OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	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)
Author(s)	稲垣, 朋子
Citation	国際公共政策研究. 2011, 16(1), p. 243-264
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/23030
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

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）

Joint Custody by Parents after Divorce
―A Study from German Law―（1）

稲垣朋子*

Tomoko INAGAKI*

Abstract

In Japan, one of the parents exercises parental authority after divorce (§ 818Ⅲ, § 819 Civil Code). But many of the western countries practice joint custody after divorce. Influenced by the western countries, some groups in Japan are initiating actions to realize joint custody. Recently, discussions on reforming legislation have increased. In this paper, I have selected Germany as a main object of comparison and analyzed precedents after reform in 1997. The purpose of this study is to observe from analyzing the case law of Germany the criteria to exercise joint custody. Especially, I have examined the following points: 1) suitability as a parent, 2) cooperation between parents, 3) tolerance of the relationship between the child and the other parent, 4) support towards the development of the child, 5) continuity of the living environment (status quo) of the child, and 6) the child's will. I have dealt with points 1)-2) in this part.

キーワード：離婚法、子の福祉、共同監護の許否基準、ドイツ民法 1671 条

Keywords：divorce law, welfare of the child, criteria to exercise joint custody, article 1671 of German Civil Code

＊　日本学術振興会特別研究員（DC）／大阪大学大学院国際公共政策研究科博士後期課程

目次

1．はじめに
2．欧米諸国の共同監護法制とドイツにおける立法化
（1）各国の状況
（2）ドイツ親子法改正
3．ドイツにおける別居・離婚後の共同監護の要件と子の福祉
―親子法改正後のBGB1671条に基づく監護委譲申立ての裁判例分析
（1）「原則－例外関係」に関する議論と判断基準
（2）判断基準の内容
1）親としての適格性（Erziehungsgeeignetheit der Eltern）
2）父母の協力（Kooperation der Eltern） （以上、本号）
3）他方の親と子との結びつきに対する寛容性（Bindungstorelanz）
4）子の発達の促進（Förderung des Kindes）
5）子の生活環境の継続性・感情的結びつき（Kontinuität）
6）子の意思（Wille des Kindes）
（3）交替モデル（Wechsellmodell）
4．各判断基準の位置づけ
5．結び―わが国が取り組むべき方向性

1．はじめに

わが国の離婚件数は2002年の28万9836件をピークとして、その後８年の間、若干の減少傾向にあるとは言えるものの、依然として25万件を超えている[1)]。1980～90年代の離婚件数に比較すれば、軒並み多い状況が続いている。離婚する夫婦の多くに未成年の子がいることにも変わりはなく、その割合は、2009年においては57.8％に上っている[2)]。このような状況の中で、離婚後の子の福祉の問題は、今後ますます重要性を増してくると思われる。この点について様々な方向から議論がなされているが、離婚後の子の監護のあり方に関する議論もその１つである。現行法上、父母の婚姻中は、その間に生まれた未成年の子について共同で親権を行うことができるが（民法818条３項本文）、離婚後は、父母の一方のみが親権者とされ（同819条）、他方の親は、監護者として親権の内容の一部を行使する可能性を有する地位にとどまる（同766条・771条・788条）。これは、離婚後も父母を共同親権者とすれば、子の居所や教育など、親権の行使をめぐるトラブルが頻繁に起こるのではないかという懸念が一般に存在するからである。

一方、欧米諸国に目を転じれば、父母の婚姻関係の有無と親権の共同行使の間に関連性を認める

1） 厚生労働省人口動態統計特殊報告（平成21年）「離婚に関する統計」の概況「離婚件数・離婚率及び人口の年次推移」。
2） 厚生労働省人口動態統計年報（平成21年）「親権を行わなければならない子の有無別離婚件数・構成割合及び親が離婚した未成年の子の数・率の年次推移」。

見解は次第に弱まってきており、そのような傾向の一部が離婚後の父母にも共同監護[3]を認める近年の法改正の波となって現れている。わが国においても、必ずしも離婚後の単独監護が子にとって望ましいとは言い切れないと主張し、離婚後の共同監護の理論的可能性について説く学説は1980年代初頭より見られた。たとえば、819条１項により親権者は父母の一方に限られるが、「766条は離婚後の子の監護について、監護すべき者その他監護について必要な事項は父母の協議で定めると規定しているにとどまり、監護者になれるのは父母のいずれか一方に規定していない」ことが指摘されている[4]。離婚後に「父母がともに監護者たり得ないとする論理的必然性は存しない」のである[5]。加えて、家庭裁判所判事・調査官の見解にも、「共同監護権は解釈論として十分なり立ちうる。監護者を複数にしたまさにその故に法律上支障が生じてしまう点は見当たらない」としているものがある[6]。さらに、最近では立法論として、離婚後も共同監護を可能とするような制度を導入すべきであるという主張もなされている[7]。特にここ数年は、徐々にその具体案も発表されはじめている[8]。一方で、離婚後の面会交流や再婚家庭を支援するNPO等の団体の中には、離婚後の単独監護から共同監護への法改正を目指し、国や地方公共団体に働きかけているものもある[9]。地方公共団体が離婚後の共同監護法制化を求め、国に対し意見書を提出する動きも見られる[10]。

結局は、離婚後、単独監護と共同監護のどちらが子の福祉にとって望ましいのかは、ケース・バイ・ケースである。現時点での日本への共同監護制度導入は、面会交流が明文化されたとはいえ、その保障が十分でない状況に鑑みれば容易ではないことが予測できる。しかしながら、離婚後の共同監護制度を視野に入れつつ離婚後の子の監護を見つめ直してみることは、子の福祉の幅を少しでも広げるために決して無意味なことではない。むしろ、子の福祉の向上に向けた手がかりの発見が多分

3）日本では一般に「共同親権」という用語が使われているが、本稿で比較対象として取り上げるドイツでは、1979年の「親としての監護の権利の新規制のための法律」によって親権（elterliche Gewalt）という表現から親としての監護（elterliche Sorge）という表現に変更された。後者の概念の方が、子に対する親の責任を明確にし、その義務的性格を的確に表すものであるとされている。また、イギリスでも同様の考え方を背景として、1989年児童法より親責任（parental responsibility）という新しい概念が導入された。日本においては用語の変更の是非はともかくとして、このような捉え方自体は学界・実務の双方で広く受け容れられつつある。そこで本稿では、用語の混乱を避ける意図も含め、引用箇所を除き日本についても「共同監護」という用語に統一する。

4）米倉明『アメリカの家族―ボストン法学見聞記』（有斐閣、1983）20-21頁。

5）石川稔「監護者の地位と権限」判例タイムズ747号（1991）277頁。

6）谷川克＝前澤智恵子「離婚の中の子ども」ジュリスト858号（1986）44頁。

7）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（以下、日弁連法務研究財団編とする）『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）等。家事法制シンポジウム「両親が離婚した後の親子の関わりのあり方―共同親権の展望」（日本弁護士連合会、2010年12月11日）の基調報告［木内道祥弁護士］およびパネルディスカッションでも、立法のあり方について提案・議論があった。

8）許末恵「親権をめぐる法規制の課題と展望」家族〈社会と法〉24号（2008）126頁以下、中田裕康編『家族法改正　婚姻・親子関係を中心に』（2010）119頁以下［水野紀子執筆］、犬伏由子「親権・面会交流権の立法的課題」家族〈社会と法〉26号（2010）35頁以下。許末恵＝犬伏由子＝棚村政行＝二宮周平＝岩志和一郎「シンポジウム『家族法改正を考える』」戸籍時報659号（2010）にも、改正案提示へ向けた取り組みが見られる。

9）ただし、そのような団体のすべてが子のための共同監護を念頭に法制化を求めているとは限らないことには、注意が必要である。

10）都道府県レベルでは、2011年5月時点で、離婚後の共同監護の導入を要望する内容を含む3つの意見書が出されている。大阪府議会の「離婚後の親子の面会交流に関する法整備と支援を求める意見書（2009年10月27日付）」http://www.pref.osaka.jp/gikai_giji/h2109/2109-02ikensho.html、兵庫県議会の「離婚・別居後の親子の面会交流に関する環境整備を求める意見書（2010年3月23日付）」http://www.hyogokengikai. jp/regular/05-125.html、滋賀県議会の「離婚、別居後の親子の面会交流に関する環境整備を求める意見書（2010年10月13日付）」http://www.pref.shiga.jp/gikai/seiganikensho/ikensho/heisei22/ iken19.htm（2011年5月31日確認）

に期待できよう。

本稿では、比較対象については、特に1997年に離婚後の共同監護が立法化されたドイツに的を絞る。まず、2．において、欧米諸国の共同監護について簡単に紹介した後に、ドイツでは別居・離婚後の共同監護がどのような過程を辿ったうえで、現在の形へと結実したのかを見る。そして、3．では、立法化後、ドイツではいかなる基準に基づいて共同監護が認められているのかという点について、裁判例を分析する。仮に日本での離婚後の共同監護の立法化を考えるとすれば、共同監護の付与基準が明確化されることが課題の１つであるという指摘が従来からある[11)]。これまでドイツに関しては、共同監護の立法化までの流れや新規定の内容の紹介は、すでにいくつかの文献でなされてきた。今年で別居・離婚後の共同監護制度の施行から13年を迎え裁判例もある程度集積してきたと言えるので、付与基準に関する裁判例分析という新たな観点から離婚後の共同監護について考察を行うことには、一定の意義があると考える。後述するように、ドイツでは連邦憲法裁判所が、離婚後の監護を例外なく父母の一方のみに委ねるとしていた1979年法に対する違憲判決を1982年に下して以降、裁判で共同監護が認められる余地が生まれた。この裁判所による対応期の裁判例については1990年代初め頃のものまで分析が行われている[12)]。しかし、この間の裁判例においては、父母による一致した提案の有無が主に問題となっている。そして、監護の共同性の見込みの判断につき当時明らかとなっているのは、父母の養育能力が１つのメルクマールであることと、父母が遠隔地に居住している場合についての共同監護の許否については２件の裁判例が見られ判断は分かれていることの２点であった。もちろん、1997年の法改正までに裁判上の論点の進展があったことも考えられるが、本稿においては、裁判例も少なくないため、離婚後の共同監護が法文上認められた後のものに分析対象を定める。

さらに、後掲する判断基準のいくつかは、面会交流を認めるか否かという文脈においても出てくるものであり、その角度から一部を取り上げて分析を加えているものはある。しかしながら、面会交流権を認めるか否かに際しての基準の運用と、共同監護を認めるか否かに際してのそれは、レベルの異なるものであり、同一線上にあるわけではない。他方で、離婚後も単独監護であった時代の、一方の親への監護委譲の判断基準と交わる部分はあろうが、この監護委譲の裁判例において具体的にどのような判断がなされてきたのかという点についても、ドイツ法上、細部に踏み込んで分析したものは見当たらない。以上の理由から、1671条に基づく申立て（2.(2) 参照）をめぐる裁判例について総合的な考察を行うことが必要であると考える。4．では、各判断基準に関し、ケースにおける位置づけを考察する。

また、上述のように、1980年代にすでに離婚後の共同監護論が提示されていながら、その後、共

11) 棚村政行「離婚後の子の監護―面接交渉と共同監護」『民法基本論集（7）』法学書院（1993）138頁、日弁連法務研究財団編・前掲注7）74頁［棚村政行執筆］。谷川＝前澤・前掲注6）44頁においても、「問題は、共同監護はどのようなとき望ましい機能を果たしうるか、ということである」と述べられている。

12) 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』（信山社出版、1992）194-201頁参照。

同監護論が今一歩大きな盛り上がりを見せなかった一因として、具体的な付与基準にまで踏み込むことができなかったことが挙げられるのではないだろうか。当時は、国際的に見ても離婚後の共同監護を採り入れた国はまだ珍しく、この点に関する比較法的アプローチのための十分な材料がなかったことが推測される。

むろん、本稿で比較対象とするドイツは、アメリカやイギリスのように欧米諸国の中で決して立法化が早かったわけではなく、フランスのように交替居所（２．(1) で後述）を明文で認めるほどの進展を遂げてきたわけでもない。しかし反対に、立法化に慎重な姿勢を見せていたからこそ、日本で未だ賛否が大きく分かれている離婚後の共同監護の問題への示唆、あるいは次なる議論の段階への糸口を豊富に含んでいるとの見方もできる。５．では、日本とドイツの双方の学説を検討したうえで、今後、わが国が取り組むべき方向性を提示する。

２．欧米諸国の共同監護法制とドイツにおける立法化

（１）各国の状況

はじめに、ドイツの立法化について見る前提として、共同監護法制に関する欧米諸国の動向を簡単に押さえておきたい。欧米諸国は現在、いずれの国でも何らかの形で離婚後の父母による共同監護を認めている[13)]。それぞれの国の立法化に至る過程や規定の内容、実態を確認する過程で、対象国間での相違をいくつか指摘し、それによって離婚後の共同監護法制という角度から見たドイツの位置づけ、および特徴を相対的に浮かび上がらせることが目的である。

アメリカでは[14)]、1957年にノース・カロライナ州が、離婚後も父母が子の監護を共同で分担することが明らかに子の最善の利益に適う場合には、共同監護が認められるとする法律を制定した。そして、1979年にカリフォルニア州がアメリカで５番目の共同監護法を制定し注目を浴び、これがその後のアメリカでの共同監護の発展の礎となった。それまでの州法が共同監護を選択肢の１つとしていたのに対し、カリフォルニア州の制定法は「父母が共同監護に合意している場合は、共同監護が子の最善の利益に適うと推定する」と規定したことが特徴的であったと言われている。さらに、1986年のTaylor v. Taylor判決を皮切りに、多くの州の裁判所が制定法に明文の規定がないにもかか

13）ライナー・フランク・〈訳〉松嶋真澄「ドイツ親子法改正の最近の展開」家族〈社会と法〉13号（1997）11頁では、スイスおよびハンガリーを除く欧州の国々において認められていることが紹介されているが、今日では、当該2か国でも、離婚後の共同監護が認められていることが確認できた。スイスでは2000年1月1日施行の改正法により、民法133条3項で「父母が子の監護の分担及び養育費の分担につき許可しうる取決めをしている場合には、父母の共同の申立てによって、子の福祉に適うときに限り、父母双方に親としての監護を委ねる」と定められている（*Peter Weimar*, ZGB Schweizeriches Zivilgesetzbuch Vollständige Textausgabe mit wichtigen Nebengesetzen und Verordnungen, 21. Aufl., Liberalis primus, 2009）。条文から具体的なことは明らかではないが、共同監護が一定の条件の下で認められていることが読み取れる。ハンガリーについては、ハンガリー家族法72条1項（ヨーロッパ評議会によるEuropean Judicial Network　http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_hun_en.htm（2011年5月31日確認）参照）。

14）アメリカについては、日弁連法務研究財団編・前掲注7）67-71頁［棚村政行執筆］、223頁［増田勝久執筆］、山口亮子「アメリカ法における親の権利と監護権」民商法雑誌136巻4＝5号（2007）583頁、同「アメリカにおける共同監護法と子どもの利益（1）」上智法学論集39巻3号（1996）109頁、花元彩「離婚親の共同監護に関する一考察―アメリカ及びドイツの現状について―」関西大学大学院法学ジャーナル69号（2000）121頁を参照した。

わらず、離婚した父母に共同監護を付与しはじめた。メリーランド州最高裁判所が、制定法が規定を欠いていても、裁判所は子の最善の利益を増進する目的のため共同監護を命じる権限を有すると判示し、共同監護の付与の際の考慮事項を具体的に示したことによる。今日では、共同監護を認める制定法には大別して３つの形態があるとされている。第１のタイプは、父母の合意があるときに限定し共同監護を認める制定法である。第２のタイプは、共同監護を選択肢の１つとして用意する制定法である。そして第３のタイプは、共同監護に強い推定・優先を認める制定法である。アメリカの共同監護は、父母双方が子に関する重要な事項に関する決定を共同で行う「法的共同監護」と日常生活に関する決定を行う「身上共同監護」を含むものの、その実態の多くは、父母の一方が子とともに暮らし、他方の親は子の教育・宗教・医療等の重要な事項について共同の決定権を持ち、定期的に子と面会交流を行う監護形態であるという。この法的共同監護に限れば、現在、全50州で認められている。子の身上監護を父母が共同で行うことは、子の成育上の不安定とストレスを伴いがちであるため極めて少ないとされている。

他方、ヨーロッパに目を向けると、イギリスにおいても[15]、1972年の高等法院のJussa v. Jussa判決以後、離婚後の共同監護への扉が開かれたが、その際に想定されていた共同監護は、身上監護は父母の一方に委ね、法的監護を父母の共同とする形態であった。また、要件として父母の合意は必要とされておらず、客観的な立場から見た「父母が協力するという合理的な展望」のみが求められた。その後、1989年児童法において、父母は離婚しても親責任を共同して負う旨規定された。そして、現在、アメリカと同様、実態は法的共同監護であるケースが多数を占め、身上監護を行うのは母親の場合がほとんどであるという。

フランスでは[16]、1970年法では、「父母が離婚し、又は別居している場合には、親権は、裁判所が子の監護を委ねたそれらの一方によって行使される」と規定されていた。しかし、1980年代初頭から、判例上、離婚後の父母による共同監護の実現を模索する動きが表れ、1987年の改正法によって、民法上、共同監護が認められるに至った。ただ、このときの規定では、共同監護と単独監護は対等の位置づけであった。その後、1993年法が離婚後の共同監護をさらに推進し、共同監護を原則とした。「両親の離別は、親権行使の帰属の規定に対して影響を及ぼさない」（フランス民法373-２第１項）と定めたのである。単独監護とするには子の利益に適合するという実体的要件と裁判所の命令という手続的要件を必要とするが（フランス民法373条-２-１第１項）、「子の利益」のみが唯一の基準であり、父母の合意は裁判所の考慮事項の１つに過ぎないということが注目される。そして、2002年法は、それまで議論の対象となってきた、子の居所を両親のそれぞれの住所に交替で定める交替居所の形態を明文で認めた（フランス民法379条-２-９第１項）。このように、交替居所を明文

15）イギリスについては、日弁連法務研究財団編・前掲注7）177頁［川田昇執筆］、許末恵「英国における親責任をめぐる法規制について」民商法雑誌136号4＝5号（2007）550頁、神谷・前掲注12）184頁を参照した。

16）フランスについては、日弁連法務研究財団編・前掲注7）224頁［増田勝久執筆］、田中通裕「フランスの親権法」民商法雑誌136巻4＝5号（2007）469-470頁、473頁、神谷・前掲注13）184-185頁、日弁連法務研究財団による調査報告（2008年7月15日付）http://www.jlf.or.jp/jlfnews/vol38_4.shtml（2011年5月31日確認）を参照した。

で承認している点も、フランスの特徴であろう。しかしながら、裁判所に持ち込まれる家族の問題の40％が、交替居所を選択したが失敗したケースであるといい、実際には、子にとって交替居所は負担が大きく、ストレスになっているとの報告がある。また、フランス法務省の調査による次のような統計も確認できた[17]。裁判所の決定により交替居所が行われた割合は2003年で10％、2005年で11％であった（したがって、裁判外での合意のもとでの交替居所をあわせれば、実際の割合はもう少し高くなると予測されている）。子の年齢の内訳を見ると、0歳で２％、1歳で4.2％、2歳で6.7％であるが、3歳で10％に達し、徐々に割合は増加し9歳で13.8％と最も高くなり、その後はまた減少に転じる。3分の1が10歳未満で、平均年齢は7歳となる。父母が共同で交替居所を裁判所に申し立てたケースが80％であり、その場合については申立てのうち95％が認容されている。それに対し、父母間で交替居所に合意できていないケースでは、父母の一方による申立てのうち4分の1が認容されているのみである。

以上のように、欧米諸国では、具体的な規定や要件に差はあるものの、離婚後の父母にも子の監護に対する共同性を認めるようになってきた。この傾向はドイツについても同様であり、1970年代初頭から離婚後の共同監護の可能性をめぐって議論が展開されるようになり、1982年11月3日に連邦憲法裁判所が、離婚した夫婦から共同監護の道を奪うことは違憲であるとの判決を下すに至った[18]。その後、裁判例による個別のケースへの対応期を経て、1997年に離婚後の共同監護が立法化されている。ドイツの立法化までの議論の過程と1982年の違憲判決の内容は、これまでの研究により十分に明らかにされていると思われる[19]。そのため、立法化までの流れについては下記の表にごく簡単にまとめるにとどめ【表1】、続いて具体的な立法内容、そして実際の状況を確認することとする。

17） これについては、The Council of Europe Family Policy Databaseの4.2.Divorce and Parenthood　http://www.coe.int/t/dg3/familypolicy/Source/4_2_ii%20Child%20custody%20and%20maintenance.pdf（2011年5月31日確認）より情報を得た。

18） BVerfGE 61, S. 358ff.＝FamRZ 1982, S. 1179ff.＝NJW 1983, S. 101ff.　本判決の詳細は、神谷遊「西ドイツ離婚法をめぐる3つの違憲裁判例について」同志社法学36巻3号（1984）69頁以下。

19） 神谷・前掲注12）187頁以下、花元・前掲注14）132頁以下、永田誠「ドイツ法における離婚後の共同親権（監護権）について」日本法学65巻4号（2000）487頁以下、日弁連法務研究財団編・前掲注7）129頁以下［鈴木博人執筆］の各文献に詳しい。独語文献としては、*Sarah Meckling*, Die gemeinsame Trennungssorge — Eine rechtshistorische und gesetzessystematische Betrachtung eines neuen Rechtsinstituts, Dunker & Humblot, 2009.

【表１】ドイツの共同監護立法化までの流れ

年	法律名	左記の法律の規定内容・影響
1896年	ドイツ民法	婚姻中も、監護権者は父のみが原則
1949年	基本法	実務上、婚姻中は父母共同監護権の取扱い
1957年	男女同権法	民法改正：婚姻中は父母共同監護権
1976年	婚姻法及び家族法改正のための第一法律	有責主義から破綻主義への移行に伴い、離婚後の監護についても、有責性の考慮がなくなる→離婚後の共同監護積極論・消極論の展開
1979年	親としての監護の権利の新規制のための法律	離婚後の監護は、例外なく父母の一方のみに委ねると改正→解釈論から立法論へ
1982年	連邦憲法裁判所違憲判決	1979年法の規定は基本法に反し、無効とされた。
裁判例による対応期		
1997年	親子法改正法	共同監護は別居後、申立てがあれば廃止される旨の規定が置かれた。

（２）ドイツ親子法改正

1997年のドイツ親子法改正では、親に対する国家の介入が過剰にならないよう配慮しつつ、子の福祉の保障をさらに追求していくことに主眼が置かれた。改正理由としては、児童の権利条約の批准、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、婚姻関係にない父母の増加等の社会状況の変化、東西ドイツ統一後の法規定の整備が挙げられている[20]。また、離婚の統計【表２】を見れば、改正前の数年間、離婚数は1993年:156,425件、1994年:166,052件、1995年:169,425件、1996年：175,550件と増加の一途を辿っていたことが確認できる（なお、この後2003年まで増加を続け213,975件を記録した後、近年は減少傾向にある）。全離婚件数に対し未成年子のいる離婚件数が55％近くにまで上っていたことも読み取れる（これに関しては、1997年の55.9％がピークであった）。

先述の改正の基本方針から、父母の紛争を激化させ手続の長期化を招くとの批判がなされていた、離婚手続と親としての監護の帰属決定の強制結合が廃止された。これを受けて改正された1671条１項には、「親としての監護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監護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。」[21] と規定されている。申立て認容の要件は同２項に示されており、「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．共同監護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」[22] となっている。子には固有の単独監護申立権は認められていない[23]。また、２項２号によれば反対の意見表明をすることはできるが、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父母の提案がそのまま受け入れられること

20） BT-Drucks. 13/4899, S. 29f.
21） ドイツ家族法研究会編「親としての配慮・補佐・後見（2)―ドイツ家族法注解―」民商法雑誌143巻4＝5号（2011）602頁［神谷遊執筆］を参考とした。
22） ドイツ家族法研究会編・前掲注21）602頁［神谷遊執筆］を参考とした。
23） BT-Drucks. 13/4899, S. 64.

の防止が意図されている[24]。反対の意見表明権は、手続保護人もまた、これを行使することが可能である[25]。一方、同３項は、「親としての監護について、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、この申立ては認容しない」[26]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決定を裁判所が下すことも可能と定めている。

父母は、親としての監護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ず（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、父母が共同監護を行う場合について、1687条１項１文および２文に次のように規定されており、必ずしも子に関わるすべての事柄について合意し共同で監護を行うことが求められるわけではない。すなわち、「親としての監護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。子が父母の他の一方の同意を得て、又は裁判上の決定により父母の一方のもとに常居しているときは、その父母の一方は、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」のである。重大な事項に関し父母間で合意に至らない場合については、1628条が対処策を用意している。「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監護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」[27]のである。制限の例としては判断権限の存続期間を定めること、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[28]。

さらに、もう一点重要なのは、改正によって、婚姻関係にない父母にも共同監護が認められるようになったことである。1997年の改正までは、嫡出でない子については母が単独監護者であり、父は嫡出宣告、養子縁組によらなければ、原則として監護者になることができなかった。しかし、同改正は、1626条a 第１項に「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、親としての監護は、共同に帰属する。１．親としての監護を共同で引き受ける旨を表示したとき（監護の意思表示）。２．互いに婚姻したとき」[29]とする規定を置き、婚姻関係にない父母についても共同監護を可能としたのである。上記の場合を除いては、1626条a 第２項で、母が監護を行う旨定められている[30]。

24）BT-Drucks. 13/4899, S. 99.
25）*Diederichsen* in : Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Aufl., 2011, § 1671, Rn. 13.
26）ドイツ家族法研究会編・前掲注21）602頁［神谷遊執筆］を参考とした。
27）ドイツ家族法研究会編「親としての配慮・補佐・後見（1）―ドイツ家族法注解―」民商法雑誌142巻6号（2010）650頁［右近健男執筆］を参考とした。
28）ドイツ家族法研究会編・前掲注27）651頁［右近健男執筆］を参考とした。
29）ドイツ家族法研究会編・前掲注27）640頁［右近健男執筆］を参考とした。
30）現行法では母が合意しなければ、父は監護を有することができないため、基本法6条2項に反して父の監護権を母の監護権よりも冷遇しているとの批判が以前よりなされていた（ニーナ・デトロフ・〈訳〉林貴美「21世紀の親子法―諸外国の法状況及び将来の展望―」民商法雑誌142巻6号（2010）527頁）。この点に関して、ヨーロッパ人権裁判所は2009年12月3日判決において、前述のBGBの規定は婚外子の父に対する差別であり、ヨーロッパ人権条約8条と組み合わせた14条違反であると判示した（詳細はドイツ家族法研究会編・前掲注27）641頁-643頁［筆者執筆］参照）。さらに、2010年7月21日、連邦憲法裁判所は、それまで指導的判決であった2003年1月29日判決の合憲判断を覆し、1626条a 第1項1号の規定は、1672条1項とともに憲法違

【表２】ドイツの離婚と未成年子

年	離婚件数	離婚件数対1990年比（%）	未成年子のいる離婚件数	未成年子のいる離婚割合				親が離婚した未成年子の数
				全体	1人	2人	3人以上	
1990	154,786	—	80,713	52.1	61.6	31.9	6.5	118,340
1991	136,317	− 11.9	67,142	49.3	61.1	31.8	7.2	99,268
1992	135,010	− 12.8	68,089	50.4	60.3	32.2	7.4	101,377
1993	156,425	+ 1.1	81,853	52.3	58.9	33.4	7.8	123,541
1994	166,052	+ 7.3	89,244	53.7	58.4	33.6	8.0	135,318
1995	169,425	+ 8.3	92,664	54.7	57.2	34.3	8.5	142,292
1996	175,550	+ 5.7	96,577	55.0	56.8	34.6	8.6	148,782
1997	187,802	+ 21.3	105,000	55.9	55.9	35.1	9.0	163,112
1998	192,416	+ 24.3	100,806	52.4	55.8	35.2	9.0	156,735
1999	190,590	+ 23.1	91,777	48.2	55.2	35.5	9.3	143,728
2000	194,408	+ 25.6	94,850	48.8	55.3	35.5	9.2	148,192
2001	197,498	+ 27.6	98,027	49.6	55.0	35.9	9.2	153,517
2002	204,214	+ 31.9	101,830	49.9	54.5	36.4	9.1	160,095
2003	213,975	+ 38.2	107,888	50.4	54.1	36.5	9.4	170,256
2004	213,691	+ 38.1	107,106	50.1	54.1	36.7	9.3	168,859
2005	201,693	+ 30.3	99,250	49.2	54.0	36.8	9.2	156,389
2006	190,928	+ 23.3	94,120	49.3	53.9	36.8	9.3	148,624
2007	187,072	+ 20.9	91,700	49.0	53.8	36.9	9.4	144,981
2008	191,948	+ 24.0	94,521	49.2	53.4	37.0	9.6	150,187
2009	185,817	+ 20.0	91,474	49.2	53.4	36.8	9.8	145,656

［出典］
Statistisches Bundesamt Deutchland（ドイツ連邦統計局）のEheschließungen, Scheidungen：Ehescheidungen und betroffene minderjährige KinderおよびElle Krack-Roberg, Ehescheidungen 2009, Wirtschaft und Statistik, März 2011に基づき筆者作成。

以上のような法改正の結果、2000年の調査によれば[31]、監護委譲の申立てを行わず別居・離婚後も共同監護を行っている父母は69.35％であり、母親に監護が委譲された割合が21.62％、父親に監護が委譲された割合が1.52％である。そして、単独監護の申立てが行われたが、裁判所により共同監護が命じられた割合が6.19％であった。つまり、もともと共同監護のままである父母とあわせれば、75.54％で共同監護が行われていたことになる。その後、2002年には81.29％で別居・離婚後も共同監護が行われている[32]。さらに、2005年の調査によれば[33]、87％で監護委譲の申立てが行われな

反であることを宣告するに至り、連邦法務省の改正作業の加速が見通されている（ドイツ家族法研究会編・前掲注27）643頁-645頁［床谷文雄執筆］）。改正案を説明しているものとして、*Martin Löhnig,* Konsequenzen aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Sorgerecht des nicht mit der Kindesmutter verheirateten Vaters, FamRZ 2010, S. 338ff. ; *Peter Huber/Lisa Möll*, Die elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, FamRZ 2011, S. 765ff. ; *Sandra Fink*, Die Reform des Sorgerechts für nichteheliche Kinder aus verfassungsrechtlicher und rechtsvergleichender Perspektive, ZKJ 5·2011, S. 154ff.　また、2010年10月6日には、90年連合／緑の党による動議が出されている（BT-Drucks. 17/3219）。隣国オーストリアも、2011年2月3日のヨーロッパ人権裁判所判決（Application no. 35637/03)を受け、民法改正へ動いていることも注目されている。

31） FamRZ 2004, S. 1145.

32） 日弁連法務研究財団編・前掲注7）149頁［鈴木博人執筆］。

33） この統計結果は、前掲注17）の資料により得たものである。

かったため、共同監護が存続している。また、監護委譲の申立てがなされたが、それが認容されず結果的に共同監護が維持されたのが２％である。すなわち、全別居・離婚の89％で共同監護が存続している。ただし、これらの調査についても注意しなくてはならないのは、わが国と同様、多くの事例で子は母とともに暮らし身上監護は母により行われているということである[34)]。

３．ドイツにおける別居・離婚後の共同監護の要件と子の福祉
―親子法改正後のBGB1671条に基づく監護委譲申立ての裁判例分析

（１）「原則－例外関係」に関する議論と判断基準

それでは、以上のような法改正の結果、実際に1998年に親子法改正法が施行された後の裁判例の状況はどのようになっているのであろうか。すなわち、別居・離婚後も共同監護が継続するという状況において、敢えて監護委譲が申し立てられた場合に、その認否の決定がいかなる基準に基づいてなされているのかということである。そこで、1998年７月から現在までの裁判例を見てみると、判断基準のポイントとして、１）父母の親としての適格性（Erziehungsgeeignetheit der Eltern）、２）父母の協力（Kooperation der Eltern）、３）他方の親と子との結びつきに対する寛容性（Bindungstorelanz）、４）子の発達の促進（Förderung des Kindes）、５）子の生活環境の継続性（Kontinuität）、６）子の意思（Wille des Kindes）が抽出された。

以下、この点について分析を試みるが、その前にもう１つ見逃すことのできない前提の議論として、共同監護と単独監護が「原則－例外関係」（Regel-Ausnahme Verhältnis）にあるのかという議論がある。

1671条の改正によって一定の「原則－例外」の関係が定められることになるかについては、改正手続中からすでに議論されていた[35)]。政府草案においては[36)]、単独監護に比し共同監護に優位を与えるべきか否かについては立法者が決めるものではなく、第１に父母が共同監護を維持するかを自分たちで決めるべきであると述べられている。よって、共同監護が親としての責任を担う最良の形態であるという法律上の推定は働かないとする。根底にあるこのような考え方は、以下の考量に基づくと説明されている。まず、父母が離婚後も一致して子の世話にあたることが可能な場合については、それが当該子にとって最善であることに疑問の余地がない。父母の一致がある場合には、共同監護を適切な範囲で付与し、それにより、親の片方を失ったという子の感情を最小限に抑えることができるからである。他方で、共同性は命じることができるものではない。父母が共同監護存続において関係する事柄について絶えず争っている場合は、子の福祉に不利益をもたらすことになり、

34）また、*Stephanie Matthiessen*, Gemeinsame elterliche Sorge in scheidungssoziologischer Perspektive, Peter Lang, 2004, S. 107によると、申立てに多い形態は、父は共同監護維持を望んでいるにもかかわらず、母が単独監護を申し立てるケースである。

35）*Finger* in : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8, 5 Aufl., 2008, §1671, Rn. 13 ; *Matthiessen*, a. a. O. (Fn. 34), S. 73.

36）以下に続く「原則－例外関係」に関する政府草案の説明については、BT-Drucks. 13/4899, S. 63による。詳しい邦訳として、渡邉泰彦「ドイツ親子法改正の政府草案について（２・完）」同志社法学49巻2号（1998）268-270頁。

このようなケースでは単独監護が優先されるべきであるということである。

つまり、立法者が共同監護あるいは単独監護に優位を定めるには、父母の間に納得のいく一致があるか否かにかかわらず、それが子の福祉にとって原則的に望ましいという認識が一般に存在していなければならないという。しかしながら、時の経過の中で評価は変遷しており、現在でも一致した認識は未だ存在せず、とりわけ児童心理学および家族社会学の研究調査からも明確な結果が得られていないことが、優位を付与しない理由として記されている。

しかし、立法化後にも「原則－例外関係」をめぐる議論が消えることはなかった。立法化直後は特に、裁判例においても、学説上においても[37] 議論が混迷している状態であった。ハム上級地方裁判所1998年８月25日決定【１】[38] やケムニッツ区裁判所1998年９月３日判決【２】[39]、シュトゥットガルト上級地方裁判所1998年９月９日決定【３】[40]、ハム上級地方裁判所1999年３月２日決定【４】[41] においては、1671条は、「原則－例外関係」を規定しており、共同監護が原則で単独監護は例外であると述べられていた。これらはSchwabの学説[42] やSalgoの学説[43] に従うもので、「できる限り多くの場合に共同監護を、必要な場合には単独監護を」という姿勢がそこに見える[44]。この頃までは上級地方裁判所の裁判例の多くが、「原則－例外関係」を認める解釈を採っていることが指摘されている[45]。一方、「原則－例外関係」を否定する立場の学説は、立法者の意思に沿った解釈をすれば、改正は親としての監護の引受けの理想像（Leitbild）を決めるものではないと主張していた[46]。この考えに従うものとしては、フランクフルト上級地方裁判所1998年９月14日決定【５】[47] がある。

そのような中、連邦通常裁判所が1999年９月29日決定【６】[48] において、親子法改正法による新規定は、共同監護存続の優位を認めているわけではなく、単独監護が最終手段（ultima ratio）として考慮されるべき例外であるという「原則－例外関係」を含まないとする固有の見解を示した。「別居・離婚後に共同監護と単独監護のどちらが適切かの判断が難しい場合に、共同監護が親としての責任を担う最良の形態であるという法律上の推定は働かない」という政府草案の見解を支持したのである[49]。

その後、この連邦通常裁判所の決定を盾に取る形で、憲法的観点からの判断も下された。連邦

37） FamRZ 1999, S. 1103.
38） FamRZ 1999, S. 38f.
39） FamRZ 1999, S. 321ff.
40） FamRZ 1999, S. 39f.
41） FamRZ 1999, S. 1597f.
42） *Dieter Schwab*, Elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung der Eltern―Die Neuregelung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes, FamRZ 1998, S. 462.
43） *Ludwig Salgo*, Zur gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung als Regelfall―ein Zwischenruf, FamRZ 1996, S. 451.
44） *Matthiessen*, a. a. O. (Fn. 34), S. 73.
45） *Alexander Heumann*, 10 Jahre Kindschaftsrechtsreform aus Sicht der Anwaltschaft―Reformbedarf im Sorge-und Umgangsrecht, ZKJ 7/8･2008, S. 281.
46） *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Elternrecht, 3. Aufl., 1998, §1671, Rz. 35；ähnl. *Willutzki*, Kind-Prax 1998, S. 8, 11.
47） FamRZ 1999, S. 392f.
48） FamRZ 1999, S. 1646ff. = NJW 2000, S. 203f.
49） 本見解を踏襲するものとして、連邦通常裁判所2005年5月11日決定（FamRZ 2005, S. 1167f. = NJW 2005, S. 2080f.）【7】、連邦通常裁判所2007年12月12日決定（FamRZ 2008, S. 592ff. = NJW 2008, S. 994ff.）【8】。

憲法裁判所2003年12月18日決定【9】[50]が、別居・離婚後の共同監護について「基本法に基づいて優位を認めることはできない」とした。この「原則－例外関係」に関する連邦憲法裁判所の判断は「鶴の一声」であったと評されている[51]。続けて、連邦憲法裁判所2004年3月1日決定【10】[52]が、1671条に基づく別居・離婚後の監護についても基本法に定められた比例性が考慮されるべきであることを確認したが、子の福祉に適う場合については―基本法6条2項の親権（Elternrecht）の緩和された概念と考えられる―「親としての監護の一部」のみを親の一方に委譲するという方法が採られる可能性があることを指摘した。監護紛争が常に「全か無か」（alles oder nichts）の原理に行きつくわけではないことを示しているというのである。その後も連邦憲法裁判所2006年5月29日決定【11】[53]が、共同監護の単独監護に対する法的優位は、1671条の文言からも、あるいは基本法6条2項に鑑みても、導き出すことはできないとの判断を下し、注目を集めた。

このように、これまで裁判所は様々な見方を提示してきたが、全体的な傾向としては「原則－例外関係」の存在を真正面から容認する立場から、実際にその意味するところを汲み取り、否定の方向へと傾いてきたと言える。ただ、少なくとも1671条の文言をそのまま素直に受けとめれば、単独監護は申立てがあってはじめて命じられる監護形態であり、共同監護が単独監護に優先することは明らかである。上述の裁判例･学説を踏まえれば、結局、共同監護と単独監護が「原則－例外関係」にないというのは、どのような父母の間でも共同監護が絶対的に望ましい監護形態であるとは言えないという意味であると解することができる。そうであるとすれば、結局、どのような父母の間であれば共同監護が可能なのか、反対にいかなる場合に単独監護が望ましいのかということがやはり問題になるのであり、以下で述べる判断基準の分析が肝要となってくるのである。

（2）判断基準の内容

そこで次に、1671条をめぐる裁判例を、先述の1）～6）の判断基準の項目ごとにまとめ、問題とされるのはどのような事柄であるのか、またそれについての判断の方向性は定まっているのかといった具体的な内容を紹介し、検討を加える。

1）親としての適格性（Erziehungsgeeignetheit der Eltern）

親としての適格性は、共同監護を行えるかどうかを裁判所が判断するにあたり、第1にそれぞれの親について確認する事柄である。父母の親としての適格性が問題となるのは、アルコール依存症や養育費不払い、虐待が見られるといった場合である。

ハム上級地方裁判所2006年2月1日決定【12】[54]は、親の一方の加虐的・被虐的な性的傾向は、

50）FamRZ 2004, S. 354ff.
51）*Heumann*, a. a. O. (Fn. 45), S. 281.
52）FamRZ 2004, S. 1015.
53）FamRZ 2007, S. 1876f.
54）FamRZ 2006, S. 1697ff.

子の福祉を害さないときは、共同監護の廃止事由にならないとした。母の性的傾向は、監護者として不適格であるということを意味せず、親の具体的な行動が子の福祉に害を及ぼしているわけではないと述べた。このケースでは、母は性生活について子の生活空間との分離を行っているので、子が母の性的傾向について知り、それに影響を受けることはないと結論づけ、父の監護委譲を求める抗告を棄却した。本決定においては、親の行状・品行については、子への影響に基づいてのみ判断され、その判断は子の年齢水準に応じて異なるということが改めて確認されており、特にこの点に注意が向けられるべきである。父の児童嗜愛の傾向が問題とされたツヴァイブリュッケン上級地方裁判所2009年２月12日決定【13】[55]でも、息子にも影響を及ぼすのでなければ、それのみでは子の福祉の危険を根拠づけるのに十分ではないとされている。同性愛者である場合も、一般に適格性は否定されない[56]。

また､「エホバの証人」に親の一方が入信している場合の判断も蓄積されている。「エホバの証人」は、日本においても近年、輸血拒否と自己決定の問題に関連してしばしばその名を見聞きする宗教団体である。結論から言えば、その信条を子どもに押しつけないことを条件として、共同監護の廃止は認めないという裁判所の立場は確立している。

ヘルムシュタット区裁判所2007年３月21日決定【14】[57]は、次のような別居中の父母の子の監護をめぐる争いに対する判断であった。母が「エホバの証人」に入信しているが、子が万が一輸血する事態になったときは輸血を拒否しないと明確に表明しており､「エホバの証人」の宗教行事に子を巻き込むこともなかった。別居後、主に子は父ととも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、居所指定権は父に委譲されたが、その他の点については共同監護が維持された。すなわち、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懸念のみでは、共同監護全部は廃止されないというのである。裁判所は、仮に母による輸血の拒否があっても、これに関しては仮処分決定の可能性があるということも指摘している。ミュンヘン上級地方裁判所1999年12月14日決定【15】[58]が、親の一方が「エホバの証人」に入信しており、仮に子が輸血を受ける事態になった場合にそれを拒否する可能性があるというだけでは共同監護は廃止されないとし、同旨の裁判例はその後、区裁判所レベルでいくつも出されている。

この他に、親としての適格性が問われるケースとして目立つのは、金銭面に問題のある事案である。たとえば、前掲【６】決定が挙げられる。これは、区裁判所で監護を母に委譲されたことに対する上級地方裁判所への抗告が棄却されたため、父が上告した事例である。父は多額の借金を抱えているにもかかわらず仕事も持たずに贅沢な暮らしを続けている。また、これまで娘の養育費を一

55） FamRZ 2009, S. 1758.
56） *Diederichsen* in : Palandt, a. a. O. (Fn. 25), §1671, Rn. 31.
57） FamRZ 2007, S. 1837.
58） FamRZ 2000, S. 1042.

切支払っておらず、そのため娘の養育は養育費立替制度[59]のもと行われている。さらに、離婚した妻の両親にまで借金を負わせている状況であるのに、一向に返済する気が見られない。娘の預金通帳から１万5000マルク（当時）[60]を無断で引き出し、自己のために費消したこともある。以上の事実を指摘し、共同監護を求める上告を棄却した。ドレスデン上級地方裁判所2002年２月27日決定【16】[61]も、父が過去に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事実を、子への無関心を示す振舞いの１つとみなしている。この事案は2000年より別居した父母が、その間に生まれた子ら（1989年出生、1991年出生）に対する監護を争っていたものである。母は、原審において主たる請求として自己への単独監護委譲を、従たる請求として別居以来自身のもとで暮らしている２人の子の居所指定権の委譲を申し立てていた。これに対し区裁判所は、それまで父母間に共同監護の行使に関して何ら問題は生じておらず、父の無関心のみでは監護委譲は正当化されないとの結論を下し、申立てを退けた。そこで母が抗告したのが本件であるが、この際の担当裁判官による意見聴取で父は居所指定権を母へ委譲することには同意した。そのうえで父は母の抗告の却下を求めたが、結局、母への監護全部の委譲が認められた。父は、監護権を主張するわりには養育費以外についても子の教育に関する問題にこれまで興味を示さず、面会交流の際にも子の利益を特に意識しているようでもなかったことが報告されていた。そして、父は意見聴取において将来は態度を変えるつもりであると述べたが、大変躊躇を伴った様子であり何ら具体的な改善案が出されたわけではなかったため、改善の見込みがないと判断されている。ハム上級地方裁判所2006年11月７日決定【17】[62]も、父の養育費不払いの事実を理由の１つとし、共同監護の存続を求める抗告を棄却した。このように、養育費不払いは一般に、親としての適格性を否定する１要素となっている。

ただ、下級審レベルでは次のような裁判例もある。ラッツェブルク区裁判所1998年10月９日判決【18】[63]は、父母が別居後、娘は母のもとで暮らし、父とは定期的に面会交流を行い、法的共同監護を維持するという合意のあった事案であった。しかし、父は全く養育費を支払わず、また、しばしば連絡が取れないために、子に関する重要な事項の決定をほとんど母が単独で行わなければならなかった。さらに、父はアルコール依存症であった。そこで、母が監護を自己に単独委譲することを申し立てた。これに対し、裁判所は、養育費を支払わないという事実のみでは、共同監護廃止を正当化できないとした。そして、アルコール依存症についても、それにより過去に子の福祉に適う決定が妨げられたことは明らかでないとした。本事案については、アルコール依存症は、もともと親個人の問題であるから、前掲【12】～【15】決定と同様に、子への影響に基づいて判断されたことは妥当であったと考えられる。しかし、養育費に関しては、たとえその不払いによって子が生活に困

59）扶養立替法による。この制度は、州政府が養育費を立替払いすることにより、扶養債権を州が義務者から取り立てる制度であり、12歳未満の子について（1条1項1号）最長72か月（3条）、利用することができる。浦野由紀子「ドイツ短信―子の養育費」戸籍時報569号（2004）97-98頁に紹介されている実態調査によれば、養育費を義務者から履行してもらえない権利者の約60％が養育費立替制度を利用している。しかし、義務者からの回収率は極めて悪いという。

60）日本円に換算して概ね100万円。総務省統計局のデータ　http://www.stat.go.jp/data/chouki/18.htm（2011年5月31日確認）参照。

61）FamRZ 2002, S. 973f.

62）FamRZ 2007, S. 756f.

63）FamRZ 2000, S. 505f.

窮していないとしても、直接子に関わることであるから、より厳格に判断されるべきであったと思われる。特に、面会交流のみの場合とは異なり、共同監護の場合には子にとって重大な意味を有する事項については父母共同の決定権がある。決定権は、「子のために」決定するという義務の側面も含むものの、親の権利でもある。養育費の支払義務を果たさずに交流に加え、決定権までも認められるとなれば、権利と義務のバランスから見て、問題があるのではなかろうか。

ハム上級地方裁判所1999年２月５日決定【19】[64] は、以下のような事件であった。区裁判所の仮命令でいったんは父に居所指定権が認められたものの、父母と子の意見聴取を行った後に仮命令を廃止し、子２人の監護を母に委ねた。これに対し、父が、母は職場で金銭的不正を行い、宣誓に代わる保証がなされており借金があることを挙げ、親としての適格性に欠けると主張し、単独監護を求めた。しかし、裁判所は、父母間で意見の相違が見られるのはどちらの親のもとで子が暮らすかをめぐってであると指摘し、子の養育については、両親ともそれを引き受ける適格性を備えているとした。母が子と暮らすため満足な住まいを借りることができる状況ではないことを考慮し、居所指定権のみを父に委譲する決定が下されたが、法的共同監護は維持された（一部認容）。加えて最後に、母の居所は、子が徒歩で行くことのできる距離にあるので、子と母の定期的な交流を望むと付されている。養育費不払い等とは異なり、金銭的問題が子に直接影響を与える種類のものでない場合は、親としての適格性の強い否定を導かないと考えられる。

一方、重大な犯罪歴や虐待の疑いはマイナス評価の要素となる。ベルリン上級地方裁判所2008年４月24日決定【20】[65] では、母が過去に重大な犯罪行為を行い１年半の自由刑に服していること、および父と子との結びつきに寛容性がないことの２つのみを理由に父への監護委譲が決定されており、特に犯罪歴が重視されている。ブランデンブルク上級地方裁判所2009年７月17日決定【21】[66] では、自身の２人の娘と妻の娘に対する性的虐待の有力な容疑があり、特に娘のうちの１人には、自傷行為の危険を伴う著しい精神的ストレスが見られたため、共同監護の一時的な廃止が決定されている。また、父が別居中の面会交流において、３歳の娘に対し繰り返し性的虐待を加えた疑いがもたれていたブレーメン区裁判所2004年９月13日判決【22】[67] では、父が虐待を行ったという確実な証拠はなかったため、結局、父に対し刑法上、有罪判決は下されなかった。しかし、小児科医は母と子自身の話に基づき性的虐待の疑いを診断書に記述しており、祖母も同様の事態がこれまで度々あったと証言したため、父の共同監護を求める申立ては棄却され母に単独監護が委ねられた。子が体験したことを自らの言葉で話せるようになる就学年齢くらいまでは、面会交流も禁止するとされている。

なお、子の身体・健康へのリスクに関する親の判断が問題とされることもある。ブレーメン上級

64） FamRZ 1999, S. 1597.
65） FamRZ 2008, S. 2054f.
66） FamRZ 2010, S. 221.
67） Kind-Prax 6/2005, S. 234ff.

地方裁判所2010年５月３日決定【23】[68]は、母に単独監護が委ねられている状況で、無線LAN接続を通じて授業を受ける学校へ入学することによる電磁波の子の健康への影響を懸念し、母の監護方針に疑問をもった父が共同監護を求めたが、認められなかった事例である。裁判所は、父の懸念は全く理由のないものではないとしつつも、ブレーメンの学校ではごく一般的に無線LANが使われており、州政府はこれに関する判断を学校法に基づき任命された然るべき委員会に委ねていることを指摘している。身体へのリスクを伴う事項として、オートバイ運転も挙げられる。

さらに、これまで紹介してきた事例のように親としての適格性を否定する決定的な要素がない場合においても、信用を損なうような行動を繰り返すことにより、親としての適格性に欠けると判断されることもある。たとえば、ブランデンブルク上級地方裁判所2009年10月13日決定【24】[69]は、①母が定期的な交流を行わず、②父に本当の住所・電話番号を伝えず、③少年局に期日に現れず、④裁判所による２回の意見聴取期日にも参加しなかったことから、母に信用性がないと総合的に判断し、父に監護を委譲している。

２）父母の協力（Kooperation der Eltern）

１）で取り上げた親としての適格性がそれぞれの親に備わっているとみなされれば、果たして父母が共同監護へ向けて実際に今後協力していくことができるかを審理する段階に入る。この父母の協力という項目は、６つの判断基準の中でも、親子法改正後に特有のものである。ドイツの裁判官に対して行われたある調査においても、その大多数が、この項目は単に判断基準のうちの１つという位置づけではなく、共同監護の裁判の本質的な基準であると回答している[70]ことからも本基準の重要性が窺える。

共同監護の存続には、言うまでもなく父母の協調性が必要とされる。父母自身が協力可能と感じており、かつ、第三者から見てもその父母が協力していけると評価されることが必要である[71]。共同監護存続には、子の父あるいは母としての関係を継続し、最低限の事項に関して意見を一致させることが求められるのである[72]。

つまり、裁判例を見ると、子にとって重大な意味を有する事項について父母間で合意できるか否かが、判断の重要な基準とされることがわかる。ケルン上級地方裁判所2002年10月11日決定【30】[73]およびベルリン上級地方裁判所2006年９月22日決定【31】[74]では、共同監護が子の福祉に最も適う

68）FamRZ 2010, S. 1995.
69）10 UF 43/09, juris.
70）*Julia Liebthal*, Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern nach der Reform des Kindschaftsrechts, Peter Lang, 2004, S. 226による。*Roland Proksch*, Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kinderschaftsrechts, Bundesanzeiger Verlag, 2002, S. 216の調査においても、86.1％の裁判官が同様に考えている。
71）これについて言及した裁判例は、ベルリン上級地方裁判所1998年9月25日決定（FamRZ 1999, S. 616f.）【25】をはじめ、ベルリン上級地方裁判所1999年9月21日決定（FamRZ 2000, S. 502f.）【26】、ベルリン上級地方裁判所1999年10月18日決定（FamRZ 2000, S. 504）【27】、ハム上級地方裁判所2001年9月13日決定（FamRZ 2002, S. 565f.）【28】等多数ある。
72）前掲【5】決定、前掲【9】決定、ブランデンブルク上級地方裁判所2009年11月30日決定（FamRZ 2010, S. 911f.）【29】。
73）FamRZ 2003, S. 1036f.
74）FamRZ 2007, S. 754ff.

か否かをはっきりさせるためには、子にとって重大な意味を有する事項について両親間で合意することがなお可能かどうかを検討しなければならないと述べられている。ドレスデン上級地方裁判所2007年２月９日決定【32】[75]も、「子にとって重大な意味を有する事項について父母間で妥協できない場合に限り（たとえば居所指定権のみではなく）、共同監護全部の廃止が考慮される」としている。「子にとって重大な意味を持つ事項」として具体的に裁判例で挙がっているものには、学校教育や医療、宗教選択に関する事項が目立つ。

ツェレ上級地方裁判所2002年11月14日決定【33】[76]は、娘の学校教育に関する本質的な部分につき父母が争っており、将来も合意に達する見込みがないとして、母への監護委譲を認容した[77]。前掲【17】決定は、養育費の問題に加え、父母間で子をどの学校に入学させるかについて争いが激しいこと、交流権についても考え方に大きな相違があることを理由に、区裁判所の共同監護廃止の決定を支持した。反対に、前掲【32】決定は、父母が争っているのは、日常生活に関する事柄のみであった。教育方法の選択や交流権の取決めといった重大な事項については最終的に合意に至っているため、将来も重大な事項に関しては子の福祉を考え２人で協力していけるとの期待を抱くことができると述べられた。そして、共同監護の廃止は必要ないとして、居所指定権のみを一方の親に委譲している。また、シュレスヴィヒ上級地方裁判所2003年５月８日決定【35】[78]は、イスラム教徒の父が、３歳の娘のキリスト教の洗礼に反対したために父母間に争いが生じ、母への監護委譲が認められた原審に対する抗告審であった。裁判所は、娘がキリスト教において自身で宗教について決定することができる14歳に達するまで洗礼を見合わせたいという父の希望を支持し[79]、共同監護存続の決定を下している。子にとって重大な意味を有する事柄について父母間で争いが見られたが、子が自己決定できる時期を待つことで子に不利益が及ばないため、共同監護は廃止されなかったのである。

このように、子にとって重大な意味を有する事柄について父母が合意できず、かつ、将来、子自身の判断を待つこともできない場合は、共同監護が廃止されるのが一般的である。ただ、父母が子にとって重大な意味を有する事項に関し合意できない場合においても、1671条１項に従い、居所指定権に加えその他の監護の一部委譲、あるいは居所指定権以外の監護の一部のみの委譲を認める形をとり、共同監護をなお存続させるケースも中には存在する。

たとえば、ニュルンベルク上級地方裁判所1998年11月17日決定【36】[80]である。区裁判所では母親に子の監護が委譲されていたことに対し、父が、居所指定権は母に委譲するという同意のもとでの共同監護の存続を求めて抗告した。子が基幹学校を自主的に留年するか、またはより簡単なクラスへ移るかということについて、父母間で何度も話し合いがもたれたにもかかわらず、合意に達す

75） FamRZ 2007, S. 923f.
76） FamRZ 2003, S. 1488f.
77） バンコウ/ヴァイセンゼー区裁判所2004年5月17日決定（FamRZ 2005, S. 538f.）【34】も、子にとって基本的な事柄に関して一致が望めない状態であるとして、監護を母に委譲している。
78） FamRZ 2003, S. 1948.
79） ドイツにおいては、14歳で宗教的成年に達し、以後、宗教について自己決定することができる（子の宗教教育に関する法律5条1文）。
80） FamRZ 1999, S. 673f.

ることができなかったという事実が認められた。しかしながら、このケースにおいては、裁判所は母親に居所指定権に加え、学校教育に関する事柄についての決定権を委譲する形で解決を図った。ハンブルク区裁判所1999年５月20日決定【37】[81]も、居所指定権と学校教育に関する決定権のみを母親に委譲すれば、その他の点では父母双方の人格に鑑みれば協力が期待できるとして、共同監護を認めている。

前掲【７】決定は、子の宗教選択について父母間で意見の相違があった事案であった。離婚後、子（2002年出生）の監護が区裁判所では母に委ねられた。父が共同監護の存続を求めて上級地方裁判所に抗告したが棄却された。そこで父が上告したところ、破棄差戻しの決定がなされた。父母が争っているのは、もっぱら子の宗教の選択についてであるため、母への監護の全部委譲は認められるべきではなく、監護の一部委譲によって問題は解決すると述べられている。

医療に関する問題については、バンベルク上級地方裁判所2002年８月26日決定【38】[82]が挙げられる。医学研究で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、その治療をどのような方法で行うかについて父母間でもはや意見の一致は望めないとし、子の医療に関する事柄に関する決定権のみを母に委譲する決定を下している。

一方で、意見の相違のある場合について、1628条により解決を図っている事例もある。すなわち、子にとって重大な意味を有する個別の事項または一定の種類の事項について父母が合意することができないときは、家庭裁判所が、父または母の申立てにより、一方に決定を委ねる。ベルリン上級地方裁判所2005年５月18日決定【39】[83]は、1628条に基づき予防接種（具体的には、麻疹、おたふく風邪、風疹、破傷風、ジフテリア、ヒブ感染症、ポリオの予防）を子に受けさせるかどうかの決定権のみを父に委譲した区裁判所の見解を支持した。決定権委譲を行った裁判例としては他に、娘の国籍に関する決定権のみを母に委譲したものもある[84]。

以上のように、父母が子にとって重大な意味を有する事項について合意できないとき、ドイツでは必ずしも共同監護廃止を導かず、1671条１項の監護の一部委譲によるか、あるいは、1628条により父母どちらかへの決定権付与で対処することもある。比較的広い範囲の決定（「学校に関する事項」、「医療に関する事項」等）を一方の親に委ねることもあれば、より具体的な状況に従い、狭く限定された範囲の決定権限（「予防接種に関する事項」、「国籍に関する決定権」等）を一方の親に委譲することもある。

ところで、ここで注意すべき点がいくつかある。まず、父母間で意見の一致に至らないということについては、単に申立人が「もはや互いに話し合うことはできない」、「弁護士を通してしか話し合えない」等と形式的な形で述べただけでは認められないということである[85]。ツヴァイブリュッ

81） FamRZ 2000, S. 499ff.
82） FamRZ 2003, S. 1403f.
83） FamRZ 2006, S. 142f.
84） ハム上級地方裁判所2006年3月23日決定（FamRZ 2006, S. 1058f.）【40】。
85） FamRZ 2004, S. 1146.

ケン上級地方裁判所1998年10月１日決定【41】[86]は、区裁判所で子２人の監護が母に委譲されていたところ、父が共同監護存続を求めて抗告した事案であるが、共同監護が認められた理由として、双方の親に親としての適格性が認められることに加えて、共同監護に同意しない母が合意に達しないことについて文書において証明すべきであるのに、それが証明できていないということが挙げられている。具体的には、合意に達しない事柄は何であるのか、また、どのような状況がその原因なのかについて文書に示す必要があるということである。そして決定文の最後では、別居後も父母には、合意を見つけ出さなくてはならない義務があると述べられている[87]。ハム上級地方裁判所2004年５月28日決定【44】[88]も、いつ、どのような機会および方法をもって父母が共同の意思決定への努力をしてきたか、そして、他方の親との話し合いが決裂したことについての詳細な報告が基本的に必要であるとしている[89]。「父母は、親としての監護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。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」とする1627条の要請もあることから、この点について裁判例でも厳格な判断がなされているものと考えられる。

もう１つ、共同監護存続の判断のポイントとなるのは、第三者の関与のもとでの意見の一致の可能性である。バンベルク上級地方裁判所1999年２月９日決定【46】[90]は、子の教育問題について基本的合意はあるものの、その周辺にある問題について争いがあるケースであった。これまで年に数回にわたり、調停人の関与のもとで父母が話し合いを持ってきたことから、今後話し合いが実を結ぶという期待を持つことができると評価した。さらに、将来新たに争いが発生した問題について、第三者の援助がなくても父母が合意に達することができる素地があると述べ、共同監護の廃止を認めなかった。ケルン上級地方裁判所2007年11月20日決定【47】[91]も、子にとって重大な意味を有する事項について父母間に合意のあるときと並んで、裁判手続によってではなく第三者の援助によって合意がつくり出される可能性のあるときは、共同監護の存続に必要な協調性が認められると判示している。

それでは反対に、子の福祉のために共同監護を即時に廃止するべきと判断されるのは、どのような場合であろうか。それは、父母が子の目前で繰り返し激しい口論を行ったり、暴力を交えた口論を行うまでに至っている場合である。ハム上級地方裁判所1999年８月13日決定【48】[92]は、就学前の子らのいる前で毎日のように言い争いをしていた父母について、また、デュッセルドルフ上級地方裁判所1999年３月22日決定【49】[93]は、子の目前で激しい言い争いをし、一方が他方に大怪我を

86） FamRZ 1999, S. 40f. = NJW 1998, S. 3786f.
87） このような見方は本決定ではじめて示されており、後にケルン上級地方裁判所1999年3月22日決定（FamRZ 2000, S. 499）【42】、ケルン上級地方裁判所2002年9月5日決定（FamRZ 2003, S. 1492f.）【43】等が、踏襲している。
88） FamRZ 2005, S. 537f. また、ルートヴィヒスルスト区裁判所2009年9月30日判決（FamRZ 2010, S. 388ff.）【45】においても引用されている。
89） この点については、*Heumann*, a. a. O. (Fn. 45), S. 281においても、説明が必要であると述べられている。
90） FamRZ 1999, S. 803 = NJW 1999, S. 1873f.
91） FamRZ 2008, S. 636f.
92） FamRZ 2000, S. 501f.
93） FamRZ 1999, S. 1598f.

負わせる事態に至った父母について、共同監護の存続は到底期待できないとしている。ザールブリュッケン上級地方裁判所2009年８月26日決定【50】[94]は、父が、２人の子の目の前で母を絞殺しようとした事実が認められた事案であるが、そのような父の行為は子らに対しても激しい精神的暴力を行ったと評価されることを明らかにしている。また、とりわけ暴力の酷い事案が前掲【９】決定であった。1999年12月、口論になった際に父が母に対し、顔を殴ったり肩や腕を内出血するまでに至らせたり、策条痕が残るほど首を絞めるなどした。さらに2000年５月、強姦未遂をし、その際も母は頭部や肩、前腕が内出血するほどの怪我を負った。このような母に対する暴力について、父には執行猶予つきの16か月の自由刑が確定していた。母は上記のような暴力行為を受けたことにより、なお強い不安を抱えている状況であった。結果、このような場合には父母の協力が望めないとして、共同監護の廃止が決定されることとなったのである。ブランデンブルク上級地方裁判所2009年10月１日決定【51】[95]も、父母間に著しい緊張関係が見られ、面会交流のための子の引渡しの際に子の前で殴り合いの喧嘩をしたことがあり、他の手続関係者も客観的立場から父母が協力することはもはや望めないと判断していることから、監護の一部のみの父母いずれかへの委譲では十分でないとの結論を出した。そして最終的には、子の結びつきや意思、他方の親と子との結びつきに対する寛容性を見て、母へ監護を単独委譲している。これらの事例に関しては、共同監護廃止はやむを得ない判断であると思われる。その他、前掲【26】決定は、監護、特に交流についての父母の争いが２年間にもわたっていることを理由とし、子を落ち着いた環境に置くには、区裁判所が居所指定権のみを母に委譲したことでは十分ではないと判断し、監護全部を母に委譲している。

これまで取り上げてきた事例を、大きな括りとして、父母間のコミュニケーションに困難が見られることに基づき、監護委譲の認否を争ったタイプと位置づけるとすれば、もう１つのタイプとして、父母の基本的な信頼関係の欠如に基づき、監護委譲の認否を争うものが見られる[96]。父母相互の信用・信頼関係は、円滑なコミュニケーションをとるための大前提である。そのため、この場合には、監護委譲が認められるべきと言ってよいであろう。実際、裁判例でもそのような傾向が見受けられた。ハム上級地方裁判所2006年11月16日決定【52】[97]は、父母が互いに見え透いた嘘をつき相手を責めるまでに至っている場合は、共同監護という選択肢は考慮に入れられないと判示している。他に、例として挙げられるのは、フランクフルト上級地方裁判所2006年３月15日決定【53】[98]である。本件は、HIV感染を隠し続けていた父に対し、母が共同監護を廃止し、自己に監護を委譲することを求めて抗告した事案であった。裁判所は、父が1998年からHIV感染について気づいていたにもかかわらず、それを家族に告げていないという事実を指摘し、それまで父が主に子の監護を行ってきたが、監護は母に委譲されるべきであると述べた。また、ハム上級地方裁判所2006年５月

94） FamRZ 2010, S. 385ff.
95） 9 UF 71/09, juris.
96） FamRZ 2008, S. 934.
97） FamRZ 2007, S. 757ff.
98） FamRZ 2006, S. 1627.

19日決定【54】[99]は、父が母に対し全く客観的根拠のない虐待の疑いをもっていることから、父母の協調性の基礎が欠けているとして、母に監護を委譲した。

最後に、両親間に心の距離ではなく物理的な距離がある場合、すなわち両親が遠隔地に居住するケースについてもいくつか裁判例が出ているので、これについて見ておきたい。前掲【28】決定は、区裁判所において、母に監護を委譲することで一度は和解した父が、居所指定権は母に委譲するという同意のもとで共同監護の存続を求めた事案について、少し前まで、毎月第1週目の週末に遠い距離にある母の家まで父が子を自動車で迎えに行き、自宅まで連れてきて、日曜日または月曜日に送り返すという面会交流が何の問題もなく行われていたこと、その送り迎えについてはその都度、父母間で電話により調整がなされていたことを指摘した。そして、費用もかかる、遠隔地間の面会交流がこれまで円滑に行われてきたということを認め、父の主張を認容した。また、ドレスデン上級地方裁判所1999年7月7日決定【55】[100]は、離婚後、区裁判所では母に単独監護が認められなかったため、母が単独監護を求めた事案であった。しかし、裁判所は、父母が遠距離に居住しているにもかかわらず、養育費支払いに加え父と子との宿泊つき面会交流が円滑に実施されてきたことを指摘した。そして、結論として一部認容の決定が下され、居所指定権のみの母への委譲を認めた（居所指定権の委譲については、父も合意していた）。

これらの裁判例から、父母が遠距離に居住している場合は、居所指定権は一方の親に委譲されるものの、他の要素に問題がなければ法的共同監護は存続するということが導き出された[101]。父母間でコミュニケーションをとることは、頻繁に直接会えなくとも電話・Eメール等でも可能であることから、遠隔地居住という事実が直ちに共同監護の大きな障害にはならないのである。

（以下、次号）

【2011年5月31日脱稿】

99） FamRZ 2008, S. 934.
100） FamRZ 2000, S. 501.
101） 前掲【30】決定も居所指定権のみを一方の親に委譲している。