
<http://www.incadat.com/> ref.: HC/E/AU 232

[28/02/1997; Family Court of Australia (Melbourne); First Instance]

State Central Authority v. Ayob (1997) FLC 92-746, 21 Fam. LR 567

1975 年家族法

オーストラリア家庭裁判所（メルボルン）

判事：Kay

審理日：1997 年 2 月 28 日

判決日：1997 年 2 月 28 日

国家中央当局対 AYOB の件

判決理由

出頭者：

Eales & MacKenzie の指示により **Bennett** 氏が申立人である国家中央当局の代理人として出頭した。**Bullards** の指示により **Scarfo** 氏が被申立人である母親の代理人として出頭した。

判決：Kay 判事：国家中央当局により、家族法（子の奪取に関する条約）法令（当該法令）の規定に基づく子の返還命令を求める申立が提起された。当該法令は、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（以下「条約」）に基づくオーストラリアの義務に対し、その施行権と有効性を与えるものとされる。オーストラリアと米国の両国は条約批准国であり、1988 年 7 月 1 日以降、米国、オーストラリア間で条約が施行されている。

背景

本紛争の事実に基づく背景は、当職に提出された限られた資料を可能な限り収集したものであり、次の通りである。

S.A.は1989年7月22日アーカンソーでD.S.と結婚した。夫婦の間に一人の子を儲け、その子であるNは1990年2月21日に誕生した。両当事者はアーカンソーで別居した。その地は1994年2月に両者が居住していた場所である。両者の間での訴訟により、1994年5月、アーカンソー州Paluski郡Chancery裁判所(第二部)で命令が下された。その時、両当事者は「財産分与における合意書」という見出しの文書を作成した。その合意書は、とりわけ妻が子の監護権を有することを規定しており、ならびに夫の特定された訪問の権利、すなわち、夏季休暇中の面会、その他の特別行事の面会に加え、基本的に金曜日から日曜日までの隔週の週末、及び一週間のうちの二晩に面会する権利があることを記載したものである。合意書には以下が含まれる。

妻は、少なくとも一ヶ月前に夫に事前通告を行なえば、年に一度、最長三週間、母親の母国であるマレーシアに未成年の子を連れて行くことができる。その期間中、夫は未成年の子に面会する権限を持たないが、自身の費用で相応の電話訪問を実行することができる。夏季の面会期間中、夫は、妻が子に面会しない期間のうち最長一週間、未成年の子と共に夏季休暇を取ることができる。

合意書はその後に養育費の規定を記載し、両当事者の家財や債務の分配について扱っている。

婚姻関係の解消についての判決を認容する裁判所の命令には以下が含まれる。

当事者間の財産分与における合意書が、これにより本判決に併合ならびに本判決の一部となり、あらゆる点で裁判所により承認され裁判所の命令として採択される、ということに対し、更なる検討、命令、宣告、ならびに判決が下されるべきである。

母親は1965年1月にマレーシアで生まれ、米国内に在留していたのは留学生として1983年から1987年までアーカンソーに滞在した時期である。母親は、夫のマリファナ使用を理由に自身と夫との関係に不満を呈しており、暴行を受けたことにより1994年2月に夫の元を離れたと主張している。彼女によれば、両当事者はいったん離れば正当な議論を行なうことが可能であり、それにより両者は当職が既に言及した財産協定に関する合意に達したと述べた。

母親は、父親は週末の面会の権利は履行するが平日または夏季休暇中の面会は履行しないと主張している。彼女は自分の家族がマレーシアにいるため米国では社会的支援を受けることができない、よって自身はマレーシアに帰国するつもりであることを父親に伝えた、と主張している。彼女は彼に帰国を許可するよう説得を試みたものの「成果なし」であった。彼女は、米国のどこか他の州に子を連れて行くことに関して父親は異議を唱えていないと述べている。そして1995年7月10日、彼女は父親の許可無く一方的に子をマレーシアに移住させることを選択した。

母親はマレーシア到着後に父親と電話で議論を行い、父親は子の養育費の支払いを取り止め、養育費の費用をマレーシアにいる子に面会するための費用に充てることで合意したと述べている。彼女は更に、1996年の7月に父親がマレーシアを訪れ、短期間彼女および子と共に過ごし、その年の9月に彼の母親と叔母が子に会いに来たと述べている。

父親は、子が内密に連れ去られたことを知った途端に非常に困惑したと述べている。彼は子の連れ去りから一週間後に母親から電話を受けた。そしてその時、彼女が永続的にマレーシアに居住するつもりであることを告げられ、彼は子を米国に返還するよう求めたが拒否された、と述べている。その後、父親はアーカンソー州政府の検察官に連絡を取ったが、そこで彼は、マレーシアは当該条約の締約国ではないため、強制的に子を米国に返還させることに對し自身は何もすることができない、ということを知らされた。彼は子と連絡を取り合うよう告げられ、子がハーグ条約の締約国に行くことがあれば訴訟を提起することができる、と伝えられた。その後、1995年11月7日、アーカンソー州 Puluski 郡の Chancery 裁判所にて、彼は母親に対する侮辱罪の宣告と養育費の中止を求める申立を行なった。

1995年11月7日、裁判所により決定されたすべての養育費を停止する一方的命令が下された。これ続き侮辱罪の申立が1996年5月29日に延期された。そして1996年5月29日、養育費の義務は無効化された。夫は、裁判所が侮辱罪の申立、及び夫が物理的に子を占有するまでの監護権の申立と述べた事項の取り扱いを拒否したと述べている。

当職は、ここでアーカンソーの条例について差し挟む。本条例よれば、面会に干渉することはパラグラフ 5.26.501 に基づく犯罪であり、未成年者をアーカン

ソー州の外に連れ出し、そそのかして留置した場合はクラス D の重罪になる(手
段は問わない)。ただし仮定上、犯罪になるということ自体は、命令を無視した
者を取り扱う際の裁判所のあらゆる権利に付加されるものである。

父親は、自身がマレーシアに行ったその間に、子を確実にマレーシアから連れ
出されないようにするための多くの措置が取られたと述べている。彼の妻がパ
スポートを管理し、マレーシアからの出国停止命令を申請し、父親が子と接触
する際は彼女の家の女中によって監視された。父親は、妻の父親は「マレーシ
アの政治関係者」であり、且つ「大変な有力者」であることを妻から伝えられ
自身もそれを認めている、と主張している。彼は、妻の父親が関与する限りマ
レーシアで監護権の申立が成功する可能性はなく、もし試みれば、彼が子との
間に持つことになろう、あらゆる将来的な関係性を危機に晒す可能性がある
と述べた。彼は妻に子を米国に連れ戻すよう求めたが、これは拒否された。

1997 年 1 月、母親は父親に連絡を取り、彼女がオーストラリアに行くことを希
望しており、子のビザの申請には父親の署名が必要であることを知らせた。彼
女の証言は、マレーシアでオーストラリア人の男性と出会い、1997 年内に結婚
することに決めたため、彼の家族に会うために N を連れてオーストラリアに行
き、現地で彼女と婚約者の両方が定職に就く見通しを打診したい、というもの
だった。

彼女は父親にオーストラリア政府より要請された申請用紙をファクシミリで送
り、父親が正式に署名し、折り返しファクシミリで送ったものを受け取った。
申請用紙には次のように書かれている。

承諾書

我々、N の両親は、彼女が S.A. と共にオーストラリアへ渡航することをこ
こに承諾する。--母親--は、二週間半の間、オーストラリア・メルボルン
を訪問する。我々は彼女にかかるすべての費用を支払う義務を負い、なら
びに認可された滞在期間の終了時にオーストラリアを発つことを保証す
る。

書類は 1997 年 1 月 21 日付で父親により署名され、1997 年 1 月 20 日付で母親に
署名された。当職は、申請用紙の記入方法について書かれた導入部分で書類の
精読を中断した。書類には以下の脚注が含まれていたからである。

「一方の親が同意に応じられない場合は、以下に理由を述べること。両親が離婚している場合、監護権についての書類を写真複写のこと（原本も添付のこと）。」

父親は、オーストラリアは条約の締約国であると期待していたゆえに子をオーストラリアに連れて行くことに同意し、締約国であると知り次第、米国の国家中央当局に申立を提出し1997年1月27日に受理された、と述べている。その申立によって、母親と子は今月の初めにメルボルンの Tullamarine 空港で取り押さえられた。

本裁判所により、事件が審理されるまでの間、子はオーストラリアに残り、国家中央当局の監視下にいることを徹底する仮命令が下された。

国家中央当局は、当該法令の規定に基づき、子が米国に返還されるよう求める命令を要請した。母親はその命令の施行に反対した。

ハーグ条約

事件の周辺で生じた関連性のある法令及び法に話を移す。ハーグ条約は現在機能している国際協力のなかでも最も重要な例のひとつと評されている。当条約は、常居所としている国からの子の連れ去りは、裁判所命令または法の施行のどちらかにより与えられた、あらゆる者が持つ監護の権利（子がどこに住むべきかを決定する権利を含む）に反するものであり、及び子の福祉に反したものであるとし、ならびに、子の福祉に関する問題は、不法に連れ去られた、もしくはその代わりとして不法な留置により隔離される前に子が常居所としていた国によって決定されることが適切であると想定している。

条約の別表は、当該法令においてオーストラリアの法律に立法化されるものであるが、子が、条約の締約国から別の締約国へ不法に連れ去られたか、もしくは別の締約国に帰国しているべき時に一方の締約国に不法に留置されているかのどちらかであることが決定された場合、子が滞在している条約締約国の司法当局及び行政当局は、不法な連れ去りまたは不法に留置されている国から即座に子を返還するよう命じる義務がある。ただし、当該条約及び当該法令において記載されたあらゆる基準や例外を満たす場合は除く。しかし、この場合においても、子の返還を命じる際の自由裁量が存在する可能性がある。

当該法令と当該条約との間に不一致がある限り、ならびに、不一致により、法令を制定する国家の権力の適用範囲外から当該法令を除外しない限り、(外的権力の行使)、420として添付する **De L 対 Director General New South Wales Department of Community Services (1996) 20 Fam LR 390** 事件における Kirby 判事の判示、すなわち、83、468として添付する **FLR 92-706** に従う。

オーストラリア裁判所の義務は、明白に現行のオーストラリアの法に従うことである。

本状況においては、その法とは条約よりもむしろ当該法令である。

ただし、**De L** 事件の多くは **Fam LR 393**、すなわち **FLR 83, 449** で次のように述べられている。

法令の別表 1 (当計画) は、一般的にハーグ条約として知られる条約の英語本文を記載している。「条約 (Convention)」という語は、法令の全体に渡って使用され、別表 (reg2(1)) に記載された本文により定義される。法令の規定は、このようにしてこれらの条約の共に精読される必要がある。

子の返還について記載した当該法令の例外は、当該の法令内の多くの箇所に見つけ出すことができる。

不法な連れ去りはあったのか

本件における第一の問題は、条約の締約国からオーストラリアへ不法な子の連れ去りがあったのか、ということである。本件には不法な留置についての問題はない。子が父親の許可を伴い米国から連れ出されたことはない。

その当時の子のオーストラリアとのつながりは極端に一時的なものである。本件をとりわけオーストラリアに特化した内容にしているのは、単にオーストラリア国内に当該子がいたということだけである。

締約国からオーストラリアに不法に連れ去られた子に関して、外国の中央当局によりオーストラリアの裁判所に申立が提起された。不法な連れ去りの問題は当該法令に記載された事項、特に法令の第 3 条、第 4 条に基づいて決定が下されるものとする。

法令第 3 条は以下のように規定する。

万一、連れ去りが発生した時点で監護の権利が以下の状況に該当する場合は（中略）子の連れ去りにおける当該法令の援用は、当該者の監護権に違反した場合の子の連れ去りを援用する。

- a. 共同または単独で実際に行使された場合、もしくは
- b. 子の連れ去りがなかったならば行使されていたであろうことが考えられる場合

規約第 4 条は「監護の権利」を下記のように定義する。

（中略）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。

母親によって子がアーカンソー州から不法に連れ去られたのか否かを決定するには、これらの訴訟手続において父親が当該法令及び当該条約の趣旨の範囲内で監護の権利を有するかどうかをアーカンソー州の法律に従い決定することが必要である。当職が着手することのできる限られた調査によれば、子どもの移住を決定する両親の権利、あるいはコモン・ローの問題に掘り下げて考える事項を定義したアーカンソー州の法律はない。

Gooch 対 Seamans (1982) 6 Ark App 219 では、アーカンソー州控訴裁判所の決定は、原則として、子の監護権を有する親は通常、米国内の他の州に移住し、子を新たな居住地へ連れて行く権限がある、という判決を下した。しかし、当該条約及び当該法令の目的において、「監護」はより広い意味を持つため、本件の状況では、子の居住地を決定する権利が存在するのか否かを取り決めることが必要である。それを行なうには、当職は自身の見解で、当事者間の合意を具体化する裁判所命令を検討する必要がある、当職は、合意は明白であると考え。両当事者は、マレーシアに永続的に居住させるために母親は子を連れ去る権利を持たないことで合意し、実際のところ、既に援用した合意に従う場合にのみ、彼女はマレーシアを訪問することができる。とりわけ、彼女は遅くとも 1 ヶ月前に夫に知らせれば、年に一度、最長三週間まで、子を母国に連れ出すことができる。その規定により、居住地が米国の国外、特にマレーシアである限りにおいて、父親が子の居住地を決定する権利を行使し続けるのは明らかである。

当職は、本件の状況において、当該条約および当該法令の目的の範囲内において子の不法な連れ去りがあったと考える。

いつ不法な連れ去りが起きたのか

第 16 条の規定のために、次の決定すべき問題が浮上した。この時点で、当該法令と当該条約は意を異にすると思われる。当該条約第 12 条では以下のように述べられている。

「子が第三条の規定の意味において不法に連れ去られ、又は留置されている場合において、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ときは、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。

司法当局又は行政当局は、前項に規定する一年が経過した後に手続を開始した場合においても、子が新たな環境に適応していることが証明されない限り、当該子の返還を命ずる。」

第 12 条の重要性は、当職は、期限が、不法な連れ去りが起きた日から開始されるということであると考え。ここで言う不法な連れ去りとは、すなわち、もう一方の親の監護権に反した締約国からの子の連れ去りである。この字義に注目した見解は、E Perez-Vera 氏によるハーグ条約の説明報告書、*Actes et documents de la Quatorzieme session, vol III, (1980)*の 426 ページに従うものであり、報告者は以下のように述べている。

106. 第 12 条は当該条約の本質的な部分を形成しており、子が所在する締約国の司法当局または行政当局が子を返還する義務があることを明記している。だからこそ、もう一度述べるが、子の強制的返還における事実は、当該条約に関しては、被要請国の管轄当局によって下される決定への依存を強調することが適切なのである。結果的に、本条項が扱う子の返還義務はこれらの当局に課されるのである。この目的を果たすため、条項は二つのケースを強調している。ひとつが不法な連れ去りまたは子の留置から一年以内に訴訟手続が開始される際の当局の義務、そしてもうひとつが、申立が前述の期限後に提出された際の本義務に付随する条件である。

107. 第一パラグラフにおいて、条項は、関係する当局が直ちに子を返還

するよう命じなければならない期間の決定における問題に対して、独自の解決策を行使している。その問題は重要である。なぜなら、子の返還を子の利益とする限りにおいて、子が新しい環境に適応した後では、子の返還は、子に対し行使される監護権のメリットについての調査が行なわれた後でのみ実行すべきであることは明らかだからである。—そしてそれは当該条約の適用範囲外にあるものである。今、「子の適応」についての本審理を述べる試みにおいて困難に遭遇している。なぜなら、期限が設定された結果として生じた客観的な規則が、もしかすると恣意的なものであるとはいえ、それにもかかわらずこの点において表明された問題に関して「最も悪くない」答えであるかもしれないからである。

108. このアプローチの結果として、いくつかの問題に直面する必要がある。第一に、期限が施行開始される日、第二に期限の延長、そして第三に期限の終了日である。第一の点に関しては、どのように期限が施行開始されるべき日を決定するかということであり、条項は不法の連れ去りまたは留置を援用している。不法な留置の事件における決定的な日付の確定は、子が監護者の元へ戻るはずであった、あるいは監護の権利の保有者が子の常居所以外の場所への滞在の延長についての合意を拒否した日として理解されるべきである。第二に、一年という一度きりの期間の設立（子の所在地を確定する際に一方を困難に遭遇させる）は特別委員会により作成された準備段階の草案第 11 条において描かれた制度についての実質的な改良案である。事実、当該条約の申請はこのようにして明記された。なぜなら、子の所在を取り巻く問題の存在を証明する必要性に固有の困難が排除されたからである。第三に目標の到達先について、条項は、布告日の代わりに手続が開始された日を保持している。それにより、管轄当局による行動における潜在的な遅滞は、条約により保護されている当事者の利益に害を与えないのである。

要約すると、当該条約自体の中で提供された例外のひとつが事実を立証しない限り、たった今調査した状況が特定のケースで発見された場合はいつでも、司法当局または行政当局は直ちに子の返還を命じなければならないということである。

109. 第二パラグラフは、当該条約の規定が行使することのできない、融通の利かない期限の採択から生じる結果を少なくする必要性に回答し、準備手続の随所で強く感じられる。解決策は、最終的に、子の返還ための現

実的な義務を無期限に維持することにより、条約の適用範囲を明確に延長することが採択された。いかなる場合においても、「子が新しい環境に適応している」ということが示されれば、その義務を否定することはできない。規定は子の事実がどのように証明されるかを述べていない、しかし、奪取者または子の返還に反対する者にかかる任務、同時にこの点における内部当局の条件付の裁量権の保護については論理的であるように思われる。いかなる場合においても、新しい環境での子の定着の証拠または証明は第一パラグラフで描かれたよりも長い手続の可能性を切り開く。最終的に、そして本質的に、返還が常に奪取から一年よりもずっと後に起きるという事実を最大限の理由として、条約はその文脈内では「直ちに」返還ではなく単に返還と述べている。

本件における問題は第 16 条(1)の規定により複雑化しており、その規定とは以下のものである。

付則(2)及び(3)に従う、すなわち、法令第 14 条に基づく申立について、以下の場合、裁判所は子の返還のための命令を下さなければならない。

- a. 申立が提出された日が子がオーストラリアへ連れ去られた、若しくは最初にオーストラリアに留置された日から 1 年以内である場合、または
- b. 申立が提出された日が、子がオーストラリアへ連れ去られた若しくは最初にオーストラリアに留置された日から 1 年以内である場合、ただし、裁判所が子が新しい環境に適応していることという要件を満たす場合

一見したところでは、当該法令は子が実際にオーストラリアに到着した時点から経過した時間を指しているように思われる。この特殊なケースでは、本件の一側面においていくぶん決定的である。なぜなら、現在子がその週の間のみオーストラリアにおり、それが明らかに子が最初にオーストラリアに入国した日から一年以内であることは共通であるからである。もし期限がオーストラリア到着から経過した時間であるとすれば、国家中央当局は、子どもが新しい環境に適応しているかどうかの問題を検討する必要はない。

当職は、第 16 条(1)の本文の字義通りの精読より解釈を行なったが、当該法令は、当該条約及び条約を採択する国家の意図とのコンテキストの中で精読する必要があると考える。当該条約の意図は、子が新しい環境に適応していることが示されない限り、一年以内の義務的な子の返還を明白に要請している。当職は決

定的な日付とは不法な連れ去りまたは不法な留置の日付であり、子が最初にオーストラリアに到着した日ではないと考える。

法令第 2 条(1c)は、条約の締約国からオーストラリアに連れ去られた子についての定義に含まれる。

最初に他国へ連れ去られた子

子がマレーシアを経由してオーストラリアへ行ったことは、子が「オーストラリアに連れ去られた」か否かにかかわらず、事実である。しかし「子がオーストラリア（中略）に連れ去られた日から一年以内」というフレーズにおける一時的な要素は精読されるべきである。当職は、「連れ去り」と「オーストラリアへ」という言葉の追加を参照するに、オーストラリアにただ申立の根拠となるのに十分な司法権を供するだけであると考えている。当職には、オーストラリアの裁判所には一度もオーストラリアに滞在ことがない子または現在オーストラリアに滞在していない子を取り扱う能力はないと思われ、それにより当該法令は「オーストラリアへの」連れ去りの援用を導入する。それは不法な連れ去りまたは留置とオーストラリア行政当局及び司法当局による権力の行使の間の必要なつながりを提供するためである。

これらの状況においては、連れ去りから一年が経過し、連れ去りに関して申立がオーストラリア当局に提起される前に第 16 条(1)(b)が適用されるのは子である。本件の状況では、第 12 条の二つ目の要素及び第 16 条(1)(b)が作用する。すなわち、裁判所が子が新しい環境に適応していることを容認するか否かである。

子が新しい環境に適応している場合、執行の自由裁量は存在するのか

次の事項を述べるために少々脱線する。「新しい環境に適応していること」の認定が、いまだに子の返還を命令する裁判所において自由裁量のままになっている英国の訴訟における提案があるが、当職はこれらの考えに丁重に反対しなければならない。もしこれらの見解がハーグ条約の法律とは対照的に、コモン・ローまたは地域の判例法の施行により、裁判所が子の返還を命令する司法権があることを単純に述べているのであれば、当職自身とその他の博学なる判事との間に異論はない。しかし、もしハーグ条約内で、不法な留置または連れ去りから一年以上が経過し、現在新しい環境に適応しているという基準を満たした子に関して自由裁量の余地があることを提案しているのであれば、当職はその

ような余地はないと考える。当職は、当該条約と当該法令には子に関するそのような更なる適用性はないと考える。

子が新しい環境に適応していることが示されていても返還を命じるべきかどうかについて、第 18 条に基づく自由裁量があることが、417 として添付する N (Minors) (Abduction) (1991) 1 FLR 413 事件において、Bracewell 判事により提案されている。判事は以下のように述べている。

「本件に関する限りにおいて、条約に従う立場は、子が新しい環境に適応していることが示されない限り、奪取から一年以上が経過していても子を返還する義務があるというものである。裁判所がそれを認可した場合、子の返還を命令するかどうかについて 18 条に基づく裁量が生じる。」

同様の判示は 25 として添付される S (Minors) (Abduction) (1991) 2 FLR 1 事件における Purchas 判事によって作成されている。

当該条約第 18 条は以下のように述べている。

この章の規定は、司法当局又は行政当局が有するいつでも子の返還を命ずる権限を制限するものではない。

当職は、当該条約は当該条約の権力を行使する国の法律の一部を構成するに過ぎないこと、および司法的な問題が議論されている子、または他国で福祉を受けることの必要性が議論されている子の取り扱いに関連して法律全体の成文化は求めていないということを示しているに過ぎないと考える。当職は、不法に連れ去れたまたは留置されている子がハーグの子であり、申立が提起される前に一年以上が経過しており、当職が子が新しい環境に慣れ親しんでいると認めれば、ハーグ条約及び当該法令に基づく事件の結末となるであろうと考える。

米国への子の返還要請に際して、家族法の司法権、または交互に与えられたコモン・ローの司法権を求める申立は本裁判所には提起されていない

子は適応しているのか

子 N が新しい環境に慣れ親しんでいるかどうかの問題は本件ではとりわけ簡単な問題ではない。主な理由として、実質的にそれについての証拠がないからで

ある。いかなる場合においても、母親は近い将来、マレーシアから子連れ去りオーストラリアへ連れて行くことは自身の提案であると述べ、このようにして子が現在の状況に適応するためのいかなる要素も混乱化させる。703 FLC 78-436 92,212 として添付される **Graziano 対 Daniels (1991) 14 Fam LR 697** 事件では、本裁判の大法廷が審査が認められる際の要件を満たすことについて取り扱っているが、次のように述べている。

「審査は子が幸福、安全、子の周辺環境に順応していることよりも正確でなければならない。」

判事は **N (Minors) (Abduction)** 事件における **Bracewell** 判事の判示の承認を賛同した上で引用しており、それには判事は奪取者が以下のことをしなければならないと述べている。

(中略) 単なる周辺環境への順応以上の適応の度合いを確立しなければならない。

彼らは適応の問題には二つの構成要素があることを示している。それらは身体的要素と感情的要素であり、適応が新しい環境と関連している必要がある。すなわち、場所、家、学校、人々、友人、活動や機会、ならびに、常態的に存在する単に監護権のある親との関係ではない。

本規定の施行の事例は以下の訴訟で見ることができる。

Rodriguez 対 Buchholzer 7 Ob 573/90 事件において、オーストリア最高裁は奪取から二年が経過した 3 歳の子のスペインへの返還を否決した。子がスペイン語を話せず、オーストリアの農場で母親、祖父母と何不足なく、幸せに生活している証拠があったからである。**N (Minors) (Abduction)** 事件において、**Bracewell** 判事は二人の子が英国で母親と共にいることに同意したにもかかわらず、彼らをテキサスへ返還するよう命じた。**Graziano 対 Daniels** 事件では、子はタスマニアからカリフォルニアに返還された。そして最後に **Coffeld 644 NE 2d 662** では、オハイオ州控訴裁判所(参照：www.Hiltonhouse.com)、オハイオ州上訴裁判所は、オーストラリアの父親から子が奪取された三年後にオーストラリアへ子を返還するよう命じた。いくつかのケースでは、監護権のある奪取者と監護権のない奪取者を区別する傾向があるように思われる。しかし、そうした行為には危険性がある。当該条約と当該法令は区別していないからである。**ZP 対 PS**

(1994) 17 Fam LR 600 FLC 92-480 事件、ハーグ条約に基づかない奪取を取り扱った高等裁判所の決定では、Deane、Gaudron の両判事はコモン・ローの権力を行使する裁判所が、返還の命令を下す際に、奪取した監護権のない親よりも奪取した監護権のある親に対してより躊躇する可能性があることを示した(Fam LR 623; FLC 81,012)。

当職は、そのような検討がハーグ条約の下で生じるいかなる自由裁量の行使においてもほとんど役立たない、または役立つべきでないと考える。たしかに、それは不法な連れ去りがあったか否かの決定する際、または子が新しい環境に適応しているかどうかを決定する際の問題になるべきではないのである。

本節から、Perez-Vera 氏の説明報告書および当該法令と当該条約両方の字義通りの言葉を援用したこと、ならびに、その事実を確立するために子が新しい環境に適応していることを主張する者に責任がかかることは明らかである。本件において、当職はその点に関する資料を全く持っていない。父親からは子が適応していないという不満も、母親の子が適応しているという主張に対する不満も出ていない。当職には、母親によって父親の同意なく子がマレーシアに連れ去られた、父親は子に会い、子と連絡を取っていたが今はそうではないという事実があるだけである。

当職は、子が父親を恋しがっているか否かはわからない。当職は、母親を取り囲む文化に子が染まったか否かはわからない。当職は、子が米国の文化から離れたことによる症状に苦しんでいるのか否かわからない。当職は、これらの事項に対しては何も知らず、かの文化圏から子を連れ去りこの文化圏に連れて来る際の選択といった、いかなる選択も母親が行っているという事実により、更に曖昧になっている。その結果として、当職は、自身に提出された資料に基づき、子が新しい環境に適応していることは認めないという結論を下さなければならない。よって、その結果として、子は、第 16 条(2)および(3)で援用したその他の例外のひとつに該当しない限り、当職が命令を下さなければならない子である。万一子が第 16 条(2)のどこにも含まれないが、第 16 条(3)の例外に含まれるならば、当職は本件において自由裁量を有する。

法令第 16 条(2)は以下のように規定している。

裁判所は以下を認める場合、付則(1)に基づく命令の施行を否決しなければならない。

- a. 子の連れ去りまたは留置が本法令の目的の範囲内の子の連れ去りまたは留置ではない場合、もしくは
- b. 子が連れ去り若しくは留置が発生する直前に条約の締約国を常居所としていなかった場合
- c. 子が 16 歳に達していない場合、もしくは
- d. 子がオーストラリアに連れ去られた、または最初に留置された時点で条約の締結国ではなかった国からオーストラリアに連れ去られた、または留置された場合
- e. 子がオーストラリアにいない場合

母親に代わり Scarfo 氏によって法令第 16 条(2)の例外のいずれかが適用されることは示唆されない。

承諾

法令第 16 条(3)に移行する。そこには返還に異議を唱える者が根拠を確立する場合に裁判所が義務的な返還命令を否決するための根拠が記載されている。もう一度言及すると、明らかに、返還に異議を唱える者に対する負担があり、その者とは当職が便宜上奪取した親を称する者である。本件が依拠する法令第 16 条(3)の根拠は、子の返還申請を提起した者、つまり父親が、

子がオーストラリアに連れ去りまたは留置されることに同意したか、その後で承認したものとする。

再び、連れ去り後のオーストラリアの言及は条約の本文との間にいくらかの対立を引き起こしている。条約の第 13 条で記載された例外は「連れ去りまたは留置」における承認について言及している。当職がすでに示したとおり、連れ去り行為はそもそも子が連れ去られるべきではない国、すなわち米国の国境を越えることである。よって、現に、問題は子がオーストラリアに連れ去られたことよりも、子が米国から連れ去られたことについて父親が同意またはそれに続いて承認したかということなのである。

文書自体はしかし、以下の事以外は実際には述べておらず、当職は両親に関しての意味が含まれる実際の言葉においてよりもむしろ父親の観点から精読した。

「私、Nの父親は、Nが母親とともにオーストラリアへ渡航し、二週間半の間メルボルンを訪問することをここに承認する。私は子の費用を支払う義務を負い、認可された期間の終了時にオーストラリアを発つことを保証する。」

ここで当該条約を施行する機会を求めているのは父親である。当該条約が施行されるためには、当該条約を国内の法律に組み込んだ国に子がいる必要がある。父親はオーストラリアが条約締結国であるか否かを知らず、そうであろうと信じており、以下のように述べている。

(中略) もちろん私は、私の子をオーストラリアに渡航させるようオーストラリア政府に許可を与え、認可された滞在期間の終了時に子がオーストラリアから出国する手配を私が行なうことを保証します。

父親は子がオーストラリア残ることを望んでいなかった。つまり、彼には子がオーストラリアに残るという意図はなかったのである。彼は本手続を開始できるよう、母親の世話にある子がオーストラリアに行くことを望んでいた。当職は、本件の状況において、同意書は彼が子の母親による不法な連れ去りを承認したことにはならないと考える。

より問題となっているのは、過去18ヶ月かその程度の期間に申立を行っていないということである。黙認の問題は単純に決定することのできるものではない。英国の裁判所は黙認の問題についての記述に最も活動的である。子の問題に関して、英国の裁判所には明確な措置がある。事例の多くは適合が難しい。A (Minors) (Abduction: Acquiescence) [1992] 2 FLR 14 事件では、オーストラリアから英国への子の連れ去りが含まれている。ハーグ条約を承知していない父親が母親に対して書いた文書には以下のように書かれている。

「それについて私ができることは何もないため、私はあなたの決定を受け入れる必要があると思います。」

その後同じ日に、彼はハーグ条約があることを知り、それに基づく訴訟手続を開始した。英国の裁判所は文書を書いたことにより彼が黙認したと判断した。彼らは、黙認はひとつの具体的な行動であり、いったん行動が起こされれば第13条(a)の規定が実行されると判断した。いったん黙認すれば効果的に見知らぬふりをする事ができないのである。

これに続く英国の訴訟では、その立場からいくぶん後退し、黙認の審理をより硬化させる試みがある。当職は、AZ (Minors) (Abduction: Acquiescence) [1993] 1 FLR 682 事件において Butler-Sloss 判事が以下のように述べたことを援用する。

黙認は、子の常居所への即座の返還と矛盾して行なわれる必要がある。

AZ 事件において、Donald Nicholls V-C 氏は審理を以下のように定義づけた。

「親が自身と矛盾する方法で自身に行ない、その後子の返還に対して即決の命令を求めるかどうかということ。あらゆる状況を見ることによって検討されるべきである (略)」

本件に対するその審理の申立においては、非条約締約国へ連れて行かれる子およびそれについて何もできないと言われた父親の状況を見る必要があることが提案されている。

S (Minors) (Abduction: Acquiescence) [1994] 1 FLR 819 事件において、控訴裁判所は自身が何かできることについて知らなかったという父親による 8 ヶ月の活動していない期間を取り扱った。この分野の複数の権威を引用した後、Waite 判事は 831 頁で以下のように述べた。

これらすべての節に通じる共通のつながりがある。それはこのように述べることができる。黙認は主に、行動の客観的な調査および権利を侵された親の不作為から引き出された推論によって確立される。これはしかし、主観的分析のいかなる要素が除外されているという意味ではない。例えば、条約に基づく権利を侵害された親の知識の状態を調査することは差し支えない。つまり問題が「あらゆる状況において」検討されなければならないという明白な要件が、必然的に裁判所が個人の動機および権利を侵害された親に与えるその他の影響を調査する必要があることを意味する。そしてそれらは黙認の問題と関連しているが、侵害された親にしかわからないのである。保護は裁判所によって行なわれなければならないが、これらの主観的な要素を過度に強調してはならない。それらは外側の観察者の目を通して見た明白な行為と不作為から引き出された推論よりも内在的により信頼性のない指針である。そのような保護が取られたならば、中心的な問題に回答する際に裁判所が必要とする状況の全体性において、全体的な結論に到達する際に判事が必要だと考えるため、権利を侵害された親の心

に働きかける主観的な効力を調査し、そこに重きを置く判事の職能の範囲内にとどまる。権利を侵害された親はその後に行なった即座の返還の要請と矛盾する方法で振舞ったのか。

さて、本件で父親はその後の即座の返還の要請と矛盾する方法で振舞ったのか。この件にはまだ決定することのできない問題が生じている。父親は、子がマレーシアにいる間はハーグ条約に基づく即座の返還を求める能力がないのである。マレーシアのコモン・ローにより、即座の返還を求めた父親の過ちはマレーシアへの不法な子の連れ去りの黙認と言われるべきか。彼は条約に基づき即座の子の返還を求める権利と矛盾する方法で行動したのか。彼は「私はアーカンソーの地方弁護士から私には何もできないことがないと伝えられました」と述べた。彼は「私は子を家に取り戻すことを諦めない、そして条約に基づいて申立を行う機会を発見したらすぐにその機会をつかむつもりです」と述べている。

当職は間もなく本問題における決定に取りかかるが、それらが手助けとなる限りにおいて黙認の問題に関するその他のケースを援用することが適切だと考える。

Friedrich (1996) Fed Appeals 0085P での第 6 巡回区連邦控訴裁判所により記載された厳格な狭義の審理がある。裁判所は以下のように述べている。

条約に従う黙認は、司法手続き、説得力のある権利放棄承認書、または重要な期間にかけての一貫した態度における証言などの必要な正式の手続を伴う行動か声明のどちらかを必要とする。

さらに最近の事例では、**H 対 H [1996] 2 FLR 570** 事件における控訴裁判所が、当職が決定的であると既に述べた A 事件での採択とより近い立場に後退しているように思われる。当職が H 対 H 事件の判決を受け入れるのはいくらか困難である。なぜなら、英国の A 事件後の判決の発展と一致しているからである。だが、それらの多くは **Waite** 判事が作成している。

H 対 H 事件では、正当派ユダヤ教徒であるイスラエル人の子がイスラエルから英国に不法に連れ去られた。父親は地域の宗教的裁判所で取り扱うよう努め、母親を召喚した。彼女は召喚を無視した。当該条約に基づき訴訟手続を開始した時に初めて地域の宗教的裁判所が父親にとって有益な行為にならないことが

明らかになった。第一審の判事は即座の子の返還を命じた。

控訴裁判所は、父親の振る舞いは、即座の子の返還の主張という明白な声明を出すことなく、**Beth Din** 氏の仲介を通じた結婚上の相違についての調停または裁決に向けて行動的な措置を取っていると考え、黙認の推論を支持した。当職はこれに対し、既に示したようにその件についての控訴裁判所の結論にいくらかの困難がある。

いずれにせよ、本件の父親は母親の振る舞いに関して板ばさみになっているように思われる。母親は米国と何の合意も施行していない国へ避難した。母親はその国を母国としている。父親はその国では外国人である。父親は経済的手段が全くないかまたは極端に限られている。妻は高い教育を受けており、当職が述べるに、一般論として、この状況において地元に対する知識という大きな利点を有している。これらの状況において父親は母親により米国からの子の不法な連れ去りを黙認したと言えるのだろうか。当職は、その質問に対する答えは否であると考え。よって、当職は本件において自由裁量の命令がなされるかどうかについての問題は生じないと考える。ただし、当職がその問題について間違っている場合は、自由裁量の執行における当職の見解を表明する必要がある。

自由裁量

条約の訴訟に関して自由裁量を施行するようになる時、実態上の手続の起こりうる結果を検討するべきであることが **H 対 H** 事件において控訴裁判所により提起されている。これは奪取した監護権を持つ親と奪取した監護権のない親との区別をつけることについて既に言及した種類の要素が生じる恐ろしい幻影である。

当職が議論の当事者に示したように、米国の司法権に母親が戻り次第、米国の裁判所は、彼女は実際にしたように振舞うべきではないが、この状況における子の福祉は母と子が自由に米国を出ることを要請すると述べるであろう。ならば、父親と子との間の将来的なコンタクトを保証するための適切な手配を提供するであろう。

H 対 H 事件では、第一審の判事の自由裁量が示された時点では適切に執行されていなかった。**Waite** 判事は 577 頁で以下のように述べた

彼はまた実態上の手続の起こりうる結果を検討していなかった。それは遺憾なことである。なぜなら、子どもがまだ幼く母親がイスラエルに住むことに耐えられないことを主張する場合には、少なくとも裁判所（もしくは司法権）は彼女が大変に喜ばしくないと感じる国に住むことを彼女に強要することは、子の最大の利益に不都合であると見なし、当分の間彼らが英国で主たる家庭のケアをするべきであるという結論を下す可能性があるにちがいないからである。

判事はそれから自由裁量の執行を続け、その件における要素は実質的な訴訟手続が英国で続けられることを圧倒的に支持していると言った。英国は、父親が子の福祉の任務の主張に同情的なのと同等に審理にも合意すると考えたからである。

現在、当職には本件においてそのような余地はない。本件は当該の子の福祉が近い将来にオーストラリアで審理されることについての実質的な手続における訴訟ではない。母親はここで最も一時的な根拠の上にある。彼女は自身に戻ることを望む見解を示しているが、事態は不確実性の中で曖昧化している。あるいは当職の選択は以下のようになると思われる。すなわち、父親の完全な資金不足とマレーシアの法的制度により、父親に対して子の福祉に関するすべての問題が適切に調査される、公平且つ正当な審理を提供する証拠が提出されていないことを考慮すれば、マレーシアに戻ることのメリットにおける審理は現実的に発生しそうにないが、審理が子の福祉について、または子がマレーシアに戻ることに于行なわれる米国に子が帰還することのどちらかであると思われる。

当職はこの分野に特化した外国法が反証のない限り、オーストラリアの法律と一致しそうであるという仮定の下で手続を行なう。**Marriage of Toric (1981) 7 Fam LR 370 FLC 91-046**を参照。近頃のオーストラリアとマレーシアの法学史の研究者には良く知られているという理由により、マレーシアの家族法の局面からその仮定を行なっても安全なのかどうかを疑う理由がある。マレーシアの多くの研究者はオーストラリアの家族法について同様の見解を持っているように思われる。

当職は、この状況において、英国人の母親がイスラエル人の子を英国に連れて行き、彼女がイスラエルには戻らないことを示し、英国の裁判所は彼らがその

後問題を取り扱うことができ、そして父親に子の福祉の問題についての公平な審理を提供することができるかと確信していた、H 対 H 事件とは異なる板ばさみ状態に直面している。当職は、すでに示したように、マレーシアの法的制度が当該の男性に米国、アーカンソーの関連する裁判所で受けるのとまったく同等の公正な審理を提供するという点について絶対的な自信をもって言うことのできる余地は持っていない。当職はそれについての情報はなく、母親の法的アドバイザーは当職に何も提供しようとはしていない。

本件にはもうひとつの皮肉がある。父親が現在フロリダに住んでいるゆえ、米国内のどの裁判所が適切な司法権を持っているかに関しての子の扶養・監護手続に関する合衆国統一州法(UCCJA)のもとで提起すべき法学的問題がある。一見したところでは、アーカンソー州にはおそらく適切な司法権があることが示されているように思われる。当職はとりわけ UCCJA を規定したアーカンソー州民法第 9.13.203 章を援用し、その節の細則第 1、2、3 条による実質的な特権に基づいた司法権を持つ州、すなわち、手続が開始された時点での本拠州または手続の開始前 6 ヶ月前以内の本拠州は他にないと考える。過去の両親の住居がアーカンソー内にあり、命令はアーカンソー州内で下されるため、いずれにしても子は州との間に重大なつながりを持つであろう。

結論

結論は当該子の米国への返還を要請するのは憂鬱になる任務であると述べたことから得られたものである。要約すると当職は以下の理由によりそれを行う。

1. 子が米国から不法に連れ去られたことが明白である。
2. 両当事者が争議のはけ口を見出すための公正且つ正当な機会を提供しそうであると思われる裁判所が他にない。
3. 条約の目的は子に対して監護の権利を行使した、及び行使しているもう一方の親についての諮問の際に発生した害悪を防ぐことにある。

条約前文は、署名国の深い確信は「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」、そして彼らの望みは(i)「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」および(ii)「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」であると説明している。

条約の目的は、第1条で述べられているように、

- a. いずれかの締約国に不法に連れ去られ、又は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又は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
1. 当職は、妻に賛成して作用する唯一の要素は時間の経過であり、条約締約国内に現れなかったことおよび、彼女がアーカンソー州において自身で適切に手続きを起こすことが不可能であったことを示唆する証拠がなかったことにより緩和されたと考える。

本状況において、Nは母親とともにアーカンソー州へ返還されるべきであると思われる。これには多くの論理的な困難が生じる。当職は、両当事者がこれらの困難を解決することができるかと伝えられた。ゆえに彼らが議事録を作成できるよう本件から身を引くことを提案する。

命令

(1) 当職に更なる申立が提起されることに従い、当職は、子を本日から10日以内に米国に返還することを提案する。それまでの間、両当事者は相談することができる、それによりいずれの場合も返還の必要性を軽減することができる可能性がある。当職は、本状況においては費用についてのいかなる命令も下すことも提案しない。