

<http://www.incadat.com/> ref.: HC/E/UKe 269

[12/02/1999; Court of Appeal (England); Appellate Court]

Re C. (Abduction: Grave Risk of Psychological Harm) [1999] 1 FLR 1145, Fam Law 371

王立裁判所（中央裁判所施設）の特別許可により転載

控訴院（民事部）

王立裁判所

1999年2月12日

Nourse 控訴院裁判官、Auld 控訴院裁判官、Ward 控訴院裁判官

C.の事件に関し

申立人である父親本人が出廷

被申立人である母親の代理人 M Scott-Manderson

WARD 控訴院裁判官：これは、1998年7月6日の Connell 裁判官の命令に対する2人の子らの父親による上訴である。この命令により、1985年子の奪取及び監護法によって立法化された1980年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）に従って、子らをカリフォルニア州へ帰すことを求めた上訴人の申請は却下された。

事実認定

上訴人（以下、父親と称する）は被上訴人（母親）と1988年の初めに結婚した。両名の息子 M は、A とも呼ばれ、1988年12月28日に誕生し、娘の L は1990年6月30日に誕生した。裁判官の判決の時点では9歳半と8歳だった。両名の結婚は破綻し、両名は1993年の終わり頃に離婚した。1994年1月27日にロサンゼルス郡のカリフォルニア州上位裁判所が両名の結婚を解消すると共に子らに関する詳細な命令を出し、共同で法的監護権を有すること、その行使においては、相手の書面による同意又はさらなる裁判所の命令がなければ、い

ずれも子らの居所の国を変えないことを定めた。いずれの親も、子らの教育に関して、相手に相談することなく一方的な決定を行わないことになっていた。父親の訪問権については隔週の週末及び学校が休みの間は長期とし、詳しい条項があった。

1994年のうちに母親は別の男性と出会い、同年末に結婚した。この男性を継父と称する。兩名の間には1997年7月に生まれた娘Eがある。本件において不幸な点は、二人の男性が互いに強い敵愾心を示したことである。父親は、継父が自分に暴行を加え、乱暴を抑える命令を受けたと主張した。関係は1995年を通して悪化した。1996年1月31日に上位裁判所は訪問の取り決めを見直し、いずれの当事者も相手方の書面による同意なしにカリフォルニア州南部の7郡から子らを連れ去らないこと、及びいずれの当事者も相手の同意なしに子らの居所の国を変えないことを指示した。1996年2月15日に母親は少年裁判所に対して父親による子らの身体的虐待を訴えた。虐待は、ベルトのバックルや握りこぶしでMをなぐる、ベルトのバックルでLをなぐる、Lの顔を平手打ちする、足を踏みつけるなどを含むがこれに限定されない。子らがそれぞれ深刻な身体的危害を受ける相当な危険があるとして告訴され、また、深刻な情緒的ダメージを被るであろうこと及び虐待を受けていたことについて別途告訴された。1997年8月28日、裁判所は、深刻な身体的危害の告訴は立証されたと判決したが、深刻な情緒的ダメージと虐待の申立は却下した。父親はその判決の正当性を決して受け入れず、カリフォルニア州控訴裁判所第二上訴部に対して直ちに上訴したが、おそらくはその後起こったできごとにより、上訴は、私たちの知る限り、まだ審理が行われていない。少年裁判所は父親が治療的な環境において未成年者訪問の監視を受けることを命じ、カウンセリングプログラムが指示された。

1997年11月21日、少年保護裁判所（Juvenile Dependency Court）は、母親に未成年者兩名を連れて1997年12月19日から1998年1月1日まで、クリスマスのためにイングランドを訪れることを許可する命令を出した。母親は滞在予定のマージーサイドの住所を提出した。それは母親の義母の家だった。母親は期日までに子らを連れてカリフォルニア州に戻ってこなかった。父親が調べたところ、1997年12月3日に母親とその夫が婚姻住居を高価な対価で譲渡していたことが分かった。連絡先の電話番号は廃止されていた。一時的に宿泊していたホテルは引き払っていた。1998年1月16日にカリフォルニア州のソーシャルワーカーが提出されていたイングランドの住所宛に母親へ手紙を書き、意向を確かめた。1月26日にカリフォルニア州の裁判所は母親の逮捕状を出した。父親は、訪問権を奪われたことに関してカリフォルニア州刑法違反も主張した。

父親は次いでハーグ条約に訴え、1998年1月30日までに米国中央当局から当地の当局の援助要請があり、2月3日に子らの返還を求める訴訟開始申請が出された。1998年2月4日、**Stuart-White** 裁判官が廷吏に子らを捜し、居場所を確認する最初の命令を出した。偶然にも同日に母親が手紙の返事として子らのカリフォルニア州のソーシャルワーカーに電話をかけ、母親と継父は休暇後に米国に戻ろうとしたが、継父が滞在を拒否されたことを伝えた。母親は、休暇中の住所として提出した場所に住んでいると述べた。継父は、自分に対して父親が暴行罪を告発したせいで就労ビザが取り消されたと述べ、それまで米国に13年間住み、米国を自分の国と思っているため、イングランドにとどまることは望まないと述べた。継父は、米国に戻る許可を求める申請を米国大使館に提出したが、手続にどのくらい長くなるのか分からないとソーシャルワーカーに語った。子らを捜す廷吏の努力は失敗に終わり、母親が送達を避けようとしていたことはかなり明白と思われる。最終的には、**British Telecom plc** の協力を求め、継父の母親に反対尋問のために出廷を命じた後、母親は3月6日に出廷した。2週間後、母親は抗弁の陳述を提出し、第一に、返還することによって子ら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、第二に、子らがアメリカへ返還されるのを嫌がっていることを主張した。従って、裁判所福祉担当官が子らに会い、報告するよう、指示が与えられた。

その間にアメリカでは同時訴訟が行われていた。2月6日に少年裁判所で管轄権の期間が終了し、母親と子らの逮捕状が取り消されたが、子らの単独の身上監護権を母親に与え、共同の法的監護権を両親に与える、家族法命令が出された。主要事実は郡の家族法部へ指示された。父親は正式に上位裁判所へ最初の監護命令の修正を求める申請を行った。最終的に1998年6月16日に **Haber** 裁判官が母親と子らが戻ることを求める条件付命令を出し、ロンドンの高等法院が母親の第13条(b)による抗弁を却下することを条件とした。このように、子らの返還が命令された場合に争われている問題を解決するためにカリフォルニア州の裁判所が8月に審理を行う準備を整えて待機する中、1998年7月6日に主要事実が **Connell** 裁判官に提示された。最新情報とするため、この裁判所が子らの返還を決定した場合、**Haber** 裁判官が数日後の日付を指定していることを付け加える。

原裁判所の判決

母親による子らの留置は不法であり、ハーグ条約の第3条に反してしていることは母親の側に認められていた。同時に、その留置以前に子らはカリフォルニ

ア州に常居所を有していたという問題以外に問題はない。当面の問題は、母親がいわゆる条約の第 13 条に基づく抗弁のいずれかを証明したかどうかであり、条約の関連する文言は次のように定められている。

「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。

「…

「(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。」

次いで **Connell** 裁判官は次のように自らに指示した。

「立証責任は母親にあることを自らに想起させている。母親がこうした抗弁のいずれかを第 13 条の範囲内で証明していれば、当裁判所は続けて裁量権を行使し、本件のあらゆる状況において子らの返還を命じるか否か、決定しなければならぬ（略）」

それは正しい指示だったが、同裁判官はこうした抗弁の立証に設定されている高い水準も、被告人側が負う立証責任を果すために必要な証拠の説得力も、自らに思い起こさせなかったことが指摘される。これについては、すぐに改めて述べる。

身体的害悪を受けることに関する限り、裁判官は接触についてカリフォルニア州の裁判所が監視することになっていたため、母親の抗弁のその節は立証されていないと結論付けた。

心理的害悪について、裁判官は次のように述べた。

「この点において、状況は考えられるほど満足なものではない。福祉担当官による証言のほかに、本件のこの側面に関する専門家の証言がないからである。」

裁判官は福祉担当官の結論を読み上げた。それは次のようなものだった。

「ロサンゼルス少年裁判所に管轄権がある間、原告である父親によるさらなる身体的又は心理的な害悪から子らは十分に保護されていた。原告である父親が裁判所命令による治療に従っていないため、推測により子らが引き続き危険にさらされているとした、カリフォルニア州における子らの代理人が提出した見解に注目する。子らの代理人が示した、父親の訪問権に配慮するために家族を分離させるべきではないとの見解には、説得力がある。私の考えでは、そうすることは当該子らを耐え難い状態に置くことになり、それ自体が深刻な心理的ダメージの危険を冒すことになるだろう。」

裁判官は、この証言は非常に説得力があると述べた。言及された報告書における他の部分には以下が含まれていた。

「子らの父親に関する思いや感情を占めているのは、子らが過去に受けた、容赦なく過酷と思う虐待の痛ましい記憶、関りが続くことについての不安と恐怖、それが自分たちの暮らしを破壊するかもしれないと感じていること、そして、父親に付きまといられることなく、母親、継父、幼い E という家族の安心の中にいたいという願いである。（略）

「（父親に殴られる）記憶はいずれの子にとっても特に生々しくはなく、押しつぶされるようなものでもないと思われたが、経験から生じた父親の恐怖と今はもう一切の関りをもたたくないという反感は、確かに偽りなく、強いものである。（略）

「隔たり、継父の家族がもたらす歓迎とサポート、そして、裁判所命令のカウンセリングが M と L にプレッシャーを引き起こさないこと、合同療法、及び子らの明確な希望に反した監視下での父親との接触面会など、すべてが相俟って、この国が安全な避難場所と再出発を提供すると感じられる。（略）

「この国のこの場所にとどまる見通しに関しては、二人ともどれほどそれを望んでいるか、語っている。これは子らが原告である実父とこれ以上接触することに極度に抵抗しているからであり、また、あらゆる要求に関して依存している母親と継父を慕っているからである。（略）

「子らはカリフォルニア州へ戻されるべきでないと非常に強く感じており、その理由は、子らが知る限り、それが現在の家族の中にとどまりたいとの願いを拒まれること、及び父親による虐待を受けて以来関係者全員に一貫して表明し

てきた願いに反して監視下で原告である父親と時々接触を強いられることを意味するからである。二人とも、その理由から、カリフォルニア州へ返還されることを嫌がっている。」

さらに裁判官は次のように述べた。

「（裁判所福祉担当官）に関する限り、その見解は本件のいかなる主要事実に関しても最終的なものでないことを強調する。決定の責務は公明正大に裁判所にある。同時に、本件の子らに関連する主要事実についてのその見解は、重要な見解であると私は判断する。」

次に裁判官は、子らが返還される場合には母親が同伴するであろうが、継父は再入国を拒否されているためにそれができない点を念頭に置くと述べた。E が母親と共に戻るのか、この地にとどまるのかは分からなかった。母親に宿泊場所と経済的支援を提供することを父親がアンダーテイキングしたこと、及び母親がカリフォルニア州の裁判所で訴訟を起こせることを考慮した。そして、次のように述べた。

「しかし、今後考えられる母親の状況には、仮にカリフォルニア州へ戻った場合にもう一つ重要な側面があるが、子らが行くことを命じられた場合、母親はそうするだろう。これまでしばらくの間、父親が母親に対し、また当裁判所に対し、カリフォルニア州で母親の犯罪訴追手続きを進めようとしないうことをアンダーテイキングするかどうかについて、当事者同士であるかのように議論してきた。あちらでの母親の状況は、カリフォルニア州の管轄から離れて子らを不法に留置したというものであり、私の理解するところ、母親は、自分の子らの誘拐に近い罪の結果として刑事訴追手続きを開始される危険がある。その問題に関する限り、心から子らのためを思う父親であれば（略）求められているアンダーテイキングを直ちに提示すると予想される。（略）訴訟手続きの間中、この父親は求められているアンダーテイキングを提示することができない、あるいはその意欲がなかった。実際のところ、金曜日の午後に証拠を検討した後の提出物が出されたときには、父親の代理人はまだ求められているアンダーテイキングを提示する指示を父親から受けることができなかった。今朝、法廷が再開されたとき、裁判所は父親の状況における目覚しい変化を伝えられた。父親は週末の間状況について思案し、子らに関する母親の行為に関連して十分な寛大さを示していなかったとの結論に達したらしかった。こうした状況において、また、求められているアンダーテイキングの提示を以前は断固として拒否していたにもかかわらず、（略）カリフォルニア州から子らを誘拐したことに

ついで、事実上、母親の犯罪訴追手続きを進めようとしな（略）アンダーテイキングを、代理人を通じて提示したのであった。」

裁判官は、次いで、そのアンダーテイキングが信頼できるものかどうか尋ね、次のように述べた。

「私の結論は、過去のかかなりの期間にわたって父親と継父と母親の間に強い敵愾心があり、現在もあるという疑う余地のない事実を反映しなければならない。私の考えでは、本件の経過を踏まえ、仮に母親と子らがカリフォルニア州に戻るとすれば、戻ったとたんに父親が最近の心変わりを後悔する見込みが非常に高い。（略）母親の視点からすると、仮に戻るとすれば（子らの返還を裁判所が命じる場合に母親はそうすると思われる）、母親は不確かで満足のかない地位に置かれるのがせいぜいだろう。（略）母親は訴追され、おそらくは自由を奪われる危険があると考えるだろう。しかも、それまでの問題の経過、特にアンダーテイキングに関することから、さらに苦しめられるような心理状態になるだろう。現在の夫は同行できないのであるから、すでにストレスを感じているだろう。若い娘を連れていき、娘を父親と過ごさせないことになるか、あるいは、娘を連れて行かないことでさらに苦しむだろう。（略）母親は、短期間であっても、この年齢の子供の母親に期待される役割を果す上で著しく障害を生じると私は判断する。」

そこで裁判官は、裁判所福祉担当官の危惧及び心理的害悪の危険に関する意見には十分な根拠があると結論付け、従って母親は第 13 条(b)の範囲内に該当すると述べた。そして次のように続けた。

「子らの状況の耐え難さに関しては、子らが望まない管轄区にいて、先に言及したストレスと緊張に悩む母親に世話をされる状況に直面することはこの子らにとって耐え難いことになるかと判断する。母親は第 13 条(b)による抗弁のその点を立証している。」

子らが主張していることを裁判官が受け入れた反対理由について論じる上で、裁判官は子らの意見を考慮することが適当かどうか尋ねた。この点に関しては、次のような福祉担当官の証言があった。

「7歳の L と 9歳の M は発育遅延の徴候を示しておらず、認知的及び感情的理解においてそれぞれの年齢に釣り合ったレベルに達してはいるものの、反対理由に決定力があるほど十分に成熟しているとは思えない。」

裁判官は次のように述べた。

「この子らは、私の判断するところ、その意見を無視するのは間違っている、完全に間違っている年齢である。それは、その意見が決め手となる、又は決定力があるという意味ではない。しかし、その年齢と成熟度を考慮すれば、裁判所に与えられている裁量権の行使を私が実行する段になったときに、先に説明したように返還されることに確かに抗議していることを考えて、当裁判所がその意見を念頭に置き、その意見を考慮に入れることは適当と判断する。

「従って、母親は、私の判断するところ、本判決に述べたように第 13 条(b)の節及び第 13 条全般を立証している。」

裁判官は次に、裁判所に与えられている裁量権の行使に転じた。裁判官は、母親の行為は子らを不法に留置するという点でほめられる行為ではないことを念頭に置いた。子らの常居所のある裁判所管轄区への子らの速やかな返還を確保するとの条約の目的を考慮した。カリフォルニア州の裁判所には本件を緊急に扱う準備と意欲があったことを念頭に置いた。イングランドに落ち着きたいとこのこの家族の願いを考慮した上で、次のように述べた。

「父親が確かに子らの監護に関する命令を求めたことに留意する。しかし、私の判断するところ、父親がそのような結果を得る見込みは、本件の経緯を考えると、極めてわずかである。(略) 子らがカリフォルニア州へ返還される場合、子らその後母親とこちらへ戻ることを同州の裁判所が認める見込みは圧倒的に高いと判断する。しかも、私の判断では、いずれはここへ戻ることが許可されるとの確信ではないにしても、その見込みに対してそれがもたらすことになる必然的な不安を抱えて戻ることを子らに要求するのは子らのためになり得ない。

「さらに、母親が犯罪訴追手続きの対象とされないとしても、少なくともその可能性について不安を感じ続けるかもしれないという、すでに説明した現実の危険を加えるなら、裁量権の行使において当裁判所が達すべき結論は、明らかになると私は判断する。」

裁判官は、子らの返還を命じることは適当ではないと結論付け、ゆえに申請を却下した。

上訴

父親は現在、本人が上訴を提起している。本件は 1998 年 11 月に当裁判所の異なる体制において開始されたが、問題点について何らかの和解を求める、裁判所の裁判外紛争処理サービスを利用する機会を当事者に与えるために延期されていた。その試みは失敗に終わり、そして父親は上訴を遂行した。長文の主張を提出し、節度と礼儀と少なからぬ技をもって言い分を提示している。原審には出廷しなかった **Mr Scott-Manderson** からいつものように母親の代理として有益な貢献があり、同氏に感謝する。彼らの提出物から、本上訴に直接関連すると思われる問題点を以下に限定することができる。

1 条約の目的及び第 13 条に対する適当なアプローチ

条約の目的について最も権威ある所説は、**Lord Browne-Wilkinson** が **Re H (Abduction: Acquiescence) [1998] AC 72,81 [1997] 1 FLR 872, 875E** において示した。

「条約の説明部分及び第 1 条には、基調をなす目的が述べられている。具体的に英国の法律に組み込まれていないとはいえ、明らかに国際条約の解釈と関連性がある。条約の目的は、常居所のある国から別の国への不法な連れ去り又は常居所のある国以外の国における不法な留置による有害な影響から子らを保護することである。これは、常居所のある国への速やかな返還を確保する手続を定めることによって達成される。」

裁判所のアプローチについては、当裁判所の最初の判決の一つを下した **Nourse** 控訴院裁判官が **Re A (A Minor) (Abduction) [1988] 1 FLR 365, 372H-F** において次のように述べた。

「重要なのは、（裁判官が）すでに第 13 条(b)の重要な文言の意味を、危険は通常危険以上、あるいは子を一方の親から連れ去り、他方の親へ引き渡すことで通常予想されるよりも大きなものでなければならぬと解釈した点に留意することである。父親の代理として出廷する **Mr Singer** と同意見で、危険は重大なものでなければならぬだけでなく、それは些細ではない実質的な心理的害悪でなければならぬ。それが、この文言、すなわち『他の耐え難い状態に置く』の本質と思われる。この国で法的拘束力を有する国際条約の文言に同種の規則を適応すべきかどうか、思い巡らす必要はない。すべきでないとは仮定しても、実現しそうな心理的害悪の程度を判断する際に、やはり、こうした強い文言の力を無視することはできないと考える。」

翌年、**Re C (A Minor) (Abduction)** [1989] 1 FLR 403, 413D-Fにおいて、リミントン記録長官の **Lord Donaldson** は次のように語った。

「私たちも、心理的害悪への言及と共に第 13 条を検討する必要に迫られた。条約の仕組みの運用を検討する必要がある状況において、子に対するある程度の心理的害悪は、子が返還されようと、されまいと、そこに内在することだけは付け加えたい。それは、私の考えるところ、この文言、すなわち、『他の耐え難い状態に置く』によって認識されており、これは条約が念頭に置いている深刻な程度の心理的害悪についてかなり明らかにしている。この害悪を最小限に抑える又は排除することは子が返還される国の裁判所の関心事となり、これに反する有力な証拠又は本件のような状況にある裁判所の権限を越える証拠がない場合に、この国の裁判所はそれが行われることを想定するべきである。例外的な事例を除き、私たちの関心事、すなわち、こうした裁判所の関心事は、他の国の裁判所が（略）当該子に関して通常の役割を再び担えるようになるまで、当該子にできる限りの保護を与えることに限定するべきである。」

被告が満たさなければならない高い水準の別の表現がある。**B v B (Child Abduction: Custody Rights)** [1993] Fam 32, 42, sub nom **B v B (Abduction)** [1993] 1 FLR 238, 247A において、**Sir Stephen Brown** 家事部首席裁判官は「第 13 条 (b)の運用に至らせるために立証しなければならない非常に高い程度の耐え難さ」の非常に高い程度に言及した。1995 年に **Butler-Sloss** 控訴院裁判官が **Re M (奪取: アンダーテイキング)** [1995] 1 FLR 1021, 1026C-D において次のようにコメントできたことに重要性がないとは言えない。

「しかし、重要なのは、少なくとも私の知る限り、これまでに第 13 条(b)に基づく厳しい要件を満たす状況を見出した裁判所は英国にないと認識することであり、また、条約締約国、特に私たちと関係のある、米国、カナダ、オーストラリア、ニュージーランドなどにおいて満たされたことがあるとも思わない。」

高い基準が初めて満たされたのは **Re F (A Minor) (Child Abduction: Custody Rights Abroad)** [1995] Fam 224, sub nom **Re F (Child Abduction : Risk if Returned)** [1995] 2 FLR 31 であり、控訴院は第 13 条による抗弁が立証されたと判決した。そのときでさえ、**Sir Christopher Slade** は、それぞれ 238 及び 43G-H で、次のように述べた。

「この国の裁判所は、ごく稀な事件においてのみ、第 13 条(b)に基づく裁判所の裁量を生じさせる事実の条件が満たされていると述べることに同意すると私は理解している。私の考えるところ、慎重な態度を取り、厳しい基準を適用することはもつともである。乏しい理由で第 13 条(b)を実施することは、わが子を不法に他の管轄区へ連れ去った親たちの最後の手段となりがちである。」

従って、重大な害悪の危険又は実質的であって些細ではなく、常居所の裁判所の管轄区への受け入れがたい返還の結果として生じる避けられない分裂、不確かさ及び不安に内在するものよりはるかに大きな深刻さがあるものとして判断されなければならない他の耐え難い状態について、明確で説得力のある証拠を裁判所が求めるべきであるとして定められた権威の一線がある。

Connell 裁判官が採用すべき基準の厳格さについて自らに明確に指示しなかったことについてはすでに述べた。その理由だけでこの上訴を認めはしないのは、**Connell** 裁判官が経験豊かな裁判官であり、また、こうした事件を頻繁に扱う数少ない専門的裁判官の一人であり、従って慎重である必要性を十分に意識していると私が確信を持って期待しているからである。しかし、それは、主要事実を再審理する際に高い基準で事実認定を試すことを当裁判所に免除することにはならない。その高い基準は、条約の目的を十分に実施して国際的義務を果たすために私たちの裁判所が維持することが不可欠と私は判断する。厳しい基準は、弱めるのではなく、実施しなければならない。

裁判官の事実認定の検討に取り掛かる上で、私たちの目の前にあるものと同じ提出された資料から裁判官が結論に達したこと、従って、第一審裁判官が上訴裁判所よりも享受することの多い、証人による証言を見聞きし、その信頼性をしかるべく判断するという特別な利点を享受しなかったことに留意する。彼らは人を判断し、私たちはページを判断する。従って、上訴裁判所は、本件のような状況において、事実認定が証拠の重要性に反すると比較的容易に結論づけることができるとはいえ、それでもなお、裁判官の結論はしかるべく考慮しなければならない、その判決を妨げることには慎重でなければならない。

2 心理的害悪の重大な危険についての事実認定の根拠

裁判官にとって非常に重要だった特定の要因は、家族を分離させることの影響と、父親のアンダーテイキングが不十分だったことによる母親の犯罪訴追手続きの不確かさだった。

上記の具体的な側面について考慮する前に、カリフォルニア州の家庭裁判所が迅速に管轄権を行使し、身体的害悪を受けることから子らを保護できると確信していたため、子らが米国に返還された場合の身体的害悪の危険を裁判官が軽視していた点に留意することは重要である。その介入によって心理的害悪の危険も軽減できない理由は理解できない。この裁判官は、次のような裁判所福祉担当官の結論を特に重視しなかったと見られる。

「ロサンゼルス少年裁判所に管轄権がある間、原告である父親によるさらなる身体的又は心理的な害悪から子らは十分に保護されていた。」（強調は引用者による。）

裁判所福祉担当官はさらに続けて次のように述べた。

「原告である父親が裁判所による治療に従っていないため、推測によりに子らが引き続き危険にさらされているとしたカリフォルニア州における子らの代理人が提出した見解に注目する。」

父親は実際に関連性のある治療を療法士が満足するように完了したと語り（これには裁判官に提出された証拠があった）、私たちはこの主張を実証する報告書に注意を向けさせられた。たとえそうだとしても、私としては、カリフォルニア州の裁判所が、訪問の制限若しくは監視を課すことにより、又は何らかのほかの方法で父親から受ける可能性のある情緒的害悪から子らを保護することができない理由が分からない。それは返還そのものに内在する混乱とは異なるものである。

さらに、父親が痛烈に述べたように、一方では、子らに身体的害悪の危険があると少年裁判所が認めているのに **Connell** 裁判官はそのような危険が返還を妨げるほど重大であるとは認めず、しかも他方では、裁判官が心理的害悪の危険があると結論しているのに対して少年裁判所は、父親の行為の結果として、重度の不安、憂鬱、引きこもり、本人又は他者に対する厄介な攻撃的行動などから明らかな、深刻な情緒的ダメージを子らが受ける相当な危険があるとの告発を却下したという、異常な局面が生じている。

裁判官が根拠とした二つの特定の要因に目を向け、先ず、家族を分離させることについて扱う。

(1) 裁判官に提出された唯一の証拠は、少なくとも私たちの前にある書類が示す限り、1998年3月30日に宣誓された、宣誓供述書における妻の以下の主張だった。

「夫と娘の E が一緒になければ米国へ戻る気はない。M も L も、私と夫と E との間に親しく愛情のこもった関係を築いている。私たちから引き離されることは二人に深刻な損傷を与える。実際に、子らの代理人は、そのような別離を支持しないとやっている。」（強調は引用者による。）

それにもかかわらず、裁判官は、年長の子らが米国へ戻ることを命じられた場合に母親が同伴することは明白との前提で手続きを取ったと見られる。母親の立場の変化は共通の土台となっていたに違いない。次いで裁判官は、E に関する母親の計画の不確実さと、そこから生じる問題点について述べた。裁判官は、Butler-Sloss 控訴院裁判官が同様のジレンマを処理したような方法では、これを扱わなかった。控訴院裁判官は *Re C (A Minor) (Abduction)* [1989] 1 FLR 403, 410E-F において次のように判断した。

「親は心理的な状況を生み出して、それを根拠とするだろうか？子を奪取した親の行為によって子に対する心理的な害悪の重大な危険が加えられるのであれば、幼い子を持ち、その管轄区から子を移動させ、戻ることを拒むすべての母親がそれを根拠とするだろう。それは 4 頭立ての馬車で条約の抜け穴をくぐるようなものだ（略）」

母親の立場における不確実さは、母親が一時的に夫との別居を強いられることによって今では複雑化している。これは *Mr Scott-Manderson* から得た情報だった。母親は和解を切望しているが、結婚におけるこの分離は、当然のことながら、母親にとって大きなストレスとなっていることが伝えられた。継父は英国籍で、故郷はマージーサイドである。母親は、父親と同じく、メキシコ生まれだが、カリフォルニア州に住んでいた。そこが母親の故郷であり、イングランドには夫を通して得た親戚のほかに親戚はない。それ以上のことは分からず、こうした事実は不確実さを高める働きしかしない。可能性の一つは明らかである。今は母親と 3 人の子らが継父抜きでカリフォルニア州へ自主的に戻ることができる。

(2) 家族を分離させる可能性があるということは知らされていた又は知らされているべき事項であり、また、当人たちの立場について十分かつ率直に伝えられていたならば、休暇と称するものの許可を求めた時点でカリフォルニア州の

裁判所及び父親に明らかにされているべき要因だった。継父の就労許可証は1997年6月16日に期限が切れており、当裁判所に提出された書類は、1997年6月6日に Mr Hollister（尋問を受けた入国審査官（当時））によって更新が拒否されたことを示している。この家族は、継父が再入国を拒否される可能性が高いことを承知の上で米国を離れた。家族が揃って戻ることができなくなるクリスマスの訪問に出発するべきではなかった。自らの行為によって不利な条件を生み出し、今はそれを根拠にしようとしている。入国管理局に影響を与えた可能性のある事項の一つは、継父の父親への暴行及びおそらくは父親が継父に対して得た禁止命令についての別の違反に対する刑事上の有罪判決だったことを訴えても役に立たない。ここにある証拠は、父親以外のだれかに対する暴行の犯罪歴があったことを示している。

(3) こうした不確実な点を根拠にすることで、本来はカリフォルニア州の裁判所がその重要性を評価し、その結果に対処すべき重要な点が見逃されている。家族が一時的に分離させられていることは、疑いなく、カリフォルニア州の裁判所が子らとその管轄区から永久に移動させて英国へ戻る許可を求める申請を検討する際に念頭に置く要因である。カリフォルニア州の裁判所は、こうした問題を解決する意欲と能力をもって待機している。

第二に、未決の刑事訴訟手続に関する夫のアンダーテイキングについて、：注意すべき点が2点ある。

(1) 母親が自分の立場について危惧又は不安を口にした証拠が裁判所に提出されていなかった。母親は宣誓供述書において、それについて一切触れなかった。判決において Connell 裁判官は次のように述べた。

「これまでしばらくの間、父親が母親に対し、また当裁判所に対し、カリフォルニア州で母親の犯罪訴追手続きを進めようとしないうことをアンダーテイキングするかどうかについて、当事者同士であるかのように議論してきた。」

父親は、そのようなアンダーテイキングを求める要請について初めて知ったのは、金曜日に裁判所でそれについて言及されたときだったと語った。私たちは、その要請が行われた書状の提出を求めた。提出はなかった。従って、裁判官が何を根拠として手続きを進めたのか知ることは困難である。父親が当初不承不承だったことについて、父親の代理人がどのような説明をしたのかは、あったとしても、私たちには分からない。主張の骨子において、次のように語っている。

「そのようなアンダーテイキングを提示しなかったが、それを承認して実施するのはカリフォルニア州の裁判所次第と思った。」

父親側はカリフォルニア州の裁判所が問題について承知できるようにするために取った措置を指摘した。父親は自分の立場について混乱していた可能性が十分にある。

(2) 裁判官は、約束の誠実さについて重大な疑念を表明した。父親から詳しく聞いたところ、私はそれほど厳しくないかもしれないが、重要な点は、母親が自ら不幸を招いたことを裁判官が再び見過ごしていることである。Balcombe控訴院裁判官は *Re E (A Minor) (Abduction)* [1989] 1 FLR 135, 142 において次のように述べた。

「条約の全目的は（略）当事者が監護権を有する相手方の同意を得て別の管轄区へ子を連れ去り、その後当該子を不法に留置すること（略）によって偶然の利点を得ないようにすることである。」

裁判官は、この要因について行ったように著しく重視した際にそれを念頭に置かなかった点で誤っていた。

心理的な害悪の重大な危険についての結論

私には、裁判官が根拠とした要因のそれぞれを過度に重視したと思われる。あらゆる角度から本件を眺め、裁判官に提出されていた、心理的な害悪の唯一の証拠に戻る。それは裁判所福祉担当官の報告書だった。これは、裁判官が認識していたとおり、心理的な害悪の最も有力な証拠ではなかった。これを裏付ける専門家がいなかったからである。とはいえ、裁判所上級福祉担当官は経験豊かな人物であり、その意見に基づいて行動することは十分に裁判官に認められている。しかし、裁判官は、同報告書における重要な他の部分にも留意していなければならなかった。それは次のとおりである。

「9（略）MとLは母親に愛され続けていることを確信しているように見える。母親が世話をしてくれることを頼みにしているが、継父が同行できないことを知っているため、カリフォルニア州へ戻ることを要求された場合に母親がどうやってそれを行えるかについて心配している。MもLも、たとえば療法士が同席して子らを害悪から保護するとしても、実の父親に合わせるために（略）この家族が別れ別れにならなければならない理由を理解できない。」

「12 子らは、カリフォルニア州へ戻ることになったら自分たちを待ち受けていると考える生活を受け入れるのは難しいと思っていた。子らは継父がそこにいるであろうことを知っている。どれほど継父に会いたくなるか理解しており、継父がいないと母親がどれほど悲しむか承知している（略）」

「13 子らはカリフォルニア州へ返されるべきでないと感じており、それは、子らが知る限り、現在の家族の中にとどまりたいという願いを拒否され、監督下で随時原告と接触を強制されることを意味するからである。」

子らの懸念の程度を強調したのは、家族を分離させることがそれ自体、深刻な心理的ダメージの危険を冒すことになるとの結論に対してこれを検証するためである。仮に返された場合の自分たちの立場についてのこの避けられない心配、不確実さ及び不安が深刻な心理的ダメージとなり得ると結論するにはあまりにも大きな飛躍があることを十分確信している。子らの懸念は子らの返還に付随している。条約の目的を果すために私たちの裁判所が断固として支持しなければならぬ厳しい基準を満たす害悪の深刻さに近いものは何もない。条約の第 13 条(b)の意味の範囲内で心理的害悪の重大な危険がある事例ではないとの考えを堅持する。

子らを耐え難い状態に置く重大な危険

同じ高い基準が適用される。私の判断するところ、返されて、裁判官が先に言及した、自ら引き起こしたストレスと緊張に悩む母親に世話をされることを子らが望まないだけでは、この基準は満たされない。裁判官は、カリフォルニア州のソーシャルワーカーに対する母親の報告によると、この家族は米国へ戻ろうとしたが継父の入国問題でそれを阻止されたという事実を完全に見過ごしていると見られる。駐ロンドン米国大使館との通信では、「あなたから連絡を受けることが私自身と家族にとって絶対に必要」と懇願していた。子らが返された場合に父親による心身の害悪のおそれ又は耐え難い状態に直面するおそれについての不安は、あきらかに十分でなかった。米国の移民当局が継父に戻ってくるのを許可しないことは、条約の明確な目的を阻む正当な理由ではない。

子らの反対理由

裁判官がどのような事実認定を行ったのか、全く理解できない。裁判官は第 13 条全般が立証されたとの結論を示したが、先に「裁判所に与えられている裁量権の行使を私が実行する段になったときに、当裁判所がその意見を念頭に置

〔く〕（略）ことは適当である」と述べている。裁判官が子らの反対理由を抗弁と認めたと仮定しても、その年齢と成熟度に照らし、子らの意見を考慮することが適当だったのかどうか、問わねばならない。

裁判所で利用できる唯一の証拠は、裁判所福祉担当官が提出したものだ。裁判官はそれを根拠とすることを認められていた。福祉担当官には子らに会える利点があり、裁判官にはそれがなかった。子らは当時 9 歳と 7 歳で、明らかに利口ではっきりと物を言える子供だったが、それにもかかわらず、この経験豊かな担当官の見解は、「反対理由に決定力があるほど十分に成熟しているとは思えない」だった。

ほかには、子らが裁判所福祉担当官に伝えた意見を優先させるべきか否かを裁判所が決定する際の助けとなる資料が一切なかった。従って、子らの意見を考慮に入れることは可能である点に同意してもよいが、裁量権の行使を実行する段になったときに、その段階に達していなければ、その希望はあまり重視できないかもしれない。問題は、子らの反対理由が第 13 条に基づく抗弁の根拠となり、これを立証できるかどうかだった。成熟度の不足に関する福祉担当官の結論を踏まえ、この抗弁が立証されたことを認める正当な理由はない。

幼い子らの意見に対する裁判所のアプローチについて裁判所が述べたのは、**Balcombe 控訴院裁判官による Re S (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1993] Fam 242, sub nom S v S (Child Abduction) (Child's Views) [1992] 2 FLR 492, 501D** における判決だった。

「従って、裁判所が子の意見は他者、例えば奪取した親などの影響を受けていたとの結論、あるいは、返還に対する反対理由は奪取した親の下にとどまりたいと願うからであるとの結論に至る場合には、そうした意見がほとんど又はまったく重視されない見込みが大きい。そのほかのアプローチは 4 頭立ての馬車で条約の最も重要な構想の抜け穴をくぐるようなものだ。」

これについて福祉担当官は次のように指摘した。

「子らは、当然、生まれたときから主として世話をしてくれた母親、そして継父から、大きな影響を受けている。」

これにより、反対理由は、なおのこと信頼性が低くなる。

結論

Connell 裁判官によるいずれの結論にも、控えめながら意見を異にする。それにもかかわらず、問題について熟慮した上で、第 13 条による抗弁のどの節も、母親によって立証されていないという結論は譲らない。従って、裁判所は第 12 条に基づいて子らを返還する義務を負うため、裁量権の問題は生じない。しかし、私としては、Connell 裁判官の判決の別の側面についてさらに何らかの検討をせずに本件から離れることを望まない。

裁量権を行使するか否かを検討する際に示された同裁判官の以下の見解の説得力は理解している。

「(略) いずれはここへ戻る事が許可されるとの確信ではないにしても、その見込みに対してそれがもたらすことになる必然的な不安を抱えて戻ることを子らに要求するのは子らのためになり得ない。」

それでもなお、当裁判所がその推測を行うことが適当か、疑いを抱いている。そうすることはカリフォルニア州の裁判所の職務を奪うことである。母親には、子らとその保護の下にとどめるべきであることに圧倒的な言い分があるかもしれないが、父親はそれを否定していないように見える。カリフォルニア州に居を構えるべきか、離れることを許可されるべきかは、別の問題である。条約の目的は、子らが常居所を有する場所について裁判所が判決を下すのを確実とすることである。

また、子らが 1 年以上離れていたことも非常に重視している。訴訟手続における遅れは子らにとって良い結果をもたらしていない。これは非常に遺憾である。父親は、正規の手続きを踏んで実に迅速に行動し、子らの返還に対する決定的な命令を求めた。2 月 4 日の本格的審理が行われていたなら本件の成果はどうなっていたのか、尋ねるだけでよい。それはまさに母親がカリフォルニア州に戻ろうとしていたと述べている日だった。その場合、返還に対する決定的な命令が出されていたであろうことに、一切疑いはない。

結果として、第 13 条に基づく抗弁の根拠を立証する、母親に課された非常に重い責任を母親が果していないことに納得している。そのため、裁判所の責務は、子らの福祉にとっては、子らの将来を現在扱っているカリフォルニア州の裁判所が最も役立つとする条約の基調となる論点を信頼し、これを実施することである。提示されているアンダーテイキングを条件として上訴を認め、子らをカリフォルニア州へ返還することを命じる。

AULD 控訴院裁判官：同意見である。

NOURSE 控訴院裁判官：同じく同意見である。