

◇ 特別寄稿 ◇

【国際家族法研究会シリーズ10】

ダグマー・ケスター・バルチン

国境を越える配慮権 (Sorgerecht) あるいは 面会交流権 (Umgangsrecht) をめぐる 紛争についての経験

長 田 真 里(訳)*

I. 法 源

1. EU 法上の法規範

リスボン条約は、法律の枠組を根本から変えてしまった。なぜならば、EU は、リスボン条約以降、法律上独立した存在となり、ヨーロッパ共同体 (EG) に代わることになるからである。EU の政治的地位を規律している EU についての条約は、名前の上では変更がない。それに対して、EC 条約 (EG 条約) は、今後は、「EU 機能条約 (AEUV)」に代わった。この条約により、ここで取り上げる問題についても、国境を越える民事事件における司法協力の面で、従前の法が変更される (EU 機能条約81条)。ここで、特に強調すべきなのは、権利にアクセスしやすくするための措置が (特に裁判上および裁判外の判断の相互承認の原則によって)、必ずしも、統一市場が支障なく機能するために必要な場合にのみ、合法化されるわけ

* ながた・まり 大阪大学大学院法学研究科准教授

※ 本稿は、2010年4月29日、立命館大学で開催された研究会でのご報告をもとにしている。

ではなくなった点である¹⁾。最終審への上告可能性の制限は放棄され²⁾、立法手続³⁾と EU 委員会の権限⁴⁾が新たに定められた。アイルランドと連合王国のオプトインの可能性は残されており⁵⁾、デンマークについてもこれまでと同じような解決が残されている⁶⁾。名称も変更され、もはやヨーロッパ抵触法やヨーロッパ私法ではなく、「連合私法 (Unions-Privatrecht)」や「連合抵触法 (Unions-Kollisionsrecht)」と称することになる。

2. 現存する法規

これまでのところ、ここで扱うテーマに関する新しいヨーロッパ法規も新しい手続も作られてはいない。重要なのは、今後も連合法としてのブリュッセル IIa 規則、それと並んで、国際法としての子の奪取に関するハーグ条約 (HKÜ)、ハーグ未成年者保護条約 (MSA)、およびルクセンブルグ欧州配慮権条約 (ESorgÜ) および国内法としての EGBGB、家事事件・非訟事件手続法 (FamFG) および国際家事事件手続法 (IntFamRVG) である。MSA に代わるハーグ子の保護条約 (KSÜ) および面会交流に関するストラスブール欧州条約 (EuUmgrÜ)⁷⁾ は、ドイツではまだ発効

1) その意義が不明確で、議論があった EG 条約 293 条は EU 機能条約では引き継がれなかった。

2) EG 条約 68 条 1 項に対する AEUV 267 条 1 項、3 項を参照。

3) 通常の立法手続は、制限多数によって、理事会と議会で、一般的には、司法協力に関する法規範について今後も行われることとなる。AEUV 81 条 2 項、289 条 1 項、および 294 条参照。渉外的要素を含む家族法についての立法措置は、それに対して、議会での審理を経た後に理事会の全会一致で決定されなければならない。AEUV 81 条 3 項 1 号参照。ただし、理事会は、複雑な提案手続の後で (ドイツ法では、IntVG 4 条、10 条参照)、全会一致で、後者の法規範についても、通常の立法手続に服させることもできる。AEUV 81 条 3 項 2 号参照。

4) 司法協力は、一人の委員 (司法、基本権、市民担当) に割り当てられている。Mansel/Thorn/Wagner, IPRax 2010, 1, 25 参照。

5) リスボン条約第 21 議定書 ABl. EU 2008, C 115/295

6) リスボン条約第 22 議定書第 7 条

7) これらの条約は、すでにアルバニア、サンマリノおよびチェコで発効している。

国境を越える配慮権 (Sorgerecht) あるいは面会交流権 (Umgangsrecht) をめぐる紛争についての経験 (バルチン)

していない。

これらの法規の基本的な意義、および相互の関係について、ここで詳細に説明する。KSÜには、まだ、EUについての加盟条項が何らおかれていない。他方では、EU構成国は、ブリュッセルIIa規則との交差と、そこから生じる連合の専属的な対外権限 (Außenkompetenz) により、個別に加盟することができない。2008年6月5日の理事会 (Rate) による⁸⁾授権により、EU構成国は、EUという名の下で、条約を批准できるようになった⁹⁾。構成国は、可能な限り、同時に、2010年6月5日までに批准書を寄託すべきとされる。ドイツではすでにその準備ができて¹⁰⁾いる。

欧州評議会のヨーロッパ面会交流条約¹¹⁾は、実質的な協力と面会交流に関する裁判の承認執行を規律する。後者に関して、この条約はブリュッセルIIa規則と部分的に重複している。それゆえ、EUは同じように加盟の判断に関して専属的な権限を有している。構成国は、事実上 (sachlich) 様々な見解を持っており、EUがこの条約を批准するか否かについては、未だ、極めて問題であるように思われる。

最後に、ヨーロッパの立法者が、対外権限 (Außenkompetenz) がEUに専属することを求めている (Ausschliesslichkeitsanspruchs) にもかかわらず、構成国に、一定の条件の下で、ブリュッセルIIa規則とヨーロッパ扶養規則 (EuUnterVO) の適用範囲について、第三国と国際条約を締結することを認めている点は触れておかねばならない¹²⁾。その結果、非常に厳しい一定の条件の下で、ドイツは、国境を越える親責任の問題について、日本と条約を締結することができる。通常は、EUの共同体利益が存在していない限りにおいてのみこのことは可能である。個々の事例において、このことがなにを意味するの

8) ABl. EU 2008 L 151/36

9) ブルガリア、エストニア、ラトビア、リトアニア、スロヴァキア、スロヴェニア、チェコがすでにKSÜ批准についてEUへの寄託を行った。これらの構成国とハンガリーではすでに同条約は発効している。

10) BGBl. 2009 II, 602 参照

11) 条文テキストについては以下のURLを参照のこと。http://www.coe.int

12) VO 664/2009 v. 07.07.2009, ABl. EU 2009 I 200/46.

かは未だ明らかではない。おそらく、その条約が、日本もしくはドイツの国籍を有し、かつ、これらの国に住所を有している者にも適用される場合には許されるであろう。

EU の構成国との相互関係では、ブリュッセル IIa 規則は、HKÜ, MSA および ESorgÜ と適用範囲が重なる場合に、それらの条約に対する優位性を求めている。これは、当事者が EU 構成国に常居所を有しているか否かとは無関係である (ブリュッセル IIa 規則60条)。KSÜ の EU 構成国における発効後は、ブリュッセル IIa 規則は、子供が EU 構成国に常居所を有しているか、EU 構成国で裁判がなされた場合にのみ (61条)、KSÜ に優先して適用されるべきである。

ESorgÜ については、従って、適用範囲は非常に制限され¹³⁾、以下に述べる事柄に適用されることはない。このことは MSA にもあてはまる。MSA は現在では、スイスとトルコについてのみ意義を有し、KSÜ に代わることになる。HKÜ はそれに対して、ブリュッセル IIa 規則に対しても意義を有しており、それ故、規則の規定は、HKÜ の代替ではなく、HKÜ の規定の補足や補強として理解される。

国内法規定である FamFG には、配慮権あるいは面会交流権に関する事件についての国際裁判管轄権、および外国裁判の承認・執行についての規定が含まれている (FamFG § 99, 109以下)。しかし、これは、EU の法規や国際法上の条約に劣後する。従って、FamFG § 99 の管轄規定は、ブリュッセル IIa 規則によっては何ら管轄が認められない場合にのみ意義を有する。注意すべきであるのは、第三国に対しても、ブリュッセル IIa 規則に従い、いかなる構成国にも裁判管轄権が認められない場合にのみ国内法が援用されうるという点である。このことは、EU 司法裁判所 (EuGH) により、少なくとも婚姻事件にお

13) 事実上は、おおむね、ブリュッセル IIa 規則と一致する。地理的な適用範囲として、協力、承認と執行については、以下の諸国が残る。すなわち、スイス、マケドニア、セルビア・モンテネグロ、リヒテンシュタイン、アイスランド、ノルウェイおよびトルコである。

国境を越える配慮権 (Sorgerecht) あるいは面会交流権 (Umgangsrecht) をめぐる紛争についての経験 (バルチン)

いて認められている¹⁴⁾。様々な法規範が関係しているにもかかわらず、このことは、規則の目的や裁判の理由に照らして、親子関係事件においても認められるようになってきた。FamFG § 99 の適用範囲は、従って、非常に狭い。承認と執行については、ブリュッセル IIa 規則が構成国の裁判についてののみ規律をおいているが、FamFG § 108 以下は第三国の裁判について規定する。

IntFamRVG は、国際家族法の分野での、EU 法規や国際条約の代替や具体化として利用されている。従って、同法には、たとえば、中央当局に関する規則、管轄権の集中 (Zuständigkeitskonzentration) に関する規則、国境を越えた移送 (grenzüberschreitenden Abgabe) に関する規則、執行手続に関する規則および国境を越えた収容 (grenzüberschreitenden Unterbringung) に関する規則が規定されている。

ドイツ EGBGB の連結規則は、MSA の抵触法規則 (第2条の法廷地法原則) もしくは KSÜ の抵触法規則により置き換えられることになるが (EGBGB 3 条)、(子供の居所地への連結により) 同じ結果がもたらされることになろう。

時間の制約があるため、以下では、基本的には、ブリュッセル IIa 規則と HKÜ についてのみ触れることにしたい。その場合に、特に重要になるのは、EU 法規範と国際条約の双方が一連の実体規範、たとえば、子の審問 (der Kindesanhörung) や個々の手続の進捗などに関する規定を置いているということである。その限りでは、実質法上の子供に関する法と子供に関する手続については、ある程度まで統一が進んでいるといえる。

II. 子の奪取を伴わない、渉外的要素を含む 配慮権および面会交流権をめぐる紛争

EU 構成国内では、配慮権・面会交流権をめぐる紛争についての管轄権

14) EuGH v. 29.11.2007 Rs. C-68/07-*Lopez gegen Lopez*, IPRax 2008, 257 ; この点に関して oOGH v. 11.09.2008-7 O b 155/08g, IPRax 2010, 74 も参照。

は、基本的には、子供が常居所を有する地の裁判所に認められる（ブリュッセル IIa 規則 8 条）。親の国籍や居所とは無関係である。常居所は、ブリュッセル IIa 規則の自律的解釈の中で、それぞれの内国裁判所が決定すべきである¹⁵⁾。自律的解釈に関して、EuGH は、子供の社会や家族への統合の重要性、子供の絆、語学の知識、学校環境（die schulischen Verhältnisse）や居住の状況、およびその理由について検討するよう示している¹⁶⁾。従って、フランス・ドイツ重国籍の親については、子供がドイツに常居所を有していれば、一方の親（あるいは両親共）が、そうこうするうちに別の国に居所を移してしまった場合であっても、ドイツの裁判所が管轄権を有する。ドイツですでに面会交流権に関する判決が下されている場合、ドイツの裁判所は、たとえば、一方の親が子供と共に、配慮権を有している他方の親の同意を得て、フランスに移り、子供がそこで新たな常居所を有することになった場合でも、さらに（3ヶ月間）管轄権を有する（ブリュッセル IIa 規則 9 条）。

離婚手続が、子供の居所地国とは異なる EU 構成国で係属している場合（ブリュッセル IIa 規則 3 条 1 項 a 号 b 号）、一定の要件の下で（少なくとも、一方配偶者である配慮権者、配偶者もしくは配慮権者による管轄権への同意、および子どもの利益に資すること）、この裁判所が配慮権や面会交流権を巡る紛争についても管轄権を有する。従って、必然的な関連性は存在していないが、可能な関連性は存在している（ブリュッセル IIa 規則 12 条 1 項）。さらに、これもまた離婚手続とは関係なく、配慮権や面会交流権を巡る紛争は、子供が常居所を有している場所でなくても、子供がその法廷地国に一定の関連性を有しており、かつ、すべての当事者が同意

15) EuGH v. 02.04.2009, Rs. C-523/07, *Korkein Kuopion Hallinto-oikeus*, IPRax 2008, 509, FamRZ 2009, 843.

16) EuGH, a.a.O.; この点、より詳細には、Pirrung, Festschrift Gunther Kühne, 2009, S. 843 も参照。

国境を越える配慮権 (Sorgerecht) あるいは面会交流権 (Umgangsrecht) をめぐる紛争についての経験 (バルチン)

し、子供の利益にかなう場合には、管轄権を有しうる (ブリュッセル IIa 規則12条3項)。これら最後の二つの管轄規則は、子供が常居所を第三国、たとえば、日本に有している場合にも、影響してくる (ブリュッセル IIa 規則12条4項)¹⁷⁾。

同規則は、さらに、二つの例外規則 (Auffangregelungen) を規定している。特に、子供の常居所地が確定できない場合に認められる単なる居所地裁判所の管轄権 (ブリュッセル IIa 規則13条) と、上述のように、すでにあげた規則のいずれによっても構成国に管轄権が認められない場合のみ用いることのできる構成国の国内法によって決定される「予備的な管轄権 (Restzuständigkeiten)」 (ブリュッセル IIa 規則14条) が、それに当たる。

子供の国籍は、いくつかの証拠のもとで、子供の常居所や関連の調査をする際の一つの要素として間接的な役割を果たすのみである (この点について、ブリュッセル IIa 規則12条3項 a 号, 15条3項 c 号)。子供が二重国籍である場合には、これに関連して、実効的な国籍が、実効的でない国籍よりも確実に重要な意味を有しているべきである。確かに、EuGH は、婚姻関係事件において、二重国籍の本国裁判所を自由に選択することを認めたが¹⁸⁾、現状の調査にこのことを転用するべきではない¹⁹⁾。

受訴裁判所は、職権により、他の EU 構成国裁判所が、規則 (ブリュッセル IIa 規則7条に基づき構成国国内法により認められる予備的な管轄権

17) この場合、子供の居所地国が KSÜ の締約国ではなく、そこで同種の手続がなされ得ない場合には、訴えが提起されている法廷地が子の利益にかなうことが推測される。

18) EuGH v. 16.07.2009, Rs. C-168/08, *Laszlo Hadadi gegen Chilla Marta, Mesko*, IPRax 2010, 66.

19) ブリュッセル IIa 規則15条3項C号についても同様である。Hau, IPRax 2010, 50, 53.

も含めて)に従い、管轄権を有するか否かについて審査しなければならない。仮にそうであれば、そもそも管轄権のない裁判所には、無管轄の抗弁のない応訴 (rüge lose Einlassung) のみによって²⁰⁾管轄権が根拠づけられることはない (ブリュッセル IIa 規則17条)²¹⁾。同様に、被申立人の応訴がない場合には、職権によって管轄権の審査が行われることとなる (ブリュッセル IIa 規則19条)。

管轄権を有する受訴裁判所は、例外的な場合でかつ特別な要件の下で、当事者に対して、基本的には訴訟の係属による遮断効が認められるにもかかわらず、他の構成国裁判所が受訴の準備をしている場合には、その裁判所に訴訟を提起する機会 (ブリュッセル IIa 規則15条 1 項 a 号, 同条 4 項) や、紛争を直接に移送することを認めている (ブリュッセル IIa 規則15条 1 項 b 号, 同条 5 項)²²⁾。これは、英米法上の不便宜法廷地の理論を思い起こさせるが、それよりもはるかに濫用の危険は少なく、厳格な要件に基づき確実な予見可能性がある場合に認められる。この規範は、子の利益を中心とした管轄権と可能な限り子どもの利益を考慮した判断とを可能にするものでなければならない。これらの問題については、手続の遂行の場合にも国境を越えた協力が可能であること、特に、中央当局の設置について、その中央当局への職務の割り当て (Aufgabenzuweisung) (ブリュッセル IIa 規則55条) と裁判官ネットワークの制度化が重要な役割を果たすことになる。この点については、さらに踏み込んで説明をすること

20) これと区別されるべきであるのは、ブリュッセル IIa 規則12条 1 項, 3 項の意味での合意であるが、個々の場合における線引きは容易ではない。Coester-Waltjen, in: Festschrift Heldrich, 2005, 549, 559 参照。

21) Dilger, IPRax 2010, 54, 58; Rauscher, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2. Auflage, Bd. II, 2006, Art. 17 Rn. 6.

22) この点に関して BGH, IPRax 2009, 77 (外国裁判所の管轄権を宣言するべしとの要請は、単なる中間判決 (Zwischenentscheidung) であり、それ自体問題があるわけではない) を参照。

国境を越える配慮権 (Sorgerecht) あるいは面会交流権 (Umgangsrecht) をめぐる紛争についての経験 (バルチン)

とする。

配慮権に関する紛争について、裁判が下された場合、他のすべての EU 構成国で、この裁判は承認されなければならない。承認拒否事由は、公序、様々な形での法的な審理の侵害、および後に下された承認可能な裁判との矛盾の 3 点に制限されている (ブリュッセル IIa 規則 23 条)。対象となる裁判は、事案 (Sache) そのものに関しても、また管轄権上のあるいは抵触法上の観点からも審査されてはならない (ブリュッセル IIa 規則 24 条ないし 26 条)。明らかとなっている限りでは、これまでのところ、構成国の配慮権や面会交流権に関する裁判の承認が求められた裁判は、知られていない。

配慮権に関する裁判は、相手方や子供の審問 (Anhörung) なく執行可能であると宣言されなければならない (ブリュッセル IIa 規則 31 条, 32 条)。面会交流権に関する裁判は、最初から執行可能であり、(ブリュッセル IIa 規則 40 条, 41 条)、執行宣言なく、あるいは承認拒絶事由を主張することなく、自動的に、他の構成国においても執行可能である (ブリュッセル IIa 規則 40 条, 41 条)。

Ⅲ. 子の国境を越えた奪取を伴う配慮権 及び面会交流権をめぐる紛争

子どもの利益を中心とした管轄権や子どもの利益を考慮した手続や裁判を得ようとする、これまで述べてきた努力は、一方の親が、少なくとも配慮権を有している他方の親の意思に反して、子どもを別の国に連れ去る場合には、揺らいでしまう。そのような違法な子どもの連れ去りが、ハーグ子の奪取条約 (HKÜ) の締約国内で生じた場合には、同条約が介入し、同条約は EU 構成国においては、ブリュッセル IIa 規則の統一規定により

強化されている。規定のメカニズムは単純である²³⁾。法に反して引き起こされた状況は、できる限り速やかに元に戻されなければならない、すなわち、当事国の中央当局が、未だ自発的に子どもを返還するよう努力していない場合には、置き去りにされた親の請求に基づき、連れ去った先の裁判所は、迅速に子どもの返還を命じなければならない (HKÜ 10条12条)。そのような返還命令は、子どもの引渡しでもなければ (なぜならば子どもは他国の主権によってではなく、親による保護 (elterliche Obhut) として連れ戻されるからである)²⁴⁾、子どもの移住の自由の侵害にも当たらない (なぜならばこの子どもの権利には、いずれにしても、親権者による居住地決定という留保がついているからである)²⁵⁾。連れ戻しが拒否されるのは、極めて限定的な要件に基づく場合のみであり (HKÜ 13条)、そこでは即時の連れ戻しが子どもの利益に資するか否かを判断することになる²⁶⁾。連れ戻しに関する判断は、親権上の配慮権 (elterliche Sorgerecht) に関する判断では全くない。配慮権に関しては、従前の子どもの居所地国が管轄権をなおも保持することとなる (HKÜ 19条, 16条)。

相当数の締約国裁判所 (たとえばドイツもそうであるが) が、当初は、連れ戻しの申立の扱いについて不確実であったが、その後、未だに、特に国際的な場面では解決の難しい問題が残っているにせよ、子どもの奪取に対する法的な対応の基本構造が、原則として確立された。子どもの時間の感じ方を考慮すると²⁷⁾、手続に要する時間は問題である。一方で合法的な

23) このメカニズムの合憲性については、BVerfG, FamRZ 1996, 1267; FamRZ 1999, 85 を参照。

24) BVerfG, FamRZ 1996, 1267

25) BVerfG, FamRZ 1996, 1267

26) BVerfG, FamRZ 2009, 189 (国際的な奪取事例ではない); HKÜ 13条 1 項 b 号所定の立証責任の調整にかかる合憲性については、BVerfG, FamRZ 1996, 1267 および Kropholler, RabelsZ 60 (1996), 485 参照。

27) EuGHMR は、小さな子供に関する親の面会交流権を巡る紛争について、4年3月のメ

国境を越える配慮権 (Sorgerecht) あるいは面会交流権 (Umgangsrecht) をめぐる紛争についての経験 (バルチン)

審問を認めるように努めることと、他方で手続の遅延を避けるよう努めることとのバランスを取ることも、極めて重要な問題となる。ブリュッセル IIa 規則は、この点、明確な規定をもって、法的明確性を確保し、促進に寄与することになるが、この点については、以下で、より詳細に述べることとする。

実務においては、当初想定されていなかった問題が判明してきた。しばしば、条約の基本原則を考慮すると極めて大きな問題となるような、逆行的な連れ戻しがおこっているのである。結局、判明してきたのは、(当初予想されていたのとは違い) 国際的な子の奪取の多くが、主として事実上監護をしているが、配慮権を有していないというだけの者 (具体的には通常は母親) によって、違法であるという認識のないまま行われているということであった。

これらの特別な問題に、ブリュッセル IIa 規則やヨーロッパ実務はどのように対処すべきであろうか。手続に要する時間の問題に関しては、ブリュッセル IIa 規則は、HKÜ 11条 1項を強化した厳格な基準を設けることにより、対応している。すなわち、裁判所は、遅くとも、6週間以内に判断をくださなければならない (ブリュッセル IIa 規則11条 3項)。この基準は上級審においてもそのたびごとに適用される。法律上の聴聞 (rechtlichen Gehörs) の許可については、同規則は、同様に、明確な規定を設けている。すなわち、子供の連れ戻しを申し立てることと、子供の利益が危険にさらされることとが対立している限り、(特別な理由により妨げられない限り) 裁判所は子供を審問しなければ (anhören) ならない

↘ 審理期間を、祖父母との面会交流に関しては、6年9月の審理期間を長すぎるとした。EuGHMR v. 04.12.2008, Nr. 44036/02, *Adam gegen Deutschland*, FamRZ 2009, 1037 参照。また、手続の迅速化について、文書の複製 (Aktendoppel) 可能性、いわゆる「文書の写し (Duplo-Akten)」の可能性について指摘されている。

(ブリュッセル IIa 規則11条 2 項)。裁判所が子供の連れ戻しを認めるべきでないと判断した場合には、申立人を審問しなければ (gehört) ならない (ブリュッセル IIa 規則 4 条 4 項)。子の利益にならない連れ戻しの場合には、ドイツ連邦憲法裁判所の判例によれば、子の審問は根本的に (必ずしも常にではないが) 必要不可欠であり²⁸⁾、子供のための訴訟補助人 (Verfahrensbeistands) が選任される²⁹⁾。訴訟補助人の選任は、簡単な子の奪取の場合でも、親が手続を子供の利益のために行うか否かが疑わしい場合には、行われる³⁰⁾。審問 (Anhörung) によってもたらされうる手続の遅延という不利益は、審問することによって可能となるより良い事実の解明や、場合によっては、審問された親による判断の受容可能性が高まることによって、緩和される。さらに、裁判の質も、EU 構成国の中央当局が情報を交換し、当事者に補助が提供され、また、親の争いのない合意が整えられるということにより、向上する (ブリュッセル IIa 規則55条 b 号, d 号)。ドイツ法は、青少年局に対して、裁判所と中央当局への援助義務を設けることにより、さらに補足している (IntFamRVG § 9)。実務上の逆転問題については、とりわけ、EU 構成国内で構築されているネットワーク裁判官 (Verbindungsrichter) システムが重要な役割を果たしている。2001年 5 月28日の理事会決議 (Ratsentscheidung)³¹⁾ 以降は、民事及び商事事件における司法協力を改善し、改良しかつ迅速にするために、構成国によりネットワーク裁判官が指名されている。ブリュッセル IIa 規則の適用については、これにあたるのは、国際家族法を専門とする家族裁判官 (Familienrichter) であり、彼らは、無給で追加の任務を引き受け、ブリュッセル IIa 規則の適用や国境を越える家族法関連紛争について、援

28) BVerfGE 99, 145, 163; § 159 FamFG は単なる当為規定 (Sollvorschrift) である。

29) BVerfGE 99, 145, 163

30) BVerfG, FamRZ 2006, 1261.

31) 2001年 5 月28日民事及び商事におけるヨーロッパ司法ネットの設置に関する理事会決議 Nr. 470/2001 ABl. EG Nr. L 174, S. 25, さらに補足として2009年 6 月18日決議 568/209/EG, ABl. EG Nr. L 168 v. 30.06.2009, S. 35

国境を越える配慮権 (Sorgerecht) あるいは面会交流権 (Umgangsrecht) をめぐる紛争についての経験 (バルチン)

助をし、個々の国の裁判官、中央当局あるいは別の機関とのコンタクトを確立しなければならない³²⁾。連邦司法庁については³³⁾、2005年に準備が整い、ドイツにおける中央当局任務を引き受け、(これまでのところ)外国裁判所と中央当局のために16のコンタクトポイント (Landeskontaktstelle) を設置し³⁴⁾、直接の (また、ネットワーク裁判官個人についてのみならず) ドイツのネットワーク裁判官全体に対してのコンタクトを受入れている。強調すべきであるのは、ドイツのネットワーク裁判官が、すでに、第三国からの援助申し入れについても対応すると明言したことである³⁵⁾。したがって、日本の裁判官も、国境を越える家族関係の問題に関係している場合には、ドイツのネットワーク裁判官に援助を求めることができる。2009年6月18日の理事会決議 (Ratsentscheidung)³⁶⁾により、司法ネットはさらに広げられなくななくなった。2011年1月1日以降は、法律専門職会 (“Kammern der Rechtsberufe”), これはたとえば弁護士会のようなものであるが、もまた、司法ネットの機能への門戸となる。コンタクトポイントは、公衆に対して、関連する共同体法規や国際条約に関する情報を、ウェブサイトを通じて、提供しなければならない。

したがって、連れ戻しの判断を、できる限り迅速に、しかし、事案に即して下すために、単に HKÜ が、ブリュッセル IIa 規則とドイツ国内法と相互に密接に関連しあっているだけではなく、実務上の共同作業も集中的に助成されているのである。それでもなお、特に問題となる分野が存在している。

32) 2001年5月28日理事会決議 Nr. 470/201, ABl. EG Nr. L 174, S. 25, 2009年6月18日決議 568/209/EG による補足 ABl. EG Nr. L 168 v. 30.06.2009, S. 35.

33) この点に関して、連邦司法庁のホームページ www.bundesjustizamt.de を参照。

34) euro.judnet@bfj.bund.de

35) この点に関して、および個別の事項に関する責務と措置に関する記述については、Carl/Menne, NJW 2009, 3537, 3539

36) 2009年6月18日決議 568/209/EG ABl. EG Nr. L 168 v. 30.06.2009, S. 35

ヨーロッパ域内および英米法諸国との関係で生じる子の奪取の場合に典型的な争点は、たとえば、(1) そもそも違法な子の連れ去りがなされているのか、及び(2) 子の利益が連れ戻しの妨げとなるか、という問題点である。

第一の問題点に関して、近年、特にアメリカ裁判所が配慮権を持った親に対して、転居禁止命令を出している場合における、面会交流の不確実性が明らかとなってきた。このような転居禁止命令は、面会交流権の調整との関連でだされることが多い。他方の親による面会交流権の行使が、転居によって、妨げられるべきでないということは、保障されるべきである。配慮権を有する側の親が、このような転居禁止命令に反して、子供を別の国に連れて行った場合には、このことだけで裁判所侮辱 (*contempt of court*) となるのか、あるいは、同時に違法な子供の連れ去りが生じているのかを問うこととなる。転居禁止命令が、配慮権を有する側の親の居所決定権を制限している場合には、違法な子供の連れ去りが生じていると認められるべきである。このことは、転居禁止命令を伴ったアメリカ裁判については、明らかに、かつ一義的に認められるが、多くの裁判では、綿密な区分けは行われていない。したがって、このような転居禁止命令の違反の取り扱いは、きわめて問題が多い。裁判所侮辱という制度が存在しておらず、また転居禁止命令が極めてまれにしか下されないドイツ法においても、この問題は、現在のところ、解明されていない³⁷⁾。

興味深い問題は、ドイツ法によれば、親としての配慮 (*elterlichen Sorge*) がドイツ人の母親とその (ドイツ人の) 夫とに認められているが、反対

37) 転居禁止命令に関して、詳細は、MünchKomm/Siehr, HKÜ Rn. 28 を参照。EuGHMR は2009年1月8日の判決Nr.41615/07 (*Neulinger und Shuruk gegen Schweiz*, Rn. 80) で、面会交流権の行使が、他国への転居により実質的に不可能にされている場合には、子の奪取が認められようと強調している。連邦憲法裁判所は、両親が共同で居所決定権を有している場合には、いずれにせよ、違法という状態から出発している。BVerfG, FamRZ 1997, 1269

に、その当時までの居所地国の法によれば、母親と事実上の生物学上の父親とに親としての配慮 (elterlichen Sorge) が認められる場合に、当該ドイツ法に従い、母親が子供をドイツに連れ帰った場合の問題である。その時点までの居所地 (テキサス) によれば、生物学上の父親の同意を得ることなく、子供をドイツに連れ帰ったことは、子の奪取とみなされ、同州は HKÜ 3 条における違法性証明書 (Widerrechtlichkeitsbescheinigung) を発行した。ドイツ裁判所は、それに基づき、子の連れ戻しを命じたのである。ヨーロッパ人権裁判所 (EuGHMR)³⁸⁾ に申し立てられた異議は認められなかった。EuGHMR は、違法性はそれまでの居所地国の法に従っており (この点は確かに HKÜ 3 条の文言に合致する)³⁹⁾、この連れ戻し命令は親としての配慮についての判断ではない、との点を強調した。法の文言にしたがってこの判断が正しいものであるとしても、この判断はいわゆる「二人父親の事例」を満足させるものではなかった。特に注意すべきであるのは、この事件では、子供の母親がその夫の合意無く子供をアメリカに連れ戻すことは、それもまた、母の夫が有する親としての配慮の (ドイツ法によれば) 違法な侵害となり、そのため、子の奪取となりうるという点である。このようなジレンマに、EuGHMR の判決は対応しうるものではないだろう。

過去数年で、以下のような場合の連れ戻しの問題性が注目されてきた。すなわち、連れ去った側の親 (たとえば授乳中の母親) による引き続いたの養育 (Betreuung)、あるいは少なくとも世話 (Mitbetreuung) が子供の利益から必要とされるが、たとえば子供の奪取を理由としてそこで予想されうる刑法上の訴追やそれ以外の抑圧 (Repression)、あるいは、他方の親

38) EuGHMR v. 11.12.2006, Nr. 14092/06, *Mattenkloft gegen Deutschland*, FamRZ 2007, 1527

39) これらの規定の合憲性に関して、BVerfG, FamRZ 1997, 1296 を参照。また、時間不足のために (aus Zeitgründen)、違法性の立証を緩和することに関して、BVerfG, FamRZ 1996, 1267 参照。

の暴力行為、さらに経済的な困窮などによって、連れ去った側の親に対して子供のもといた国へ行くよう求められないと考えられる場合である。

英米の裁判所は、すでに、比較的初期の段階から、この問題を undertakings, safe harbor orders や mirror order によって解決するよう模索してきた⁴⁰⁾。いわゆる undertakings によれば、他方の親は、子供ともう一方の親の安全で確実な帰国について、たとえば、部屋を自由に使わせたり、生活費の面倒をみる義務を負う。もといた国の裁判所の Safe harbor orders と mirror orders は、これをしかるべく守り、面会交流のルールや、場合によっては接近の禁止を宣告することができる。

これが可能であることについては、ブリュッセル IIa 規則11条4項が関連している。このような予防措置が、子供の利益を危険にさらさないようなやり方でとられうるのであれば、EU 構成国は、帰国を拒絶しない为好い。この親が帰国することを求められているか、その者無しでの子の連れ戻しが子の利益に反しない限りでは、子供を連れ去った側の親の利益が侵害されるということのみでは（たとえば、子の奪取や他の違法行為による刑法上の訴追）、子の連れ戻しを拒絶することは認められない⁴¹⁾。中央当局、ネットワーク裁判官及び国内の社会保障関係官庁および青少年関係官庁は、子供と連れ去った側の親の明確な状況と可能な保護に関する調査について、重要な役割を担っている⁴²⁾。

40) この点に関して、Peter Schlosser, RIW 2001, 81 ff; Mäsch, FamRZ 2002, 1069; Coester, FS Schlosser, 2005, S. 135 参照。

41) EuGH v. 8.01.2009, Nr. 41615/07, *Neulinger und Shuruk gegen Schweiz*, Rn. 90 ff. (Kovler, Steiner, Spielmann 裁判官の反対意見あり); スイス連邦裁判所の2007年3月27日判決も参照 FamPrach 2003, 718

42) この点につき、Carl/Menne, NJW 2009, 3537, 3539; Carl, FPR 2001, 211, 213; Bacher, FPR 2001, 237, 238 参照。

最後に、ブリュッセル IIa 規則は、配慮権の調整の解決についても手当をしている。ブリュッセル IIa 規則11条4項によれば、連れ戻しを拒絶した裁判所は、子供の従前の居住国の裁判所もしくは中央当局に、そこで審理されたすべての資料を付した裁判書類を引き渡さなければならない。子供の従前の居住国の裁判所もしくは当局は、いまだ関連する手続が係属していない限りにおいて、3ヶ月内での配慮権に関する紛争の解明を当事者に促す(ブリュッセル IIa 規則11条7項)。配慮権に関する手続においては、再度、子どもの連れ戻しを認めなかった判断が、逆の判断で覆される可能性もある(ブリュッセル IIa 規則11条8項)。それゆえ、たとえば、フランスに転居した親が、違法に子どもを連れて行き、フランスの裁判所が子どもの利益の観点から連れ戻しを認めなかった場合、それでもなお、後日、親としての配慮について裁判をするドイツの裁判所が、配慮権に関する手続の枠組で、連れ戻しを命じることはできる⁴³⁾。このブリュッセル IIa 規則に従い管轄を有するドイツ裁判所の裁判は、執行可能性に関するドイツ裁判所の証明書が添付されていれば(ブリュッセル IIa 規則40条1項b号、42条2項)、EUの構成国であれば、執行宣言の必要なく、また、承認拒絶の可能性なく、執行されうる⁴⁴⁾。最初の居所地国は、従って、最終決定権を有している。このことは、最初の居所地国がHKÜに従い、居所地国に存続する配慮権に関する管轄権や、その手続において、連れ戻しの裁判枠組においては、迅速性が要求されるために不可能である、事実関係の詳細な解明の可能性などから正当化される。実務においては、ここでも、裁判官からの関係国への通知によって、このような破棄(*overruling*)のインパクトを和らげることができよう。

43) EuGH v. 11. 7. 2008, Rs. C-195/08 PPU *Rinau*, FamRZ 2008, 1729 参照。

44) 不明確であるのは、容易化された執行可能性を伴ったこの破棄(*overruling*)が、子どもの利益を理由として連れ戻しを拒絶したという判断に対してのみ妥当するのか、あるいは、HKÜ 20条による連れ戻しの拒絶に関する別の判断、たとえば、HKÜ 12条2項の申立の遅延や、HKÜ 20条の公序などを理由とする拒絶についても妥当するのかという点である。Völker, FamRZ 2010, 157 参照。

IV. 実務における問題の処理と概観

配慮権と面会交流権をめぐる紛争は、別れた親にとっては、極めて重大な問題であり、裁判外の技術についても専門知識に裏付けられた能力と、責任の自覚を必要とする、ということは確かに正しい。国境を越えた要素が関連する場合には、場合によっては、文化的な違いも相まって、合意や問題の解決が困難になり、要求が高くなる。さらに子どもの奪取という事情が付け加わると、問題をさらに何倍も増大させることになる。

ハーグ国際私法会議の、締約国に中央当局を設置して、この問題を、迅速、実効的かつ事案に即して解決しようとする努力は、大成功であると明らかになった。ヨーロッパの法規範においても、この制度は引き継がれ、成功裡に組み込まれた。EU 構成国内においては、司法協力は、さらに決定的な一歩を進めている。国境を越えた裁判所の報告義務（ブリュッセル IIa 規則53条55条）と、いわゆる「法律上の紛争の国境を越えた移送」の可能性（ブリュッセル IIa 規則15条による）⁴⁵⁾ は、迅速かつ専門的な判断を容易にしている。特に意義があるのは、上述したネットワーク裁判官の制度化は、単なる裁判所、中央当局、社会保障関係官庁および青少年関係官庁間のコミュニケーションではなく、様々な法秩序、手続の手法および文化的立場の理解を容易にしているということである。そのため、いまや、ハーグ国際私法会議の枠組においても、ネットワーク裁判官のネットを通じた締約国間の協力を補充することが検討されている⁴⁶⁾。それとともに、子の奪取事例におけるメディエーション手続の導入が、ス

45) この点に関して、BGH, IPRax 2009, 56, 77 XX も参照。

46) www.hcch.net, child abduction section を参照せよ。すでに、そこでは、情報提供合意に基づき、ハーグ子の奪取条約の枠組で協力をする27カ国の裁判官の国際ネットが用意されている。www.hcch.net/upload/haguenetwork.pdf を参照。

国境を越える配慮権 (Sorgerecht) あるいは面会交流権 (Umgangsrecht) をめぐる紛争についての経験 (バルチン)

ストックホルムプログラムにより予定されている⁴⁷⁾。従って、ヨーロッパにおける経験は、これらの極めて重要かつ困難な問題を解決するに際して、前進をしてきたといえる。しかしながら、それでもなお、しなければならないことはたくさん残っている。

47) R. Wagner, IPRax 2010, 98