

ドイツにおける離婚後の配慮

稲垣朋子（三重大学専任講師）

- I. はじめに一ドイツ社会における家族の状況
- II. 親権法の沿革
- III. 共同配慮の支援体制
- IV. 裁判所による共同配慮への介入
- V. 共同配慮と交流権
- VI. 交替居所
- VII. おわりに

I. はじめに一ドイツ社会における家族の状況

ドイツ連邦統計局によれば、ドイツの人口は、2012年時点で80,523,7千人(男性39,381,1千人、女性41,142,6千人)で、うち外国籍は6,640,3千人(男性3,361,2千人、女性3,279,1千人)、8.25%である¹。出生数は、ベビーブーム期の1964年は約1,357千人であったが、1972年には100万人を下回るようになり、2012年は673,500人と半減している²。合計特殊出生率(15~49歳の女性千人当たり)も低迷しており、1.38にとどまっている³。平均初産年齢は29歳で⁴、2012年に出生した子の母親の22%が35歳以上であり⁵、晩婚・晩産化が進んでいる。また、婚外子の割合は2001年には25.0%であったが、その後上昇を続け、2012年には34.5%に上っている⁶。

一方、特に離婚に関する統計に注目すると、離婚件数は、1993年以降は増加していたが、2003年(213,975件)をピークに減少傾向に転じ、2012年の離婚件数は179,147件となっている⁷。人口千人あたりの1年間の離婚件数をあらわす普通離婚率は2.2%である⁸。離婚

¹ Statistisches Bundesamt, Bevölkerung nach Geschlecht und Staatsangehörigkeit, Wiesbaden 2014.

² Statistisches Bundesamt, Geburtentrends und Familiensituation in Deutschland 2012, Wiesbaden 2013, S. 11.

³ Statistisches Bundesamt, a. a. O., (Fn. 2), S. 15.

⁴ Statistisches Bundesamt, a. a. O., (Fn. 2), S. 20.

⁵ Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 309 vom 03. 09. 2014.

⁶ Eurostat, Population and social conditions, Live births outside marriage.

⁷ Statistisches Bundesamt, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit—Statistik der rechtskräftigen Beschlüsse in Eheauflösungssachen(Scheidungsstatistik), 2012, Wiesbaden 2013, S. 14. また、2013年の統計で、離婚の申立てを行うのは52%が妻、40%が夫、残りの8%は共同という結果が出ている(Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 258 vom 22. 07. 2014)。

⁸ Eurostat, Population and social conditions, Crude divorce rate.

時の平均年齢は夫が 45.5 歳、妻が 42.5 歳と年々高くなっている⁹。未成年子を有する離婚は 88,863 件 (49.6%)、両親の離婚に直面した未成年子の数は 143,022 人である¹⁰。離婚に至るまでの平均婚姻期間は 14 年 6 ヶ月で、こちらも年を追うごとに少しずつ長期化している¹¹。

離婚までの法定別居期間別にみると¹²、147,910 件 (82.6%) が 1 年間の別居を経た離婚であり、次いで 3 年間の別居後 27,664 件 (15.4%)、別居 1 年未満 2,314 件 (1.3%)、その他 1,259 件 (0.7%) である¹³。破綻主義に基づき、1 年間の別居を経ると「婚姻の破綻」を理由として合意離婚が認められている (ドイツ民法 1566 条 1 項。以下、特に断りのない限り、条文はドイツ民法の条文を指す)。

夫婦仲が悪くなり、一方が婚姻住居を去り別居が開始するのが大半であるが¹⁴、ここでの「別居」の意味としては、そのようなことが必ずしも求められているわけではない。夫婦が同一住居内に居住していても、それぞれの生活領域が分離され、共同の家計が廃止されている場合は、「別居」にあたる¹⁵。夫婦間に離婚の合意がない場合でも、3 年以上の別居期間を経れば「婚姻の破綻」が推定され、離婚が成立する (1566 条 2 項)。そして、夫婦の一方のドメスティック・バイオレンス (以下「DV」とする)、アルコール中毒などにより、婚姻生活の継続が他方配偶者に要求できないほど苛酷であると思われる場合は、1 年の別居期間を経なくても離婚が可能である (1565 条 2 項)。

また、離婚について国籍をみれば、ドイツ人同士の離婚が全離婚のうち 150,983 件 (84.3%)、国際離婚が 28,164 件 (15.7%) となっており、さらに国際結婚の内訳をみると、妻ドイツ人・夫外国人が 11,003 件 (39.1%)、夫ドイツ人・妻外国人が 10,041 件 (35.7%)、共に外国人が 7,120 件 (25.3%) という状況である¹⁶。

⁹ Statistisches Bundesamt, Maßzahlen zu Ehescheidungen 2000 bis 2013, Wiesbaden 2014.

¹⁰ Statistisches Bundesamt, (Fn. 7), S. 14. 未成年子を有する離婚の内訳をみると、子 1 人 46,731 件 (52.6%)、2 人 33,161 件 (37.3%)、3 人 6,850 件 (7.7%)、4 人以上 2,121 件 (2.4%) である。

¹¹ Statistisches Bundesamt, a. a. O., (Fn. 9).

¹² ドイツは 1976 年の法改正以降、破綻主義を採用しており、離婚の破綻の認定につき以下の規定が置かれている。ドイツ民法 1565 条 (婚姻の破綻) ①婚姻は、それが破綻したときに離婚することができる。婚姻は、夫婦の生活共同体が存在せず、かつ、その修復を期待できないときは、破綻している。②夫婦が別居をして 1 年に満たないときは、婚姻の継続が、他方配偶者の身上に存する理由に基づき、申立人に要求できないほど苛酷であるときに限り、離婚できる。ドイツ民法 1566 条 (破綻の推定) ①夫婦が 1 年間別居しており、かつ、夫婦双方が離婚の申立てをするとき、又は、他方が離婚に同意するときには、婚姻が破綻していることが異議なく推定される。②夫婦が 3 年間別居しているときには、婚姻が破綻していることが異議なく推定される。

¹³ Statistisches Bundesamt, a. a. O., (Fn. 7), S. 18.

¹⁴ Herbert Grziwotz, Trennung und Scheidung, 7. Aufl., Beck-Rechtsberater Deutscher Taschenbuch Verlag, München 2008, S. 2. 日本では、どちらかといえば別居の際に妻が実家に帰るイメージがあるが、本書 1 頁で設例として挙げられているのは、度重なる口論の末、夫が荷物をまとめて「母のもとに帰る」と述べたとするものであり、そのようなケースも想定されるようである。

¹⁵ オリバー・フランツ・ケストラー / (訳) 神谷遊「ドイツにおける離婚訴訟の実際とその課題」広島法科大学院論集 2 号 115 頁 (2006)

¹⁶ Statistisches Bundesamt, a. a. O., (Fn. 7), S. 25.

II. 親権法の沿革

1. ドイツの法制度と親権法

ドイツは、16の州からなる連邦国家であり、国家権力は、立法・行政・司法の各分野で連邦と州に分配されており、州はそれぞれ独自の権力と憲法を有している。ただ、立法の権限については、連邦の優位が認められ、民法・刑法・訴訟法など重要な事項について連邦が立法権を行使した場合は、州は独自の法律を制定することができない¹⁷。

ドイツ憲法は、第2次世界大戦後の1949年5月23日に、ドイツ連邦共和国基本法（GG）として制定された。これに基づき、連邦憲法裁判所（Bundesverfassungsgericht；BVerfG）が置かれている。連邦憲法裁判所は審級制度上の最上級審ではなく、基本法の遵守の有無の問題に特化して裁判する裁判所であり、これは、最高裁判所を頂点とする一般の裁判権に法令審査権を認める日本と異なる点である¹⁸。

また、私法の一般法であるドイツ民法典（Bürgerliches Gesetzbuch；BGB）は、1896年8月18日に立法化された（1900年1月1日施行）。以下ではその親権法の規定の変遷を辿るが、ドイツでは、日本語の「親権」にあたる用語は、従前は“*elterliche Gewalt*”であったが、後記する1979年の「親としての配慮に関する法の新規整のための法律」において、親の義務の面を強調するために“*elterliche Sorge*”に変更されている。そこで、本稿では1979年法を基準として、それぞれ「親権」と「親としての配慮」に区別することとする。

「親権」に関する規定は、ドイツ民法典の第4編（家族法）の第2章（親族）第4節（嫡出子の法律上の地位）第2款「親権」にあり、その冒頭で「子は、未成年である間は、親権に服する。」（旧1626条）と定めた。次いで、第2款第1項（旧1627～1683条）において「父の親権」、第2款第2項（旧1684条～1698条）において「母の親権」を規定していた¹⁹。当時は、親権は婚姻から生まれた子のための制度であり、婚外子はその対象ではなかった。そして、父母の婚姻中であっても、財産管理権を有するのは原則として父であり、母は身上監護権を有するのみであった（旧1634条）。しかし、第2次大戦後、基本法が男女同権を謳い（同法3条2項）、男女同権に反する法は1953年3月31日をもって失効すると定めたため（同法117条1項）、同年4月1日以降は、実務上、婚姻中の父母共同親権が実現された。そして後に男女同権法（1957年6月18日法、1958年7月1日施行）の平等原則に従い、民法の規定も改正されるに至ったのである。

¹⁷ 村上淳一＝守矢健一／ハンスペーター・マルチュケ『ドイツ法入門〔改訂第8版〕』（有斐閣、2012）33-37頁

¹⁸ 村上淳一＝守矢健一／ハンスペーター・マルチュケ・前掲注17）55-56頁

¹⁹ 以下の記述にあたっては、神谷遊「離婚後の父母による子の共同監護—ドイツ法における取扱いを中心として—」『谷口知平先生追悼論文集（1）—家族法』（信山社、1992）187-189頁、鈴木博人「ドイツ1」財団法人日弁連法務研究財団／離婚後の子どもの親権及び監護に関する比較法的研究会編『子どもの福祉と共同親権—別居・離婚に伴う親権・監護法制の比較法研究』（日本加除出版、2007）136-143頁、床谷文雄「大陸法—ドイツ」床谷文雄＝本山敦編『親権法の比較研究』（日本評論社、2014）120-126頁を参照した。

2. 離婚後の養育の理念転換

他方で、離婚後の親権については、当時は父母いずれかの単独親権が原則とされ、例外的に、財産管理と身上監護の分属が認められるにとどまっていた。その後、婚姻法及び家族法改正のための第一法律（1976年6月14日法、1977年7月1日施行）により有責主義から破綻主義へと移行し、親権法においては単独親権者決定の際に婚姻破綻の有責性を考慮しなくなったが、単独親権であることには何ら変わりはなかった。

ただ、この頃より離婚後の共同親権に関する賛否が本格的に議論されるようになっていた。旧1671条4項1文が、父母の離婚後は、親権を「原則として(in der Regel)」父母の一方に委ねるべきものと規定していたため、解釈論として、例外的な場合には、共同親権を認めてよいと解する余地があったのである。しかし、結果として、「親としての配慮に関する法の新規整のための法律」（1979年7月18日法、1980年1月1日施行）は、「原則として」という文言を削除することで離婚後の共同配慮を明確に否定した。このことにより、離婚後の共同配慮の問題は、立法論の対立へと持ち込まれた。

そして、連邦憲法裁判所は、1982年11月3日、BGB1671条4項1文が基本法6条2項に反して無効であるとの判決を下し、裁判で共同配慮が認められる余地が生まれることになった。以後、個別の申立てに基づく裁判例による対応期が15年以上にわたって続いていた。そのようななか、親子法改正法（1997年12月16日法、1998年7月1日施行）²⁰により、ついに離婚後の共同配慮の立法化が実現したのである。

3. 別居・離婚後の共同配慮

では、その改正法の重要な部分についてみていく。まず、1671条1項において、「親としての配慮が共同で帰属している父母が一時的ではなく別居しているときは、父母のいずれも、家庭裁判所が親としての配慮又はその一部を自己に単独で委譲することを申し立てることができる。」と規定されている。つまり、申立てを行わない限り共同配慮が維持される。申立て認容の要件については、続いて同項で、「この申立ては、次のいずれかの場合に認容する。1.父母の他の一方が同意するとき。ただし、子が14歳に達しており、かつ、委譲に反対しているときは、この限りでない。2.共同配慮の廃止及び申立人への委譲が子の福祉に最もよく適合すると期待されるとき。」とされている。

子には固有の単独配慮申立権は認められていない²¹。また、反対の意見表明をすることはできるが（同項1号）、これは拒否権を意味するものではなく、裁判所の審理を経ずに

²⁰ 本改正は、前掲連邦憲法裁判所1982年11月3日判決を含む数件の違憲判決への対応、ドイツ統一（1990年）、児童権利条約の批准（1992年）等、国内的・国際的な変化に対応することを目的としていた。

²¹ BT-Drucks. 13/4899, S. 64.

父母の提案がそのまま受け入れられることを回避する趣旨である²²。反対の意見表明権は、手続補佐人（Verfahrensbeistand）も行使することが可能である²³。一方、同 4 項は、親としての配慮について、他の規定に基づき異なる定めをしなければならない場合には、申立ては認容しないとして、子の福祉のために必要とされる場合には、父母の合意に基づいた申立てとは異なった判断を裁判所が下すことも可能としている。

父母は、親としての配慮を自己の責任において、かつ、双方合意のうえ、子の福祉のため行使しなければならない（1627 条 1 文）、意見が異なるときは、一致するよう努めなければならない（同条 2 文）。ただ、父母には、必ずしも子に関わる全ての事柄について合意し共同配慮を行うことが求められるわけではない。すなわち、「親としての配慮が共同で帰属している父母が一時的ではなく別居している場合は、その規律が子にとって重大な意味を有する事項における決定の際には、双方の合意を必要とする。」が（1687 条 1 項 1 文）、「父母の一方は、他の一方の同意を得て、又は裁判上の決定に基づいて子が通常居住するときは、日常生活に関する事項について単独で決定する権限を有する。」²⁴のである（同 2 文）。

4. 婚外子に対する配慮権

さらに、1997 年親子法改正法では、婚姻関係にない父母の配慮権についても改正が行われた。従前は、婚外子については親権者が想定されていなかったが（旧 1707 条）、「嫡出でない子の法律上の地位に関する法律」（1969 年 8 月 19 日法、1970 年 7 月 1 日施行）により、母が親権者とされたとされた。当時は、父は嫡出宣告（父の申立てにより、後見裁判所が、子が嫡出子としての法律上の地位を取得する旨の宣告をする制度。旧 1723 条以下。）又は養子縁組によらなければ、原則として親権者になることができなかった。

これに対し、1997 年親子法改正法は、「子の出生に際して父母が互いに婚姻していない場合には、次のときに、親としての配慮は、共同に帰属する。1. 親としての配慮を共同で引き受ける旨を表示したとき（配慮の意思表示）。2. 互いに婚姻したとき。」としたのである（旧 1626 条 a 第 1 項）。いずれかの方法によって共同配慮とされた限り、婚姻関係にあった父母と同様に、別居後も共同配慮の継続が原則となった。

ただ、婚姻中、旧 1626 条 a 第 1 項の場合を除いては、母が配慮を行うと定められていた（同 2 項）。これには、実質的に母に共同配慮に対する拒否権を与えているとの批判が強まり、欧州人権裁判所 2009 年 12 月 3 日判決で旧 1626 条 a 及び旧 1672 条 1 項が欧州人権条約に違反するとされ、続く連邦憲法裁判所 2010 年 7 月 21 日決定で基本法にも違反する

²² BT-Drucks. 13/4899, S. 99.

²³ Isabell Götz in : Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Aufl., 2013, § 1671, Rn. 9.

²⁴ ドイツ家族法研究会編「親としての配慮・補佐・後見（二）—ドイツ家族法注解—」民商法雑誌 143 巻 4=5 号 602 頁〔渡邊泰彦〕（2011）

と判示された²⁵。

これを受けて、「互いに婚姻していない父母の親としての配慮の改正のための法律」(2013年4月16日法、同年5月19日施行)により法改正が実現した²⁶。そこでは、1626条a第1項で、従来の1号及び2号に加えて、3号で「家庭裁判所が親としての配慮を親共同に委譲したとき」も共同配慮に移行すると新たに規定された。もし共同配慮を申し立てた父母の一方に対し、他方が共同配慮に反対し得る事由を挙げず、他にもそのような事情がみいだされないときは、共同配慮が子の福祉に反しないと推定される(同2項)。そして、この3号にも該当しない場合のみ母の単独配慮となる(同3項)。このように、婚外子の父の配慮権が強化されたことに伴い、父母別居後の子の共同配慮の枠も広がったことになろう。

5. 離婚手続と配慮権

なお、ここでドイツの離婚手続と配慮権の帰属決定の関係につき、確認しておきたい。ドイツでは、離婚は、仮に夫婦間で合意があったとしても全て裁判によるものとされ(1564条)、区裁判所の特別部の一つである家庭裁判所²⁷へ書面で申立てを行わなければならない(家事事件・非訟事件手続法〔Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit; FamFG〕133条)(2008年12月17日法、2009年9月1日施行)。未成年の子に対する配慮権や面会交流・養育費に関しては、夫婦間の諸権利義務と並び、取決めをしたかどうかを、申立書に記載しなければならない(FamFG133条1項2号)。離婚の諸効果(年金調整、子に対する扶養義務、離婚後扶養、婚姻住居・家財、夫婦財産制)については、付随事件として、原則として離婚と同一の手続に結合されなければならない(FamFG137条1項・2項)。ただし、離婚手続と親の配慮の帰属決定の強制結合は、父母の紛争を激化させ手続の長期化を招くとの批判を受け、1997年親子法改正法をもって廃止されている。

また、日本の家庭裁判所調査官にそのまま相当する制度は存在しないが、同様の役割は、少年局(Jugendamt)や心理鑑定人が担っており、配慮権の帰属決定に際しても重要な役割を果たしている。

6. 共同配慮の実態

それでは、長い道のりを経て立法化された離婚後の共同配慮は、どの程度国民に受け入れられているのであろうか。離婚手続の際に共同配慮が維持された数をみると、2000年か

²⁵ ドイツ家族法研究会編「親としての配慮・補佐・後見(一)」民商法雑誌142巻6号641-645頁[床谷文雄・稲垣朋子](2010)参照。

²⁶ 改正法については、阿部純一「ドイツの新しい婚外子配慮法—2013年4月16日改正法の意義と問題」法学新報120巻7・8号249-215頁(2014)参照。

²⁷ 前述の1976年の婚姻法及び家族法改正のための第一法律において創設されている。

ら 2011 年までの間で平均して 94%という数字が出ている²⁸。直近の 2012 年の統計では、1671 条 1 項による配慮権の委譲の申立てはなく、共同配慮が継続した件数は 67,600 件であった。また、委譲申立てが行われたが共同配慮が維持された件数が 604 件、母による単独配慮とされた件数が 2,485 件、父による単独配慮とされた件数が 216 件、第三者に委譲された件数が 16 件、一部の子が父の単独配慮、他の子が母の単独配慮とされた件数は 41 件であった²⁹。よって、配慮権委譲の申立てがなかったケースと、裁判所の判断で共同配慮が維持されたケースをあわせると、全体の 96.1%を占めている。

しかしながら、このような離婚時の共同配慮選択の割合が高いことが、離婚後の共同配慮に対する国民の高い意識を反映しているかということ、必ずしもそうとはいえない事実も指摘されている。離婚後の共同配慮のうち、約 80%の事例で子は母のもとに居所を定め、日常的な監護は母により行われているという³⁰。また、共同配慮としたものの長年争いが絶えない父母のなかには、「本当は共同配慮にはしたくなかった。けれども、(弁護士や少年局から) 配慮権をもつには他に選択肢はないと言われたから。」「争いを起こしたくなかったので共同配慮を受け入れた。」などと述べる者もいる³¹。そして、父母間のコミュニケーションや協力の問題について、家庭内で解決できなかったものが、数年後に裁判所に配慮権の単独委譲や一部委譲の形となって持ち込まれることになるのである。親の配慮、交流権、養育費に関する裁判上の手続が増加傾向にあることには、このような共同配慮についての「法律上の理想像」と「現実」の乖離も、多少なりとも影響していると推測されている³²。

III. 共同配慮の支援体制

以上で説明してきたように、現在のドイツ法では、婚姻関係にあるか否かを問わず、共同配慮が基軸に据えられているが、それでは、このような法制度を支援する何らかの手立ては講じられているのであろうか。

ドイツでは、未成年子のいる離婚の手続が係属すると、家庭裁判所から少年局へ通知がなされる。それを受けて少年局は、離婚手続に入る父母に、基本的な法制度、提供可能な援助の説明を記載した文書を送付する。そこには、より多くの情報を得るため少年局へ直

²⁸ Doris Früh-Naumann, Psychologische Sachverständige, in: Reinhard Prenzlow (Hrsg.), Handbuch Elterliche Sorge und Umgang. Pädagogische, psychologische und rechtliche Aspekte, Bundesanzeiger Verlag, Köln 2013, S. 207.

²⁹ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege. Familiengerichte 2012, Wiesbaden, 2014, S. 50. 西希代子「親権に関する外国法資料(2) ドイツ法」大村敦志=河上正二=窪田充見=水野紀子『比較家族法研究—離婚・親子・親権を中心に』(商事法務、2012) 432 頁の 2010 年についての資料と同様である。

³⁰ 鈴木・前掲注 19) 149 頁

³¹ Doris Früh-Nauman, a. a. O. (Fn. 28), S. 207. Doris Früh-Naumann 氏の家庭裁判所の心理鑑定人としての経験に基づく記述による。

³² Doris Früh-Nauman, a. a. O. (Fn. 28), S. 207.

接足を運ぶよう促す記述があり、また、父母とは別に子に対して個別の手紙を送付し、そのことをあわせて父母に知らせる少年局もある³³。

そして、少年局を訪れた父母には、①相談所、②少年局の専門担当部署、③家庭裁判所により、あるいは必要に応じてその三つが連携して、ケースに応じた援助が提供される。

①相談所においては、援助の意義や内容を十分に理解してもらい、父母に親としての責任の自覚を促すことが第一の目的とされ、これは、いわゆる「父母教育」の役割を担うものと評価できる。このような相談所の設置主体は、少年局・民間団体である。なかには、民間団体が家庭裁判所の近辺に設置している相談所もあり、裁判官が裁判所での手続の進行過程をみながら父母に相談に行くよう促し、そこでの配慮権や交流権についての合意が家庭裁判所での判断の基礎となることもあるという³⁴。このような相談所と家庭裁判所の緊密な連携の初期の実施例としては、レーゲンスブルク・モデルが挙げられる³⁵。別居・離婚によりこれまでの生活関係が崩れ、それを冷静に新しい形に構築しなおしていくには大変な努力が必要とされるため、当事者の意思を最大限に尊重しつつ、かつ、協議をこのような「安全な」場所で行えるというメリットがある。

このように、①がどちらかという「本来はこうあるべき」という現行法規定に即した説明を行い、それに基づく父母の合意を促すのに対し、②少年局の専門担当部署の援助は、個別の家庭の事情により深く入り込むものである。これはまさに、前記 II. 6 の「共同配慮の実態」のところで述べたような、共同配慮の「法律上の理想像」と「現実」の乖離を埋める役割を果たすものであり、専門家立会いのもとでの本格的なメディエーションを実施している少年局もある³⁶。少年局の一室において、社会教育学の専門家らが進行係を務め、父母双方の希望を調整し、その家庭にとって最善の合意へと一歩一歩近づける試みが重ねられ、父母間の取決めを作成することが最終的な目的とされる。

なお、こういった援助を受ける権利については、社会法典第 8 編 (Sozialgesetzbuch-Achtes Buch ; SGB VIII) 17 条の規定により保障されている。すなわち、同 1 項で、「母及び父は、児童若しくは少年に対して配慮義務を負い、又は現実に監護しているときは、少年援助の枠内で、パートナー関係の諸問題に関する助言を求める権利を有する。助言は、次の事項を援助するものとする。」とあり、そのうちのの一つとして 3 号で「別居又は離婚の場合に、児童若しくは少年の福祉にかなうように親としての責任を果たすための条件を創設すること」とある。また、同 2 項では、「父母は、別居又は離婚の場合に、当該児童若しく

³³ Gerda Simons, Die elterliche Sorge aus sozialpädagogischer Sicht, in: Reinhard Prenzlow (Hrsg.), Handbuch Elterliche Sorge und Umgang. Pädagogische, psychologische und rechtliche Aspekte, Bundesanzeiger Verlag, Köln 2013, S. 134.

³⁴ Gerda Simons, a. a. O. (Fn. 33), S. 134.

³⁵ Autorenteam des Regensburger Modellprojektes, Die Zusammenarbeit zwischen Beratungsstelle und Familiengericht. Am Beispiel der Regensburger „Familienberatung bei Trennung und Scheidung“ (FaTS) am Amtsgericht, in: Wolfgang Buchholtz-Graf/Claudius Vergho (Hrsg.): Beratung für Scheidungsfamilien—Das neue Kindschaftsrecht und professionelles Handeln, Beltz Juventa Verlag, Weinheim und München 2000, S. 46ff.

³⁶ Gerda Simons, a. a. O. (Fn. 33), S. 136.

は少年の適切な参加のもとで、親としての配慮及び責任を引き受けるための合意案を作成するに際して、援助を受けることができる。なお、この案は、家庭裁判所における和解又は裁判官の決定の基礎として役立てることもできる。」とされているのである。さらに、2012年には、メディエーション一般を促進するため、メディエーション法 (Mediationsgesetz ; MediationsG) (2012年7月21日法、同月26日施行) が制定され、今後の普及が期待される。ただ、メディエーション法の立法理由書によれば、ドイツで活動しているメディエーターの数に関する確かな拠り所も、実施されたメディエーション手続数についても明らかではなく、従来のメディエーションの実績については、単なる推測の域を出ないとされている³⁷。なお、メディエーターは、紛争当事者が合意への障害を乗り越えることをメディエーションの場で支援することを任務としており、法的な解決策の提案を行うわけではない。したがって、弁護士以外の者でもメディエーターになることができ、実際に、心理学者、教育学者、社会学者等のメディエーターが存在しているという³⁸。

では、①相談所や②少年局の専門担当部署に対して、③家庭裁判所はどのような役割をもつのか。前述のように、離婚手続が係属すると少年局を通して父母に連絡がなされるが、家庭裁判所においても、夫婦間に未成年子がいる場合、親としての配慮及び面会交流について夫婦を審問し、相談手続を利用できることを示さなければならないとされている (FamFG128条2項)。また、家庭裁判所は、父母に、付随事件一般についてメディエーションを含む裁判外の紛争解決手続に関する情報提供の無償の面談に、別々に又は共に参加すること、及びその参加証明書の提出を命じることができる。この面談については、家庭裁判所が特定の人物や機関を指定することができる (FamFG135条)。

そして、これらを通して父母間で合意が形成されなかった場合には、離婚後の配慮権の帰属や交流権について、裁判所が判断を下すことになる。この局面では、少年局は、それまでの家庭裁判所との連携関係を解き、裁判所の権限から独立した立場として協力する。当事者との相談やメディエーションに関わっていた少年局は、父母間での中立性を放棄し、今度は調査に基づき、場合によっては父母いずれかに有利になる意見を述べることになる。このため、情報を引き継いだ上で少年局の担当者の交代も考えられるが、父母の側で特にそれを望まない場合は、交代は行われまいという³⁹。

³⁷ ディーター・ライポルド/ (訳) 出口雅久「調停、メディエーション、民事訴訟」立命館法学 353号 342頁 (2014)。メディエーション法の手続・実情については、同 341-348頁、渡部美由紀「ドイツにおけるADR—メディエーション法の成立」法律時報 85巻4号 44-49頁 (2013)、国分貴之「ドイツにおけるメディエーション法の成立とメディエーション手続の実情」NBL1012号 38-58頁 (2013)。

³⁸ 国分・前掲注 37) 39頁

³⁹ Gerda Simons, a. a. O. (Fn. 33), S. 137.

IV. 裁判所による共同配慮への介入⁴⁰

それでは次に、配慮権の行使に対する裁判所の判断が必要な場合、どのような基準をもって、どの程度までの介入が行われていくのかをみていくこととする。

親の一方が単独配慮又は配慮権の一部委譲を申し立てた場合は、前述のように「共同配慮の廃止及び申立人への委譲が子の福祉に最もよく適合すると期待されるとき」(1671条1項2号)にのみ申立てが認められるのであるが、ここにいる「子の福祉」の意味するところは何か。以下ではこの点について、6つのメルクマールに分け、裁判例から掘り下げる。

1. 父母の親としての適格性

まず、共同配慮をなお維持することができるのかどうか、あるいは申立人の単独配慮の是非を判断するにあたって、本項目について確認される。

比較的多くみられるのは、父母の一方が「エホバの証人」に入信しているケースである。「エホバの証人」への入信は、日本においても離婚原因となることがあり、共同配慮のもとでの配慮権行使についてはどのように判断されるのか興味深い。この点についてドイツの裁判例をみると、入信自体は共同配慮を廃止する理由にはならず、問題は、子の巻き込みや子への影響の有無である⁴¹。

例えば、ヘルムシュタット区裁判所 2007年3月21日決定 (FamRZ 2007, S. 1837) は、次のような別居中の父母に関する事案であった。本件では、母が「エホバの証人」に入信しており、この点を挙げて父は自己への配慮権の全部委譲を申し立てた。しかし、母は、子に万が一輸血が必要な事態が生じたときには輸血を拒否しない旨明確に表明しており、これまで「エホバの証人」の宗教行事に子を参加させたこともなかったということが確認された。そこで、裁判所は、別居後、主に子は父と共に暮らしていたという環境の継続性、父のもとで暮らすことを希望した子(2000年出生)の意思に照らして居所指定権は父に委譲したが、その他の点では共同配慮を維持した。子への輸血を拒否するかもしれない、子を宗教行事に強制的に参加させるかもしれないという漠然とした懸念のみでは、共同配慮全部は廃止されないということである。そして、仮に母が輸血を拒否したとしても、その場合は、裁判所の仮処分決定で輸血を行うことができることを指摘している。他の裁判例では、他の判断基準に鑑み、エホバの証人に入信している父に居所指定権を委譲したケー

⁴⁰ ここでは、比較的近時の裁判例を中心に取り上げているが、それ以前の裁判例も含めた詳細については、拙稿「離婚後の父母共同監護について—ドイツ法を手がかりに—(1)(2・完)」国際公共政策研究 16巻1号 243-264頁(2011)、同 16巻2号 135-163頁(2012)、拙稿「ドイツ・補論—共同配慮・単独配慮の判断基準」床谷文雄=本山敦編『親権法の比較研究』(日本評論社、2014)。

⁴¹ ミュンヘン上級地方裁判所 1999年12月14日決定 (FamRZ 2000, S. 1042)をはじめ、同旨の裁判が蓄積している。

スさえある⁴²。

また、子への影響が争点であるのは、アルコール依存症や精神疾患、同性愛等の性的傾向についても同様である。このように子の福祉に着目することから、子に対する性的虐待の有力な疑いがある場合には、たとえ刑法上の有罪判決が下されていなくとも共同配慮が廃止されている⁴³。

加えて、養育費不払いは、親としての適格性を否定する重大な要素である。ドレスデン上級地方裁判所 2002 年 2 月 27 日決定 (FamRZ 2002, S. 973f.) では、別居中に子 2 人に対して支払能力があるにもかかわらず養育費を支払ってこなかったことが、子らへの無関心を示す態度とみなされ、母へ配慮権が委譲されている。ケルン上級地方裁判所 2011 年 11 月 28 日決定 (II-4 WF 184/11, juris.) においても、父が、子の出生後 6 年間にわたり養育費の一部すら支払ってこなかった理由が明らかでないとして、母へ配慮権が委譲されている。養育費不払いは、日本においては面会交流との関係で問題となり、養育費不払いを理由にただちに面会交流を認めないことには否定的な見解も存在する。しかし、単独配慮下の面会交流の場合とは異なり、共同配慮とするならば少なくとも重要事項については父母共同の決定権が残される点を見逃すことができない。決定権は確かに「子のために」決定するという義務の側面を含むが、親の権利でもある。そのため、裁判例では養育費不払いを重くみて、共同配慮廃止に傾く強い要素と捉えているのではないかと思われる。

2. 父母の協力

本項目は、共同配慮の認否を判断する基準の要である。前記 1 で、子との関係において父母それぞれに親としての適格性が認められたとしても、父母間で子のための協力体制を築くことができなければ、共同配慮は子の福祉に適合しないとの判断を受けることになる。

前記のように、ドイツ法では 1687 条 1 項により父母の一方が子の日常生活に関する事項に限り単独で決定する形態も (広義の) 共同配慮の一形態として認められているが、共同配慮を維持するには、少なくとも子にとっての重要事項に関しては父母間で合意を形成しなければならず、前記 1627 条の意見一致の努力義務もその文脈において意味をもつ。したがって、ここで主な争点になるのは、子にとっての重要事項について父母間で合意が可能かどうかである。

⁴² ハム上級地方裁判所 2011 年 1 月 26 日決定 (FamRZ 2011, S. 1306)

⁴³ プレーメン区裁判所 2004 年 9 月 13 日判決 (Kind-Prax 6/2005, S. 234ff.)、ブランデンブルク上級地方裁判所 2009 年 7 月 17 日決定 (FamRZ 2010, S. 221)。ただし、離婚に際し、子に対する性的虐待の疑いで相手方を (刑法上も) 訴えるケースは多く、その 25~50% (調査により異なる) は事実ではないとの数字も出ていることから、慎重な判断が求められる。Mallory Völker/Monika Clausius (Hrsg.), Das Familienrechtliche Mandat—Sorge- und Umgangsrecht, 6. Aufl., Deutscher Anwalt Verlag, Bonn 2014, S. 130f.

(1) 配慮権の一部委譲又は決定権の委譲

重要事項について合意に至らない場合は、1671条により、後記(2)でみるように完全な共同配慮は廃止され居所指定権が一方の親に委譲されるケース、あるいは場合によっては単独配慮になるケースもあるが、居所指定権以外のより狭い範囲の配慮権の一部委譲によって解決が図られるケースも存在する。

居所指定権以外の一部委譲の形態は、バンベルク上級地方裁判所 2002年8月26日決定 (FamRZ 2003, S. 1403f.) が一例を示す。本件では、医学上確立した治療法が未だ存在しない病気に罹患している子について、治療をいかなる方法で行うかにつき父母間で意見の一致は望めないという事実を認め、医療に関する配慮権のみを母に委譲した。なお、2種類以上の事項の配慮権の一部を委譲した事例もある⁴⁴。

そして、これとは別に、ドイツ民法では1628条にも、一見すると1671条1項による一部委譲と類似した規定が置かれている。「父母が、その規律が子にとって重大な意味を有する親としての配慮の個別の事項又は特定の種類の事項において、合意することができないときは、家庭裁判所は、父母の一方の申立てにより、判断を父母の一方に委ねることができる。その委譲には、制限又は負担を付けることができる」⁴⁵。制限の例としては判断権限の期間を定めること、負担の例としては医療措置を講じたことを裁判所に報告する義務を課すことが挙げられる⁴⁶。1628条により解決が図られたベルリン上級地方裁判所 2005年5月18日決定 (FamRZ 2006, S. 142f.) においては、特定の予防接種(7種類)を子に受けさせるかどうかの決定権を父に委譲した区裁判所の判断を維持している。なお、1628条による決定権の委譲においては、裁判所は、争いがある特定の事柄に関し父母のどちらの判断が適切かに踏み込んで審理するのではなく、その特定の事柄において父母が過去に子の福祉を害していないか、あるいは考え・態度が一貫しているかなど、それまでの監護状況を重視する。

それでは、1628条と1671条の間の相違は何であるのか。まず、大前提として、1628条は、別居に至っていない、婚姻・同居中の父母にも適用される規定である。そして、1628条が、具体的な状況に従い、より狭く限定された範囲の決定権限(予防接種に関する決定権、国籍に関する決定権、相続・遺贈の放棄の権限等⁴⁷)を一方に委譲するのに対し、1671条1項による場合は、比較的広範な決定(学校に関する事項、医療に関する事項、宗教に関する事項等)を子が成年に達するまで一方の親に委ねることが予定されている⁴⁸。

そのため、弁護士は、そのような父母間の紛争の相談があれば、まずは共同配慮下での争いの「緩和手段」としての1628条による申立ての方を優先するという⁴⁹。いずれにせよ、

⁴⁴ ニュルンベルク上級地方裁判所 1998年11月17日決定 (FamRZ 1999, S. 673f.)、ハンブルク区裁判所 1999年5月20日決定 (FamRZ 2000, S. 499ff.) 等。

⁴⁵ ドイツ家族法研究会編・前掲注25) 650頁 [右近健男]

⁴⁶ ドイツ家族法研究会編・前掲注25) 640頁 [右近健男]

⁴⁷ Mallory Völker/Monika Clausius(Hrsg.), a. a. O. (Fn. 43), S. 75f.

⁴⁸ BT-Drucks. 13/4899, S. 99, Mallory Völker/Monika Clausius(Hrsg.), a. a. O. (Fn. 43), S. 138.

⁴⁹ Sima Kretzschmar/Melanie Sander, Der Anwalt im Sorgerechts- und Umgangsverfahren, in; Reinhard

別居・離婚後、父母がどの範囲についてであれば子の養育に関し協力していけるのかに目を向ける配慮権の一部委譲や決定権の委譲は、裁判における共同配慮の調整方法として注目すべきである。

(2) 父母の協力の意味—単独配慮又は居所指定権の委譲の場合

前記(1)の方法によって父母の協力が望めないときは、1671条により父母の一方への配慮権全部の委譲か、居所指定権の委譲が行われる。留意すべき点として、意見の一致に至らないことについては、その証明として、文書において、合意に達することのできない事柄及びその原因を示したり、いつ、どのような機会・方法により合意への努力をしてきたか、また、その努力が実らなかったことについての具体的な説明が要求される⁵⁰。当該父母に1627条が求めている意見の一致への努力が足りないのか、それともその父母は可能な限り努力を行ったのかを判断する材料として、文書による報告の要求は大きな意義を有すると考えられる。

DVのケースは、子への直接的な暴力がない場合は、「親としての適格性」ではなく、「父母の協力」の問題として扱われている。そして、ザールブリュッケン上級地方裁判所2010年7月30日決定(FamRZ 2011, S. 120)が端的に判示するように、「親の一方が他方に対してひどい暴力を振るっており、そのためにその親が両親間のコミュニケーションを拒否している場合において、共同配慮の存続が子の福祉に資さないときは、共同配慮が廃止されなければならない」とするのが裁判所の立場である。

特にこの場合は、居所指定権の委譲やその他の配慮権の一部委譲では足りない。ザールブリュッケン上級地方裁判所2011年12月5日決定(FamRZ 2012, S. 1064)は、父の母に対する暴力が激しく、暴力保護法による保護命令が数回出され、さらに刑法上の手続もとられているため、父母間の協力関係を築くことは望めないとして、共同配慮廃止及び母の単独配慮が認められている。また、刑罰が確定している場合はなおさらであり、連邦憲法裁判所2003年12月18日決定(FamRZ 2004, S. 354ff.)は、父が、母に対する強姦未遂を含むDVで執行猶予付きの16ヶ月の自由刑が確定しており、このような場合に父母の協力は到底望めないとして、共同配慮を廃止し、母の単独配慮とした。

なお、DVに関し、ドイツでは民事上は、4条からなる暴力保護法(Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen [Gewaltschutzgesetz - GewSchG]) (2001年12月11日法、2002年1月1日施行)が規律する⁵¹。本法は、配偶者

Prenzlow (Hrsg.), Handbuch Elterliche Sorge und Umgang. Pädagogische, psychologische und rechtliche Aspekte, Bundesanzeiger Verlag, Köln 2013, S. 75.

⁵⁰ ツヴァイブリュッケン上級地方裁判所1998年10月1日決定(FamRZ 1999, S. 40f. =NJW 1998, S. 3786f.)。又はム上級地方裁判所2004年5月28日決定(FamRZ 2005, S. 537f.)や近時ではナムブルク上級地方裁判所2011年10月4日決定(FamRZ 2012, S. 1062)も、この説明義務が配慮権の委譲を申し立てた親にあるとしている。

⁵¹ 以下の説明について、さらに詳しくは、合田篤子「ドイツの民事暴力保護法制」民商法雑誌129巻4・5号560-593頁(2004)、齋藤純子「ドイツのストーキング対策立法—『暴力保護法』と『つきまとい処罰法』」外国の立法233号98-121頁(2007)。さらに、刑事面で2007年には、「執拗なつきまとい

間の暴力のみを対象としているのではなく、広く民事領域における暴力一般に関する法律である。暴力保護法に基づく保護命令の申立ては、家庭裁判所の管轄である（FamFG111 条 6 号）。規制対象となる行為には、身体的暴力のみならず、心理的暴力、性的暴力、脅迫、つきまとい、電話などを用いた迷惑行為も含む。また、法律上の夫婦に限定せず、そのような行為があれば、当事者の法的関係や性的関係の有無にかかわらず、保護の対象としている。裁判所は、加害者に対し、被害者の住居等への立入り・接近、被害者への連絡、被害者との遭遇を引き起こすことの禁止を命じることができる。そして、「継続的な共同の家政」を営んでいた場合は、被害者は加害者に対し、暫定的ではあるが共同で使用していた住居の明渡しを求めることもできる。保護命令の実効性の確保の面では、直接強制が導入されている。

「父母の協力」という観点からは、他にも、父母が遠距離に居住しているという事情から、父母のいずれかが協力が難しいと訴える場合があるが、この主張は一般には共同配慮の廃止に結びつかない。居所指定権を一方に委譲しつつも、重要事項の共同配慮は維持される⁵²。むしろ、遠距離に居住していながら、円滑な面会交流の実績がある場合には、それが重視されるようである⁵³。

3. 他方の親と子との結びつきに対する寛容性

本項目は、単独配慮制度における配慮権者決定の基準でもあったが、共同配慮の場面では、この寛容性が基本的に双方の親に認められなければならない。

例えば、ミュンヘン区裁判所 2009 年 11 月 25 日決定（551 F 5932/09, juris.）は、父母別居後、子と同居していた母が別居中の父の面会交流を正当な理由なく拒絶し続けていた事案で、一方の親が「他方の親と子との面会交流を許容し促進しない場合には、それが可能な他方の親への居所指定権委譲が子の福祉にかなう」と述べ、居所指定権及び争いのあった健康・学校教育に関する配慮権を父へ委譲している。また、ブランデンブルク上級地方裁判所 2011 年 4 月 27 日決定（FamRZ 2011, S. 1739f）は、別居後、母が、父と子が交流することを困難にさせようと相談なく遠方へ転居し、子の転校手続を進めようとしていた事案であったが、仮命令で居所指定権が父に委譲されている。

さらに、子に他方の親に対する拒絶感情をもたせようと悪口を言うまでに至らなくとも、再婚相手や新しいパートナーに子をなつかせようとその者が「父」「母」とであると教え込ん

の可罰性のための法律（第 40 次刑法改正法）」（Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen -40. StrÄndG）、（2007 年 3 月 22 日法、同年 3 月 31 日施行）が、暴力保護法の限界として指摘されていた点に対応している。

⁵² ドレスデン上級地方裁判所 1999 年 7 月 7 日決定（FamRZ 2000, S. 501）、ハム上級地方裁判所 2001 年 9 月 13 日決定（FamRZ 2002, S. 565f.）、ケルン上級地方裁判所 2002 年 10 月 11 日決定（FamRZ 2003, S. 1036f.）等。

⁵³ 前掲注 62）ドレスデン上級地方裁判所 1999 年 7 月 7 日決定、同ハム上級地方裁判所 2001 年 9 月 13 日決定。

だり、そう呼ばせたりする行為も問題視される⁵⁴。交流権について規定する 1684 条 2 項においても、「父母は、それぞれ、子と他方の親との関係を侵害し、又は養育を妨げるあらゆることを行ってはならない。」と定められている。そこでは、交流に際し直接的な妨害行為をするのは当然のこと、他方の親に対し悪い印象や拒絶感情をもつように吹き込むなどの間接的な妨害行為を行うことも禁じられていると解されており⁵⁵、本規定が共同配慮における判断にも少なからず影響を及ぼしているものと思われる。

4. 子の発達の促進

本項目においては、子の世話にその親が過去にどの程度積極的に関わってきたかということに加え、将来、どのように関わっていくことができるかに基づき判断がなされる。

ブランデンブルク上級地方裁判所 2007 年 10 月 8 日決定⁵⁶では、子の発達の促進の観点から、父母それぞれが次のように比較されている。母は仕事のために平日の日中は第三者に子の世話を委ねざるをえなかったが、裁判所は、子は全日保育所で他の子どもたちとの交流を通じて社会的能力を身につけることができる面を評価した。他方、父は親時間（育児休暇）⁵⁷を終えると無収入になるばかりか、現在、両親のもとで暮らし基本的な日常事務も自身の母に頼っている状況であることを指摘した。結論として、裁判所は、母への居所指定権委譲を認容している。親が経済的にも精神的にも自立できていない場合は、その状態の方が第三者による世話よりもむしろ問題であると判断されたのである。

また、子の発達の促進は、特に子の身上配慮に密接に関わる。そのため、本項目が関係する事例では、配慮権全体よりも、その一部である居所指定権が争われる場合が多くを占める。そして、実際に居所指定権の委譲が認められるケースは非常に多い。しかし、配慮権全部が委譲されるのは他の判断基準が影響している場合であり、本項目は他の項目と比較しても、単独で共同配慮全部の廃止の根拠にはなりにくいということが指摘できる。

5. 子の生活環境の継続性

親の一方による配慮が数年にわたって継続しているケースにおいて、他方の親に配慮権者を変更することは、多くのケースで子の負担になる。本項目は、この点に留意するものである。

継続性を判断するにあたっては、単純に期間のみならず⁵⁸、感情的結びつきも考慮され

⁵⁴ ブラウンシュヴァイク上級地方裁判所 2000 年 12 月 20 日決定 (FamRZ 2001, S. 1637f.)

⁵⁵ 佐々木健「ドイツ親子法における子の意思の尊重」立命館法学 317 号 303-304 頁 (2008)

⁵⁶ FamRZ 2008, S. 935.

⁵⁷ 親時間及び親手当に関する法律 (2007 年 1 月 1 日施行) 1 条 1 項 4 号に基づき、ドイツでは就業していない者も親手当の請求権を有する。

⁵⁸ 期間に関しては、短期間について認めたものとして、別居中の約 1 年 4 ヶ月間の継続性を認定し、居所指定権を母に委譲したフランクフルト上級地方裁判所 2006 年 7 月 28 日決定 (FamRZ 2008, S. 935)、

る。主に父母の一方との結びつき、兄弟姉妹との結びつきなどであるが、これに対して、新しい家庭における、父母の一方を同じくする兄弟姉妹、父母の再婚（同居）相手の連れ子との結びつきは、一般に、共同配慮の判断に影響しない⁵⁹。新しい家庭での子の生活環境の安定も必要であるが、それが別居・離婚前の父母や兄弟姉妹との結びつきよりも殊更に重視されるべきではないという姿勢が窺える。

また、親の一方が子を連れて外国へ転居する場合も、子の生活環境を大きく変えることになる。子が他方の親と定期的に直接的な面会交流を行うことも、それまでに比して困難となる。ドイツでは、これについて法規定による制限は存在しないが、学説上は従来から議論があった。他方の親の交流権を考慮しても転居は基本的に妨げられないとする見解、親としての適格性を比較した上で転居の理由を考慮し判断を下すべきとの見解、そして子を伴った外国への転居に疑問を抱く見解がみられた⁶⁰。

そして、連邦憲法裁判所 2003 年 8 月 20 日決定（FamRZ 2003, S, 1731f.）が、このうち 2 番目の中間説を採用し、注目を集めた。親としての適格性、他方の親と子との結びつきに対する寛容性を比較した上で、転居の理由を考慮する立場を明らかにしたのである。親は、基本法 11 条の住居移転の自由を有するが、その自由は子の福祉にかなう限りで認められ、転居には、子と他方の親との交流の保護よりも重い「正当な理由」が必要とされると判示した。そして、その後の裁判例で、「正当な理由」が認められるのは⁶¹、転居が職業上の都合であったり⁶²、親の故郷への帰国であり、子が社会に溶け込める基盤があるときであることが示されている⁶³。

例えば、ミュンヘン上級地方裁判所 2008 年 5 月 9 日決定（FamRZ 2008, S. 1774f.）では、これらの基準を用いて、父母の別居以来、母が継続して日常的世話を行ってきた子 2 人（2003 年と 2005 年出生）について、母の故郷ペルーでの比較的安定した家庭環境及び経済状況が保障されるとしている。具体的には次のとおりである。2 人の子は、ペルーに転居後は国際幼稚園に入園することが可能で、おじ・おば・祖父母のいる大家族のもとで社会への適応が期待され、経済状況についても、母は目下は親族の援助に頼るとしても、見習い店員として働き社会扶助（Sozialhilfe）を受けているドイツでの状態と比較すれば安定が見込める。一方、父は、現在十分な収入があるにもかかわらず、別居以来、困窮状態の母子に離婚後の扶養料・養育費を支払っておらず、親としての適格性に問題がある。以上の理由により、母に配慮権を委譲した。なお、他方の親の状況などに鑑み、配慮権全

離婚後の 1 年間、事実上は主に父が子の面倒をみていたことを決定的な理由として父に配慮権を委譲したブランデンブルク上級地方裁判所 2012 年 6 月 19 日決定（10 UF 42/12, juris.）がある。

⁵⁹ ツェレ上級地方裁判所 2004 年 3 月 12 日決定（FamRZ 2005, S. 52f.）、ブランデンブルク上級地方裁判所 2008 年 3 月 19 日決定（FamRZ 2008, S. 1472ff.）。

⁶⁰ FamRZ 2008, S. 936.

⁶¹ 「正当な事由」として認められる事由の詳細については、Mallory Völker/Monika Clausius (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 43), S. 127ff. 参照。

⁶² ケルン上級地方裁判所 2006 年 1 月 11 日決定（FamRZ 2006, S. 1625）

⁶³ ケルン上級地方裁判所 2006 年 1 月 18 日決定（FamRZ 2006, S. 1625f.）

部ではなく、居所指定権のみを転居する親に委譲する裁判例もある⁶⁴。

反対に、転居につき「正当な理由」が認められなかった例としては、コブレンツ上級地方裁判所 2010 年 5 月 4 日決定 (FamRZ 2010, S. 1572f.) がある。母が故郷のイタリアに帰国するにあたり、単独配慮を求めた。しかし、裁判所は、母の転居につき家庭環境上あるいは経済上の説得力のある理由はみあたらず、むしろ、母への審問から、転居は父と子との交流を困難にすることが目的と推測されると述べた。故郷とはいえ、出身の町に帰るわけではなく、全く家族的・文化的な繋がりのない地方への転居を予定しており、職業に関しても具体的な展望があるともいえないため、単独配慮を認めなかったのである。

全体を俯瞰すれば、本項目は、配慮権の全部委譲あるいは居所指定権の委譲の理由となっており、申立てまで共同配慮を行ってきた場合に、その共同配慮下での生活環境の継続性が評価されて共同配慮維持にプラスになるという事例は、交替モデルという特殊な事例⁶⁵を除き見受けられない。

6. 子の意思

一方の親への配慮権委譲に他方の親が同意するときは、14 歳以上の子の意見を聴くことになっている (1671 条 1 項 1 号)。これに対して、他方の親の同意なしに配慮権委譲が申し立てられた場合に子の意思をどのように評価するかについては、特に定めがない。

学説においては 12 歳が一つの目安になるという見解があるが⁶⁶、裁判例では、子の意思に独立性と継続性の双方が認められた場合に、はじめて当該子の意思が尊重に値するということがむしろ強調されている。それを見極めるためには、一定間隔をおき最低 2 回は子の意見を聴く機会を設けることが必要との指摘がある⁶⁷。したがって、低年齢の子の意思を尊重したケースもあり、ケルン上級地方裁判所 2011 年 7 月 25 日決定 (4 UF 18/11, juris.) では 4 歳の子の意思、ブランデンブルク上級地方裁判所 2009 年 10 月 1 日決定 (9 UF 71/09, juris.) 及びブランデンブルク上級地方裁判所 2012 年 10 月 30 日決定 (FamRZ 2013, S. 1230.) では 5 歳の子の意思、又はム上級地方裁判所決定 2000 年 2 月 14 日決定 (FamRZ 2000, S. 1039ff.) では 7 歳の子の意思を考慮に入れている。

一方で、特に前記 3 の他方の親と子との結びつきに対する寛容性に問題があったり、子に忠誠葛藤がみられる場合には、比較的年齢の高い子であっても子の意思の重要性を認めていない。例えば、ブラウンシュヴァイク上級地方裁判所 2000 年 12 月 20 日決定 (FamRZ 2001, S. 1237f.) は 13 歳の子について、ケルン上級地方裁判所 2008 年 8 月 28 日決定 (FamRZ 2009,

⁶⁴ 前掲注 62)ケルン上級地方裁判所 2006 年 1 月 11 日決定、オッフエンブルク区裁判所 2008 年 6 月 18 日決定 (FamRZ 2008, S. 2055) 等。

⁶⁵ ドレスデン上級地方裁判所 2004 年 6 月 3 日決定 (FamRZ 2005, S. 125f.) 。

⁶⁶ Johannsen/Henrich/Jaeger, Ehe recht, 3. Aufl., 1998. §1671, Rz. 81. 少なくとも 12 歳未満の子の意思は、基本的に決定の根拠とするに足るものではないとする。

⁶⁷ Joseph Salzgeber, Familienpsychologische Gutachten: Rechtliche Vorgaben und sachverständiges Vorgehen, 4. Aufl., C.H. Beck, München 2011, S. 433.

S. 434f.) は 16 歳の子について、その意思に決定的な重要性がないとしている。

V. 共同配慮と交流権

以上のように、共同配慮が廃止されたり居所指定権が委譲されても、それぞれ配慮権を有しない親、居所指定権を有しない（子と同居していない）親の面会交流が認められる余地はある。そこで、共同配慮に関係する範囲で面会交流にも焦点をあて、その仕組みや援助制度について述べる。

1. 高葛藤がある場合の対処

(1) 付添い交流⁶⁸

ドイツでは、面会交流のみならず、その援助についても、長年の実務の蓄積を経て 1997 年親子法改正法によって明文が置かれ、少年局と民間団体によって実施されている。1684 条 4 項で、「家庭裁判所は、特に、協力する用意のある第三者が同席する場合に限って交流の実施ができる旨命じることができる。少年援助の期間又は社団も第三者となることができる；その場合、これらの者は、事件ごとに任務を引き受ける個人を決定する。」とされている⁶⁹。このような援助の形態は付添い交流と呼ばれ、父母双方との交流が子の福祉のために原則として必要であると規定する 1626 条 3 項 1 文を支える制度として重要な意味をもつ。

また、運用面をみると、1997 年の法改正からちょうど 10 年後の 2007 年には、連邦家族省が中心となって実務の統一的指針「付添い交流に関するドイツ基準」が作成された⁷⁰。このドイツ基準では、付添い交流は三形態に分けられ、介入度の低いものから順に、①援助つき交流 (unterstützter Umgang)、②狭義の付添い交流 (begleiteter Umgang im engeren Sinn)、③監督付き交流 (beaufsichtigter Umgang) となっている。

①援助つき交流は⁷¹、子に対する特別重い心理的負担や子への暴力の危険はないが家族の機能障害が見られる場合、あるいは監督付き交流から狭義の付添い交流を経ての自立への移行の過程などで有効であるとされている。例えば、離婚後、子と別居親の交流に長期間のブランクが生じた場合や、婚外子の父が初めて子と対面する場合である。子の受渡し時のみの付添いや、グループ形式での父母教育が想定されている。これに加えて家族構成

⁶⁸ 詳細については、拙稿「面会交流援助の意義と発展的課題—ドイツ法の運用を視座として—(2・完)」国際公共政策研究 17 巻 2 号 47-64 頁 (2013)。

⁶⁹ ドイツ家族法研究会編「親としての配慮・補佐・後見(三)—ドイツ家族法注解—」民商法雑誌 144 巻 1 号 138 頁 [遠藤隆幸] (2011)。原文がセミコロンで区切られている箇所は、そのままにしている。

⁷⁰ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen, und Jugend (Hrsg.), Deutsche Standards zum begleiteten Umgang—Empfehlungen für die Praxis, Verlag C. H. Beck, München 2008.

⁷¹ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen, und Jugend (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 70), S. 21f., 122f.

員との相談も行われるか否かは、個別の状況による。援助期間の目安は3～6ヶ月で、専門職員と養成教育を受けたボランティア職員が連携して援助にあたることが想定されている。

次に、②狭義の付添い交流は⁷²、交流が子の福祉に間接的危険を及ぼす可能性を排除できない場合に行われる。例えば両親間に協力体制が見られない場合、子の引渡し時に両親が激しく口論する場合などである。家族の関係を改善するため、通常、家族構成員を交えた相談も必要とされる。援助期間の目安は6～12ヶ月であり、援助つき交流と同様、専門職員と養成教育を受けたボランティア職員が援助にあたる。

最後に、③監督付き交流は⁷³、交流が子の福祉に直接的危険を及ぼす可能性を排除できない場合に利用される。例えば、交流権者に精神的障がいやアルコール中毒がみられる場合、子に対する虐待の疑いがある場合、子の奪取の危険がある場合などである。付添人は、交流の間、直接的あるいは間接的に（ビデオカメラやマジックミラーを通して）見守る。家族構成員を交えた相談は、このようなケースでは必須である。援助期間は12ヶ月以上にわたり、事案の性質上、日程調整から相談業務、付添いの全てを専門職員が行う必要があるとされている。

制度としては監督付き交流が注目されるかもしれないが、実施は稀であり⁷⁴、②狭義の付添い交流が三形態の中での実施割合が最も高い形態である⁷⁵。前記IVでみた共同配慮の裁判例との関係では、居所指定権が廃止されるにとどまったケースに、もし面会交流援助が必要だとすれば①又は②の援助で足り、単独配慮とされた場合でも③の援助が必要なのは「親としての適格性」に問題があるごく一部のケースに限られることを考えれば、このような実態についても納得がいく。

面会交流の頻度については、実務上、付添いがある場合でも、14日ごとに2時間程度は実施するのが一般的な状況である⁷⁶。

（２） 面会交流の履行確保

付添い交流のほかにも、ドイツ法には、交流権の円滑な行使のため、交流保護（Umgangspflegschaft）の制度も存在する⁷⁷。付添い交流が、交流権を有する親の側に何

⁷² Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen, und Jugend (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 70), S. 22f., 122f.

⁷³ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen, und Jugend (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 70), S. 22f., 122f.

⁷⁴ Mechtild Gödde, Auswertung internationaler Erfahrungen und der Entwicklung in Deutschland: Grundlagen und Ziele des begleiteten Umgangs, in: Wassilios Emmanuel Fthenakis(Hrsg.), Begleiteter Umgang von Kindern—Ein Handbuch für die Praxis, Verlag C. H. Beck, München 2008, S. 140.

⁷⁵ Mechtild Gödde, in: W. E. Fthenakis(Hrsg.), a. a. O. (Fn. 74), S. 136.

⁷⁶ 2012年3月に筆者が行った、ハイデルベルク市一般社会サービス部長 Günter Wottke 氏、ハイデルベルク児童保護連盟 Maria Fried 氏、ウルム/ノイウルム児童保護連盟長 Lothar Steurer 氏、フライブルク児童保護連盟研修生 Jasmin Beathalter 氏へのヒアリングによる。

⁷⁷ 交流保護については、以下、特に注を付していない箇所は、Mallory Völker/Monika Clausius(Hrsg.), a. a. O. (Fn. 43), S. 189-194 及び高橋由紀子「ドイツの交流保護制度—親子の面会交流実現のための親権制限—」帝京法学 27 卷 2 号 25-29 頁（2011）、遠藤隆幸「面会交流の第三者関与—ドイ

らかの問題がある場合、あるいは父母間の争いが激しい場合に面会交流を支援するものであるのに対し、交流保護は、配慮権を有する親が面会交流を不当に妨害する場合に対処するものである。従前は、そのようなケースでは、1666条に基づき、面会交流を妨害する親からの配慮権の剥奪を交流権の範囲について行い、少年局を補充保護人（Ergänzungspfleger）に選任する手続がとられていた。このような実務が、2008年の家事事件手続法制定に伴い、明文化された。

子と父母との交流を規定する1684条において、まず2項で「父母は、それぞれ、子と他方の親との関係を侵害し、又は養育を妨げるあらゆることを行ってはならない。子が他の者の保護下にある場合も、同様とする。」⁷⁸とされているが、それにつき、3項3文で「本条第2項に基づく義務が長期間又は繰り返し、顕著に侵害されている場合、家庭裁判所は、交流の実現のための保護（交流保護）を命ずることもできる。」としているのである。

これにより、以前の実務とは異なり、交流保護命令にあたって1666条の子の福祉の危険の厳格な要件を満たす必要はなくなった。交流保護人として選任されるのは、多くは各地域の少年局であるが、その権限については、「交流保護は、交流の実現のために子の引渡しを要求し、交流期間中の子の居所を定める権利を含む」（同4文）とある。さらに、「この命令には期限を付すことができる」（同5文）とされているが、これは、交流保護はもともと長期間を想定するべきものではなく、短期間で終了させられることが期待されているからである。期限を定めたとしても、必要な場合には、裁判所が更新を認めることもある。

ただ、このように交流保護人が交流のための子の引渡しの場面に立ち会い、父母間の争いを緩和することを試みても、交流保護は父母に対する強制力を伴うわけではない。そこで、面会交流の履行確保のための強制手段として用意されているのが、秩序金（FamFG89条）並びに秩序拘禁（同90条）による制裁である。1回の秩序金の限度額は25,000ユーロとされており（同89条3項）、秩序金を取り立てることができない場合に秩序拘禁を命じることができる（同89条1項）。

さらに、秩序金の決定が功を奏しなかった場合や功を奏する見込みがない場合、あるいは裁判を即時に執行することが必要不可欠である場合には、裁判所は、直接強制を命じることができる（同90条1項）。ただし、交流権の行使のために子を引き渡すべき場合については、子に対して直接強制の適用を許可してはならないとされている（同2項1文）。

（3） 子の引渡し

また、交流権者が、単独配慮権者、あるいは共同配慮下で居所指定権を単独で有している親のもとから、子を奪取する事態も考えられる。そのような場合については、1632条が「身上配慮は、子を違法に父母又は父母の一方に引き渡していない者に対し、子の引渡し

ツ法を素材として」田井義信編『民法学の現在と近未来』（法律文化社、2012）321-324頁、高橋由紀子「ドイツにおける面会交流制度」棚村政行編書『面会交流と養育費の実務と展望』（日本加除出版、2013）255-256頁を参照した。

⁷⁸ ドイツ家族法研究会編・前掲注69）138頁〔遠藤隆幸〕

を求める権利を含む。」⁷⁹（1項）としており、子の引渡し請求は、第三者に対してのみならず、父母の他方に対しても行うことができると解されている。父母の一方の申立てに基づき、家庭裁判所が判断を行う（3項）。

重要なのは、単独の居所指定権が要件となることである。引渡しを請求する親が、単独配慮を行っているか、あるいは配慮権の一部である居所指定権を有していなければならない。例えば、別居・離婚後の共同配慮のケースを考えると、そこから単独配慮に変更された場合又は一方の親への居所指定権の委譲がなされた場合は、当該親から他方の親への子の引渡し請求があり得る。ただし、1632条による子の返還手続は、先になされた裁判所による配慮権に関する決定の単なる執行手続ではなく、裁判所は、返還が子の福祉に反しないかどうかを事実即して調査することなく子の返還を命じるべきではないとされている。特に、返還請求が1666条1項の意味における子の福祉の危険を理由とする場合、居所指定権の濫用として、子を連れ去り留置している親は返還請求の裁判で子を代表してその利益を主張することができる⁸⁰。

それでは、共同居所指定権者である父母の一方が、単独居所指定権者となる前に他方の親に無断で子を連れて出た場合、1632条の違法な連れ去りにあたるのであろうか。民法その他の条文等から総合的に判断するに原則違法ではないと言えようが、これについては、見解が次の二説に分かれている⁸¹。①父母とも居所指定権を有していることから違法とはいえず、「子の福祉」を判断基準として決定すべきとする説がある一方で、②そのような場合の一方的な居所の変更は違法とみる見解も有力である。②説では、この行為は、連れ去った親に自覚がないとしても国際的法律関係ではいわゆる「子の奪取」にあたるとの指摘もされている。両者の相違には、ハーグ条約の迅速返還原則を国内事件にも用いることが望ましいか否かという観点も影響している⁸²。

また、夫婦間で子の生活に関する事項について交わされた合意がある場合は、それに基づき引渡請求ができるかが問題となる⁸³。学説には、居所指定権の共同行使の原則を重視し、たとえ合意があっても引渡請求の根拠とはならないとするものもあるが、裁判例では、別居後、父母の一方が、その合意に反し無断で子を連れ去った場合には、他の一方の引渡請求を一般に広く認めている。

⁷⁹ ドイツ家族法研究会編・前掲注24) 548頁[冷水登紀代]

⁸⁰ 常岡史子「子の奪取に関するハーグ条約への加盟と子の引渡請求事件—迅速返還原則とドイツ親子関係法」田井義信編『民法学の現在と近未来』（法律文化社、2012）334頁

⁸¹ 常岡・前掲注80) 334頁

⁸² これについて、詳しくは、常岡・前掲注80) 335頁参照。

⁸³ 前掲注24) 548頁[冷水登紀代]

2. 情報提供請求権⁸⁴

これまでみてきた付添い交流や交流保護は、親子間の直接的交流に関する支援であるが、ドイツ法には情報提供請求権（Ankunftsrecht）の規定があることも注目される。1686条には、「父母の一方は、正当な利益がある場合に、子の福祉に反しない限りにおいて、他の一方に対し、子の個人的状況に関する情報を求めることができる。この争訟については、家庭裁判所が裁判する。」⁸⁵とあり、ここでの情報提供請求権者は、1997年親子法改正法以前の旧1634条3項と異なり、配慮権を有しない一方の親に限定されておらず、共同配慮権者のうちの一方も含むのである。居所指定権のみ一方の親に委譲されており、重要事項については共同決定を担う他方の親が情報提供請求権を行使するという場面も想定できる。ただ、あくまで子と同居している親に対して別居親が行使する権利であり、同居親が別居親に請求ができるものではない。同様に、子自身に対して請求することはできず、祖父母や主治医、教員などの第三者に対して請求することもできない。

情報提供請求権については、交流権が排除又は制限されていることは要件ではなく、独立した権利として交流権と並んで行使することも可能である。もちろん、ケースによっては、交流権の制限を補うものとして機能することも考えられる。

「正当な利益がある場合」は、請求権者の親が、他の方法では子の発達の当該情報を得ることができない場合であると解されている⁸⁶。典型的な事情としては、①直接的交流が認められていない、②子が直接的交流も手紙等による間接的交流も拒否している、③遠距離居住で直接的交流や手紙等による頻繁な間接的交流が難しい、④交流に長期間のブランクが存在する、などが挙げられる。それまでの子に対する態度・行動は、後記する情報提供請求が認められる範囲に影響を与える。また、「子の福祉に反しない」という文言が使われており、情報提供請求権の行使が「子の福祉に資する」ことまでは求められていない。それゆえ、本条では「子の福祉」は、基準というよりも制限の意味をもつといえる。

情報提供請求権の濫用がある場合には、正当な利益は認められない。例えば、子の情報を得ることにより同居親の養育状況を監視し、何らかの欠点を見つけて配慮権変更や居所指定権委譲の手續に持ち込むことが目的であると思われるときや、他方親の単独配慮となった際に子との交流が裁判の結果認められず、代わりに子の居所の情報を得るなどして接触を図ろうとするようなときである。また、過去に情報提供請求権に基づいて得た子の写真を子の利益を害する形でウェブサイトに掲載したような場合には、再度子の写真を請求しても認容されない。

情報請求権の内容として認められるのは、子の健康・発達に関する基本的な情報であり、請求権者は、学校の通知表のコピー、予防接種証明書のコピーを請求することはできるが、

⁸⁴ 情報提供請求権については、以下、特に注を付していない箇所は、Mallory Völker/Monika Clausius (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 43), S. 236-240を参照した。

⁸⁵ ドイツ家族法研究会編・前掲注69) 146頁 [遠藤隆幸]

⁸⁶ Thomas Rauscher, Das Umgangsrecht im Kindschaftsreformgesetz, FamRZ 1998, S. 329.

予防健診の記録のコピーや病院での診察記録の提示⁸⁷までも請求することはできないとされている。また、子の年齢が成年に近づくにつれ、子のプライバシーを尊重する必要性も増してくることから、子は、例えば心理セラピーの受診状況、政治活動、交友関係などの事項については、それを伝えるかどうか自己決定することができる。

父母間の争いが激しければ、提供される情報の範囲は自ずと狭められるが、そのようなケースでも情報提供請求権の意義を失わせないように、同居親の意思に反し、子の成長ぶりを確かめられるよう1年に1度は子の写真を送ることを義務づけた裁判例もある⁸⁸。情報提供の間隔は裁判所が決定するが、それは子の年齢、生活状況にも左右される。一般的には、保育園・幼稚園から高等学校までの就学期間は3ヶ月に1度～半年に1度⁸⁹、それ以外は年に1度の報告で十分であるとされる⁹⁰。父母間の緊張関係によっては、さらに間隔が延長される場合もある⁹¹。

VI. 交替居所

1. 交替居所の意義と限界

子にとっての重要事項に限る共同配慮、あるいは父母いずれかの単独配慮の場合、完全な共同配慮との距離は、前記 V. 1 及び 2 で述べた法制度や援助により、それぞれのケースに適した形で埋められていくことになる。

最後にここで取り上げるのは、別居・離婚後も、面会交流のレベルにとどまらず、父母双方が子の養育に交替でほぼ同程度かかわる、「交替モデル (Wechselmodell)」⁹²である。奇数月と偶数月に分けるもの、1週間ごと、さらには1週間を分割する形態まで、そのバリエーションは様々ある。共同配慮の形態としては、子にとっての重要事項に限る共同配慮を意味する「組込みモデル (Eingliederungsmodell)」⁹³よりはるかに少ない⁹⁴。しかし、父、母の居所の他に子の居所を定め、そこに父と母が交替で滞在し子の養育を行う「子の巣モデル (Nestmodell)」に比べれば現実的で、実施している父母は一定数存在する⁹⁵。ただし、緊密に連絡を取る必要性が自ずと出てくることから、父母には高いレベルの協力が求められ、また、父と母の居所が遠く離れていれば時間と金銭的なコストの両方が増大

⁸⁷ ザールブリュッケン上級地方裁判所 2013 年 9 月 25 日決定 (9 WF 79/13, n. v.)

⁸⁸ ナウムブルク上級地方裁判所 1999 年 11 月 24 日決定 (FamRZ 2001, S. 513)、フランクフルト上級地方裁判所 2002 年 9 月 3 日決定 (FamRZ 2002, S. 1585)。

⁸⁹ ハム上級地方裁判所 2009 年 11 月 17 日決定 (FamRZ 2010, S. 909)、前掲注 87) ザールブリュッケン上級地方裁判所 2013 年 9 月 25 日決定、フランクフルト上級地方裁判所 2002 年 9 月 3 日決定 (NJW 2002, S. 3785f)。

⁹⁰ ベルリン上級地方裁判所 2010 年 10 月 28 日決定 (FamRZ 2011, S. 827f.)

⁹¹ 前掲注 87) ザールブリュッケン上級地方裁判所 2013 年 9 月 25 日決定

⁹² Pendelmodell (振り子モデル) と呼ばれる。

⁹³ Residenzmodell, Domizilmodell (居所モデル) と呼ばれる。

⁹⁴ Mallory Völker/Monika Clausius (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 43), S. 139.

⁹⁵ Mallory Völker/Monika Clausius (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 43), S. 139.

する。さらに、子にとっても相当な適応能力が必要で、交替モデルを数回実施後、子が「いつも旅行鞆に荷物を詰めて移動していて、目が回る」生活に負担を訴えて中止を望むケースも稀ではない⁹⁶。

したがって、当初交替モデルを取り決めて実施していた父母の一方が、交替モデルの廃止を求める申立てを家庭裁判所に行く場合も多々あるが、こうした際に交替モデルを廃止するか、あるいは維持するかは、何を基準として判断されるのであろうか。ここに注目することで、交替モデルの限界点がみえてくると思われる。

ベルリン上級地方裁判所 2006 年 2 月 21 日決定⁹⁷では、父が交替モデル廃止と配慮権委譲を申し立てたが、認容されなかった。子は月に 10 日父のもとで暮らし、残りは母のもとで暮らすという交替モデルが守られてきたこと、子が交替モデルの変更を望んでいないこと、祝日や学校の休暇中などの細かな配慮権分担についても父母と子の間で合意できていたことの 3 点が主な理由である。そして、裁判所は、父母に少年局への相談を促し、本件での子の利益にかかわる問題の解消は、単独配慮ではなく共同配慮の枠内で可能であるとした。

これに対し、コブレンツ上級地方裁判所 2010 年 1 月 12 日決定⁹⁸では、父母の取決めに従い、母と父が 8 : 6 の割合（14 日基準）で子 2 人につき交替モデルを実施していたが、母が交替モデルの廃止と配慮権委譲を申し立てた。これに対し、裁判所は、子の利益のための円滑なコミュニケーションがとれない状態であること、父の転居により父と母の居所が遠くなったこと、そして母と再婚相手との間に弟が生まれ、父の家庭にも新しいパートナーの連れ子がいることの 3 点を挙げ、母の申立てを認容した。最後の点は、子にとって通常の交替モデルにおけるよりもさらに高い適応能力を要するため、交替モデル廃止の大きな理由となると思われる。

では、裁判所自らが交替モデルの態様を決定することはできるのか。シュトゥットガルト上級地方裁判所 2007 年 3 月 14 日決定⁹⁹は、子 2 人について、1 週間を 3 日と 4 日に分けて交替モデルが実施されていたが、金銭的な問題を含む争いが起こり、父が適切な交替モデルの命令を申し立てた事案であった。裁判所は、ここで、1671 条 1 項では、配慮権又はその一部の委譲を問題としているのであり、交替モデルの態様を裁判所が命令することはできないと判示した。つまり、交替モデルは、あくまで父母が協議し意見の一致に努めた結果、実施し得るということである。

こういった立場からも明らかであるが、裁判所は、交替モデル継続が客観的に可能であると思われるかという点よりも、当事者である父母の合意を重視している傾向にあり、交替モデル廃止の申立てがあった場合に継続の判断を行うのは稀である。特に 2011 年頃の公表裁判例より、親の一方の意思に反して交替モデルが命じられることはないとするものが

⁹⁶ Mallory Völker/Monika Clausius(Hrsg.), a. a. O. (Fn. 43), S. 139.

⁹⁷ FamRZ 2006, S. 1626.

⁹⁸ FamRZ 2010, S. 738ff.

⁹⁹ FamRZ 2007, S. 1266f.

目立っている¹⁰⁰。

2. 養育費

ドイツ法では、親による子の扶養は直系血族間の扶養義務を根拠とする（1601条）。未成年かつ未婚の子は、自己の資産からの収益と労働収入で生計を立てることができない限り、親に扶養を求めることができる（1602条2項）。別居扶養義務者の金銭扶養料の算定については、裁判所の実務上の指針として基準表が作成されている（デュッセルドルフ表¹⁰¹）。また、未成年子の扶養需要（Kindesbedarfs）については、最低額を示す最低扶養料の規定がある（1612条a）。

未成年子に対する扶養義務には、金銭扶養（Barunterhalt）と日常的な世話・養育を意味する現物扶養（Naturalunterhalt）が含まれるが、婚姻中、この義務をどのように分担するかは、父母の合意に委ねられている。別居・離婚後も、配慮権の態様にかかわらず、原則として、子に対するこれらの扶養義務を父母が平等に負うことに変わりはなく、未成年子は、家政を同じくしていない父母の一方に対して、養育費の支払請求権を有している（1612条a）。交替モデルでは、週ごとや月ごとに居所を移動し、現物扶養を父母双方が行うことになるため、金銭扶養をどのように負担するのかどうかという問題が生じるが、それについて明確に定めた規定はない。したがって、養育費の負担割合について父母が裁判所に解決を求める裁判例も少なくない状況である。裁判所は、父母の一方の扶養義務の現物給付を認める1606条3項2文は、その一方に明らかな世話の重点がある場合に限り適用されることを示している¹⁰²。なお、具体的な金額算定は、支払義務者の収入及び財産状況によるが、交替モデルにおける子の扶養需要は、居所の定期的な交替により当然高くなる。

VII. おわりに

ドイツ法は、家族の状況の変化に対応するべく、1997年に親子法改正を行った。その大きな柱の一つが離婚後の共同配慮であったことには違いない。ただ、その転換に至る過程をみると、離婚後の単独配慮存続の旧規定を違憲とした連邦憲法裁判所1982年11月3日判決から数えれば実に15年もの歳月を要している。それは、この問題に対する賛否のどちらにも一定の合理性があり、また、配慮権の意義や交流権行使のあり方にもかかわる、大

¹⁰⁰ デュッセルドルフ上級地方裁判所2011年3月9日決定（ZKJ 7・2011, S. 256f.）、デュッセルドルフ上級地方裁判所2011年3月14日決定（FamRZ 2011, S. 1154）、ハム上級地方裁判所2011年7月25日決定（FamRZ 2012, S. 646）、ナウムブルク上級地方裁判所2013年3月6日決定（FamRZ 2014, S. 50）、ベルリン上級地方裁判所2013年3月14日決定（FamRZ 2014, S. 50f.）等。

¹⁰¹ デュッセルドルフ上級地方裁判所ウェブサイト

http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_tabelle/Tabelle-2015/index.php
（最新版、2015年1月1日付）

¹⁰² 連邦通常裁判所2005年12月21日判決（FamRZ 2006, S. 1015ff.=NJW 2006, S. 2258ff.）

きな理念転換を迫られることを意味していたからである。

そして、前記 I で述べたように、共同配慮の実態としては、離婚手続の際に共同配慮が維持された割合が 2000 年～2011 年で平均 94% という高い数値が示されているのであるが、このような共同配慮選択の割合の高さと、国民の共同配慮制度への理解が比例しているかということ、必ずしもそうではないということも示されている。法規定と現実の溝は、日本での子の監護のあり方を今後議論していく上で、無視できない事実である。

法規定と現実の溝でその後も埋めることができなかつた部分は、いずれ配慮権の単独委譲や一部委譲の申立てとして裁判所に判断が委ねられる。そのため、前記 IV で取り上げた共同配慮の（一部）廃止がどのような理由で申し立てられ、裁判所はいかなる基準に基づいて判断を行うのかという点も、制度設計を具体的に考える際にふまえておく必要がある。全体に占める割合としては取るに足りないとしても内容的には重みがある部分といえ、それをふまえてはじめて共同配慮の意義と限界がみえてくるのではないだろうか。

加えて、面会交流も、共同配慮の廃止や居所指定権委譲の場合に、それぞれ配慮権を有しない親、居所指定権を有しない親にとって、今なお重要である。共同配慮制度に移行後も問題として残っているというよりは、共同配慮下であるからこそ、面会交流の幅が明らかに広がっている。これについては、交替居所は父母の意思を第一に尊重しつつ、一方で高葛藤がある場合を付添い交流や情報提供請求権により補強するという形で、バランスを図っている。後者の支援は離婚手続係属のときより既に動き出し、相談所、少年局の専門担当部署、家庭裁判所が相互の役割を尊重しながら補い合うシステムが整備されており、共同配慮の中身の空洞化を防ぐのは、今後、これらの支援にかからしめられているといっても過言ではないだろう。その意味で、2012 年 7 月に新たにメディエーション法が制定されたことは大きな一歩である。そして、これらの諸制度は、本稿でみたように、家事事件・非訟事件手続法や社会法典第 8 編（少年援助法）で裏づけされており、共同配慮制度の制度設計を考えるにあたっては、実体法上の配慮権の規定の整備とともに、これに関係する手続法の整備も必要不可欠であることを示唆している。