

# ドイツにおける家事事件手続等の改革について

## —子の奪い合いに対する取り組みに関連して—

佐藤 千恵

### 目次

- I はじめに
- II 子の奪い合いを事後に解決する施策
  - 1 本案処理に関する改革
  - 2 執行に関する改革
  - 3 小 括
- III 子の奪い合いを事前に予防する施策
  - 1 監護取決めに関する改革
  - 2 第三者支援に関する改革
  - 3 小 括
- IV 子の奪い合いに対する今改革の意義
  - 1 事後救済の側面
  - 2 事前予防の側面
  - 3 小 括
- V おわりに

### I はじめに

このたびドイツで、非訟事件手続法（以下、「F G G」という）が全面改正され<sup>(1)</sup>、新たに「家事事件および非訟事件手続に関する法律（家事事件等手続法）<sup>(2)</sup>」（以下、「F a m F G」という）が制定された<sup>(3)</sup>。この法律は、2008年12月に成立し、2009年9月1日から施行されている。

私は、さきに父母間の子の奪い合いに対するドイツ法の取り組みについて、日本法への示唆を得るべく検討したことがあるが<sup>(4)</sup>、今回の改正は、この問題に関しても、少なからず影響を及ぼすものと考えられる。改正前には、子の奪い合いを解決するために手続面でF G

G規定が重要な役割を担っていたからである。

それらのF G G規定の一部は、1998年施行の親子関係法改正法<sup>(5)</sup>による改正の際に挿入された規定であった。婚姻破綻した父母の一方が他方のもとから子を奪取することなどによって生じる子の奪い合いは、子に大きな精神的被害をもたらす。親子関係法改正法は、そのような父母間の争いに巻き込まれ、不利益を被る子の立場に配慮し、子の地位を強化することを1つの目的としていた。F G G規定は、そうした子の地位向上を手続面から支える役割を担ってきたのである。

今回の改正は、のちにみるように、その方向性を変更するものではない。むしろその確立・推進を指向するもので、従来の姿勢の延長線上に位置するものといえる。父母の婚姻破綻時においても、子の不利益を回避し、子の健全な成長を実現するという要請に、今回の改正は、一定の範囲で歩を進めて応える改革であったように思われる。

子が、一個人として尊重されなければならない存在であることは、世界的に広く承認されている（児童権利条約前文、ドイツ連邦共和国基本法（以下、「G G」という）2条、日本国憲法13条など）。それにもかかわらず、夫婦間の危機的状況下では、子的人格軽視が顕著に現れる。こうした事情は、ドイツも日本も同様である。そのような状況の中で、子の地位を向上させていくためには、子に対する国や社会の支援体制が不可欠である。今回の改正は、そうした支援体制をさらに拡充する方向を目指すものといっていよい。

本稿は、こうした観点から、日本の課題を念頭におきながら、子の奪い合いを解決する場面で、今回の改正が具体的にどのような改革を加えており、それが実際にいかなる効果を生じるのかについて考察しようとするものである。なお、子の奪い合いを解決する施策としては、①子の奪い合いが発生した後に、子の最善の利益に適う環境を確保する方法（事後救済的方法）と、②子の奪い合いが発生する前に、その原因を除去する方法（事前予防的方法）とが考えられる。両者は、具体的場面では相互に関連しうるが、本稿では便宜的に分けて扱うこととしたい。

## II 子の奪い合いを事後に解決する施策

事後救済的方法は、多くの場合、司法手続による救済となるであろう。そこでは、①子の最善の利益に配慮して、引渡請求の認否を判断する本案処理段階と、②そうした本案手続後に（引渡請求が認容された場合に）子の引渡を強制的に実現する執行段階とが、問題となる。

### 1 本案処理に関する改革

本案処理段階では、手続的に迅速かつ適切な処理が要請されるものとされている<sup>(6)</sup>。子の奪い合いによって生じる子の不利益を軽減し、子の健全な成長を保障しようとするれば、当然に生じる要請である。

裁判が長期に及べば、あらためて子は一緒に生活している奪取親との安定した心理的親子関係を構築してしまう。子の引渡請求が最終的に認容され、子を元の場所に戻す場合には、そうした奪取親との関係が破壊され、子はふたたび精神的ダメージを被る。こうした二次的

被害を防ぐためには、司法手続が迅速に行われなければならない（以下、「迅速性の要請」という）。

また、子は安定した親子関係のなかで成育するのが望ましく、いたずらにこの面で環境が変化することは、精神的発達からみて好ましくない。そのため、司法的判断の動揺により子が双方の親のもとをさまよう結果となる司法手続はできるだけ避けなければならない。裁判所においては、あとでくつがえらない一回的で終局的結論となる適切な判断が当初よりなされる必要がある（以下、「適切性の要請」という）。今回の改革について検討する場合も、この視点は重要であろう。

#### (1) 子の引渡に関する本案手続の概要

今回の改革においても、本案処理の基本的構造は変更を加えられていない。ドイツにおいては、従来から、子の引渡請求権が子に対する監護（Sorge）とくに身上監護（Personensorge）に含まれるものとして、民法（以下、「BGB」という）1632条に明記されている。子を奪取された親は、奪取した相手方に対する子の引渡請求を家庭裁判所（以下、「裁判所」という）に申し立てることができる。

子の引渡請求が認容されるためには、相手方が「違法」に（widerrechtlich）子を引き渡さない状態にあることが要件となる（BGB1632条1項）。これは、結局のところ、相手方のもとに子がいる状態が子の福祉に反するか否かが判断基準とされる<sup>(7)</sup>。なお、相手方が、子に対する監護権または身上監護の一部である居所指定権（Aufenthaltsbestimmungsrecht）を有せず、子の引渡を求める親が単独監護権等を有している場合には、違法性が事実上推定される<sup>(8)</sup>。この場合、一方の親へ監護権等を委任する（übertragen）決定を通して、その状態がすでに子の福祉に適合しているものと、裁判所の判断によって一応裏付けられているからである（BGB1671条<sup>(9)</sup>）。こうした運用も、今回の改革によっては変わらないものと思われる。

他方、子の引渡に関する手続は、その根拠法規が変わることとなった。従前はFamFGに基づく非訟事件手続によるものとされていた。だが、今回の改正で、子の引渡に関する事件は親子関係事件に属し、FamFGに基づく家事事件手続によるものとされた（FamFG111条2号、151条3号）。ただ、手続の実質的内容については基本的に違いはなく、旧法と同様に、子の福祉に関する調査事項等については職権探知主義が採用されている（FamFG26条）。手続上の段階的処理方法についても、大枠は異ならない。当事者から司法救済が求められても、裁判所は、まず第1に、原則として子の引渡について父母らによる合意形成を促す（FamFG156条1項）。この合意形成が困難なときに初めて、第2として、裁判所みずからが子の引渡請求の認否を判断する。事情に精通している父母らが調整を行ったうえで形成される合意は、裁判所による決定より当事者には納得しやすい内容となり、長期的に遵守されやすいとの考え方に基づく処理方針である<sup>(10)</sup>。親子関係法改正法の基本構想に基づくものである。

このように、今回の改正によっても、基本的構造は変更されていない。ただ、本案処理の迅速性と適切性を促進するための改正をいくらか加えているので、これを次にみておきたい。

#### (2) 迅速な本案処理の促進

(a) 従来の迅速性に対する配慮 ドイツでは、従来から、子の引渡請求事件が迅速に処理されるために、さまざまな配慮がなされてきた。その1つとして、手続進行の迅速性を求める明文規定が置かれていた点が挙げられる（旧F G G 52条1項<sup>(11)</sup>）。

この規定は、手続上、聴取される子の負担を軽減するため、司法手続から子が早期に解放されるよう、親子関係法改正法により挿入された規定である。同条1項にいう「子の身上に関する手続」の適用領域には、子の引渡に関する手続も含まれると解されていた<sup>(12)</sup>。規定そのものは、子をめぐる争い一般に関する要請を定めたものであるが、当然、子の奪い合いにおける迅速性の要請をも包含するものといえる。

だが、迅速性を求める同条1項は、法文が抽象的にすぎ<sup>(13)</sup>、実務上、十分に基準として機能していなかったのも事実である<sup>(14)</sup>。

(b) 新法による迅速性の強化 今回の改正では、まず、この子の引渡の問題について、迅速性の要請が働くことが明確化されている<sup>(15)</sup>。迅速性の要請の対象となることが法により明示されたのである。

今回の改正においても、旧F G G 52条1項に代わり、F a m F G 155条<sup>(16)</sup>によって、手続進行の迅速性が求められている。ただ、今回の改正では、さらに、迅速性の要請の対象となる適用領域に「子の引渡」に関する手続が含まれることが明文をもって示された。従前どおりの解釈が支持されることを明確にし、従来の実務に明文の根拠を与えて確定、確立させたものと解される。

(ア) 審理開始期限の目標設定 さらに、F a m F G 155条2項2文では、「審理期日は、申立てにより手続の開始後、遅くとも1ヶ月内に開かれる」とされ、具体的な基準値を定めている。こうした数値目標は、旧法にはなかったもので、できるだけ早めに期日を設定することで、時間の経過により親たちの紛争をエスカレートさせることを防ぎ、手続の長期化を回避するためだとされる<sup>(17)</sup>。従前のF G G 52条1項の規定を、迅速性を加速させる方向でさらに発展させたものと解されている<sup>(18)</sup>。これまで、大都市の裁判所では、職員の不足などから、最初の期日までに3か月以上経過することもしばしばであったという<sup>(19)</sup>。迅速な処理について地域差も生じていたのである。こうした状態は、今後改善されることが期待される。新規定によって、当事者の申立てがあってから、1ヶ月以内に聴取が実施されることになる。

ただ、今回の改正前から、申立て後、14日以内に期日を定めることを理想とするモデル<sup>(20)</sup>が提示され、それに沿う運用も広くなされてきたようである。そのことからすると、F a m F G 155条2項2文の「1ヶ月内」は、一定の迅速な処理に向けての最低ラインを示したものとも考えられる。今回の改正は、いわば「底上げ」により手続遅延の改善に寄与することを目指すものであったといえよう。

(イ) 仮命令の早期発付 最初に設定された期日において父母間で合意に達しないときは、仮命令（*einstweilige Anordnung*）の発付により、迅速な処理を実現する道も明示的に設けられた（F a m F G 156条3項）。父母らの合意による調整が試みられる場合、適切な解決を実現しやすいが、調整のために長期間を必要とすることも多い。そのため、手続の遅れが避けられず、子の福祉に有害な状況をもたらすことがある<sup>(21)</sup>。奪取親との心理的結びつきを強めるなどの動かしがたい既成事実が作り出されることも考えられる<sup>(22)</sup>。これを阻止する必

要があることから、子の引渡などを早期に仮に命ずる制度が設けられたのである<sup>(23)</sup>。なお、仮命令の発付にさきだち、子を聴取しなければならないこととされている(同項3文)。子は、最初の審理期日には出席しないため<sup>(24)</sup>、事情を知らせる必要があるうえ、子の利益や希望(Wunsch)を十分に顧慮する機会にもなるからである<sup>(25)</sup>。

このような仮命令の早期発付に関する規定も、旧法には存しなかったものである。もちろん、従来から迅速な処理を実現するために、仮命令は活用されていた<sup>(26)</sup>。だが、今回の改正は、そうした運用をより円滑に行うために明確な根拠を提供した。F a m F G 155条2項2文と連動することによって、裁判所のより素早い対応が期待できるであろう。

(c) **迅速性の限界** このように、今回の改正は迅速性を促進するものではあるが、その限界も自覚されているようである。F a m F G 155条の定める手続の迅速性の要求は、条文の文言を墨守する形式では取り扱われるべきではないとされている<sup>(27)(28)</sup>。子の引渡に関する手続においても、適切性の要請から、親の再婚などによる事情の変更が生じたときなどは、慎重に時間をかけて調査がなされなければならない場合がある。そのような必要が手続進行の迅速化に制限を加える場合があることが認められているのである<sup>(29)</sup>。

具体的には、たとえばF a m F G 155条2項2文の「1ヶ月内」という基準値を超えうる例外的な場合も考えられている。期日前に詳細な調査が求められる場合などには、1ヶ月を越えることも許されるといわれているのである<sup>(30)</sup>。

こうして、迅速な手続進行に向けた今回の改正ではあるが、適切性の要請からの制約を受ける。改正後も、迅速な処理を実現することは容易ではないのである。

### (3) 適切な本案処理の促進

(a) **従来の適切性に対する配慮** すでに触れたように、従来から、子の引渡請求が申し立てられても、裁判所は、まず父母らの調整に基づく合意形成によって適切な解決を導こうとしてきた(旧F G G 52条1項1文)。だが、それが困難なときは、裁判所みずからが適切な終局的解決を見出さなければならない。適切な結論を導くためには、子の福祉に関する慎重な調査が必要となる。

子の引渡が子の福祉に適合するか否かを判断する要素には、子の意思も含まれる<sup>(31)</sup>。児童権利条約12条においては、子に影響を及ぼす事項について子の意見表明権が保障されている。子の引渡請求の認否が、子の今後の成育環境に重大な影響を及ぼす事柄であることはいうまでもない。この点を考慮したうえで、ドイツにおいては、従来より、さまざまな角度から適切性の充足が図られてきた。

少年相談所(Jugendamt)は、少年援助のための独立した行政機関であり、教育的・社会的視点から、子や家族の専門的な調査・診断を行う機関である。そうした家族支援を行う少年相談所からの報告(旧F G G 49a条)によって、裁判所は、子の置かれている家庭の状況、父母らとの結びつきの程度等の情報を得られた<sup>(32)</sup>。また、子の聴取(旧F G G 50b条)によって、子の意思などを聴きだすことができるとともに、子より直接受ける印象からも多くの情報が得られた<sup>(33)</sup>。さらに、子に対する手続補佐を行う手続世話人(Verfahrenspfleger)による子の代弁(旧F G G 50条<sup>(34)</sup>)によって、子の視点から主張されるべき子の意向を適切に把握することができた。

特に、この手続世話人による手続補佐制度は、子の意見表明権に由来する制度<sup>(35)</sup>として注目されてきた。司法手続において、子の権利主体性を確保するため、親子関係法改正法により導入されたものであった<sup>(36)</sup>。子は、その未熟さのために、自己の意思をうまく伝達できない場合がある。手続世話人は、そうした子の意思の代弁者として、子の意見表明を援助し、裁判所による適切な判断を導く役割を担ってきたのである。

実際に、手続世話人による補佐制度は、利用件数が年々増加していた<sup>(37)</sup>。連邦全体で、手続世話人の選任は、2001年には5,483人であったが、2005年には8,762人に上っている<sup>(38)</sup>。手続世話人制度は、一定の成果をもたらしていたものと思われる。

(b) 新法による適切性の強化 (ア) 裁判上の和解制度の導入 さきに述べたように、当事者が裁判所に司法救済を求めてきたとしても、まずは、子の引渡に関して、父母らによる合意形成が促される。新法では、この制度の有用性を高めるため、その結果として合意が成立した場合には、この合意に基づく調整を裁判所の承認によって裁判上の和解（*gerichtlich gebilligter Vergleich*）とみなすことができる制度が導入された（F a m F G 156条2項）。

こうした和解は、裁判所の決定と同様に執行名義となるものである（F a m F G 86条1項2号）。当事者の合意は、その効果を強化され、裁判所による決定の代替として機能するわけである。以前から、親子の面接交流（*Umgang*）に関しては、父母間で合意が成立したときは、子の福祉に反するものでない限り、和解として記録されていた（旧F G G 52a条4項）。今回の改正は、これを元にしたものである。立法の最終段階において、「子の引渡」に関する合意についても和解とみなす旨が挿入された<sup>(39)</sup>。子の引渡も関係人間で任意に処理しうるものであるから、和解の対象になりうるとされたのである<sup>(40)</sup>。こうした扱いにより、子の返還か否かというだけの硬直的な決定ではなく、子との面接交流のあり方も絡めた、父母らの合意による柔軟な事態の解決も可能となるものと思われる。これは、父母がともに納得する解決という点で、その円満さにおいて子の福祉に適するものである。

なお、裁判所の関与は、適切な内容の合意であることを担保する。裁判所は成立した合意を和解として承認する前に、その内容が子の福祉に反しないかどうかを調査することとされている<sup>(41)</sup>。また、和解としての承認には、子の同意も必要であり、場合によっては、少年相談所や次に述べる手続付添人（手続世話人の後身）の同意も必要とされている<sup>(42)</sup>。そのため、その合意内容が不適切なものとなる可能性は、極めて少ない。

こうして、この取扱いの導入は、適切性の要請をいっそう充足させる改革だといえよう。

(イ) 子に対する手続補佐制度の整備 今回の改正において、手続世話人による補佐制度も改められ、子に対する手続補佐制度が整備された。手続世話人は、手続付添人（*Verfahrensbeistand*）と名称を改められ（F a m F G 158条<sup>(43)</sup>）、これまで不明瞭であった点について、規定が補充され整備された<sup>(44)(45)</sup>。子の奪い合いとの関係では、手続付添人の選任事由の拡張およびその任務の範囲の明確化が具体的な変更点といえる。

(i) 必要的選任の拡張 子を補佐する者の選任に関しては、従前より、任意的選任事由（旧F G G 50条1項）と必要的選任事由（同条2項1号ないし3号）とがあった。そのうち、子の引渡に関する事件などは、任意的選任事由に該当するとされていた<sup>(46)</sup>。手続世話人の選任を「することができる」とする任意的選任事由の場合には、字義どおりなら、裁判所

の広い裁量が認められる。実際には、子の身上に関する手続においては、原則として手続世話人の選任が必要であるとの見解が支配的であった<sup>(47)</sup>。しかし、文言どおりに解釈され、本来は手続世話人が必要である場面で選任がなされない危険性も厳密には残っていた。

今回の改正では、このような危険を払拭すべく、手続付添人の選任を原則化している。F a m F G 158条1項では、子の身上に関わる親子関係事件において、子の利益実現のために必要であるときは、裁判所が手続付添人を選任「しなければならない」と規定したのである。これは、旧F G G 50条1項のもとで、裁判所による選任を事実上義務づけてきた従来の支配的見解を確認し、その運用を確定して、付添人の選任を推進する改正である<sup>(48)</sup>。これにより、親による監護や子の居所に関する手続においても、手続付添人が原則として選任されることが確立された。

また、子の引渡に関する手続においては、付添人の選任が必要であることが明確にされた。必要的選任事由は、これまで極めて限定されていたが、今回の改正で拡大されたのである。子の引渡に関する手続も、新たに必要的選任事由に加えられた (F a m F G 158条2項4号)<sup>(49)(50)</sup>。これにより、子の引渡に関する手続においては、手続付添人がより確実に選任されることが保障されることとなった。

これらの改正は、実務による運用に沿うものであり、その点では大きな改革とはいえない。だが、子に対して手続的な付添支援を保障する補佐制度が充実した点で、手続上の子の地位の強化に役立つ改正であったといえる。

(ii) 任務の明確化 これまで、旧F G G 50条は、手続世話人の任務についてほとんど触れていなかった。これに対して、F a m F G 158条は新たに、明確に手続付添人の任務を定めた。今回の改正では、任務として、①手続的な子の利益の実現 (F a m F G 158条4項1文)、②子に対する情報の提供 (同項2文) が明示されている。さらに、裁判所からの委任があるときは、③親らとの対話 (Gespräche) や合意調整への協力 (同項3文) も行うことができることが明らかになった。

このうち、①と②は、実務上は、改正前から当然の任務として、多くのケースで行われていたものである。①の任務に含まれるものとして、以前から通常行われていた子の聴取時の同伴<sup>(51)</sup>も明文化された<sup>(52)</sup> (F a m F G 159条4項3文)。非日常的な雰囲気の中であっても、手続付添人の同席により、子が萎縮することなく、自己の心中を打ち明けることが期待されているのである<sup>(53)</sup>。手続付添人の同伴により、子の意向が結論に正確に反映される可能性は高い。この改正も、実務に沿う形で、手続付添人の同伴を法律上明確に保障した点に特徴がある。

ただ、今回の立法過程の中で、①には、子の主観的利益 (子の意思) のほか、さらに、子の客観的利益も含めなければならないことが明確にされた<sup>(54)</sup>。手続付添人は、代理人とは異なり自己の名で活動する者であるから、子の福祉という中心概念に基づいて、子よりも広い視野から陳述しなければならないとされている<sup>(55)</sup>。場合によっては、気がかりな点について、申告しなければならないとされている<sup>(56)</sup>。子の発言が、たとえば一方の親による誘導に基づくおそれなどもあるからであろう。

また、②は、①と表裏の関係にある任務と位置づけられた<sup>(57)</sup>。年齢に応じて理解しうる情

報を伝えられるならば、子は、自己の立場を適切に認識し、その利益を守りやすくなるからであるとされる<sup>(58)</sup>。なお、情報を伝達するにあたっては、一件記録の閲覧等を行う必要があるとされている<sup>(59)</sup>。

こうして、これまで行われてきた任務についても、今回の改正を通して、その内容はいっそう明確になったといえる。

なお、裁判所による明示的な任務の委任という条件の下で、③の任務が今回の改正で追加された。場合により、手続付添人は、親たちや他の関係人と対話することができ、また、審判対象に関する合意形成に協力しうることが明確になった。

連邦政府草案の段階では、この任務拡張は任意とされ、裁判所の委任は不要とされていた<sup>(60)</sup>。だが、本来の任務の範囲を越えており、手続付添人としての役割を混乱させるとして、連邦参議院から反対があった<sup>(61)</sup>。この意見が支持を得て、最終的には、裁判所による明確な委任が必要となった<sup>(62)</sup>。委任の決定には、理由を付すことも必要とされている<sup>(63)</sup>。

たしかに、このような任務は、子に対する手続支援・補佐の域を越えており、本来の任務とは異なる<sup>(64)</sup>。だが、子の奪い合いを解決するための関係調整のうえでは重要なことがありうるものと思われる。手続付添人が、親との対話をきっかけに、子に関する情報をいっそう得ることも可能となる。また、合意調整にあたり、手続付添人が参加することは、調整の場で親たちに子の真意を理解してもらい機会にもなろう。裁判所による判断ないし親たちの合意に、子の意向が反映されやすくなり、より適切な結論に導かれやすくなると考えられる。今回の改正は、そうした付添人の活動に明確な根拠を提供するものである。

もっとも、③の任務も、すでに実務では行われていたとの指摘がある。現場においては、事情により、調停員のような紛争調整的な役割を求められることもあったとされる<sup>(65)</sup>。ただ、手続付添人の任務が、そのように親の利害と密接に関わる紛争調整的・仲介的な役割にまで安易に拡張されると、付添人が、本来の子の立場での支援活動に専念できないおそれがある。この点では、今回の改正は、そのような手続付添人の本来の役割に配慮し、裁判所による委任を要件とすることによって、むやみな任務拡大に歯止めをかけたという側面もあることになろう。

(c) 適切性の限界 このように、今回の改正では、適切性の要請に応えようとする方向性は維持されており、さらにこれを推進する変更となっている。しかし、迅速性の要請にも同時に応えることは、困難に思われる。

裁判上の和解制度を活用するためには、一定の時間を必要とする。まず、父母らによる子の引渡に関する合意が成立しなければならない。このとき、親子の面接交流をも取り込んだ総合的な解決を望めば、子の立場に配慮しつつ父母の要望にも考慮した調整が必要である。合意の成立までに、それなりの時間を要するであろう。さらに、裁判所に和解として認められるためには、合意内容に関して、改めて子の福祉に関する調査がなされる。最終的に和解と認められるまでには、相応の時間がかかるものと推測される。解決の迅速性をも同時に追求すれば、この制度は利用しづらいものになると思われる。

また、すでに見たように、F a m F G 155条 2 項によれば、1 ヶ月内に最初の審理期日が開かれるべきものとされているが、そのような時間的制約は、これをむやみに遵守しようと



すれば、適切な解決を実現するために大きな障害となる危惧もある。たとえば、少年相談所が期日前に十分な調査を行えないことが考えられるとされる<sup>(66)</sup>。手続付添人が第1回期日前に選任されたとしても<sup>(67)</sup>、子とじっくり接触した丹念な調査を最初の期日までに十分行えない場合も生じてこよう。子の置かれている複雑な状況を踏まえつつ、子との面談などから、その心底に迫るためには、手続付添人の資質にもよるが、ある程度の時間は必要である。迅速性の要請にも考慮しつつ、子の福祉に関する丁寧な調査を行うには限界がある。

今回の改正によっても、適切性の要請に全面的に応えることは容易ではないであろう。

## 2 執行に関する改革

執行段階においては、一般に、手続的に子の人格を尊重しつつ確実に執行することが要求される<sup>(68)</sup>。子の健全な成長に配慮する必要性から要請されるものである。

執行の対象は、子の引渡である。その人格に配慮した執行方法を用いなければならない(以下、「人格尊重の要請」という)。また、折角の司法判断も実現されなければ、司法に救済を求めた意味がない。できるだけ確実な執行方法が用意される必要がある(以下、「確実性の要請」という)。今回の改革について検討する場合も、執行の関係では、やはりこれらの視点が重要であろう。

### (1) 子の引渡に関する執行手続の概要

今回の改革では、子の引渡に関する執行手続についても、細かな変更点はあるが、その構造が大幅に変更されたわけではない。

ドイツにおいては、従来から、子の引渡を命じられた引渡義務者が自発的に履行しない場合、これを強制的に実現させる執行手続が確立されている。執行手続に適用される法規は、今回の改正により、F G GからF a m F Gに変わったが、内容面では根本的な違いはない。子の所在、違反行為の有責性など、執行に向けた事実確認についても、従来どおり職権探知主義が採用されている(F a m F G 26条)。

(a) 従来の執行方法 今回の改正前は、F G G 33条に基づき、主に3つの執行方法が用意されていた。①金銭の賦課により間接的に子の引渡を強制する強制賦課金(Zwangsgeld)(1項1文)、②子の引渡義務者を拘禁することにより、間接的に子の引渡を強制する強制拘禁(Zwangshaft)(同項2文)、③実力行使により、直接、子の引渡を強制的に実現する実力強制の適用(Gewaltanwendung)(同条2項)、の各方法である。子の人格を尊重しつつ確実な執行を実現するために、これらの執行方法が段階的に用いられていた。まずは子へのダメージの少ない①または②の方法が試みられ、それでも引渡が履行されない場合に、最後の手段として実効性の高い③の直接強制の方法が用いられるのが原則とされてきたのである<sup>(69)</sup>。

執行前には、事前の警告(Androhung)がなされていた。この警告自体が、将来に向けた義務の履行を促す間接強制的な効果を有していた。そのため、警告を経て間接強制がなされる場合、「二段階の間接強制」がなされていた。

(b) 新法における執行方法 今回の改正において、間接強制の方法に改革が加えられた。①および②の方法が廃止され、これに代えて、秩序賦課金(Ordnungsgeld)および秩序拘

禁（Ordnungshaft）の方法が新設された（F a m F G 89条）。ただ、子の奪い合いの場面における間接強制の方法としては、その効果に根本的な違いはないように思われる。

新たな間接強制は、引渡義務者がその義務を履行しないという違反行為の結果、課されるものである。そのため、これらの新手段は、従前と異なり、将来の義務履行を強制する性格だけでなく、過去の不履行に対する制裁的な性格をも併有する<sup>(70)</sup>。このような改革は、たしかに、定期的な親子の面接交流のための子の引渡の場面で、一定の効果をもたらすであろう。そうした引渡義務は、特定の日時または一定の期間内に履行されなければ、時の経過によって消滅してしまう債務である<sup>(71)</sup>。不履行があっても、将来の履行に向けて強制手段を課す意味が失われてしまう。このような場合に、間接強制の効果を保持するためには、過去の違反行為に対する制裁手段でもある秩序手段が有効なのである<sup>(72)</sup>。だが、こうした秩序手段（Ordnungsmittel）の新設が、子の奪い合いの際に、子の引渡の執行に関して、その実効性を以前より高めるとは思われない。奪取された子の引渡をなす債務は、日時等を問わず履行されるまで存続する債務であるから、将来の履行を促す従前の強制手段によっても、目的を達成しうるのである。子の奪い合いの場面において子の引渡義務を履行させる場合には、秩序手段が、従前の強制手段以上の効果を上げるというものではないであろう。

また、執行前になされていた事前の警告は、F a m F G 89条 2 項により、執行手続の迅速化のために廃止された<sup>(73)</sup>。だが、その代わりに、引渡義務者には、引渡を命じる決定において、違反行為に対しては秩序手段が課されうることについても教示がなされることとなった（F a m F G 89条 2 項）。結局、この点でも、今回の改正によっては、いわば警告時期が本案段階の終結時に前倒しされただけであり、実質的な効果の点では変わらないであろう。

このように、今回の改正では、いくらかの変更が加えられたが、執行方法として基本的構造に変化はなく、また子の奪い合いを解決するうえで実質的に影響を与えるような変更もみられない。ただ、本案処理段階と同じように、子の人格尊重性および確実性を促進する方向での改正が若干なされているので、次にそれを簡単にみておきたい。

## (2) 子の人格尊重性の促進

(a) 従来の人格尊重性に対する配慮　すでに触れたように、ドイツでは、これまで子どもの人格に配慮し、原則として間接強制から直接強制へという段階的運用がなされていた。直ちに弊害の大きい強力な執行方法を用いるのではなく、やむをえない場合に、徐々に確実性の高い強力な方法へと移行するしかたを採用していた。だが、人格への配慮がどのようになされるかという基準が法制上明確にされておらず、直接強制が濫用されるおそれもあった。

(b) 新法による人格尊重性の強化　新法は、安易に直接強制の方法を使用しない配慮を受け継ぐとともに<sup>(74)</sup>、さらにいくらか人格尊重の姿勢を押し進める指向を示している。

(ア) 運用基準の明確化による人格尊重性の強化　子に対する直接強制は、今回の改正においても明確に維持されたが、その際の子の人格に対する配慮についても明文化されている（F a m F G 90条<sup>(75)</sup>）。

執行手続において、直接強制の可否を判断する際に、新たに子の福祉に関する調査が行われることが明示された（同条 2 項 2 文前段<sup>(76)</sup>）。子に対する直接強制の適用が均衡のとれた手段であるときのみ許されるものとされ、比例原則（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）に注意を払

わなければならないことも規定された（同条2項2文後段）<sup>(77)</sup>。比例原則は、引渡義務者の対応を考慮に入れるものである<sup>(78)</sup>。引渡義務者が執行に対して受容的な姿勢のときは、比較的穏やかな執行方法を選択し、子の人格を侵害するおそれが小さくても、引渡は実現できる。こうした見地から、引渡が実現可能な限り、できるだけ穏やかな執行方法によるべきことを求める点で、子に対する配慮を含む原則である。

これらの規定は、実は、従来の支配的見解<sup>(79)</sup>を明文化したものにすぎない<sup>(80)</sup>。その意味では、格別、新たな対応のしかたが定められたものではない。だが、子の人格を尊重するために、一定の対処の基準を明示し、従来の運用に確固たる法的根拠を与えるものである。これにより、人格に対する配慮を確かなものにした点に、その意義があるといえる。

(イ) 少年相談所との協力確立による人格尊重性の強化 今回の改正では、さらに、執行の際に、「少年相談所は、適当な場合には、裁判所に対して支援を行う」（F a m F G 88条2項）との規定が設けられた。国際家事事件手続法（以下、「I n t F a m R V G」という）9条により、国際事件の分野ではすでに明文化されていたものである<sup>(81)</sup>。ただ、国内においても、従来から実務では、少年相談所による支援は行われていた。少年相談所からの協力は、直接強制の回避に役立つと考えられている<sup>(82)</sup>。引渡義務者や子との接触、裁判所への情報提供などによって、子の福祉をできるだけ侵害しない執行を促すものと期待されているのである<sup>(83)</sup>。なお、少年相談所の支援義務の範囲には、執行官としての活動も含まれるものとされている<sup>(84)</sup>。子に関する専門的調査を行うことができる特殊な機関であるからこそ、執行の場面でも、子の事情に即し、子の人格に配慮した執行の実現に寄与するのであろう。

ただ、さきに触れたように、少年相談所は、今改正前から裁判所に対して協力しており、また、明文はないものの執行の権限も与えられていたようである<sup>(85)</sup>。したがって、改正点は、やはり、従来から実務上行われていたことに明確な法的根拠を提供したにとどまるものといえよう。

(c) 人格尊重性の限界 このように、今回の改正は、子の人格尊重性の要請に応えようとする方向性を維持し、従来の運用を法文化することによって、さらに子の人格への配慮を明確にし、推進するものである。しかし、現実性の要請にも同時に応えることは、現実には非常に難しいと思われる。子が引渡義務者に虐待を受けているような状況においては、子の福祉の観点から、子に対する直接強制を用いても、引渡を実現すべき緊急の必要性が生じるときもある。そのようなときであっても、子が激しく抵抗し、引渡義務者のもとから離れない場合には、確実な執行のため、強硬な手段によることになり、子の人格を侵害するおそれも大きい。改正後も、子のための適切な解決を確実に実現するという現実性の要請から、人格尊重の観点は一定の制約を受けるのである。今回の改正によっても、完全には人格尊重の要請に応えきることができないように思われる。

### (3) 執行の現実性の促進

(a) 従来の現実性に対する配慮 執行の現実性の側面でも、ドイツでは、すでに触れたように、工夫が重ねられてきている。改正前も、子の引渡を実現するために、最終的な手段として、実効性の高い直接強制が用意されていた（旧F G G 33条2項）。背後に直接強制が控えているというだけで、引渡義務の履行を促進する効果があるといわれている<sup>(86)</sup>。ただ、

旧F a m F G 33条 2 項 2 文は、一方の親との面接交流のための子の引渡義務については、子に対する直接強制を否定していた。そのため、面接交流以外の場面においては、子に対する直接強制の可否について、疑義が生じていた<sup>(87)</sup>。背後に直接強制が控えているかどうか、やや不明瞭であったのである。

(b) **新法による確実性の強化** 改正後も、間接強制により、執行が実現できない場合のために、直接強制が最後の手段として用いられる（F a m F G 90条 1 項）。執行に関する今回の改正で、重要な部分は、従前と異なり、①子に対する直接強制を明確に認めた点、および、②その際の住居搜索の許容性とその基準を明示した点にあるといえる。

(ア) 子に対する直接強制の明確な容認 今回の改正でも、面接交流のための子の引渡義務については直接強制の適用が否定されている（F a m F G 90条 2 項 1 文）。だが、それ以外の子の引渡義務に関しては、従来の支配的な見解を受け入れ、留保つきながら、明確に肯定している（同項 2 文）。この改正により、子に対して直接強制を用いる頻度が高くなるとは限らない。だが、直接強制の可否が不明瞭という確実性を阻害する要因は、明白に解消されたといえよう。

(イ) 住居搜索の許容性の明示 また、F a m F G 91条では、子に対して直接強制を用いる際に、執行官による引渡義務者の住居の搜索が、一定の基準の下に許容されることが明示された。①引渡義務者の同意があるとき、または、②裁判官の決定に基づくときに許容されるとされ、許容基準も明確に定められた。実は、直接強制の際に、住居内にいる子を親が自発的に引き渡さない場合には、執行官が執行のために、その住居に立ち入ることは、実務的には、従来から行われていた<sup>(88)</sup>。だが、その法的根拠については疑問が提示されていた<sup>(89)</sup>。住居不可侵の権利（G G 13条）にも反するおそれのある行為でありながら、例外的に許容される場合についての明文規定を欠いていたのである<sup>(90)</sup>。今回の改正では、引渡義務者の人権に配慮した許容基準を示しつつ、住居の立入りを明確に認める法律上の根拠を提供した。執行官が住居に立ち入ることが明確に許容されることによって、より確実に子の引渡を実現できる。実務の運用に沿った改正ではあるが、法的根拠を示したことによって異論が生じる余地をなくし、執行の確実性を高めたものといえる。

(c) **確実性の限界** こうして、今回の改正は、従来どおり、確実性の要請に応えようとする姿勢を保つとともに、異論を差し挟まれないように法文を明確化することによって、確実な執行をより実現しやすくしたものと評価できよう。

しかし、子に対する直接強制は、強力な手段であるがゆえに、子の人格に配慮する観点から、無制限には認められない。特に、一定の年齢に達した子が、自己の意思に基づき、引渡請求権者である親のもとへ戻ることを拒む場合は、その子に対する直接強制は行えない。物と同様に力づくで無理矢理に引渡義務者から引き離すことは、子の意思を無視するものであり、子の人格に対する重大な侵害となるからである。14歳以上の子の意思は、制圧されることが不相当であるともいわれている<sup>(91)</sup>。こうした点をも考慮し、今回の改正では、子に対する直接強制が可能であるとされながらも、子の福祉原則および比例原則によって制約されることが明確に示されている。

こうして、確実性の要請にも一定の制約があることは、改正後は、いっそう明らかにされ

たといえる。

### 3 小 括

このように、今回の改正点の多くは、現行の実務に法的根拠を提供するものとどまり、従来の運用を大きく変更するような際立った改革は行われていない。こうした事情をみると、ドイツにおける子の奪い合いの事後的な解決策は、今日の社会状況と法理念を前提にする限り、すでに出尽くしているようにもみえる。

しかし、そうした中で、従来の制度においては不明瞭であった点を実務の趨勢に沿う形で明文化し解消した点は、それなりの意義があると思われる。

本案処理段階においては、まず、迅速性を推進する改正点が挙げられる。実務の運用状況を考慮して、最初の審理期日を早期に設定するよう期限を設けたことや、短期間のうちに当事者間で調整できない場合に速やかに仮命令を発付する制度を設けたことによって、改正前よりも手続の遅延を避けられる可能性が高まった。次に、適切性を推進する改正点も挙げられる。裁判上の和解制度を導入したことによって、父母らによる円満な終局的解決が実現しやすくなった。和解として承認されるには、子や場合により少年相談所、手続付添人の同意も要求されることから、子の意向などを反映した適切な解決となりやすい。また、手続付添人の必要的選任事由の拡張および任務内容の明確化によって、実務での混乱をいくらか抑制することができるようになったと思われる。とくに、子の立場を支援するという手続付添人の役割がいっそう明確になり、以前に比べ、手続上の子の地位を強化する方向での効果が見込まれる。

執行段階においては、子の人格尊重性を促進する改正点が挙げられる。子に対する直接強制を制約する基準の明示、少年相談所と裁判所の連携・協力の法制化がなされた。実態としての新味には乏しいが、従来の運用に法的根拠が与えられたことによって、子の人格尊重性はそれなりに強化されるであろう。他方、執行の確実性を促進する改正点としては、親子の面接交流を目的とする場合を除き、子の引渡義務に関しては、子に対する直接強制の適用を明確に肯定した点と、その際の執行官による住居搜索の許容性を明示した点が挙げられる。これらも、やはり、従来の運用を法的に明確化したものである。

このように、子の奪い合いに対する事後救済的な方法は、今回の家事事件手続の改革によって、いくらか前進があったといえよう。

もっとも、本案処理段階における迅速性および適切性の要請、執行段階における子の人格尊重性および執行の確実性の要請は、やはり本質的に矛盾する要素をはらむ。これらを同時に実現することは、今回の改革によっても、依然として十分には達成できていないと思われる。

### Ⅲ 子の奪い合いを事前に予防する施策

今回の改正によっても、事後救済的な方法による解決には限界があるとする、事前予防的方法による解決にも期待が寄せられることになる。ドイツにおける事前予防的方法は、別

居または離婚前に、基本的には父母間であらかじめ今後の子の監護に関して話し合い、適切に調整することであり、それにより、子の奪い合いに至る要因を除去するものである。

そこでは、2つのことが要請される。

1つは、関係者とりわけ父母の協議による合意形成の要請である。父母が、子の監護事項に関し協議と合意形成を怠れば、それぞれが独自の思惑で行動し、子の奪い合いなどの紛争が発生しやすくなる。父母間で協議により合意が形成されれば、互いに納得でき、遵守されやすいものとなりうる<sup>(92)</sup>。親たちの利害衝突に巻き込まれて不利益を被る子の立場を考慮すれば、父母の協議による合意形成自体を確保することが要請されるのである（以下、「協議による合意形成の要請」という）。

もう1つは、そうした合意形成による実質的調整の要請である。たとえ形式的に合意形成がなされたとしても、その内容が父母間の感情の対立を反映した、子への配慮に欠けるものであっては、子の利益は害される。そのため、充実した冷静な話し合いにより、適切な内容の合意形成がなされる必要がある<sup>(93)</sup>（以下、「実質的調整の要請」という）。

たしかに、これらの要請は、いずれも容易に実現されうるものではなかろう。対立状態にある父母が、みずから進んで、自律的に子の監護について協議の場を設けること自体、多くの場合、現実には円滑に実行されることとは考えにくい。また、協議が行われても、感情の対立が激しいために、合意の成立に至らないことも想定される。たとえ形式的には合意が成立したとしても、子の利益に配慮した実質的な調整による適切な内容の合意が形成されることは、相当に実現が困難であろう。

だが、2つの要請は、第三者の関与や支援など一定の働きかけがあれば、必ずしも達成が困難なものともいえない。実質的調整を目指すと協議による合意形成が常に困難となるというものでもない。適切な内容の調整がみえてくれば、かえって合意に至ることが期待できる場合もあろうし、両者は本質的には相矛盾するものではない。むしろ、協議による合意形成のみでは十分ではないが、合意に向けた協議の存在を前提として、実質的調整が達成される関係にある。その実現に向けて、これまでもドイツでは、これらの要請に対して手続上の配慮がなされてきた。

ただ、父母による協議や合意形成を安易な形で構想すると、それらの要請は錯綜した関係にもなりうる。不満のうっ積を招くなど子の奪い合いを事前に予防することが期待できない事態も考えられる。今回の改革を検討する場合も、これらの要請がどのように扱われたかという視点は重要であろう。

## 1 子の監護取決めにに関する改革

### (1) 監護取決めによる奪い合いの予防

子の監護に関する父母間の合意形成によって子の奪い合いを予防できるという考え方から、B G Bは、監護取決め（Vereinbarung über die elterliche Sorge）を重要視している。子の奪い合いを防ぐためには、実体法上、父母による取決めの可能な範囲が広くて、かつ、父母が充実した協議を通してその結論に納得できることが必要だとされている。

ドイツでは、親子関係法改正法による改正前までは、別居または離婚後の親による子の監

護については、一方の親のみによる単独監護とされていた（BGB旧1671条4項1文）<sup>(94)</sup>。その結果、親が取り決められる範囲は、基本的に、いずれの親が監護を担うかという点に限られていた。だが、親子関係法改正法による改正で、別居または離婚後の監護のしかたが多様化され、共同監護、単独監護、部分的単独監護の3つのタイプから選択できるようになった（BGB1671条1項）。別居または離婚の際に選択する監護タイプや共同監護を選択する場合の監護方法の詳細については、父母間の取決めが不可欠となった<sup>(95)</sup>。父母間で取り決められる範囲が拡大されたのである。

これにより、取り決められた監護のしかたに関して、父母の双方が納得しやすくなり、子の奪取などの暴挙にでることが回避されうる。そして、遅くとも離婚前に父母間での合意形成を確保することが、子の奪い合いなどの予防につながると考えられている<sup>(96)</sup>。これが、協議による合意形成の要請を支える背景となっているのである。

しかし、さきにも触れたように、対立する父母が、離婚前に自律的な解決を図ろうとする場合は少ない。そのため、ドイツにおいては、離婚手続の開始前から父母が監護に関する合意形成を促される制度が設けられている。改正前には、端的に、協議により合意形成に到達することに重点を置いた制度が設けられていた。だが、今回の改正では、むしろ実質的調整の要請に十分に応えるための変更が加えられている。次にこれを見ておきたい。

## (2) 離婚申立書による合意形成の促進

家族環境が激変する離婚の際には、子の監護に関して表面的には争いがなくても、子の奪い合いといった、子をめぐる紛争の「火種」が潜んでいることがある。子を父母間の争いに過度に巻き込まないためには、遅くとも離婚前に、離婚後の子の監護のしかたについて明確に取り決めておく必要がある。ドイツにおいては、離婚申立書に離婚後の監護方法について記載を求めることによって、そうした離婚前の合意形成を促進しようとしている<sup>(97)</sup>。ただ、離婚申立書において記載が要求される子の監護に関する事項は、今回の改正で注目すべき変更が加えられた。

**(a) 従来の合意形成に対する配慮** 改正前は、協議離婚の場合の離婚申立書についてのみ、父母間で子の監護に関して合意が成立していることを記載しなければならなかった（ZPO旧630条1項）。協議離婚を望む場合には、離婚前に子の監護についても自律的に協議を終えることが要求されていたのである。協議による合意形成の要請に応えようとするものであった。

ドイツにおける協議離婚は、当事者間の協議の成立に基づき、家庭裁判所の形式的な離婚決定により形成される。離婚申立が認容されるには、①夫婦が少なくとも1年間別居していること、②双方が離婚を望んでいること、という要件の具備が必要である（BGB1566条）。だが、それに加えて、ZPO旧630条1項2号により、夫婦に未成年子がいる場合は、子の監護に関して合意の成立していることが離婚申立書に記載してなければならなかった。「父母が共同監護の存続または一方の親への単独監護の委任について合意していること」の表明、すなわち、いわゆる合意表明（übereinstimmende Erklärungen）の記載が必要であったのである。事実上、子の監護などの重要な付随事項について調整をしないまま、軽率に婚姻が解消されることを阻止するためであるとされていた<sup>(98)</sup>。子を保護する観点から設けられた

ものである。父母間で適切な内容の合意が比較的容易に成立しうるのであれば、この制度は、極めて理想的なものである。

しかし、裁判実務においては、Z P O旧630条1項2号は、「空虚な規定になっている（die Norm läuft leer）」と評されていた<sup>(99)</sup>。実際には、離婚自体については合意があっても、子の監護について合意することが困難なため、合意表明の記載が必要な協議離婚を避けて、あえて別の裁判離婚の方法（B G B 1565条2文、1566条2項）を選択し、いわゆる「隠れた協議離婚（verdeckte Konventionalscheidung）」を行う夫婦もいたようである<sup>(100)</sup>。Z P O旧630条1項2号は、その意味では、立法者の予期に反して、父母の協議による合意形成を十分に促すことができなかったのである。なお、この合意表明の記載は簡易なもので足り、十分な協議や慎重な考慮を経た合意成立の裏づけが必要なわけではなかった<sup>(101)</sup>。したがって、この制度は、たとえ合意表明の記載がなされた場合でも、実質的調整による合意内容の適切さを担保・促進するものでは到底なかったのである。こうして、合意表明の記載の義務づけは、合意形成の促進機能を十全に果たしていたわけではなかった。

**(b) 新法による合意形成の推進** 従来の制度に対する反省から、今回の改正では、協議離婚以外の離婚方法も含めて、すべての離婚申立書において、子の監護に関する合意表明の記載を要求していない<sup>(102)</sup>。その代わりに、困難なことを期待しない範囲の新たな要求として、すべての離婚申立書において、合意に向けた「調整の事実」の表明を求めることにした（F a m F G 133条1項2号）。

父母は、「親による監護、親子の面接交流および夫婦間の未成年子に対する扶養義務に関する調整」をなし終えたかどうかを離婚申立書に記載し表明すればよいこととされたのである。子の監護に関する合意が形成されるに至らなかった場合でも、その事実を申告し示せば、離婚申立の要件を充たす。

こうした姿勢は、一見すると、父母の合意形成や子の利益を確保する視点からは、旧法よりも一歩後退したかにも見えなくはない。しかし、これによって、手続開始時点で、裁判所は、「調整の事実」の表明において言及されている点について、意見の不一致の有無や一致していない範囲・事項等を把握でき、そこに的を絞った助言を与える機会を得られる<sup>(103)</sup>。調整の成否を含め、裁判所が事態を正確に把握できる契機を確保し、職権的な介入を通して実質的な協議と調整の実現を図ろうとするものである。詳細は後述するが、当事者のみでは調整が困難なときには、裁判所やその他の第三者機関が支援を行う体制が整っている。

なお、調整の事実の表明をすべての離婚方式に要求しているため、「隠れた協議離婚」という「抜け道」は封じられている。また、なかには、裁判所等の第三者機関の関与を嫌い、未調整にもかかわらず合意による調整が完了している旨の虚偽申告がなされることも考えられなくはない。しかし、立法者は、合意表明の記載を要求しない新规定により、多くの場合、調整が完了していない旨が正直に申告され表明されることを期待しているように思われる。第三者機関の関与によって合意形成が促進される場面が、改正前よりも増えることが期待されていると考えられる。

F a m F Gの政府草案段階では、離婚申立書に、そのような調整の事実を記載させ表明させる規定は設けられていなかった。Z P O旧630条1項と異なって、離婚に係る実体法



(B G B 1566条)と手続法との結びつきを完全になくすことが提案されていたのである<sup>(104)</sup>。その場合、裁判所は、離婚の効果に関する調整の状況を考慮することなく、B G B 1566条の要件が充たされていれば、婚姻の解消を決定しうることになる。しかし、それでは、離婚における一番の犠牲者である子を保護することができないとして、連邦議会から批判された<sup>(105)</sup>。そこで、立法の最終段階において、現実を直視したうえで子の利益を確保する方法として、子の監護に関する調整の事実の表明を離婚申立の要件としたのである。

この要件の最終的な導入により、第1に、離婚前に父母らの協議による自律的な解決を目指すという基本姿勢は維持された。ただ、父母の自律性をさほど信頼することはできないという実態を踏まえて、第2に、監護について父母間で取り決める過程に、第三者機関が関与しうる契機が強化された。第三者機関による支援と結合させつつ、協議による合意形成の要請、実質的調整の要請をとともに実現しやすくする改革と考えられる。その意味では、実際には、監護取決めを充実させる方向で、一歩前進した改正といえる。

### (3) 残された課題

今回の改正においても、合意による調整が終了しており、その事実が記載・表明されている場合、子の監護に関する具体的な合意内容は裁判所に知らされない<sup>(106)</sup>。その合意が、子の福祉に適った内容であるか否かは、裁判所が必ずしもチェックしないのである。その点では、合意内容の適切性の見地から不安が残る。調整が終わってれば、たしかに協議による合意形成の要請は実現できていても、実質的調整の要請に応えられている保証はないのである。こうした理由から、子の保護のための規定とされながら、その目的を達成することができるかどうか疑わしいとの批判もなされている<sup>(107)</sup>。

もちろん、離婚手続における父母の聴取などによって、ある程度、実質的な調整が行われたかどうかは、確かめることができるかもしれない。支援が必要であれば、裁判所が第三者機関の助言を受けられることを教示することもできる(F a m F G 128条)。しかし、父母間の自律性を重んじる手続構造から考えると、合意が成立している以上、裁判所が積極的に介入しない可能性も大きいであろう。さきの不安や批判は、必ずしも解消されていないように思われる。

こうして、合意による調整が完了した事実が表明された場合には、合意内容の適切性が完全には担保されないという問題は、残された課題といえよう。

## 2 第三者支援に関する改革

### (1) 離婚手続における合意形成の担保

離婚手続の開始前に子の監護に関する調整が完了していないことが判明すれば、第三者機関の支援によって合意形成が追求されることになる。裁判外の協議離婚が大半である日本と異なり、ドイツにおける離婚の方式は裁判離婚のみであるから(B G B 1565条等)、子に関する事項についても、その機会に裁判所が関与しうるのである。今回の改正後も、父母による自律的な解決が事前になされないときには、離婚手続を契機として、子の利益を確保するために、協議による合意形成および実質的調整の観点から、裁判所が合意形成を促す役割を果たす。

(a) 従来の手続における合意形成の担保 裁判所は、従来、離婚手続の開始後、父母に対して、子への配慮について注意を喚起し、合意形成を促していた<sup>(108)</sup>。

今回の改正前は、Z P O旧622条2項により、離婚の申立てにおいては、当事者間に共通の未成年子がいるかどうかの申告をあわせて行わなければならないとされていた。それを踏まえて、未成年子がいる場合には、裁判所が、父母に対して子の監護に関し聴取を行い、必要に応じて、少年相談所などから助言<sup>(109)</sup>が得られる旨を教示するものとされていた（Z P O旧613条1項3文）。裁判所は、親を聴取することによって、子の監護について潜在的に対立している部分を発見することができる。親に対して第三者機関の支援を受けることを勧め、協議による合意形成および実質的調整の機会を得させるものであった。さらに、社会法（以下「S G B」という）8編17条3項により、裁判所は、職権にて、未成年子がいる夫婦の離婚事件の係属等の事実を、少年相談所に知らせるものとされていた。これを受けて、少年相談所は、親に対して子の監護の遂行に関する提案などの支援を提供しうるものとされていたのである（2、3項）。このような支援の下で、子も適宜関与する形で、父母は合意できるよう子の監護計画を練り上げることになっていた<sup>(110)</sup>。少年相談所の力を借りて、親は、協議による合意形成および実質的調整の機会を与えられていたのである。

だが、非常に緩やかな方法を用いていたので、これに応じない親もいたとされる<sup>(111)</sup>。

(b) 新法による担保の強化 今回の改正では、大きな変更点はないが、監護などの付随事件が離婚手続に併合された場合について、いくらか第三者支援の促進を図る改革がなされている。

まず、細かな点では、離婚申立書の記載内容には、夫婦間の未成年子の氏名および生年月日ならびに常居所（gewöhnlicher Aufenthalt）が含まれなければならないとされた（F a m F G133条1項1号）。未成年子について、従来より詳しい情報を提出するわけである。裁判所が少年相談所に子の情報を正確に通知するのに役立つものとされている<sup>(112)</sup>。少年相談所との連携は、基本的に従来どおりであるところ（S G B 8編17条2、3項）、子に関する情報の提供は、これをより円滑に行うための資料である。

ただ、基本的な手続では、変更は加えられていない。今回の改正によっても、未成年子がいるときは、裁判所は、今後の監護について父母を聴取しなければならないとされている（F a m F G128条2項1文）。そして、その際には、裁判所は、少年支援を担当する相談所などより助言を得られる旨も教示するものとされている（F a m F G128条2項2文）。また、少年相談所から支援を受けるときも、従来どおり、父母が監護計画を練り上げるに際して、適宜、子の関与が求められている（S G B 8編17条2項）。なお、今回の改正で、子との面接交流に関しても、そうした親の聴取や裁判所からの教示が行われることになった。このように、父母による合意形成の担保・促進という点では、基本的に大きな変更は加えられていない。

しかし、子の監護などに関して争われる付随事件が、離婚手続に併合された場合については、やや重要な改革が行われている。裁判所が父母に対して第三者支援を受けるよう促す制度が新設されたのである。子の監護事項について、単に父母の合意が未成立だということとどまらず、意見が対立していることが離婚手続の際に表面化したときは、離婚の付随事件とし

て離婚手続に併合される (F a m F G 137条)。今回の改正により新たに、こうした場合には、裁判所は、付随事件に関して、調停 (Mediation) またはその他の裁判外の紛争解決方法を利用できることについて、無料の紹介相談 (Informationsgespräch) に参加するよう、当事者に命じることができるようになった (F a m F G 135条1項)。このとき、参加確認書 (Bestätigung) の提出も命じられる (同項)。もちろん、無料紹介を受けても、調停を利用するか否かは本人たちが決めることになる<sup>(113)</sup>。近年のヨーロッパでは、調停などの裁判外の紛争解決を重視する傾向があるが、この規定は、そうした近隣の標準に合わせるために挿入されたものとされている<sup>(114)</sup>。この相談命令に従えば、父母は、裁判外の紛争解決に関する情報を得ることができ、合意を基礎とした事態の解決に向けて、第三者からの支援を受けやすくなるであろう<sup>(115)</sup>。この点で、協議による合意形成、実質的調整の要請を実現しやすくする改正といえる。ただ、この命令には、これに当事者が応じない場合の執行手段が用意されていない。手続費用の負担面で、不利に扱われる場合があるにとどまる (F a m F G 150条4項2文)。

このように、子の監護に関して、父母間で合意が未成立でも、意見の対立が表面化していなければ、離婚手続上、緩やかな手段によって合意形成が促進される。その点では、改正の前後で、大きな変更はない。しかし、意見の不一致が表面化した付随事件を裁判所が扱う際には、新たに第三者支援に関する情報提供を受けるように命令するというやや強力な手段で合意形成を促すことになった。父母間による自力調整の困難が表面化したときにも、協議による合意形成および実質的調整の要請に応えようとする姿勢を明確にしたものといえる。

## (2) 離婚手続以外の手続における合意形成の担保

(a) 従来の監護取決めに対する手続的配慮 監護事項に関して意見が一致せず、父母の対立が表面化するの、離婚手続の際ばかりではない<sup>(116)</sup>。父母の婚姻破綻時には、家族環境が変化し、一般に子との今後の関係をめぐって父母間の衝突が起こりうる。その際、裁判所に当事者から審判を求める申立てがあっても、なお裁判所は、父母らをはじめとする関係人間の裁判外における合意形成を期待し、これを促すのが、従来の基本的姿勢であった (旧 F G G 52条1項)<sup>(117)</sup>。

父母間で、子の常居所や子との面接交流など監護に関わる事項について意見の一致がみられない場合には、裁判所に申し立てて、その判断を仰ぐ方法がある (B G B 1628条、1671条、1684条3項等)<sup>(118)</sup>。そのとき、裁判所は、子の福祉の見地から、子の常居所や非居住親との面接交流の方法などについて、決定により結論をだすことができる。しかし、裁判所の審判による一方的な判断は、父母にとってみれば所詮、押しつけられた結論であり、必ずしも納得できるものとは限らない<sup>(119)</sup>。裁判所の決定に反した行動をとる親も現れかねない<sup>(120)</sup>。子の監護をめぐる親たちの対立が再燃し、激化する危険性さえも包含している。そこで、父母間での子の監護に関する意見の不一致が表面化した場合においても、裁判所は、まずは父母らによる合意形成を目指すものとされていたのである (旧 F G G 52条1項)。

その第1の目的は、合意の機会を確保することであり、協議による合意形成の要請に応えようとするものであった。第2の目的は、第三者を交えることによる充実した調整を実現することであり、実質的調整の要請に応えようとするものであった。裁判所によって、合意形

成過程に第三者を関与させる具体的指示がなされていた。この場合も、離婚手続のときと同じく、裁判所は、少年相談所などから助言が得られることを親たちに教示するものとされていた（F G G 52条1項2文）。それに従い、少年相談所による支援を受けるときは、子の監護計画を練り上げる際に子の関与が求められた（S G B 8編17条2項）。だが、第三者機関の助言を受けること自体を強制するものではなかったため、これに従わない者がいることも同様であった。なお、裁判所は、審理手続の途中でも、父母らが合意する見込みが生じた場合などには、裁判所以外の第三者に助言を求めるよう勧告（nahelegen）して、手続を停止してもよいとされていた（旧F G G 52条2項）。

これらの手段によって、第三者機関が関与することになり、合意の機会が確保されるとともに適切な内容の合意が形成されやすくなっていた。

**(b) 新法による手続担保の強化** 今回の改正においては、この点でも、実質的調整の要請に応えるため、合意形成を推進する裁判所の姿勢を維持し、さらにこれを強化している。事態の相違はあるが、その内容は、離婚手続に伴う場合と基本的に軌を一にするものといえる。

F a m F G 156条1項1文および2文<sup>(121)</sup>は、おおむね、旧F G G 52条1項1文および2文において定められていた事柄を、より詳細に規定しているだけで、重大な変更点はない。しかし、この分野でも、父母らの協議による合意形成や実質的調整の促進につながりうる改革がまったく行われなかったわけではない。

この観点から、特に注目すべき改正は、次の2つであろう。

**(ア) 助言命令の導入** 今回の改正において、早期の審理期日において合意が成立しない場合には、裁判所が、親たちに対して、相談所などによる助言を受けよう命令することができるようになった（F a m F G 156条1項4文）。従来の教示制度から一步進めて、合意による調整を促進するため、第三者からの助言を受けることを義務づける権限を裁判所に与えたのである<sup>(122)</sup>。ドイツ家庭裁判所会議における研究チームの提言に合致する改正である<sup>(123)</sup>。

裁判所が親たちに助言を受けることを命じる際には、少年相談所と協議して、親たちが助言を受けられる期間を定め、手続の遅れを防ぐこととされている<sup>(124)</sup>。早期に合意形成の可能性の有無を見極め、可能性がなければ、速やかに本来の司法手続に移行させるものであろう。そのため、本案手続の停止の制度（旧F G G 52条2項）は、今回の改正では廃止され受け継がれていない<sup>(125)</sup>。協議による合意形成および実質的調整の要請の実現にも限界があることを認識したうえで、裁判所などの第三者機関の関与を強める変更を加えたものといえる。

この命令の効力は、さほど強いものではない。強制手段によっては実行しえないものとされている（F a m F G 156条1項5文）。ただ、監護に関する手続の費用を負担させるという不利益を、命令に応じなかった親に課すことで、間接的に強制することは可能である（F a m F G 81条2項5号）。親たちの考え方を変えさせる有益な刺激にはなると解されている<sup>(126)</sup>。

こうして、助言を受けようように注意を促されても応じない当事者に対しては、これを一応義務づける命令を裁判所は出すことができる。この命令によって、協議による合意形成に向けて助言を受けようように強く促している。また、これにより第三者機関の関与を強制することができるので、いっそう子の立場にも配慮した実質的な調整が実現されやすくなっている。

(イ) 裁判上の和解の活用 2つめの注目すべき改正は、奪取されている子を返還するための引渡について、父母ら関係人間で行われた合意に基づく調整が適切な内容のときは、裁判所においてこれを和解とみなしうるとされたことである (F a m F G 156条 2項)。これは、すでに述べたように、現に行われている奪取との関係では、事後的解決のための施策である。だが、将来における子の奪い合いを、父母ら関係人間の合意による事件解決の促進によって予防する側面も有するのである。

そのような合意は執行名義となり (F a m F G 86条 1項 2号)、遵守・履行について一定の担保がある。すでに述べたように、裁判所による決定よりも、父母らの意向も踏まえた柔軟な解決にもなりやすい。こうしたことが誘因となって、裁判所に和解として承認してもらうために、父母らが合意の成立に向けて協議を促進させることに結びつくことが期待されている。この意味では、協議による合意形成をいわば裏から促進する制度と捉えることができる。

また、裁判所による子の福祉との適合性の調査などを伴うため、合意内容の適切さも保障されうる。すでにみたように、子の同意も必要とされ、場合により、さらに少年相談所などの同意も必要とされることから<sup>(127)</sup>、子の意向や利益も考慮しやすくなっており、父母間の勝手な取決めにならない工夫がなされている。実質的調整の要請の実現にも資するものだと見える。

このように、子の引渡に関する合意を裁判上の和解とみなす改革は、協議による合意形成を促進しつつ、裁判所をはじめとした第三者機関の関与により実質的調整の側面も強化するものである。

### (3) 残された課題

このように、このたびの改革は、父母が合意形成にあたって第三者の支援を得る場面でも、一定の整備を行ったものといえることができる。しかし、今回の改正によっても、協議による合意形成の要請、さらに実質的調整の要請に十分に応えることは、必ずしもできていないように思われる。

裁判所が当事者に無料紹介を受けるように命ずる相談命令の制度 (F a m F G 135条) は、間接的に裁判外の紛争解決を促すものであるが、当事者が命令に従わなかった場合に、その履行を確保する力が弱い。そのため、「なまくらの剣 (stumpfes Schwert)」であると批判されている<sup>(128)</sup>。父母らによる適切な合意の成立を望む立場からは強力な履行手段が求められるであろう。だが、今後の子の監護について、父母間の自主的解決を尊重する考え方に基づけば、無料紹介の段階から強力な参加強制を行うことは躊躇せざるをえない面もある。

また、裁判所による助言命令の制度 (F a m F G 156条 1項 4文) は、第三者から助言を受ける側面を強化するものであるが、すでに触れたように、こちらも当事者が命令に従わなかった場合に、その履行を強制する力が弱い。専門家の助言を受け参考にするという命令の内容の性質上、強力な履行の強制は有用ではなく制度になじまないとの配慮があるろうが、裁判所による命令も、対立が著しく高まっている父母間では、合意形成を促進する作用が乏しいわけである。

こうした問題は容易に解決できるものとは思われないが、これらの点の弱さが残された今

後の課題であることは疑いない。

また、種々の制度において、父母らによる合意形成の過程に第三者機関を関与させることによって、実質的調整の要請の実現が図られているが、いまだその過程への子の関与は、必ずしも十分には保障されていない。この点も残された課題の1つであろう。

たしかに、今回の改正によって、子の意見表明に配慮する姿勢は増したように思われる。たとえば、父母の合意を裁判上の和解として承認するためには子の同意を要件とする改正（F a m F G 156条2項）などが挙げられる。また、従来からあるものとして、少年相談所による支援の下で監護計画を練り上げる際には子の関与が求められる制度も維持されている（S G B 8編17条2項）。だが、これらの規定だけでは十分ではないであろう。和解制度における子の同意も、どのような形式でなされるのかといった点については明示されておらず、不確定なところがある<sup>(129)</sup>。また、どのような形で子が合意による調整の場に参加するのかといった点についても、明確には示されていない<sup>(130)</sup>。

子は「関係人」（F a m F G 7条）として、子の監護に関して「合意に達するよう努めなければならない」者（F a m F G 156条1項）の1人と解されている<sup>(131)</sup>。だが、その関与の道筋は、まだ必ずしも十分に整備されていないわけである。子の意見表明とその顧慮は、子の福祉を前面に据えた実質的調整のためには、きわめて重要であろう。合意による調整は、裁判手続による解決よりも優先されている。その過程で、主要な関係者として子の主体性が法的にいかに確保されていくかが、今後の大きな課題となるものと考えられる。

### 3 小 括

以上のように、事前予防的方法の前提となる当事者間の自主的解決の尊重という考え方は、今回の改正でも受け継がれている<sup>(132)</sup>。しかし、過度に自律性を重視することからくる不具合を改善するため、いくらか第三者機関の関与の度合いを強める修正が加えられている。

まず、協議離婚における離婚申立ての要件として合意表明の記載が事実上空洞化していた点については、調整をなし終えたか否かを記載する方式に改められ、併せて記載を求める対象がすべての離婚の方式に拡大された。これを手がかりに、裁判所は調整が終わっていない事項を早期に把握することとし、当事者による監護の調整に第三者が関与し支援する道筋の整備を進めたのである。また、専門的な第三者機関からの助言を得させるために行われる裁判所による教示が、当事者に軽視される問題については、すでに事件化している場合には、裁判外の紛争解決方法に関する情報伝達を目的とした離婚の際の相談命令、また一般にも、教示よりは法的効力が強い形式である助言命令を発する制度が整えられた。さらに、成立した合意を裁判所の関与によって和解とみなす制度の適用拡大は、適切な内容の実質的調整の実現を強力に支援するものとなる可能性がある。

このように、第三者機関の関与が強化されることによって、協議を介した当事者の自主的解決として、合意が成立する可能性が高まる。多角的で十分な検討を経るため、その内容の適切性も確保されやすくなる。協議による合意形成の要請およびその合意内容の適切性に着目する実質的調整の要請が、より充たされる方向での改革であったと考えられる。

ただ、今回の改正後も残された課題はある。離婚申立て時に合意が成立しており調整が終

わっている場合、その合意内容の適切性について吟味する機会は確立されていない。実質的調整の要請に対する手続的担保が不十分であるという問題が残る。また、第三者機関による支援の仲介となる裁判所の命令は強制力が弱い。合意形成過程に、子が主体的に関与し意見を表明する道筋も、十分には確保されていない。諸要請に十分応えられていない面も残るように思われる。

#### IV 子の奪い合いに対する今改革の意義

これまで概観してきたところをまとめると、ドイツにおける今回の家事事件手続の改革は、子の奪い合いを解決するうえで、画期的とはいえないが、ある程度は有効なものであるように思われる。

##### 1 事後救済の側面

婚姻破綻時における子の不利益をできるだけ回避し、子の健全な成長を支援するためには、事後救済の場面では、本案手続における迅速性と適切性の要請、執行手続における子の人格尊重性と確実性の要請が重視される。

ドイツでは事後救済の方法の基本は、すでに確立されており、これらの要請を念頭に置いて整備されてきている。ただ、さらに緻密に整備される余地がなかったわけではなく、なお実務上、疑義が生じる点などもあった。すでにみたように、手続進行の迅速性を求める規定については、法文が抽象的にすぎ、必ずしも十分に基準として機能していなかった<sup>(133)</sup>。裁判所の抱える事件数等から迅速な処理についても地域差などが生じていた。子に対する手続補佐制度における補佐人の任意的選任事由の性格については、裁判官の自由裁量による選任か否かで疑義が生じていた。選任が必要な事態であるのに、裁量の問題として選任されない場合が生ずる懸念があった。補佐人の任務の範囲についても明文がなく、実務上支障が生じていた<sup>(134)</sup>。紛争調整的役割などへの任務の行き過ぎた拡大は、子の支援に専念できない状況をもたらし、子の立場を支援する役割に悪影響を及ぼすおそれもあった。こうした事態は、適切性の要請に抵触しかねないものであった<sup>(135)</sup>。子に対する直接強制の可否についても、明文化されておらず、疑義が生じていた。直接強制が可能であるとすれば確実性は高まる。だが、子の人格への配慮がどのようになされるのかという基準が不明確では、直接強制の濫用により子の人格侵害のおそれがあった。

こうした不都合な部分を点検し精査したうえで、規定を整備し直すことによって、子の利益を確保する諸要請をより実現しやすいものとするよう目指した点に、F a m F Gによる改革の基本的な意義があったものと思われる。

日本においては、周知のように、事後救済的方法はあるが、その整備はかなり貧弱である。いまだ種々の手続が混在し、補い合っようやく処理されている状況である。子の引渡義務のための執行規定を欠くなど、根本的な部分の改善もなされていない。ドイツにおける今回の改革は、子の利益を保障する観点からみて、日本よりも数歩は先を行くものといっ

よい<sup>(136)</sup>。

## 2 事前予防の側面

婚姻が破綻し、対立する父母間においては、子の監護などについても、自律性を重視した円満な自主的解決は期待しづらい。だが、父母の双方が納得する解決を実現できないと、子の奪い合いが発生する素地となりうる。反対に、そうした自主的解決を実現できれば、子の奪い合いを予防し、子の利益を確保できる可能性が高まる<sup>(137)</sup>。そのため、事前予防の場面では、協議による合意形成およびその合意内容が適切なものとなるような実質的調整が要請されている。

ドイツにおいては、この点についても、これらの要請の実現に向けて、長年、熱心に取り組んできた。しかし、必ずしも所期のとおりには事態が展開しない現実もあった。協議離婚の申立書において子の監護に関する合意表明の記載を義務づけた制度は、予期されていた合意形成促進機能を十分果たしていなかった。この制度は、適切な内容による合意の成立が比較的容易に実現できるのであれば理想的ではあるが、それが困難な実態のもとでは、実質的に有効に機能しなかったのである<sup>(138)</sup>。また、子の監護事項について父母の意見が一致しない場合に、裁判所が第三者機関の支援を受けるように促し、父母間の合意形成の道を探る制度も、合意形成を担保する手段としては不十分であった。裁判所によって第三者機関による助言の機会が教示されるといった緩やかな方法では、これに応じない親もいたのである。

こうした現実を見据え、対立関係にある父母による自主的解決の過度な尊重に対して、裁判所等の第三者機関の関与・支援を強める方向でいくらか軌道修正を加えた点に、今改革の意義があるといえる。子の不利益をできる限り回避するためには、実質的な調整による合意形成が必要であり、そのためには第三者による強制的な支援的介入もある程度は必要であることを示唆するものである。

日本においては、実際に、協議離婚に際して十分な話し合いがなされないまま親権者が指定され、それが元で後々まで争うケースも出ている<sup>(139)</sup>。対立関係にある父母間では、十分な協議や適切な内容の合意を期待することが困難な場合も多いだろう。日本では、いまだに当事者間の合意形成に著しく期待する規定（民法819条1項など）が多い。優れて理性的な当事者を前提としているものと考えられるが、こうした姿勢を疑問視したドイツの今改革から得られる示唆は多いといえる。

## 3 小 括

こうして、今回のドイツにおける改革は、子の奪い合いに対する事後的解決策の面では、よく整備された制度の中で、なお不明瞭さなどを残していた点について、いくらか技術的な改良を加えたものであった。また、事前予防策の面では、子の監護などに関する父母らの自主的解決に重点を置いた従来の制度に対して、これを完全に当人たちのみで解決することの困難さに着目して、実際に有効な対処が可能となるように、第三者機関の関与・支援をいくらか強める方向で修正を加えた改革であった。要するに、子の奪い合いに対する取り組みの観点からすれば、父母の婚姻破綻時にできるだけ子の利益を確保するという従来の方向性を維持するとともに、さらにこれを進展させ実効性を強化する工夫を加えることによって、子の奪い合いの問題をいっそう解決しやすいものにする改革であったということができよう。



## V おわりに

本稿では、婚姻破綻時の父母による子の奪い合いに対する取り組みに視点を絞って、ドイツのFamFG制定による改革を概観してきた。すでにみてきたとおり、今回の改正は、父母の婚姻破綻時における子の利益を確保するという側面からみて、一定の成果をもたらすことが予想されるものであったといえよう。

繰り返しになるが、ドイツではすでに、ある程度、子の奪い合いを事後的に救済する方法、事前に予防する方法のいずれについても整備されていた。別の機会に論じたように、こうしたドイツ法の取り組みは、子の奪い合いを終局的に解決し、子の利益を実現するうえで、それなりの成果を挙げていた。それは、婚姻破綻時における子への配慮が不十分なわが国において、法制上おおいに参考にされるべきものであった。今回の改正は、基本的にそうしたドイツの従来の姿勢をさらに押し進めようとするものであり、その意味で、やはり注目に値すると思われる。特に、専門的な第三者機関の支援的関与を強めることによって、子の利益を確保しようとする今回のドイツの姿勢には見習うべき点が多い。ただ、ドイツにおいても、依然として多くの課題を抱え、試行錯誤している面もうかがえる。解決過程に対する子の主体的関与の確保の点も、未だしの感がある。わが国では、ドイツの状況を引き続き参考にしながら、「家」意識からまだ脱却しきれていない国民性など、日本特有の事情をも踏まえつつ、子の立場を重視した法制度の導入・整備を検討していく必要があろう。

### <注>

- (1) <http://www.bmj.de> 参照。
- (2) Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 22.12.2008 (BGBI. I Nr.61.S.2586).
- (3) 本法に関する概説もしくは本稿のテーマについて扱う文献として、*Ingeborg Rakete-Dombek*, "Das neue Verfahren in Scheidungs- und Folgesachen", FPR2009, S.16 (2009) (以下、*Rakete-Dombek*, "Das neue Verfahren", として引用) ; *Norbert Heiter*, "Verfahrensfähigkeit des Kindes in personenbezogenen Verfahren nach dem FamFG", FamRZ2009, S.85 (2009) ; *Helmut Borth*, "Einführung in das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17.12.2008 (FGG-ReformG)", FamRZ2009, S.157 (2009) ; *Wolfgang Schaell*, "Minderjährige und ihre formelle Beteiligung in Verfahren über Kindschaftssachen nach dem FamFG", FamRZ2009, S.265 (2009) ; *Peter Hartoman*, "Neues Familienverfahren und ZPO", NJW2009, S.321 (2009) ; *Eberhard Stöber*, "Das neue Verfahren in Kindschaftssachen", FamRZ2009, S.656 (2009) (以下、*Stöber*, "Kindschaftssachen"として引用) ; *Martin Löhnig*, "Das Scheidungsverbundverfahren in erster Instanz nach dem FamFG", FamRZ2009, S.737 (2009) (以下、*Löhnig*, "Scheidungsverbundverfahren"として引用) ; *Herbert Roth*, "Die Reform der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch das FamFG", JZ2009, S.585 (2009) (以下、*H.Roth*, "Die Reform"として引用) ; *Andrea Roth*, "Die Familiensachen des FamFG",

JZ2009, S.805 (2009) (以下、*A.Roth*, "Die Familiensachen"として引用) ; *Cornelia Müller-Magdeburg*, "Das beschleunigte Familienverfahren im Lichte des FamFG", ZKJ5.2009, S.184 (2009) (以下、*Müller-Magdeburg*, "Das beschleunigte Familienverfahren"として引用) ; *Rolf Schlünder*, "Die Vollstreckung nach dem FamFG", FamRZ2009, S.1636 (2009) (以下、*Schlünder*, "Die Vollstreckung"として引用) などがある。また、草案段階において本法の概要または本稿のテーマについて扱ったものとして、*Ludwig Salgo*, "Neue Perspektiven bei der Verfahrenspflegschaft für Kinder und Jugendliche -§ 166FamFG-E", FPR2006, S.12 (2006) ; *Alexander Heumann*, "§ 165 FamFG-Entwurf aus Sicht des Anwalts", ZKJ4.2006, S.200 (2006) (以下、*Heumann*, "Sicht des Anwalts"として引用) ; "*Gabriele Reichert*, "§ 165 FamFG-Entwurf aus der Sicht einer Familienrichterin an einem Großstadtgericht", ZKJ5.2006, S.230 (2006) (以下、*Reichert*, "Sicht einer Familienrichterin"として引用) ; *Winfried Born*, "Vereinfachtes Scheidungsverfahren -Lockvogelangebot oder ernsthafte Alternative?", FamRZ2006, S.829 (2006) (以下、*Born*, "Vereinfachtes Scheidungsverfahren"として引用) ; *Florian Jacoby*, "Regierungsentwurf für ein FamFG", FamRZ2007, S.703 (2007) (以下、*Jacoby*, "Regierungsentwurf"として引用) ; *Helmut Borth*, "Die Reform des Verfahrens in Familiensachen", FamRZ2007, S.1925 (2007) (以下、*Borth*, "Familiensachen"として引用) などがある。なお、邦語文献で草案段階の本法の概要を紹介したものとして、ミハエル・ケースター（渡辺惺之訳）「ドイツ家事手続法改正案の基本的特徴」立命館法学308号1250頁（2006年）、また、本法の概要を紹介するものとして萩原佐織「ドイツ家事非訟事件手続法（FamFG）の研究(1)―家事・非訟紛争処理に関わる手続法の統一的創設―」撰南法学39号73頁（2009年）がある。なお、本法の邦訳として、法制審議会非訟事件・家事審判法部会によるもの（<http://www.moj.go.jp/SHINGI/090313-1-18.pdf> および <http://www.moj.go.jp/SHINGI/090417-1-3.pdf>）がある。

- (4) 佐藤千恵「婚姻が破綻した父母による子の奪い合いに対する取り組み―ドイツ法の場合―」中京学院大学紀要15巻1・2号合併号33頁（2008年）（以下、佐藤「ドイツ法」として引用）。
- (5) Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16.12.1997 (BGB1. I.S.2942).
- (6) 水野紀子「最高裁平成5年10月19日判決・判批」重要判例解説・ジュリスト1046号96頁（1994年）、同「子の奪い合いの法的解決をめざして」家族＜社会と法＞18号38頁（2002年）。また、佐藤千恵「婚姻が破綻した父母による子の奪い合いと事後の司法的解決の限界」中京学院大学紀要14巻1・2号合併号33頁（2006年）（以下、佐藤「婚姻破綻」として引用）、佐藤「ドイツ法」34頁参照。
- (7) Juris Praxis Kommentar BGB Familienrecht, Band4 2.Aufl., § 1632 [*Schwer*], S.1115 (Juris GmbH Saarbrücken, 2005) (以下、*JurisKommentar-Schwer*, § 1632として引用)。また、佐藤「ドイツ法」36頁参照。
- (8) 佐藤「ドイツ法」36頁。
- (9) *JurisKommentar-Schwer*, § 1632, S.1115. また、佐藤「ドイツ法」36頁参照。
- (10) *Müller-Magdeburg*, "Das beschleunigte Familienverfahren", S.184.
- (11) F G G 52条1項は、次のように規定していた。  
「子の身上に関する手続において、裁判所はできるだけ早くかつ手続のいかなる段階（Lage）であっても関係人が合意に達するように努める。裁判所は、関係人をできるだけ早く聴取し、特

に子の監護および親の義務の遂行に関して合意された構想の発展のために、少年支援を担当する相談所および担当者の相談業務によって助言が得られることについて注意を促す。」

- (12) *Keidel/Kuntze/Winkler*, Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 52 [*Engelhardt*], S.1203 (C.H.Beck, 2003).
- (13) *Heumann*, "Sicht des Anwalts", S.201.
- (14) *Reichert*, "Sicht einer Familienrichterin", S.230.
- (15) *Reichert*, "Sicht einer Familienrichterin", S.231.
- (16) FamFG 155条は、次のように規定されている。  
「第155条 手続の優先および迅速化の要請  
1. 子の居所、親子の面接交流(Umgang)又は子の引渡に関する親子関係事件ならびに子の福祉に危険を及ぼす事件の手続は、優先的かつ迅速に行われなければならない。  
2. 裁判所は、前項の手続においては、審理期日に関係人をまじえて事件を審理する。審理期日は、手続申立て後、遅くとも1ヶ月内に開かれる。裁判所は、この期日に少年相談所(Jugendamt)から聴取する。期日の変更は、やむを得ない理由があるときのほか許されない。変更の請求をするときは、その理由を疎明することを要する。  
3. 裁判所は、手続能力のある関係人に対して、審理期日に本人が出席するよう命じる。」
- (17) *Reichert*, "Sicht einer Familienrichterin", S.231 ; *A.Roth*, "Die Familiensachen", S.807.
- (18) BR-Drucks. 309/07, S.524.
- (19) *Reichert*, "Sicht einer Familienrichterin", S.230.
- (20) *Heumann*, "Sicht des Anwalts", S.201; *Reichert*, "Sicht einer Familienrichterin", S.230.  
そのほか <http://www.ak-cochem.de> 参照。
- (21) BR-Drucks. 309/07, S.527.
- (22) BR-Drucks. 309/07, S.527.
- (23) BR-Drucks. 309/07, S.527.
- (24) *Walter Zimmermann*, Das neue FamFG, S.113 (C.H.Beck, 2009) (以下、*Zimmermann*, FamFGとして引用)。
- (25) *A.Roth*, "Die Familiensachen", S.808.
- (26) *Ludwig Salgo/Michael Coester/Lore Maria Peschel-Gutzeit*, Staudingers Kommentar zum BGB, § 1632 [*Salgo*], S.537 (Sellier de Gruyter, 2002) (以下、*StaudingersKommentar-Salgo*, § 1632として引用)。また、佐藤「ドイツ法」38頁参照。
- (27) BR-Drucks. 309/07, S.523.
- (28) 連邦参議院は、法文自体にその点を考慮した文言を付け加えなければならないと指摘していた(意見書48 (BR-Drucks. 309/07, S.38))。しかし、政府は、子の福祉の見地からの制限は、手続法で重ねて法文に示さなくてもよいとの立場を採った(回答48 (BT-Drucks. 16/6308, S.414))。すでに実体法(BGB 1697a条)によって、裁判所は、親子関係事件のすべての手続で子の福祉に沿う判断が求められていることを理由としていた(回答48 (BT-Drucks. 16/6308, S.414))。
- (29) BR-Drucks. 309/07, S.523.
- (30) *Jacoby*, "Regierungsentwurf", S.1703.
- (31) *Keidel/Kuntze/Winkler*, Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 5.Aufl. § 50b [*Engelhardt*], S.1188 (C.H.Beck, 2003) (以下、FGGKommentar-

- Engelhardt*, § 50bとして引用). また、佐々木健「ドイツ親子法における子の意思の尊重－憲法と民法の協働の視点から－」立命館法学317号261頁、263頁（2008年）。
- (32) 岩志和一郎「ドイツの家庭裁判所」家族＜社会と法＞21号30頁（2005年）。
- (33) *FGGKommentar-Engelhardt*, § 50b, S.1186.
- (34) F G G 50条は、次のように規定していた。
- 「第50条 子のための手続世話人
1. 子の利益の実現のために必要であるときは、裁判所は、その身上に関わる手続について、子のために世話人を選任することができる。
  2. その選任は、原則として次の各号に掲げる場合には必要的である。
    - ①子の利益が法定代理人の利益と著しく相反するとき
    - ②審判の対象（Gegenstand）が、家族からの子の引離し又はすべての身上監護全部の剥奪と結びついた、子の福祉に対して危険を及ぼす措置であるとき
    - ③審判の対象が、世話人（B G B 1632条 4 項）又は配偶者、生活パートナー、若しくは面接交流権者（B G B 1682条）からの子の引き取り（Wegnahme）であるとき
 裁判所が、これらの場合において手続世話人の選任を行わないときは、子の身上に関わる決定においてその理由が示されなければならない。
  3. 子の利益が弁護士又はその他の相応しい手続代理人によって代理されるときは、世話人の選任はなされず、又は選任が取り消される。
  4. 選任は、事前に取り消されない限り、次の各号に掲げる場合に終了する。
    - ①手続の最終決定が確定したとき
    - ②その他手続が完了したとき
  5. 手続世話人に対する費用の弁償および報酬については67条 3 項を準用する。」
- (35) *Keidel/Kuntze/Winkler*, Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 5.Aufl. § 50 [*Engelhardt*], S.1152 (C.H.Beck, 2003)（以下、*FGGKommentar-Engelhardt*, § 50として引用）。
- (36) 手続世話人制度については、以下の文献に詳しい。遠藤隆幸「ドイツにおける手続保護人（Verfahrenspfleger）制度の運用実態と今後の課題」比較法雑誌36巻 4 号57頁（2003年）、岩志和一郎「ドイツにおける『子どもの代弁人』（Anwalts des Kindes）」判例タイムズ1208号40頁（2006年）（以下、岩志「代弁人」として引用）、佐々木健「ドイツ親子法における子の意思の尊重（1）・（2）（完）－家事事件における子の意見聴取と手続保護人（Verfahrenspfleger）について－」立命館法学302号286頁（2006年）・306号128頁（2006年）、同「手続保護人（Verfahrenspfleger）の実務の現状と課題－ミュンヘン・子どもの弁護士協会の活動への現地調査から－」立命館法学315号106頁（2007年）（以下、佐々木「手続保護人」として引用）。
- (37) BR-Drucks. 309/07, S.43.
- (38) BT-Drucks. 16/6308, S.415.
- (39) BT-Drucks. 16/9733, S.293. 面接交流以外の親子関係事件も和解の対象となりうるとの連邦参議院の意見（BR-Drucks. 309/07, S.39）を一部取り入れ、子の引渡に関する事件のみを新たに和解の対象とすることにしたものである。
- (40) BT-Drucks. 16/6308, S.414.
- (41) BT-Drucks. 16/6308, S.414.

- (42) BR-Drucks. 309/07, S.526.
- (43) FamFG 158条は、次のように規定する。
- 「第158条 手続付添人
1. 子の利益の実現のために必要なときは、裁判所は、身上に関する親子関係事件について、相応しい手続付添人を未成年子のために選任しなければならない。
  2. その選任は、原則として次の各号に掲げる場合には必要的である。
    - ①子の利益が法定代理人の利益と著しく相反するとき
    - ②BGB 1666条および1666a条による手続において、身上監護の一部又は全部の剥奪が顧慮されるとき
    - ③保護下においている者から子の引離しが行われるべきとき
    - ④子の引渡または滞留命令が争われる手続のとき
    - ⑤面接交流権の終了または根本的な制限が考慮されるとき
  3. 手続付添人はできるだけ早く選任されるべきである。手続付添人は選任によって手続関係人として参加を求められる。裁判所が前項の場合において選任を行わないときは、最終決定においてその理由が示されなければならない。手続付添人の選任又は取消しならびにこれらの措置の却下は独立に異議を申し立てることができない。
  4. 手続付添人は子の利益を確認して、裁判手続において明らかにしなければならない。手続付添人は、審判の対象 (Gegenstand)、手続進行および予測される結果について、相応しい方法で子に知らせなければならない。個別の事情により必要なときは、裁判所は手続付添人に、親その他の子の関係人と話し合いを行い、審判対象に関する合意調整の成立に協力するという追加の任務を委任することができる。裁判所は、委任することからの種類と範囲を確定しなければならない。委任する理由を付さなければならない。手続付添人は、子のために上訴を申し立てることができる。手続付添人は子の法定代理人ではない。
  5. 弁護士または他の相応しい手続代理人によって適当な代理がなされるときは、手続付添人の選任はなされず、又は取り消される。
  6. 手続付添人の選任は、事前に取り消されない限り、次の各号に掲げる場合に終了する。
    - ①手続の最終決定が確定したとき
    - ②その他手続が完了したとき
  7. 職業として就任するのではない手続付添人の費用の弁償については277条1項を準用する。職業として手続付添人となるときは、手続付添人は1回につき350ユーロの報酬を受け取る。第4項第3文による任務の委任のときには、550ユーロの報酬を支払う。報酬は、手続付添いの機会に生じる費用の弁償請求権ならびに報酬により生じる売上税も補填する。費用弁償及び報酬は常に国庫から支払われる。そのほかについては、168条1項を準用する。
  8. 手続付添人には費用を負担させない。」
- (44) 手続付添人の資格については、依然として規定されておらず、未解決のままである (Zimmermann, FamFG, S.115)。
- (45) 岩志和一郎「ドイツにおける『子の代弁人』—手続補佐人の新たな規定」法律時報81巻2号50頁(2009年)(以下、岩志「手続補佐人の新たな規定」として引用)。
- (46) 岩志「代弁人」42頁。
- (47) FGGKommentar-Engelhardt, § 50, S.1166.

- (48) BR-Drucks. 309/07, S.529 ; FGGKommentar-Engelhardt, § 50, S.1166.
- (49) 連邦政府草案においては、「14歳に達した子が申請するとき」も必要的選任事由とされていたが、最終的には削除された。14歳に達している子は、年少の子と比べて自己の利益をみずから表現することができる、と連邦参議院は主張していた（意見書53 (BR-Drucks. 309/07, S.45)）。この意見を入れたものである。むろん14歳以上の子であっても、他の事由による選任は排除されない (BT-Drucks. 16/9733, S.294)。引渡請求の対象となる場合には、F a m F G 158条 2 項 4 号の必要的選任事由に該当する。
- (50) 連邦参議院は、一般条項のみで十分であり、個別の事由を列挙すること自体を不要とする意見を表明していた（意見書53 (BR-Drucks. 309/07, S.44)）。だが、連邦政府は、手続付添人の選任がなされるべき場合が不明確であったとして、列挙主義を維持したのである（回答 (BT-Drucks. 16/6308, S.415)）。
- (51) 佐々木「手続保護人」141頁。
- (52) 連邦参議院は、さらに一步を進めて、手続付添人が選任されている場合、子の精神的負担を考え、子の聴取はなされるべきでないという提案をしていた (BR-Drucks. 309/07, S.45)。しかし、憲法上、子の意思を顧慮することが必要とされており、他方、子に対する聴取手続が子の福祉に反する場合には、聴取しないこともできるので (F a m F G 159条 3 項)、この提案は受け入れられなかったとされる (BT-Drucks. 16/6308, S.416)。
- (53) BT-Drucks. 16/9733, S.294.
- (54) BR-Drucks. 309/07, S.532.
- (55) BR-Drucks. 309/07, S.532.
- (56) BR-Drucks. 309/07, S.532.
- (57) BR-Drucks. 309/07, S.532.
- (58) BR-Drucks. 309/07, S.533.
- (59) Stöβer, "Kindschaftssachen", S.662.
- (60) BR-Drucks. 309/07, S.529.
- (61) BR-Drucks. 309/07, S.45.
- (62) BT-Drucks. 16/9733, S.294.
- (63) BT-Drucks. 16/9733, S.294.
- (64) 手続補佐制度設立の契機と本来の役割については、遠藤隆幸「監護紛争における子の意見評価と手続的地位について (上)・(下) - ドイツ連邦憲法裁判所判例の展開を一視座として -」朝日法学34号39頁 (2007年)・朝日大学法学部創立20周年記念論文集205頁 (2007年) 参照。
- (65) 佐々木「手続保護人」143頁。
- (66) Reichert, "Sicht einer Familienrichterin", S.231.
- (67) 手続付添人の選任行為については、決定の裁判によるなど特別な方式は要求されていない (Hans-Joachim Musielak/Helmut Borth, Familiengerichtliches Verfahren 1. und 2. Buch FamFG Kommentar, S.309 (Franz Vahlen, 2009))。
- (68) 同旨、吉村真幸「直接強制による幼児の引渡執行の可否 (札幌地裁平成6年7月8日決定・判批)」家裁月報47巻8号137頁 (1995年)。また、佐藤「婚姻破綻」33頁、同「ドイツ法」34頁参照。
- (69) Kurt Rebmann/Franz Jürigen Säcker/Roland Rixecker, Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch 4. Aufl., § 1632 [Huber], S.841 (C.H.Beck, 2002) (以下、MünchKommentar-

Huber, § 1632として引用).

- (70) BR-Drucks. 309/07, S.481.
- (71) Zimmermann, FamFG, S.84.
- (72) <http://www.bmj.de/enid>参照。また、*Institut für Familienrecht der Wissenschaftlichen Vereinigung für Familienrecht e.V.*, "Dokumentation (16. Deutscher Familiengerichtstag - Empfehlungen des Vorstandes)", FamRZ2005, S.1962 (2005) (以下、*Familienrecht e.V.*,"Dokumentation"として引用) 参照。
- (73) BR-Drucks. 309/07, S.481.
- (74) Peter Friederici/Rainer Kemper, Nomos Kommentar Familienverfahrensrecht, § 90 [Völker/Clausius], S.355 (Nomos, 2009) (以下、NomosKommentar-Völker/Clausius, § 90として引用)。
- (75) FamFG 90条は、次のように規定している。  
「第90条 直接強制の適用  
1. 次の各号に掲げる場合は、裁判所は明示の決定 (ausdrücklicher Beschchluss) によって、執行のために直接強制を命ずることができる。  
①秩序手段の決定が効果を有しなかったとき  
②秩序手段の決定が効果を見込めないとき  
③直ちに本案決定を執行することが是非とも必要とされるとき  
2. 面接交流権を実現するために子が引き渡されるときは、子に対する直接強制の適用は認められない。そのほかの場合においては、子の福祉を考慮したうえで正当と認められ、義務の履行が穏やかな手段によっては可能でないときにのみ、子に対する直接強制が認められる。」
- (76) BR-Drucks. 309/07, S.483.
- (77) BR-Drucks. 309/07, S.483.
- (78) BR-Drucks. 309/07, S.480.
- (79) BayObLG Beschluss von 18.4.1985, FamRZ1985, S.737 (1985) ; Keidel/Kuntze/Winkler, Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 5. Aufl. § 33 [Zimmermann], S.1002 (C.H.Beck, 2003) (以下、FGGKommentar-Zimmermann, § 33として引用)。
- (80) BR-Drucks. 309/07, S.483.
- (81) BR-Drucks. 309/07, S.481.
- (82) BR-Drucks. 309/07, S.481.
- (83) BR-Drucks. 309/07, S.481 ; NomosKommentar-Völker/Clausius, § 90, S.361 ; Schlünder "Die Vollstreckung" S.1638.
- (84) BR-Drucks. 309/07, S.481 ; NomosKommentar-Völker/Clausius, § 90, S.362.
- (85) FGGKommentar-Zimmermann, § 33, S.1002.
- (86) 浦野由紀子「子の奪い合い紛争の法的解決をめざしてードイツ法の観点からー」家族く社会と法>18号114頁(2002年)(以下、浦野「子の奪い合い」として引用)。
- (87) MünchKommentar-Huber, § 1632, S.839.
- (88) MünchKommentar-Huber, § 1632, S.839.
- (89) FGGKommentar-Zimmermann, § 33, S.1000 ; Schlünder, "Die Vollstreckung", S.1639.

- (90) BR-Drucks. 309/07, S.483.
- (91) MünchKommentar-*Huber*, § 1632, S.841.
- (92) *Müller-Magdeburg*, "Das beschleunigte Familienverfahren", S.184.
- (93) 同旨、*Dieter Schwab*, Familienrecht, 14.Aufl., S.315 (C.H.Beck, 2006) (以下、*Schwab*, Familienrechtとして引用)。
- (94) *Schwab*, Familienrecht, S.315.
- (95) *Schwab*, Familienrecht, S.318. 佐藤「ドイツ法」49頁。
- (96) *Michael Krenzler*, Vereinbarungen bei Trennung und Scheidung, 4. Aufl., S.2, 14 (C.H.Beck 2006) (以下、*Krenzler*, Vereinbarungenとして引用)。
- (97) *Gerrit Langenfeld*, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 5. Aufl., S.8 (C.H.Beck, 2005)。
- (98) *Helmut Borth*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5. Aufl., § 630, S.1690 (Franz Vahlen, 2007)。
- (99) BT-Drucks. 16/9733, S.293.
- (100) *Schwab*, Familienrecht, S.153.
- (101) *Ludwig Bergschneider*, Verträge in Familiensachen, 3. Aufl., S.87 (Ernst und Werner Gieseking GmbH, Bielefeld, 2006) (以下、*Bergschneider*, Verträgeとして引用)。
- (102) *A.Roth*, "Die Familiensachen", S.806.
- (103) BT-Drucks. 16/9733, S.293 ; *Peter Friederici/Rainer Kemper*, Nomos Kommentar Familienverfahrensrecht, § 133 [*Kemper*], S.503 (Nomos, 2009)。
- (104) BR-Drucks. 309/07, S.507.
- (105) BT-Drucks. 16/6308, S.4.
- (106) BT-Drucks. 16/9733, S.293 ; *Rakete-Dombek*, "Das neue Verfahren", S.17 ; *Löhnig*, "Scheidungsverfahren", S.738.
- (107) *Löhnig*, "Scheidungsverfahren", S.738.
- (108) ドイツの離婚手続に関する実務については、菊池絵里「ドイツにおける離婚関係訴訟の実務（上）・（下）」家裁月報54巻3号1頁（2002年）・54巻4号1頁（2002年）（以下、菊池「離婚関係訴訟（下）」として引用）参照。
- (109) すでにモデルプロジェクトのときから、役立つものとして、よい評価を得ていた (*Helga Lassen/Claudius Verghe*, "Familienberatung bei Trennung und Scheidung am AmtsG", FamRZ1998, S.1220 (1998))。
- (110) *Krenzler*, Vereinbarungen, S.14.
- (111) 菊池「離婚関係訴訟（下）」37頁。
- (112) BR-Drucks. 309/07, S.506.
- (113) *A.Roth*, "Die Familiensachen", S.806 ; *Rakete-Dombek*, "Das neue Verfahren", S.18.
- (114) BR-Drucks. 309/07, S.508.
- (115) *H.Roth*, "Die Reform", S.592.
- (116) *Schwab*, Familienrecht, S.317.
- (117) 同旨、浦野「子の奪い合い」124頁。
- (118) *Schwab*, Familienrecht, S.318.



(119) Müller-Magdeburg, "Das beschleunigte Familienverfahren", S.184.

(120) Müller-Magdeburg, "Das beschleunigte Familienverfahren", S.184.

(121) FamFG 156条は、次のように規定されている。

「第156条 合意に向けた努力

1. 裁判所は、別居および離婚の際の親による監護、面接交流権、子の引渡に関する親子関係事件においては、子の福祉に反する場合を除き、手続のいかなる段階であっても、関係人が合意に達するよう努めなければならない。特に子の監護および親の義務の遂行に関して合意された構想について、それをさらに発展させようとするときは、子および少年の支援を担当する相談所および相談業務によって助言が得られることについて注意を促す。裁判所は、適当な場合においては、調停 (Mediation) その他の裁判外における紛争解決を利用できることについて注意を促さなければならない。裁判所は、両親に対して第2文に定める助言を受けるよう命ずることができる。その命令は、独立して異議を申し立てることができず、強制手段により履行させることができない。
2. 親子の面接交流または子の引渡について関係人が合意に達した場合において、裁判所がその合意に基づく調整を公正なものと認めるときは、その調整は和解とみなされる (公正と認められた裁判上の和解)。面接交流に関する調整については、子の福祉に反しない限り、公正なものと認められる。
3. 子の居所、面接交流権または子の引渡に関する親子関係事件において、155条2項に定める期間内に調整について合意に達しないときは、裁判所は仮命令を発することについて関係人および少年相談所と協議しなければならない。助言を受けることまたは書面による専門的診断 (schriftliche Begutachtung) を受けることを命じたときは、面接交流権に関する親子関係事件においては、仮命令により、面接交流について調整がなされるか、面接交流がまったく認められない。裁判所は、仮命令を発するときは、あらかじめ子に対して本人聴取を行わなければならない。」

(122) BR-Drucks. 309/07, S.526.

(123) Familienrecht e.V., "Dokumentation", S.1964.

(124) BR-Drucks. 309/07, S.526.

(125) Peter Friederici/Rainer Kemper, Nomos Kommentar Familienverfahrensrecht, § 156 [Völker/Clausius], S.575 (Nomos, 2009).

(126) Reichert, "Sicht einer Familienrichterin", S.232.

(127) BR-Drucks. 309/07, S.526.

(128) Borth, "Familiensachen", S.1932.

(129) Borth, "Familiensachen", S.1933.

(130) 少年相談所における相談・助言の実情については、菊池「離婚関係訴訟 (下)」38頁参照。

(131) Borth, "Familiensachen", S.1932.

(132) Reichert, "Sicht einer Familienrichterin", S.232.

(133) BR-Drucks. 309/07, S.523 ; Heumann, "Sicht des Anwalts", S.201 ; Reichert, "Sicht einer Familienrichterin", S.230.

(134) 佐々木「手続保護人」143頁。

(135) 佐々木「手続保護人」116頁。

- (136) FamFGを参考に、日本においても家事審判法の改正審議が行われている（<http://moj.go.jp/SHINGI> 参照）。わが国の家事審判法の改正作業段階における議論に関しては、なお竹下守夫「家事審判法改正の課題」家裁月報61巻1号43頁（2009年）参照。
- (137) *Müller-Magdeburg*, "Das beschleunigte Familienverfahren", S.184.
- (138) *Schwab*, Familienrecht, S.153 ; *Bergschneider*, Verträge, S.87.
- (139) 東京高判平成20年2月27日判例タイムズ1278号272頁等。