

離婚と親権 — ドイツ法を中心として

神 野 礼 斉

I はじめに

1 わが国における離婚と親権

民法819条1項は、「父母が協議上の離婚をするときは、その協議で、その一方を親権者と定めなければならない」とし、同条2項は、「裁判上の離婚の場合には、裁判所は、父母の一方を親権者と定める」とする。離婚後は父または母の一方が親権者となることとされているのは、父母が婚姻関係にないときは、親権の共同行使は不可能または困難だと考えられているからである。

父母が別居し、または離婚することは、その未成年の子にとってとりわけ大きな打撃となりうる。子が日々成長している環境が突如として破壊され、また、たとえ面会交流は続けるとしても、子は父母の一方を失うことになるからである。父母が別居すると、しばしば、父母間では子をめぐり争いが生じ、すなわち、子は将来父母のいずれの下で生活すべきか、父母のいずれが子の親権を行使すべきか、非親権者との面会交流をどのように行うべきかをめぐって激しい争いが生じる。このことは子にとっても大きな負担となりうる。この争いにおいては、時として、父母の一方から他方に対して、「子に対して暴力をふるった」などのいわれのない非難がなされ、相手をおとしめる主張もはばかれない。他方で、この争いの結果、子を手元におくことができなくなった父母の一方は、諦念を覚え、その後は子との交流もまれとなり、子に対する関心が薄れることもしばしば見受けられる。父母の婚姻関係が破綻

した後も父母の双方が重要な他者として子の養育に関わるべく父母が十分な理解の下での協力を合意できないとき、子の福祉は著しく害される。

第二次大戦後しばらくは、父親が親権者になるケースが多かったが、1965年を境に、母親が親権者になって子を引き取るケースが増加しており、現在では、母親が親権者になるケースが8割以上となっている。2018年の人口動態調査によれば、夫が全児の親権を行う場合が11.9%、妻が全児の親権を行う場合が84.5%、その他が3.6%となっており、ほとんどのケースで、夫婦の一方（多くの場合は夫）が子の親権を手放すことになっている。

家庭裁判所が親権者を父母のいずれに定めるかの基準として、しばしば「母性優先の原則」や「継続性の原則」が挙げられる。もっとも、乳幼児期（0歳から3歳くらいまで）の子については母を優先すべきとする「母性優先の原則」については、近年、子の養育についての父母の役割が変化している中で、安易に母を優先すべきとすることには批判も強い。また、3歳から小学校卒業くらいまでの子については、現在の監護者と子との心理的結びつきの継続性、社会環境の継続性に配慮して現状変更はなるべく避けるべきとする「継続性の原則」についても、この事情を重視すると、別居時に子を連れていた方が有利ともなりかねず、子の奪い合いを助長するとの批判もある。日本では、母が父に無断で子を連れて里帰りすることについては比較的寛容な風土があるともいわれる。実際、子の奪い合いをめぐる審判例などでは、母による子連れ里帰りが、特に違法・不当でないと評価するものも少なくない⁽¹⁾。

2019年2月、国連子どもの権利委員会は、離婚後の子の共同養育を認める法改正を日本に勧告した。それによれば、「子の最善の利益である場合に、外国籍の親も含めて子の共同養育を認めるため、離婚後の親子関係について定めた法令を改正し、また、非同居親との人的な関係及び直接の接触を維持す

(1) 早川眞一郎『『子連れ里帰り』の行方—ハーグ子奪取条約と日本』加藤一郎追悼『変動する日本社会と法』（有斐閣、2011年）148頁以下参照。

るための子の権利が定期的に行使できることを確保すること」とされる。2020年4月、法務省は24か国を対象として行った離婚後の親権制度等についての調査結果を公表した。それによれば、日本と同様に単独親権のみを認める国はインドとトルコのみであり、他の22か国では共同親権が認められていた。

2 ドイツにおける違憲判決

日本民法の母法の一つであるドイツ法においても、従前は、たとえ父母の双方が共同親権を希望したとしても、例外なく父または母の一方にのみ親権が委ねられることになっていた。ところが、1982年、連邦憲法裁判所は、このような規制は違憲であることを宣言する⁽²⁾。それによれば、父母が離婚後も引き続き共同で親権を行使することを希望し、双方に十分な育児能力があるとき、父母の双方に共同親権が委ねられなければならないとしたのである。

ドイツ憲法6条2項1文は、「子の養育監護及び教育は、親の自然的権利であり、かつ、何よりもまず親に課された義務である」と定める。ドイツ連邦憲法裁判所1982年11月3日判決は、離婚した夫婦の子の親権を父母の一方と定めることを強制し、離婚後も父母が引き続き共同して親権を行使することを認めていなかった当時の民法1671条4項について、憲法6条2項1文の「親の権利」に合致しないとして、その無効を宣言した⁽³⁾。

その判決理由によれば、「憲法が親の権利を保障するのは、まずもって、子の保護のためである。なぜならば、通常、親は、自己の子の福祉についてその他の誰よりも気に掛けるものだからである。国家が親の教育権に介入することが許されるのは憲法6条2項2文が定める国家の監視が必要とされる場

(2) BVerfG, Urteil vom 3. 11. 1982, FamRZ 1982, S. 1179

(3) 神谷遊「離婚後の父母による子の共同監護—ドイツ法における取扱いを中心として—」林良平=甲斐道太郎編『谷口知平先生追悼論文集 第1巻 家族法』(信山社, 1992年) 183頁以下参照。

合だけであり、その意味では、親の権利は国家に対する自由権である。子との関係においては、子の福祉が親の監護及び教育の最上位の基準とされなければならない。……

母および父と子との感情的な結びつきは、父母の別居や離婚にもかかわらず存続しうるものである。たとえ父母がこれまでと同様にはその責任を果たすことができなくなったとしても、父母は、別居によって子の成長に通常生じうる損害をできるだけ軽減し、理性的かつ子の利益に沿うような監護・教育のあり方を模索し、また、引き続き子との個人的な結びつきを維持できるような方法を見出さなければならない。それゆえ、別居しまたは離婚した父母は、親の権利を行使するにおいて、父母間の紛争のことで子に負担をかけるように努力しなければならない。このことは、父母は、お互いに、子と他方との関係を妨害してはならないということでもある。このことによって、離婚した父母は、子の成長にとって有益となる親密な結びつきをなお離婚後も維持し続けることができるのである。

たしかに、離婚をすると、夫婦間の婚姻生活共同体だけでなく、子との家庭的共同体も最終的には消滅することになる。離婚後も子は父母の双方と緊密に連絡を取り合うことはできるとしても、父母双方との絶え間ない共同生活はもはやなくなり、より寛大な面会交流を定めたとしても、子はその時々之母または父のいずれかの居所で生活することになる。たとえ離婚後も引き続き父母はその責任を果たしていくとしても、離婚が親子関係に影響を及ぼすことは否定できない。

このような離婚に伴う影響を考慮して、立法者は、離婚手続において夫婦間の子の親権に関する家庭裁判所の決定は、例外なく単独親権を決定しなければならないとし、例えば、父母の間に紛争がある場合にのみ単独親権を決定する余地も認めていない。……

しかしながら、父母が離婚後も子に対して共同して責任を果たすことを希望する場合、国家は、対立する父母間の利益を調整する必要はない。さらには、

父母の双方に十分な育児能力があり、かつ、子の福祉のために父母の一方にのみ親権を委ねることが適切と思われる根拠がない場合、国家は、監視人としても、子の監護および教育から父母を排除し、面会交流のみに制限する権限はない。それにもかかわらず、国家が、父母が離婚後も共同して親の責任を果たすことを例外なく排除することは、憲法6条2項1文によって保護される親の権利への介入となり、そのような介入には特別な正当化根拠が必要となる」。

この違憲判決が出された後、法改正は遅れていたが、1998年7月1日の親子法改正によって、新しい親権制度が実現した。新法は、父母の関係が破綻した際の子をめぐる争いをできるだけ回避し、できるだけ父母の双方が親権者として子を養育することを目指すものである。新法の特徴は、親権の規制が必要とされる原因を、父母の離婚ではなく、父母の事実上の別居としたことである。

すなわち、新法では、父母が離婚しても、家庭裁判所はその後の親権をどうするかについて常に決める必要はない。離婚の手續が進行していること、父母の離婚が裁判所で確定したことは、それ自体としては親権には何ら実体法上の影響を及ぼさない。父母が別居し、または離婚したとしても、原則において共同親権はそのまま継続する。共同親権の継続は直接に法律に基づいて認められ、これについて裁判をする必要はない。父母の一方が自分へののみ親権を委ねることを裁判所に対して申し立てた場合に初めて(民法1671条)、裁判所の手續が開始する。申立てをしても、それが棄却されれば、申立人である父母の一方がもはや共同親権を望んでいなくても、なお共同親権が継続する。共同親権とはしない旨の裁判所の決定がなされない限り、共同親権は継続するのであって、また、裁判所は職権で親権に関する手續を開始する権限も通常は有しない。

II 法律による共同親権の継続

1 共同親権継続の原則

現在のドイツでは、父母が離婚しても、家庭裁判所はその後の親権をどうするかについて常に決めなければならないわけではない。離婚の申立てにおいては、夫婦の間の未成年の子の氏名、生年月日、常居所については報告しなければならない（家事事件手続法 133 条 1 項 1 号）。さらに、親権、面会交流、子の扶養料、夫婦の一方の扶養料、婚姻住居および家財に関する夫婦の合意があるかどうかについても報告しなければならない（同 2 号）。このような方法によって、離婚手続においては子の今後についての確認はなされるものの、しかし、これは親権に関する何らかの決定をすることを目的とするものではない⁽⁴⁾。

2 別居後に親権の構造が変更される可能性

しかし、父母が別居するとき、親権の構造は変更されうる。すなわち、父母はもはや一つの共同体において同居することはできないので、子は母か父のいずれかの下で日常生活を送ることになる。その場合、日常の事実上の監護や教育を共同で行うことはたいていの場合には不可能である。しかし、別居後の共同親権は、子が父母のいずれの下で生活すべきかについては定めていない。したがって、これについては父母が何らかの同意をしなければならない。それができなければ、父母の一方（または双方）は、家庭裁判所に対して、民法 1671 条に基づいて自己が単独親権者となることを申し立てるか、あるいは、民法 1628 条に基づいて居所指定に関する決定権限の付与を求めることに

(4) 以下の叙述は、主として、Schwab, Familienrecht, 28. Aufl. München, S. 406ff. によっている。ドイツの親権制度について、西希代子「親権に関する外国法資料 (2) —ドイツ法」大村敦志ほか編『比較家族法研究』（有斐閣、2012 年）、床谷文雄「ドイツ」床谷文雄＝本山敦編『親権法の比較研究』（日本評論社、2014 年）120 頁以下など参照。

なる。別居後も共同親権を維持するとしても、父母は多くのことを争うことはできる。具体的には、居所指定(民法1628条)、面会交流(民法1684条3項)、扶養料および教育に関する問題(民法1628条)である。すなわち、離婚後の共同親権は、何らかの実体を示すものではなく、あくまで一定の法律上の枠組みを示しているにすぎない。父母の別居後も子の重要な事務については父母が子のために共同で責任を負うことを前提として、そのための様々な選択肢が父母に提供されているにすぎないのである⁽⁵⁾。

3 別居後の共同親権の行使の方法

(1) 民法1687条に基づく親権の分割

民法1687条1項1文ないし3文は、父母の別居後も共同親権ではあるが、子がそのほとんどを父母の一方の下で生活している場合に配慮する規定である。これによれば、父母が別居しているときは、子にとって極めて重要な事務の処理についてのみ父母の合意が必要とされる。これまで裁判例において重要な事務とされたものとして、学校の選択⁽⁶⁾、予防接種に関する決定⁽⁷⁾、自由剥奪を伴う措置への同意⁽⁸⁾、危険を伴う外国旅行に関する決定⁽⁹⁾、宗教

(5) ちなみに、2016年において民法1671条に基づいて単独親権を求める申立てがなされた件数は、離婚手続全体の約2パーセントにすぎない。この内、親権者を母とするものが約70パーセント、父とするものが約8パーセントあり、残りの20パーセントにおいては父母の共同親権が維持されている。結果として、離婚手続の98パーセント弱において共同親権が維持されており、共同親権は離婚後においても事実上通常の形態となっている(Dethloff, Familienrecht, 32.Aufl. München, S. 434)。なお、この内訳の割合は、2019年においてもほぼ同様である(ドイツ連邦統計局HP)。

(6) KG, Beschluss vom 24. 7. 2017, FamRZ 2018, S. 502; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 18. 4. 2019, FamRZ 2019, S. 1244; OLG Rostock, Beschluss vom 10. 12. 2018, FamRZ 2020, S. 102

(7) BGH, Beschluss vom 3. 5. 2017, FamRZ 2017, S. 1057; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 4. 9. 2015, FamRZ 2016, S. 834; OLG Jena, Beschluss vom 7. 3. 2016, FamRZ 2016, S. 1175

(8) OLG Oldenburg, Beschl. vom 17. 10. 2018, FamRZ 2019, S. 203;

の選択⁽¹⁰⁾、子の写真を商業的インターネットサイトへ公表することの決定⁽¹¹⁾などがある。これに対して、日常生活に関する事務については、（他方の同意もしくは裁判所の決定に基づいて）子と日常生活を送っている父母の一方が単独で決定することができる（民法 1687 条 1 項 2 文）。したがって、父母の別居後の共同親権は、実際上は分割された親権となっている⁽¹²⁾。すなわち、共同で決定しなければならない領域（極めて重要な事務）と、子とともに生活をしている父母の一方が単独で決定できる領域（日常生活に関する事務）である。

※ 二つの領域の分類の目安⁽¹³⁾

極めて重要な事務	日常生活に関する事務
<p>・居所指定： 子が父母のいずれの下で生活するかについての基本的な決定。学生寮への入寮，居住地の移転</p>	<p>・居所指定： 個別的な居所指定（休暇中のキャンプへの参加，祖父母宅の訪問など）。父母の他方との交流に困難を来さない居住地の変更</p>

(9) OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 21. 7. 2016, FamRZ 2016, S. 1595; KG, Beschluss vom 29. 7. 2016, FamRZ 2016, S. 2111

(10) OLG Karlsruhe, Beschluss vom 28. 3. 2019, FamRZ 2019, S. 1697; OLG Stuttgart, Beschluss vom 24. 2. 2016, FamRZ 2016, S. 1378

(11) OLG Oldenburg, Beschluss vom 24. 5. 2018, FamRZ 2018, S. 1517

(12) このようにして共同親権に修正が加えられることで、父母にとっては使いやすく受け入れやすいものとなっており、その結果、後述の民法 1671 条による申立ては極めて紛争性の高いケースに限られることになる（Gernhuber / Coesert-Waltjen, Familienrecht, 7. Aufl. München, S. 748）。

(13) この分類一覧表は、Schnitzler / Lang, Münchener Anwalts Handbuch Familienrecht, 5. Aufl. München, S. 87 による。

<p>・外国旅行： 冒険，へき地への旅行，政治不安や具体的な誘拐の危険性がある地域への旅行（裁判例には，3歳の子を連れてのエジプトへの2週間の旅行⁽¹⁴⁾，2歳の子を連れてのカナダへの旅行⁽¹⁵⁾，コロンビアへの旅行⁽¹⁶⁾などがある）。</p> <p>・健康： 同意能力を有しない子の手術への同意（ただし，緊急の場合，民法1687条1項5文による決定権あり），著しい危険を伴う治療，顎の矯正や精神療法⁽¹⁷⁾など長期にわたる治療</p> <p>・宗教教育： 宗教の選択（ただし，児童の宗教教育に関する法律5条により，14歳以上の子には決定権あり），洗礼，教会からの離脱。割礼</p> <p>・学校 / 職業教育： 学校の選択，転校⁽¹⁸⁾，職業訓練所の選択，専攻分野の選択，数か月の交換留学，職業の選択</p> <p>・交流： 交流を行うかどうか⁽¹⁹⁾，どのような程度で行うかの決定</p> <p>・財産管理 子の財産の投資や使用に関する根本的な決定，民法1643条によって裁判所の許可を要する行為</p>	<p>・外国旅行： 1か月以内の通常の外国旅行（ただし，子の年齢や健康状態による）。子の旅券の交付⁽²⁰⁾</p> <p>・健康： 風邪など軽微な疾病の治療（抗生物質の投与など），いぼの除去，歯科検診など日常的な健康維持</p> <p>・宗教教育： 礼拝式への参加，制度上定められた宗教上の掟の遵守</p> <p>・学校 / 職業教育： 病気の際の欠席届，証明書への署名，父母会への出席，日帰りハイキングや補習授業への参加</p> <p>・交流： 日々の交流における個別の決定（隣人と接触させる，好ましくない友人から遠ざける，幼稚園や学校にだれが迎えに行くか⁽²¹⁾など）</p> <p>・財産管理 比較的軽微な事務（お祝い金，小遣い銭の管理など）</p>
---	--

(2) 日常生活に関する事務

日常生活に関する事務とは、すなわち、「通常は、しばしば起こることであり、子の成長にとって大きな変化を伴うような影響をもたない決定である」(民法 1687 条 1 項 3 文)。日常生活に関する事務についての単独の決定権が認められるためには、以下の要件を満たす必要がある。

(i) 父母は、一時的ではなく別居して (*nicht nur vorübergehend*) いなければならない。別居の概念については、民法 1567 条が基準となるが、それによれば、別居とは、夫婦間に家庭的共同体が存在せず、かつ、夫婦の一方が婚姻共同生活を拒否し、明らかにその共同体を回復させるつもりがない場合である (なお、民法 1567 条 2 項による和解を目的とした短期の同居はここでは別居とはみなされない)。これまで別居してきた父母が再び同居する場合、すべての事務についての共同での決定権限が再び自動的に復活する。

(ii) 父母の一方の下にある子の常居所は適法なものでなければならない。したがって、子の常居所は、父母の他方との取決めによって、もしくは裁判所の決定によって定まったものでなければならない。これに当たらない場合は、なお完全な共同親権が存続することになる。

このような権限の区別は、法律上明確に述べられているわけではないが、対外的にも効力を有する。すなわち、子が日常生活を送っている父母の一方は、日常生活に関する事務について単独で法定代理権を行使することができ、それ以外については、共同で代理権を行使する。このことは未成年者の行為

(14) OLG Köln, Beschluss vom 26. 10. 1998, FamRZ 1999, S. 249

(15) OLG Naumburg, Beschluss vom 9. 8. 1999, FuR 2000, S. 235

(16) OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 6. 9. 2006, FamRZ 2007, S. 753

(17) OLG Hamm, Urteil vom 19. 4. 1999, FamRZ 2000, S. 26

(18) OLG München, Beschluss vom 13. 7. 1998, FamRZ 1999, S. 111

(19) OLG Dresden, Beschluss vom 3. 11. 2004, FamRZ 2005, S. 1275

(20) OLG Bremen, Beschluss vom 8. 8. 2007, FamRZ 2008, S. 810

(21) OLG Bremen, Beschluss vom 1. 7. 2008, FamRZ 2009, S. 355

能力について定める民法106条以下の適用においても考慮されなければならない。すなわち、父母の一方が、民法1687条の範囲内で単独の権限を有するとき、行為能力の制限された子の法律行為への同意についても、その一方のみが単独の権限を有することになる。

父母の一方による単独の決定権限は、子の福祉のために必要である場合、家庭裁判所によって制限され、または排除されうる(民法1687条2項)。その場合は、その限りにおいて、再び共同親権が適用される。これに対して、裁判所が単独での決定権限の範囲を拡大することは予定されていない。

日常生活に関する事務についての父母の一方の単独での決定権限は、面会交流(民法1684条)の範囲において子が他の一方の下に滞在している期間中は、他の一方がもつことになる(民法1687条1項4文)。ただし、この権限は事実上の世話に関する事務に限定され、法律行為には影響を及ぼさない⁽²²⁾。

なお、共同して親権を行使している父母の一方は、子に危険が差し迫っている場合は、民法1687条1項とは無関係に、民法1629条1項4文によって単独で権限を行使することができる(民法1687条1項5文)。

Ⅲ 申立てに基づく単独親権

1 概要

これまで共同で親権を行使してきた父母が別居したとき、父母の一方は自己にのみ親権を委ねること(厳密には、親権の一部もしくは全部を委ねること)を家庭裁判所に申し立てることができる(民法1671条1項)。ただし、この申立ては、以下の2つの場合に限り許される。

- ①父母の他方が同意しているとき(民法1671条1項2文1号)、または、
- ②裁判所が、共同親権を廃止し、申立人に単独親権を委ねることが最も子

(22) BSG, Urteil vom 2. 7. 2009, FamRZ 2009, S. 2000

の福祉にかなうと期待されると確信するとき（同2号），である。

この規定は、これまで父母の双方が共同で親権を行使してきたすべての場合に適用され、ここには、非嫡出子について父と母が共同で親権を行使してきた場合も含まれる⁽²³⁾。なお、父母の一方による申立ては、民法1671条1項による決定がなされるための不可欠の要件であり、この申立ては、長期の別居が開始した後はいつでもすることができ、別居後数年経った後でもかなわない。

2 父母の他方の同意に基づく単独親権

父母の他方の同意に基づく単独親権は（民法1671条1項2文1号）、原則において裁判所をも拘束するところの父母の共同の意思を根拠とする（憲法6条2項1文）。裁判所には、父母に対して客観的な根拠を要求する権限はない。ただし、申立ておよび同意において表明された父母の意思の拘束力は、以下の場合には失われる。①子が14歳に達し、単独親権の付与に反対している場合、または、②単独親権を一方に付与することによって、子の福祉が危険にさらされる場合（民法1697条a）、である。

子の反対があるときは、まずもって裁判所は子の意思に従って裁判をしなければならず、他方で、親の意思の拘束力は失われる。もっとも、裁判所が、子の反対を無視してでも単独親権を認めることが最善の解決であると確信する場合、この申立ても許可されうる。ただし、子の反対は、裁判所における考量において極めて重要な意味を有する。

3 父母の間に争いがある場合の単独親権

(1) 民法1671条1項2文が定める2つ目の選択肢は、一方のみによる単独

(23) なお、民法1626条aに基づいて母の単独親権である場合、本規定は適用されない。この場合、父は、家庭裁判所に対して、民法1671条2項に基づいて単独親権を付与することを申し立てなければならない。

親権について父母間で意見が一致しない場合に関するものである。そのような場合も、父母の一方は、家庭裁判所に対して、自己に単独親権の全部または一部を委ねることを申し立てることができる。もとより、法律は、そのような申立てが許可される可能性について、高いハードルを設定している。裁判所がその申立てを許可するのは、具体的な事情に照らして、以下の2つの期待がもたれる場合である⁽²⁴⁾。

①第一は、共同親権の廃止が子の福祉に最もかなうことが期待されることである。すなわち、父母の双方による共同親権よりも、単独親権の方が子にとってよりよい解決であると裁判所が確信する場合である。例えば、父母が子の福祉のために協力することができないことが過去からすでに判明している場合、父母の間に高葛藤がある場合、父母の一方が子に対して暴行し、あるいは重大な虐待を加える場合などである。

②第二は、他ならぬ当該申立人に単独親権を委ねることが、子の福祉に最もかなうことが期待されることである。ここで重要なのは、申立人に単独親権を委ねることが子にとってのよりよい成長の可能性を開くかどうか(「促進の原則(Förderprinzip)」)、単独親権がこれまで発展してきた子の人間関係に最もよく適するかどうか、また、申し立てられた親権の形態が、子のこれまでの日常生活をできるだけ維持するものであるかどうか(「連続性の原則(Kontinuitätsprinzip)」)、ということである。もとより、子の意思も重要となる。

(2) 子の福祉という漠然とした概念の解釈のために、判例はいくつかの観点を挙げる。すなわち、親の育児能力、子との結びつき、促進および連続性の原則、子の意思の尊重である⁽²⁵⁾。どの観点が特に重視されるべきかについては、個別の事案による。育児能力の判断においては、子と他方の親との結

(24) 民法1671条をめぐる裁判例を分析するものとして、稲垣朋子「離婚後の父母の共同監護について——ドイツ法を手がかりに(1)(2・完)」国際公共政策研究16巻1号(2011年)243頁以下、16巻2号(2012年)135頁以下参照。

(25) BGH, Beschluss vom 27. 11. 2019, FamRZ 2020, S. 252 Rn. 17

びつきを尊重することができるかどうかも重要となる (他方親との結びつきへの寛容性)。促進の原則によれば、子の発展のためにいずれの親が子により有利な可能性を与えることができるかについて検討されなければならない。連続性の原則によれば、子にとっての突然かつ有害な生活環境の変化はできるだけ避けなければならない。

(3) 父母の間に争いがある場合の親権者の決定において、子の意思は様々に評価される。一方では、子の意思は重要な意味をもつので、手続上、幼児の審問が強調される。幼児の意思から親子の結びつきの強さを推測することができ、子の年齢が高くなるにつれて子の意思は重要な自己決定の表れとみなされる⁽²⁶⁾。しかし他方では、子の意思よりも子の客観的福祉の方が優先されるので、子の意思は、子の福祉に合致する限りにおいて考慮されなければならない⁽²⁷⁾。すなわち、子が共同親権を拒否していたとしても、さらに客観的な理由を加えることができなければ、子の意思のみをもって共同親権を廃止することはできない⁽²⁸⁾。

(4) 父母の間に争いがある場合、どのような要件の下で共同親権が父母の一方のために終了されうるかについては見解の対立がある。

一つの見解は、父母の離婚後も共同親権が継続することが標準とされなければならない、それと異なる形態を許容するには説得力のある根拠が必要だとする。父母間に親権や子の教育をめぐる意見の相違があるとしても、それのみでは共同親権を廃止するには不十分である。父母には、子の問題について意見を一致させようと試みる責務があるとする。

他方、もう一つの見解はこれに異論を唱えるものであり、父母間の共同を

(26) BGH, a.a.O.(注 25), FamRZ 2020, S. 252 Rn. 19

(27) BGH, Beschluss vom 28. 4. 2010, FamRZ 2010, S. 1060; BGH, a.a.O.(注 25), FamRZ 2020, S. 252 Rn. 19

(28) OLG Schleswig, Beschluss vom 3. 1. 2012, FamRZ 2012, S. 1066; OLG Köln, Beschluss vom 28.3.2019, FamRZ 2020, S. 35

命じることにはできないとする⁽²⁹⁾。それによれば、別居する父母の意見が一致しない場合、共同親権が優先することにはならない⁽³⁰⁾。父母の一方による単独親権が子の福祉により適する場合にのみ、共同親権は廃止されるべきであるとする⁽³¹⁾。子に対する責任を共同で行使するためには、離別した父母の間にある程度しっかりとした人間関係があることが必要であり、子の重要な事務についての最低限の意見の一致が必要だからである⁽³²⁾。

(5) 子の重要な事務に関して、父母の間に重大かつ持続的なコミュニケーションの障害があるとき、多くの裁判例では、単独親権を命ずる決定が下されている⁽³³⁾。連邦通常裁判所は、父母間において意見を一致させることができないことが、子の成長ならびに福祉に対してどのような影響を及ぼすことが予測されるかを一つの基準としている。父母がお互いに連絡はとるものの、子の利益に関して実際に議論を交わし、それに基づいて共同して決定を下すことが通常はできないとき、父母の間でのコミュニケーションには、重大かつ持続的な障害があるとされる⁽³⁴⁾。

(6) しばしば議論されるのは、父母の一方に単独親権を委ねるのではなく、共同親権は原則として維持したまま、子に関するすべての事務を代理する任意代理権を父母の一方が他方に授与するという方法である(「親権の委任(Sorgerechtsvollmacht)」)。父母の双方がそのような取決めをするのであれば、実務上このような方法も可能である。しかし、このモデルを継続するにおいて争いが生じた場合は、親権は裁判所によって調整されなければならない⁽³⁵⁾。

(29) BGH, Beschluss vom 29. 9. 1999, FamRZ 1999, S. 1646

(30) BVerfG, Beschluss vom 24. 6. 2015, FamRZ 2015, S. 1585 Rn. 11; BGH, Beschluss vom 15. 6. 2016, FamRZ 2016, S. 1439 Rn. 35

(31) BGH, a.a.O.(注30), FamRZ 2016, S. 1439 Rn. 13

(32) BVerfG, a.a.O.(注30), FamRZ 2015, S. 1585 Rn. 11; BGH, a.a.O.(注30), FamRZ 2016, S. 1439 Rn. 23

(33) BGH, Beschluss vom 12. 12. 2007, FamRZ 2008, S. 592

(34) BGH, a.a.O.(注30), FamRZ 2016, S. 1439 Rn. 24

親権は、単なる契約によって拘束力を伴って処分することはできないからである。父母の間でコミュニケーションをとり、協力することができないとき、委任による解決は必ずしも適切な方法とは言えない⁽³⁶⁾。親権の委任があっても、父母は子に対する責任から解放されることはなく、父母は依然として子と連絡を取り合い、任意代理人たる父母の一方と子の福祉のために協力する義務を負ったままである⁽³⁷⁾。

4 部分的単独親権

上述の要件が満たされる限りで、部分的な単独親権の付与も認められる（親権の一部の付与）。この方法によって共同親権の中からの事務が切り離されるかについては、法律上明確に定められているわけではない。考えられるのは、財産管理、またはその一部（例えば、相続した財産の管理）、身上監護、またはさらにその中の限定された範囲（例えば、居所指定、健康配慮）である。裁判所が父母の一方に親権の一部を付与した場合でも、その他についてはなお共同親権のままである。このような親権の分離は、法定代理権にもそのまま反映される。

民法 1671 条 1 項 2 文 2 号の場合（親権をめぐる争いがある場合）において、裁判所が子の事務の一部についてのみ単独親権を許可することが子の福祉にかなうと確信したときは、単独親権を求める申立てについて一部のみを許可することもできる。ただし、父母間に紛争がある場合に部分的な解決をすることには一定の注意を要する。継続している紛争が、たとえ生活の一部であっても、子に対して負担となる恐れがあるからである。

(35) OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. 12. 2017, FamRZ 2018, S. 693; OLG Koblenz, Beschluss vom 3. 7. 2018, FamRZ 2019, S. 298

(36) OLG Düsseldorf, a. a. O. (注 35), FamRZ 2018, S. 693

(37) OLG Bremen, Beschluss vom 4. 1. 2018, FamRZ 2018, S. 689

5 民法1628条(同意ができない場合の決定権の付与)との関係

父母の一方が部分的な単独親権を得ようとして父母間に争いがある場合、民法1671条1項ではなく、民法1628条による決定権の付与によって争いを解決できないかが問題となる。民法1628条によれば、家庭裁判所は、父母間に意見の相違がある場合、個別の事務や特定の種類の事務について、父母の一方にその決定権を与えることができる。両規定の適用領域は重複する。両規定の相違点は、民法1628条が目下の意見の相違を想定している一方で、民法1671条はむしろ意見の相違の長期的な解決を想定している点にあるとされるが、厳密な境界線は必ずしも明らかでない。

例えば、父母は共同で親権を行使しているが、母は子が今後自己の下で生活することを確実なものにしたいと考えている。このことについて父母間に争いがある場合、母がとりうる手段としては、①単独親権または部分的な単独親権(居所指定権)の付与を求める申立て(民法1671条1項)をするか、あるいは、②子の居所に関して母が単独で決定する権限の付与を申し立てる(民法1628条)ことがありうる。

IV 交替モデル

1 基本理念

(1) 父母の双方が別居後も重要な他者として子を養育することを目的として、近年、「交替モデル(Wechselmodell)」が発展している。このモデルについて特に定めた条文はないが、一般に承認されている。このモデルは、子が父母の別居後も交替で母と父の下で生活することを内容とする。より具体的には、子が母の住居においても、父の住居においても自分の部屋をもち、(例えば1週間ごとに)その居所を変えるという方法による。母の下での滞在期間と父の下での滞在期間がほぼ等しい場合は、「同等の交替モデル(paritätisches Wechselmodell)」と呼ばれる。もっとも、交替の間隔が常に等し

い間隔である必要はない。重要なのは、子が日常の生活において父母の双方と接触する機会を維持することである。

(2) このモデルに対するのは、伝統的な「居住モデル (Residenzmodell)」である。居住モデルとは、子の日常の居所は父母の一方のみにあり、他の一方とは継続的な面会交流によって結びつきを維持するモデルである。交替モデルは、子と父母の一方との疎遠な関係を回避することができるものとして、多くの専門家や裁判所によって有力視されている。しかしながら、この形態は、実際の生活、とりわけ現在の学校制度の下では、大きな障害にぶつかることがある。すなわち、子の生活は一つのまとまり (Einheit) をもっている。したがって、子の場所的または社会的領域を分割する場合、微妙かつ思慮深い処置が必要であり、また父母間のより高度の協力関係が必要となる。そのため、交替モデルは、父母がお互いに近所に居住し、父母の間で協調することができるとき、子の福祉に適するものとなりうる⁽³⁸⁾。しかし、交替モデルは、憲法上他のモデルに優越するとはみなされておらず、立法者もこれを条文化してはいない⁽³⁹⁾。

2 法技術上の形態

交代モデルは法技術によって様々なアレンジすることができる。

(1) 親権の変型：父母は共同で親権を行使するが、居所指定権をそれぞれが分担する方法である。すなわち、父母の協議に基づいて子が夫婦のいずれか一方の下で生活する期間中は、その一方が居所指定権を単独で行使するのである。その他の極めて重要な事務については父母が共同して決定し（民法1687条1項1文）、日常生活に関する事務については子が一定期間滞在する父母の一方が単独で決定する（同2文）。なお、父母の一方が原則として単独

(38) OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21. 5. 2015, FamRZ 2015, S. 1736

(39) BVerfG, a.a.O. (注 30), FamRZ 2015, S. 1585 Rn. 12ff.; BVerfG, Beschluss vom 22. 1. 2018, FamRZ 2018, S. 593

で親権を行使するが、居所指定権はこのように分担するときも、交替モデルを実現しうる。

(2) 面会交流権の変型：父母の一方が単独で親権を行使している場合、または共同親権ではあるが、子は父母の一方の下で生活している場合、父母の他方に「拡大された面会交流権 (erweiteres Umgangsrecht)」が認められることによって、交代モデルを実現することができる。すなわち、その面会交流権は、通例の限定された範囲での交流権ではなく、父と母との間で子の居所を順番に交替することを目的とする交流権である。その際、子の親権の状況は何ら変更されない。このような形態に対しては批判もあるものの、連邦通常裁判所はこれを許容している⁽⁴⁰⁾。このような形態においては、父母の一方が親権を有する場合、「同等の交替モデル」における父母の他方には親権者としての地位は一切認められない。ただし、このような場合も、面会交流権を有する父母の一方には、子の居所が自己の下にある間、事実上の世話に関する事務の単独での決定権限(民法1687条1項4文の類推)や、危険が差し迫っている場合の緊急の権限(民法1629条1項4文)は認められる。さらには、親権を有する父母の一方が、他の一方に任意代理権を授与することは考えられる。

3 裁判所による規制

交替モデルを裁判所の決定によって定めることができるかどうかについては、親権を基礎とする場合と面会交流権を基礎とする場合とで分けて考えなければならず、また、父母間に合意があるかどうかも問題となる。

(1) 親権を基礎とする場合、共同親権の継続とは異なる親権を基礎とする

(40) BGH, Beschluss vom 1. 2. 2017, FamRZ 2017, S. 532 Rn. 15ff; BGH, Beschluss vom 27. 11. 2019, FamRZ 2020, S. 255 Rn. 19ff; 反対するものとして, OLG Nürnberg, Beschluss vom 8. 12. 2015, FamRZ 2016, S. 2119; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 4. 2. 2020, NZFam 2020, S. 249

以上は、父母の一方または双方の申立てと家庭裁判所の決定が必要となる。法律上存続する共同親権を部分的に変更することになるので、民法 1671 条 1 項 2 文の要件が満たされなければならない。すなわち、父母の他方が同意しているか、または、(部分的に) 共同親権を廃止し、このような方法をとることが最も子の福祉にかなうと期待されることが必要である。

(2) 面会交流権によって交替モデルを実施する場合、裁判所の決定は不要である。父母は面会交流について自由に取捨決定することができる。もとより、裁判所は、父母の合意について、子の福祉に反する明確な根拠がない限り、裁判上承認することは可能である。他方、父母が合意できないときは、裁判所による調整が必要となる (民法 1684 条 3 項 1 文)。

4 父母の一方の意思に反する場合における裁判所による命令

父母の一方が反対している場合でも、裁判所は交替モデルを命じることができるかどうかについては議論がある (「強制的交替モデル (oktroiertes Wechselmodell))。最近まで多くの裁判例はこれを否定していたが⁽⁴¹⁾、連邦通常裁判所はこれを許容した。すなわち、同等の交替モデルは、父母の一方がそれを拒否している場合でも、少なくとも面会交流の形態で命じられることはできるとした。その際に重要となるのは、子の福祉である⁽⁴²⁾。もっとも、連邦通常裁判所は、同時に一定のハードルも設定している。それによれば、交替モデルが命じられるのは、父母によって世話を分担することが、他のモデルに比べても最も子の福祉にかなう場合だとされる⁽⁴³⁾。子の福祉の審査において留意すべきは、交替モデルにおいては父母が密に連絡をとり、取決めをする必要があるので、父母がしかるべくコミュニケーションをとり、協力可能であることが要求されることである。また、父母は、子の忠誠葛藤を回避

(41) 最近のものとして、OLG Jena, Beschluss von 12. 9. 2016, FamRZ 2016, S. 2126

(42) BGH, a.a.O.(注 40), FamRZ 2017, S. 532

(43) BGH, a.a.O.(注 40), FamRZ 2020, S. 255 Rn. 22

することのできる十分な育児能力があることを示さなければならない。また、父母同士の家の近接性や学校や保育所との距離など外的条件も必要となる⁽⁴⁴⁾。高葛藤の父母間では、交替モデルは通常は子の福祉には適しないとするのが連邦通常裁判所の立場である⁽⁴⁵⁾。なお、子の意思も考慮されるが、必ずしも決定的なものとはされていない⁽⁴⁶⁾。

V 民法1666条による親権の規制

1 職権による親権の規制

民法1671条による親権の調整は、父母の一方による申立てを前提とする。もっとも、場合によっては、子に対して迫る危険に対処するために、裁判所が職権によって介入しなければならない場合がある。このことについて定めるのが、民法1666条である。この規定は、子に対する危険を回避するために必要となるあらゆる措置をとる権限を家庭裁判所に与える。この権限の中には、子への危険を回避するために適切かつ必要とみなされる限りで、親権の内容に変更を加える権限も含まれる。

まず、裁判所は父母の一方の親権の全部または一部を停止することができる(民法1666条3項6号, 1666条a第2項)。その場合において、共同親権であるときは、他の一方が単独で親権を行使する(民法1680条1項, 3項)。また、父母の双方が、親権の一部において剥奪されることもありうる。その場合は、その限りにおいて、子のための補佐人が選任されなければならない(民法1909条1項)。さらに、父母の双方から親権の全部が剥奪されることもありうる(民法1666条a第1項)。その場合は、子のために後見人が選任さ

(44) BGH, a.a.O.(注40), FamRZ 2020, S. 255 Rn. 24

(45) BGH, a.a.O.(注40), FamRZ 2017, S. 532 Rn. 30

(46) BGH, a.a.O.(注40), FamRZ 2017, S. 532 Rn. 34; BGH, a.a.O.(注40), FamRZ 2020, S. 255 Rn. 23, 28

れなければならない（民法 1773 条）。

補佐人または後見人の選任は、単独親権を有する父母の一方がその親権を一部または全部において停止され、他方への親権の付与ができない場合に問題となる（例えば、他方はすでに死亡している場合、あるいは、他方への親権の付与は子の福祉に反する場合である。民法 1680 条 2 項、3 項参照）。

2 民法 1671 条と 1666 条との関係

例えば、別居中の父母の一方が自己への単独親権の付与を希望し、同時に、裁判所も職権での親権の規制が必要であると考えているとき、民法 1671 条と民法 1666 条の手續の競合が生じうる。その場合は、民法 1666 条による子の危険の回避が優先する。すなわち、民法 1671 条による申立ては、親権が他の規定（とりわけ、民法 1666 条）によって異なる方法で規制されている場合は、許可されない（民法 1671 条 4 項）。もっとも、民法 1666 条は、民法 1671 条に基づく決定の可能性を完全に排除するわけではない。民法 1671 条による申立てが許可されないのは、民法 1666 条によって民法 1671 条の申立てとは異なる規制がされなければならない場合に限られるからである。

例えば、父は、母との離婚後、自己への単独親権の付与を母の同意を理由に申し立てた。しかし、裁判所は、父には子に対する重大な児童虐待があることを知るとき、民法 1666 条 1 項によって、父から親権を剥奪しなければならない。すなわち、たとえ父母の同意があったとしても、この申立てを許可してはならず、民法 1666 条による手續を行わなければならない。民法 1666 条に基づく決定が、民法 1671 条による申立てとまったく矛盾しているからである。

VI 結びに代えて

ドイツでは「父母の双方に十分な育児能力があり、かつ、子の福祉のため

に父母の一方にのみ親権を委ねることが適切と思われる根拠がない場合、国家は、監視人としても、子の監護および教育から父母を排除し」てはならないとされ、新しい親権制度が導入された。新法では、親権は離婚手続において必ず定めなければならないものではなく、共同親権は離婚後も継続することとなった。もとより、父母の一方は、自己に単独親権を付与することを求める申立てをすることもできるが、父母に争いがある場合、法律はこの許可の可能性について高いハードルを設定している。それでも、子の重要な事務に関して父母の間に重大かつ持続的なコミュニケーションの障害があるとき、単独親権を命ずる決定が下されることもある。ただ、場合によっては、部分的単独親権の付与や個別の事務についての決定権の付与といった解決の選択もありうる。

ここで注意すべきは、ドイツの立法者は、離婚した父母の共同親権が、父母の一方による単独親権よりも優先するとはしていないことである。むしろ、この問題は、第一義的には、父母が離婚後も共同親権を維持することを希望するかどうかに委ねられており、また、父母の一方が単独親権を望むが、父母の他方もしくは14歳に達した子本人がこれに反対する場合には、民法1671条1項2文の要件の下、裁判所が、共同親権を廃止して申立人に親権を委ねることが子の福祉に最も適するかどうかを審査するのである。このとき、疑わしい場合は共同親権が最も子の福祉にかなう、という法律上の推定も働かない。共同親権が不可能であることの立証責任を申立人が負うわけではない。父母の一方に単独親権を委ねるかどうかの要件が存在するかどうかは、裁判所が個別具体的な事情を考慮して審査しなければならないのである。

ドイツ法がこのようなコンセプトを採用した背景に以下の2つの考慮があるとされる。一つは、父母の双方が離婚後も協調して子の事務を共同して処理できるのであれば、それが子にとっては最善であるという考慮である。そこで、そのような父母の協調がある場合には、共同親権の枠組みが提供されるのである。共同親権が存続すれば、子は父母の一方を失うという感情をも

たなくて済む可能性が高い。しかしながら、他方では、裁判所が共同親権を命ずることもまたできないという考慮もある。というのも、子の事務処理を共同で行うにおいて父母間に絶え間ない争いがある場合、共同親権は大きな負担となり、子の福祉を害することにもなるからである。したがって、このような場合は、単独親権を選択しうるのである。

ドイツの立法者は、共同親権もしくは単独親権のいずれかを原則とするのであれば、(父母間の協調関係の有無にかかわらず)それが父母の離婚後の子の福祉に原則としてより適しているという根拠が必要だと指摘する。すなわち、1970年代には、子のためには紛争のない育児が重要であることが強調され、父母の単独親権が優先するとされた。親権を父母のいずれに委ねるかの基準として、子とのより強固な結びつきが重要だとされた。この見解によれば、だれが親権者となるかの決定は、できるだけ別居時になされるべきであり、その後の変更は望ましくないとされた。しかし、1980年代には、父母双方による共同親権の有用性が強調された。この見解は、父の不在は、子の行動障害やパーソナリティー障害に結びつくとの研究に基づく。その意味でも、共同親権は、離婚による子へのマイナスの影響をもっとも軽減できるとされたのである。しかし、その後再び反対の気運が高まる。ある調査によれば、共同親権だからといって、父が子を頻繁に訪問し、父がより高額の養育費を支払い、父母間の紛争も減少することにはならないと結論づける。以上のことから、共同親権か単独親権かの原則を定めることはできないとしているのである⁽⁴⁷⁾。

翻って、日本では、離婚後の子の親権については例外なく父母の一方に委ねなければならず、いわばオール・オア・ナッシングの制度である。「父母の双方に十分な育児能力がある」場合でも、一方は必ず親権を手放さなければならない。日本も批准する「子どもの権利に関する条約」は、親からの虐待

(47) BT-Drucks. 13/4899, S. 63

から子を保護することを定める一方で(19条)、子とその父母から分離されないこと、父母は子の養育についての第一義的な責任を有することを定めている(9条, 18条)。したがって、親が子をどのように育てるかについての親の考え方を尊重することも重要であり、子の保護の要請と親の自己決定の尊重のバランスを上手くとっていく必要がある。その意味において、現在の日本の離婚後単独親権制度はやや硬直的ではなかろうか⁽⁴⁸⁾。

(48) 離婚後も共同親権を選択しうる立法提案として、水野紀子「親権法」中田裕康編『家族法改正』(有斐閣, 2010年)119頁以下、岩志和一郎「Ⅱ 親権法・未成年後見法・扶養法(特集=家族法改正研究会最終報告)」戸籍時報750号(2017年)20頁以下など参照。