



Title	ドイツにおける離婚後の共同配慮の基本構造
Author(s)	稲垣, 朋子
Citation	国際公共政策研究. 2015, 19(2), p. 17-36
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/55425
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

ドイツにおける離婚後の共同配慮の基本構造

The Basic Structure of Joint Custody after Divorce in Germany

稲垣朋子 *

Tomoko INAGAKI *

Abstract

This paper examines the issue of joint custody after separation/divorce. Joint custody was provided for by Article 1671 of the German Civil Code in 1997. I have investigated the actual situation of joint custody and its support in Germany. Visitation and the right of parents to information about the child are also considered in relation to joint custody. Finally, taking into account the results of the study, this paper goes on to consider what is needed to introducing joint custody to Japan.

キーワード：共同配慮、面会交流、情報提供請求権、ドイツ法

Keywords：joint custody, visitation, the right of parents to information about the child, German law

* 三重大学人文学部講師

本稿は、法務省が財団法人比較法研究センターに委託した調査研究業務「各国の離婚後の親権制度に関する調査研究」（平成26年12月）につき、筆者が担当したドイツに関する報告の一部に加筆・修正したものである。

目次

- 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歳の女性千人あたり）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、婚外子は34.5%に上る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件であった⁷⁾。離婚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⁸⁾。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⁹⁾。離婚に至るまでの平均婚姻期間は14年6か月で、こちらも年を追うごとに少しずつ長期化している¹⁰⁾。そして、離婚までの法定別居期間別にみると¹¹⁾、1年間の別居を経た離婚が147,910件（82.6%）であり、次いで3年間の別居後27,664

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.

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

9) 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。

10) Statistisches Bundesamt, a. a. O. (Fn. 8).

11) 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

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¹²⁾。また、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は、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%）、ともに外国人が7,120件（25.3%）という状況である¹³⁾。

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¹⁴⁾。

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¹⁵⁾。

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。」（BGB旧1626条。以下、特に断りがない場合はすべてBGBの条文とする。）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¹⁶⁾。当時は、親権は婚姻夫婦から生まれた子のための制度であり、婚外子

される。

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

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

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

15) 村上淳一＝守矢健一／ハンスベーター・マルチュケ・前掲注14）55-56頁。

16) 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年）187-189頁、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年）136-143頁、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＝水野紀子編『比較家族法研究』（商事法務、2012年）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、

はその対象ではなかった。また、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。

（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にはなかった。

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、旧1671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）¹⁷⁾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

2014年）120-126頁を参照した。

17) 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。

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¹⁸⁾。また、反対の意見表明をすることはできるが(2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¹⁹⁾。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²⁰⁾。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すべ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。」²¹⁾のである(同2文)。

(4) 婚外子に対する配慮権

さらに、1997年法では、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、母が親権者であるとされた。当時は、父は嫡出宣告²²⁾また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。

18) BT-Drucks. 13/4899, S. 64.

19) BT-Drucks. 13/4899, S. 99.

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

21) 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(2011年)602頁[渡邊泰彦]。

22) 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。

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および旧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と判示された²³⁾。

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²⁴⁾。そこでは、1626条a第1項で、従来の1号および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うる事由を挙げず、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すべて裁判によるものとされ（1564条）、区裁判所の特別部の1つである家庭裁判所²⁵⁾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ならび、取り決めたかどうかを、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統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年から2011年までの間

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

24) 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（2014年）249-215頁に詳しい。

25) 家庭裁判所は、前記の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。

で平均して94%という数字が出ている²⁶⁾。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ではなく、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²⁷⁾。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点、必ずしもそうとはいえない事実も指摘されている²⁸⁾。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という。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²⁹⁾。

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³⁰⁾。

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3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

26) 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.

27) Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Familiengerichte 2012, Wiesbaden, 2014, S. 50.

28) Doris Früh-Nauman, a. a. O. (Fn. 26), S. 207. 以下の例は、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。

29) Doris Früh-Nauman, a. a. O. (Fn. 26), S. 207.

30) 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.

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³¹⁾。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³²⁾。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）の離婚後の共同配慮の実態のところ述べてような、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³³⁾。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步一步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；SGBⅧ）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1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適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、家庭裁判所手続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。

では、これに対して、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

31) Gerda Simons, a. a. O. (Fn. 30), S. 134.

32) 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 Verghe (Hrsg.): Beratung für Scheidungsfamilien—Das neue Kindschaftsrecht und professionelles Handeln, Beltz Juventa Verlag, Weinheim und München 2000, S. 46ff.

33) Gerda Simons, a. a. O. (Fn. 30), S. 136.

る場合、親としての配慮およ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、別々にまたは共に参加すること、およ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、情報を引き継いだうえ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³⁴⁾。

IV 裁判所による共同配慮への介入

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また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2項2号）にのみ申立てが認められるのであるが、ここにいう「子の福祉」の意味するところは何であろうか。以下ではこの点について、（１）～（６）のメルクマールに分け、裁判例から掘り下げる。本稿では、紙幅の関係上、それぞれの要点のみを簡潔に記述する³⁵⁾。

（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³⁶⁾。

34) Gerda Simons, a. a. O. (Fn. 30), S.137.

35) ここでは、重要な裁判例や比較的近時の裁判例を中心に再整理しているが、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（2011年）243-264頁、同16巻2号（2012年）135-163頁、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年）。

36) 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、同旨の裁判例が蓄積している。

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も指摘されている。なかには、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スさえある³⁷⁾。

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³⁸⁾。

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。(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、前掲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。

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

38) 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.

a) 配慮権の一部委譲または決定権の委譲

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b) でみるように完全な共同配慮が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³⁹⁾。

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」⁴⁰⁾。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⁴¹⁾。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⁴²⁾）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⁴³⁾。

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⁴⁴⁾。いずれにせよ、別居・離婚後、父

39) 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。

40) ドイツ家族法研究会編・前掲注23）650頁〔右近健男〕。

41) ドイツ家族法研究会編・前掲注23）640頁〔右近健男〕。

42) *Mallory Völker/Monika Clausius(Hrsg.)*, a. a. O. (Fn. 38), S. 75f.

43) BT-Drucks. 13/4899, S. 99, *Mallory Völker/Monika Clausius(Hrsg.)*, a. a. O. (Fn. 38), S. 138.

44) *Sima Kretzschmar/Melanie Sander*, Der Anwalt im Sorgerechts- und Umgangsverfahren, in: *Reinhard Prenzlow (Hrsg.)*, Handbuch Elterliche Sorge und Umgang. Pädagogische, psychologische und rechtliche Aspekte, Bundesanzeiger Verlag, Köln 2013, S.75.

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。

b) 父母の協力の意味—単独配慮または居所指定権の委譲の場合

前記a)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。ドメスティック・バイオレンス（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、共同配慮廃止およ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で執行猶予つきの16か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。

一方、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⁴⁵⁾。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⁴⁶⁾。

(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。

たとえば、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適う」と述べ、居所指定権およ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.

45) 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。

46) 前掲注45) 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。

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」であると教え込んだり、そう呼ばせたりする行為も問題視される⁴⁷⁾。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⁴⁸⁾、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 (FamRZ 2008, S. 935) 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面を評価した。他方、父は親時間 (育児休暇)⁴⁹⁾ 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。

47) 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.)。

48) 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年) 303-304頁。

49) 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。

継続性を判断するにあたっては、単純に期間のみならず⁵⁰⁾、感情的結びつきも考慮される。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⁵¹⁾。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。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うえ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⁵²⁾。

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うえで、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適う限りで認められ、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⁵³⁾、転居が職業上の都合であったり⁵⁴⁾、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⁵⁵⁾。

全体をみると、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⁵⁶⁾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2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う評価するかについては、特に定めがない。

50) 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か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）、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。

51) 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.）。

52) FamRZ 2008, S. 936.

53) 「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. 38), S. 127ff.参照。

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

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

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

学説においては12歳が1つの目安になるという見解があるが⁵⁷⁾、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⁵⁸⁾。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）およ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、また、ハ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。

他方で、特に前述の③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。たとえば、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, 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）付添い交流⁵⁹⁾

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⁶⁰⁾。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

57) *Johannsen/Henrich/Jaeger*, *Eherecht*, 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りるものではないとする。

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

59) 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（2013年）47-64頁。

60) 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（2011年）138頁〔遠藤隆幸〕。

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⁶¹⁾。このドイツ基準では、付添い交流は3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監督つき交流 (beaufsichtigter Umgang) となっている。

①援助つき交流は⁶²⁾、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みられる場合、あるいは監督つ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。たとえば、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か月で、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のが想定されている。

次に、②狭義の付添い交流は⁶³⁾、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。たとえば両親間に協力体制がみられない場合、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か月であり、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監督つき交流は⁶⁴⁾、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。たとえば、交流権者に精神的障害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か月以上にわたり、事案の性質上、日程調整から相談業務、付添いのすべてを専門職員が行う必要があるとされている。

制度としては監督つき交流が注目されるかもしれないが、実施は稀であり⁶⁵⁾、②狭義の付添い交流が3形態の中での実施割合が最も高い形態である⁶⁶⁾。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または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。

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

62) Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen, und Jugend (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 61), S. 21f., 122f.

63) Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen, und Jugend (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 61), S. 22f., 122f.

64) Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen, und Jugend (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 61), S. 22f., 122f.

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

66) Mechthild Gödde, in: W. E. Fthenakis (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 65), S. 136.

（２）情報提供請求権⁶⁷⁾

前記の付添い交流は、親子間の直接的交流に関する支援であるが、このほか、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。」⁶⁸⁾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。

情報提供請求権の行使については、交流権が排除また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ならんで行使することも可能である。当然、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⁶⁹⁾。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。たとえば、子の情報を得ることにより同居親の養育状況を監視し、何らかの欠点をみつけて配慮権変更や居所指定権委譲の手続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、予防健診の記

67) 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については、*Mallory Völker/Monika Clausius(Hrsg.)*, a. a. O. (Fn. 38), S. 236-240を参照した。

68) ドイツ家族法研究会編・前掲注60) 146頁〔遠藤隆幸〕。

69) *Thomas Rauscher*, Das Umgangsrecht im Kindschaftsrechtsreformgesetz, FamRZ 1998, S. 339.

録のコピーや病院での診察記録の提示⁷⁰⁾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、たと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に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⁷¹⁾。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か月に1度～半年に1度⁷²⁾、それ以外は年に1度の報告で十分であるとされる⁷³⁾。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⁷⁴⁾。

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、Ⅴ(1)(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)」⁷⁵⁾である。奇数月と偶数月に分けるもの、1週間毎、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さまざまある。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)」⁷⁶⁾よりはるかに少ない⁷⁷⁾。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⁷⁸⁾。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

70) 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.)。

71) ナウムブルク上級地方裁判所1999年11月24日決定 (FamRZ 2001, S. 513f.)、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. 1585ff.)。

72) ハム上級地方裁判所2009年11月17日決定 (FamRZ 2010, S. 909ff.)、前掲注70) 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.)。

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

74) 前掲注70) ザールブリュッケン上級地方裁判所2013年9月25日決定。

75) Pendelmodell (振り子モデル) とも呼ばれる。

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

77) Mallory Völker/Monika Clausius (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 38), S. 139.

78) Mallory Völker/Monika Clausius (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 38), S. 139.

むケースも稀ではない⁷⁹⁾。

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う場合も多々あるが、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 (FamRZ 2006, S. 1626) 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 (FamRZ 2010, S. 738ff.) では、父母の取決めに従い、母と父が8:6の割合で子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 (FamRZ 2007, S. 1266f.) 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、配慮権また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、実施しようということである。

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目立っている⁸⁰⁾。

79) Mallory Völker/Monika Clausius(Hrsg.), a. a. O. (Fn. 38), S. 139.

80) 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.) など。

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1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、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点、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うえで、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った部分は、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、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踏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、それを踏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時よりすでに動き出し、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。