

<http://www.incadat.com/> ref.: HC/E/AU 294

[24/09/1999; Family Court of Australia (Brisbane); First Instance]

Director-General, Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs,

[1999] FamCA 2059 (24 September 1999)

1975 年家族法

オーストラリア家庭裁判所 (ブリスベン)

判事 : Lindenmayer

1999 年 9 月 24 日

管理番号 : BR 1999-6565

当事者 :

家族・若者・コミュニティーケア担当局長 (申立人)

対

Hobbs, Julie (被申立人)

判決理由

出頭者

家族・若者・コミュニティーケア担当局長の代理人 : Parrott 氏 (Brisben 50 Ann Street State Law Building 11 階、Crown Solicitor 法律事務所所属)

被申立人である母親の代理人 : Jones 氏 (Qld 425 Southport 71 Davenport Street、Jones Mitchell 法律事務所所属)

## 判決

1 本件は、クイーンズランド州の家族・若者・コミュニティーケア担当局長が、州の中央管理局の権能において、家族法（子の奪取に関する条約）規則に基づいて行った申立てである。当職は、以後、その権能における長を、単に「局長」と呼ぶ。その申立人は、KH という名であるが、B という名でも知られ、1993年7月14日に南アフリカで生まれた子の南アフリカへの返還命令を求めるものである。本申立ては、子（K）の父親であるRBを代理してなされたものであり、当職は、RBのことを以下単に「父親」と呼ぶ。申立ての被申立人は、B 又はおそらくM という名でも知られ、子の母親である、JH である。当職は、JHのことを以後単に「母親」と呼ぶ。

2 本申立てに対する事実及び一定程度法律に基づく背景は、以下の通りである。

3 父親は、南アフリカ国民であり、そこで1967年8月16日に出生した。母親も南アフリカ国民であるが、1969年8月5日にウェールズで出生した。彼女が南アフリカ国民であるというのは正確でないかもしれないが、彼女はそこに何年も居住していたのは確かである。

4 両当事者は1993年3月6日に南アフリカで結婚した。既に述べたKという子（女兒）は、この母親と父親の唯一の子であるが、1993年7月14日に南アフリカのヨハネスブルグで出生した。Kは現在6歳数か月である。

5 母親と父親は1995年10月に離婚したが、その時子は母親が養育していた。

6 1996年3月15日、南アフリカのウィットウォーターズランド区域高等裁判所は、当事者の婚姻関係を終了させるという命令を宣告し、様々な問題について彼らの間で締結された同意を宣告した。この同意は紙媒体により構成され、関係がある部分については、添付資料PB2の中の父親の宣誓供述書の59頁に記載されているが、それには、「監護権」で始まる以下の規定が含まれている。

「婚姻によって生まれた未成年の子に関する監護・監督権は、被告に与えられる。」

それはすなわち母親のことである。

「上述された監護権の授与は、原告に与えられる。」

それはすなわち父親のことである。

合理的な全ての時期において上述の未成年の子と面会する合理的な権利を有し、その権利は、子の学業的・宗教的・社会的な活動に不合理な墮落をもたらさないような態度において行使されなければならない。

7 それ以後は、子は母親と住み続けた。

8 当事者間では、父親の子に対する接触という限りにおいて、一定の紛争があるが、これは、このような類の申立ての際に、裁判所が解決する可能性や必要性があるような紛争ではない。

9 母親は、1998年1月には南アフリカに戻ると言いながら、1997年12月、母親が子を休日にオーストラリアに連れていったことは、争いがない。この時は確実に、そしておそらくその時も、母親の両親はオーストラリアのクイーンズランド州ゴールドコーストに居住し続けていた。

10 1997年のことであることは間違いないが、父親からKに対する接触あるいは南アフリカで呼ばれているところの面会に関して、当事者の間に不和が起きはじめ、1998年2月26日、父親は南アフリカの高等裁判所に対して、彼の面会の権利を定める命令を要求する申立てを提起した。それに対し、母親は、これらの手続きの中で、父親の暴力的虐待的な性質を理由として、父親の親としての権利を一切合財終了させる命令を求める反対の申立てを提起した。彼の暴力かつ虐待に対して彼女が行った主張は、確かその手続きの中で、そして、ここで提起された材料の中では確実に、彼によって否定された。もっとも、繰り返すが、これは、当裁判所が本申立てにおいて解決する可能性や必要性がある問題ではない。

11 1998年5月21日、南アフリカの高等裁判所は、父親の面会に関する権利について命令を出した。その命令は、おそらくそうだったと思うが、その際の、当事者の代理人の交渉によって合意に至った結果であった。それは、以下のよう

「本申立ての結論として、申立人は以下のような面会権を与えられる。」

「3. 1 本命令に規定されたものに加えて、被申立人が申立人に対して許可したもの」

【申立人が父親で、被申立人は母親である。】

「3. 2 1998年5月30日から始まる隔週の土曜日9時から12時の時間帯にお

いて面会する権利および、1998年5月27日より効力の発生する毎週水曜日17時から18時までの時間帯において面会する権利（いずれの権利も、先述した住所 Lynette Rue において、その者の監督下において行使されるものとする）。」

12 本その命令には、監督者に関するさらなる規定や、母親が別の監督者を任命できるとする（最終的にそうしたものであるが）規定が置かれていた。当時の裁判所は、さらに、代理人が、申立人の面会に関する権利が定められるべきか否かや、申立人（父親のことであるが）がその子と何らの面会も行うべきでないかどうかについて調査を行い申立ての審問に向けて裁判所のために報告書を用意すべきことを、命令した。

13 その後、代理人によって、報告書の作成の前段階として、手続きが執り行われた。その中には、精神科医の Venter 博士によって、1998年9月14日かあるいはその辺りに書かれた論文が含まれているが、それは、ある意味において監視されない中での父親による面会を推薦していた。また、やはり同じく精神科医の Peter Kitsoff 博士による父親に関する論文もあったが、それは、他の論文と同様に、父親は、生まれつき、攻撃的・暴力的な人間ではないという結論を導きだしていた。

14 代理人は、1998年10月16日かあるいはその辺りにおいて論文を提出したが、そこには、Venter 博士や Kitsoff 博士の論文を含むすべての関連性のある資料を考慮したうえで、父親による毎週の4時間にわたる何ら監視下に置かれない面会の実施を、4か月間という期間であるが、開始することが薦められていた。

15 疑いようもなくその論文の結果、当事者は（それは母親と父親のことであるが）、さらなる交渉に入り、そして、1998年10月19日、その当時裁判所において行なわれていた手続きにおける様々な側面に関して、和解証書が彼らの間に締結された。この和解証書は、父親の宣誓供述書の103頁から107頁に登場する。そのすべてが関係するわけではない。現段階における目的と関連するのは、2段落と、2. 6. 1と2. 6. 2段落である。

16 2段落は以下のような、関連する段落を含む。

「2. 1 事件番号 96/2261 1996年3月15日の事件において出された裁判所の命令は、ここにおいて、次のように修正される。申立人（本件では父親）の子 K に面会する権利は、すべて合理的な面会権とするが、この権利は、Kitsoff 博士によって必要とされる絆形成に関するセラピーを含んだ形で監督かつ決定されるものとする。

2. 2 Kitsoff 博士は、1998 年 10 月 20 日に、申立人、子、被申立人（本件では母親である）と相談し、必要な時期に書面にて、申立人が行うことになる面会の性質や程度について当事者に対して助言をする。被申立人は、この目的のために、Kitsoff 博士の部屋を 1998 年 10 月 20 日の 10 時に訪れることを受け入れる。

2. 3 Kitsoff 博士が決定を下した後は、いずれの当事者も、Kitsoff 博士の決定を裁判所の命令にするために裁判所に行くことができる。

2. 4 もしいずれかの当事者が Kitsoff 博士の決定に不満があるのであれば、当該当事者は、その命令を変更するために、裁判所に行くことができるが、命令が変更されるまでは、面会は Kitsoff 博士が決定したようになされる。」

17 そして、2. 6. 1 段落と 2. 6. 2 段落はこのようであった。

「2. 6. 1 申立人と被申立人の書面による同意（この同意は、不合理な理由で、据え置かれてはならない。）なしに子が南アフリカから出ることを禁ずる禁止命令が、申立人（父親である）、被申立人（母親である）、1993 年 7 月 14 日に出生した未成年の子である KH に対して、出された。

2. 6. 2 申立人と被申立人は、子に南アフリカと英国のパスポートを取得させることができるために要求された全ての書面に署名する。

18 2. 6. 1 と 2. 6. 2. という特定の段落は、実際、1998 年 10 月 19 日、南アフリカのウィットウォーターズランドの管轄裁判所において命令へと昇華したが、この命令の封がされた複写が PB2 と記された添付資料の中の、父親の宣誓供述書の 183 頁に記載されている。

19 1998 年 10 月 31 日、父親は、その合意の内容（その期間における面会は、当事者の合意に従って Kitsoff 博士によって監視されるものとする）に従って監視下に置かれていない K との面会権を行使した。それは父親の宣誓供述書の添付資料である Kitsoff 博士の宣誓供述書の 189 頁の 8 段落に記載がある。

20 当職は、そこで Kitsoff 博士が何を述べていたかに言及することはおそらく不適切ではないと思う。彼は、8 段落において、このように述べている。

申立人は、1998 年 10 月 31 日 K に対する監視下におかれぬ面会権を行使した。彼が K を返還したのち、当職は、K と非公式の面談を行ったが、K がトラウマ化したというような兆候は何ら見て取ることができなかった。そこで、当職は、その必要がなかったことから

何らの精神に関する試験を行わなかった。K は、申立人と泊りがけの面会を始めたいとの願望を口にした。K が、泊りがけの監視のつかない面会をする用意のあることは明らかであったことから、当職は、面談の後、被申立人（母親）と M 氏（その当時母親が夫婦として生活を共にしていた者）に対して、当職が、申立人に対して、あと 2、3 日の訪問日を経たのちに、K との監視のつかない週末にかけた泊りがけの面会を許可することを決意したことを伝えた。

当職が、被申立人と M 氏に、この決断のことを知らせたとき、彼らは黙ったままであった。

21 1998 年 11 月 15 日、再び父親が、彼の理解によれば 1998 年 10 月 19 日の当事者間の合意書に基づいて可能となった面会権を行使しようとの目的のもとに、Kitsoff 博士の事務所を訪問した。しかし、この日、彼は面会権を行使しなかったことが明らかになる。それがなぜ最終的に起きるに至らなかったかという点については、当事者間に争いがあるが、これらの手続きを進める目的の下では、当職はこの争いを解決する必要はない。この紛争において問題にならないのは、彼がその機会に Kitsoff 博士の事務所を訪れていたとき、公平中立の言葉を用いるなら、K に対して、クリスマス休暇の間、母親に連れられオーストラリアへ国外移動するという点について、同意を与えようとしていたものである。父親は、母親はこれに完全には認めてはいないものの、当時、必要な書類に署名しない限りかつ署名するまでその日子と面会することはできないが、彼が署名すれば面会することができたというように理解していたと、述べる。

22 繰り返すが、今は、この問題を解決する必要はないが、明らかなことは、彼は子が 1998 年 12 月から 1999 年 1 月までの間海外に行くことに同意する書面に、署名するよう説得され実際に署名したことである。その同意書面は、父親の宣誓供述書面の 184 頁に、PB3 という記の下に含まれている。それは、Kitsoff 博士の便箋に記載されている。それは 1998 年 12 月 15 日付になっており、次のように述べる。

「同意は、1998 年 12 月から 1999 年 1 月まで休暇目的で出発するという目的の下で、KB に対して与えられた。パスポート申請は 1998 年 12 月 16 日月曜日にされるものとする。」

23 1998 年 12 月 16 日、父親の代理人が母親宛てに書簡を出した。その書簡の中で、代理人は、父親を代理し、父親が、母親の旅行、すなわち、母親が 1998 年 12 月から 1999 年 1 月までの期間 K をオーストラリアに連れていくということに対して前日に署名した父親の同意を取り下げたと記載されていた。その書

簡は、父親の宣誓供述書の添付資料 PB17、117 頁に記載されている。それは、実際は母親自身ではなく、母親の代理人に対し差し込まれたものであるが、書簡の最初の頁の下にある関連する段落にはこのようにある。

24 その書簡の受領は、1998 年 12 月 17 日付の、当時の母親の代理人による書簡によって確認されたが、その書簡の複写は、父親の宣誓供述書に対する添付資料 PB18 となっており、書類の 120 頁に登場する。その書簡の最終の段落では、代理人は次のように書く。

「私たちに、今日の 16 時までには、あなたの依頼人の書面による同意を送付ください。それを怠った場合、私たちは、早急に高等裁判所に行き、K を海外に連れていく同意をするべきとの命令を要求します。」

25 したがって、当職には、その当時の母親の親族によって、父親が撤回し、そして、12 月 15 日について当職が簡潔に触れた状況の下で行った自分の書面による同意の撤回を伝えたことが、承認されたように見えた。

26 その事実にも関わらず、1998 年 12 月 18 日、母親は、彼女が事実子と共に南アフリカを出てオーストラリアに来たのである。彼女は明らかに父親にそのようにするという意図を伝えずにそうした。しかし、当職が少し前に言及した 12 月 17 日付の彼女の当時の代理人から差し出された書簡に添付されていたのは、オーストラリアへ行きまた帰ると彼女がそこにおいて主張する「旅行日程」と呼ばれていたもので、それは、彼女が 1998 年 12 月 18 日に出発し、1999 年 1 月 8 日に戻ることを示していた、と書き留めておくことは不適切ではないだろう。

27 1998 年 11 月 24 日、南アフリカ高等裁判所は、父親による申立に対し、父親の宣誓供述書の 126 頁に添付資料 PB23 として記載されている命令を出した。

28 その命令は次のように述べている。

「次の通り命令する。

(1) 彼の未成年者の娘である K との合理的な面会をするという申立人（父親）の権利は、毎月第 2 週の週末（土曜日と日曜日を交互に行う）の 9 時から 16 時まで子と一緒にいる権利である。

(2) 申立人に彼の面会権を行使することを可能にするため、被申立人は、子をアルバートンにある Kitsoff 博士の部屋に連れていき、申立人がその面会権を行使したのちには子を引取りなければならない。」

29 彼女はその日より前に子とオーストラリアへ向けて出発したため、その命令は、明らかに母親の不在のうちに出された。

30 1999年1月15日、母親の内縁の夫M氏が、南アフリカにもどってきた（彼もまた、明らかにオーストラリアにいたものであるが。）、父親とその代理人と何らかの連絡交渉関係に入った。そのすべてに言及するのは不要であるが、ただし、彼が、母親は当時病気のために南アフリカにもどることができなかったことを伝えたことは例外である。

31 1999年2月13日あるいはその辺りにおいて、父親の代理人は母親に対して、オーストラリアにある母親の母親（それはすなわちKの祖母である）の住所に宛てて、書簡を送った。その書簡の形式ばった部分を省略すると、以下のようになる。

「私たちの依頼人に提供された旅程表によれば、あなたと子は1999年1月の間に南アフリカにもどることになっていた。あなたがオーストラリアにいる間、私たちの依頼人は娘と一切の面会と接触の機会を持たず、あなたは電話による接触も、依頼人が娘と電話で話すことを拒絶することによって、頓挫させた。私たちの依頼人は、あなたが1999年1月にアフリカにもどるという約束を破ったことおよびあなたが私たちの依頼人が娘と電話上の接触をすることを許可しなかったことを、非常に深刻なものと捉えている。

私たちの依頼人は彼の面会権が頓挫させられたことについて非常に動揺しているため、ここにおいて、あなたに、遅滞なく、私たちの依頼人に対して娘との電話を許可することを要求する。」

そして、以下の文面が続いている。

「私たちがあなたから連絡を受けない限り、私たちは、あなたが南アフリカに戻るつもりがないと推定し、私たちは、私たちの依頼人の権利とその子が父親に面会する権利を保護するために直ちに必要な法的手続を進める。」

32 代理人は、おそらく母親の母親、すなわち母方の祖母から、彼女が手書きで以下のような書き込みをした書類の複写を返事として受け取った。

「私は何も知らない。これは私の住所であり、私はJやKがどこにいるかについて何も知らない。私は何らの連絡も取り合っていない。私は、1998年10月以来Jを見ていない。最後に聞いたのは、彼女が、遠い東を經由して英国に行ったということである。」



(署名) M・H

そしてさら以下の文面が続く。

「彼女に対してここに一切書簡を送らないように。私は、そのことについて何も知りたくない。」

33 全資料によれば、H夫人(もしそれが彼女だとすれば)が書いて父親の代理人に送ったこの内容が完全に虚偽であったことは、十分に明らかである。彼女は、彼女の娘がどこにいたかということを知っていたし、また、彼女の娘は彼女と一緒に場所か、あるいは、クイーンズランド州のゴールドコーストにある彼女の住まいの近所に、ずっといたのである。

34 1999年3月8日あるいはその辺りにおいて、M氏は、おそらく初めてのことだと思いが、父親に、母親と彼は南アフリカに居住目的でもどってくることはないことを助言し、父親は、子の返還のために、自分の代理人にハーグ条約に基づいて手続きを開始することを指示した。

35 申立ては、局長によって、1999年6月17日、間違いなく、南アフリカの中央当局の指示に則って、我が国で提起された。その間、1999年4月頃、父親は、英国から送付されたと主張され実際も英国から送付された母親からの書簡を受け取ったが、その書簡の中で、彼女は、彼に、彼女が英国から遠いところに住んでいること、医学的な理由により彼女は3か月程度のものであることを伝えた。

36 母親は、父親にさらにこうも伝えた。

「私の夫であるS・Mは、ミドルイーストにおいて非常に良い職業の勧誘を受け、この仕事を引き受けるつもりである。これは2年契約で、その間私たちはそこに住むつもりである。いったん落ち着けば、私たちはわたたちの住所と電話番号を教える、そうしたらM氏は望めばいつでも私たちの娘のKを見に来ることができる。現在は、私たちは、何ら固定的な住所を持っていないので、現時点で住所を伝えることは意味がない。」

彼女は続ける。

「あなたの依頼人が興味があればの話だが、Kは幸せかつ健康である。」

37 繰り返すが、今まで起きた全てのことに照らせば、あの一連の返事は虚偽

の塊以外の何物でもなかったことは、十分に明らかである。彼女はその当時英国にいなかったし、行ったこともなかったし、オーストラリアに残っていたのである。

38 手続きは当裁判所で行われたが、母親は、もしこの表現を使うことが許されるならば、裁判に参加し彼女の消息について証拠を出すよう促す彼女の両親に対して発されたいくつかの召喚状によって徐々に押し出された。

39 彼女は、彼女の法上の代理人である Jones 氏によって現れ、申立てに反対した。中央当局の申立ては、次のように命令する。

「(1) KH という名であるが、B という名でも知られ、1993 年 7 月 14 日に南アフリカのヨハネスブルグで生まれた子を南アフリカへ返還する。

(2) K・H、B 又は M といった名で知られる子の返還に関する支出を含む、申立人や P・B の名でも知られるその父親 Reto Heinz によりあるいはその利益のために支出された必要な支出は、B という名で知られ、M という名でも知られるその母親 J・H によって、支払われなければならない。」

そして、これまた求められ、そのうちいくつかは発出された特定の間接命令がある。

40 本訴訟は当職が以前に言及した法に則って執り行われたが、法のうち関連のある個所については適宜言及するものとする。しかし、その法はハーグ条約のオーストラリアにおける具現化あるいは実効化であり、それはその法のスケジュール 1 に含まれる、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する (1980 年ハーグ) 条約である。

41 英国やいくつかの国と異なり、オーストラリアはその条約を実体的な法の一部としては採用しておらず、むしろ、当該条約の規定の内容を大いに (完全ではないが) 反映する法を導入した。それは、本件の申立てを取り扱う当裁判所を統治する法でもある。

42 さらに前に進む前に、本日の審理の冒頭、局長である Parrott 氏が、当職に 37 頁にわたる詳細かつ整理された論文の要約を手渡した。便宜のため、また、それらの論文の非常に分かりやすい形ゆえ、当職は、判決にこの論文の複写を添付することを提案したが、適切な機会であるものと映れば徐々に、論文の要約の様々な段落に言及し、あるいはそうでなければそれを引用したい。

43 本申立てに適用可能な法律の一般原則と、ハーグ条約申立てと称されるが

厳密には法に基づくものであるところの本申立てをあつかう裁判所の権力については、Parrott 氏の書かれた要約書面の 1 段落から 16 段落までに記載されている。そのうちいずれも本手続きにおいては争点ではなかったが、当職は予告なしに、その段落に現れたことを引用するが、ただし、Hanbury Brown (1996) FLC 92-671 82, 976 事件への言及と特定の法の条番号に関して印刷上の誤りがあることの指摘があったため、第 9 段落に小さな誤りがあったことを付け加えておく。しかし、その時点での法は元の形とは異なる形をとっていたため、それは誤りではなかった。しかしながら、当職は、その論文の全ての趣旨を採用している。

44 論文の 18 段落において、Parrott 氏は、申立人が本手続きにおいて成功を収めるために立証しなければならいと主張するものを要約したが、当職は、これに同意し、その段落に記載されていることを採用する。

45 夫人の代理人である Jones 氏は、一助となる自身の作成した論文によって、そこで言及されている多くの問題は、目の前にある本件では問題にならず、簡潔に目を通すことが適切であることを示した。

46 Parrott 氏の要約書の 18 (a) 段落において、申立人が立証しなければならないものとして、最初に言及されているものは、以下である

「KH という名であるが、B という名でも知られ、1993 年 7 月 14 日に生まれた子の常居所は、彼女が南アフリカから連れ去られオーストラリアに留置されていた時点では、南アフリカであったこと。」

47 Jones 氏は、その主張には異議を唱えなかった。したがって、証拠により、当職は、K はその時点で南アフリカに居住していたと認定した。

48 18 (b) 段落では、申立人は南アフリカがハーグ条約が適用されるべき国であることを立証しなければならいと、主張されているが、これも本手続きにおける争点ではなかった。南アフリカは、現在明らかに条約がオーストラリアとの間で有効に適用される締約国である。

49 18 (c) 段落では、Parrott 氏は、申立人が、申立人（本件では、父親）が子の監護権を有することを立証しなければならいと、正確に述べる。これが本手続きにおける争点であり、Jones 氏は、当職がしかるべき時期にそのような監督権たるものが父親の下に存在することを認定することができないことを実効的に主張する。当職は、おいおいこの点に戻る。

50 18 (d) 段落では、申立人は、子が 1998 年 11 月 18 日かその付近に南アフリ

リカからオーストラリアへ連れ去られたことによって、申立人の監護権に侵害が生じたことを立証しなければならないと主張されているが、その監護権は、その当時行使されているか、あるいは、連れ去りがなければ行使されていたものである必要がある。それは、母親の利益のため Jones 氏によって否定されていたが、この点についても追って扱う。

51 しかし、次の 18 (e) 段落は、Jones 氏によって有効に承認されたが、本段落は次のようなものであった。申立人は、代わりに、1998 年 1 月 8 日に子がオーストラリアに留置されたことにより、その当時行使されているか、あるいは、移動がなければ行使されていたはずの申立人の監護権が侵害されたことを、立証しなければならない。

52 当職が述べたように、Jones 氏は、その当時父親が監護権を持っていたか否か、及び、その監護権はその当時行使されているか、あるいは、移動がなければ行使されていたはずのものであったかといった争点について争った。しかし、彼は、もしそれが本件であるならば、所定の法が意味するところの留置があったことになるという点については、争わなかった。

53 彼の要約書の 18 段落から 33 段落では、Parrott 氏は、法律、事実両面から、常習的な住所地についての開陳を行う。それは、本手続きにおいて、争点ではなかったし、母親の代理人である Jones 氏によっても争点化されることがなかったので、当職は、その資料の全てについて精査しない。当職は、その論文のそれらの段落を採用するといえればそれで十分であり、当職は、関連するすべての期間、少なくとも 1999 年の 1 月の半ばまでは、K は常習的に南アフリカに暮らしていたと認定する。

54 34、35 段落では、南アフリカが締約国であることの言及があるが、すでに述べた通り、それが問題ではない。

55 もっとも、本手続きにおいて重要な争点は（おそらく法律に関することであるが）、関連のある時期に父親が K に対する監護権を有していたか否かである。

56 何よりもまず、関連法令に言及する必要がある。本件の性質、すなわち、本件における争点に決着をつけるためには一部しか関係しないことから、当職は、条約や規則の規定につき詳細を記載することを提案しない。

57 規則第 3 条 (1) は、「子の連れ去り」を次の言葉で定義する。

これらの法における子の移動という文言は、その移動の時に当該権利が次の条件を満たす場合の、監護権個人、機関、その他子に関わる団体の監護権の侵害を伴う、その子の移動という意味である。

- (a) 共同あるいは単独で、実際に行使されていたこと
- (b) 子の連れ去りがなければ、行使されていたこと

そして次に、規則第3条(2)が、「子の留置」を次のように定義する。

これらの法における子の留置という文言は、その留置の時に当該権利が次の条件を満たす場合の、監護権個人、機関、その他子に関わる団体の監護権の侵害を伴う、その子の留置という意味である。

- (a) 共同あるいは単独で、実際に行使されていたこと
- (b) 子の留置がなければ、行使されていたこと

58 すると、規則第4条が、法の目的の下における「監護権」を次の言葉で定義する。

「これらの法の目的の下においては、個人、機関、その他子と関連性のある団体は、以下の条件を満たせば監護権を有するものとする。

(a) 子の常居所はオーストラリアであるが、当該子の連れ去り又は留置の直前に締約国に存在しており、

(b) 子に関する監護権が、彼・彼女の移動・留置の直前に常習的に居住していた締約国において効力を有する法律に基づき、単独あるいは共同で、個人、機関、その他団体に属していたとき」

59 それは規則第(1)項である。規則第(2)項は次にこう規定する。

「法第(1)項の目的に基づき、監護権は、子に対する個人の養育に関する権利、特に、子の居住地を決める権利を含む。」

規則第(3)項は、次のように規定する。」

この規則の目的によれば、監護権は以下の場合に生じる。

- (a) 法律の効果として
- (b) 裁判上あるいは行政上の決定に基づき

(c) オーストラリアや締約国において効力を有する法に基づき法的効果を有する同意の結果として。

60 したがって、広い視点でいうと、立証されなければならないのは、父親が母親による彼女の南アフリカからの移動・留置の時点において K に対する監護権を有していたことと、彼女の移動や留置がそのような監護権の侵害に該当していたこと、である。

61 この争点に関連して、当職は、当職にとって有効な開陳と映る Parrott 氏の要約書の 36 から 50 段落を敬意をもって採用する。特に、本件の状況下においては、当職は、C 対 C 事件 (未成年: 奪取: 海外における監護権) [1989] 2 AllER 465 : 特に Butler-Sloss 判事の 468 頁及び Neil 判事の 472 頁) に関する控訴裁判所の判断に依拠する。

62 それは、英国人である母親がオーストラリア人である父親と結婚し、のちにオーストラリアに居住目的で行った事案であった。子は 1982 年にそこで生まれた。結婚が破たんした後、オーストラリアで離婚手続きが執り行われた。同意は、様々な事項において到達され、1996 年 12 月、当裁判所において子の監護権を母親が有すること、父親と母親が共同親権者にとどまること、いずれの親も他の親の同意なしには子をオーストラリアから移動させてはならないこととする和解命令が出された。1998 年 8 月、父親の同意なしに、母親が子をオーストラリアから英国に移動し、父親が、1985 年子の奪取及び監護に関する法に基づき、英国の高等裁判所に、子のオーストラリアへの返還を求めて、申立てを行い、オーストラリア裁判所の管轄区域からの子の連れ去りは条約第 3 条における「不法な連れ去り又は留置」であると主張した。その主張は、それは父親の監護権の侵害によりなされたというものであった。

63 そこで、オーストラリア裁判所の命令のもと、父親が監護権を持っていたかどうかという疑問が生ずる。控訴裁判所は、彼の同意なしには母親が子をオーストラリアから連れ去れないという父親の権利から、父親は子に関する監護権を有すると判断した。468 頁において、Butler-Sloss はこのようにいう。

「当職の判断によれば、父親は、母親の要求に基づき子がオーストラリアに住むか管轄の外に住むかについて決定する権利を有する。」

そして、同じ頁の後半において、判事はいう。

「第 5 条の文言は、当職の見方によれば、第 3 条に読み込まれるべきである。そして、特定の状況においては、監護の意味を通常理解されている国内の解釈をさらに拡張して解釈する。したがって、本件においては、母親にはオースト

ラリアの国内において居住地を決定する一般的な権限があるが、オーストラリアの家庭裁判所の管轄区域外においては、父親の同意に左右されるというより限定的な権限を有している。父親は、オーストラリアの国土の中で子の居住地を決める権利は有さないが、オーストラリアにとどまり、あるいは彼が同意しない限り子はオーストラリア以外の地域に住むことはないことを保証される権利がある。このような限定的かつ接合的な権利は英国の家族法においては全く知られていないが、オーストラリアの家族法においては疑いようがない。事実、第3条においては、監護権は、単独あるいは共同で行使されることが特に認識されている。条約は、その範囲内であれば有効になるように、解釈されなければならない。当職は、子が、1986年11月4日の命令第2項の侵害によって管轄区域から違法に移動されたと考える。

64 Neil 判事は、彼が次のように述べる 472 頁において、その立場をより鮮明にする。

「子の居住地を決める権利は、したがって、第3条が適用される場所の監護権の中に含まれる。」

そして、この目的のために、第3条は、我が国規則第4条と、比較的文言が同じなのである。

「さらに、第3条単独からしても、その権利は、個人に単独または共同で帰属し、特に、裁判上あるいは行政上の決定やオーストラリアや締約国において効力を有する法に基づき法的効果を有する同意を根拠として生じるように見える。この導入によって、当職はシドニーにあるオーストラリア家庭裁判所によって出された 1986 年 12 月 4 日付の命令に向き直った。それは、和解命令であった。その命令の 1 段落目によると、母親が子の監護権を有すべきこと、父親と母親とが共同親権者にとどまるべきことが規定されていた。2 段落は、次のように書かれていた。

『夫、妻のいずれも、他方の同意なしには、子をオーストラリアから連れ去ってはならない。』

決定に際しての問題は、はたして第2段落が父親に子の居住地を決める権利を与えるか否かということである。明らかに、これは排他的な権利ではない。母親は子に対する監護権を有し、オーストラリアのどこに住むかを決定することができる。しかし、子が母親によってオーストラリアの外へ連れ去られるときは、父親の同意が必要とされる。この同意は、国外にいる期間と、子の連れ去り先の国との2点において、制限されることは、明らかである。したがって、例えば、父親は、母親と共に英国やその他同意された他の国やあるいは特定の

住所にすら一年間ほど住むことについて子に対して同意を与えることはできない。

当職は、子のいかなるオーストラリアからの移動に同意を与えたり留保したりする権利は、条件を付けるという暗黙の権利と合わさって、子の居住地を決める権利であり、したがって、条約第3条や第5条の意味に含まれるところの監護権であると認める。当職は、さらに、この結論が条約と1985年法の目的と合致するものであることも認める。去年の8月まで、この子はオーストラリアに常習的に住んでいた。1986年、オーストラリアの家庭裁判所は、彼が父親の同意なしにはオーストラリアから移動されないとの規定を含む彼の監護権に関する命令を出した。当職の判断によれば、その規定の効果は、条約と1985年の法が達成しようとして模索していた目的と完全に合致する。

65 当職には、その事件が、関連する目的のために、母親に好意的な監督命令を出す一方で、どちらの当事者も他の者の同意がなければ子を南アフリカから移動できないという命令も同時に出したという点において、現在の事件とよく対応していると考えられる。

66 当職の前にはさらに、父親の宣誓供述書に対する添付資料BP3のGroebler Hendric氏による陳述書の形で、監護権に関する南アフリカの法についての証拠がある。証拠は、宣誓供述書の5段落と下記に含まれる。当職は、Groebler氏がそこで述べることは記録に値し、またそれをするにあたって当職は、外国の法の問題は、本質的には、裁判所がどちらについて専門的案証拠を受け取るかという事実の問題であると考え、それがGroebler氏が宣誓供述書において述べることである。彼は次のように述べる。

「南アフリカの法においては、未成年者に対するそれぞれの親の権利に関しては統一された法がない。法の原則は、南アフリカの裁判所において様々な判決の形で解釈されてきたコモンローか、その場限りの制定された立法のいずれかにおいて発見される。一般原則によれば、家族や個人に関係する南アフリカの法は、未成年者の子に対する監護権と後見とをはっきりと区別している。しかしながら、二つの概念はいずれも、はっきりと定義されておらず、この二つの概念に明確な定義を与えようとする裁判所の意図は必ずしも成功してこなかった。

7 しかしながら、一般的な法則によれば、親権者の概念は両親が法律上の子に対して有する権利の束の総計を示す。これは、未成年者の子の不動産を制御する権利、未成年者の子の住所が所在する国を決定する権利、未成年者の子に結婚の同意を与える権利、あらゆる契約に関して締結する同意を与える権利を含む。この概念は、例えば未成年者の養育に貢献したり、未成年者の不動産に



ついて適切に登記をするよう説明したりといったような未成年者の子と向かい合う義務を含む。1993の192番の後見法は、両親に、法的な子に対する親権を平等に与える。法の複写はここに、HG1との記号の下に添付されている。

8 一方の監護権のほうについては、未成年者の子の精神的管理と養育に関係し、未成年者の子がその時間をどのようにどこで過ごすかを定める権利を含む。保護者としての両親は、しかし、単独で未成年の子が移住する権利があるかや、南アフリカを発つ権利が与えられるべきかを、定める権利を持たない。」

67 彼は、その後、1998年10月19日付の命令に含まれていた禁止や禁止命令（当職はこのように呼ぶ）に言及する。彼の宣誓供述書に添付されているのは、後見法の関連ある箇所であり、その法のセクション1、サブセクション(2)より次のことが明らかになる。

「子の母親と父親双方が未成年の子の親権を有している場合にあっては、有効な裁判所が他の判断をしない限り、両当事者の次の事項に対する同意が必要であると仮定した場合にあっては、各々は、他の同意なしにいかなる権利や権力を独立に行使し、親権により生じたいかなる義務を履行することができるが、対照的に裁判所のいかなる命令に対しても従わなければならない。」

そして、いくつもの項目に触れたのち、段落(c)に含まれているものは、

「一人の親や親以外の別の人間による南アフリカ共和国からの子の連れ去り」

68 全資料における証拠と当職が言及した命令に対して考慮をしなければならないとすれば、当職は、父親が、考慮すべき期間において、規則第4条(2)に該当するところの子の居住地を決める権利を有していたと考えるが、そこにおいては、彼は、彼の同意があった時に限り子の居住地が南アフリカの中か外かを定める権利を有している。そして、その観点から、その地位というのは、当職がすでに述べたように、C対Cの件に関して控訴裁判所により扱われた地位と対応する。

69 したがって、当職は、1998年11月18日と、それ以後の全ての考慮すべき期間において、父親が、Kに関する、本手続きにおいて当裁判所を拘束する規則第4条に該当するところの、監護権を有していたことを認定した。

70 Parrott氏の論文の中で次に取り上げられている争点は、移動と留置の問題である。そして、再び、当職は、この判断の目的のために、51から62段落を採用する。

71 当職は、母親が 1998 年 11 月 18 日 K と南アフリカを出発した時点において、父親が母親がそうすることについて同意を与えていなかったこと、彼女が彼が同意をしていないことを知っていたことを、認定する。それは当職にとって、当職が先に言及したやり取りから明らかである。したがって、そのような移動は、当職の考えでは、父親がその当時行使していたあるいは移動がなければ行使していたであろう K に関する監護権の侵害である。

72 したがって、法の範疇においては、移動は違法であった。

73 さらに、当職は、仮に父親が子に対して 1998 年 11 月 15 日に与えた休暇目的の移動に関する当初の同意が 1998 年 11 月 18 日よりも前に有効に廃止されていないとしても、母親は、彼が彼女に 1 月 8 日以降か少なくとも 1 月の半ば以降の子の留置に関して同意を与えていないことを知っていたことを認定したが、この事実は、彼女の違法な留置を構成し、それゆえ父親の監護権を侵害する留置となる。

74 Parrott 氏の論文において次に提起される問題は、規則第 16 条 (1) (a) や (b) が本件に適用されるかである。母親によって、この点に関する争点が形成されたが、それは Jones 氏によって貫かれなかった。しかしながら、当職は、法が述べていることに言及するのが適切であると考えます。規則第 16 条 (1) はこのように記載されている。

規則第 14 条に基づく申立てに関する規則第 14 条 (2)、(3) に従えば、

それはすなわち、以下のものであるが、

「裁判所は、以下の要件を満たせば、子の返還命令を出さなければならない。

(a) 申立てが提起されたのが、子がオーストラリアへ連れ去られたあるいは最初に留置された日から数えて 1 年以内であるか、または、

(b) 申立てが提起された日が、裁判所が、子が新しい環境に落ち着いてきたと認定しない限り、子がオーストラリアへ連れ去られたあるいは最初に留置された日から数えて少なくとも 1 年を経過した日以降であること」

75 すでに述べた通り、母親は、宣誓供述書の中で応答として、彼女がオーストラリアで 1997 年の末から 1998 年の頭まで子ととった休暇旅行を根拠として、子が 12 か月以上もオーストラリアにいることについて、十分な議論を試みた。その陳述は、明らかに何の利益もないものであり、すでに述べたように、これは Jones 氏の当職に対する論文においては言及されていなかった。当職は、

母親の異議を却下し、Parrott 氏の要約書面の 63 段落から 65 段落を採用した。

76 そして、規則第 16 条 (2) は、次のように規定する。

「裁判所は、規則第 16 条 (1) に基づき、以下の要件が満たされれば、命令を出すことを拒絶しなければならない。

(a) 子の移動や留置は、これらの法に該当するところの子の連れ去りや留置ではないこと

しかし、当職は、これがそれに該当することをすでに認定済みであるので、これは適用されない。」

または、

(b) 子は、その連れ去りや留置の直前に締約国における常居所を有していなかったこと

その子は、連れ去りや留置の直前に締約国において常居所を有していたと認定した。

または、

(c) 子が 16 歳に到達していること

彼女が明らかに到達していない。

または、

(d) 子は、子がオーストラリアに連れ去りあるいは最初に留置された時点で締約国ではない国からオーストラリアに、連れ去りし、あるいは留置された場合

明らかに該当しない。

または、

(e) 子がオーストラリアにいない場合」

繰り返すが、子はここに存在することからこれは明らかに該当せず、これは争

点ではない。

77 そうすると、当職たちは、現在の申立てに対する母親の異議の要点を含むところの規則第 16 条 (3) にいざなわれる。その条文は次のように規定する。

「A 裁判所は、申立に反対しているものが次のことを立証した場合には、(1) 条に基づいて命令を出すことを拒絶することができる。

(a) 規則第 13 条に基づいて子の返還に向けて申立を提起した個人、機関その他の団体が、

(i) 子がオーストラリアに連れ去りされあるいは最初に留置された時点において、実際、監護権を行使しておらず、また、連れ去られなければまたは留置されなければそのような権利が行使されなかったであろう場合

(ii) 子がオーストラリアに連れ去られまたは留置されることに同意または黙認した場合

78 当職は、父親が、子が連れ去りないし留置された時点において、実際、監護権を行使しており、また、少なくとも連れ去りないし留置されなければそのような権利を行使したであろうこと、子がオーストラリアに連れ去られあるいはそこで留置されることに同意も黙認もしていないことなどを認定したため、当該段落が本件における状況に適用されないことを明らかに認定した。

79 段落 (b) がさらに次のように続ける

「裁判所は、返還に反対している個人が以下のことを立証した場合には、(1) に基づき命令を出すことを拒絶することができる。

(b) 返還することによって子が心身に害悪を受け、又は他の耐え難い状態に置かれることとなる重大な危険があること。」

80 本件において母親が強く依拠しているのは、この段落 (b) である。それは以下のように続ける。

「(c) 子が返還されることに反対しており、年齢や地位ともに子の観点を考慮に入れるのが適切であるといえる程度に成熟し、

(d) 子の返還が、オーストラリアの人権保護と基本的自由に関する基本原則により許されないとき」

段落 (c) が、本件の状況に対して、適用されるべきということは、全く指摘されていない。母親の資料には、段落 (d) の適用があるかもしれないとの指摘がある。この点については、適宜扱う。

81 すでに述べたように、規則第 16 条 (3) の段落 (b) は、妻が命令の申立てに反対するための根本的な基礎である。母親側の本質的な証拠はこれである、すなわち、彼女は当初休暇の目的で 1999 年 1 月には戻るつもりで 1998 年 11 月、子と M 氏と共にオーストラリアに来た。彼女はこの時 M 氏の子を身ごもっていた。彼女は、オーストラリアに来たのち、妊娠とそれに伴う健康上の問題を考慮したところ、出産前と出産後一定期間は医学的に南アフリカにもどることは不可能であったと言う。彼女の子、Amber は、今この瞬間忘却しているがある一定の日にオーストラリアで出生したが、現在は 7 か月である。当職は彼女が 2 月に生まれたと思う。

82 母親の言い分は、母親自身と M 氏が南アフリカに戻りたいと思っておらず、M 氏が本件の手続きの中で宣誓をし、その宣誓の中で、彼の子のアンバーがオーストラリアを出て南アフリカに返還することに同意しないと述べた事実等を特に重視して、重大な危険があるため、K を南アフリカに返還することが彼女を身体的、精神的危険にさらし、又はそうでなくとも彼女を耐えがたい環境に置くことになるというものである。母親は、確か彼女が授乳していると述べていた 7 か月の赤ん坊がおり、その子を残していきたくないために非常に居心地の悪いジレンマに陥っており、そのために裁判所が彼女の返還を求めても K を連れて南アフリカへ行くことができないというのである。彼女の代替策は、K と南アフリカに行き、彼女の 7 か月の赤ん坊を残していくことのみ、ということになるのである。

83 さて、すでに述べた通り、彼女が直面するジレンマは非常に不愉快なものであることに疑いの余地はないが、しかし、当職はそれが彼女が自分で作り出したものであるといわなければならない。また、単に彼女がジレンマに陥っているということが、必ずしも K を南アフリカに連れていくことが彼女を規則 16 条 (3) (b) が規定するような重大な危険にさらすという結論を導かない（可能かもしれないが）のである。

84 より前に進む前に、父親が、彼の宣誓供述書に添付してあるように、裁判所に一定のアンダーテイキングを申し出たことを書き留めておくことが適切であろう。添付資料の番号は PB35 であり、おそらくそれは宣誓供述書の原本に添付されるつもりだったがされなかったのであろう。父親が申し出たアンダーテイキングは以下のものである。

(1) 申立人は、被申立人と対峙するいかなる犯罪人や以下の事柄から発生する国民的な責任追及を自発的に支援しないことを約束する。

1.1 Kがそのようなパスポートで旅行することを可能にしたところの、被申立人が自分のパスポートについて登録を受けた際の言動

1.2 1997年の間あるいはその近辺における、Kの南アフリカ共和国からの連れ去り

1.3 1998年12月の間かその付近における、Kの南アフリカ共和国からの連れ去りと、その後のオーストラリアにおける留置」

85 このアンダーテイキングは、母親が宣誓の資料で述べた憂慮に対処するためのものであったが、その憂慮とは、彼女の南アフリカへ帰還すれば、彼女は逮捕されその権威に犯罪者として何らかの処遇をせまられるというものであった。なお、犯罪の正確な性格について彼女は資料の中ではっきりとは述べていないが、ただ一か所、それを奪取罪を表現している箇所があるが、おそらく、いつかの時点で父親によって、最初の1997年と二つ目の1998年の南アフリカからの退去の両方かまたはいずれかのどちらかに関して訴訟提起がされたものであると思われる。

86 二つ目に、彼は、現在被申立人（本件における母親）に対して請求されているであろう1段落で言及されたあらゆる告訴を撤回するアンダーテイキングする。三つ目に、彼は、Kの南アフリカへの飛行機代を負担するとアンダーテイキングする。また、当職は、この段階で、彼は本日裁判所に南アフリカからの訴訟代理人とともに出席したことを、彼から知らされたことを付け加える。

87 4つ目に、彼は、南アフリカの裁判所がそれとは異なる命令を出すまでに彼女が子を連れて南アフリカ共和国にもどった場合には、Kは被申立人の養育の下にとどまるとアンダーテイキングする。

88 5つ目に、もし被申立人がKを連れて南アフリカにもどってこなければ、申立人自身が、Kを南アフリカまで連れていき、南アフリカ共和国の裁判所がそれとは異なる命令を下すまでの間、Kを彼の養育下に置くことアンダーテイキングする。

89 6つ目に彼は、Kの南アフリカ共和国への到着から48時間以内に、彼女の監督、権利、面会、維持に関する手続きを南アフリカで行うことをアンダーテイキングする。

90 結論をそのような手続きの中で据え置く中で、当事者各自の権利は、彼らが1998年10月18日にヨハネスブルグにて締結した、和解に関する同意書によって統治されるが、それは彼女がそこにいる限り母親に対して父親の面会を

条件とした子の監護権を保持することを効果的に許していることを付け加える。

91 7つ目に、彼は、K が南アフリカに返還されてその結果としてオーストラリアでの今年度の学校教育を完遂することができなくても（母親が資料の中で提起した問題点であるが）、K に現在メリマック州の学校で受けている水準以上の当職学教育を受けさせること、そのような当職学教育の費用を負担することをアンダーテイキングする。

92 8つ目に、そして、最後に、彼はこれらのアンダーテイキングに対する同意が命令に同様の内容として埋め込まれ、当裁判所および南アフリカの高等裁判所によって認められるものになることを示す。

93 Parrott 氏の口頭による開陳の中に当職は 8 段落が何を意味しているのかという疑問を挙げた。そこで父親が言っていることは、当職の理解によれば、そこでも当裁判所に提出された書面にあるアンダーテイキングに拘束されるのとおなじくそのようなアンダーテイキングに拘束されることになるように、彼は類似のアンダーテイキングを南アフリカの高等裁判所に対しても与えることに同意するという事だろうと思われる。そして、その裁判所に適切なアンダーテイキングをするという本アンダーテイキングを条件として、子の返還命令を出すことは可能である。

94 規則第 16 条 (3) (b) に基づき、彼の開陳を彼女の防御の支援材料にするため、Jones 氏は、当裁判所の Joske 判事のヴィクトリア州の State Central Authority of Victoria 対 Ardito (unreported FCA 29 October 1997) 事件に関する判断に言及し依拠した。当職の考えによれば、この事件は本件と明らかに区別できる。

95 その事件は、オーストラリア人であったが米国人の夫と結婚し米国で生活していたが二人の子の母親が、二人の子のうち一人とオーストラリアにもどってきた。手続きは子の返還を求めてオーストラリアの法に則って父親によって提起され、当初は母親もそのような命令に同意していた。しかし、次第に、米国に戻るためのビザを取得することの困難性から、彼女は異議申立てを行い、彼女がビザを取得するにあたり地直面している困難性に関する新鮮な証拠が裁判所の面前に提出され、異議申立ては受領され、再審理のために差し戻された。Joske 判事に提出された資料は、その再審理の詳細である。

96 本事件に対する彼の判断の中で、判事は、当職に提供された判決の 28 頁に登場する州の中央当局の代理人によってなされた承認に言及する。彼は、次のように記載する。

州の中央当局の代理人によって、被申立人がその国における監護権に関する手続きに参加し審理されるために、米国に入国する方法がないことが認められた。

97 判事の判断を読む限り、母親がいくつもの不成功に終わった申立てを、子の監護権に関して行われることが予想された異議手続を行うための米国への訪問のために、米国の当局にしたこと、結果的に彼女はビザを取得することができなかったことは明らかである。したがって、結果として、彼女は、法によって、米国に入国し手続きに異議を唱えることを不可能にされたのである。判事は、その事実に基づき、母親が、米国に戻ることを命令されながらも、法によって、そこに現れ彼女の監護権に関する紛争について証言することを不可能にされた場合には、子を耐えがたい環境に置くことになる最終的に結論付けた。

98 当職の見方によれば、その事件における状況は、本件の状況と極めて明らかに区別される。本件では、母親が南アフリカに戻ることにについて何らの法的な障害がない。もちろん、当職が述べたように、事実上の障害（しかし本質的には彼女が自ら作り出したものであるが）、すなわち、オーストラリアに来てから彼女は現在7か月になる赤ん坊を出産し、その子の父親がその子を南アフリカに返還することに同意しないことを誓ったといったようなこと、は存在する。それは、当たり前であるが彼の問題であって、母親についても K と南アフリカへ戻るかアンバーとオーストラリアにとどまるかは選択の問題である。もし、当裁判所が K を返還せよとの命令を出し、M 氏が当裁判所の命令を前にしてもなお Amber との関係に関する態度を維持した場合のことではあるが。

99 彼も母親も、当職の見方によれば、当裁判所を効果的に脅して、法を通して課される条約上の義務を免れるようにすることは許されない。彼らにそれを認めることは、当職が別の文脈ですでに言及した **Butler-Sloss** 判事が C 対 C の事件で指摘していたように、彼らに法の抜け穴を見つけることを許すことに他ならない。その事件では、アルディトの事件で **Joske** 判事により実際引用されていた段落の中で、**Butler-Sloss** 判事は 471 頁で次のように述べる。

「本条約は、この国の裁判所に対して、子の福祉を最高位に考慮するよう要求しないが、ただ危険が及ぶという重大なおそれを認定することを要求する。当職は、母親が戻ることを拒絶しているだけであれば、子が耐え難い環境におかれるとは認めない。様々な事実を総合すると、当職は、条約に基づく申立てを子のためではなく彼女自身の理由による母親の拒絶のために否定することによる効果を最大限重きを置かなければならない。親は、心理的な状況を作り出したうえで、さらにそれに頼ることができるのだろうか。もし、子の精神的な



危険に対する重大なおそれとその子を奪取した親の行いによって生じるならば、子を管轄区域の外に連れ出し返還を拒む全ての幼い子の母親によって依拠されることになろう。それは、少なくとも幼い子に関する申立てに関して、条約の抜け穴を作ることになる。当職は、個人的には、これが国際的な関係における利益になるとは信じられない。また、母親が、自分の行為によって、彼の母国に住んでいるべき子の返還を妨げ、子がもう片方の親と接触すること否定することに成功してはならない。」

100 当職は、本件に関する判事のコメントを採用する。アルディト事件において、**Joske** 判事は、本件が本事件と非常に異なることを明らかにし、また、相違の本質について次のように記した。

妻は、米国への帰還を意図的に拒絶したわけではなく、したがって、精神的損害や耐え難い状況への重大なおそれを防ごうと努めた。一方、州の中央当局の申立ての後の日において、米国に子を連れて帰れとの命令に同意した。

101 そして、彼は、彼女がビザを取得するのに直面した困難や最終的にビザを取得することができなかったことについて続ける。

102 したがって、本事件における判事が、**C** 対 **C** 事件を区別したのと同じように、当職は、本件をアルディト事件と区別し、本件は、どちらかというとも **C** 対 **C** 事件とその件における控訴院の判断の方と対応すると、結論付ける。

103 当職は、父親が、**K** が南アフリカに帰還した際の彼女の福祉を保護するために、当職からしたら適切なアンダーテイキングと思われるものを提案したことを示した。

104 当職は、**Parrott** 氏の論文の 130～150 段落を認め採用し、**K** の南アフリカへの返還が彼女を心身的危険にさらし、あるいはそうでなくとも耐え難い環境におかせる重大なおそれが存在することを認めない。そのため、この側面に関する母親の本手続における母親の防御もまた棄却された。

105 当職がすでに引用したところの、規則 16 条 (3) (d) は、母親によって資料の中で提起され、彼女は、**K** の返還命令を発出することは、人権の擁護と基本的自由に関するオーストラリアの基本原則によれば許されないという主張を争点化することを求めた。しかし、繰り返すが、それは彼女のために **Jones** 氏によって主張されることはなかった。思うに、その主張は、**Parrott** 氏の論文の 152 から 158 段落に規定されているような理由から、明らかに何の利益もないものであったが、それを再び採用する。

106 規則第 16 条 (3) によって主張された防御のいずれもが成功しなかったと結論づけたことから、規則第 16 条 (1) によって、申立てられた返還命令を拒絶する余地はなくなった。したがって、当職は、申立てられた命令を发出することを提案する。しかし、当職は、命令の実施は、父親が南アフリカの高等裁判所における最初の論文である宣誓供述書や宣誓供述書の添付資料の PB35 の中で具体化されたような彼が裁判所に対してしたアンダーテイキングが記載してある適切な資料（その資料は、本日そのままの形でここに提出された）を提出すること、および、当裁判所に宣誓供述書を提出することが、当該アンダーテイキングに従うものであることを立証すること、を条件として、実施されることを要求する。

107 そこに記載されている事情以上にアンダーテイキングを拡張する必要性を見いだせないことから、Parrott 氏からはそれ以上聞くことはない。それらは、必要な事情に見える。他の継時的あるいはその他の何らかの手續が南アフリカにおいて継続中であるという証拠はないし、この状況下において、当職は、父親が母親が主張するほどの広範なアンダーテイキングをすること、必要だとは思わない。よって、当職は、以下のような 6 番の修正を加える限りにおいて、差し出された書面に記載されたアンダーテイキングの内容で満足している。

「そのような訴訟における決定を保留とする」

108 当職は、いかなる場合においても、判断は、豊富な忠告の下ではあるが、仮命令を含むことは明らかであると考えた。

109 当職が、あなたの草案の「命令する」の前に記載した言葉は、次のようなものである。

「RB すなわち父親が、この日から 7 日以内に、南アフリカウイトウォーターズランド管轄区域の高等裁判所に、裁判所に対して、彼の宣誓供述書の添付資料 PB35（これは本日そのまま提出されたものであるが）において具体化されたようなことをアンダーテイキングすることが記載された適切な書面を提出すること、および、当裁判所に宣誓供述書を提出することが、当該アンダーテイキングに従うものであることを立証すること、を条件として、命令する。」

そして、当職は、たった今、第 2 段落に、1999 年 10 月 8 日という日付を挿入した。

110 当職は、自分の署名がある草案の形に命令を引き直し、書面と共に提出した。