威が行くところまで行った事例である。そして、そこまで行った権威でさえ、J に関する件と一致している、—彼らがさらに前進しないとは当職が言うべきことではないが、更に先に前進する場合は、当職が思うには、J の件に関して上院が言った事に反抗することになると思う。

38. 当職が述べたように、本件では父親は未婚で、母親と一緒に子の世話とその責任を共有していた。二人とも第一の世話人であった。母親は父親にその責任を決して委ねたことがない。母親は C の世話を父親一人に任せるために現場を離れたことは決してない。母親は C の世話を放棄して、父親または実際、他者に任せたことは決してない。この母親の立場は、B、O 及び G の母親の立場とかなり違う。それどころか、ここでの父親の立場は、当職が思うには、J の件の父親の立場と区別がつかない。

39. 当職の判断では、父親 2002 年 7 月 2 日まで、同じ家に母親と C と同居しながら、母親と一緒に第一人者として C の世話をしていたにもかかわらず、第 3 条と第 5 条の定める意味で、監護権を獲得したことは決してなかった。

40. W の件に関して、Hale 裁判官は p 19E で以下のような結論に達した。1989 年の法律の規定に従って、親権を有していない未婚の父親は、それにもかかわらず、以下の場合には、ハーグ条約の目的で監護権を取得することになる。つまりもし父親が、

「現在子の第一の世話人で、少なくとも母親がそんな世話役を父親に委任した場合。」

41. そしてまた、母親以外の他者と一緒に第一人者としての世話を共有する場合にも適応するとして理解される限り、当職は謹んで、この系統的論述に同意する。

42. Hale 裁判官は、J の件に関しては、未婚の父親の状況は、今回の事例の父親の状況と著しく似ていると考慮している。p 659G で、彼女は以下のように述べている。つまり、

「本件では、父親が実際に、子のためにどれだけ貢献したかが、論点である。しかし、母親と父親が同じ屋根の下で住みながら、通常行う遣り方で父親は息子の世話を共有していた、という保健師、一般開業医、保育園及びプレーグループからの独自の証拠がある。そんな場合において、「未完成請求権」という概念が適用すると報告された判例はないが、もしこの件を J の件（未成年）（奪取：監護権）[1990] 2 AC 562 に関する上院の判決と一致するという更に深刻な困難がなければ、Waite 控訴院裁判官によって描写された連続の正当な側面に収まるという判決を下すには少し困難がある。これは、母親が密かに子を本国に連れてきた場合の、一緒に住んでいた未婚のカップルについての件である。上院は、内縁関係での監護権は充分満足できるものではないという判決を下している。

この出来事において、当職がこの難題の解決をする必要はない。

43. Hale 裁判官のように、本件で当職は判決を下すのに少しの困難に直面した。実際に当職は次のように判決を下した。もし J の件に関する判決がなければ、本件は父親の観点から見ると、本件の連続の正当な側面に当たるものである。しかし難題は、Hale 裁判官が描写したように、今現在、解決されてきている。

J の件と一致させて、当職の判断で唯一の方法で解決できる。Hale 裁判官が位置づけたように、母親と父親が同じ屋根の下で住みながら、通常行う遣り方で子の世話を共有する未婚の父親には、当職の判断ではハーグ条約の定める意味での監護権はない。

44. 本件の父親は単なる短期滞在の同棲者とは本当にかげ離れているが、そんな場合でさえも、この父親にはハーグ条約の意味する範囲内での監護権はない。

45. この部分においての本件の父親の場合を取り扱うにはこれで充分である。しかし、当職が思うには、いずれにしても、2002 年の 8 月 20 日の対象となる時点で、父親には監護権がないという他の理由がある。これは 2002 年の 7 月 2 日の母親との別居後に、状況が変化したという理由である。

46. 2002 年の 7 月 2 日以前は、父親と母親は同じ屋根の下で住みながら、C の世話を共有していた。2002 年の 7 月 2 日に二人は別居した。父親は家族の家から立ち去った。2002 年の 8 月 8 日から、サンダーランド州裁判所で、彼が交わした約束保証によって、家に戻ることを禁じられている。彼は C と接触した。それもかなりの回数で接触した。しかし、本質的には、彼は息子と唯一接触して、それを楽しむだけで、一緒には暮らしてはいない親であった。彼が決して自己の権利を断念したのは事実である。2002 年の 8 月 14 日と 2002 年の 8 月 16 日に父親の代理で彼の事務弁護士によって書かれた手紙で、父親は自己の家族の家に住める居住権と C がどこに住むべきかを判断するのに関わる権利を主張している。しかし、一方では第 5 条 a で参照される「監護権」と第 5 条 b で参照される「子と連絡を取る権利」とには違いがある。そしてまた、監護権を主張することと、第 3 条 b で求められているそんな権利を実施していることとは違いがある。

47. 2002 年の 7 月 2 日に父親が家族の家を立ち去る前の現状は、当職が思うには、確かに、2002 年の 8 月 8 日まで、及び 2002 年の 8 月 20 日までの如何なる出来事のおいても、父親は唯一連絡を取る権利があっただけである。彼には如何なる監護権もなかった。彼に監護権が有ったとしても実施してはいなかったのだが。

48. B の件に関する原理を根拠にしてさえも、しかしながら大規模な回数に及ぶのだが単に連絡を取るだけの親権のない未婚の父親には、ハーグ条約の定める意味での監護権はない。つまり、B (奪取) (監護権) [1997] 2 FLR 594 の件と W (未成年) (奪取: 父親の監護権) [1999] Fam 1 の件を参照しよう。

49. 従って、当職は次のような結論に達した。2002年の8月20日には父親には、実際は以前にもなかったのであるが、ハーグ条約の定める意味での監護権はなかった。

#### 監護権 — 裁判所

50. Woolrich 女氏は別の可能性として、2002年の8月20日までに裁判所が実際に第3条の定める意味での監護権を実施していたと提案した。

51. 以下のことは明らかである。第3条 a の定める意味で、裁判所が「他の団体」になる可能性があること。そして、適切な状況では、その結果第3条の目的で「監護権」は裁判所に属する可能性があること。つまり、H の件（未成年）（奪取：監護権）[2000] 2 AC 291 において。

52. また以下のことは明らかである。単に後見権に関する訴訟手続きは、裁判所に監護権を与える。そんな訴訟手続きの効果は直ちに子を裁判所の被後見人に位置づけ、子の福祉の全面に対する責任を裁判所に与える。つまり J（奪取：被後見人）の件[1989] Fam 85、B-M（後見権：管轄）の件[1993] 1 FLR 979、Hale 裁判官によって述べられた p 15C にある W の件、p 655G にある J の件及び再び 861A にある C の件の事例を参照。

53. しかし、他のタイプの訴訟とは何か。H の件に関しては、Mackay 上院（Lord Mackay of Clashfern）は p 304C で、以下のように述べている。

この問題には二点の側面がある。第一に、裁判所への申立ては、ハーグ条約の定める意味での監護権の問題を起こしていなければならないこと。そしてそれは、各事例に置いて、申し立て条件の約因を必要とすること。第二には裁判所がそのような権利を得る場合の時間に関する問題が起こることである。以下のことが明らかである。裁判所が監護権を得る可能性があると認める、受け入れられてきたハーグ条約の解釈から、一人またはそれ以上の数の子に関する監護の問題が起こるような特別な場合に裁判所への申立てがない限り、そういうことが起こるとは予期されない。そんな申立てでこれらの権利を授与する日付については、ハーグ条約に関して、詳細な約因の対象にはまだ含まれていない問題である。

後見権の管轄地区で訴訟の申立ての対象となる子を被後見人にする一方で、現在の条約に関して、当職は以下のように判決を下す。一般的に、裁判所管轄権が最初に行使された時点として、申立ての送達を使うことに、強制力がある。

送達の前に仮命令が下されることがあり、特別な事例が起こるのは事実である。しかし、一般的には、以下のことは道理にかなった規則だと思われる。遅くとも、訴訟が送達された時点で、管轄権は行使されていて、訴訟が中止されない限り、またはある同等の行動が取られない限り、訴訟が決着するまでは、裁判所管轄権が継続して行使されているとして取り扱う。

54. 本件の父親の申立ては、居住命令を求めるものなので、適切な種類の申立てである。しかし、2002年8月20日に母親が管轄権から出てから、訴訟は彼女に送達されていなかった。少なくとも訴訟が起こされたかもしれないと知っていた母親の事務弁護士を通して訴訟が起こされたことに、実際は当時母親も母親の事務弁護士も気づいていなかった。従って、Mackay・オブ・Clashfern上院によって予期された段階には至っていなかった。

55. しかし、仮命令と特別な場合への彼の付託はどうしたのか。この理由で先の権威へ戻る必要がある。つまり、特に B 対 B (子の奪取：監護権) [1993] Fam 32 の件、B (奪取) (監護権) [1997] 2 FLR 594 の件、Hale 裁判官によって判決され申し立てられた W, J 及び C の件。当職が思うには、これらの権威から以下の提案を導き出すことができる。訴訟が送達されなくても、もし適切な種類の訴訟 (p 19B の W の件、p 655H の J の件及び p 864A の C の件に見られるように) であれば、監護権は裁判所に与えられる。裁判所はつまり、

i) 居住権のため、または管轄権からの子の連れ去りの禁止のために仮命令を下している。

ii) たとえそんな命令がまだ下されていなくても、裁判所は問題を考慮して、訴訟のこれからの展開の支持を与える。つまり、pp 5A-D の W の件、12E、16C-17D、pp 654F-H の J の件、657C-E 及び pp 860GF の C の件 863GG を参照。

56. 裁判所がまだ到達していない最もかけ離れていることは、Jに関する件で、訴訟がどこで行われるかである。Hale 裁判官は何が起こったか p 654F で述べている。

「父親は、裁判の一方の出席だけで、親権命令と段階禁止命令を要請して緊急の申立てを起こした。父親の証人供述書によると、彼は通告なしで申し立てた。その理由は通告すると母親がアパートから出て、見知らぬ住所に移り、それから J を南アフリカへ連れ去るかもしれないと懸念したからだと説明している。不幸にも州裁判官の Bassett Cross 氏は、命令を下すのに十分な証拠がないとい



う判決を下した。Bassett Cross 氏は訴訟が通告で伝えられるように閉廷した。しかし、時間を短縮した。しかしながら、まさにその日に母親は J を南アフリカへ連れ去った。

57. 女は p 657C で説明している。権限を与えられるものとするのことに  
関しての問題に裁判所が捉えていた理由を彼女の見解で以下のように説明している。

「1999年5月9日に父親が Bassett Cross 州裁判官に申し立てをした時に、裁判所は積極的に問題を捉えた。後から振り返って考えれば、州裁判官が段階禁止命令を求めなかったことは、母親が送達されている一方で、大変短い間に現状の単なる追認によって子に被害は加えられないので、後悔すべきことである。しかし彼はこの件への意見を述べ、今後の展開の支持をした。もし彼が、とても短い期間に子が海外に連れ去られる危険性があると、実際に判断していたら、確かに命令を下したであろう。この段階では彼の管轄権でそうするのに問題はなかった。従って、この事例の特別な事実に置いて、子が外国へ連れ去られるべきかどうかの問題を捉えていたという意味で、裁判所を監護権を与えるものとするのに充分だという判断を下すほうが当職は良いだろうと思う。

58. 従って、被告が送達される前でさえ、問題が訴訟の今後の展開に関して司法裁量権を行使する裁判官による裁判になったら、裁判官は実質的な命令は下さず、指示を下すだけだとしても、裁判所は権限を与えられるものとされるであろう。

59. しかし、後見権は別にして、まだ送達されていない単なる訴訟の手続きは通常充分ではない。これが、B (奪取) (監護権) [1997] 2 FLR 594 件の先例で述べられていたことを各事例で考慮しながら、p 19C の W の件及び、再び p 656B の J の件で Hale 裁判官によって表現された見解である。その事例において、父親は親権命令を求めて、1997年2月17日に訴訟を起こした。1997年3月3日に如何なる審理が始まる前に、母親は子を連れ去った。控訴院(p6001-1)は如何なる権利も裁判所に与えられるという判決を下すことを拒否した。H に関する上院の後続の判決は、当職の判断では、議論を越えたものであった。送達されていない訴訟の途上で裁判官によって休廷の決断を下すことは充分ではないだろう。裁判の関わりなしに、行政上の措置を取るのには充分ではないだろう。

60. 現事例の状況はまさに B の件と同じである。訴訟手続きは取られたけれど送達はされていない。2002年8月20日に母親が C を連れ去った時までには、

事件は裁判にはなっていなかった。何らかの種類第一審は 2002 年 9 月 9 日にやっと思われた。Mackay 上院の (Lord Mackay of Clashfern) 「特別な事例」の部類の範囲内に含まれなければ、父親の要求は失敗に終わるという結果になる。

61. 通常の規則から取り出してみても、現事例に関して特別なことは何も見られない。事務弁護士間のやり取りは重要な調査の対象となる。Finch 氏は父親の事務弁護士からの手紙は不誠実であると提案している。当職は同意しないが、今更に的を射ていることは、母親の事務弁護士が書いた手紙には適切に批判できるものが何もないということである(もし Woolrich 女氏がそうすることを求めているとしたら)。これは母親の事務弁護士または実際に母親自身によって何か述べられた事例ではないが、不誠実または不誠実なことは言うまでもないという誤解を招く恐れがあると言われる可能性がある。父親または父親の事務弁護士の心の中で、間違っした印象を与えたり、間違っした印象を与えることを言ったりはしなかった。父親の事務弁護士からの手紙への父親の返事で、父親に安全だと錯覚させること、または「父親にうそをつく」こと、のどちらかの意味で、何らか計画的なものは何もなかった。父親の事務弁護士には、彼の訴訟依頼人が述べたかもしれない如何なることも、公開する義務はない。彼はそうはしなかった。しかしこのことで特別な事例にはならない。

62. 当職の判断では、裁判所を監護権を与えるものとするに關して、裁判所は 2002 年 8 月 20 日の問題を十分に捉えていないので、父親の要求のこの部分はまた失敗するに違いないと思う。

## 概説

63. 2002 年 8 月 20 日の母親による C の管轄区域からの連れ去りは、父親または裁判所に与えられている如何なる監護権に対しても違反であると、父親は実証するのに失敗したという結果になった。宣言救済命令に対する彼の要求は失敗した。第 1 段落にある 2002 年 10 月 3 日付けの彼が申し立てた召喚命令は却下されるしか道はない。

64. 最終的には、Woolrich 女史によって彼女の概略の議論で、役に立つように要約されたこの父親の件は、こういう結果となってしまった。2002 年 7 月 2 日まで息子と息子の母親と同居していた、完全に子に関わっている父親がいる。その後、父親はかなりの規模(回数)で子との触れ合いを楽しんでいた。もし要求していたら、彼に親権は与えられていたであろう。もし父親が母親の真

の意図に気づいていたら、2002年の8月15日に父親が申立てをした時、父親の許可または裁判所の許可なしには、Cを連れ去ることを禁止する当事者一方だけの出席で禁止段階命令を要求して、緊急の申立てをしたことに疑いはない。そんな申立てが裁判に持ち出されていたら、州裁判所裁判官はおそらく当事者一方だけの出席で命令を下していたであろう。せめて、送達の日数を短縮する指図をしたであろう。いずれにせよ、母親の後続のCの連れ去りを不法として一不法は裁判所与えられていた監護権の違反として一、Woolrich女史の一次症例に反してたとえ父親自身に監護権がなくても、裁判所は問題を十分に捉えていたであろう。

65. そして以下のことは全て当然のことではあるが、Woolrich女史の分析の如何なる部分にも当職には賛成できない理由は何も見られない。当職の判断では、Woolrich女史によって提案された状況においてでさえも、当職が実例説明しようとしたように、司法の権威はハーグ条約の意味では母親は不法なことは何もしなかったと示す、という事実が残る。

66. この結果は満足がいけないと思われるかもしれない。もしそうであるならば、我々の国内法が未だに未婚の父親に、結婚している父親が身に付けている親権を与えないからである。

67. この教訓は明白である。B、O及びGの件が例である典型的ではない種類の事例の範囲に彼自身を持っていかない限り、殆どの未婚の父親は親権を与えられないであろう。子の母親と同居していて、子の世話を母親と共有している最も勤勉な父親にでさえも与えられない。彼の同居人が子を管轄地区から連れ出そうと考えているかもしれないと、恐れる理由のある未婚の父親は訴訟手続きをして、直ちに裁判官に救済命令を申立てなければならない。そうしないと、彼はおそらく自分自身がハーグ条約を行使する如何なる有効権利をも奪われたとことをあまりにもひどいと気づくかもしれない。

#### 救済命令宣言

68. 父親が求めていた救済命令宣言の許可のための根拠を確立するのに失敗したので、判決のための重要な提案はもはや起こらない。しかし、それにもかかわらず、如何なる出来事においても、自由裁量権の問題として父親の救済命令宣言を拒否するべきであったというFinch氏の論争を当職は処理する義務がある。

69. 父親は二つの目的で救済命令宣言を求めている。第一は、アイルランド共和国でハーグ条約の下で彼を代表して始められる訴訟を起こす必要なく、母親に本国に戻るように説得するという意味として。そして、第二に、もし母親が任意で本国に戻りたがらないならば、そのような訴訟の起訴を援助するために。要求は父親によって持ち出されている。イギリスまたはアイルランド共和国の中央権力のどちらにかによるものではない。Woolrich 女史が当職に言ったように、イギリス中央当局の提案で父親によって持ち出されている。当職が完全に理解できる理由で、外国の裁判で未婚の父親を代表して、イギリスの裁判所の適切な宣言の援助なしで、訴訟を開始することにイギリス中央当局は何か躊躇している。

70. そのような事例において、たとえ要求を受けた国家によって要請されていなくても、宣言を許可する管轄権があることは、控訴院の P (奪取：宣言) [1995] 1 FLR 83 1 の権に関する判決、L (子) (奪取：宣言) [2001] 2 FCR 1 の権に関する当職自身の判決及び G の件に関する Sumner 裁判官の判決から明らかである。P の件を参照しながら p 9d の L の件に関して当職が述べたように。つまり、

その事例は明らかに以下のこと確立をしている。(a)父親が宣言するために、この申立てを起こす提訴権を持っていること。そして、(b)裁判所が 1985 年の子の奪取及び監護法の第 8 項の下で、ハーグ条約の第 15 条で参照された状況であろうがなかろうが、そんな宣言が存在することを示す可能性があることを許可する管轄権を持っていること。Millett 控訴院裁判官が以下のように述べているように。

「しかし、ハーグ条約の第 15 条によって命じられた訴訟手続に従うことは 1985 年の法律の第 8 項で与えられている管轄権を実施する前提条件ではない。第 8 項では「第 15 条の目的に従って起こされた」申立てのことではなく、「第 15 条の目的のための」申立てのことを述べている。そして、当職の見解では、その言葉の選択は、慎重に検討されている。」(839 の[1995] 1FLR 831).

71. 申し立ての要求を受けた国の裁判に出席している時は、よく知られているように裁判官には自由裁量権は少ししかない。ハーグ条約の第 12 条では、強制的な用語で表現されている。つまり、一旦不法な連れ去りまたは留置の事実が確証されたら、「当該司法当局又は行政当局は、直ちに、当該子の返還を命ずる」。自由裁量権は被告が第 13 条の下で、答弁を一つ確証できる場合においてのみ実施される。そして、ここで母親は第 13 条の行使を全く要求しなか

った。しかしながら、申し立ての要求を受けた国の裁判の裁判官としてではなく、むしろ申し立ての要求をしている国の裁判の裁判官として出席している。第 15 条の言葉には、当職に自由裁量権及び、1985 年の法律の第 8 項を許可するように何らか義務付けていると見られることは何もない。「May」（「しても良い」）という言葉をあからさまに使っている。一国会が当職に、単に救済命令宣言を許可する権力だけではなく、「May」（「しても良い」）という言葉は、そうするかどうかに関しての自由裁量権も授与したという意味であると、当職が解釈している言葉である。

72. 結果として、当職の判断では、救済命令宣言の許可は、この内容においてでさえ、常に、自由裁量権の問題の最終的な解釈である。

73. 通常の事例では、父親としてここで、申し立ての要求を受けた国の裁判所から実質的な救済命令を獲得する見込みを援助して、子が不法に管轄地区から連れ去られたことがハーグ条約の違反であると裁判所に納得させることに成功し、救済命令宣言を要求する申し立て人は、当職が思うには、そんな宣言に対する権利をもつ資格があり、通常彼に賛成して、裁判所の自由裁量権を実施することを期待できる。

74. L 件においては、P の件に関する Millett 控訴院裁判官の判決を参照して、当職は p 9h で記述した。つまり、「正しい申し出は、Millett 控訴院裁判官によって、命じられた。つまり、

「当職の意見では法廷管轄権行使は、宣言が要請された目的によるもので、要請をしている起源によるものではない。もし相応の目的が要請されたら、第 8 条の下で、認可される可能性がある。もし相応の目的が要請されなかったら、全く認可されるべきではない。」

従って、この宣言は父親によって、相応の目的で要請されているのかと当職は自問する。

この相応の目的とは、Millett 控訴院裁判官が以下のように位置づけたように、「至急にであろうが、そのうちにであろうが、申し立ての要請を受けた国の適切な司法当局や行政当局に、申し立てを要請している国の法律によると連れ去りは不正である、ということをも満足させる目的のためである。」

当職の判断では、この質問に対しては唯一の適切な回答ができると思われる。それは正確に言うと、父親がこの宣言を求める理由である。彼の申し立ては相応の目的のためである。従って彼の申し立ては許可されなければならない。

75. また、そんな事例において、実際にそんな宣言が必要であるという証拠の欠落で、宣言を許可するべきではないという寄託（p 9c に記載されている）を当職は特に拒否すると、付け加えてもいい。

76. 従って、もし母親による C の連れ去りが不法であることに満足していたら、適切な言葉で宣言を許可していたであろう。

#### その他の問題

77. 審理の終わりに、後日書面で、救済命令宣言を拒否する理由を伝えることを指摘しながら、当職の判決を告知した。

78. 両当事者の中で議論する残りの問題は、後の機会に、両当事者が証拠を補足する機会を得てから取り扱われたほうが良いことに、Finch 氏と Woolrich 女史は、同意した。当職は同意し、残りの問題が出来るだけ早く取り扱われることが可能になるように適切な指示を与えた。