

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—

佐藤 千恵

- 1 はじめに
- 2 ドイツ法における子の奪い合いを事後に解決する方法
- 3 ドイツ法における子の奪い合いを事前に予防する方法
- 4 日本法への示唆
- 5 むすび

1 はじめに

今日では、児童の権利に関する条約（以下、「児童権利条約」という）の採択（1989年）・発効（1990年）に象徴されるように、子の権利を保障し、その法的地位を充実させることが、世界的な課題となっている。この観点からは、婚姻が破綻した父母による子の奪い合いは、子の精神的負担の大きさを考えると、きわめて憂慮すべき問題であるといえる。

ところが、日本では、離婚率が上昇を続けている。1970年に10.1%であった離婚率が、2005年には、36.7%に達している。父母の婚姻破綻に伴い、子をめぐって深刻な事態に陥りかねない状況といつてよい。

ドイツにおいても、事情は基本的に同じである。離婚率⁽¹⁾は、1970年に、旧西ドイツで15.1%、旧東ドイツで20.7%であった。だが、2003年には、旧西ドイツ地域で43.6%、旧東ドイツ地域で37.1%と、上昇し続けている。日本と同様に、婚姻の破綻した父母間において子をめぐる争いが起きやすい状況にあるといえる。

こうした場合、子の奪い合いという問題に対する取り組みとしては、2つの方向で考えることができる。①子の奪い合いが発生した後では、しかるべき方法により、できるだけ迅速に子の最善の利益（以下、「福祉」という）にかなう適切な生活の場を子に与える方向（事後救済的方法）、②子の奪い合いが生ずる前には、奪い合いを未然に防ぐため、その要因を事前に婚姻破綻の過程で解消・除去する方向（事前予防的方法）、がそれである。

日本では、いずれの方向についても、十分な取り組みができていないとはいえない。前者の

事後救済的方法については、それなりの対応をしてきているが、まだ試行錯誤の段階だといってよい。後者の事前予防的方法に至っては、十分な議論さえ行われていない状況である。これに対して、ドイツでは、いずれの方向についても、ある程度の整備が進んでいるように思われる。

こうして、本稿は、婚姻が破綻した父母による子の奪い合いについて、ドイツにおける事後救済的な制度および事前予防的な制度の現状を概観し、日本における問題解決の手がかりや検討課題を探ろうとするものである。

2 ドイツ法における子の奪い合いを事後に解決する方法

子の奪い合いが発生した後の司法による救済手段⁽²⁾については、ドイツ法においても、本案処理（請求許否）の段階と執行段階に分けて考察することができる。

本案処理の段階では、迅速かつ適切な解決が要請される⁽³⁾。

子は、奪取親とであれ、長期間、一緒にいれば、それなりに、その親との安定した関係を形成してしまう。裁判が長引いたすえに、結局、元の場所に戻すということになれば、それまでの奪取親との関係を破壊することになり、それはそれで子にとって大きな負担となる。だが、そのまま、現状維持を許せば、実力による子の奪取を容認したことになりかねない。そのため、裁判所による「迅速」な解決が要請される（以下、「迅速性の要請」という）。

他方、子は、安定した成育環境からの離脱により、深い傷を負うので、できるだけ環境変化の回数を減らすことが望ましい。司法手続によって、子が父母の間をさまようことを避けるため、裁判所は、一回的な処理に向けた終局的解決を目指す必要がある。そのため、裁判所には、子にとって「適切」な内容の解決が要請される（以下、「適切性の要請」という）。

しかし、これらの2つの要請に、同時に応えることは、非常に難しいことである。「適切」な解決を実現しようとするれば、慎重な調査・判断が必要となり、「迅速」に短期間で結論が出せなくなる。逆に、「迅速」な解決を実現しようとするれば、その分、簡易な処理が求められることになり、慎重に「適切」な結論を導き出すことが難しくなる。

執行段階では、子の人格を尊重しつつ確実な解決の実現が要請される⁽⁴⁾。

執行の対象となるのは、物ではなく、子の引渡である。子のダメージを最少にするために、子の「人格を尊重」した執行方法が要請される（以下、「人格尊重の要請」という）。

他方、子の福祉に適った裁判所の本案処理の判断を現実のものとするのができなければ、事後の救済方法を用意している意味がない。子の引渡を実現できなければ、父母間の自力救済的行動をも誘発しかねない。そのために、「確実」な執行方法が要請される（以下、「確実性の要請」という）。

しかし、これらの2つの要請に、同時に応えることも、至難の業である。「確実」な執行方法としては、直接強制が考えられる。だが、直接強制の方法を用いれば、子の人間性を無視するような扱いもなされうるので、子の「人格」を侵害しかねない。反対に、子の「人格を尊重」しようとするれば、執行態様にも配慮する必要があり、直接強制のような、強力な執行方法は使いづらい。だが、心理的圧迫を引渡義務者に加えて子の引渡を迫る間接強制では、

その圧迫に耐える引渡義務者もいるので、あまり「確実」な執行方法とはいえない。

このように、これらの諸要請は、相矛盾するところがあり、ともに充足することは容易ではない。ドイツでは、以下にみるように、事後救済的方法は、日本と比較して、かなりよく整備されているといえよう。しかし、ドイツにおいても、これらの諸要請にともに応え、子の負担を軽減していくことには、程度の差はあれ、限界があるように思われる。

2-1 子の奪い合いに関する本案処理段階の取り組みとその検証

1) 本案処理段階の取り組み

a) 子の引渡に関する本案手続

ドイツにおいては、日本と比較して、子の引渡のための手続が、子の福祉の実現に向けてよく整備され、確立しているといえる。

日本においては、いまだに、子の引渡に関する本案手続を一本化することができていない。本案手続に関しては、人身保護手続と家事審判手続が、並立して利用されている。たしかに、近時では、人身保護手続の利用を制限する判例⁽⁵⁾が出てきている。本来、身柄の解放を求めるための緊急手段たる人身保護法を子の奪い合いに適用するのは、特に、適切性の要請からの限界があった。しかし、現行の家事審判手続においては、人身保護手続ほどの迅速性は期待できない状況にある。今のところ、家事審判手続の欠点を、人身保護手続が補う形で、2つの手続を利用せざるをえない。このように、日本では、いまだに、子の引渡に関する本案手続は十分に整備されたものにはなっていないのである。

これに対して、ドイツにおいては、事後救済的方法として、迅速性の要請および適切性の要請に応えるため、かなり整備された手続が、用意されている。

子を奪取された親の有する子の引渡請求権は、身上監護(Personensorge)に含まれる権利であり、民法(以下、「BGB」という)1632条に明文化されている。子を奪取された親は、同条を根拠として、奪取親に対する子の引渡請求を家庭裁判所に申し立てることができる(同条3項)。子の引渡に関する手続は、非訟事件手続法(以下、「FGG」という)の定める非訟事件手続によるものとされ、職権探知主義がとられている(FGG12条)。子の福祉に関する調査のために、親や子などは聴取(Anhörung)されることがある(FGG50a条、50b条等)。

このように、ドイツでは、家庭裁判所による非訟事件手続が、子の引渡に関する一本化された、固有の手続として、すでに確立しているのである。

b) 違法性の要件の機能

(ア) 違法性の推定

子の引渡請求手続において、請求が認容されるためには、相手方が「違法」に(widerrechtlich)子を引渡さない状態であることが要件とされている(BGB1632条1項)。ドイツでは、この違法性の要件には、身上監護権を有しない相手方の違法性を推定し、本案処理を迅速化するはたらきがあるとみてよいであろう。

違法性の要件に類似した要件は、日本法においても、人身保護法による場合に見受けられる。相手方による子の拘束に顕著な違法性がある場合には、子の引渡請求が認容されるので

ある（人身保護法2条、同規則4条）。このとき、違法性の有無は、判例によると、子の福祉に反するか否かによって判断される⁽⁶⁾。

ドイツにおいても、子の引渡が子の福祉を実現するための手続である以上、この場合の違法性は、究極的には、子を引き渡さない状態が子の福祉に反するというを指すものと思われる。

だが、ドイツにおいては、身上監護権を有する者の意思に反して、身上監護権を有しない者が子を自己の領域に置いているときには、原則として違法性が認められる⁽⁷⁾。子が、身上監護権を有しない者のもとにとどめ置かれる状態は、子の福祉に反する場合が多いからであろう。ドイツでは、監護権または身上監護の一部である居所指定権（Aufenthaltsbestimmungsrecht）を単独で委任（übertragen）されるには、それが子の福祉に適合するという裁判所の判断が必要である（BGB1671条、1628条）。ただし、子の福祉に反しないかぎり、父母の合意が尊重される。その裁判所の判断に基づけば、子が、身上監護権を有しない者のもとに置かれている状態は、子の福祉に反することが一般に想定されるのである。

日本でも、判例上、非監護権者による監護は権限なくなされるものであり、基本的に、直ちに拘束の顕著な違法性があるものとされている⁽⁸⁾。これも、非監護権者のもとに子がとどめ置かれると、子の福祉に反する場合が多いということからくるのであろう。しかし、日本の場合、離婚時などに親権や監護権を一方の親が取得する際、必ずしも、裁判所を介する必要がない。父母間での子の監護に関する話し合いが十分になされないことも多い。その点で、日本では、元来、ドイツほど一般類型的に、監護権の帰属が違法性を裏付ける事実とはならないであろう。

こうして、裁判所の判断という強い裏付けがあるドイツにおいては、子の引渡を請求する側から、相手方に身上監護権がないという事実さえ示すことができれば、相手方の違法性が一応認められるのである。これは、子の引渡を請求する側の立証の負担を軽減することになり、迅速性の要請に応えることにつながる。

したがって、違法性の要件は、違法性を事実上、推定する機能があり、解決の迅速性を促すはたらきがあるといえよう。

（イ）違法性推定機能がはたらかない場合の方策

双方の親に居所指定権が帰属しているときは、原則として、子の引渡を請求することができないものとされている⁽⁹⁾。なぜなら、共同の居所指定権がある場合には、一方的な返還請求は共同行使の原則（BGB1627条）に反するからである。すなわち、奪取親が子を独断で手元に置くことも違法ではあるが、奪取された親が単独で子の引渡請求を申し立てることも違法であるからである⁽¹⁰⁾。しかし、子を奪取された親から引渡請求をすることができないのでは、子の奪い合いを助長することになりかねない。

i) 単独の居所指定権を得る方法

この困難を解決するには、居所指定権の共同状態を解消することが1つの方策である。

子を奪取された親は、まず、裁判所に申し立てて、監護権を単独で委任されるか（BGB1671条）または居所指定権を単独で委任されること（BGB1628条）が考えられる。これにより、子の引渡請求を主張することが可能となる⁽¹¹⁾。

日本でも、近時の判例⁽¹²⁾に従えば、共同親権者間の争いの場合、原則として、人身保護手続によって子の引渡請求を行うことができない。基本的に家事審判手続が先行される。家事審判手続上の子の監護に関する処分等の中で、子を監護する者の決定とともに、子の引渡請求についても判断されることになる。子の引渡請求は、父母間の子の監護をめぐる争いの一部に過ぎない。子の監護に関する処分等の中で、一挙に解決されるのが適切性の要請からは望ましいのである。

類似の考え方が、ドイツにおいても採用されているとあってよい。ドイツでも、子の引渡に関する手続が子の監護権者等を定める監護手続に先行すれば、各手続による判断が異なってしまうことも考えられる。その場合、双方の親のもとを子が رفتり来たりする結果になる。だが、子を奪取された親に監護権を単独で委任する監護手続を前提とすれば、相手方の違法性が事実上推定される。これにより、できるだけ監護手続による判断と矛盾のない、一回的な処理を実現することができる。適切性の要請にも応えることができるのである。

ii) 父母間の取決めに基づく方法

もう1つの方策として、居所指定権の共同状態を解消することなく、親の一方からの子の引渡請求を可能とする方策もある。それは、父母間であらかじめ子の日常居所 (gewöhnlicher Aufenthalt) について取決めをしておく場合である。

このときは、居所指定権が共同のものである以上、いずれの親も、一方的に取決め内容を変更することはできない。そのため、子を日常居所から勝手に連れ出した親には、違法性が認められうる⁽¹³⁾。

実際に、父母間で2人の子の生活中心点 (Lebensmittelpunkt) を母親の居所とする取決めがなされている場合、父親が取決めに反して、勝手な行動をとったときには、母親による子の返還請求 (BGB 1632条) が認められるとする判例がある⁽¹⁴⁾。母親は、あえて単独の居所指定権の委任を求めなくてもよいのである。

日本でも、最近の判例で類似のものがある⁽¹⁵⁾。調停過程での取決めに違反して、父親が子を奪取したケースで、共同親権者間の争いにもかかわらず、人身保護手続による子の引渡請求が認容された。調停での取決めは、子のためになされた適正な内容のものであるはずである。その取決めに違反した場合には、特段の事情変更がない限り、子の福祉に反する状態となりやすい。速やかに取決めに遵守する状態に戻すことが子の福祉を実現することにつながる、との考え方に基づいた判例といえる。家事審判手続における慎重な調査・判断を待たずともない事案であったから、人身保護手続が例外的に利用しえたのであろう。

ドイツにおける日常居所の取決めを基礎とする方策も、同様の根拠によるものと考えられる。あえて単独監護の委任を得るための監護手続を経なくても、違法性を推定することができる。取決めの内容が適正であるならば、適切性の要請に応えられるとともに、違法性の推定により、迅速性の要請にも応えられることになる。

この方策は、後述するように、離婚後の共同監護を原則とする今日のドイツ法に、よく適応するものといえる。

c) 違法性を阻却する「子の福祉」の役割

これまで述べたように、たとえ相手方の違法性が推定される場合であっても、具体的な事

情のもとで、現実には子の引渡が「子の福祉」に反するときは、その違法性が阻却され、引渡請求は認容されない⁽¹⁶⁾。引渡の対象が人格を有する子であり、究極の目標が子の福祉の実現である以上、最終的には、子の立場を考慮する必要があるからである。

子の引渡に関する手続は、本来、一方の親へ監護権を単独で委任する裁判所の決定(Entscheidung)を執行するための手続ではない。そのため形式的には、違法性の要件が充たされる場合にも、さらに新たに、子の引渡が子の福祉と調和するかどうかについて疑いが生じれば、積極的に調査がなされる⁽¹⁷⁾。この点は、日本と同じであって、適切性の要請に対する配慮からと考えられる。

しかし、監護権紛争の調整が先行している場合は、すでに、その調整過程において、同種の調査が行われている。子の福祉に関する調査の重複を避けるため、子の引渡手続における子の福祉の調査は、限定されてよいことになる⁽¹⁸⁾。その結果、裁判所は、基本的に、引渡時点における子の事情のみを補足的に調査して判断すれば足りる。それは、主として、以下の事情にのみ及ぶ。

すなわち、①子の引渡をする時期が子の福祉と調和するかどうか、②子の引渡請求が権利濫用(BGB 1666条)となるかどうか、③監護権決定後、その決定を変更すべき事情(BGB 1696条)が生じているかどうか、のみを裁判所は調査すれば足りる。①から③の事情のうち、いずれかの引渡を不適当とする事由があれば、子の引渡請求は認容されない。

こうした事情の調査から、子の引渡が子の福祉に反するとされるときには、相手方の違法性は阻却されることになる。子の福祉に関する、こうした補足的調査は、解決の適切性を支える重要な役割を担う。

2) 本案処理段階の取り組みに関する検証

a) 迅速性の検証

(ア) 迅速性充足の努力

子の引渡に関する本案手続では、子の引渡請求事件が迅速に解決されるよう、さまざまな配慮がなされている。

i) 手続進行の迅速性を求める明文規定

まず、法は、子の負担を軽減するため、裁判所ができるだけ早く手続を進めるべきである、との明文規定を置いている(FGG 52条1項)。具体的には、関係人をできるだけ早期に聴取するなどの措置による。

これは、広く子をめぐる争い一般に関する要請であり、子の奪い合いに限ったものではない。だが、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よう。

同じく早期の審理が期待されるものの、日本の家事審判法においては、このような迅速性を求める規定はない。人身保護法においては、ドイツ法と同様に迅速な裁判を求める規定(同法6条)があるが、子の負担を軽減する趣旨のものではない。ドイツ法では、子の福祉の観点から手続の迅速性を重視する姿勢が明確だといえよう。

ii) 仮処分制度

独立した引渡手続では、家庭裁判所は、非訟事件手続の原則により、子の仮引渡を命ずる仮命令(vorläufige Anordnung)を出すことができる⁽¹⁹⁾。子に対する必要な支援を確保し

うる手段として用いられる。親どうしの婚姻事件 (Ehesache) が係属している場合は、裁判所は民事訴訟法(以下、「ZPO」という)620条3号、620a条以下によって、子の仮引渡を命ずる仮命令 (einstweilige Anordnung) を出すことができる。この仮命令は、最終的な決定を待っていたのでは、子の福祉が害されるような、緊急の必要性がある場合に認められる⁽²⁰⁾。

こうした仮命令の制度は、日本においても、同様に設けられている。審判前の保全処分(家事審判法15条の3)や被拘束者である子の仮釈放の決定(人身保護法10条)がそれである。この面では、日本法と同種の配慮がなされているといえる。

iii) 子の福祉に関する調査範囲の限定

子の引渡が子の福祉に反しないかどうかの調査範囲が、前述したように、事情によって限定される点も、迅速性確保に向けた努力のひとつとして挙げられる。広範囲になりがちな調査の範囲を絞り込むことで、時間の短縮を図ることができるからである。

日本においても、子の監護に関する手続が先行していれば、その点は、同様に限定されるであろう。特に、人身保護手続による判断は、近時の判例⁽²¹⁾に従うと、原則として、家事審判手続による判断を前提とすることになる。そのため、調査範囲は限定される。ただ、日本では、そうした手続の連携は、これまで、必ずしも十分とはいえなかったようである。また、ドイツでは、一方の親が監護権または居所指定権を単独で委任されるには、裁判所の決定を得る必要があるため、子の引渡に関する手続に先行して裁判所が関与して、子の福祉に関し調査する機会は、日本より、制度上、多いといえる。日本においては、必ずしも離婚時の親権者指定などについて裁判所が関与する必要がないのである。その意味で、日本と比べ、子の引渡手続に至ってからの子の福祉に関する調査範囲は、ドイツの方が限定されるであろう。

このように、ドイツの本案手続においては、迅速性を実現するためのさまざまな努力がなされている。

(イ) 迅速性の限界

そのような迅速性確保のための配慮にもかかわらず、子の福祉に関する調査を行えば、どうしても、ある程度の時間を必要とする⁽²²⁾。迅速性には限界がある。ドイツでも、こうした子の福祉に関する調査が、司法判断の遅れをもたらすことが、依然として問題視されているのは⁽²³⁾、その証左といってよい。そこで、さらに、その回避を目指す提案も、確かに、いくつかなされている。しかし、こうした試みも、結局は、成功していないようである。

i) ハーグ子奪取条約の枠組みの不採用

手続の遅延の回避を目指す提案の1つとして、「国際的な子の奪取の民事面に関するハーグ条約 (Das Haager Übereinkommen über zivilrechtliche Aspekte der Kindesentführung)」(以下、「ハーグ子奪取条約」という)の考え方を、国内法にも取り入れられないかというものがある⁽²⁴⁾。

ハーグ子奪取条約は、「締約国のいずれかに不法に移動されまたは留置されている子の即時の返還を確保すること」(1条a号)を目的としている⁽²⁵⁾。そして「子の所在する国の司法機関または行政機関」は、原則として、「子の即時返還を命じる」(12条1項)と定めている⁽²⁶⁾。

国際法の領域では、これにより、原則として、子の福祉に関する調査を行うことなく、子

の即時の返還を命じることができる。国内法でも、こうした子の即時の返還原則を採用できれば、司法的解決の遅延を回避することができるというのである。

しかし、現在のところ、この提案はおおかたによって否定的に捉えられている⁽²⁷⁾。

立法府が、1998年7月1日施行の「親子関係法改正法⁽²⁸⁾」による改正の機会に、このような即時の返還原則をあえて挿入しなかったことから、そのような運用は立法者の意図に反するとする見解⁽²⁹⁾がある。ドイツでは、ハーグ子奪取条約が1990年から、その実施法⁽³⁰⁾により施行されていたにもかかわらず、1998年の親子関係法改正法による改正の際には、そうした方法を挿入しなかったのである⁽³¹⁾。

また、国内法では、裁判実務上、迅速な解決に向けた努力がなされているので、それでカバーすべきであるとの声もある⁽³²⁾。

さらに、子の福祉に関する調査を行わずに自動的に返還させる方法は、子の人格を尊重する基本法（以下、「GG」という）2条1項に抵触するため、採用しえないとする見解も有力である⁽³³⁾。

これらは、現行法の枠組みによる子の福祉の調査を重視し、それに伴う必然的遅延はやむをえないとする立場と解される。

ii) 父母間での取決めに対する信頼の限界性

父母間であらかじめ子の監護について行う一定の取決め（Vereinbarung）の効果を強化することで、上述のハーグ子奪取条約の原則を採用したのと類似の結果になる可能性があるという指摘もなされている⁽³⁴⁾。すなわち、あらかじめ両者で行った取決め違反し、一方の親が子を連れ去った場合は、もう一方の親は、この取決めを根拠に、すぐさま子の引渡請求を認容されることにしようというのである。状況によっては、仮の引渡を命ずる仮命令を得ることもでき⁽³⁵⁾、いっそうの迅速な解決が期待できよう。すでにみたように、現在、父母間で子の日常居所に関する取決め反して、一方の親が子を連れ去った場合は、その違法性が「推定」され、迅速な処理に寄与している。この「推定」を、いわば「擬制」にすることにより、子の福祉に関する調査を省いて、さらなる迅速化を図るものと考えられる。

親どうしの取決めは、争いを未然に防ぐことにより、子の福祉を実現するためになされる。そうした取決め違反するということは、取決めを行った趣旨・配慮を無意味なものとし、子の福祉の実現を妨げることになる。とすれば、取決めどおり、もう一方の親のもとに子を返すことは、その点では、子の福祉に適合することになる、というのであろう。

もっとも、たとえば、もとの取決めの内容が子の福祉に適合していないときは、取決めどおりに子を返すことが、総合的にみて、子の福祉に適合しないこともありうる。もちろん、父母が対等の立場で、冷静に子に関する諸事情を考慮し、子の利益に配慮した取決めをしていれば、適切な内容の取決めがなされているのが通例ではあろう。しかし、そのような状況にないときは、必ずしも子の福祉に適合した内容の取決めになっている保証がない。

結局、ドイツにおいても、当事者のみによる取決めの内容の適切さは、せいぜい推定されるにとどまるのではなかろうか。なお、取決め後に事情の変動が生ずることもありうる。

このような状況のもとでは、たしかに裁判所は、特別な事情がなければ、入念に子の福祉に関して調査をする必要はなかろう。しかし、もし、子の引渡が子の福祉に反することを懸

念させる特別な事情の存在が疑われるときは、やはり職権探知主義に基づいて、改めて諸事情を調査するほかないであろう。

実際に、次のような判例もある⁽³⁶⁾。父母間の取決めの内容は、11歳の子が、母親のもとで秋休みを過ごすというものであった。しかし、子は、母親との2年ぶりの交流(Umgang)以降、父親のもとに帰ることを明確に拒絶し、母親のもとで暮らしている。そこで、父親が、母親に対し、取決め違反するとして、子の引渡を請求したものである。子の福祉に関する調査により、取決めの内容に反して、子の意思を尊重する判断がなされ、父親による子の引渡請求は認容されなかった。

やはり、子の福祉を実現していくためには、取決めのみには頼ることはできない。調査の簡略化には限界があるろう。

b) 適切性の検証

(ア) 適切性充足の努力

適切な解決を目指せば、慎重な子の福祉に関する調査が必要となる。適切性を充足するために、次のような手続上の制度が確保されている。

i) 家庭裁判所の管轄

家庭裁判所は、区裁判所の家事部にある。家事事件に関して、専門性の高い裁判官を置いて、解決の適切性を実現しようとしている⁽³⁷⁾。すでにみたように、子の引渡請求事件は、こうした家庭裁判所の管轄に一本化されている⁽³⁸⁾。ということは、この面でも、適切性の確保に努めているものと考えられる。

日本においても、適切性の要請から、家事審判手続による解決に期待が寄せられている。だが、家庭裁判所の管轄に一本化されていない。日本の家庭裁判所が独立の裁判所であるのに対して、ドイツでは格づけが異なるが、子の奪い合いを解決するに適した専門機関としての位置づけでは、ドイツの方が確立されている。適切性の充足に対する期待も大きいといえよう。

ii) 関係人等の聴取

非訟事件手続においては、関係人等の必要的な聴取の制度が設けられている。これにより、慎重な調査が保障される。

①子の聴取

子が奪取親のもとに、長期間、滞在している場合は、必ず子の聴取もなされる(FGG 50b条)⁽³⁹⁾。これにより、裁判所は、子の意思などを知ることができるとともに、子の直接の印象から得られる情報も期待できる⁽⁴⁰⁾。子から直接に多くの情報を得ることにより、その福祉に関して綿密な判断を行うことが可能となっている。

その点、日本には、子の監護者の指定の審判などについては、15歳以上の子の陳述を聴く制度があるが(家事審判規則54条)、物理的な文字どおりの子の奪い合いについては、この種の明確な法制度は存在しない。ドイツは、適切性の要請についても、大きな配慮をしているといえる。

②少年局からの報告

ドイツでは、家庭裁判所は、専門家の意見を聞くほか、少年局(Jugendamt)からの報

告を受ける（F G G 49a条）。少年局は、少年援助のための独立した行政機関であり、少年および家族のための援助サービスを行うものである。教育的・社会的視点からの調査・判断を行い、裁判所に報告や鑑定意見を提供することになっている⁽⁴¹⁾。こうした制度も、子の福祉に関する精密な判断を可能にする。

日本では、裁判所内部に家裁調査官が置かれている。家裁調査官は、人間関係諸科学の専門知識を用いて、子の福祉に関する調査を行い、家事審判官を援助する。ドイツにおける少年局の役割は、日本において、子の引渡請求事件を家庭裁判所が扱う場合の家裁調査官のそれと類似しているといえる。外部機関か内部機関かの違いはあるが、適切性の要請に対しても、類似の機能を果たすことが想定されているといえよう。

③手続世話人の選任

ドイツでは、さらに、裁判所が、子の手続世話人（Verfahrenspfleger）を選任することができる。手続世話人の制度は、司法手続において、子の権利主体性を確保するため、子の利益の代弁人として、親子関係法改正法により新設されたものである⁽⁴²⁾。この制度は、児童権利条約12条の定める意見表明権に由来するものとされている⁽⁴³⁾。

手続世話人は、裁判所外でも子と接触するなど、子の福祉の重要な要素の1つである子の意思を、子に密着しながら探求する役割を果たす。少年局が子の客観的利益を裁判所に伝えるのに対して、手続世話人は、子の主観的利益を子に代わって伝えるものと位置づけられよう⁽⁴⁴⁾。

手続世話人の資格については、法律に規定がない。実際には、たとえば、ソーシャルワーカー、社会教育学や児童心理学の専門家、弁護士など、個々の事情に応じて選任されている⁽⁴⁵⁾。

選任にあたっては、任意的選任事由（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）とがある。任意的選任事由とされる場合は、子の利益を擁護するために必要とされる限りにおいて、裁判所の裁量により選任されるにすぎない。子の引渡に関する事件や一方への単独監護の委任に関する事件などは、これに該当する⁽⁴⁶⁾。必要的選任事由とされるのは、子と親との間に重大な利益相反性が生じている場合や、虐待など、子の福祉に対して危険を及ぼしている親の身上監護を剥奪する措置をとる場合など、限られている。

日本には、子の引渡請求事件等において、子の側に立って、その主観的利益を代弁するという、このような制度は、まだ設けられていない。だが、手続の中で子の権利主体としての地位に配慮することも、それ自体が子の福祉にそうものである。そのうえ、子の福祉に関係する新たな情報がもたらされることも考えられる。こうして、ドイツの家庭裁判所は、さまざまな角度からの情報を総合的に考慮に入れて、子の引渡が子の福祉に反しないかどうかを判断しうる機関となっている。適切性の要請に対しては、この面からも、相当に大きな配慮がなされているといえる。

（イ）適切性の限界

こうした努力によっても、適切な解決は必ずしも容易ではない。

実際には、子の監護をめぐる事情はきわめて複雑である。いずれの親も子の発達を支援する立場にあり、その多くが、そのような立場に相応しい親である。いずれの親のもとにすることが子の福祉に適合するのかわかるということは、多くの場合、相対的なものである。それを裁

判所が、短時間のうちに、多くの情報を収集して検討し、精確に判断するというのは、大変難しいことであろう。

また、手続の迅速性に配慮し、裁判所が関与しない父母間の取決めについても、その違反について、違法性を推定し、実体的な子の福祉との適合性の調査を簡略化するならば、適切性の保障はさらに後退する。やはり、適切性の要請に応えることにも限界がある。

2-2 子の引渡に関する執行段階の取り組みとその検証

1) 執行段階の取り組み

a) 子の引渡に関する執行手続

子の引渡を命ずる裁判に対して、引渡義務者の自発的な履行がなされないときは、引渡を実現するために強制的に執行することが課題となる。この点、ドイツにおいては、日本と異なり、子の引渡のための執行手続および執行方法が、よく整備され、確立している。

日本では、子の引渡を執行の対象とすることを念頭に置いた執行手続規定は、存在しない。そこで、民事執行法に基づく執行が可能であると解されている。だが、解釈上、どのような執行方法を用いることができるかについては、いまだに議論がなされている。

実際には、人格尊重の要請から、間接強制が主に用いられてきたが、実効性に欠けるため、確実性の要請に応えられないとの批判がある。そのため、最近では、直接強制が確実性の要請に応えられるものとして、注目されつつある⁽⁴⁷⁾。だが、直接強制をむやみに用いれば、子の人格を侵害する危険性もある。そこで、実務では、いまだ直接強制を用いることに消極的である。そうしたことから、人身保護手続における勾留と刑事罰を、実効性確保の手段として補充的に用いるべきであるとの主張もある⁽⁴⁸⁾。

このように、日本では、確立した執行手続および執行方法がなく、執行段階でも、人身保護手続の併用を望む声がある。

これに対して、ドイツでは、B G B 1632条による子の引渡命令(少なくとも仮命令)を強制的に実現するため、種々の執行方法が用意されている(F G G 33条)。

具体的には、(ア)強制賦課金(Zwangsgeld)および(イ)強制拘禁(Zwangshaft)という間接強制の方法と、(ウ)強制力の適用(Gewaltanwendung)という直接強制の方法がある。これらの執行方法は、同時に申し立てることが可能であり、並行して適用することもできる(F G G 33条1項2文、2項1文)。ただし、(ウ)の強制力の適用という方法は、引渡の対象となる子など、関係者の権利を侵害しやすい強力な手段であるから、最後の手段として、他の執行方法が功を奏さないという事実をまって用いられるのが原則である。手続と執行は、F G Gの規定に従う。執行手続の管轄も、家庭裁判所である⁽⁴⁹⁾。この執行手続についても、職権探知主義が採られており、関係人は聴取されることがある(F G G 12条、50a条、50b条、50条等)。

b) 執行方法の種類

(ア) 強制賦課金

強制賦課金の制度は、子を引き渡さない場合には金銭を賦課することを示して、子の引渡義務者を心理的に圧迫し、間接的に子の引渡を強制する執行方法である。これによっても子

の引渡がなされないときは、賦課金が、実際に徴収される。裁判所は、強制賦課金の賦課決定（Festsetzung）を、子の引渡が履行されるまで、繰り返し行うこともできる⁽⁵⁰⁾。

強制賦課金を課すにあたっては、その賦課決定前に警告（Androhung）がなされる（F G G 33条 3 項 1 文）。

強制賦課金の最低額は刑法施行法（以下、「E G S t G B」という）6条1項により5ユーロ、最高額はF G G 33条 3 項 2 文により25,000ユーロとされている。この範囲内で、引渡義務者の態度や経済力など、裁判所が個々の事情を考慮して、強制賦課金の額を査定する⁽⁵¹⁾。強制賦課金の賦課決定が初めてなされる場合であるのかどうか、また、かつてなされた強制賦課金の賦課決定では効き目がなかったかどうかなども考慮される⁽⁵²⁾。

（イ）強制拘禁

強制拘禁の制度は、子の引渡義務者を拘禁（Haft）することを示して、心理的に圧迫を加え、間接的に子の引渡を強制する執行方法である（F G G 33条 1 項）。

強制拘禁は、追加的な強制手段として、他の執行方法と併せて用いられることが多い⁽⁵³⁾。たとえば、子の居場所が不明であるか、子が外国にいる場合には、直接強制によって、子の引渡を実現することが難しいと予測される。そのようなときに、強制拘禁の心理的圧迫によって、引渡義務者自身から子を返還させようとするのである。

監護権を有する親は、家庭裁判所に対し、拘禁命令（Haftbefehl）の申立をすることができる⁽⁵⁴⁾。強制拘禁を命ずるときも、拘禁の実行が無に帰せしめられるおそれがある場合などを除き、原則として、事前に警告がなされる（F G G 33条 3 項 3 文）。拘禁は、執行官によって行われる（Z P O 909条）。警察の支援も得られる（Z P O 758条 3 項）。拘禁の期間は、最長6ヶ月である（Z P O 913条）。

（ウ）強制力の適用

強制力の適用というのは、実力行使によって、引渡義務者から子の引渡を強制的に実現する方法である。

原則として、他の執行方法で成果がないとき、強制力の適用が最後の手段として認められる（F G G 33条 2 項）。強制力の適用は、あらゆるほかの手段が功を奏しなかったか、子が危険にさらされているなど、即座の介入が必要な場合のみに限られるのである⁽⁵⁵⁾。

強制力の適用には、他の執行方法と異なり、執行命令の前に、子の引渡に関して実力行使を許す旨の特別な処分（besondere Verfügung）が必要となる。他の執行方法は、子の引渡命令に従わないことのみをもって、執行手続に移ることができる。だが、強制力の適用の場合は、強力な手段であって、とりわけ子の利益を侵害しやすいため、その実力行使が子の福祉に反しないかどうかについて慎重に吟味する必要がある。そのため、子の福祉に関する調査・判断を特別処分に関する手続において行わなければならないのである。人格尊重の要請に応えようとするものである。

特別処分に関する手続は、子の引渡（B G B 1632条）に関する本案手続に対して、独立した手続である。ただし、円滑に手続を進行させるために、双方の手続を併合して、共同の弁論（聴取）を実施することができる⁽⁵⁶⁾。なお、特別処分の前に、まず警告がなされなければならない（F G G 33条 3 項 6 文）。

引渡命令(BGB1632条)、警告(FGG33条3項6文)、強制力の適用のための特別処分は、1つの決定で同時に行うことができる⁽⁵⁷⁾。これも、本案段階から執行段階へ円滑に移行できるようにするためである。

執行は執行官が行うが、必要に応じて、警察機関の支援も得られる(FGG33条2項3文)。

執行官が子を見つけだせないときは、裁判所は、引渡義務者に宣誓に代わる保証(eidesstattliche Versicherung)を交付するように強制する(anhalten)ことができる(FGG33条2項5文)。宣誓に代わる保証とは、引渡義務者が子の所在を知らない旨を宣誓する代わりに、書面で保証するものである。引渡義務者が、これに従わないときは、警告のうえ、拘禁(Haft)することができる(FGG33条2項6文)。引渡義務者に、子の所在に関する情報の提供を強いるための措置である⁽⁵⁸⁾。現実性の要請に基づく措置といえよう。

2) 執行段階の取り組みに関する検証

a) 人格尊重性の検証

(ア) 人格尊重性充足の努力

執行段階においては、GG2条1項に定める子の人格に配慮する工夫がなされている。結局は、子の福祉を実現するために、子の引渡を行うのであるから、当然のことといえよう。

まず、安易に強力な直接強制を使わないという姿勢が挙げられる。間接強制による方法、特に強制賦課金が、原則的に用いられる点は、子の利益に十分に配慮したものと評価できよう。また、いずれの間接強制の方法にも、事前の警告が用意されており、いわば「二段階の間接強制」となっている。この点も、第一次的には、比例原則(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)に従い、引渡義務者の対応を考慮に入れるものであるが⁽⁵⁹⁾、即座に直接的な影響が及ぶのを避ける視点を包含しており、究極的には、子の人格を尊重する姿勢からきているものといえる。

さらに、直接強制である強制力の適用に際しては、執行の可否について、子の福祉に関する新たな調査がなされる⁽⁶⁰⁾。実際に、この調査において、母親への子の引渡が、子の福祉に反することが明らかとなり、家庭裁判所が、執行すべきでないとした例がある⁽⁶¹⁾。

このように、原則として、直ちに強制力を適用しない点、また、強力な強制力を用いる際に、再度、入念な子の福祉に関する調査を行う点も、子の人格尊重の要請に応えようとしているものである。

(イ) 人格尊重性の限界

こうした人格尊重の要請とその充実に向けた努力にもかかわらず、強制的な執行を考えるかぎり、子の人格を尊重することには、おのずから限界がある。また、間接強制の場合においても、強制拘禁の方法によるときは、子の利益に及ぼす影響は大きいものがある。現実には監護している親を、子から引き離して拘禁することになるからである。間接強制により執行できなかったときは、確実に裁判所の判断を現実化するため、さらに直接強制の方法を用いざるを得ない。その場合には、子の人格に配慮するという留保付きにせよ、子に対する強制力の適用を肯定することになり、執行官が、抵抗する幼児を強硬に連れ出すようなことも考えられる。確実に引渡を実現するためには、ある程度は、子に対して有形力も行使されうるのが実態であろう。

その意味では、子の人格に配慮するといっても、やはり、その心理的ダメージを皆無にすることはできない。とりわけ、直接強制の方法にまで至るときは、人格尊重の要請に応えることにも、大きな限界があるといえる。

b) 確実性の検証

(ア) 確実性充足の努力

執行段階においては、子の福祉に向けた引渡の実施という本案段階における裁判所の判断を、確実に実現するための工夫がなされている。

強制賦課金や強制拘禁という間接強制の方法だけでは、子の引渡を実現できない場合もある。こうした場合の最後の手段として、強制力の適用という直接強制の方法が用意されている。強制力の適用は、警察機関の支援も得られる強力な実力手段であり、確実性の要請に応えられるものといえる。そもそも直接強制が背後に控えているというだけで、引渡義務の履行を促す効果があるといわれる⁽⁶²⁾。

執行官は、事情により、確実な執行に向けて、引渡意思のない引渡義務者の住居から子を連れ出すために、その者の住居に立ち入ることが許される⁽⁶³⁾。また、執行官は、引渡義務者らの抵抗が激しく、引渡義務者の住居から子を連れ出すのが困難であるときは、登校中の学校に子を引き取りに行くこともできる⁽⁶⁴⁾。こうした工夫によって、引渡を容易にする努力もなされている。

このように、ドイツ法では、強力な強制手段を用意している。確実性の要請に応える努力には、大きなものがあるといえる。

(イ) 確実性の限界

直接強制という強力な執行方法が用意されてはいるが、現実には、あまり利用されていない。

子に対する強制力の適用は、子の人格を侵害する危険性が非常に高い。子の人格を尊重する憲法上の理由から、子に対する強制力の適用を認めなかった判例もある⁽⁶⁵⁾。子への強制は、きわめて憂慮すべきことであるとして、実務上、裁判所および執行機関は、しばしば、子への強制を躊躇するといわれている⁽⁶⁶⁾。

支配的見解も、子に対する強制力の適用を、執行手続での比例原則や子の福祉調査という厳格な留保のもとでのみ、可能であるとする⁽⁶⁷⁾。学説の中には、子への強制力の適用を全面的に否定する見解さえある状況である⁽⁶⁸⁾。

少なくとも、年齢が高くなるにつれて、子の意思は重視されてこよう。14歳以上の子が、確固たる意思を制圧されることは不適當であるともいわれている⁽⁶⁹⁾。

このように、子に対する強制力の適用については、ドイツにおいても、制度としては、用意されているものの、実際のところ、慎重な捉え方がなされている⁽⁷⁰⁾。やはり、人格尊重性に配慮するかがり、執行の確実性には、現実には限界があるといえる。

2-3 小 括

このように、ドイツでは、日本と異なり、事後救済的方法として、本案処理段階から執行段階まで一貫して、家庭裁判所の非訟事件手続が用意されている。日本の場合のように、人

身保護手続を併用して、欠点を補わなくても、機能しうるものである。

本案段階では、実体面、手続面の両面から、迅速性の要請および適切性の要請に応えるためのきめ細かな工夫・配慮がなされている。

しかし、子の福祉に関する調査・判断を慎重に行うあまりに、訴訟の遅延を招きやすく、迅速性の要請には応えきれていない。早期に解決しようとして、手続を簡略化する場合は、いずれの親のもとにすることが子の福祉に適合するののかについて、十分に調査・判断することができない。適切性の要請に応えられないこともあろう。

執行段階でも、子の人格に配慮したさまざまな執行方法を用意し、人格尊重の要請および確実性の要請に応えようとしている。

けれども、子の引渡を確実なものとするために、とりわけ強制力の適用のような強力な執行方法を用いれば、子の人格を侵害しやすい。その点で、人格尊重の要請に応えるのは難しい。他方、子の人格に配慮すれば、子への強制力の適用はきわめて限定的にしか行なえず、確実性の要請に十分に応えることはできない。

法整備の進んだドイツにおいても、こうした状況である。事後救済的方法自体に、やはり、解決方法としての限界がある。

3 ドイツ法における子の奪い合いを事前に予防する方法

事後救済的方法の限界性を踏まえて、ドイツが選んだ新たな解決方法は、婚姻破綻後における子の監護について父母間の自主的解決を促すことによる紛争予防の方法であった。この方法のねらいの1つは、父母が自ら遵守しやすい環境を作ることにより、子をめぐる争いを未然に防ぐという点にある⁽⁷¹⁾。

ドイツでは、これまで幾度かなされた家族法改正により、子の法的地位の向上に努めてきた。1998年7月1日に施行された親子関係法改正法による改正は、現時点におけるその到達点といえる。この改正の究極の目的は、子の権利性を強調し、子の福祉実現を促進することにある。

その点からすると、父母間の婚姻破綻後における子の奪い合いは、効果的に防止していかなければならない課題である。

そこで、親子関係法改正法が、子をめぐる争いを根本的になくしていくために選択した方法が、父母間の自主的解決の尊重であった。婚姻破綻後における子の監護について、父母間でなされた合意を基礎とすれば、父母ともに納得のいく形態となり、子をめぐる争いは生じにくいというのである。具体的には、別居または離婚後の親子関係の再構築に関して、子の監護内容など、父母間で取り決められる範囲を拡大し、公的支援のもとで、その合意形成を促すものである。すなわち、子に対する監護内容の具体化や監護タイプの選択について、父母間での取決めを期待するのである。

3-1 子の監護に関する父母間の取決め

1) 父母間で取り決められる範囲⁽⁷²⁾

a) 1980年改正時点での監護のあり方

ドイツでは、父母の別居または離婚後の子の監護のあり方に関する規制について、短い期間に著しい変動があった。1980年の「親による監護の権利の新規制法⁽⁷³⁾」による改正時点では、子の監護に関し、父母間で取り決められる範囲は非常に限られていた。

まず、この改正で、「親権 (elterliche Gewalt)」の概念は権威的であるとして、従来、親権の問題として規制されてきた事項について「親による監護 (elterliche Sorge)」という語に改められた。そして、父母が別居または離婚時に選択しうる監護タイプとしては、一方の親による単独監護のみとされた (B G B 旧1671条 4 項 1 文)。一般的に、この改正前までは、明文はなかったものの、離婚後の共同監護 (その当時は共同親権) も、例外的に許されるものと解されていた。それにもかかわらず、改正法は、子の地位に配慮した「親権」概念の放棄に合わせて、単独監護の制度を採用したのである⁽⁷⁴⁾。

絶対的に共同監護を排除するに至ったのは、①子は、明確な生活関係を必要とし、②通常、親の一方とより強い結合関係を生じさせている、という考え方からであるといわれている⁽⁷⁵⁾。そこには、当時の主流となっていた心理学上の見解の影響がみられる。それは、子と親の一方との間の情緒関係を確保するため、対立する双方の親と子が接触を保つことを消極的に捉える見解であった⁽⁷⁶⁾。

こうして、かつては、離婚後の親子関係について、国家が、一方的に1つのあり方を押しつける傾向がみられた。

もっとも、当時も、父母のうち、どちらの親が離婚後の監護権者となるかに関しては、子の福祉に反しない限り、父母間の合意が尊重されていた。だが、当時は、そのような限られた範囲内においてだけ、父母間の取決めが可能であったのである。

b) 連邦憲法裁判所の違憲判決

1つの監護のあり方を国家が押しつけることに対しては、1980年の改正後、国民からの反発があり、次のような違憲判決へとつながった。

1982年11月3日、連邦憲法裁判所は、離婚後は強行的に単独監護とする監護権規定 (B G B 旧1671条 4 項 1 文) を違憲であると判示した⁽⁷⁷⁾。そして、親が離婚後も引き続き共同で子の監護をするつもりであり、かつ、両親が十分にそれが可能である場合には、離婚後も、共同監護とすることができるものとした。選択の余地なく、監護タイプを単独監護のみとしたことは、親の権利を保障する基本法 6 条 2 項に違反すると解したのである。

その後、この判決に基づき、この種の事件については、離婚後の共同監護を認める判決が現れるようになった⁽⁷⁸⁾。

c) 国際的な動向からの影響

これまでの監護のあり方を揺るがす出来事は、国外でも起きていた。

1980年代、アメリカでは、父母の離婚による子の精神的苦痛を共同監護が緩和するという、心理学の研究成果が発表された⁽⁷⁹⁾。東西冷戦が終結に向かい、家族観も変貌していく中で、ヨーロッパ諸国は、こうした変化に適応した親子法改革を遂げていった⁽⁸⁰⁾。そのような中で、

子の権利性が強調されるようになると、1989年には児童権利条約も締結された⁽⁸¹⁾。1992年には、ドイツもこれを批准し、ますます、この条約と国内法との齟齬が明確になった⁽⁸²⁾。離婚後に単独監護とする扱いは、父母の共同責任の原則(児童権利条約18条1項)にも抵触する疑いが生じたのである⁽⁸³⁾。

離婚後の共同監護について、熱狂的に歓迎する動きに対しては、警鐘も鳴らされた⁽⁸⁴⁾。離婚後の父母による共同行為は、実質的には、困難なことが多く、むしろ子をめぐり争いを再燃させることになりかねない、というのである。だが、共同監護の実現に向かう流れは止まらなかった⁽⁸⁵⁾。

こうして、国際的動向からの影響も要因となって、その後の改正へと突き進むことになったのである。

d) 親子関係法改正法以降の監護のあり方

こうした紆余曲折を経て、親子関係法改正法により、離婚後の共同監護が原則化された⁽⁸⁶⁾。ただ、単独監護や部分的単独監護を選択する余地も残されている。これにより、監護内容および監護タイプの選択について、父母間で取り決められる範囲が拡大された。現代の価値観の多様化に伴い、別居または離婚後の親子関係も多様化しているが、そうした変動に対応した改正ともいえる。

こうして、この改正は、絶対的な単独監護の強制を違憲とする判例の見解を採用したというだけのものではない。さらに進んで、子の利益の観点から、父母の婚姻破綻後の子をめぐり争いの回避と親子関係の維持を構想するものである⁽⁸⁷⁾。これは、子の権利について強調する国際的な動向からの影響を強く受けた結果である。

このように、1998年の改正は、子の権利主体性を強化するために、監護のあり方まで修正して子をめぐり争いを予防しようとする大改正であった。

2) 父母間の合意による共同監護の具体的内容

a) 監護内容の具体化

1998年の改正では、共同監護の具体的内容をあえて詳細に定めていない。父母間での取決めに期待する点に特徴がある。

父母による共同監護を原則とするといっても、父母が別居するに至れば、子に対する監護のしかたは、実際には変化せざるをえない。その変化によって、事実上、影響を受けるのは、子である。それにもかかわらず、BGBは、監護分担の大まかな基準を定めた1687条以外、別居後の共同監護の具体的内容について、ほとんど言及していない。

そこで、親たちには、婚姻破綻後も変わらず子の健全な発達を支援するために、あらかじめ具体的な取決めをすることが、その使命となる。その背後には、当事者間での取決めの方が、裁判所の一刀両断的な決定よりも、遵守されやすいとの考え方もある⁽⁸⁸⁾。

結局、1998年の改正は、別居または離婚前に、あらかじめ当事者間で具体的な監護内容を取り決めることを期待しているのである。

b) 監護分担の大まかな基準

共同監護の大まかな監護分担の目安を定め、父母間での合意形成を援助するものとして、BGB1687条が、注目される。

現実には、婚姻破綻した父母間だけで、子の監護内容について冷静に話し合い、合意形成に至るのは、困難な場合も多い。また、父母が同居していない以上、実際に、協力して子の日常的な監護に当たるのも困難なことである。

そこで、BGB1687条では、親の別居により、子が、主に親の一方と暮らすという形態を前提として、それぞれの親の権限領域を示している。すなわち、日常事項 (Angelegenheiten den täglichen Lebens) と重要事項 (Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung) に権限領域を区分したうえ、一定の分配を行うのである。日常事項は、一方の親に単独権限が与えられる領域である。重要事項は、両親の共同権限の領域となる。

日常事項とは、原則として、たびたび起こる事がらや子の発育に重大な影響をもたらさない事がらであるとされる (BGB1687条1項3文)。たとえば、身上監護 (Personensorge) の領域では、日常的な子の病気の治療、補習授業の申込み、栄養摂取、着衣、友達との交流、余暇利用法などが挙げられている⁽⁸⁹⁾。また、財産監護 (Vermögenssorge) の領域では、小遣い銭の管理、贈与された少額の金銭の管理などが挙げられている⁽⁹⁰⁾。

重要事項は、日常事項以外のもので、たとえば、身上監護の領域では、手術の同意、入学や転校、親の一方との交流などが挙げられている⁽⁹¹⁾。財産監護の領域では、子の相続放棄や少額でない財産の管理などが挙げられている⁽⁹²⁾。

日常事項に対する単独権限は、通常、子が一緒に暮らしている一方の親に属する。この一方の親が、日常事項における子の法定代理も単独で行う。その他の点では、共同代理となる。

ただし、交流権 (Umgangsrecht) の枠内で、もう一方の親のところに子が滞在している場合は、その親の方に日常事項の単独権限が認められる。さらに、子に危険が差し迫っている場合は、いずれの親も、単独の法定代理権を有するものとされている (BGB1687条1項5文)。

このように、親の別居後の共同監護は、BGB1687条により、実際のところ、分割監護 (gespaltenes Sorgerecht) となるといわれている⁽⁹³⁾。

c) 詳細な取決めの必要性

父母が選択する子の監護形態がBGB1687条の定めに対応するときは、ほとんど、改めて、父母間での取決めに必要としないとも考えられる⁽⁹⁴⁾。

しかし、BGB1687条が定めるのは、監護分担の大まかな基準である。実際には、重要事項に当たるのか日常事項に当たるのか、判断しづらい微妙な事項もある。子に関する監護事項を、その都度、明確に2つの種類に区別することは、容易ではない⁽⁹⁵⁾。

また、一方の親のもとで子が暮らす形態以外は、BGB1687条の適用があるのかどうかについても、議論があるところである⁽⁹⁶⁾。日常、子が、親の一方のところで暮らす形態は、居住モデル (Residenzmodell) と呼ばれる。この居住モデルを選ぶ親子が、大半ではあるが、そのほか、子が、双方の親のところへ行ったり来たりして暮らす交互寄住モデル (Wechselmodell)、子のところへ、双方の親が来て世話をする鳥の巣モデル (Nestmodell) と呼ばれる形態を採る親子も、わずかながら存在する⁽⁹⁷⁾。居住モデルを想定して規定されたBGB1687条では、他のモデルの場合に適用することはできないとも考えられるのである。

やはり、BGB1687条の規定が存在していても、子がどのような形態で暮らすのかも含め、

父母間での詳細な取決めを必要とする場合が多いと思われる。

d) 合意形成ができない場合の裁判所決定

父母間で、共同監護の内容について、合意を形成することができなかつたときは、家庭裁判所に判断を求めることができる。具体的には、子の居所 (B G B 1628条)、教育問題 (B G B 1628条)、単独権限の範囲 (B G B 1687条 2 項)、親との交流 (B G B 1684条 3、4 項)、扶養 (B G B 1629条 2、3 項) などについて、裁判所が、子の福祉に関する調査に基づき、決定をなす。

このように、父母間で合意形成できない事項があるときに限り、家庭裁判所が判断することになる。

e) 取決め内容の適正化の限界

父母による具体的な監護内容の取決めが子の福祉に適合するか否かについて、裁判所が職権で調査を開始し判断することは、原則としてない。個々の監護事項について、父母のうち、いずれかが裁判所の決定を求める場合に限り、その事項についてのみ判断するだけである。そのため、それでは取決め内容の適正さを確保することができないのではないかという懸念がある。

対立する父母間では、十分な話し合いができず、必ずしも、取決めの内容が、子の福祉に適合するものになるとは限らない。また、あまりに内容のない簡単な取決めであれば、離婚後に子をめぐり紛争が再燃する危険性もある。それでは、取決めによって、紛争を予防し、子の発達を双方で支援するという理念を実現することはできない。家族法の私事化のもとで、最も弱い立場にある子に悪影響が及ぶことになるとして、危機感を抱く論者もある⁽⁹⁸⁾。

それにもかかわらず、実体法上、取決め内容の適正化を確保する規定は、①監護分担の大まかな基準を定めた B G B 1687条と、②父母の申立がある場合に、種々の監護事項に関して裁判所が関与することを定める諸条 (B G B 1628条等) だけである。

父母の理性的な対応に期待するものとはいえ、子の権利を強化し、子の福祉を実現するという目的からすると、その点が、やや不十分ともいえよう。

3) 父母間の合意による監護タイプの選択

監護タイプの選択にも、父母の意思が反映されやすくなった。

a) 共同監護の選択

共同監護の選択が、原則的なスタイルとされている。別居時から、父母は、単独監護や部分的単独監護について家庭裁判所に申し立てることができる (B G B 1671条)。だが、この申立をしない限り、原則どおり、父母の別居後も、共同監護が維持される。

共同監護を選択する場合、通常、裁判所による子の福祉に関する調査はなされない。そのため、共同監護の方が子の福祉の観点から適切なのかどうか、若干の不安は拭えない。

しかし、共同監護が選択されることにより、離婚後も両親が子の監護に携わることが可能となり、一方との親子関係の断絶が食い止められる。そのような効果が共同監護の選択によって得られるとすれば、通例は、子の福祉に最も適合する監護タイプは、共同監護だという理解や価値判断もありうる。ドイツ法は、そうした視点から、他の監護タイプの選択とは異なり、裁判所の判断を要しないとしているのであろう。

実際にも、共同監護の経験がもたらしたものは、今日、次のような意識変化であるといわれる。すなわち、子どもたちは、親の一方を喪失した感情を持たなくなり、父親は、子どもの発達支援に参加することから排除されなくなったと感じている⁽⁹⁹⁾。そのためか、監護タイプのうち、共同監護を選択する父母の割合が増加しているようである。統計上、別居親の約75%が、この共同監護であるという⁽¹⁰⁰⁾。

このように、共同監護の原則化は、その選択にあたって、裁判所の判断を要しない点で不安は残る。だが、市民の意識変化の面で、父母の共同責任の浸透が進み、それなりの成果があったものと評価できよう。

b) 単独監護、部分的単独監護の選択

離婚後も父母による共同監護が原則であるが、単独監護または部分的単独監護も選択しうる。ただし、この場合は、裁判所の関与という公的支援を受ける。父母の別居以降、親の一方は、家庭裁判所に、自己への単独監護または部分的単独監護の委任を申し立てることができる（BGB1671条）。明確に別居時を基準としているのは、子の監護が問題化する夫婦間の争いの開始点が、離婚時では遅すぎて、別居時であることを直視するものとされる⁽¹⁰¹⁾。

このように、別居時から、父母は、子の監護タイプについても選択することができ、早い時点から、子の地位の安定を図ることができる。

c) 部分的単独監護の範囲

1998年の改正により新たに導入された部分的単独監護の制度は、個々の事情に合わせて、柔軟に父母の意思を反映させることができるものである。部分的な単独監護の委任も許容しうるとされていながら（BGB1671条1項）、監護領域のどの部分が単独監護となるのかについては、法律上、特定されていない。

財産監護またはその一部についてだけ単独監護とする場合が考えられる。たとえば、相続財産の管理だけ単独監護とする選択がありうる。さらに身上監護またはその一部についてだけ単独監護とする場合も考えられる。たとえば、居所指定、健康に関する事項についてだけ単独監護とするような例である⁽¹⁰²⁾。

裁判所が、監護の一部を一方の親に委任する場合、残りの部分は、共同監護のままである。このような分割は、法定代理権の帰属範囲にも当然に同じ効果を及ぼす。

このように、部分的単独監護を選択する場合においても、父母の意思が反映されやすいものとなっている。

d) 申立の認容要件

単独監護や部分的単独監護の申立が認容されるためには、原則として、次の（ア）、（イ）の要件のうちのいずれかを満たさなければならない（BGB1671条2項1号、2号）。（ア）親のもう一方がこれに同意するとき。ただし、子が14歳以上である場合には、その子が異議を述べない場合に限る。（イ）申立人への単独監護の委任が、子の福祉に最も適合するとき。

（ア）の要件は、実質的には、父母間で監護タイプについて合意ができたときに問題となる、といえよう。逆に、（イ）の要件は、父母間で合意ができなかったときに問題となる、といえよう。

(ア) 父母間での合意があるとき

単独監護を選択する場合においても、基本的には、父母の合意が尊重される形となっている。父母間に合意がある(ア)の場合には、原則として、直ちに、申立人に単独監護が委任される。

他方、14歳以上の子が異議を述べる場合には、裁判所は、父母間の合意に拘束されない。すぐさま、一方の親に単独監護を委任するのではなく、子の福祉に関する調査(BGB1671条2項2号、1666条)を慎重に行うことになる。子の意思も重視される趣旨である。とくに、子の年齢が高くなれば、子の反対意思は、考量の際、相当な比重を有するようになる。

ただし、この場合も、子の異議があれば、直ちに単独監護の委任が拒否されるわけではない。14歳以上の子も、拒否権を有するわけではないのである⁽¹⁰³⁾。14歳以上の子に異議があれば、裁判所に対して、子の福祉に関する調査の義務が課されるのであり、単独監護が直ちに一方の親に委任されてしまうのが阻止されるだけである。

むしろ、裁判所は、この場合、子の福祉に反しないかぎり、親の意思に拘束されると考えられている⁽¹⁰⁴⁾。やはり、ここでも親どうしの合意形成を期待する考え方が根底にあるものと思われる。

なお、BGB1666条に基づく例外に留意する必要がある。同条は、親が権利濫用などによって、子の福祉を害する危険がある場合に、裁判所に、この危険を回避するために必要な措置をとることを義務づけている。単独監護の申立の際も、子への危険を回避するために必要があるときは、裁判所は、たとえ父母間の合意があっても、子を害する危険のある親への単独監護の委任は認めない。

こうして、父母間の合意は、子の福祉に反しない限りにおいて、尊重されることになる。

(イ) 父母間での合意がないとき

基調として、父母間の合意を重視する現行法では、実態は別として、合意が形成できない状況を想定する(イ)の場合には、例外的位置づけである。

裁判所は、具体的な事情により、①共同監護の廃止、および、②申立人への単独監護の委任が、子の福祉に最も適合することを期待できるときだけ、申立を認容する。したがって、このときは、2段階の子の福祉に関する調査を必要とする⁽¹⁰⁵⁾。

共同監護の廃止が問題となる場合としては、次のようなものがある。①親どうしの協力が欠ける場合、②親の一方が監護を拒絶する場合、③親の一方が監護に無関心な場合、④心理的な忠誠葛藤(Loyalitätskonflikte)のために、一方の親との関係を断絶した方がよい場合、などである⁽¹⁰⁶⁾。このような事情があるかどうかは、裁判官が親や子を聴取して把握する(FGG50a、50b条)。

共同監護を廃止する理由がある場合、さらに続くステップとして、どちらの親に単独監護を委任すべきかを判断する。その際は、①助成原則(Förderungsgrundsatz)、②継続性の原則(Kontinuitätsgrundsatz)、③子との結びつき(Bindungen des Kindes)の原則、④子の意思(Wille des Kindes)の原則などが考慮要因とされる⁽¹⁰⁷⁾。①助成原則とは、子の人格形成にあたって、これを助成する教育能力に優れていて、子を支援するのにより相応しい者を監護者とする、という原則である。②継続性の原則とは、それまで子が暮らしている環

境をできるだけ維持する観点から相応しいものを監護者とする、という原則である。㉔子との結びつきの原則とは、子との心理的な結びつきがより強い者を監護者とする、という原則である。㉕子の意思の原則とは、子も基本権（Grundrecht）の主体であることから（G G 2条）、監護権の調整において子自身の意向を反映させる、という原則である。この原則には、2つの機能があるとされる。1つは、その表明によって、どちらの親とより強い結びつきがあるかを、裁判所が読み取ることができる機能である。もう1つは、その表明によって、子自身の自主的決定（自己決定）を促す機能である⁽¹⁰⁸⁾。なお、子の意思表示に際しては、意思を代弁する者として、すでに述べた手続世話人が重要な役割を果たす⁽¹⁰⁹⁾。

監護に関して、一部分にのみ父母間で争いがある場合は、裁判所は、比例原則により、全面的な単独監護ではなく、より穏やかな手段である部分的単独監護を父母に勧めるべきであるとされる⁽¹¹⁰⁾。できるだけ、父母の意思を反映させつつ、親子関係を維持しようとする対応である。

このように、監護タイプについて、父母間で合意を形成することができないときは、裁判所が、子の福祉に関する調査をして判断するわけである。

3-2 父母間の合意形成を促す手続的担保

1) 当事者任せによる危険

わが国では、以前から、子の問題について、まず当事者間の「協議」によるとして、父母間の取決めを期待する規定がある（民法766条、819条等）。だが、多くの場合、互いの対立感情から、合意形成は十分になされていないのが現状である。そのようなことも要因となつて、子をめぐる争いが頻発しているのである。

この点、ドイツでは、父母間による合意形成を担保する制度を有している。その鍵は、家庭裁判所と少年局の役割およびドイツにおける離婚制度にある。以下、合意形成を担保する手続面からの取り組みをみていくこととする。

2) 任意的合意形成を促進する方法

a) 子の監護事項の決定手続における家庭裁判所の指示

(ア) 司法手続が及ぼす子の不利益

3-1で前述したとおり、子の監護に関して、父母間で合意形成ができない場合でも、最終的には家庭裁判所が判断をしてくれる。だが、裁判所による処理には、子にとって、大きなリスクがあるといわれる⁽¹¹¹⁾。

ここでの裁判手続は、非訟事件手続であり、職権探知主義を採る（F G G 12条）。この裁判は、手続上、子も聴取される場合があるなど（F G G 50b条）、子にとっては、精神的に大きな負担である。しかも、裁判所による決定では、勝者と敗者を生み、新たな父母間の争いを招かないとも限らない。子の利益をいっそう害するおそれもある。

裁判所の手続およびその一刀両断的な判断は、子にとって、多かれ少なかれ不利益を及ぼすものなのである。

(イ) 裁判所による合意形成の促進

こうした子の負担を考慮して、あらかじめF G G 52条は、できるだけ裁判所側から裁判所

外における合意形成を促すこととしている⁽¹¹²⁾。同条は、親どうしによる自主的解決を強化するために、親子関係法改正法により挿入された規定である⁽¹¹³⁾。

具体的には、家庭裁判所が父母間の相互合意を目指す(FGG52条1項1文)。これは、父母間の内部的な合意を目指すのみならず、BGB1671条に基づく単独監護の共同申立等の実現をも目指すものである⁽¹¹⁴⁾。また、家庭裁判所は、少年支援の担い手である相談所およびサービス等を通じて助言を受けられる旨を教示すべきであるとしている(FGG52条1項2文)。この場合の相談所には、少年局のほか、社会団体や教会などの民間の組織が含まれる⁽¹¹⁵⁾。

さらに、裁判所は、手続進行中でも、父母間での相互合意が見込まれる場合などは、父母らに第三者の助言を求めるよう勧告(nahelegen)して、手続を停止してもよい(FGG52条2項)。ただし、子の福祉にとって不利な遅延とならない場合に限られる。

こうして、子の監護事項の決定手続においては、常に、父母間での合意形成に向けた努力がなされている。そして、裁判所以外の第三者機関のもとでの合意形成が促される。この手続では、第三者機関の関与により、適正な内容の取決めがなされやすくもなっている。

b) 離婚手続における家庭裁判所の指示

(ア) 強制併合制度の廃止

ドイツでは、1998年の改正までは、離婚手続に子の監護問題の処理を必ず結合させる、いわゆる強制併合(Zwangsverbund⁽¹¹⁶⁾)の制度がとられていた。これは、1977年の「婚姻および家族法改正のための第1法律⁽¹¹⁷⁾」により、導入されたものであった。強制併合の制度は、離婚後は単独監護に移行することを前提に、離婚時に父母間の紛争を一挙に解決し、離婚後の子の地位を安定させようとするものであった⁽¹¹⁸⁾。

だが、1998年の改正により、離婚後も共同監護の継続を原則とすることとした結果、離婚手続において子の監護問題の処理を強制的に結合する必要はなくなった。

(イ) 夫婦を聴取する際の子の監護に関する説示

強制併合の制度は廃止されたが、父母の別居に伴い、共同監護のあり方は変容を受けざるをえない。

そこで、強制併合制度に代えて、離婚の申立には、当事者間に共通の未成年子がいるかどうかの申告を含まなければならないこととした(ZPO622条2項)。

未成年子がいる場合、裁判所は、離婚手続において、親による監護についても夫婦を聴取する。その際、共同監護の法的効果、とりわけ、父母がどのように子の監護を分担するののかに関する基準(BGB1687条)、ならびに一方の親による単独監護の法的効果を説明しなければならない⁽¹¹⁹⁾。このような説示は、型どおりの法的根拠・内容の説明に尽きるべきではなく、子の特別な状況を考慮して、具体的に行わなければならないといわれている⁽¹²⁰⁾。

これにより、親たちは、未成年子のために共同責任が継続することを改めて自覚することになり、それが子の福祉の実現につながるものとされている⁽¹²¹⁾。

(ウ) 裁判所による合意形成の促進

未成年子のいる父母の離婚手続においても、まず、父母間での合意形成が推進される。

裁判所は、少年支援の担い手である相談所およびサービス等を通じて助言を受けられる旨

を教示すべきであるとされている（ZPO613条1項）。

さらに、裁判所は、職権にて、未成年子がいること等の事実を少年局に知らせる。このとき、社会法（以下、「SGB」という）8編17条2、3項により、少年局は、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る。ここで取り決められた合意計画（*einvernehmliches Konzept*）は、別居または離婚後の監護に関する裁判所の決定の根拠となりうる（同条2項）。もっとも、親たちからの合意計画の提示が強制されるわけではない。

このように、離婚手続においても、まずは、父母に対し、裁判外での合意形成に向けて、はたらきかけがなされる。さらに、第三者機関、特に少年局の協力を得ることによって、父母間での合意形成が促進される。それとともに、第三者機関の関与により、取決め内容の適正化が促されるのである。

c) 合意形成の任意性がもたらす効果

こうした父母の合意形成に関しては、当事者の意思が尊重され、父母間での取決め自体が義務づけられていないのが、特徴である⁽¹²²⁾。

その点が、いささか不徹底とも思われる。しかし、任意であるからこそ、父母の監護責任に対する主体的な自覚を増進し、また、合意の遵守を容易にしている面もある。

実際にも、今回の改正のねらいどおり、裁判所へ持ち込まれる実質的な紛争は減少したという⁽¹²³⁾。手続面から子の監護に関する合意形成を促進する方法は、緩やかな規制ではあるが、うまく機能しているようである。

ドイツでは、どのような離婚の場合も、必ず裁判所が関与する裁判離婚の制度をとっている。そのため、離婚時には、例外なく裁判所が関与するので、わが国と異なり、当事者に取決めをしようという意識が生まれやすいであろう。裁判所以外の第三者機関の援助を求めるのも、最終的には任意だが、裁判所の後押しがあることから、利用されやすいように思われる。古くから教会などの第三者機関が相談所の役割を担っており、近年、充実してきた民間のメディエーション機関も利用しやすい雰囲気があるといわれる。第三者機関の援助により、冷静な話し合いが可能となり、取決め内容の適正化も確保されやすいといえよう。

そのようなことから、手続面からみた予防的取り組みが、実体法上の取り組みと相俟って、一定の成果を挙げていると思われる。

3) 合意表明の義務付け

a) 協議離婚における父母間の合意表明

離婚手続の中でも、協議離婚においては、父母間での争いがないことを前提に、父母間での取決めをさらに促進する要件を定めている。

ドイツでの協議離婚は、当事者間における協議の成立を基礎としつつも、わが国の協議離婚と異なり、家庭裁判所での離婚判決により形成される。このような離婚が認められる要件は、まず、①夫婦が少なくとも1年間は別居していること、②双方が離婚を望んでいること、である（BGB1566条）。

ただ、さらに、協議離婚の申立には、ZPO630条の諸要件を充たさなければならない。その要件の1つとして、いわゆる合意表明（*übereinstimmende Erklärungen*）の制度が

ある。それによれば、夫婦に未成年子がいる場合、申立書に、次のことが含まれていなければならない。すなわち、夫婦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が含まれていなければならないのである(ZPO630条1項2号)。この点の合意表明がない場合、協議離婚の申立は認容されない。

このように、ZPO630条は、事実上、重要な付随事項の調整をしないまま、軽率に婚姻を解消することを阻止する内容となっている⁽¹²⁴⁾。監護に関する取決め内容については、書籍やホームページなどで、雛形や例が示されており、父母の合意表明の一助になっている⁽¹²⁵⁾⁽¹²⁶⁾。

この要件により、未成年子がいる夫婦の協議離婚の場合、さらに子の監護に関する父母間の合意形成が促される結果となろう。

b) 合意内容の適正化確保

合意表明は、離婚後の子の監護に関して、父母間で争いが無いことを示せばよいものであるから、詳細な取決めまでは要求されない。厳密に内容をチェックするシステムもない。

そのため、このときの合意表明は、実際には、簡易なもので足りてしまう⁽¹²⁷⁾。必ずしも、慎重な考慮を経たものであることの保障もない。

そこで、取決め自体、形骸化してしまい、あとで子の監護事項をめぐる争いが生じてしまうおそれもある。

こうして、より有効な方法として、この合意表明を、公証人が作成する離婚取決めの中に詳しく記載してもらう方法が提案されている⁽¹²⁸⁾。また、前述のような第三者機関に援助を求めることにすれば、当事者間の合意形成も冷静な形で子の立場に配慮して行える。取決め内容も適正なものになりやすいであろう。

このようにして、協議離婚の合意表明における合意内容の適正化は、第三者の支援によって、ある程度、確保されるといってよい。

3-2 小 括

以上のように、ドイツ法における事前予防的方法は、その大部分が、1998年の親子関係法改正法による改正に基づいている。その特徴は、父母間の自主的解決により子をめぐり争いを回避しようとする点にある。

実体面では、別居または離婚時における監護内容の具体化および監護タイプに関して、父母間で取り決められる範囲を大幅に拡大している。これにより、父母の意思を十分に反映させ、納得のいく親子関係の再構築を実現し、その後の紛争を防止しようとしている。

そのため、父母間の取決めが、子の福祉実現の鍵を握ることになる。しかし、当事者の意思を尊重する結果、取決め自体を義務づけていない。取決め内容の適正さも法律上要求しているわけではない。そこで、手続面から、第三者機関の支援によって父母間での合意形成を促進し、取決め内容の適正化も確保しようとしている。

実際に、このような緩やかな方法によっても、ある程度、効果が現れているようである。

その理由としては、実体面では、①共同監護の原則化によって、別居または離婚後も親子関係を維持しようという意識が生まれてきたこと、手続面では、②離婚時には、必ず、裁判

所が関与する制度となっており、裁判所が、未成年子のいる父母の離婚状況を把握する機会があること、③裁判所以外の第三者機関が合意形成を援助するシステムも整ってきており、実際に活用されつつあること、などが挙げられよう。

このように、ドイツにおける予防的方法は、父母間での取決め行為および取決め内容の適正化確保についても、当事者の自主性を尊重する。そのような緩やかな方法によっても、ある程度、子の奪い合いなどの紛争を減少させる結果となっている。その背後には、国家や社会のきめ細かな支援・関与があることを忘れてはならない。

4 日本法への示唆

4-1 子の奪い合いを事後に解決する方法からの示唆

わが国と比較した場合、ドイツ法による事後救済的方法の特徴は、確立された家庭裁判所による非訟事件手続である。

すでにみたように、ドイツにおいても、事後救済の方法には、子の権利の適正な保護・支援の観点からみて、限界性がある。しかし、子の奪い合いが発生してしまった場合には、事後救済的方法を用いなければならない。家庭裁判所による家事審判手続を原則的な救済手段とし始めた最近のわが国にとって、その制度を先行させているドイツの取り組みには、改善のヒントとなる点は多いであろう⁽¹²⁹⁾。

1) 父母間による取決めを前提とした解決

本案段階では、子の立場を重視すれば、解決の適切性が要求されるので、ある程度、時間をかけて子の福祉が調査される必要がある。審理時間をむやみに短縮すれば、適切に解決することができなくなってしまう。そのため、ドイツでも、その調査を要する場合は、迅速な解決は難しいようである。

だが、父母間での婚姻破綻後における適正な取決めを、当事者間のルールとすることができれば、これを基準に、迅速かつ適切な解決が実現しやすくなる。ドイツでは、取決めは義務化されていないが、適正に取決めがなされるよう、裁判所、その他の第三者機関の支援がある。日本においても、子に関する取決めを先行させる方法は、事後救済的方法におけるひとつの工夫として参考になるように思われる。

2) 直接強制を含めた執行方法

ドイツでは、執行段階において、国家の強力な最終的関与手段として、直接強制が保証されている。日本ではいまだに直接強制に対して消極的な姿勢が一般であることからすると、この点は、注目に値する。

もちろん、ドイツでも、人格尊重の要請から、子に対する直接強制は慎重に運用されている。しかし、直接強制を用意していること自体が、引渡義務者に履行の圧力を加える効果があることも忘れてはならない。日本においても、子の人格に配慮しつつ、直接強制を行うことができる一定の基準を設けることを検討する必要があると考えられる⁽¹³⁰⁾。

また、ドイツでは、事情に応じて、さまざまな執行方法の組み合わせによって、人格尊重の要請、確実性の要請に応えようとしているが、そうした姿勢も、大いに参考になる。

多くの場合、執行の警告、間接強制、それでも引渡が履行されないときは直接強制というように、徐々に強力な執行方法を段階的に用いる。しかし、緊急の事態では、直ちに直接強制の方法によることもできる。子の置かれている状況に応じて、執行方法を柔軟に使い分けることができるのである。

日本においても執行段階では、物と同様に扱われないよう、子の人格に配慮する必要がある(憲法13条)。それとともに、子が健全に発達しうよう、子の福祉に適合する司法判断を確実に現実のものとする必要もある。子の立場を重視するならば、日本でも、直接強制を含めて柔軟に執行方法を使い分けることができるような制度の採用を検討すべきであろう。

3) 手続世話人制度

手続面では、子の意思を福祉判断に反映させるために、その意思表明を助ける手続世話人の制度が、子の地位向上に役立つものとして、参考になる。

子の奪い合いは、父母間の紛争ではあるが、何よりもその渦中にあるのは、人格を有する子であることを重視すべきである。子の発達の程度にもよるが、子自身の意見表明が、当然、認められなければならない(児童権利条約12条)。その意味では、ドイツにおいても、すでにみたように、手続世話人の選任が原則として裁判所の裁量であるというのは、なお不十分ともいえる。

日本では、人身保護手続における子の代理人が、調査能力等の限界性を指摘されながらも、一定の評価を得ている⁽¹³¹⁾。当事者である父母とは独立して、第三者的立場から、子のために調査報告を行うことで、裁判所による適切な解決を助けるものとして、貴重な存在である。子の代理人は、その多くが弁護士であり、心理学、教育学などの専門家ではないが、熱心な調査活動が行われているといわれる⁽¹³²⁾。

家事審判手続においては、家裁調査官の活躍があるが、直接、子の意思の代弁人という役割を担っているわけではない。子にも意見表明権が保障される以上、家事審判手続でも、子の意見表明を助け、父母とは独立した子の利益を擁護する代弁人は重要と考えられる。とくに、父母だけでなく子も含めた三者間の対立構造になりうる事件では、子の意見表明を支援する制度の導入が不可欠なものとして検討されるべきであろう⁽¹³³⁾。

4-2 子の奪い合いを事前に解決する方法からの示唆

ドイツでは、子の奪い合いを含め、子をめぐる紛争を抜本的に解決するために、予防的取り組みがスタートしている。日本には、従来、きわめて乏しかった視点である。

だが、この予防的視点は、ドイツ法が、子の権利主体性を強調し、子の福祉実現を促進しようという目的を設定したところからきている。その方向性には、日本においても概ね賛同することができるであろう。

子は、小さくても、親とは別の人格を有する個人として尊重されなければならない(憲法13条)。ところが、子は、親たちの離婚によって、確執・別離の運命共同体に組み込まれ、過度に精神的被害を受けている状況にある。このような子の被害を少なくしていくためには、親たちによる無用な争いを根本からなくしていかなければならない。その手段として、父母による共同監護を原則としつつ、子の監護に関する親たちの取決めをできるだけ尊重するド

イツ法の行き方は、日本法における取り組みを検討するうえでも参考になろう。

1) 離婚後の親による支援形態

まず、離婚後の監護のあり方として、共同監護を原則とするドイツ法の行き方は、日本においても注目に値する。

日本では、現在、離婚後は単独親権しか認められていない（民法819条）。ドイツ法でいえば、離婚後の単独監護を例外なく採用した1980年の改正法に類似する状態である。

そもそも、父母には、子の発達について共同責任がある（児童権利条約18条1項）。そのような責任は、親どうしの離婚によっても、影響を受けないはずである。その点からすると、離婚後も共同監護とすることは、親が子の健全な発達を支援するについて、理想的な監護のあり方といえる。もっとも、別居または離婚した父母が、婚姻破綻前と同内容の共同監護を行うことは難しい。実際には、子を父母が分担支援する形態というのが、最も理想に近い、現実のあり方であろう。ドイツ法の状況は、それに近いといってよい。

この点、日本でも、価値観の多様化が進み、実際には、社会の中で、さまざまな親子、家族像が受容されつつある。離婚後、単独親権としながらも、事実上、ドイツにおける共同監護（分割監護）に近い形態をとって、子を分担支援している父母も多いようである⁽¹³⁴⁾。そのようなことからすると、日本でも、父母が離婚後も協力して、継続して子を支援し続けていく形態を法的に認めても、それを受け入れる土壌はあるといえる。

また、子を保護の客体としてみることはできず、子を独占したがる親も、共同監護的な支援形態の導入により、意識に変化が生じる可能性もある。ドイツの場合と同様に、離婚後も双方の親子関係が維持されるという意識が生まれれば、子の支援者としての自覚が芽生える。そのような変化が子の奪い合いなどの紛争予防につながることも期待できるのではなからうか。

こうして、日本でも、ドイツ法を参考に、離婚後の監護のあり方を改めて検討し、共同監護的な支援形態の採用についても考察してみる必要があるように思われる。

2) 父母間による取決めと公的支援

子の監護に関して、父母間での取決めを重視する点では、日本法とドイツ法は基本的に同じである。しかし、その趣旨および合意形成に向けた公的支援のあり方は大きく異なる。ドイツ法の姿勢は参考にすべき点が多い。

日本でも、子の監護に関する事項（民法766条）や離婚後の親権者指定（民法819条）等は、離婚時の父母間の「協議」が期待されている。

だが、ドイツのように、自主的解決の促進による紛争の予防と子の福祉の確保を意図したのではない。むしろ、日本の場合、客体である子を、離婚後、どちらの親に帰属させるかという側面からの取決めといえる。だからこそ、家族内のこととして、国家や社会の関与は控えられ、原則として、父母間だけで子に関する事項について合意形成することになるのである。

現実には、夫婦の力関係が反映して、実質的な協議もなく一方的に親権者指定がなされることがある。また、離婚の実現を優先して、駆け引きにより親権を相手方に譲ることもある。

たしかに、子は成長途上にあるから、いまだ未熟な部分があるが、いまや日本においても、

子は親の従属物ではない。固有の人格を有する権利主体であって、離婚に際して、親たちにより取引の道具にされるのは不当である。まだ未熟ゆえに一人で生きられない子にとって、親は、むしろ、その発達を支援する第一次的な責任を有する者である(児童権利条約18条1項)。父母の婚姻が破綻しても、その地位は変わらない。

とすれば、子の健全な発達を支援するために、親どうしの取決めが支援手段として要求される。その合意形成を担保する公的な支援・関与も、重要であろう。日本においても、父母による「協議」のあり方を再検討する必要があると思われる。

もちろん、家庭や家族の問題に、国家が無制限に介入することは、許されるべきではない(憲法13条)。しかし、親が対立状態に陥り、子に対する支援能力を低下させているような場合には、親だけでは子に対する発達支援の一次的責任を果たせない。そのような場合は、そのまま放置しておくことなく、親たちが責任を遂行することができるよう、適当な機関などが親たちに適切な援助を与えるべきである(児童権利条約18条2項)。社会には、二次的・補充的に子の発達を支援する責務があるのである。

なお、ドイツでは、子の監護に関する父母の取決めが義務化されているわけではない。しかし、ドイツの離婚制度が裁判所の関与を要求するものであるうえ、その他の第三者機関による相談、サービスも利用しやすい環境にある。

日本の場合には、最悪の状態にならなければ家庭裁判所による調停も利用されないほど、第三者機関の関与が日常生活から遠いものになっている。父母による取決めを任意のものとしていては、不十分かもしれない。そのような状況では、婚姻破綻時における取決めや第三者の関与を、一定の限度で義務化することも、検討されてよいように思われる。

5 むすび

以上のように、ドイツにおいては、子の奪い合いを解決する方法として、かなり整備された事後救済的方法と事前予防的方法を備えている。それらの考察から、日本における問題解決の手がかりや検討課題が明らかになったといえる。

ドイツの事後救済的方法は、日本の救済方法に比べ、子の福祉を実現するに適した、よく整備された手続で対応するものである。子の意思を適切に反映させるための手続世話人制度や実効性のある直接強制を含む執行方法など、参考にすべき点が多い。だが、そのように整備された手続でさえも、子の精神的負担を軽減することは容易ではない。事後救済的方法自体に、問題解決の限界性がある。

しかし、ドイツにおいては、さらに、日本と異なり、子の監護のあり方について父母間で取り決めうる範囲を拡大するなど、子の奪い合いそのものをなくすための事前予防的方法が用意されており、一定の成果を上げている。こうした事前の備えは、不幸にして子の奪い合いが発生したときも、その事後的解決を容易にすることもある。

ドイツでは、事後的解決の面では、多少の問題性を残していても、ある程度は、この事前の予防策で、問題の顕在化を抑制できる。その点では、事前予防的方法が、事後救済的方法による子の奪い合い解決の後ろ盾ともなっているのである。

日本においても、子の福祉を促進する観点から、子の奪い合いの問題に対して根本的に対応していく必要がある。事後救済的方法のさらなる整備を図るとともに、他方で、予防的方法の導入も考えていくべきであろう。その際には、歴史的・社会的背景が国により異なる点にも留意しつつ、とくに公的関与の制度に注目して検討していく必要がある。

〈注〉

- (1) Quelle: Statistisches Bundesamt (<http://www.bpb.de>)
- (2) ドイツにおける事後救済的方法について、以下のものが詳しい。半田吉信「ドイツにおける子の引渡請求とその強制方法」『21世紀の民法 小野幸二教授還暦記念論集』690頁（法学書院、1996年）、同「ドイツ民法における子の引渡請求」佐藤進・齊藤修編『現代民事法学の理論上巻 西原道雄先生古稀記念』463頁（信山社、2001年）、浦野由紀子「子の奪い合い紛争の法的解決をめざして—ドイツ法の観点から—」家族＜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）。
- (3) 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合併号31頁（2006年）（以下、佐藤「婚姻破綻」として引用）。
- (4) 佐藤「婚姻破綻」33頁。
- (5) 最判平成5年10月19日民集47巻8号5099頁、最判平成6年4月26日民集48巻3号992頁。
- (6) 最判昭和43年7月4日民集22巻7号1441頁等。
- (7) *Dieter Schwab*, Familienrecht, 14. Aufl., S.283 (C.H.Beck, 2006)（以下、*Schwab*として引用）；*Ludwig Salgo/Michael Coester/Lore Maria Peschel-Gutzeit*, Staudingers Kommentar zum BGB, § 1632,S.527 [*Ludwig Salgo*] (Sellier-de Gruyter, 2002)（以下、*StaudingersKomm-Salgo*, § 1632として引用）。
- (8) 最判平成6年11月8日民集48巻7号1337頁。
- (9) *StaudingersKomm-Salgo*, § 1632, S.527.
- (10) *StaudingersKomm-Salgo*, § 1632, S.530.
- (11) *Schwab*, S.283.
- (12) 前掲最判平成5年10月19日、前掲最判平成6年4月26日。
- (13) *Gerrit Langenfeld*, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 5.Aufl., S.280 (C.H.Beck, 2005)（以下、*Langenfeld*として引用）。
- (14) OLG Stuttgart, Beschluss von. 9.9.1998, FamRZ1999, S.39.
- (15) 最判平成6年7月8日判例タイムズ859号121頁、最判平成11年4月26日判例タイムズ1004号107頁。
- (16) *Johannes Münder*, Der Anspruch auf Herausgabe des Kindes, NJW1986, S.8112.
- (17) *Kurt Rebmann/Franz Jürigen Säcker/Roland Rixecker*, Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 4.Aufl., § 1632, S.834 [*Peter Huber*] (C.H.Beck, 2002)（以下、*MünchKomm-Huber*, § 1632として引用）。
- (18) OLG Hamm, Beschluss von.17.8.1990, FamRZ1991, S.102; *MünchKomm-Huber*, § 1632, S.843; *Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth*, Juris Praxis Kommentar BGB Familienrecht Band4 2.Aufl., § 1632, S.1115 [*Dominic Schwer*] (juris GmbH Saarbrücken, 2005).

- (19) この仮命令は、法律上の規定を根拠とするものではなく、裁判官の法創造 (Rechtsfortbildung) に基づくものである (StaudingersKomm-Salgo, § 1632, S.536)。
- (20) StaudingersKomm-Salgo, § 1632, S.537.
- (21) 前掲最判平成5年10月19日、前掲最判平成6年4月26日、前掲最判平成6年11月8日。
- (22) 仮処分の判断においても、ある程度、時間がかかるであろう。本案の結論とできるだけ同じ結論になることが、子の環境変化の回数を減少させ、子の精神的安定につながる。その点からすると、ある程度、時間をかけて調査をしなければならないからである。
- (23) *Werner Gutdeutsch, Jürgen Rieck*, Kindesentführung: ins Ausland verboten – im Inland erlaubt?, FamRZ1998, S.1488 (以下、*Gutdeutsch/Rieck*として引用)。
- (24) *Gutdeutsch/Rieck*, S.1490.
- (25) 条文訳については、早川眞一郎「子の奪い合い紛争の解決—国際的な取り組み(条約)の観点から—」*家族<社会と法>18号134頁*(2002年)(以下、早川「国際的取り組み」として引用)を参考にした。
- (26) 早川「国際的取り組み」147頁。
- (27) *MünchKomm-Huber*, § 1632, S.844; *StaudingersKomm-Salgo*, § 1632, S.530.
- (28) Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16.12.1997 (BGBl. I S.2942).
- (29) *MünchKomm-Huber*, § 1632, S.844.
- (30) 実施法の詳細については、橋爪誠「ドイツにおける国際的な子の奪い合いの規整」*愛知学院大学論叢*41巻1号252頁(1999年)、佐藤文彦「子の奪取の民事面に関するハーグ条約のドイツ実施法について」*名城法学*54巻1・2号415頁(2004年)参照。
- (31) *MünchKomm-Huber*, § 1632, S.844.
- (32) *StaudingersKomm-Salgo*, § 1632, S.530. なお、現在、F G Gの改正作業が進行中であり、審理の迅速化も改正点の1つとして挙げられている。詳しくは、ミヒャエル・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202頁(2006年)参照。
- (33) *StaudingersKomm-Salgo*, § 1632, S.530.
- (34) *MünchKomm-Huber*, § 1632, S.844.
- (35) *MünchKomm-Huber*, § 1632, S.845.
- (36) OLG Brandenburg, Beschluss von.5.3.2007 (<http://www.juris.de>).
- (37) 森勇「西ドイツの家庭裁判所制度(1)～(3・完)—婚姻紛争事件の集中とその目指すもの」*判例タイムズ*453号25頁(1982年)、454号49頁(1982年)、455号35頁(1982年)、岩志和一郎「ドイツの家庭裁判所」*家族<社会と法>21号23頁*(2005年)(以下、岩志「家庭裁判所」として引用)参照。
- (38) それまで後見裁判所の管轄とされてきた第三者に対する子の引渡請求事件も、1998年の親子関係法改正法により、家庭裁判所の管轄となった(*MünchKomm-Huber*, § 1632, S.838)。
- (39) *Joachim Gernhuber, Dagmar Coester-Waltjen*, Familienrecht, 5.Aufl., S.672 (C.H.Beck, 2006).
- (40) *Zimmermann/Theodor Keidel*, Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 50b, S.1186 [*Helmut Engelhardt*] (C.H.Beck, 2003) (以下、*FGGKomm-Engelhardt*, § 50bとして引用)。
- (41) 岩志「家庭裁判所」28頁、鈴木博人「ドイツ1」財団法人日弁連法務研究財団離婚後の子どもの

- 親権及び監護に関する比較法的研究会編『子どもの福祉と共同親権 別居・離婚に伴う親権・監護法制の比較法研究』129頁（日本加除出版、2007年）。
- (42) 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）参照。
- (43) *Zimmermann/Theodor Keidel*, Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 50, S.1152 [*Helmut Engelhardt*] (C.H.Beck, 2003)（以下、FGGKomm-*Engelhardt*, § 50として引用）。
- (44) 岩志「代弁人」46頁。
- (45) FGGKomm-*Engelhardt*, § 50, S.1167.
- (46) 岩志「代弁人」42頁。
- (47) 青木晋「子の引渡しと執行実務」新民事執行実務4号87頁（2006年）。
- (48) 中山直子「婚姻中の夫婦間の子の引渡事件について」判例タイムズ1042号51頁（2000年）。
- (49) *Peter Bassenge/Herbert Roth*, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit: Rechtspflegergesetz: Kommentar, 11.Aufl., S.200 (C.F.Müller, 2007).
- (50) *Zimmermann/Theodor Keidel*, Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 5.Aufl. § 33, S.980 [*Walter Zimmermann*] (C.H.Beck, 2003)（以下、FGGKomm-*Zimmermann*, § 33として引用）。
- (51) FGGKomm-*Zimmermann*, § 33, S.993.
- (52) FGGKomm-*Zimmermann*, § 33, S.993.
- (53) FGGKomm-*Zimmermann*, § 33, S.996.
- (54) FGGKomm-*Zimmermann*, § 33, S.1005.
- (55) MünchKomm-*Huber*, § 1632, S.841.
- (56) FGGKomm-*Zimmermann*, § 33, S.1002.
- (57) FGGKomm-*Zimmermann*, § 33, S.1002.
- (58) *Wolfgang Lücke*, Zivilprozessrecht, 9.Aufl., S.602 (C.H.Beck, 2006).
- (59) MünchKomm-*Huber*, § 1632, S.840.
- (60) FGGKomm-*Zimmermann*, § 33, S.1002.
- (61) OLG Hamburg, Beschl. v.23.3.1994, FamRZ1944, S.1128. 監護権変更手続を開始し、子を引き渡さないようにする仮命令を出さなければならぬとした。
- (62) 浦野「子の奪い合い」123頁。
- (63) MünchKomm-*Huber*, § 1632, S.839.
- (64) FGGKomm-*Zimmermann*, § 33, S.1003.
- (65) BayObLG Beschluss von.19.7.1984, FamRZ1984, S.1259. 事案は次のようなものである。トルコ人の少女が、ドイツの里親の下で7ヶ月半から6歳まで育った。その後、7歳から肉親とともにトルコで暮らすようになった。13歳の時、ドイツの里親を訪問した際、仮病を使うなどして、トルコに帰国せず、里親の下で暮らし始めた。肉親からの子の引渡請求が認容され、15歳の時、少女への強制力の適用も試みられた。だが、自殺をほめかすなど少女の激しい抵抗により、子の引渡実現は失敗に終わった。抗告裁判所としてのラント裁判所は、強制的な送還を認容したが、バイエルン上級ラント裁判所は、少女への強制力を認めなかった。

- (66) *Markus Lotz*, Die Vollstreckung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit: Eine systematische Aufarbeitung des § 33 FGG unter besonderer Berücksichtigung des Referentenentwurfs zum FamFG und der Zulässigkeit einer Gewaltanwendung gegen Kinder, 1.Aufl, S.174 (Nomos, 2006).
- (67) FGGKomm-Zimmermann, § 33, S.1002; OLG Celle Beschlus v.27.5.1993, FamRZ1994, S.1129.
- (68) StaudingersKomm-Salgo, § 1632, S.538.
- (69) MünchKomm-Huber, § 1632, S.841.
- (70) *Kerstin Diercks*, Ist bei der Herausgabevollstreckung Gewalt gegen Kinder zulässig?, FamRZ1994, S.1226; MünchKomm-Huber, § 1632, S.841.
- (71) *Schwab*, S.315.
- (72) ドイツ親権法の変遷については、岩志和一郎「ドイツの親権法」民商法雑誌136巻4・5号65頁(2007年)が詳しい。
- (73) Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterliche Sorge vom 18.7.1979 (BGB1. I S.1061).
- (74) ディーター・シュヴァープ(海老原明夫訳)「ドイツ法における両親の別居・離婚に際しての子をめぐる闘争」日独法学11号17頁(1987年)(以下、シュヴァープ「ドイツ法」として引用)。
- (75) *Schwab*, S.315
- (76) ゴールドスティンほか(中沢たえ子訳)『子の福祉を超えて 子の最善の利益①』[島津一郎監修] 33頁(岩崎学術出版社、1990年)。
- (77) BVerfG.Urt.von.3.11.1982, BVerfGE.61, S.358.
- (78) OLG Frankfurt, Beschluß von.27.5.1983, FamRZ1983, S.758; AG Arnberg, Urt.von.29.10.1984, FamRZ1985, S.424.
- (79) *Wolfgang Haase*, *Doris Kloster-Harz*, Gemeinsame elterliche Sorge—Ein Schritt vorwärts und zwei Schritte zurück?, FamRZ2000, S.1003 (以下、*Haase*として引用)。そのほか、野田愛子「親の離婚の子どもに及ぼす長期的影響 —ワラーシュタイン教授の研究から—」ケース研究256号2頁(1998年)参照。
- (80) ヴィルフリート・シュリーター(野沢紀雅訳)「ドイツ家族法における親子間の法律関係の改革」比較法雑誌31巻1号63頁(1999年)。
- (81) 森田明「児童の権利条約の歴史的背景—保護から自立へ—の意味—」石川稔・森田明編『児童の権利条約—その内容・課題と対応—』4頁(一粒社、1995年)。
- (82) *Wilfried Schlüter*, BGB-Familienrecht, 12.Aufl., S.180 (C.F.Müller, 2006)。
- (83) 岩志和一郎「ドイツ」石川稔・森田明編『児童の権利条約—その内容・課題と対応—』477頁(一粒社、1995年)。
- (84) シュヴァープ「ドイツ法」31頁、ライナー・フランク(松島真澄訳)「ドイツ親子法改正の最近の展開」家族<社会と法>13号1頁(1997年)(以下、フランク「ドイツ親子法」として引用)。
- (85) 岩志和一郎「親子関係と婚姻—第59回ドイツ法曹大会の議論から—」早稲田法学69巻4号41頁(1994年)。
- (86) 親子関係法改正法に関する立法経緯や詳細については、床谷文雄「ドイツ家族法立法の現状と展望(1)~(4)」阪大法学44巻2・3号49頁(1994年)、同46巻6号84頁(1997年)、同47巻2号137頁(1998年)、同48巻1号75頁(1998年)、渡邊泰彦「ドイツ親子法改正の政府草案について(一)(二・完)」同志社法学49巻1号285頁(1997年)、同49巻2号595頁(1997年)(以下、渡邊「政府

- 草案」として引用)、岩志和一郎「ドイツ『親子関係法改正法』草案の背景と概要」早稲田法学72巻4号37頁(1997年)(以下、岩志「草案の背景」として引用)、同「ドイツの新親子法(上)(中)(下)」戸籍時報493号2頁(1998年)、同495号17頁(1998年)、同496号26頁(1999年)参照。
- (87) *Schwab*, S.315.
- (88) *Henning Jeske*, Das Vermittlungsverfahren nach § 52aFGG und die Familienmediation: Wege zur Bewältigung von Umgangsstreitigkeiten, S.13 (Kovac 2005).
- (89) *Roger Schilling*, Rechtliche Probleme bei der gemeinsamen Sorge nach Trennung bzw. Scheidung, NJW 2007, S.3233 (以下、*Schilling*として引用).
- (90) *Schilling*, S.3236.
- (91) *Schilling*, S.3234.
- (92) *Schilling*, S.3234.
- (93) *Schwab*, S.318.
- (94) *Ludwig Bergschneider*, Verträge in Familiensachen, 3.Aufl., S.85. (Ernst und Werner Giesecking GmbH, Bielefeld, 2006) (以下、*Bergschneider*として引用).
- (95) 疑わしい場合には、親たちの共同行使の原則から (B G B 1627条、1687条1項1文)、重要事項とされるべきであるとの見解もある (*Schilling*, S.3234)。
- (96) *Schilling*, S.3236.
- (97) *Langenfeld*, S.280.
- (98) フランク「ドイツ親子法」13頁。
- (99) *Haase*, S.1004.
- (100) *Langenfeld*, S.280.
- (101) 岩志「草案の背景」60頁。
- (102) *Schwab*, S.323.
- (103) *Schilling*, S.3237.
- (104) *Schwab*, S.321.
- (105) *Schilling*, S.3237; *Haase*, S.1005; *Schwab*, S.322.
- (106) *Schilling*, S.3238.
- (107) *Stefan Motzer*, Die Rechtsprechung zur Elterlichen Sorge und zum Umgangsrecht seit 2004, FamRG2006, S.73 (以下、*Motzer*として引用); *Schilling*, S.3239.
- (108) *Schilling*, S.3240.
- (109) *Kurt Rebmann/Franz Jürigen Säcker/Roland Rixecker*, Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, 4.Aufl., § 1671, S.988 [*Peter Finger*] (C.H.Beck, 2002) (以下、*MünchKomm-Finger*, § 1671として引用).
- (110) *Motzer*, S.73; *Schwab*, S.323.
- (111) *Schwab*, S.326.
- (112) *MünchKomm-Finger*, § 1671, S.1013.
- (113) *Zimmermann/Theodor Keidel*, Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 52, S.1202 [*Helmut Engelhardt*] (2003, C.H.Beck) (以下、*FGGKomm-Engelhardt*, § 52として引用).
- (114) ミヒャエル・ケースター (岩志和一郎訳)「ドイツの家庭裁判所の手続におけるメディエーション」

- ンの要素」比較法学38巻1号293頁(2004年)(以下、ケースター「メディエーション」として引用)。
- (115) ケースター「メディエーション」310頁。
- (116) ZPO旧623条3項1文。
- (117) Erstes Gesetz zur Reform des Ehe und Familienrechts vom 14.6.1976 (BGB1. I S.1421).
- (118) Schwab, S.315.
- (119) Helmut Borth, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5.Aufl., § 622, S.1536 (Franz Vahlen, 2007) (以下、ZPOKomm-Borthとして引用)。
- (120) ZPOKomm-Borth, § 622, S.1537.
- (121) ZPOKomm-Borth, § 622, S.1559.
- (122) 離婚後も共同監護となる場合に、監護計画書の提出を義務づけていた政府草案に関しては、渡邊「政府草案(二・完)」270頁参照。
- (123) 増田勝久「ドイツ2」財団法人日弁連法務研究財団離婚後の子どもの親権及び監護に関する比較法的研究会編『子どもの福祉と共同親権 別居・離婚に伴う親権・監護法制の比較法研究』153頁(日本加除出版、2007年)(以下、増田「ドイツ2」として引用)。
- (124) ZPOKomm-Borth, § 630, S.1690.
- (125) 別居または離婚時の取決めに関する書籍やホームページとして、たとえば、次のようなものがある。*Bergschneider*, S.79; *Langenfeld*, S.280; *Michael Krenzler*, Vereinbarungen bei Trennung und Scheidung, 4.Aufl., S.1 (C.H.Beck 2006); <http://www.vamv.de>.
- (126) 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 小野幸二教授古稀記念論集』592頁(法学書院、2007年)。
- (127) *Bergschneider*, S.87.
- (128) *Langenfeld*, S.280. 公証人の関与の有用性については、オリバー・フランツ・ケストラー(神谷遊訳)「ドイツにおける離婚の効果に関する合意」広島法科大学院論集3号279頁(2007年)参照。
- (129) 前掲最判平成5年10月19日民集47巻8号5099頁、前掲最判平成6年4月26日民集48巻3号992頁。
- (130) 浦野「子の奪い合い」123頁も同旨。
- (131) 中田昭孝・斎藤聡「子の監護をめぐる人身保護請求事件の諸問題」判例タイムズ950号頁(1997年)。
- (132) 中山直子「別居中の夫婦間の子の引渡請求」判例タイムズ1100号172頁(2002年)。
- (133) 増田「ドイツ2」164頁も同旨。
- [付記] 本稿の脱稿後に、鈴木博人「ドイツの親子法の現状」『新家族法実務大系②』[野田愛子・梶村太市編]91頁(新日本法規出版、2008年)に接した。ドイツの別居・離婚後の共同監護について紹介されており、併せて参照されたい。