

<http://www.incadat.com/> ref.: HC/E/AU 544

[26/08/2003; Full Court of the Family Court of Australia; Superior Appellate Court]

Director-General, Department of Families v RSP[2003] FamCA 623

#### 1975年家族法

ブリズベンのオーストラリア家庭裁判所大法廷にて

上訴番号 2003年 NA 13

ファイル番号 2002年 BR 5717

当事者：

上訴人である家族省長官

—及び—

被上訴人である母親 RSP

大法廷の判決理由

判事：Ellis、Finn 及び May JJ

審問日：2003年5月13日

判決日：2003年8月26日

出廷：王室顧問弁護士の Basten 氏と法廷弁護士の Green 氏が（Level11, 50 Ann Street, Brisbane QLD 4000 所在の刑法法務官の指示により）上訴人の代理人として出廷した。主任弁護人の North 氏と法廷弁護士の Forrest 氏が（PO Box 366, Hamilton QLD 4007 所在の Robert Downey Lawyers の指示により）被上訴人である母親の代理人として出廷した。

1. 本件は、クイーンズランド州の中央当局としての家族省長官が、1986年家族法（子の奪取に関する条約）規則（以下「当規則」）に基づき、2003年1月14日に Warnick Jにより下された命令に対して行う上訴である。Warnick J判事は、子の SSP（2000年12月5日生まれ）をアメリカ合衆国に返還させる命令を求めた中央当局による申立てを棄却している（当該長官を「中央当局」と呼ぶのが妥当だろう）。

2. 当規則は、国際的な子の奪取の民事上の側面に関するハーグ条約（以下「当条約」）の下での「オーストラリアの義務の履行を可能にするために、又はオーストラリアにとっての何らかの有利性若しくは利益を得るために必要な若しくは妥当な規定」を設けることを目的として、1975年家族法第111B条に従って設けられたものである。

3. 本上訴における被上訴人は、当該子の母親に当たる RSP である（以下「母親」と呼ぶ）。

4. 本上訴では、当規則の第 16(3)(b)規則の適用について再び検討する。この規則は、子の常居所の国から不法に連れ去られた当該子の強制的返還に関する当規則の下での一般的要件に対する「危害にさらされる重大な危険性」での例外として記述できる。

5. 第 16(3)(b)規則の条件と、全体としての第 16 規則の構想におけるその位置付けは、以下のようなものである。

16(1) 下位規則(2)及び(3)を条件として、以下に該当する場合は、規則 14 に基づく申立てがあり次第、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) 申立書の提出された日が、オーストラリアに子が連れ去られた日若しくはオーストラリアで子が初めて留置された日から 1 年未満の場合。又は、

(b) 申立書の提出された日が、オーストラリアに子が連れ去られた日若しくはオーストラリアで子が初めて留置された日から少なくとも 1 年後であり、かつ、当該子がその新しい環境で落ち着いて暮らしていることを裁判所が認めていない場合。

16(2) 裁判所は、以下のことを認める場合には、下位規則(1)に基づく命令を下すことを拒否しなければならない。

(a) 当該子の連れ去り若しくは留置が、これらの規則の意義の範囲内での子の連れ去り若しくは留置に該当していなかったこと。又は、

(b) 当該子がその連れ去り若しくは留置の直前に、締約国を常居所としていなかったこと。又は、

(c) 当該子が 16 歳に達していたこと。又は、

(d) 当該子がそこからオーストラリアに連れ去られ、若しくはそこに対してオーストラリアに留置されている国が、当該子がオーストラリアに連れ去られ若しくはオーストラリアで初めて留置された時点で締約国ではなかったこと。又は、

(e) 当該子がオーストラリア国内にいないこと。

16(3) 返還に反対している人が以下のことを立証した場合には、裁判所は下位規則(1)に基づく命令を下すことを拒否できる。

(b) 当該子が連れ去り若しくは留置の直前に常居所としていた国に当該子を返還することが、当該子を身体的若しくは精神的危害にさらし、又はその他の仕方当該子を耐え難い状況に置く重大な危険性があること。又は、

(略)

## 事実的背景

6. Warnick J 判事が認定した本件の事実的背景は、以下のように簡潔に要約できる。

7. 母親は 1971 年 4 月 12 日にフィジーで生まれた。彼女は現在オーストラリア国民である。1996 年に外国旅行をしていた間に、彼女は SRP（米国人）と出会った。彼らは米国で 1997 年 4 月 12 日に結婚した。

8. 子の S は 2000 年 12 月 5 日に米国で誕生した。母親は徐々にうつ病を発症したが、これは産後うつ病と診断され、彼女は抗うつ薬を処方された。

9. 2001 年 4 月に母親は神経系の疾患を抱えるようになり、最終的に動静脈奇形（AVM）を患っていると診断された。

10. Warnick J 判事は、2002 年 9 月 18 日に母親が夫婦生活を送っていた米国内の住居から密かに S を連れ出し、オーストラリアに連れて行ったことを認定した。

11. 2002 年 9 月 19 日、父親が当条約に従って米国で申立書を提出した。当該申立書に従い、2002 年 10 月 8 日にオーストラリア家庭裁判所で中央当局により手続が開始された。それらの手続について、2002 年 12 月 2 日に Warnick J 判事により審理が行われた。同判事は 2003 年 1 月 14 日、判決理由を公表し、本上訴の主題となっている命令を下した。

## 第一審判事に提示された問題

12. その判決理由の早い段階（第 4 段～第 8 段）で、Warnick J 判事は、子の返還のための命令を下すことを妨げ、かつ、当規則の第 16(2)規則に含まれる事項は存在しないと確信していると述べた。同判事は、「返還命令に対する母親の抵抗」は、他の場合なら強制的返還となるところに対し第 16(3)(b)規則には以下の除外規定が存在するとの論点に依拠していると説明した。すなわちその除外規定とは、

「当該子が連れ去り若しくは留置の直前に常居所としていた国に当該子を返還することが、当該子を身体的若しくは精神的危害にさらし、又はその他の仕方ですべて当該子を耐え難い状況に置く重大な危険性があること」というものである。

## 第一審判事に提出された証拠と第一審判事の結論

13. 第 16(3)(b)規則に含まれる条件は本件において充足されていたというのが、Warnick J 判事の結論であった。同判事がそのような結論を下した理由を理解するには、同判事が信を置き、以下のように記録している鑑定書を考慮する必要がある。すなわち、

14. Bartholemew Klug 博士は顧問精神科医である。同博士は 2002 年 10 月 9 日から母親を診察している。同博士はその宣誓供述書の中で次のように述べている。

「私は P 夫人のことを非常に心配しており、彼女が自殺する恐れを真剣に受け止めなければならぬと本当に心底から確信している。もしも彼女の幼い子がアメリカ合衆国に強制的に返還させられるなら、彼女が本当に自殺してしまう危険性がある。」

37. Klug 博士は、母親が現在示している問題はうつ病と自殺的傾向だと記録している。母親は博士に対し、彼女のうつ病の底にある根本問題は、婚姻生活の破綻と娘の監護権をめぐる論争だと語った。母親は博士に、自分の娘が人生の唯一の目的だと話した。彼女は、もしも義母の世話を受けるために娘を父親に引き渡さなければならぬことになったら、「橋の上から飛び降りる」と話した。

38. Klug 博士は、母親の気分は深刻な抑うつ状態にあり、彼女が吐露した思考内容には自殺念慮が含まれ、また自分の娘を父親に引き渡さなければならぬ場合は自殺するという意図についても明確に話したと結論づけた。その一方で、彼女は妄想を示さなかったし、幻覚による苦しみやその他の精神病的現象の兆候も見られなかった。彼女は完全な認知機能を伴う明確な意識状態にあつたし、知的能力は平均的レベルにあると推定された。

39. Klug 博士は、母親が「大うつ病性障害」を患っていると診断した。

40. Klug 博士は報告を行う前に母親を 5 回診察している。

41. (略)

42. (略) 彼女は最後に 2002 年 11 月 21 日に Klug 博士の診察を受けているが、

これらの日からそれほど経たない間にも何回か予約を入れていた。彼女は最近の博士との予約日に、博士と多くの会話を交わした後、もしも裁判の結果 S が米国に送り返されることになった場合は、博士のケアの下で 15 日間入院することを博士に約束したと語っている。

43. 母親の法定代理人の要請により、心理学者の **Denise Britton** が母親及び S と会っている。**Britton** 女史の許には、本件において提出された広範な宣誓供述書資料の — 全部ではなくても — ほとんどが転送されていた。彼女の 2002 年 11 月 29 日付報告書は、彼女が 2002 年 11 月 28 日におよそ 1 時間にわたって母親及び S を「観察した」事実を明らかにしている。彼女ははっきりと、「私は P さんとは面接しなかった」と述べている。**Britton** 女史は、  
「(略) もしもハーグ条約に基づく審問の結果としてアメリカ合衆国に戻るよう要求されたら、S が『身体的、精神的危害又はその他の何らかの耐え難い状況という重大な危険性にさらされる』か否かについて意見を」求めつつ、自ら与えた指示を記録している。

44. 彼女は、「私はそのような措置の結果として、彼女が重大な精神的危害の危険性にさらされる可能性を当然重視するはずだ」と述べている。

45. **Britton** 女史は、S が母親にしっかりなついていたとする意見を記している。S は社交的能力があることを示していた。母親は S と適切なやり取りを交わしていた。(略)

47. **Britton** 女史は、自分が読んだ医学的報告書の内容について検討した後、以下のような見解を表明している。  
「現在の身体的及び精神的状態で P さんを米国に強制的に戻すことは、彼女が S の世話をすることになるか否かに関わらず、非人道的な措置になるだろう。P さんにとっては、両親の与えてくれる環境の下で回復できると期待できることが、彼女自身それを望んでいる限り理にかなっている。」

48. 言うまでもないことだが、これは母親を米国に帰らせるよう求めている申請ではない。

49. **Britton** 女史は次に、S が母親を伴わずに米国に返還させられた場合に S に及ぼす短期的影響について検討している。

「私の考えでは、S が母親を伴わずに米国に返還させられた場合は、主に彼女がこの 2 か月以上父親と全く接触していないことや、母方の祖父母の家で母親

とずっと一緒に過ごしてきたために、短期的ないし中期的には母親がいなくなったことに対する喪失感と苦痛を経験し、苦しみを味わう危険にさらされるだろうし、見捨てられたという感情からその状態が長期に及ぶ可能性もあるだろう。彼女は人生のこの段階では、母親から切り離された理由について説明されても、それを理解できるだけの認知力を持っていないだろう。」

50. Britton 女史は次いで、S が母親を伴わずに米国に返還させられた場合に S に及ぼす長期的影響について考察している。それらの影響は主に、S が感じる可能性のある遺棄感情によって生じる依存的性格の人格的特徴と障害に関連している。

51. S が母親の許から連れ去られた場合に母親が自殺する危険性に関連して、Britton 女史は次のように述べている。

「このことが S に及ぼす影響は、彼女が実の母親に全く触れる機会なしに成長することになる点で、明らかに長期にわたる破壊的なものとなるだろう。」

52. 次いで、(S が米国に返還させられた場合は) 母方の家族と接触する機会がなくなりそうだという点に触れた上で、Britton 女史は次のように述べている。

「このような状況は、十分に統合された人格の発達にとって欠くことのできない健全な自我感情と個人的アイデンティティの形成を促さなくなる点で、望ましくない。」

53. Britton 女史は次いで、母親が自殺した場合に起こりうるさらなる結果に言及している。彼女は次のように述べている。

「(略) S は、自殺が『家系特有のものになる』傾向があるという十分理解されていない現象を重荷として背負うことになるだろう。うつ病になりやすい遺伝的傾向といった生物学的要素はある程度まで影響を及ぼすとはいえ、ある意味において、親が自殺したという認識は、自殺というものが困難な問題状況を解決するための一つの現実的解決策として脆弱な個人に提示されるに等しいことになりうるとも考えられている。このような影響を及ぼすことは明らかである。」

14. 本件において、どの証人に対しても反対尋問が行われていないことを記録しておくことは重要である。判事により記録された専門家の証言は、判事に提出されたすべての証拠と同様に、異議申立てを受けていない。

15. 第 16(3)(b)規則の適用に関する判事の結論は、以下のようなものであった。

68. 私は母親が米国に戻ることはあり得ないという見方は受け入れない。

69. S が米国に返還させられる場合に母親自身が米国に戻るか否かは、より不確かな問題であり、（自殺する危険性のことは置いておくとして）母親がオーストラリアに留まることを決意する度合いに左右される。

70. しかしながら、このような状況下で彼女がオーストラリアに留まる可能性の方が留まらない可能性より高いという見方を私は受け入れないが、たとえ彼女が留まると考えたとしても、そのことが S を第 16(3)(b)規則で求められているレベルの危害の危険にさらしたり、S を耐え難い状況に置いたりするような状況をもたらすとは私は考えない。

72. （略）私は、父親及び／又は父親の家族が適切な仕方で S の面倒を見ることはできないだろうという論点を受け入れない。（略）

73. S が米国から連れ去られて以来、最近では S と父親の接触が欠けている点に関しての（Britton 女史が述べているような）懸念は、S が父親と一緒に米国に戻る前の一定期間、オーストラリアで父と子が接触する機会を準備することによって対処できるだろう。

74. S が母親の許から連れ出されることで一定の苦しみを味わうことが予期されるのは疑いのないところだが、それでも私は、このことにより彼女に危害が及ぶ重大な危険を生じ、あるいは彼女を耐え難い状況に置くことになるとは考えていない。母親が彼女の後を追って米国に行くことも十分ありうるだろう。

...

76. このことから、S が米国に返還させられた場合に母親が自殺する危険性が、検討すべき問題として残る。

...

78. 私は証拠に基づき、S が米国に返還させられた場合に母親が自殺する重大な危険性があることを認める。

79. 私は、母親が自殺した後に S に悪影響を及ぼす可能性があるという証言（特に Britton 女史のそれ）を受け入れる。私は精神的危害が及ぶ重大な危険性があることを認める。

80. 私はこれらの結論に心の不安なしに到達したわけではない。裁判所は子の返還命令に抵抗する奪取者の目的の達成を目指す不誠実な態度を取ることになるのではないかとの現実的な懸念を抱くだろうが、それも無理からぬことである。だが、この懸念に対処するために証拠を無視することはできず、むしろ多大な注意をもって証拠を精査すべきである。

81. 本件において、母親にはうつ病と気分の変化をたどってきた過去がある。彼女は家族による慰めと支えを強く必要としていることを身をもって示した。彼女は劇的で疑いようもなくトラウマを残す健康上の障害に苦しんできた。彼女は子の父親と同居していた時に自殺しそうになったことがあった。

82. Klug 博士に対する相談は、明らかに証拠集めではなく治療を目的とするものである。危険性に関する同博士の意見は明確であり、揺るぎないものである。

83. 私の考えでは、S が米国に返還させられる場合には母親は Klug 博士の監視下で入院するという取り決めによっても、危険性はほとんど軽減されない。これは明らかに母親が自殺する可能性を減らすための取り決めだが、それによっても危険性の軽減が達成されると予測できる要素などない。これと同じことは、精神衛生法に従って母親を拘束した場合の見通しについても当てはまる。

...

86. 私は自分が行なった認定にもかかわらず、自分が依然として S の米国への返還を命じる可能性があることを認める。しかしながら、これらの認定を考慮すると、私はそのような命令を適切なものとするだけの要因を見出せない。

...

#### 論拠 1 および 2：第 16(3)(b)規則を適用するための条件

16. 論拠 1 および 2 — 論拠 1 で一般論として主張されている誤りは論拠 2 で初めて具体的に記述されているため、これらは一体のものに見なされなければならない

らない — は、以下のような条件のものである。

1. 学識ある第一審判事は、被申立人について 1986 年家族法（子の奪取に関する条約）規則の第 16(3)(b)規則の要件は立証されたと確信したことを認めた点において、誤りを犯した。

2. 具体的に言うと、同判事は、以下のことを断定的には確信していないと判示することを怠った点において、誤りを犯した。

(i) 子がさらされることになる精神的危害は、母親から子の監護権を剥奪する可能な監護命令の結果としてよりも、むしろアメリカ合衆国に子を返還させる命令の結果として生じるであろうこと。

(ii) 子をアメリカ合衆国に返還させる命令を下した場合に母親が自殺する危険性は、第 16(3)(b)規則の「重大な危険性」の条件を満たしたこと。

(iii) 母親が自殺する危険性は、母親の家族、母親の主治医の精神科医、及び 2000 年精神衛生法の関連条項によって実施されていた取り決めにより十分に軽減されたこと。

(iv) 母親が自殺した場合に子が受けることになる精神的危害は、第 16(3)(b)規則の条件を満たすほど十分に深刻なものであったこと。

17. 中央当局側の法廷弁護士は、Warnick J 判事の判決の第 68～86 段の分析を伴う書面及び口頭での具申を開始した。それらの段の大半は我々が上掲の第 15 段で引用しているが、その中には、子を米国に返還させることは子を危害にさらすかその他の仕方で子を耐え難い状況に置く重大な危険性が存在すると判断するための条件は本件において満たされたと結論づける上での同判事の最重要の論拠が含まれている。

18. 我々は、判事の分析の前半部分（第 68～75 段）での認定 — その中で判事は、子の返還が命じられた場合に母親が子と一緒に米国に戻るか否かの問題を検討している — がやや「どっちつかず」である点について、法廷弁護士と同意見である。判事の説明の第 69 段から、判事が「自殺する危険性のことは置いておくとして」も、この問題を検討していたことは明らかだと思われる。判事に関して、我々は、母親の自殺の危険性に関する Klug 博士の揺るぎない証拠を考慮せずには、第 16(3)(b)規則に含まれる除外規定が本件において立証さ

れうるかどうかを検討することにどのような価値がどうしてあるのかをやや判断しにくくなる。

19. だがそれはともかくとして、我々は、判事の説明の第 68～75 段に含まれる考察は、本上訴の目的にとっては概して無視できると考えている。それよりも、焦点はむしろ、判事が（第 76 段で）提起している「子が米国に返還させられた場合に母親が自殺する重大な危険性」の問題についての（第 76～85 段での）判事の考察に置かれるべきである。中央当局側の法廷弁護士が具申しているように、これは「判事が判断を求められる重要な問題」（書面による具申、第 3.5 段）である。

20. 第 16(3)(b)規則の要件が本件において満たされていたとする最終判決において判事が誤りを犯したことを立証しようとする際に、中央当局側の法廷弁護士は、「JLM 対ニューサウスウェールズ地域社会サービス省長官」の判例（**DP v Commonwealth Central Authority; JLM v Director-General, New South Wales Department of Community Services (2001) 206 CLR 401; (2001) FLC 93-081**として記録されている）における Gleeson CJ と Kirby J の少数意見に大きな信を置いた。これはやはり、メキシコへの子の返還に関する当規則に基づく命令に抵抗していた母親の側の自殺の恐れに関係する事例であった。具申では、判事が自殺の恐れに特有の危険性を 2 段階で評価することを求めた旨が報告された。すなわち第 1 段階は、子の返還（この場合はオーストラリアからメキシコへの）のための命令が下されたか否か、またいつ下されたかの評価であり、第 2 段階は、外国（メキシコ）の裁判所が子のための将来の監護または住居の手筈に関する決定をいつ行ったかの評価である。それゆえ、本件でも、これと同じ 2 段階のアプローチに従うべきであるとの具申がなされた。

21. しかしながら、我々は、本件と JLM との間には明白な事実上の相違があったという点、また本件における証拠は Gleeson CJ と Kirby J が JLM で採用し、本件でも適用されるべきとする 2 段階のアプローチを可能にしないという点において、母親側の法廷弁護士の具申に同意する。

22. 2002 年 11 月 8 日に内容に偽りない旨が宣誓されている母親の宣誓供述書における関連する母親の証言は、以下のようなものであった（上訴記録、pp.127-131）。213. 10 月 4 日に私たちが [家族] 省に行くと、Adele Tennant と Helen Tooth が私たちに応対し、書類を手渡した。私は [父親が] すでに 9 月 19 日にハーグ条約に基づく申立書を提出し、ニュージャージー州の裁判所に離婚と監護のための申立てを行っていたことを確認して衝撃を受けた。こ

のことを知って私の心は折れ、和解とオーストラリアでの〔父子と一緒の〕将来の生活に対する希望は砕け散った。214. この時点で私は、どんな事情があってもアメリカで生活するために戻ることなどできないことを自覚した。というのは、私の健康状態は悪く、私は両親と姉（妹）と兄（弟）の支えを必要としていた。私はまた、自分が〔子供と〕一緒に生活できないことを知ったが、娘は私が持っていたすべてであり、もしも娘を失えば生きていくことなどできないことが分かった。

...

226. 私は、米国では手に入れることができなかつたけれども、ここブリズベンでは持っている支えを、どうしても、どんなことがあっても必要としている。私の〔子の父親との〕結婚はもう終わってしまった。私はもう米国に戻ることはできないし、戻らないだろう。私は〔子と〕一緒に過ごさない生活、娘を目にすることができない生活など考えることもできない。娘が生まれて以来、私の家族がやって来て私たち夫婦と一緒に過ごした時を除けば、彼女は私が米国で持っていたすべてだった。娘がどれほど私になつているかを思うと、彼女が私なしにどうやって生きていくのか考えることさえできない。そんなことは全くできない。

23. Klug 博士の証言は、宣誓供述書（2002年11月7日に同博士が内容に偽らない旨を宣誓）と同供述書に添付された2002年10月28日付報告書の両方に含まれていた。Klug 博士の報告書における関連する節は、以下のような内容となっている（上訴記録、pp159-160）。

現在の症状。〔母親は〕娘を失うという考えに耐えられず、とても落ち込んだ気分になったと私に語った。彼女は食欲を失い、1日に1食しか食わず、体重がいくらか減っていた。彼女は深刻な不眠症に悩み、一晩中椅子に座って、電子メールを友達に送ったり本を読んだりしていた。それでも、彼女はまた娘の世話をしていた。その娘のことを彼女は自分の人生の唯一の目的と説明し、もしも娘を義母が世話するために父親の手に返さなければならなくなったら、自分は「橋の上から飛び降りる」だろうと話した。

...

精神状態。彼女は一般的な服装をした整った身なりの若い女性で、姉（妹）と一緒にやって来た。面接時には姉（妹）も同席した。彼女はのっけから動揺し、涙ぐんではいたが、自由にしゃべり、広範囲にわたる、詳細な、きちんと整理された話をした。彼女の気分は深刻なまでに抑うつ的であり、自殺念慮を含む思考内容を示し、娘を夫に返さなければならなくなったら自殺するという明確な意思の表明を伴っていた。他方で、彼女は妄想を示すことはなく、幻覚やそ

の他の精神病的現象に苦しんでいる兆候も見られなかった。彼女は完全な認知機能を伴う明確な意識状態にあったし、知的能力は平均的レベルにあると推定された。

...

私はさらに4回、[母親を]診察する機会があった。(略)

それらの機会に彼女は、抑うつ的な気分、睡眠上の問題、娘を引き渡すよう命じられる法廷の場面を含む夢、食欲の著しい減退、娘を夫に引き渡さなければならなくなったら自殺するという考え、等の話を繰り返し語った。彼女の臨床所見は、うつ病の人のそれであった。2002年10月24日の最後の診察で、彼女は、しつこい不眠症と娘を失う見通しに対する絶望感があり、「相変わらず惨めな気持ちだ」と報告した。

彼女は私に、アメリカに戻ることはできないと感じている、それは一つには夫や義理の両親との不幸な関係のためであり、もう一つは両親の支えを必要とする治療上の問題のためだと語った。

...

要するに、[母親は]相変わらず重度のうつ病を患っている。彼女のうつ病は明らかに、娘を父親に引き渡さなければならなくなるという見通しに関係しており、彼女が自殺する恐れを真剣に受け止めなければならない。

現段階では、彼女の家族が危険性を知っており、彼女を継続的な監視下に置いていることを考慮すると、彼女の治療を外来ベースで続けるのが妥当である。とはいえ、彼女の体重の減少は心配の種だ。

24. Klug 博士は宣誓供述書の中で次のように述べている(上訴記録、p155)。

5. (略) 私は[母親のことを]非常に心配しており、彼女が自殺する恐れを真剣に受け止めなければならないと本当に心底から確信している。もしも彼女の幼い子がアメリカ合衆国に強制的に返還させられるなら、彼女が本当に自殺してしまう危険性がある。

25. このように、Klug 博士の報告書の中の証言は、母親が娘を父親に返さなければならなくなっただけで(言い換えれば子の監護権を失っただけで)自殺する危険性があることを証明しているかのように読めると言わなければならないが、それと同時に、同博士はその宣誓供述書で、自殺の危険性は子が強制的に米国に返還された場合に起きると述べていることが見て取れるだろう。

26. Klug 博士に対しても母親に対しても反対尋問が行われなかったことをここに繰り返し記しておくことは重要である。さらに、中央当局の代理人によつ

て兩人に反対尋問を行うための申立てもなされなかった。

27. それゆえ我々は、母親側の法廷弁護士がその書面による具申の中で以下のように述べている点について、当該弁護士と同意見である。

13. (略) 本件において証拠により提示されている事実は、裁判長と Kirby J による 2 段階の分析に適合するよう簡単に整理することはできない。

14. 本件における証拠は、監護権申立書进行处理する該当するニュージャージー州裁判所のプロセスに関する [母親の] 意見と、JLM 判例における関連するメキシコの裁判所での同様の事件での母親の意見とを比較する作業を、まったく要請しなかったし必要ともしなかった。本件における証拠は、[母親の] 論拠が、JLM 判例での母親の論拠より強いことを示している。なぜなら、JLM 判例での母親の直接的証言は、条約に従って子が返還させられた場合には母親はメキシコに戻るという趣旨のものであった。この証言こそが、JLM の判決において、反対意見の判事による 2 段階の分析をもたらしたのだった。この分析は、本件における証拠では採用できない。[母親の] 証言は、彼女が当地で家族の支援を必要としていることと、現在の主治医による治療の継続を望んでいること、さらには米国では支援が得られないことから、母親は米国には戻れないという趣旨になっている。

15. 判事は [母親が] 戻ることは「ありえない」という見方を受け入れなかった (説明 [68] p20) にもかかわらず、子の返還を命じられた場合に [母親が] (自殺については置いておくとして) 子の後を追って米国に行くか否かを確定しなかった。もっとも、判事は、母親が行くことは「十分ありうるだろう」と考えた (説明の [69] [70] [74] 段を参照)。

16. 子の返還を求める命令の結果としての母親の自殺は、彼女の主治医の精神科医から、明らかに深刻な危険性と見なされていた。そしてこの証言に照らすと、彼女が最終的にニュージャージー州で監護権を失った場合にそのような先行きへと駆り立てられるか否かという問題は、メキシコでの不利な結果を懸念した母親の対応が JLM の反対意見で帯びていたのと同様な重要性を、本件において帯びているわけではない。

28. 本件において第一審判事は JLM 判例において Gleeson CJ と Kirby J により要求された 2 段階のアプローチを適用する必要があるという主張を棄却するに当たり、我々はこの機会を利用して、自明な判断がどのようなものである

べきかということ、言い換えれば、当規則に従って行われるすべての適用は、その個別の事例で利用できる証拠に基づいて決定されなければならないということを強調しておきたい。我々の考えでは、個別の事例の個別の事実から原則を引き出す試みは、この法律の分野にいつそう不必要な複雑さと混乱をもたらすだけであろう。

29. 第一審判事による第 16(3)(b)規則の適用に対する論拠 1 及び 2 に含まれる第 2 の異議申立ては、母親の自殺念慮によって子がさらされる危険性の、重大さの意味での性質に関係するものであった。

30. 中央当局側の法廷弁護士による書面の具申において、この問題は以下の三つの従属的問いを伴うと言われている。

(a) 裁判所の命令が米国への子の返還を求める場合、母親が自殺する重大な危険性があるか？

(b) 母親が自殺することになった場合、子に精神的危害が及ぶ重大な危険性があるか？

(c) 子に対する危険性が存在する場合、危害のレベルは当条約での「その他の仕方で耐え難い状況」に該当しうる条件を満たすに足りるほど重大か？

31. これら三つの従属的問いについて検討する必要性は、**Gsponer v Director-General, Department of Community Services (VIC) (1989) FLC 92-001 at 77,159** の判例において大法廷が行なった以下の論評に基づくべきものとして具申された。

我々の考えでは、これらの三つのカテゴリーは、それぞれ別個のものとして、また我々が妻の側の上級弁護士の具申に同意する限りにおいて解釈されるべきものである。とはいえ、一つまたは複数のこうした事象が発生する「重大な危険性」が存在するはずだということは、強調しておく必要がある。さらに、「またはその他の仕方で」という文言の存在を無視することはできない。これらの文言の論理的関係は、最初の二つのカテゴリーのそれぞれが備えているはずの質を、第 3 のカテゴリーを表す強調語（「耐え難い状況」）に結び付けるというものである。ということはすなわち、この小段落の最初の二つの位相を充足するものは、いかなる身体的または精神的な危害であれ、その重大な危険性ではないということになる。問題となる身体的または精神的な危害は、実質的な、または重い種類の危害でなければならない。このことは、**Re A** 判例（上記を参照）における控訴裁判所の見解と合致しており、その 372 ページで

Nourse L.J.は次のように述べている。

「私は父親のために出廷した Singer 氏の考え、すなわち、危険性は重くなければならないだけでなく、実質的なものであるべきでもあって、些細な、精神的な危害であってはならないという考えに同意する。私が受ける印象からすると、このことは、『またはその他の仕方で子を耐え難い状況に置く』という文言の結果である。我が国で法律効力を有する国際条約の文言に同様な種類のルールが適用されるべきか否かを推測する必要はない。たとえ適用されるべきでないと仮定しても、それでも私は、考慮される精神的危害の程度を決定する上で、それらの強い文言の効力を無視することはできないと考える。」

32. さらに、DP and JLM 判例における最高裁判所の多数意見に含まれるいかなる文言も、これらの陳述の正しさに疑問を投げかけるものではなかったとの具申がなされた。そのうえ、過半数の判事は、子がある国から他の国へ連れ去ることは一定の混乱、不確実さ、及び不安をその子に引き起こす可能性が高いということを認めていたが、それでも、第 16(3)(b)規則で返還により子を身体的または精神的危害にさらす重大な危険性に言及される場合は、この種の結果以上のものが求められることを認めていたとの具申がなされた。

33. 中央当局の代理人により行われたこれらの具申を考慮すると、DP and JLM 判例における多数意見から、関連する以下の節（脚注は省略）を掲げておくのが適切である。

41. 現在検討している事項のうち最初のものをもたらした家庭裁判所大法廷の判決（避難民対連邦政府当局）の中で、「オーストラリア国内でも国外でも、第 16(3)(b)及び(d)規則の除外規定は狭く解釈されるべきだとする当局の強い傾向」が見られることが指摘された。第 16(3)(b)及び(d)規則の除外規定は狭く解釈されるべきだという言い方で正確に何を意味しているかは自明ではない。一見したところ、第 16(3)(b)規則は解釈上難しい問題を呈していないし、この規則は曖昧でもない。立証責任は、単純明快に、返還に反対している人に課されている。証明しなければならない事柄は明確に規定されている。すなわち、子の返還が当該子がある種の危害にさらし、またはその他の仕方で当該子を「耐え難い状況」に置く重大な危険性があること、これである。このことから、子が返還される場合に何が起きうるかについての、証拠に基づく一定の予想が必要になる。返還に反対している人が除外規定を持ち出した場合でも、裁判所は、子が連れ去られたか留置されている国の裁判所の仕事は、その子にとっての最良の利益を探ることではないと繰り返し弁明しながら、この予想を実行するこ

とを避けられない。この除外規定により、裁判所には、その子の利益に対する一定の配慮を不可避的に必要とするような調査と予想を行なうことが求められる。

42. 必然的に、予想に何らかの確実さが伴うことはめったにないだろう。しかしながら、確実さが求められているのではないという点に注意することがきわめて重要である。必要なのは、「重大な」という量的記述に間違いがないような危険性が存在するという確信である。「耐え難い状況」への言及は置いておくとして、また危害に対する注意も封じ込めておくとして、ここで問題になっている危険性は、実際に起きることになる危害に限定されない。その意義は、返還により子を危害にさらすことになる危険性にまで広がっている。

43. 立証されるべきことは将来危害にさらされる重大な危険性なので、裁判所は明快で説得力のある一定の証拠なしには確信が持てないだろうと評するのはもっともなことである。返還に反対している人が子供をめぐる不安について露骨に主張しても、危害にさらされる現実的な危険性があると裁判所を説得するには不十分だろう。

44. しかしながら、これらの配慮のために、第 16(3)(b)規則が「広い」解釈ではなく「狭い」解釈を与えられるべきであるとの結論が確実になるわけではない。このような事情の下では、この規則の「狭い」解釈と「広い」解釈の間に明白な選択権などない。「狭い解釈」が与えられるべきであるとの言い方によって意味されている実情がこういうことであるなら、そのような言い方は否定されるべきである。この除外規定には、その文言で求められている意義が与えられるべきである。

45. しかしながら、それは、第 16(3)(b)規則が頻繁に適用されるだろうということではない。片親の同意なしにある国から他の国へ連れ去られた子が、混乱、不確実さ、不安に苦しむのはほぼ不可避的なことである。この混乱、不確実さ、不安は、常居所の国に返還されなければならなくなることにより、繰り返され、おそらく増幅するだろう。第 16(3)(b)規則と当条約の第 13(b)条が返還により子を身体的または精神的危害にさらす重大な危険性について記すときには、この種の結果以上のものに言及しようとする意図がある。

34. 我々は、第 16(3)(b)規則の適用について本裁判所大法廷が DP and JLM 判例以前に行なった説明が現在でも引き続き有効性を有するか否かを立証しようと努力しても、ほとんど得るものがないだろうと考える。我々の意見では、第

16(3)(b)規則の適用に関する必要な指針は、**DP and JLM** から引用した上記の段落に見出されるはずである。

35. 本件において、第一審判事は、返還が子を身体的もしくは精神的危害にさらし、またはその他の仕方で子を耐え難い状況に置く重大な危険性があることを確信する必要があった。

36. 判事は精神科医 **Klug** 博士の揺るぎない証言を手元に持っていたが、その証言で博士は「[母親が]自殺する恐れを真剣に受け止めなければならない。もしも彼女の幼い子がアメリカ合衆国に強制的に返還させられるなら、彼女が本当に自殺してしまう危険性がある」と信じていた。判事はこの証言に基づき、実際にそうしたように、もしも子が米国に返還させられたら母親が自殺する重大な危険性があることを認める資格を有していた。

37. 判事はまた心理学者 **Britton** 女史の証言も手元に持っていたが、その証言では、母親の自殺が及ぼす影響は、「彼女が実の母親に全く触れる機会なしに成長することになる点で、明らかに長期にわたる破壊的なものとなるだろう」と述べられている。

38. 繰り返すが、判事には、母親の自殺に続いて起こりうる子への危害に関する揺るぎない唯一の証言を受け入れ、次に今度は、実際にそうしたように、子が身体的危害にさらされる重大な危険性があると結論づけるだけの資格があった。**DP and JLM** の判例で過半数の判事によって言われていたことを考慮する我々は、判事が実際に行ったこと以上のことを行なう義務があったとは考えていない。そこには明らかに一定の予想が伴っていたが、最高裁判所の過半数の判事は、それを必要なことと認めている。本件において子に危害が及ぶ危険性は、明らかに、片親の同意なしに子がある国から他の国に連れ去られた時に「ほぼ不可避免的に」起きると最高裁判所の過半数の判事が説明した「混乱、不確かさ、不安」を上回っていた。

39. 判決の結論部分で、判事は、子の返還を求める申立てに抵抗するために自殺の恐れが持ち出されるといった事例をめぐる懸念を表明し、我々も同意する以下のような所見を述べている。

80. 私はこれらの結論に心の不安なしに到達したわけではない。裁判所は子の返還命令に抵抗する奪取者の目的の達成を目指す不誠実な態度を取ることになるのではないかとの現実的な懸念を抱くであろうが、それも無理からぬことで

ある。だが、この懸念に対処するために証拠を無視することはできず、むしろ多大な注意をもって証拠を精査すべきである。

40. しかしながら、判事はさらに話を続け、本件における自殺の恐れがなぜ第 16(3)(b)規則の除外規定を満たすに十分だったのかを説明している。

81. 本件において、母親にはうつ病と気分の変化をたどってきた過去がある。彼女は家族による慰めと支えを強く必要としていることを身をもって示した。彼女は劇的で疑いようもなくトラウマを残す健康上の障害に苦しんできた。彼女は子の父親と同居していた時に自殺しそうになったことがあった。

82. Klug 博士に対する相談は、明らかに証拠集めではなく治療を目的とするものである。危険性に関する同博士の意見は明確であり、揺るぎないものである。

41. したがって、論拠 1 及び 2 に関連して、第一審判事は、実際にそう認めたように、母親について第 16(3)(b)規則の要件が立証されたと確信したことを認めるだけの資格があったと我々は結論づけた。

#### 論拠 3 及び 4：裁量権の行使と条件に関する可能性

42. 中央当局側の法廷弁護士により一まとめに扱われている論拠 3 及び 4 は、以下のようなものである。

3. 学識ある第一審判事は、命令に含めることのできる条件があったか否か、いかなる条件が、第 16(3)(b)規則の意義の範囲内において、母親が自殺するかもしれない危険性を減らし、または母親が自殺した場合に子が受けることになる精神的危害を緩和するか、またそれにより、さもないれば子が精神的危害を受けていたかもしれない危険性を軽減するか検討することを怠った点において、誤りを犯した。

4. 第 16(3)(b)規則の要件は立証されたと判示した学識ある第一審判事は、当規則に反映されているような、当条約の目的に照らして認定された危険性の性質及び重大さと、返還命令の裏付けとなるその他の関連する要素との間でバランスを取ることを怠る仕方残余の裁量権を行使した点において、誤りを犯した。

43. 論拠 3 及び 4 の裏付けとして行われた最も重要な具申は、第 16(3)(b)規則

の中の「重大な危険性」の除外規定は立証されたと認定した後、子を返還しない裁量権を行使する際に、判事が、当該子を危害にさらす危険性の重大さを減らすかまたは緩和するようないかなる条件をその返還に課しうるかについて検討することを怠った点において、誤りを犯したというものであった。この具申を裏付けるものとして、法廷弁護士は DP and JLM の判例における多数意見のうち以下の節に依拠した。(CLR 417; FLC 88,389-88,390 所収)

40. 第 16(3)(b)規則に関する限り、家庭裁判所の第一の任務は、「[子の]返還が(略)当該子を身体的または精神的危害にさらし、またはその他の仕方で当該子を耐え難い状況に置く重大な危険性がある」ことが証拠から立証されるか否かを確定することにある。それが立証されるか、または証拠に基づいて第 16 規則の他の条件の一つが満たされた場合は、返還命令を拒否する裁量権が力を得ることになる。そのような裁量権の行使に関係する事件は数多くあるかもしれない。具体的に言えば、返還が実行される際の条件を決めることにより、さもなければ重大な危険性が立証されたかもしれない事例であっても、返還命令をそれらの条件の下で行うことで裁量権が適切に行使されるようなケースが存在するだろう。(略)ただし、そうであるとすれば、その場合の条件は自主的に充足されるか、または自主的に充足されない場合は容易に強制執行できるものであることを保証するよう配慮しなければならない。

44. 我々は、さもなければ重大な危険性に該当するケースであることが立証されるかもしれないにもかかわらず、返還の実行に条件を課すことで裁量権の適切な行使となるような場合がおそらく存在するであろうことを認める。しかしながら、我々は本件がそのような場合に当たるとは見していない。第一審判事に対しても、我々に対しても、以下の第 45 段及び第 46 段に記載された以外の条件は提案されなかった。ところが、それらの条件は、母親側の法廷弁護士の言葉を借りれば「子を危害にさらす危険性が重大とは言えない程度にまで減少するよう母親の自殺する危険性の水準低下を達成している」証拠によっては裏付けられていなかった。(母親の代理人による「書面による具申」第 40 段を参照のこと。)

45. 第一審判事に対する最終具申の中で、当時中央当局の代表として出廷していた法廷弁護士は、判事に対し、もしも「この子が精神的危害を受けるかもしれない重大な危険性」があると認定した場合は、「そのような危険性を改善できるかもしれない」、返還に課すことのできる何らかの条件がないか検討する必要があるだろうと述べている。しかしながら、法廷弁護士がそのとき判事に提案した唯一の条件は、母親が米国に戻らなければならない場合には、判事は

「母親が出立する前に父親が夫婦の資金の一部を利用できるようにするという条件を課す」ことを考慮できるかもしれないというものであった。（記録 2002 年 12 月 p446。）我々は、米国への返還の際に母親が子に同伴する場合には必ず資金を提供するという条件が、本件で認定された重大な危険性をどのように軽減することになるのかを理解できない。

46. 我々に対しては、中央当局側の法廷弁護士は再び、父親による母親への資金提供に関する条件を提案した。さらに、中央当局からは、母親が子をオーストラリアに連れ去った後に父親が米国の裁判所から取り戻した仮監護命令と、監護権に関する最終的手続の迅速な解決を保証するために父親側が行なった企てを、母親に有利になるよう改変することを要求する条件が提案された。中央当局から提案された条件を含む命令の諸条件については、以下のような内容とすることが提起された。

3. 子は（略）アメリカ合衆国に対し（略）以下のことを条件として返還される。

(1) 子がアメリカ合衆国に返還された後、ニュージャージー州高等裁判所で監護権に関する審問を待つ間、子が（その身体的世話と監督を行なうべき）被上訴人とともに居住することを可能にするために 2002 年 11 月 15 日にニュージャージー州高等裁判所により下された命令に対する変更を上訴人が受け取ること。

(2) 父親が、

(i) 子の監護、幸福及び子との接触に関して、ニュージャージー州高等裁判所での手続の迅速な解決を確保するために必要な措置を保証すること。

(ii) 当該裁判所での手続の決定を待つ間、以下のことを行なう保証を当該裁判所に提出すること。

(A) 子が母親の保護下に留まる事を認める。

(B) 母親がアメリカ合衆国で自らと子を扶養するために出費することを理由に、母親に合計（略）ドル [額を決める] を支払う。

(3) 子と母親の旅費 [及び移動中の母親に付き添う人の帰りの旅費] をまかなうのに十分な金額を上訴人に支払う。

47. しかしながら、繰り返すが、こうした行為が本件で認定された重大な危険性を多少なりとも軽減するのか否かについて、我々に利用できる証拠は存在しない。さらに、米国での手続の「迅速な解決を確保するよう」保証することにより、その実現がどのように可能になるのかを理解することに、我々は困難を覚える。

48. 最後にこの条件の問題に関連して、我々は、何らかの条件や保証が、母親の自殺する危険性 — その危険性は Klug 博士の意見では、子が「強制的にアメリカ合衆国に返還された場合には」存在するものだった — や、その結果として子が精神的危害にさらされる重大な危険性をどのように軽減しうるのかを理解するのに多大な困難を覚える。我々の考えでは、子に対するそのような危険性は「重大な」という表現を裏付けていないと主張することなどできない。

49. こうした文脈において、我々は、本件で認定された危険性を軽減する試みとして講じうる措置の有効性について Warnick J 判事が記している以下の留保に注目している。

83. 私の考えでは、S が米国に返還させられる場合には母親は Klug 博士の監視下で入院するという取り決めによっても、危険性はほとんど軽減されない。これは明らかに母親が自殺する可能性を減らすための取り決めだが、それによっても危険性の軽減が達成されると予測できる要素などない。これと同じことは、精神衛生法に従って母親を拘束した場合の見通しについても当てはまる。

50. 判事は「当規則に反映されているような、」本件において「当条約の目的に照らして認定された危険性の性質及び重大さ」にバランスの取れた配慮をしなかったがゆえに、その裁量権を誤って行使したと論拠 4 が主張する限りにおいて、判事が次の 86 段において必要な裁量権の行使を説明しながらこの問題に言及していないというのは正しい。86. 私は自分が行なった認定にもかかわらず、自分が依然として S の米国への返還を命じる可能性があることを認める。しかしながら、これらの認定を考慮すると、私はそのような命令を適切なものとするだけの要因を見出せない。

51. しかしながら、我々の考えでは、判事は、子に精神的危害が及ぶ重大な危険性があったとの結論に達した直後に、続けて以下のように述べた時に、当条約と当規則の目的を明確に念頭に置いていた。

80. 私はこれらの結論に心の不安なしに到達したわけではない。裁判所は子の返還命令に抵抗する奪取者の目的の達成を目指す不誠実な態度を取ることになるのではないかとの現実的な懸念を抱くであろうが、それも無理からぬことである。だが、この懸念に対処するために証拠を無視することはできず、むしろ多大な注意をもって証拠を精査すべきである。

52. これらの判事の所見を考慮すると、判事が当条約と当規則の目的を見過ごしたと言うことはできない。

53. それゆえ、我々は、判事が本件で認定された重大な危険性を軽減するかもしれない条件を考慮することを、または当条約や当規則に照らしてそのような危険性にバランスの取れた配慮をすることを怠ったがゆえに判事の裁量権が誤って行使されたという考えは受け入れない。

## 結論

54. 上訴のいずれの論拠も立証されなかったため、本上訴は棄却される。

55. 本上訴が棄却された場合に、母親は以下の追加的命令を求めている。

(b) 2002年10月11日に下された命令のうち命令1及び2を、これに伴って無効とすること。

(c) 警視総監は1971年12月4日生まれの母親RSPの氏名と2000年12月5日生まれ(2002年10月11日の命令では2000年5月12日生まれとされている)の子SSPの氏名をPACE警告システムから削除すること。

(d) 補助裁判官は被上訴人たる母親の要請により、当該裁判官が保有している母親と子に関係するすべての旅券を母親またはその被指名者に手渡すこと。

56. しかしながら、我々の考えでは、こうした命令のための申請は本法廷よりも第一審に対して行われる方が適切である。

## 本上訴の費用

57. 本上訴の審問を終結する際に、本件では費用に関する命令を下さないことが適切であるとの点で合意を見た。

## 命令

58. それゆえ、我々は以下のことを命じる。

(1) 本上訴は棄却される。

(2) 本上訴のまたは本上訴に付随する費用に関する命令は出さない。