

---

<http://www.incadat.com/> ref.:HC/E/SA 309

[04/12/2000; Superior Appellate Court; Constitutional Court of South Africa]

S. v. T., 4 December 2000, transcript, Constitutional Court of South Africa

---

南アフリカ憲法裁判所

CCT 53/00 事件

上訴人 LISA TRACY SOUNDERUP (旧姓 TONDELLI)

対

第1被告 ARTURO TONDELLI

第2被告 家庭支援員

審理 2000年11月23日

判決 2000年12月4日

判決

判事 : GOLDSTONE

序文

1. この上訴は、2000年6月母親によってカナダから南アフリカに連れてこられ、現在も母親とともに当地にとどまっている4歳の少女に関するものである。当裁判所が考慮すべき論点は、母親の行動が国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（以下ハーグ条約）の条項に違反するものであるかどうかという点である。違反する場合は、南アフリカの法律にハーグ条約を織り込んだ法令の合法性を含め、さらなる案件が提起されることになる。
2. 2000年10月18日、サウス・イースト・ケープ高等裁判所（以下南東ケープ高裁）のJennett判事は、(S)をカナダ、ブリティッシュコロンビア州に即刻戻すことを命じた。この命令は、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約条例（以下条例）の規定に準じて下された。この条例は、カナダや南アフリカを含む多数の国が批准しているハーグ条約に法的承認を与

えるものである。この法律は1997年10月1日に発効した。第2条では、条例の付則であるハーグ条約は、南アフリカにおいても適用され、憲法第231条第4項により法律に制定された。以上が、本件において解釈されることになる条例の趣旨と大意である。

3. 南東ケープ高裁には対立申請があった。Sの母親LTS（以下母親）がSの監護権を認める命令を請求し、Sの父親AT（以下父親）は、ブリティッシュコロンビア州上位裁判所に命じられた自身のSの監護権を、南東ケープ高裁にも認めてもらう命令と、Sを即刻ブリティッシュコロンビア州に戻す命令を求める反対請求を要求した。南アフリカ共和国の中央当局として法律第3節によって指名された主任家庭支援員（以下家庭支援員）は、母親に対し、ハーグ条約第12条にもとづきSをブリティッシュコロンビア州に戻すための申請書類を提示した。これは南東ケープ高裁によって認められた最終言及申請書である。
4. 2000年11月9日、母親は、憲法裁判所規定第18条にもとづき、本裁判所に直接上訴する許可を求めた。母親の申請を検討した結果、本法廷は、上訴の裁定には憲法上の問題も含まれており、そのため、本法廷には本件を検討する管轄権があるという結論にいたった。さらに、本訴訟をすみやかに決着させることが司法とSの利益であると考えた。父親と家庭支援員は異議を申し立てなかった。したがって、本上訴について本裁判所において迅速な審問が行われることが決定した。父親は本法廷には出廷せず、本法廷の決定に同意を申し立てた。これらは、母親の代わりに出廷した代理人、短期間で可能な限りの有用な論拠を提出した家庭支援員の功によるものである。

## 背景

5. 母親の出身は南アフリカ、父親はイタリアである。両人は1989年6月19日南アフリカで婚姻関係を結んだ。その後数年イタリアに居住し、1997年7月にカナダへ移住した。ブリティッシュコロンビア州 Mount Currie、Owl Ridge に居を構える。婚姻関係は破綻し、1998年代に別居に至った。
6. 1999年7月7日、ブリティッシュコロンビア州上位裁判所の命令により同意書が作成された。それにより、母親はSの単独監護権を、父親は面会権を与えられた。両人は共同後見人となり、父親は子の養育費を払うことを命じられた。さらに以下のことが規定された。

「(略)原告(父親)ならびに被告(母親)は双方とも、裁判所の追加命令

もしくは当事者間の文書による合意なしにブリティッシュコロンビア州から子を移動させてはならない。ただし、当事者にそれぞれ年に一度30日を越えない範囲で子をブリティッシュコロンビア州の外に連れ出す許可を与える。

(略) 裁判所の追加命令もしくは上記を許されている当事者間の文書による合意なしに子が30日を越えてカナダ国外に連れ出された場合、当該子は、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（ハーグ条約）に違反して、カナダ、ブリティッシュコロンビア州より不法に連れ去られたものとみなす。

(略) 子の常居所を有する国は、ハーグ条約に照らし、カナダ、ブリティッシュコロンビア州とする。」

7. 2000年5月31日、母親と父親はブリティッシュコロンビア州上位裁判所に離婚を申請した。1999年7月の命令はそのまま有効となった。2000年6月9日、父親が、ブリティッシュコロンビア州上位裁判所へ、母親がSをブリティッシュコロンビア州から連れ出すことを制止する緊急命令を請求した。申請は処理され、2000年6月9日、同意により、Sの監護権および面会権の問題に関わる調査と、その審理の早急な開始を予定することが命令された。さらに以下の命令も下された。

「(略) 被告(母親)に、以下の条件のもとで、2000年6月12日より2000年7月14日までのひと月間、子とともに南アフリカへ渡航することを許可する。

(a) 子が2000年7月14日までにブリティッシュコロンビア州に戻らない場合、子の単独監護権は原告(父親)のものとなる。

(b) 被告は、子の帰国の担保として被告の代理人に計5千ドルの保証金を預け、2000年7月14日近辺までに子がブリティッシュコロンビア州に戻らなかった場合は、代理人はそれをすみやかに原告もしくは原告の代理人に支払う。」

8. 母親とSは南アフリカのポートエリザベスにある母親の実家へ向け出発した。Sも母親もカナダに戻らないことが判明した時点で、父親はブリティ

ッシュコロンビア州上位裁判所に働きかけ、2000年7月21日、母親への事前通知なく、Sの単独監護権と後見権は父親のものとなるという旨の命令と、母親へのただちにSを父親に返すよう求める返還命令および命令に違反した場合は逮捕されることもあるという趣旨の命令を得た。

9. その結果、家庭支援員は、ブリティッシュコロンビア州中央当局より、ハーグ条約にもとづきSをただちにブリティッシュコロンビア州に戻すことを保証する措置を講じる請求を受けた。

## 協定

10. 序文にあるように、ハーグ条約の目的は、不法な移転や留置による有害な影響から子を守り、子を常居所を有する国へすみやかに戻すことにある。私は、以下のThomson対Thomson訴訟におけるL'Heureux-Dube判事の見解に賛同する。

「(略) 子の連れ去りに関する国際協定の必要性は、近年とみに、非常に多くの事案において実証されている。国際間の移動の短時間化の増大、以前より安易になった越境、外国の管轄権に入る際に求められる書類の量のさらなる簡素化、両親の出生国が異なる「国際結婚家庭」の増加、家庭崩壊の世界的な増大など、それらは皆、国境を越えた奪取の件数を増加させる一因となっている。」

11. ハーグ条約は、子が、何人のものであれ、またどのような機関のものであれ、その監護権に違反して連れ去られたあるいは留置されたときには、いつでも、「連れ去り又は留置の直前に当該子が常居所を有していた国の法令に基づいて」、また、これらの権利が現実に行使されていたこと又は当該連れ去り若しくは留置がなかったならば現実に行使されていたであろう地の法にもとづき、返還手続きをとる義務があることを規定している。これらの権利は、ハーグ条約に照らすと、法の運用、司法もしくは行政決定、あるいは、法的効力を持つ取り決めによって生じることもある。ハーグ条約は「監護権」を「子」の養護に関する権利や、特に、子の居住地を決定する権利を含む」と規定している。ハーグ条約にあてはめると、「監護権」は、締約国の国内法で定義づけられている「監護」という語の概念の意味とはまた別に、この定義によって決定されるべきである。しかしながら、個人、施設、その他の機関が、子の常居所を決定する権利を持つかどうか

の決定は、子の常居所の国内法によって規定されている。このことについて、L'Heureux-Dube 判事は正確に指摘している。

「(略) しかしながら、ハーグ条約は「監護権」の本来の提議を採択しているが、誰がその権利を保有するかという問題は(略) ハーグ条約の意味における「子の居住地を決定する権利」は、原則として、子の常居所がある国の法律に従って決定される(略)」(強調は付加したもの)

実質的に、S の常居所はブリティッシュコロンビア州であり、同州の法律は、同人に、裁判所命令による承認もしくは両親間の文書による同意証明がないかぎり、他の場所に居住することを禁じている。

12. (ハーグ条約第 12 条では、) 子が第 3 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。」とされている。要請を受けた国の司法当局又は行政当局は、第 13 条の条項によって、この返還命令を下すことを拒む裁量を与えられている。それは以下の通りである。

「前条の規定にかかわらず、要請を受けた国の司法当局又は行政当局は、子の返還に異議を申し立てる個人、施設又は他の機関が次のいずれかのことを証明する場合には、当該子の返還を命ずる義務を負わない。

a 子を監護していた個人、施設又は他の機関が、連れ去り若しくは留置の時に現実に監護の権利を行使していなかったこと、連れ去り若しくは留置の時以前にこれに同意していたこと又は連れ去り若しくは留置の後にこれを黙認したこと。

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。

司法当局又は行政当局は、子が返還されることを拒み、かつ、その意見を考慮に入れることが適当である年齢及び成熟度に達していると認める場合には、当該子の返還を命ずることを拒むことができる。

司法当局又は行政当局は、この条に規定する状況について検討するに当たり、子の社会的背景に関する情報であって当該子の常居所の中央当局その他の権限のある当局により提供されるものを考慮に入れる。」

条約第 20 条には、子の返還を拒む理由が他にもあげられている。その規定によると、

「第 12 条の規定に基づく子の返還については、要請を受けた国における人権及び基本的自由の保護に関する基本原則により認められないものである場合には、拒むことができる。」

13. 条約第 6 条は締約国は、この条約により中央当局に対して課される義務を履行するため、一の中央当局を指定することを求めている。すでに述べたとおり、南アフリカの法律はこの目的のために家庭支援員を指名している。ブリティッシュコロンビア州では、本裁判所に提出された書類によると、司法長官が指名されている。
14. 条約第 7 条にもとづき、中央当局は、ハーグ条約の目的を達成するために、子の迅速な返還を確保し、及びこの条約の他の目的を達成するため、相互に協力し、及びそれぞれの国内における権限のある当局の間の協力を促進することになっている。このように、ハーグ条約にもとづき、家庭支援員は、要請された国の中央当局の代理として、子の返還を促進することにとめなければならない。家庭支援員は、その、家庭内の案件を取り扱うという中立的な性格に反して、対立当事者の役割を担い、返還に異議を唱える親の要請と対立しなくてはならなくなることもある。
15. 加えて、条約第 7 条は、直接に又は仲介者を通じて「望ましい場合には、子の社会的背景に関する情報を交換すること」を特に中央当局に要求している。この中央当局間の協力要求は、家庭支援員が、関連情報の報告を入手するために、可能な場合は、要請された国の中央当局、この場合はブリティッシュコロンビア州の司法長官であるが、と連携すべきであるということを示唆している。争点となっている事実の客観的評価を含む調査報告は、裁判を大きく助けるものとなるだろう。ハーグ条約にもとづき、家庭支援員に、情報の交換に着手し、その調査結果を裁判所に提供するように求めることは妥当である。また、子の環境に関する適切な情報を、条約第 13 条の免責を考慮しつつ、法廷に提供することは、要請された国の中央当局にとっても最も有用なことであろう。これは、条約第 13 条によって次のように想定されている。

「.....

司法当局又は行政当局は、この条に規定する状況について検討するに当たり、子の社会的背景に関する情報であって当該子の常居所の中央当局その他の権限のある当局により提供されるものを考慮に入れる。」

#### 最高裁判所における審理

16. 合意により、南東ケープ高裁は、家庭支援員によって提示された緊急申請のみを検討した。それは、ハーグ条約第 12 条にもとづき S をブリティッシュコロンビア州に返還する命令を要請するものである。家庭支援員の申請が認められた場合、母親の申請および父親の反対申請は却下されることが認められた。
17. 母親は家庭支援員の申請に対し、ハーグ条約にもとづいて S をカナダに戻す命令は、返還が子の最善の利益に反するため憲法第 28(2)節と矛盾すると、異議を申し立てた。Jennett 判事は、ハーグ条約と憲法第 28 (2) 節の間に矛盾はないとし、両文書にもとづき、子の利益が監護権決定に際し最も重要であるという判定を下した。しかしながら、同判事は、裁判に先立つこの事案の中心的論点は監護権の所有者を決定することではなく、監護権の是非を検討する裁判所を決定することであると認めた。同判事は、子の最善の利益は、本件を、その処理を扱う最適な裁判所にゆだねることであると決定した。ハーグ条約は憲法第 28 (2) 節と調和するものであるとも述べた。
18. Jennett 判事はまた、提示された証拠をもとに、父親の面会権および監護権に関する問題がブリティッシュコロンビア州上位裁判所で検討されることは、S の最善の利益に矛盾しないという決定を下した。以上のことから、同判事は、家庭支援員の申請と S のブリティッシュコロンビア州への返還命令出すことが S の最善の利益になると結論づけた。命令書には、父親によって結ばれたアンダーテイキングが記録された。

#### 争点

19. 本裁判所に提出された争点は以下の通りである。
  1. 本件はハーグ条約の規定の適用対象か。
  2. 適用される場合、法律に組み込まれたものとして、憲法に矛盾しな

いか。

3. これらの規定は S の返還を要求するものか。

#### ハーグ条約適用の妥当性

20. 母親は、ハーグ条約で定義されている「監護権」を父親が持つことに反対し、S がブリティッシュコロンビア州から移動したことも、南アフリカにとどまっていることも不正ではないと断言している。したがって、ハーグ条約はこの件に適用されないと主張する。
21. 前述したとおり、ハーグ条約は「監護権」を特に「子の居住地を決める権利」を含むと定義している。本件においては、1999年7月7日のブリティッシュコロンビア州上位裁判所による連れ去り禁止条項（“ne exeat”）がある。管轄の異なる数カ所の裁判所では、この離国禁止令状は、状況に応じ、ハーグ条約の意味の範囲内で監護権を与えることができるとみなされている。
22. ハーグ条約が適用されないことを裁判所に認めさせるため、母親は、米国第2巡回区連邦控訴裁判所が、権威の重みに反して、連れ去り禁止条項は監護権の根拠とならないという判断をくだした最近の **Croll 対 Croll** 訴訟を引き合いに出している。
23. そこから、**Jennett** 判事は法廷において、この論拠を却下し、**Sotomayor** 判事の異議表示でとられたアプローチに添うことを選んだ。**Sotomayor** 判事は判決の中でこう述べている。

「連れ去り禁止条項（ne exeat）のもとで生じる権利は「子の居所を決定する権利」を含む（略）親の連れ去り禁止条項（ne exeat）は、ハーグ条約が保護しようとしている権利の範疇に問題なくおさまる。」

**Sotomayor** 判事によると、これは、連れ去り禁止条項（ne exeat）に違反して親が子を国外に連れ出したことによって、親は子が常居所を有していた国の監護命令を事実上無効としたことになるため——ハーグ条約が避けようとしている損害にあたることになる。

24. いずれにしろ、**Croll** 訴訟における事実と本件における事実は同一のものではない。ここでは、監護権の最終合意における連れ去り禁止条項（ne exeat）のみを取り扱っているわけではない。本件では、S は定められた日までに常居所を有していた国へ戻されなければならず、「監護権と面会権



の問題は近日中に審理にかけられ（略）代理人と法廷記録も求めることができる」という関係者間の暫定合意がある。この合意はブリティッシュコロンビア州上位裁判所の命令となった。

25. ハーグ条約に規定されている「監護権」は、条約第3条によると、裁判所命令もしくは、要請された国の法にもとづく法的効果を持つ合意によって生じるものである。合意およびそれを組み込んだ命令が、母親がSの監護権を所有する根拠、および父親がSへの面会権を行使する権利を与えられる根拠を制定する、ということは本件の争点ではない。事実上母親は、2000年6月12日より2000年7月14日までの期間を除き、ブリティッシュコロンビア州内においてのみ（Sの日々の世話をするという意味の）監護権を行使する権利を与えられている。母親が後者の日付までに子を連れてブリティッシュコロンビア州に戻らなかったことは規定違反であり、母親の監護権の行使はその規定をもとに権利を与えられていて、同時に、合意と命令にもとづく父親の権利も侵害したことになる。その結果、ハーグ条約第3条で想定されているとおり、母親がSをブリティッシュコロンビア州外で留置するのは不正な状態となったわけである。ゆえに、ハーグ条約は適用されると結論づける。

#### 条例の合憲性と第28(2)節の効力

26. 次に、母親のために、条例が憲法と矛盾しているという具申についての考察が必要となる。この具申の唯一の根拠は、われわれ裁判所が、この条例のために、子の最善の利益が最重要であるという認識からはなれてしまっているというものである。
27. 憲法が最高法であるということは、第2節に明示されている。

「憲法は南アフリカ共和国の最高法である。これと矛盾する法もしくは行為は無効であり、これによって課された義務は履行しなければならない。」

**Mohamed** 主席裁判官は以下のように述べている。

「この審問は南アフリカ共和国憲法に厳格にもとづいていなければならない（略）最高法は憲法である——議会ではない。憲法は国内の法廷権威の根本を成す。」（強調は原文のまま）

条例もしくはその他の規定が憲法の規定と矛盾するなら、その矛盾は、条

例が憲法上有効だとするために、憲法第 36 節の規定によって正当だと認められる必要があるということになる。

28. ハーグ条約自体は、二つの異なる法的手続きを想定している——監護権を決定するうえでの子のおもに長期的な最善の利益の評定と、管轄権問題にかかわる子の長期的・短期的最善の利益の相互影響である。ハーグ条約は、監護権の問題を解決する上で、子の最善の利益が最重要であることをはっきりと認識し、それを保護する。調印した締約国、および言うまでもなく続いて批准した国々は「監護に関する事柄において子の利益が最も重要であることは強く納得されていることである」ことを断言する序文にも、そのことは記載されている。Donaldson 記録長官は F 事件で以下のように述べている。

「私は、Giraud 対 Giraud 訴訟で表明された Balcombe 控訴院裁判官の見解に賛同する（略） [ハーグ条約を実施する] 1985 年法の制定においては、議会は、子の幸福が最重要であるという基本原則からはずれることはなかった。むしろ、信条を実行していたといってもよい——

『通常の状態では、親もしくはそれ以外の者は子を一つの管轄権から別の管轄権へ連れ去るべきではないというのが、子の利益になるが、子の監護権に関する決定は、その子のこれまでの常居所だった管轄権において決定されるのが最善である』」

29. では、ハーグ条約にもとづく管轄権の法的手続きにおける短期的な子の最善の利益はどうなるか？常居所を有する国での監護権手続きによって子の長期的な利益が守られた場合でも、即時の返還によって短期的な利益がかなえられなくなるということ考えられる。こういった事案では、ハーグ条約は、短期的な最善の利益を優先するよう求めるかもしれない。私は、この論争には根拠がないと、決定ではないが、考える。したがって、ここまですれば、法律は、子の最善の利益は子に関するすべての問題の中で最も重要であるという広い保証を与える憲法第 28 (2) 節の規定と矛盾するかもしれない。したがって、この矛盾が憲法第 36 節のもとで正当だとみとめられているかどうかについての検討を始めることとする。それには関連要因の比例分析と比較考察が必要である。
30. この比例分析の実施においては、本法廷は、第 36 節によって、制限の目的の重要性と、制限と目的の関係を考慮しなくてはならないことになる。

ハーグ条約の目的は重要である。それは第 13 条で規定されている（第 20 条でもそうであるかもしれない）例外をのぞき、監護権が争われている子の最善の利益はしかるべき裁判所で検討されるべきであるということを保証するものである。ハーグ条約にもとづく申請の審理が法的手続きによって監護権申請に変わってしまうことを許すのは、ハーグ条約の意図や条項にまったく相反するものである。実際、第 19 条は以下のように規定している。

「この条約に基づく子の返還に関する決定は、監護の権利についての本案の判断としてはならない。」

むしろ、ハーグ条約は、監護権に関する問題が、管轄権と子の関係という理由で適所の裁判所によって決定されることを保証するよう求めている。裁判所は監護権決定にかかわる事実を入手することができる。

31. ハーグ条約は、特定の裁判所に妥当性を与えることによって、片方の親だけによる一方的訴訟で法廷地が不法に迂回されることを防止しようとしている。さらに、ハーグ条約は、国境を越えた子の連れ去り事案における協力を促進するため、締約国間の礼讓を奨励することも意図している。これらの目的は重要であり、民主的で開かれた社会によって是認される価値と矛盾しない。
32. ハーグ条約の目的とその目的達成のための手段との間には密接な関係がある。ハーグ条約は入念に調整されており、想定される制限の範囲は第 13 条および 20 条に規定される免除によって大きく緩和されている。考慮されるのは、特定の状況が、子は常居所を有する国へ戻されるべきではないと指示しているような事案である。その目的は、子の幸福を守るために、極端な状況における例外を規定することである。利害関係を持ついかなる個人もその他の機関も、特別な理由があれば、子の返還に異議を申し立てることができる。
33. 第 13 条を適用したとき、憲法第 28 条 (2) 節を考慮することによって、制限の性質と範囲は緩和される。子の最善の利益を最重要視することは、ハーグ条約の高潔性をそこなうことなく、免除への理解を促すにちがいない。他の管轄権における憲法第 28 (2) 節のような規定の欠如は、ハーグ条約の規定が限定的・機械的に適用されてきた外国の裁判所の公式見解を当てはめるなどの特別配慮が必要となるだろう。
34. さらに、第 13 条の適用においては、家庭内暴力が、特に幼い子を持つ母

親を、自身や子を守るために他の管轄権に逃避する行動に駆り立てるとい  
う要因についても認識されるべきである。本裁判所は、女性に対する暴力  
が子や家庭に及ぼす影響を過小評価すべきでないと考える。S 対 Baloyi 訴  
訟では、本裁判所は以下の声明に賛同し、引用した。

「家庭内暴力は増加傾向にあり、しばしば死に至ることもある問題で、すべ  
てのレベルで社会的喚起を促すものである。家庭内における暴力は外から  
は見えないことも多く、被害者に身体的、情緒的、精神的、経済的打撃を  
与える。家庭の安定を脅かし、家族全員に否定的な影響を及ぼす。特に、  
子はそこから、暴力はストレスや問題を解決する、あるいは他者を支配す  
る方法として受容されるものだと認識してしまう危険がある。」

家庭内暴力の固定パターンがある場合、それが直接子に向けられたもので  
はなくとも、返還は子をハーグ条約第 13 条で想定されている重大な危害  
の危険がある場所に置くことになる。

35. ハーグ条約の適用を持つ南アフリカの裁判所は、子の利益のために、未解  
決のまま、管轄権を有するしかるべき裁判所に委ねることを望ましいとす  
るよう強いられ、一方、子をその裁判所の管轄権に戻す命令を出すこと  
によって子の最善の利益をそこなう可能性も生じる。後述するように、ハー  
グ条約にもとづいて子の返還を命じる裁判所は、裁判所の返還命令によっ  
て生じる子の暫定的な不利益を緩和するための十分な条件を課すことがで  
きる。第 13 条の修正効果、裁判所によるハーグ条約の適正な適用、保護  
命令を出す能力などが、ハーグ条約の重要な目的を達成するために入念に  
作られた制限を保証することになる。この目的を達成することだけが必要  
であり、ハーグ条約によって活用される手段は、到達すべき目標に比例す  
る。
36. 以上の理由により、制限は、人間の尊厳と平等と自由にもとづく民主的で  
開かれた社会において、その妥当性と公正性が明白であることが納得され  
る。したがって、ハーグ条約を編み込んだ条例は憲法と矛盾しないと結論  
づける。
37. 母親のために、子の常居所を有する国への返還の義務に対するさらなる例  
外を適用するためには、第 20 条の規定は憲法第 28 (2) 節の規定を要求す  
るということについて論じられた。上記の分析に照らし、第 20 条にもと  
づくその議論は不要となった。

## 第13条への信頼

38. 母親は、戻されればSは精神的危害を受ける重大な危険があり、かつ耐えがたい状況に置かれるという理由でSの返還命令は出されるべきではないという意見を、ハーグ条約の条件範囲内で提出した。母親の主張のもととなった事実根拠は供述書や最高裁判所に提出された書類にも見られた。父親はその多くに異議を唱え、どれも、口頭試問証拠で検証されてこなかった。
39. 母親の代理人は、本裁判所での議論において、以下の母親の主張を根拠とした。
1. 1998年6月のある時点で、父親による母親への身体的暴行があった。(代理人は、それ以前の母親による申立ては根拠としていない。それは、Tsがブリティッシュコロンビア州に住居を定めた直後のことであり、その結果、母親の大腿部にはあざが生じた)。1998年6月の事件は父親に謹慎義務がおりる結果となった。この件は1998年7月30日に記録され、口論中父親に「腕をつかまれキッチンのカウンターに突き飛ばされた」結果であると記載された。
  2. 2000年5月11日、父親側に脅迫行為があったという申立てで、2度目の謹慎義務が下ろされた。南東ケープ高裁の供述書には、母親が、父親による以下の行為に照らし謹慎義務が与えられるべきであると主張したことが記載されている(父親は第1被告と記述されている)。

「23.1 1999年11月1日より2000年3月25日までの期間、(父親は)言葉による暴力および身体的暴力を浴びせ、私を脅迫した。その内容は以下の通りである。

23.1.1 第1被告は、別居するなら他の男性との同居も認めない、と告げた。

23.1.2 自分が要求することをするまで離婚はしないと告げた。

23.1.3 第1被告は私をついまわし、監視し、絶え間なく電話をかけてきた。車はどこにあるのか問いただし、誰が運転しているのかときき、家の外で車を見たと言った。

23.1.4 私に対する第1被告の口調、身ぶりはしばしば脅迫的、威圧

的になった。私の店から出て行こうとしない時は、警察を呼んで助けを求めなければいけないこともあった。

23.2 (父親は) 気に入らないという理由でハンター達をよく侮辱した。第1被告は私に、ハンターの夏用の別荘の鍵という鍵を強力接着剤でくっつけたとたびたび告げた。そのためハンター達は、ドアをこわして中に入らなければならなくなった。

23.3 (父親は) 私の家の敷地近くに停まっていたハンター達の車にブレーキ液を入れた電球を投げつけたと告げた。ブレーキ液で車の塗装がはがれるように電球を投げつけたとも言った。第1被告は注射器を使って電球にブレーキ液を入れた。

3. 二度目の謹慎義務手続き時、法廷内におけるふるまいについて父親にとって不利な発言を耳にした裁判官は、以下のように述べた。

「Mr.T は、遺憾ながら、自分の行為が他人に与える影響についての見識を持っていないようである。本日の法廷でも、怒り、不満、敵意をあらわにした。娘との接触に関する現在の状況に混乱しているのは理解するが、時に自分をコントロールできない状態であるように思われる。

4. 応答供述の中で、母親は、父親が我を失い、キッチンの蛇口をこわし、写真立てを床に投げつけて割り、洗濯機の上部をこぶしで殴りつけたときいていると話している。
5. 父親は、映画をみながら、女性に対する身体的暴力や言葉による暴力を是認する発言をした。
6. 父親は女性と電話をしていて口論となったとき、電話線を切ってしまった。
7. 父親は、南東ケープ高裁の手続き中、新聞記者に以下の旨の発言をしたとされる。「彼女(母親)が(カナダへ帰って)逮捕されようが知ったことではない。Sにはかわいそうだが、私は最後まで戦うつもりだ」

8. 母親は、ひどく不幸で孤独で孤立していたカナダへ戻ることに関強く反発している。「カナダには本当の友人も家族もなく」支援システムもない。
  9. 父親は「すべては、（母親の）被害妄想と統合失調症のせいであり、（母親は）精神的にひどく不安定である（略）と述べてきている」。
  10. Sは、常時の管理と世話が必要な特別な支援のいる子である。現在はポートエリザベスで同様の支援を受けている。一方、Owl Ridgeには同程度の施設はない。
  11. Sの状態はポートエリザベスに来たのち改善し、父親が最高裁判所の訴訟で争うため当地に到着すると再び悪化した。
  12. 強制的にカナダへ戻されると、母親とSは経済的に父親に全面的に頼ることになる。
- 
40. 母親の代理人はまた、ポートエリザベスで臨床心理学の仕事をしているIan Meyer氏の報告書も根拠とした。母親とその両親によって提供された情報をもとに、同氏は、証拠は圧倒的に、現在も単独監護権を持つ親である母親に有利であるという意見を述べている。さらに同氏は、カナダでの現状継続は、Sの精神面での健全な発達にきわめて不名誉な影響を与えるだろうとも述べている。
  41. 最後に、代理人は、カナダに戻った場合、2000年6月9日にブリティッシュコロンビア州上位裁判所が出された命令を無視したことで母親が逮捕される可能性について言及した。同氏はまた、7月21日にブリティッシュコロンビア州上位裁判所によって出された、Sに対する母親の監護権と共同後見権を取り上げた一方だけの命令にも注目した。そして、母親にカナダでの生活に戻るよう求めるのは、公平性に欠き不法であると提起した。
  42. われわれが決定を下さなければならない問題は、母親が、その主張において、ハーグ条約第13条にもとづき、Sのカナダへの返還はSを精神的危害にさらす、もしくは、耐えがたい状態に置くという重大な危険があることを証明しているかどうかということである。
  43. 夫婦間の争議は、ほとんどの場合、その子に悪影響をもたらす。監護権を争う争論であれば、その悪影響はいつそう深刻となる。法律は、子の最善

の利益を前提とする決定を通して、そのような争議を解決する方法の提供を模索する。両親は子に対して、法に決着をつけさせる責任があり、自力救済で争議を解決しようとするべきではない。自力救済に頼ろうとすると、必然的に両親の間の緊張は増大し、通常、子の苦痛も増加する。ハーグ条約はこれを認識している。ハーグ条約によって想定された状況のため裁判所の管轄権外へ移された子の最善の利益は、法が自然の経過をたどれるよう子を管轄権へ戻す要求によって通常満たされる。第13条では、例外的な事案に関する規定をもうけているが、これはその事案にあてはまらない。

44. 第13条の詮議は、裁判所の返還命令によって子が危害を受けるという危険に向けられている。その危険はゆゆしきものである。それは子を「心身に害悪を受け、又は他の耐え難い状態に置く」こととなる。「又は他の耐え難い状態に置かれることとなる」という文言は、条文によって想定された危害が深刻な性質のものだということを示す。この危害についてさらに詳しい限定をしようとすることは適当ではないと考える。また、わが国の憲法の規定に照らしたとき、本裁判所が他の国の裁判所によって定められた厳しい基準にならうべきかどうかについて検討する必要も感じない。
45. 母親が最も困難な状況にあると自覚しているのは認める。母親と父親は、明らかに敵対関係にある。さらに、母親の困難は、ブリティッシュコロンビア州に家族がいないこと、支援システムがないことによって増幅している。申立てをみても、母親がブリティッシュコロンビア州を離れる理由は理解に苦しむものではない。しかし、それは争点ではない。母親が第13条にもとづく免除要素を証明したかどうかの問題である。
46. ブリティッシュコロンビア州に戻された場合、Sが身体的危害をこうむると示唆するものはない。カナダへ戻された場合Sがこうむるであろうと言われている精神的危害は、第13条によって想定されている深刻な性質を持つ危害にはあたらない。主たる害は、ブリティッシュコロンビア州の裁判所の管轄権から移転したことから生じた結果にある。裁判所は返還を命じ、紛争中の親権争いは、母親の法に反した行動によっていつそう熱を帯びた。それは、連れ去りの状態にあり、裁判所の返還命令が出ているすべての子が往々にして経験する害であり、ハーグ条約が想定し、規定する救済措置を考慮するような害である。
47. 以上のことから、事実は、子のブリティッシュコロンビア州への返還裁定が第13条で言及されている害の重大な危険を含むという認定を支持するには不十分であると結論づける。この見解は、以下の特定要件にもとづく。
  1. 父親がSを身体的もしくは精神的に虐待していたことを明示する申立ては一切ない。Meyer氏は報告書の中で、父親は「おもに当事者同



士の別居後ではあるが、娘と深く関わりあいを持っていた。娘に対して強い愛情を持ち、その成長に関心を持っていたことは明白である」と述べている。父親の近くへSを返還することは、それ自体は、Sに重大な危害をもたらすことはない。

2. Sが経験するかもしれない問題は、母親と父親の関係に関連する緊張と精神的ダメージの影響である。Sと母親がブリティッシュコロンビア州に戻れば、母親と父親が互いに提携するということを示唆するものはない。
  3. 母親は、父親に身体的に接近していないときにも身体的安全に不安を抱えているとは提示していない。
  4. 子への特別支援は、ブリティッシュコロンビア州においても適切に提供される。
  5. 本裁判所は、ブリティッシュコロンビア州に戻った場合の逮捕の可能性を心配する母親の懸念や、ブリティッシュコロンビア州上位裁判所によるSの監護権と後見権の決定保留を母親とSが必要としていることなどに対応するための適切な命令を下すことができ、それに関して最終決定まで迅速に進めることを保証する。
  6. われわれが下すべきものとして私が提案する命令は、南東ケープ高裁の命令書に記録されている父親の約束に法的強制力を与えることになる。
  7. Sが両親の相互関係によって不利益を受けているという証拠があるにもかかわらず、ブリティッシュコロンビア州へ返還されれば、Sは深刻な精神的危害を受ける、もしくは、耐えがたい状況に置かれるということがこれまで立証されていない。母親によってなされた関連申立てを文字通りに受けとめ、それに基づいてこの結論に達した。
48. よって、重大な危険があるという母親の要求は応じられなかったということになり、また、ブリティッシュコロンビア州上位裁判所がSの将来の監護権と後見権に関わる争点を決着させることがSの最善の利益であると考えられる。裁判所はすでにその件を審議中で、関連事案がその管轄権内で取り扱われている。父親と母親の間の深刻な争議を解決する場所としては、南アフリカの裁判所よりブリティッシュコロンビア州がふさわしい場所であるのは明らかである。また、Sを永続的に南アフリカへ移すという母親の申請についても、ブリティッシュコロンビア州の裁判所において検討が可能であるだろう。

## 命令の様式

49. 以下は、Jennett 最高裁判所判事による命令である。

- 「1. 未成年者である S はただちにカナダ、ブリティッシュコロンビア州中央当局の管轄権に戻されなければならない。
2. 申請者が未成年者である S の返還にともないブリティッシュコロンビア州へ同伴することに異議がない場合は、申請者は第 1、第 2 被告双方に 2000 年 10 月 25 日水曜日までにその意志を知らせなくてはならず、未成年者である S は、カナダ、ブリティッシュコロンビア州上位裁判所において当該子の監護権、養護権および面接権にかかわる問題の確定裁判および最終判定に係争中である申請者の現在の監護権の範囲内にとどまることが命じられ、その裁決および決定については申請者もしくは第 1 被告、あるいはその双方はただちに要請しなければならない。
3. 上記の 2 の場合、すなわち、申請者が未成年者である S の返還にともないブリティッシュコロンビア州へ同伴することに異議がない場合、第 1 被告による以下の約束が記録される——
  - (a) S の監護権は自分にあるという点に関する 2000 年 7 月 21 日のブリティッシュコロンビア州上位裁判所の命令を被告に強要しない。また、S への面会権を正当に行使する場合を除き、S を申請者の日々の養護から引き離さない。
  - (b) 申請者が S をブリティッシュコロンビア州から連れ出し、2000 年 7 月 14 日以後も留置したことに起因する、申請者もしくはその家族への、投獄などの処罰を目的とする訴訟は、刑事訴訟であれ法廷侮辱罪訴訟であれ、いかなるものも起こさないあるいは補佐しない。特に、ブリティッシュコロンビア州上位裁判所の先の命令に対する申請者の違反行為について、いかなる訴えも起こさず、この件について未決定のままである申請者の刑事責任要求の撤回のためにとりうる措置をすべてとる。
  - (c) 申請者と S のために、ブリティッシュコロンビア州内の S のための適切な学校に近い場所に別の宿泊施設を用意し、宿泊に必要な経費として申請者にひと月あたり 500 カナダドルを提供する。また、S

の養育費用として、ブリティッシュコロンビア州に到着した日から、ブリティッシュコロンビア州上位裁判所の S の監護権および養護権にかかわる確定裁判まで、ひと月あたり 500 カナダドルを支払い、S の学校の費用およびその他教育にかかわる正当な費用、学校外での必要経費を負担する。

- (d) 申請者がブリティッシュコロンビア州に到着した日から 2 カ月の間あるいは監護権の確定裁判のどちらか遅い方まで、申請者に対し道路上での使用に適した乗り物を提供し、走行費用を申請者と折半する。
  - (e) S のために申請者が負担した適正な医療費を支払い、治療を受けた場合はその治療費も負担する。
  - (f) S の最善の利益のための将来の監護権、養護権、面会権に関する判定を指揮するブリティッシュコロンビア州の児童省およびその他専門職員に十分な協力をする。
  - (g) これに関して第 2 項で規定されている要求および通知があった場合、航空券、あるいは必要ならば鉄道移動費、道路交通費など、申請者と S がポートエリザベスからブリティッシュコロンビア州まで戻る際の費用を負担する。これに関して、具体的な移動手段は第 1 被告が準備し、申請者の代理人に、申請者と S がポートエリザベスを出発する飛行機の離陸日から換算して 3 営業日以内に通知する。
  - (h) この裁判所命令を受領後ただちに、費用自己負担で、この命令がカナダ、ブリティッシュコロンビア州上位裁判所の命令となるための必要な措置を可能な範囲で講じ、この命令がカナダ、ブリティッシュコロンビア州内で実行されるために必要な別の措置も講じる。また、当該カナダ裁判所の命令があたえられたらただちに、必要な措置を講じたことの証拠を申請者の代理人と本裁判所に提出する。
4. 申請者が、第 1 被告に上記第 3 項(g)の約束履行を求める場合は、申請者は未成年者である S を、提供された航空券および特定された他の交通手段を使ってカナダ、ブリティッシュコロンビア州に戻すことを命じられる。

5. 申請者が、未成年者である S をカナダ、ブリティッシュコロンビア州へ戻し、それに同伴するという意志を第 1 および第 2 被告に通知しなかった場合は、申請者は当該未成年者の S に同伴する準備が整っていないと判断され、その場合、第 2 被告は、未成年者である S が、カナダ、ブリティッシュコロンビア州中央当局の監護下に支障なく戻されることが保証されるために必要な措置を講じる権限を与えられ、そういった措置が応じられることを保証するために必要な措置を講じることも許可される。
  6. この命令によって規定されたとおり、未成年者である子がカナダ、ブリティッシュコロンビア州へ返還されるまでは、申請者は S をポートエリザベス地区から移動させてはならず、その間、継続的に第 1 被告の代理人に S の物理的居住地を知らせ、ポートエリザベスにおける電話番号を連絡しなければならない。
  7. 未成年者である子がカナダ、ブリティッシュコロンビア州へ返還されるまでは、第 1 被告は当該子と自由に接触できる正当な権利を持ち、この面会権は、臨床心理学者である Ian Meyer によって指定されたしかるべき第 3 者の監督のもとで行使されなければならない。この面会権は、そういった第 3 者の順当な要求に従って行使される。
  8. この反対申請における第 2 被告の費用は、申請者が負担しなければならない。
  9. 申請者の申請もしくは第 1 被告の反対申請については、命令は下されない。しかし、申請者は第 1 被告、第 2 被告双方の対立申請者の申請にかかる費用を負担することが命じられる。第 1 被告についての費用は、代理人 2 名の雇用料も含まれる。」
50. S をブリティッシュコロンビア州へ返還する命令が下されるべきであることに異議はない。しかしながら、S に同伴することを決心したようである母親に対し、裁判所命令の規定以上の保護が与えられることが S の利益となる。本裁判所に提出された証拠を見る限り、母親の、父親の約束を信頼できないという不安を持っている様子に作為は感じられない。
51. 憲法第 38 条は、裁判所は、権利章典の権利が侵害されたと裁判所に申し

立てをする者に適切な救済を与えなければならない、と規定している。第38条に準じ、また第28(2)節の解釈から、本裁判所は、Sの最善の利益のため条件を課す資格を有する。この条件はハーグ条約の目的と一致し、かつ妨げないものでなくてはならず、特に、子を適切な管轄権に返還することを不必要に遅らせるのであってはならない

52. 母親がブリティッシュコロンビア州に戻っても逮捕の危険がないことは命令によって保証されるべきである。Sに同伴するのなら、母親とSは、2000年6月9日の裁判所命令に従わなかったことへの母親への刑事訴訟はもはや審議されていないという旨のブリティッシュコロンビア州上位裁判所のしかるべき命令が下された後に、南アフリカを出発するよう求められるべきである。この命令は、南東ケープ高裁において父親が交わした約束と一致するものである。この命令の遂行において、父親が家庭支援員の助力を頼ることにまったく支障はない。同様に家庭支援員はブリティッシュコロンビア州中央当局の支援を受けることができる。
53. 本裁判所に提出された情報をみると、Sの単独監護権は、ブリティッシュコロンビア州上位裁判所によって母親に与えられることになるようである。私は、Sの年齢と、幼い頃から母親に日々の世話をしてもらってきたことに特に注目する。Sが恒久的に南アフリカで母親と暮らすことを認めることがSの最善の利益かどうかについては、私が意見を申し述べるべきことではない。本裁判所に提出された情報では、Sの最善の利益は、本件がブリティッシュコロンビア州の裁判所によって最終的な判決を下されるまで、父親に適正な面接権を与えることを当然の条件として、母親の単独監護権下にとどまることであると思われる。本裁判所の命令は、上記のことを達成するためのものであるべきである。
54. また、Sの監護権と後見権に関して可能な限り早い時期に明確にすることが、Sの利益につながることは明らかである。本裁判所への申請が迅速に処理されたのは、第1にこの理由による。本裁判所は家庭支援員に対し、ブリティッシュコロンビア州上位裁判所で監護権と後見権訴訟が開始されるまでにかかる時間と、それらの決定から上訴に要する時間を、ブリティッシュコロンビア州中央当局に照会することを要請した。それによると、ブリティッシュコロンビア州の司法長官は家庭支援員に、要請の日から2日以内に監護権の緊急暫定申請の審問を、4、5カ月以内に十分かつ迅速な審理を行うことを保証している。上訴は、さらにその2カ月先になると思われる。母親の代理人は裁判所に、問い合わせの結果、審理と上訴は11ヵ月から1年1ヵ月先かかるらしいと報告した。Sはハーグ条約にもとづいてブリティッシュコロンビア州に返還されるべきであるという事実にか

んがみ、司法当局および行政当局は、Sに関する監護権と関連事項を迅速なペースで決定することを保証すると想定される。

#### 起訴費用

55. 母親は、下される命令に関して言えば、本裁判所において限定的ではあるが重要な成功を得た。それゆえ、南東ケープ高裁の命令は破棄され、以下の命令に替えられる。このような状況においては、南東ケープ高裁費用についての十分な検討が必要であると考えられる。父親は、本裁判所においてSの返還命令を得ることに実質上成功し、本裁判所の費用を裁定されるべきではなかったという理由はない。しかしながら、母親が家庭支援員の費用を支払わなければならないという命令の根拠も見出せない。後者は、各国の中央当局はハーグ条約適用のための費用を負担するという第26条で規定されている国際条約に関する国家的な公的措置である。本裁判所においては、家庭支援員は費用に関する命令を求めている。

#### 命令

56. 命令は以下のとおりである。

- A. 申請は部分的に是認される。
- B. サウス・イースト・ケープ高等裁判所における **Jennett** 判事の命令は破棄され、以下の命令に替えられる。
  - 1 未成年者である (S) を、この命令の条項に従うことを条件として、カナダ、ブリティッシュコロンビア州中央当局の管轄権にただちに戻すことを命じる。
  - 2 LS (母親) が、家庭支援員に、2000年12月9日までにSに同伴してブリティッシュコロンビア州に戻る意志があると知らせた場合は、第3項の規定が適用される。
  - 3 AT (父親) は、ポートエリザベスの登録弁護士へこの命令を送達してから30日以内に、以下の条件において、ブリティッシュコロンビア州上位裁判所の命令を得るための訴訟手続きを開始することができ、相当な配慮を持って続行

することができる。

1. 母親の逮捕状は撤回され、Sを2000年7月14日にブリティッシュコロンビア州へSを戻さなかったという理由で、もしくは、Sに関する過去のその他の行為を理由に逮捕されることはない。
2. Sの監護権、養護権および面会権に関するブリティッシュコロンビア州上位裁判所の確定裁判や最終判定まで、Sの暫定監護権は母親に与えられる。その確定判断および最終判定は父親によってただちに要請されることになる。
3. ブリティッシュコロンビア州上位裁判所によるその他の命令が出るまでの間、
  1. 父親は母親とSに、ブリティッシュコロンビア州内に別の宿泊施設を用意することを命じられる。場所は母親が選び、父親はその宿泊施設の費用として計月500カナダドルを提供しなければならない。
  2. 父親は、Sがブリティッシュコロンビア州に到着した日から、Sの生活費として月500カナダドル支払わなければならない。
  3. 父親は、Sの相応な学費およびその他の教育費や学校外での必要経費を支払わなければならない。
  4. 父親は、母親がブリティッシュコロンビア州に到着した日から監護権に関する判決が出るまで、母親に道路上で使用できる乗り物を提供し、車の走行に必要な相応な費用を母親と折半しなくてはならない。
  5. 父親は母親がSのために負担した相応の医療費を支払わなければならない。それには、正当な理由でSが受けた治療の費用も含む。
  6. 父親と母親は、ブリティッシュコロンビア州児童省と、また、Sの最善の利益につながる将来の監護権、養護権、面会権を決定するための査定を行う専門家に十分に協力しなくてはならない。
  7. 父親は、Sと母親がブリティッシュコロンビア州に戻る際かかった飛行機のエコノミー料金、また必要ならば、車や電車での移動の費用を支払わなければならない。それらの準備は母親が行う。
  8. 父親はSへの正当な面会権を与えられる。それは、母親

と父親間の直接的な連絡を必須としない。

4. 第2項で言及されているように、母親が家庭支援員に通知を与えた場合は、Sの返還命令は、ブリティッシュコロンビア州上位裁判所が第3項で言及されている命令を下すまで停止され、家庭支援員がその命令が下されていると納得したときは、母親にその旨を通知する。
  5. 母親が、Sを同伴してブリティッシュコロンビア州にもどる意志があることを家庭支援員に通知しなかった場合は、母親はまだSに同行する準備ができていないとみなされる。その場合家庭支援員は、Sがブリティッシュコロンビア州中央当局の監護下に支障なく戻されることを保証するために必要な協定をまとめる権限を与えられ、その協定が確実に応じられることを保証するための対策を講じることができる。
  6. 本命令で規定されたとおり、ブリティッシュコロンビア州へSが返還されるまでは、母親はSをポートエリザベス地区から連れ出してはならず、そのときまで、父親の代理人にポートエリザベスの自身の物理的住所と電話番号を知らせなければならない。
  7. Sがブリティッシュコロンビア州へ返還されるまでは、父親はSに対して正当な面会権を持つ。この面会権は、家庭支援員によって指名されたしかるべき第3者の監督のもとで行使される。この面会権は、そういった人物の正当な要求にしたがって行使される。
  8. 母親の申請にも、父親の反対申請にも命令は下されない。
  9. 母親は、代理人2人を含む、父親の費用を支払うことを命じられる。
  10. 家庭支援員の費用に関する命令はない。
- C 家庭支援員は、この命令の条件ができるだけ早く従われることを保証するために、ブリティッシュコロンビア州中央当局の支援を求めることを指示される。
- D 母親が、第B2項の観点から、Sを同伴してブリティッシュコロンビア州



に戻る意志があることを家庭支援員に通知した場合、家庭支援員はただちに、本裁判所長官、サウス・イースト・ケープ高等裁判所補助裁判官、ブリティッシュコロンビア州中央当局、および父親の代理人にそのことを通知する。

**E** ブリティッシュコロンビア州上位裁判所が第 **B3** 項に言及されている命令を下すことができなかった場合、父親は、別の形の命令を求めて本裁判所に接触する許可を与えられる。

**F** 申請に関しては、費用に関する命令はない。

**G** この命令の写しは、家庭支援員によって、ブリティッシュコロンビア州中央当局にただちに送られ、父親の代理人に送達される。

**Chaskalson P、Langa DP、Ackermann 判事、Kriegler 判事、Mokgoro 判事、Ngobo 判事、O'Regan 判事、Sachs 判事、Yacoob 判事、Madlanga 陪審裁判官は、Goldstone 判事の判決に同意する。**

上訴人側 **PJ de Bruyn 判事、BJ Pienaar**  
**Smith Tabata Loon and Connellan Inc.の依頼による**

第2被告側 **GG Goosen**  
ポートエリザベスの州検事の依頼による