
<http://www.incadat.com/> ref.: HC/E/USf 301

[09/01/2000; United States Court of Appeals for the Ninth Circuit; Appellate Court]

Mozes v. Mozes, 9 January 2001, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit

米国第9巡回控訴裁判所

2001年1月9日

判事：Kozinski、Thomas、Illston [脚注1]

A. Mozes (申立人・上訴人) 対 M. Mozes (被告・被上訴人) の申立の件

代理人：

申立人・上訴人側：Adair Dyer (テキサス州オースティン)、William M. Hilton (カリフォルニア州サンタクララ)

被告・被上訴人側：Ira H. Lurvey、Judith Salkow Shapiro (カリフォルニア州ロサンゼルス Lurvey & Shapiro 法律事務所)

米国カリフォルニア州中央地方裁判所からの上訴

裁判長 Richard A. Paez 地方裁判所判事

判事：当裁判所にとって先例のない訴訟である本件において、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約における「常居所」という用語を解釈する。

第I部

A 及び M.M はイスラエル国民である。彼らは 1982 年に結婚し、7 歳から 16 歳まで 4 人の子がいる。1997 年まで、両親及び子らはイスラエルに居住し、生涯同国で暮らしていた。1997 年 4 月、A. の同意を得て、M と子らはロサンゼルスにきた。M は長年米国で暮らすことを望み、子らはここで学校に通い、英語を学び、米国文化を知る機会から利益を得るだろうということで両親の意見は一致していた。それゆえに、M は子らとビバリーヒルズに転居し、そこで彼女は

家を借り、車を買ひ、子らを学校に入学させた。A はイスラエルに残ったが、家族の家賃及び車の費用を支払い、ロサンゼルス訪問中はその家で彼女たちと暮らした。A は M と子らが 15 か月間米国にとどまることに同意したことについて両者の意見は一致するが、それ以降の取り決めについて彼らの意見は異なる。確かにわかることは、彼女たちが米国に来てから 1 年後の 1998 年 4 月 17 日に、M がロサンゼルス郡上位裁判所に婚姻の解消及び子らの監護権を求める申立を行ったことである。裁判所は M に一時的監護権を与え、A に子らを南カリフォルニアから連れ去ることを禁ずる一時的差止命令を出した。ひと月もたたないうちに、A は連邦地方裁判所に申立を行い、ハーグ条約に基づいて子らのイスラエルへの返還を求めた。長子はイスラエルへの返還を選び、両親の合意によってそうした。今 A は 3 人の年少の子らに関する彼の申立に対する地方裁判所の拒否に対して上訴する。地方裁判所の判決時、1 人は 9 歳、あとの 2 人は 5 歳だった。

第 II 部

1980 年に採択された国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約（以下「条約」、19 I.L.M.、1980 年 10 月 25 日発効、ウェブサイト XXX でも入手可能）は「子の監護権を得る目的で、国際レベルの人為的管轄のつながりを確立するための力の行使」を防ぐことを意図する（Elisa Perez-Vera, Explanatory Report p.11, in 3 Hague Conference on Private International Law, Acts and Documents of the Fourteenth Session, Child Abduction 426 (1982)（以下「Perez-Vera 報告書」））Elisa Perez-Vera は公式ハーグ会議報告者で、彼女の説明報告書は「会議によって条約の公的歴史及び注釈、及び全ての締約国が利用できる条約の規定の意味に関する背景の出所と認識されている」（Shalit 対 Coppe 事件 182 F.3d 1124, 1127-28 (9th Cir. 1999)、Legal Analysis of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, 51 Fed. Reg. 10503 (1986)を引用、Perez-Vera 報告書の全文はウェブサイト XXX から入手可能）。「奪取」や「力」などの文言が思い起こさせるイメージにもかかわらず、条約は第三者の暴力による誘拐についての懸念に対応して起草されたのではなかった。むしろ、「親、後見人又は身近な家族による子の一方的な連れ去り又は留置」を対象とした（Beaumont & McEleavy 事件、The Hague Convention on International Child Abduction 1 (1999)）。そのような奪取者は「物質的利益を求めることは滅多になく、むしろ、新たな管轄権における息子又は娘の単独の保護権及び監督権の行使を望む」（同上）。条約前文は締約国を「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及び接触の権利の保護を確保する手続を定めることを希望し」と描写している（Perez-Vera 報告書 p.11）。これは「常居所を有する環境からの（子の）連れ去り」又は「外国滞在後に子の自身の環境への復帰の拒否」によって起こる（同上 p.12）。

条約はそのような奪取を企てる者の主な動機を排除することによって思いとどまらせようとする。一般的に奪取者の目的は「子が連れ去られた国の当局から監護の権利を得ること」（同上 p.13）であるため、条約締約国は「あらゆる実地的又は司法上の影響を持つ行動を阻むことに同意した。同上 atp.16.このために、ある締約国に常居所を有していた子が別の締約国に不法に連れ去り又は留置された場合、第 12 条は、後者の国は「当該子の返還を直ちに命ずる」と定めている（同上第 12 条及び第 19 条、I.L.M. p.1502）。さらに、第 16 条は、「この条約に基づいて子が返還されないことが決定されるまで」、締約国の司法当局又は行政当局は「監護の権利の本案についての決定を行わない」と定めている（本条約第 16 条及び第 19 条、I.L.M. p.1503）。米国及びイスラエルは双方とも条約締約国である（Hague Conference of Private International Law: Report of the Second Special Commission Meeting to Review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, 33 I.L.M. 225, 225 (1994)参照）。本条約は、国際的な子の奪取に対する救済法（42 U.S.C. 第 11601 条以下）に基づき、議会によって施行されてきた。

本条約の主要な運用概念は「不法な」連れ去り又は留置についてである。連れ去り又は留置が条約に基づく締約国の義務を誘発するには、第 3 条の要求事項を満たさなければならない。子の連れ去り又は留置は、次の a 及び b に該当する場合には、不法とする。(a)当該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個人、施設又は他の機関が共同又は単独で有する監護の権利を侵害していること。(b)当該連れ去り若しくは留置の時に a に規定する監護の権利が共同若しくは単独で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当該権利が共同若しくは単独で現実に行使されていたであろうこと（条約第 3 条、19 I.L.M. 1501）。

したがってこの規定を適用する裁判所は、(1)当該連れ去り又は留置はいつ起きたのか、(2)連れ去り又は留置の直前に、子はどの国に常居所を有していたのか、(3)連れ去り又は留置は常居所を有する国の法律に基づいて申立人のものとされた監護の権利を侵害したか、(4)連れ去り又は留置時に申立人はそれらの権利を行使していたか、という一連の四つの質問に答えなければならない。

この場合、最初の質問への答えは明快である。A.は、彼女がロサンゼルス郡上位裁判所に子らの監護権を求めた 1998 年 4 月 17 日から、M.は子らを不法に留置したと主張する (S 事件他(minors) (abduction: wrongful detention), [1994] 1 All E.R. 237, 248 (Eng. Fam. Div.)), —母親は子らをイスラエルに返還しないという意味を表明し、彼女及び彼らはイギリスに常居所を取得したと主張することによって、彼らを不法に留置したが、ただしこれは合意された彼らの外国滞在期間終了前に起こった—を参照)。地方裁判所は二つ目の質問への答えに基づき、A の申立を却下した。その日の時点で、子らの「常居所」はイスラエルではなく、米国にあったのである (Mozes 対 Mozes, 19 F. Supp. 2d 1108, 1116 (C.D. Cal. 1998) 参照)。本裁判所の中心的職務はこの事実認定を検証することであり、下記にて行っている。裁判の効率性のために、及びハーグ条約該当事由の迅速化の方針に従って、第 3 及び第 4 の質問も下記で扱う (第 VI 部以下参照)。

第Ⅲ部

まずハーグ条約に基づく常居所の決定の検証における上位裁判所の役割を特定する。その際に、議会が「条約の統一した国際的解釈の必要性」を強調してきたことに注意する (42 U.S.C. s. 11601(b)(3)(B))。Perez-Vera 報告書は、「常居所」を「純然たる事実の問題として、その点で住所とは異なるとみなす、十分に確立した概念」と表現している (Perez-Vera 報告書 p.66)。この「十分に確立された概念」を理解するにあたって、「常居所」という用語はさまざまなハーグ条約全体に登場するが (全体についてはハーグ国際私法会議の XXX を参照)、「常居所」という用語は民事訴訟手続に関する条約 (1954 年 3 月 1 日) 第 21 条及び第 32 条に初めて登場するが、どれもそれを否定していない。ある注釈が説明しているように、「これは周到な政策の問題であり、この概念を、硬直性及び異なる法制度間の不一致を生み出しかねない厳密な規則とは無関係にしておくことを目的とする」 (J.H.C. Morris, Dicey and Morris on the Conflict of Laws 144 (10th ed. 1980) (以下「Dicey & Morris」))。

明らかに、ハーグ条約は、監護権の争いをめぐり管轄権を行使すべき国の決定を、子がたまたま連れ去られた先の法廷の住所及び国籍の特有の法的定義に結びつけることを避けたいと願った。これは条約の統一した適用を明らかに損ない、奪取志望者による法廷あさりを助長するだろう。これを避けるために、裁判所は「常居所」という表現を、「なんらかの特定の事例のあらゆる状況を

参照することにより決定される事実の問題を含む語の通常及び自然な意味」に従って解釈するようとの指示を受けてきた（C 対 S 事件(minor: abduction: illegitimate child), [1990] 2 All E.R. 961, 965 (Eng. H.L.)）。

ただし、一部の注釈者はこれより相当踏み込んで、ありがたくない厳密な規則を、「常居所」の事実認定を行う際に裁判所が参照する指針作成の試みとして非難してきた例えば、Dicey & Morris (p.8 (前掲)、144-45 参照)には次のように記載されている。

「硬直性（中略）を生み出しかねない厳密な規則とは無関係にしておくことを目的とする（中略）。」裁判所が常居所について制限的規則を作りたいという誘惑に抗して、それぞれの事例の事実及び状況を仮定及び推定とは無関係に評価できるようにすることが大いに望まれるさらに、E.M. Clive は *The Concept of Habitual Residence* (1997 *Jurid. Rev.* 137, 147) において次のように述べている。「常居所は単純な概念であり、その語の通常及び自然な意味、及び特定の事例の事実集中して適用されなければならない。厳密な規則によって潤色されてはならない（中略）。」「常」及び「居所」は、まことしやかな法的主張を追加することなく、求められる全ての仕事を行うことができる。

Clive 博士が自身の主張を誇張したのは確かである。他の語の助けを借りずに「常」及び「居所」を適用して、それらが「特定の事例の事実」に適用する又は適用しない理由の説明に成功した裁判所を我々は見たことがない。他の語が「まことしやかな法的主張」を意味するかどうかは、事例の全ての状況を考慮し、理解する際に、それらが裁判所を助けるか妨げるかによる。もちろん、これは、条約に基づく争いに直面する裁判所が、これらの語の「通常及び自然な意味」について理解していることを表現すること、又はその意味を精密にして適用するために他の裁判所によって判決が下された事例に頼ることを妨げたことはない。またそうすべきではない。なんととっても、事実にはレッテルは貼られていない。それに条約に基づく申立人の家族の状況は、ほとんどの人々が「通常」とみなすこととはかなり異なる可能性が高い。条約に基づく判決をわかりやすくするために、裁判所はこれらの結論及びそれらに達するために用いた推論を説明できなければならない。条約の目標実現を頼みとする、国ごとの適用の統一性を達成するために、裁判所は同様の状況で他の裁判所が下した判決と自身の判決を調和させなければならない。条約に関する主要な論文が述べたように、「他の見解をやりとり及び考慮してこそ、精密かつ統一した解釈が考え出されるだろう」（Beaumont & McEleavy, p.4 (前掲)、238 参照）。実

情調査委員会の、彼らを導くベルマンの地図との結びつきを断っては、一貫性は得られない。共通する基準がなく、不一致が特定されるだけである。作家ルイス・キャロルの詩集「**The Hunting of the Snark** (スナーク狩り) (1872)」の「**Fit the Second**」箇所には次のような一節がある。

彼は海を表す大きな地図を持参した。陸地の痕跡は全くない。

乗員は大いに喜んだ

それが彼ら皆に理解できる地図であるとわかって。

「メルカトルの北極や赤道、回帰線、帯、経度線が何の役に立つ？」するとベルマンは泣く。乗員は答える「そんなのただの定式記号だ！」
「他の地図は島や岬が載っている！だけとおれたちは勇敢な船長に感謝する」（そこで乗員は抗議する）「おれたちに最高のを買ってくれた——完璧な絶対の空白！」

さらに、**Carol S. Bruch, Temporary or Contingent Changes in Location Under the Hague Child Abduction Convention (Gedächtnisschrift Alexander Lüderitz 43, 45 (H. Schack, ed. 2000))** には、次のような表現もある。

「この故意の曖昧さは、さまざまな状況に条約を適用する際に裁判所に柔軟性を与える。ただし、予想されるように、一貫性のない、推論が不十分な判決を許すことにもなる。」（脚注割愛）

本条約は、親によって下される決断を知らせる規則の体系を作り出すことによって子を守ろうとする。「常居所」は体系全体の基盤となる中心的——しばしば訴訟結果を決定するか否かの——概念である（**Linda Silberman, Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis, 28 Fam. L.Q. 9, 20 (1994)**—「条約は常居所の定義を定めていないが、常居所の状態の見極めは重要である」—参照）。適用のわかりやすさ及び一貫性がなければ、親は決断を下すために必要な重要な情報を奪われ、子は条約が防ごうとする害を被る可能性が高くなる **Friedrich 対 Friedrich 事件 (983 F.2d 1396, 1400 (6th Cir. 1993))** では次のように記載されている。

「不法な連れ去り」は条約で厳密に定義された法律用語であると理解することが重要である。それは特別な決定又は衡平の比較を要しない。裁判所のそのような決定は条約の主要目的、すなわち現状を維持し、親がより同情的な裁判所を探して国境を越えることを思いとどまらせることに反するだろう。

「不法な連れ去り」の厳密な定義は「常居所」の概念に基づくので、後者の特別な決定は前者の特別な決定を意味する。例えば、別の国にいる別居中の配偶者との和解を試みるために子と旅行するかどうか決めようとしている親を想像してみると良い（Bruch、注 8（前掲）、58-60 で論じられたジレンマ）。（Beaumont & McEleavy、p.4（前掲）、105—姻族の家に滞在するために子の海外旅行に同意するか否か—、及び A 事件(Wardship: Jurisdiction), [1995] 1 F.L.R. 767, 769 (Eng. Fam. Div.)を参照。）そのような親はどのような状況で子の常居所が変更される可能性があるか知ることに関心を持つであろうから、これは「特定の事例のあらゆる状況を参照して決定されるべき事実の問題」とだけ告げられることは慰めにもならない（C 対 S 事件 [1990] 2 All E.R. 965）。この対応に直面した親はいくつかの司法の「仮定及び推定」（Dicey & Morris, p.8（前掲）、145）の導入を危機感よりも安堵をもって注視するだろう。

これは、本条約に基づく「常居所」の決定は主として事実に基づく一方、それは事実審裁判所の検証されない裁量に完全に一任されることを意味することは理解されていない理由の説明になる。むしろ、再審査する裁判所は Scarman 判事によって表現された以下のようなやり方をとってきた。

通常の話の意味は（中略）事実の問題だが、法律で規定された語に備わるとされる意味は法律の問題、制定法の解釈の問題である。よって（中略）（常居所）の意味について法律の問題が生じる。ただしそれは事実の問題を決定する過程の予備段階のみで生ずる（中略）。（再審査する）裁判所が関わるのは、この予備段階である（Shah 対 Barnet London Borough Council 事件及びその他の控訴 [1983] 1 All E.R. 226, 233 (Eng. H.L.).)

Scarman 判事は、地元教育当局による「常居所 ordinary residence」という用語の英国国内法への適用を再審査していた。条約に基づく「常居所」に関する主要な事例となった事例において、Waite 判事は Scarman 判事の論考を採用し、「（英国法に基づく）ordinary residence と（条約に基づく）habitual residence に本質的な差はない」と述べた（Bates, No. CA 122/89, High Court of Justice,

Fam. Div'l Ct. Royal Courts of Justice, United Kingdom, p.33 (1989))。これこそ我々が米国の法律用語で法律と事実の混ざった問題と呼び、第 3 巡回裁判所に、常居所の事実認定は検証基準を必要とし、その場合「地方裁判所の歴史的及び語りの事実を、それらが明らかに誤っていない限り、受け入れるが、裁判所による令状の選択及び解釈、及びそれらの令状の事実への適用を正式に検証する」と結論させたものである (Feder 対 Evans-Feder 事件、63 F.3d 217, 222 n.9 (3d Cir. 1995).Friedrich, 983 F.2d 1398—この概念の誤った適用として地方裁判所による常居所の事実認定を覆す—を参照、Flores 対 Contreras 事件, 981 S.W.2d 246, 249 (Tex. App. 1998)—これは古典的な法律と事実の混ざった問題を表すと我々は考える—も参照)。本裁判所の判例はいくぶん異なる表現をしている。すなわち、問題が本質的に事実に基づく程度まで、「『実情調査委員会の人間の行為の動因への適用』に基づき」、我々は地方裁判所の決定に明らかな誤りがないかどうかのみを検証する (United States 対 McConney 事件 728 F.2d 1195, 1202 (9th Cir. 1984) (大法廷) —Commissioner 対 Duberstein 事件 (363 U.S. 278, 289 (1960)) より引用—、これは他の根拠により無効 (Pierce 対 Underwood, 487 U.S. 552 (1988))。ただし、その問題が、事実と法律の混合において法的概念を考慮し、法原則に命を吹き込む価値観について判断を行うことを我々に求める場合、司法行政の懸念は上位裁判所を支持し、問題は法律の問題として分類され、改めて検証されなければならない (同上)。

第 IV 部

A：意図の関連性

ある者の常居所を決定する最も単刀直入な方法は、その者の行動を観察することだろう。Scarman 判事が述べたように、「自然かつ通常の意味において、その語はその人が長期間又は短期間の一時的又はたまの不在を除いて、習慣的及び通常ここに居住することを意味する」 (Shah, [1983] 1 All E.R. 234 (中の引用符割愛))。このやり方で、誰かが所定の期間に特定の場所を中心に生活し、そこから出かけるたびに戻ってくるのを観察する場合、これを彼の常居所と呼ぶ。

このやり方は、直感的には魅力的だが、次のような致命的欠点がある。

それは観察者の時間枠次第で著しく異なる結果を生むかもしれない。キャンプ・チペワで 2 か月過ごす子は、その期間のみ観察されれば、そこに常

居所を有するように見えるだろう。一方、同じ子を成人期まで追跡すれば、海外留学した 2 年間は「長期間の一時的不在」に過ぎないと分類するだろう。「必要な期間、数のゲームに参加することは望ましくなく、実際、可能ではない」ので、この不確定性は避けられない (Adderson 対 Adderson, 51 Alta. L.R. (2d) 193, 198 (Alberta C.A. 1987))。ただし、客観的な時間のベースラインがなければ、誰かの常居所を評価する際に主観的意図に細心の注意を払う必要がある (Smith 対 The Central Auth.事件, No. AP 36/98, High Court, Christchurch, New Zealand (Mar. 2, 1999)—「子が適応した長期の背景を持ち、その後に転居がある場合は特に、ある国での居住の事実及び期間は決定的とは限らず、それに伴う意図が極めて重要である」—、Shah, [1983] 1 All E.R. 234—「『習慣的に』という副詞の重要性は、二つの必要な特徴 (中略) すなわち自発的かつ定住目的で選ばれた居所を想起させることである」—、Cruse 対 Chittum 事件, [1974] 2 All E.R. 940, 942-43 (Eng. Fam. Div.)—常居所は意図の要素を要する。居所は一時的又は二次的性質のものであってはならない—などを参照)。審査の主観的要素について詳述し、Scarman は、常居所を権利として確立するには、「定住目的」がなければならないと論じた。目的は一つかもしれないし、複数かもしれない。具体的かもしれないし、一般的かもしれない。法律が要求するのは、定住目的があることである。当該者が今いる場所に無期限に滞在するつもりであるというわけではない。実際彼の目的は、適応しているとはいえ、限られた期間かもしれない。教育、事業又は職業、雇用、健康、家族又は単なるその場所への愛情が、いつもの居住地の選択のよくある理由として頭に浮かぶ。それに他にもたくさんあるだろう。必要なのは、今の場所に住む目的に定住していると適切に表現できるほどの十分な程度の継続性があることである (Shah, [1983] 1 All E.R. 235)。

この一節は直感的に筋が通る。ある場所に常居所を有することは、ある意味で、そこに「定住している」ことを意味するはずだが、そこが骨を埋める予定の場所であることを意味する必要はない。常居所を何か特定の動機でその地域に定住する者に限ることを正当化することもできないこれは全て本当である。ただし、どっちつかずの事例に判断を下そうとする時には、どれもあまり役に立たない。サマーキャンプに出かける子でさえ「限られた期間」そこに継続的に住むという「確立した目的」を持つことはほぼ間違いない。同上。サマーキャンプが子の常居所だとまじめに主張する者はいないだろうが、「確立した目的」という概念だけではそうではないというには無力である (Bruch、注 8 (前掲)、46—「多くの点で有用である一方、(Scarman 氏の) 説明は問題も引き

起こす」—参照)。

キャンプする者が常居者とみなされない明らかな理由は、彼がすでに他の場所に確立した常居所を有し、そこでの不在——夏中ずっとでも——は彼がそこを放棄するつもりであることを示していないことである。**Brandon** 判事は以前の常居所の放棄と新しい常居所の取得の区別を次のように論じた。

A 国の常居住者であることをやめる者と彼がその後 B 国の常居住者となることには大きな違いがある。人は A 国に戻らず B 国に長期間居を定めるといって確立された意図をもって離れる場合、1 日で A 国の常居住者であることをやめられる。しかし、そのような個人は 1 日で B 国の常居住者になることはできない。彼又は彼女がそうなることを可能にするには、かなりの期間及び確立された意図が必要だろう (C 対 S 事件 (minor: abduction: illegitimate child), [1990] 2 All E.R. 965)。

本節が例証するように、新たな常居所取得に向けた第一歩は、残してきた常居所を放棄する確立した意図を抱くことである。これは条約に基づき人は一度に一箇所の常居所しか持ち得ないという、多くの裁判所が考える見解と合致する (Friedrich 事件, 983 F.2d 1401、Freier 対 Freier 事件, 969 F. Supp. 436, 440 (E.D. Mich. 1996) など参照)。例外は誰かが一貫して二つの場所にほぼ均等に時間を振り分け、それぞれに交互に常居所を保持する希な状況である (Johnson 対 Johnson 事件, 493 S.E.2d 668, 669 (Va. Ct. App. 1997)—子はバージニア州とニューヨーク州の両方に十分確立された家を有していた—、Beaumont & McEleavy 事件, p.4 (前掲)、110-11 など参照)。それ以外の場合は、常居していない。長期間又は短期間の一時的不在のためにそこにいない (Harkness 対 Harkness 事件, 577 N.W.2d 116, 123 (Mich. Ct. App. 1998)—「ドイツのアパートが両者が家族としていっしょに居住した最後の場所だった」及び「両者がその居所を放棄して米国に新たな居所を確立することを意図していたという兆候を裁判所は認めなかった」ので常居所は変わらなかったという事実審裁判所の事実認定を支持—などを参照)。Bruch 教授は、類似する審査を提案した (Bruch、注 8 (前掲)、51—「『確立された目的』が存在するかどうか問うのではなく、(裁判所は) 単なるつかの間の、偶発的な、又はその他の一時的な目的が明らかかどうかを問うべきである」—参照)。もちろん、出発時にこの確立された意図を持つ必要はない。それは元々一時的のつもりだった外国滞在中に生じうる。その意図が行動から明白であれば、わざわざ宣言する必要もない。実際、行動は放棄を意図していなかったという宣言と矛盾す

るかもしれない (Zenel 対 Haddow 事件、1993 S.L.T. 975, 979 (Scot. 1st Div.)—被告は台所をリフォームし、新しい家の購入を検討し、常勤の職を得た—などを参照)。例えば、同じ場所に数年間続けて住んでいた場合、以前の常居所を放棄していないと結論するのに我々は苦勞するだろう (そのような事例については Y.D.対 J.B.事件 (Droit de la famille – 2454) 、[1996] R.D.F. 512 (Quebec Super. Ct.)—子は両親と継続的に暮らし、3年間カリフォルニア州で学校に通った—参照)。この事例の事実審裁判所は「子らが連れ去り直前に住んでいた場所」に関連する疑問のみを示したが (同上 516) 、それでも我々が確立された目的の事実認定と呼ぶことを行い、「この家族の成員はカリフォルニア州への訪問者でも観光客でもない」と述べた (同上、Beaumont & McEleavy, p.4, 94—「個人の申し立てられた意図がなんであれ、数年間にわたって居所だった国とつながりがあるはずはないと断言するのは難しいだろう」、Director General et al and M.S., No. SY8917 of 1997, Family Court of Australia at Sydney, p.86 (1998)—母と子らがオーストラリアで過ごした2年間は彼女たちの常居所をそこへ移すという「必要な確立された目的」が欠けていた—参照)。一方、人は限られた期間以上にわたって次の常居所に居住する意図なしに、以前の常居所を事実上放棄することがある。この主要な例が Bates 事件だが、この事件は、子が以前に常居所を有していなかった事例として (「今まで彼女の生活は、彼女の年齢が経験してきたものとしては最も移動の続くものだったに違いない」、p.10) 、又は子が有していた事例として (「父親はロンドンに家を所有し (中略) 彼らは海外旅行後及び父親が仕事の合間の短い休みの間に、そこへ戻っていた (中略)」) と特徴付けるかもしれないが (同上) 、それは次のように放棄された。

ニューヨークはその時までには母親が滞在を望む都市となっており、父親は不本意ながら彼女の滞在を認めることに同意した (決断が下るまで) (中略) それから両親は、一般的には結婚の未来に関して、及び具体的には T. の特別な欲求と父親の仕事上の必要との調整の問題に関して、彼らの私生活について決定した (同上 p.34) 。

重要な点は、常居所が存在する事例で以前の常居所を放棄するという確立された意図の問題に焦点を当てることは、常居所を住所と同一視することではなく、それには「居所と永続的又は無期限の居住の意図の組み合わせ」が必要である (B 事件(minors) (abduction), [1993] 1 F.L.R. 993, 998 (Eng. Fam. Div.)) 。以前の常居所を放棄するという確立された意図があるかどうかは、事実の問題であり、それについては地方裁判所に従う。

B：一体誰の意図なのか

以前の常居所を放棄するという確立された意図は新しい常居所取得の重要な部分であると結論すると、我々は追加の問題に直面する。誰の確立された意図が、子が以前の常居所を放棄したかどうか決めるのか。明らかな回答の一つは、子の意図である。なんといっても、我々が決定しようとしているのは子の常居所である。それに実際、裁判所が親の意図を無関係と宣言することがある（Friedrich 事件, 983 F.2d 1401—「常居所を決定するには、裁判所は親ではなく子を重視し、将来の意図ではなく過去の経験を検証しなければならない」—参照、及び、Y.D.対 J.B 事件. (Droit de la famille – 2454), [1996] R.J.Q. 2509, 2523 (Quebec Ct. App.)—"La réalité des enfants doit seule être prise en compte pour déterminer le lieu de leur >; à cet égard . . . les désirs, souhaits ou intentions de leurs parents ne comptant pas . . ."—も参照）。ただし、このやり方には明らかな問題がある。子、特に、条約に基づいて返還を命じられるかもしれない子は、16 歳に達すれば、もはや条約は適用しない（条約第 4 条及び第 19 条 I.L.M. 1501 参照）。さらに、「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」子は返還されることに反対し、自身の意思を考慮される（同上第 13 条及び第 19 条 I.L.M. 1502-03）。これらのどちらの規定にも該当しない子は明らかに、自身が居住を望む場所について独立した選択をする立場にはない（Gonzales 対 Reno 事件、212 F.3d 1338 (11th Cir. 2000)—6 歳児は成人によって代弁されなければ庇護を求める十分な能力に欠けていたという INS 決定を支持—を参照）。通常は自身が居住することになる場所を決めるだけの物質的及び心理的手段に欠ける。これは「意図又は目的に関連性がある場合—例えば、不在が一時的及び短期間のつもりであるかどうか判断する必要がある場合—考慮に入れるべき意図又は目的は、子の居所を定める資格を持つ者のそれである」という結論につながる（Clive、注 7（前掲）、144.Feder 対 Evans-Feder 事件、63 F.3d 217, 224 (3d Cir. 1995)—常居所の決定は「子の存在に関する両親の現在の、共通の意図」の分析を必要とする—、及び、Ponath 事件、829 F. Supp. 363, 367 (D. Utah 1993)—決定されなければならないのは子の常居所だが、両親の希望及び行動は無視できない（中略）。常居所の概念は（中略）任意性及び目的のある意図のなんらかの要素を必然的に伴わなければならない—参照）。Clive 博士が指摘したように、「これは法律の専門的事項を常居所に関する法律に導入するものではない（中略）。専門的事項は、子のための意思決定に関する法律にすでに存在する」（Clive、注 7（前掲）、144-45）。

もちろん、子の居所を定める資格のある者が定められた場所についてもはや同意しない場合—条約に基づく事例では明白な理由で、生じる可能性の高い状況—は困難が生じる。こうした場合、両者の申立を額面通りに受け取ることではできず、裁判所はあらゆる入手可能な情報から、子の返還を申し立てる親が、子が現在の常居所に住むことにすでに同意済みかどうか判断しなければならない。この問題が生じる事実的状況は多様だが、事例を三つの大まかなカテゴリーに分けることができる。

一方にあるのが、一方の親が転居に懸念を抱いていた事実にもかかわらず、家族が一体となって常居所を変えるという確立された目的を明示したと、裁判所が判断する事例である (Clive、注 7 (前掲)、145—「一部の事例では、証拠に基づいて実は彼らは同じ意図を持っていたと結論することが可能だろう」—参照)。通常、これは、両者及び子が、新しい国に居を構えるつもりであることを示唆するような状況下で共に転居する場合に起こる。家族がある国の常居所を放棄して別の国に居を構えることに関連するあらゆる段階を共に踏んできた裁判所が判断する時、一般的に彼らは、一方の親の転居についての留保の疑いに、共通する確立された目的を妨げさせまいとする (Feder, 63 F.3d 224—「Feder 夫人はオーストラリアに永続的にとどまるつもりはなく、結婚生活が改善しなければ去ろうと考えていたことは、(夫が) 仕事を見つけた場所に家族として住むという夫婦の確立された目的を無効にしてはいなかった」—、Walton 対 Walton 事件、925 F. Supp. 453, 457 (S.D. Miss. 1996)—「明らかに、オーストラリアへの転居を望んでいなかったという Walton 夫人の陳述を受け入れるとしても、転居は単なる訪問として彼女に説明されたと本気で主張することはできない (中略) 証拠は Walton 夫妻のオーストラリアでの生活に (中略) 「確立された目的」が欠けていたという事実認定を支持しない」—、Prevot 対 Prevot 事件、855 F. Supp. 915, 920 (W.D. Tenn. 1994)—「両者は明らかに定住しレストランを開業する意図をもってフランスへ行った」 (他の根拠に基づいて却下) 59 F.3d 556 (6th Cir. 1994)—、Harsacky 対 Harsacky 事件、930 S.W.2d 410, 415 (Ken. Ct. App. 1996)—「Harsacky 夫妻は、Harsacky 氏が仕事を見つけられると期待して、無期限に居を構えるために、家族を米国へ連れて行くという確立した目的を持っていた」—、F 事件 (a minor) (child abduction), [1992] 1 F.L.R. 548, 555 (Eng. C.A. 1991)—「家族は英国からオーストラリアへ移住して定住するつもりはなかった」—などを参照)。

もう一方にあるのが、子の確立された常居所からの最初の転居が明らかに具体

的な範囲を区切った期間を意図していた事例である。こうした場合、一般的に裁判所は、一方の親の変更された意図が子の常居所の変更を招いたという判断を拒否してきた (Pesin 対 Rodriguez 事件、77 F. Supp. 2d 1277, 1285 (S.D. Fla. 1999)—家族旅行の確立された目的は有限期間の休暇だった—、Morris 事件、55 F. Supp. 2d 1156, 1159 (D. Colo. 1999)—家族がスイスでの 10 か月間の指導の約束のためにコロラド州を出た時、両者は「子とともにコロラド州へ戻るという共通の確立した意図」を持ち、母親の一方的な立場の変化でスイスを常居所とすることはできない—、Freier 対 Freier 事件、969 F. Supp. 436, 438 (E.D. Mich. 1996)—母親は子とともに去った時、1 か月間両親とともに休暇を過ごす父親に知らせた—、Flores 対 Contreras 事件、981 S.W.2d 246, 248 (Tex. App. 1998)—母親は 2 週間の休暇のために子をテキサス州へ連れて行った—、Brennan 対 Cibault 事件、227 A.D.2d 965, 965 (N.Y. App. Div. 1996)—母親は子が父親とともに 6 か月間ニューヨークにとどまることに同意したが、具体的な日に子がフランスに戻るものと思っていた—などを参照)。これに対して、明確に定められてはいても、子が常居所を得ることなく外国で暮らすものと見込むには長すぎる期間もある (Toren 対 Toren 事件、26 F. Supp. 2d 240, 242 (D. Mass. 1998)—両親は、子らは 4 年間米国に住んで学び、その後はイスラエルに戻ると書面により合意していた—などを参照)。

その中間に、申し立てている親が曖昧な期間子を外国に滞在させることに以前に同意していた事例がある。子の滞在をめぐる状況が、完璧な同意がないにもかかわらず、両親は滞在が無期限に続くという共通の確立した意図を持っていたと裁判所が判断するような状況のことがある (Falls 対 Downie 事件、871 F. Supp. 100, 101 (D. Mass. 1994)—「F.は、D.が P.とともに去った時、彼と彼らの子が無期限に米国に滞在することになると理解していた」—、Slagenweit 対 Slagenweit 事件、841 F. Supp. 264, 269 (N.D. Iowa 1993)—「S.がアイオワ州で無期限に Steven の保護の下にとどまることで、両者は合意していた」—、Levesque 対 Levesque 事件、816 F. Supp. 662, 667 (D. Kan. 1993)—「B.及び V.がドイツに戻った時 (中略) 少なくとも無期限にとどまる意図があった。これは相互の合意によるものだった」—、Schroeder 対 Perez 事件、664 N.E.2d 627, 632-33 (Ohio Com. Pl. 1995)—「G.がオハイオ州で無期限に原告の保護下にとどまることに、両者は互いに合意した」—などを参照)。この場合、子の以前の常居所の相互放棄を合理的に推論することができる。ただしそれ以外は、正確な滞在期間に交渉の余地が残っていても、裁判所はそのような放棄が推論できる確立された相互の意図を見出すことができないような状況である (Meredith 対 Meredith 事件、759 F. Supp. 1432, 1433 (D. Ariz. 1991)—申立人は、被告が明

示されていない期間両親を訪問するために子らをフランスへ連れ出すように示唆した—、**Harkness 対 Harkness 事件**、577 N.W.2d 116, 118-19 (Mich. Ct. App. 1998)—両親がドイツにいた間、子らは 8 か月間被告の両親とともにミシガン州に残された—、**A 事件**、[1995] 1 F.L.R. 773—子が父親の親族と暮らす 2 年間パキスタンで学校に通うことへの母親の同意は「一時的かつ条件付き」で子の常居所を変更するに十分ではない—、**S 事件他(minors) (abduction: wrongful detention)**、[1994] 1 All E.R. 241 (Eng. Fam. Div. 1993)—家族はイスラエルから英国へ移り住み、そこで親はそれぞれ 1 年間の指導の約束があったが、「それは彼らをもっと長く滞在する可能性の範囲を越えなかった」—などを参照)。

(**Beaumont & McEleavy**、p.4 (前掲)、96—「子は主に世話をする者の同意を得て、他方の親と長期だが不確定の期間過ごすために去ったが、その後返還されなかった。一見したところ、これは不法な留置を意味する(中略)」—、**Clive**、注 7 (前掲)、145—(親の意図に) 真の違いがある場合、確立された目的又は意図はないという結論となるに違いない。その立場は、転居が短期間か長期間か判断できない成人の立場のようである。そのような場合、長期間が経過するまで常居所は変更されない。明らかに、これは、地方裁判所の事実認定に従うべき「歴史的及び語りの事実」の問題の一つである (**Feder**、63 F.3d 222 n.9) —も参照)。

C : 親の意図及び子の状況

子の常居所を変更する決断は両親の確立された意図次第である一方、彼らは願望的思考だけでこの変化を達成することはできない。第一に、それは実際の「地理の変更」を要する (**Friedrich**、983 F.2d 1402)。第二に、家庭は 1 日では築かれない。それは「かなりの時間の経過」(C 対 S 事件 (**minor: abduction: illegitimate child**), [1990] 2 All E.R. 961, 965 (Eng. H.L.))、「順応に十分な」時間を要する (**Feder**、63 F.3d 224)。定まった所帯を営む手段を講ずる両親に伴われて、子が新しい国に移り住む場合、その期間は長くなくてもよい (**Feder**、63 F.3d 219 (6 か月間)、**Harsacky**、930 S.W.2d 412 (4 か月間、**F 事件 (a minor) (child abduction)**), [1992] 1 F.L.R. 548, 555 (Eng. C.A.)—「家族は英国からオーストラリアに移住して定住するつもりはなかった。その確立された意図があれば、この場合は 1 か月をかなりの期間とすることができると考える」—などを参照)。これに対して、順応を妨げるような状況では、このように長期間経過しても十分ではないだろう (**Ponath 事件**、829 F. Supp. 363, 367 (D. Utah 1993)—母親及び子が暴言、心理的及び身体的虐待によって 10 か月間意思に反して留置された場合、常居所とはならない—、**Director General et al**

and M.S., No. SY8917 of 1997, Family Court of Australia at Sydney, p.28, 29 (1998)—夫の家族が妻に敵対的で、妻及び子らが言葉の面及び社会的に孤立していた場合、オーストリアで2年間過ごしても常居所とはならない—などを参照)。興味深いことに、有効な順応の欠如をたやすく見出すことができた場合があると思われても、裁判所は代わりに確立された親の意図の欠如に頼った (Ponath 事件, 829 F. Supp. 368—「暴言、心理的及び身体的虐待による申立人の被告への強制は、以前には家族のドイツ訪問の決断に存在したかもしれない、選択及び確立された目的のあらゆる要素を取り除いた」—、Director General p.91—「最終的に私はこの事例の証拠に基づき、かつて両親はオーストリアにとどまり、そこを子らの常居所とするという共通する意図を持っていたと納得はしない」—を参照)。

より難しい問題は、不確実又は相容れない親の意図にもかかわらず、順応の証拠が子の常居所を立証するに十分である場合である。反対する親の意図が長引いていても、十分な時間を与えられ前向きな経験をすれば、子の生活は新しい国にしっかり組み込まれるようになり、その国を常居所とすることができるということで、ほとんどの意見は一致する (Clive、注7 (前掲)、145 など参照)。問題は、裁判所が、これが起こったという結論にどれほどたやすく達するかである。条約は子をなじみのある環境から引き離す又は遠ざけておくことから生ずると考えられる害を防ごうとするので、子の新しい国への親しみを示すどんな兆候も返還の必要性を減じ、変更された常居所を望ましいとする事実認定と行うとみなしたくなる。そのうえ、一部の裁判所は、子が学校でうまくやり、友人がいるかどうかという問題を、両親に「確立した意図」を共有するかどうかたずねるよりも、単刀直入かつ客観的とみなす (Y.D.対 J.B.事件 (Droit de la famille - 2454), [1996] R.J.Q. 2509, 2523 (Quebec, Ct. App.) ("L'approche axée sur la réalité que vivent les enfants permet d'éviter d'avoir à sonder les reins et les coeurs des parents.")). Shah 事件, [1983] 1 All E.R. 235-36—「自然かつ通常の意味を採用する法的利点は (中略) 精神状態についての証拠より客観的証明が可能な事柄の証拠に頼って (中略) それが結果的に常居所の証明になることである」—など参照)。ただし、新しい国での子の接触に主に焦点を当てる表面的な訴えにもかかわらず、確立された親の意図はないため、裁判所はそのような接触から以前の常居所は放棄されたと推論することには慎重であるべきだと、我々は結論する。

条約は、奪取しようとする者が別の国で子の一方的な監護の権利を求めるような誘因を減らすことによって子の奪取を防ぐために構想されている。両親の合

意なしに常居所を変えることがたやすいほど、そうしようとする誘因は大きくなる。子がある意味で新しい環境に「適応している」かどうかという問題はあまりに曖昧なので、常居所の事実認定を事実上子がそこでの生活に全般的に順応したというどんな兆候に基づいて行うことも可能である（*Brooke 対 Willis 事件*, 907 F. Supp. 57, 61 (S.D.N.Y. 1995)—ある 6 歳児は英国で夏を過ごした間に、「環境に十分慣れ」、「滞在中に満足しよく世話をされ」、「旗を手に町の広場に立って、英国忠誠の誓いを暗唱さえした」ので、常居所を取得したと判断—など参照）。さらに、基準をより厳格にする試みは実は事態を悪くするかもしれない。そうすると、一方の親が一時的訪問のつもりであった滞在中に、子に新しい元首への忠誠を明言させるなど、居住地への愛着を抱かせようとする時に、子を有害な操作を受けやすくしかねないからである（注 34（前掲）参照）。条約を適用する裁判所の職務は、子が現在いる場所で幸福かどうかではなく、子の生活の主な場所に関して一方の親が一方的に現状を変えようとしているかどうか判断することである（42 U.S.C. s. 11601(b)(4)—「条約及び本章は、米国の裁判所に、根底にある子の監護権主張の本案ではなく、条約に基づく権利のみを判断する権限を与える」—参照）。

意図的操作が危険でなくても、新しい国での子の観察された接触から、子が常にそこに居住するようになったかどうか言い当てることは困難を伴う企てだろう。子は短期間でも目覚ましく適応し、強い愛着を持つことができる—だがこれは、子がそうした関係を長続きすると予想又は意図することを意味するとは限らない。戻るべき別の生活があるとの意識を保持しながら、日常生活のあらゆる活動に参加することは全く可能である。そのような場合、人は現在の環境によく適応しているという意味で「順応している」かもしれないが、その環境を自身の常居所とみなしていないかもしれない（*Beaumont & McEleavy*, p.4（前掲）、97—「前の居住国とのつながりはゆっくりと弱まる一方、新たな国への同化は次第に増すことを、論理は示唆するだろう」—参照）。よって親の意図を、子が常居住者になるために必要な時間に影響するとみなすことは筋が通る。例えば、*Clive*（注 7（前掲）、145）には次のような一文がある。

本当は、両親とも子の居住地を定める権利を有する場合、及びその問題について彼らが同意していなかった場合、常居所を直ちに変更することを可能にする類いの確立された意図はないと私には思われる。それゆえに、不法な連れ去りの地に子が新たな常居所を得るにはかなりの時間がかかるだろう。こうした意図についての子の知識は子が行っている接触への態度に影響を与える可能性が高い（*Beaumont & McEleavy*, p.4（前掲）、92

（「子の場合（中略）彼らの親との関係は（中略）自身の意図、好悪とは無関係に、居住習慣を確立するような絆をもたらす」）（引用割愛）参照）。

これらの考慮すべき事柄が例証するように、"**la réalité que vivent les enfants**"と述べることは親の意図を考慮することを不要とするという大まかな主張（**Y.D., [1996] R.J.Q. 2523**）は、根拠薄弱である。それは常居所の決定は「特定の事例のあらゆる状況」を考慮に入れなければならないという考えにも反する（**C 対 S 事件, [1990] 2 All E.R. 965**）。他の要因が決定的な事例では、裁判所が親の意図の審査を避けることは十分たやすい。だが難しい事例が悪法を生むように、たやすい事例は過度に大まかな法律を助長する—不適當な陳述がそれらのきっかけとなった事実に基づく状況以外に適用されることになる場合はなおさらである。例えば、**Friedrich** では、「親ではなく子に焦点を当て」なければならないという裁判所の主張（**983 F.2d 1401**）は、子は常にドイツで暮らしていたにもかかわらず、子は米国に常居所を有していたという母親の主張に対してなされた。彼女は除隊時に子とそこへ移り住むつもりだったからである（同上参照）。**Friedrich** の裁判所が、正しく明らかな結末に至るために言う必要があったのは、親の意図がなんであれ、現実の所在なしに常居所を取得することはできないということだけだった。このように **Friedrich** 裁判所の実実は、親の意図は常居所の問題に無関係という大まかな表明を行う合理的な機会を与えなかった（**Walton 対 Walton 事件, 925 F. Supp. 453, 457 (S.D. Miss. 1996)**—「常居所の決め方に関して、よく引用されるが、最も混乱させる意見は、**Friedrich** の裁判所によって書かれている（中略）」—参照）。

同様に、**Y.D.**事件においてケベック上位裁判所は親の意図の使用全般に反対する弁舌巧みな主張を行った。

La sagesse de l'approche axée sur la réalité des enfants, plutôt que sur les intentions des parents, saute aux yeux dans un cas comme celui-ci; madame n'a pas l'intention de demeurer plus longtemps en Californie, monsieur oui. L'intention duquel des deux parents devrait prévaloir pour déterminer le lieu de la "résidence habituelle" des enfants? L'approche axée sur la réalité que vivent les enfants permet d'éviter d'avoir à sonder les reins et les coeurs des parents. (Y.D.事件, [1996] R.J.Q. 2523)

これは、ほとんどの裁判所が取るに足らないとみなすであろう争いに基づく。

両親は子らとカリフォルニア州に移り住んで、3年間継続的にそこでともに暮らし、カナダには財産を置いてこなかった（Y.D.事件, [1996] R.J.Q. 2516 参照）。結婚生活が悪化した時、一方の親は、滞在は一時的のつもりだったと主張した。同上参照。子らがカリフォルニア州で順応したことを疑う余地はほとんどないが、同じ事実は、夫婦が家族の以前の常居所を放棄する共通の意図を表明していたという事実認定の裏付けにもなる。注 26（前掲）で引用された事例などを参照。ケベック裁判所の「抑制」及び「心」についての意見は（Y.D. 事件、[1996] R.J.Q. 2523）、謀殺と故殺の区別など、多くの法理の通常かつ不可欠な側面である、司法の意図についての審査への不当な懐疑を明らかにする。そのような審査は、ケベック裁判所が示唆するように、審査のための面談を必要とせず、言動に見出される意図の客観的表明への注目のみを必要とする。つまり Y.D.事件は子の状況のみを重視することの優位性を明らかにしていない。それは、どのように分析しようとも、たやすい事例はたやすいことを明らかにしているのである。

親の意図の重要性を認識して、一部の裁判所は別の方向に向かい、「両親が同等の監護の権利を有する場合、他方の合意又は長期にわたる黙認がある場合を除いて、その 1 人による一方的な行動で子らの常居所を変えることはできない（中略）」という単純明白な区分線の準則を公表した（S 事件及びその他事件 (minors) (abduction: wrongful detention), [1994] 1 All E.R. 237, 249 (Eng. Fam. Div.))。この準則は確かに子の奪取を思いとどまらせる方策を促す一方、「ばかげた結果を招くことがないか慎重に制限される」必要があると批判されてきた。Clive（注 7（前掲）、145）では次のように述べられている。

例えば、子が不法な連れ去り後に 15 年間新しい国で暮らしてきたとする。子はその間ずっと連れ去られた元の国に常居所を有し、新しい国に居所を有するようにはならなかったと言うのは、日常言語の乱用だろう。言いたいことはよくわかる。常居所は事実に基づく状況の表現を意図し、子は親の同意がなくても場所への常習的愛着を失いかねない。親の側に子の以前の常居所を放棄するという確立した意図がない場合でも、裁判所は「客観的事実が、人の常居所が特定の場所にあると明白に指摘する」場合は、常居所の変更を認めるべきである（Zenel 対 Haddow 事件、1993 S.L.T. 975, 979 (Scot. 1st Div.))。これらの事例の問題は、単に新しい国における子の生活が最小限の程度の「確立した意図」を示すかどうかではなく、Shah, [1983] 1 All E.R. 235、子の二つの国への相対的愛着が、元の場所への返還

を求めることが今や子を「その生活を築いてきた家族及び社会環境から」引き離すことに等しい程度まで変わったと、自信を持って言えるかどうかである（Perez-Vera 報告書、p.3（前掲）、p.11）。

第V部

地方裁判所は、M.の子らの常居所は1997年4月から1998年4月の間にイスラエルから米国に変わったと考えた。同裁判所は適用可能な基準についての以下の理解に基づいてそうした。

子の常居所が変わったと立証するために、法律は、子が両親相互の合意によって新しい場所にいること、及び子はその新しい場所に適応したことを求める（Mozes, 19 F. Supp. 2d 1115）。

これまで説明してきたように、この情報は、条約を適用する他の裁判所が、正当な理由で認めてきた、一定の考慮すべき事柄を反映していない。この場合のように、子がすでに十分確立された常居所を有する場合、別の場所での所在への同意だけでは通常はそこに変えるには十分ではない。むしろ、両親間の合意及びそれを取り巻く状況は、無期限の滞在に関する有効な合意がある場合のように、裁判所が、以前の常居所を放棄するという共通の意図を推論することを可能にするに違いない。

ここで、両親の共通する意図に関する事実についての地方裁判所の事実認定、我々が従う事実認定は、以下の通りであった：両者は、子らが1998年7月まで米国にとどまることに同意していたことを保証した。ただし、両者が返還期日を1999年7月に延ばしたことに合意したかどうか、無期限になったのかそれとも変更はなかったのかについて争いがある。少なくとも、両者は子らがもう1年米国にとどまる可能性を話し合い、そのような了解に至ったこともありうる。19984月に申立人が元々予定されたように子らを1998年7月までにイスラエルに返還することを望んだのは明らかである（Mozes, 19 F. Supp. 2d 1115-16）。

この話し合いに欠けているのは、両親が子らの米国滞在が無期限に続くことへの了解を共有していたという事実認定である。両親の相反する証言を聞き、全ての証拠を見直して、地方裁判所は、A及びMは滞在をもう1年延長する「可能性を話し合い」、彼らは「そのような了解に至ったこともありうる」としか

言うことができなかつた（同上（強調追加））。注 29（前掲）に引用された事例を参照。地方裁判所は、彼らが実際にそのような了解に至ったとは認めなかつた。

この事例と、同様に曖昧な事実直面した裁判所が無期限の居住を支持する確立された意図を認めた事例との著しい違いを考えれば、地方裁判所の遠慮は意外ではない。それらの場合、子が時間を過ごすことが合意された国は、両親の一方の母国だった（Falls 事件、871 F. Supp. 101—子は父親及び父親の両親とともにマサチューセッツ州西部の彼らの故郷で暮らすようになった—、Slagenweit 事件、841 F. Supp. 265-66—子は米国民である父親と米国へ移り住んだ—、Levesque 事件、816 F. Supp. 663—母親は子を子の出生地であるドイツへ連れ戻し、そこには母親の祖母がまだ居住していた—、Schroeder 事件、664 N.E.2d 632-33—子は母親及び母親の親族とオハイオ州で暮らした—、などを参照）。子が期限を決めずに一方の親とその親の母国に行つてそこで暮らせば、その子がやがて以前の居所との常習的絆を失うようになるのは、全く当然かつ予見できる。明確な制限なしにそのような取り決め合意する親は、この結末を受け入れたと考えてよい。

ここでの状況は大いに異なる。M は米国に住んだことはなかつた。出発前、彼女の人生及び子らの人生は全てイスラエルで過ごされた。家族の親族は皆そこにいた。そのうえ、M 及び子らは短期ビザで米国へ向かつており、たとえ彼女たちが望んだとしても、ここに無期限にとどまることが認められたかどうかはかなり疑わしい。不法又は不安定な在留資格は人が条約に基づく常居住者になることを阻むわけではないが、迅速にそうすることを妨げる（Clive、注 7（前掲）、147 参照）。この場合のように、両親の共通する意図が争われる、大いに関連のある状況でもある（Morris 事件、55 F. Supp. 2d. 1156, 1158-59 (D. Col. 1999)—家族はスイス国籍及び旅券を持っていなかったことに注目し、コロラド州からスイスへ移り住む際にコロラドの常居所を放棄するつもりだったという母親の証言を却下—などを参照）。逆に、M が彼女自身及び子らのために常居所を取得する手伝いを A がしていれば、彼の無期限の居住への同意を推論することができる。最後に、M が米国で仕事をしようとした一方で、家族が生計のために頼った経済基盤は完全にイスラエルに残っていた。こうした状況下で、地方裁判所が、両親は無期限の滞在に同意していたとの事実認定を控えたのは明らかに正しかった。

ただし、地方裁判所は「子が新しい場所に無期限にとどまることは（中略）子

の常居所立証の必要条件ではない」と推論した (Mozes, 19 F. Supp. 2d. 1115)。これは正しい。それは必要条件ではない。子が他に明確に立証された常居所を有しない場合は、限られた期間住むことを意図しただけの場所でも常居住者となることがある (A 事件他 (minors) (abduction: habitual residence), [1996] 1 All E.R. 24, 32 (Eng. Fam. Div.)—アイスランドの米軍基地に居を構えた家族は「他に自身の拠点を持っていなかった」—、Bates 事件、No. CA 122/89 p.10—3 か月間ニューヨークに居を構える前、子の生活は彼女の年齢が経験してきたものとしては最も移動の続くものだった—などを参照)。子の以前の常居所が両親の共通する意図によって事実上放棄された場合に同じことが当てはまる。ただし、そのような意図がない場合、この結論を「客観的事実が明白に指摘する」場合に限って、以前の常居所は取って代わられたとみなされるべきである (Zenel, 1993 S.L.T. 979)。これも無期限になると意図されていない滞在の過程で起こりうる (Johnson 対 Johnson 事件、No. 7505-1995 (Swed. Sup. Admin. Ct. 1996)—子はそこで 8 年間、米国で 4 年間過ごすとした監護交代の取り決めに基づき、子は 2 年以上母親とスウェーデンに住んでいた—などを参照)。

ここで認定された客観的事実は以下の通りである。

1998 年 4 月 17 日までに、子らは新しい家に慣れ、学校及び社会的、文化的及び宗教的活動にフルタイムで登録し参加していた。彼らは米国で 1 年間の学業を首尾よく終え、すぐに英語を覚え、新しい友人ができて、ビバリーヒルズでの新しい生活に慣れ、無事に成長していた (Mozes, 19 F. Supp. 2d 1116)。

これらの事実は、M.の子らは、地方裁判所が述べたように、米国で「極めて充実した 1 年」を過ごしたことを明らかに示している (同上)。だがそれらは、M.が子らの監護の権利を申し立てた時、彼らはイスラエルに常居所を有していなかったという結論を明白に指摘してはいない。

海外留学はよくある現象となり、世界中の何千もの家族が毎年参加する。年長の子らは組織化された交換プログラムを通じてそうすることもある。ロータリー及び AFS 青少年交換留学プログラムだけで 15 歳以上の生徒を年間 14,000 人以上外国留学させる (GOTOBUTTON BM_3_で入手できる情報を参照)。友人又は親族間の非公式な取り決めにはもっと年少の子らも含まれるだろう (A 事件 (Wardship: Jurisdiction), [1995] 1 F.L.R. 767, 770, 773 (Eng. Fam. Div.)—パキスタンで父親の家族と生活し勉強するために送り出された 8 歳の子は、1 年後に英国の常居所を失ってはいなかった—などを参照)。このように海外留学

した子は訪問する国との密接な文化的及び個人的絆を結ぶことが明らかに予想される——それこそが単に観光で短期間訪れるよりも 1 年間滞在させることの主眼点である。だが通常の見解では——両親及び子らによって共有される——1 年の終了とともに、生徒は母国での居住を再開する。これが予想されることでないなら、わが子に進んでこうした貴重な経験をさせる親はほとんどいないだろう。M の子らはこの通常の見解を抱いてイスラエルを出国し、母親が離婚申立を決意するまで、誰かがそれに異議を唱えた証拠はない。よって、この事例は「ばかげた結果」を避けるように、常居所変更の事実認定を要する類いの「厳然たる事実」を反映していない (Clive、注 7 (前掲)、145-46)。

地方裁判所は、一時的滞在が常居所変更を招いた多数の事例を基準として判決を下さなければならないと考えたようである (Mozes 事件、19 F. Supp. 2d 1114-15 (Zenel 対 Haddow 事件、1993 S.L.T. 975; Johnson 対 Johnson 事件、No. 7505-1995 (Swed. Sup. Admin. Ct. 1996)、A 事件他(minors) (abduction: habitual residence), [1996] 1 All E.R. 24 (Eng. Fam. Div.)、S 事件 (a minor) (abduction), [1991] 2 F.L.R. 1 (Eng. C.A.)引用) を参照)。これらのうち三つの事例は、ここに提示されたものとは相当異なる事実に基づく状況が関わっていた。

Zenel 事件及び A 事件他では、両親とも常居所と認められた場所で長期間いっしょに子と居住していた。Zenel 事件では、両親とも 15 か月間継続的にオーストラリアに住み、その間住んでいた家を修繕し、同国の別の場所に家をもう 1 軒買うことを検討していた (Zenel 事件、1993 S.L.T. 979 参照)。子をスコットランドに連れ去ることを突然決意する 5 か月前に、母親自身がオーストラリアで常勤の仕事についた (同上参照)。これらは通常なら裁判所に、家族側の常居所を構える確立した意図を認めさせる類いの客観的行動である A 事件他では、家族は 2 年間アイスランドでいっしょに生活し、裁判所は、滞在は無期限に続くと予想されていなかったものの、「他には自身の拠点を有していなかった」と認めた ([1996] 1 All E.R. 32)。

Johnson 事件では、子は合計 8 年間スウェーデンで過ごすという監護の取り決めに従って、そこで 2 年以上母親と暮らしていた (Johnson 事件 p.22 参照)。実際、監護の取り決めに従えば、子は定期的にそれぞれの親と交代で過ごし (同上 p.3 参照)、よって二つの常居所を有しただろう (Beaumont & McElevay 事件、p.4 (前掲)、110—そのような結論は一定の場合には理論上適切かもしれず、条約に基づく返還を求めないと主張—を参照)。よってスウェーデンでの常居所取得が両者によって検討されたのは確かであった。S 事件で

は、裁判所は、上記で我々が却下した立場をとった。子を 1 学年度海外で過ごさせるという合意は、わずか 4 か月後でも常居所の移転に十分である (S 事件、[1991] 2 F.L.R. 1, 20 参照)。

結論として、この事例における地方裁判所の常居所決定は、条約に基づく共通する親の意図の重要性に十分重きをおかないようなその用語の理解に頼ったようだ。M.の子らは 1997 年 4 月にはイスラエルに明らかに確立された常居所を有していたこと、及び地方裁判所は米国を選んでこの居所を放棄する意図を認めなかったことを考えれば、答える必要のあった問題は、単に子らがある意味でこの国に「適応した」かどうかではなかった。むしろ、条約に基づいて適切に審査すべきは、子らの家族及び社会環境の所在地として米国がイスラエルに取って代わったかどうかである。地方裁判所はこの問題に答えなかったので、我々は差し戻して、審査をさせなければならない。

第VI部

これらの残念なほど長引いた訴訟をできるだけ迅速に解決する必要性を考え (42 U.S.C. s. 11601(a)(4)—「条約の意味の範囲で不法に連れ去り又は留置された子は、条約で述べられた限られた例外が当てはまらない限り、直ちに返還される」—を参照)。裁判の効率性からは、地方裁判所が差し戻しで直面するかもしれない問題に我々が取り組むことが推奨される。地方裁判所が、適用可能な原則についての我々の議論を検討後に、子の常居所は 1998 年 4 月 17 日までに米国に移っていたという判決を再確認するなら、この事例はそこで終わるべきである。対照的に、地方裁判所が、事実はそのような事実認定を保証しないと判断する場合は、一連の追加的疑問を解決しなければならないだろう。これらの一つ目は、留置がイスラエルの法律に基づき A.のものとする監護の権利を侵害したかどうかである。一部の管轄権は親の監護の権利を共同及び個別と認識するので、外国の管轄権においては子の一方的留置を条約に基づいて救済できないこともありうる (Beaumont & McElevy 事件、p.4 (前掲)、62 参照。p.6-7 (前掲) 参照)。これが当てはまる場合に限り、留置は条約第 3 条に基づいて不法である (条約第 3 条及び第 19 条 I.L.M. 1501 参照)。

条約第 14 条は、この問題に答えるために常居所を有する国の法律を直接に考慮することができるように定めている。要請を受けた国の司法当局又は行政当局は、第 3 条に規定する不法な連れ去り又は留置があったか否かを確認するに当たり、子が常居所を有していた国の法令及び司法上又は行政上の決定 (当該国におい

て正式に承認されたものであるか否かを問わない) を、当該法令に関する証明のため又は外国の決定の承認のために適用されうる特別の手續によることなく、直接に考慮することができる (Convention, art 14, 19 I.L.M. 1503)。

同じく、適用可能なイスラエルの法は「自身の後見の範囲内のいかなる問題においても、両親は同調して行動するものとする」と述べている (Capacity and Guardianship Law, 1962, 16 L.S.I. 106, 108 (1961-62) (Section 18))。当時、常居所を有する国以外の国で子らに対する単独の監護の権利を求めることによって、M は「同じく法律で守られている他方の親の権利を無視し (中略) それらの通常の行使を妨害した」 (Perez-Vera 報告書、p.3 (前掲) 、p.71) 。子と同居していない親が後見の範囲内の問題について合意しない場合、イスラエルの裁判所は子らの最善の利益のために決定する (Capacity and Guardianship Law, 16 L.S.I. 109-10 (Section 25) 参照) 。子らの常居所を有する国ではなく米国でこの決定を求めることによって、M はまさに条約が防ごうとしたことを行った (Perez-Vera 報告書、p.3 (前掲) 、p.13, 16 参照) 。M が監護の権利を求めるまで、A が親権を行使し責任を果たしていたことにも疑いはない。地方裁判所が注目したように、彼は家族との定期的接触を保ち、数回にわたって彼らを訪ね、「カリフォルニア州で妻及び子らを養うのに必要な全ての資金を提供した」 (Mozes, 19 F. Supp. 2d 1111) 。これは、1998年4月17日に子らの常居所がまだイスラエルにあったのであれば、彼らのここでの留置は条約に基づいて不法であり、米国は第 12 条に基づいて彼らの即時返還を命じて、イスラエルの裁判所が監護の問題を検討できるようにすることを義務づけられることを意味する。地方裁判所が本件に判決を下した後、上訴中に、ロサンゼルス上位裁判所は、地方裁判所で A の申立について係争中だった、監護権手続の仲裁裁定に入ったという事実について、我々は裁判所による確知を行う。条約第 16 条は直接関係のある部分で、「子が自国に連れ去られ、又は自国において留置されている締約国の司法当局又は行政当局は、当該子が第 3 条に規定するところにより不法に連れ去られ、又は留置されている旨の通知を受領した後は、この条約に基づいて子が返還されないことが決定されるまで (中略) 監護の権利の本案についての決定を行わない」と定めている (条約第 17 条及び第 19 条 I.L.M. 1503 (強調追加)) 。M の子らを条約に基づいて返還しなければならないかどうかまだ決定されていないので、上位裁判所の監護命令は時期尚早である。上位裁判所、又は差し戻された地方裁判所は、条約の遵守を確実にするために適切な措置を講ずるものと我々は仮定する。

地方裁判所は、上位裁判所の保護命令又は子らのカリフォルニア州からの連れ去りを禁ずる自らの命令を無効にすることを、ルーカー・フェルドマン法理に

よって禁じられていないことは注目に値する（*Rooker 対 Fidelity Trust Co.*事件、263 U.S. 413, 415-16 (1923)—連邦地方裁判所の元々の管轄を越える州裁判所からの直接上訴に対する連邦法の管轄権を考える—、*District of Columbia Court of Appeals 対 Feldman* 事件、460 U.S. 462, 486-87 (1983)—下級連邦裁判所の管轄を越えて州裁判所がすでに判決を下したものと「不可分に結びついた」訴え—を参照）。この法理は議会の意図の一つであって、憲法上の指示ではないので、議会が連邦裁判所に具体的に管轄権を与える場合、この法理は適用されないことになる（*Gruntz* 事件、202 F.3d 1074, 1078-79 (9th Cir. 2000)（大法廷）—法令による身柄提出令状及び破産法を通じて、議会は、州裁判所及び破産関連犯罪の判決について連邦の担保見直しを認めていることに注目—などを参照）。この場合、議会は条約に基づいて生ずる権利を主張する管轄権を連邦裁判所に明白に与える（42 U.S.C. §11603(a)参照）。したがって、連邦裁判所は州の監護決定及び条約に違反するその他の州裁判所命令を無効にする権限を持たなければならない。

ただし、条約第 13 条は、不法に留置された子を、常居所を有する国へ返還する義務に一定の例外を定めている。

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、施設その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、また、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（条約第 13 条及び第 19 条 I.L.M. 1502）。

地方裁判所は第 3 条に基づく不法な留置はなかったと判断したので、これらの

例外のいずれかが適用可能かどうか検証する機会はなかった。不法の疑いがある留置又は連れ去りの直前の状況に対する裁判所の審査を制限する第 3 条とは異なり (p.6 (前掲) 参照)、第 13 条の例外のうちの一つ——すなわち、身体的若しくは精神的な害の危険及び成熟した子による返還の拒否——は子の返還が命じられる時の状況に左右される。残る例外は明らかに適用できない。上記で指摘したように、地方裁判所は、留置まで A. は親権を行使し続けていたと認めた (p.44 (前掲) 参照)。彼がそれ以来子の返還を求めて継続的に法廷で争ってきたことを考えれば、彼は明らかに彼らの留置の「後に黙認」しなかった (条約第 13 条及び第 19 条 I.L.M. 1502)。地方裁判所は不法な留置が起こったと認めるのであれば、これらの例外のいずれかが適用可能かどうか直ちに決定しなければならない。これらのうちの最初の決定をするにあたって、地方裁判所は、最終的な監護の問題を判断するのでもなければ、子らのイスラエルへの永続的返還を決定するのでもないことに注意しなければならない。その決定は適切なイスラエルの法廷で下されるだろう。地方裁判所は、イスラエルの裁判所が監護の決定を下すに十分なほど長く子をイスラエルに返還することが彼らにとって身体的若しくは精神的に危険かどうかについてのみ決定し、危険でなければ、直ちに子らのイスラエルへの返還を命じなければならない。

よって本件を破棄し差し戻す

命令を直ちに交付するものとする (Fed. R. App. P.2)。

[脚注 1] カリフォルニア州北部地区地方裁判所判事 Susan Y. Illston 氏が指名により務める。