

International Insolvency related Issues in Shipping Businesses

Byung-Suk Chung
Attorney-at law
Kim & Chang

The writer is not an expert on insolvency law. However, the writer has been dealing with the insolvency of shipping businesses for last 10 years or so and can spot the issues in which the shipping law and the insolvency law meet. The writer hopes that these issues can be further studied and improvements on these issues will be made in terms of practice and legislation.

The insolvency of shipping businesses inevitably has the nature of international insolvency or cross-border insolvency. International Insolvency Law deals with the overall legal issues involving insolvency which has foreign elements. Private International Law of Insolvency will deal with the private international law or the choice of law issues in respect of procedure and substance of the issues related to insolvency. The basic principle of the International Law of Insolvency is *lex fori concursus*. *Forum regit processum* shall be correct in case of the Private International Law of Insolvency. Substantive matters of the insolvency shall also be governed by *lex fori concursus*. However, it does not mean that all substantive matters shall be governed by *lex fori concursus*. Substantive matters which shall be governed by *lex fori concursus* shall be restricted to the ones which can be considered "typical insolvency matters." Please refer to the German law (Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Insolvenzrechts) or the Council Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings.

The writer considers the matters which arise in connection with the insolvency of shipping businesses and/or the international insolvency as the insolvency proceedings are going on: namely, application for insolvency, preservation and comprehensive stay orders, commencement of the insolvency proceedings, recognition of Korean insolvency proceedings in foreign countries and vice versa, formation of the creditors' committee, insolvency claims and common benefit/estate claims, executory contract, set-off, examination of the claims and determination thereof, voting rights, and the *Ipso Facto* Clause.

The writer also consider the special issues involving insolvency of the shipping businesses such as BBCHP, Maritime Lien, Lien on sub-hire/sub-freight, Failure to pay hire punctually and the withdrawal of the vessel, limitation of shipowner's liability proceedings, and arbitration proceedings.

Key Words: Shipping business, International insolvency, International law of insolvency, Recognition of Korean insolvency proceedings, Stay order, Executory contract, Set off, Creditors' committee, Voting rights, BBCHP, Maritime lien, Lien on sub-hire/sub-freight, Withdrawal, Limitation proceedings, Arbitration proceedings

Abstract

A Study on Law Applicable to Consumer Contract in Terms of Protection and Use of Personal Information

June 15, 2019 (Nagoya, Japan)

Gyoocho Lee (Chung-Ang University School of Law)

On February 10, 2014, 6 civic activists asked Google Inc. and Google Korea to disclose why, how, and to whom their personal information was provided if it was offered to the third persons. On July 23, 2014, they brought a lawsuit to seek disclosure of the Google's use of their personal information and damages on basis of Article 30 (2) and (4) of the Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection, etc. after the response of Google, Inc. and Google Korea that they could not disclose the contents.

In this case, the judgment of Seoul High Court on February 16, 2017 (Case No. 2015 Na 2065729) rendered that some of the plaintiff fell within the consumers under Article 27 (1) of the Korean Private International Law and "Article 30 of the Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protections, etc. constitutes mandatory provision under Article 27 (1) of the Korean Private International Law."

This case raises the following issues:

- (1) Whether the civic activists fall within the consumers under Article 27(1) of the Korean Private International Law;
- (2) Whether Article 30 of the Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protections, etc. constitutes mandatory provision under Article 27(1) of the Korean Private International Law; and
- (3) Whether Article 7 of the Korean Private International Law, which provides that "In the light of the purpose of legislation, irrespective of the applicable laws, the mandatory provisions of the Republic of Korea shall govern the corresponding legal relations even if foreign laws are designated as applicable laws thereof under the Korean Private International Law, can be applied to the case.

For the readers' reference, Article 27 (1) of the Korean Private International Law provides that "In case a contract, which a consumer concludes for a purpose besides his/her occupational or business activities, falls under any of the following subparagraphs, the protection given by the mandatory provisions of the country, where the habitual residence of the consumer is located, shall not be deprived even if the parties choose the applicable law:

1. In case, prior to the conclusion of the contract, the opposite party of the consumer conducted solicitation of the transactions and other occupational or business activities by an that country and the consumer took all the steps necessary for the conclusion of the contract in that country;
2. In case the opposite party of the consumer received an order of the consumer in that country;
3. In case the opposite party of the consumer induced the consumer to go to a foreign country and give his/her order in the foreign country."

Unlike the Google case in Korea, we need to discuss the applicability of Articles 27(2) and 8(1) of the Korean Private International Law if the parties do not choose the applicable law.

Article 27 (2) of the Korean Private International Law states that “In case the parties do not choose the applicable law, the contract under the provision of paragraph (1) shall be governed by the law of the habitual residence of the consumer irrespective of the provision of Article 26.”

Article 8 (1) of the Korean Private International Law prescribes that “In case the applicable law specified by this Act is less related to the corresponding legal relations and the law of another country, which is most closely connected with such legal relations, evidently exists, the law of the other country shall govern.” Furthermore, Article 8 (2) of the Korean Private International Law states that “the provision of paragraph (1) shall not be applied if the parties choose the applicable law by agreement.” Accordingly, Article 8 (1) of the Korean Private International Law will be applied to the cases where the parties did not choose the applicable law by agreement. In this context, the issue is whether the application of Article 8 (1) of the Korean Private International Law can be extended to the cases where the law of habitual residence of a consumer is applied as the governing law in accordance with Article 27 (2) of the Korean Private International Law.

This paper analyzes the choice of law issues raised above in terms of the protection and use of personal information from the perspective of a comparativist.

**In Search of the Adoption of Hague Convention on Choice of Court
in the Republic of Korea**

2nd Joint Conference of PIL Association of Korea and Japan
Nagoya, 15 June 2019

Junhyok Jang (張竣赫)

Professor, School of Law, Sungkyunkwan University

The 2005 Convention on Choice of Court Agreements (“Choice-of-Court Convention”) deals essentially with an exclusive choice-of-court agreement, and is designed as a parallel international instrument to the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. This parallelism justifies the Choice-of-Court Convention’s dispensing with the objective nexus requirement, though a contracting state may declare out of this basic position (Art. 19). However, the Choice-of-Court Convention might not achieve the same level of practical success that the New York Convention has attained. The number of contracting states may be smaller. The availability of an unrelated, neutral forum may be limited. Moreover, the Choice-of-Court Convention is understandably lenient to the idea that the principle of “competence competence” should not be pushed too far, and this creates some delicate problems.

Unlike arbitration, exclusive choice-of-court is to prioritize one equally sovereign state over another, which may turn out more delicate than giving way to a freely chosen arbitral procedure. Indeed, party autonomy in favor of another state courts has a shorter history than party autonomy in favor of arbitration. For these reasons, some states may be less willing to allow the parties to choose a neutral forum if it is part of a state judicial system. These states may react differently to the Choice-of-Court Convention. Some may simply choose to remain outside the Choice-of-Court Convention. Others may choose to join the Convention but make Article 19 declaration, so that the objective nexus requirement will exist under both the Convention and their national rules. Others will hesitantly join the Convention without making Article 19 declaration. Others will do so happily and willingly. This divergence itself will already reduce the practical value of an exclusive jurisdiction agreement choosing a neutral third state. Moreover, all three groups of states, and the third group in particular, will perceive a need of paying more attention to the issues of the substantive validity (Arts. 5(1), 6(a) and 9(a)) and enforceability (Art. 6(d)) of a choice-of-court agreement and of public policy defense to the binding effect of the agreement (Art. 6(c)). These issues were dormant when those states prohibited a consensual choice of a neutral third state: this rigid prohibition functioned as a proxy for a sophisticated examination of these issues, and practically relieved the courts of a burden to explore them seriously. Now that this rigid, sovereignty-based barrier is abolished, parties’ procedural interests come to the fore, and national courts will be expected to explore these issues thoroughly. Having freed the parties from the sovereignty-based restraint, the practical focus will shift more to whether one party, as opposed to the other, was under an undue restraint in choosing a forum or would be so if ordered to honor the choice. Doctrines and case law will accumulate, and even culminate in creating a statutory regulation. This development may have repercussions for other forms of dispute resolution agreements as well, for many of these legal rules will also apply to a non-exclusive or asymmetric choice-of-court

agreement, and even to an agreement to arbitrate. Awakened enthusiasm in the issues of substantive validity and enforceability will be a virtue, for all types of choice-of-court agreements and also for arbitration agreement. But an over-enthusiasm may reduce the parties' freedom and predictability. Meanwhile, the fourth group of states may find themselves swept in the mood of a dramatic change of tide. If that happens, their courts might happen to be overly uninterested in the issues of substantive validity or enforceability of parties' agreement or the public policy defense. Such excessive willingness to stand in the forefront of party autonomy, or to produce the best practice and herald it internationally, should also be avoided.

If Korea should decide to ratify the Convention, Korea is more likely to dispense with the Article 19 declaration, either grudgingly (thus belonging to the third group) or willingly (thus belonging to the fourth group). Indeed, the reform bill of Korean Private International Law, submitted to the National Assembly in November 2018, abolishes the objective nexus requirement. The drafters did favor expansion of private autonomy as a matter of policy, but also considered that the main current of international development is crystalized in the Choice-of-Court Convention, and it marked the direction for national legislators as well. If this bill becomes the law, it could make it smoother for Korean government to ratify the Convention without making Article 19 declaration. Regardless of whether Korea would take this stance willingly or hesitantly, Korean courts, as derogated courts as the case may be, will face the heavy burden of handling the issues of substantive validity and enforceability of choice-of-court agreement, and of public policy in an appropriate way. Notably, the defenses available in derogated fora are provided differently for the stage before the chosen court's final judgment (Art. 6) and the stage after it (Art. 9): Article 6(c) and (d) do not find its equivalents in Article 9. This complication may be a real concern for a derogated court when it is asked to invoke Article 6(a), (c) and (d). If the derogated court affirms one of the Article 6 defenses and goes on to decide on the merits, this internal judgment will constitute the defense of conflicting domestic judgment (Art. 9(f)). If the derogated court hesitates to make a timely decision on Article 6 issues and thereby allows time for the prorogated court to deny any Article 5(1) defense and decide on the merits, the derogated court will have a narrow room for refusing recognition.

The New International Jurisdiction Rules under the Korean Private International Law

- Introduction and Prospect of the whole-amendment draft of 2018

The Hon. Taeak RHO, Presiding Judge of Seoul High Court/Vice President of KOPILA

<ABSTRACT>

The whole-amendments of the Private International Law Act of Korea("Amendments") has been submitted to the National Assembly of Korea on November 23, 2018 and is going on under review.

The drafting work was originally prepared by the Committee in charge of the amendment of KPILA in June of 2014. Afterwards, the Ministry of Justice of Korea completed drafting and made a prior legislative notice on January 19, 2018.

The several major features of the Amendments are as follows;

First, the detailed and refined rules on international jurisdiction have been introduced. Providing more predictability and clarity is the most fundamental issues in international litigation for courts and the parties.

Second, Korea sets the rules on international jurisdiction on not only property law matters but also family and succession law matters in parallel with existing rules on applicable law. It is not like Japan, which added in 2012 detailed rules only on property law matters in the Civil Procedure Act of Japan.

Third, lots of generally accepted international jurisdiction rules- Brussels I Regulation, Brussels II bis and various Hague Conventions including the Choice of Court Convention of 2005 and the Children's Conventions- are fully considered.

Finally, the Amendments accepts under some strict requirements the doctrine of *forum non conveniens* as understood Anglo-American law as a means to ensure concrete validity in individual cases. The Amendments certainly is expected to serve as the solid basis for the future development.

HCCH Draft Judgments Convention from Korean Perspective

Jiyong Jang

Researcher / Judge, Judicial Policy Research Institute

Recognition and enforcement is to give effect to the foreign judgment although it is rendered outside of the sovereignty(jurisdiction) of the requested State. Under the Korean Civil Procedure Act Art. 217 which constitutes on the recognition and enforcement of foreign judgments, these 4 elements must be met for the recognition and enforcement: jurisdictional requirements, notification(service of document not by public notice), public policy, mutual guarantee.

If the draft Judgments Convention("draft Convention") is passed at the 22nd Diplomatic Session in 2019, mutual guarantee will not be necessary among Contracting States. For the refusal of foreign judgment. If the draft Convention applies in Korea, jurisdiction will be not by the statute of Korea but by the Art. 5 of the draft Convention on the indirect jurisdiction. With regards to the notification, the draft requires that the document must contain the "essential elements of the claim". Public policy means international public policy, not domestic public policy under the draft Convention, while Korean Civil Procedure Act indicated sound morals or other social order of Korea. Korean supreme court held that when determining public policy the consequence of recognition of foreign judgment should be considered. Of course the public policy must be interpreted strictly and applied only in exceptional cases.

The draft Convention allows a requested State to refuse a judgment which involves an award of punitive or exemplary damages. Under the Korean Civil Procedure Act Art. 217-2 the court shall not approve the whole or part of the judgment which orders compensation for damage when it gives rise to a result against the basic order of Korea. However, recently several Acts adopted punitive damages or treble damages in Korea and it is doubtful Korean court can refuse to recognise and enforce a judgment on punitive damages.

In addition, the draft Convention adds "fraud" as a ground for refusing recognition or enforcement.

By comparing the Korean Civil Procedure Act and the draft Convention, we can

understand the meaning and effect of the recognition and enforcement and it will help uniform interpretation of the grounds for refusal of the recognition and enforcement of foreign judgments.

投資紛争における並行的手続

北里大学 猪瀬貴道

私人による国境を越える経済活動である外国投資の法規律は、国際（公）法、国際私法をはじめとしてさまざまな法分野の関心事項といえる。そのような私人による外国投資に関して生じる投資受入国（領域国）との間の投資紛争については、複数の紛争解決手続が同時並行的に提起されることがある。本報告は、最近の事例を取り上げながら、その要因と問題、それに対する法的対応について、整理、検討する。

外国投資については、1990年代以降、急増した投資条約（投資協定）による規律が進んでいる。投資条約の多くは二国間条約として締結されるが、一定の共通する条項を含む。その共通条項のひとつが、条約の一方の締約国の投資家と他方の締約国との間の紛争の解決（Investor-State Dispute Settlement, ISDS）条項である。この投資条約の ISDS 条項においては主に仲裁手続が規定される。本報告では、投資条約仲裁を基軸として、他の手続との関係について論じることとする。投資紛争の解決手続としては、その他に国内手続（裁判手続、行政手続）、紛争当事者間の個別の合意に基づく仲裁、投資家国籍国（本国）が関与する手続（外交的保護、投資条約の State-State (Inter-State) Dispute Settlement 条項に基づく手続）などがある。このように複数の紛争解決手続が存在し、紛争当事者である投資家が選択できる状況にある。これが、複数の紛争解決手続が同時並行的に提起される前提要因となる。

複数の紛争解決手続が同時並行的に提起されることの問題としては、重複手続を強いられる投資受入国の負担、重複審理のコスト、判断の矛盾抵触などがあり、調整する必要があるとの見解が有力である。他方、それぞれの手続で扱われるのは、法的には同一の紛争（同一の訴訟物）とは限らない点に注意が必要である。

まず、複数の紛争解決手続が同時並行的に提起される場合について、いくつかの類型に整理した上で、対応について検討する。まず、投資における法的環境の重層性によるものがある。投資家の国籍国と投資受入国間に投資条約が締結されている場合、投資条約による保護対象となる。また、外国投資による経済活動が、許認可等を必要とするものであれば、投資受入国の国内（行政）法による規律を受ける。また、投資家と投資受入国との間の合意（投資契約）が存在する場合には、当該投資契約とそれに適用される準拠法も関係する。その結果、紛争が生じた際に、投資条約仲裁の提起、投資受入国国内の行政手続の利用、さらに、投資契約に基づく紛争解決手続の開始が同時並行的に起こりうる。

つぎに、投資家による投資構造の複雑性に起因するものがある。私人による国境を越える経済活動は、リスク分散等のため、いわゆる「多国籍企業」グループの中の複数の会社に関与していたり、複数の出資者によって行われたりする。その結果、ある投資に関して紛争が生じた場合に、複数の投資家が紛争当事者となってそれぞれ紛争解決手続が提起さ

れる可能性がある。

また、投資受入国の紛争原因行為の広範性に起因するものも存在する。投資紛争には、投資家との一対一関係の紛争だけではなく、投資受入国の経済政策変更に伴う事業セクションの（再）公営化、環境などの規制強化などを原因とするものがある。また、投資受入国の国家デフォルトに伴う紛争もある。これらは、投資受入国のひとつの原因行為によって、広範な外国投資家が影響を受け、それぞれ紛争解決手続が提起されることになる。

これら問題への対応は、まず、「入口」における対応が考えられる。たとえば、ひとつの投資条約が問題となっている場合には、当該条約における手続分岐（**fork-in-the-road**）条項、手続放棄（**waiver**）条項、手続併合（**consolidation**）条項などがある。また投資仲裁において、手続濫用（**abuse of process**）が認定される場合もある。また、「出口」での対応が考えられる。すなわち、紛争解決手続において、投資受入国の責任の認定と賠償（補償）の算定を分けて、前者は何らかの方法で統一的判断を行い、後者およびその執行において個別調整をはかるものである。これらの対応について、上記の類型ごとに検討して意義と限界を明らかにする。

ヨーロッパにおける越境河川汚染と環境損害準拠法

—Rome II 規則第 17 条の適用に関する特別連結理論およびデータ理論を中心に—

中央大学 檜崎 みどり

1970 年代のアルザス地方のカリ鉱山塩化物投棄 (MDPA) 事件、1986 年のシュバイツァーハレ地区のサンド社の農薬倉庫火災事件以降も、ヨーロッパでは、国際河川への汚染物質の流入が国境を越えて隣国に害をもたらす事件が生じている。東ヨーロッパでは、河川の氾濫が頻繁に生じる地理的条件もあり、天候悪化で産業貯水池が決壊して重金属等が近くの川に流れ込み、その水流が隣国を通る河川、さらには国際河川に流入して、川の水の汚染や魚類等の水生生物の死滅のほか、沿岸の広範囲の土壌汚染および住民の生活障害を引き起こしてきた。とくに 2000 年 1 月のルーマニアのバヤ・マレ (Baia Mare) の金鉱山の鉱滓ダムが決壊した事件では、金の採取に使われたシアン化物を含む汚染水が同地区を流れる Someș 川を經由してハンガリーを流れる Tisza 川へ流入し、ドナウ川下流まで達した¹。

バヤ・マレ事件はヨーロッパ各国に大きな衝撃を与え、EU は 2004 年に環境責任指令 2004/35 を採択した。同指令は、民事上の賠償が問題となっていた環境に対する損害を、公法上の制度として行政が事業者 (汚染者) に環境の修復等を求める形に整理したものであり、私人による環境損害の賠償や、私人から事業者に対する環境損害の差止請求や原状回復請求は、同指令の射程から外されている²。また身体や健康、個人の所有する財産に対する損害は対象とされていない。

その後、2007 年に採択された Rome II 規則 864/2007 第 7 条には、環境損害の準拠法ルールとして、第 4 条 1 項に従った結果発生地法による原則のほか、侵害事実発生地の法を選択できるとする被害者による法選択が採用された。また、環境訴訟では、排出施設の建設や操業を行う者の側から、現地の安全基準値を守っていたことや、施設の建設や操業について官庁から受けていた認可の枠内で稼働していたことが、抗弁として主張され得るが、Rome II 規則第 17 条には、責任を追及される者の行為の評価に際して、行動地の安全・行動規則を考慮することが定められている。Rome II 規則第 17 条は、道路交通規則等を念頭に置いて起草された規定であるが、環境責任の分野では、安全基準値や限界値のほか、排出施設等に関する許認可も、同条のいう意味における安全・行動規則と解され、したがって外国の官庁による認可も、同条の文言に従い、事実として、また、適切なかぎりでも考慮されるという見解が多数を占める³。さらに、外国の認可

¹ バヤ・マレ地区で金採掘事業を操業していたのはルーマニア政府とオーストラリア (豪州) の企業が共同で出資した事業体であった。また、不法行為責任につきルーマニア法は過失責任主義を、ハンガリー法は厳格責任主義をとっており、金の精製でのシアン化物の使用につきルーマニアでは許可されているがハンガリーでは禁止されていた。バヤ・マレ事件の詳細については、Alexander Szakats, Cross border pollution - Private International Law problems in claiming compensation, (2001) 32 VUWLR, pp.609-626.

² 大塚直・ジュリスト 1372 号 42 頁 (48 頁)、吉村良一『環境法の現代的課題』(有斐閣 2011) 10 頁。

³ たとえば、Magnus/Mankowski/Bogdan/Hellner, Rome II Regulation (2019) Art.7 note 24; Hüßtege/Mansel/Lehmann, Rom-Verordnungen (2015), Bd.6, 2. Aufl., Art.17 Rom II, note 64.

が考慮されるためには、内外認可の同等性、認可手続への参加機会の保障、国際法との合致等の条件も満たす必要があるとされる。

このような多数説の見解は、Rome II 規則以前からの裁判例や学説の議論を受け継いだものとされている。他方で、Rome II 規則以前には、認可を行政行為とする国家行為承認論が根強く主張されていた。それならば、現在の多数説である、外国の認可を「事実（データ）」として準拠実質法上で考慮する立場は、Rome II 規則に至る前に、環境責任の分野において、どのように形成され、展開されてきたのか。他方で、国家行為承認論と組み合わせて、または承認論を否定して提唱されたのが、認可について別個に連結する手法であったが、このような特別連結はデータ理論⁴と比べてどのような長短があったのか。本報告では、これらに焦点を当て、Rome II 規則以前の議論を再検証することとしたい。

検討に際して、Rome II 規則第 17 条との関係で、外国の公的認可を事実として考慮することが議論される場合には、次の 2 つの局面がよく混在されていることを、ここで指摘しておきたい。すなわち、「事実関係 (Sachverhalt)」の要素として考慮される局面と、「要件事実 (Tatbestand)」の要素として考慮される局面である。前者は、認可の存在を、裁判上で行為者の有責性ないし過失を判断する際に勘案したり、侵害の実質性や重大性を否定する間接証拠として扱うなどの場面であり、後者は、認可を要件事実の要素とする内国の実質法規において、外国の認可を当該法規の要件事実として取り扱う場面である。Rome II 規則に関する欧州委員会の 2003 年提案の覚書⁵では、前者の場面について言及されており、ハーグ国際私法会議の 2000 年の報告書⁶では、後者の場面が取り上げられていた。

後者の場面でとくに問題となるのが、私法上の差止請求権などを排除する私権形成的効果を定める、ドイツ連邦インミシオン保護法 (BImSchG) 第 14 条、水管理法 (WHG) 第 16 条 (旧 11 条)、オーストリア民法典 (ABGB) 第 364a 条などの実質法規である。外国の公的認可の私権形成的効果の考慮に関するヨーロッパの議論については、日本でも取り上げられてきた⁷が、外国の認可を考慮する理由としては、最近では、EU 法上の国籍差別禁止の原則、とりわけ外国の認可を内国の認可と同様に扱う義務があるとした Temelin 原子力発電所に関する 2009 年 10 月 27 日の欧州司法裁判所判決 C-115/08 が引き合いに出されている。それゆえ、今後重要となるのは、外国の認可を考慮するためのさらなる条件であろうが、内外認可の同等性、認可手続への参加機会の保障、国際法との合致といった条件が、ルーマニアなど EU 新規加盟国の公的認可についてどこまで機能し得るかについては、なお検討の余地があるように思われる。

⁴ データ理論の機能については、佐野寛「国際私法におけるデータ理論について」岡山大学法学会雑誌 45 巻 1 号 417 頁、中野俊一郎「渉外的道路交通事故と共通属人法の適用」神戸法学雑誌 41 巻 1 号 142 頁 (160 頁)。

⁵ COM(2003) 427 final, at 20, 25.

⁶ HCCH, Civil liability resulting from transfrontier environmental damage: a case for the Hague Conference?, (drawn up by Christophe Bernasconi), 2000, p.41-44.

⁷ とりわけ、石黒一憲『国境を越える環境汚染』(木鐸社 1991) 149 頁、櫻田嘉章「国際環境私法をめぐる事例ならびにヴォルフの見解について」(京都大学法学部創立百周年記念第 3 巻 1993) 701 頁 (737 頁)、植松真生「国際私法の観点からみた環境汚染」国際法外交雑誌 99 巻 5 号 41 頁 (61 頁) では、詳細な検討がなされている。

国境を越えた子の保護をめぐる現状と課題

—— 子奪取条約の運用をめぐる ——

司会 神戸大学・中野俊一郎

コーディネーター 京都大学・西谷祐子

【企画趣旨】

グローバル化の中で、私人の国境を越えた移動が飛躍的に活発化しており、様々な態様の家族関係や親子関係を生み出している。それとともに、夫婦関係の破綻後に子が国境を越えて連れ去られ、残された親との交流を絶たれたり、子を保護するための十分な措置がとられずに危険な状態に置かれたり、子が人身売買の犠牲になったりするケースも増えつつある。世界的にもいかにして弱者である子を保護し、その人権を保障するかについては、国連や NGO などの様々なフォーラムで議論がなされている状況にある。国際私法もその例外ではなく、1980 年の「国際的な子の奪取の民事上の側面に関するハーグ条約」（以下、「子奪取条約」という）¹を始めとする行政協力を中心とした家事関係のハーグ諸条約も、国際私法のメカニズムを利用して人権を保障することを目的とした法文書であると理解されている。

子奪取条約は、100 の締約国を数え²、ハーグ諸条約の中でも最も成功した条約の一つとされている。子奪取条約は、ヨーロッパ及び米州諸国のための条約として出発したが、近時は中近東及びアフリカ諸国、アジア諸国にも締約国が拡大している。

子奪取条約によれば、一方の親（Taking Parent [以下、TP という]）が他方の親（Left-Behind Parent [以下、LBP という]）の監護の権利を侵害して、不法に子を締約国である A 国から別の締約国である B 国へと連れ去った又は留置している場合に、B 国は監護権の本案に立ち入ることなく原則として直ちに子を A 国に返還し、A 国の裁判所が監護権の帰属及び行使について決定する。B 国は、条約上の返還事由³がない又は返還拒否事由⁴があることを理由に返還申立てが却下されるか、あるいは子の返還申立てが相当期間内になされない場合を除いて、監護権の本案について審理することができない⁵。このように子奪取条約は、子を迅速に返還するための手続に関する条約として、いわば締約国間で管轄を分配する役割を果たしている。また、親子

¹ 平成 26 年条約第 2 号。条約の実施のために、「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律」（平成 25 年法律第 48 号）が制定されている（以下、「実施法」という）。

² 2019 年 3 月 17 日現在（<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>）。

³ 子奪取条約 3・4 条、実施法 27 条。

⁴ 子奪取条約 12・13・20 条、実施法 28 条。

⁵ 条約 16 条、実施法 152 条本文。

のつながりを維持するために、面会交流も促進している。これらの法準則を実効的かつ迅速に実施するため、子奪取条約は締約国の中央当局同士の行政協力を柱としており、子が連れ去られると、A 国と B 国の中央当局が協力して子の所在を突き止め、TP に子の任意の返還を促し、LBP と子の面会交流を支援するなど、重要な役割を果たしている。子奪取条約は、このような枠組みを作ることで、究極的には不法な子の連れ去りを防止し、子が双方の親と密接な関係を保つ権利⁶を実現することを目的としている。

子奪取条約が日本について平成 26 年 4 月 1 日に発効してから、5 年が経過した。日本の中央当局は、外務大臣であり⁷、外務省領事局ハーグ条約室が業務を所轄しており、各国の中央当局と連携して重要な役割を果たしている。また、迅速な子の返還を実現するため、特別の返還手続を導入しており⁸、その職分管轄及び土地管轄を東京及び大阪家庭裁判所に集中させることで⁹、専門化と手続の円滑化を図っている。

この間、最高裁平成 29 年 12 月 21 日決定を皮切りに、最高裁平成 30 年 3 月 15 日判決を含めて、次第に裁判例が公表されるようになっており、実務の動向も明らかになりつつある。それとともに、子奪取条約の運用をめぐる、様々な課題も浮き彫りになっている。とりわけ返還決定後の執行手続の整備が必要とされ、民事執行法改正による国内事件の執行手続の整備に伴い、早くも実施法が改正される予定であることは特筆される¹⁰。また、LBP と子との面会交流については、TP が協力しないかぎり、実現が難しいのが現状であり、各所で問題となっている。さらに、「人事訴訟法等の一部を改正する法律」¹¹が成立し、本年 4 月 1 日から施行されており、監護権の本案、面会交流及び扶養義務などの子の連れ去りと密接に関係する事件について国際裁判管轄規則が整備されるに至っている。そのため、今後は、新しい国際裁判管轄法制も踏まえたうえで、子の保護のあり方について検討をしておく必要があると思われる。

このような現状を踏まえて、本シンポジウムにおいては、子奪取条約の運用をめぐる課題を中心に、国境を越えた子の保護を図るための実効的な手段について、多角的に検討することを目的としている。このような問題関心を踏まえて、各報告者からは、次のような内容の報告がなされる予定である。

1. 長田真里「子奪取条約の運用をめぐる諸問題」

子奪取条約の運用をめぐる特に問題とされる点について、比較法的動向を踏まえ、日本の判例も紹介しながら検討する。具体的に取り上げる論点としては、①子奪取条約における常居所概念のあり方とその解釈に関する近時の諸外国の判例の動向、②重要な返還拒否事由として

⁶ 児童の権利条約 9 条 3 項及び 10 条 2 項。

⁷ 実施法 3 条。

⁸ 同 29 条以下。

⁹ 同 32 条。

¹⁰ 「民事執行法制の見直しに関する要綱案」（法制審議会第 182 回会議・平成 30 年 10 月 4 日開催にて採択）。

¹¹ 平成 30 年法律第 20 号。

の子に対する重大な危険及び子の異議（実施法 28 条 1 項 4・5 号），③裁判官の裁量のあり方と確定した返還決定の変更の基準（実施法 117 条）（最決平成 29 年 12 月 21 日，名古屋高判平成 30 年 7 月 17 日），そして，④実施法の改正による執行手続の整備と人身保護請求（最判平成 30 年 3 月 15 日，名古屋高判平成 30 年 7 月 17 日）を予定している。

2. 林貴美「国外転居に関する課題と展望」

別居や離婚後，子を養育している親の一方がより良い社会的・経済的環境を求めて子とともに国外への転居を希望することは，国際的なカップルの場合には容易に想像できよう。しかしながら，国外転居が子の常居所地国法上許されないものである場合には，子奪取条約が対象とする不法な連れ去りと判断されるため，諸国において関心が高まっている問題である。このような国外転居に際して生じる問題に関する各国における法的な取扱いは，実に様々である。子を連れた親の一方の国外転居に関して法的手立てを講じていない法域や，比較的緩やかにこれを認める法域もある。他方で，近年の離婚後の共同親権，さらには別離後も親双方と密接な関係をもつことが子の成長に資するとの考えなどを背景として，国外転居に消極的な姿勢をとる法域も見受けられる。本報告では，国外転居の許否の判断枠組，適法な国外転居の実施や国外転居の許否判断と密接な関係を有する面会交流確保のためのシステムに関し，比較法的検討を踏まえ，現状における課題と展望を示すこととする。

3. 佐野寛「親権・監護権の本案に関する国際裁判管轄と子奪取条約」

子の国境を越えた連れ去りがあった場合に，子奪取条約は子の元の常居所地国へと子を返還することで，その国の裁判所が子の親権・監護権の本案に関する判断を行うことを前提としている。他方，わが国の人事訴訟・家事事件に関する新しい国際裁判管轄法制では，子の親権・監護権に関する事件については子の住所が日本国内にあるときに日本の国際裁判管轄が認められるが（家事事件手続法 3 条の 8），日本から外国への子の連れ去り（アウトゴーイング）の事案について，子の返還前にあらかじめ本案についての国際裁判管轄を認めることができるか否かが問題となる。また，人事訴訟法では，子の監護について離婚事件との併合を認めているが（人事訴訟法 3 条の 4），どの範囲で認めうるかについては検討を要する（同法 3 条の 5 参照）。外国から日本への子の連れ去り（インカミング）の事案については，子奪取条約上，日本の家庭裁判所が返還申立てを却下するまでは，親権・監護権の本案に関する管轄権を行使できないとされるため，家庭裁判所の調停で父母が親権・監護権の帰属について合意しても調書に記載できない扱いとなるのか否かが問題となる。また，子の常居所地国への安全な返還を確保するために，日本の家庭裁判所がどのような措置を取りうるか，日本に連れて来られた子が要保護状態であるときに，どのような保全処分を取りうるかなども問題となる。本報告においては，これらの点について検討することとする。

3. 西谷祐子「ハーグ子の保護条約並びに扶養料回収条約及び扶養義務議定書に関する考察」

本報告においては、子奪取条約を補強する機能をもつとされる 1996 年「親責任及び子の保護措置に関する管轄権、準拠法、承認執行及び協力に関する条約」（以下、「子の保護条約」という）、2007 年「子及びその他の親族の扶養料の国際的な回収に関する条約」（以下、「扶養料回収条約」という）並びに「扶養義務の準拠法に関する議定書」（以下、「扶養義務議定書」という）について検討する。第一に、子の保護条約の法的枠組みを概観したうえで、子奪取事件においては、同条約が、①親権・監護権の本案について子の元の常居所地国に管轄を付与し、それ以外の締約国の管轄を排除する機能をもつこと、②子が要保護状態にある場合に、子の所在地国の裁判所が緊急保護命令を出す管轄を付与すること、そして、③面会交流決定の管轄を付与することを示す。第二に、扶養料回収条約の基本的な枠組みを概観したうえで、子奪取事件においては、特に子の連れ去り先の国の裁判所が扶養料支払命令を出すことで、子の返還後の扶養料の回収が確保されることを示す。また、扶養義務議定書は、日本が批准済みの 1956 年子に対する扶養義務の準拠法に関する条約及び 1973 年扶養義務の準拠法に関する条約（国内法化）を現代化しており、批准に値することを指摘する。第三に、以上の検討を踏まえて、日本の現行法との相違点も考慮したうえで、今後日本がこれらの法文書を批准すればどのような利点があるか、またどのような国内法の整備が必要になるかについて分析し、卑見を申し述べることにしたい。

5. 黒田愛「実務の観点から見た子奪取条約の運用をめぐる現状と課題」

本報告は、実務の観点から、子奪取条約の運用をめぐるどのような問題が生じているかを検討し、今後に向けての改善の可能性を探ることとする。具体的に取り上げる課題としては、次のものが挙げられる。すなわち、①子の返還命令が確定した場合、代理人として返還の実現に向けてどのような取り組みを行っているのか、今後の課題としてはどのようなものがあるか、②代替執行が不奏功となる例が続く中、実際にはどのような取り組み、工夫がなされてきたのか、改正法に期待できること、課題として残りうるであろうことは何か、③子の異議の主張がなされた場合に、どのような審理がなされているのか、その問題点は何か、今後どのような取り組みをすべきなのか、④家庭裁判所における調停、裁判所外の ADR 機関による和解あっせん手続等はどのように利用されてきたか、工夫すべき点は何か、である。