

ドイツにおける共同監護と子の扶養料 (2)

Geteilte Betreuung und Kindesunterhalt in Deutschland (2)

野 沢 紀 雅*

目 次

- I はしがき
- II 世話モデルの多様性
- III 未成年子扶養法の概要 (以上, 57巻2号)
- IV 判例の展開 (本号)
- V 学説の対応と改正提案
- VI 結びに代えて

IV 判例の展開

本章では、前章で解説した未成年子扶養の制度構造を前提として、共同の世話がなされているケースにおける扶養料算定の諸原則に関する主なBGH判例を整理し、合せて判例評釈等の論評を紹介する。なお、論評においては実体法上の問題を中心とし、手続上の問題（特に1629条の解釈）は省略する。

【1】BGH 2005年12月21判決⁹³⁾

BGH, Urteil vom 21. Dezember 2005 - XII ZR 126/03-, juris; FamRZ

* 客員研究所員・中央大学名誉教授

93) 本件は、「家事事件及び非訟事件手続法 (FamFG)」施行前の事案であり、民事訴訟法 (ZPO) による訴訟事件として提起されており、裁判形式は「判決」である。

2006, 1015 = NJW 2006, 2258.

世話の割合が母3分の2、父3分の1のケースにおいて、1606条3項2文の適用が肯定された事案である。

〈事案の概要〉

本件は、両親の離婚後における、未成年の子X(1991年5月24日生れ)から父Yに対する扶養請求事件である。Xは2002年1月から8月までの未払いの扶養料として1,080.40ユーロを、2002年9月以降の扶養料として月額314ユーロの支払いを請求した。Xは父母YAの共同配慮の下にあったが、主として母Aのもとで生活しており、本件の訴えはAがXを代理して提起したものである。この請求に対してYは、自分の所得額はXの計算の前提より少ないこと、そして扶養料額の算定にあたっては、Xが1か月のうち平均して13日間自分のところに滞在していることが考慮されるべきであると主張した。なお、父母ともに就業している。

1審の家庭裁判所は、Yは2003年3月以降、月額165ユーロの扶養料を支払う義務があるとした。同裁判所は、Xが1か月あたり9日ないし12日をYのもとで生活している共同の世話(Mitbetreuung)を考慮して、DTの第7所得グループの基準額から児童手当の半額を控除した額の3分の2を支払えばよいということを前提としていた⁹⁴⁾。未払いの扶養料については、Yが過去になした支払いを考慮して未払い分はないと判断した。これに対してXY双方から控訴がなされた。原審裁判所(OLG Stuttgart)は、Yの控訴を棄却し、Xの控訴に基づいて、2002年1月から2003年4月までは(既払い額を考慮して)合計888.57ユーロの未払い分の支払い、および2003年5月以降月額287ユーロの扶養料の支払いをYに命じた。これに対してYは上告をなし、母Aにも按分的な金銭的扶養義務があると主張し、

94) 後述のように、Yの所得は、額面上は第4グループ(2003年のDTでは1,700-1,900ユーロ)に格付けされるはずであるが、これが第7グループ(2,300-2,500ユーロ)に格付けされた理由は定かでない。母Aの所得を加算した両親の合算所得を前提とした格付けの可能性が考えられるが、推測の域を出ない。

未払い分の支払いと、2003年以降の扶養料のうち、191.33ユーロを超える部分の請求棄却を求めたが、BGHは上告を棄却した。

〈判旨〉

1. BGHは、実体的判断に入る前に、本件訴えの適法性を検討している (Rn. 8-10)。Xは父母YAの共同配慮の下にあり、Aが適法にXを代理するためには、1629条2項2文によりXがAの保護 (Obhut) の下になければならないからである。判決によれば、保護の概念は実際の世話の状態に着目するものであり、子は実際の面倒見 (Fürsorge) と世話の重点 (Schwerpunkt) がある、つまり子の基本的需要を満たす面倒を主として見ている親の保護の下にある。子の常居所が、主として一方の親のところ で生活し、定期的に他方の親を訪問する形で規律されているならば、1629条2項2文の意味での保護は、前者の親に帰属する。本件のように、子が3分の2の時間を一方の親のところ に滞在し、そして3分の1の時間を他方の親のところ に滞在するという形で子の世話が分担されている場合でも、まだそのような保護の一義的な帰属可能性はなくなる。なぜなら、その種のケースでも実際の世話の重点は、通常、子の扶助やその他の重要事項について主として面倒を見ている親のところにあるからである⁹⁵⁾。よって、本件では実際の世話の重点は母Aのところにあるから、Aは本件訴訟の枠内においてXを法律上代理する権限を有する。

2. 次にBGHは、扶養料の算定にかかる実質的な判断基準を論じている。上告審においては、Yの扶養義務の存在および計算の前提となるYの所得額 (月1,870ユーロ) については争いが無い。当事者間の主張に相

95) 判決は、この文脈において、「子が交互的にそれぞれ一方の親と他方の親のところではほぼ同じ期間 (Phase) 生活するという仕方で子を世話する場合 (いわゆる交替モデル) には、いずれの親も BGB 1629条2項2文の意味での保護を有しない」から、その場合には、他方の親に金銭的扶養義務があると考えられる親は、扶養請求権を代理行使する補佐人 (Beistand) の選任を求めるか、BGB 1628条により、子の扶養料請求権の行使のための決定権の委譲を家庭裁判所に申し立てなければならないと述べている (Rn. 9)。

違があるのは、「Yの金銭的扶養義務が、Yの主張によれば3分の1をYにより共同で世話されていることを考慮して減額されるかという問題だけである」(Rn. 11)。

(1) 原審は、扶養料額の割合的減額を否定し、Yの所得グループの引下げによって問題を解決している。その理由としては、Yが世話している日数についての争いに詳細に立ち入ることはできないこと、たしかに、通常を超えたXとの交流は、看護師であるAの世話の負担を部分的に軽減しているが、他方において、Xの扶養のための固定費用(衣服や居住)の大部分はAが負担しなければならないことが考慮されなければならない、これらの事情が最もよく配慮されるのは、Yの所得グループ格付けの1段階の引下げであるとしているのである。当時のDTの基準額は、義務者に対して配偶者と子2名(合計3名)の権利者がいるケースを前提として定められている。権利者がそれより多い場合には、所得グループの引下げ、少ない場合には引上げという操作を行なって調整する。これはDTによる算定の一般的処理である。原審は、権利者が1名だけの本件ではYの負担は平均以下であるから、2段階引き上げて第6グループ(2002年のDTでは2,100-2,300ユーロ)に格付けされるべきところ、Yのなす共同の世話を考慮してそこから逆方向に1段階の格下げを行なっている。つまり、第5所得グループ(1,900-2,100ユーロ)が基準とされている。原審が言い渡した扶養料額はそれを基準として児童手当の調整を行なったものである(Rn. 12)。

(2) BGHは、原審のようにXの需要をYの所得が該当するDTの所得グループの基準額から減額すべき理由はないという。BGHは未成年の子に対する親の扶養義務について、次のような原則論をまず確認する。

「同親等の血族は、BGB 1606条3項1文により、その収入と財産の状況に応じて権利者の扶養に対し按分的に責任を負うところ、この規定の2文によれば、未成年で未婚の子を世話する親は、子の扶養を分担する義務を、通常、子の監護と教育によって履行する。世話をしない他方の親は、定期金の提供によって扶養を与えなければならない(BGB 1612条1項1

文)。したがって、法律の規律は、一方の親が子の世話と面倒見をなし、他方の親がそれに必要な資金を提供しなければならないということを前提としている。その場合、与えられるべき扶養の程度は要扶養者の社会的地位によって定まる (BGB 1610条1項)。しかし、扶養を要する未成年の子のように、要扶養者がまだ固有の社会的地位を得ていない限りにおいて、その社会的地位は扶養義務者である親のそれから導かれる。その子が一方の親から面倒見と世話を受け、他方の親が金銭扶養を給付する場合、子の社会的地位は原則として金銭的扶養義務を負う親の収入と財産の状況によって定まる」(Rn. 14)。

BGHは、この原則は、本件のように世話の重心 (Schwergewicht) が一方の親のもとにある限り疑問とされないとする。そして、金銭的扶養義務を負う親が子の世話をなしている場合でも、一方の親に世話の重心がある限りは、通常の基準による交流はもとより、より進んで共同の世話に近づいた交流の枠内においても、この原則が適用される。他方の親が子のための主たる責任を負うならば、その限りにおいて、その親が1606条3項2文⁹⁶⁾の意味において子の監護と教育により自己の扶養義務を履行していることを維持しなければならない。この判断にあたっては時間的要素に状況証拠的な意義が与えられるが、そのみに限定して判断されるわけではないという (Rn. 15)。つまりは、本件ではXの世話の重心はAのもとにあり、Aの扶養義務は履行されているから、Yだけがその所得を基準として金銭的な扶養義務を負うことになる。

BGHは、このようにして査定される子の需要であっても、その一部が他の仕方で満たされる場合には、その満たされた需要の分だけ扶養料が減額されることはありうることを指摘する。それゆえ、子の扶養の必要性が、例えば衣服や食事の提供によって無償で満たされるならば、金銭的扶養請求権の価額は減少する。金銭的な扶養義務を負う親自身が未成年子の

96) 判決文では「1603条」3項2文と記載されているが、誤植であろう。1603条に3項はない。

扶養を部分的に定期金の支払い以外の方法で満たす場合にもそのようになる。しかし、本件では、そのような減額はないという。住居費についてみればYがXの滞在中におけるXの居住費用を負担しているとしても、それは扶養料減額の理由にはならない。なぜなら、DTの基準額に含まれているのは一方の親のもとで発生する居住費だけであり、Yが自らXを世話することによって、部分的にその需要を満たしているとは言えないからである。また、その間XがYから食事を与えられていることを、扶養法上の結論に影響を与えるような需要の部分的充足だとみることもできない。例えば、月に4、5日という通常の交流の枠内での食事提供は補償請求権を発生させることはなく、交流権の行使の際に発生する通常のコストは原則として自ら負担しなければならない。それに加えてさらに4、5日の食事を提供しても、他方の親に特段の節約をもたらさないからである。さらにBGHは、交流のコスト負担を負担できない場合には、親子関係の維持のために交流権を行使する可能性を扶養法が奪ってはならないから、その費用は扶養法が考慮すべきだとの観点から、交流のコストを扶養料から減額する可能性を指摘しつつ、本件のYは自己留保分を考慮して残される所得により、Xの滞在中から生ずる費用をまかなえるとして、その可能性も否定している（Rn. 21, 22）。

本件がDTの基準額から減額をなす理由がない事案であるとすれば、Yが負担すべき扶養料額は、所得グループの引下げなしに、より高額に査定されるべき事案であるということになろう。そうであれば、原審の扶養料計算はYに不利益を与えるものではない（Rn. 22）。

(3) BGHは、以上の論旨を展開する文脈において、交替モデルの場合に言及している。そこにいう「交替モデル」とは、両親が子の世話を交替して行ない、各自とも面倒見と教育の役目をほぼ半分ずつ引き受ける場合である。判決は、下級審事例と学説を引用して、この場合には、両親の按分的な金銭的扶養義務が生じ、子の扶養需要は両親の合算収入にしたがい、さらに、両親双方の世帯で子の面倒を見ることから生じる住居費や交通費といった追加的な費用が加算され、両親は、そのようにして査定された子

の需要について所得の状況に応じて按分的に、また提供された現物扶養の給付を考慮して責任を負担しなければならないという (Rn. 16, 17)。

「交替モデル」の定義と扶養法上の効果に関するこの論旨は、本件の結論を直接的には左右しない、その意味では傍論である。しかし、これによって1606条3項1文が適用される要件、すなわち両親の収入・財産状況に応じた按分的な扶養料計算がなされるべきケースを制限的に解している。この論旨は以後の判例に引き継がれていくことになる。

〈論評〉

本件に関する論評は、次の判例と合せて紹介する。

【2】BGH 2007年2月28日判決

BGH, Urteil vom 28. Februar 2007 - XII ZR 161/04-, jurs; FamRZ 2007, 707 = NJW 2007, 1882.

世話の割合が母64%、父36%のケースにおいて1606条3項2文の適用が肯定された事案である。

〈事実の概要〉

1991年8月1日生れのXら(2名)から父Yに対する扶養請求の事案である。Xらの両親は2003年1月16日の判決により離婚し、Xらに対する親の配慮は父Yと母Aに共同で帰属している。Xらは、14日間のうち平均して9日を母Aのもとで過ごしている。そのほか、学校の休暇は、その期間の半分ずつを父母それぞれのところで過ごしている。YAにはもう1人の子B(1986年生れ)がいるが、Bは主としてYのところにいる。AはXらを代理して本件の訴えを提起している。

母Aは特別支援学校の教員として70%のパートタイムで就業しており、平均純所得月額2,000ユーロを得ている。Yは障害者施設において半分のシフトで働いており、純所得月額は1,045ユーロであり、また持ち家に住んでいるため家賃負担はない。

Xらは、2003年8月1日以降、各自につき通常額令(RegelbetragVO)⁹⁷⁾1条による基準額の100%から児童手当半額を減じた額の扶養料、並びに、2002年10月から2003年7月までの未払い扶養料として各自2,293ユーロの支払いを求めた。Yは、Xらの世話は交替モデルによって行なわれているから、自分には金銭扶養の義務はないと主張して、請求の棄却を求めた。

1審の家庭裁判所は、2003年8月1日以降、Xら各自につき通常額令1条の基準額(当時において各自142ユーロ)の50%の扶養料と⁹⁸⁾、1,146ユーロの未払い扶養料を認容した。これに対してYは控訴したが棄却されたため、本件上告をなした。BGHは上告を棄却した。

〈判旨〉

1. 本件も共同配慮にある子の扶養請求権の代理行使であるから、母Aに1629条2項2文の「保護」が認められるかどうかがまず問題となる。原審(OLG Bamberg)は、前掲【1】判決の判断基準を援用し、次のように述べて本件訴えの適法性を肯定している(Rn. 7-10)。すなわち、本件で

97) 前述(Ⅲ. 6. (1) [本誌57巻2号57頁以下])のように、現行のBGB 1612a条では、未成年の子は、自己と世帯を同じくしない親に対して最低扶養料の百分率によって扶養料を請求できる。最低扶養料は2008年1月1日施行の改正により新設された制度である。それ以前に用いられていたのが、本文にある「通常額」であり、法規命令によってその価額が定められていた。DTの最下位(第1)所得グループの数額はこれに連動していた。ちなみに、本件に適用されたと考えられる2005年7月1日施行の通常額令では、本件のXらの年齢に相当する第3年齢階層(12-17歳)の通常額(=DT基準額)は291ユーロである(Vierte Verordnung zur Änderung der Regelbetrag-Verordnung v. 8. April 2005, BGBI I, S. 1055)。通常額と最低扶養料の関係と改正経過について詳しくは、野沢・前掲注31)、104頁以下参照。

98) 児童手当の算入は行なわれていない。当時のBGB 1612b条5項が、通常額の135%を義務者が支払えない限りにおいて、児童手当の算入はなされないことを規定していたためである。通常額の135%は、当時の子どもの最低生計費(生存ミニマム)に相当し、これを与えられない限り、児童手当半額分で義務者の資力不足を補うという趣旨である(野沢・前掲注31) 98-100頁参照)。このことは本判決 Rn. 26で言及されている。

はXらが14日間のうち5日、つまり36%をYによって世話されていることに争いはない。よってAのところでの世話の64%であるから、実際の世話の重心はAのところにある。したがって、XらはAの保護の下にあり、Aは本件訴訟の範囲内でXらを法律上代理する権限を有する。BGHもこの判断を承認している。

2. (1) Yの扶養義務と扶養料の算定方法について、原審は次のように判断した(Rn. 11-13)。まず、本件のような交替モデルが実行されている場合には、母Aは、1606条3項2文により子らの世話だけで扶養義務を履行しているとは言えない。この場合には父母の双方が金銭的扶養を負担する。その場合には、子の需要は一方の親の所得だけではなく、両親双方の所得によって査定され、さらに、交替モデルの実行から生ずる追加費用が考慮される。両親はこのようにして算定された子の需要について、各自の収入と財産の状況に応じて按分的に、そして、世話に対する割合を考慮して負担する。

この原則を述べたうえで、原審はYの所得に加算を行なっている。YがAと同程度の70%で稼働することは、現在の就業時間の拡大や、他の副業に就くことで可能と考えられるから、その分が加算され、純所得月額は1,340ユーロとなる。そこから職業上の必要経費([5%]=]67ユーロ)を控除し、300ユーロと評価できる居住利益を加算する。その結果父の所得は1,573ユーロとなる。他方、Aの所得は、職業上の必要経費100ユーロを引いた1,900ユーロとなる。父母双方のこれらの所得を合算すると、子の需要はDTの第10所得グループに該当する。DTの適用で得られた子の需要に、交替モデルから生ずる追加的な需要として75ユーロが加算される。その全体的需要を父母が負担する按分割合は、それぞれの所得から840ユーロの基礎額(自己留保分)を控除した後の所得の割合によって定まり、本件におけるYの負担割合は40.88%である。子の全体的需要にこの割合を乗じて得られた額から、Yの世話割合である14分の5を差し引いた額がYの最終的な扶養料額となる。いずれにせよYは1審裁判所が言い渡した扶養料を支払う義務がある。

(2) この原審判断に対して、BGHは、未成年の子に対する親の扶養義務に関する原則論（【1】〈判旨〉2. (2)参照）を述べたうえで、本件においても子の世話の重心は母Aのもとにあるから、1606条3項2文の適用によりAはその扶養義務を子の世話によって履行しており、金銭的な扶養義務者は父Yだけであり、Yの扶養料額はY自身の所得だけを基準として算定されるとしている（Rn. 15-17）。

具体的には次のような認定と判断を述べている。すなわち、本件においてYは平均して14日間のうち5日の世話を引き受けている。子らは水曜日の夜から月曜日の朝まで父のところに滞在して、その後学校が終わってから母の世帯に移り、次週の水曜日までそこにとどまるという形である。したがって、世話の割合はYが3分の1以上（約36%）となる。仮に、Yが単に時間を費やしただけでなく、全体として必要な世話のしかるべき割合を引き受けていたのだとしても、教育と世話の役割のほぼ半分ずつの配分を前提とするには十分でない。むしろ、世話の重心は明らかに母のところにある。両親は基本的に同じ割合の交替モデルでの世話を行なっていない。したがって、母は原告らに対する自身の扶養義務を1606条3項2文によりその世話によって尽くしている。よって、原審の見解とは反対に、母に按分的な金銭的扶養義務は存在しない。

以上により、Xらの需要は両親双方の所得ではなく、Yの所得だけを基礎として査定されることになる。もっとも、その前提となるYの所得について、原審が行なった就業拡大の可能性の認定には疑問があるという。すなわち、原審は、Yは労働時間をその雇用主のもとで70%に引き上げるか、副業につくことができると前提しているが、この認定には十分な根拠が見られない。そのような就業の拡大が、2002年10月1日以降の期間に可能であったかどうかは確認されていない。選択肢として考えられている副業としてどのような種類がありうるかについても判然としない。まして、Yの個人的属性（専門教育や職業経験など）が明らかになっていないから、これはなおのこと問題である。それゆえ、追加的な労働に関して、現実の就業機会が被告にあったかどうかの判断はできない（Rn. 22）。

しかし、このことは、原審判断を結論において疑問視させるものではない。いずれにしても Y には月額1,045ユーロの純所得があり、職業上の必要経費52ユーロを控除して993ユーロが残る。さらに、少なくとも300ユーロと評価された居住利益を考慮すると、所得総額は1,293ユーロとなる。それゆえ X らの需要は DT の第 1 所得グループにより、2002年11月から2003年7月までは各自月額228ユーロ (DT 2002年1月1日現在)、2003年8月以降は、第3年齢階層に達したことから284ユーロ (DT 2003年7月1日現在) である (Rn. 23)。

この需要はその一部が他の仕方で充足される場合には減少し、扶養請求権の減額につながる。例えば子の扶養需要が衣服や食事の提供により満たされている場合である。金銭的扶養の義務を負う親自身が、定期金の支払い以外の方法で未成年の子の扶養を部分的に充足している場合も同様である。しかし、本件においてそのような需要充足を認めることはできない。X らの滞在中の住居需要を Y が負担していることは、子らの需要を減少させない。DT の定額は一方の親のもとで発生する住居費用しか含んでいないからである。また、月に5-6日の食事の提供は面会交流の枠内でその親自身が負担すべきであり、これに4-5日が加わっても他方の親にこれといった節約が生ずることもない。また、Y は自己留保分を除いて残る資力により X らとの面会交流費用をまかなえるから、扶養法の判断により面会交流権の行使が妨げられることもない (Rn. 25, 27)。

〈論評〉

(ア)「交替モデル」の認定について、ここまでの判例の見解はかなり厳格な基準を示している。この点に関する論者の評価は一律ではない。エルンスト・シュパンゲンベルク (Ernst Spangenberg) は、その基準には満足できないという。BGH の基準では、51%の世話をする親の方に重点が認定されるから、49%の世話をする親は子のための扶養料全額を他方の親に渡す義務を負う。そのため、判例の定義は、子の扶養料が原因となって、日常の世話のパーセント割合の争いを誘う結果となる。また、その定義

は、金銭的扶養義務のある親に必要以上の負担を負わせる。その親が実際になす配慮は、金銭扶養と世話の同価値性を定める1606条3項2文の規定にもかかわらず、経済的な清算がなされないままに置かれ、共同の世話により生ずる費用はおおよそ考慮されないというのである⁹⁹⁾。

(イ) 【2】判決の評釈の多くは、交替モデルの定義については、世話割合をこと細かく問題にする際限のない争いを回避する実際の配慮としてはやむを得ないとしつつ、世話割合の少ない方の親の負担の清算を認めないことに対して批判的な見解が述べられている。例えば、ホルスト・ルーティン(Horst Luthin)は、父が月あたり11日ほどにもなる食事の提供に相当の出費をなしており、母はかなりの節約ができているから、この点の判断には疑問があるとし、少なくとも扶養料への算入の時間的境界線がどこにあるのかが分かるようにすべきだと評釈している¹⁰⁰⁾。ヴィンフリート・ボルン(Winfried Born)は、子に対して相当程度の世話をなしているのに、半分に達していないからといって、扶養料の全額を支払わなければならない義務者の不平等感は理解できるとし、DTの所得グループの引下げによって対応することを提案している¹⁰¹⁾。インゲボルグ・ラケテードンベク(Ingeborg Rakete-Dombek)の評釈も、実務で使えるように概算的処理を維持し、かつ同時に個別事案での公平にも配慮するアプローチとして、この提案を支持している¹⁰²⁾。この提案は次の【3】決定で受け入れられることになる。

(ウ) マリーナ・ヴェレンホーファー(Marina Wellenhofer)は、【2】判決が、母を扶養料支払いの義務から保護し、子のために金銭扶養の全額を

99) Ernst Spangenberg, Wechselmodell und Kindesunterhalt, FamRZ 2014, S. 88 ff. (S. 89) 参照。

100) Horst Luthin, FamRZ 2007, S. 710参照。

101) Winfried Born, Umfangreicher Aufenthalt beim anderen Eltern – keine Auswirkungen auf den Barunterhalt?, NJW 2007, S. 1859 ff. (S. 1861) 参照。

102) FF 2007, 200 f. (S. 201) 参照。ただし、過渡的な実務の対応として、との留保が付されている。

確保しようとするBGHの意図は歓迎されるべきであり、父の側で増加する世話費用がそのまま同じ程度で母の側の負担軽減とはならないという認定も正しいと評価する。しかし「不真正交替モデル (unechtes Wechselmodell)」において金銭的扶養義務者に発生する費用を全く考慮しないことを疑問視する。すなわち「この追加的費用は、少なくとも3分の1対3分の2の割合での世話配分では取るに足らないものではない。世話の少ない方の親も、子のための部屋や玩具、場合によっては衣服を用意しているのが普通だからである。この場合には、1606条3項2文の通常事例であるとの想定にはどうしても限界がある」という。さらに、離婚後に共同配慮権を維持し、交替モデルを実践する親たちが増えている現在、本判例は裁判実務にとって大きな意味を持っていると指摘する。なぜなら、「この判決に結びつけられている法政策的メッセージは、子の世話に積極的に協力している金銭的義務者たる親たちの目からすれば、もちろん失望させるものである。彼らのコミットメントが法的にほとんど考慮されないままに置かれるからである。」¹⁰³⁾

(エ) 【2】 判決についての直接的論評ではないが、「ドイツ青少年支援及び家族法研究所 (Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V.: DJJuF)」¹⁰⁴⁾において、少年局における補佐と職務後見問題を担当する第3常置専門家会議 (Ständige Fachkonferenz 3: SFK 3) は、2012年11月6日の意見表明¹⁰⁵⁾において次のような見解を表明していた。すなわち、「真正

103) 以上、Marina Wellenhofer, Kindesunterhalt bei abwechselnder Betreuung durch beide Elternteile, JuS 2007, S. 873 f. (S. 874) による。

104) これはドイツ全国の少年局 (Jugendamt) を構成員とする民間団体であり、法律問題に関する意見書の作成、法律相談、論文の公表、少年局員の再教育等を通じて、専門的観点から少年局の活動を支援することを目的としているとのことである (西谷祐子「海外制度調査報告書 (ドイツ)」[<https://www.moj.go.jp/content/000033298.pdf>] (2023年6月16日確認) 56頁脚注250参照)。

105) Umgang und Wechselmodell: Berücksichtigung der Kosten im Rahmen der Berechtigung von Kindesunterhaltsansprüchen, Stellungnahme der Ständiger Fachkonferenz 3 „Familienrecht und Beistandschaft, Amtsvormund“ des Deut-

交替モデル (echtes Wechselmodell)」が認められるのは、両親が、交替モデルの経済的効果も含むすべての事項について合意していた場合だけであり、その約束が完全になされていないとか、守られていないようなことがあれば、そのことから生ずる債権は子の扶養料債権としては評価されず、両親間で家族法上の清算請求権によって主張されるべきである。両親が経済面について合意していなかった限り、子がそれぞれ親のところに滞在する具体的な時間にかかわりなく、交替モデルではなく拡大交流のケースとして考える。

そして、拡大交流については、意見書は次のような見解を述べている。拡大交流は、交流の頻度と期間が普通の事例とかなり異なっている場合、通常、子が平均して月に10日以上他方の親のところに滞在している場合に認められる。その拡大から発生する費用は、原則として扶養料算定で考慮される交流費用である。現実には発生する費用を扶養料計算に組み入れるのではなく、拡大交流の費用は衡平 (Billigkeit) の見地から考慮される。そのために考えられるのは、義務者の経済状況がDTの第1所得階層より上であれば、交流費用の増加分に対する考慮は所得グループの1段階あるいはそれ以上の引下げによってなされる。その際には、グループ引下げによって子の最低扶養料を割り込むことがあってはならない。そして、義務者の所得が元々第1グループであるときには、最低扶養料 (最低生計費) と交流費用の緊張関係が生ずる。こうしたケースでは、子の需要が交流費用によって削減されることがあってはならない。子の需要が最低扶養料よりも低いことはあり得ないからである。専門家会議は、この前提に立って、拡大交流の費用は義務者の扶養能力の枠内で考慮するしかないとし、就業の期待可能性の審査や、社会保障給付を含めた資金源の利用、副業の可能性等の可能性を模索すべきであるとしている。また、その場合の義務者の自己留保分は最低限度しか認められないであろうとしている。

schen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (DIJuF) v. 26. 11. 2012, FamRZ 2013, S. 346 f.

【3】 BGH 2014年 3 月12日決定

BGH, Beschluß vom 12. März 2014 - XII ZB 234/13-, juris; FamRZ 2014, 917 = NJW 2014, 1958.

拡大交流として位置づけられた世話モデルにおいて、所得グループの引下げが認められた事案である。

〈事実の概要〉

本件は、2001年11月11日生れの子 X から父 Y に対する扶養請求であり、2011年 1 月以降の扶養料が争われている。Y は警察官で、純所得月額 は 2,375ユーロである。X の母 A は教員である。A と Y は別居と離婚に関連して、2010年 3 月に公正証書により「X の世話はいわゆる交替モデルにより行なわれるものとする」ことを取り決めているが、扶養料の取決めはなされていない。2011年 1 月に、世話に関する具体的取決めがなされ、それにより、X は 1 週おきの週末金曜日から日曜日まで、およびそれに加えて週に 2 日 Y のところに滞在することとされている。

2011年 3 月に A は、手続担当として¹⁰⁶⁾X の扶養料を請求する本件申立てをなした。これに併行する保全命令の申立てにより、Y に対し2011年 3 月以降月額272ユーロの子の扶養料の支払いを命ずる決定がなされている。AY の離婚が確定した後、X は A の代理により本件手続に参加しており¹⁰⁷⁾、決定の当事者表記は、Y の同意を得て、X が A の代理によって扶養料の申立てを受継するものと書き換えられている。当事者らは、基本的

106) 手続担当としての扶養請求については、前述Ⅲ. 8. (2) (ウ) [本誌57巻 2 号56 頁] 参照。

107) BGB 1629条 3 項 1 文 2 号により、扶養の申立ての係属中に両親の離婚が確定した場合は、手続担当の要件を欠くことになるが、子の保護者が手続担当者として開始した手続は継続すると解されている。よって、未成年の子本人が手続に参加する必要はないが、それも妨げられない (MüKoBGB, 8. Aufl./Huber § 1629 Rn. 91参照)。本件の BGH 決定もこれを認めている (Rn. 24)。また、X の参加による当事者の変更は、Y が異議なく弁論手続を継続していることから、その同意が推定されると判示されている (Rn. 25)。

に、この間に12歳となったXに行なっている世話が、ほぼ同じ割合の交替モデルに相当するかどうかを争っている。

1審の家庭裁判所は、申立てどおりに、2012年8月以降最低扶養料の120%の額の扶養料¹⁰⁸⁾の支払いと、2011年1月から2012年7月までの期間について2,747ユーロとその利息を支払うことをYに命じた。Yから抗告がなされ、原審(OLG Frankfurt)は、通常的交流とは異なり、拡大交流の場合には、その費用出費は交流権者である親の所得と暮らしぶりに応じてなされ、実際の出費がその親の経済的扶養能力を低下させることから、所得グループの引下げにより出費増加分を考慮するのが適切であるとの見解を示した。そして、第1審における格付けを1段階引下げて第4グループとし、2012年8月以降の扶養料を最低扶養料の115%に減額した¹⁰⁹⁾。さらに2011年1月から2012年7月までの未払い扶養料として5,886ユーロとその利息を支払うことをYに命じた¹¹⁰⁾。これに対してYは法律抗告(Rechtsbeschwerde)をなし¹¹¹⁾、引き続きXの申立ての全面的棄却を求

108) Yの所得は当時のDTにおける第4所得グループ(2,301-2,700ユーロ)に相当するが扶養権利者が1名であることから第5グループ(2,701-3,100ユーロ)に格上げされている(当時のDTは権利者2名を前提していた)。その所得グループの義務者に対する第2年齢階層(6-11歳)の扶養需要は437ユーロであり、これが同年齢階層の最低扶養料(364ユーロ)の120%に相当する。それに当時の児童手当(184ユーロ)の半額が算入され、給付すべき額は345ユーロとなる(原審決定: OLG Frankfurt, Beschluß vom 3. April 2013 - 2 UF 394/12, juris, Rn. 31=FamRZ 2014, 46 [47] 参照)。

109) 前注 OLG Frankfurt, Rn. 34. 当時のDTの第4所得グループにおける第2年齢階層の扶養需要(419ユーロ)に相当する。

110) 未払い扶養料が増額された理由は、YがXに対してすでになしていた支払いの法的評価の違いにある。すなわち、1審の決定は、これを未払い扶養料の一部受領と認めて不足分を計算しているのに対し、原審はその支払いに扶養料債権の弁済効果は認められないと判断しているからである。しかし、BGHの本件決定は、抗告審でこのような変更を行なうためには、申立てを拡張する附帯申立てが必要であったと述べている(前掲注108) Rn. 42)。

111) 原審決定(前掲注108) Rn. 43) は、子の扶養における拡大交流の評価について学説に統一性がみられず、判例の統一性を維持するために最上級審裁判所

めた。BGH は、原審決定のうち未払いの扶養料とその利息に関する部分を取り消し、原審に差し戻したが¹¹²⁾、Xの申立ての適法性と、将来の扶養料に関する原審判断は肯定されている。

〈判旨〉

1. 本件の申立ての適法性に関しては、Xが母Aの「保護」の下にあるかどうかの問題となる。BGHは、原審が1629条2項2文によりAの単独代理権を前提としていることに問題はないとしている。すなわち、この規定における保護の概念は実際の世話関係と結びついており、実際の面倒見や世話の重点がある親、つまり、監護、食事、被服、日常生活のきちんとした組立てや、いつでも頼れる感情的な支えに対する子の基本的な生活需要を優先的に満たし、かつ保障する親の保護のもとにある。両親が別居し、子が主として一方の親のところで生活し、他方の親の住居を定期的に訪問しているならば（統合〔Eingliederung〕モデルないし引取りモデル）、1629条2項2文の意味での保護は前者の親にある。子がほぼ同じ長さの期間を親の一方と他方のところで交互に生活する場合（交替モデル）にのみ、世話の重点を確定することができない。その結果としていずれの親にも本規定の意味での保護がないことになる。その場合には、他方の親が金銭的扶養義務を負うと考える親は、子の扶養請求権の行使を代理する保護人（Pfleger）の選任を求め、1628条により子の扶養請求権の行使の決定の権限を自分に委譲することを家庭裁判所に申し立てなければならない（Rn. 16）。

の裁判が必要であるとして、抗告を許可している（前掲注108）Rn. 43）。なお、前掲注15）における Rechtsbeschwerde の邦訳は本文のように改める。

112) この部分について抗告が認容されたのは、原審のなした増額の判断は1審決定に対するYの抗告の内容に含まれていないから、その限りで原審決定は、家事事件に準用される民事訴訟法（ZPO）308条（当事者の申立てへの拘束）と528条（控訴申立てへの拘束）に反するという理由による（Rn. 42）。また、利息については、仮執行を回避するための任意の支払いはその価額において履行遅滞を終了させるとの判例に違反するという理由が述べられている（前掲注108）Rn. 44）。

両親による世話の形態が交替モデルか引取りモデルかの判定にとって、本規定の枠内において特に重要なのは時間の投入である。後に続く扶養紛争を解決するだけの目的で配慮権に関する法的手続を経由することを避けるという本規定の規範目的に鑑みて、一方の親の側に子の実際的な面倒見の超過が明瞭に確認できるならば、それだけで、その親を本規定の意味での保護の担い手と見なすことができるのであり、その超過の程度が大きいものである必要はない（Rn. 17）。

AとYは、2週間のリズムでXを世話し、Xは、日数だけを数えれば14日のうち7日Yのところに滞在していた。残りの7日間XはAだけによって世話されていたことになる。そして、他の7日間は、たしかにXはYと接触していたが、取り決められた交流計画では、Yによる全日の世話が確保されているのは、訪問する週末の土曜日だけである。それ以外の日は、Xは朝または夕刻にAの世帯に滞在していると考えられる（Rn. 18）。原審のより詳しい認定によれば、2012年の3月から6月は、月のうち7日は全面的に、そして7日ないし9日は半分、ほぼ半分あるいは時間単位でYに世話されていた。同年7月の学校の休暇期間中は双方の親のところにはほぼ半分ずつ滞在しているが、全体としてみれば、ほぼ同じ時間の世話をなす交替モデルは存在しない。Yの平均的な世話割合は、当裁判所がこれまで実際の世話の重点が他方の親にあることを疑問視しない範囲にとどまっている（Rn. 19）。さらに、Yは、原審決定がAのところでの宿泊数が多いことを理由としていると論難しているが、朝晩の時間帯における子の生活の流れの組立ても、子が宿泊する方の親が行なわなければならない。さらに、Yは勤務シフトの特殊性から信頼できる世話時間を約束できず、そのためにAが病気の子の世話や、世話の急な中止に対応しなければならない。このような事情のもとで原審が実際の世話の重点をAに割り当て、交替モデルではなく、相手方の拡大交流を伴う引取りモデルないし統合モデルを前提としたことに対して根本的な法的疑問を提起することはできない（Rn. 20）。

2. Yの扶養義務について、原審は、Aは自身の扶養義務をXの世話に

よって履行しているから、Xの金銭扶養については、Yがその収入と財産の状況に応じて単独で責任を負う義務があると判断している。BGHはこのことは法的な審査に耐えると判示している (Rn. 26)。BGHは、すでに2005年、2007年の決定で述べた、未成年子に対する親の扶養義務の原則 (前掲【1】【2】〈判旨〉2.(2)参照)を確認している (Rn. 27, 28)。また、両親が交替して子の世話をほぼ半分ずつ引き受けているケースにおいては、両親双方が金銭的扶養義務を負うことがありうることに、従来の判例 (前掲【1】〈判旨〉2.(3)参照)同様の言及がなされている。

BGHによれば、一方の親が子のための主たる責任を負担しているか、そしてそれにより自己の扶養義務を1606条3項2文に従い教育と監護によってすでに履行しているかどうかは、事実審裁判官の評価の問題である。その際には、たしかにその親により引き受けられている世話の時間の構成要素に状況証拠としての効力が認められるが、判定はそれだけに限る必要はない。原審の認定によれば、子の母Aは——自己の世帯における子の世話にあたってより多くの時間を投入しているだけでなく——子の世話を取りまとめる重要な仕事、つまり、衣服や学校用具の調達やスポーツあるいは音楽教育のような学校外活動への参加の調整をほとんどひとりで処理している。原審がこのような事情のもとで、事実審裁判官の責任において、子の母は申立人に対するその扶養義務を自身の世話給付によって履行しているとの推論に到達したとすれば、法的根拠からこれに反論することはできない。したがって、申立人の扶養需要を相手方の所得だけを基礎としてDTにより査定したことは正当である (Rn. 30, 31)。

これに続いてBGHは、(拡大)交流の費用については子の需要の部分的な充足をもたらす費用と、交流権行使のための追加出費であって他方の親の負担軽減とならない費用が区別されなければならないとする。具体的には子ども部屋の準備のための出費や追加的な交通費が考慮の対象外であることを指摘する (Rn. 33-36)。

それならば、原審が採用した所得グループの引下げによる扶養料算定はどのように評価されるのか。本決定は次のように説明する。すなわち、上

記の原則は、事実審の裁判官が、明らかに拡大された交流権の枠内においてなされる出費で、子からの扶養料支払請求に部分的な履行があるとして対抗できないものを、DTの所得階層のグループ替えによって考慮することを排除するものではない。DTの扶養需要額は扶養料算定のための補助手段にすぎない。それにより得られた結論は、当裁判所の判例によれば、個々の事案のそれぞれの事情に応じて、事実審裁判官によって常にその適切性とバランスの良さが審査されなければならない。金銭的扶養義務者である親が、通常を大きく超えて、すでに共同の世話に接近する形で交流権を行使している場合に、事実審裁判官が適切性コントロール (Angemessenheitskontrolle) の枠内において、扶養義務者の経済的負担、特に追加的な交通費と居住空間を用意する費用を、DTの所得グループを1段階ないしそれ以上引き下げることにより金銭的扶養需要を決定する、あるいは、本件のように、基準となる扶養料指針により、そうでなければ必要な上の所得グループへの引上げをしない理由 (Anlass) にしても、法律抗告の対象とはならない (Rn. 37)¹¹³⁾。

〈論評〉

(ア) ハイน์リッヒ・シュールマン (Heinrich Schürmann) は、本決定の評釈において、両親による世話時間が均等な割合に近づけば近づくほど一方の親の時間的優越の確認が難しくなること、金銭的扶養義務者の負担に対する所得グループの引下げによる考慮は必ずしも否定しないが、本件のように下位の所得グループに属している場合には、世話の実態に見合った減額ができないこと、交流中の食費負担による母の負担軽減の可能性を認めたことは判例の軌道修正ではあるが、具体的な主張が欠けているとして否定されており、義務者側の対処方法が明らかでないことを指摘してい

113) さらにBGHは、従来の判例では交流が拡大されている場合でも子の食費負担は扶養料の減額理由にはならないとしていることに言及し、そのことに対する批判はあるが、Yからの主張もなく、原審も触れていないことから、本決定において立ち入る必要はないと述べている (Rn. 39)。

る。そして、BGHの基本姿勢に対する懐疑的な評価を次のように述べている。

「世話する親と交流する親とを分けて考えることは、現在とは違った社会的なイメージの下で展開されてきた。このような考え方は、共同の親の配慮が紙の上のことだけでなく、両親双方が自分たちの親責任をすべての関連で能動的に引き受けている、変化しつつある生活の現実を正しくとらえていない。学説では、このことから帰結する子の扶養における矛盾と正義の欠如が繰り返し議論の対象とされており、判例の方向転換が促されている。それだけにBGHが本件事案を変化した社会事情と、それによる子の扶養にとっての帰結に取り組むきっかけにしなかったことは残念である。」¹¹⁴⁾

(イ) ヒルデグント・ズェンダーハウフ (Hildegund Sünderhauf) は、BGHは1606条の時代適合的な解釈を怠ったと批判する。以下のような指摘がなされている。すなわち、この規定は、かつて家族の理想として隆盛していた主婦婚を前提としていたが、現代の家族では父母ともに就業し、家事労働と子どもの世話も共同で行なうようになっている。このような夫婦が離婚するときには、「1人が支払い、1人が世話する」という古ぼけた役割分担に後戻りせず、交替モデルによってそれまでの家族の了解を引き続き実行することが自然の成り行きである。これは、子どもの発達に欠かすことのできない両親双方との情緒的な密接な結びつきと、日常における持続的な関係を子どもに保障し、親たちには家庭生活と仕事の両立を続けることを可能にする。世話扶養と金銭扶養の区別は、もはや時代に適合しない、そして現代家族の生活実態と合わない離別家族の理解に基づいている。これが評者の基本的立場であり、本件の具体的な判断については、次のような評価を述べている。すなわち、本件では、フルタイムで教員として就業する母と、同じくフルタイムで就業する父が12歳の子の世話を、14日のうち7.5日を主として母が、6.5日を主として父が行なっており、

114) Heinrich Schürmann, FamRZ 1014, S. 921 f. (S. 922) 参照。

1606条3項2文の「通常」の場合にはあたらず、父母双方に金銭的な扶養義務が認められるべき事案であった。さらに、本決定が認めたように、一方の親(本件では父)を単独の金銭的扶養義務者として、算定表上の所得グループの格付け変更によって対処する方法によっても、子の数が多い場合や、低所得の場合には効果がないとの批判を加えている¹¹⁵⁾。

(ウ) 本決定の後、前述の「ドイツ青少年支援及び家族法研究所」の専門家会議は、2014年10月23日付けの意見書を公表している¹¹⁶⁾。この意見書における専門家会議の見解は、拡大交流については前回同様であるが、交替モデルに関しては前回よりも踏み込んだ内容となっている。最初に、交替モデルという概念の用い方の違いが議論を混乱させているとして、ここまでの判例を考慮して、次のような見解を示している。すなわち、交替モデルが認められるのは、子の世話に関してほぼ等しい時間的分担があるだけでなく、子の世話と面倒見の責任を両親双方がほぼ等しく分担している場合だけである¹¹⁷⁾。この場合、時間的要素に関しては、個々の世話行動を時間単位で計算するのではなく、宿泊数によって計算すべきであるとしている。

交替モデルにおける適切な扶養料の算定に関して、意見書は【1】判決で説示されたモデルを基礎として考えるのが良いとして、以下のような方法を推奨する。まず、両親の所得を合算し、DTを用いて子の需要を査定する。そして、その金額に交替モデルによって発生する費用、例えば交通費が加えられる。そのようにして得られる需要から児童手当の全額を減じ、成年子の扶養料計算と同じように、適切な自己留保分を適用した両親の扶養能力に応じて割り付ける。そのようにして査定された金額が、両親

115) 以上、Hildegund Sünderhauf, Rolle rückwärts im Kindesunterhalt, NZFam 2014, S. 585 ff.による。

116) FamRZ 2015, S. 379 ff.

117) これに対して、親の一方が主たる責任を負担している場合には、子が他方の親のところに通常の範囲を超えて滞在していても、それは拡大交流の一場合であるとする。

双方から最低限提供されるべき現物扶養給付の程度についての手がかかりとして役立てられる。その場合には、両親は、それらの給付をどのようにして証明するかを明らかにしなければならない。この点について専門家会議は、相互の信頼に基づく申合せを提案している。

意見書の結びでは、交替モデルの成功には協力と妥協の高い能力が両親に求められることが強調され、扶養義務との関係について次のような基本的姿勢が明らかにされている。

「交替モデルは扶養料節約モデル (Unterhaltssparmodell) ではない、子の扶養料を節約する目的を追求するだけの交替モデルのすべての要求は、専門家会議 [SFK 3] によって否定される。」¹¹⁸⁾

【4】BGH 2014年11月5日決定

BGH, Beschluss vom 5. November 2014 - XII ZB 599/13-, juris; FamRZ 2015, 236 = NJW 2015, 331.

交替モデルは両親双方がほぼ半分ずつの世話をなしている場合に認定され、その場合でも、一方の親がなす世話とその親の金銭的扶養義務を免除することはないことを明言した判例である。

〈事実の概要〉

本件は、扶養料立替法 (Unterhaltsvorschussgesetz) に基づいて未成年の子 F および J に扶養料の立替え給付をなした州の機関 X から、子らの離婚した父 Y に対する償還請求事件である¹¹⁹⁾。X は、2011年1月以降、子らのために扶養料の立替給付をなしており、2011年7月以降につき、最

118) FamRZ 2015, S. 382.

119) 扶養料立替法7条1項によれば、世帯を同じくしない親に対する子の扶養請求権は、立替給付により州に移転する。また、立替え給付がなされるのは、最低扶養料から児童手当を減額した金額である。立替法について詳しくは、泉・前掲注69) 外国の立法284号86頁以下、および生駒俊英「ドイツにおける扶養料立替制度」社会保障研究4巻1号(2019年)119頁以下参照。

低扶養料から（子らの母が受領している）児童手当全額を控除した金額の返還を求めている。Yは、いくつかの共同事業を営んでいたが、個人資産についても破産手続がなされる状況となり、最終的にはあるコールセンターで週30時間勤務し月1,150ユーロ（税込み）の収入を得ていたが、現在は失業している。

Yは子らの母との取決めにより、14日間のうち6日子らを世話している。これによる世話割合はYが43%、母が57%となる。Xの請求に対して、Yは、子らの最低扶養料を支払う扶養能力がないこと、および交替モデルを実行しているから経済的扶養義務は負担しないことを主張している。

1審の家庭裁判所は、本件では交替モデルの認定はできないこと、Yの所得では最低扶養料の一部しか支払えない状態にあるが、考慮されるべき子の世話時間を勘案しても、以前の仕事と同じ週30時間程度の仕事のほかに、月曜日と火曜日の午前中に追加的な就業を期待することができ、それから295ユーロが得られ、合計して月あたりの純所得1,119ユーロを得ることができると認定し、申立てどおりの扶養料の支払いをYに義務づけた。Yより抗告がなされ、原審（OLG Bremen）は、FとJについて扶養料月額を2011年7月から2012年10月まで97ユーロ、同年11月、12月につき85ユーロ、2013年1月以降60ユーロと確定した¹²⁰⁾。Yは法律抗告をなし、引き続きXの申立ての棄却を求めた。BGHは抗告を棄却した。

〈判旨〉

1. 本決定は、Yの扶養能力に関する原審の決定に法的な問題はないという。Yは1603条2項による高度化された扶養義務の枠内において、DTおよびOLG指針に示された最低限の自己留保（2012年12月まで：950ユーロ、2013年1月以降1,000ユーロ）を確保したうえで、原審が言い渡した程度において扶養能力がある。Yが子らに対して高度化された扶養義務を負っているにもかかわらず、原審がYにフルシフトの就業を超える追

120) BGHの決定文によれば、この金額は、2012年12月まで法律上の最低扶養料のおよそ3分の1、それ以後の期間については4分の1以下であるという（Rn. 26）。

加的な副業を求めなかったのは、Yがなしている子らの世話を考慮したのであり、このことに法的な問題はない (Rn. 14)。

2. (1) 交替モデルを実行していることにより扶養義務が免除されているとのYの主張について、本決定は次のように判示している。

「BGB 1606条3項2文による金銭的扶養の免除は生じない。そのことは、両親が交替モデルを実行しているかどうかとは無関係である。なぜなら、交替モデルの場合には、いずれの親も金銭的扶養を免除されないからである。」 (Rn. 16)

BGB 1606条3項2文の規律は、いわゆる引取りモデルと、それと結びついた、稼得活動と子の世話の従来型の配分がなされている場合にあってはまる。この規律はこのような場合において子を世話する親を金銭的扶養から免除しているのである。原々審および原審でYが主張した見解とは反対に、交替モデルの枠内でなされる子の世話はYの金銭的扶養義務の免除をもたらさない。そうでなければ、子の世話需要しか満たされていないのに両親双方が金銭的扶養を免除されてしまうからである (Rn. 17)。したがって、原審が交替モデルの場合には両親双方とも金銭的扶養に責任を持たなければならないと強調しているのは正当である。この場合、扶養需要は両親双方の所得によって算定され、そこから出てくる——増額された——需要のほかに、特に交替モデルの追加費用（とりわけ住居費と交通費）を含むから、両親によって負担されるべき需要は、通常は従来からの引取りモデルよりは明らかに高額となる (Rn. 18)。

(2) さらに本決定は、原審が交替モデルを認定せず、したがって、1606条3項1文により母が按分的責任を負うことを理由とするYの扶養義務の縮減を拒絶したことも正当であるとし、従来判例を引用して以下のように論じている。

「引取りモデルに基づいて、1606条3項を支えている法律の判断は、世話の明確な重心が一方の親のところにある限りは疑問視されない。なぜなら、その場合には、他方の親が——その固有の経済的状況のみを基礎として——金銭扶養を義務づけられるのに対して、一方の親が子のための主た

る責任を負い、そのことにより世話扶養を給付しているからである。それゆえ、金銭的扶養義務を負う親の側でも世話と面倒見の給付をなしている場合には、そのことが通常を超えて引き受けられた交流権の枠組みでなされ、その態勢がすでに共同の世話に近づいている場合でさえも、一方の親による世話の重心から帰結される金銭扶養と世話扶養の配分は変わらない。それにもかかわらず、もう一方の親が子のための主たる責任を負っているならば、その限りにおいて、その親は自己の扶養義務を1606条3項2文の意味において、監護と教育によって履行しているということにとどまらなければならない」(Rn. 20)。「これと違った判断がなされうるのは、両親が面倒見と教育の役割のほぼ半分ずつ (etwa die Hälfte) を引き受けている場合だけである ([【3】 決定引用])。親の一方が子のための主たる責任を負っているかどうか、したがってその扶養義務を1606条3項2文の意味において、監護と教育によってすでに履行しているかどうかは、事実審裁判官の評価の問題である。その際には、その親によって引き受けられている世話の時間的要素に状況証拠の効果が認められるが、判断はそれだけに限る必要はない」(Rn. 21)。本件において、原審は14日あたり6日の世話を前提として、世話の重点はまだ母のところにあると判断している。原審はその内容での両親間の取決めに着目しているが、これはBGHの判例と一致しており、法的な異議の理由とはならない (Rn. 24)¹²¹⁾。

(3) 半分ずつの割合に接近する共同の世話の場合でも、世話責任の重心が一方の親のところにあることが明らかならば、1606条3項2文による扶養負担の原則どおりの法的な配分を前提としなければならない。拡大さ

121) この割合認定に関するYの異議について、本決定は次のように判示している。すなわち、Yは、詳細な計算により、自分の世話割合は43%ではなく、46.67%であると主張していたとして原審決定を論難するが、これは、一方の親の仕事の負担が重くなったことなどに由来する一次的なずれであり、厳密に半分ずつ世話するものではないという両親間の取決めに即していることを疑問視させるものではなく、その認定は事実審裁判官の権限の枠内にあり、法的な異議の対象とはならない (Rn. 25)。

れた交流権の結果として他方の親にかかる経済的な追加負担は、DTの所得グループの1つないし複数の引下げがなされることによって考慮される¹²²⁾。さらに、金銭的扶養義務者たる親が子に拡大された交流の中で、子の扶養需要を定期金の支払い以外の形で部分的に満たす給付をなしているならば、その扶養料は減額される (Rn. 22)。

〈論評〉

ボルンは、この決定の評釈¹²³⁾において、BGHが交替モデルの場合であっても親の金銭的扶養義務は免除されないと明言したことに着目し、一部では金銭的扶養義務者が相当程度に育児に関与していることや、交替モデルが普及していることを考えれば、この決定は多くの者を失望させるであろうと評している¹²⁴⁾。しかし、この結論は法律の規律の帰結なのであり、BGHの解釈を非難することはできないという。すなわち、1900年施行のBGBは主婦婚を前提としており、そのことの帰結として引取りモデル(1人が世話し、1人が支払う)を基礎とした1606条3項2文の規律があり、その目的は扶養負担の両親間での公平(gerecht)な配分にある。

ボルンは、本決定までの判例について、以下のような論評を加えている。交替モデルには、子が両親のもとに半分ずつ滞在する「純粹型(reine Form)」と、世話の重点が一方の親のもとにある「混合型(Mischform)」がある。前者では、子の需要は両親の所得の総額により決められるが、後者では金銭的扶養義務者たる親の所得だけで決められ、1606条3項2文の基本ルールにより、その親が通常を超えて世話をなし、共同の世話に接近している場合でも、世話扶養と金銭扶養の配分が変わることはない。純粹型の処理は簡単のようにみえるが、扶養料の減額に務める相手方は自分の世話が時間的に普通を超えていると主張し、その減額に対

122) もっとも、本件のYの所得はDTの第1(最低)グループに属するから、格付けをこれより下げることはできないであろう。

123) Winfried Born, FamRZ 2015, S. 238 f.

124) この評釈は『『大ヒット』はなかった』との言葉で始まっている。

抗しようとする申立人は時間的要素以外の事情を強調することになる。このような、裁判官にとって判断の困難な「世話役の競い合い (Wettstreit der Kümmerer)」の事態となれば、たいていのケースでは、金銭的扶養義務者たる親にとってのわずかばかりの慰めとして残るのは、所得グループの引下げの可能性である。しかし、立法者が引取りモデルと1606条3項の基本構造から解放されない限り、こうした措置は、基本的に「法律効果の化粧 (Rechtsfolgen-Kosmetik)」にとどまる。本決定が従来の路線を修正していないことが残念に思われるかもしれないが、法律が変更されるまでは、裁判所は手を縛られたままなのであるという。

[5] BGH 2017年1月11日決定

BGH, Beschluß vom 11. Januar 2017 - XII ZB 565/15, BGHZ 213, 254
= FamRZ 2017, 437 = NJW 2017, 1676.

本件は、BGHの定義による「交替モデル」における扶養料分担の規律が正面から争われた事案である。

〈事案の概要〉

本件は、未成年の2人の子 (X1, X2) から、父Yに対する扶養請求である。父母は非婚生活共同体で生活していたが、その関係の解消に際して、子らを均等な交替モデルで養育することを取り決めている。子らは父母の共同配慮権のもとにあったところ、本件とは別の手続で、家庭裁判所が子らの扶養の主張についての決定権限を母Aに委譲しており(1628条)、本件はAがXらを法律上代理して申立てをなしている。Yの純所得月額 は3,564.14ユーロであり、Aは週30時間の就労で1,211.82ユーロである。幼稚園および託児所の費用、子らが通う音楽教室とダンス教室の費用、および通学のための交通費は父母が交互に分担している。当事者らは、Yの扶養料分担額を争っている。

1審の家庭裁判所は、均等な交替モデルが営まれていることを前提として(当事者らはこの点は争っていない。)子の扶養料(月額X1:166ユー

口, X2: 158ユーロ) と未払いの扶養料 (X1: 2,173ユーロ, X2: 3,685ユーロ) の支払いを Y に命じた。Y は抗告し、申立ての全面棄却を求めた。原審 (OLG Dresden) は家庭裁判所の命じた扶養料を基本的に追認し、未払いの扶養料 (2012年 9 月から 2015年 5 月まで) を X1 につき 1,633ユーロ, X2 につき 281.14ユーロと確定した。これに対して, X らより法律抗告がなされた¹²⁵⁾。BGH は原決定を取り消し, 原審に差し戻した。

〈判旨〉

1. (1) 交替モデルで子を世話しているから金銭的扶養義務は負わないとする Y の主張について, 原審決定は, Y は交替モデルにおいても子の扶養の義務を負い, BGB 1606条 3 項 2 文により扶養料を免除されるものではない, この法律規定はいわゆる引取りモデル, およびそれと結びついた稼働活動と子の世話の従来型の配分に適用されるのであり, 交替モデルにおいては, 子の世話が金銭的扶養義務の (完全な) 免除をもたらすものではないとして, これを退けた (Rn. 9)。BGH 決定はこの原審判断を肯定し, 前掲【4】決定の判旨 2.(1)を繰り返して述べている (Rn. 20)。

(2) これに対して, Y から, 自己に対する扶養請求権が成立しないことの理由として, 両親双方とも稼働の責務があり, それぞれの世話期間中に発生する金銭的扶養を与えることを義務づけられているとの論拠が挙げられていることについて, 本決定は次のような反論を加えている。「本扶養請求権は, 自己の子の世話の期間に限定されておらず, 子が扶養を必要としている限り継続的に存在する。交替モデルの枠組みにおける子の扶養は, 常に両親双方から給付される現物扶養によって満たされるとの考え方は, その内容からして扶養請求権の算定ではなく, むしろその履行にあてはまる。履行の問題は, しかし, 別個に答えられなければならないのであり, 需要の査定のほか, 特に, BGB 1606条 3 項 1 文により, 両親に義

125) 原審決定 (OLG Dresden Beschluß vom 29. Oktober 2015 - 20 UF 851/15 - juris; FamRZ 2016, 470 = NJW 2017, 1676) は, 均等な交替モデルにおける扶養料計算は最上級審において最後のところまでは明らかにされていないとの理由で抗告を許可している (juris, Rn. 215)。

務づけられる扶養料分担額を先に確定することが前提である。これに対して、BGB 1606条3項2文による金銭扶養からの完全な解放は、「子を全面的に世話している親のためにのみ発生する」(Rn. 21)。

(3) このこととの関連において、本決定は、扶養義務なきことを両親の合意によって説明する学説を否定している。その説は、両親間の交替モデルの取決めには、扶養は離別前のようにすべて現物で行なうという内容の1612条2項の合意が含まれており、金銭的扶養義務は当初から存在しないと解している¹²⁶⁾。しかし、BGH 決定は、交替モデルの取決めにはそのよ

126) これはマルチン・マース (Martin Maaß) の見解である。本決定が掲記する論文、Keine Barunterhaltungspflicht im echten Wechselmodell, FamRZ 2016, S. 603 ff. に依拠して若干の説明を加えたい。扶養の方法を定める1612条は、扶養は金銭によるべきことを原則としつつ(1項1文)、特別の事情がある場合には義務者は他の方法による扶養を求めることができると規定する(同項2文)。他の方法として実際に問題となりうるのは、現物扶養(Naturalunterhalt)、すなわち義務者が権利者の生計需要を衣食住等の現物給付で満たす扶養の態様、端的に言えば同居扶養ないし引取り扶養である。この1項は血族扶養一般の規定であるが、2項は子の扶養についてさらに規定し、親が未婚の子を扶養する場合には、子の利益に必要な配慮をしている限り、扶養の方法と前払いの期間を指定することができる(同項1文)が、子が未成年の場合には、配慮権を有しない親は、子が自身の世帯に滞在している期間に限りこの指定をなすことができる(同項2文)。マースの見解によれば、世話を均等に分担する「真正交替モデル」を実行している両親は、その取決めと同時に、扶養については本条2項による指定を共同で行なっている。また、1687条1項2文によれば、両親の合意または裁判所の決定に基づいて子を手元に置く親は、その期間中における子の日常生活にかかる事項についての単独での決定権を有している。したがって、子との同居中の親は、同居中の子の日常的な需要を自己の判断と責任において必要な物の供給(Versorgung)によって満たす。真正交替モデルにあつては、両親それぞれが同居する期間中に現物給付によって扶養義務を果たしているから、子が一方と同居する期間中について他方の親が金銭的な扶養義務を負うことはない。それゆえ1606条3項2文が適用されることもない。ただし、一方の親と同居中に当該同居期間を越える子の需要を満たすための給付(例えば、冬用の上着の購入やスポーツクラブの会費納入)は、収入割合に応じて他方の親の負担すべき部分があるから、その部分については、黙示的な相

うな内容は通常含まれていないとする。なぜなら、交替モデルの取決めは、子の世話と居所に関する親の配慮の行使の問題にすぎず、扶養に関する追加的規律には別途の合意が必要と考えられる。特に経済的に弱い立場の親にはそのような合意をする動機がないのであり、そのような合意があったとは想定できない。なぜなら、この親には、特に、扶養能力の欠如ないし制約があるため、交替モデルにおける現物扶養のために投入できる財産、例えば十分な広さの住居を調達できる資力がないというおそれがあるからである。「交替モデルの約定により——推論的に——なされた、もっぱら、そして期間単位で義務づけられる現物扶養、およびそれにより BGB 1606条3項1文の規準から離れるという取決めの想定は——[将来の扶養料は放棄できないとする] BGB 1614条違反の可能性があることは別論として——根拠を欠いている」(Rn. 22)。

2. (1) この場合における子の扶養需要の査定について、Yは両親それぞれについてDTの基準額によるべきことを主張したと思われる。本決定は次のように述べてこの主張を退けている。「その需要は、抗告の見解とは反対に、両親各自について、それぞれ単独の扶養義務を査定する基礎となるような別々に査定される2つの数額に分解されてはならない。そのようにすれば、子の扶養需要は一体のものであって、原則として両親双方から導き出されることが看過されるであろう。両親の[負担]割合の違いは、BGB 1606条3項1文により、両親の個別的扶養能力と、それを基準とする負担割合(Beteiligungsquote)、並びに、扶養義務は、単独の扶養責任であったとして、扶養義務者が自己の所得を基礎として支払わなけ

互委任契約に基づく出費として受任者に費用償還請求権が認められる。真正交替モデルが両親の取決めによってではなく、一厳しい要件の下においてではあるが一裁判所の決定によって命じられる場合にも、金銭的扶養義務が生ずることはない。その決定により両親の世話時間が均一となり、各親は子と同居する期間中、日常生活の事項に関する単独の決定権を与えられ、結果として1606条3項2文の適用が排除されるからである。この場合、同居期間を越える子の需要充足についての清算は、事務管理に基づく費用償還として行なわれることになる。

ればならないであろう数額に限定されるということからはじめて明らかとなる（……）」（Rn. 24）。

（2）上記の結果として交替モデルにある子の扶養需要が高額となるが、それを理由とする批判はあたらないとして、次のような説示がなされている。「交替モデルで世話される子は引取りモデルで世話される子よりも過度に高額な扶養需要が認められることになってしまうという抗告の反論（……）は通らない。子の社会的地位が両親双方から導かれることは、引取りモデルにも妥当する。なぜなら、引取りモデルで世話される子も、単独で、あるいは主として世話をなす親にも所得があれば、ひとり稼ぎ手の親の場合よりも高い生活水準を享受するのが普通だからである（……）。たしかに、当裁判所は従来判例において、未成年の子の需要は金銭的扶養義務者である親から導かれると繰り返し判示している（……）。しかし、その背景には、その親だけが金銭的扶養に責任を持たなければならないということがある。その責任は、ただでさえその親の所得から査定される算定表の需要に制限されているのであるから、扶養料の算定はその実質からして、義務づけられる扶養料が金銭的扶養義務者の個別的扶養能力によって直ちに確定される、簡略化された扶養料査定なのである」（Rn. 25）。

3.（1）前述（本稿Ⅲ. 7.（2）ウ）〔本誌57巻2号61頁〕のように、交替モデルの場合には、子の扶養需要に充当すべき児童手当額はその半分か全部かが問題となる。1612b条1項によれば、一方の親が自己の扶養義務を子の世話によって履行している（1606条3項2文の）場合にはその半額が（1号）、それ以外の場合には全額が充当される（2号）。交替モデルの場合に1606条3項2文の適用がないとすれば、2号により全額が充当されるとも考えられる。これに対して、原審は全体的需要（基準需要と追加的需要の合計）から、児童手当の半額だけを差し引いた。全額の算入という見解は、いずれの親も子の世話によって扶養義務を履行していないことを前提としているが、半額の充当は、1606条3項2文で明確に命じられている金銭扶養と世話扶養の同価値性の原則に即しているからである。児童手当は金銭的扶養の助成に割り当てられる部分と世話扶養に割り当てられる部

分に、均等に二分され、前者の金銭扶養部分は両親の所得に応じた割合により配分され、後者の世話部分は均等の世話がなされていることからさらにその半分が各親に与えられるというのである (Rn. 16, 17)¹²⁷⁾。

(2) 本決定は、この間における判例¹²⁸⁾を引用して、交替モデルの場合でも1612b条1項1号の適用があるとして、金銭的需要から児童手当の半額を控除した原審決定を支持している (Rn. 48)。本決定によれば、一方の親が他方の親に支払われた児童手当の清算を求める請求権は家族法上の清算請求権¹²⁹⁾の下位事例 (Unterfall) であり、通常の場合には1612b条の適

127) 結果的に、世話扶養に割り当てられる児童手当の半分、つまり4分の1の額がYの負担すべき扶養料額に算入され、その額が差し引かれることになる (Rn. 18)。

128) BGH 2016年4月20日決定 (FamRZ 2016, 1053=NJW 2016, 1956) である。これは離婚後に3人の子を交替モデルで養育している父Xから、児童手当全額を受領している母Yに対して、児童手当のうち自分に帰属すべき半額の払渡しを請求した事案である。当事者から扶養の主張はなされておらず、扶養請求から独立した、いわゆる家族法上の清算請求権 (次注参照) の行使として処理された事例である。原審はXの請求を認容したが、BGHは世話扶養に割り当てられる半分の半分、つまり4分の1を認容している。交替モデルの場合には児童手当の半分が金銭的需要に、残りの半分が世話扶養に割り当てられ、金銭的需要に割り当てられる半分はさらにXYの経済状況 (所得割合) で按分されるが、Yはこの割合の主張をなしていない。これに対して、世話扶養に割り当てられる半分のXY間での配分割合は交替モデルを実行していることからその半分であることは、Yの主張を待つまでもなく明らかだからである。

129) 家族法上の清算請求権 (familienrechtlicher Ausgleichsanspruch) とは、同順位の扶養義務者である父母間の扶養料求償を認めるために判例によって形成された請求権である。過去の扶養料の求償請求を規律する1607条は、本来の義務者に対する請求権が実際の扶養者に移転すると定めている。しかし、後順位の扶養義務者あるいは扶養義務なき血族が子を扶養したことがその要件とされており、同順位の扶養義務者である父母間の求償には適用されない。また、同順位の扶養義務者の連帯関係は否定されており、分割債務者として責任を負う。結局、父母の一方が自己の義務を超えて子を扶養した場合に、他方の親に補償を請求する固有の実定法上の根拠が欠けている。このような法律の不備を補っているのがこの法律構成である (Schwab, 前掲注12) Rn. 1081参照)。

用により児童手当半額を子の金銭的需要に充当され、それが児童手当を受けていない親の利益となり、その清算請求権は満たされる。よって本件でも、金銭的需要に割り当てられる児童手当部分の半額の充当がなされる(Rn. 48)。

しかし本決定は、1612b条のメカニズムは交替モデルでは児童手当の完全な清算をもたらさないという。金銭的需要に割り当てられる半額部分は、結果的に両親各自の取得すべき割合に応じて利益を配分するが、世話に割り当てられる児童手当半額は、児童手当を受給する親の手元に残ることになり、「両親の世話給付が同価値であるがゆえに、別枠での清算が必要となる」(Rn. 49)。交替モデルで児童手当を受給している親は均等な世話を理由としてその半分だけを保有することが許され、残る半分は同様に子を世話している他方の親に認められなければならない。このことは双方から給付の相殺の形で簡略的に実現できる。その相殺は、その他方の親が世話に割り当てられる児童手当部分の半分の控除した後の扶養料の残額(Unterhaltspize)だけを支払えばよいことを目的としてなされる(Rn. 50)。

4. 原審は上記の基準需要に、学校と保育園への送迎費用、住居の追加的費用および音楽教室とダンス教室の費用の一部を追加的需要として加算しているが、BGHは後二者については問題があるという。住居費については、当事者の具体的主張が不可欠であるから、概算的な処理をしている点が問題であり、ダンス教室等の費用に関しては、これを追加需要としたことは妥当であるが、その具体内容と算定方法に疑問が残るとしている。BGHはこの点についての再審理を求めて、原審に差し戻している(Rn. 37-40, 51)。

〈論評〉

(ア) 本決定は、両親による子の世話分担がほぼ均等な交替モデルでは、いずれの親にも1606条3項2文の適用はなく、いずれの親も金銭的扶養義務を免れないという前掲【4】決定を受けて、この場合には1606条3項1

文の原則により、双方の所得と財産の状況に応じて按分的に金銭的扶養義務を負担することを明らかにしている。また、その際の按分の前提となる子の扶養需要は両親の合算所得へのDTの適用によって得られるとしている。しかし、シュールマンは、本件評釈¹³⁰⁾において、交替モデルにおける扶養関係を、まったく別の生活関係のために展開されてきたDTのモデルに服させるものであると批判的な意見を述べている¹³¹⁾。「これによりBGHは、その複雑さにおいてドイツ扶養法の難易度をなおさらに引き上げ、超複雑な法というその名声を確固たるものとした。もっと単純に、というすべての願いに耳が傾けられることはなかった」と言うのである。さらに、児童手当の清算や住居費の追加需要、学校外教育費等の扱いの問題にも言及したうえで、次のように評釈を結んでいる。

「交替モデルにおける扶養需要は、伝統的な役割分担の場合よりも高額となる。両親間に所得格差があれば、交替モデルも、そもそも支払いはしなければならないことから守ってはくれない。しかし、その場合の扶養関係はできるだけ単純に、そして当事者が理解できるように構成されるべきであろう。給付関係が複雑であることを考えると、それを既存の体系内部で達成するのはたやすいことではない。その限りで、裁判所は本決定の論旨を熟考しなければならないであろうが、裁判外の取決めのみな形として使う必要はない。離別後に自分たちの子を引続き共同の責任において世話する親たちが、自分たちでもっと簡単な利益調整の方法を模索するのは自由である。」¹³²⁾

(イ) また、本決定の後に公表された「ドイツ青少年支援及び家族法研究

130) FamRZ 2017, S. 442 ff.

131) 本稿Ⅲ. 5. (2) (ウ) (本誌57巻2号55頁以下) で述べたように、本決定後の2022年版からDTの所得グループが5段階上積みされ、最高額も5,500ユーロから11,000ユーロに引き上げられている。これにより両親の所得が合算される交替モデルのケースにもある程度の対応が可能であろう。しかし、評者が問題としているのは算定表の対応幅ではなく、その前提が引取りモデルである点にある。

132) FamRZ 2017, S. 444.

所」の専門家会議の、2017年5月18日付けの意見書¹³³⁾も、本決定そのままの適用に消極的な見解を表明している。本決定の詳細な計算が少年局の相談・助言の実務では非常に伝わりにくいため、今回の指針では、通常ほとんど経済的効果を生ずることのない計算項目については、単純化を旨としてBGHの判例から離れることとしたと述べている。

今回の意見書は、本決定を前提として、相談の枠内で使える単純化された、概略以下のような5段階の計算モデルが提示されている。

- ・ステップ1：扶養法で調整された両親の所得¹³⁴⁾の合計により、DTを適用して子の基本的需要を査定する。
- ・ステップ2：その基本的需要に、追加需要（幼稚園、託児所、趣味のための費用や交替モデルによって必要となる交通費等）を加える。これにより子の全需要が査定される。追加の住居費分の増額はしない。この点、BGH決定から離れるが、BGHの計算基準を実際に適用するのは困難である。
- ・ステップ3：ここまでで得られた子の全需要額から児童手当の全額を減じる。ここでも単純化の理由からBGH決定から離れるが、単純化と計算を理解しやすくするのに役立つ。
- ・ステップ4：両親を分けて各自の純所得から適切な自己留保分を控除して扶養能力を査定する。その合計額が子の扶養料への配分原資の総額となる。これが子の全需要額より少ない場合には、最低限の自己留保分を控除して再計算する。それに続いて、配分原資の全額に占める両親各自の所得割合により、各自の扶養料分担額が算定される。
- ・ステップ5：この段階で、誰が、子のための第三者への支払い、例えば幼稚園や音楽教室への支払いを引き受け、自己の金銭的扶養義務に算入するかを両親間で了解しておくことが必要となる。子のために購入され

133) Kindesunterhalt im Wechselmodell – Handreichung für die Beratungspraxis v. 18. 5. 2017, FamRZ 2017, S. 1229 ff.

134) 純所得から職業費と扶養法上考慮されるべき債務を控除したものである。単に「調整済み所得 (bereinigtes Einkommen)」と言われることもある。

るべき衣服等の必需品の種類や品質などについての合意も必要となる。

両親に対しては、共同で子どものための口座を開設することが推奨される。児童手当やステップ4で算定された両親各自の扶養料をそこに払い込み、誰が子のための衣服や必需品のための出費をそこから行なうか合意しておくことが望ましい¹³⁵⁾。とりわけ、出費の都度その報告が他方の親になされ、また、比較的大きな買物の際には共同で決定するならば、このようなモデルが機能する。

子ども口座が開設されないのであれば、ステップ4で算定された分担額の差額の半分が、例えば合意された追加需要への支払いを考慮して、分担額の少ない方に与えられる。また、児童手当の清算がまだなされていないことも考慮されなければならない。

子のための衣服などの調達に関する合意ができないようであれば、日常生活において明確にされるべき扶養法上の問題を分かりやすく説明し、了解のための行動のオプションを提示し、両親が合意できない場合には、扶養法上の問題の解明の限界が示されるべきである。生活形態の選択に関する決定権は、最終的には、両親に、そして場合によっては子に残されているのである。

少年局の担当者へのこのような提案を述べた後に、本意見書は次のような記述で結ばれている。

「交替モデルは扶養料節約モデルではなく、経済的な面でも親たちに一定の出動態勢を求める。なぜなら、交替モデルは引取りモデルよりも高い費用を伴うのが通常だからである。BGHの2017年1月11日決定によれば、

135) このような「子ども口座 (Kinderkonto)」の開設を提案するものとして、Schumann, 前掲注10), B 98, 100; Angelika Nake, Kindesunterhalt im Wechselmodell – quo vadis?, ZKJ 2019, S. 440 ff. (S. 442); Hildegund Sünderhauf, Praxisgeber Wechselmodell (2020, Springer), S. 94がある。また、ベルギーでは、2010年の扶養法改正以来、両親別居の場合に裁判所が子ども口座を開設し、その利用と管理についての定めをすることができるという (Scheiwe, 前掲注16) S. 26参照)。

いずれの親も自己の扶養義務を監護と教育だけで満たすことはできないから、通常、両親双方ともフルタイムの就業を義務づけられているのである。」

(ウ) 判旨2.(2)では、扶養の程度の基準となる子の社会的地位は、引取りモデルの場合でも両親双方から導かれるという見解が示されている。金銭的扶養義務者の所得だけを基準としてきた従来の判例との整合性については、親の一方だけが金銭的扶養義務となる場合において、その親の負担額を算定するための簡易な方法にすぎないとの説明がなされている。この見解は、その後のBGH判例に引き継がれ、引取りモデルにおいても両親の合算所得が基準とされるようになってきている。その結果として、世話親自身の親に対する扶養義務における世話親の扶養能力や、世話親の別居あるいは離婚配偶者に対する扶養請求権の価額計算にも影響を及ぼしている。この点については、本稿の結びにおいて、残された課題として言及する。

[付記] 本稿は、JSPS 科研費・基盤研究(C) (課題番号：21K01256) による研究成果の一部である。

Geteilte Betreuung und Kindesunterhalt in Deutschland (2)

Norimasa NOZAWA

Zusammenfassung

Der Beitrag untersucht den aktuellen Stand des Kindesunterhaltsrechts in Deutschland im Rahmen einer Studie zur unterhaltsrechtlichen Bewertung der elterlichen Betreuung des minderjährigen Kindes. Im Mittelpunkt der Untersuchung steht die Anwendbarkeit des § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB bei der geteilten Betreuung nach Trennung und Scheidung der Eltern. Nach dieser Vorschrift gelten die Pflege und Erziehung durch einen Elternteil die Erfüllung seiner Unterhaltspflicht, und auf dieser Grundlage wird davon ausgegangen, dass grundsätzlich nur der nicht betreuende Elternteil verpflichtet ist, Unterhaltszahlungen zu leisten. Da diese Regelung auf der herkömmlichen Rollenverteilung zwischen den Eltern in Bezug auf die Erziehung des Kindes beruht (Residenzmodell), ist umstritten, ob sie auf die Betreuungsformen angewendet werden kann, bei denen sich beide Elternteile nach der Trennung persönlich an der Betreuung des Kindes beteiligen. Hier, im Teil 2, wird die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und die Kommentierung in der Literatur zusammengefasst.

Im Fall [1] wurde die Anwendung der oben genannten Vorschrift in einem Fall bejaht, in dem das Betreuungsquote 2/3(Mutter) und 1/3 (Vater) betrug und nur der weniger betreuende Elternteil zur Unterhaltszahlung verpflichtet wurde. Die Entscheidung vertrat doch obiter dictum, dass nur im Fall der fast gleiche Betreuungsanteile (Wechselmodell) § 1606 Absatz 3 Satz 1 Anwendung findet und die Eltern den Unterhalt nach ihren Leistungsfähigkeiten teilen. Im Fall [2] wurde festgestellt, dass der Satz 2 auch bei der Betreuungsquote von 64% zu 36% gilt. In kritischen Anmerkungen zu diesen Entscheidungen wurde darauf hingewiesen, dass das die Betreuung des anderen Elternteils angemessen berücksichtigt werden sollte. Im Fall [3] wurde daraufhin festgestellt, dass der Satz 2 auch für die Fälle des weit über das übliche Maß hinaus gehenden Umgangs (erweiterten Umgangs) gilt,

dass aber eine Herabsetzung des Unterhalts aufgrund einer Manipulation der Düsseldorfer Tabelle zulässig ist. Im Fall [4] wird klargestellt, dass die Unterhaltspflicht beider Elternteile beim Wechselmodell nicht erlischt. Und erst im Fall [5] werden die Einzelheiten der Unterhaltsberechnung beim Wechselmodell dargelegt. Dabei findet § 1606 Absatz 3 Satz 1 Anwendung und daraus erfolgt die anteilige Haftung der beiden Elternteile. Aber die Komplexität der Berechnung stößt auf erhebliche Kritik.

【正誤表】

野沢紀雅「ドイツにおける共同監護と子の扶養料（1）－（3・完）」

比較法雑誌 57 卷 2 号、57 卷 4 号、58 卷 2 号

(1) 57 卷 2 号 54 頁下から 6 行目「扶養義務者」(誤) → 「扶養権利者」(正)

(2) 57 卷 4 号 71 頁上から 5 行目「Xらより」(誤) → 「Yより」(正)

(3・完) 58 卷 2 号 91 頁上から 6 行目「交替モデル」(誤) → 「引取りモデル」(正)

以 上