

<http://www.incadat.com/> ref.: HC/E/USf 459

[03/04/2002; United States Court of Appeals for the First Circuit; Appellate Court]
Danaipour v. McLarey, 286 F.3d 1 (1st Cir.2002)

米国第 1 巡回控訴裁判所

2002 年 4 月 3 日

隣席 : Lynch 裁判長、Campbell と Bownes S.C.JJ.

I.Danaipour (申立人、非上訴人) 対 K. McLarey (被申立人、上訴人)

LYNCH 裁判長

連邦裁判所の最も困難で悲痛な任務の中には、ハーグ条約の「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」に基づき、片方の親がその子が返還させられるならば身体的若しくは精神的な危害の重大な危険に直面すると主張する場合には、奪取された子をその子の母国へ返還させるか否かという決定がある。(国際的な子の奪取の民事上の側面に関するハーグ条約、1980 年 10 月 25 日に署名のため開催。T.I.A.S. No. 11,670, 1343 U.N.T.S. 89 [以下、ハーグ条約と呼ぶ])

ハーグ条約の国内担保法である「国際的な子の奪取に関する救済法」(42 U.S.C. ss. 11601-11610 (1994))において、議会は、返還が子に危害を与える重大な危険となるか否かという問題を含む、ハーグ条約下で発生する訴訟に関する管轄権を連邦裁判所に与えた (I.D. s. 11603)。

地方裁判所は誠実に取り組み、次のような結論を下した。父親が彼の 3 歳の娘に性的虐待を行なったと信じるに足る理由が存在するが、性的虐待が起こったか否か、またもし起こったとすればその子を守る為にどのような措置が必要かについては、スウェーデンの裁判所が最終的に判断すべきである。地方裁判所は、スウェーデンの裁判所が類似の執行を行なうと仮定して、多数の「アンダ

「一テイキング」を利用することにより、スウェーデンの裁判所がこの問題を判断するまで、その子は適切に保護されるだろうと考えた。

当控訴裁判所は、米国の裁判所が被害の重大な危険という問題を判断する責務を外国の裁判所に委ねられるかどうかを判断せずに、誤りを犯し、当該子の返還を可能にすると思われる条件を発することにおいて越権行為を行なったと考える。当控訴裁判所は原判決を棄却し、当見解と合致する追加の訴訟のために原審へ差し戻す

I.

当控訴裁判所は、地方裁判所に提出された本件の事実を以下に要約する。

K.M.はスウェーデンと米国の二重市民権保持者であり、I・Dはスウェーデンの市民権を持ち、イラン国籍を持つ。Dは児童心理士として臨床を行なっている。二人はスウェーデンで知り合った。

MとDは1994年に最初の娘を授かった。そのすぐ後にマサチューセッツ州で結婚した。二人目の娘は1998年に生まれた。二人の子はスウェーデンで生まれ、彼女らは人生の大半をそこで暮らした。1999年の夏にマサチューセッツを訪れた際に、DはMの両親に二人は離婚するだろうと告げた。2000年2月に二人は離婚届けを出したが、ストックホルムの二人のコンドミニアムでの同居生活は継続した。

2000年の前半に、MとDの関係は一層悪化した。Mは、Dが虐待的であり、支配的だと主張し、彼が娘に不適切な性的接触を行なっていると疑い始めた。Mは何度かDが娘らの乳首をつねったり、上の娘の尻をわしづかみにするのを目撃した。彼女はまた、上の娘が、母親の口に激しくキスしようとするなど、性的な行動を見せ始めたと報告する。

2000年6月、Mは娘らを連れて両親を訪れるために米国へ旅行した。翌月、Dも娘らに会いに米国を訪れた。Mは、娘らが父の元を訪れた後に二度、下の娘の膣の部位に異常な赤疹があることを発見したと主張した。Dはスウェーデンに帰国すると、スウェーデンの裁判所に申し立てを行ない、娘らの全面的な監護権を授与された。Mはその後スウェーデンに戻り、ストックホルムの女性避難所に住み、共同監護権の申立を提出した。約4週間後の2000年10月頃、スウェーデンの裁判所はMにコンドミニアムの取得と子らへの共同監護権を与えた。それには二人の親の間を一週間交代で行き来する身体的監護権が含まれて

いた。Mはスウェーデンの裁判所に、再び娘らをスウェーデンから連れ出さないと約束し、彼女と娘らのパスポートを彼女のスウェーデンの代理人に提出した。

Mは、娘らが父親への訪問から帰った後に再び腫の赤疹があることに気づくようになったと主張する。小児科の看護師の忠告に従い、Mは児童心理士に相談した。Mが児童心理士を初めて訪問した後に、下の娘に赤疹の理由を尋ねると、その子は「パパ[彼女の言葉で父親のことを指す]がこんなことをした」と言って、自慰の動作を見せたと、Mは言う。Mは、もう一人の子にも尋ねたが、返答はなかったと主張する。Mはそれから上の娘に「自分が触って欲しいと思わない限り、誰にもあなたのどの部分にも触らせてはいけない」と言うと、娘は「あの人たちがしたことをお母さんに言ったらなんて言うかしら？」と応えた。父親の同意が必要だったため、娘らをその心理士には診察させなかった。

2000年11月21日に、同心理士は性的虐待が疑われるという報告を行ない、スウェーデンの社会福祉局にこの件を通報した。その後、この件はストックホルム警察に委ねられた。警察は一時間弱上の娘に質問し、10分ほど下の娘にも質問した。下の娘はそれについて彼らに話すことを拒否した。〔脚注1〕1月になり、下の娘が医学検査を受け、異常な点は見つからなかった。〔脚注2〕その後、警察は調査を終了した。〔脚注3〕

Mはその後スウェーデン社会福祉局へ戻り、専門的な性的虐待の完全な調査を求めた。社会福祉局は一般的な調査を開始したが、Dは調査に積極的ではなかったため、Dの同意なしに性的虐待が起こったか否かを調査することはできない、とMに通知した。Mは支援を求めて、米国大使館やスウェーデンの議員を頼ったが、効果はなかった。この時期に、下の娘は繰り返し「パパ」が自分の「おしっこ」を傷つけたと話し、繰り返し悪夢を見たり、排便を拒否したり、Mの婚約者に対して性的で不適切な行為を行ったりと、虐待の徴候を見せたとMは主張する。

2001年3月29日、MはDが反対する性的虐待の完全な調査を求める申立をストックホルム地方裁判所に行なった。Mはスウェーデンの同裁判所に彼女の婚約者と彼女の母親からの書状も提出した。婚約者はとりわけ、下の娘が夜に「パパ…痛いよ…いやいや！」と叫んだり、彼女の股間で身振りを加えながらパパが彼女を「ハンマーで叩いた」と言ったりするのを聞き、彼に「私のおしっこで遊ぼう」と誘ったりした、と報告した。母親の書状には、父親への訪問の後で両方の娘に異常な腫の赤疹を見つけたことや、上の娘が彼女に妹が両足

の間で自慰の仕草をしながら「パパがこれをすると言う時、[妹は]何を言おうとしてるの？」と尋ねたり、下の娘が膣の部位の痛みを訴えたり、父親への一般的な恐怖を訴えたりしたと記してあった。2001年6月13日、スウェーデンの裁判所は完全な調査の申立を却下した。

またこの時期にスウェーデン当局は、離婚訴訟の一部として監護権の判定に結論を下した。2001年5月31日、スウェーデン当局は、家庭訪問や娘の学校への訪問と面接に基づき報告書を発行した。その結果は「娘のどちらにも性的虐待（中略）を示す事柄は確定されなかった（中略）両親は二人とも親としての極めて高い能力を持ち、娘らと洗練された親密かつ自然な接触を持っている」〔脚注4〕というものだった。しかし、スウェーデンでは、どちらかの娘が性的虐待を受けたか否かという具体的な問題への完全な調査は行なわれなかった。

2001年6月25日、Mは娘らと共にスウェーデンを出て、米国へ戻った。両当事者は、このことがスウェーデンの裁判所の命令に違反したことに同意する。到着してすぐ、彼女は性的虐待の判定を行なおうとしたが、三歳の娘は判定人と話すことを拒否した。Mは2001年7月3日に、ハーグ条約に基づく確認判決訴訟も申し立てた（同訴訟は後に両当事者の合意により取り下げられた）。2001年8月22日、Dはマサチューセッツ州裁判所の家庭裁判部門にハーグ条約に基づく子の返還を求める申立を行なった。2001年9月5日、Mの申立によって、同訴訟は連邦地方裁判所に移された。

2001年9月、Mは娘らを臨床心理士 **Toni Luxenberg** 博士の治療へ連れて行き始めた。**Toni Luxemburg** 博士と週一回の治療を数ヶ月続ける中で、下の娘は、父親が彼女に自分の自慰を手伝わせたり、父親が彼女の前で自慰をしたと受け取れるような様々な話を行なった。彼女は博士に対して、父親に会うためにスウェーデンへは決して行きたくないとも語った。上の娘は、自分が虐待されたことを示すような話は何もしなかったが、**Toni Luxenberg** 博士に対して妹が自分に虐待のことを話し、父親がそれをしたと思うし、スウェーデンに戻らなければならないことに不安と恐怖を感じていると話した。

地方裁判所は、2001年11月1日に日程に関する最初の審理を開いた。その時、裁判所は以下のように述べた。

当職は当裁判で児童虐待の容疑が明白かつ確信を持つに足る証拠によって証明されるか否かを判断することを必ずしも求められていない。当職が求められて

いるのは、スウェーデン当局がこれらの問題を判断できるように子らをスウェーデンに返還するための実現可能な条件があるか否かを判断することである。

翌日、地方裁判所は、子らのために訴訟後見人("G A L")を選定し、開示手続きが 2001 年 12 月 17 日までに完了するよう求める日程命令を出した。

11 月 21 に、Dは雇い入れた専門家と共に、地方裁判所に対して、子らに性的虐待に関する独立した判定を受けさせることを命じる連邦証拠規則 706 [脚注 5] に基づく命令を発するよう求めた。また同日に、G A Lは、できればスウェーデンの新学期が始まる 1 月より以前の「迅速な解決案」の必要性を強調する仮報告を提出した。12 月 3 日に、Mは裁判に先立って、法医学的な性的虐待の判定を求める申立を提出した。Mはハーグ条約の証明責任を満たすために十分な裁判記録上の証拠があると考えたと陳述し、裁判官が性的虐待が起こったか否かの調査を行なうことが有益である、または必要であると考えれば判定を命じるべきだとも陳述した。Mは申立で以下の点を主張した。性的虐待の調査結果はハーグ条約においてそれ自体で「耐え難い状況」を構成するだろう。スウェーデンで実施されるどのような判定も効果的とはならないだろう。当地での判定結果によって、返還命令が出た場合にアンダーテイキングを用いる可能性を裁判所が判断するための情報を与えることが可能になるだろう。Mはこの申立と共に、子らが性的虐待に関する情報を意思開示しようとする意欲や能力はスウェーデンに返還された場合には著しく減少するだろうという二人の医師からの専門家供述書を提出した。その結果、12 月 3 日の時点で、両当事者は完全な判定の必要性について合意し、裁判所の監督の下でそれが当地で実行されると考えた。G A Lは、11 月 21 日に本件の迅速な解決を求める勧告を行なった際に、両当事者が完全な判定を求めている事実を知らなかった。

2001 年 12 月 4 日、裁判所は予審を開き、その場で裁判を 12 月中に終わることが望ましいと表明し、G A Lの勧告に合わせて、完全な判定はスウェーデンで行なうことが可能か尋ねた。その時点で、Dの代理人はこの国でいかなる検査が行なわれる可能性に対しても絶対的な反対を表明した。G A Lは、判定は行なう必要があると信じると述べたが、それが米国で行なわれるべきか、スウェーデンで行なわれるべきかについては意見を表明しなかった。

12 月 7 日に、裁判所は第二回審理を開いた。この審理で、Dは判定が米国で行なわれることに反対だと書面で申し入れた。しかし彼はいかなる専門家の供述も提出せず、そのためMが提出した専門家による、スウェーデンでの判定は上

手くいかないだろう、という証言に反論することはなかった。裁判所は次のように考えた：

被申立人が主張するのとは反対に、本件で提供された追加情報から考えて、当職はスウェーデンにおいて子らの判定が効果的に行なわれないことに納得せず、これらの問題を迅速に判断するというハーグ条約の要請から考えて、それが実現可能でも適切でもないと考える。また両当事者が当職が設定した 12 月 19 日の審理日に賛成している事実に基づき、[当職は]（中略）裁判所が性的虐待の判定を命じるという申立を却下する。

裁判所がこの考えを提示した時、それ以前に行なわれた唯一の専門家の証言は、もし子らが返還された場合に判定が上手く実施されることへの、控え目に見ても、大きな懐疑だった。さらに、GAL は判定がどこで行なわれるべきかについて立場を明確にせず、それは彼女の専門知識を超えた問題であると語った。裁判所はさらに、M は判定についての申立をもっと早く提出すべきだったと記した。〔脚注 6〕裁判所がその論理的根拠に依拠していたというのではない。たともっと早く提出されていたとしてもそれが許可されたかどうかには「大きな疑念」があると記されていたからだ。

審理の前に、D は、もし裁判所が子らをスウェーデンへ返還させる命令を出すなら、自分が同意する「アンダーテイキング」の提案を提出した。これらには以下の取り決めが含まれる。子らはスウェーデンで M と共に暮らすことが出来ること。スウェーデンの裁判所の審判中は自分は訪問を制限するか、または一切訪問はしないこと。性的虐待が起こったか否かを判断するための法医学的判定に参加すること。

2001 年 12 月 14 日、審理が始まる直前に、ストックホルム郡裁判所は以下の命令を発した。M と D は継続して共同監護権を保持すること。子らは毎週土曜日に父親の元へ監督付きの訪問を行なうだろうこと〔脚注 7〕。「子らがスウェーデンに返還されたなら、裁判所は児童精神科の判定について考慮する」（強調は引用者による）。このように、父親は子らへの医学的検査に対する当初の反対を取り下げたが、スウェーデンの裁判所はそれを要求するか否かの問題について判断を保留していた。

2001 年 12 月 17 日に提出された GAL の最終報告は以下の提案を行なった。もし娘らがスウェーデンに返還されたなら、下の娘は性的虐待の完全な判定が行われるか、または少なくともそれが大きな進展を見せ、彼女にカウンセラーが

付けられるまで、父親は電話だけの接触をもつこと。従って、彼女の提案と三日前にスウェーデンの裁判所が出した命令とが対立していた。

審理は12月19日から12月21日に予定通り実施された。両当事者からの異議なしに、裁判所は双方が本件に費やす時間を約9時間に制限した。審理では、Luxenberg博士が、その子の治療に基づいて証言し、彼女はDが彼の下の子を性的に虐待したと確信していた。下の子の証言はその年齢にふさわしい話し方で行なわれ、苦しみの感情反応を伴っており、機械的なセリフの繰り返しではなく、新しい情報が含まれていたため、この娘が偽りの批判をするように誰かから吹き込まれたとは考えにくい、と具体的な証言を行なった。Luxenberg博士はさらに、現時点では、Dが上の娘に性的虐待を行なったかどうかについては答えることができないと証言した。彼女はまた、自分の医学的見解では、下の娘は心的外傷後ストレス障害（「PTSD」）に掛かっていると証言した。

[脚注8]

Mはまた、児童の心的外傷の専門家である Bessel van der Kolk 博士からの専門家証言も提供した。彼は Luxenberg 博士の記録と下の子の短いビデオ映像を検討し、下の娘が PTSD に掛かっていることに同意した。この時点では上の子が PTSD になっていることには同意しないが、どちらの子に関しても現時点で父親の元に返すことは「悲惨な」ことにつながるだろうと証言した。ブラウン大学医学校の小児科の教授であり、性的虐待判定の専門家である Carole Jenny 博士は第三の専門家として証言し、自分の見解では、妥当なレベルの医学的确实性において下の娘は性的に虐待されていると語った。彼女は、その子が稽古を付けられていたと思わないと明確に述べた。彼女の見解は、Luxenberg 博士の治療記録や報告書の検討、スウェーデンの社会福祉局と警察の報告書、Mとの面接、裁判での彼女の証言への観察に基づいていた。Jenny 博士はまた、スウェーデンでは効果的な調査が行なわれるとは思わないとも証言した。その理由として、もし子らが返還されたなら、話をしようと思わなくなるだろうと述べた。児童虐待の裁判を専門とするスウェーデン代理人もMのために、スウェーデンの法律制度および地方裁判所の命令を守る手段としての「アンダーテイキング」の実現可能性について専門家として証言した。この専門家の証言は、以下の関連するセクションの中でより詳細に取り上げられる。

臨床ソーシャルワークの博士号を持つが、医師ではない Carlton Munson 博士はDの専門家として、自分の見解ではどちらの子も PTSD に掛かっていないと証言した。彼はまた、スウェーデンへの返還が子らに悪い影響を与えるかどうかは誰も予測できないと証言し、それが彼らの将来を改善することになるか

もしれない」と示唆した。Munson 博士はさらに、いかなる判定も「虐待が起こったとされる管轄権のある場所」スウェーデンで行なわれることが望ましいと証言した。その理由として、「制度への親しみ、舞台や地域、利用できる制度の種類などすべての要素への親近感、虐待された人物の文化、虐待した人物の文化」を挙げた。彼はこの点について詳細に説明することはなかった。

Dも証言に立ち、性的虐待のすべての嫌疑を否定し、自分がMに対して虐待的であったという点も否定した。彼の娘らは彼や他の男性が裸でいるところを見たことがあるが、それはスウェーデンでは普通のことだと証言した。しかし、自分は娘らには決して性的に触れもしなければ、娘らが彼に性的に触れたこともなかったと証言した。彼と妻と一緒に住んでいた時に、娘らの膣の部分の赤疹を彼も見たと証言した。彼らは保健の専門家に相談し、これは正常の範囲外のものではなく、普通の軟膏で治療可能だと言われたと証言した。妻の非難に対する彼の解釈は、彼の妻は彼の元を去り、アメリカ人男性と一緒にいるつもりで、スウェーデンの監護命令に違反して、子らを自分と一緒に連れて行こうと試みているというものだ。

2002年1月2日、地方裁判所は判決を下した (*Danaipour v. McLarey*, 183 F. Supp. 2d 311 頁 (D. Mass. 2002))。裁判所は、下の子が Luxenberg 博士に行なった話に関する Luxenberg 博士の証言を信頼に足るものと認め、「それらの話は、DがC.D.の前で自慰し、ある時には彼女をその行為に関与させたかもしれないという懸念への十分な根拠を提供する。Mのもう一人の専門家 Carole Jenny 博士は、もしそれが起こった場合、一種の性的虐待となると述べた」(同書 322 頁)。しかし、裁判所はまた、「いかなる形の性的虐待が起こったか否か、そしてもし起こったとすれば、誰が虐待者であるかについて、根拠ある信頼性を持って判断するためには医学的な判定が必要である」[脚注 9] (同書) と考えた。裁判所はさらに、いかなる形でも上の子が性的虐待を受けたという証拠はなく [脚注 10]、どちらの子も PTSDにかかっておらず、もしスウェーデンへ母親と共に返還されたなら、PTSDや他のどのような異常な精神的危害も被るとは見なさなかった (同書 313 頁)。裁判所は以下のように結論した。「Mは明白かつ確信を持つに足る証拠によって、この覚書が命じる条件で子らをスウェーデンへ返還させることによって、当裁判所がDの申立を棄却できる根拠となる、精神的な危害を与える重大な危険を生むこと、を証明し [なかった]」(同書)。

裁判所はMに対して、2002年1月16日までに、以下を含む12の条件リストを伴い、彼女の費用で子らをスウェーデンに返還するように命じる。スウェーデンの裁判所により別段の命令がない限り、子らはMと一緒に暮らすこと。スウェーデンで医学的判定が行なわれ両親がその判定に全面的に参加すること。スウェーデンの裁判所が子らの監護権のために法医学的判定の影響を判断すること。Dはスウェーデンの裁判所によって別段の命令がない限り、下の娘とは接触しないこと。スウェーデンの裁判所が別段の命令を下さない限り、Dは上の娘と週3回電話のみの接触を持つこと。Dはスウェーデンで効力を持つミラー・オーダーとしてスウェーデンの裁判所が当命令の条件を執行するように要求すること（同書327-28頁）。地方裁判所は、Mが申し立てた、修正のための休会や裁判所命令からの救済を求めるための時間延長を否定し、「当裁判所は [スウェーデンの裁判所が] [2000年1月2日]付の命令と実質的に一語一句同じであるスウェーデン語の同種文書を発行することを望む」と記した。

2002年1月3日に、Dは要求されたミラー・オーダーをストックホルム地方裁判所に提出した。マサチューセッツ地方裁判所はスウェーデン地方裁判所に翻訳済みの命令書を提供しなかったため、Dは自分の翻訳を提出したが、Mはそれは不正確なものであったと批判した。

2002年1月9日、連邦地方裁判所は、もしMが当裁判所に1月14日までに上告の申立を行なうなら、当法廷が命令執行停止の彼女の申立を検討するまで返還日を延長するように命令を修正した。

1月25日、当裁判所は、執行停止の彼女の申立を認め、上告の結果が出るまで子らの返還命令を停止させ、両当事者に迅速な上告を許可した。2002年3月6日に弁論が聞かれた。両当事者からの最終申立は、2002年3月29日に受け付けられた。

口頭弁論の後、当控訴裁判所は両当事者がスウェーデンでのその後の出来事に関する情報を提供する記録追加を認めた。追加情報の結果、米国と同等の性的虐待の判定がスウェーデンで行なわれるだろうという地方裁判所の推定はさらに揺らぐこととなった。しかし公判後情報がなくとも、当控訴裁判所は地方裁判所の判決を破棄するだろう。追加情報は単に、地方裁判所の分析の誤りを当控訴裁判所に確信させたただけだった。2月14日、ストックホルム市裁判所は本件についての仮命令を出した。全部ではなく一部について地方裁判所が命じたアンダーテイキングを遵守するというものだった（*Danaipour v. McLarey*, No. T 3165-00 (Stockholm City Court, Dept. 2, Div. 6, Feb. 14, 2002) (翻訳)）。その命

令は、「ハーグ条約の下で子らの返還のために連邦裁判所によって課された条件の大半は正式根拠として承認できないものである」と言うものであった（同書）。市裁判所は、今回のような裁判では親権法に従わなければならない、同法の関連条項が指定しない条項を含む命令を合法的に発することはできない、と記した。

具体的には、以下の命令が承認された。子らがMと住み続けるべきだとする命令。「[子らが] 性的虐待にさらされたか否か、もしさらされた場合誰によって虐待を受けたかを明確にする」ための調査を児童青年精神科サービスが行なうとの命令（同サービスは 2002 年 5 月 17 日までに当調査に基づき裁判所に報告すべきであると具体的に記された）。両親がこの調査に参加するという命令。調査結果は「子らの将来の監護権の問題が確定する際に考慮されるべきである」という命令（同書）。裁判所は以下の命令については承認する法的権限を持たないと述べた。以下の命令とは、Mに対して自費でスウェーデンに子らを返還させるように求める命令。子らへのDの接触を制限する命令。Mがパスポートを提出し裁判所の許可なくスウェーデンを出国しないように求める命令。裁判所が別段の決定を行なうまでDはMに対して訴訟を起こさず、あるいは監護権を行使する試みを行なわないように求める命令（同書）。しかし、スウェーデンの裁判所はDが子らに接近することを認めた 2001 年 12 月 14 日の命令を取り消した。

スウェーデンの裁判所の 2 月 14 日の命令に基づき、本件は児童青年精神科サービス（「BUP」）へと委託された。2002 年 3 月 2 日、BUPはスウェーデンの裁判所に、「我々は上記の子らが性的虐待にさらされたか、また誰によってさらされたかについて調査するというこの任務は受諾できない。我々の理解では、犯罪が行なわれたか否か、その結果犯罪捜査が行なわれるべきか否かについては警察が調査すべき問題である」と伝えた。

これを受けて、Dのスウェーデンの代理人は、BUPに接触した際の供述〔脚注 11〕を我々に知らせた。3 月 28 日に、BUPはスウェーデンの代理人に、「[我々は]上記に名を記した子らが心的外傷後ストレス障害（PTSD）の兆候を見せているか否かを調査し、もしその可能性があれば、隠れた原因を説明する任を引き受ける。調査は我々の運営地区内にあるオープンケア児童精神科クリニックにて行なわれる」と伝えた。この書状では、提案された判定の性質に関する追加情報は提供されなかった。さらに、この判定は性的虐待があったか否かの判定ではなく、むしろ子らが PTSD になったか否かという別の問題を判定するものだった。この書状は、BUPは性的虐待の判定を行なわないと

したスウェーデンの裁判所へのBUPの3月12日の陳述を否定するものではなかった。

Dのスウェーデンの代理人は、裁判所によって監督される判定に代わるものとして、児童精神科医とUppsala大学の心理学教授によって行なわれる民間の判定を示唆した。彼らからの書状には、「Hasselby Nya Gard」における、最も早くて4月末から始まる判定の実施に合意したと、記されている。書状には、「対象となる疑問」は「二人の少女がトラウマになったか。どのような傷や不全が起こったか」である、と記してある。ここでもまた、提案された判定は、性的虐待があったかどうかの判定ではなく、むしろ子らがトラウマになったか否かの判定であった。提案された判定や従うべき手順の専門知識についての情報は提供されていない。裁判所が監督する判定についても情報は無い。どちらの書状がスウェーデンの裁判所に提出されたかについての証拠もない。

II.

当控訴裁判所は、地方裁判所のハーグ条約の解釈を一から見直す (*Whallon v. Lynn*, 230 F.3d 450 頁, 454 頁 (1st Cir. 2000))。当控訴裁判所は地方裁判所の明らかな誤り (同書) のため事実認定を見直し、一から事実に対する条約の適用を見直す (*Blondin v. Dubois*, 238 F.3d 153 頁, 158 頁(2d Cir. 2001); *Feder v. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 頁, 222 頁 n.9 (3d Cir. 1995))。

ハーグ条約の下では、常居所である彼らの国から不当に連れ去られた子らは、奪取者が条約によって認められる抗弁の一つを証明できなければ、返還させられなければならない。(ハーグ条約の条項 12-13, T.I.A.S. No. 11,670,7-8 頁。 *Von Kennel Gaudin v. Remis*, No. 01-15096, 2002 WL 372844, *2 (9th Cir. Mar. 11, 2002)も参照のこと)。すべての当事者は、スウェーデンがハーグ条約の目的にかなう常居所であり、Mが条約の意義の範囲内で不当に子らをスウェーデンから連れ去ったということに合意している。(ハーグ条約の条項 3, T.I.A.S. No. 11,670, 4-5 頁(不当な移動を定義する)を参照のこと)。

Mは地方裁判所の前で3つの抗弁を行使した。1) 「返還が子(ら)を身体的若しくは精神的な危害にさらし、または子(ら)を耐え難い状況に置くような重大な危険がある」(同書 art. 13(b), T.I.A.S. No. 11,670, 8 頁)。2) 返還が「人権と基本的自由の保護に関して要求される状態の基本的原則」に反するだろう(同書 art. 20, T.I.A.S. No. 11,670, 9 頁)。3) 子らは返還に反対し、「(彼らの)意見を考慮に入れるにふさわしい年齢および成熟度に達している」

(同書 art. 13, T.I.A.S. No. 11,670, 8 頁)。地方裁判所は、Mが3つのすべての抗弁の責任を満たせなかったし、Mは当裁判所の前において後の二つの抗弁を追求するはなかった、と考えた。当控訴裁判所は上告を 13 条 1 項 (b) の重大な危険の抗弁について判断する。

ハーグ条約を実行する米国の法律の下では、13 条 1 項 (b) の例外事由に基づいて返還に反対する当事者は、明白かつ確信を持つに足る証拠によってその例外事由を立証する責任を負う (42 U.S.C. s. 11603(e)(2)(A) (1994))。地方裁判所は、我々が受け入れる基準である、証拠の優越によって、補助的事実が証明されなければならないと考えた (Danaipour, 183 F. Supp. 2d 314 頁)。

条約は不正に連れ去られた子の返還を優先するという確固たる前提を定めている (Whallon, 230 F.3d 460 頁、Turner v. Frowein, 752 A.2d 955 頁, 970 頁(Conn. 2000)も参照のこと) (「ハーグ条約は一般に、奪取前の現状を回復し、より共感的な法廷を求めて国境を超えることを両親に許さない手段として母国への返還を優先する」)。この功利主義的返還という一般規則への例外事由は、13 条 1 項 (b) を含め狭く解釈されるべきである。(ハーグ国際私法会議事務局、1980 年 10 月 25 日ハーグ条約の国際的な子の奪取の民事上の側面に関する運用実態の見直しのための第四回特別会議の結論と勧告 s. 4.3 (2001), <http://www.hcch.net/e/conventions/reports28e.html> にて閲覧可能。E. ペレス・ベラ条約注釈書、¶ 34, 434 頁 in 3、ハーグ国際私法会議第十四回会期 (1982 年) の法律と書類 (翻訳、事務局)、<http://www.hcch.net/e/conventions/menu28e.html> にて入手可能 [以下、ペレス・ベラ条約注釈書]を参照のこと)。

13 条 1 項 (b) の抗弁は、「子の最善の利益のために訴訟を起こす (あるいは再び訴訟を起こす) 道具として」用いることはできない。(国際的な子の奪取に関するハーグ条約 : 51 Fed. Reg. 10,494 頁, 10,510 頁(Dep't of State Mar. 26, 1986)の条文および法的分析 ; Whallon, 230 F.3d 460 頁. Under Article 13(b)も参照のこと。「重大な」は深刻なリスク以上の意味を表す)。

国際的な子の奪取に関するハーグ条約 : 51 Fed. Reg. 10,510 頁の条文と法的分析も参照のこと。13 条 1 項 (b) の例外事由の条件が満たされた場合でも、ハーグ条約は裁判所にその子を常居所地国へ返還する裁量権を与える。ハーグ会議 13 と 18 条、T.I.A.S. No. 11,670, 8-9 頁 ; Walsh v. Walsh, 221 F.3d 204 頁, 221 頁 n.17 (1st Cir. 2000) ; Friedrich v. Friedrich, 78 F.3d 1060 頁, 1067 頁 (6th Cir. 1996) ; 国際的な子の奪取に関するハーグ条約 : 条文と法的分析、51 Fed. Reg. 10,509 頁。

ここで地方裁判所は次のように結論した。性的虐待が起こったかどうか、そして被害の重大な危険が返還を不可能にするかどうかについて調査を行なうために性的虐待の独立した完全な判定を当裁判所は必要とする（*Danaipour*, 183 F. Supp. 2d 317 頁）。しかし地方裁判所は、特定の条件が満たされる限り、スウェーデンにおいて子らを重大な危険にさらすことなしにその決定が行なわれると考え、自身がその判定を命じることをしなかった（同書 313 頁, 323 頁, 327-28 頁）。性的虐待が起こったかどうかについての最終問題を保留するという地方裁判所の決定は、2001 年 11 月 1 日の日程審理における以下の陳述によって最もよく証拠だてられる：

当職は当裁判で児童虐待の容疑が明白かつ確信を持つに足る証拠によって証明されるか否かを決定することを必ずしも求められていない。当職が求められているのは、スウェーデン当局がこれらの問題を判断できるように子らをスウェーデンに返還するための実現可能な条件があるかどうかを判断することである。

地方裁判所は、判定が当地と同様にスウェーデンでも可能であると結論した（*Danaipour*, 183 F. Supp. 2d 313 頁, 327 頁）。この結論で暗示されたのは、子らが性的に虐待されていたとしても、彼らは返還され、彼らを守る義務はスウェーデン当局が担うだろうという決定である。当控訴裁判所は、地方裁判所が性的虐待の嫌疑について調査を行なうことを正当に拒否できる状況では決してなかった、すなわちそのような調査を常居所地国の裁判所に任せることが正当にできる状況では決してなかったということについて判断することはしない。当控訴裁判所はただ、地方裁判所がハーグ条約の条件に違反したという事実および本件に適用できる法律だけに焦点をあてる。

第一に、当控訴裁判所は重大な危険の分析が実施されなければならない背景から始めることにする。当控訴裁判所にとって大きな重要性を持つのは、主張される危険の種類、つまり若年者に対する性的虐待に関するハーグ条約を実行する我が国の政策である。国務省によって明確にされたこの政策は、性的虐待を耐え難い状況とみなすというものである。国際的な子の奪取に関するハーグ条約：

51 Fed. Reg. 10,494 頁, 10,510 頁の条文と法的分析。地方裁判所は重大な危険の分析およびアンダーテイキングの使用に関して決定を行う際にこのことを十分に配慮することを怠った。どのような種類の行動および心理的証拠が性的虐待から起こる重大な危険を示すために必要とされるかについての地方裁判所の一部の陳述は米国の政策と合致しない。

第二に、条約は「重大な危険」を決定する責任を受け入れ国の裁判所に課している。その責任には、子の返還への抗弁として主張される危険の性質および程度を決定するために必要な補助的事実の調査結果を提示する義務が含まれる。条約は、常居所地国の裁判所に、重大な危険の疑問に答える管轄権を与えていない。裁判所の管轄権はその国の法律によって決定される。本件の状況において、まず最初に子らが性的に虐待されたかどうかを決定することなく子らが返還され得るといふ地方裁判所の暗黙の決定は、親による性的虐待は耐え難い状況であり、子を重大な危険にさらすと主張するハーグ条約についての米国の政策と合致しない。本件で提供された性的虐待の重大な証拠により、当控訴裁判所は、地方裁判所が性的虐待を解決した後になって初めて、子らが常居所地国に安全に返還され得るかどうかという次の問題に知的に取り組むことになるものとする。重大な危険の判定の根本にある核心的事実の調査を常居所地国の裁判所に委ねることが正しい場合がある事案が決してないと主張するものではない。しかし、当事案はそうではない。これまで提供された性的虐待の証拠があまりにも深刻であり、もし子らが実際に性的虐待されていたとするなら、彼らを返還してしまうと彼らを安全に守るといふ問題が手に負えないほど大きくなるという事案なのである。地方裁判所は、条約が裁判所に性的虐待の問題を決定することを求めないと判断する上で誤りを犯した、と当控訴裁判所は考える。

第三に、地方裁判所が、法医学的な性的虐待の判定をスウェーデンの裁判所の監督下で行なうことができ、また通常行なわれるだろうと判断する点において過ちを犯したことが後の出来事によって明らかになった。この点については次のセクションでより包括的に論じる。しかしながら、スウェーデンの出来事とは別に、当控訴裁判所は地方裁判所の分析方法に二つの理由で不同意である。まず第一に問題になるのは、精神的判定を行なうスウェーデンの手順が適切か否かだけでなく、子への性的虐待の判定の有効性を無効にするような、返還が与える影響についてである。地方裁判所は最初の疑問について主に着目した。ハーグ条約の下での問題は、返還がこれら特定の子らに与える影響であり、その結果、この子らが置かれる環境において法医学的判定が可能であるか否かという点にも適切に目を向けるべきであった。

次に、このような環境における性的虐待の判定は、重大な危険の分析を行なう裁判所、すなわち米国の裁判所の監督の下に行なわれるだろう。父親が求めたように、もし常居所地国で判定を行なうべきだといふ要請があったならば、それは本質的にアンダーテイキングの範疇に入るものと当控訴裁判所は考える。

そのように、アンダーテイキングを申し立てる者は、同様の判定がスウェーデンでも執行可能であることを示す責任を負った。しかし、地方裁判所は、Mに、スウェーデンで判定を行なうことができない重大な危険を示すよう要求した。これは証拠責任の割り振りにおける過誤であった。本件の進展から見て、当控訴裁判所は父親がこの責任を満たしたか否かを判断する必要はない。当控訴裁判所は地方裁判所に、重大な危険を証明するプロセスを害しないように慎重にならなければならないと強く忠告する。

第四に、地方裁判所による条件の使用は、本質的に外国の裁判所に要件を課すことになり、同裁判所の権限を超えることになった。これは誤りである。地方裁判所はまた、その命令が外国の裁判所によって執行可能であり、執行されるだろうという誤った前提を立てた。

A. 危害の重大な危険としての性的虐待

13 条 1 項 (b) の例外事由は狭いものであり、かつ裁判所によって狭く解釈されるべきものである。しかし本件での地方裁判所の陳述の一部は、性的虐待を成立させる行為の種類および、子の性的虐待と重大な危険の関係について、あまりに制限された見解を持つものと証明される。条約に関する米国政府とマサチューセッツ州の両方の政策は、性的虐待の信頼できる証拠が存在し、とりわけ子が非常に幼く、嫌疑が親による虐待を含む場合には、子の保護により重点を置く。この政策が重大な危険の分析を判断する。

ハーグ条約に関する米務省の指針は、親による性的虐待は非返還を正当化する 13 条 1 項 (b) の抗弁の一例であると記している（国際的な子の奪取に関するハーグ条約：51 Fed. Reg. 10, 510 頁の条文と法的分析）。実際、それは国務省が提示した唯一の例である。国務省の法的分析では以下のように記される：

「耐え難い状況」の一例は、監護権を持つ親がその子を性的に虐待することである。もし他方の親が、その子をさらなる被害から守るために移動または留置し、虐待する親がその後ハーグ条約の下でその子の返還を要請する場合、裁判所はその申立を拒否することができる。そのような措置により、子が「耐え難い状況」へ返還されたり、精神的な危害の重大な危険にさらされたりすることから子を守ることになるだろう（同書）。

従って、米国の政策は、性的虐待を子の返還に対する 13 条 1 項 (b) の二重の抗弁、すなわち耐え難い状況と重大な危険であると見なす。ハーグ条約への国

務省のこの解釈は、大きな重みを与えられる (Blondin, 238 F.3d 162 頁 n.10 を参照のこと)。

この点に関する同判決は全体的に見て明確ではないが、地方裁判所は性的虐待の要素として身体的暴力に過度に重きを置いているように見える。「C.D が身体的に性的虐待を受けたということは信頼できる証拠によって証明されていない」 (Danaipour, 183 F. Supp. 2d 321 頁) (強調は筆者)とみなし、また「レイプされた娘を虐待した親に返還することはそれ自体耐え難い状況と合理的にみなし得るが、本件はその事案にあたらぬ」 (同書 325-26 頁) とみている。

レイプ以外の性的虐待も 13 条 1 項 (b) の下での耐え難い状況や重大な危険を生む可能性がある。とりわけ、そのような虐待が親の手によって行なわれた場合には、そうである。法定助言人としてマサチューセッツ州は、地方裁判所の文言に照らすと、挿入が子に大きな危害の危険をおよぼす性的虐待の調査結果への単純な必須条件とはならないと明確にすべきであると当控訴裁判所に要請を行なった。当控訴裁判所はこれに同意する。マサチューセッツ州は、虐待者が親である場合にはこのことがとりわけ当てはまると述べる。親の性的虐待に含まれる信頼への侵害によって、「親による挿入を伴わない性的虐待はしばしば大きなトラウマをもたらす」と述べた。マサチューセッツ州はまた、州独自の政策として、子に性的な接触を強要する行為は犯罪的な性暴力として処罰されると記している。地方裁判所は明らかにこの種の虐待の重要性に関して異なる基準を適用した。例えば、地方裁判所はその見解の中で、下の子は「ある時に[自分の父親の]ペニスに触ったかもしれない」と陳述した (同書 317 頁)。しかし、Luxenberg 博士に対する子の陳述では、彼女が父親のペニスを「絞った」そして「それはとても固かった」と述べ、それははるかに深刻な出来事であったことは確かである。地方裁判所は Luxenberg 博士の証言を信頼できると考えた (同書 322 頁)。さらに、地方裁判所が述べているように (同書 317 頁)、これは一回だけしか起こらなかったという証拠はなく、またそれが二回以上起こったという証拠もなかった。

地方裁判所の「レイプ」に関する文言にも不正確な基準が反映されている。他の種類の性的虐待ではなく膣への挿入が、自動的に重大な危険や耐え難い状況として認められるという基準を適用するのは不適切である。適切な焦点は、その子に与える影響および、子が返還されるとさらされるだろう「身体的若しくは精神的な危害の重大な危険、または他の耐え難い状況」が存在するか否かに向けられる。この結論は、「重大な危険」を論じる際に、性的虐待をレイプすなわち強制的な性交渉に限定しないという国務省の指針によって裏付けられる

(国際的な子の奪取に関するハーグ条約：51 Fed. Reg. 10,510 頁の条文と法的分析を参照のこと)。

さらに、地方裁判所の見解では、どちらの子もPTSDになっていないという調査結果に大きな力点を置いており (Danaipour, 183 F. Supp. 2d 313 頁, 321-22 頁, 325 頁)、これが当裁判での専門家証言の大きな主題だった。子が常居所地国へ返還された場合PTSDになったり、悪化したりするだろうという調査結果は 13 条 1 項 (b) の下での重大な危険という調査結果を裏付ける証拠となり得たであろう (例えば、Blondin, 238 F.3d 163 頁を参照のこと)。虐待が起こった土地へ返還することによって起こる危害の危険は、全体的な重大な危険の分析の中において、その名称はどうかであれ、地方裁判所が正しく考慮することのできる要素である。

子が現在の性的虐待の深刻な心理的影響を経験していないという調査結果は必ずしも解決への手がかりとはならない。例えば、性的に虐待された子らはしばしば幼児と同じように正常に行動するが、やがて思春期になると重大な心理的機能低下を経験するという重要な証言も存在する。[脚注 12] 要するに、PTSDの診察基準は子の心理を考慮して開発されたものではなかった。主要な「精神疾患の分類と診断の手引」(「DSM-IV」)の最新版でPTSDの診断基準を定義する委員会に参加した Van der Kolk 博士は、「[幼い子]が人生環境によって深刻な危害を受けるか否かを決定する上で、[PTSDの診断が]最も重要なものではないと裁判所に警告する」必要性を感じていた。彼はまた、自分は下の子のPTSDを診断しただけであるが、スウェーデンへ返還することは両方の娘にとって危害になるだろうと証言した。この種の証拠は、性的虐待が疑われる裁判において重要な危険を判断することに直接関係する。

B. 性的虐待・重大な危険の判断をスウェーデンの裁判所へ委託すること

Mは、重大な危険に対する自分の主張の基礎となる性的虐待の問題を判断しないことによって、地方裁判所はハーグ条約の義務を「放棄した」と主張した。Mはまた、子らの不法な連れ去りの前にスウェーデンで子らが正しく判定してもらえなかった唯一の理由はDがその判定の許可を彼女に与えず、協力しなかったからであると主張した。Dは、スウェーデンの調査を自分が邪魔したということを否定したが、裁判記録はこの点についてMの主張を支持する。

条約の文章の下で、13 条 1 項 (b) の抗弁に直面した米国の裁判所が考慮すべき疑問は、「その[子]の返還によって子が身体的若しくは精神的な危害を受け、

または他の耐え難い状況に置かれることになる重大な危険がある」か否かという点である（ハーグ条約、art. 13(b), T.I.A.S. No. 11,670, 8頁）。「奪取された行き先国の裁判所が、奪取の申立の本案を判断する管轄権を持つが、その根底にある監護権の争いの本案については判断しない」ことは明らかである（Friedrich, 78 F.3d 1063 頁; 42 U.S.C. 11601(b)(4) (1994); ハーグ条約 art. 19, T.I.A.S. No. 11,670, 9 頁も参照のこと）。条約は、子が連れ去られた先の国に重大な危険を決定する責任を割当ててゐる。受け入れ国である米国の裁判所が重大な危険の問題を解決することは、常居所地国の権限の低下をもたらさない。むしろ、条約の下およびその国内担保法の下においては、そうすることが彼らの責務となる。一般的に言えば、一方の当事者が、もしそれが真実なら 13 条 1 項 (b) の例外事由の適用を正当化するような重大な申立を行なう場合、裁判所は必要な従前調査を行なうべきである（Cf. Whallon, 230 F.3d 460 頁(1st Cir. 2000)（父親は言葉により娘を虐待しておらず、母親の虐待がもたらす精神的な危害は本件では 13(b)が要求する程度には達しなかったという地方裁判所の調査結果を支持する。））

地方裁判所の判断の中に暗黙に存在するのは、Mが要求した判定において例外的虐待があったという調査結果が出たとしても、Mは返還による重大な危険を示す責任を果たすことができないだろうという判断である。「このような環境において、[子のどちらか一方]が裁判所が命じる条件で返還されたなら、身体的または精神的な危害の重大な危険にさらされ、または他の耐え難い状況に置かれるだろうという明白かつ確信を持つに足る証拠をMは示さなかった」〔脚注 13〕（Danaipour, 183 F. Supp. 2d 325 頁(強調は筆者)）と地方裁判所はみなした。地方裁判所は、Dが性的に子を虐待したか否かの判断を行わず、信頼できる調査を行なうために裁判所が必要と考えた証拠を得るための行動も起こさなかった。

地方裁判所のやり方にはいくつか過誤が存在したと当控訴裁判所は考える。性的虐待が引き起こす重大な危険が明らかにされたなら、子を返還するか否かを判断すべきであることがひとつ。別の言い方をすれば、地方裁判所が行なったように、かつて性的虐待があったという信頼できる証拠があるにもかかわらず、性的虐待があったかどうかを確認する前に子を返還可能であると主張したこと。第二に、裁判所の命令はそれ自体不適切な前提に基づいていること。以下に論じるが、これらの条件の多くを強制することは過誤である。同様に、スウェーデンの裁判所が法医学的判定を行なうだろうという裁判所の推測も誤りである。「子のどちらかが何らかの形で性的虐待を受けたか否かを医学的に信頼できる方法で判断するために必要だと」（同書 317 頁）裁判所がみなした法医学判定

を命ずることを裁判所が行なわなかったのは、これらの過誤に基づいたためである。裁判所は、重要問題について決断するために必要だとみなした情報自体の収集を行なわなかった。この場合、裁判官はその根底にある問題、性的虐待は起こったのか否かについて判断を下すべきだった。〔脚注 14〕

ここで地方裁判所が用いた方法は、重大な危険について国務省の分析で示されたようなハーグ条約および米国の政策とは合致しないやり方で審理を短くすることだった（子の奪取に関するハーグ国際条約：条文と法的分析 51 Fed. Reg. 10,510 頁）。裁判官は性的虐待が起こったかどうかを決定するために可能な行動を取るべきだった。裁判官がそのような調査を行なった場合にだけ、虐待者がまだ住んでおり、地方裁判所が当該子の安全に関して将来の判断結果を保証できない場所である虐待の地へ子らを返還することが可能か否かについて正しい質問を行なうことができたのである。同様に、もしDの嫌疑が判定によって晴らされたなら、あるいは結果が不確定となった場合にさえ、その判定結果は、少女らが返還された場合に直面するであろう危険（もしあれば）の程度を判断する関連情報となったことだろう。

C.法医学判定の場所

地方裁判所は、性的虐待が起こったか否かの追加調査の必要性を受け入れた（Danaipour, 183 F. Supp. 2d. 313 頁）。GALも「子らを守るためには（中略）判定が必要だ」とみなした。その後で、地方裁判所は、そのような判定はスウェーデンで正しく行なうことが可能であると結論を下した（同書 327 頁）。当控訴裁判所は現在、法医学的な性的虐待の判定がスウェーデンで行なわれるだろうと地方裁判所が結論を出したことは誤りだったと理解している。〔脚注 15〕これについては次のセクションで論じる。

当控訴裁判所はまた、地方裁判所がこの問題にどう取り組んだかについて懸念を持っている。地方裁判所の審理の焦点は、法医学的な性的虐待の判定を実行するスウェーデンの手順の適確さに置かれた。もしこれらの手順が適確でなかった場合には、もちろんそれは重要な問題であつたろう。しかし手順の適切さにもかかわらず、虐待が発生したか否かを決定する責任を負う人間たちに子らが話をしない可能性が増大することによって、返還が子らに与える影響が判定の有効性を損ねてしまうのではないか、という非常に重要な疑問はまだ残されたままだ。

証言から例をあげる。法廷に提出された書面での報告書の中で、**Jenny** 博士は、子らは「追加判定のために米国内にとどまることを許されるべきだ。子らをスウェーデンに返還することは（中略）少女らへの効果的な判定の可能性を大きく減少させ、彼女らの安全を危険にさらすだろう」と結論づけた。**Jenny** 博士は供述書の中で、次のように証言した：

〔判定が行なわれるまでに 4 カ月から 6 カ月〕遅れてしまうことによって、かつ信頼できる治療的關係と想定される關係が途切れることによって、そしてそのプロセスの間に〔子らが〕地理的にも身体的にも以前のトラウマ源に回帰してしまうかもしれないことによって、正確で信頼の置ける性的虐待の判定は起こらず、これらの子らへの調査的および（または）治療的利益がすべて危険にさらされるという可能性が高まる。返還時に彼女らと父親とのあらゆる接触が管理されることになったとしても、それは事実であろう。

法廷で、**Jenny** 博士はスウェーデンでの判定が可能であるか否かについて意見を求められた。〔脚注 16〕しかし裁判所は、Dの異議を支持して、**Jenny** 博士が持つ「特にスウェーデンの状況についての知識」に関して、彼女の見解は根拠を欠くと述べた。Mの代理人は裁判所に対して、彼女の証言はスウェーデンの状況についてではなく、スウェーデンへ返還された場合に子らの意思開示の可能性についての見解であると説得しようとした。それから裁判所は、提案されたアンダーテイキングによってスウェーデンで正当な判定を行なうことが可能かどうかと尋ねた。**Jenny** 博士はこう答えた。スウェーデンへの返還は、「子らを怯ませ、彼女らは自らの意思開示が（中略）混乱につながるのだというメッセージを受け取るだろう。そして（中略）虐待が起こったかもしれない環境に置かれることは、自分らに何が起こったかを伝える彼女らの知覚および能力に確実に影響を与えるだろう」。〔脚注 17〕

対照的に、Dの専門家である **Munson** 博士は、そのような判定は通常子の母国で行なわれるとだけ証言した。〔脚注 18〕彼は、次のように証言した。その地で判定を行なうことの利益はいくつかある。例えば、「制度に馴染みがあること、地域や地区、どんな種類のサービスが利用できるかなど、すべて面で馴染んでいること、また虐待された人間の文化的側面において、さらには虐待した人間の文化的側面において」である。しかしこの証言は一般的に行なわれることだけについて述べている。この特定の子らのための合理的な選択がどのようなものであるべきかについては述べていない。さらに、もしこの子らがスウェーデンに返還されたなら、どのような虐待についても話す可能性は大きく低下

するだろうと証言した多くの専門家の証言には具体的に反論しなかった。従って、上訴人の専門家はこのきわめて重要な点について反証を受けていない。

次に、地方裁判所は証明責任を不正に割当てた。判定をスウェーデンで行なうべきだという父親の主張は本来は彼がそれについて責任を負うべきアンダーテイキングの提案だった。地方裁判所が正しく証拠への責任を割当てていたなら地方裁判所がどのような結論を下したかは当控訴裁判所にはわからない。本件の現在の配置において、父親が自らの責任を満たしたかどうかについて我々が判断する必要はない。当控訴裁判所は次のセクションでさらに詳しくアンダーテイキングについて論じる。

D. アンダーテイキング

子らが安全に返還され、スウェーデンで正当な法医学判定が行なえるという地方裁判所の事実認定は、自分らが執行可能なアンダーテイキングを課することができる、より明確に言えば、スウェーデンの裁判所によって別段の指示がない限り父親は下の娘にいかなる接触も行なわないという要件、また適切な法医学的判定がスウェーデンで実施されるという要件を課することが出来るという前提に大きく依拠したものである (Danaipour, 183 F. Supp. 2d 327 頁)。裁判所は以下のように陳述した。「Mは、裁判所にDの申立を棄却することを認めさせるような、命じられた条件による子らのスウェーデンへの返還が彼らに精神的な危害を及ぼす重大な危険を生む (中略) ということを明白かつ確信を持つに足る証拠によって証明 [しなかった]」 (同書 313 頁 (強調は筆者による))。そしてさらに「[子らは] 特定の条件に基づいて、身体的若しくは精神的な危害又は他の耐え難い状態に置かれる重大な危険にさらされることなくスウェーデンに返還されることができる」 (同書 327 頁 (強調は筆者による) と陳述した。

アンダーテイキングという概念は条約にもいかなる国の国内担保法にも基づいていない。(P.R. Beaumont & P.E. McEleavy の国際的な子の奪取に関するハーグ条約の 156-59 頁 & n.183 (1999)を参照のこと)。これはむしろ英国家族法で発達した法的構成概念である (同書)。

当裁判所は以前に、ハーグ条約 13(b)事案におけるアンダーテイキングの有用性について以下のように説明した：

アンダーテイキングの受容とアンダーテイキングの執行への十分な保証によって、時には危害の重大な危険の可能性を十分に低下させることが可能である。必ず「重大な危険」の例外事由はとりわけ子がどこへ、そしてどのように返還されるべきかを検討する。アンダーテイキングを利用することによって、裁判所は、子の安全を守るために常居所地国での家族配置の選択と法的安全策の判定を行なうことができる。他方で、その国の裁判所は彼らの管轄権の物理的境界内で子の監護権を決定する権利を持つ（Walsh, 221 F.3d 219 頁（脚注は省略済）、Feder, 63 F.3d 226 頁も参照のこと（裁判所はしばしば返還された場合に子が「短期の危害」を被らないことを保証するためにアンダーテイキングを使用すると記している））。

アンダーテイキングは、条約が違法に連れ去られた子の安全で速やかな返還を強固に前提するのに合わせ、裁判所が用いる重要な道具となり得る。

同時に、13 条 1 項 (b) の抗弁を回避するために裁判所がアンダーテイキングを用いる能力に対する限界も存在する。申立に応じる裁判所は、自身の権限の限界を認識しなければならず、アンダーテイキングが子を保護することを満たせるか否かを判断するためには、該当する子の具体的な状況に焦点を当てなければならない。

我々が重視する、アンダーテイキングに対する国務省の見解は、その範囲は限定されるべきだというものである。アンダーテイキングへの国務省の見解は、英国のアンダーテイキングを一貫して施行しない米国の裁判所に懸念を持つ英国に応えた書面の中で、以下のように英国政府に表明された：

アンダーテイキングはその範囲を限定すべきであり、常居所の管轄権が監護権の論争を解決できるように、アンダーテイキングによって子の迅速な返還を保証するという条約の目的を常居所の管轄権の方へ歩み寄らせるべきである。それ以上のことを行なうためのアンダーテイキング、とりわけ非常に詳細に監護権や面会権や扶養費などの問題を取り扱うものは、条約の下では疑わしくみえる。

米国務省領事担当法律顧問補の Catherine W. Brown から、英国子奪取ユニットの大法官部の Michael Nicholls 宛ての書状 (Aug. 10, 1995) http://www.hiltonhouse.com/articles/Undertaking_Rpt.txt にて閲覧可能。〔以下、「アンダーテイキングに関する国務省コメント」〕

相互に関係する二つの基本的問題が存在する。1) 国際礼讓。2) 奪取した親が子を虐待から守っていると主張する場合のアンダーテイキングの妥当性である。

1. 国際礼讓

アンダーテイキングの可能性を考慮する場合、米国の裁判所は別々の国の裁判所間の条約の下での礼讓の必要性に敏感になるべきである。米務省は上記に引用した書状に添付した法的覚書の中で以下のように説明した：

アンダーテイキングは、以前の状態を回復することを主に目指して作られる場合、または、連れ去られた親と奪取した親の両者に相互義務を課す場合に、条約と最も整合性があるように思われる。子の返還を促進し、両方の親に相互義務を課し、かつ適切な管轄権をもつ裁判所による法的措置を明確に終了するためにアンダーテイキングを作成する[いくつかの]裁判所の取り組みは完全に適切なものに思える（同書）（添付した法的覚書）。

国務省は書状の中で、適切なアンダーテイキングの例を列挙した。奪取した親が子と共に常居所地国へ帰る協定。返還のための航空費用の割当て。常居所地国の裁判所が決定するまでの暫定的な監護権（アンダーテイキングに関する国務省のコメント。上記を参照）。アンダーテイキングの代替策として、国務省は、返還命令を出す前に、連れ去られた親の要請を受けて常居所地国の裁判所が出す、セーフ・ハーバー・オーダーを提案した。このような取り組みによって、外国の裁判所に実施命令を出す米国裁判所の不作法さや、外国の裁判所がその命令に従わない可能性（本件ではその両方が起こった）が避けられるだろう。

国際社会ではアンダーテイキングの使用について論争がある。ハーグ条約の運用を研究する特別委員会はアンダーテイキングとセーフ・ハーバー・オーダーに関して、次のように語った。

一方で、アンダーテイキングは、両当事者が合意し、判事の求めに応じて提出される単なる提案に見える。それらは限定された期間の間だけ子を守ることに限定され、子になるべく早く返還されることを可能にし、礼讓に基づく条約の下において有効であると国家に要求することによって執行されるべきだ。他方で（中略）アンダーテイキングはあまりにも広範に使われ過ぎ、奪取した親が奪取から大きな利益を得ることを可能にしている。さらに、もしそのようなアンダーテイキングが両当事者間の単なる合意であるなら、それを要求する国の

裁判官の前で結び、より執行しやすいセーフ・ハーバー・オーダーに組み込むことが可能になる。一部の人の主張によれば、返還命令に含まれたアンダーテイキングは、外国の判断を承認するために通常必要とされる追加の手続きがなければそのままの形では常居所地国で執行できない。

ハーグ国際私法会議事務局、ハーグ条約の国際的な子の奪取の民事上の側面に関する運用実態の見直しのための第三回特別会議の報告書。¶ 64 (1997), <http://www.hcch.net/e/conventions/reports28e.html>) にて閲覧可能。このことは、アンダーテイキングは制限されるべきであって、それ自身は外国の裁判所を法的に縛ることはないということを示している。

地方裁判所が本件で行なったように、外国の裁判所が命令を出すことを条件にした返還命令は、礼譲についての深刻な懸念を生む。国務省は、たぶんそのような慣行は外国裁判所に対する強制となりやすいという理由で、「要求する国の裁判所から命令を獲得することを条件とする返還命令の発行は支持しない」と陳述している。(アンダーテイキングに関する国務省のコメント。上記を参照。添付された法的覚書; ペレス・ベラ条約注釈書も参照のこと。上記を参照。¶ 120 (「子の返還は〔常居所地国の裁判所が〕出す決定やその他の裁定を条件に行なうことはできない」)

返還条件を超えるアンダーテイキングまたはセーフ・ハーバー・オーダーが母国で執行可能かどうかについても重大な懸念がある。例を挙げると、少なくともマサチューセッツ州の一つの裁判所は外国の裁判所から出されたアンダーテイキングを執行することを拒否した。例えば **Roberts v. Roberts, No. 95-12029-RGS, 1998 U.S. Dist. LEXIS 4089 (D. Mass. Feb. 27, 1998)**を参照のこと。(英国の裁判所によって出されたアンダーテイキングを執行することをマサチューセッツ州裁判所が拒否したことについて論じている), **adopted by No. 95-12029-RGS, 1998 U.S. Dist. LEXIS 4087 (D. Mass. Mar. 17, 1998)**。さらには、侮辱罪や差し止め権限を持たない裁判所が存在する国においては、その有用性はいささか疑問である。**Beaumont & McEleavy** を参照のこと。上記を参照 166-70 頁。Cf. **Blondin, 238 F.3d 160 頁**(フランスの法律専門家から、フランスの裁判所は公共政策に反しない場合にはアンダーテイキングを執行するだろうという証言を聞いた); **Panazatou v. Panazatos, No. 960713571S, 1997 WL 614519, *3 (Conn. Super. Ct. Sept. 24, 1997)**。(アンダーテイキングがギリシャで尊重されるか否かについて話し合うために、裁判所はギリシャの判事との電話会議を設定した)。

本件では、提案されたすべてのアンダーテイキングがスウェーデンで執行されるわけではなく、米国が提案したミラー・オーダーが必ずしもスウェーデンの裁判所によって発行されるわけでもなく、もしそのように発行された場合でも必ずしも執行されるわけでもないという証拠が存在していた。Mのスウェーデンの法律専門家は次のように証言した。

一般的に言って、我々は「外国の管轄権で出された命令を執行することは」ない。スウェーデンの裁判所はそれ自身の根拠、それ自身の証拠、それ自身の判断を必要とするのだ（後略）。そして本件の最後の裁判所命令の中で、私の記憶では、その裁判所は明確にこう陳述した。子らがスウェーデンに戻る時、裁判所はそれまでに起こった事柄を待たせよう。その時、裁判所は再び裁判権を握ることになる。

（前略）もし両当事者が「判定」を行なうことに同意するなら、裁判所はそのような判定を命じる可能性が高いが、しかしそれを保証するものではない。

（前略）「しかし」あなたはいつでも裁判所に戻って来ることができるし、他のことを要求することもできる。例えば、もう同意するのをやめたとか、それは子にとって有害だと思ふとか…。暫定的な決定は常にひっくり返される可能性がある（後略）。スウェーデンでは暫定的な地位には限りがない。だからあなたは裁判所の暫定的なそれぞれの決定に対して上告することができるのだ。

その専門家はさらに、もし片方の親が判定から身を引くなら、裁判所はそれ以降はその親に参加を命じる権限を持たなくなる、と述べた。Mは米 국무省の報告書を提出し、それにはスウェーデンの裁判所は面会命令への違反に対して侮辱罪の命令を発する権限を持たないことを示した（国際的な子の奪取の民事上の側面に関するハーグ条約に伴う遵守（2001）に関する 국무省の報告書を参照のこと。http://travel.state.gov/2000_Hague_Compliance_Report.htmlにて閲覧可能）。

地方裁判所は、両当事者が「スウェーデンの裁判所に当裁判所が命じたすべての条件を課すミラー・オーダーを結ぶように要求することに合意した。また当裁判所はスウェーデンの裁判所がそれに従うだろうと結論を下した」と記した（Danaipour, 183 F. Supp. 2d 321 頁）。しかし、地方裁判所の命令は、上述した専門家の証言および以下の事実の両方から誤りだとわかる。米国地方裁判所が発行した翌日、Dは「スウェーデンの裁判所はミラー・オーダーの概念に馴染みがない。外国の裁判所の決定は、もしそれが監護権の問題に関連し、

ノルディック諸国や「欧州の他の特定の」国々で行なわれたものなら、スウェーデンで直接執行することができる」と記した申立をストックホルム地方裁判所に提出した。スウェーデンの裁判所は、2月14日の命令の中で、裁判所はそのような権限を持たないと陳述した（*Danaipour v. McLarey*, No. T 3165- 00 (Stockholm City Court, Dept. 2, Div. 6, Feb. 14, 2002) (翻訳)）。

事実、スウェーデンの裁判所は、地方裁判所の命令の主要な部分である、その種の判定のために確立された手続きに基づいて実施される完全な法医学的性的虐待の判定を命じる権限を欠いていた。そのような判定を現実に行なう仕組みが存在しないようなのだ。その判定を実行する責任を課されたスウェーデンの裁判所は、まず最初に裁判所は「この任務を受けることはできない」と陳述し、この問題はスウェーデンの警察へ委託するべきであると提案した。[脚注 19] 同機関は現在、子らがPTSDになったか否かの判定を行なうことに同意しているが、それは米国地方裁判所の命令が想定したような定められた手順に基づいた性的虐待の判定とは異なるものである。同機関は、自分らは性的虐待の判定を行なえないという立場を否定しなかった。

Dの専門家が彼の最初の報告および証言において強調したように、精神科のグループの中には性的虐待が起こったか否かを調査するための定められた手順が存在する。児童青年精神科サービスが提案した判定は、我々の目的の中心課題である性的虐待についての疑問を直接取り組むものではなく、その疑問を調査するために作成された手順にも従っていないと思われる。さらに、PTSDという概念区分が4歳未満の子に有効であるか否かについては議論の余地があり、裁判では性的虐待を受けた子らがもっと年長になるまでトラウマの兆候を見せないことがしばしばあるという多くの証言があった。従って、法医学的性的虐待の判定をスウェーデンで行なうとする地方裁判所の命令が執行される可能性は、たとえあったとしても低いと思われる。

結局、地方裁判所はスウェーデンの裁判所が単純に命令をコピーして執行するだろうという期待に基づき命令を出すことによって、条約の国際礼讓の概念に背いたのである。地方裁判所はスウェーデンで法医学判定を行なわせるように命じる権限を持っていなかった。すなわち監護権論争について法医学的判定の影響を判定するようにスウェーデンの裁判所に命じる権限を持っていなかったのだ。（*Beaumont & McEleavy*を参照のこと。上記を参照 161頁。（「裁判所が申立人からアンダーテイキングを引き出すことは比較的容易だと考えるかもしれないが、他方でそのような命令が子の常居所地国で執行されるという保証はないだろう」）。さらに言えば、スウェーデンの裁判所がそのアンダーテイ

キングを執行するだろうという前提は法的に見ても事実から見ても過誤であった。

地方裁判所が子らを重大な危険から守るために必要だとみなしたこれらのアンダーテイキングは効力を持たず、そのため返還命令もこれらの理由を擁護することができない。

2. 虐待の申立の状況下でのアンダーテイキング

奪取した親が子を虐待から守ろうとする証拠がある時には、アンダーテイキングをより慎重に用いるべきだと指摘する当局もある。国務省は以下のように述べている：

しかしながら、もし返還を要求された州の裁判所が返還が子に身体的若しくは精神的危害の「重大な危険」を与えるだろうという明確な証拠が提示された時、裁判所が広範囲なアンダーテイキングを出すことは返還要求を否定することよりも不適切であろう。そのような状況で広範囲なアンダーテイキングを作成することは、根底にある監護権の利益という問題に裁判所を巻きこむ可能性があり、13条1項(b)の例外事由の効力を薄めることになるだろう。

アンダーテイキングに関する国務省のコメント。上記を参照。添付された法的覚書。裁判所は性的虐待に基づく13条1項(b)の抗弁に対応する際に広範囲なアンダーテイキングを考慮する必要はないという結論を、条約に関する国務省の指針も支持している。国務省は「もし被申立人の親がさらなる被害の発生から子を守るために連れ去り、または留置する場合には(中略)裁判所は申立を否定することもできる」と語る(国際的な子の奪取に関するハーグ条約：条文と法的分析 51 Fed. Reg. 10,510 頁)。この分析が示すのは、裁判所はそのような根拠だけに基づいて返還の申立を否定することが可能であり、必ずしもアンダーテイキングの改善を考慮する必要はないということである。アンダーテイキング覚書に関する国務省のコメントによると、アンダーテイキングの目的が不正な連れ去り以前の両当事者の現状を維持するためである場合に、アンダーテイキングは最も効果を発揮する。もちろんこれは、現状が虐待であった証拠がある事案では目的にはなりえない。

条約についての主な注釈者たちも、アンダーテイキングは次のような場合には注意して適用すべきだと同意する。

稀であっても、アンダーテイキングを課すことは、13(1)(b)条について行なわれる主張に容易に従属しない。

従って、もし12条か13条のうちの一つの例外事由が適用可能なら、裁判所はアンダーテイキングの執行が保証できるのでない限り子を返還する権限を行使すべきでない。(Beaumont & McEleavy、上記を参照。162頁, 165頁を参照のこと)

条約とその国内担保法に基づいて、米国の裁判所は、子が重大な危険のある状況や耐え難い状況へと返還されないように保証する義務を持つ。(ペレス・ベラ条約注釈書を参照のこと。上記を参照。¶ 29 (「常居所から連れ去られてはならないという子の利益は(中略)身体的若しくは精神的危険または他の耐え難い状況に置かれないという誰もが持つ一番の利益の前に譲歩する」)。重大な申立が行なわれ、信頼できる脅威が存在する場合、裁判所は子を守ろうとする目的で執行不可能かもしれないアンダーテイキングを使用することについては特に慎重になるべきである。極めて限られた時間だけしか子を重大な危険から守らないアンダーテイキングは13条1項(b)の申立を打ち負かすには不十分である。(Walsh, 221 F.3d 218頁を参照のこと(「条約は、危険が『差し迫っている』ことを求めない。ただ危険が重大であることだけを求める」))。

そのような状況下でいかなる有効なアンダーテイキングを作成できるかの決定は、本質的に事実に縛られる。

(例えば、Turner v. Frowein, 752 A.2d 955頁 (Conn. 2000)を参照のこと) (子の本国送還のための代替ケア準備や法的安全策を追加で考慮するために差し戻す。父親が子を性的に虐待し、母親を身体的に虐待した証拠が確定したが、本国当局は、母親の訴状に対応することを怠り、また本国には面会禁止命令の仕組みがなかった)。(Walsh, 221 F.3d 204 (アンダーテイキングを出した地方裁判所を支持するなら、母を虐待し常習的に裁判所の命令を無視していた暴力的な父親から子を十分に守れないだろう))。しかしながら、条約の諸条件と国務省の指針は、子の保護が最優先されなければならないと示唆する。

III. 結論

地方裁判所は結局、父親が下の娘を性的に虐待したか否かを判断しなかった。我々も判断しない。Dはこれらの告発に対して無罪かもしれない。

親が幼い子を密かに性的に虐待したという告発は証明することが難しい。そしてまた、それに反証することも難しい。善意からにせよ、他の理由からにせよ、虐待の申立はしばしば離婚と監護権の争いの武器として使用される。第一審裁判所は微妙な判断を下さなければならない。しかし、本件での証拠は少なくとも明確かつ内容のある申立を提起する。すなわち、治療を行なった児童心理士は、子の行動と証言に関する詳細な説明について信頼できると認められ、その行動と陳述は父親による性的虐待の証拠となり、その心理士は子が陳述を指導された証拠を見つけなかった。その上、それを裏付ける専門家の多くの証言が存在する。

これらの事実に基づき、地方裁判所は性的虐待が起こったか否かの問題を裁定し、必要ならば子らが身体的若しくは精神的な危害の重大な危険にさらされているか否か、あるいは返還された場合に他の耐え難い状況に置かれることになるか否かについて判断するために、追加の判定を命じなければならない。

返還を命じた地方裁判所の判決は破棄され、本件はこの見解に合致する訴訟手続きのために差し戻される。

脚注

1 法廷助言人の「マサチューセッツ子のための市民」などによると、性的虐待を受けた子に行なった研究の中で、性的虐待の熟練した調査官に対してでさえ、当初に性的虐待を言葉で意思開示した割合は43%だけであった。

2 Mによって提出された専門家の報告によれば、性的虐待を受けた子の75%から85%は通常の身体検査を受ける。法廷助言人の「マサチューセッツ子のための市民」などは、性的虐待がその大半を占める医学的証拠なしという研究も提出した。

3 Mは子の性的虐待の申立を調査するスウェーデンの手順についての専門家の証言を提出した。スウェーデンの警察官による専門家報告書には、スウェーデンでは子の健康や福祉についての一般的な調査は社会福祉機関が行ない、特定の犯罪の申立は本件で行なわれたように、警察へ委ねるのが一般的だと記されていた。もし警察の調査で刑事責任なしとされたなら、社会福祉機関は「通常はその子を親の監護権から除外せずに自身の調査を終結させることがしばしばある」。この専門家は彼女自身の経験から、「子は特に警察署のような状況

での最初の面接では意思開示することはない」という事実があるにもかかわらず、警察の調査はしばしば、医学や精神病理の学位を持たない警察官によって警察署の一室で子の面接だけの方法で実施される、と付け加えた。子への性的虐待の事案を中心として家族法を専門とするスウェーデンの代理人が提出した別の報告書でも、本件の警察の調査はこの分野での訓練をほとんど受けていない警察官による子への一度だけの短い面接で構成されており、典型的なものである、と同意した。この法律の専門家も、社会福祉機関の調査は「性的虐待が実際に起こったかどうかを決定することを目的にしておらず」、警察の調査が終了したら社会福祉機関の調査も終了させることがしばしばあると述べた。その法律の専門家はさらに、「[スウェーデンの]裁判所では[片方の親の同意なしに]性的虐待の調査を命じる要求を認めることを拒否することが稀ではない。一般的に、そのような調査は警察の権限の範囲内だとみなされている」と述べた。Dはこれに反する証拠を何も提出しなかった。

4 Mは、スウェーデン当局の報告は性的虐待の問題に関して確定的なものではないと主張する。米国の地方裁判所で審理が始まる前に、Mは **Bessel van der Kolk** 博士と **Carole Jenny** 博士の専門家報告書を提出したが、それには性的虐待を受けた幼い子らが学校やデイケアで普通に振る舞い続けることは稀ではないと記されていた。**Jenny** 博士も裁判で証言し、子らの中には極端に良い振る舞いをすることによって虐待を補おうとするものがあるし、虐待された子らが虐待した親に対してネガティブに反応することを示す調査は存在しない、と述べた。Mも、性的虐待を明らかにすることができなかった調査が、必ずしも虐待が起こらなかったということを意味しないと主張するいくつかの専門家の報告を提出した。子時代のトラウマの専門家である **Drs. Glenn Saxe** と **Wanda Grant Knight** が作成したある報告書では、「トラウマを受けた子が通常は見知らぬ大人に虐待を明らかにすることはない」と記されていた。しかしDの専門家の **Carlton Munson** 博士は、性的に虐待された子らは一般的に、性的行為に耽り、人間関係で問題を起こし、他の子と争い、社会的にひきこもり、発達の退行を示すと証言した。

5 連邦証拠規則 706(a)はそれに関連して以下のように規定する。裁判所は自身の申立またはすべての当事者の申立に基づき、なぜ専門家の証言が指名されるべきでないかの理由を示すよう命じることができ、また指名者名簿を提出することを両当事者に要求することができる。裁判所は両当事者によって承認された専門家の証言を指名することができ、またそれ自身が選択した専門家を指名することができる。

6 Mは開示手続きが終了する 2 週間前にこの申立を提出した。もしMがこの申立を早くしていれば役立っていただろうが、Mは子が治療した心理士へ意思開示しただけで、証明責任を満たす十分な証拠をすでに持っていると思ったようだ。裁判所の命令による判定を求める 12月3日の申立は、Luxenberg 博士が治療を行なった当事者であって、独立した評価者ではないため、Luxenberg 博士は性的虐待の申立を調査する規定された手続きに基づいていないという懸念を示した、Dが提出した Munson 博士の 11月21日の最初の専門家報告に対する返答の一部として行なわれたようだ。

7 提供された翻訳文からは、これが実行する（あるいは実行を拒否する）子の権利なのか、父親の権利なのかが明確ではない。

8 裁判所の尋問に応じて、Luxenberg 博士は、上の娘もまた PTSDになっていると証言した。Dの代理人はこの質問に異議を唱え、裁判所はその意義を認めたようだ。

9 裁判所はまた、「性的虐待は証明されなかった」(Danaipour, 183 F. Supp. 2d 325 頁)と述べたが、Luxenberg 博士の証言が信頼できるとする裁判所の調査結果とは矛盾するように見える。

10 地方裁判所は、「両当事者は[子らが]引き離されるべきではないという点について暗黙に合意した」(Danaipour, 183 F. Supp. 2d 324 頁 n.8)と記した。

11 スウェーデンの代理人からの供述書は、児童青年精神科サービスと大学の両者が添付された情報の内容の特徴を誤解した。供述書はさらに「裁判所が命じた判定はスウェーデンにおいてBUP（もともと M が要求したもの）か、Uppsala 大学の専門家かのどちらかによって実行されるだろう」と主張した。この陳述は裁判記録によって裏付けられていない。

12 例えば、法廷助言人である「精神保健と正義&メディアのための指導者会議」などは、一般的に認められている医学的結論として「一部の子は PTSD の臨床的な定義を満たす即時の具体的反応を示さない可能性があるが、これらの子らも長期の心理的、人格的、身体的障害の影響をうけることがある」と述べた。

13 安全な返還のための必要な必須条件として裁判所が作成した諸条件への裁判所の誤った依拠については以下に論じる。

14 13条1項(b)の抗弁が提起された場合には常に完全な判定が行なわれるべきであると主張するものではないし、他に性的虐待の十分な証拠があるなら不確定な判定だけで13条1項(b)の申立を打ち負かさずだろうとさえ主張するのではない。第一審裁判所が、完全な法医学的判定による利益なしに性的虐待が起こったかあるいは起こらなかったかを発見できる場合があるかもしれない。本件の裁判記録に基づくと、子が治療する心理士および他の人に繰り返し意思開示していたこと、また性的虐待を示唆するそれ以外の提出証拠によって、本件は上記に該当する事案だと裁判所は結論を出すことができた。法廷助言人の「マサチューセッツ子のための市民」などは、法医学的判定は必ずしも常に虐待を証明するものではないと認め、法医学的判定なしで性的虐待を証明する証拠が本件には十分にあったと推定する。

15 両当事者が要求した判定を地方裁判所が2001年12月3日までに命じていたなら、判定はすでに完了しており、ハーグ条約の迅速な解決という目的がよりよく果たされていたことだろう。

16 スウェーデンへの返還という提案に対して子らが表明した異議や不安は、子らはその返還を自分らが意思開示したことへの罰と考え、返還後も追加の調査には協力的にならないだろうと考える専門家の証言を裏付けるだろう。裁判所は、「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」子のための13条の抗弁を正当化するほどの年齢に当該子が達していなくても、重大な危険が存在するか否かに関して13条1項(b)の決断を下すうえで、子の意見を証拠とみなすことは可能である(Blondin, 238 F.3d 166 頁を参照のこと)。

17 この見解はVan der Kolk博士と共有された。彼の報告では、この段階で心理士を交代させることは「彼らが自らのトラウマの源を明らかにする能力や意欲に顕著な影響を与える可能性がある」と指摘した。審理の中でVan der Kolk博士は、もし子らが返還されるなら「彼女らは口を閉ざし、何も話さない」可能性があると言った。下の娘について、GALも「今後数週間か数ヶ月の間、どのような判定家やカウンセラーにとってもその子と効果的に協力することは困難な仕事になるだろう」と記した。第一審裁判所はこの証言を無視する理由を「183 F. Supp. 2d 323 頁, n.7」で表明した。

18 本件では、Dの異議によってスウェーデン当局が完全な判定を行なうことが妨げられた。Mはスウェーデンの社会福祉機関の調査を二度要求し、その後

スウェーデン児童青年精神科サービスから、そしてスウェーデンの裁判所からの調査を求めた。そのすべてにおいて、Dは性的虐待の調査に同意しなかった。

19 警察への委任は、米国の地方裁判所が要求または想定した種類の判定ではない。法廷での証言によると、スウェーデンの警察は 2000 年から 2001 年にかけての冬に調査を行なったが、すべての専門家が認めるように、それは性的虐待の判定のための規定された手順に合致したものではなかった。さらにMのスウェーデンの警察や法律制度に関する専門家は、スウェーデンの警察の調査は一般に性的虐待の規定された手順に従わないと述べた。Dは法廷でこの証言に反論しなかった。

訴訟代理人: Elizabeth B. Burnett、および Beth I.Z. Boland、Jennifer Sulla、Francine Wachtmann、Meredith Brand Wade、Mintz Levin Cohn Ferris Glovsky と Popeo P.C.は上訴人の訴訟事件摘要書に記載。Stephen J. Cullen、および Mary A. Azzarito、Nancy J. Baskin、と Miles & Stockbridge P.C. は被上訴人の訴訟事件摘要書に記載。Barbara F. Berenson 検事総長補佐、Thomas F. Reilly 検事総長、Deepa S. Isac 検事総長補佐はマサチューセッツ州の訴訟事件摘要書に記載。法廷助言人。Barry S. Pollack、Anthony L. Bolzan、Amber R. Anderson、Dechert Price & Rhoads は「精神保健と正義&メディアのための指導者会議」の訴訟事件摘要書に記載。子への残虐行為防止のためのマサチューセッツ協会、地域法律サービスとカウンセリング・センター、マサチューセッツ州子法律センター、家庭内暴力に反対するグロスター男性会、Emerge, Inc.、法廷助言人。Nora Sjoblom Sanchez と Pauline Quirion は「マサチューセッツ子のための市民」の訴訟事件摘要書に記載。マサチューセッツ州女性法律家協会、拡大ボストン法律サービス、Jane Doe Inc.、家庭内暴力会議、Rebecca M. Bolen、法廷助言人。

マサチューセッツ州担当米国地方裁判所

2002年1月2日

隣席: Wolf, D.J.裁判長

I.Danaipour (申立人) 対 K. McClarey (被申立人)

訴訟代理人: I.D.担当: Nancy Baskin マサチューセッツ州ボストン、Mary Alys Azzarito マサチューセッツ州セイラム、Stephen J. Cullen Miles & Stockbridge P.C. メリーランド州タウンソン; K.M.担当: Beth I.Z. Boland、Elizabeth B. Burnett、Meredith Brand Wade、Mintz Levin Cohn Ferris Glovsky & Popeo P.C. マサチューセッツ州ボストン

概要

これは悲しく深刻な事案だ。この事案は、両親がそれぞれ子らを愛しているが、お互い同士はもはや愛しておらず離婚した結果起こった。申立人 I.D.と彼の前の妻である被申立人 K.M.は、7歳の娘の A.D.と3歳の娘の C.D.について、スウェーデンの裁判所により共同監護権を与えられた。[脚注 1] 2001年6月、K.M.は A.D.と C.D.を米国に連れ出すことによりスウェーデンの裁判所の命令に違反した。娘らは同地で K.M.および婚約者である D.M.と共に暮らし、K.M.は娘らを返還することを拒否している。

I.D.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 T.I.A.S. No. 11, 670, 19 I.L.M. 1501 (1980年10月24日) (「ハーグ条約」または「条約」)に基づき、彼の子らをスウェーデンに返還するよう申し立てた。2001年6月にスウェーデンが子らの常居所地国であること、そして娘らが不正に米国へ連れ去られた時に、I.D.が自らの共同監護への法的権利を行使したことについて争いはない。このような環境において、通常ハーグ条約は子の返還を要求する。しかし条約はこの原則に対していくつかの例外事由を規定する。

K.M.は主として、I.D.が A.D.と C.D.に性的虐待を行っており、いかなる条件においても娘らをスウェーデンへ返還することは彼女らを「精神的危害」の「重大な危険」にさらすことになることを主張する。裁判所は、もし K.M.が明白かつ確信を持つに足る証拠によってそのような危険を証明する責任を負うなら、子らの返還を命じることを求められない。

子らへの危険のすべての可能性を評価する上で、裁判所は娘らがスウェーデンへ返還されるための条件を考慮するよう求められる。I.D.は、自分が娘らに

性的虐待を行なったことを否定している。しかしI.D.は現在、米国とスウェーデンでの以下の命令の発行に同意した。命令の主なものは、子らがスウェーデンに返還されK.M.と一緒に住むことができること。スウェーデンの裁判所によって許可されなければ、彼は娘らと接触を持たないこと。性的虐待が起こったかどうかを決するためのスウェーデンでの法医学判定に彼が全面的に参加すること。彼はこれまでと同じく、将来もいかなる裁判所の命令の結果にも従うこと。

当裁判所は 2001 年 12 月 19、20、21 日に裁判官裁判を行ない、K.M.とI.D.、各当事者の専門家、2001 年 9 月以来A.D.およびC.D.を治療してきた心理士、その他の証人が証言を行なった。証人の信頼性への評価に大きな影響を受ける、裁判の事実認定は以下の通りである。

いかなる証拠もI.D.がA.D.を性的に虐待したことを示さなかった。K.M.は、I.D.が一度か二度C.D.の前で自慰を行ない、その場合に一度娘に彼のペニスを触らせた可能性が懸念されることへの十分な理由が存在することを多くの証拠によって証明した。そのような行為はある種の性的虐待を成立させるだろう。

両親と子らの参加を必要とし、有能な専門家によって実行される、手順に基づいた法医学的な性的虐待の判定が、性的虐待が起こったか否かを信頼の置ける形で判断するためには必要である。そのような判定を適切に実行するには数ヶ月を要すると思われる。法医学的判定はスウェーデンで実行することができる。

A.D.とC.D.のどちらもスウェーデンから奪取された時には、心的外傷後ストレス障害（「PTSD」）には掛かっていなかった。子のどちらかが現在PTSDに掛かっていることをK.M.は証拠の優越によって証明しなかった。またK.M.は明白かつ確信を持つに足る証拠によって、当覚書のセクションVで命じる条件によってスウェーデンへ子らを返還することが、I.D.の申立を否定することを裁判所が認めるような精神的な危害の重大な危険を生むことについても証明しなかった。

従ってI.D.の申立は認められる。それによりK.M.は子らをスウェーデンへ連れ戻すよう命じられる。同地にて法医学的な性的虐待の判定が実行され、またスウェーデンの裁判所がA.D.およびC.D.の将来の監護権のためにその判定の影響を判断することを可能にするために、娘らは彼女と共に住むことになる。裁判所が命じる条件に基づいた子らの返還は、子らの健康と安全を保護することになる。他方で、それはスウェーデンの裁判所に、奪取以前にスウェーデン

に住み彼らの管轄権の下にあった子らの監護権を判断する機会を与える。そのため当判決はハーグ条約の主目的に奉仕することになる。

適用可能な基準

米国とスウェーデンの両国がそれぞれ署名国となっているハーグ条約は「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並びに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を定めること」（ハーグ条約、前文；*Blondin v. Dubois*, 189 F.3d 240 頁, 245 頁 (2d Cir. 1999)も参照のこと)を追求する。この場合、A.D.とC.D.の米国での留置は条約の意義の範囲内で「不正な」ことであることに争いはない。

「常居所地国からの子の不正な連れ去りは通常子の返還を要求される」（*Walsh v. Walsh*, 221 F.3d 204 頁, 216 頁 (1st Cir. 2000)）。しかし、被申立人は、条約が定める例外事由が適用されることを証明することによって申立を無効化できる可能性がある。（ハーグ条約 12 条、13 条 1 項(a)、13 条 1 項 (b)、20 条)

K.M.は当初、本件で三つの例外事由を提示した。彼女はスウェーデンへの子の返還が以下の理由により否定されるべきだと主張した。「[彼女らを]返還することによって彼女らが身体的若しくは精神的な危害を受け、又は[彼女らが]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。」（ハーグ条約 13 条 1 項 (b) を参照のこと）。そのような返還が「人権及び基本的自由の保護に関する[米国]の基本原則」（ハーグ条約 20 条を参照のこと）に反するだろうこと。それぞれの子が「返還されることを拒み、かつ、[彼女]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こと。」（ハーグ条約 13 条の最後から二番目の項を参照のこと）

返還を求める原則の例外事由は狭く限定される（*Walsh*, 221 F.3d 217 頁を参照のこと）。ハーグ条約の条約注釈書は、もし条約を空文にするべきでないとしたら、例外事由は：

限定された形で解釈されるべきだと述べる。事実、条約全体としては、不法な子の連れ去りのこのような現象への全会一致の排斥の上に依拠し、かつ国際レベルでそれらと戦う最良の方法はそれらへ法的承認を与えることを拒否することだという確信の上に成り立っている（後略）。上記の例外事由の組織的な嘆願は子の常居所のある法廷の代わりに奪取者が選んだ法廷を使い、条約の啓示

とも言うべき相互信頼の精神を条約から取り去ることによって条約の全体構造を崩壊させることになるだろう。

ペレス・ベラ条約注釈書：14 回会期の決議と文書の中の国際私法に関するハーグ会議 426, P 34 (1980) (「条約注釈書」); Walsh, 221 F.3d 217 頁も参照のこと。

これに合わせて、米国内法は明白かつ確信を持つに足る証拠によって 13 条 1 項 (b) と 20 条によって定められた例外事由を証明する責任は被申立人に課される (42 U.S.C. § 11603(e)(2)(A)を参照のこと)。この事案で提示された第三の例外事由、すなわち子の異議に基づく例外事由に関しては、証拠の優越による証明のみを必要とする (U.S.C. § 11603(e)(2)(B)を参照のこと)。

「明白かつ確信を持つに足る証拠」とは「論争中の事柄に関して確固とした信念または確信」を生む証拠である (第五巡回裁判所模範陪審員指示書, Civil, § 2.14 (1999))。それは大きな疑いを残さない証拠である (中略) それは論争中の命題について可能性が存在するだけでなく、その可能性が極めて高いことを示す証拠である」 (Sand et al., 現代連邦陪審員指示書, 73-3 (2001))

しかし 13 条 1 項 (b) と 20 条の例外事由が明白かつ確信を持つに足る証拠によって証明されなければならない一方で、これらの例外事由に関係する補助的事実については証拠の優越によってだけ証明されることを必要とする。

(Walsh v. Walsh, 31 F. Supp. 3d 200 頁, 204 頁 n.3 (D. Mass. 1998), rev'd on other grounds Walsh v. Walsh, 221 F.3d 204 頁 (1st Cir. 2000); Care and Protection of Laura, 414 Mass. 788, 794, 610 N.E.2d 934 頁 (1993); S.S. v. D.M., 597 A.2d 870 頁, 882 頁 n. 32 (1991)を参照のこと)。コロンビア特別区控訴裁判所が記したように、「証拠の優越によって個別に証明された 20 の事実があるかもしれない。それが総体として明白かつ確信を持つに足る証拠を生み出すのだ (後略)」 (S.S., 597 A.2d 882 頁 n.32)

K.M.の主張の核心は、I.D.によって合意された条件に基づいてさえ、スウェーデンへ子らを返還することは彼女らを精神的な危害の重大な危険にさらすだろうということである。

Walsh の事案において、第 1 巡回控訴裁判所はK.M.が提示する 13 条 1 項 (b) の例外事由の意味を全面的にかつ思慮深く探った (221 F.3d 218-19 頁)。13 条 1 項 (b) によって提示された論点を判断する上で、「裁判所は監護権の決定に

携わるべきではない」（同書 218 頁）。また 13 条 1 項 (b) は子の最善の利益を法廷で争うためにも使ってはならない（同書 219 頁）。

13 条 1 項 (b) の目的のために、証明された精神的な危害は「最低限度を大きく上回らなければならない」（同書 218 頁）かといって、それが耐え難い状態にまでならなければならないというのは疑問である（同書 218 頁 n. 12）。いずれにせよ、危険は「重大」（同書 218 頁）でなければならない。「重大な危険が存在するか否かを決定する際に、裁判所は条約の目的に注意を向けなければならない」（同書）。重大な危険が、「本国送還によって現在米国になじんでいる子らを動揺させることになるという単純な事実により成立する」ことはない。「それは本国送還の避けられない結果である」（同書 220 頁 n. 14; *Blondin v. Dubois*, 238 F.3d 153 頁, 164-65 頁(2d Cir. 2001)も参照のこと）。

さらに：

危害の重大な危険の可能性はときには、アンダーテイキングを受け入れることによって、およびアンダーテイキングの執行を十分に保証することによってやわらげられる可能性がある。「重大な危険」の例外事由には、子がとりわけ、どこへ、どのような形で返還されるべきかが必ず考慮される。当事国の裁判所がその管轄権の物理範囲内で子らの監護権を決定する機会を有する一方で、アンダーテイキングのやり方は、その裁判所が常居所地国で子の安全を守るために家族配置の選択や法的安全策を判定することを認める。子は返還されるべきだという確固たる前提のせいで、当地および他国の多くの裁判所は、子を危害の重大な危険にさらすことから守りながら、同時にアンダーテイキングの受容が条約に定められた目標の達成を最も可能にすると判断してきた。

Walsh, 221 F.3d 219 頁(引用は省略); *Blondin*, 238 F.3d 163 頁 n.11 も参照のこと。しかしながら、「アンダーテイキングを用いても、子を重大な危険にさらさないで子を返還する方法がまったく存在しない場合があるだろう」（*Walsh*, 221 F.3d 219 頁）。

Blondin の事案は、地方裁判所が二人の子をフランスに返還するように命じることを拒否した、13 条 1 項 (b) に依拠した事案だった。その理由は、しつこい虐待が子らに「激しく深刻な心理的外傷障害」を与えており、いかなる条件の下であれ子らを本国送還しフランスに住ませることによって子らがかつてフランスで経験した心理的外傷ストレス障害をほぼ確実に再発させると裁判所が考えからだ（78 F. Supp. 2d 283 頁, 291 頁 (S.D.N.Y. 2000)）。第 2 巡回控

訴裁判所は、「提示された特殊で異常な環境において」地方裁判所の判決を支持した (**Blondin**, 238 F.3d 168 頁)。

K.M.は、裁判において本件が **Blondin** と似ていることを主に証明しようとした。しかし、以下のセクション IV で論じるように、裁判所は、この事案は実体的な面で **Blondin** とは異なり、ハーグ条約 13 条 1 項 (b) や他の例外事由は証明されないとみなす。従って裁判所は、一定の条件に基づく A.D.と C.D.の返還を命じる。

事実

別段の指示がない限り、以下の事実は信頼できる証拠の優越によって証明される。 [脚注 2]

K.M.はスウェーデンで生まれ、米国で育ち、同地で大学に通った。彼女はアメリカとスウェーデンの両方の市民である。 I.D.はイランで生まれ、現在はスウェーデンの市民であり、彼は児童心理士を開業している。

二人の最初の娘 A.D は 1994 年にスウェーデンで生まれた。 K.M.と I.D.がマサチューセッツ州で結婚する 6 ヶ月前の事である。 1998 年に二人の娘の C.D. が生まれた。

1999 年夏までに、両当事者の結婚に問題が生じた。 K.M.は家族を訪問するために米国へ帰り、以前のボーイフレンドの D.M.と再び連絡を取り合った。 K.M.と D.M.は恋愛関係になった。 1999 年遅くに K.M.が米国に再び帰国した間に、 I.D.は D.M.が彼女に送った何通かのラブレターを発見した。 K.M.がスウェーデンに戻った時、 I.D.は彼の発見を明らかにし、両当事者は離婚を決めた。

I.D.は二人の婚姻期間中に K.M.を身体的若しくは精神的に虐待したことはない (同書)。 K.M.が 2000 年 2 月 29 日に離婚届けを出す以前に、 I.D.が彼の娘のどちらかを虐待したことは証明されていない。

離婚届けを提出した時、 K.M.と I.D.は暫定的に彼らの子らの共同監護権を与えられた。当初 I.D.と K.M.は、離婚手続きが係属中の間も二人の小さなコンドミニアムと一緒に住み続けた。これは緊張を強いられる状況だった。 2000 年の春、 I.D.は嫉妬に狂い、自分が家にいる間は D.M.にメールしないという取り決めに K.M.が違反したと考え、彼女のコンピューターのモデムのコードを

切断した。別の時には、I.DはK.M.を押した。しかし彼女の代理人が最終弁論で認めたように、K.M.はもし自分の子らと共にスウェーデンに帰るように求められたとしても、身体的もしくは精神的危害を受ける危険があるとは主張していない。

彼女の代理人が最終弁論で述べたように、K.M.はもし子らが以下で論じる条件に基づき彼女と共にスウェーデンに戻るなら、彼女の子らに身体的危害の重大な危険があるとは強く主張していない〔脚注3〕（2001年12月21日 Tr. 228頁）。K.M.はむしろ、どのような条件に基づくものであれもしスウェーデンに戻るよう要求されたなら、それぞれの子は精神的な危害の重大な危険にさらされると主に主張している。

2000年6月頃、コンドミニアム内の緊張により、K.M.は子らを連れて女性避難所へ引っ越すことを検討した。その代わりに彼女は、I.D.に短期のバケーションに出ると告げ、その目的のためにA.D.およびC.D.を連れて米国へ行き、スウェーデンには戻らなかった。I.Dは彼の子らが奪取されたと知ると、スウェーデンの裁判所からA.D.およびC.D.の単独監護権を自分に与えるという命令を取得し、K.M.に子らをスウェーデンに戻すよう要求した。

2000年の9月頃、K.M.はスウェーデンに戻った。子らはI.D.と二三週間一緒に住み、母が一時的に住んでいた女性避難所へ時々母親を訪ねた。この期間中に、K.M.は、裁判所に二度と子らをスウェーデンから連れ去らないと言明し、子らのパスポートを提出することによって、A.D.およびC.D.の共同監護権を再び手に入れた。Ex. 40を参照のこと。この命令によってI.DはK.M.にコンドミニアムに住む許可を与え、自分は新しい住居を見つけることになった。それから少女らはそれぞれの親と週替わりで住み始めた。

K.M.の証言によると、一週間の父への訪問を終えて帰ってきたA.D.およびC.D.のそれぞれの臍の部位に赤疹があることに彼女は気づいた。子らは以前にもそのような炎症を経験し、治療したことがあった。しかしK.M.は、I.D.がこの赤疹を引き起こすような何か不正なことを行なったのではないかと懸念した。彼女はA.D.およびC.D.にこれについて尋ねた。A.D.はI.D.が彼女を虐待したことを示すような証言は何も行なわなかった。当時2歳のC.D.は、I.D.が「おしっこ」を「ハンマーで打った」という意味のことを彼女の母親に話し、男性がする自慰に似た動作を伴ってそれを説明した。K.M.はこのことについて、C.D.はI.D.が彼女の臍に何かしたのだと言っていると解釈した。

しかし、本件についての証拠は、I.D.がA.D.またはC.D.の膣を傷つける、または炎症を起こさせる何かを行なったことを証明しない。〔脚注 4〕どちらかの子が何かの形で性的虐待を行なわれたか否かを医学的に信頼できる形で判定するためには、定められた手順に従い有能な専門家によって行なわれる法医学的判定が必要である。そのような判定は行なわれなかった。

K.M.は自分の子らが性的に虐待されたという懸念に基づいて行動した。彼女は自分の観察とC.D.の言葉を看護師に伝えたが、K.M.が説明する赤疹を子らが経験したと思われる期間に、検査のために子らをその看護師のところに連れて行くことはしなかった。看護師は、K.M.に、A.D.やC.D.に会ったことのない児童心理士に紹介した。

その児童心理士は、K.M.の苦情に基づき、スウェーデンの社会福祉機関に性的虐待の可能性について調査を始めるように依頼した（Ex. 44 を参照のこと）。調査は 2000 年の 11 月遅くに始まり、その調査にはC.D.および彼女の両親、祖母のM.M.、デイケアサービスの提供者らへの面接および他の人々から入手した情報が含まれた。この調査に関連して、スウェーデンの警察は警察署でC.D.と面接したが、性的虐待の証拠は何ひとつ入手しなかった。その大きな理由はC.D.が協力的な態度を見せなかったことによる。2001 年 1 月 11 日に、C.D.は医師とスウェーデン国立法医学委員会の関係者らによる 病院での検査を受けた（Exs. 6 と 44 を参照のこと）。彼女の膣と肛門の検査では、性的虐待の証拠は何も明らかにならなかった（同書）。

2001 年 2 月 21 日、社会福祉機関は報告書を出した（Ex. 44）。同機関は次のように結論づけた。「[C.D.]が性的犯罪にさらされたことを示す提供された情報は何もない」（Ex. 44, 7 頁）。調査官も次のように述べた。「調査期間中の様々な人らの話から、我々は[C.D.]が両親の対立によって影響を受けているようだと考える。しかし、両親が満足できる形で[C.D.]と彼女の姉のために協力する責任を負うなら、[C.D.]は前向きな形で発達を継続するためのあらゆる機会を持つだろうと我々は理解している」（同書）。これによって社会福祉機関はその調査を終了させた。

この時、K.M.と彼女の子らはスウェーデンへ引っ越してきたD.M.と共に住んでいた。K.M.は社会福祉機関の調査結果に満足しなかった。それで 2001 年 3 月に、彼女はA.D.およびC.D.が虐待されたか否かについてスウェーデンの裁判所に調査を求め、性的虐待が起こったか否かを定めるための法医学的判定に参加するようにI.D.に求めた。I.D.はどちらの子に対しても虐待を否定し、

法医学的判定への同意を断った (Exs. 22 と 41 を参照のこと)。裁判所は、I. D.にその判定への参加を命じるべきか否かを決定することも含め、さらなる調査を行なわせた。調査には、A.D.およびC.D.、彼女らの両親、彼女らの教師への面接などが含まれていた (Ex. 41)。A.D.の教師らは彼女について「幸せで前向きな」子だと評した (Ex. 41, 7 頁)。C.D.の保育園の先生らは以下のように述べたと報告された。

[C.D.]はめったに病気をせず (中略) 幸せでよくはしゃぐ。彼女はもの覚えが早く、開放的で大人や子らとすぐに仲良くなる (後略)。

[K.M.が不当に彼女を米国に留置し続けた]夏の間は[C.D.が]欠席していたので、夏が終わった後に彼らは保育園にもう一度なじませるために一週間を掛けた。[C.D.]は幼稚園に戻って来ることに何の問題も見せず、すぐに自分を再び取り戻した (同書)。

裁判所の審査官は、評価に際して、以下のような先生らのコメントに依拠し、次のように述べた：

関係する先生らおよびデイケア・センターの職員、以前の社会福祉担当官そして我々自身による[A.D.]と[C.D.]との接触に基づき、この子らは二人とも両親からとても良い世話を受けており、これまでも受けてきたと我々は考える。家庭訪問の際に我々は、両親が娘らとどのように親密で自然で良き接触を持つかを見た (同書 8 頁)。

検査官らは以下のようにも述べた：

調査期間の間、警察の調査であれ、[社会福祉機関の調査]であれ、また我々の調査期間中であれ、どちらかの子が性的虐待にさらされていたことを示すことは何も立証されなかった (同書 9 頁)。

上述の報告も含めた証拠を再検討した後で、スウェーデンの裁判所は、I. D.の「意志に反して」 (Ex. 22) 法医学的な性的虐待の判定を命じる「いかなる理由」も見いださなかった。そのためK.M.の要求は却下された (同書)。

しかしK.M.は子らが性的虐待を受けたこと、そしてそれが起こったか否かを決定するためには相応しい判定が不可欠であることを深く信じ続けた。彼女の求めた法医学的判定への要求を却下したスウェーデンの裁判所を上訴する権利を明らかに彼女は有している (Ex. 22 を参照のこと)。以前にも指摘したよう

に、K.M.はスウェーデンの裁判所に、自分は「二度と不法に子らを米国へ連れ出さず、留置しない」(Ex. 40、2頁)と述べ、この約束に関連して子らのパスポートを提出したと説明していた。それにもかかわらず、彼女は子らの新しいパスポートを取得し、2001年6月遅くにD.M.と共に、A.D.およびC.D.をマサチューセッツ州へ連れ去った。

A.D.およびC.D.は出発前にI.D.と共に過ごした。I.D.は、娘らがスウェーデンを出る前に彼や彼女らの友達と一緒にとても楽しそうに遊んでいたときちゃんと説明している。娘らは彼女らの祖父母の元へ短い訪問をするために米国へ行くものだと彼は理解した。

しかし2001年7月3日、A.D.およびC.D.の自称代理人としてK.M.と彼女の母のM.M.は当裁判所に、子らがハーグ条約の意義の範囲内でスウェーデンから不法に奪取されたのではないという宣言的判決とI.D.が娘らと接触することを禁じる禁止命令の両方を求め、訴訟を起こした(M. v. D., C.A. No. 01-11164-MLW(訴状)を参照のこと)。A.D.とC.D.を代理するとされる代理人は性的虐待の検査のため娘らの子への「残虐を防ぐマサチューセッツ協会」(「MSPCC」)へ委託した(Ex. 12)。MSPCCはそれぞれの子の性的虐待の判定について「不確定」(同書)とみなした。しかし検査官は、A.D.とC.D.に関して、「家庭内暴力にさらされたことによるトラウマの明確な証拠がある」と述べた(同書)。本件では、この調査結果は証拠によって完全には裏付けられていない。

MSPCCはA.D.およびC.D.を性的虐待の可能性に関する検査のためにボストン子病院へ連れて行った。そこで行なわれた彼女らそれぞれへの検査結果によると、虐待の身体的証拠はまったく見られず、「正常」とみなされると言うものであった。

K.M.の代理人はその後、米国での法医学的性的虐待の判定にI.D.が同意するかどうかを尋ねた。彼は同意しなかった。彼はむしろ子らをスウェーデンに戻すよう求めた。彼もハーグ条約に基づいて、この事案をマサチューセッツ州Middlesex 上位裁判所に提訴した。その裁判所は、片方の当事者の出席だけによって、I.D.に有利ないくつかの命令を発した。2001年9月5日、この事案はこの米国地方裁判所に移された。

両当事者の承認により、州裁判所が出した命令は無効とされ、I.D.は子らと週三回電話で話す権利を得た。当裁判所はその後、連邦民事訴訟規則17(c)に基

づき、A.D.およびC.D.の訴訟後見人および代理人(すなわち「近友」)として Elaine Epstein を指名した [脚注 5]。両当事者の同意によって、K.M.によって出された事案は権利を侵害せずに棄却された。

ハーグ条約は、裁判所が「子の返還のための手続を迅速に」行なうよう求める (ハーグ条約 11 条)。もし要求があれば、裁判所は開始から 6 週間以内に裁判が結審しなかった理由を説明しなければならない (同書)。当裁判所はスウェーデンの中央当局にそのような説明を提供した。

性的虐待の告訴が複雑さを生んだため、両当事者は 2001 年 10 月に同意した。当裁判所は、2001 年 12 月 17 日までに開示手続きが実行できるように命じた。2001 年 11 月 21 日の仮報告書において、訴訟後見人は本件は 2001 年中に審理されるべきだと勧告した。2002 年 1 月の新学期の開始時に自分がどの学校にいるのかを知ることがとりわけ A.D. の最善の利益にかなうだろうと述べた (2001 年 11 月 21 日付訴訟代理人・子らの代理人の仮報告書の 4 ページを参照のこと)。また訴訟後見人は次のようにも述べた。子らが米国にいた 5 カ月間は「異常に長いものだ」。なぜなら彼らはその期間父親に会えなかったし、もし別段の認可がなければこの時間の経過だけで彼女らの返還を否定する十分な理由にはならないだろうが、彼女らを米国により「なじませる」ことになったからである (同書)。従って、両当事者の合意により、本件は 2001 年 12 月 19 日から 12 月 21 日までの間審理される。

2001 年 12 月 3 日に訴訟後見人が 2001 年 12 月に裁判を完了することが子らの最善の利益にかなうだろうと勧告した後、K.M.は裁判所が I.D.に米国での法医学的な性的虐待の判定に参加するように命じることを求める申立を行なった。2001 年 12 月 7 日に、I.D.はその申立への異議を提議した。2001 年 12 月 7 日の審理の後、裁判所は権利を侵害せずに K.M.の申立を却下した。理由のひとつは、提案された判定は次回に予定された 2001 年 12 月 19 日の審理の前には実行できないと思われるからである。裁判所は、もし I.D.の申立を認めることが適切か否かを判断する前に性的虐待の判定を米国で行なうことが必要であり適切だとする裁判の証拠を裁判所が認めれば、審理を延期することもあることを示した。以下に述べる理由により、裁判所はそのような判定がスウェーデンではなく米国で行なわれることが必要でも適切でもない結論する。

審理の前に I.D.は、裁判所が A.D.および C.D.をスウェーデンに返還することを命じる場合の特定の条件を提案し、それに従うことに同意した。具体的には、A.D.と C.D.が彼女らの母親と共に帰国し、彼女とだけ暮らすことに I.D.は同

意した。彼はまた、彼自身およびK.M.、A.D.、C.D.についての性的虐待および身体的虐待への完全な法医学的判定が出るまでは、スウェーデンで子らに接近しないことも同意した。この条件は法定後見人の勧告を上回るものである。後見人の提案は、法医学的判定が行なわれている間、C.D.は彼女の父親と定期的な電話の接触を続け、A.D.は現在スウェーデンの裁判所の命令によって認められている父親への監視された訪問を毎週行なうというものだった（2001年12月17日子らの法定後見人・代理人の最終報告8-13頁）。

I.D.はこれまでスウェーデンの裁判所と当裁判所の命令に常に従ってきた。K.M.と彼の子らへの共同監護権を認めた以前の命令を変更するか否かを判断するために、スウェーデンの裁判所が法医学的判定の結果を用いる可能性に彼は同意した。I.D.とK.M.は、スウェーデンの裁判所に当裁判所が命じた条件を課す「ミラー・オーダー」を発してもらうように求めることに同意した。当裁判所はスウェーデンの裁判所がそうするであろうと判断する。I.D.とK.M.はまた、スウェーデンの裁判所の命令を守ると説明した。当裁判所は少なくともI.D.はそうするものと考える。

法廷において証言によって解決されるべき主要な事実審理は以下の点に関するものである。I.D.がA.D.またはC.D.を性的に虐待したか否か。彼女らの一方または両方が現在PTSDにかかっている否か。彼女らが特定の条件に基づきスウェーデンに返還された場合、彼女らの一方または両方が精神的な苦痛を受ける可能性があるか、またもしあるとしたらそれはどの程度のものか。以上に示したように、また以下に論じるように、裁判所は本件を次のように判断する。A.D.はいかなる形でも性的虐待を受けていない。C.D.は父親の自慰行為にさらされた可能性がある。A.D.およびC.D.のどちらもスウェーデンでも、そして現在もPTSDになっていない。もし彼女らが母親と共にスウェーデンに帰るなら、どちらもPTSDや他の異常な精神的危害を受けないだろう。

いずれにせよA.D.が彼女の父親に性的に虐待されたという信頼できる証拠は何ひとつない。彼女は、彼女の心理士または母親にそのことが起こったと示すような陳述は行なっていない。いくつかの身体検査では性的虐待の証拠は提出されなかった。どの専門家もA.D.が性的に虐待されたという意見を述べていない。

信頼できる証拠によって、C.D.が身体的に性的虐待を受けたと証明されていない。2001年9月にA.D.およびC.D.は、代理人が探しK.M.が雇い入れた心理士Toni Luxemburg博士に診療を受け始めた。Toni Luxemburg博士は、この

子らをずっと治療しており、自分は彼女らの「擁護者」であると考えていると繰り返して述べた（2001年12月20日 Tr.,148頁,153頁）。

彼女は、A.D.またはC.D.が彼女らの父親によって性的に虐待されたか否かを突きとめるために、適切な手順に従った中立的な判定を行なおうとはしなかったと認めている（同上 148 頁）。しかしC.D.は、Luxemburg 博士に対して、I.D.がC.D.の前で一度または二度自慰をした可能性があり、一度は彼女にも参加させた可能性があるという意味の陳述をした。具体的に言えば、C.D.はLuxemburg に、「パパ」（彼女が父親を呼ぶ時の名）が「彼の穴を絞った」、それはとても固かったと言った。Luxemburg 博士はそれが彼のペニスのことを意味すると合理的に解釈した（同書 23 頁）。C.D.はまた、パパが彼の「おしっこ」（ペニスを意味する）を「ハンマーで叩いた」とも言った。この言葉を言いながら、C.D.は男性が自慰をする時のような動作をした（同書 29 頁, 35 頁）。C.D.はまた、彼女が父親の「おしっこ」を「ハンマーで叩いた」とも言った（同書 35 頁）。たぶん別の機会に、C.D.はパパが自分を「ハンマーで叩いた」が、C.D.が手伝わなかったので、パパが怒ったと言った（同書）。Luxemburg 博士は、C.D.が「父親が彼の性器を触っているのを自分が目撃し、彼が彼女に彼の性器に触わせたということを[彼女に]伝えていた」のだと思った（同書 60 頁）。

反対尋問の中で、Luxemburg 博士は自分はC.D.の前で自慰にはいくつか種類があるとは言っていないと明言した（同書 128 頁）。いずれにせよ、C.D.がLuxemburg 博士に対して、彼女の父親が彼女の膣に触れたと示す陳述はしなかった。しかし、C.D.は彼女にある種の性的虐待を確実に報告していたのだとLuxemburg 博士は思っている。

C.D.がLuxemburg 博士に行なった陳述はC.D.が母親や、議論の余地はあるかもしれないが、D.M.の姉妹に行なった特定の陳述と一致している [脚注 6]。裁判所はC.D.の陳述についてのLuxemburg 博士の報告は信頼できると考える。これらの陳述は、I.D.がC.D.の前で自慰した可能性があり、そしてある時にはその行為に彼女を巻きこんだ可能性があるという懸念についての十分な根拠を提供する。もしそれが起こったとすれば、K.M.の別の専門家 Carole Jenny 博士が述べたように、ある種の性的虐待である。しかしこの信頼できる証拠によって、どんな形にせよ性的虐待が起こったか否か、もし起こったなら誰が虐待者かについて合理的な信頼性をもって判断するためには法医学の判定が必要だと裁判所は信じるにいたる。

Luxemburg 博士は A.D. および C.D. の両方ともが現在 PTSD になっているとの意見を述べた。K.M. のもう一人の専門家であり、Luxemburg 博士の師である Bessel van der Kolk 博士は、C.D. が PTSD になったことは認めるが、このデータは A.D. についてそのような診断が下されることを正当化しないと考えた。Van der Kolk 博士の見解では、C.D. はスウェーデンで性的虐待を受けたためスウェーデンは彼女にとって虐待者、つまり彼女の父親、と同義になっており、いかなる条件の下であれ C.D. をスウェーデンに戻すことは極度のトラウマとなるだろうと考えた。Jenny 博士も同意する。しかし、I.D. の専門家である Carlton Munson 博士は、A.D. も C.D. も PTSD になったと厳密に見なすことはできないと証言し、両人とも精神的危害の重大な危険なしに母と共にスウェーデンへ返還することができると証言した。

詳細に説明しきれないほど大量な理由があるので、裁判所は子のどちらもスウェーデンでは PTSD ではなかったし、現在もそうではないとみなす。PTSD は、元々は深刻なトラウマにさらされたベトナム帰還兵や他の成人に見られる障害を説明するために作られた診断名である。PTSD の基準を幼い子に適用することは通常困難であることは専門家のすべてが認めている。子が PTSD になったか否かの有意義な指標のひとつは、それが唯一ではないが、学校での活動だ。この信頼できる証拠は、A.D. がスウェーデンおよび米国で常に幸福で、上手く適応してきた生徒であることを示している。この信頼できる証拠は、C.D. もまたスウェーデンの保育園に上手くなじみ幸福に過ごしていることを示す。

C.D. がとりわけ今ストレスの兆候を見せていたとしても、その原因は必ずしも性的虐待とは言えない。むしろ Luxemburg 博士が記したように、C.D. のストレスの原因は、性的虐待の可能性だけではなく、両親の別居や父親との接触の欠如、スウェーデンからの転居、将来どこで誰と一緒に住むのかについての不確かさから生まれたものかもしれない。

裁判所は C.D. が前述した性的虐待にさらされた可能性があることを認める。しかし、幾人かの専門家が述べたように、性的虐待を受けた子も含め、子にはしばしば回復力がある。Jenny 博士が証言したように、「性的虐待を受けた多くの子が彼らの人生の他の局面では非常に上手く活動している（後略）」（2001年12月21日 Tr., 170頁）。裁判所は、もし彼女が性的虐待を受けていたとすれば、C.D. はそんな子の一人であると考えられる。

2001年10月にA.D.はLuxemburg博士に対して、自分はスウェーデンの親友のそばにいたいと述べた。最近になると、A.D.およびC.D.は、スウェーデンに帰りたくないという意味の陳述をしたと報告された。しかし、A.D.は彼女の父親に対していかなる怖れも表明していない。むしろ彼女は、彼女の母親と別れることと、学校で上手く活動するためにスウェーデン語を上手に話すことができないことについての懸念を表明している。A.D.の返還のために当裁判所が命じた条件に基づき、A.D.は彼女の母親から切り離されることはない。そして学校に対する彼女の懸念は、スウェーデンからの違法な連れ去りの結果である。

C.D.はLuxemburg博士に父親について懸念を表した。しかし、彼女は母親と一緒にスウェーデンに帰り、もしスウェーデンの裁判所が不適切と決定しない限り、そしてまたそう決定するまで、I.D.へは監視された訪問さえしないことになる。このような環境の中で、C.D.がもし母親と共にスウェーデンへ返還されたなら彼女はPTSDを発症するか、または同様のトラウマを経験するだろうという点について、裁判所は信頼できる証拠の優越によってさえ同意することはない〔脚注7〕。

もしスウェーデンに返還されたなら、A.D.およびC.D.はこれまでLuxemburg博士と築いてきた治療的関係の崩壊を経験する。しかしLuxemburg博士はスウェーデンの新しい心理士への移行期間に進んで支援を提供するだろう。とりわけそうすることによって、性的虐待があったか否か、もしあったとするならそれが子らの監護権へどう影響するかを判断するための法医学判定に参加するために、A.D.およびC.D.が母親と共にスウェーデンへ帰ることへの心理的影響を和らげることになる。

適切な法医学的性的虐待の判定をスウェーデンで行なうことができる。命じられた条件に基づいて返還されるなら、A.D.およびC.D.はそれに参加することに大きな安心感を持つだろう。C.D.がこの返還を自分が行なった意思開示への罰とみなすという見解に裁判所は同意しない。子らは、2000年に米国で不正に留置された後、スウェーデンへ無事に返還された。今回はそれよりも難しいかもしれないが、裁判所は彼女らが再び無事に帰ることが出来ると考える。

適切な法医学判定が開始されたなら、完了するまでには約3月から6ヶ月を要する。もし判定が米国で行われるなら、I.D.は米国でその期間を過ごすための資金を必要とするし、また職業を続けることも困難であるため、全面的に参加することは不可能であるかもしれない。しかしスウェーデンでならI.D.は

完全に参加することが出来る。判定の間C.D.とA.D.がさらに（たぶん不適切に）米国になじむという事態も起こらない。判定が完了した時、過去にこの論争を真摯に取り上げたスウェーデンの裁判所は、A.D.およびC.D.の将来の監護権のための影響を公正に判断する能力があるだろう。とりわけ彼らは、判定から生まれる問題を解決するためにスウェーデンにおいて利用可能な資源に照らして監護権に関する必要な判決を下す位置にいる。当裁判所は、A.D.およびC.D.がこのプロセスが進行する間安全に過ごせると確信している。

分析

以上の事実は、命じられた条件に基づくA.D.およびC.D.の母親を伴うスウェーデンへの返還は彼女らを精神的危害の重大な危険または他の耐え難い状況に置くことになるという明白かつ確信を持つに足る証拠を提供しない〔脚注 8〕。従って、K.M.はI.D.の申立がハーグ条約第 13 条 (b) に基づいて却下されるべきであるという証明を行なう責任を満たさなかった。

上に述べたように、K.M.は本件が本質的に **Blondin** の事案に類似していることを示そうとした。しかし裁判所は、本件は物理的な多くの点で **Blondin** とは異なると考える。

Blondin では、被申立人の **Dubois** は以下のことを証明した：

彼らの関係の間じゅう、**Blondin** は繰り返し **Dubois** を虐待し、彼女を素手やベルトで殴り、時には彼女が[夫婦の上の子の] M.E.を抱えている時でさえそうした行動に出た。さらに彼は **Dubois** を殺すと度々脅迫した。**Blondin** はM.E.も頻繁に殴り、彼女の命も脅かした。1992 年に **Blondin** はM.E.の首に電気コードを巻きつけ、彼女を殺すと脅した（78 F. Supp. 2d 285 頁）。

Dubois と彼女の子らは、虐待された女性の避難所へ引っ越し、そこで 8 カ月以上も暮らした（同書）。

彼女と **Blondin** が和解した後で、彼は再び「全員を殺す」と度々脅し、その結果 **Dubois** は子らを奪取し、米国へ連れ去った（同書）。

Dubois の専門家は子らに面接し、フランスにいる間にM.E.は **Blondin** による彼女と彼女の母親に対する身体的、言語的虐待によって生じた激しく深刻な心

的外傷ストレス障害になったと証言した（同書 290-91 頁）。彼の見解では、いかなる条件においても M.E. のフランスへの返還はほぼ確実に彼女がかつてフランスで発症した心的外傷ストレス障害の再発を引き起こすだろうと考えた（同書）。Blondin は一人も専門家を立てず、Dubois の専門家に反論する他の証拠も提供しなかった（Blondin, 238 F.3d 157 頁, 160 頁）。

裁判官は 8 歳の M.E. に面接した（78 F. Supp. 2d 293 頁）。裁判官は、彼女がこの数年間に米国にうまく適応しており、フランスへ帰りたくないと思っていることを知った（同書 293 頁, 296 頁）

専門家の証言と彼自身の観察に基づいて、地方裁判官は、子らがいかなる条件に基づいて本国送還されたとしても PTSD に掛かるだろうという明白かつ確信を持つに足る証拠があると考え、ハーグ条約の第 13 条 (b) に基づく Blondin の申立を却下した（同書 285 頁; Blondin, 238 F.3d 162 頁）。

第 2 巡回控訴裁判所は、第 13 条 (b) の例外事由が成立するか否かを判断する上で、子の意見と彼女が米国にどの程度馴染んでいるかを考慮することが適切だと考えた（Blondin, 238 F.3d 165-67 頁）。また裁判所は以下のようにも述べた。「深刻な虐待の場合、裁判所が第 13 条 (b) の下で危害の重大な危険が存在するという理由で本国送還を却下する前に、子の母国への安全な返還を可能にするあらゆる選択肢を検討しなければならない」（同書 163 頁 n.11）。当裁判所は、第 2 巡回控訴裁判所が関連する法律のその側面を適切に陳述したと考える（Walsh, 221 F.3d 219 頁を参照のこと）。

第 2 巡回控訴裁判所は、専門家の証言（Blondin, 238 F.3d 157 頁, 160 頁）の争う余地のない性質と、Blondin の証拠が「[返還のために提案された]すべての手段が実行されたとしても、フランスに帰ることによって子らはほぼ確実に心的外傷ストレス障害の再発に直面するだろうとする[地方]裁判所の調査結果に疑いを投げかけるものではない」と強く主張した。そのため控訴裁判所は「提示された特殊かつ異常な環境において」地方裁判所の判決は支持されるべきであると考えた（同書 168 頁）。

しかし本件において、K.M. は Blondin の事案で確立された深刻な虐待の執拗なパターンを証明しなかった。I.D. が C.D. の前で自慰したかもしれず、ある場合には彼女をその行為に関わらせたかもしれないと懸念する正当な理由があるという証拠が示されたが、それほどの性的虐待は証明されなかった。K.M. の専門家の証言と他の証拠は対立した。A.D. または C.D. がスウェーデンで P

TSDになった、あるいは現在なっているということは証明されなかった。彼女らの一方または両方が、命じられた条件に基づき母親と共にスウェーデンへ戻るならPTSDや類似のトラウマにかかりやすくなることについても証明されなかった。

A.D.およびC.D.のどちらも証言を行なわなかったし、当裁判所は彼女らのどちらにも面接する機会を与えられなかった。A.D.はスウェーデンへ返還されることについて異なる見解を表したと報告された。直近の彼女は返還に不安を表している。彼女の不安の明確な理由は主に彼女の母親と離別する恐怖および学校で上手くやっていけるだけの適切なスウェーデン語が話せるかどうかということへの不安である。しかしA.D.はスウェーデンへ帰った場合母親と離別することはない。学校についての不安は、彼女の奪取と本国送還への不運ではあるが避けられない結果である (Walsh, 221 F.3d 220 頁 n.14; Blondin; 238 F.3d 164-65 頁を参照のこと)。

C.D.は最近心理士にスウェーデンへ帰りたくない、または父親に会いたくないと語った。しかし裁判所は、この見解が過去の性的虐待に基づくものであって彼女の両親の離婚と彼女の奪取に関連するストレスではないという意見には同意しない。裁判所は、C.D.のスウェーデンへの返還は彼女とLuxemburg博士との発展しつつある治療関係を破壊することになるとは認識するが、Luxemburg博士の支援によって同様の関係がスウェーデンの心理士との間に確立できるとも考えている。

このような状況において、A.D.またはC.D.が当裁判所が命じる条件に基づいて帰国したなら、身体的もしくは精神的な危害の重大な危険にさらされ、または他の耐えがたい状態に置かれることを、K.M.は明白かつ確信を持つに足る証拠を持って証明しなかった。[脚注9]

監護権のある親による性的虐待がそれ自体耐え難い状況であるために申立は却下されるべきだとするK.M.の主張は、裁判所の結論を変えるものではない。国務省は次のように記した。「『耐えがたい状態』とは監護権を持つ親が子を性的に虐待するような状態である」(国務省公告 957、国際的な子の奪取に関するハーグ条約の条文と法的分析 1986 年を参照のこと)。確定的な結論とは言えないまでも、ハーグ条約のこの解釈は「大きな重みを持っている」(Blondin, 238 F.3d 162 頁 n.10)。

しかし本件では、性的虐待は証明されなかった。むしろ証拠が示すのは、性的虐待が起こったか否かを判断するために法医学判定が行われるべきだという十分な理由が存在するということである。レイプされた娘をみだらな行為をした親に返還することはそれ自体が耐えがたい状態であるとみなすのが合理的であるが、本件はそれとは異なる。本件で確立された事実について、裁判所は「子を母国へ安全に返還されることを可能にする完全で幅広い選択肢を検討しなければならない」(Blondin, 238 F.3d 163 頁 n.11) と考える。そして当裁判所はそれを行なった。

K.M.はまた、I.D.の申立を無効にするために条約の第 20 条が適用されることを明白かつ確信を持つに足る証拠によって証明しなかった。20 条は、裁判所が子の本国送還を拒否できるのは、「人権及び基本的自由の保護に関する」(ハーグ条約第 20 条) 米国の基本的原則によって許されない理由がある場合であると規定している。K.M.は彼女の公判前覚書でこの主張を採り入れなかった。彼女の代理人は、彼女は第 20 条がハーグ条約の申立を却下するために使われたことがあるとは考えなかったと述べている。

これまで主要な条約解釈者が論じてきたように、第 20 条は「ほぼ跡形もなく消えかかっている」(Beaumont, P.R. & McEleavy, P.E.国際的子の奪取に関するハーグ条約 1st ed. (Oxford Press 1999), 172 頁)。その理由は、第 13 条 (b) と第 20 条が重複しているように見えるためだろう。もし子の返還が人権に関する基本的原則に違反するなら、それは子を耐えがたい状態へと返還することに関わってくるだろう。

いずれにせよ、13 条 (b) に関する前述の分析で述べた理由のために、K.M.は第 20 条の例外事由が本件に適用できると証明することに失敗した。

最後にK.M.は、A.D.またはC.D.が「スウェーデンに帰ることを拒み、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」(ハーグ条約第 13 条、最後から 2 番目の項)ので、第 13 条に基づき I.D.の申立が否定されるべきだということを証拠の優越によって証明しなかった。前述のように、裁判所は 13 条 (b) の分析の一部として少女らの見解による証拠を考慮した。また、裁判所はそのような証拠だけで申立を却下するに足る十分な根拠となり得るかについても考慮した。裁判所はそうではないと考えた。

前述したように、A.D.もC.D.も証言を行なわなかった。提出された証拠は、彼女らのどちらも命じられた条件に基づいてスウェーデンへ帰国することに反

対することを証明していない。その上C.D.は3歳であり、裁判所が彼女の表明する見解について決定的な重荷を与えるほど成熟してはいない。A.D.は7歳であり、十分な成熟というには疑いもあるが、彼女の場合も反対することについては証明されなかった。〔脚注10〕

結局、本件は特定の形の性的虐待が起こったか否かという問題を有する。そのような虐待が起こったか否かを判断するための法医学判定はスウェーデンで行なうことができる。A.D.およびC.D.を特定の条件に基き、身体的もしくは精神的危害の重大な危険や他の耐えがたい状態にさらされることなしに、スウェーデンに返還することができる。従って、裁判所は、法医学判定が実行され、A.D.およびC.D.の将来の監護権の判定の影響をスウェーデンの裁判所が判断できるような条件に〔脚注11〕に基づいて、A.D.およびC.D.をスウェーデンへ返還することを命じる（Walsh, 221 F.3d 219 頁を参照のこと）。

V.命令

上記のことを考慮して、ここに以下の事を命じる。

1. ハーグ条約に基づき、申立人I.D.によるA.D.およびC.D.の返還の申立以下の条件に基づいて許される。
 - a. 被申立人K.M.は2002年1月16日までにA.D.およびC.D.を彼女の費用によってスウェーデンへ返還すること。
 - b. スウェーデンの裁判所が別段の命令を出さない限り、そして別段の命令を出すまで、A.D.およびC.D.はK.M.と共にスウェーデンに住むこと。
 - c. A.D.および（または）C.D.が性的に虐待されたか否か、もしされたなら誰にされたかを突き止めるために、定められた手順に従った法医学判定をできるだけ迅速にスウェーデンで行なうこと（同書）。I.D.とK.M.は、同判定およびスウェーデンの裁判所が命じる他のいかなる判定にも全面的に参加すること。
 - d. スウェーデンの裁判所はA.D.とC.D.の将来の監護権のために前述の法医学判定の影響を判断すること。
 - e. スウェーデンの裁判所が別段の命令を発しない限り、そして別段の命令を発するまで、I.D.は直接または電話によってC.D.と一切接触しないこと。

f. スウェーデンの裁判所が将来別段の命令を出さない限り、そして別段の命令を出すまで、I.Dは15分を限度として週三回A.D.と電話での会話を続けることができる。I.D.またはK.M.は電話の会話を録音することができる。しかしA.D.には録音については知らさないこと。A.D.がI.D.と話している時は、彼女以外に誰も同じ部屋にいてはならない。

g. K.M.は自らのパスポートおよびA.D.、C.D.のパスポートをスウェーデンの裁判所に提出すること。

h. K.M.はA.D.またはC.D.をスウェーデンの裁判所の許可なしにスウェーデンから連れ出してはならない。

i. I.Dは当命令の日以前に起こった出来事に基づいてK.M.に対する侮辱訴訟、名誉棄損訴訟、刑事訴訟を提起も追求もしないこと。

j. スウェーデンの裁判所が別段の命令を発しない限り、そして別段の命令を発するまで、I.Dは当命令の条件と合致しない、当命令の日付以前に発行された命令により確立したA.D.またはC.D.に関するいかなる監護権の行使も試みないこと。

k. I.Dは、適切なスウェーデンの裁判所が当命令の条件をスウェーデンにて執行可能な「ミラー・オーダー」として執行するよう迅速に要求すること。

1. ハーグ条約の第4、7、19、34条に基づき、また条約の非独占原則に基づき、当裁判所はC.D.が16歳に達するまで両当事者に対する管轄権を有するものとする。

2. 当命令への故意によるいかなる侵害も刑事および（または）民事侮辱罪とみなされる。

3. 当命令をスウェーデン中央当局に送付するために、裁判所の事務官は問う命令を米国国務省に送付すること。

4. 当命令は、適切な救済を保証するために、当事者によってすべてのハーグ条約署名国のすべての法執行機関に提供することができる。

5. 当命令は英語によって執行される。同命令は、I.Dが認証された翻訳を提出することによって、スウェーデンにおいても執行される。言葉や条項の意味に関するいかなる論争においても、英語版が正式であり、優越するものとする。

Mark L. Wolf

米国地方判事

脚注

〔脚注 1〕 両当事者の承認により、裁判所は子らのプライバシー保護のために正式な氏名ではなくイニシャルを使用する。

〔脚注 2〕 信頼性を評価する上で、裁判所はとりわけ証人の観察に依拠した。

〔脚注 3〕 これらの譲歩とは別に、裁判所はK.M.が、当覚書のセクション V で命じられる条件に基づき、スウェーデンに返還されたなら彼女または彼女の子らが身体的危害の重大な危険にさらされるだろうということを証明しなかったと考える。K.M.はまた、精神的危害の深刻な危険にさらされることもないだろう。子らへの精神的な危害の可能性の問題は、当覚書の中で後に詳細に論じられる。

〔脚注 4〕 このような結論に達する上で、裁判所はとりわけ以下の証拠に依拠する。K.M.だけが赤疹を見たと言った。K.M.はスウェーデンにおいてすぐさま看護師と児童心理士に相談したが、どちらも子らには会わず、また赤疹とされるものも見えていない。以下で論じるように、スウェーデンおよび米国でのA.D.およびC.D.の身体検査は性的虐待の証拠を明らかにしなかった。A.D.は、彼女の父親がいかなる形にせよ彼女を性的に虐待したと示す陳述を、母親にも、彼女の心理士にも、その他の人間にも行っていない。C.D.が彼女の心理士に対して行なった以下の陳述は、C.D.が一度か二度父親が自慰するのを見た可能性および、その中で一度彼のペニスに触った可能性を示す。しかしC.D.は彼女の心理士に、I.D.が彼女の膣に炎症を起こしたり傷つけたりする何かを行なったとは話していない。

〔脚注 5〕 **Ms. Epstein** は両当事者および裁判所に対してこの問題に関して無償で計り知れない支援を提供してくれた。彼女による無料奉仕の取り組みは法的

専門職の最良の伝統を提供するものだ。彼女の司法当局への貢献には多大な感謝が表される。

[脚注 6] D.M.の姉妹は、尋問に対する答えとして、C.D.が自分は馬の「穴」(C.D.がI.D.のペニスについて使う言葉)から出た「ねばねばしたもの」の夢を見たと言ったと証言した。

[脚注 7] この結論は、Munson 博士の見解と合致し、Van der Kolk 博士および Jenny 博士の見解とは反する。専門家の誰もがC.D.には会っていない。Van der Kolk 博士は彼の分野では著名である。しかし今回は、彼が子を直接検査せずにその子がPTSDになったと意見を述べた最初の事例である。彼の見解は裁判記録には掲載されていない証拠に大きく基づくものである。例えば、彼は、C.D.が「お父さんがそうした時、私はそうするのが好きだ」と言ったという、M.M.による伝聞陳述に一部依拠していた。これは明らかにC.D.の祖母が Van der Kolk 博士に語った事柄を意味する。しかしC.D.によるその陳述の証拠は、法廷では明らかにされなかった。Van der Kolk 博士が想定した事実および彼が提供した見解は、しばしば Luxenberg 博士が重要な点について語ったもっと微妙な見解に優るものであった。いずれにせよ、その振る舞いを含めた多くの要素が、専門家の証言や他の証人らに対する裁判所の信頼性の評価に貢献した。

[脚注 8] 両当事者は、A.D.およびC.D.が分離されるべきでないことを暗黙のうちに了承しており、裁判所もこれを真実として受け入れる。

[脚注 9] Blondin の事案に加え、K.M.が依拠した二つの裁判は本件の場合とは異なる。Ostevoll v. Ostevoll, 2000 U.S. Dist. LEXIS 16178, 2000 WL 161123 *15-*16 頁 (S.D. Ohio Aug. 16, 2000)では、どのような条件による本国送還もPTSDの再発を引き起こすだろうという結論を裏付けるような、証明された虐待の長い歴史が存在した。Steffen F. v. Severina P., 966 F. Supp. 922, 928 (D. Ariz. 1997)では、本国送還を行なえば、性的虐待を受けた子をなついていた母親から切り離すことになっただろう。

[脚注 10] ハーグ条約は、13 条に基づく子の異議を重要な根拠として認められる最低年齢を定めていない (Blondin, 238 F.3d 166 頁)。これはむしろ各裁判において証拠に依拠して定められるべき問題である。Blondin の事案において、第 2 巡回控訴裁判所は、地方裁判所は 8 歳のM.E.が彼女の見解だけに基づいて父親の申立を否定するにふさわしい年齢と成熟度に達していたとは決断しなかったと記した (Blondin, 189 F.3d 247 頁)。

A.D.のように 7 歳の子の見解だけによってハーグ条約の申立を却下するに十分だとみなされる裁判をK.M.は引用しなかったし、当裁判所も見つけることはなかった。ハーグ条約は 16 歳の子には適用されない（ハーグ条約第 4 条）。条約注釈書においては、第 13 条の最後から二項目を子の返還を防ぐために運用した裁判例を提示した中で、15 歳の子の例を引用した（Blondin, 238 F.3d 166 頁（注釈判例集の引用 P 30）を参照のこと）。

本件で、A.D.はその年齢で成熟しているという信頼できる証言があった一方で、彼女は裁判所による面接を受けておらず、彼女の異議だけに基づいてスウェーデンへ彼女を帰還させる命令を執行しないということを正当化するに十分な年齢と成熟度に達していたと述べた専門家はいなかった。従って K.M.は、命じられた条件に基づいてスウェーデンへ返還されることにA.D.が反対していると主張する点についても、また彼女がそのような異議だけに基づいてI.D.の申立を却下できる十分な年齢と成熟度に達しているという点についても、証明を行なわなかった。

〔脚注 11〕 Walsh (221 F.3d 221 頁) の事例とは異なり、I.D.はこれまでもそうしてきたように、将来においても裁判所の命令を守るであろうと考える。