

ドイツ婚外子配慮法の実務動向について

——二〇一三年改正法の評価を中心に——

阿 部 純 一

はじめに

I 二〇一三年改正法の概要

II 連邦司法・消費者保護省による調査報告書

III 裁判実務の動向

結びにかえて

はじめに

ドイツ民法典（BGB）の施行（一九〇〇年）から一二〇年余の時が流れた。この間、婚外子に対する親権／配慮権のあり方をめぐり、各時代において激しい議論が展開され、立法においても変革と停滞が繰り返されてきた。⁽¹⁾ドイツにおける婚外子の配慮法史は、まさに「波乱に満ちた歴史（wechselvolle Geschichte）」であるといえる。⁽²⁾

ドイツ婚外子配慮法の実務動向について（阿部）

現在のドイツ法の到達点は、二〇一三年四月一六日の互いに婚姻していない父母の親の配慮の改正のための法律 (Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, BGBl. I S.795) (二〇一三年五月一九日施行) (以下「二〇一三年改正法」という。) がもたらした法状況である。二〇一三年改正法は、それまで非婚の父母の「合意」がある場合に限定されていた、婚外子に対する共同配慮の創設方法に、新たに裁判所による共同配慮の移譲を加えることで、父母の合意がない場合にも、裁判所による子の福祉審査を通じて、父母が共同配慮を手に入れる道を開いた。外形的には非婚の父母の権利拡大ともみえる新制度であったが、その立法の前後を通じて、学説からの厳しい非難を受けることになる。

このような立法当時の状況を前にして、筆者は、二〇一三年改正法を分析した旧稿を次のように結んだ。

「もともと、今回の改正法の選択した解決策が『理想的な道 (Königsweg)』であるのか『誤った道 (Holzweg)』であるのかの最終的な評価は、今後の実務における運用及び実際の裁判を待つて下されるべきである。今回の改正法では、連邦司法省は、共同配慮の移譲に関する新たな規定が実務においてどのように推移するのかを観察し、五年後にこれに関する報告書を提出するものとされている。婚外子配慮法に関する新しいコンセプトを採用したドイツ法の今後の行方を注視していく必要があるだろう」⁽³⁾。

いかに天才的な立法でさえ、法律を補充・修正する権限を与えられた裁判官の助力がなければ、長期にわたって生活上の諸要求を満たすことはできない⁽⁴⁾。立法時から様々な問題を指摘されてきた二〇一三年改正法を評価するためには、立法後の実務の運用、とりわけ裁判実務における運用の状況を分析することが不可欠である。

本稿の目的は、二〇一三年改正法が導入した裁判所による共同配慮の移譲制度について、立法後の実務動向の分析を通じて、現時点での一応の評価を与えることにある。立法時に連邦司法省 (現・連邦司法・消費者保護省) に課され

た調査義務に基づいて、二〇一八年に、二〇一三年改正法に関する調査報告書が連邦議会に提出された。以下では、まず二〇一三年改正法の概要⁽⁵⁾を確認した上で、連邦司法・消費者保護省による調査報告書の結果を中心として、さらに立法後七年間の公表裁判例の傾向から、二〇一三年改正法の実証的評価を試みる。

I 二〇一三年改正法の概要

1 改正に至る経緯

ドイツ法において、非婚の父母に子に対する共同配慮の可能性を立法上はじめて開いたのは、一九九七年二月一六日の親子法の改正のための法律 (Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts, BGBl. I S.2942) (一九九八年七月一日施行) である。本改正により導入された配慮表明制度 (Sorgeerklärung) は、非婚の父母が配慮を共同して引き受ける意思表示 (配慮表明) をした場合に、父母に配慮権が共同して帰属することを認めた (BGB 旧一六二六 a 条一項一号)。

もともと、非婚の父母が共同配慮を手に入れる唯一の手段であった配慮表明制度には、父母の一方の意に反してはこれを行うことができないという構造上の難点があり、特に婚外子の原則的配慮権者である母が共同配慮を拒絶する場合には、父は共同配慮を手に入れることができないことが問題視されていた。この配慮表明制度をめぐる、二〇〇九年二月三日ヨーロッパ人権裁判所判決 (Zaunegger 事件)⁽⁶⁾ は、ヨーロッパ人権条約八条 (私生活及び家族生活の尊重) との関連における二四条 (差別の禁止) の違反を指摘し、さらに、二〇一〇年七月二一日連邦憲法裁判所決定⁽⁷⁾ は、基本法六条二項に基づく婚外子の父の親の権利を侵害すると判示した。一連の裁判により、いわば追い込まれる

形で立法されたのが、二〇一三年改正法である。

二〇一三年改正法の立法者は、可能な限り父母による共同配慮が行われるべきであるという新しい理念に基づき、子の福祉に反しない限りで共同配慮を認めることを目標に掲げた⁽⁸⁾。そして、二〇一三年改正法は、前記の違憲及び人権条約違反の状態を治癒するための解決策として、BGB及び家事事件手続法(FamFG)⁽⁹⁾において、従来の配慮表明制度を維持しつつ(BGB一六二六a条一項一⁽¹⁰⁾号)、父母の合意がない場合にも、父母の一方の申立てに基づいて、家庭裁判所による子の福祉審査を通じて、父母に共同配慮を移譲する新制度を導入した(BGB一六二六a条一項三号、二項、FamFG一五五a条)。

2 裁判所による共同配慮の移譲

裁判所は、父母の一方の申立て⁽¹¹⁾に基づき、「移譲が子の福祉に反しない」か否かという消極的子の福祉審査(negative Kindeswohlprüfung)により、共同配慮の移譲の可否を判断する(BGB一六二六a条二項一文)。父母の一方が共同配慮の移譲を家庭裁判所に申し立てた場合に、裁判所は、相手方である父母の他方に対して、態度表明(Stellungnahme)のための期間を設定する。この期間について、母に対しては、子の出生後六週間以上の猶予期間を認めなければならぬ(FamFG一五五a条二項二文)。この態度表明期間内に、相手方である父母の他方が、沈黙している場合、共同の親の配慮の移譲を阻止しうる理由を裁判所に対して提出しない場合、そのような理由がその他の方法で裁判所に明らかではない場合には、共同の親の配慮の移譲が子の福祉に反しないことが法律上推定される(BGB一六二六a条二項二文)。実際の事件は、共同配慮を阻止しうる理由が存在するか否かに応じて、次の二つの手続において裁判される。

父母の一方による共同配慮の移譲の申立てに対して、相手方が共同配慮の移譲を阻止しうる理由を提出しない場合、そのような理由がその他の方法で裁判所に知られない場合には、家庭裁判所は、簡易な手続 (vereinfachte Verfahren) において共同配慮の移譲の可否を審査する (FamFG 一五五 a 条三項)。この手続では、書面審査だけが行われ、職権探知主義の制限により、父母の本人審問や少年局 (Jugendamt) の手続関与が排除される。もつとも、子の本人審問 (FamFG 一五九条) は、簡易な手続においても排除されない。

共同配慮を阻止しうる理由の存在を裁判所が認める場合には、職権探知主義が妥当する、通常の親子関係事件に關する手続において、審査が行われる (FamFG 一五五 a 条四項)。裁判所は、共同配慮を阻止しうる理由が知られた後遅くとも一か月で開始する討論期日 (Erörterungstermin) を設定する。この手続では、家庭裁判所は、子の本人審問だけでなく、父母の本人審問を行わねばならず (FamFG 一六〇条)、少年局の手続への関与も認められる。

なお、FamFG 一五五 a 条三項は、草案段階では、共同配慮を阻止しうる理由が存在しない場合には、常に簡易な手続において「裁判しなければならぬ (hat ... zu entscheiden)」と規定されていたが (Muss 規定)、連邦議会法務委員会の決議勧告を受けて、簡易な手続において「裁判するものとする (soll ... entscheiden)」という表現に修正された (Soll 規定)。連邦議会法務委員会の理由書は、この修正により、母の言語上の能力が著しく制限されているなどの特別な例外的ケースについて、共同配慮を阻止しうる理由が存在しない場合にも、裁判所の判断で、通常の手続において裁判できると説明する。⁽¹³⁾ このわずかな字句の修正により、BGB 一六二六 a 条二項二文による法律上の推定とは無関係に、簡易な手続による裁判をするか、通常の手続による裁判をするかを決定する裁量が裁判所に認められることになった。⁽¹⁴⁾

3 改正法に対する批判

二〇一三年改正法に対しては、その立法段階から現在に至るまで、様々な批判が向けられている。新設された裁判所による共同配慮の移譲制度に対する批判のうち、主要なものを挙げると次のようになる。

第一は、簡易な手続（FamFG一五五a条三項）に対する批判である。特に問題視されているのは、この書面審査による手続においては、職権探知主義が制限され、討論期日が開かれず、父母の本人審問や少年局の審問が行われないことである。

父母の本人審問が行われないことにより、裁判官が父母の合意形成を試みること（FamFG一五六条）⁽¹⁵⁾ ができなくて、基本法六条二項一文に基づく親の権利の現れである父母の本人審問を制限することに対する憲法上の懸念も述べられる。⁽¹⁶⁾

さらに、少年局の関与を排除することで、少年局の専門的な知見を利用することができず、⁽¹⁷⁾ 裁判所が共同配慮を阻止しうる理由に関する情報を少年局を通じて入手できない⁽¹⁸⁾ などの問題が指摘される。

第二は、共同配慮が子の福祉に反しないことを法律上推定するBGB一六二六a条二項二文に対する批判である。本規定は、簡易な手続に関するFamFG一五五a条三項と一体的に機能するため、簡易な手続に対する批判（職権探知主義の制限、父母の本人審問⁽¹⁹⁾や少年局の関与がないことなど）は、そのまま本規定にも妥当する。

また、共同配慮が子の福祉に反しないことを法律上推定することは、裁判所の裁量的判断を制約することを意味する。学説の中には、BGB一六二六a条の解釈を通じて、共同配慮が子の福祉に反しないことが「明白（*erschichtlich*）」

であることを要求することで、同条の適用範囲を限定できるとの指摘もあった。⁽²⁰⁾

第三は、共同配慮の移譲の判断基準としての「消極的子の福祉審査」に対する批判である。消極的子の福祉審査は、子の利害を十分に顧慮するものではなく、積極的子の福祉審査 (positive Kindeswohlprüfung) が行われるべきであると主張される。⁽²¹⁾

II 連邦司法・消費者保護省による調査報告書

二〇一三年改正法の第六条は、連邦司法省 (当時) が、同改正法により変更または新設された規定について、法律施行後五年の間に、裁判実務に基づく評価を行い、これに関する報告書をドイツ連邦議会に提出することを定めた。⁽²²⁾

この任務を果たすために、連邦司法・消費者保護省 (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz) は、ニュルンベルク・プロテスタント大学 (Evangelische Hochschule Nürnberg) の付設機関である実践調査・評価研究所 (Institut für Praxisforschung und Evaluation) に調査を委託し、二〇一七年八月に最終報告書⁽²³⁾が提出された。さらに、委託調査の結果を踏まえて、「互いに婚姻していない父母の親の配慮の改正のための法律の評価に関する報告書 (Bericht über die Evaluierung des Gesetzes zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern)」が作成され、前記最終報告書と併せて、連邦政府の名において二〇一八年三月二九日付で連邦議会に提出された。⁽²⁴⁾

以下では、連邦議会に提出された調査報告書に基づいて、二〇一三年改正法の実務における運用状況とその評価を点描する。

1 調査の目的・方法

本調査の目的は、二〇一三年改正法により変更された非婚の父母による配慮法制が子に与えている影響を突き止め、改正後のBGB一六二六a条及びFamFG一五五a条を実証的に評価することにある。⁽²⁵⁾ この目的を達成するために、(α) 裁判所事務局に対する調査と(β) 裁判官に対する調査の二つの調査が実施された。

(α) 裁判所事務局に対する調査は、区裁判所及び上級地方裁判所の事務局に対するアンケート調査の形式で実施された。調査対象は、二〇一五年及び二〇一六年に受理されたもしくは既済となった、裁判所による共同配慮の移譲(BGB一六二六a条一項三号、二項、FamFG一五五a条)に関する事件(抗告事件)である。裁判所事務局に対しては、当該事件の量的調査(quantitative Befragung)への回答が求められた。

(β) 裁判官に対する調査は、区裁判所及び上級地方裁判所の裁判官に対するアンケートの形式で実施された。調査対象は、各裁判官が二〇一五年に扱った共同配慮の移譲に関する事件(抗告事件)である。裁判官に対しては、当該事件の量的調査だけでなく、自由記述を含む質的調査(qualitative Befragung)も実施された。

2 裁判所事務局に対する調査

(1) 区裁判所事務局に対する調査の結果

調査用紙を発送した一六八か所の区裁判所(全区裁判所の二五%、各連邦州あたり二か所以上)のうち、回答したのは一三四か所の区裁判所であり、共同配慮の移譲に関する事件が四二五〇件(二〇一五年…二三五一件、二〇一六年…

一八九九件）報告された。⁽²⁶⁾ 地域別にみると、事件の七六・二六％（三二四一件）は西ドイツ諸州から、二三・七四％（二〇〇九件）は東ドイツ諸州から報告された。

調査報告書は、任意アンケートへの区裁判所事務局の参加率が高く、ほぼすべての都市からのデータが得られたとして本調査の意義を強調する。⁽²⁹⁾

(a) 子の年齢

申立て時点での子の年齢は、一歳未満が一〇・八％、一歳以上三歳未満が二二・一％、三歳以上が六七・〇％であった。⁽³⁰⁾

注目されるのは、事件に関係した子の大半が三歳以上であったことである。その理由として、調査報告書は、子の出生から数年が経過した後にはじめて、父母の別居が生じた、あるいは父母間に子の重要事項に関する共同決定をめぐる紛争が生じたために、非配慮権者たる父母が共同配慮を求めたケースが存在すること、⁽³¹⁾ 二〇一三年改正法の施行後にはじめて、父母の他方の合意がない場合にも、裁判所の決定を通じて共同の親の配慮を手に入れる可能性が広がったこと、の二点を挙げる。⁽³²⁾

さらに、一歳未満の子が少数にとどまるという事実は、二〇一三年改正法の評価にとって重要な意味を持つ。前述のように、二〇一三年改正法は、父による共同配慮の申立てに対して母が態度表明を行うための猶予期間（子の出生後六週間以上）を設けたが（F a m F G 一五五 a 条二項二文）、その背景には母が出産後短期間で配慮法上の手続を強制されることに対する懸念があった。これに対して、調査報告書は、子の年齢に関する調査結果から、二〇一三年改正法

の立法時に述べられた右の懸念が実務上は根拠のないものであると結論づける。⁽³³⁾

(b) 既済事件における手続の種類と審理の状況

調査期間中に既済となった事件のうち、書面審査のみの簡易な手続 (FamFG 一五五 a 条三項) で審理された事件が二八・八%であったのに対して、最低一回以上の討論期日を伴う通常の手続 (FamFG 一五五 a 条四項) で審理された事件は六六・六%であった。⁽³⁴⁾ 既済事件の四・六%は手続の種類について無回答であったが、調査報告書は、これらの事件について、たとえば期日指定前あるいは書面審査による決定前に申立てが取り下げられるなど、別の方法で終了した可能性を指摘する。⁽³⁵⁾

期日を伴う通常の手続による事件の審理期間は、六か月未満が七九・九%、六か月以上一二月未満が一六・七%、一二月以上一八か月未満が二・二%、一八か月以上が一・二%であった。⁽³⁶⁾

調査報告書によれば、このように通常の手続による事件の大多数が六か月以内という比較的短期間に結審している事実は、家事事件手続における優先及び迅速の要請 (FamFG 一五五 a 条一項) が広く遵守されていることの証左であるとともに、前記のように一歳未満の子が手続に関係する割合が低いことを考慮すると、母の態度表明のための猶予期間は非常に少数の事件においてのみ重要であり、「母がさながら座褥 (Kindbett) から裁判所に連れ出される」という立法時の懸念の正当性はやはりここでも証明されなかったと結論づけられる。⁽³⁷⁾

既済事件を終局区分に応じてみると、決定 (Beschluss) が五二・八%、裁判所の面前での配慮表明 (FamFG 一五五 a 条五項)⁽³⁸⁾ が八・七%、取下げが一五・七%、その他が二二・八%であった。⁽³⁹⁾ 「取下げ」や「その他」の理由は明

らかではないが、調査報告書は、「取下げ」については、裁判外で父母間の合意が成立したことから申立人が自己の目的追求を断念したことまで多様な理由が存在し、「その他」については、関係者の死亡による事件の終了から父母の婚姻による事件の終了まで多様な状況が存在する可能性を指摘する。⁽⁴⁰⁾

「決定」で終局した事件のうち、親の配慮の全部移譲が認容されたのが七八・四%、親の配慮の一部移譲が認容されたのが九・六%、申立てが却下されたのが一二・〇%であった。⁽⁴¹⁾「認容決定の件数」と「裁判所の面前での配慮表明件数」を合わせると、全申立てのうち約半数(五五・二%)について、裁判所の関与の下で父母の共同配慮が認められたことになる。

(c) 地域差

西ドイツ諸州と東ドイツ諸州を比較すると、婚外子出生率は、東ドイツ諸州の方が二倍近く高い傾向を示している。⁽⁴²⁾本調査においても、当初、量的・質的データにおける東西差が予測されていたが、多くの結果はそれほど有意な差異を示さなかった。⁽⁴³⁾

両地域間に生じた特徴的な相違は、既済事件に占める簡易な手続と通常の手続の割合についてみられたにとどまる。書面審査のみの簡易な手続(FamFG一五五a条三項)により審理された事件が、西ドイツ諸州・二二・三%、東ドイツ諸州・四一・三%であったのに対して、最低一回以上の討論期日を伴う通常の手続(FamFG一五五a条四項)により審理された事件は、西ドイツ諸州・七一・六%、東ドイツ諸州・五七・〇%であった。⁽⁴⁴⁾このような差異が生じた理由について、調査報告書は、確言を避けつつも、東西ドイツにおける婚外出生に対する態度の違いに起因する可能

性を示唆する。⁽⁴⁵⁾

回答を区裁判所の所在自治体の規模別にみると、大都市…四一・三%、中都市…四七・九%、小都市…二〇・七五%となり、大多数の回答は、大・中都市からもたらされた。⁽⁴⁷⁾自治体の規模が大きいほど、同一の裁判所で子に関する交
流手続あるいは配慮法手続が先行して行われていた割合は高まる傾向にあるが、それ以外の点では特徴的な差異がみ
られないことから、調査報告書は、自治体の規模が結果の相違に特徴的な影響を及ぼしていないと推測する。⁽⁴⁸⁾

(2) 上級地方裁判所事務局に対する調査の結果

調査用紙を発送した一九か所の上級地方裁判所（全上級地方裁判所の約五〇%、各連邦州あたり最低一か所以上）のうち、
回答したのは一五か所の上級地方裁判所であり、そのうち三か所の上級地方裁判所については、二〇一五年または
二〇一六年のいずれかの調査年についてのみ回答した。⁽⁴⁹⁾これらの上級地方裁判所からは、共同配慮の移譲（B G B
一六二六 a 条一項三号、二項、F a m F G 一五五 a 条）に関する抗告事件七一九件（二〇一五年…三六六件、二〇一六年…
三五三件）が報告された。⁽⁵⁰⁾

(a) 調査対象手続の概要

第一審手続の種類別に抗告事件をみると、事件の八〇・四%は、最低一回以上の討論期日が開かれた通常の手続（F
a m F G 一五五 a 条四項）により審理されており、事件の一九・六%だけが、書面審査のみの簡易な手続（F a m F G
一五五 a 条三項）により審理されていた。⁽⁵¹⁾このことから、調査報告書は、単純なケースが書面による手続において判

断されるのに対して、複雑で紛争性の高いケースについては討論期日を伴う手続において審理されているとの仮説を立てる。⁽⁵²⁾

抗告事件の約五〇％では、第一審手続において父母双方への共同配慮の移譲に関する認容決定が下されており、残りの約五〇％では、第一審手続において申立てが却下されていた。⁽⁵³⁾

原告人は、子の母が五三％、子の父が四四・三五％、その他の関係者が二・五五％であった。⁽⁵⁴⁾ どのような者が「その他の関係者」に該当するのかは明らかにされていない。

(b) 既済抗告事件における審理の状況

抗告事件の審理期間は、六か月未満が八四・九％、六か月以上一二月未満が一四・五％、一二月以上一八か月未満が〇・七％、一八か月以上が〇％であった。⁽⁵⁵⁾

既済抗告事件の終局区分は、決定が五一・九％、裁判所の面前での配慮表明 (FamFG 一五五 a 条五項) が八・三％、取下げが三二・三％、その他が八・五％であった。⁽⁵⁶⁾

抗告事件のうち二〇・二％の事件について第一審の決定が変更されおり、変更された事件を第一審の手続別にみると、四九・二％が簡易な手続 (FamFG 一五五 a 条三項) により、五〇・八％が通常の手続 (FamFG 一五五 a 条四項) により、それぞれ審理されていた。⁽⁵⁷⁾

3 裁判官に対する調査

裁判官に対するアンケートについて、四五二件（区裁判所…四四三件、上級地方裁判所…八件）⁽⁵⁸⁾の回答があった。⁽⁵⁹⁾地域別にみると、回答の八五・六％（三八六件）は西ドイツ諸州から、一四・四％（六五件）は東ドイツ諸州から報告された。⁽⁶⁰⁾回答した裁判官からは、総計一二〇一件の事件が報告され、そのうちの八三・六％は西ドイツ諸州から、一六・四％は東ドイツ諸州からの報告であった。⁽⁶¹⁾

前述のように、裁判官に対しては、各裁判官が二〇一五年に扱った共同配慮の移譲に関する事件（抗告事件）に関する量的調査だけでなく、質的調査も実施された。調査報告書では、区裁判所における量的調査の結果と、区裁判所及び上級地方裁判所裁判官に対する質的調査の結果が分析されている。

（１）判断基準としての「消極的子の福祉」の妥当性

質的調査の手法を用いて、共同配慮を非婚の父母に移譲する際の判断基準として、BGB一六二六条二項一文の規定する「消極的子の福祉」審査が適切であるか否かが、その理由（複数回答可）とともに調査された。裁判官の六三・九％は「適切である（richtig）」と、一九・三％は「不適切である（falsch）」と回答した。⁽⁶²⁾

裁判官が消極的子の福祉審査を適切と考える主要な理由として挙げられたのは、「基本法六条二項一文の理念としての共同の親の配慮（親の権利義務）を承認し、それを目指して努力される」（七五件）、「共同配慮を開始する要件の敷居を下げる」（五四件）、「子の利害が十分に尊重される」（三七件）、「非婚カップルの親の権利が婚姻カップルの親

の権利に近づけられる」(三四件)、「共同配慮は子のニーズに適う」(三三件)、「父のために親の権利を強化する」(二七件)である。⁶⁴⁾

これに対して、消極的子の福祉審査を不適切と回答した裁判官が挙げた主な理由は、「積極的子の福祉審査の方が適切であろう」(三六件)、「法的父子関係の創設による共同配慮こそが子のために要求されるべきである」(三〇件)、「共同配慮を命じる手続は、父母の相互関係の負担になる」(一四件)、「消極的審査と積極的審査の間の区別は、実務上は重要でない」(一〇件)であった。⁶⁵⁾

全体的にみれば、約六割の裁判官が現在の判断基準に対して肯定的な評価を下しているが、そのような裁判官の中には、「しかし、消極的審査と積極的審査の間の区別は、実務上は重要でない」(一四件)、「但し、法的父子関係の創設による共同配慮がより適切であろう」(九件)、「但し、積極的子の福祉審査の方がより適切であろう」(二件)など、否定的な評価を下した裁判官の挙げた理由に共通するものが含まれている点には、留意する必要がある。⁶⁶⁾

注目されるのは、定的な評価の理由として、二つの異なる方向が指向されていることである。一つは、裁判所の関与の下で非婚の父母の共同配慮を認める基本構造には変更を加えることなく、判断基準として「積極的子の福祉」の導入を指向する立場であり、いま一つは、裁判所の関与なしに、法的父子関係が創設される場合に、自動的に父母の共同配慮とすること―換言すれば、配慮表明制度を含むBGB一六二六a条の廃止―を指向する立場である。

(2) BGB一六二六a条二項二文による法律上の推定に対する評価

子の父母の提出またはその他の方法で、共同配慮を阻止しうる理由が裁判所に知られない場合には、共同配慮が子

の福祉に反しないことが推定される（BG B一六二六a条二項二文）。このような法律上の推定の評価についても、その理由（複数回答可）を含めて調査された。その結果によれば、法律上の推定を「適切な手段」と考える裁判官は五一・二％であり、「不適切な手段」であると考えた裁判官は三二・三％であった。⁽⁶⁷⁾

肯定的評価の主な理由は、「非婚カップルの親の権利が婚姻カップルの親の権利に近づけられる」（二九件）、「基本法六条二項一文の理念としての共同の親の配慮（親の権利義務）を承認し、それを目指して努力される」（二八件）、「単独配慮権者たる父母には意見を述べる可能性がある」（二二件）、「手続の浪費を回避する」（二二件）、「共同配慮は子のニーズに合う」（二二件）、「子の利害が十分に尊重される」（二〇件）、「父のために親の権利を強化する」（二〇件）であった。⁽⁶⁸⁾

否定的な評価を下した裁判官が挙げた主な理由は、「単独配慮権者たる父母が裁判所の通知に対して反応しなければならぬ」（四〇件）、「法的父子関係の創設による共同配慮こそが子のために要求される」（三三件）、「積極的の子福祉審査こそが要求される」（二四％）であった。⁽⁶⁹⁾

先にもみた判断基準の妥当性と比較すると、肯定的な評価を下した裁判官の割合が減少した一方で、否定的な評価を下した裁判官の割合が増加している。他方、それぞれの回答の理由については、判断基準の妥当性において挙げられた理由との共通性を確認することができる。

（3） 共同の親の配慮を阻止しうる理由

共同配慮の移譲に関する裁判が、書面による簡易な手続によるのか（F a m F G一五五a条三項）、それとも期日を伴

う通常の手続によるのか（同条四項）は、原則として、「共同の親の配慮を阻止しうる理由」の存否にしたがって区分される。この意味において、共同配慮を阻止しうる理由は、その後の裁判手続を決定づける分水嶺となる。

(a) 理由の提出及び裁判所による認知

量的調査の結果によれば、事件の六六・三％（西ドイツ諸州・六五・九％、東ドイツ諸州・六七・八％）において、子の母が共同配慮を阻止しうる理由を提出していた。⁽⁷⁰⁾

他方、このような理由の存在が裁判所に承認された事件は、回答された事件の七一・九％（西ドイツ諸州・七二・一％、東ドイツ諸州・七一・一％）を占めていた。⁽⁷¹⁾ これらの事件のうち、九四・〇％（西ドイツ諸州・九三・二％、東ドイツ諸州・九七・二％）は関係者による報告を通じて、六・〇％（西ドイツ諸州・六・八％、東ドイツ諸州・二・八％）はその他の方法を通じて、共同配慮を阻止しうる理由が裁判所に認知されていた。⁽⁷²⁾

裁判所が共同配慮を阻止しうる理由を認知した事件のうち、専門家による鑑定書が考慮されていたのは、六・九％（西ドイツ諸州・七・四％、東ドイツ諸州・四・七％）にとどまる。⁽⁷³⁾

質的調査の結果によれば、共同配慮を阻止しうる理由が、第一審手続において提出されず、抗告審においてはじめて提出される事件は、稀であるとされる（裁判官の二％だけが回答）。⁽⁷⁴⁾

(b) 裁判官による理由の評価

それでは、裁判官が共同配慮を阻止しうる理由の存在を認めるのは、どのような理由がある場合なのか。質的調査

の結果から、裁判官による具体的な理由の評価をみてみよう。

裁判官が共同配慮を阻止する理由に値すると評価したのは、「父母のコミュニケーション能力及び準備の欠如、父母の協力能力及び準備の欠如」(二四七件)、「紛争を孕んだ父母の相互関係 (Interaktion)」(一〇七件)、「子に対する関心の欠如」(八三件)、「暴力の存在」(六三件) という理由であった。⁽⁷⁵⁾

反対に、裁判官が共同配慮を阻止する理由に値しないと回答したのは、「父母間のコミュニケーション能力及び準備が制限されていること」(一九件)、「養育費の不払い」(一五件)、「交流に対する考え方の違い」(二四件)、「共同決定の際に、申立人を排除したい」(二四件) という理由であった。⁽⁷⁶⁾

注目されるのは、「父母間のコミュニケーション能力及び準備の欠如または制限」が共同配慮を阻止しうる理由としても、これを阻止するに値しない理由としても挙げられていることである。その原因について、調査報告書は、個々の裁判官が同一の理由に対して異なる評価を下していることに起因するののか、それとも個別の具体的事件における父母のコミュニケーションや協力の程度の違いにより評価が分かれているのか明らかでないとしている。⁽⁷⁷⁾

(c) 共同配慮を阻止しうる理由が存在しない事件の通常の手続による裁判

裁判所が共同配慮を阻止しうる理由を認識できない場合に、裁判所は、討論期日のない書面審査だけの簡易な手続にしたがって判断することになる (FamFG 一五五 a 条三項)。ところが、実際の裁判例の中には、共同配慮を阻止しうる理由がない事件、つまり、本来であれば書面による手続により審査することが予定されている事件についても、討論期日を伴う通常の手続 (FamFG 一五五 a 条四項) により裁判するものがある。

量的調査の結果によれば、非婚の父母への共同配慮の移譲に関する事件のうち、二四・五％（西ドイツ諸州…二五・七％、東ドイツ諸州…一九・五％）については、F a m F G 一五五 a 条三項の書面による簡易な手続のための要件が存在すると裁判官が判断したにもかかわらず、討論期日が実施されていた。⁽⁷⁸⁾ この割合は、裁判官に対する質的調査の結果にも一致する。すなわち、四五一人の裁判官のうち一九人（二六・四％）は、討論期日を伴わない書面による手続（F a m F G 一五五 a 条三項）において審査する条件が存在したにもかかわらず、討論期日を設定していたのである。⁽⁷⁹⁾

このように F a m F G 一五五 a 条を無視して期日を設定する理由として、多くの裁判官が挙げたのは、「基本的に期日を実施している」（五八件）、「例えば、助言を通じて）父母間の合意を確立し、父母に共同配慮に向けての準備をさせる」（三〇件）という理由であった。⁽⁸⁰⁾

前述のように、立法時に F a m F G 一五五 a 条三項を「Miss 規定」から「Sol 規定」に変更することにより、共同配慮を阻止しうる理由が存在しない場合に、討論期日を伴う通常の手続を選択する裁量が裁判所に認められた。立法者はこのような事例を特別な例外的場面として想定していたが、実際の事件の約四分の一を占めており、また裁判官が挙げた理由は立法時に想定された場面と一致していない。このことから、実務において、手続決定の裁量が相当広範に行使されていることが窺われる。⁽⁸¹⁾

（4）母のための猶予期間の妥当性

父が共同配慮の申立てをした場合には、母に対して子の出生後少なくとも六週間の猶予期間が用意されている（F a m F G 一五五 a 条二項二文）。このような猶予期間を設定することの妥当性について、裁判官による回答のうち、「適

切である」は二三〇件（五一・〇％）、「短すぎる」は六七件（二四・九％）、「長すぎる」は一二件（二・七％）であった。⁽⁸²⁾

「短すぎる」と評価する理由として最も多く挙げられたのは、「出産後の期間としては短すぎる」（四一件）であり、望ましい期間として「八週間から一〇週間」（八件）、「一二週間」（七件）が挙げられた。⁽⁸³⁾「長すぎる」と考える理由としては、「父が長期にわたり配慮権の問題から排除される」（四件）、「迅速化の原則（Beschieunigungssgrundsatz）と矛盾している」（二件）が挙げられた。⁽⁸⁴⁾

(5) 二〇一三年改正法に対する評価と再改正の必要

二〇一三年改正法に対する裁判官の評価についても質的調査が行われた。

その結果によれば、BGB一六二六a条の改正について、一五六人（三四・六％）の裁判官は「成功であった」と考え、六三人（一四・〇％）は「不成功であった」と回答した。BGB一六二六a条を消極的に評価する理由としては、「法的父子関係の創設による共同配慮こそが必要である」（三〇件）、「積極的の子の福祉審査こそが要求される」（二七件）が挙げられた。

これに対して、FamFG一五五a条の手続について、「成功した」という回答は八八人（一九・五％）に減少し、「不成功であった」が一七五人（三八・八％）まで増加する。消極的に評価する理由として挙げられたのは、「書面による手続ではなく、父母の本人審問が必要である」（二一〇件）、「しばしば理由が提出され、紛争的な配慮法手続に移行する―そもそも合意する父母は通常は少年局に行くのである」（九一件）、「実務上の重要性が全くあるいはわずかしかない」（六七件）、「手続が長期化し、費用が増加する」（四三件）、「少年局及び手続保佐人の参加がないこと」（三八

件)であった。

最後に、裁判官に対して、二〇一三年改正法により導入された新制度について、立法者による変更または明確化の必要性に関する質的調査が行われた。

BGB一六二六a条の制度について、裁判官の二三・五%は「変更の必要がある」と回答し、「変更の必要はない」と回答したのは二二・六%であった。変更が必要な理由としては、「法的父子関係の創設による共同配慮が要求されるべきである」(七一件)、「積極的子の福祉審査が要求されるべきである」(二〇件)、「BGB一六二六a条二項二文の法律上の推定は削除されるべきである」(一七件)が挙げられる。

FamFG一五五a条の変更の必要性について、裁判官の二九・三%は「変更の必要がある」と回答した。主な理由は、「書面による手続(FamFG一五五a条三項)を廃止し、常に父母の本人審問を行うべきである」(四三件)、「少年局の参加(FamFG一六二条)及び手続補佐人の参加を―裁判所の裁量によって―認めるべきである」(三二件)であった。

4 小 括

本調査報告書は、いずれの調査結果についても、ドイツ全体を代表するものではなく、あくまでも傾向を示すものとして評価されるべきと指摘する。本調査によって提示された傾向からは、二〇一三年改正法が実務上いくつもの弱点を有していることが明らかになる。

第一に、手続の対象となる子の大多数(約八九%)が一歳以上であり、討論期日を伴う通常手続による事件の審理

期間の多く(約八〇%)が六か月以内に終了していることから、出産直後に母が手続に関与することが多くないことが推論される。したがって、母のための猶予期間(子の出生後六週間以上)を導入する根拠とされた、出産後の母が裁判手続を強いられるという立法者の想定は、実務上の根拠がないものといえる。⁽⁸⁹⁾

第二に、審査基準としての「消極的子の福祉審査」の妥当性については、概ね実務に受け入れられているといえる。調査に回答した裁判官の大多数(約六四%)はこのような審査基準を「適切である」と回答した一方で、約一九%の裁判官は「適切でない」と回答した。もつとも、積極的な評価をした裁判官の回答には、消極的子の福祉審査と積極的子の福祉審査の区別が実務上は重要でないことを指摘するものがあり、さらに後述する連邦通常裁判所二〇一六年六月一五日決定により、現在ではBGB一六七一条一項の「積極的子の福祉審査」において展開されてきた諸原則がBGB一六二六a条二項一文についても適用されるため、「消極的子の福祉審査」の独自の意義はますます薄れているように思われる。

他方、消極的評価をした裁判官の理由からは、裁判所による共同配慮の移譲制度において「積極的子の福祉審査」の導入を主張する立場と、そもそも父子関係の確立により法律上当然に共同配慮を創設することを主張する立場という、異なる指向性を持つ立場が含まれていることが明らかになる。

第三は、裁判手続の選択について裁判官の裁量的決定が立法者の想定以上の広がりを見せていることである。二〇一三年改正法の立法者の考えによれば、書面による簡易な手続(FamFG一五五a条三項)と審問期日を伴う通常の手続(FamFG一五五a条四項)の選択は、原則として「共同配慮を阻止しうる理由」の存否にしたがって決定され、言語能力の問題など「特別な例外的ケース」についてのみ、共同配慮を阻止しうる理由が存在しない場合に、

通常の手続で裁判することが予定されていた⁽⁹⁰⁾。しかし、実際の事件の四分の一について、本来的に簡易な手続によることが想定されている事件についても、通常の手続で裁判が行われており、さらにその理由は立法時に想定された場面とは一致しない。このことから次のようにいうことができるだろう、裁判官は、期日において父母の本人審問や少年局の手続的関与が必要と考える場合には、共同配慮を阻止しうる理由がない場合であっても、通常の手続によって裁判をする傾向にあると。これは、実務運用におけるFamFG一五五a条三項の実質的無効化を意味している。

第四に、二〇一三年改正法は、裁判官の視点からしても、法政策的課題を孕んでいる。BGB一六二六a条については、裁判官の一四%が「不成功であった」と評価し、二三・五%が「変更の必要がある」と回答した。FamFG一五五a条の手続については、「不成功であった」が三八・八%、「変更の必要がある」が二九・三%にそれぞれ上昇する。特に問題視されているのは、簡易な手続(FamFG一五五a条三項)、BGB一六二六a条二項二文の法律上の推定、消極的子の福祉審査であり、立法時の批判が依然として続いているといえる。さらに、立法論として、父子関係の創設による共同配慮への転換を求める意見も根強い。もともと、本報告書は、このような意見が存在することを認める一方で、「新しい規程が実務において運用可能」なことを強調し、「それゆえ、報告書から明らかになるのは、差し当たって、立法者による直接的な行動の必要はないことである」と結論づけた⁽⁹¹⁾。

III 裁判実務の動向

二〇一三年改正法の施行から現在に至るまで、BGB一六二六a条及びFamFG一五五a条に基づく裁判所によ

る共同配慮の移譲に関する多くの裁判例が公表されている。一連の裁判例の中でも特に注目されるのは、連邦通常裁判所二〇一六年六月一日五五決定（以下「二〇一六年BGH決定」という⁹²⁾）である。同決定は、新設された裁判所による共同配慮の移譲に関するはじめての連邦通常裁判所決定である以上に、判断基準としての「消極的子の福祉」（BG B一六二六a条二項一文）の意義に関する重要判例である。

本章では、二〇一六年BGH決定やその他の裁判例の状況を踏まえて、裁判所による共同配慮の移譲制度が実務上どのように運用されているのかを確認する。

1 共同配慮という「理念」の意義…「原則―例外関係」の否定

裁判所は、移譲が「子の福祉に反しない」場合に、父母に共同配慮を移譲することになる（BG B一六二六a条二項一文）。二〇一三年改正法の立法者が、二〇一〇年連邦憲法裁判所決定の経過規整やBG B一六七一条における「積極的子の福祉審査⁹⁴⁾」ではなく、「消極的子の福祉」を判断基準に定めた背景には、「共同の親の配慮を阻止しうる理由が存在しない場合には、原則として、父母双方が親の配慮を共同して引き受けるべきである」という改正法の理念があった⁹⁵⁾。さらに、BG B一六二六a条二項二文の法律上の推定およびFamFG一五五a条三項の簡易な手続による審理が、このような理念を側面から支えていた。

この改正法の立場を前提として、一部の上級地方裁判所の裁判例⁹⁶⁾には、単独配慮と共同配慮の関係について、母の単独配慮に対して父母の共同配慮が優先する「原則―例外関係（Regel-Ausnahme-Verhältnis）」⁹⁷⁾と捉えるものがあつた。また、同様に「原則―例外関係」を前提として、共同配慮を阻止しうる状況について、より高い証明の程度を要求す

る裁判例⁽⁹⁸⁾もあった。

二〇一六年BGH決定は、これらの上級地方裁判所の判断について、「法律の中に根拠を見出すことができない」と判示⁽⁹⁹⁾し、共同配慮の単独配慮に対する優位性を明確に否定した⁽¹⁰⁰⁾。学説においても、理念による公式化は、規範的性質を有するものではなく、法政策的性質を有するにとどまると理解される⁽¹⁰¹⁾。また、このような公式化は、わずかに立理由の中で述べられるのみで、条文の中にこれに関する十分な表現を見出すことはできないことも、「原則—例外関係」を否定する根拠として指摘される⁽¹⁰²⁾。

2 判断基準としての「消極的子の福祉」

二〇一六年BGH決定は、BGB一六二六a条二項一文における「消極的子の福祉審査」の際にも、「子の福祉」が判断のための優先的基準であることを承認する⁽¹⁰³⁾。さらに、共同配慮の申立てを却下するための基準は、父母の別居時の配慮権の移譲に関するBGB一六七一条一項二文二号の基準（「積極的子の福祉」）と一致しており、両ケースにおいては、父母の一方の単独配慮が子の福祉によりよく適う場合に限り、共同配慮を認めない判断をすることができる旨が説示される⁽¹⁰⁴⁾。その上で、二〇一六年BGH決定は、BGB一六七一条一項二文二号による共同配慮の廃止のために展開されてきた諸原則が、BGB一六二六a条二項一文についても適用されると判示した⁽¹⁰⁵⁾。

従前の上級地方裁判所の公表裁判例では、BGB一六二六a条とBGB一六七一条の関係についての評価が分かれていた。すなわち、BGB一六二六a条二項の適用の際に、BGB一六七一条一項二文二号の審査基準を用いることを承認する裁判例⁽¹⁰⁶⁾がある一方で、これを否定する裁判例⁽¹⁰⁷⁾もあった。二〇一六年BGH決定は、このようなBGB

一六二六a条と一六七一条をめぐる下級裁判例の論争に終止符を打ったのである。⁽¹⁰⁸⁾

BGB一六二六a条二項の審査においては、BGB一六七一条一項二文二号と同様に、父母の一方の単独配慮が子の福祉によりよく合致する場合に限り、共同配慮の申立てを却下することができる。⁽¹⁰⁹⁾ 仮に共同配慮に有利に作用する理由が証明されない場合であっても、共同配慮に不利に作用する理由が証明されない場合には、共同配慮の申立てが認容される。⁽¹¹⁰⁾

3 具体的判断要素

裁判所による共同配慮の移譲（BGB一六二六a条二項）の審査の際には、父母の別居時の配慮権の移譲（BGB一六七一条一項）の審査と同様に、共同配慮に有利及び不利に作用するあらゆる事情が、個別の事件に関する広範な考察の枠内で、相互に比較検討される。⁽¹¹¹⁾ もちろん、両規定の間には、共同配慮の創設と廃止という適用場面の相違が存在しており、BGB一六七一条一項について展開されてきた諸基準を、⁽¹¹²⁾ 一般的かつ無批判にBGB一六二六a条二項の中に取り入れることは適切ではない。⁽¹¹³⁾ とりわけ、裁判所による非婚の父母への共同配慮の移譲に関する簡易な手続（FamFG一五五a条三項）において、職権探知主義が制限されるという訴訟形態の相違は、十分に考慮される必要がある。⁽¹¹⁴⁾

これまでの裁判例では、次のような事情が具体的な判断要素とされている。⁽¹¹⁵⁾

(1) 父母間のコミュニケーション及び協力

父母間にコミュニケーション及び協力の準備や能力があるか否かは、子の福祉適合性を検討する際に中心的な視点になる。⁽¹¹⁶⁾二〇一三年改正法の立法者も、父母の共同配慮の行使について、父母間に「十分な社会的関係 (tragfähige soziale Beziehung)」及び「最小限度の合意 (Mindestmaß an Übereinstimmung)」があることを前提としていた。⁽¹¹⁷⁾そして、BGB一六二六a条二項において要求される父母のコミュニケーション及び協力の能力や準備の程度もまた、BGB一六七一条におけるそれと一致するとされる。⁽¹¹⁸⁾

共同配慮に対する父母の一方の拒絶的態度それ自体は、共同配慮に不利に作用するものではない。⁽¹¹⁹⁾また、子に関する父母間の意見が単に相違しているだけでは、共同配慮を認めない理由にはならない。というのも、子にとつて最もよい解決策が父母間の論争から生じることは、正常な状態であり、⁽¹²⁰⁾ここでは、むしろ単独で判断するよりも慎重な検討が行われるのである。⁽¹²¹⁾父母間に協力の準備がない場合には、専門知識に基づく援助(例えば、少年局による助言(社会法典第八編一八条二項参照))を利用する必要があり、⁽¹²²⁾第三者の援助によって、紛争が解消される可能性がある場合には、紛争は子の福祉に反しないものと評価される。⁽¹²³⁾紛争及び協力可能性の欠如について、父母いずれに主たる責任があるかは、些細なことであり、問題にならない。⁽¹²⁴⁾

父母間のコミュニケーションの問題が共同配慮を阻止しうるのは、それが共同決定を行うことを不可能にし、子に著しい負担をかけるほどに深刻でありかつ継続的なものである場合である。⁽¹²⁵⁾子の負担は、現実に存在していなくても、このような負担に至るといふ正当な懸念が存在すれば十分であるとされる。⁽¹²⁶⁾

(2) 配慮権者としての適格性及び能力

父母の一方に配慮権者としての適格性がないことも、共同配慮が子の福祉に反する論拠となる⁽¹²⁷⁾。具体的には、父が子に対する扶養義務や交流義務を果たしていない場合、父が子及び子の母の利益を顧慮することなく、自分自身の利益や権利のみを追求している場合などがこれに該当する。

(3) 子の意思

子の意思もまた、子の福祉の審査の際に考慮される⁽¹²⁸⁾。父母の一方に対する拒絶的な子の振舞いを重視する際には、客観的に確認できる行動に照準を合わせるだけでなく、子の感情、子の発言、子の発言に対する父母の態度なども考慮に入れることができる⁽¹²⁹⁾。子の意思が特に重要な意義を有するのは、子が父と長期にわたり共同生活を営んでおり、父母が共同配慮権者のように行動していたため、子の意向が現実の経験に基づいていると考えられる場合である⁽¹³⁰⁾。

上級地方裁判所の裁判例には一四歳未満の子の本人審問を不要とするものもあったが、二〇一三年BGH決定は、子の嗜好 (Neigungen)、結びつき (Bindungen) または意思が判断のために重要である場合には (FamFG 一五九条二項参照)、一四歳未満の子の審問は必要であると判示した⁽¹³¹⁾。子の本人審問は、書面による手続 (FamFG 一五五a条三項) においても制限されず、裁判所が子の本人審問を行わないことは、重大な手続違反になるとされる⁽¹³²⁾。

(4) その他の事情

父子間に結びつきが存在しないこと、父が子に対する関心を示さないこと、父母間の暴力・侮辱、父の子に対する

虐待、子の重大な忠誠葛藤 (Loyalitätskonflikte) の誘発、父母の中毒問題 (アルコール、薬物)、父母の精神的問題などの要素も、それが共同配慮を行使する父母の能力を具体的に損なう限りで、共同配慮に不利に作用する場合がある。⁽¹³⁶⁾ この他に、促進の原則および継続性の原則 (die Prinzipien der Förderung und der Kontinuität) も子の福祉にとって重要な視点になる。⁽¹³⁷⁾

結びにかえて

本稿における検討を踏まえて、二〇一三年改正法を評価するならば、立法時に懸念された二〇一三年改正法のいくつかの難点について、裁判実務はうまく対処しようとしているということが出来る。一方で、裁判官は、自らに認められた裁量を幅広く行使することによって、職権探知主義の制限された簡易な手続を回避し、討論期日を伴う通常の手続において裁判することを選択し、⁽¹³⁸⁾ 他方で、連邦通常裁判所決定は、「裁判官による法の継続的形成 (richterliche Rechtsfortbildung)」により、⁽¹³⁹⁾ BGB 一六二六 a 条による消極的子の福祉基準を BGB 一六七一条による積極的子の福祉審査に読み替えているのである。

連邦司法・消費者保護省の調査結果からは、解釈論的対応にとどまらず、根本的な立法的解決を求める声が裁判官の間にも一定数存在することが明らかになったが、連邦政府は、二〇一三年改正法について再改正は必要ないという立場を崩していない。⁽¹⁴⁰⁾ しかし、近時、別居・離婚後の配慮法制のあり方に関する議論の高まりの中で、婚外子の配慮法制についても二つの注目される提言が出されている。

一つは、二〇一八年九月にライプツィヒで開催された第七二回ドイツ法曹大会(72. Deutschen Juristentag)——テーマ:「別居・離婚後の共同親責任——配慮法、交流法及び扶養法において改正は必要か? (Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung – Reformbedarf im Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrecht?)」——における大会決議⁽¹⁴⁾であり、非婚の父母の共同配慮について次のような決議を行った。

「二、(互いに婚姻していない父母の配慮権)

互いに婚姻していない父母について、共同配慮の創設は、子のために強化されなければならない。:

- a) 共同の親の配慮は、法的父子関係の確立によって、法律上創設される。(採決・賛成三二、反対一四、保留三)
- b) 共同の親の配慮は、父母が父性の承認時に同じ世帯で生活している場合に、法律上創設される。(採決・賛成二九、反対一一、保留九)
- c) 互いに婚姻していない父母に対して、部分的な配慮表明の可能性が開かれなければならない。(採決・賛成三九、反対三、保留七)。

いま一つは、二〇一九年一〇月に連邦司法・消費者保護省の公表した「配慮法及び交流法の改正のための作業部会綱要 (Thesepapier der Arbeitsgruppe zur Reform des Sorge- und Umgangsrechts)」⁽¹⁵⁾である。同要綱の第一三では、「法的親子関係の確立により、親の配慮は、父母に共同して帰属するものとする。基本法六条二項による親の責任の一部としての親の配慮を保有することは、もはや父母が子の出生時に互いに婚姻していたか否かに左右されることはないも

のとす。」ことが提案されている。

いずれの提言も法的父子関係による共同配慮への転換を迫るものである。これらの提言が単なる細波にとどまるのか、それともドイツ法に新たな波紋を投ずるのか、今後の推移が注目される。ドイツにおいて論争の火種は依然として熾り続けている。

- (1) 紙幅の都合から、ドイツにおける婚外子の親権／配慮法の軌跡を縷述する余裕はない。一九〇〇年BGBの成立から一九六九年非嫡出子法までの非嫡出子の母及び父の親権法史については、田村五郎『非嫡出子に対する親権の研究』（中央大学出版部、一九八一年）を、一九六九年非嫡出子法以降の婚外子に対する共同配慮法制の展開については、阿部純一「ドイツ婚外子共同配慮法の形成過程（一）～（三）」鹿兒島大学法学論集五一巻一号（二〇一六年）一頁、五二巻一号（二〇一七年）三頁、五三巻一号（二〇一八年）二七頁、同「ドイツにおける婚外子共同配慮法制をめぐる近時の議論——一九九七年親子法改正後の動向を中心として——」比較法雑誌四六巻二号（二〇一二年）一八七頁を参照。
- (2) K. Lack, *Ein Jahr Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern*, FamRZ 2014, S.1337.
- (3) 阿部純一「ドイツの新しい婚外子配慮法——二〇一三年四月一六日改正法の意義と問題——」法学新報二二〇巻七・八号（二〇一四年）二二七頁。なお、「理想的な道（Königsweg）」「誤った道（Holzweg）」は、ミヒャエル・ケスター（M. Coester）の表現形式である（M. Coester, *Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern*, FamRZ 2012, S.1342）。
- (4) E. Stampe, *Gesetz und Richtermacht*, Deutsche Juristen-Zeitung 1905, S.1017. 邦訳については、エルンスト・シュタンペ、田村五郎『自由法研究会訳「法律と裁判官」法学新報八三巻四・五・六号（一九七七年）九三頁を参照。
シュタンペ（E. Stampe）は、裁判官による法律の補充権限については無制限で認める一方で、法律の修正権限が認められる場面を、全体の利益が修正を無条件で必要としている場面に限定する。
- (5) 本稿における二〇一三年改正法の概要及び成立に至る経緯に関する説明は、阿部・前掲注（3）二二五頁、同「ドイツにおける婚外子共同配慮法の展開」家族（社会と法）三〇号（二〇一四年）一〇九頁に基づく。

ドイツ婚外子配慮法の実務動向について（阿部）

- (6) Zaunegger v. Germany, No. 22028/04, Judgment, 3 December 2009. 同判決の紹介として、西谷祐子「ドイツにおける児童虐待への対応と親権制度(一)」民商法雑誌一四一巻六号(二〇一〇年)一六一―一七頁、ドイツ家族法研究会「親としての配慮・補佐・後見(一)―ドイツ家族法注解―」民商法雑誌一四二巻六号(二〇一〇年)一一九―一二二頁〔稲垣朋子執筆〕がある。
- (7) BVerfGE 127, 132. 同決定の紹介として、ドイツ家族法研究会・前掲注(6)一二二―一二三頁〔床谷文雄執筆〕がある。
- (8) BT-Drucks. 17/11048, S.12.
- (9) 正式な名称は、二〇〇八年十二月七日の家事事件及び非訟事件における手続に関する法律(Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), BGBl. I S.2586, 2587. (二〇〇九年九月一日施行))である。
- (10) 配慮表明制度の廃止に至らなかった理由について、改正草案は、配慮表明制度を通じて、婚外子の生まれる生活関係の多様性や、父に配慮を引き受ける意思が常にあるとは限らないという状況を顧慮することができることを挙げた(BT-Drucks. 17/11048, S.14)。これについては、阿部・前掲注(3)一二二頁も参照。
- (11) 裁判所による共同配慮の移譲の申立ては、配慮表明を前提としていないため、共同配慮を望む父または母は、「配慮表明を行うことなく、直接、裁判所に申立てを行うことも可能である。さらに、申立権者は、条文上「父母の一方(Elternteil)」とされており、父だけではなく母もまた申立権を有することが認められている。草案では、母の申立てを認めることにより、共同配慮に消極的な父を共同配慮に引き込むことも可能になるとその意義が説明される(BT-Drucks. 17/11048, S.16)。
- (12) BT-Drucks. 17/12198, S.5, 8.
- (13) BT-Drucks. 17/12198, S.8.
- (14) S. Hellmann, Die Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern — Das Ende eines Irrwegs?, NJW 2013, S.1476.
- (15) M. Coester, aa.O. (Fn.3), S.134ff. W. Keuter, Vereinfachtes Verfahren zur Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge — ein Fremdkörper in Kindschaftssachen — Anmerkungen zum Referentenentwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern —, FamRZ 2012, S.826.

- (16) Kinderrechtskommission des Deutschen Familiengerichtstages e.V. und Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht e.V., Stellungnahme zum Referententwurf (RefE) eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts vom 28.3.2012, ZKJ 2012, S.264 ; S. Willutzki, Das Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern — Das Ende einer fast- unendlichen Geschichte, FPR 2013, S.238; Fink/Bitter, Eine unendliche Geschichte — Kommt endlich die verfassungsgemäße Reform des Sorgerechts für nichteheliche Kinder?, ZKJ 2012, S.174; W. Dürbeck, Das Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern aus Sicht der Praxis, ZKJ 2013, S.333.
- (17) M. Coester, aa.O. (Fn.3), S.1341.
- (18) Lambrecht/Bosse, Plädoyer für eine gemeinsame elterliche Sorge, ZRP 2013, S.10.
- (19) BGB 一六二六 a 条二項二文の法律上の推定規定が、法的審問を請求する権利（基本法 一〇三条一項）との関係で、慎重に適用されなければならないことの指摘もある（OLG Brandenburg, FamRZ 2016, S.243.）。
- (20) Huber/Antomo, Die Neuregelung der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, FamRZ 2012, S.1264.
- (21) Lambrecht/Bosse, aa.O. (Fn.18), S.10.
- (22) 連邦議会が五年後の調査報告を義務づけた理由として、非婚の父母による共同配慮が社会的に敏感なテーマであり、立法時にそれをめぐる激しい議論があったこと、新制度により新しい領域（Neuland）を切り開くことになることから、子の福祉に特に注目して、新法の実務における有効性を実証的に検証する必要があると説かれていた（BT-Drucks. 17/11048, S.25.）。
- (23) 報告書の正式名称は、「互いに婚姻していない父母の親の配慮の改正のための法律の評価のための FamFG 一五五 a 条との関連における BGB 一六二六 a 条に関する特殊調査の分析（Auswertung der Sondererhebung zu § 1626a BGB in Verbindung mit § 155a FamFG zur Evaluation des Gesetzes zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern）」である。
- (24) BT-Drucks. 19/1450.
- (25) BT-Drucks. 19/1450, S.1. 9.
- (26) BT-Drucks. 19/1450, S.13. 15. 31. 42. 調査報告書によれば、二〇一五年の報告件数が二〇一六年と比べて約一九%多い結果となったことについて、これが偶然変動（Zufallsschwankung）に起因するのかわ、それとも一定の傾向を示すのかわは確

言ひなきいとされる (BT-Drucks. 19/1450, S.15.)。

- (27) バーデン＝ビュルテンベルク州 (二〇一五年：三九九件、二〇一六年：三〇五件)、バイエルン州 (二〇一五年：四一六件、二〇一六年：三五九件)、プレーメン (二〇一五年：八六件、二〇一六年：一〇〇件)、ヘッセン州 (二〇一五年：一七八件、二〇一六年：一三五件)、ハンブルク (二〇一五年：三二一件、二〇一六年：二八件)、ニーダーザクセン州 (二〇一五年：二二二件、二〇一六年：二三六件)、ノルトライン＝ヴェストファーレン州 (二〇一五年：一一一件、二〇一六年：一〇〇件)、ラインラント＝プファルツ州 (二〇一五年：二〇三件、二〇一六年：九三件)、シュレーズヴィヒ＝ホルシュタイン州 (二〇一五年：八七件、二〇一六年：八二件)、ザールラント州 (二〇一五年：四六件、二〇一六年：三四件) の一〇州である (BT-Drucks. 19/1450, S.15, 46)。
- (28) ブランデンブルク州 (二〇一五年：一六九件、二〇一六年：一二二件)、メクレンブルク＝フォアポンメルン州 (二〇一五年：六二件、二〇一六年：四一件)、ザクセン州 (二〇一五年：一四〇件、二〇一六年：一〇九件)、ザクセン＝アンハルト州 (二〇一五年：一一一件、二〇一六年：一五五件) の四州である (BT-Drucks. 19/1450, S.15, 46)。
- (29) BT-Drucks. 19/1450, S.13.
- (30) BT-Drucks. 19/1450, S.16, 42, 70f.
- (31) 子の出生時に互いに婚姻していない父母の約九〇%は、子の出生時点において、パートナー関係にあるとの指摘もある (Soergel/Hilbig-Jugani, BGB Bd.19/2, § 1626a Rd.34 (=S.108f))。
- (32) BT-Drucks. 19/1450, S.42f.
- (33) BT-Drucks. 19/1450, S.1, 11.
- (34) BT-Drucks. 19/1450, S.16, 71.
- (35) BT-Drucks. 19/1450, S.16, 43, 71.
- (36) BT-Drucks. 19/1450, S.17, 72.
- (37) BT-Drucks. 19/1450, S.17.
- (38) FamFG 一五五 a 条五項によれば、配慮表明は、討論期日において、調書に記載することにより行うこともできる。なお、裁判所内では「配慮表明の調書作成 (Protokollierung von Sorgerkklärung)」という呼称が広く使用されており、本調

查せむの表現による回答があつたとされる (BT-Drucks. 19/1450, S.17)。

- (39) BT-Drucks. 19/1450, S.17, 73.
- (40) BT-Drucks. 19/1450, S.73.
- (41) BT-Drucks. 19/1450, S.17, 73f.
- (42) 本調査報告書では、二〇一〇年の婚外子出生率について、東ドイツ諸州：六一%、西ドイツ諸州：二七%、ドイツ全土：三三%であると紹介されている (BT-Drucks. 19/1450, S. 18; Statistisches Bundesamt, Geburten in Deutschland, 2012, S.19)。なお、二〇一七年の婚外子出生率（スルリンを除く）は、東ドイツ諸州：五九%、西ドイツ諸州：三〇%、ドイツ全土：三四%であり、東ドイツ諸州における割合は、依然として西ドイツ諸州の二倍近く高い数値を示している (Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch: Deutschland und Internationales 2019, 2019, S.33)。
- (43) BT-Drucks. 19/1450, S.12, 18, 76ff.
- (44) BT-Drucks. 19/1450, S.18, 84.
- (45) BT-Drucks. 19/1450, S.84.
- (46) 本調査における自治体の規模は、次の定義による (BT-Drucks. 19/1450, S.170)。百万都市 (Millionenstadt)：人口一〇〇万人以上、大都市 (Großstadt)：人口一〇万人以上一〇〇万人未満、中都市 (Mittelstadt)：人口二万人以上一〇万人未満、小都市 (KleinStadt)：人口二万人未満。
- (47) BT-Drucks. 19/1450, S.19, 45f.
- (48) BT-Drucks. 19/1450, S.19, 44.
- (49) BT-Drucks. 19/1450, S.13f, 91f.
- (50) BT-Drucks. 19/1450, S.19, 95f.
- (51) BT-Drucks. 19/1450, S.19, 95, 100.
- (52) BT-Drucks. 19/1450, S.19.
- (53) BT-Drucks. 19/1450, S.19f, 95, 101.
- (54) BT-Drucks. 19/1450, S.20, 95, 102.

ドイツ婚外子配慮法の実務動向について (阿部)

- (53) BT-Drucks. 19/1450, S.20., 104.
 (56) BT-Drucks. 19/1450, S.20., 105.
 (57) BT-Drucks. 19/1450, S.20., 95., 106.
 (58) プランデンブルク、ドレスデン、ハンブルク、オルデンブルク、ザールブリュッケン及びシュトゥットガルトの六か所の
 上級地方裁判所に所属する裁判官から回答がなされた。
 (59) BT-Drucks. 19/1450, S.20., 107f.
 (60) ブランデンブルク州：二一件、ベルリン：一六件、バーデン＝ビュルテンベルク州：一三一件、バイエルン州：六件、ハ
 ンブルク：八件、メクレンブルク＝フォアポンメルン州：五件、ニーダーザクセン州：一三二件、ノルトライン＝ヴェスト
 ファーレン州：一九件、ラインラント＝プファルツ州：三二件、シュレーズヴィヒ＝ホルシュタイン州：三三件、ザールラ
 ント州：二五件、ザクセン州：八件、及びザクセン＝アンハルト州：一五件の一三州から回答が得られた (BT-Drucks.
 19/1450, S.107.)
 (61) BT-Drucks. 19/1450, S.111.
 (62) 上級地方裁判所において量的調査の結果が分析されていない理由は、回答数の少なさにあると考えられる。
 (63) BT-Drucks. 19/1450, S.22., 131. その他に、無回答が四・九%、中立的回答(いずれにも分類できない)が二・〇%あった。
 (64) BT-Drucks. 19/1450, S.22., 132. 適切であると回答した三三八人の裁判官から、三六一件の理由に関する回答があった。
 (65) BT-Drucks. 19/1450, S.22., 134. 不適切であると回答した八七人の裁判官から、一二九件の理由に関する回答があった。
 (66) BT-Drucks. 19/1450, S.22f., 132.
 (67) BT-Drucks. 19/1450, S.23., 136. その他に、無回答が一六・二%、中立的回答(いずれにも分類できない)が一・三%あった。
 (68) BT-Drucks. 19/1450, S.23., 137.
 (69) BT-Drucks. 19/1450, S.23., 139.
 (70) BT-Drucks. 19/1450, S.21., 121f.
 (71) BT-Drucks. 19/1450, S.21., 123f.
 (72) BT-Drucks. 19/1450, S.123f.

- (73) BT-Drucks. 19/1450, S.21., 125f.
- (74) BT-Drucks. 19/1450, S.26., 150f.
- (75) BT-Drucks. 19/1450, S.23f., 142. 回答した裁判官三四七人から、九〇五件の理由に関する回答があった。
- (76) BT-Drucks. 19/1450, S.24., 144. 回答した裁判官六六六人から、二二〇件の理由に関する回答があった。
- (77) BT-Drucks. 19/1450, S.24.
- (78) BT-Drucks. 19/1450, S.20f., 119f. 事件の東西差について、調査報告書は、「確かに特徴的ではあるが、しかし関連性は弱
5」を分析する。
- (79) BT-Drucks. 19/1450, S.25., 145.
- (80) BT-Drucks. 19/1450, S.25., 146. 回答した裁判官一一九人から、一四七件の理由に関する回答があった。
- (81) FamFG 一五五 a 条三項の要件を充足する場合には、裁判所が通常の手続による裁判をすることは、問題視されていない。これに対して、FamFG 一五五 a 条四項の要件を充足する場合には、裁判所が手続瑕疵的 (verfahrensfehlerhaft) に簡易な手続による裁判をした場合には、関係者の抗告があれば、通常は原決定の破棄差戻しとなることが指摘されている (Keidel/ Engelhardt, Kommentar des FamFG, 19. überarbeitete Aufl., 2017, §155a Rd.10 (=S.1609); Vgl. auch, OLG Frankfurt a.M., FamRZ 2014, S.852.)。
- (82) BT-Drucks. 19/1450, S.25., 147. 回答した裁判官四五一人から、四九九件の理由に関する回答があった。
- (83) BT-Drucks. 19/1450, S.25., 148.
- (84) BT-Drucks. 19/1450, S.25., 150.
- (85) BT-Drucks. 19/1450, S.26., 152f.
- (86) BT-Drucks. 19/1450, S.26., 152f.
- (87) BT-Drucks. 19/1450, S.27., 155.
- (88) BT-Drucks. 19/1450, S.27., 157.
- (89) BT-Drucks. 19/1450, S.1., 11., 17.
- (90) BT-Drucks. 17/12198, S.8. 本稿1-2参照。

ドイツ婚外子配慮法の実務動向について (阿部)

- (91) BT-Ducks. 19/1450, S.2.
- (92) BGH, FamRZ 2016, S.1439=NJW 2016, S.2497=ZKJ 2016, S.414
本事件の事実は、次のとおりである。原告(子の父)が、被告(子の母)との間にもうけた娘(二〇〇九年九月三日生)について、被告との共同の親の配慮の行使を求めた事件である。父母は、二〇一二年まで非婚生活共同体において生活していた。彼らの間には、本件の娘の他に息子(二〇〇〇年生)がいる。父のもとで暮らしている息子について、父母は、配慮権を共同行使している。ヘルレンブルク区裁判所は、父母、手続補佐人及び少年局の審問の後に、二〇一五年二月二五日の決定において、父の申立てを却下した。父の抗告について、ブランデンブルク上級地方裁判所二〇一五年八月三日決定は、書面による手続において、関係者の本人審問をすることなく、子に対する親の配慮を父母に共同して移譲した。そこで、被告は、法律違反を理由として、連邦通常裁判所に抗告した。
- (93) K. Lack, Ann., FamRZ 2016, S.1444.
- (94) 二〇一〇年連邦憲法裁判所決定の経過規整は「子の福祉に適合(den Kindeswohl entspricht)」と、BGB 一六七一条一項二号及び二項二号は「子の福祉に最も適合(den Wohl des Kindes am besten entspricht)」とそれぞれ子の福祉基準を定める。
- (95) BT-Ducks. 17/11048, S.17.
- (96) OLG Celle, FamRZ 2014, S.857=NJW 2014, S.1309; OLG Brandenburg, FamRZ 2015, S.760=NJW 2015, S.964; OLG Brandenburg, FamRZ 2016, S.240.
- (97) 配慮法における「原則―例外関係」をめぐる議論及び判例は、これまで主として離婚後の共同配慮と単独配慮の関係について展開されてきた。BGB 一六七一条の事件における議論の変遷については、稲垣朋子「離婚後の父母共同監護について―ドイツ法を手がかりに―(一)」国際公共政策研究一六巻一号(二〇一一年)二五三―二五五頁が詳しい。
- (98) OLG Nürnberg, FamRZ 2014, S.571.
- (99) BGH, FamRZ 2016, S.1443, Rd.35.
- (100) K. Lack, aa.O. (Fn.93), S.1444; M. Coester, Ann., ZKJ 2016, S.419.
- (101) Straudinger/Coester, BGB (Neubearbeitung 2014), § 1626a Rd.5 (=S.171.)
- (102) Soergel/Hilbig-Lugani, aa.O. (Fn.31), § 1626a Rd.36 (=S.109.) つれに関連して、BGB 一六二六 a 条二項二文の法律上

の推定について、実体法上の推定ではないため、裁判所を実体法上拘束するものではないと理解する立場もある (Johannsen/Henrich/Althammer/Lack, Familienrecht: Scheidung, Unterhalt, Verfahren: Kommentar, 7. überarbeitete und erweiterte Aufl., 2020, § 1626a Rd.15 (=S.1005).)°

(103) BGH, FamRZ 2016, S.1440, Rd.10, 13.

(104) BGH, FamRZ 2016, S.1440, Rd.13.

(105) BGH, FamRZ 2016, S.1440, Rd.13. 本決定に対しては、共同配慮の創設が問題となるBGB一六二六a条の事件について、BGB一六七一条への言及は不要であり、むしろ、二〇一三年改正で部分的に修正されたに過ぎないBGB一六七一条から二〇一三年に新設されたBGB一六二六a条二項について帰納的推論が可能になるのかは、法体系的に不明確であるとの批判がある (Etzold/Löhnig, Das Leitbild kindeswohlkonformer gemeinsamer elterlicher Sorge – Die Entscheidung des BGH vom 15.6.2016 im Kontext der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung, NZFam 2016, S.775.)°

(106) OLG Stuttgart, FamRZ 2015, S.674 = NJW 2015, S.642, 453°.

(107) OLG Karlsruhe, FamRZ 2015, S.2168, 453°.

(108) Etzold/Löhnig, aa.O. (Fn.105), S.769.

(109) BGH, FamRZ 2016, S.1440f, Rd.15.

(110) Soergel/Hilbig-Lugani, aa.O. (Fn.31), § 1626a Rd.40 (=S.110).

(111) BGH, FamRZ 2016, S.1440, Rd.19.

(112) BGB一六七一条の事件における判断基準については、稲垣・前掲注(57)二五五―二六四頁、同「離婚後の父母共同監護についてドイツ法を手がかりに―(一・元)」国際公共政策研究一六巻二号(二〇一二年)一三六―一五八頁が詳しい。

(113) Staudinger/Coester, aa.O. (Fn.101), § 1626a Rd.88 (=S.194).

(114) Soergel/Hilbig-Lugani, aa.O. (Fn.31), § 1626a Rd.38 (=S.110).

(115) 以上の叙述について、Staudinger/Coester, aa.O. (Fn.101), § 1626a Rd.92-114 (=S.195-201.); Soergel/Hilbig-Lugani, aa.O. (Fn.31), § 1626a Rd.38-58 (=S.110-115.); Bamberger/Veit, BGB Kommentar Bd.4, 4.Aufl., 2019, § 1626a Rd.27-39 (=S.1536-1540.); Palandt/Götz, BGB, 79., neubearbeitete Aufl., 2020, § 1626a Rd.11-11b (=S.2098-2099.) を主として参考

にした。

- (116) BGH, FamRZ 2016, S.1441, Rd.21.
 - (117) BT-Drucks. 17/11048, S.17.
 - (118) BGH, FamRZ 2016, S.1441, Rd.10., 13ff. ちなみに、BGB一六二六a条二項における父母の協力能力及び協力準備の程度をBGB一六七一条に近接せしめることによつて、裁判所が共同配慮を創設した直後に、BGB一六七一条一項に基づく単独配慮の申立てが提起されるリスクを回避するリスクが甚大との指摘もある (Bamberger/Veit, aa.O. (Fn.115), § 1626a Rd.30.2 (=S.1538.))。
 - (119) BT-Drucks. 17/11048, S.17; BGH, FamRZ 2016, S.1441, Rd.22.
 - (120) BGH, FamRZ 2016, S.1441, Rd.22; OLG Karlsruhe, NJOZ 2015, S.1079.
 - (121) BGH, FamRZ 2016, S.1441, Rd.22.
 - (122) BT-Drucks. 17/11048, S.17; OLG Saarbrücken, FamRZ 2016, S.1859; OLG Brandenburg, NJW 2015, S.964; =FamRZ 2015, S.760.
 - (123) Soergel/Hilbig-Lugani, aa.O. (Fn.31), § 1626a Rd.42 (=S.111.)
 - (124) Bamberger/Veit, aa.O. (Fn.115), § 1626a Rd.29.1 (=S.1537.)
 - (125) BGH, FamRZ 2016, S.1441, Rd.24; OLG Brandenburg, NJW-RR 2017, S.131, Rn.12; OLG Saarbrücken, FamRZ 2016, S.1859.
- 実際に共同配慮のための十分な基礎がないとされたのは、父母間の論争が激しい攻撃（父の支配的で口頭による攻撃的な態度）によつて特徴づけられており、かつ父母間で客観的なコミュニケーションが不可能である場合、父母が互いに最も激しい非難の声を上げている場合、父母間の顕著な軽視及び継続的な諍いに至る場合、父母間の関係が、母による子の奪取以降、完全に破綻している場合、子の父の側にコミュニケーション能力及び意思がなくかつコミュニケーションの不足に対する専門知識に基づく援助を伴つて活動する準備も父にない場合、父が母に対して敬意を欠いてその権利を主張しかつその際に子の利益のことに気を配ることもない場合、子の父が、子にとつて重要な領域における既存の意見の相違について、協力的な紛争の解決の可能性を利用することなく、必要のない法的手段に訴える場合、父母の関係が高い紛争性をはらんでおり、意思疎通が非常に重要な事務事項においても依然として実現しない場合、父母が彼らのカップルの紛争に強くとらわれてい

る場合、父母が子のために相互に意思疎通する準備がない場合、父母間に強い不信及び高い不和が存在しており、このことがとりわけ多数の裁判手続で示されている場合、父母のコミュニケーションが破綻しており、破壊的でありエスカレート傾向にあることが明らかなる場合、確かに個別の事務事項においてはコミュニケーションが機能しているにもかかわらず、子の福祉に方向づけられた父母間の同権的なコミュニケーションが不可能であり、かつ共同の親の配慮が子の利害に関する父母の争いを増加させる可能性がある場合とある (Bamberger/Veit, aa.O. (Fn.115), § 1626a Rd.31 (=S1538.))。

- (126) BGH, FamRZ 2016, S.1441, Rd.26; OLG Celle, FamRZ 2016, S.386.
- (127) AG Gießen, NZFam 2014, S.285.
- (128) OLG Koblenz, FamRZ 2016, S.1859.
- (129) AG Gießen, NZFam 2014, S.285.
- (130) BGH, FamRZ 2016, S.1443f. Rd.44; OLG Saarbrücken, FamRZ 2016, S.1859.
- (131) OLG Bremen, FamRZ 2017, S.1407.
- (132) Soergel/Hilbig-Lugani, aa.O. (Fn.31), § 1626a Rd.54 (=S114.)
- (133) OLG Karlsruhe, NJOZ 2015, 1082.
- (134) BGH, FamRZ 2016, S.1443f. Rd.44.
- (135) K. Lack, aa.O. (Fn.93), S.1445.
- (136) Soergel/Hilbig-Lugani, aa.O. (Fn.31), § 1626a Rd.49-53 (=S114.); Bamberger/Veit, aa.O. (Fn.115), § 1626a Rd.35 (=S1539.)
- (137) BGH, FamRZ 2016, S.1441, Rd.20.
- (138) このような実務上の取扱いは、二〇一三年改正法の施行直後に「シュルツェック裁判官 (W. Dürbeck) が指摘した『法体系的になじみのない簡易な手続を『責任感をもった (verantwortungsvoll)』運用しなければならぬ』と『この裁判官の心性に由来する解決策とみる』」とある (W. Dürbeck, aa.O. (Fn.16), S.335.)。
- (139) E. Schumann, *Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung — Reformbedarf im Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrecht?*, Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages, Leipzig 2018, Bd. I, Teil B, S.31.
- (140) 二〇一八年四月一八日のドイツ連邦議会第二五回会議における、左翼党 (DIE LINKE.) のカトリン・ヴェルナー議員

ドイツ婚外子配慮法の実務動向について (阿部)

(Katrin Werner) と連邦司法・消費者保護省政務次官のクリステイアン・ランゲ (Christian Lange) との次のやりとりからは、差し当たり連邦政府が法改正を行うつもりがないことが窺われる (Plenarprotokoll 19/25, S.2288)。

ヴェルナー「互いに婚姻していない父母の親の配慮の改正のための法律の評価に関する報告書を受けて、とりわけ回答した裁判官による FamFG 一五五 a 条に関する多様な評価に鑑みて、連邦政府は、どのような行動の必要があると考えているのでしょうか?」「事件の三〇%だけが書面による手続において裁判されているという事実に鑑みて、連邦政府は、関係者の義務的な審問を行うために、書面による手続を廃止するように行動する必要があると考えているのでしょうか?」

ランゲ「FamFG 一五五 a 条に関する多様な評価は、アンケートの結果によりますと、立法手続の際と同じ状況に直面しているわけであります。つまり、法的父子関係により法律上根拠づけられる共同配慮を支持する人がいる一方で、共同配慮に関する決定が原則として常に本人審問後にしか出ることができないと考える人がいるのであります。連邦政府といたしましては、このような FamFG 一五五 a 条に関する多様な評価からは、直接的な行動の必要は差し当たり生じないものと考えております。

書面による手続が少数の事件においてのみ適用されているという状況も、これに何ら変更を加えるものではありません。FamFG 一五五 a 条による手続は、BGB 一六二六 a 条二項における互いに婚姻していない父母の親の配慮の家庭裁判所による移譲のための基準に基づくものであります。FamFG 一五五 a 条三項において予定されている手続の迅速化を放棄することは、簡素化された配慮法手続を全体的に疑問視することになるでしょう。」

(141) Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages, Leipzig 2018, Bd.IV/1, Teil L, S.187.

(142) H.-O. Burschel, Thesepapier der Arbeitsgruppe zur Reform des Sorge- und Umgangsrechts, NZFam2019, S.987. なお、報告書は連邦司法・消費者保護省のホームページ (https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/102919_Thesen_AG_SorgeUndUmgangsrecht.pdf?sessionid=980D30F4B7C3E1CA885B033FA1E7B9C2_cid324?__blob=publicationFile&v=2) で確認可能 (二〇二〇年七月三〇日確認)。

*本稿は、JSPS 科学研究費補助金 (課題番号: 16K17032) の助成に基づく研究成果の一部である。

(鹿児島大学文学部准教授)