
<http://www.incadat.com/> ref.: HC/E/USf 530

[05/08/2003; United States Court of Appeals for the Eighth Circuit; Appellate Court]

Silverman v. Silverman, 338 F.3d 886 (8th Cir. 2003)

連邦控訴裁判所

第 8 巡回区

No. 02-2496

ミネソタ地区連邦地方裁判所からの上訴

上訴人 R.S. 対 被上訴人 J.H.S.

提出日 2003年4月16日

申立日 2003年8月5日

Loken 主席判事、Heaney、McMillian、Bowman、Wollman、Beam、Morris Sheppard Arnold、Murphy、Bye、Riley、Melloy、Smith 巡回区裁判所判事ⁱ

Beam 巡回区裁判所判事に、Loken 主席判事、Bowman、Wollman、Morris Sheppard Arnold、Riley、Smith 巡回区裁判所判事が参加

R.S. (以後 R) は地方裁判所の裁定を不服とし、合衆国政府が国際的な子の奪取救済法 (42 U.S.C. § 11601-11610、ICARA) により施行した、国際的な子の奪取の民事上の面に関するハーグ条約 (ハーグ条約、19 I.L.M. 1501、1980 年) に基づいて上訴している。子らが連れ去られた当時の常居所がイスラエルであり、たとえイスラエルに連れ戻されたとしても重大な被害の危険性はないと認定し、地方裁判所の判決を破棄する。

I. 背景

地方裁判所によると、R.S.と J.H. (以後 J) は 1988 年にイスラエルで出会い、1989 年にワシントン州シアトルで結婚した。彼らは合衆国中を移動し、2 人の子、S と J をもうけたⁱⁱ。一家はミネソタ州プリマスに住んでいたが、1999 年

の7月末にイスラエルに移住することになったⁱⁱⁱ。地方裁判所では、イスラエルへの移住はJの発案であり、家族を推したのも彼女だったということを、RもJもともに証言した。彼らは1999年1月にミネソタの家を売り、Rはイスラエルへのアリーヤー（移住）を申請した^{iv}。そしてすべての所有物とペットをイスラエルへ送った。RとJは永久移住の準備をしていたが、Jは地方裁判所に対し、自分は移住には複雑な思いを持っていたが、夫婦仲を修復する最後の努力としてやりぬいたと述べた^v。

RもJもイスラエルで職を得た。一家は1999年11月まで親戚とともにイスラエルで暮らしたが、それから1年契約でアパートを借りた。1999年10月、Jはミネソタ州で破産を申告するために合衆国へ戻った。その月の終わりにJはイスラエルに戻り、RがTazav Ikuv（禁止命令）を取得し、そのため彼女はイスラエルを離れられなくなったこと、またRが子らのパスポートと出生証明書を自分の父の貸金庫に入れてしまったことを知った。この時点でRはJに、彼女がマサチューセッツの男性と浮気をしていることを知っていたことを伝えた。結婚生活をやり直すことを決めた後の1999年11月3日に、Rは禁止命令を取り消した。Rは1999年10月から2000年6月の間、Jが子を連れてイスラエルを離れることを許さなかったと地方裁判所に証言した。Jは、この間Rが自分を脅し、暴力をふるい、抑圧しようとしたと証言した^{vi}。2000年1月、JとRは破産手続きを完了させるため、子を連れずにミネソタへ戻った。ふたりとも、自分たちの本籍はミネソタ州プリマスであると宣誓した。その後彼らはイスラエルに戻った。2000年4月、RとJは1999年の所得税の夫婦合算申告書に署名し提出したが、そこには彼らの住所はミネソタ州プリマスと記載されていた。

イスラエルにいる間に、Sは小学校に、Jは保育園に入った。彼らは友だちを作り、ヘブライ語を話すようになり、学校でうまくやっていた。Sは学校の課外活動にも参加した。この間、Jはイスラエルの弁護士と相談しており、イスラエルでRと離婚した場合、ラビ法廷では彼女が子の養育権を取ることは恐らくできないと言われていた^{vii}。Rはこの相談のことを知り、ラビ法廷に離婚を申し立てた。彼は後にこの手続きを取り消している。

2000年6月末、Jは夏の旅行と称して子らを連れ、合衆国へ向けてイスラエルを離れた。往復のチケットを買っていて、帰りは2000年8月30日の予定だった。出発前の空港で、RはJを脅した。明らかに彼女が子とともに戻ってこないことを懸念してのことだったが、その恐れはすぐに現実のものとなった。彼女は、イスラエルに戻らないことを決めたのは空港でのこの瞬間だったと証言

した。2000年8月10日、JはRとの法的な離婚と2人の子の監護権を、ミネソタ州州裁判所に申し立てた。Rはイスラエルで出廷命令を受けた。Rは直ちに、州裁判所には監護権の問題を審理する権限はないとして、訴訟の棄却を求めた。ハーグ条約と ICARA が求める「不法な連れ去りと留置」及び「常居所」の判断、すなわちイスラエルと合衆国のどちらが子の監護権の問題を審理する権限を持つかの判断が、まだなされていなかったからだ^{viii}。

記録によると、2000年8月24日、Jのミネソタでの訴訟が開始されて14日後に、Rは全米失踪・被搾取児童センター（NCMEC）とともに、ハーグ条約に基づいて、イスラエルに「連れ去られた子の返還要請」を申し立てた。2000年9月22日、NCMECはRのイスラエルの弁護士に連絡を取り、Jの連れ去り又は留置が、ハーグ条約のいう違法なものであるかに関して、イスラエルの裁判所の判断を得るよう求めた。その後すぐに、Rはイスラエルで当該の判断を求めるハーグ条約の申立書を提出した。イスラエルに加え、Rは2000年10月5日にミネソタ地区連邦地方裁判所でハーグ条約の申立書を提出し、条約の下での子のイスラエルへの返還を求めた。Jはこの件に関し、2000年10月10日に個人的に出廷命令を受けている^{ix}。この申し立てや送達以前には、監護権の問題については何ら決定はなされていなかった。実際のところ、ミネソタ州の第一審裁判所の最終命令が下ったのは、その約7か月後のことだった。

2000年10月17日、Rのハーグ条約の申し立て通知にもかかわらず^x、州裁判所の裁定人は、Jに暫定的な子の監護権を認める中間行政命令を出した。Jはこの暫定命令を盾にして、2001年2月に子とともにマサチューセッツ州に移住し、恋人と暮らすことを決めたと証言した。その後彼らは移住した。2000年10月17日の暫定命令から1か月以内に、Jの要求に応じて、地方裁判所は連邦のハーグ条約の申し立てを不審理として棄却した（Silverman 対 Silverman 事件の判例（No.00-2274、2000年11月13日ミネソタ地区連邦地方裁判所））。しかし我々は、ハーグ条約の申し立て訴訟には不審理は適用されないとし、この件を予備審問のために破棄差し戻した（Silverman 対 Silverman 事件の判例（267 F.3rd 788, 792、2001年第8巡回区））。2000年11月16日、州の監護権の問題も連邦のハーグ条約の問題も合衆国の多数の裁判所で係属中であつたが、イスラエルの裁判所は、ハーグ条約の規定どおりイスラエルがSとJの常居所であり、Jが子らをイスラエルに戻さないのは、明らかに条約に反した不法な留置の証拠であると裁決した^{xi}。この判決の写しが、ハーグ条約第15条に基づき合衆国で使用するために、同条約第6条及び第7条に基づくイスラエル中央当局に与えられた^{xii}。2001年5月4日、ミネソタ州の第一審裁判所は、子の全

監護権は J に、R にその支援を、そして弁護士費用は J に求める最終決定を登録した。この命令では、ハーグ条約の訴訟は係属中であると明確にしながらも、裁判所は監護権の問題をミネソタ州法のみを適用して判断した。州裁判所は、ハーグ条約及び ICARA で要求、規定されている、子の「常居所」も「不法な連れ去り又は留置」の問題も判断しなかった。実際、それは求められていなかった。裁判所は、J に子の監護権と支援を認めるに際し、ミネソタ州法 § 518 D. 102 を参照し、ミネソタが子らの「故郷」であるとした。セクション 518D.102(h)には、「故郷」とは「子が両親とともに（中略）子の監護権の手続きが開始される直前の少なくとも連続 6 か月間生活した州であり、（中略）一時的な不在は、（中略）この期間に含まれる」と定義されている。「州」は制定法で定義されており、50 の州とコロンビア特別区、プエルトリコ、ヴァージン諸島、及び合衆国属領しか含まれていない。よってミネソタ州法における「故郷」の定義は、ハーグ条約の「常居所」の定義と同じではない。ミネソタ法では、イスラエルが子らの「故郷」と認められるはずはないからだ。

2001 年 5 月 4 日の判決に対し上訴はなかったが、2000 年 10 月 17 日の中間命令の後、R は 2000 年 10 月 27 日に、暫定命令の実施を規制するミネソタ州上訴裁判所の禁止令状を求めた。しかしこの要求が審理される前に、連邦地方裁判所は、2000 年 11 月 13 日の不審理及び棄却命令を登録していた。先に述べたとおり、後に当裁判所によって破棄された命令である。ミネソタ州第一審裁判所の命令の本案審査や、ハーグ条約を含めた連邦法の問題を考慮することなく、ミネソタ州上訴裁判所は、連邦裁判所の棄却を基に、禁止令状の申し立ては争訟性がないと否定し、R はハーグ条約の申立書をヘネピン郡（ミネソタ州）裁判所に提出できると明示した（Silverman 対 Silverman 事件の判例（Order C2-00-1879、2000 年 11 月 21 日ミネソタ州上訴裁判所））。そして今日まで、R も J もミネソタ州の裁判所にハーグ条約又は ICARA の判断を求めている。また、いかなる裁決機関も当該の判断をしていない。

2002 年 5 月 9 日、連邦地方裁判所は、R のハーグ条約の申し立てに関して J を支持する判断を下し、ミネソタが子らの「常居所」であるとした^{xiii}。又、たとえイスラエルが彼らの常居所であったとしても、ハーグ条約第 13 条(b)の例外として彼らをイスラエルに戻すには、重大な危険性があるとした（Silverman 対 Silverman 事件の判例（No. 00-2274、2002 WL 971808、2002 年 5 月 9 日ミネソタ州連邦地方裁判所））。R はこの決定について上訴した。

II. 議論

A. Rooker-Feldman の原則

始めに、この訴訟の申し立てへの **Rooker-Feldman** の原則の妥当性と適用可能性について述べておく。これは当事者ではなく、裁判所自体が口頭陳述において示した問題であり、この J による申し立てにおいて初めて議論が前進した。厳密に言うと、**Rooker-Feldman** 問題とは、2001 年 5 月 4 日の州裁判所の判断は、連邦地方裁判所で R が示したハーグ条約と ICARA の矛盾を検討、審査する事物管轄権を連邦下級裁判所から奪ったのかということである。我々は当該原則は適用できないと認定する。

Rooker-Feldman の原則では、下位の連邦裁判所は、州裁判所の最終判決を審査する管轄権を持たないとしている（コロンビア地区上訴裁判所対 **Feldman** 事件の判例（460 U.S. 462,476、1983 年）、及び **Rooker** 対 **Fidelity Trust Co.** の判例（263 U.S. 413,416、1923 年）。「議会の立法の下では、最高裁判所以外の合衆国の裁判所は、州裁判所の判決を破棄又は修正することはできない（以下省略）。」（**Rooker**（263 U.S. の 416）、合わせて 28 U.S.C. § 1257 を参照すること。）しかし、このような単純な規則を適用することは、複雑且つ困難であることがわかっている。この原則は実際のところ、上訴事物管理権、争点効と既判力、そして恐らくは不審理の概念の混合流体だからだ。これは州裁判所の判決に対する率直な審査だけでなく、「州裁判所の判決を揺るがそうとする、連邦の原告側による間接的な試み」にまで及ぶ（**Lemonds** 対セントルイス郡事件の判例（222 F.3d 448, 492、2000 年第 8 巡回区裁判所））。訴訟に **Rooker-Feldman** の原則を適用するか決定には、当該の申し立てがすでに州裁判所で判決が出ている申し立てと「密接に絡み合っている」かどうかを、連邦裁判所が判断しなければならない（同上 492-93）。「『連邦裁判所へ持ち込まれた申し立てが、州裁判所が誤った判断をしたという場合にのみ成功するのであれば、』それは州裁判所の判決と密接に絡み合っている」（**Ballinger** 対 **Culotta** 事件の判例（332 F.3d 546, 549、2003 年第 8 巡回区裁判所、**Lemonds**（222 F.3d の 493）を引用）。「地方裁判所が、原告が有利になるために州裁判所は間違っているとしなければならない場合、その問題は（中略）密接に絡み合っている」（**Doe & Assocs. Law Office** 対 **Napolitano** 事件の判例（252 F.3d 1026, 1030、2001 年第 9 巡回区裁判所））。

複数の解説者によると、**Rooker-Feldman** の分析は、連邦法優越条項、全面的な信頼と信用の概念、及び独立州の権利への礼讓と尊敬に関する議会の懸念に

部分的な影響を受ける (U.S. Onst. 第 VI 条§1, cl. 2 及び第 IV 条§1 を参照)。合衆国の「下位裁判所」の事物管轄権は、議会法によって割り当て及び制限される (同上第 III 条§§1 & 2)。この議会権限に作用しているのは、以下の判例である。

連邦裁判所の管轄権を規制する一連の議会法の方針は、[] 厳格解釈を求めるものである。(中略) 州政府の独立の権利を連邦裁判所を動かすものとして考慮することは、連邦裁判所が自身の管轄権を、制定法が定めた的確な範囲に誠実に制限することを求める。(Breuer 対 Jim's Concrete of Brevard, Inc. 事件の判例 (123 S. Ct. 1882, 1886、2003 年)、変更は原文、引用部分を省略)

Rooker 及び Feldman は、議会がこの方針を適用するに当たって、州裁判所の判決を直接審査する問題についての連邦の事物管轄権を、最高裁判所に限定していることに留意した (Rooker (263 U.S. の 414、1916 年 9 月 6 日修正の Judicial Code, § 237 を引用)、及び Feldman (460 U.S. の 464、28U.S.C. § 1257 を引用))。このこと及び Rooker-Feldman の判断は、本来の管轄権の明確な付与に基づき連邦地方裁判所が下した判断を連邦控訴裁判所が審査することを、議会が禁止しているという意味ではない。本来の管轄権の競合的付与が、州及び連邦裁判所双方にある場合もである (28 U.S.C. § 1291 を参照)。

議会はハーグ条約という国際条約を、合衆国憲法の「国の最高法」の一部として採択した (U.S. Const. 第 VI 章§1, cl. 2、及び Asakura 対 City of Seattle 事件の判例 (265 U.S. 332, 341、1924 年))。そして議会は、ICARA の制定を以てハーグ条約を施行した。ICARA はハーグ条約の下で生じる訴訟に関する本来の競合管轄権を州及び合衆国の裁判所に付与しているが (42U.S.C. § 11603(a))、ハーグ条約及び ICARA の複数の規制は、両独立州の裁判所にこの管轄権を付与するとしている。州裁判所であれ連邦裁判所であれ、まず全面的な信頼と信用が先行する判決に与えられる。ただしその判決が、ハーグ条約と ICARA の調査に従ったハーグ条約の申し立ての判決により生じた場合に限られる (42 U.S.C. § 11603(g)、及び Holder 対 Holder 事件の判例 (305 F.3d 854, 864、2002 年第 9 巡回区裁判所) などを参照)。先に述べたように、R も J もミネソタ州の裁判所にハーグ条約又は ICARA に関する判決を求めているし、どの州裁判所も行っていない。よって 2001 年 5 月 4 日のミネソタ州裁判所の命令は、§11603(g)の全面的な信頼と信用に値するものではない。又、Rooker-Feldman の原則は、ICARA に基づく連邦法への本来の管轄権の付与、又は §1291 に基づく当裁判所の上訴管轄権を覆さない。

Holder 事件の判例において第 9 巡回区裁判所は、この問題についてわずかに異なる文脈で対処している。カリフォルニア州州裁判所が、原告には議論の余地があるかもしれないが、子の監護権に関する決定をしハーグ条約の手続きの必要がなくなったとき、**ICARA** の訴訟は係属中ではなかった。第 9 巡回区裁判所はこれに同意せず、「これはハーグ条約と **ICARA** が生み出したまさにその構想を揺るがし、（連邦地方裁判所における）ハーグ条約の申し立てが州裁判所の監護権の決定により妨げられることを支持するものだ」と適切に述べている（305 F.3d の 865（強調は原文による））。確かに、ハーグ条約の第 16 条は以下のように述べている。

不法な連れ去りの通告を受けた後（中略）、子が連れ去られた先又は留置されている締結国（合衆国）の司法（中略）当局は、本条約の下で子が返還されないことが決定するまで、或いは本条約に基づいた申し立てが（州裁判所から）通知を受けた後、適切な時間内に行われなかった場合を除き、監護権の本案を判断しないものとする。

さらに、脚注 8 で述べているように、ハーグ条約第 16 条は、連れ去られた先の国（ここでは合衆国）は、**ICARA** によるハーグ条約の手続きにおいてイスラエルが子らの常居所でないと判断されない限り、監護権に関して判断してはならないとしている。

Mozes 対 Mozes 事件（239 F.3d 1067, 1085 n.55）では、これと似た訴訟について、**Kozinski** 判事は以下のように述べている。

（連邦）地方裁判所が（カリフォルニア）最高裁判所の監護権に関する判決を無効にすることが、**Rooker-Feldman** の原則によって妨げられることはない。原則は議会的な性質のもので、法的な強制ではないのだから、議会が明確に連邦裁判所に管轄権を付与している場合には、この原則は適用されない。

我々はこれに同意する。州裁判所の監護権に関する決定は、連邦裁判所に明確に付与された議会で採択された方針や手続きの問題を判断及び審査するための管轄権に勝る、という J の遅咲きの議論は擁護できない。**Rooker-Feldman** の原則は、この訴訟の状況においては適用されない。

たとえ J が **ICARA** の下でハーグ条約による救済を州裁判所に求めるとしても、

Rooker-Feldman の原則は不適切であろう。州裁判所の最終命令は、議会により付与された事物の下で発生しており、当然、**ICARA** のセクション 11603(g) に基づく全面的な信用と信頼、そして恐らくは、必要であれば、連邦コモンローの理論に基づく既判力と争点効の保護に値する。しかし、**Rooker-Feldman** による管轄権の制限は、必要でもなければ適用もできない。

Rooker-Feldman の原則がこの訴訟に適用できるとすると、連邦管轄権は州と連邦の訴訟における問題が、同じ又は「密接に絡み合っている」場合にのみ、剥奪されるだろう (**Lemonds (222 F.3d の 492-93)**)。問題は、連邦地方裁判所が同じ、又は地方裁判所で以前に判断されたものと似たような問題について審査を要請されたかということだろう。しかし地方裁判所は、州の監護権に関する決定の本案、又は州法により子の監護権を決定するための州裁判所の管轄権さえも審査することを主張しなかった。よって、絡み合いはなかった。厳密に言う、ミネソタ州の決定、すなわち裁判官の暫定命令、第一審判事の最終命令、及びミネソタ州上訴裁判所の判決が扱ったのは、離婚、子の監護権及び支援、そして恐らくは末梢の限られた手続き上の、(国家間ではなく) 州間の管轄権の問題だけであった^{xiv}。他方、地方裁判所は離婚、監護権、又は支援の本案について、何ら決定を下さなかった。決定を下す行為は、先に述べたとおり、ハーグ条約の訴訟においては不適切だっただろう。地方裁判所が行った唯一の判断は、J が子らを「常居所」から、**ICARA** の採択したハーグの条約に違反して「不法に連れ去り、留置した」かどうかということであった。したがって地方裁判所は、たとえ最も広義の **Rooker-Feldman** の原則によっても、こうした判断を行う管轄権を剥奪されることはなかった^{xv}。

最後に、2001年5月4日の州裁判所の判断は、地方裁判所の措置以外の理由で、その有効性が疑わしい可能性がある。2000年11月16日のイスラエル裁判所の命令は、子の常居所をイスラエルとすることもイスラエルからの不法な連れ去りも認めており、ハーグ条約と **ICARA** の下で合衆国においても執行可能だったからだ。イスラエル裁判所の命令は、イスラエルの中央当局がハーグ条約第15条の下で合衆国で使用するために、命令書の写しの提出を指示していた。このような認定と提出について、ハーグ条約の第16条はミネソタ州が子の監護権の問題を判断することを明確に禁じている。

B. 審査の基準

地方裁判所がハーグ条約の問題を判断する管轄権を持つとしたうえで、我々は

この申し立てにおいてどの判断基準を用いるべきかを考える。両当事者とも「重大な被害の危険性」の判断について再審査が必要だとしている。争点は、地方裁判所が常居所を決定する際の審査の基準にある。

当裁判所は、ハーグ条約の下での常居所の決定に関する審査基準を明確にしていない。J 及び反対派は、常居所の決定は事実問題の 1 つであり、明らかな間違がある場合に審査されるべきだとしている。我々はこれについて、第 9 及び第 3 巡回区裁判所が常居所の決定では事実と法の混合問題が生じる故に再審査が必要としたことに基づき、同意しない (Mozes (239 F.3d の 1073)、及び Feder 対 Evans-Feder 事件の判例 (63 F.3d 217,222 n.9、1995 年第 3 巡回区裁判所、「常居所の決定は純粋な事実によるものではなく、(中略)歴史的、報告的な事実に対し法的な基準を適用する必要がある。ゆえにそれは法的な結論、或いは少なくとも法と事実の混合問題についての決定である。」))。

我々は、常居所の決定は事実に基づかなければならないこと、そしてその事実はそれぞれの状況によって大きく異なることを認識している。しかし地方裁判所の常居所の決定に、法的原則が欠けているわけではない。それは制定法や確立した法的先例を参照せずに決定されるような、純粋な事実の問題ではない。客観的な基準が含まなければならない。そして「常居所」は、相当な理由の判断と類似した法的原則への事実の適用であれ^{xvi}、「二次的な事実へ法的原則を適用したことによる究極的事実」(McNeilus Truck and Mfg., Inc 対 Ohio ex. rel. Montgomery 事件の判例 (226 F.3d 429, 437、2000 年第 6 巡回区裁判所)) であれ、必然的に上訴の再審査の対象となる決定である。

Mozes 事件の判例において裁判所が指摘したとおり、親が常居所や不法な連れ去り及び留置に関する法の立場を判断するのは避けられない (239 F.3d の 1072-73)。常居所が純粋に事実の問題として扱われる、すなわち個々の訴訟に特有の個々の状況において個々の判事が判断するのであれば、親は子が海外に行くのを認めることで、或いは別居中の配偶者との海外旅行を認めることで、自分が監護権を失う危険性があるのかを判断はもちろん推測することもできない。こうした不確かさのため夫婦関係に問題のある親は、子が片方の親と旅行に行くことや、他国にいる家族と関係を保つのを認めなければならない。議会は、訴訟にはこうした結果を防ぐ一貫性があると考えていたに違いない。確かに合衆国の立法者が、市民を海図に載っていない海に投げ出すつもりだったとは思わない。したがって、常居所は再審査の対象となる法的決定であるというというのは正しい判断であるだけでなく、ハーグ条約及び ICARA の文脈における正

しい政策判断であると考える。

C. 常居所

ハーグ条約には 2 つの目的がある。(1) 「いずれかの締約国に不法に連れ去られ、又はいずれかの締約国において不法に留置されている子の迅速な返還を確保すること。」(2) 「一の締約国の法令に基づく監護の権利及び接触の権利が他の締約国において効果的に尊重されることを確保すること。」(19 I.L.M. 1501、第 1 条)である。ハーグ条約は、「常居地」からの「不法な連れ去り又は留置」から子を守る。ハーグ条約では、不法な連れ去りを以下のように定義している。

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。(同上第 3 条)

一般的に、「不法な連れ去り」とは、監護権を実際に行使している人から子を取り上げることを指す。「不法な留置」とは、監護権を実際に行使している人の同意なく、子を留め置く行為を指す。こうした行為の典型は、監護権を持たない親が、認可された面会期間の終了時に子を戻すことを拒否することである。

(51 Fed. Reg. 10494)

J は、自分が R の許可なく子らを合衆国に留め置いていることを認めた。又、R が監護権を行使しており、この連れ去りがなければ、彼はイスラエルで監護権を行使し続けていたであろうということも認めている。しかし彼女は、連れ去りは子らの「常居所」の国からではなく、したがってハーグ条約は適用されないと主張している。地方裁判所は彼女の主張に同意している (Silverman (2002 WL 971808))^{xvii}。

「常居所」はハーグ条約又は ICARA の文脈では定義されていない。しかしハーグ条約の本文は裁判所に対し、常居所の決定においてはある一時点のみを参照するよう指示している。それは「連れ去り又は留置の直前」の時点である

(第3条)。加えてハーグ条約の本文では、親ではなく、子の常居所が示されている(同上)。常居所は1か所のみであり、居住地と混同してはならない(Nunez-Escudero 対 Tice-Menley 事件の判例(58 F.3d 374, 379、1995年第8巡回区裁判所)、及び Friedrich 対 Friedrich 事件の判例(983 F.2d 1396, 1401、1995年第6巡回区裁判所、以後は「Friedrich I」と表記))。「裁判所は、親ではなく子に注目し、将来の意向ではなく過去の経験を調査しなければならない」(Nunez-Escudero (58 F.3d の 379、Friedrich I (983 F.2d の 1401) を引用)。常居所は、地理的変化及び時の経過によってのみ変更されうる(同上)。

「常居所」には何かしらの「定住意向」が含まれなければならないとしている点では、連邦裁判所に同意できる(Feder (63 F.3d の 222-23))。この定住意向とは、新しい場所に永遠に居住することである必要はない。しかし家族の場合は、「定住と呼ぶにふさわしい程度の継続性」がなければならない(同上 223、In re Bates (No. Ca 122-89, 1989年英国王立裁判所高等法院家事部)を引用)。加えて定住意向とは、大人の意向も考慮されるものの、子の視点からのものでなければならない(Feder (63 F.3d の 222)、及び Friedrich I (983 F.2d の 1401))。

S 夫婦の常居所がミネソタからイスラエルに移っていないと判断する際に、地方裁判所は事実認定を列挙した。(1) R と J はイスラエルへの移住に先立ち、ミネソタの家を売却した。(2) J は子らを育てるために、イスラエルに移住したかった。(3) 移住は両親によって、永久的なものとされていた。(4) 一家は移住に先立ち、家財をイスラエルに送っていた。(5) 一家はイスラエルでアパートを借りていた。(6) 子らはイスラエルの学校に入り、そこでの活動に参加していた(Silverman (2002 WL 971808 の 2-3))。こうした認定を改める必要はない。地方裁判所はこれらの事実を、J は Tzav Ikuv により 1999 年の 10 月から 11 月までイスラエルを去ることができなかった、そして R は 1999 年の 10 月から 2000 年の 6 月まで J が子らとイスラエルを離れることを許さなかったという事実判断につなげた。地方裁判所はこれらの事実をハーグ条約に適用し、イスラエルへの移住当時の意図や、表向きは永住するとしていたにもかかわらず、合衆国へ戻りたいという J の一方的な希望が、1999 年 10 月以降にあったとされる暴力と相まって、常居地の確立に必要な定住の意図を消滅させた、という判断を出した。地方裁判所は誤った。

裁判所は、J が子らをイスラエルから連れ去った時点での子らの常居所を、彼らには常居所は1つしかないということを念頭に置いて検討すべきであった。

裁判所は子らの視点から、所有物やペットを含む一家の地理的移動、時の経過、一家が以前の住宅を放棄し売ったこと、イスラエルへの移民を対象とした手当の申請と確保^{xviii}、子らの学校への入学、そしてイスラエルへの移住時点での両親の意図をある程度含めて、定住意向の度合いを判断すべきであった。こうした事実を公平に審理すると、子らの常居所に関して許容できる判断は一つだけ導かれる。すなわち、彼らの常居所はイスラエルである。

第 9 巡回区裁判所は、地方裁判所が直面したまさにその状況を予期していた。

片方の親が移住に不安を持っているにも関わらず、1 単位の家族として常居所を変更するための定住意向を示していると裁判所が認める事例がある。これはもっとも一般的には、新たな国で住まいを持とうとしている状況で、両親と子がともに移住する際に起こる。ある国での常居所を放棄し別の国でそれを取得するために、家族が一緒になってあらゆる手段を講じていると裁判所が認めた場合、片親の移住に関する躊躇によって共有された定住意向の認定が阻害されるのを、裁判所は一般的に好まない。(Mozes (239 F.3d の 1076-77))

Feder 事件において第 3 巡回区裁判所は、これと似た事実を持つ訴訟における、常居所に関する第一審裁判所の決定を破棄した (63 F.3d の 220 と 224) 。両親は息子とともにオーストラリアへ移住した。父親はそこにとどまるつもりだったが、母親は自分の結婚生活とオーストラリアに疑念を持っていた。家族はアメリカの家を売りはしなかったが、オーストラリアで家を買った。オーストラリアへ移住して 6 か月後、母親は「休暇」で息子を合衆国へ連れて行った。そしてそこでの滞在中に、離婚と監護権の申し立てを行った (同上) 。第一審裁判所は、息子の常居所は合衆国であると認定した。母親がオーストラリアへとどまることを、はっきりとは決めていなかったからだ。第 3 巡回区裁判所は、両親の意図と息子の生活スタイル (オーストラリアの学校に入学済み) を鑑みる必要があるとして、これを棄却した。オーストラリアにいる間に結婚生活が終わった場合は合衆国へ戻るとしていた母親の計画は考慮しなかった (同上) 。これらの事実は今回の訴訟と類似しており、我々は、移住を躊躇している片親が定住意向を無効にすることは、子の視点からしてありえないとした第 3 巡回区裁判所の判断に合意する。

地方裁判所は、J がまず最初にイスラエルで離婚を試みていることを、これを裏付ける記録があるにもかかわらず、考慮していない。特に、躊躇していたのはイスラエルでの生活ではなく、結婚生活の可能性が原因だったという彼女自

身の証言もある。しかし彼女は、イスラエルで弁護士に相談した際に、イスラエルのラビ法廷では彼女は子の監護権を失うと言われている。**Rydder 対 Rydder 事件** (49 F.3d 369, 372, 1995 年第 8 巡回区裁判所) において、当裁判所は「常居所」の問題についてハーグ条約の主目的「旧状を回復し、両親がより同情的な法廷を求めて、国境を越えることを妨げる」を参照し対処している。当裁判所は、子らをポーランドの父親の元へ帰すとした地方裁判所の決定を支持した。母親は結婚生活に困難を感じており、離婚と監護権の取得のために父親の同意なく子らを合衆国へ連れて行っていた(同上)。本訴訟はこれと類似している。イスラエルで弁護士に相談したものの、そこで離婚や監護権の申し立てはせず、**J** は合衆国に移り、すぐに希望した監護権を手に入れた。これは、**Rydder 事件** の判例においてハーグ条約が妨げようとしているとした、法廷ショッピングのように思われる(同上)。

最後に、地方裁判所は、**J** は暴力による強制でイスラエルに居住したのであり、したがって子らの常居所は変わらないということも認定した。常居所は、連れ去った親が別の国への不本意な移住又は滞在を強制された場合、確立されない(**Tsarbopoulos 対 Tsarbopoulos 事件** の判例 (176 F. Supp. 2d 1045, 1055, 2001 年ワシントン州東部連邦地方裁判所)、外国での滞在を続けようとする父親の意図が母親に隠されていたことと、母親と子に対する暴力によって、移住は無効とされた。並びに **Ponath 対 Ponath 事件** の判例 (829 F. Supp. 363, 367, 1993 年ユタ州連邦地方裁判所、母親は「旅行の延長」と称して移住を意図していた))。 **Tsarbopoulos 事件** や **Ponath 事件** の状況とは異なり、本件の記録が立証するのは、移住前、又は移住後少なくとも 2 ヶ月間は暴力はなかったということと、**J** のイスラエルへの移住には何ら強制はなかったということ、そして子への暴力の疑いはないということである。移住以前、**J** はイスラエルに永住するつもりでおり、7 月の到着時にはイスラエルを故郷とするつもりでいた。彼女は一家のイスラエルの移住に主要な影響力を持っており、常に子を育てるためにイスラエル戻るつもりでいた^{xix}。移住後の彼女の合衆国に戻りたいという希望、及び移住の 2 カ月後に始まった彼女への強制と暴力に関する地方裁判所による認定は、子の常居所がミネソタからイスラエルに変わったという法的判断を変更することはない。

以上のような理由により、我々は、子らの常居所はイスラエルであり、**R** はハーグ条約の下で一応の根拠のある事態を挙げる責任を果たしていると認定する。

D. 重大な被害の危険性

地方裁判所は、たとえ子らの常居所がイスラエルであったとしても、彼らはそこで「重大な身体的被害の危険性」に直面するため、戻される必要はないと認定した（Silverman (2002 WL 971808 の*8)）。地方裁判所のこの判断は、イスラエルは暴力行為により「戦争地帯」となっており、子らには危険であるということを理由の一つとしている（同上）。

「重大な身体的又は心理的被害の危険性」の抗弁は、ハーグ条約第 13 条(b)に基づく積極的抗弁であり、J は明白で確信的な立証を行わなければならない（42 U.S.C. § 11603(e)(2)(A)、及び Friedrich I (983 F.2d の 1400)）。Rydder 事件において、当裁判所は第 13 条(b)の例外を適用するために、裁判所は個々の子らへの潜在的な被害に関する明確な証拠を挙げるべきとした（49 F.3d の 373）。第 13 条(b)に該当する重大な危険性には 2 種類ある。1 つは子を「戦争、飢饉、疾患地帯」へ送る場合であり、もう 1 つは重大な虐待又は育児放棄の場合である（Friedrich 対 Friedrich 事件の判例（78 F.3d 1060, 1069、1996 年第 6 巡回区裁判所、以後「Friedrich II」と表記）、及び Blondin 対 Dubois 事件の判例（238 F.3d 153, 162、2001 年第 2 巡回区裁判所））。

地方裁判所は、イスラエルの現状は「戦争地帯」となっており、「重大な危険性」の例外の適用が認められるとした。Freier 対 Freier 事件（969 F. Supp. 436, 443、1996 年ミシガン州東部連邦地方裁判所）で地方裁判所は、1996 年時点でのイスラエルは第 13 条(b)の指す「戦争地帯」ではないとしていた。この認定の際、裁判所は戦闘は子らの住居から 15 分から 90 分離れた場所で起こっており、学校は閉鎖されておらず、商業も行われており、母親は国に出入りできる状態であると判断した（同上）。以降の判例においても、イスラエルがハーグ条約の下で「戦争地帯」とされた例はない。実際のところ、この条約の下である国が「戦闘地帯」とされることはないように見受けられる^{xx}。地方裁判所は又、子らのイスラエルでの生活が現在、1999 年に母親が自発的に移住させた時よりもより明確な危険にさらされているという証拠も挙げなかった。むしろ証拠は、自爆犯のようなイスラエルの全住民を脅かす一般的な地域的暴力行為に焦点を当てていた。ハーグ条約において子らを「重大な身体的又は心理的被害の危険性」にさらすとされている「戦争地帯」と認定するには、これは十分ではない。

加えて地方裁判所は、「S と J が新しい環境になじんでいるという事実」の考慮においても誤っている（Silverman (2002 WL 971808 の*10)）。連れ去った

方の親が「子を奪取した後で、法廷において、子が連れ去られた先の環境になじんだと主張することは許されない」(Friedrich II (78 F.3d の 1068))。

イスラエルはハーグ条約のいう「戦争地帯」ではなく、故に J は重大な危険性の存在を証明するという責任を果たしていない。他の例外は適用できないため、地方裁判所が R のハーグ条約の申し立てを棄却したのは誤りであった。

III. 結論

我々は、S 家の子らはイスラエル法廷での監護権の判断のためにイスラエルに戻されるべきであるとする命令の登録のため、本件を差し戻す。

MELLOY 巡回区裁判所判事は以下のように、部分的には同意し、部分的には異議を唱えている。

私はこの案件について、大多数の意見に賛同するが、第 III 部は除く。第 III 部はハーグ条約の例外を適用せず、子らをイスラエルに戻す命令を登録するために、訴訟を差し戻すとしている。私は大多数の意見のこの部分に異議を唱える。というのは、連れ去りに関するハーグ条約の抗弁の 1 つは、「子が戻されることに反対しており、且つその意見を考慮するのが適切な年齢と成熟度に達している」という認定だとする Heaney 判事の指摘に取り組んでいないからだ(国際的な子の奪取の民事上の面に関するハーグ条約第 13 条 (19 I.L.M. 1501, 1502-03, 1980 年))。

本件において地方裁判所は、S が自分の意見を述べるのに十分な年齢及び成熟度であるということ、並びに彼はイスラエルに戻されることを望んでいないということを認めている。大多数はこの認定を無視している。記録には、この認定が明らかな間違いであると示すものは何もない。少なくとも私は異議を支持し、本件の差し戻しの理由は、S と J 両名に意見があればそれを判断するためのさらなる手続きと、その意見を考慮するのが適切な年齢及び成熟度に彼らが達しているかについてのさらなる判断のためであると考える。

したがって私は、吟味された大多数の判断には同意するが、差し戻しの理由が子の意見と成熟度についてさらに判断するためとしていない判断部分には同意しない。

HEANEY 巡回区裁判所判事が、McMILLIAN、MURPHY、BYE 各巡回区裁判所判事とともに、反対に加わった。

私は謹んで異議を唱える。常居所の決定は法と事実の混合問題を生じさせるとしても、大多数が導き出した結論は、Mozes 対 Mozes 事件の判例（239 F.3d 1067、2001 年第 9 巡回区裁判所）と矛盾している。そしてこの判例に、大多数は大きく依拠している。第一の問題が、以前の常居所を放棄する両親の意図の有無である場合、地方裁判所の事実認定に多大な敬意を表さなければならないという点は、うまく解決されている。これについて地方裁判所は、全証拠に基づき、R と J には合衆国を子第一の居住地として放棄することに関して共通の定まった意図はなかったと明確に認めている。地方裁判所は、彼らの常居所は合衆国のままであり、この認定は明らかに誤っているとは言えない。したがって、地方裁判所の判断は承認されなければならない。

イスラエルが S 家の子らの常居所であるとする大多数の判決に同意するとしても、ハーグ条約は、地方裁判所に訴訟を差し戻し S が母親とともに合衆国に残ることを強く希望していることを鑑みたくて、彼がイスラエルに戻るべきかを判断する必要があることを示している。S の意見が十分な成熟度に達しており、地方裁判所の黙認を得られるとすれば、この案件は終了となる。そうでなくとも裁判所は、イスラエルへの帰還を命じられた場合に彼が被る心理的被害を考慮しなければならない。さらに地方裁判所は、この件に関する J（息子）の意見も考慮しなければならない。J の意見が効力を持つほど成熟していない場合でも、地方裁判所は、合衆国の家族から引き離されることによって、彼が心理的被害を受けるかどうかを考慮しなければならない^{xvi}。

I. 背景

まず、大多数の意見において列挙された背景的事実の修正が重要である。大多数は、J が常にイスラエル行きを推していたという証言を挙げているが (Tr. 8)、続く彼女の「結婚生活がうまくいかなくなっているのに、家族や家からこんなに遠く離れた所へ永久に移住することは考えないだろう」という証言 (Tr. 89) の指摘を怠っている。R はこの J の意見に同意した。彼は、J の現在の夫からの J 宛ての E メールを調べたと証言した。「彼女はイスラエルに行つて私と一緒にいるつもりはなかった。この男と一緒にいるつもりだったのだ。」 (Tr. 42)

大多数は、R と J は 1999 年の 7 月から 11 月までイスラエルで親戚とともに暮らし、それから 1 年契約でアパートを借りたと述べている。とりわけ 1999 年 10 月から 2000 年 7 月の間は、J が子とイスラエルを離れることは R が許さなかったことを認めている。R の証言によると、実際は 1999 年 9 月時点ですでに彼は子らがイスラエルを出ることを許していなかった (Tr. 59)。したがって R の証言に基づいても、J が自分の意思でイスラエルにいたのはたった 1 か月間であり、イスラエルが S と J の常居所であるという共通の意思を形成するには十分な時間とは言えない (In re Application of Ponath (829 F.Supp. 363, 367, 1993 年ユタ州連邦地方裁判所) などを参照。母子は強制的に数か月間留置されていたため、そこが常居所とは認められなかった)。

2000 年 1 月に R と J はミネソタに戻り、破産手続きを済ませた。その時ふたりとも自分たちの本籍はミネソタ州プリマスだと述べた (Tr. 57)。2000 年 4 月、イスラエルにいる間に、R と J は合衆国の 1999 年所得税の夫婦合算申告書に住所をミネソタ州プリマスと記載し、署名、提出している (Tr. 58)。彼らは宣誓或いは詐欺罪の適用の下で、これらの申請を行っている。大多数はこうした事実の重きを置かず、R と J は住所をミネソタと偽っただけだとした。J はこうした手続きの間、常に合衆国を自分と S と J の常居所と考えていたというのが事実であり、地方裁判所がとった立場である。居住地に関する J の立場は一貫している。最初の税と破産手続きにはミネソタ、次の家族法の手続きにはイスラエルと、自分の都合に合わせて異なる居住地を述べているのは R だけである。私見では、地方裁判所は S 一家がミネソタの住民であることを示す書類を、夫婦がイスラエルを常居所としようという意図を共有したことはなかったという証拠の重さを補強するものとして、適切に考慮している。

J は、R が脅迫、身体的な虐待を行い、強制的に S をイスラエルに留置したと主張している。脚注 6 において大多数は、R による J に対する身体的暴力があったということに関し地方裁判所に同意している。しかし続けて、「J も R へ身体的暴力をふるっていたということに注意しておく必要がある」と述べている (本稿の 3, n.6)。この件に関する J の証言は、異なる光景を描いている。

R は私を空港に迎えに来ました。私は破産手続きの後、数日余計に滞在していました。彼は私に向かって、X 氏と一緒にいたのだと怒鳴り始めました。彼が私の頭を窓に押し付けたので、私はこういう風にかわしました。私は彼の口のこちらの角を殴り、出血させました。その時、彼は運転しながら身を乗り出し車のドアを開けましたが、シートベルトを外すことはできませんでした。(Tr.

96-97)

「彼が車のドアを開けようと身を乗り出してきた時、あなたはどう思いましたか。」という質問に対し、Jは「私を車から押し出そうとしていると思いました。」と答えている(Tr. 97)。Jは又、別の時にRは「私を石の壁に押し付けて殴りました。私たちのアパートには、石の壁がありました。そして彼は私に、X氏を愛していないと言うよう求めました。」とも証言している。結果的に身体的な負傷があったのかと問われると、彼女は次のように答えている。

「私は負傷しませんでした。痛みがありました。彼は私を壁に叩きつけたということです。」(同上)

II. 分析

A. 子らの常居所

私は適用可能な審査の基準を考えることで、分析を始めたい。大多数は問題を誇張しすぎて、常居所に関し自身の意見を押し付け、状況の審理における地方裁判所の優位に何ら敬意を表していないような印象を与える。第2巡回区裁判所は最近、ハーグ条約から生じた訴訟で適用可能な審査の基準を示した(Blondin 対 DuBois 事件の判例(238 F.3d 153, 2001年第2巡回区裁判所)を参照)。地方裁判所の事実に基づく判断は、明らかな誤りがある場合に審査されるが、その法的分析は再審査の対象である(Blondin (238 F.3d の 158、Croll 対 Croll 事件の判例(229 F.3d 133, 136, 2000年第2巡回区裁判所)を引用)、及び Walsh 対 Walsh 事件の判例(221 F.3d 204, 214, 2000年第1巡回区裁判所)、及び Shalit 対 Coppe 事件の判例(182 F.3d 1124, 1127, 1999年第9巡回区裁判所)、及び Lops 対 Lops 事件の判例(140 F.3d 927, 935, 1998年第11巡回区裁判所)、及び Friedrich 対 Friedrich 事件の判例(78 F.3d 1060, 1064, 1996年第6巡回区裁判所))。言い換えれば、条約の言葉の解釈や適用は再審査されるが、依拠する事実認定は明らかな誤りがある場合にのみ審査される(Blondin (238 F.3d の 158、Feder 対 Evans-Feder 事件の判例(63 F.3d 217, 222 n. 9, 1995年第3巡回区裁判所))、及び Cree 対 Flores 事件の判例(157 F.3d 762, 768, 1998年第9巡回区裁判所))。この分析を認めたらうえで我々は、地方裁判所の事実認定を合衆国の放棄に関して定まった意図はなかったという認定を含め、明らかな誤りとして審査する(Mozes 対 Mozes 事件の判例(239 F.3d 1067, 1075-76, 2001年第9巡回区裁判所、「以前の常居所の放棄について定まった意図があるかどうかは、地方裁判所に敬意を表すべき事実の問題であ

る。」)を参照)。

大多数が、地方裁判所の常居所の決定に関する再基準を見直すとするその立場を *Mozes* 事件の判例に拠っているのは、うわべだけである。*Mozes* 事件の判例を細かく読めば、それが大多数が到達した判断の支えとするには、本当に頼りにならないことがわかる。*Mozes* 事件の判例は明らかに、以前の常居所を放棄する当事者の意図は、地方裁判所によって判断されるべき事実の問題であるという主張を支持しており、その地方裁判所に我々は非常に敬意を表す。そして地方裁判所は、S 夫妻は合衆国の常居所を放棄していないと明白に認定している。

Mozes 事件では、A と M は 1982 年に結婚したイスラエル市民だった。彼らには 7 歳から 16 歳までの 4 人の子がいた。1997 年の 4 月、A の同意の下、M と子らはロサンゼルスに移住し、そこで彼女は家を借り、車を買ひ、子らを学校に入れた。A はイスラエルに残っていたが、家族が使用していた家や車は彼が支払った。そしてロサンゼルスを訪れる時は、ともに暮らした。M と子らがアメリカに移ってから 1 年後、彼女はカリフォルニア州州裁判所に、結婚の解消と子の監護権を求める申し立てを行った。裁判所は M に暫定的な監護権を認め、暫定的な禁止命令を登録し A が子らを南カリフォルニアから連れ去ることを禁じた。1 か月たたないうちに、A は連邦地方裁判所に対し、ハーグ条約の下で子らをイスラエルに戻すことを求める申し立てを行った。一番上の子がイスラエルに戻されることになり、互いの合意の下で実行された。残りの 3 人の子ら (9 歳児 1 人と 5 歳児 2 人) に関しては、地方裁判所は父親の申し立てを退けた。父親は第 9 巡回区裁判所に上訴した^{xviii}。

長く単調な意見によると上訴裁判所は、答えるべき第一の問題は一家の以前の常居所の放棄について定まった意図があったのかということであるとした (*Mozes* (239 F.3d の 1075-76))。裁判所はこれが事実の問題であり、地方裁判所に敬意を表することを強調した (同上 1076)。「考慮すべき意図或いは意向とは、子の居住地を定める資格のある人 (々) のそれである。」(同上、引用及び引用符は省略) それはこの件では、両親である。両親が同意していない場合、裁判所は子の返還を申し立てている親が主張する場所が常居所であることを圧倒的な証拠により示しているかどうかを、あらゆる証拠から判断しなければならない (42 U.S.C. § 11603(e)(1)、合わせて *Mozes* (239 F.3d の 1083、申立者には、両親がともに常居所を変えようとしているという判断を明示する「手を加えていない事実」を示す責任があると述べている)を参照)。証拠が

矛盾する場合は、地方裁判所の認定に敬意が表される（*Mozes* (238 F.3d の 1077-78))^{xxiii}。

大多数はこの点において、**R** の意図だけに注目し **J** の意図を軽視したことにより間違いを犯している。地方裁判所は以下のように認定している。

S と **J** の常居所は、合衆国からイスラエルに変わらなかった。したがって、**J** が 2000 年 6 月から子らを合衆国に留置したのは違法ではない。イスラエルで過ごした 11 か月間を除き、**S** と **J** は全人生を合衆国で暮らしてきた。**J** は 1999 年 9 月から 2000 年 6 月までの間、子を連れてイスラエルを離れることを妨げられていたが、それがなければ子らのイスラエルでの時間はもっと短くなりえたという証拠も示されている。（*Silverman* 対 *Silverman* 事件の判例 (No. 00-2274, 2002 WL 971808 の*6) 、2002年5月9日ミネソタ州連邦地方裁判所）。

以前の常居所を放棄する意図が、この件のように重要な問題である場合、地方裁判所の認定が事実上、子の常居所に関する判断を左右する（*Mozes* (239 F.3d の 1072-73) ）。これは明らかに敬意に値する事実認定であり、明らかな誤りでない限りこれを受け入れなければならない。そして私見では、誤りはない。

大多数が与えた印象とは反対に、*Mozes* 事件の裁判所は、両親にはイスラエルを常居所として放棄するという定まった意図はなかったと認定した。実際のところ、この件については判断が下されなかった。証拠を示す責任は申立者にあるとしたうえで、地方裁判所による判決のため差し戻された^{xxiv}。本件においては、地方裁判所はすでにこうした認定を行っており、**S** 夫妻にはアメリカの放棄に関して共有された意図がないため、子の常居所は合衆国のままであると判断した。

地方裁判所はこの件において、ハーグ条約で求められていたことを的確に行った。すなわちあらゆる状況を調査し、**S** 夫妻には合衆国を子らの常居所として放棄することに関して共通の定まった意図はなかったと判断した。この判決は、本件の記録証拠によって全面的に支持される。大多数は、地方裁判所が逆の判断を導くような事実、特に **S** 夫妻が家売って荷物をイスラエルに送ったことを選択的に強調している。しかし、こうした事実意図的に注目させることで、大多数は自身の立場を弱める事実をごまかしている。一家は短期間しか合衆国を離れていない (**J** と子らがイスラエルで過ごした 11 か月のうち 10 か月は強

制によるものであったことを考えると、さらに短くなる)。彼らはイスラエルにいる間に不動産を購入していない。そして恐らく最も重要なのは、2つの別個の手続きにおいて、彼らはミネソタを自分たちの家であると主張していることである。これらはどちらもイスラエルで生活中的ことだ。完全な記録を参照すれば、地方裁判所が R は責任を果たしていないと認定したのは当然である。私は、地方裁判所の常居所に関する決定を支持する。

B. 連れ去りに対する積極的抗弁

次に私は、イスラエルが常居所である場合、S と J はイスラエルに戻るべきかという問題を考える。ハーグ条約の第 13 条は以下のように述べている。

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

(中略)

返還することによって子が心身に害悪を受け、又は他の耐え難い状態に置かれることとなる重大な危険があること。

司法当局又は行政当局は、子が返還されることを拒み、かつ、その意見を考慮に入れることが適当である年齢及び成熟度に達していると認める場合には、当該子の返還を命ずることを拒むことができる。(国際的な子の奪取の民事上の面に関するハーグ条約第 13 条 (19 I.L.M. 1501, 1502-03, 1980 年))

ここで地方裁判所は、イスラエルを S と J の常居所であると判断したとしても、「返還により、子が身体的或いは心理的被害の重大な危険性にさらされる、又は許容できない状況におかれる」と認定するとした (Silverman (2002 WL 971808 の*8))。地方裁判所は Freier 対 Freier 事件の判例 (969 F. Supp. 436, 1996 年ミシガン州東部連邦地方裁判所) において、イスラエルの不安定さの証拠は、重大な危険性の抗弁とするには不十分としている。地方裁判所は、以下のような理由により、本件に関しては Freier 事件の判決に同意しないとした。

Freir (原文ママ) 事件時に起こっていた暴力と、今日のイスラエルで起こっている暴力には大きな違いが存在する。以前と違い、暴力はかつては紛争の影響

が及ばなかった地域まで広がっている。さらに自爆という暴力により、子を含めた市民がより重大な危険の中に置かれている。今日のイスラエルで起こっている暴力の水準と激しさは、Freier 事件の判例で示された「いくらかの不安定さ」の域をはるかに超えている。裁判所の視点からすると、イスラエルの現状は、第 6 巡回区裁判所が Friedrich 事件で検討した「戦争地帯」の基準を満たしている^{xxv}。(Silverman (2002 WL 971808 の*10))

大多数はこうした認定を否定し、イスラエルはハーグ条約の意味する戦争地帯ではないとしている。私はこの判断には賛成するが、地方裁判所も当裁判所も、子らが現在のイスラエルに戻ると心理的な被害を受けるのかという問題に答えていない。私見では、S と J が暮らしていた地域は戦争地帯ではないという事実は、それでもイスラエルの現状により彼らが心理的な被害を受けるかどうかについての答えにはならない^{xxvi}。さらに、子らは合衆国で人生の大半を過ごしてきたのだから、合衆国や母親、或いはお互いから引き離されるのは、明らかに有害である。故に私は、S と J が別々又はともに合衆国の母親の家から引き離されイスラエルに強制的に戻された場合彼らが心理的被害を受けるのかを、地方裁判所が判断するために差し戻さざるを得ないと考える^{xxvii}。

加えて大多数は、S がイスラエルに戻ることに反対していること、又彼はその意見を考慮するのに十分な年齢及び成熟度に達しているという地方裁判所の認定を考慮していない^{xxviii}。地方裁判所は以下のように述べている。

審問で示された証拠によると、S は非常に聡明で賢い子である。彼には才能があり、その学力にふさわしいクラスに在籍している。彼は毎日新聞を読み、イスラエルで起こった出来事を確認している。裁判所は、今後の法的手続きを確認してきた彼の行動と、手紙で意見を述べ、それを裁判所に考慮してもらおうという彼の希望にとりわけ感銘を受けた。裁判所が S の成熟度を最初に認めたのは、審問の後の裁判官室で彼と話したときだった。裁判所での個別の話し合いにおいても、弁護士との面会においても、裁判所は S が示した成熟度に感銘を受けた。彼がこの手続きの目的と重要性を理解していることは明らかであった。(中略)最終的に裁判所は、S は 10 歳ではあるが、その意見を考慮するのが十分適切な年齢であると認定した。(Silverman (2002 WL 971808 の*10))

私は、S がこの件に関して自分で判断ができる成熟度に達しており、イスラエルに戻りたくない理由を明確に述べているということについて、地方裁判所に同意する。彼のこの判断は尊重されるべきである (Blondin (238 F.3d の 165-

66))。第 13 条は、(1) 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、(2) 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場合、子の返還を拒否する権限を裁判所に与えている。よって地方裁判所は差し戻しに当たって、S の書簡やその他証拠を鑑みて、彼についてはこうした例外を考慮すべきである。

ここで J の運命についての問題が残る。J は 2003 年の 7 月で 8 歳になる。彼はまだ、この件について法廷で自分の意見を述べていない。また地方裁判所も、彼が第 13 条を適用できる成熟度に達しているか判断していない。J が審問を望む場合、地方裁判所は彼が自分の意見を述べることを認めるべきである。彼の意見が十分成熟しており、合衆国にとどまることを望むならば、それで本件は終了となる。しかし S の希望を鑑みると、たとえ J が自分の意見を明示できなくとも、地方裁判所は J がイスラエルへ戻され兄と離れ離れになったときに生じる心理的被害を考慮しなければならない。

結論

私は、本件は法廷ではなく当事者同士によって解決されるべきだということについて、地方裁判所に同意する。R と J が、両者に子の共同監護権を認める案には同意できるはずがないという十分な理由はない。両親の間での同意がなされない場合、我々は地方裁判所を認めるしかない。第 9 巡回区裁判所は、この困難な法の分野において多くの判例を出しており、未成年者の両親が常居所を放棄する共有の定まった意図を持っているかという問題は、事実の問題であるということを示している。これはもちろん、地方裁判所が判断し、その基準が明らかに誤っている場合は当裁判所が審査しなければならない。そうでない事例は報告されていないことから、私は地方裁判所がよく確証づけられた判断を支持する。真正な写し。

証人:

CLERK、連邦上訴裁判所、第 8 巡回区

i 脚注 巡回区裁判所判事の Murphy と McMillian は、口頭陳述には立ち会わなかった。両親の申立書と口頭陳述の録音を参照し、判決に加わった。Heancy 巡回区裁判

所判事は、電話で参加した。

- ii S は 1992 年の 3 月 2 日、J は 1995 年の 7 月 5 日に生まれた。
- iii 移住までの数か月間、R はウィスコンシンに住んで働き、J と子らはミネソタに残っていた。
- iv J は 1987 年にすでにアリーヤーを済ませていた。
- v J は「複雑な思い」だったのは、イスラエルに行きたくなかったからではなく、結婚生活を続けられるか不確かだったからだと言った。
- vi R の子らへの暴力については、地方裁判所は証拠を見出せなかったし、J も申し立てなかった。R による J への身体的暴力があったという地方裁判所の事実認定を覆す必要はないが、J も R へ身体的暴力をふるっていたということに注意しておく必要がある。
- vii 明らかに弁護士は、イスラエルの民事裁判所では J に機会があると考えていた。J とマサチューセッツの男性との関係が続いていたからか、他の関連のない理由からかは、記録では明らかにされていない。
- viii ハーグ条約第 16 条は、連れ去られた先の国（ここでは合衆国）での手続きでは監護権を決定できないとしている（ハーグ条約第 16 条、42 U.S.C. § 11601(b)(4)、及び March 対 Levine (249 F.3d 462, 468, 2001 年第 6 巡回区裁判所))。条約は、どちらの国に監護権の問題を審理する管轄権があるかということに関する予備決定を求めている。
- ix J は州裁判所の審問の日を送達されている。
- x 「裁判所は不法な連れ去り又は留置の通知を、返還申立書の提出以外の何らかの方法、たとえば不服当事者から（直接又は弁護士を通して）受け取っていた。」（51 Fed. Reg. 10494(III)(H)、1986 年 3 月 26 日）
- xi この決定は明らかに彼女がいないところで行われたが、J と彼女のアメリカの弁護士は、イスラエルの申立書と審問の通知を受け取っていた。しかし彼女は出席しないことにした。2000 年 12 月 21 日、J はイスラエルの弁護士を雇い、裁判所に 11 月 16 日の判決を破棄するよう求めた。イスラエルの判事は、第 2 回の審問を開くことを認めた。J も

この審問の通知を受けたが、弁護士に参加しないよう助言を受けた。2001年10月30日、イスラエルの裁判所は2000年11月16日の判決を破棄することを拒否し、イスラエルが子らの常居所であり、Jがハーグ条約に反して違法に連れ去ったとした。

xii ハーグ条約では、「[a] 締約国は、この条約により中央当局に対して課される義務を履行するため、一の中央当局を指定する。」とされている（第6条）。中央当局は、子の迅速な返還を確保し、及びこの条約の他の目的を達成するため、相互に協力し、及びそれぞれの国内における権限のある当局の間の協力を促進する。特に、中央当局は、直接に又は仲介者を通じて、次の事項を目的として、全ての適切な措置をとる。(a) 不法に連れ去られ、又は留置されている子の所在を特定すること。

(略)

(i) この条約の実施に関する情報を常に相互に通報し、及びこの条約の適用に対する障害を可能な限り除去すること。

ハーグ条約第7条を参照すること。また、22 C.F.R. § 94.6 Egervary 対 Young 事件の判例（159 F. Supp. 2d 132, 138-39、2001年ペンシルバニア州東部連邦地方裁判所）も参照すること。

xiii 裁判所は、子らの常居所がイスラエルに移ったことはなく、常にミネソタであったとした。法律は、不法な連れ去りが、ハーグ条約のいう子の常居所を変えることはないことを明示している（Feder 対 Feder 事件の判例（63 F.3d 217, 222、1995年第3巡回区裁判所））。よって、子らがイスラエルに移住した際に、常居所が変わったのであれば、Jが彼らをミネソタへ連れ戻しても元に戻らないことになる。

xiv Cerit 対 Cerit 事件（188 F. Supp. 2d 1239、2002年ハワイ地方裁判所）では、父親が州裁判所にハーグ条約による判断を、次に連邦地方裁判所に同様の判断を求めた。地方裁判所は、Younger 及び Colorado River の不審理に基づき、これを退けた（同上 1244-45）。

xv この申し立てを審理する我々の管轄権は、地方裁判所の管轄権が影響を受けない限り、Rooker-Feoldman の原則に影響を受けない。

xvi 相当な理由の判断には、歴史的事実が法的原則に適用されるため、再審査される

(Ornelas 対合衆国 (517 U.S. 690, 696-97, 1996 年))。

^{xvii} 地方裁判所は、実際に以下のように述べている。「裁判所は、S と J の常居所は合衆国からイスラエルに変わらなかったと判断している。故に 2000 年 6 月からの J による合衆国への子の留置は不法ではない。」 (Silverman, 2002 WL 971808 の*6) これはハーグ条約においては誤った法の適用である。というのは、「不法な連れ去り」と「常居所」の問題は別個のものだからだ (Feder (63 F.3d の 225))。不法な連れ去り又は留置の決定には、2 つの問題がある。R の監護権は留置により剥奪されたのかということと、当時彼はその権利を行使していたのか、ということである (同上を参照)。J は、留置の当時、監護権を行使していたとする R の主張に異議を唱えていない。故に彼女は、イスラエルが常居地と判断されても、ハーグ条約における「不法な留置」には異議を唱えていない。一方で、子の常居地がイスラエルではないという認定は、ハーグ条約の下での R の救済を否定している。イスラエルからの連れ去りは、いかなるものであれ、不法であろうとなかろうと、条約で禁じられることがないからだ。J が子らを合衆国の常居所に戻せば、ハーグ条約の範囲で R が優位に立つことはあり得ない。

^{xviii} 地方裁判所は、夫婦がミネソタ州での破産手続きにおいて自分たちの本籍はミネソタ州であると申請し、所得税申告書にはミネソタを本籍地として記入し署名したという事実に依拠している。これらの事実は、両当事者の一貫性のなさを示すもので興味深いだが、圧倒的事実に打ち勝つには法的に十分ではない。夫婦は身体的にミネソタを離れ、すべてをイスラエルに移動させており、イスラエル政府に対し永住移民を誓っている。破産手続きに記載されたミネソタの住所は、この手続きにおける夫婦の唯一の虚偽記載ではなかった。J は破産申請の前に、父親に 9000 ドルの「贈り物」をしていたことも隠していた。

^{xix} R と結婚する以前、J は高校時代の 2 年間、大学時代の 1 年間、そして仕事で 2 年間 (1987-1989) 、イスラエルで暮らしていた。

^{xx} 地方裁判所及び J は、これに反する判例を挙げなかった。2002 年 8 月 13 日、Mendez Lynch 対 Mendez Lynch 事件において、フロリダ州連邦地方裁判所は、アルゼンチンはハーグ条約の下での戦争地帯であるという主張を検討し、棄却した (220 F. Supp. 2d 1347, 1365-66, 2002 年フロリダ州中部連邦地方裁判所) 。

^{xxi} 私は Rooker-Feldman の原則の観点から、大多数の意見に反対しない。

^{xxii} Moez 事件では、子らはそれまでの全人生をイスラエルで暮らし、母親 (M) に

よってロサンゼルスに連れて行かれ、M が監護権を得る訴訟を開始するまで、1 年間そこにいた。今回私たちはこれとは逆の状況を扱っている。子らはそれまでの全人生を合衆国で暮らし、イスラエルに連れて行かれ、1 か月のみ自発的にそこにいた。

^{xxiii} Feder 対 Evans-Feder 事件 (63 F.3 217、1995 年第 3 巡回区裁判所) において第 3 巡回区裁判所は、常居所の決定には、両親に共有された意図があるかを考慮する必要があること (同上 224)、並びに両親が同意でない場合の問題は、申立者が主張する場所が常居所であることを圧倒的な証拠により示しているかということである (同上 222) と認めた。Feder 事件の裁判所は Mozes 事件において決定された重要な問題、すなわち常居所を変えようとする両親の定まった意図は事実認定であるかどうかを論じなかった。

^{xxiv} 上訴裁判所は以下のように述べている。「ハーグ条約の下での該当する問題とは、合衆国が子の家庭的、社会的発展の中心としてイスラエルに取って代わったのかどうかということである。地方裁判所はこの問題に答えていないため、これを差し戻し、対応を求めなければならない。」 (Mozes (239 F.3d の 1084))

^{xxv} Friedrich 対 Friedrich 事件の判例 (78 F.3d 1060、1996 年第 6 巡回区裁判所)

^{xxvi} この点については、S が地方裁判所宛てに書いた長い書簡を参照するのが適切であると考え。その中で彼は、イスラエルへ戻ることの不安を示し、強制的に戻された場合の自分と弟の安全について心配していると明確に述べている (上訴人の申立の 286-87)。これは、返還された場合に S が被る心理的被害の直接的証拠であり、地方裁判所はその目的のためにこの手紙を考慮することが適切であると考え。

^{xxvii} もちろん J は、引き離されることで子らが心理的な被害を受けるという明らかで説得力のある証拠を示す責任がある (42 U.S.C. § 11603(e)(3)(A)) 。

^{xxviii} 本異議の脚注 6 で述べたとおり、S は地方裁判所宛てに自分の希望を述べた長い書簡を送っている。家族や社会的、教育的つながりを考えると、自分は合衆国で暮らしたいということを裁判所に伝えるために手紙を書いたのだと述べている。又、父親やイスラエルの友人と会えないのは寂しいが、イスラエルは自分や弟にとって危険な場所であると考え、住むことは望まないとも述べている。大多数の意見では、S の書簡にまったく言及していない。私は、この書簡が我々の判断に適切で有用であるということについて、地方裁判所に同意する。