

ミヒャエル・ケスター

ドイツ家族法における親の配慮権紛争

松久和彦(訳)*

目次

- . 問題提起
- . 実体法
- . 法的決定に代わる合意形成へ向けた介入
- . 結語

. 問題提起

両親の人間関係が悪化し、疎遠、拒絶または完全な憎悪によって、お互いの愛情が消滅し、そして家族共同体が崩壊した時に、共通の子どもの世話 (Betreuung) や法的配慮も、激しい紛争となることは珍しいことではない。配慮権に関する紛争では、両親にとっては、子どもの福祉が重要であるが、場合によっては、パートナー間の紛争に勝つことが問題となるかもしれない。すなわち、配慮権に関する決定は、例えば、家族住居 (Familienwohnung) や家財道具の分配 (BGB 1568条 a, 同条 b), 扶養義務といった他の離婚効果への先決的な意味を持つ。その際、子どもに対して、両親のどちらが実際の世話または金銭支払いによる扶養義務を履行するのが問題となる (BGB 1606条 3項 2文)。同時に、世話をする (同居する) 親の一方には、他方に対して、固有の扶養請求権が成立する (BGB 1570条, 1615条 2項, 4項)。このような問題性は、あらゆる近代国家で同様にまたは類似して表れている。パートナー共同体の解消が、それま

* まつひさ・かずひこ 沖縄大学法経学部専任講師

での子どものための両親としての配慮共同体にどのような影響を与えているか？

本稿では、この問題を中心に扱う。以下のような、その他の親の配慮権に関する紛争は検討しない。

1．共同配慮権を行使する両親間での個々の取り決めに関する議論（例えば、学校または宗教の選択。BGB 1628条）。

2．婚姻をしていない両親間で、父親は（さしあたり法律により単独配慮権者となる）母親と共同して配慮権を有するのか、または単独配慮を引き継ぐのかという議論。ドイツの現行規定（BGB 1626条 a 以下、1672条）は、2009年12月にヨーロッパ人権裁判所（EGMR）によって、ヨーロッパ人権規約（EMRK）に反すると判断された¹⁾。政府は、2010年に改正草案を提出する予定である。

3．最後に、単独配慮権を有する親の一方と継親との争いも議論の対象とはしない。確かに、継親は、家族共同体が存続しているときには、パートナーの子ども（連れ子）の配慮に関与する（BGB 1687条 b 1 項、2 項。LPartG 9 条 1 項、2 項）。しかし、継親の権限は、パートナーまたは親の一方との生活共同体が解消した時に自動的に終了する（BGB 1687条 b 4 項、LPartG 9 条 4 項）。

これまで共同で配慮権を有していた両親間での配慮権紛争の問題性を、以下では、次の2つに分けることができる。1つは、～基本構造と現在の実務において問題の中心となっているところに限られるが～関連する実体法規定について概観する（後述 以下）。次に、当事者自身による合意に基づく紛争解決を目的とする手続法上及び組織上のアプローチを中心に扱う（後述 以下）。

1) EGMR, Urteil vom 3.12.2009 (Zaunegger/Deutschland), NJW 2010, 501; dazu Coester, NJW 2010, 482 ff.

．実 体 法

1. 概 観

1998年の親子法改正以降、両親の別居または離婚が、両親の共同配慮権に直接的な影響を与えることはない。いくら制限された内容ではあるが、原則として別居後も共同配慮権は存続する。つまり、普段子どもを世話している(手元に置いている)親の一方は、「あらゆる日常生活の諸事務」に関する単独の養育権を有しており、「著しく重要である」諸事務の場合にのみ、他方との合意を必要とする(BGB 1687条1項²⁾)。家庭裁判所は、親が申し立てた場合にのみ、配慮権について別段の定めをすることができる(BGB 1671条1項、「申立制度」)。両親の合意に基づく申立ての場合には、家庭裁判所は、その申立てに応じた決定を行わなければならない、配慮権の全部もしくは一部を親の一方に単独で委ねることになる(BGB 1671条2項1号)。親の一方のみの申立て、または両親の合意に基づかない申立ての場合には、家庭裁判所が、子どもの福祉の基準に基づいて、共同配慮権を取りやめるか、また(少なくとも一部を)親の一方にのみ委ねるかを決定する(BGB 1671条2項2号)。親の申立てがない場合でも、子どもの福祉が危険にさらされるおそれがあり、かつ、保護措置を講じる必要があるときには、家庭裁判所が取り決めの権限を有している(BGB 1671条3項、1666条)。

別居後に両親の共同配慮権が存続しているか否かに関係なく、子どもと同居していない親と子どもは、互いに面会交流を請求することができる(BGB 1684条1項)。両親は、親の他方と子どもとの関係を阻みまたは妨害してはならない義務を負う(いわゆる「善行条項(Wohlverhaltensklausel)」。BGB 1626条3項も参照)。家庭裁判所は、子どもと同居してい

2) 両領域の限界は常に争いとなっている。Staudinger/Salgo, 2006, § 1687 Rn. 25 ff 参照。

ない親との面会交流の方法を取り決めることができ（BGB 1684条3項）、必要な場合には、面会交流の制限もしくは排除することもできる（BGB 1684条4項）³⁾。

1998年の親子法改正以降、別居後も共同配慮権を継続する親の数は、明らかに増加している。しかし、親の紛争の数が同じ数だけ減少しているのではない。少なくとも、一部では紛争の対象が変化しているといえる。つまり、かつてのパートナーとの「戦い」を配慮権レベルで行うことはもはや少なくなっているが、～極めて激しく～面会交流権レベルで争いとなっている⁴⁾。このような紛争の場合に、家庭裁判所の面会交流権に関する取り決めは十分に可能なのか、また家庭裁判所は、配慮権のレベルでは介入すべきではないのか、といった問題が生ずる（これについては、後述2. b)(2)で扱う）。

2. 現在の実務での主な問題点

a) 面会交流権レベル

すでに明らかにしたように、子どもと同居していない親の一方（「訪問親」）との面会交流は、両親間の紛争の主な舞台へと展開している。同居親による面会交流の完全な拒絶は、この種の紛争の極端な例であり、実務では、期間や時間、場所、宿泊、子どもの送迎、第三者の立会い等の面会交流の方法に関する争いが多く見られる。

法律によれば、これら全てに関する問題の取り決めは、第一に、親自身がこれを行う。したがって、両親の合意が成立すれば国家的な介入は不要なものとなる。しかし、家庭裁判所は、親の申立てがない場合でも、子どもの福祉の観点から必要な場合には、面会交流について取り決めることができる（BGB 1684条3項1文、2文）⁵⁾。これには、争点に関する内容を

3) 個別的には、後述2. b)。

4) Jaeger, FPR 2005, 70 ff, 73; Kostka, FPR 2005, 89, 94f.; Sarres, FPR 2008, 131, 133.

5) Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht (6. Aufl., 2010) § 66, Rn. 8.

確定する(例えば、面会交流の期間や時期)だけでなく、面会交流実行の妨害を排除するという、親の一方または他方への命令も含まれる。例えば、子どもまたは親の一方の妨害を他方に早期に通知する命令や、(誘拐のおそれがあるときには)面会交流の前に身分証を預ける命令、さらには子どもの前で他方を貶めることを禁止することや子どもとの面会に第三者を立ち合わせることが挙げられる。訪問親側に子どもの安全が保障されていないように思われる場合(例えば、性的虐待の疑いや誘拐のおそれ)には、BGB 1684条4項3文及び4文によって、「付き添い面会交流(betreuter Umgang)」、すなわち中立的な第三者、通常は少年局職員の立会いを命ずることができる。反対に、同居親が実際に子どもを面会交流のために引き渡すことが保障されていないように思われる場合には、新たに(2009年9月1日以降)、「交流保護」を命ずることができる(BGB 1684条3項3～6文)⁶⁾。このことは、面会交流の具体的な実現に関しては、同居親の配慮権が法的に制限され、補充保護人である少年局職員に委ねられることを意味している⁷⁾。重要なことは、このような配慮権の制限が、他の親の配慮への国家介入とは異なり、子どもの福祉の危険を要件としていないことである。子どもの福祉や権利の保護のために「必要である」ことで十分であるとしている。交流保護は、原則として期限を設けて命じられるが、繰り返し命ずることも可能である。

BGB 1684条3項及び4項による面会交流の保障に関する家庭裁判所のあらゆる命令は、家事事件及び非訟事件手続法(FamFG)の一般原則によって、強制可能であり、また執行可能である(FamFG 88条以下)。しかし、面会交流を拒んだ子どもに対する直接強制は、行使することができない(FamFG 90条2項1文)。

6) 交流保護は、法的根拠がないもののこれまでも裁判所によって実現されてきた。Willutzki, ZKJ 2009, 281 f.

7) Palandt/Diederichsen, BGB § 1684 Rn. 20.

b) 配慮権レベル

(1) 配慮の共同性の維持もしくは終了？

常にはないが、一般的に、配慮権は変更することなく両親に帰属しているにもかかわらず、両親の別居後、子どもは母親と一緒に生活している。このような場合、常に再び両親間で紛争が起こりうる。多くの母親は、このような状況に不満であることから、家庭裁判所に自身への単独配慮の委譲を申し立てる。一方で、父親はこの申立てを承認せず、共同監護の継続を望んでいる。この時、家庭裁判所は、BGB 1671条2項2号によれば、両者の立場を十分に考慮しなければならないとされている。当初、1998年の親子法改正以降、当初は別居して生活する親達の中では、今後は共同監護が「通常のケース」であると主張されていた。親の一方による単独配慮は、子どもの福祉の観点から明らかに必要とされる場合にのみ命ずることが認められるとされてきた⁸⁾。

このような見解は、連邦通常裁判所（BGH）や連邦憲法裁判所（BVerfG）によって近年は否定されるようになってきている⁹⁾。通常のケースは存在せず、単独配慮または共同配慮の形成に有利となる推察（予想）も存在しないと述べている。いかなる事例においても、常にどのような解決が当該子どもの福祉に最も適しているのかを確定しなければならないとしている。共同監護権は、子どもの福祉の機能を果たすために、両親の「最小限（Mindestmaß）の合意」を要件としている¹⁰⁾。

この「合意」は、客観的及び主観的な要素を含んでいる。協力することができ（Kooperationsfähigkeit）、かつ協力する用意があること（Kooperationsbereitschaft）である¹¹⁾。母親が単独配慮を申し立てるとき

8) 包括的な説明については、Staudinger/Coester, BGB (2009) § 1671, Rn. 108.

9) BGH FamRZ 1999, 1646, 1647; FamRZ 2008, 592 Nr. 10; BVerfG FamRZ 2004, 354355; FamRZ 2007, 1876, 1877.

10) BVerfGE 92, 158, 178f.; BVerfGE 107, 150, 173.

11) Staudinger/Coester, BGB (2009) § 1671 Rn. 119.

には、少なくとも、母親には父親との協力への用意は存在していない。ドイツの家庭裁判所は、このような状況をどのように扱うのか統一していない。判例（及び学説）は、基本的に、2つの見解に分けることができる。一方の見解は、「命令による共同監護」は、十分に機能せず、おそらく両親への教育に役立つだけであり、子どもの福祉に適うものではないことが論拠となっている。この見解では、少なくとも明らかに恣意的ではない、もしくは嫌がらせではない場合には、母親の申立ては通常認められることになる¹²⁾。

他方の見解は、親の他方との協力とも関連する親責任（elterliche Verantwortung）の義務的性質を強調する。両親は、相対する意思を有しているにもかかわらず、裁判所の調査が、子どもと両親とが良好な関係を築いており、また両親はほとんど争っているものの、過去には養育の問題について大部分は受け入れ可能な合意を得ていたことを明らかにしたときには、共同配慮の責任から解放することはできない¹³⁾。

このような家庭裁判所の異なる態度は、あらゆる裁判所（審級）を通じて、極めて紛争性の高い配慮権の手続きが繰り返し扱われている状況をもたらしている。

（2）同居親による面会交流の拒絶

単独配慮権を有する母親が、あらゆる手段を用いて、かつてのパートナーである父親や人物を、子どもの生活から排除しようと試みる事例が増加していることが問題となっている。子どもに父親の否定的なイメージを暗示することで、子どもが父親を拒絶し、また子どもと父親との面会交流が回復し難いほどに妨げられ、両者が疎遠な関係となる。家庭裁判所は、第一に、交流権に関する命令によって介入（仲裁）しようと試みる（BGB 1684条3項、4項。上述a）参照）。しかし、多くの母親が交流保護または強制金によっても、このような態度を改めようとはしない。このとき、

12) 前注7参照。

13) 前注7参照。特に、両見解の議論については、Rn. 120～124参照。

BGB 1671条 1項 2号に基づいて配慮権を父親に委譲するか、それとも BGB 1666条により第三者（里親，児童施設）に委譲するかといった配慮権の変更の問題が生ずる。このような措置は十分に考えられるものである。なぜなら，母親は，子どもと父親との関係を妨げないとする法的義務に違反しており，またこれにより，子どもの福祉を害しているからである。母親の誤った態度は明らかであるが，他方で，子どもの福祉という点から言っても，裁判上の措置は疑わしいものである。あらゆる家庭裁判所の介入は，子どもの利益の保護と促進に基づいて正当であると認められる。しかしながら，子どもは通常父親と疎遠であり，～母親の影響により～強く父親を拒絶している。父親もしくは第三者のもとに子どもを移動することは，おそらく子どもの成長にとって有益よりも不利益となるかもしれない。裁判所による配慮権への介入は，第一に，母親の誤った態度の制裁に役立つが，子どもが制裁手段として濫用される危険がある¹⁴⁾。国家による子どもの保護の措置が役立つよりも害となるという頻繁に起こりうる危険については，「副次的な子どもの福祉の危険」という概念が定着している¹⁵⁾。裁判所は，不明確で，統一されていない対応を，面会交流の拒絶という現象に対してとっている¹⁶⁾。

・ 法的決定に代わる合意形成へ向けた介入

1. 全体的な傾向

人間同士の一身分属的な関係は，法規定もしくは判決によって，極めて限定的にのみ形成することができる。相互の取り決めや合意によって調整

14) 裁判所による制裁の傾向については，Staudinger/Coester, BGB (2009) § 1671 Rn. 170.

15) 基本的な議論状況について，Dettenborn, FPR 2003, 293 ff. Gottschalk, FPR 2007, 308, 312.

16) 全般的な指摘と詳細な説明について（「片親疎外症候群」(PAS)を含む）は，Staudinger/Coester, BGB (2009) §1671 Rn. 208.; §1666 Rn. 145-148.; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht (6. Aufl. 2010) § 66 Rn. 9. も参照。

された関係だけが、事案の公正性、全ての当事者の承諾、さらにこれらの確実な永続性が見込みがある。これまでの家族法の紛争に関する法規定を概観すると、これらの法規定は限られた効果しかなく、時には子どもにとって不利益なものとなることが度々示されている。このことから、ドイツ家族法では、当事者自身の取り決め権限(範囲)を促進し、支援するという長期間にわたる努力を認識することができる¹⁷⁾。このような傾向は～地域のモデル実験によって提案され(後述3.)～最近の改正においても継承している。その際、2つの新たな強調すべき点を見てとることができる。

- (1) 当事者の取り決めへの調停による支援並びに司法の権威及び判決の効力は、もはや2つの両立し得えない介入形式とは考えられていない。むしろ、実験では、当事者の話し合いの準備や合意への努力は、家庭裁判所裁判官側の「柔軟」ではあるが、しかし権威的な圧力によっても促されていることが示されている。
- (2) さらに、司法や少年局と並んで、可能な限り広範に少年及び家族の領域の専門家を合意形成に向けた介入のために積極的に利用する傾向がみられるが、～より効果をあげるために～相互に「結合する」必要がある。このことは、以下で詳細に述べることにする。

2. 合意形成へ向けた各関係者の努力

a) 家庭裁判所

実体法において両親による自律的な取り決めを強調することは、「手続きのいかなる程度においても、当事者の合意」を促すとする家庭裁判所の手続法上の義務において、一貫して継続されている(FamFG 156条1項1文)¹⁸⁾。この努力の中心となるのは、子どもの利益、すなわち回避可能

17) 2009年9月1日の家事事件及び非訟事件手続法施行前の法的状況について、ミヒャエル・ケスター/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的要素」比較法学38巻1号293～311頁。

18) BT-Druckssache 13/4899, 133; Walter, FPR 2008, 23.

な手続上の負担から保護することであるが、～これを超えて～両親が満足し、安定し、そして協力を支援する合意への利益である。これによって、両親自身、また最終的には裁判所も利益を得ている（負担軽減の効果）¹⁹⁾。

面会交流の紛争では、FamFG 165条²⁰⁾は、裁判所の決定または裁判所の承認を得た両親の合意に基づく面会交流の取り決めを適切に実行しない場合に、両親が合意した取り決めを進めることを目的で、改めて裁判官によるあっせん手続（Vermittlungsverfahren）を行うことを予定している。家庭裁判所裁判官のあっせんの努力は、FamFG 165条において、看過できないほどに、裁判の権威の利用と結びついており、両親が合意に達しない、または協力しない場合には、裁判上の決定の可能性によって圧力をかけてきている。

b) 少年局と少年支援機関

家族内で問題を克服する際に、家族を支援することは、少年支援固有の任務に含まれている。この支援には、親子関係だけでなく、両親間のパートナー関係も含まれる。なぜなら、子どもの福祉は、本質的には、両親間の良好な関係にも左右されるからである。とりわけ、社会法典第8編第17条が、これを強調している。同条第1項は、家族紛争、特に両親の別居または離婚の際の助言請求権を父母に与えている。同条2項は、～単なる助言を超えて～特別に、配慮権の合意案を展開する際に、別居後の期間の支援を予定している。子どもに重大な養育または成長の問題が存在する場合には、当該子どももしくは両親は、「個人のまたは家族に関連した問題の解決及び克服の際に」複数の専門領域にまたがって構成される養育相談機関による相談または支援を請求することができる（社会法典第8編28条）。必要とされる社会教育学上の支援は、両親と少年局が共同して「援助計画」に定められる（社会法典第8編36条）。

19) BT-Drucksache 13/4899, 133.

20) 旧 FGG 52条 a。

c) 鑑定人

FamFG 163条 2項によれば、鑑定書作成を委託された鑑定人も、合意による解決を得るための努力と結びつけることができる(「解決に向けた鑑定書委託」)。これにより、FamFGは、これまですでに普及していた実務を認めたが²¹⁾、これには根本的な批判がなされている²²⁾。合意形成に向けた両親との作業を考慮して診断と治療を組み合わせることは、専門の学問では、疑わしいものとされているが、特に、堅実で、客観的な診断の前に、第一に「治療」を試みることが提案されているときは、そのやり方は非常に疑わしいといえる。そうでなくても、鑑定人への二重依頼は危険を含むものである。つまり、鑑定人自身があっせんという使命を果たすことに興味を持っていることから、鑑定人は、両親を、子どもの福祉の観点よりも、譲歩する用意の程度に基づいて判断しがちになるであろう。また鑑定人にとって紛争解決の「理想像」があり、この理想像が、偏見のない診断を行うよりも優先される場合もあるだろう。これは、子どもの福祉を考慮した診断を妨げるような両親の戦略的な態度の誘因となるように思われる。すなわち、両親は、鑑定書作成を考慮して、合意の努力が破綻した後は、合意または承諾の圧力を自覚している²³⁾。合意が破綻した場合には、鑑定人の役割が、合意形成を支援する立場から距離を置いた診断者へと変化することが、最も問題となる。鑑定人は、あっせんの話し合いの中で得た全ての情報を活用することが許されるのか? 鑑定人は、(合意形成の失敗の後に) 続けて鑑定書委託を引き受ける立場にしては、すでに偏見を持ってしまっていると見なされなくてよいのだろうか?²⁴⁾

いずれにしても、家庭裁判所は、委託の前に、鑑定人が治療または調停を行うだけの資質があるのかどうかを審査しなければならないだろう。こ

21) Willutzki, ZKJ 2006, 224, 229; Salzgeber, FamRZ 2008, 656.

22) 前注20参照。

23) これに関する問題全てについて, Salzgeber, FamRZ 2008, 656.

24) Willutzki, ZKJ 2006, 224, 229

れに加えて、家庭裁判所は、委託付与の際に、他の相談者（少年局、手続補佐人）との関係において、鑑定人の権限を明確にする必要がある²⁵⁾。

d) 手続補佐人

親の配慮または面会交流の紛争の際には、家裁手続きでは通常子どものために手続補佐人が選任される（FamFG 158条 1 項，2 項 1 号，5 号）²⁶⁾。手続補佐人は、合意による取り決めを形成するために他の手続関係者の努力に協力することができるが、しかしそれは裁判所において明確に手続補佐人にこの機能が委託された場合のみである（FamFG 158条 4 項 3 文，4 文）。立法者は、この規定により、費用を減らそうとし、またこれにより手続補佐人の制度を著しく価値のないものにした²⁷⁾。

e) 子どものための補充保護人

手続補佐人は、子どもの法定代理人とならず（FamFG 158条 4 項 6 文）、子どもは14歳から単独で手続能力を有することから（FamFG 9 条 1 項 3 号）、近時広まっているものの、なお争いのある見解によれば、両親は、子どもの代理人から除外されるため、子どもに補充保護人を選任しなければならない（BGB 1629条 2 項 3 文，1796条）²⁸⁾。補充保護人は、子どもの利益に関して、両親の合意を得ようと努めるであろう。

f) 弁護士

弁護士は、顧客、すなわち依頼した両親の利益を守る義務を負う。親の他方との話し合いも、子どもの福祉のための弁護士の活動も許されない。しかし、このことは、関与する全ての専門家が子どもの福祉に向けられて（これによって合意形成に向けて）協力しているモデル計画へ弁護士を含めることを妨げられるものではない（これについては後述 3.）。しかしな

25) MünchKomm-ZPO/Heilmann (2010) § 163 FamFG Rn. 11 ; 後述 3. d) も参照。

26) この新規定については、Trenczek, ZKJ 2009, 196 ff; Salgo, ZKJ 2009, 49 ff; MünchKomm-ZPO/Heilmann (2010), Kommentierung zu § 158 FamFG.

27) 批判について、Salgo, FPR 2006, 12 ff.; Coester in: Lipp/Schumann/Veit, Reform des familiengerichtlichen Verfahrens (2009) 39 ff, 57 ff.

28) OLG Oldenburg FuR 2010, 173; Götz, NJW 2010, 897, 898.

がら、両親の両方のため調停人として働く弁護士は、後々の裁判手続において彼らを代理することはできない。

3. 専門的な支援アプローチとの協力と結合

すでに述べたように、ドイツでは家族に関連する活動と様々な専門家の知識を「結合」させること、すなわち、相互の情報や協力を可能にし、それによって家族紛争に総合的に効果のある調停を形成する試みが増加している。このような傾向は、特定地域のモデル試行に遡るものであるが、これらのモデルは、関与した専門家のイニシアチブから次第に発展した場合もあるし、また団体や連邦政府の各省、場合によっては当該連邦の各省から経済的支援を受けた場合もある。特に影響力のあるモデルであり、またいくつかの要素が新たな家事事件及び非訟事件手続法に承継されたモデル(特に、手続の迅速化。取り決めに合意するための両親への圧力の強制)として、以下では、いわゆる「コッヘムモデル」を手短に紹介する²⁹⁾。引き続き、両親自身の合意による取り決めに得るためにあらゆる専門家が集中的に努めることを目的とする～一部は、コッヘムモデルを基礎にしたものである～法的な試みについて述べる。

a) コッヘムモデル

1992年に(ラインラント=プファルツ州の)モーゼル川にある小さな街であるコッヘムの少年局、生活相談所、当地の家庭裁判所の裁判官が、配慮権手続に関与する全ての専門家(裁判官、弁護士、少年局、鑑定人、家族相談所等)を「円卓」に集める「別居または離婚に関する研究チーム」を設立した。ここでは、2つの目的を追求した。1つは、配慮権手続きの迅速化であり、もう1つは、両親の合意を得るために集中して努めることである。2つの局面で協調と協力を得ようと努力された。まず、様々な専門知識と機能を持つあらゆる専門家間での協調と協力であり、その後、

29) 「レーゲンスブルクモデル」については、Lossen/Vergo, FamRZ 1993, 768 ff; 1955, 781 ff; 1988, 1218 ff.

～共通の目的である～両親間での協調と協力であった。また、コッヘムモデル全体の主題は、「命じられた協力（Verordnete Kooperation）」であった³⁰⁾。

通常月 1 回の様々な職業代表者との会談は、相互の理解や偏見の排除、共通の戦略の獲得に役だったが、これは全て一般的な局面についてであり、具体的な事例の解決には関連していなかった。その結果、争っている両親は、多くの場合自身の弁護士から相談所を紹介されることになった。相談所へ行かなかった時には、裁判期日に家庭裁判所裁判官側から、多くの場合事前に電話で少年局と相談期日を取り決め、そして少年局職員に両親を直接裁判所から相談所へ連れて行かせるよう相応な圧力がかけられた。

このような努力の成果は著しいものであった。配慮権の取り決めを合意した数は、州の平均をはるかに超え、1998年以降は、100%近くとなっている³¹⁾。このことから、2003年からラインラント＝プファルツ州全てで、同様のモデルを導入する措置が採られるようになった³²⁾。同様の方法で、バーデン＝ヴェルテンブルク州司法省も「コッヘムモデル」を州全体で導入することを指示した³³⁾。これらのモデル試行が連邦立法へ与えた影響についてはすでに言及した。以下では、特に専門家による協力を目的とする現行法のアプローチと関連して述べたい。

b) 家庭裁判所と少年局

社会法典第 8 編 = 1991年少年援助法の公布以降、立法者は多くの改正において、社会教育学上の援助利用と司法上の調停との相互連携を設け、促

30) コッヘムモデルの説明については、Füchsle-Voigt, FPR 2004, 600 ff.; Füchsle-Voigt/Gorges, ZKJ 2008, 246 ff.; Rudolph, Du bist mein Kind (2007); www.ak-cochem.de. 「命じられた協力」については、Curtius/Schwarz, FPR 2004, 191 ff.

31) コッヘム家庭裁判所のルドルフ判事の報告によれば、1996年から2007年の間で、わずかに 2 例の両親の紛争だけが訴訟により決定された。Rudolph, Du bist mein Kind (2007) 57.

32) Füchsle-Voigt, FPR 2004, 600, 602.

33) Füchsle-Voigt/Gorges, ZKJ 2008, 246 参照。

進しており、最終的には新たな家事事件及び非訟事件手続法の枠内においてこれを行った。社会法典第8編17条2項は、別居や離婚の際に、少年局による両親への助言は、「親としての配慮を実現するための合意案」に向けられるべきであり、またその合意案は、「親としての配慮に関する裁判上の決定の根拠」として役立つことができると明確に示している。裁判上の決定は、BGB 1671条によれば、両親が（少年局の支援を受けて）、親の一方の単独配慮を合意した場合にのみ必要となる。両親が家庭裁判所にこの旨の申立てを行った場合には、家庭裁判所は、申立てに応じた決定を行わなければならない（BGB 1671条2項1号）³⁴⁾。

少年局において両親が合意に達しないときは、少年局は、社会教育学の観点から家事事件手続に参加する。裁判所は、少年局を審問しなければならない（FamFG 162条1項）。少年局は申立てによって手続関係人になる（FamFG 162条2項）。期日において、少年局は、裁判所を支援し、とりわけ両親のこれまでの相談や調停の試みについて裁判所に説明する（社会法典第8章50条1項・2項）。少年局は、家庭裁判所の後々の決定に対して、固有の抗告権を有している（FamFG 162条3項2文）。

反対に、家庭裁判所は、あっせんの試み（上述 . 2 . a）の際には、両親に、少年支援機関の相談または支援を指摘し、その利用を説明しなければならない（FamFG 156条1項2文）。相当な事例では、裁判所は両親にこの相談手続に参加することを命じることができるが、この命令を強制的に実現することはできない（FamFG 156条1項5文）³⁵⁾。これは意味のないことかもしれないが、裁判所による命令の権威は、多くの事例において、両親と少年局双方が互いに連携を取ることをもたらしている。さらに、親の参加拒絶は、この費用負担を当該親に負担させることができる（FamFG 81条2項5号）。家庭裁判所は、配慮権に関する当該決定におい

34) 上述 . 1 . 参照。子どもの福祉が侵害されると思われる場合にのみ例外が認められる。BGB 1671条3項, 1666条。

35) BVerfG FamRZ 2005, 523, 524 参照。

て、参加拒絶を考慮することもできる³⁶⁾。

FamFG 156条 1項 2文の命令の前に、家庭裁判所は、有意義な方法で、少年局と意見を調整しなければならない。なぜなら、家庭裁判所は、支援を行うのか否か、またどのような支援を行わなければならないのかについて、少年局に指示をすることはできないからである。この話し合いでは、相談の方法、時間や場所を定めることができるが、両親への裁判所の命令は具体的に、したがって「拘束的な」効力を生じる³⁷⁾。

FamFG 156条は、相談期間中の裁判所手続きの停止を認めておらず、これらは FamFG の別の目的である手続きの迅速化を妨げとなるからであろう。しかし、両親の合意への具体的な見込みが存在するときには、分別のある裁判官は、裁判手続きを当分の間進めることはしない³⁸⁾。

c) 家庭裁判所と調停

家庭裁判所は、適切な場合に、「調停またはその他の裁判所外の紛争解決手続きを利用することを指摘する」べきである（FamFG 156条 1項 3文）。しかし、ここでは、法は、少年局による相談の場合と同様に、裁判所の命令を認めていない。また、両親によって開始された調停手続きと裁判手続きとの関係は明確ではない。

d) より多くの専門家 より少ない責任？

少年局、相談機関、調停と並んで、現在では、あらゆる他の分野の専門家が親の合意形成に向けた努力に関与している（上述 2.）。しかし、立法者は、これらの専門家内部での意思伝達や相互的な調整を規定することを欠いている。このような相互的な情報は、多くの場合、個人情報保護に反

36) Stöber, FamRZ 2009, 656, 659; MünchKomm-ZPO/Heilmann (Bd. 4, 2010) § 156 FamFG Rn. 10; Musielak/Borth, FamFG (2009) § 156 Rn. 2 (しかし、刑事上の行為としてではない)。

37) MünchKomm-ZPO/Heilmann (前注36), § 156 FamFG Rn. 10; Bundeskonferenz für Erziehungsberatung, ZKJ 2009, 122; Prütting/Helms/Stöber, FamFG (2009) § 156 Rn. 5.

38) MünchKomm-ZPO/Heilmann (前注36), § 156 FamFG Rn. 10; Musielak/Borth, a. a O. Rn. 3.

する³⁹⁾。個々の専門家相互間の関係におけるコミュニケーション及び権限は、明確になっていない。例えば、鑑定人が、両親の影響に関する戦略を追求するときに、手続補佐人がまた他のやり方を優先的に扱おうとしている一方で、さらに少年局が別の戦略を追求している。立法者は、両親によって合意された配慮権の取り決めという主たる目的に対する責任を多くの関与する専門家に分配した。しかし、この「アウトソーシング」によって、個々の専門家の責任や家庭裁判所の最終的な責任は疑わしいものとなる。家庭裁判所裁判官は、新法によって、「いかなる事例も少なくとも争いがあるものとして再び評価しない」という期待の中で、他への責任を押し付ける誘惑に直面している⁴⁰⁾。立法者は、多数の専門家への責任分配が、子どもの福祉への全体的(総合的)な責任の弱体化をもたらしているという危険に対応しなければならないだろう。確かに、家庭裁判所が、合意の目的に関与する全ての専門家の権限を、内部関係相互において、また裁判所との関係において明確に確立することが提案されている⁴¹⁾。しかし、家庭裁判所が、この権限をまとめる権限を有していることを、法からは、一般的に、導き出すことはできない⁴²⁾。

4. 合意形成へ向けた介入の問題と限界

a) 子どもの地位

「同意」が問題となる場合、通常は、両親の合意のみが想定されている。FamFGは、合意への努力の際に、子どもという人格を共に考慮することを認識させていない。ここでも、「命じられた調停」に対して反対する主たる異議が存在する。彼らによれば、すなわち、「命じられた調停」の効

39) MünchKomm-ZPO/Heilmann (前注36), § 163 FamFG Rn. 10.

40) Meier, in: Lipp/Schumann/Veit, Reform des familiengerichtlichen Verfahrens (2009) 105 ff. 108; MünchKomm-ZPO/Heilmann (前注36), § 156 FamFG Rn. 9.; Bumiller/Harders, FamFG (2009) § 163 Rn. 3 参照。

41) MünchKomm-ZPO/Heilmann (前注36), § 163 FamFG Rn. 11.

42) 単に手続保護人との関係において, FamFG 158条 3項 4文が, 相応の規定を設けている。

果は、その質、すなわち子どもの福祉に合わせてではなく、親の合意の数で測られているとする⁴³⁾。この問題は、真剣に受け止められるべきであろう。確かに、子どもは自身の年齢に関係なく手続当事者であるが、通常は自身の利益を何らかの規則に従って自分で主張することはできない⁴⁴⁾。調停の議論から、法的に自律していない当事者である子どもを、自律した紛争解決を目指している審理手続きに参加させることに対する困難さが認識される。法が明確に言及していないことから、主体である子どもを合意過程の中で、埋没させないようにすることが家庭裁判所及び少年局の責任において、重要である。裁判での子どもの審問についても同様である。FamFG 159条によれば、～交流の和解と同様に～裁判官による子どもの福祉のコントロールや許可（Genehmigung）が必要とされる限り（FamFG 156条2項）、子どもの審問が必要となる。そのような場合であってさえ、多くの場合、子どもは合意の結果と直面するだけであり、真の共同参加の感情は有していない。

これに対して、問題の審議に子どもが参加することが、両親間の合意形成においても、特に積極的な効果があることが家族支援の経験から示されている。それゆえに、子どもは、～当然ながら年齢に応じて～固有の当事者として、合意形成の過程に参加させなければならない。そうでない場合は、両親を満足させるだけの「信用できない妥協」のように思われ、子どもの福祉に役立つものとはいえない。例えば、両親間で子どもの養育を頻繁に交代して分担すること（いわゆる「交代モデル」⁴⁵⁾）が該当する。

b) 親の合意に優先する子どもの福祉

親の合意形成に向けた努力は、子どもの身体的または精神的な福祉の危

43) Hansen, das Recht der elterlichen Sorge (1993) 142 ff; Fücksle-Voigt/Georges, ZKJ 2008, 246, 参照。

44) Coester, in: Lipp/Schumann/Veit (前注40), 39 ff, 55 (FamFG 9条1項3号による子どもの手続能力の制限についても) 参照。

45) BVerfG, Forum Familienrecht 2009, 416; Coester, Forum Familienrecht 2010, 10 ff.; Staudinger/Coester (2009) § 1671 Rn. 261. を参照。

険に対する子どもの保護に、その限度がある。FamFG 156条1項は、それゆえに、子どもの福祉に関する手続きに言及していない。このことは、子どもの保護が、両親に対してではなく、両親と共に常に優先的に実現されるべきであることを排除していない。これについては、FamFG 157条1項による危険についての意見交換が役立つ。しかしその場合でも、国家は、自身固有の監督者としての責任を免れるのではない。効果的な子どもの保護は、優先的な関心事のままである。

・ 結 語

子どもの福祉は、両親に対してではなく、両親と共に、最良のものとなるよう実現することができる。なぜなら、抽象的な命令と養育の取り決めを子どもとの日常生活の中に転化しなければならないのは、両親だからである。それゆえに、両親の理解と合意を目的とし、両親自らの取り決めの能力を支援する国家による仲介（調停）の試みは、原則として、歓迎することができる。このことは、この目的のために、全ての専門的な能力を調整し、遂行することも同様である。しかし、目的は、「子どもの福祉に適合した合意」であり、「親の合意を得ることが目的」ではないということを忘れることは許されない。その限りにおいて、ドイツ法はさらなる改善を行わなければならない。