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 (2・完)
Author(s)	稲垣, 朋子
Citation	国際公共政策研究. 2012, 16(2), p. 135-163
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/24503
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―（２・完）

Joint Custody by Parents after Divorce
―A Study from German Law― (2)

稲垣朋子*

Tomoko INAGAKI*

Abstract

In Japan, one of the parents exercises parental authority after divorce (§818III, §819 Civil Code). But many Western countries practice joint custody after divorce. Influenced by these countries, some groups in Japan are initiating actions to achieve joint custody. Recently, discussions on reforming legislation have increased. 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, by analyzing the case law of Germany, the criteria for exercising joint custody. I have dealt with the following points in this part : 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 also examined "the change model", in which the child changes his/her abode between parents periodically. Finally, taking into account the results of the study, this paper goes on to consider what types of joint parenting are desirable and possible in Japan.

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 the 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
ー親子法改正後のBGB1671条に基づく監護委譲申立ての裁判例分析
（１）「原則ー例外関係」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、16巻１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（Kontinuität）
６）子の意思（Wille des Kindes）
（３）交替モデル（Wechselmodell）
４．各判断基準の位置づけ
５．結びーわが国が取り組むべき方向性
（１）共同監護をめぐる議論からの示唆
（２）共同監護の形態（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）

BGBは、子と父母との面会交流について定めた1684条２項において、「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」[102]とする善行条項（Wohlverhaltenskrausel）を設けている。交流に際して、直接的な妨害行為をするのはもちろんのこと、子が他方の親に対し悪い印象や拒絶感情を持つように吹き込むといった間接的な妨害行為を行うことも、1684条２項は禁じていると解されている[103]。そのような明確な規定が1997年親子法改正法で置かれたことも関係すると考えられるが、他方の親と子との結びつきに対する寛容性の欠如は、父母が共同監護を行えるかを判断するにあたっても、ブランデンブルク上級地方裁判所2001年３月１日決定【56】が判示したように、親としての適格性にマイナス判断を加える強い要因となる[104]。他方の親と子との結びつきに対する寛容さを示すことは、共同監護維持に不可欠であり、共同監護を行う親としての義務であると言えよう。それゆえ、裁判所は、他方の親と子との結びつきに対する寛容性を、広い意味での（共同監護を行う親としての）適格性の１つと捉えていると思われる。１）で扱った親としての適格性では、あくまで

102）訳出に際しては、ドイツ家族法研究会編「親としての配慮・補佐・後見（３）ードイツ家族法注解ー」民商法雑誌144巻１号（2011）138頁［遠藤隆幸執筆］を参考とした。
103）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（2008）303-304頁。
104）FamRZ 2001, S. 1021ff.

親それぞれと子の２者関係を捉えて評価するのに対し、ここでは両親と子の３者の関係が問題となり、そこに以前の単独監護委譲の判断とは異なる点が現れる。また、1684条２項による面会交流における善行義務よりも、通常、より高い寛容度が必要とされると考えられる。

以下では、この要素を含む事例を取り上げ、他方の親と子との結びつきに対する寛容性で問題とされる中身を見ていくこととする。

はじめに、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【57】[105]を取り上げる。２人の娘（1987年出生、1991年出生）を持つ父母が、1999年から別居し、2000年７月20日に離婚した。母はその後に再婚し、現夫との間の子を懐胎している。そして、二世帯住宅の現夫の両親が住む上の階で、娘２人と現夫とともに暮らしている。一方、父は、自己が所有する従前の婚姻住居で同棲相手と同棲相手の娘（９歳）と暮らしている。

1999年の別居開始以来、父と子との間には面会交流があったが、1999年末から2000年にかけて子らが父を訪問した際、父は「子らが自分のもとにとどまりたいと言っている」と少年局に相談した。そのことから父母間での子の監護をめぐる紛争に発展し、それぞれが区裁判所に対し単独監護委譲を求める申立てを行った結果、区裁判所では父に監護が認められた。これに対する母の抗告を扱ったものが本件である。

結論として、裁判所は母の抗告を認容したが、理由の１つとして、父に、母と子との結びつきに対する寛容さが見られないという点を挙げた。区裁判所決定が出される前に子らが母と同居していた期間、母は、父母間には激しい対立があったにもかかわらず、父と子との定期的な交流を認めていたのに対し、区裁判所決定の後、父は、母と子らとの面会交流を促したことは１度もなかったとの事実を指摘している。また、次女が入院した際に、入院先が決まれば連絡するとしていたにもかかわらず、父からは連絡がなく、後に母が見舞いに訪れた際も、母のことを完全に無視し、次女を著しく動揺させた。父が、母と子らとの関係を断ち切らせることを望み、同棲相手のことを次女に「お母さん」と呼ばせていることも問題であるとした。

また、ハム上級地方裁判所2000年２月14日決定【58】[106]は、次のような事案であった。1992年５月に婚姻した父母は子２人（1992年出生、1994年出生）をもうけたが、1997年５月より別居した。その際、子らは母とともに母所有の家にとどまり、父は近くに転居している。1997年６月には、父母は子の監護につき、文書による取決めを結んだ。それによると、父母それぞれが週３日ずつ子の世話をし、残りの１日は第三者（祖母あるいはベビーシッター）に世話を任せることになっていた。しかし、父母どちらにとっても、その取決めは決して満足のいくものではなく、1998年３月、区裁判所で、別居中について母の単独監護を求める申立てが認容された。1999年６月の離婚成立時にも合意に至らず、今度は逆に区裁判所で父に単独監護が委ねられ、母には交流が認められることとなった。父母双方に親としての適格性は備わっているけれども、父には、母と２人の子との関係を維

105）FamRZ 2001, S. 1637f.
106）FamRZ 2000, S. 1039ff.

持し発展させていく姿勢が見られる点で優位が認められたためである。それに対し、母が主たる請求として単独監護を、従たる請求として居所指定権の委譲を求めて抗告した。

本抗告審においては、後掲する基準の４）子の発達の促進や６）子の意思とならび、他方の親と子との結びつきに対する寛容性が、原審に続いて判断の基準となった。父には離婚後、一貫して母と２人の子のコンタクトを援助し、発展させていく姿勢が確認された。これに対して母は、もし抗告が認容され子が自分のもとに暮らすことになった場合に、父子間の交流を困難にさせようという目論みで最近転居をした。また、母は、交流についても、受渡しの際の父母間の葛藤の激しさを考慮せず、単に子のうちの１人も希望しているとの理由から、交流回数の増加を父に求めていた。以上のことを考慮に入れ、母の抗告を棄却している。

他方の親と子との結びつきに対する寛容性を根拠に判断を下した近年の事例としては、次の３事例を挙げることができる。

１つ目は、前掲【51】決定である。婚姻関係にない父母は、娘をもうけ、2007年４月19日に基づく共同監護の意思表示（1626条a第１項）を行っていた。しかし、同年11月に母の新たな懐胎がわかり、経済事情から第２子を欲していない父と争いとなり、母は娘を連れて家を出て暮らし始めた（なお、出生後、この子の父は第三者であることが判明している）。そこで、父は仮命令手続において、区裁判所に娘の居所指定権の委譲を求めたが、緊急の必要性がないとして、同年12月６日の決定で退けられた。その後、2008年３月13日、父の面会交流が区裁判所で取り決められた。そして、娘の監護は結局、2009年５月７日の区裁判所決定で母に委ねられることとなった。これに対し、同年５月13日になされた父の単独監護を求める抗告を扱ったものが本件である。

本抗告審においても、2009年５月７日の区裁判所決定と同じく、父の、母と子との結びつきに対する寛容性の欠如を決定的理由として抗告を棄却した。具体的には、以下の点が指摘されている。父は、娘の前で、母に対し攻撃的で疑い深く、軽蔑的な発言を繰り返した。また、意見聴取においても、同様の発言を行い、「なぜ娘が母親の所にとどまっているのか全く理解できない」と激しく言い立てた。加えて、もし抗告が棄却されれば、これまでのように面会交流はしないと述べた。これらのことから、父は自身の思いを中心に置き、子の気持ちを斟酌していないことが明らかであるとしている。さらに、面会交流中（長期休暇の面会交流中も含む）の母と娘の間の電話を正当な理由なく禁じたことから、子にとっては母も重要な人物であることを認めていないとした。

２つ目は、ミュンヘン区裁判所2009年11月25日決定【59】[107] である。2008年３月の別居後、母に居所指定権が委譲され、法的共同監護が行われることとなった。しかし、父母間で取り決めていた面会交流が行われなかった。そこで、同年８月13日に区裁判所で父の週末の宿泊つき面会交流（１か月のうち14日に相当）が取り決められたが、再び同年10月17日に母が面会交流を拒絶した。そのような状態が続いたため、父が本件において、居所指定権、および健康と学校に関する監護の委譲

107）551 F 5932/09, juris.

を求めた。

ミュンヘン区裁判所は、父と子との結びつきに対する母の寛容性の欠如のため、相談、メディエーション、交流保護人の選任（BGB1684条３項）、付添い交流（BGB1684条４項）、間接強制といったあらゆる介入が功を奏さなかったとした。そして、「親の一方が他の一方と子との面会交流を許容し、促進しない場合は、それが可能なもう一方の親に居所指定権を委譲することが子の福祉に適う」と判示し、父の申立てを認容している。

３つ目の事案であるフランクフルト上級地方裁判所2011年３月28日決定【60】[108]も、面会交流の正当な理由のない拒絶が、居所指定権の委譲を導いた事案であった。子について共同監護の意思表示を行っていた婚姻関係にない父母が別居に至り、母が居所指定権を有していた。しかし、子の今後の発達に有益な父との面会交流を頑なに拒み続け、すべての面会交流を阻止していることから、父への居所指定権の委譲が認められた。

面会交流中の他方親との連絡の禁止（前掲【51】決定）、面会交流の正当な理由のない継続的拒絶（前掲【59】決定、前掲【60】決定）に関して判断を示した上記３事例の結論を見ると、後者２事例においては、居所指定権のみが委譲され、法的共同監護は継続している。それまで他方親との面会交流を一切認めなかった親と他方親との間で、果たして法的共同監護が可能なのかは疑問が残る。この点、ドイツでは相談機関が整備されているので、その援助を受けつつ徐々に合意形成が行える可能性はあるのかもしれない。

最後に、やや特異なケースとして、前掲【28】決定を取り上げる。「２）父母の協力」で述べたように、別居後、区裁判所で母に監護を委譲する和解が成立した後、父が、子の居所を母のもとに定めることには合意のうえで（法的）共同監護を求めた事案である。このケースでは、結論として法的共同監護の決定がなされたが、他方の親と子との結びつきに対する寛容性は、父母双方に認められないとしていることが注意を引く。父は、交流の際に、子の前で、母や母の同棲相手のことを侮蔑的な表現で呼んでいた一方、母は、自身の同棲相手を「新しいお父さん」とする関係を子に築かせようとしていたことが事実として確認されている。ただ、互いに結びつきに対する寛容性がないとは言っても、子にとって重大な意味を有する事項に関してはこれまで合意形成できており、遠距離間の月１回の宿泊つき面会交流の約束は守られていた。そこで、５歳の息子に奇妙な関係に映る、「新しい家族」の無理な形成をやめさせるためにも、法的共同監護が維持されるべきと判示した。

他の判断基準に問題がないとは言え、親の双方に他方の親と子との結びつきに対する寛容性が見られない場合に共同監護を命じたこの決定については、特に、賛否両論があると思われる。しかしながら、次のことが指摘できる。第１に、上に示されたような状況において、父母の一方に監護を委譲すれば、単独監護者とされた親が今後ますます他方の親と息子を遠ざけようとすることが容易に予測できる。そして、ついには監護者とならなかった親と子の関係が途絶えてしまうおそれも否

108）2 UF 109/10, juris.

定できない。その歯止めをかけておくことが必要との判断であったのかもしれない。また、第２に、冒頭で述べた、面会交流に関する善行条項（1684条２項）の具体的内容に照らしても、父母ともに交流の実施に際し、直接的な妨害行為を行ったわけではなく間接的な妨害行為にとどまっている点も加味されたのではないかと思われる。そのように考えるならば、本決定は支持できるものである。

以上の裁判例を概観して特徴として指摘できる点は、本要素は、両親の一方または双方が、別居・離婚後に新しいパートナーと同居・再婚をしているケース[109]において問題となる場合が少なくないということである。居所指定権を有する同居親、あるいは単独監護を行う同居親が新しいパートナーとともに暮らす場合は、子が新しい家族に１日も早く馴染んでほしいと考える。一方で、法的共同監護のみを行う非同居親、あるいは交流権のみを有する非同居親は自分と子の関係を維持することに努める。そのこと自体は自然であるが、子にとっての本来の父母は誰かということを忘れ新しい家庭に無理に取り込もうとしたり、反対に、子の今後の人生を考えず、他方親の新しい家庭に馴染むことを妨害するなどの行き過ぎた態度・行為に及ぶことは避けなければならないということを数々の裁判例が示している。

４）子の発達の促進（Förderung des Kindes）

これまで取り上げた１）～３）の要素では、１）は父母それぞれの適格性、２）、３）は父母間の協力・連携可能性を問題としている。これに対し、以下の４）～６）で見る判断基準はいずれも、子の側に立って見たものである。

前掲【56】決定は、次のような事案であった。離婚後、娘は母のもとで暮らしていたが、2000年５月18日に、交替居所が取り決められた。ところが、2000年８月より娘が父のもとで生活する状態が続いたため、母が居所指定権を暫定的に委譲することを求める即時抗告を行った。

ここではまず、子の発達の促進に関しては、心理学の研究において、親の一方による監護は、祖父母や親の新しい同棲相手といった第三者による監護よりも常に子の福祉に資するとの研究結果が確立していることが確認されている。そして、本件に関しては、意見聴取により以下のことが明らかとなったとする。父は、娘の学校への送り迎えを７割程度行えるにとどまり、第三者の助けを借りることなしには、あらゆる範囲について子の世話をすることができない。しかも、娘は意見聴取で、そのように第三者の援助が不可欠なのは、父の仕事時間が不定であることのみならず、父個人の生活スタイルのためであると述べている。それに対し、母は、基本的に第三者の援助なしに子を監護することができる。仕事がある日も、学校への送り迎えは可能である。また、意見聴取において、仮に自己に居所指定権が委譲された場合は、半日勤務の形態を選択すると述べた。これらのことから、子の発達の促進という観点から見て、母に優位が認められるとした。

この事案では、まず、父母それぞれに同程度、親としての適格性が認められるということが前提

109）別居・離婚の６年後には父の89％、母の65％が新しいパートナーと同居しており、その約半数がすでに再婚している、または再婚するつもりであるという調査結果がある。*Matthiessen*, a. a. O. (Fn. 34), S. 209f.

にある。そのうえで、子の発達の促進とならび、他方の親と子との結びつきに対する寛容性、子の生活環境の継続性が総合的に考慮され、判断が下されている。母は別居後から交替居所取決めまでの間、6年半にわたり娘と暮らし世話を行っていた。交替居所中も父と娘の交流を支えてきており、さらに母は父との今後の交流にはいかなる制限も設けるつもりがないと明確に表明していたのである。以上のことから、母に居所指定権が暫定的に委譲された。

もちろん、どちらの親も仕事のため、第三者の援助を必要とする場合も多い。たとえば、前掲【58】決定はそれにあたる。「3）他方の親と子との結びつきに対する寛容性」で述べたように、事案の概要は以下の通りである。別居中について母の単独監護を求める申立てが認容されたが、離婚成立時に今度は父に単独監護が委ねられ、母には交流が認められた。そこで、母が主たる請求として単独監護を、従たる請求として居所指定権の委譲を求めて抗告した。

本項目に関しては、次のような判断を行った。母は文化部を1人で任されている編集者であり、毎週末とも週末勤務があり、会議の時間にも拘束される。そのため、母自身が日中は子の世話をしてくれる者が必要であると述べていた。それに対して、フリージャーナリストの父は週に2日、地方のオフィスに出勤するが、残りの3日は自宅にいる。また、父が不在のときは、二世帯構成の住宅で隣に住む、自らも子を持つ女性が子どもの面倒を見てくれるという状況がある。子ら2人も、その女性や女性の子らと親しんでいる。以上のことから、子の発達の促進が父側により認められることを理由の1つに挙げ、母の抗告を認めなかった。ただ、あくまで理由の1つであり、このことのみをもって父に監護が認められたわけではない。その他の要素である子の生活環境の継続性、他方の親と子との結びつきに対する寛容性、子の意思のどの面から見ても父に優位が認められるという事情があったことに留意すべきであろう。

なお、週に4日、父の同棲相手や同棲相手の16歳の娘が幼稚園や託児所まで子を迎えに行き、父が仕事から帰宅するまでの1時間子の面倒を見る程度では、第三者による監護時間が短いため、第三者による監護は問題にならないとしている裁判例がある[110)]。

このように、子の面倒をどの程度自身で見ることができるか、あるいは多忙の中でも子のための時間をつくるようどれほど努力をしているかということ以外には、いかなる点が問題となるのであろうか。

この点について、前掲【17】決定が一例を示している。父母は1995年6月7日に婚姻したが、1995年9月に母が息子（1995年6月20日出生）を連れて別居、その後離婚し、監護は母に委ねられていた。父とは定期的な面会交流が行われていたが、2000年に父の共同監護の求めに母が同意した。ところが、2005年より父母間の葛藤が再燃し、母の単独監護の要求が認容されたので、その決定に対して父が共同監護を求めて抗告した。父は、共同監護が認められていた間、子がギムナジウムを選択する際に対応が遅く何も役割を果たさなかったことなどから、今後仮に共同監護を付与しても子

110）ハム上級地方裁判所1998年9月2日決定（FamRZ 1999, S. 320f.）【61】。

に関する重大な事項の決定を遅らせるであろうとされ、子の発達の促進についてプラスの評価をしていない。そして、「１）親としての適格性」で取り上げた、父がこれまで一度も養育費を支払っていないという事実も指摘し、この２つのみを理由として、父の抗告を棄却した。

また、カールスルーエ上級地方裁判所2000年10月６日決定【62】[111]は、子の発達の促進の内容について判断を示している。このケースでは、父（ドイツ国籍）と母（トルコ国籍）は６年間の婚姻生活の後、離婚したが、娘（６歳）に対して共同監護を行っていた。1999年半ば、母は従前の住居があるＡ地域とは別のＢ地域で弁護士として独立開業し、平日はそこで暮らしていた。2000年夏には娘を連れて弁護士事務所のあるＢ地域へ転居した。その間に子はＢ地域のシュタイナー学校（小中高一貫教育の学校の一種）に入学している。その後も母の多忙時は父が娘の面倒を見ている状態であったが、2000年８月４日の区裁判所決定によって、娘の居所指定権が母に委譲された。そこで、父が抗告し、居所指定権委譲を求めて争った事案であった。

父母ともに、これまで、子が病気で学校を欠席した際などには第三者に世話を依頼していた。この点は父母ともに同じであったが、父は現在、授業時間数が通常の半分（週12時間）の教師であり、弁護士として独立開業したばかりの母よりも子の世話を長い時間行えることを主張した。対して母は、トルコ語とドイツ語の両方を話すことができる母と暮らせば、ドイツ語しか話さない父と暮らすよりも、子がバイリンガルになれる可能性があると述べた。結論として、裁判所は、そのような言語能力の発達は道徳・精神的発達の促進の下位に置かれるものであり、重要な意味は持たないとし、子の生活環境の継続性をあわせて考慮しつつ、父の抗告を認めた。

その他、ブランデンブルク上級地方裁判所2007年10月８日決定【63】[112]では、子の発達の促進という観点から、父母それぞれが次のように比較されている。母は仕事のために監護を第三者に委ねざるをえない場合があるが、それでも子は全日制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。他方、父は親時間[113]（育児休暇）を終えると収入が全くなくなるばかりか、現在、両親のもとで暮らしており、基本的な日常事務も自身の母親に頼っている状況である。これらを理由として、母への居所指定権委譲が認容された。

このケースでは、母が仕事のために第三者に子の世話を委ねることがあるという点を考慮しても、母に居所指定権を委譲すべきであると判示した点が注目されよう。親が経済的にも精神的にも自立できていない場合は、子に良い手本を示すことができず、そのことの方が第三者による監護よりもむしろ問題との判断がなされたのである。

以上の裁判例から、子の発達の促進については、子の養育についてその親が過去どれほど積極的に関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という観点から判断されることが明らかである。また、子の発達の促進という要素は、とりわけ、子の身上監護に

111）FamRZ 2001, S. 1634f.
112）FamRZ 2008, S. 935.
113）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。

密接に関わるものである。したがって、本要素が絡む事案では、上記裁判例からも読み取れる通り、監護全部よりも、その一部である居所指定権が争われるケースが目立つ。そして実際に、居所指定権の委譲は認められるという結論に至る事案は非常に多い。ただ、子の日常の世話に困難な点が認められても、それは、その親が法的共同監護を行うのに不適格ということまでをも意味しない。特に、前掲【63】決定の父のような個人的な生活スタイルではなく、前掲【61】決定のように専ら仕事のため、監護補助者を必要とする場合は、自身が子に関わる時間をつくる努力をどの程度しているかという点を十分に考慮することが重要である。そういった意味において、世話の量（時間）より、むしろ質を重視すべきであるとの見解[114]は、乳児期を除いては妥当ではないかと考える。監護全部が一方の親に委譲されたケースは、上述の裁判例のうち、前掲【58】決定と前掲【17】決定であるが、前者は他のほとんどの判断基準からも問題があるということ、後者は、養育費不払いという事情が監護全部の委譲という決定に大きく作用したと思われる。つまり、本要素は、単独で共同監護廃止および一方の親への監護の全部委譲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（Kontinuität）

4）で取り上げた子の発達の促進は、子の発達に親がどのように関ってきたか、そして今後どのように関っていくことができるかを、客観的に判断する項目であった。これに加え、子の居住環境の継続性や、子がそれまでの生活の中で兄弟姉妹、祖父母などに対して感じている感情的結びつきも、判断の1つのメルクマールとなる。親の一方による監護が数年にわたって行われてきたケースで、他方の親に監護者を変更することは、多くの場合、子の負担になる。特に、幼児期（4～5歳）を過ぎると、慣れた生活条件の継続性への子の欲求は、より大きな意味を持つものとなると示す裁判例もある。そのくらいの年齢の子は、環境の変化の影響をより強く受けやすいというのである[115]。

それでは具体的な事案として、まず、フランクフルト上級地方裁判所2006年7月28日決定【65】[116]を見てみることとする。婚姻関係にない父母が、共同監護の意思表示を行ったうえでその息子（年齢は不明）とともに生活していたが、父母は2005年3月末から別居した。区裁判所は2005年4月19日の決定で、母に居所指定権を委譲した。これに対し、父から監護を自己に委譲するよう抗告がなされたのが本件であったが、抗告は棄却された。原審と結論を異にしなかった理由は、子の生活の中心が父母の別居以来、母の側に継続して存在するというところにあった。生活環境の継続性が1年4か月ほどの期間について認められたということが、この裁判例の注目すべき点であると思われる。

このように、単純に、父母の別居以来の親と子との生活期間の長さから、子の生活環境の継続性を検討する他に、子の感情的結びつきを見て、子の生活環境の継続性を判断する場合もある。親と

114）*Meckling*, a. a. O.（Fn. 19）, S. 502.
115）ハム上級地方裁判所1993年6月15日決定（FamRZ 1994, S.918ff.）【64】が採った見解であり、近年でも、前掲【62】決定等が引用している。
116）FamRZ 2008, S. 935.

子の感情的結びつきは、６）子の意思において表れるので後述する。それ以外には、兄弟姉妹との結びつき（Geschwisterbindung）が特に重視されている。

たとえば、ナウムブルク上級地方裁判所1999年４月１日決定【66】[117] を挙げることができる。区裁判所決定で、父母の別居後、年長の子（1990年出生）が父、年少の子（1994年出生）が母のもとで監護されることになった事案で、父が、年少の子についても監護を自己に委譲するよう求めた抗告が認容された。２人の子への意見聴取に基づく専門家の鑑定から、子の間の結びつきは緊密であることが確認された。また、子らに対する意見聴取において、年長の子は父に対する強い結びつきを感じていることが見受けられ、今後も父と暮らして行きたいと述べたのに対して、年少の子は父よりも母の方に特に強い結びつきがあるわけではないことが明らかとなった。よって、専門家は、年少の子の監護を変更することがその子の発達に影響を与えることはないとの心理鑑定を行った。そのため、年少の子の監護を行うことにつき、父母どちらにも同程度に適性が認められるとしつつ、兄弟姉妹の結びつきを決定的な根拠として父に２人の子の単独監護を委ねたのである。

ただ、このケースでは最後に、子らの発達のためには、寛容で自由度の高い面会交流を母に認めることが不可欠であると付されている。父母間の葛藤が高いことから共同監護は考えられないケースであったため、単独監護をどちらに委ねるかという問題にならざるをえなかった。そして、兄弟姉妹の結びつきを決定的な理由とするに足りる事情があったので、年少の子の監護も父へ委ねられた。しかしながら、母が親として不適格であるとする理由はなかった。ゆえに、前述のごとく母に広い面会交流を認めるよう諭すところに、子にとって共同監護に少しでも近い状況を作り出そうとする裁判官の配慮が表れているように思える。

また、前掲【61】決定は、1997年11月25日の区裁判所の判断で兄（1992年出生）については父に、妹（1994年出生）については母に監護が委譲されていたところ、父母双方が両方の子の監護委譲を求めて抗告した事案であった。まず、父母は兄妹の監護権の分離を望んでいないという意思が確認され、父母双方が兄妹の緊密な結びつきが存在するとの一致した陳述を行った。兄妹がこれまで通っていた幼稚園教諭も、兄が妹を幼稚園に慣れるよう助ける場面が見られるなど、兄妹関係は良好であると証言した。父の同棲相手も、意見聴取において、兄妹は絆を深めており、区裁判所の判断以来、別々に住んでいることを悲しんでいる様子であると述べた。少年局もまた、その報告において、兄妹は仲が良いため別離に反対との見解を示した。これらのことから、裁判所は、両親の離婚によって、子らはすでに大きな心理的負担を負っていることに加え、兄妹も別離させれば子の福祉にさらに不利益を及ぼすと判断した。他にも、兄弟姉妹の結びつきは、前掲【58】決定、ドレスデン上級地方裁判所2002年10月15日決定【67】[118] やミュンヘン上級地方裁判所2003年４月10日決定【68】[119] において考慮に入れられている。

117）FamRZ 2000, S. 1595.
118）FamRZ 2003, S. 1489f.
119）FamRZ 2003, S. 1493f.

それに対し、別居・離婚後の新しい家庭において、父や母の再婚（同棲）相手の連れ子である兄弟姉妹、あるいは、父や母とその再婚（同棲）相手との間に生まれた弟妹と問題なく暮らしていける可能性は、原則として監護帰属の判断基準にならない旨、ツェレ上級地方裁判所2004年３月12日決定【69】[120]が判示している[121]。これは、区裁判所で息子（６歳）の監護が母に委譲されたことに対し、父が主たる請求として監護の委譲、従たる請求として居所指定権の委譲または共同監護を求めた事案であった。息子は、1999年に父母が別居して以来、継続して母のもとで暮らしており、少年局の報告および区裁判所の裁判官が受けた印象では、母に問題なく養育され心身ともに健康であることが確認されている。これに対して、父は、息子が同棲相手の娘（５歳）や父と同棲相手の間に生まれた娘（１歳）と兄弟姉妹のように感じているように見受けられることを主張した。これまでの面会交流の際、度々交流しており新しい絆ができているというが、裁判所は、そのような関係は本来の兄弟姉妹の関係とは異なるものであるから、申立てまで行われてきた母による監護の継続性の方が重視されるべきと判断した。そして、父の抗告を認めなかったのである。前掲【48】決定でも、母とその新しいパートナーとの間に生まれた弟と子の結びつきは一定以上のものとは認められなかったので、特に重要な意味を持たないと判示されている。

結局、兄弟姉妹の結びつきに重きが置かれるのは、その間に強い血縁が存在するからではなく、父母がともに生活していたときから育んできた関係があるからであろう。中には、父母の別居・離婚をともに乗り越えてきたことで絆が深まっている場合もある。そのような意味で、父母の一方を同じくする兄弟姉妹、父母の再婚（同棲）相手の連れ子との結びつきとは異なってくると考えられる。上述の理由は、前掲【58】決定が、父母の別離後も、兄弟姉妹がともに暮らすことで共同性の継続の感情を持つことができ、家族崩壊の印象を和らげることができるため、兄弟姉妹の別離はできる限り避けられなければならないと判示したことからも、推測できる。

しかしながら、兄弟姉妹の結びつきが認められず、兄弟姉妹の監護や居所指定権が別々の親に委ねられることもある。これは、むしろ例外的な事例に位置づけられると言える[122]。たとえば、ツヴァイブリュッケン上級地方裁判所2000年８月17日決定【75】[123]が扱った、４歳半の子と10歳・14歳の子というように、年齢差がある場合や、ツェレ上級地方裁判所2007年６月４日決定【76】[124]で示されたような、息子は父と、娘は母と、特に親密な結びつきを有しているといった場合である。

また、親の一方が子とともに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。

120）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.）【70】においても、３つ子と、親の一方を同じくする姉との関係が良好であることは認められているものの、その結びつきは重視されていない。

121）ただ、ケルン上級地方裁判所2009年９月１日決定（4 UF 114/09, juris）【71】は、娘（４歳半）について、母を同じくする妹との間ですでに形成されている結びつきを、父の新しいパートナーの連れ子２人との結びつきに比し評価している。

122）ツェレ上級地方裁判所1991年６月25日判決（FamRZ 1992, S. 465f.）【72】は、旧1671条下で子の監護帰属の判断を求める裁判において、互いに愛着のある兄弟姉妹の別離は原則として避けられるべきで、十分説得力のある例外的な理由（triftige Ausnahmegründe）が認められた場合にのみ兄弟姉妹の別離が許されると判示していた。親子法改正後も、ブランデンブルク上級地方裁判所2003年４月30日決定（FamRZ 2003, S. 1953ff.）【73】、ブランデンブルク上級地方裁判所2008年４月４日決定（FamRZ 2008, S. 2054）【74】等、数々の裁判例がこれを引用している。

123）FamRZ 2001, S.184f.

124）FamRZ 2007, S.1838f.

しかも、この場合は、他方の親との定期的な、直接的面会交流を行うことも、それまでに比べて困難になる。そこで、親の一方が子とともに外国へ転居することは、他方の親の交流権の観点から避けられるべきかという問題も出てくる。これに関して、裁判所は多くの判断を下している。

この問題については、以前から学説上でも議論があり、大別して３通りの見解がある[125)]。第１に、広く転居を認める見解によれば、親の一方が子とともに外国へ転居することは、他方の親の交流権を考慮しても基本的には妨げられないという。第２に、中間説によれば、親としての適格性が比較されたうえで、転居の理由が考慮に入れられる。転居を希望している親の方が他方の親に比し親としての適格性が明らかに優れていると判断された場合は、交流権は「比較的弱い権利」として後退するものとされる。第３に、子を伴った外国への転居に疑問を抱く見解もある。

そのような中で、連邦憲法裁判所2003年８月20日決定【77】[126)]が、このうち中間説を採ったことが大きな注目を集めた。親は、基本法11条により保護される住居移転の自由を有するが、これは子の福祉に資する限りで認められるという制限を伴うと判示した。監護者には、転居につき、子と他方の親との従前の交流の保護よりも重い、十分説得力のある理由がなければならないという。それでは、十分説得力のある理由とは、どのような場合に認められるのであろうか。この点が大きなポイントとなるため、前掲【77】決定以降の裁判例に現れた具体例を見てみる。

ケルン上級地方裁判所2006年１月11日決定【78】[127)]は、仮命令において、バングラディシュへ職業のために転居する母に居所指定権を委譲している。十分説得力のある理由は、次の場合に認められると判示した。それまで子の日常的な世話を単独で行ってきた親が職業上の理由から転居する場合で、職業の今後を見据え、自身と子の経済状況の保障のために転居の決定するときである。とりわけ、子の同居親に対する結びつきが強く、外国においても子の精神的発達が保障されると考えられ、比して、他方の親のドイツでの経済的・社会的状況がおぼつかない場合に、同居親への監護委譲が認められると述べた。本件については、これまで子の世話は事実上、母が行ってきたこと、また、母がその職業を続けていくことで子が経済的に困窮することはないと思われるのに対し、父の経済状況には不安があると判断されたのである。

ケルン上級地方裁判所2006年１月18日決定【79】[128)]は、母が自身の故郷であるスロヴァキアへ子とともに転居することを希望している場合において、母に監護を委譲することは、父の交流権と相容れないことはないと述べ、母の監護委譲の申立てを認容した。ここでは、注目すべき理由（beachtenswerte Gründe）として、故郷の国へ転居することが挙げられている。父または母が故郷へ帰国する場合は、転居先にはその親（子にとっては祖父母）や親戚が近くに暮らしていることも少なくなく、一般に社会的つながりがあり、父や母自身が馴染みやすい。したがって、子が転居先で社会に溶け込めるという期待も、他の場合に比べて大きいと述べられている。

125）FamRZ 2008, S.936.
126）FamRZ 2003, S. 1731f.
127）FamRZ 2006, S. 1625.
128）FamRZ 2006, S. 1625f.

そして、ミュンヘン上級地方裁判所2008年５月９日決定【80】[129]は、上記【78】決定、【79】決定で示された理由の双方に鑑み審理し、故郷のペルーに子を連れて帰国する母への監護委譲を認めている。十分説得力のある理由として、本件については、以下のように判断している。別居以来、母が継続して日常的世話を行っており、かつ、次に掲げる事情から見て、母のペルーでの家族環境・経済状況は保障される。すなわち、２人の子（2003年出生、2005年出生）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、祖父母のいる拡大家族のもとで社会への適応が期待される。また、母の経済状況に関しては、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に比較すれば幾分安定したものとなる。対して父は、自営業を行っており現在は十分な収入があるにもかかわらず、2007年２月に別居して以来、困窮状態の母子に離婚後の扶養料・養育費を一切支払っていない。宿泊つき面会交流も行われてきたが、子の利益を第一に考えている様子が窺えなかった。これらを考慮した結果、母への監護委譲が決定された。つまり、本件では、父の社会的・経済的状況に特に問題はないけれども、親としての適格性に問題ありとされ、父の交流権が「比較的弱い権利」と評価されたのである。

なお、下級審裁判例のオッフェンブルク区裁判所2008年６月18日決定【81】[130]では、転居先が故郷であったり、職業上の理由があるわけではないが、パリに転居する母への監護委譲が認められている。このケースでは、もともと父母は婚姻関係になく、息子は母と同居し、父とは定期的な交流を持っていた（交流の際は、父方祖母宅にもよく滞在していた）。その後、父母は1626条a第１項に基づき共同監護の意思表示を行ったが、監護の形態は従前と変わらなかった。そこで、母は、息子を連れて恋人の住むパリに転居したいと考え、居所指定権を自己に委譲することを求めた。父は委譲に反対であった。

裁判所は以下の２点を決定的な理由として、母の申立てを認容した。１つ目は、意見聴取および専門家の鑑定の結果、母と息子がパリに転居しても、これまでの父子の交流の本質的な部分に制限は生じないことである。専門家の鑑定では、母の側に父と子との結びつきに対する十分な寛容性があり、子と父・父方祖母との交流を促進することが期待されると報告された。２つ目の理由として、これまでの父子の関係を挙げている。専門家の鑑定で、以前より、父と息子との交流はそれほど濃密ではなく、最低限のレベルのものであったと報告されている。息子は父を保護者や扶養者として見ているわけではなく、仲間（Kumpel）のように捉えており、過去の週末の交流ではむしろ、父方の祖母と多くの時間を過ごしていたことが指摘されている。

これらの理由から、母への居所指定権委譲が認められたが、最後に、母が転居しても父母は面会交流を取り決められる状況にあり、必ずしも量的に減らさなくてもよいとの裁判所の見解が示されている。パリは電車で行くことのできる距離にあることが指摘されている。

以上の裁判例とは反対に、転居に「十分説得力のある理由」が認定されなかった事例としては、

129）FamRZ 2008, S. 1774f.
130）FamRZ 2008, S. 2055.

たとえばコブレンツ上級地方裁判所2010年５月４日決定【82】[131]がある。故郷のイタリアに帰国する母が、監護の単独委譲を求めた。しかし、裁判所は母の転居につき、家族的あるいは経済的な説得力のある理由はなく、計画は真剣なものではないと判断した。むしろ、母は意見聴取で父との関わりは常にストレスでしかなく、イタリアへ「平穏」を求めて転居したいと述べており、転居は父と子との交流を困難にすることが目的との印象を持つとも述べた。

確かに、母のドイツでの生活状況を見ると、15歳のときにドイツへ来たためドイツ語を自由に操るのは難しく、意見聴取においても通訳を必要としている。職業も得ておらず、社会扶助を受けている状態ではある。しかしながら、イタリアの故郷の町には帰らず、全く家族的・文化的つながりのない地方へ転居したいと述べている。さらに、職業についても、漠然とした希望のみで、特にイタリアでの方が成功を期待できる職種とも思われない。一方、子（６歳）はドイツ語を流暢に話すことができ、ドイツでは、強い結びつきがある祖父母が近くに住んでいる。したがって、たとえ故郷の国であっても社会的つながりのある場所に帰るわけでもなく、職業に関して具体的な展望があるわけでもないので、子の利益に適う生活の基盤が転居先にないと結論づけたのである。

上で見てきたように、ひとくちに「子の生活環境の継続性」といっても、親との生活期間、兄弟姉妹との結びつき、過去の面会交流の経過、生活環境の変化への適応可能性というように、実に様々な角度から検討が加えられることがわかる。最後の部分で紹介した外国への転居事例の中には、居所指定権のみが一方の親に委譲されるケースもいくつか見られる。しかしながら、子の生活環境の継続性の要素が考慮に入れられた場合は、監護全部が委譲されることが圧倒的に多い。申立てまで共同監護であった場合について、生活環境の継続性を理由に共同監護維持にプラスの評価を加えることも理論上はありうる。しかし、ケルン上級地方裁判所2011年２月８日決定【83】[132]が「親としての監護（の一部）をいずれの親に委譲するかを決定する際には、継続性の原則が本質的に重要である」としているように、本要素はもっぱら監護（の一部）委譲の理由となっている。

６）子の意思（Wille des Kindes）

BGB1671条２項１号が定めるように、一方の親への監護委譲に他方の親が同意するときは、さらに14歳以上の子に対する意見聴取が行われ、委譲に反対していないか確認される。これに対して、1671条２項２号で定める場合、すなわち、共同監護の廃止及び申立人への委譲が子の福祉に最も適うと思われることを理由に認容されるべきときに、子の意思をどのように評価するかについては、裁判所は、前者と同じ14歳を基準にしているわけではない。

まず前提として、子の意思は、次の２重の意味を有すると説明されている[133]。①相対的な強い人的結びつき、②子が一定年齢に達した場合、自立へと向かう人格としての自己決定の２つである。

131）FamRZ 2010, S.1572ff.
132）FamRZ 2011, S.1153.
133）*Finger* in : Münchner, a. a. O.,（Fn. 35）, §1671, Rn. 13. ブランデンブルク上級地方裁判所2008年２月28日決定【84】（FamRZ 2008, S. 1471f.）等、これを引用する裁判例は多い。

①は客観的にも認められる、子の、ある者に対する結びつきであると思われる。②は、その意思表明が客観的に見て妥当と思われるか否かにかかわらず、子の自己決定を尊重するということを示していると考えられる。ただ、子の意思が尊重されるべき一定の年齢基準があるのかを見ても、ブランデンブルク上級地方裁判所2007年10月２日【85】[134]は10歳の子について、前掲【57】決定およびハム上級地方裁判所2004年５月10日決定【86】[135]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【87】[136]は16歳の子について、子が表明した意思の重要性を認めず、反対に前掲【51】決定は５歳の子について、前掲【58】決定は７歳の子について、前掲【79】決定は９歳弱の子について、シュレスヴィヒ上級地方裁判所2003年２月26日決定【88】[137]は10歳の子について、その意思を考慮に入れている。これらのことから、裁判所は、子の意思を年齢で区切って一律に扱っているわけではないことが明らかである[138]。低年齢の子の意思を尊重する例も少なくない。むしろ、子の意思の内容・形成過程を重視して、判断を行っているようである。以下において、その詳細を裁判例を通して垣間見てみることとする[139]。

まず、子の意思を尊重しなかったケースについてである。前掲【57】決定は、「３）他方の親と子との結びつきに対する寛容性」で述べたが、２人の娘を持つ父母が、離婚後、母は再婚し娘らと暮らし、父は同棲相手とその娘（９歳）と暮らしていた事案で、区裁判所にそれぞれが監護委譲を求める申立てを行い、区裁判所で父に監護が認められたことに対する母の抗告を扱ったものである。ここでは、13歳の娘が、父とともに暮らしたいと述べていたが、意見聴取の際に話す内容を事前に父と相談していたという事実が確認されたことや、母を非難した文書が内容から見ても言い回しから見ても、とても13歳の子が書いたものとは思えず、父の影響が見られるという２点を挙げ、子の意思に決定的な重要性がないと結論づけた。

また、前掲【85】決定では、裁判所は、母と暮らしたいという10歳の娘の意思は、父と子との結びつきに対する母の寛容性の欠如に基づくものであると判断した。専門家によれば、子の意思は継続的なものではなく、また、独立したものでもなかったために、子の真の意思と評価するには疑問があるとのことであった。つまり、娘の意思は「操作」されており、娘には拒絶している父との良い経験の記憶が薄れており、条件反射のような母への肩入れが見られ、それに対する「罪悪感」がないという、PAS（Parental Ailienation Syndrome）の症状が見られるとの鑑定結果であった[140]。裁判所はその鑑定結果から、娘の意思は尊重に値しないと結論づけ、娘の意思に反し、父に監護を委譲した。

134）15 UF 71/07, juris.
135）FamRZ 2005, S. 746.
136）FamRZ 2009, S. 434f.
137）FamRZ 2003, S.1494f.
138）一方、学説の中には、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ものがある（*Johannsen/Henrich/Jaeger*, Eherecht, 3. Aufl., 1998, §1671, Rz. 81）。この学説を持ち出した裁判例として、近年では前掲【70】決定およびブランデンブルク上級地方裁判所2009年12月10日決定【89】（FamRZ 2010, S. 662ff.）等がある。
139）*Meckling*, a. a. O.（Fn. 19）, S. 515においても、厳格な年齢の制限はなく、むしろ子の成熟状況に鑑み判断されると述べられている。
140）ベルリン上級地方裁判所2000年５月30日決定（FamRZ 2000, S. 1606f.）【90】、ベルリン上級地方裁判所2005年７月１日決定（FamRZ 2005, S. 1768ff.）【91】も、PASを理由に子の意思の重要性を認めていない。

このPASは、日本ではまだ広くは知られていない概念であるが、「片親疎外症候群」等と訳されている[141]。この症状は、他方の親と子との結びつきに対する寛容性のない親の不適切な行動により引き起こされるもので、現在、心理学的側面との協働のもとで分析がなされている[142]。別居・離婚において、親の一方が他方の親に対する誹謗中傷等を子に対して行うことによって、結果としてそれを受けた子が他方の親との関係性に障害をきたすものである。一方の親がマイナスイメージを洗脳することで、子は他方の親を自然と忌み嫌うようになり、場合によっては、子は自分も非難をしている親と同じ態度をとることで、その親との結びつきを保とうとすることもあるという。PASという概念は、アメリカのコロンビア大学の児童精神医学の診療教授であったRichard・A・Gardnerによって1985年に提唱されたものである。その背景には、親の一方に子の性的虐待のいわれのない罪をきせようとする事例がいくつか見られたことがある。ドイツでは1998年にKodjoeとKoeppelによってはじめて紹介され、以後、父母の別居・離婚における監護および交流権に関わる判断の多くに含まれてきた視点である。

前掲【87】決定は、PASの症状を認定したものではないが、16歳の子の意思は、忠誠葛藤により表明されたものであることを理由に、考慮すべきではないとしている。

では、次に子の意思が尊重された事例を見てみる。前掲【79】決定においては、スロヴァキアへ転居する母とともに暮らしたいと述べた９歳弱の息子の意思が尊重された。ここでは、まず第１段階として、「その年齢に鑑みれば、子の意思は、重要な意味を持つ」と評価している。次に第２段階として、子が母の故郷であるスロヴァキアでの暮らしに具体的に言及し、客観的にも理解できる理由とともに意思を表明したことから、子の意思が考慮に値する決定的なものと判断したのである。

前掲【88】決定は、区裁判所で専門家の鑑定によって子にPASの症状が認められ、居所指定権が母に委譲された事案に対する父の即時抗告を審理したものである。PAS理論は、学問上議論の余地があるものであり、しかも、第１審での専門家の鑑定は確実性が疑わしいと判断された。そして、子に対する再度の意見聴取から、子の意思は父の影響を受け表明されたものではないということを確認し、その他の判断基準に照らし、居所指定権を父に委譲した。ここでは、専門家の鑑定結果は、裁判所が絶対的に従うものではないということが示されていると言える。同時に、PAS理論も、その概念自体は広く浸透してきてはいるものの、裁判所の判断材料として定着するには至っていないということが読み取れる[143]。他にも、PAS理論について議論の余地があるとしたものとして前掲【91】決定がある。

その他、前掲【58】決定は、７歳の子の意思を尊重した例であるが、詳細は以下のようであった。意見聴取において、７歳の子は、基本的には双方の親に同程度の結びつきを持っていること、そし

141）佐々木健「ドイツ法における親子の交流と子の意思ーPAS（片親疎外症候群）と子の福祉の観点からー」立命館法学327・328号（2010）349頁。

142）以下のPASの概念・症状については、FamRZ 2005, S. 1769（前掲【91】決定文中の説明）、*Matthiessen*, a. a. O.（Fn. 34）, S. 179ff.および佐々木・前掲注103）303-304頁を参照。特に、PASと子の交流に焦点を当てた文献として、佐々木・前掲注141）347頁以下がある。

143）ドイツの家族法学者の多くも、PAS理論の採用に肯定的でないという。佐々木・前掲注141）367頁。

て再び両親が一緒に暮らしてほしいと望んでいることが確認できた。そのうえでどちらの親のもとで暮らしたいかと問えば、父のもとで暮らしたいという意思を表明した。このケースにおいては、子の発達の促進、子の生活環境の継続性の観点において父に優位が認められ、母に他方の親と子との結びつきに対する寛容性が欠けていた。これに加え、子の意思も考慮に入れられた理由としては、次のように述べられている。まず、子の精神状態が落ち着いていることが学校関係者への意見聴取から確認された。また、子が忠誠葛藤に陥っていないこと、子の両親への同程度の結びつきはポジティヴなものと確認できた。したがって、子が父とともに暮らしたいという意思は、尊重されなければならないということである。

さらに、今回あたった全裁判例で、子の意思が尊重されたものの中で最も低い年齢であったのは、前掲【51】決定の５歳であった。娘は、ほぼ２年間一緒に暮らしてきた母のもとにとどまりたいとはっきりと述べた。裁判所は、子の年齢に鑑みれば、通常その表明された意思は決定的な意味を持たないが、当該子は自己決定できる状況にあると判断している。

以上見てきたように、子の意思の取扱いに関しては、特にケース・バイ・ケースであり、裁判所も確固たる基準のもとに判断しているわけではない。その理由としては、まず、上述したように、PAS 理論というものが比較的新しく、その是非をめぐる判断が裁判官の裁量に任されていると言えることが挙げられる。そして、もう１つの理由は、子の意思そのものが不安定なケースが多々存在するからである。たとえば、前掲【56】決定では、娘（年齢は不明）が両親にほぼ同程度の結びつきを示し、本来の希望は父母が一緒に暮らしてほしいというものであったが、どちらかと言えば父と暮らしたいと述べた後、再度の意見聴取では逆に、母のもとで暮らし、父に定期的に訪れてほしいと述べたのである。年齢の低い子の場合は、とりわけ安定した意思を期待しがたい。そのため、子の意思について裁判所が判断を下す際には、１）～６）の要素の中でも最も慎重な判断が必要とされると言えよう。

（３） 交替モデル（Wechselmodell）

３．（２）で、1671条に基づく申立てをめぐる裁判例から、共同監護維持が可能と判断される場合とそうでない場合の裁判所の判断の根拠を探り、検討を加えた。ここでは、さらに、共同監護の一形態である交替モデルに焦点を絞って分析する。

一般に交替モデルとは、法的共同監護に加え、身上共同監護をも含む共同監護の形態を指す。身上共同監護が意味するのは、面会交流のレベルにとどまらず、子が居所を父母の間で定期的に交替することである。(Betreuungs-) Wechselmodell は Pendelmodell（振り子モデル）とも呼ばれる[144]。これに関して公表された裁判例は多くはないが、以下で、交替モデルが実施可能なのは、どのような父

144）これに対して、ドイツでは、法的監護のみを共同で行う（子の居所は定まった）形態を Eingliederungsmodell（組込みモデル）、Domizilmodell、Residenzmodell（居所モデル）と呼ぶことがある。*Matthiessen*, a. a. O. (Fn. 34), S. 231f. およびシュトゥットガルト上級地方裁判所2007年３月14日決定【92】中の説明（FamRZ 2007, S. 1266f.）参照。

母間においてかを見ていくこととする。

ミュンヘン上級地方裁判所アウグスブルク支部2006年９月27日決定【93】[145] は、父母の葛藤の潜在性が低いことが交替モデルの基本要件であると述べたうえで、本件については、父母が子の居所について合意できておらず、子の利益ではなく、むしろ自己の利益を念頭に置いて交替モデルをつくっているとして、母に居所指定権を委譲した。詳細は、次のような内容であった。６歳と15歳の子の父母は、2005年５月３日の取決めで、共同監護を廃止せず、交替モデルを約した。しかし、その後取決めが守られなくなったために、母が２人の子の居所指定権委譲を区裁判所に求めた。区裁判所2006年６月23日決定は、母の申立てを棄却したため、これに対して母が抗告したのが本件であった。抗告が認容されたのは、以下の理由からである。まず、少年局、区裁判所、上級地方裁判所とも、子の居所について父母間で一致するよう努力をしたが、結果が得られなかった。また、父母は互いに会うことをもはや望んでおらず、父は、意見聴取において、子の親として母と協力的でいることは偽りの態度であると述べた。よって、父母の葛藤の潜在性は低くないと判断された。一方、６歳の子は、交替モデルはくたびれるものであり、時には父のもとへ行くべきか母のもとへ行くべきかわからなくなることがあると言い、自分の正式な「家庭」というものはどこにもないと感じており、「常に何かを荷物に詰めなければならない状況」であると述べている。15歳の子は、母の居所から学校までは徒歩で通学できるのに対し、父の居所から学校までは10キロメートルも離れており、面倒だと感じている。これらのことから、２人の子は、平日と第２週目の週末は母のもとで過ごすことに同意していた。

本ケースのように、交替モデルは、子の負担になる場合も少なくない。より子の意思に耳を傾ける必要性が高まると思われる。また、交替モデルでは、親の一方に居所指定権が認められ、他方の親が子との定期的な交流を持ついわゆる法的共同監護の場合と比べ、父母が遠隔地に居住しているということの問題性は当然大きくなるのである。

さらに、コブレンツ上級地方裁判所2010年１月12日決定【94】[146] から、交替モデルの可否の判断にあたり子の生活環境の継続性に対し大きな配慮が払われることも読み取れる。本件ではもともと、父母間の取決めに従い、母と父がそれぞれ８：６の割合で子（2003年出生、2005年出生）に対し交替監護を行っていたが、母が交替監護の廃止と監護の単独委譲を求めるに至った。区裁判所では母の主張が退けられたが、抗告では認容された。その理由として、①父母の葛藤の潜在性が高く、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、②父の転居により父母それぞれの居所が遠くなったことで、子の負担も大きいこと、③母の家庭に、子にとって母を同じくする弟がおり、一方で父の家庭にもその同棲相手、同棲相手と前夫の間の子がいることが挙げられている。交替モデルにおいては、子はただでさえ父母間を振り子のように行き来し、それぞれの生活環境へ適応することが求められるのであるが、③のように父母双方が新しい家庭を築く過程にあると

145）FamRZ 2007, S. 753f.
146）FamRZ 2010, S. 738ff.

きは、さらなる適応能力を要する。本件においては、③も、交替モデルを不適切とする理由としてかなり重視されたと思われる。

前掲【92】決定は、結論として居所指定権を委譲している。4歳と6歳の子について、別居後、1週間を3日と4日に分けて交替モデルを実施していたが、金銭的な問題を含む交替モデルの内容について争いになり、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、1671条1項は、監護またはその一部の単独委譲のみを扱っているのであって、妥協解決策として交替モデルを命令することはできない旨判示した。すなわち、交替モデルは、父母が協議し意見の一致に努めた結果、実施しうるものであって、その具体的内容を裁判所が定めるものではないというのである。「1687条の規定には、立法者が、一方の親の家政への子の組入れ（＝居所指定権の委譲）を交替モデルに優先させていることが暗示されている」とも述べた。

なお、交替モデルにおいては、しばしば養育費の分担をめぐる紛争が発生するが[147]、これに関して連邦通常裁判所2007年2月28日判決【95】[148]は、父が約36%、母が約64%の割合で日常の監護を行っていると認められる場合、子の日常の世話の重点は明らかに母の側にあるため、母は扶養義務をそれによって果たしているとして、母には養育費の支払義務がない旨判示している[149]。

以上の裁判例とは異なり、ベルリン上級地方裁判所2006年2月21日決定【97】[150]は、交替モデルの廃止を認めていない[151]。父母間で合意のうえでの交替モデルがあり、これまで子の利益のために意思の一致に努めてきたため、父の監護委譲申立てが棄却された事例である。理由は、主に以下のものであった。1つ目は、月に10日、子が父のもとで暮らし、残りの日は母のもとで暮らすことに父母が合意しており、それが今まで守られてきたことである。2つ目は、子が交替モデルの変更を望んでいないことである。3つ目は、学校の休暇や祝日、誕生日の監護の分担についても、父、母、子の間で合意に達しており、また健康に関する問題については、大部分を母が引き受ける一方で、父は学校の問題について責任を持って対応することに決まっていることであった。以上3点から、裁判所は、父母は再度少年局等に相談するべきとの見解を示し、本件においては、子の利益における問題を取り除くのは、単独監護によって可能なのではなく共同監護の枠内で可能であると判示した。

交替モデルの一般的な長所と短所は、ドレスデン上級地方裁判所2004年6月3日決定【99】[152]中に示されている。これは、偶数の月は母のもとに、奇数の月は父のもとに子が居所を定めるという取決めの交替モデルが子の福祉に適うとされた事案である。まず、児童心理学の領域においては、交替モデルと子への影響について未だ十分な研究結果が提出されていないことを述べつつも[153]、交

147）FamRZ 2008, S. 934.
148）FamRZ 2007, S. 707ff.
149）交替モデルにおける養育費の支払義務につき争った他の事例として、ブランデンブルク上級地方裁判所2006年10月26日判決【96】（FamRZ 2007, S. 1354f.）等がある。
150）FamRZ 2006, S. 1626.
151）シュトゥットガルト上級地方裁判所2004年4月20日決定（FamRZ 2004, S.1397ff.）【98】も、交替モデルの実績が認められる場合であり、その廃止を認めていない。
152）FamRZ 2005, S. 125f.
153）発達心理学の領域において、現時点でも、交替モデルの子への影響に関する確立した研究結果は出されていない。*Klaus-Peter Horndasch*, Wechselmodell gegen den Willen von Eltern?, FuR 2011, S.595.

替モデルの長所と短所について現時点では、次のような議論がなされていることを示した。その長所については、①緊密な親子関係を維持することができること、②父母双方が子に対して引続き責任を負うこと、③単独監護の場合よりも、親の負担を一部軽くすることができることであるとし、一方で短所については、子が双方の親とコンタクトを持ち続けることは、子を父母の葛藤に巻き込むリスクがあることとしている。そして、交替モデルが認められる父母には、コミュニケーションを持つこと、場合によっては妥協も考えること、さらに子と他方の親との交流の際もコンタクトをとることができることが要求されるため、交替モデルは一概に良い解決策とも悪い解決策とも言えるものではなく、「一定の条件の下で機能する契約」と考えられるとしている。

そのうえで、本件については、以下のように述べている。子は父母の別居時からこれまでほぼ同程度それぞれの親とコンタクトをとってきたのであるし、それが子に悪影響を及していないということが、幼稚園や少年局、子への意見聴取から確認できた。つまり、子は交替モデルを「規則」として受け入れることができているとした。一方、父母についても、親としての適格性を疑うところはなく、双方が他方の親が子にとって重要であるということを認めており、交替モデルに必要とされる、他方の親と子との結びつきに対する特に高い寛容性があるとした。加えて、子の生活環境の継続性や、父の居所と母の居所、幼稚園等が近接した場所にあることを挙げ、交替モデルを認めた。

最後に、ツェレ上級地方裁判所2008年１月４日決定【100】[154]において取り扱われた「修正交替モデル」（modifiziertes Wechselmodell）に言及する。区裁判所の仮命令では、居所指定権のみが父に委譲され、同時に母に広い交流権（平日は６：30から14：30まで、および金曜日６：30から月曜日14：30までのうち14時間）が認められた。このように居所指定権が一方の親に委譲されても、同時に、他方にかなり幅広く、かつ柔軟な面会交流を認める形は「修正交替モデル」と位置づけられる。区裁判所の命令に対し、父は次のような理由から、抗告した。まだ２歳半の子にはそのような生活形態をとることは難しく、その必要性もない。教育スタイルが父母間で異なり、さらに父とともに暮らしている、父を同じくする兄も兄弟の別離を悲しんでいる、というのである。しかし、上級地方裁判所は、これまで６月から10月の５か月間にわたり子の利益に適う形式・方法において「修正交替モデル」を行ってきた実績から、区裁判所の仮命令を支持した。

以上で見てきたように、交替モデル継続の許否判断を行うにつき、両親の合意の有無に重きを置きその継続を否定する裁判例と、親の一方が交替モデルの廃止を望んでいても、これまでの実績や子の意思等に照らしてその継続を認める裁判例とがある。しかし、後者は例外的なケースである。近時では、ブランデンブルク上級地方裁判所2010年７月１日【101】[155]決定が、親の一方の意思に反し、裁判において交替モデルの実施が考慮に入れられることはないことを確認している。さらに、ドレスデン上級地方裁判所2011年３月14日決定【102】[156]も同様に述べており、これが基本的な考え

154）FamRZ 2008, S. 2053.
155）FamRZ 2011, S. 120.
156）ZKJ 7・2011, S. 256f.

方となっていると評価できよう。ただ、最後に述べた「修正交替モデル」継続に関しては、「交替モデル」継続に比すれば、両親の合意にかからしめる必要性は弱まるのではないかと思われる。

4．各判断基準のまとめとその位置づけ

3．（2）および（3）では、判断要素ごとに、親子法改正法施行後の13年にわたる1671条をめぐる裁判例を整理した。以下では、各要素がどのような優先順位で、いかに判断プロセスに関わっているのかを確認しつつ、全体的なまとめを行う。

まず、「1）父母の親としての適格性」は、先にも述べたように、第一に確認されるべき事項である。この点は、従来の単独監護制度の下で父母のいずれに監護を委譲するかを判断する際と変わりはないと言える。父母いずれかの適格性に大きな問題があると判断された場合は、その時点で共同監護という選択肢は消える。過去に子に対する虐待を行った場合が典型例である。対して、親の行状ならびに信仰については、あくまで子への影響・子の巻き込みがポイントとなってくる。また、金銭に関わる一般的な問題は、単独の共同監護廃止事由とはならない。ただ、養育費不払いは、単独で共同監護廃止事由にはならないものの、共同監護廃止に傾く強い要素と評価することができる。

「2）父母の協力」は、父母のいずれに監護を委ねるかの二者択一の結論を出す単独監護制度の下では問題とされなかった事項である。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、共同監護は子の福祉に適わないとの判断を受ける。

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に至らない場合については、①共同監護が廃止されるケースと、②1671条1項による監護の一部委譲あるいは1628条による決定権の委譲によって解決するケースがある。①と②のいずれのケースが多いということは管見の限り言い切れないと思われ、今回あたった裁判例でもほぼ同数であった。なお、監護の一部委譲を行う1671条1項と決定権委譲を行う1628条の対処には、一般に次のような相違があるとされている。前者によれば、子が成年に達するまで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になるが、後者によれば、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（「予防接種に関する決定権」、「国籍に関する決定権」等）を一方の親に委譲することとなるのである[157)]。また、1671条1項による監護の一部委譲の内容は、1つとは限らない。前掲【36】決定、前掲【37】決定のように、居所指定権と学校教育に関する決定権の2つを一方の親に委譲することも可能である。そして、②の場合の判断基準を見ると、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を具体的に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等、それまでの監護状況に

157）BT-Drucks.13/4899, S. 99. もっとも、1628条は、別居前の父母についても適用される条文である。

注目している。別居・離婚後、父母が子の養育に関わることができるか否かという二者択一の問題とせず、どの範囲についてであれば協力していけるのかに目を向ける監護の一部委譲という方法は、前向きであり注目すべき解決方法と言えるのではないだろうか。

そして、意見の一致に至らないことに対する「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およ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や、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。合意ができない、協力ができないと口で言うのはたやすい。そのことを客観的にも認めることができるかが重要な点である。その父母に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している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。そして、たとえ父母間のみでは意見の一致が難しいとしても、それまで調停人等、第三者の協力を得て話し合いを持ってきた実績はプラスに評価されることも明らかになった。

一方、父母が遠隔地に居住している場合は、管見の限り、居所指定権を一方の親に委譲しつつも法的共同監護は維持する判断がなされていた。しかも、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は、それが重視されるようである。

結局、父母の協力の観点から見て共同監護が廃止されるのは、①面会交流についての争いが長期にわたっていたり、子の目前で繰り返し激しい、時に暴力を伴う口論を行っている場合、②父母が互いに、あるいは一方が客観的に根拠のない疑いを持つに至っている等、父母の信頼関係の根本が揺らいでいる場合であるということが言える。なお、父母の一方に対する暴力がある場合を「２）父母の協力」において扱っているが、見方によっては、暴力を振るう親は、そもそも「１）親としての適格性」に問題があるように考えられるかもしれない。しかし、ドイツの裁判所は、子への直接的な暴力がない場合は、「父母の協力」の問題として扱っている[158)]。裏を返せば、子への間接的暴力（子がDVを目撃すること）は、親としての適格性の否定要素に含まれないこととなる。ただ、ドイツ民法1631条２項が、子が非暴力の養育を求める権利を有する旨規定し、ここにいう「暴力」には精神的侵害も含まれていることからすれば、むしろ親としての適格性の判断に含めるべき事柄とも思われる。この点は、日本では異論があるかもしれない。ただ、いずれにせよ、子に間接的暴力を及ぼすほど父母間の葛藤が高い場合には、前述のように共同監護が廃止されるので、実際上の問題はないであろう。

「３）他方の親と子との結びつきに対する寛容性」は、単独監護制度の下での監護者決定においても、監護者となった場合に他方の親と子との面会交流を認める寛容さがあるか否かを判断する際に使われていた要素であった。しかし、共同監護を行うには、基本的にこれが双方の親に認められなければならない点が大きな相違である。まず、面会交流を正当な理由なく拒絶し続けることは、監

158）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）【103】が「親の一方が他の一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、共同監護の存続が子の福祉に資さないときは、共同監護が廃止されなければならない」と判示していることが、そのことを端的に言い表している。

護全部の委譲までは必ずしも導かないが、少なくとも居所指定権委譲の理由となる。また、子に他方の親に対する拒絶感情を持たせようと悪口を言うまでに至らなくとも、再婚相手・新しいパートナーに子をなつかせようとそれらの者が「父」「母」であると教え込んだり、そう呼ばせたりする行為も問題とされることが明らかとなった。ただ、やや特殊な例ではあるが、前掲【28】決定の判断のように、他の点において共同監護が子にとってマイナスとなるとは考えられない場合に限り、父母双方に他方の親と子との結びつきに対する寛容性が見られないときに共同監護を敢えて命じる解決もなされている。このことは、共同監護は第一に子のためであるということを忘れないためにも頭の片隅に置いておくべきであろう。

「４）子の発達の促進の判断」においては、確かに子が乳児の場合は子を自身でどの程度面倒をみることができるかという時間的な面が重要であることは否めない。しかし、今日ではもともと共働きの父母も少なくなく、別居・離婚後に自立して生計を立てるために働きはじめる父または母もいる。そのことを考慮すれば、単に子と過ごす時間を多く持てるか否かという量的な観点のみから子の発達の促進という要素に対して評価を加えることには疑問を伴う。また、本要素のみに問題があるいう状況の下では、少なくとも法的共同監護の継続に問題はないと考えられる。そういった意味において、１）～６）の要素の中で、共同監護否定へと傾かせる力は最も小さいと言える。

「５）子の生活環境の継続性」において特に重視されていたのは、兄弟姉妹との結びつきであった。なお、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（同棲）相手の連れ子との結びつきは、通常、共同監護の判断に決定的な影響を及ぼさない。新しい家庭で子の生活環境を安定したものにすることも必要であるが、そうであるからといって父母の別居・離婚前の生活環境の継続性よりもそのことに重きが置かれるべきではないとする姿勢が窺えた。同居親の国外への子を伴う転居については、日本では地理的理由もあり、ドイツに比較すれば少ない事情と考えられる。しかし、近年、国際離婚の件数が増加傾向にあること[159)]、そして、2011年５月にハーグ条約加盟の政府の閣議了解がなされ、加盟に向けた国内法の整備が検討されている状況に鑑みれば、無視することはできない点であると思われる[160)]。全体的に見れば、本要素は、監護の全部委譲か一部委譲の理由となっており、申立てまで共同監護を行ってきた場合に、その共同監護下での生活環境の継続性が評価されて共同監護維持にプラスとなるという事例は「（３）交替監護」で取り上げた前掲【99】決定を除き、見受けられなかった。つまり、本要素は共同監護を否定する直接の、あるいは肉づけの材料とされている。

「６）子の意思」については、その尊重は、学説においては12歳が１つの目安となることが示されている。ただ、裁判例を見た場合、現在のところそのような学説は必ずしも当てはまらず、10歳以下の子についてその意思を尊重している事例も稀ではなかった。低年齢の子でも、父母双方と緊密

159）厚生労働省人口動態統計年報（平成22年）「夫妻の国籍別にみた離婚件数の年次推移」。
160）大谷美紀子「〈特集　親権をめぐる動向ー民法改正とハーグ条約加盟へのうごき〉別居・離婚に伴う子の親権・監護をめぐる実務上の課題」ジュリスト1430号（2011）19頁以下では、日本の現行法下でのインターナショナル・リロケーションとハーグ条約に関する考察がなされている。

な結びつきを有していることの確認を条件として、子の意思は尊重される。年齢にかかわらず、子の意思の独立性と継続性の双方が認められた場合に、はじめてその子の意思が尊重に値するということを、むしろ強調せねばならないであろう。したがって、「３）子と他方の親との結びつきに対する寛容性」に問題があることがわかった場合、子の意思は慎重に調査されなければならないこととなる。

最後に、（３）で取り扱った交替モデルに関しては、子の負担、父母の負担ともに大きく、子の適応能力や父母の高いレベルの協力、さらには父母が遠隔地に居住している場合は父母の経済力もある程度問われることになる。したがって、現在、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る。また、交替モデルの形態として、子、父、母それぞれが異なった居所を持ち、父と母が子の巣（居所）に交替で滞在する形の「子の巣モデル（Nestmodell）」もあるが、多くの場合長く続かないといわれている[161]。子を中心に据え、子の居所の移動の必要性がないことから、ある意味で理想的であるには違いないが、このモデルも金銭的・時間的コストが非常に大きく、交替モデルよりもさらに非現実的であるといわざるを得ない。

５．結び―わが国が取り組むべき方向性

（１） 共同監護をめぐる議論からの示唆

２．で欧米諸国の共同監護の形態について確認し、ドイツにおける離婚後の共同監護立法化までの道のり・立法化後の状況を見た。続いて３．および４．では、BGB1671条に基づく監護委譲の申立てを扱った裁判例の分析を行った。ここでは最後に、日本においては、離婚後の共同監護制度の導入について、これまでどのような先行研究がなされ、また、現在どのような議論がなされているのかを整理し、若干の考察を行う。

日本において、離婚後の共同監護に関する議論が見られるようになったのは、「１．はじめに」の部分でも紹介したように、1980年代のことである。この当時から、理念的な共同監護、解釈論上の共同監護の枠を超える鍵は何であるかを示唆するものが見受けられる。

佐藤隆夫教授は、1983年の文献において、「親である以上、離婚後も親の地位と親権者の地位は当然法理的に一体であるべ」きで、そのことが「子の幸福にとってなによりも大事なことであろうと考える」との立場を示されている[162]。そして、現実的視点からみて、協議離婚は廃止されえないという前提のもとに、一歩踏み込んで共同監護の手続を検討されている。①離婚届出書とは別に親権届出書を創設し、父母のいずれが子と同居するか、財産管理を行うか、養育費を負担するか、面会交流をどうするか等の民法の親権事項、その他、子の婚姻や就職の問題、そして養子縁組の同意事

161）*Matthiessen*, a. a. O.（Fn. 34）, S. 232.

162）佐藤隆夫「親権の本質（離婚後の共同親権）―現代家族法理への一提言」判時1078号（1983）13-15頁。同「離婚と親権の接点―共同親権論への一試論」法律のひろば39巻３号（1987）52頁以下においても、1983年の提案に若干の補足が付け加えられている。

項などについて記載する欄を設け、②単なる証人ではなく子の利益を代表する特別代理人（調停委員や社会福祉の関係者等の第三者）を選任し、その者の署名・捺印を届出のための要件とし、③離婚届出書に添えて、市町村役場に提出する、というものである。実務的には、その協議書の各項目が一定の様式で作成され、当事者がその項目に簡単に記載する（○印等）方式が望ましく、また、養育費については、父母の年収総額・養育費の月額の数字を記載する方式が望ましいのではないかと構想されている。佐藤教授の提案は、「その立法論上の詳細は、必ずしも明らかであるとは言えないが、多くの有益な示唆を含んでいるので、注目すべきである」とされている[163]。

また、石川稔教授は[164]、1984年の文献において、共同監護を支える社会的助力の必要性をすでに説かれている。共同監護が「諸刃の剣」の側面を持つことを指摘されつつ、「もし、わが国においても離婚父母が子の監護に協力している事例があり、かつまたそれが一定条件を備えた離婚父母には可能であるということが明らかにされるなら、子の監護にとって望ましい離婚父母の協力を法的に保障する制度が創設されることは有益であろう」との見解を示されている。そして、「この法制度を実際に運用できる法体制を整備していくことが、より重要である」としたうえで「この点で、わが国では家庭裁判所制度が確立し、家事調停における調停テクニークの蓄積もあり、かつまた、カウンセリングの専門家たりうる家庭裁判所調査官を擁しているのであるから……これを導入する下地は整っているのである」と述べられている。

これらの先行研究の延長線上に、今回比較対象としたドイツにおける離婚後の監護取決め（別居・離婚後の監護に関する契約）の雛形の紹介がなされていることが大変興味深い[165]。監護取決めは公証人の認証を受けたり、離婚手続において家裁の調書に記載する方法もあるという。この内容は、今後、佐藤教授の親権届出書の提案の中の必ずしも明確ではない部分を補うに足りる材料となるのではないかと考えられる。監護取決めでは、①子の居所、②面会交流（休暇を含む）、③重要な事項と日常生活に関する事柄の区別、④子の養育費、⑤養育費としては通常考慮されない追加費用、⑥紛争の処理方法、⑦監護取決めの変更への対応が挙げられている。ただ、この雛形は民間団体「ひとり親の父・母の連盟（Verband alleinerziehender Mütter und Väter）」によって示されているものであり、現在では他にも雛形が見受けられ、実務上、様々な議論もあるようである。監護取決めの具体化を図るには、それらも見て、取決めをめぐって生じる問題とその調整方法まで見据える必要がある。特に、共同監護の場合の養育費の取決めは、重要かつ複雑な課題であると思われる。この点に対する探究は、今後の研究課題の１つとしたい。

一方で、統計的数値から、離婚後も非同居親と子との継続的な接触が保たれているケースについて、次のような指摘を行うものがある[166]。「調停や訴訟に至ったケースでは、親権者の指定や子の監

163）丹羽崇之「アメリカ法における離婚後の共同監護ーカリフォルニア州を中心としてー」西南学院大学大学院法学研究論集６号（1988）38-41頁。
164）石川稔「ジョイント・カストディと家族の自律性」判例タイムズ511号（1984）６-８頁。
165）片山英一郎「ドイツにおける離婚の際の子を巡る問題と監護取り決め」『21世紀の家族と法ー小野幸二教授古稀記念論集』（2007）609-612頁。
166）日弁連法務研究財団編・前掲注７）31-32頁。

護を巡って極めて深刻に争われる事案が多いが、一方、協議離婚の場合など、離婚後も非監護親と子どもとの継続的な接触が持たれ、円満な関係が続いているケースもあるものと推測されている。この点についての直接の調査結果はないが、面接交渉の頻度についてのいくつかの調査が参考になる」というのである。

具体的には、①厚生省（当時）人口動態社会経済面調査報告「離婚家庭の子ども」（1997年）、②家庭問題情報センター（FPIC）三菱財団女性研究実行グループの調査（1995年～1997年）、③東京家庭裁判所で子の氏の変更事件の当事者からの調査結果（1986）を取り上げている。その３つの調査結果から、「こうした子どもと非監護親との頻繁な交流が持たれている事案では、子どもを巡る父母の葛藤は高くはなく、離婚後も父母が協力的に子どもに関わっているものと推測されうる。離婚する夫婦が常に高い葛藤を抱え、深刻な紛争に至るわけではなく、円満に協議が成立する場合があり得ることを考えれば、離婚後の父母による子どもとの協力的な関わりが存在したとしても不思議ではない」との分析がなされている。そして、父母の子への関わり方や程度はそれぞれであり、その形態は多様であろうが、離婚後も、父母ともに子に関わりを持ち、分担しながら養育を行っている現実のケースの存在を示唆していると述べられている。

ただ、これらの調査結果は、あくまで面会交流が円滑に行われている場合があることを示すにとどまる。面会交流は、共同監護と異なり、一方の親が他方の親と緊密な連絡をとることを必ずしも要しない。そのため、面会交流が円滑に進んでいる場合は、確かに共同監護も円滑に実施できる可能性が高いとは言えるものの、共同監護が行われうることへの確かな裏付けにはならないことには注意しなければならない。

以上のように、先行研究では、離婚後も共同監護が可能な父母も潜在的には存在する可能性が指摘され、それを想定した場合の取決め事項の検討が主に行われてきた。実際、ドイツを例にとれば、別居後の父母の約80％が、何らかの形で監護取決めを行っているというのであるから[167)]、そのことからも、これについての検討は大きな意味を持つと考えられる。協議離婚が離婚の大部分を占める日本においては、おそらく見落とすことのできない検討事項である。

（２）共同監護の形態

３.（２）の判例分析からは、ドイツでは共同監護廃止の申立てがなされた場合でも、身上共同監護は不可能であっても法的共同監護は存続しうるとの判断が行われることが多いということがわかった。交替モデルは、３.（３）で見たように、複数の条件が整わないと厳しいようである。また、２.（１）で述べたように、アメリカやイギリスでも、随分前から共同監護を認めているといっても、結局は現在でも、法的共同監護が主流である。

日本における離婚後の共同監護が語られる際には、論者がどのような共同監護を思い描いている

167）FamRZ 2005, S. 1209. 2002年の連邦家族省（BMFSFJ）の調査による。

のかが必ずしも明らかではない場合も多い。ひとくちに共同監護といっても様々な形態が考えられる。それに関しては、本稿のドイツの裁判例分析という限られた視点から見た結果としてではあるが、当面は法的共同監護を想定し、積み重ねられてきた先行研究をさらに深めていくべきであると考える。日本では特に、完全な身上共同監護（交替監護）までも求めるのは難しいであろう。そこで以下では、父母が協議して共同で決定すべき「子にとって重大な意味を持つ事項」と同居親が単独で決定可能な「日常生活に関する事項」に踏み込む。法的共同監護の際に、これらの区分が１つの大きな問題となるからである。

【表３】で、仮に日本における離婚後の法的共同監護を想定した場合の、父母の共同決定事項と同居親の単独決定事項の大枠を示す。ドイツの学説[168]やこれまで見てきた裁判例の状況を参考にしたものであるが、日本とドイツでは事情や感覚の異なる事柄も多いため、日本の状況に引き寄せて作成している。比較的考え方が収斂すると思われる項目もあるが、身分事項や健康問題等、判断の難しい部分も残されている。それゆえ、あくまで概観的な一例を示すにとどまる。

【表３】　父母共同決定事項と同居親の単独決定事項

項目	父母共同決定事項	同居親の単独決定事項
身分事項	15歳未満の子の代諾養子縁組の同意（民法797条１項）、職業許可（民法823条）、国籍選択、国外への居所指定	国内での居所指定
健康	手術の同意（緊急を要する場合を除く）、重大な病気の治療法の選択、生命維持装置の取外し、臓器移植・献体の同意、輸血の可否、リスクが高い遺伝病の告知、癌の告知	重大でない病気（風邪等）の場合の医者の選択、一般的な予防接種、日常の健康管理
学校	学校の選択（公立か私立か、あるいは全寮制かなど）の選択、学部学科の選択、転校	欠席の判断・連絡
食事	菜食主義	日常の栄養管理
宗教	宗教の選択	礼拝への参加
財産管理	財産管理の基本計画	預金の際の銀行の選択、少額の金銭の贈与、小遣いの額
交流	面会交流の取決め、他方の親の親戚との交流（祖父母等）	隣人・友人との交際
教育方針	体罰教育の可否	帰宅時間、就寝時間

このように項目を挙げていくと、境界の曖昧さも浮かび上がる。たとえば、健康の問題について見れば、何をもって「重大な病気」と判断するのかについて問題をはらむ。子の場合は特に、はじめは軽い風邪のようであっても、重大な病気につながる場合がある。また、それまで想定されていなかった予防接種が出てきた場合、その副作用の危険性は必ずしも明らかではない（ドイツの裁判

168）*Schwab*, a a. O.（Fn. 42）, S. 469. また、この点につきドイツの学説の紹介がある半田吉信「ドイツの離婚後夫婦の共同監護」『現代社会における家族法をめぐる諸問題』千葉大学社会文化科学研究科研究プロジェクト報告書第117集（2006）23-25頁も参考とした。

例でも、フランクフルト上級地方裁判所2010年６月７日決定【104】[169]が、当時新型として出てきた豚インフルエンザの予防接種は、日常生活に関する事項であることを確認している)。結局、細かな点に関し争いが生じた場合は、裁判所の判断を仰がざるをえない[170]。

なお、１．で述べたように、現行民法においても、766条の解釈によれば、親権者と監護者を分けることは可能である。しかし、この場合には、未成年者の財産に関わる財産管理や法律行為について代理・同意する法的監護が親権者に、子を懲戒し居所を指定する身上監護が監護者に付与されることになる[171]。そのため、法的監護を双方の親が共同で有することを前提とするならば、「解釈論としての共同監護」ではなく、「立法論としての共同監護」という角度から検討する必要が生じることとなる。

これに関しては、ここ数年、条文の文言をいかに改正するか、どのような内容の新たな規定を置く必要があるかという点に踏み込んだ立法案が続けて提示されている。共同監護の立法論には、婚外子の共同監護や親権制限の問題が連動するが、ここでは紙幅の関係上、離婚後の父母共同監護に関わる部分に焦点を当て、簡単にその骨子を紹介するにとどまる[172]。

水野紀子教授の案は[173]、まず前提として、親権帰属と親権行使を区別しない。そして、①婚外子と離婚後の子について父母共同親権を認めること、②共同親権者間の親権行使を調整する手段をつくること、③不適切な親権行使の制約・監督を拡大すること、という３本柱を立てられた。そして、②について、「離婚に至った父母が協力して日常的な養育を行えることは、日本では例外的であろうから、共同親権を継続させるとしても、必ずしも頻繁な接触を意味すべきではないであろう」とされ、「進学の決定など重要な決定には、別居親にも発言権を残」すべきとの考えを示されている。そして、親権行使について不一致の場合には裁判所が決めるとし、検討の余地を残されつつ「裁判所の判断が、決定権限を両親のいずれかに定めることを超えて、態様全体について決定できる」とする案を出されている。そして、場合によっては、裁判所の介入の仕方として、重要な決定と日常的な事務の決定について、区別した規制手法を用いることは考えられると述べられている。

これに対して、許末恵教授の案[174]および犬伏由子教授の案[175]では、親権帰属と親権行使を区別する立場がとられている。そして、親権の帰属レベルでは、父母共同親権の原則をとるものとされ、また、この原則について、父母の婚姻関係の有無による区別を設けないものとなっている。両教授は、親権の行使に関しては、親権の内容（権利義務）に応じて考える必要があると主張される。日

169) FamRZ 2011, S. 47f.
170) 日本の協議離婚制度のもとでの共同監護導入を考えた場合、父母間に意見の相違が生じたときに裁判に訴える者が多くなるということも想定されている点である。山口亮子「離婚後の共同親権の可能性」『家族の法と地平―三木妙子・磯野誠一・石川稔先生献呈論文集』(2009) 91-92頁。
171) 棚村・前掲注11) 129頁。
172) この３案に対する考察としては、山口亮子「〈特集〉家族法改正研究会第２回シンポジウム Ⅳ共同親権・面会交流」戸籍時報673号 (2011) 21頁-27頁、梶村太市「家族法の改正をめぐる諸問題」戸籍時報675号 (2011) 42-51頁がある。
173) 水野紀子「〈特集〉家族法改正―婚姻・親子法を中心に」ジュリスト1384号 (2009) 58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]〔前掲注８)〕。
174) 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〔前掲注８)〕。
175) 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〔前掲注８)〕。

常的事項は実際に子の世話をする親による単独行使を認め、重要事項については、父母の共同行使とする立場である。そして、共同親権者間の親権単独行使・共同行使をめぐる紛争解決については、家庭裁判所の調停により父母の合意が得られるように働きかける仕組みや、それが功を奏しなかった場合に家庭裁判所の判断に委ねる手続を整備する必要があると述べられている。許教授は、「家庭裁判所は、自ら判断することも、父母の一方に判断を委ねることもあろう」とされ、犬伏教授は、適切に判断しうる父母の一方に決定権を与える旨の改正案を提示されている。

他方で、共同親権の立法化には、危惧を示す否定的な見解もある。梶村太市教授は[176]、「離婚後は、原則やはり単独親権にして、ただ、子どもの利益になることが明らかな場合、あるいは父母双方が同意した場合、この２つの場合は、協議に代わる処分として共同親権、共同監護を認める」ことは考えられるが、それ以外は、共同親権、共同監護は強制すべきでないと述べられている。立法化が実現すればそれですべてがうまくいくのではなく、子の利益の実現のため、社会的支援を抜本的に充実化することの必要性を説かれている。日本における離婚後の監護に関する国民の意識は簡単に変わる、あるいは変えられるものではないと思われ、危惧を示す見解から学ぶべきことは多い。

本稿では、ドイツにおける共同監護の付与基準を中心に考察した。未だ考察の足りない点や検討すべき視角が残されているため、共同監護を離婚後も自動的に継続させるか、共同監護を選択肢とするかの検討や上記のような改正案提示には及ばないが、日本における離婚後の共同監護を考えるにあたっては、まず法的共同監護を想定すべきであるとの示唆を得た。一方、身上監護の共同性については、面会交流によってそのケースごとに対応を行っていくことが可能であり、かつ、それが望ましい形なのではないかと考えられる。その方がむしろ、面会交流が明文化されることになったばかりであり、面会交流の円滑化へ向けた研究・実践が現在進められつつあるという日本の状況を考慮すると、身上共同監護をも含めた「最も理想的な」離婚後の共同監護の形の実現を目指すよりも、幾分か現実的なのではないだろうか。もっとも、法的共同監護を適切に行うには、それに見合ったレベルの、子と非同居親の間の交流が不可欠となってくると考えられる。非同居親と子との交流のない、中身なき空洞化した法的共同監護では、単に父母による子の取込みを助長させるのみであり、意味を失う。法的共同監護の素地となる面会交流の保障が先決問題であり、当面の課題である。そこで今後は、共同監護・面会交流をめぐる裁判官の判断を外側から支える専門家の体制、そして、前述の監護取決めを含め、当事者である父母、子に手を差し伸べる社会的支援のあり方に視野を広げ、子の福祉に適う共同監護・面会交流への具体的道筋を探っていくこととしたい。

（完）

【2011年11月30日脱稿】

〔付記〕　本稿は、平成21年度 EU インスティテュート関西（EUIJ 関西）研究調査旅行助成および平成23年度科学研究費補助金（特別研究員奨励費：課題番号11J03851）による研究成果の一部である。

176）梶村・前掲注172）。