

各国の離婚後の親権制度に関する
調査研究業務報告書

平成26年12月

一般財団法人 比較法研究センター

はじめに

山口亮子（京都産業大学教授）

欧米各国、そしてアジアの国々でも、家族法の改正が進んでいる。世界は経済交流、情報伝達の急速な進展により大きく進行しており、その変化は家族も例外ではない。しかし、夫婦や親子の関係に関して見てみると、その変化は唐突なものではなく、1960年代に各国で始まった破綻主義離婚法の流れに端を発している。破綻主義離婚法の進展により裁判所が離婚を認めることに容易になると、各国とも離婚が増え、未成年の子の監護・養育、親の子に対する権利・義務を法的にどのように考えていくかが、各国の検討の対象となっていく。そしてその後、徐々に面会交流の進展、子の監護の権利・義務の共有、子の養育の共同での行使が法制度として成立していったのである。

翻って日本を見てみると、協議離婚を認める国であるため、その原因は欧米の破綻主義離婚法の影響があるとは直接断言できないが、婚姻件数に対する離婚件数の比は大きく上昇している。人口動態調査によるその年の婚姻の数と離婚の数を計算すれば、1980年の離婚率は20%を切っていたのが、2012年では35%を超えており、毎年多くの未成年子が、親の離婚に直面しているという数値が現わされている。離婚に際し、ドメスティック・バイオレンスの存在、ひとり親世帯の貧困率の高さが顕在化しており、男女共に初婚年齢が上昇すると共に未婚率が増加し、少子高齢化が加速している。他方、生殖補助医療による子の出生も確実に伸びていっている。少数派として意識的に法の外に置かれている性的マイノリティーとされているLGBTの人たちの同棲、子の養育も、日本でも確実に存在している。さらに、子どもが被害に遭う事件も多発しており、親・親族による虐待・ネグレクトの対応件数は年々の増加しており（2014年は66,807件）、親子や家族を巡る状況は大きく変わってきていることが明らかになってきている。

これに対し、日本民法の親族・相続編は、戦後の改正から基本的に大きな変更はない。法改正を経なくとも、現行法の解釈により、別居・離婚後の面会交流を認めるようになってきたが、協議離婚における家庭にそれがどのように影響を及ぼしているかは定かではない。2012年に民法766条の部分的な改正により、面会交流と養育費を協議の内容とすることが定められたが、現状は、母子家庭において面会交流を取決めているのは23.4%、継続しているのは27.7%、養育費の取決めをしているのは37.7%、現在も受け取っているのは19.7%となっている¹。親の離婚に対し子を取り残されていることを示すこの数値を今

¹ 厚生労働省「平成23年度全国母子世帯等調査結果報告」

http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/kodomo/kodomo_kosodate/boshi-katei/boshi-setai_h23/d1/h23_19.pdf

http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/kodomo/kodomo_kosodate/boshi-katei/boshi-setai_h23/d1/h23_18.pdf

後改善していくためには、何が必要であるのであろうか。それは、これから示す各国の取組みが参考になるであろう。

欧米各国は我が国よりいち早く家族の問題が顕在化し始め、既に立法や制度改革によりこれらの問題に対処してきている。各国が同じような状況に対してどのような改善策をとっているかを知ること、我が国も親子の面会交流や離婚後の養育費問題をはじめとして、家族の問題に本気で取り組む必要があることを認めざるを得なくなるであろう。しかもそれは、法制度を含めた大きな改正や、社会制度の抜本的な改革であり、さらに司法だけではなく行政や専門家、一般の民間も含めて家族を支援する仕組みを作り上げる変革をする必要があることも、各国の報告から明らかになるであろう。

家族が変容していること、家族が多様になっていることは、世界的に生じている事実である。むしろ我が国より諸外国の直面している問題はより過酷なものかもしれない。しかし、それだからこそ、子の利益と子の権利が個人、社会、法的関心事項となっていることも事実である。各国ともそれらの事実を重く受け止め、それに危機感を持って、次世代の国を作る子どもの保護に取り組んでいる。なお、子どもの保護とは、必ずしも子を客体としてではなく、子どもの利益の促進と子どもの権利の保障として把握している国もあり、子どもの権利や子どもの利益という観点からも、各国の違いが明らかになるものと思われる。

さて、本報告で示すのは、「離婚後の親権制度」についてである。まずは、家族の危機である離婚時に、親の子に対する親権を、各国ともどのように改正していったのかを知る必要がある。本報告書のタイトルは、「親権」と題されているが、実際「親権」に相当する用語は各国で様々であり、それに伴い内容も異なることに注意が必要である。日本においても、法律家のいう「親権・監護権」と、一般国民が捉える「親権・監護権」がどこまで一致しているかは、必ずしも明らかではない。そのようななか、日本法にいう「親権・監護権」が、外国法において訳される「親権」「監護権」の内容とは異なること、そして日本でいわれている「共同親権」「共同監護」のイメージが、果たして諸外国の「共同親権」「共同監護」と一致しているとは限らないことにも配慮する必要がある。例えば、「諸外国では離婚後も共同監護をしている」といえば、日本の感覚では、離婚後も子の養育を一緒にしたり交代でしているのか、と想像される可能性がある。しかし実際は、子に対する法的権利と責任を、離婚後も父母双方が有し続けていることを「共同監護」と言っている国もある。つまり、養育に関しては、面会交流を通して行ったり、子が頻繁に父母双方の家を行き来したり、宿泊したり、長期の休み（例えば夏休み）のときだけ他方の親の家に住んだり、あるいは月に数回会ったりすることにより、事実上の共有を行っており、それを「共同監護」と示す国もある。実際に親の権利と子の養育の実態には、かなりのバリエーションがあるのである。このように、法律用語だけでは実態が分かりにくい場合と、それぞれが持つイメージに隔たりがあることを意識しなければならない。そこで、各国の「親

権」に相当する用語が何を意味するかは、各国の紹介において明らかにしていく。また、その言葉も各国の用語に任せることにしたい。

また、本報告書では、各国とも法律上の側面と実態とを両方扱う。用語の違いもさることながら、文化、法体系、歴史、及び社会情勢が異なる国々で、法制度と実態の乖離は国ごとに異なる。一般に法制度は、親の子に対する権利・義務と子に対する養育に関して制定されているが、必ずしも立法だけで現状を把握できるとは限らない。当事者各自が抱える問題や紛争の程度は様々であり、協議できるカップルから、第三者や専門家の支援が必要なカップル、あるいは高葛藤のカップルまである中で、法はどの程度その多様性に対処し、手続において広範囲な当事者をどのようにカバーしているのか、各国の各種手続や各種制度の実態、現状の統計や判例を検討することが重要である。その上で、法が何を指して、どのように解決しているのか、また、法だけではなく、各国とも専門家や団体等の社会的資源をどのように活用しているのかを見ていくことにしたい。

各国とも、構成はそれぞれの執筆者に任せることにするが、少なくとも次の内容について触れていくつもりである。

- ・ 各国の社会及び家族事情・概説
- ・ 法制度の位置づけ・沿革・改正状況
- ・ 離婚後の親権制度の基本構造—法制度・実態・手続も含めて
- ・ 面会交流
- ・ 養育費
- ・ 養育者による子を連れての無断転居の制限

等である。

社会が変わったから法が変わるのか、あるいは法が変わるから社会が変わるのか。その捉え方や方針は各国において様々であろう。今後、我が国がどのような社会を目指していくのか、そのとき法がどのような役割を果たすのか、本報告書が、法や制度を考察する上での資料になれば幸いである。

研究実施体制

(五十音順)

稲垣朋子	三重大学人文学部 専任講師 (ドイツ)
小川富之	近畿大学法学部 教授 (オーストラリア)
金 亮完	山梨学院大学法科大学院法務研究科 准教授 (韓国)
栗林佳代	佐賀大学経済学部 准教授 (フランス)
宍戸育世	近畿大学大学院 博士課程 (オーストラリア)
田卷帝子	新潟大学法学部 准教授 (イギリス)
千葉華月	北海学園大学法学部 教授 (スウェーデン)
山口亮子	京都産業大学法学部 教授 (アメリカ)
渡邊泰彦	京都産業大学大学院法務研究科 教授 (スイス・オーストリア)
菊本千秋	一般財団法人比較法研究センター 研究員
木下孝彦	一般財団法人比較法研究センター 主幹研究員
不藤真麻	一般財産法人比較法研究センター 調査研究員

目次

はじめに

研究実施体制

第1部 ドイツ（稲垣朋子）

I. はじめに—ドイツ社会における家族の状況	1
II. 親権法の沿革	3
1. ドイツの法制度と親権法	3
2. 離婚後の養育の理念転換	4
3. 別居・離婚後の共同配慮	4
4. 婚外子に対する配慮権	5
5. 離婚手続と配慮権	6
6. 共同配慮の実態	6
III. 共同配慮の支援体制	7
IV. 裁判所による共同配慮への介入	10
1. 父母の親としての適格性	10
2. 父母の協力	11
3. 他方の親と子との結びつきに対する寛容性	14
4. 子の発達の促進	15
5. 子の生活環境の継続性	15
6. 子の意思	17
V. 共同配慮と交流権	18
1. 高葛藤がある場合の対処	18
2. 情報提供請求権	22
VI. 交替居所	23
1. 交替居所の意義と限界	23
2. 養育費	25
VII. おわりに	25

第2部 フランス（栗林佳代）

I. 序	27
1. フランスの家族をめぐる社会的状況	27
2. 親権法を検討するにあたって	28
II. 親権制度	30
1. 1970年の法改正以前の父権	30
2. 1970年の法改正による親権	32

3. 離別後の親権の共同行使—導入の時期と背景	33
4. 現行法の親権制度	34
III. 周辺事項	48
1. 離婚手続と子に関する取決め	48
2. 訴訟手続における子の意思の尊重	50
3. DVの被害者に対する保護命令	51

第3部 イギリス (田巻帝子)

I. イギリスの社会及び家族	55
1. 家族をめぐる社会状況	55
2. 家族をめぐる法制度	58
II. イギリス法における「親権」	62
1. 「親権」の定義と親権法	62
2. 現行の法制度	64
III. 親の離婚／別離後の「親権」制度	72
1. 離婚／別離時の取決めと合意	72
2. 当事者間で合意がなされない場合／他のPR保持者に異議がある場合の対応	75
3. 離別後の両親による「共同の親業行使 shared parenting」	77
4. 子の連れ去り	79
IV. その他：「親権」行使に関する公的機関の関与	80
【資料1】子の親及び親以外の者による「親の責務PR」取得	81
【資料2】親であることとPR保持の必要・十分条件別にみた「親権」行使内容	82

第4部 アメリカ (山口亮子)

はじめに	83
I. アメリカの社会及び家族事情・概説	84
1. 子どもの環境	84
2. 家族観と家族の多様性	85
3. 法制度	87
4. 連邦法	88
II. 監護権	89
1. 監護権 (custody) の内容	90
2. 共同監護	95
3. 監護権決定手続	99
III. 養育費	104
IV. 面会交流	106

1. 親子の交流の原則	106
2. 親子の交流の例外一面会交流の制限	113
V. 子の奪い合い紛争	116
1. 子の引渡請求	116
2. 監護親の転居の制限 (relocation)	119
VI. ドメスティック・バイオレンス (DV) への対応	122
1. 保護命令	122
2. 監護権と DV	124
3. 社会の DV への対応	125
おわりに	126

第5部 オーストラリア (小川富之、宍戸育世)

I. はじめに—オーストラリアにおける親権、監護及び親責任に関する法制度	129
1. 家族の状況	129
2. 法制度の概観	130
3. オーストラリアの離婚制度	131
4. 親子関係	132
5. 子の監護及び養育	133
II. オーストラリアにおける親権、監護及び親責任に関する法制度の概要	135
1. 親権、監護及び親責任に関する法制度の変遷	135
2. 親責任に服する者	137
3. 親責任を負う者	137
4. 親責任を負う者の変更	138
5. 親責任の内容	138
6. 親責任の制限	139
III. 別居及び離婚の際の子に関する効果	139
1. 別居制度	139
2. 離婚制度	141
3. 親責任を負う者の決定	142
4. 監護に関する事項	142
5. 面会交流	145
6. 養育費	145
IV. 別居及び離婚後の子の養育に関連する諸問題	146
1. 家庭内暴力 (児童虐待を含む) の存在	146
2. 子どもの居所の移動 (リロケーションの問題)	147
V. おわりに—将来的課題等	149

【資料1】 オーストラリアの親権・監護権に関連する条文の邦訳	152
--------------------------------	-----

第6部 スウェーデン（千葉華月）

I. スウェーデンの社会及び家族をめぐる状況	163
II. 親子法と同居生活に関する法律	164
1. 親子法とその沿革	165
2. 同居生活に関わる法とその沿革	167
III. 家事紛争の解決方法：監護、居所及び面会交流について	168
1. 家族へのコミュニケーション（地方自治体）の責任と社会福祉委員会の責務	168
2. 裁判所の役割	169
IV. 監護に関する基本原則	169
1. 子どもの監護を受ける権利と監護者の責任	169
2. 共同監護の原則	170
3. 監護の変更	170
V. 離婚後の監護権の基本構造	171
1. 離婚制度について	171
2. 離婚後の共同監護	172
3. 居所の指定及び子どもの連れ去り	173
4. 面会交流（共同親権の射程内での面会交流の問題）	173
5. 養育費	174
VI. 問題への対応：児童虐待（barn misshandeln）等がある場合の取扱い	175
1. 社会福祉委員会への通告及び同委員会による調査	176
2. コミュニティによる任意の支援と援助	176
3. 公的介入（裁判所及び行政の介入）	177
VII. 総括	179

第7部 スイス（渡邊泰彦）

I. 概説	181
1. スイス連邦について	181
2. 用語	182
3. 統計	182
4. 法制度の体系	185
II. 離婚に至るまでの一般的プロセス	187
1. 別居	187
2. 婚姻保護措置	187
3. 離婚手続	188

III. 離婚後の共同の親の配慮の沿革	190
1. 離婚法改正（2000年施行）まで	190
2. 弁護士・メディエーターへのアンケート調査	192
3. NFP52の調査結果	193
4. 離婚後の配慮権者の統計	194
5. 2014年民法典改正	197
IV. 離婚後の親権制度の基本構造	200
1. 配慮権の定義	200
2. 基本原則	203
3. 実体法上の規定	205
4. ドメスティック・バイオレンス等の事情がある場合の対処	209
5. 老齢年金及び遺族年金における養育勘定	210
6. 制度に伴って必要となる司法手続の概要	211
V. 離婚後の親子の人的交流	213
1. 離婚後の共同配慮と人的交流の関係	213
2. 監督下の人的交流	216
3. 不作為義務	216
4. 人的交流の執行	216
5. 人的交流の制限及び消滅	217
6. 管轄	218
VI. 養育費	218
VII. 子連れ別居等、一方の親による子の連れ去りに関する法規制	218
1. 転居の制限	218
2. 子の連れ去り	219
【資料1】離婚時に夫婦が合意すべき事項	220
【資料2】民法典に定められている児童保護官庁の職務	221

第8部 韓国（金 亮完）

I. はじめに	225
II. 離婚後の親権制度に係る改正の経緯	226
1. 制定当時の親権法	226
2. 1990年改正	227
3. 2005年改正	227
4. 2007年改正	227
5. 2011年改正	228
III. 韓国の協議離婚制度の概要	228

1. 協議離婚制度の概要	228
2. 離婚の推移	230
IV. 離婚後の親権の帰属	231
1. 選択的共同親権制度	231
2. 帰属の態様	232
3. 養育権者の権限	233
4. 子の連れ去りの違法性の判断基準	234
V. 養育費・面会交流	234
1. 養育費	234
2. 面会交流	236
VI. むすび	238
【資料1】協議離婚意思確認申請書	239
【資料2】子の養育と親権者決定に関する協議書	240
【資料3】共同親権・共同養育に関する合意（作成例）	244
【資料4】離婚熟慮期間免除（短縮）理由書	245
【資料5】協議離婚制度のご案内	246
【資料6】協議離婚制度のご案内（在外国民用）	250
【資料7】確認書	253
【資料8】陳述調書	254
【資料9】確認期日調書	255
【資料10】不確認通知書	256
【資料11】養育費負担調書	257

第9部 オーストリア（渡邊泰彦）

I. 概説	259
1. 用語及び本稿の範囲	259
2. 人口、家族形態：統計	260
3. 法制度の体系	263
II. 子の福祉	266
1. 親子間の権利に関する一般原則	266
2. 子の福祉	266
III. 別居後・離婚後の配慮	269
1. 合意による配慮	269
2. 父母が合意できない場合：仮の親責任の段階	270
3. 配慮の剥奪・制限	271
IV. 家庭裁判所補助	272

1. 導入の経緯	272
2. 家庭裁判所補助者の職務	273
3. 少年福祉員	274
4. 子の補佐人	275
V. 離婚後の親子の人的コンタクト	275
1. 離婚後の共同配慮と人的コンタクトの関係	275
2. 離婚後の人的コンタクトに関する法制度及び実体	276
VI. 転居の制限:居所指定権	279

ドイツにおける離婚後の配慮

稲垣朋子（三重大学専任講師）

- I. はじめに一ドイツ社会における家族の状況
- II. 親権法の沿革
- III. 共同配慮の支援体制
- IV. 裁判所による共同配慮への介入
- V. 共同配慮と交流権
- VI. 交替居所
- VII. おわりに

I. はじめに一ドイツ社会における家族の状況

ドイツ連邦統計局によれば、ドイツの人口は、2012年時点で80,523,7千人(男性39,381,1千人、女性41,142,6千人)で、うち外国籍は6,640,3千人(男性3,361,2千人、女性3,279,1千人)、8.25%である¹。出生数は、ベビーブーム期の1964年は約1,357千人であったが、1972年には100万人を下回るようになり、2012年は673,500人と半減している²。合計特殊出生率(15~49歳の女性千人当たり)も低迷しており、1.38にとどまっている³。平均初産年齢は29歳で⁴、2012年に出生した子の母親の22%が35歳以上であり⁵、晩婚・晩産化が進んでいる。また、婚外子の割合は2001年には25.0%であったが、その後上昇を続け、2012年には34.5%に上っている⁶。

一方、特に離婚に関する統計に注目すると、離婚件数は、1993年以降は増加していたが、2003年(213,975件)をピークに減少傾向に転じ、2012年の離婚件数は179,147件となっている⁷。人口千人あたりの1年間の離婚件数をあらわす普通離婚率は2.2%である⁸。離婚

¹ Statistisches Bundesamt, Bevölkerung nach Geschlecht und Staatsangehörigkeit, Wiesbaden 2014.

² Statistisches Bundesamt, Geburtentrends und Familiensituation in Deutschland 2012, Wiesbaden 2013, S. 11.

³ Statistisches Bundesamt, a. a. O., (Fn. 2), S. 15.

⁴ Statistisches Bundesamt, a. a. O., (Fn. 2), S. 20.

⁵ Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 309 vom 03. 09. 2014.

⁶ Eurostat, Population and social conditions, Live births outside marriage.

⁷ Statistisches Bundesamt, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit—Statistik der rechtskräftigen Beschlüsse in Eheauflösungssachen(Scheidungsstatistik), 2012, Wiesbaden 2013, S. 14. また、2013年の統計で、離婚の申立てを行うのは52%が妻、40%が夫、残りの8%は共同という結果が出ている(Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 258 vom 22. 07. 2014)。

⁸ Eurostat, Population and social conditions, Crude divorce rate.

時の平均年齢は夫が 45.5 歳、妻が 42.5 歳と年々高くなっている⁹。未成年子を有する離婚は 88,863 件 (49.6%)、両親の離婚に直面した未成年子の数は 143,022 人である¹⁰。離婚に至るまでの平均婚姻期間は 14 年 6 ヶ月で、こちらも年を追うごとに少しずつ長期化している¹¹。

離婚までの法定別居期間別にみると¹²、147,910 件 (82.6%) が 1 年間の別居を経た離婚であり、次いで 3 年間の別居後 27,664 件 (15.4%)、別居 1 年未満 2,314 件 (1.3%)、その他 1,259 件 (0.7%) である¹³。破綻主義に基づき、1 年間の別居を経ると「婚姻の破綻」を理由として合意離婚が認められている (ドイツ民法 1566 条 1 項。以下、特に断りのない限り、条文はドイツ民法の条文を指す)。

夫婦仲が悪くなり、一方が婚姻住居を去り別居が開始するのが大半であるが¹⁴、ここでの「別居」の意味としては、そのようなことが必ずしも求められているわけではない。夫婦が同一住居内に居住していても、それぞれの生活領域が分離され、共同の家計が廃止されている場合は、「別居」にあたる¹⁵。夫婦間に離婚の合意がない場合でも、3 年以上の別居期間を経れば「婚姻の破綻」が推定され、離婚が成立する (1566 条 2 項)。そして、夫婦の一方のドメスティック・バイオレンス (以下「DV」とする)、アルコール中毒などにより、婚姻生活の継続が他方配偶者に要求できないほど苛酷であると思われる場合は、1 年の別居期間を経なくても離婚が可能である (1565 条 2 項)。

また、離婚について国籍をみれば、ドイツ人同士の離婚が全離婚のうち 150,983 件 (84.3%)、国際離婚が 28,164 件 (15.7%) となっており、さらに国際結婚の内訳をみると、妻ドイツ人・夫外国人が 11,003 件 (39.1%)、夫ドイツ人・妻外国人が 10,041 件 (35.7%)、共に外国人が 7,120 件 (25.3%) という状況である¹⁶。

⁹ Statistisches Bundesamt, Maßzahlen zu Ehescheidungen 2000 bis 2013, Wiesbaden 2014.

¹⁰ Statistisches Bundesamt, (Fn. 7), S. 14. 未成年子を有する離婚の内訳をみると、子 1 人 46,731 件 (52.6%)、2 人 33,161 件 (37.3%)、3 人 6,850 件 (7.7%)、4 人以上 2,121 件 (2.4%) である。

¹¹ Statistisches Bundesamt, a. a. O., (Fn. 9).

¹² ドイツは 1976 年の法改正以降、破綻主義を採用しており、離婚の破綻の認定につき以下の規定が置かれている。ドイツ民法 1565 条 (婚姻の破綻) ① 婚姻は、それが破綻したときに離婚することができる。婚姻は、夫婦の生活共同体が存在せず、かつ、その修復を期待できないときは、破綻している。② 夫婦が別居をして 1 年に満たないときは、婚姻の継続が、他方配偶者の身上に存する理由に基づき、申立人に要求できないほど苛酷であるときに限り、離婚できる。ドイツ民法 1566 条 (破綻の推定) ① 夫婦が 1 年間別居しており、かつ、夫婦双方が離婚の申立てをするとき、又は、他方が離婚に同意するときには、婚姻が破綻していることが異議なく推定される。② 夫婦が 3 年間別居しているときには、婚姻が破綻していることが異議なく推定される。

¹³ Statistisches Bundesamt, a. a. O., (Fn. 7), S. 18.

¹⁴ Herbert Grziwotz, Trennung und Scheidung, 7. Aufl., Beck-Rechtsberater Deutscher Taschenbuch Verlag, München 2008, S. 2. 日本では、どちらかといえば別居の際に妻が実家に帰るイメージがあるが、本書 1 頁で設例として挙げられているのは、度重なる口論の末、夫が荷物をまとめて「母のもとに帰る」と述べたとするものであり、そのようなケースも想定されるようである。

¹⁵ オリバー・フランツ・ケストラー / (訳) 神谷遊 「ドイツにおける離婚訴訟の実際とその課題」 広島法科大学院論集 2 号 115 頁 (2006)

¹⁶ Statistisches Bundesamt, a. a. O., (Fn. 7), S. 25.

II. 親権法の沿革

1. ドイツの法制度と親権法

ドイツは、16の州からなる連邦国家であり、国家権力は、立法・行政・司法の各分野で連邦と州に分配されており、州はそれぞれ独自の権力と憲法を有している。ただ、立法の権限については、連邦の優位が認められ、民法・刑法・訴訟法など重要な事項について連邦が立法権を行使した場合は、州は独自の法律を制定することができない¹⁷。

ドイツ憲法は、第2次世界大戦後の1949年5月23日に、ドイツ連邦共和国基本法(GG)として制定された。これに基づき、連邦憲法裁判所(Bundesverfassungsgericht; BVerfG)が置かれている。連邦憲法裁判所は審級制度上の最上級審ではなく、基本法の遵守の有無の問題に特化して裁判する裁判所であり、これは、最高裁判所を頂点とする一般の裁判権に法令審査権を認める日本と異なる点である¹⁸。

また、私法の一般法であるドイツ民法典(Bürgerliches Gesetzbuch; BGB)は、1896年8月18日に立法化された(1900年1月1日施行)。以下ではその親権法の規定の変遷を辿るが、ドイツでは、日本語の「親権」にあたる用語は、従前は“elterliche Gewalt”であったが、後記する1979年の「親としての配慮に関する法の新規整のための法律」において、親の義務の面を強調するために“elterliche Sorge”に変更されている。そこで、本稿では1979年法を基準として、それぞれ「親権」と「親としての配慮」に区別することとする。

「親権」に関する規定は、ドイツ民法典の第4編(家族法)の第2章(親族)第4節(嫡出子の法律上の地位)第2款「親権」にあり、その冒頭で「子は、未成年である間は、親権に服する。」(旧1626条)と定めた。次いで、第2款第1項(旧1627~1683条)において「父の親権」、第2款第2項(旧1684条~1698条)において「母の親権」を規定していた¹⁹。当時は、親権は婚姻から生まれた子のための制度であり、婚外子はその対象ではなかった。そして、父母の婚姻中であっても、財産管理権を有するのは原則として父であり、母は身上監護権を有するのみであった(旧1634条)。しかし、第2次大戦後、基本法が男女同権を謳い(同法3条2項)、男女同権に反する法は1953年3月31日をもって失効すると定めたため(同法117条1項)、同年4月1日以降は、実務上、婚姻中の父母共同親権が実現された。そして後に男女同権法(1957年6月18日法、1958年7月1日施行)の平等原則に従い、民法の規定も改正されるに至ったのである。

¹⁷ 村上淳一＝守矢健一/ハンスペーター・マルチュケ『ドイツ法入門〔改訂第8版〕』(有斐閣、2012)33-37頁

¹⁸ 村上淳一＝守矢健一/ハンスペーター・マルチュケ・前掲注17)55-56頁

¹⁹ 以下の記述にあたっては、神谷遊「離婚後の父母による子の共同監護—ドイツ法における取扱いを中心として—」『谷口知平先生追悼論文集(1)—家族法』(信山社、1992)187-189頁、鈴木博人「ドイツ1」財団法人日弁連法務研究財団/離婚後の子どもの親権及び監護に関する比較法的研究会編『子どもの福祉と共同親権—別居・離婚に伴う親権・監護法制の比較法研究』(日本加除出版、2007)136-143頁、床谷文雄「大陸法—ドイツ」床谷文雄＝本山敦編『親権法の比較研究』(日本評論社、2014)120-126頁を参照した。

2. 離婚後の養育の理念転換

他方で、離婚後の親権については、当時は父母いずれかの単独親権が原則とされ、例外的に、財産管理と身上監護の分属が認められるにとどまっていた。その後、婚姻法及び家族法改正のための第一法律（1976年6月14日法、1977年7月1日施行）により有責主義から破綻主義へと移行し、親権法においては単独親権者決定の際に婚姻破綻の有責性を考慮しなくなったが、単独親権であることには何ら変わりはなかった。

ただ、この頃より離婚後の共同親権に関する賛否が本格的に議論されるようになっていた。旧1671条4項1文が、父母の離婚後は、親権を「原則として(in der Regel)」父母の一方に委ねるべきものと規定していたため、解釈論として、例外的な場合には、共同親権を認めてよいと解する余地があったのである。しかし、結果として、「親としての配慮に関する法の新規整のための法律」（1979年7月18日法、1980年1月1日施行）は、「原則として」という文言を削除することで離婚後の共同配慮を明確に否定した。このことにより、離婚後の共同配慮の問題は、立法論の対立へと持ち込まれた。

そして、連邦憲法裁判所は、1982年11月3日、BGB1671条4項1文が基本法6条2項に反して無効であるとの判決を下し、裁判で共同配慮が認められる余地が生まれることになった。以後、個別の申立てに基づく裁判例による対応期が15年以上にわたって続いていた。そのようななか、親子法改正法（1997年12月16日法、1998年7月1日施行）²⁰により、ついに離婚後の共同配慮の立法化が実現したのである。

3. 別居・離婚後の共同配慮

では、その改正法の重要な部分についてみていく。まず、1671条1項において、「親としての配慮が共同で帰属している父母が一時的ではなく別居しているときは、父母のいずれも、家庭裁判所が親としての配慮又はその一部を自己に単独で委譲することを申し立てることができる。」と規定されている。つまり、申立てを行わない限り共同配慮が維持される。申立て認容の要件については、続いて同項で、「この申立ては、次のいずれかの場合に認容する。1.父母の他の一方が同意するとき。ただし、子が14歳に達しており、かつ、委譲に反対しているときは、この限りでない。2.共同配慮の廃止及び申立人への委譲が子の福祉に最もよく適合すると期待されるとき。」とされている。

子には固有の単独配慮申立権は認められていない²¹。また、反対の意見表明をすることはできるが（同項1号）、これは拒否権を意味するものではなく、裁判所の審理を経ずに

²⁰ 本改正は、前掲連邦憲法裁判所1982年11月3日判決を含む数件の違憲判決への対応、ドイツ統一（1990年）、児童権利条約の批准（1992年）等、国内的・国際的な変化に対応することを目的としていた。

²¹ BT-Drucks. 13/4899, S. 64.

父母の提案がそのまま受け入れられることを回避する趣旨である²²。反対の意見表明権は、手続補佐人（Verfahrensbeistand）も行使することが可能である²³。一方、同 4 項は、親としての配慮について、他の規定に基づき異なる定めをしなければならない場合には、申立ては認容しないとして、子の福祉のために必要とされる場合には、父母の合意に基づいた申立てとは異なった判断を裁判所が下すことも可能としている。

父母は、親としての配慮を自己の責任において、かつ、双方合意のうえ、子の福祉のため行使しなければならない（1627 条 1 文）、意見が異なるときは、一致するよう努めなければならない（同条 2 文）。ただ、父母には、必ずしも子に関わる全ての事柄について合意し共同配慮を行うことが求められるわけではない。すなわち、「親としての配慮が共同で帰属している父母が一時的ではなく別居している場合は、その規律が子にとって重大な意味を有する事項における決定の際には、双方の合意を必要とする。」が（1687 条 1 項 1 文）、「父母の一方は、他の一方の同意を得て、又は裁判上の決定に基づいて子が通常居住するときは、日常生活に関する事項について単独で決定する権限を有する。」²⁴のである（同 2 文）。

4. 婚外子に対する配慮権

さらに、1997 年親子法改正法では、婚姻関係にない父母の配慮権についても改正が行われた。従前は、婚外子については親権者が想定されていなかったが（旧 1707 条）、「嫡出でない子の法律上の地位に関する法律」（1969 年 8 月 19 日法、1970 年 7 月 1 日施行）により、母が親権者とされたとされた。当時は、父は嫡出宣告（父の申立てにより、後見裁判所が、子が嫡出子としての法律上の地位を取得する旨の宣告をする制度。旧 1723 条以下。）又は養子縁組によらなければ、原則として親権者になることができなかった。

これに対し、1997 年親子法改正法は、「子の出生に際して父母が互いに婚姻していない場合には、次のときに、親としての配慮は、共同に帰属する。1. 親としての配慮を共同で引き受ける旨を表示したとき（配慮の意思表示）。2. 互いに婚姻したとき。」としたのである（旧 1626 条 a 第 1 項）。いずれかの方法によって共同配慮とされた限り、婚姻関係にあった父母と同様に、別居後も共同配慮の継続が原則となった。

ただ、婚姻中、旧 1626 条 a 第 1 項の場合を除いては、母が配慮を行うと定められていた（同 2 項）。これには、実質的に母に共同配慮に対する拒否権を与えているとの批判が強まり、欧州人権裁判所 2009 年 12 月 3 日判決で旧 1626 条 a 及び旧 1672 条 1 項が欧州人権条約に違反するとされ、続く連邦憲法裁判所 2010 年 7 月 21 日決定で基本法にも違反する

²² BT-Drucks. 13/4899, S. 99.

²³ Isabell Götz in : Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Aufl., 2013, § 1671, Rn. 9.

²⁴ ドイツ家族法研究会編「親としての配慮・補佐・後見（二）—ドイツ家族法注解—」民商法雑誌 143 巻 4=5 号 602 頁〔渡邊泰彦〕（2011）

と判示された²⁵。

これを受けて、「互いに婚姻していない父母の親としての配慮の改正のための法律」(2013年4月16日法、同年5月19日施行)により法改正が実現した²⁶。そこでは、1626条a第1項で、従来の1号及び2号に加えて、3号で「家庭裁判所が親としての配慮を親共同に委譲したとき」も共同配慮に移行すると新たに規定された。もし共同配慮を申し立てた父母の一方に対し、他方が共同配慮に反対し得る事由を挙げず、他にもそのような事情がみいだされないときは、共同配慮が子の福祉に反しないと推定される(同2項)。そして、この3号にも該当しない場合のみ母の単独配慮となる(同3項)。このように、婚外子の父の配慮権が強化されたことに伴い、父母別居後の子の共同配慮の枠も広がったことになろう。

5. 離婚手続と配慮権

なお、ここでドイツの離婚手続と配慮権の帰属決定の関係につき、確認しておきたい。ドイツでは、離婚は、仮に夫婦間で合意があったとしても全て裁判によるものとされ(1564条)、区裁判所の特別部の一つである家庭裁判所²⁷へ書面で申立てを行わなければならない(家事事件・非訟事件手続法〔Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit; FamFG〕133条)(2008年12月17日法、2009年9月1日施行)。未成年の子に対する配慮権や面会交流・養育費に関しては、夫婦間の諸権利義務と並び、取決めをしたかどうかを、申立書に記載しなければならない(FamFG133条1項2号)。離婚の諸効果(年金調整、子に対する扶養義務、離婚後扶養、婚姻住居・家財、夫婦財産制)については、付随事件として、原則として離婚と同一の手続に結合されなければならない(FamFG137条1項・2項)。ただし、離婚手続と親の配慮の帰属決定の強制結合は、父母の紛争を激化させ手続の長期化を招くとの批判を受け、1997年親子法改正法をもって廃止されている。

また、日本の家庭裁判所調査官にそのまま相当する制度は存在しないが、同様の役割は、少年局(Jugendamt)や心理鑑定人が担っており、配慮権の帰属決定に際しても重要な役割を果たしている。

6. 共同配慮の実態

それでは、長い道のりを経て立法化された離婚後の共同配慮は、どの程度国民に受け入れられているのであろうか。離婚手続の際に共同配慮が維持された数をみると、2000年か

²⁵ ドイツ家族法研究会編「親としての配慮・補佐・後見(一)」民商法雑誌142巻6号641-645頁[床谷文雄・稲垣朋子](2010)参照。

²⁶ 改正法については、阿部純一「ドイツの新しい婚外子配慮法—2013年4月16日改正法の意義と問題」法学新報120巻7・8号249-215頁(2014)参照。

²⁷ 前述の1976年の婚姻法及び家族法改正のための第一法律において創設されている。

ら 2011 年までの間で平均して 94%という数字が出ている²⁸。直近の 2012 年の統計では、1671 条 1 項による配慮権の委譲の申立てではなく、共同配慮が継続した件数は 67,600 件であった。また、委譲申立てが行われたが共同配慮が維持された件数が 604 件、母による単独配慮とされた件数が 2,485 件、父による単独配慮とされた件数が 216 件、第三者に委譲された件数が 16 件、一部の子が父の単独配慮、他の子が母の単独配慮とされた件数は 41 件であった²⁹。よって、配慮権委譲の申立てがなかったケースと、裁判所の判断で共同配慮が維持されたケースをあわせると、全体の 96.1%を占めている。

しかしながら、このような離婚時の共同配慮選択の割合が高いことが、離婚後の共同配慮に対する国民の高い意識を反映しているかということ、必ずしもそうとはいえない事実も指摘されている。離婚後の共同配慮のうち、約 80%の事例で子は母のもとに居所を定め、日常的な監護は母により行われているという³⁰。また、共同配慮としたものの長年争いが絶えない父母のなかには、「本当は共同配慮にはしたくなかった。けれども、(弁護士や少年局から) 配慮権をもつには他に選択肢はないと言われたから。」「争いを起こしたくなかったので共同配慮を受け入れた。」などと述べる者もいる³¹。そして、父母間のコミュニケーションや協力の問題について、家庭内で解決できなかったものが、数年後に裁判所に配慮権の単独委譲や一部委譲の形となって持ち込まれることになるのである。親の配慮、交流権、養育費に関する裁判上の手続が増加傾向にあることには、このような共同配慮についての「法律上の理想像」と「現実」の乖離も、多少なりとも影響していると推測されている³²。

III. 共同配慮の支援体制

以上で説明してきたように、現在のドイツ法では、婚姻関係にあるか否かを問わず、共同配慮が基軸に据えられているが、それでは、このような法制度を支援する何らかの手立ては講じられているのであろうか。

ドイツでは、未成年子のいる離婚の手続が係属すると、家庭裁判所から少年局へ通知がなされる。それを受けて少年局は、離婚手続に入る父母に、基本的な法制度、提供可能な援助の説明を記載した文書を送付する。そこには、より多くの情報を得るため少年局へ直

²⁸ Doris Früh-Naumann, Psychologische Sachverständige, in: Reinhard Prenzlow (Hrsg.), Handbuch Elterliche Sorge und Umgang. Pädagogische, psychologische und rechtliche Aspekte, Bundesanzeiger Verlag, Köln 2013, S. 207.

²⁹ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege. Familiengerichte 2012, Wiesbaden, 2014, S. 50. 西希代子「親権に関する外国法資料(2) ドイツ法」大村敦志=河上正二=窪田充見=水野紀子『比較家族法研究—離婚・親子・親権を中心に』(商事法務、2012) 432 頁の 2010 年についての資料と同様である。

³⁰ 鈴木・前掲注 19) 149 頁

³¹ Doris Früh-Nauman, a. a. O. (Fn. 28), S. 207. Doris Früh-Naumann 氏の家庭裁判所の心理鑑定人としての経験に基づく記述による。

³² Doris Früh-Nauman, a. a. O. (Fn. 28), S. 207.

接足を運ぶよう促す記述があり、また、父母とは別に子に対して個別の手紙を送付し、そのことをあわせて父母に知らせる少年局もある³³。

そして、少年局を訪れた父母には、①相談所、②少年局の専門担当部署、③家庭裁判所により、あるいは必要に応じてその三つが連携して、ケースに応じた援助が提供される。

①相談所においては、援助の意義や内容を十分に理解してもらい、父母に親としての責任の自覚を促すことが第一の目的とされ、これは、いわゆる「父母教育」の役割を担うものと評価できる。このような相談所の設置主体は、少年局・民間団体である。なかには、民間団体が家庭裁判所の近辺に設置している相談所もあり、裁判官が裁判所での手続の進行過程をみながら父母に相談に行くよう促し、そこでの配慮権や交流権についての合意が家庭裁判所での判断の基礎となることもあるという³⁴。このような相談所と家庭裁判所の緊密な連携の初期の実施例としては、レーゲンスブルク・モデルが挙げられる³⁵。別居・離婚によりこれまでの生活関係が崩れ、それを冷静に新しい形に構築しなおしていくには大変な努力が必要とされるため、当事者の意思を最大限に尊重しつつ、かつ、協議をこのような「安全な」場所で行えるというメリットがある。

このように、①がどちらかという「本来はこうあるべき」という現行法規定に即した説明を行い、それに基づく父母の合意を促すのに対し、②少年局の専門担当部署の援助は、個別の家庭の事情により深く入り込むものである。これはまさに、前記 II. 6 の「共同配慮の実態」のところで述べたような、共同配慮の「法律上の理想像」と「現実」の乖離を埋める役割を果たすものであり、専門家立会いのもとでの本格的なメディエーションを実施している少年局もある³⁶。少年局の一室において、社会教育学の専門家らが進行係を務め、父母双方の希望を調整し、その家庭にとって最善の合意へと一歩一歩近づける試みが重ねられ、父母間の取決めを作成することが最終的な目的とされる。

なお、こういった援助を受ける権利については、社会法典第 8 編 (Sozialgesetzbuch-Achtes Buch ; SGB VIII) 17 条の規定により保障されている。すなわち、同 1 項で、「母及び父は、児童若しくは少年に対して配慮義務を負い、又は現実に監護しているときは、少年援助の枠内で、パートナー関係の諸問題に関する助言を求める権利を有する。助言は、次の事項を援助するものとする。」とあり、そのうちのの一つとして 3 号で「別居又は離婚の場合に、児童若しくは少年の福祉にかなうように親としての責任を果たすための条件を創設すること」とある。また、同 2 項では、「父母は、別居又は離婚の場合に、当該児童若しく

³³ Gerda Simons, Die elterliche Sorge aus sozialpädagogischer Sicht, in: Reinhard Prenzlów (Hrsg.), Handbuch Elterliche Sorge und Umgang. Pädagogische, psychologische und rechtliche Aspekte, Bundesanzeiger Verlag, Köln 2013, S. 134.

³⁴ Gerda Simons, a. a. O. (Fn. 33), S. 134.

³⁵ Autorenteam des Regensburger Modellprojektes, Die Zusammenarbeit zwischen Beratungsstelle und Familiengericht. Am Beispiel der Regensburger „Familienberatung bei Trennung und Scheidung“ (FaTS) am Amtsgericht, in: Wolfgang Buchholtz-Graf/Claudius Vergho (Hrsg.): Beratung für Scheidungsfamilien—Das neue Kindschaftsrecht und professionelles Handeln, Beltz Juventa Verlag, Weinheim und München 2000, S. 46ff.

³⁶ Gerda Simons, a. a. O. (Fn. 33), S. 136.

は少年の適切な参加のもとで、親としての配慮及び責任を引き受けるための合意案を作成するに際して、援助を受けることができる。なお、この案は、家庭裁判所における和解又は裁判官の決定の基礎として役立てることもできる。」とされているのである。さらに、2012年には、メディエーション一般を促進するため、メディエーション法 (Mediationsgesetz ; MediationsG) (2012年7月21日法、同月26日施行) が制定され、今後の普及が期待される。ただ、メディエーション法の立法理由書によれば、ドイツで活動しているメディエーターの数に関する確かな拠り所も、実施されたメディエーション手続数についても明らかではなく、従来のメディエーションの実績については、単なる推測の域を出ないとされている³⁷。なお、メディエーターは、紛争当事者が合意への障害を乗り越えることをメディエーションの場で支援することを任務としており、法的な解決策の提案を行うわけではない。したがって、弁護士以外の者でもメディエーターになることができ、実際に、心理学者、教育学者、社会学者等のメディエーターが存在しているという³⁸。

では、①相談所や②少年局の専門担当部署に対して、③家庭裁判所はどのような役割をもつのか。前述のように、離婚手続が係属すると少年局を通して父母に連絡がなされるが、家庭裁判所においても、夫婦間に未成年子がいる場合、親としての配慮及び面会交流について夫婦を審問し、相談手続を利用できることを示さなければならないとされている (FamFG128条2項)。また、家庭裁判所は、父母に、付随事件一般についてメディエーションを含む裁判外の紛争解決手続に関する情報提供の無償の面談に、別々に又は共に参加すること、及びその参加証明書の提出を命じることができる。この面談については、家庭裁判所が特定の人物や機関を指定することができる (FamFG135条)。

そして、これらを通して父母間で合意が形成されなかった場合には、離婚後の配慮権の帰属や交流権について、裁判所が判断を下すことになる。この局面では、少年局は、それまでの家庭裁判所との連携関係を解き、裁判所の権限から独立した立場として協力する。当事者との相談やメディエーションに関わっていた少年局は、父母間での中立性を放棄し、今度は調査に基づき、場合によっては父母いずれかに有利になる意見を述べることになる。このため、情報を引き継いだ上で少年局の担当者の交代も考えられるが、父母の側で特にそれを望まない場合は、交代は行われまいという³⁹。

³⁷ ディーター・ライポルド/ (訳) 出口雅久「調停、メディエーション、民事訴訟」立命館法学 353号 342頁 (2014)。メディエーション法の手続・実情については、同 341-348頁、渡部美由紀「ドイツにおけるADR—メディエーション法の成立」法律時報 85巻4号 44-49頁 (2013)、国分貴之「ドイツにおけるメディエーション法の成立とメディエーション手続の実情」NBL1012号 38-58頁 (2013)。

³⁸ 国分・前掲注 37) 39頁

³⁹ Gerda Simons, a. a. O. (Fn. 33), S. 137.

IV. 裁判所による共同配慮への介入⁴⁰

それでは次に、配慮権の行使に対する裁判所の判断が必要な場合、どのような基準をもって、どの程度までの介入が行われていくのかをみていくこととする。

親の一方が単独配慮又は配慮権の一部委譲を申し立てた場合は、前述のように「共同配慮の廃止及び申立人への委譲が子の福祉に最もよく適合すると期待されるとき」(1671条1項2号)にのみ申立てが認められるのであるが、ここにいう「子の福祉」の意味するところは何か。以下ではこの点について、6つのメルクマールに分け、裁判例から掘り下げる。

1. 父母の親としての適格性

まず、共同配慮をなお維持することができるのかどうか、あるいは申立人の単独配慮の是非を判断するにあたって、本項目について確認される。

比較的多くみられるのは、父母の一方が「エホバの証人」に入信しているケースである。「エホバの証人」への入信は、日本においても離婚原因となることがあり、共同配慮のもとでの配慮権行使についてはどのように判断されるのか興味深い。この点についてドイツの裁判例をみると、入信自体は共同配慮を廃止する理由にはならず、問題は、子の巻き込みや子への影響の有無である⁴¹。

例えば、ヘルムシュタット区裁判所2007年3月21日決定(FamRZ 2007, S. 1837)は、次のような別居中の父母に関する事案であった。本件では、母が「エホバの証人」に入信しており、この点を挙げて父は自己への配慮権の全部委譲を申し立てた。しかし、母は、子に万が一輸血が必要な事態が生じたときには輸血を拒否しない旨明確に表明しており、これまで「エホバの証人」の宗教行事に子を参加させたこともなかったということが確認された。そこで、裁判所は、別居後、主に子は父と共に暮らしていたという環境の継続性、父のもとで暮らすことを希望した子(2000年出生)の意思に照らして居所指定権は父に委譲したが、その他の点では共同配慮を維持した。子への輸血を拒否するかもしれない、子を宗教行事に強制的に参加させるかもしれないという漠然とした懸念のみでは、共同配慮全部は廃止されないということである。そして、仮に母が輸血を拒否したとしても、その場合は、裁判所の仮処分決定で輸血を行うことができることを指摘している。他の裁判例では、他の判断基準に鑑み、エホバの証人に入信している父に居所指定権を委譲したケー

⁴⁰ ここでは、比較的近時の裁判例を中心に取り上げているが、それ以前の裁判例も含めた詳細については、拙稿「離婚後の父母共同監護について—ドイツ法を手がかりに—(1)(2・完)」国際公共政策研究16巻1号243-264頁(2011)、同16巻2号135-163頁(2012)、拙稿「ドイツ・補論—共同配慮・単独配慮の判断基準」床谷文雄=本山敦編『親権法の比較研究』(日本評論社、2014)。

⁴¹ ミュンヘン上級地方裁判所1999年12月14日決定(FamRZ 2000, S. 1042)をはじめ、同旨の裁判が蓄積している。

スさえある⁴²。

また、子への影響が争点であるのは、アルコール依存症や精神疾患、同性愛等の性的傾向についても同様である。このように子の福祉に着目することから、子に対する性的虐待の有力な疑いがある場合には、たとえ刑法上の有罪判決が下されていなくとも共同配慮が廃止されている⁴³。

加えて、養育費不払いは、親としての適格性を否定する重大な要素である。ドレスデン上級地方裁判所 2002 年 2 月 27 日決定 (FamRZ 2002, S. 973f.) では、別居中に子 2 人に対して支払能力があるにもかかわらず養育費を支払ってこなかったことが、子らへの無関心を示す態度とみなされ、母へ配慮権が委譲されている。ケルン上級地方裁判所 2011 年 11 月 28 日決定 (II-4 WF 184/11, juris.) においても、父が、子の出生後 6 年間にわたり養育費の一部すら支払ってこなかった理由が明らかでないとして、母へ配慮権が委譲されている。養育費不払いは、日本においては面会交流との関係で問題となり、養育費不払いを理由にただちに面会交流を認めないことには否定的な見解も存在する。しかし、単独配慮下の面会交流の場合とは異なり、共同配慮とするならば少なくとも重要事項については父母共同の決定権が残される点を見逃すことができない。決定権は確かに「子のために」決定するという義務の側面を含むが、親の権利でもある。そのため、裁判例では養育費不払いを重くみて、共同配慮廃止に傾く強い要素と捉えているのではないかと思われる。

2. 父母の協力

本項目は、共同配慮の認否を判断する基準の要である。前記 1 で、子との関係において父母それぞれに親としての適格性が認められたとしても、父母間で子のための協力体制を築くことができなければ、共同配慮は子の福祉に適合しないとの判断を受けることになる。

前記のように、ドイツ法では 1687 条 1 項により父母の一方が子の日常生活に関する事項に限り単独で決定する形態も (広義の) 共同配慮の一形態として認められているが、共同配慮を維持するには、少なくとも子にとっての重要事項に関しては父母間で合意を形成しなければならず、前記 1627 条の意見一致の努力義務もその文脈において意味をもつ。したがって、ここで主な争点になるのは、子にとっての重要事項について父母間で合意が可能かどうかである。

⁴² ハム上級地方裁判所 2011 年 1 月 26 日決定 (FamRZ 2011, S. 1306)

⁴³ プレーメン区裁判所 2004 年 9 月 13 日判決 (Kind-Prax 6/2005, S. 234ff.)、ブランデンブルク上級地方裁判所 2009 年 7 月 17 日決定 (FamRZ 2010, S. 221)。ただし、離婚に際し、子に対する性的虐待の疑いで相手方を (刑法上も) 訴えるケースは多く、その 25~50% (調査により異なる) は事実ではないとの数字も出ていることから、慎重な判断が求められる。Mallory Völker/Monika Clausius (Hrsg.), Das Familienrechtliche Mandat—Sorge- und Umgangsrecht, 6. Aufl., Deutscher Anwalt Verlag, Bonn 2014, S. 130f.

(1) 配慮権の一部委譲又は決定権の委譲

重要事項について合意に至らない場合は、1671条により、後記(2)でみるように完全な共同配慮は廃止され居所指定権が一方の親に委譲されるケース、あるいは場合によっては単独配慮になるケースもあるが、居所指定権以外のより狭い範囲の配慮権の一部委譲によって解決が図られるケースも存在する。

居所指定権以外の一部委譲の形態は、バンベルク上級地方裁判所 2002年8月26日決定 (FamRZ 2003, S. 1403f.) が一例を示す。本件では、医学上確立した治療法が未だ存在しない病気に罹患している子について、治療をいかなる方法で行うかにつき父母間で意見の一致は望めないという事実を認め、医療に関する配慮権のみを母に委譲した。なお、2種類以上の事項の配慮権の一部を委譲した事例もある⁴⁴。

そして、これとは別に、ドイツ民法では1628条にも、一見すると1671条1項による一部委譲と類似した規定が置かれている。「父母が、その規律が子にとって重大な意味を有する親としての配慮の個別の事項又は特定の種類の事項において、合意することができないときは、家庭裁判所は、父母の一方の申立てにより、判断を父母の一方に委ねることができる。その委譲には、制限又は負担を付けることができる」⁴⁵。制限の例としては判断権限の期間を定めること、負担の例としては医療措置を講じたことを裁判所に報告する義務を課すことが挙げられる⁴⁶。1628条により解決が図られたベルリン上級地方裁判所 2005年5月18日決定 (FamRZ 2006, S. 142f.) においては、特定の予防接種(7種類)を子に受けさせるかどうかの決定権を父に委譲した区裁判所の判断を維持している。なお、1628条による決定権の委譲においては、裁判所は、争いがある特定の事柄に関し父母のどちらの判断が適切かに踏み込んで審理するのではなく、その特定の事柄において父母が過去に子の福祉を害していないか、あるいは考え・態度が一貫しているかなど、それまでの監護状況を重視する。

それでは、1628条と1671条の間の相違は何であるのか。まず、大前提として、1628条は、別居に至っていない、婚姻・同居中の父母にも適用される規定である。そして、1628条が、具体的な状況に従い、より狭く限定された範囲の決定権限(予防接種に関する決定権、国籍に関する決定権、相続・遺贈の放棄の権限等⁴⁷)を一方に委譲するのに対し、1671条1項による場合は、比較的広範な決定(学校に関する事項、医療に関する事項、宗教に関する事項等)を子が成年に達するまで一方の親に委ねることが予定されている⁴⁸。

そのため、弁護士は、そのような父母間の紛争の相談があれば、まずは共同配慮下での争いの「緩和手段」としての1628条による申立ての方を優先するという⁴⁹。いずれにせよ、

⁴⁴ ニュルンベルク上級地方裁判所 1998年11月17日決定 (FamRZ 1999, S. 673f.)、ハンブルク区裁判所 1999年5月20日決定 (FamRZ 2000, S. 499ff.) 等。

⁴⁵ ドイツ家族法研究会編・前掲注25) 650頁 [右近健男]

⁴⁶ ドイツ家族法研究会編・前掲注25) 640頁 [右近健男]

⁴⁷ Mallory Völker/Monika Clausius (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 43), S. 75f.

⁴⁸ BT-Drucks. 13/4899, S. 99, Mallory Völker/Monika Clausius (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 43), S. 138.

⁴⁹ Sima Kretzschmar/Melanie Sander, Der Anwalt im Sorgerechts- und Umgangsverfahren, in; Reinhard

別居・離婚後、父母がどの範囲についてであれば子の養育に関し協力していけるのかに目を向ける配慮権の一部委譲や決定権の委譲は、裁判における共同配慮の調整方法として注目すべきである。

(2) 父母の協力の意味—単独配慮又は居所指定権の委譲の場合

前記(1)の方法によって父母の協力が望めないときは、1671条により父母の一方への配慮権全部の委譲か、居所指定権の委譲が行われる。留意すべき点として、意見の一致に至らないことについては、その証明として、文書において、合意に達することのできない事柄及びその原因を示したり、いつ、どのような機会・方法により合意への努力をしてきたか、また、その努力が実らなかったことについての具体的な説明が要求される⁵⁰。当該父母に1627条が求めている意見の一致への努力が足りないのか、それともその父母は可能な限り努力を行ったのかを判断する材料として、文書による報告の要求は大きな意義を有すると考えられる。

DVのケースは、子への直接的な暴力がない場合は、「親としての適格性」ではなく、「父母の協力」の問題として扱われている。そして、ザールブリュッケン上級地方裁判所2010年7月30日決定(FamRZ 2011, S. 120)が端的に判示するように、「親の一方が他方に対してひどい暴力を振るっており、そのためにその親が両親間のコミュニケーションを拒否している場合において、共同配慮の存続が子の福祉に資さないときは、共同配慮が廃止されなければならない」とするのが裁判所の立場である。

特にこの場合は、居所指定権の委譲やその他の配慮権の一部委譲では足りない。ザールブリュッケン上級地方裁判所2011年12月5日決定(FamRZ 2012, S. 1064)は、父の母に対する暴力が激しく、暴力保護法による保護命令が数回出され、さらに刑法上の手続もとられているため、父母間の協力関係を築くことは望めないとして、共同配慮廃止及び母の単独配慮が認められている。また、刑罰が確定している場合はなおさらであり、連邦憲法裁判所2003年12月18日決定(FamRZ 2004, S. 354ff.)は、父が、母に対する強姦未遂を含むDVで執行猶予付きの16ヶ月の自由刑が確定しており、このような場合に父母の協力は到底望めないとして、共同配慮を廃止し、母の単独配慮とした。

なお、DVに関し、ドイツでは民事上は、4条からなる暴力保護法(Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen [Gewaltschutzgesetz - GewSchG]) (2001年12月11日法、2002年1月1日施行)が規律する⁵¹。本法は、配偶者

Prenzlow (Hrsg.), Handbuch Elterliche Sorge und Umgang. Pädagogische, psychologische und rechtliche Aspekte, Bundesanzeiger Verlag, Köln 2013, S. 75.

⁵⁰ ツヴァイブリュッケン上級地方裁判所1998年10月1日決定(FamRZ 1999, S. 40f. =NJW 1998, S. 3786f.)。又はム上級地方裁判所2004年5月28日決定(FamRZ 2005, S. 537f.)や近時ではナムブルク上級地方裁判所2011年10月4日決定(FamRZ 2012, S. 1062)も、この説明義務が配慮権の委譲を申し立てた親にあるとしている。

⁵¹ 以下の説明について、さらに詳しくは、合田篤子「ドイツの民事暴力保護法制」民商法雑誌129巻4・5号560-593頁(2004)、齋藤純子「ドイツのストーキング対策立法—『暴力保護法』と『つきまとい処罰法』」外国の立法233号98-121頁(2007)。さらに、刑事面で2007年には、「執拗なつきまとい

間の暴力のみを対象としているのではなく、広く民事領域における暴力一般に関する法律である。暴力保護法に基づく保護命令の申立ては、家庭裁判所の管轄である（FamFG111 条 6 号）。規制対象となる行為には、身体的暴力のみならず、心理的暴力、性的暴力、脅迫、つきまとい、電話などを用いた迷惑行為も含む。また、法律上の夫婦に限定せず、そのような行為があれば、当事者の法的関係や性的関係の有無にかかわらず、保護の対象としている。裁判所は、加害者に対し、被害者の住居等への立入り・接近、被害者への連絡、被害者との遭遇を引き起こすことの禁止を命じることができる。そして、「継続的な共同の家政」を営んでいた場合は、被害者は加害者に対し、暫定的ではあるが共同で使用していた住居の明渡しを求めることもできる。保護命令の実効性の確保の面では、直接強制が導入されている。

「父母の協力」という観点からは、他にも、父母が遠距離に居住しているという事情から、父母のいずれかが協力が難しいと訴える場合があるが、この主張は一般には共同配慮の廃止に結びつかない。居所指定権を一方に委譲しつつも、重要事項の共同配慮は維持される⁵²。むしろ、遠距離に居住していながら、円滑な面会交流の実績がある場合には、それが重視されるようである⁵³。

3. 他方の親と子との結びつきに対する寛容性

本項目は、単独配慮制度における配慮権者決定の基準でもあったが、共同配慮の場面では、この寛容性が基本的に双方の親に認められなければならない。

例えば、ミュンヘン区裁判所 2009 年 11 月 25 日決定（551 F 5932/09, juris.）は、父母別居後、子と同居していた母が別居中の父の面会交流を正当な理由なく拒絶し続けていた事案で、一方の親が「他方の親と子との面会交流を許容し促進しない場合には、それが可能な他方の親への居所指定権委譲が子の福祉にかなう」と述べ、居所指定権及び争いのあった健康・学校教育に関する配慮権を父へ委譲している。また、ブランデンブルク上級地方裁判所 2011 年 4 月 27 日決定（FamRZ 2011, S. 1739f）は、別居後、母が、父と子が交流することを困難にさせようと相談なく遠方へ転居し、子の転校手続を進めようとしていた事案であったが、仮命令で居所指定権が父に委譲されている。

さらに、子に他方の親に対する拒絶感情をもたせようと悪口を言うまでに至らなくとも、再婚相手や新しいパートナーに子をなつかせようとその者が「父」「母」とであると教え込ん

の可罰性のための法律（第 40 次刑法改正法）」（Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen -40. StrÄndG）、（2007 年 3 月 22 日法、同年 3 月 31 日施行）が、暴力保護法の限界として指摘されていた点に対応している。

⁵² ドレスデン上級地方裁判所 1999 年 7 月 7 日決定（FamRZ 2000, S. 501）、ハム上級地方裁判所 2001 年 9 月 13 日決定（FamRZ 2002, S. 565f.）、ケルン上級地方裁判所 2002 年 10 月 11 日決定（FamRZ 2003, S. 1036f.）等。

⁵³ 前掲注 62）ドレスデン上級地方裁判所 1999 年 7 月 7 日決定、同ハム上級地方裁判所 2001 年 9 月 13 日決定。

だり、そう呼ばせたりする行為も問題視される⁵⁴。交流権について規定する 1684 条 2 項においても、「父母は、それぞれ、子と他方の親との関係を侵害し、又は養育を妨げるあらゆることを行ってはならない。」と定められている。そこでは、交流に際し直接的な妨害行為をするのは当然のこと、他方の親に対し悪い印象や拒絶感情をもつように吹き込むなどの間接的な妨害行為を行うことも禁じられていると解されており⁵⁵、本規定が共同配慮における判断にも少なからず影響を及ぼしているものと思われる。

4. 子の発達の促進

本項目においては、子の世話にその親が過去にどの程度積極的に関わってきたかということに加え、将来、どのように関わっていくことができるかに基づき判断がなされる。

ブランデンブルク上級地方裁判所 2007 年 10 月 8 日決定⁵⁶では、子の発達の促進の観点から、父母それぞれが次のように比較されている。母は仕事のために平日の日中は第三者に子の世話を委ねざるをえなかったが、裁判所は、子は全日保育所で他の子どもたちとの交流を通じて社会的能力を身につけることができる面を評価した。他方、父は親時間（育児休暇）⁵⁷を終えると無収入になるばかりか、現在、両親のもとで暮らし基本的な日常事務も自身の母に頼っている状況であることを指摘した。結論として、裁判所は、母への居所指定権委譲を認容している。親が経済的にも精神的にも自立できていない場合は、その状態の方が第三者による世話よりもむしろ問題であると判断されたのである。

また、子の発達の促進は、特に子の身上配慮に密接に関わる。そのため、本項目が関係する事例では、配慮権全体よりも、その一部である居所指定権が争われる場合が多くを占める。そして、実際に居所指定権の委譲が認められるケースは非常に多い。しかし、配慮権全部が委譲されるのは他の判断基準が影響している場合であり、本項目は他の項目と比較しても、単独で共同配慮全部の廃止の根拠にはなりにくいということが指摘できる。

5. 子の生活環境の継続性

親の一方による配慮が数年にわたって継続しているケースにおいて、他方の親に配慮権者を変更することは、多くのケースで子の負担になる。本項目は、この点に留意するものである。

継続性を判断するにあたっては、単純に期間のみならず⁵⁸、感情的結びつきも考慮され

⁵⁴ ブラウンシュヴァイク上級地方裁判所 2000 年 12 月 20 日決定 (FamRZ 2001, S. 1637f.)

⁵⁵ 佐々木健「ドイツ親子法における子の意思の尊重」立命館法学 317 号 303-304 頁 (2008)

⁵⁶ FamRZ 2008, S. 935.

⁵⁷ 親時間及び親手当に関する法律 (2007 年 1 月 1 日施行) 1 条 1 項 4 号に基づき、ドイツでは就業していない者も親手当の請求権を有する。

⁵⁸ 期間に関しては、短期間について認めたものとして、別居中の約 1 年 4 ヶ月間の継続性を認定し、居所指定権を母に委譲したフランクフルト上級地方裁判所 2006 年 7 月 28 日決定 (FamRZ 2008, S. 935)、

る。主に父母の一方との結びつき、兄弟姉妹との結びつきなどであるが、これに対して、新しい家庭における、父母の一方を同じくする兄弟姉妹、父母の再婚（同居）相手の連れ子との結びつきは、一般に、共同配慮の判断に影響しない⁵⁹。新しい家庭での子の生活環境の安定も必要であるが、それが別居・離婚前の父母や兄弟姉妹との結びつきよりも殊更に重視されるべきではないという姿勢が窺える。

また、親の一方が子を連れて外国へ転居する場合も、子の生活環境を大きく変えることになる。子が他方の親と定期的に直接的な面会交流を行うことも、それまでに比して困難となる。ドイツでは、これについて法規定による制限は存在しないが、学説上は従来から議論があった。他方の親の交流権を考慮しても転居は基本的に妨げられないとする見解、親としての適格性を比較した上で転居の理由を考慮し判断を下すべきとの見解、そして子を伴った外国への転居に疑問を抱く見解がみられた⁶⁰。

そして、連邦憲法裁判所 2003 年 8 月 20 日決定（FamRZ 2003, S, 1731f.）が、このうち 2 番目の中間説を採用し、注目を集めた。親としての適格性、他方の親と子との結びつきに対する寛容性を比較した上で、転居の理由を考慮する立場を明らかにしたのである。親は、基本法 11 条の住居移転の自由を有するが、その自由は子の福祉にかなう限りで認められ、転居には、子と他方の親との交流の保護よりも重い「正当な理由」が必要とされると判示した。そして、その後の裁判例で、「正当な理由」が認められるのは⁶¹、転居が職業上の都合であったり⁶²、親の故郷への帰国であり、子が社会に溶け込める基盤があるときであることが示されている⁶³。

例えば、ミュンヘン上級地方裁判所 2008 年 5 月 9 日決定（FamRZ 2008, S. 1774f.）では、これらの基準を用いて、父母の別居以来、母が継続して日常的世話を行ってきた子 2 人（2003 年と 2005 年出生）について、母の故郷ペルーでの比較的安定した家庭環境及び経済状況が保障されるとしている。具体的には次のとおりである。2 人の子は、ペルーに転居後は国際幼稚園に入園することが可能で、おじ・おば・祖父母のいる大家族のもとで社会への適応が期待され、経済状況についても、母は目下は親族の援助に頼るとしても、見習い店員として働き社会扶助（Sozialhilfe）を受けているドイツでの状態と比較すれば安定が見込める。一方、父は、現在十分な収入があるにもかかわらず、別居以来、困窮状態の母子に離婚後の扶養料・養育費を支払っておらず、親としての適格性に問題がある。以上の理由により、母に配慮権を委譲した。なお、他方の親の状況などに鑑み、配慮権全

離婚後の 1 年間、事実上は主に父が子の面倒をみていたことを決定的な理由として父に配慮権を委譲したブランデンブルク上級地方裁判所 2012 年 6 月 19 日決定（10 UF 42/12, juris.）がある。

⁵⁹ ツェレ上級地方裁判所 2004 年 3 月 12 日決定（FamRZ 2005, S. 52f.）、ブランデンブルク上級地方裁判所 2008 年 3 月 19 日決定（FamRZ 2008, S. 1472ff.）。

⁶⁰ FamRZ 2008, S. 936.

⁶¹ 「正当な事由」として認められる事由の詳細については、Mallory Völker/Monika Clausius (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 43), S. 127ff. 参照。

⁶² ケルン上級地方裁判所 2006 年 1 月 11 日決定（FamRZ 2006, S. 1625）

⁶³ ケルン上級地方裁判所 2006 年 1 月 18 日決定（FamRZ 2006, S. 1625f.）

部ではなく、居所指定権のみを転居する親に委譲する裁判例もある⁶⁴。

反対に、転居につき「正当な理由」が認められなかった例としては、コブレンツ上級地方裁判所 2010 年 5 月 4 日決定 (FamRZ 2010, S. 1572f.) がある。母が故郷のイタリアに帰国するにあたり、単独配慮を求めた。しかし、裁判所は、母の転居につき家庭環境上あるいは経済上の説得力のある理由はみあたらず、むしろ、母への審問から、転居は父と子との交流を困難にすることが目的と推測されると述べた。故郷とはいえ、出身の町に帰るわけではなく、全く家族的・文化的な繋がりのない地方への転居を予定しており、職業に関しても具体的な展望があるともいえないため、単独配慮を認めなかったのである。

全体を俯瞰すれば、本項目は、配慮権の全部委譲あるいは居所指定権の委譲の理由となっており、申立てまで共同配慮を行ってきた場合に、その共同配慮下での生活環境の継続性が評価されて共同配慮維持にプラスになるという事例は、交替モデルという特殊な事例⁶⁵を除き見受けられない。

6. 子の意思

一方の親への配慮権委譲に他方の親が同意するときは、14 歳以上の子の意見を聴くことになっている (1671 条 1 項 1 号)。これに対して、他方の親の同意なしに配慮権委譲が申し立てられた場合に子の意思をどのように評価するかについては、特に定めがない。

学説においては 12 歳が一つの目安になるという見解があるが⁶⁶、裁判例では、子の意思に独立性と継続性の双方が認められた場合に、はじめて当該子の意思が尊重に値するということがむしろ強調されている。それを見極めるためには、一定間隔をおき最低 2 回は子の意見を聴く機会を設けることが必要との指摘がある⁶⁷。したがって、低年齢の子の意思を尊重したケースもあり、ケルン上級地方裁判所 2011 年 7 月 25 日決定 (4 UF 18/11, juris.) では 4 歳の子の意思、ブランデンブルク上級地方裁判所 2009 年 10 月 1 日決定 (9 UF 71/09, juris.) 及びブランデンブルク上級地方裁判所 2012 年 10 月 30 日決定 (FamRZ 2013, S. 1230.) では 5 歳の子の意思、又はム上級地方裁判所決定 2000 年 2 月 14 日決定 (FamRZ 2000, S. 1039ff.) では 7 歳の子の意思を考慮に入れている。

一方で、特に前記 3 の他方の親と子との結びつきに対する寛容性に問題があったり、子に忠誠葛藤がみられる場合には、比較的年齢の高い子であっても子の意思の重要性を認めていない。例えば、ブラウンシュヴァイク上級地方裁判所 2000 年 12 月 20 日決定 (FamRZ 2001, S. 1237f.) は 13 歳の子について、ケルン上級地方裁判所 2008 年 8 月 28 日決定 (FamRZ 2009,

⁶⁴ 前掲注 62)ケルン上級地方裁判所 2006 年 1 月 11 日決定、オッフエンブルク区裁判所 2008 年 6 月 18 日決定 (FamRZ 2008, S. 2055) 等。

⁶⁵ ドレスデン上級地方裁判所 2004 年 6 月 3 日決定 (FamRZ 2005, S. 125f.) 。

⁶⁶ Johannsen/Henrich/Jaeger, Eherecht, 3. Aufl., 1998. §1671, Rz. 81. 少なくとも 12 歳未満の子の意思は、基本的に決定の根拠とするに足るものではないとする。

⁶⁷ Joseph Salzgeber, Familienpsychologische Gutachten: Rechtliche Vorgaben und sachverständiges Vorgehen, 4. Aufl., C.H. Beck, München 2011, S. 433.

S. 434f.) は 16 歳の子について、その意思に決定的な重要性がないとしている。

V. 共同配慮と交流権

以上のように、共同配慮が廃止されたり居所指定権が委譲されても、それぞれ配慮権を有しない親、居所指定権を有しない（子と同居していない）親の面会交流が認められる余地はある。そこで、共同配慮に関係する範囲で面会交流にも焦点をあて、その仕組みや援助制度について述べる。

1. 高葛藤がある場合の対処

(1) 付添い交流⁶⁸

ドイツでは、面会交流のみならず、その援助についても、長年の実務の蓄積を経て 1997 年親子法改正法によって明文が置かれ、少年局と民間団体によって実施されている。1684 条 4 項で、「家庭裁判所は、特に、協力する用意のある第三者が同席する場合に限って交流の実施ができる旨命じることができる。少年援助の期間又は社団も第三者となることができる；その場合、これらの者は、事件ごとに任務を引き受ける個人を決定する。」とされている⁶⁹。このような援助の形態は付添い交流と呼ばれ、父母双方との交流が子の福祉のために原則として必要であると規定する 1626 条 3 項 1 文を支える制度として重要な意味をもつ。

また、運用面をみると、1997 年の法改正からちょうど 10 年後の 2007 年には、連邦家族省が中心となって実務の統一的指針「付添い交流に関するドイツ基準」が作成された⁷⁰。このドイツ基準では、付添い交流は三形態に分けられ、介入度の低いものから順に、①援助つき交流 (unterstützter Umgang)、②狭義の付添い交流 (begleiteter Umgang im engeren Sinn)、③監督付き交流 (beaufsichtigter Umgang) となっている。

①援助つき交流は⁷¹、子に対する特別重い心理的負担や子への暴力の危険はないが家族の機能障害が見られる場合、あるいは監督付き交流から狭義の付添い交流を経ての自立への移行の過程などで有効であるとされている。例えば、離婚後、子と別居親の交流に長期間のブランクが生じた場合や、婚外子の父が初めて子と対面する場合である。子の受渡し時のみの付添いや、グループ形式での父母教育が想定されている。これに加えて家族構成

⁶⁸ 詳細については、拙稿「面会交流援助の意義と発展的課題—ドイツ法の運用を視座として—(2・完)」国際公共政策研究 17 巻 2 号 47-64 頁 (2013)。

⁶⁹ ドイツ家族法研究会編「親としての配慮・補佐・後見(三)—ドイツ家族法注解—」民商法雑誌 144 巻 1 号 138 頁 [遠藤隆幸] (2011)。原文がセミコロンで区切られている箇所は、そのままにしている。

⁷⁰ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen, und Jugend (Hrsg.), Deutsche Standards zum begleiteten Umgang—Empfehlungen für die Praxis, Verlag C. H. Beck, München 2008.

⁷¹ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen, und Jugend (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 70), S. 21f., 122f.

員との相談も行われるか否かは、個別の状況による。援助期間の目安は3～6ヶ月で、専門職員と養成教育を受けたボランティア職員が連携して援助にあたることが想定されている。

次に、②狭義の付添い交流は⁷²、交流が子の福祉に間接的危険を及ぼす可能性を排除できない場合に行われる。例えば両親間に協力体制が見られない場合、子の引渡し時に両親が激しく口論する場合などである。家族の関係を改善するため、通常、家族構成員を交えた相談も必要とされる。援助期間の目安は6～12ヶ月であり、援助つき交流と同様、専門職員と養成教育を受けたボランティア職員が援助にあたる。

最後に、③監督付き交流は⁷³、交流が子の福祉に直接的危険を及ぼす可能性を排除できない場合に利用される。例えば、交流権者に精神的障がいやアルコール中毒がみられる場合、子に対する虐待の疑いがある場合、子の奪取の危険がある場合などである。付添人は、交流の間、直接的あるいは間接的に（ビデオカメラやマジックミラーを通して）見守る。家族構成員を交えた相談は、このようなケースでは必須である。援助期間は12ヶ月以上にわたり、事案の性質上、日程調整から相談業務、付添いの全てを専門職員が行う必要があるとされている。

制度としては監督付き交流が注目されるかもしれないが、実施は稀であり⁷⁴、②狭義の付添い交流が三形態の中での実施割合が最も高い形態である⁷⁵。前記IVでみた共同配慮の裁判例との関係では、居所指定権が廃止されるにとどまったケースに、もし面会交流援助が必要だとすれば①又は②の援助で足り、単独配慮とされた場合でも③の援助が必要なのは「親としての適格性」に問題があるごく一部のケースに限られることを考えれば、このような実態についても納得がいく。

面会交流の頻度については、実務上、付添いがある場合でも、14日ごとに2時間程度は実施するのが一般的な状況である⁷⁶。

（２） 面会交流の履行確保

付添い交流のほかにも、ドイツ法には、交流権の円滑な行使のため、交流保護（Umgangspflegschaft）の制度も存在する⁷⁷。付添い交流が、交流権を有する親の側に何

⁷² Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen, und Jugend (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 70), S. 22f., 122f.

⁷³ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen, und Jugend (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 70), S. 22f., 122f.

⁷⁴ Mechtild Gödde, Auswertung internationaler Erfahrungen und der Entwicklung in Deutschland: Grundlagen und Ziele des begleiteten Umgangs, in: Wassilios Emmanuel Fthenakis(Hrsg.), Begleiteter Umgang von Kindern—Ein Handbuch für die Praxis, Verlag C. H. Beck, München 2008, S. 140.

⁷⁵ Mechtild Gödde, in: W. E. Fthenakis(Hrsg.), a. a. O. (Fn. 74), S. 136.

⁷⁶ 2012年3月に筆者が行った、ハイデルベルク市一般社会サービス部長 Günter Wottke氏、ハイデルベルク児童保護連盟 Maria Fried氏、ウルム/ノイウルム児童保護連盟長 Lothar Steurer氏、フライブルク児童保護連盟研修生 Jasmin Beathalter氏へのヒアリングによる。

⁷⁷ 交流保護については、以下、特に注を付していない箇所は、Mallory Völker/Monika Clausius(Hrsg.), a. a. O. (Fn. 43), S. 189-194 及び高橋由紀子「ドイツの交流保護制度—親子の面会交流実現のための親権制限—」帝京法学 27 卷 2 号 25-29 頁（2011）、遠藤隆幸「面会交流の第三者関与—ドイ

らかの問題がある場合、あるいは父母間の争いが激しい場合に面会交流を支援するものであるのに対し、交流保護は、配慮権を有する親が面会交流を不当に妨害する場合に対処するものである。従前は、そのようなケースでは、1666条に基づき、面会交流を妨害する親からの配慮権の剥奪を交流権の範囲について行い、少年局を補充保護人（Ergänzungspfleger）に選任する手続がとられていた。このような実務が、2008年の家事事件手続法制定に伴い、明文化された。

子と父母との交流を規定する1684条において、まず2項で「父母は、それぞれ、子と他方の親との関係を侵害し、又は養育を妨げるあらゆることを行ってはならない。子が他の者の保護下にある場合も、同様とする。」⁷⁸とされているが、それにつき、3項3文で「本条第2項に基づく義務が長期間又は繰り返し、顕著に侵害されている場合、家庭裁判所は、交流の実現のための保護（交流保護）を命ずることもできる。」としているのである。

これにより、以前の実務とは異なり、交流保護命令にあたって1666条の子の福祉の危険の厳格な要件を満たす必要はなくなった。交流保護人として選任されるのは、多くは各地域の少年局であるが、その権限については、「交流保護は、交流の実現のために子の引渡しを要求し、交流期間中の子の居所を定める権利を含む」（同4文）とある。さらに、「この命令には期限を付すことができる」（同5文）とされているが、これは、交流保護はもともと長期間を想定するべきものではなく、短期間で終了させられることが期待されているからである。期限を定めたとしても、必要な場合には、裁判所が更新を認めることもある。

ただ、このように交流保護人が交流のための子の引渡しの場面に立ち会い、父母間の争いを緩和することを試みても、交流保護は父母に対する強制力を伴うわけではない。そこで、面会交流の履行確保のための強制手段として用意されているのが、秩序金（FamFG89条）並びに秩序拘禁（同90条）による制裁である。1回の秩序金の限度額は25,000ユーロとされており（同89条3項）、秩序金を取り立てることができない場合に秩序拘禁を命じることができる（同89条1項）。

さらに、秩序金の決定が功を奏しなかった場合や功を奏する見込みがない場合、あるいは裁判を即時に執行することが必要不可欠である場合には、裁判所は、直接強制を命じることができる（同90条1項）。ただし、交流権の行使のために子を引き渡すべき場合については、子に対して直接強制の適用を許可してはならないとされている（同2項1文）。

（3） 子の引渡し

また、交流権者が、単独配慮権者、あるいは共同配慮下で居所指定権を単独で有している親のもとから、子を奪取する事態も考えられる。そのような場合については、1632条が「身上配慮は、子を違法に父母又は父母の一方に引き渡していない者に対し、子の引渡し

ツ法を素材として」田井義信編『民法学の現在と近未来』（法律文化社、2012）321-324頁、高橋由紀子「ドイツにおける面会交流制度」棚村政行編書『面会交流と養育費の実務と展望』（日本加除出版、2013）255-256頁を参照した。

⁷⁸ ドイツ家族法研究会編・前掲注69）138頁〔遠藤隆幸〕

を求める権利を含む。」⁷⁹（1項）としており、子の引渡し請求は、第三者に対してのみならず、父母の他方に対しても行うことができると解されている。父母の一方の申立てに基づき、家庭裁判所が判断を行う（3項）。

重要なのは、単独の居所指定権が要件となることである。引渡しを請求する親が、単独配慮を行っているか、あるいは配慮権の一部である居所指定権を有していなければならない。例えば、別居・離婚後の共同配慮のケースを考えると、そこから単独配慮に変更された場合又は一方の親への居所指定権の委譲がなされた場合は、当該親から他方の親への子の引渡し請求があり得る。ただし、1632条による子の返還手続は、先になされた裁判所による配慮権に関する決定の単なる執行手続ではなく、裁判所は、返還が子の福祉に反しないかどうかを事実即して調査することなく子の返還を命じるべきではないとされている。特に、返還請求が1666条1項の意味における子の福祉の危険を理由とする場合、居所指定権の濫用として、子を連れ去り留置している親は返還請求の裁判で子を代表してその利益を主張することができる⁸⁰。

それでは、共同居所指定権者である父母の一方が、単独居所指定権者となる前に他方の親に無断で子を連れて出た場合、1632条の違法な連れ去りにあたるのであろうか。民法その他の条文等から総合的に判断するに原則違法ではないと言えようが、これについては、見解が次の二説に分かれている⁸¹。①父母とも居所指定権を有していることから違法とはいえず、「子の福祉」を判断基準として決定すべきとする説がある一方で、②そのような場合の一方的な居所の変更は違法とみる見解も有力である。②説では、この行為は、連れ去った親に自覚がないとしても国際的法律関係ではいわゆる「子の奪取」にあたるとの指摘もされている。両者の相違には、ハーグ条約の迅速返還原則を国内事件にも用いることが望ましいか否かという観点も影響している⁸²。

また、夫婦間で子の生活に関する事項について交わされた合意がある場合は、それに基づき引渡請求ができるかが問題となる⁸³。学説には、居所指定権の共同行使の原則を重視し、たとえ合意があっても引渡請求の根拠とはならないとするものもあるが、裁判例では、別居後、父母の一方が、その合意に反し無断で子を連れ去った場合には、他の一方の引渡請求を一般に広く認めている。

⁷⁹ ドイツ家族法研究会編・前掲注24) 548頁[冷水登紀代]

⁸⁰ 常岡史子「子の奪取に関するハーグ条約への加盟と子の引渡請求事件—迅速返還原則とドイツ親子関係法」田井義信編『民法学の現在と近未来』（法律文化社、2012）334頁

⁸¹ 常岡・前掲注80) 334頁

⁸² これについて、詳しくは、常岡・前掲注80) 335頁参照。

⁸³ 前掲注24) 548頁[冷水登紀代]

2. 情報提供請求権⁸⁴

これまでみてきた付添い交流や交流保護は、親子間の直接的交流に関する支援であるが、ドイツ法には情報提供請求権（Ankunftsrecht）の規定があることも注目される。1686条には、「父母の一方は、正当な利益がある場合に、子の福祉に反しない限りにおいて、他の一方に対し、子の個人的状況に関する情報を求めることができる。この争訟については、家庭裁判所が裁判する。」⁸⁵とあり、ここでの情報提供請求権者は、1997年親子法改正法以前の旧1634条3項と異なり、配慮権を有しない一方の親に限定されておらず、共同配慮権者のうちの一方も含むのである。居所指定権のみ一方の親に委譲されており、重要事項については共同決定を担う他方の親が情報提供請求権を行使するという場面も想定できる。ただ、あくまで子と同居している親に対して別居親が行使する権利であり、同居親が別居親に請求ができるものではない。同様に、子自身に対して請求することはできず、祖父母や主治医、教員などの第三者に対して請求することもできない。

情報提供請求権については、交流権が排除又は制限されていることは要件ではなく、独立した権利として交流権と並んで行使することも可能である。もちろん、ケースによっては、交流権の制限を補うものとして機能することも考えられる。

「正当な利益がある場合」は、請求権者の親が、他の方法では子の発達の当該情報を得ることができない場合であると解されている⁸⁶。典型的な事情としては、①直接的交流が認められていない、②子が直接的交流も手紙等による間接的交流も拒否している、③遠距離居住で直接的交流や手紙等による頻繁な間接的交流が難しい、④交流に長期間のブランクが存在する、などが挙げられる。それまでの子に対する態度・行動は、後記する情報提供請求が認められる範囲に影響を与える。また、「子の福祉に反しない」という文言が使われており、情報提供請求権の行使が「子の福祉に資する」ことまでは求められていない。それゆえ、本条では「子の福祉」は、基準というよりも制限の意味をもつといえる。

情報提供請求権の濫用がある場合には、正当な利益は認められない。例えば、子の情報を得ることにより同居親の養育状況を監視し、何らかの欠点を見つけて配慮権変更や居所指定権委譲の手續に持ち込むことが目的であると思われるときや、他方親の単独配慮となった際に子との交流が裁判の結果認められず、代わりに子の居所の情報を得るなどして接触を図ろうとするようなときである。また、過去に情報提供請求権に基づいて得た子の写真を子の利益を害する形でウェブサイトに掲載したような場合には、再度子の写真を請求しても認容されない。

情報請求権の内容として認められるのは、子の健康・発達に関する基本的な情報であり、請求権者は、学校の通知表のコピー、予防接種証明書のコピーを請求することはできるが、

⁸⁴ 情報提供請求権については、以下、特に注を付していない箇所は、Mallory Völker/Monika Clausius (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 43), S. 236-240を参照した。

⁸⁵ ドイツ家族法研究会編・前掲注69) 146頁 [遠藤隆幸]

⁸⁶ Thomas Rauscher, Das Umgangsrecht im Kindschaftsreformgesetz, FamRZ 1998, S. 329.

予防健診の記録のコピーや病院での診察記録の提示⁸⁷までも請求することはできないとされている。また、子の年齢が成年に近づくにつれ、子のプライバシーを尊重する必要性も増してくることから、子は、例えば心理セラピーの受診状況、政治活動、交友関係などの事項については、それを伝えるかどうか自己決定することができる。

父母間の争いが激しければ、提供される情報の範囲は自ずと狭められるが、そのようなケースでも情報提供請求権の意義を失わせないように、同居親の意思に反し、子の成長ぶりを確かめられるよう1年に1度は子の写真を送ることを義務づけた裁判例もある⁸⁸。情報提供の間隔は裁判所が決定するが、それは子の年齢、生活状況にも左右される。一般的には、保育園・幼稚園から高等学校までの就学期間は3ヶ月に1度～半年に1度⁸⁹、それ以外は年に1度の報告で十分であるとされる⁹⁰。父母間の緊張関係によっては、さらに間隔が延長される場合もある⁹¹。

VI. 交替居所

1. 交替居所の意義と限界

子にとっての重要事項に限る共同配慮、あるいは父母いずれかの単独配慮の場合、完全な共同配慮との距離は、前記 V. 1 及び 2 で述べた法制度や援助により、それぞれのケースに適した形で埋められていくことになる。

最後にここで取り上げるのは、別居・離婚後も、面会交流のレベルにとどまらず、父母双方が子の養育に交替でほぼ同程度かかわる、「交替モデル (Wechselmodell)」⁹²である。奇数月と偶数月に分けるもの、1週間ごと、さらには1週間を分割する形態まで、そのバリエーションは様々ある。共同配慮の形態としては、子にとっての重要事項に限る共同配慮を意味する「組込みモデル (Eingliederungsmodell)」⁹³よりはるかに少ない⁹⁴。しかし、父、母の居所の他に子の居所を定め、そこに父と母が交替で滞在し子の養育を行う「子の巣モデル (Nestmodell)」に比べれば現実的で、実施している父母は一定数存在する⁹⁵。ただし、緊密に連絡を取る必要性が自ずと出てくることから、父母には高いレベルの協力が求められ、また、父と母の居所が遠く離れていれば時間と金銭的なコストの両方が増大

⁸⁷ ザールブリュッケン上級地方裁判所 2013 年 9 月 25 日決定 (9 WF 79/13, n. v.)

⁸⁸ ナウムブルク上級地方裁判所 1999 年 11 月 24 日決定 (FamRZ 2001, S. 513)、フランクフルト上級地方裁判所 2002 年 9 月 3 日決定 (FamRZ 2002, S. 1585)。

⁸⁹ ハム上級地方裁判所 2009 年 11 月 17 日決定 (FamRZ 2010, S. 909)、前掲注 87) ザールブリュッケン上級地方裁判所 2013 年 9 月 25 日決定、フランクフルト上級地方裁判所 2002 年 9 月 3 日決定 (NJW 2002, S. 3785f)。

⁹⁰ ベルリン上級地方裁判所 2010 年 10 月 28 日決定 (FamRZ 2011, S. 827f.)

⁹¹ 前掲注 87) ザールブリュッケン上級地方裁判所 2013 年 9 月 25 日決定

⁹² Pendelmodell (振り子モデル) と呼ばれる。

⁹³ Residenzmodell, Domizilmodell (居所モデル) と呼ばれる。

⁹⁴ Mallory Völker/Monika Clausius (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 43), S. 139.

⁹⁵ Mallory Völker/Monika Clausius (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 43), S. 139.

する。さらに、子にとっても相当な適応能力が必要で、交替モデルを数回実施後、子が「いつも旅行鞆に荷物を詰めて移動していて、目が回る」生活に負担を訴えて中止を望むケースも稀ではない⁹⁶。

したがって、当初交替モデルを取り決めて実施していた父母の一方が、交替モデルの廃止を求める申立てを家庭裁判所に行く場合も多々あるが、こうした際に交替モデルを廃止するか、あるいは維持するかは、何を基準として判断されるのであろうか。ここに注目することで、交替モデルの限界点がみえてくると思われる。

ベルリン上級地方裁判所 2006 年 2 月 21 日決定⁹⁷では、父が交替モデル廃止と配慮権委譲を申し立てたが、認容されなかった。子は月に 10 日父のもとで暮らし、残りは母のもとで暮らすという交替モデルが守られてきたこと、子が交替モデルの変更を望んでいないこと、祝日や学校の休暇中などの細かな配慮権分担についても父母と子の間で合意できていたことの 3 点が主な理由である。そして、裁判所は、父母に少年局への相談を促し、本件での子の利益にかかわる問題の解消は、単独配慮ではなく共同配慮の枠内で可能であるとした。

これに対し、コブレンツ上級地方裁判所 2010 年 1 月 12 日決定⁹⁸では、父母の取決めに従い、母と父が 8 : 6 の割合（14 日基準）で子 2 人につき交替モデルを実施していたが、母が交替モデルの廃止と配慮権委譲を申し立てた。これに対し、裁判所は、子の利益のための円滑なコミュニケーションがとれない状態であること、父の転居により父と母の居所が遠くなったこと、そして母と再婚相手との間に弟が生まれ、父の家庭にも新しいパートナーの連れ子がいることの 3 点を挙げ、母の申立てを認容した。最後の点は、子にとって通常の交替モデルにおけるよりもさらに高い適応能力を要するため、交替モデル廃止の大きな理由となると思われる。

では、裁判所自らが交替モデルの態様を決定することはできるのか。シュトゥットガルト上級地方裁判所 2007 年 3 月 14 日決定⁹⁹は、子 2 人について、1 週間を 3 日と 4 日に分けて交替モデルが実施されていたが、金銭的な問題を含む争いが起こり、父が適切な交替モデルの命令を申し立てた事案であった。裁判所は、ここで、1671 条 1 項では、配慮権又はその一部の委譲を問題としているのであり、交替モデルの態様を裁判所が命令することはできないと判示した。つまり、交替モデルは、あくまで父母が協議し意見の一致に努めた結果、実施し得るということである。

こういった立場からも明らかであるが、裁判所は、交替モデル継続が客観的に可能であると思われるかという点よりも、当事者である父母の合意を重視している傾向にあり、交替モデル廃止の申立てがあった場合に継続の判断を行うのは稀である。特に 2011 年頃の公表裁判例より、親の一方の意思に反して交替モデルが命じられることはないとするものが

⁹⁶ Mallory Völker/Monika Clausius(Hrsg.), a. a. O. (Fn. 43), S. 139.

⁹⁷ FamRZ 2006, S. 1626.

⁹⁸ FamRZ 2010, S. 738ff.

⁹⁹ FamRZ 2007, S. 1266f.

目立っている¹⁰⁰。

2. 養育費

ドイツ法では、親による子の扶養は直系血族間の扶養義務を根拠とする（1601条）。未成年かつ未婚の子は、自己の資産からの収益と労働収入で生計を立てることができない限り、親に扶養を求めることができる（1602条2項）。別居扶養義務者の金銭扶養料の算定については、裁判所の実務上の指針として基準表が作成されている（デュッセルドルフ表¹⁰¹）。また、未成年子の扶養需要（Kindesbedarfs）については、最低額を示す最低扶養料の規定がある（1612条a）。

未成年子に対する扶養義務には、金銭扶養（Barunterhalt）と日常的な世話・養育を意味する現物扶養（Naturalunterhalt）が含まれるが、婚姻中、この義務をどのように分担するかは、父母の合意に委ねられている。別居・離婚後も、配慮権の態様にかかわらず、原則として、子に対するこれらの扶養義務を父母が平等に負うことに変わりはなく、未成年子は、家政を同じくしていない父母の一方に対して、養育費の支払請求権を有している（1612条a）。交替モデルでは、週ごとや月ごとに居所を移動し、現物扶養を父母双方が行うことになるため、金銭扶養をどのように負担するのかどうかという問題が生じるが、それについて明確に定めた規定はない。したがって、養育費の負担割合について父母が裁判所に解決を求める裁判例も少なくない状況である。裁判所は、父母の一方の扶養義務の現物給付を認める1606条3項2文は、その一方に明らかな世話の重点がある場合に限り適用されることを示している¹⁰²。なお、具体的な金額算定は、支払義務者の収入及び財産状況によるが、交替モデルにおける子の扶養需要は、居所の定期的な交替により当然高くなる。

VII. おわりに

ドイツ法は、家族の状況の変化に対応するべく、1997年に親子法改正を行った。その大きな柱の一つが離婚後の共同配慮であったことには違いない。ただ、その転換に至る過程をみると、離婚後の単独配慮存続の旧規定を違憲とした連邦憲法裁判所1982年11月3日判決から数えれば実に15年もの歳月を要している。それは、この問題に対する賛否のどちらにも一定の合理性があり、また、配慮権の意義や交流権行使のあり方にもかかわる、大

¹⁰⁰ デュッセルドルフ上級地方裁判所2011年3月9日決定（ZKJ 7・2011, S. 256f.）、デュッセルドルフ上級地方裁判所2011年3月14日決定（FamRZ 2011, S. 1154）、ハム上級地方裁判所2011年7月25日決定（FamRZ 2012, S. 646）、ナウムブルク上級地方裁判所2013年3月6日決定（FamRZ 2014, S. 50）、ベルリン上級地方裁判所2013年3月14日決定（FamRZ 2014, S. 50f.）等。

¹⁰¹ デュッセルドルフ上級地方裁判所ウェブサイト

http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_tabelle/Tabelle-2015/index.php
（最新版、2015年1月1日付）

¹⁰² 連邦通常裁判所2005年12月21日判決（FamRZ 2006, S. 1015ff.=NJW 2006, S. 2258ff.）

きな理念転換を迫られることを意味していたからである。

そして、前記 I で述べたように、共同配慮の実態としては、離婚手続の際に共同配慮が維持された割合が 2000 年～2011 年で平均 94% という高い数値が示されているのであるが、このような共同配慮選択の割合の高さと、国民の共同配慮制度への理解が比例しているかということ、必ずしもそうではないということも示されている。法規定と現実の溝は、日本での子の監護のあり方を今後議論していく上で、無視できない事実である。

法規定と現実の溝でその後も埋めることができなかつた部分は、いずれ配慮権の単独委譲や一部委譲の申立てとして裁判所に判断が委ねられる。そのため、前記 IV で取り上げた共同配慮の（一部）廃止がどのような理由で申し立てられ、裁判所はいかなる基準に基づいて判断を行うのかという点も、制度設計を具体的に考える際にふまえておく必要がある。全体に占める割合としては取るに足りないとしても内容的には重みがある部分といえ、それをふまえてはじめて共同配慮の意義と限界がみえてくるのではないだろうか。

加えて、面会交流も、共同配慮の廃止や居所指定権委譲の場合に、それぞれ配慮権を有しない親、居所指定権を有しない親にとって、今なお重要である。共同配慮制度に移行後も問題として残っているというよりは、共同配慮下であるからこそ、面会交流の幅が明らかに広がっている。これについては、交替居所は父母の意思を第一に尊重しつつ、一方で高葛藤がある場合を付添い交流や情報提供請求権により補強するという形で、バランスを図っている。後者の支援は離婚手続係属のときより既に動き出し、相談所、少年局の専門担当部署、家庭裁判所が相互の役割を尊重しながら補い合うシステムが整備されており、共同配慮の中身の空洞化を防ぐのは、今後、これらの支援にかからしめられているといっても過言ではないだろう。その意味で、2012 年 7 月に新たにメディエーション法が制定されたことは大きな一歩である。そして、これらの諸制度は、本稿でみたように、家事事件・非訟事件手続法や社会法典第 8 編（少年援助法）で裏づけされており、共同配慮制度の制度設計を考えるにあたっては、実体法上の配慮権の規定の整備とともに、これに関係する手続法の整備も必要不可欠であることを示唆している。

フランスの親権制度—両親の離別後の親権行使を中心として

栗林佳代（佐賀大学准教授）

- I. 序
- II. 親権制度
- III. 周辺事項

I. 序

1. フランスの家族をめぐる社会的状況

フランスの人口に関する近年の状況は、INSEE (Institut national de la statistique et des études économiques、国立統計経済研究所) によると、平均余命は延びる傾向にあり、2013年は、女性 85.0 年、男性 78.7 年である。そして、2013 年は、出生率 12.3%、死亡率 8.7% である。この 10 年、出生率も死亡率も多少の増減はあるが大きな変化はない。合計特殊出生率は、2013 年は 1.98 であり、2012 年と比べると 0.03 下がったものの、この 10 年、1.90 を切っていない。フランスの総人口は 65,543,000 人であり、この 10 年、フランスの人口は緩やかな増加傾向にある。また、フランス社会では人種、民族が多様であり、2011 年はフランスの人口の 8.7% が移民であり、移民は継続して増加傾向にある。

フランスの家族をめぐる近年の状況は、INSEE によると、1970 年には 394,000 件の婚姻があったが、2000 年では 305,234 件、2013 年には 231,000 件に減少している。他方で、離婚は、1995 年は 121,946 件、2012 年は 128,371 件と、1995 年からはほぼ横ばいである¹。そして、婚姻の減少の反面、婚姻外の結合が増えている。これは、婚姻外で生まれる子の増加にみることができる。INSEE 及び INED (Institut national d'études démographiques、国立人口統計研究所) によると、新生児全体に占める婚外子の割合は、1965 年では 5.9%、1970 年には 6.8% となり、1994 年には 37.2%、2013 年には 57.1% まで上昇している。そして、2006 年では、婚外子の約 80% が父による認知を受けて父子関係を確立している²。さらに、1999 年に PACS (pacte civil de solidarité)³ の制度が導入されて以降は、この PACS によるカップルが増

¹ INSEE の統計資料のほか、Jean Leonetti, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, 2009, p. 9 も参照した。

² Pascal Germé, Lucile Richet-Mastain, *Reconnaître son enfant : une démarche de plus en plus fréquente et de plus en plus souvent anticipée*, INSEE, 2006.

³ 同性又は異性の成人 2 人により共同生活のために締結される民事連帯契約のことである(民法典 515-1 条)。

えている。INSEEによると、異性間のカップルによる PACS の締結件数は、2000 年は 16,859 件であったのが、2012 年には 153,287 件と、急増している⁴。

こうした婚姻の衰退に伴い、両親の一方とのみ暮らす子が増えている。INSEEによると、2011 年には、両親と暮らす 18 歳未満の未成年子は約 9,727,000 人である。フランス本土の全未成年子は、約 13,700,000 人であり、両親と暮らす未成年子は、全体の 71.0%にあたる。さらに、単親と暮らす未成年子は約 2,466,000 人であり、全体の 18.0%である。そして、再構成された家庭で暮らす未成年子は約 1,507,000 人であり、全体の 11.0%である⁵。

このようにフランスでは、家族の状況が著しく変化しており、もはや婚姻は子を持つための特権的な前提ではなくなってきたといえる。こうした変化に法律が適応する必要があることが指摘され⁶、後記のように、2002 年に、婚姻制度の枠にとらわれない親権法にすべく法改正がなされた。なお、フランスが、1974 年に批准した欧州人権条約 (Convention européenne des droits de l'homme) と、1990 年に批准した児童の権利条約 (Convention internationale des droits de l'enfant) は、とりわけ法的原則に著しい変化を与えた⁷。

2. 親権法を検討するにあたって

(1) 親権、監護権

現行の民法典には、「監護権 (droit de garde)」という言葉はない。後記の 1987 年の親権法の改正時に、「監護 (garde)」は、その内容及び親権との関係が曖昧であることから廃止され、「親権 (autorité parentale)」に極力置き換えられた⁸。そして、現在、離婚などの離別後に子と同居することになる親が、そのこと自体により、改正前の「監護」が漠然と含意していた諸々の内容をを引き受ける。なお、子の居所に関しては、後記するように、2002 年の親権法の改正時に、交替居所の制度が導入された。

監護権は、父権・親権の本質的な属性であると考えられていたが⁹、1970 年の親権法の改正時まで民法典に明記されることはなかった。監護権は、1804 年の民法典旧 374 条が、未成年

なお、2006 年に内縁が民法典に明記された。内縁は、事実上の結合であり、同性又は異性の 2 人により行われる (民法典 515-8 条)。

⁴ なお、PACS の解消件数は、2010 年に、PACS 全体の締結件数が 205,596 件であったことに対して、34,652 件であった。Ministère de la Justice, *Annuaire statistique de la Justice*, éd. 2011-2012, Paris, 2012.

⁵ Aude Lapinte, *Un enfant sur dix vit dans une famille recomposée*, INSEE, 2013.

⁶ Irène Théry, *Couple, Filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Paris, 1998 ; François Dekeuwer-Défossez, *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Paris, 1999.

⁷ 条約の批准は、家族的な結びつきを個人の権利に優先させることを難しくし、子の権利の尊重を高揚させた。Dekeuwer-Défossez, *op. cit.*, p. 12.

⁸ 田中通裕『親権法の歴史と課題』(信山社、1993) 223、224 頁、伊藤昌司「波のまにまに漂えば」家族 (社会と法) 18 頁 (1993)。例えば、それまで「監護」と表現されていたところが「親権の態様」と改められ、「監護親」は「子の常居所を有する親」(民法典旧 287 条)と改められた。

⁹ Irène Carbonnier, *Autorité parentale, Exercice de l'autorité parentale*, Juris-classeur civil code, 2003, n° 14, 15.

子が父の許可なく父家を離れることを禁じていたことから、解釈で導かれた¹⁰。「監護」という言葉自体は、既に中間法時代の民法典の起草者によって示されていたが、実際に民法典に登場するのは、1910年の法定管理に関する民法典旧389条においてであった¹¹。そして、1970年の民法典旧371-2条において、「監護権」という言葉が用いられた。同条は、後記するとおり、親権を定義する規定であった。

(2) 婚内子、婚外子

現行の民法典は、父母の婚姻の存否によって、子を婚内子か婚外子かという区分をしない。また、後記のとおり、2002年の親権法の改正により、親権法は全ての子に対する共通規定とされたので、原則として、子の扱いを父母の離別の前後により変えない。

しかし、かつての民法典—後記の1972年の親子関係法の改正まで—は、子を父母の婚姻の存否及び関係性により、次の3種類に区分していた。まず、婚姻関係にない父母から生まれた子を自然子(enfant naturel)¹²とし、さらに、自然子を区分した。すなわち、他者との婚姻関係がなく近親婚違反もない未婚の男女から生まれた単純自然子(enfant naturel simple)、少なくとも一方が他者との婚姻関係にある男女から生まれた姦生子(enfant adultérin)¹³、近親婚違反の男女から生まれた乱倫子(enfant incestueux)とした。単純自然子のみが親子関係の立証を許され(民法典旧334条、旧341条)¹⁴、後二者には、社会的非難から一切の親子関係の立証が禁じられた(民法典旧335条、旧342条)。

親子関係に関する1972年1月3日法律第72-3号が、婚姻関係にない父母から生まれた子を全て自然子として扱うこととし¹⁵、姦生子と乱倫子の親子関係の立証の禁止を解いた。強制認知の制限は残されたものの¹⁶、これにより任意認知は完全に自由となった。親子関係が立証された自然子は、原則として、親との関係で嫡出子と同格になり¹⁷、親の家に入るとされた(民法典旧334条1項、2項)。そして、親子関係に関する2005年7月4日オールドナンス第2005-759号が、民法典における婚内子と婚外子の区分を完全に撤廃し、全ての子は親との関係で、原則

¹⁰ François Laurent, *Principes de droit civil français*, 3^e éd., t.4, Paris, 1878, n°271.

¹¹ 民法典旧389条には、「……est confiée la garde de l'enfant」と示された。

¹² 自然子という表現は、婚外子(enfant né hors mariage)、非嫡出子(enfant illégitime)を意味する。田中通裕「フランスにおける自然親子関係成立に関する一考察」法と政治28巻3・4号484頁(1977)。

¹³ さらに、姦生子には、父が既婚の場合の父方姦生子(enfant adultérin a patre)と、母が既婚の場合の母方姦生子(enfant adultérin a matre)との区分があった。稲本洋之助『フランスの家族法』(東京大学出版会、1985)57頁。なお、同書では、「乱倫子」は、「近親子」と訳す。

¹⁴ 1804年の民法典は、単純自然子の強制認知(裁判による親子関係の立証)を、母に対しては認めたが(民法典旧341条)、父に対しては、誘拐による懐胎を除き、禁じた(民法典旧340条)。1912年11月16日法律が、単純自然子の父に対する強制認知を、誘拐による懐胎だけでなく、強姦、詐術、権威の濫用、婚約を利用した誘惑を原因とした懐胎にも認め、また、父による文書と自白、内縁関係、父の子の養育と教育への参加があれば認めた。

¹⁵ 姦生子は、「その懐胎の時に、その父又は母が他者との婚姻関係にあった自然子」という表現に変更された(民法典旧334条3項)。

¹⁶ 1982年6月25日法律第82-536号が、身分占有による自然子の親子関係の立証を認めたため(民法典旧334-8条)、強制認知の制限は解消された。稲本・前掲注13)72-74頁。

¹⁷ 乱倫子は、嫡出子と同格になったが、姦生子は、その親の配偶者と嫡出子との関係を考慮して、相続などの一定の制限を受けた(民法典旧759条、旧760条)。

として、平等に扱われることとなった¹⁸。

II. 親権制度

フランス民法典の第1編「人」の第9章が「親権」を規律し（民法典371条から387条）、その第1節が「子の身上に関する親権（民法典371条から381条）」、第2節が「子の財産に関する親権（民法典382条から387条）」を規律する。本稿では、主に第1節を取り扱う。

近年の親権法¹⁹の重要な法改正は、次のとおりである。まず、1970年6月4日法律第70-459号が、それまでの親権法を大きく転換させた。詳細は後記するが、「父権（puissance paternelle）」という名称を「親権（autorité parentale）」に改め²⁰、親権について父母の平等を実現した。そして、1987年7月22日法律第87-570号、1993年1月8日法律第93-2号が、離婚後の共同親権の原則を導入した。これらの法改正を通じて、家父長制からの既婚女性の自立と子の権利の確立が進められた²¹。さらに、2002年3月4日法律第2002-305号が、親権法を全ての子に共通して適用し得るものへと変革させた。以下に、1970年の法改正以前の父権の状況を概観した上で、1970年以降の各法改正についてみる²²。

1. 1970年の法改正以前の父権

（1） 父権の定義と属性

後記の1970年の親権法の改正以前は、父権を定義する規定はなかったため、父権の定義及び内容について解釈が分かれていた。父権は、未成年かつ解放されていない子の身上及び財産に関する権利の総体²³、また、広義では、尊属と卑属の間にも認められる、相互的性質に由来のあらゆる権利及び義務の秩序²⁴、などとされる。

父権の属性に関しても解釈は分かれるものの、前記のとおり、監護権（民法典旧374条）が主たる属性であると考えられた。監護権の帰結として、子の居所に関する権利（民法典旧374

¹⁸ 羽生香織「親子一親子関係の改正に関する2005年7月4日のオルドナンス第759号（立法紹介）」日仏法学24号119頁（2007）、Andrew Bainham and Bart Rwezaura, *International Survey of Family Law 2006*, 2006, pp. 203-216.

¹⁹ フランス親権法を詳細かつ網羅的に検討するものとして、田中・前掲注8）、田中通裕「フランスの親権法」民商法雑誌136巻4・5号465頁（2007）。

²⁰ puissance paternelleは直訳で「父権」と訳すことができるが、puissance paternelleも父母に帰属したことから「親権」と訳すことが適当であると指摘される。稲本・前掲注13）91頁。しかし、本稿では、両者を言い分けて扱うため、直訳による。

²¹ Valérie Lacoste, *Contribution à une théorie générale du droit de visite en droit civil*, RRJ, 1997-3, p. 961.

²² 2014年4月1日に、親権行使に関する親権法の一部の規定の改正を含む親権と子の権利に関する法案が国民議会により示され、同年6月27日に国民議会で承認され、元老院で審議中である。

²³ Ambroise Colin et Henri Capitan, *Cours élémentaire de droit civil français*, t.2, Paris, 1923, p. 29; Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau, *Cours de droit civil français*, t.9, Paris, 1917, p. 108.

²⁴ Charles Demolombe, *Traité de l'adoption et de la tutelle officieuse, de la puissance paternelle*, 4^e éd., Paris, 1869, n°268.

条)、懲戒権(民法典旧 375 条から旧 382 条)²⁵、子の教育を指導する権利²⁶がある。子の財産については、法定収益権(民法典旧 384 条から旧 387 条)、法定管理権(民法典旧 389 条)がある。さらに、親権法の領域ではないが、子の婚姻への同意権(民法典 148 条)、養子縁組への同意権(民法典旧 346 条)、子を未成年解放する権利(民法典旧 477 条)²⁷も含まれるとされる。

(2) 父権の帰属と行使

嫡出子について、婚姻中は、父権は、父母の双方に帰属するが(民法典旧 372 条)、原則として、父により単独で行使され(民法典旧 373 条)、例外的に、父の失踪及び無能力の場合に母により行使された(民法典旧 141 条)²⁸。なお、父権は、父母のみに帰属すると一般的には解されるが²⁹、父権者不在の場合に、尊属に認められる卑属への一定の権利を根拠に³⁰、尊属が「自律的な(autonome)父権」を有するとする見解もある³¹。

離婚後の父権の帰属と行使については規定を欠いており、解釈が分かれていた。離婚後の子の監護は、原則として、離婚原因について無責の配偶者に委ねられ(民法典旧 302 条)³²、例外的に、子の利益において有責の配偶者にも子の監護が委ねられた(民法典旧 302 条但書)³³。この場合、仮に母が監護者となっても、依然、父が父権を保持すると考えられたため³⁴、母が有するのは監護権及び監護権から派生する権利の行使のみであると考えられた。なお、離婚後に子の監護を有しない親は、監護者による子の養育及び教育の方法を監督する権利を有した(民法典旧 303 条)³⁵。この監督権も、父権の属性の一つとされる³⁶。そして、1970 年に訪問権(我が国でいう面会交流・面接交渉権)が立法化される以前は、監督権の行使の一態様として訪問権が認められた。

非嫡出子については、非嫡出子で父権に服し得たのは、親子関係の立証が許された単純自然

²⁵ 懲戒権は、1958 年 12 月 23 日オールドナンス第 58-1901 号により、育成扶助の制度へと全面的に転換された。

²⁶ 子の教育を指導する権利は、民法典 203 条「夫婦は、婚姻の事実のみによって、その子を養育、扶養、教育する義務を相互に約する」に対応するものとする。田中・前掲注 8) 52-56 頁。

²⁷ Marcel Planiol et Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français, La famille*, par André Rouast, t. 2, Paris, 1952, n°653; Colin et Capitan, *op. cit.*, p. 445.

²⁸ 母の父権行使からは、法定収益権は除かれるとする見解が多数であったが、法定収益権を子の育成及び財産管理の対価であるとする考えから対立する見解もあった。Colin et Capitan, *op. cit.*, p. 459; Aubry et Rau, *op. cit.*, pp. 118, 119.

²⁹ Colin et Capitan, *op. cit.*, p. 29.

³⁰ 子の監督権(民法典旧 142 条)、婚姻同意権(民法典 150 条)、法定後見(民法典旧 402 条)。

³¹ Michel De Juglart, *Les droits de puissance paternelle des ascendants*, Rev. crit. lég. jur., 1938, p. 424.

³² 1804 年の民法典 302 条は、離婚後の子の監護について定めた規定であるが、破毀院審理部判決 1878 年 7 月 24 日(DP, 1878, I, p. 471)は、別居の場合にも同条は適用されるとした。

³³ 祖父母や第三者に子が預けられることもある。Planiol et Ripert, *op. cit.*, n°652.

³⁴ Planiol et Ripert, *op. cit.*, n°650; Hugues Fulchiron, *Autorité parentale*, RÉP. CIV., 1991, n°184. 他方、監護者である父又は又は母が監護権の帰属も行使も有し、それ以外の父権の属性は父母に共有して属するとする見解もある。Philippe Simler, *La notion de garde de l'enfant*, RTD civ., 1972, n°14.

³⁵ 民法典旧 302 条、旧 303 条は、離婚法の改正に関する 1975 年 7 月 11 日法律第 75-617 号による法改正において、民法典旧 287 条、旧 288 条に、その内容が引き継がれた。

³⁶ Planiol et Ripert, *op. cit.*, n°653; Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 111.

子のみであった。民法典旧 383 条が懲戒権について自然子を嫡出子と同様に扱おうと定めたため、単純自然子は父権に服すると解された。そして、自然子の保護及び後見に関する 1907 年 7 月 2 日法律は、民法典旧 383 条を改正し、父母のうち先に認知した者を父権行使者とし、父母が同時に認知したときには、裁判所による変更の余地を残しながらも、父を父権行使者とした。

2. 1970 年の法改正による親権

(1) 親権の定義と属性

1970 年の法改正時に、「父権」は「親権」と改められ、親権の内容と目的に関する一般規定が置かれた。親権は、安全、健康、精神の面において子を保護するために、父母に帰属し、父母は監護、監督、教育の権利及び義務を有すると規定された（民法典旧 371-2 条）。

親権の属性については、監護権、監督権、教育権（民法典旧 371-2 条）に、子の居所に関する権利（民法典 371-3 条）があり、子の財産については、法定収益権（民法典 382 条、旧 383 条、384 条から 387 条）、法定管理権（民法典 382 条、旧 383 条、旧 389 条から旧 389-7 条）がある。ほかに、子の婚姻への同意権（民法典 148 条）、養子縁組への同意権（民法典 348 条、348-1 条）、未成年解放への同意権（民法典旧 477 条）、さらに、子の扶養義務、懲戒権、子の身上に関する決定を行う権利及び義務であるとされる³⁷。

(2) 親権の帰属と行使

1970 年法は、親権について、父の優位性を廃止し、婚姻中は父母に帰属し、父母が共同で親権を行使するとした（民法典旧 371-2 条、旧 372 条）。そして、婚姻中の親権の共同行使を円滑に行うため、父母の意見の不一致の場合は、以前の慣行に従い、慣行がなければ裁判官に申立てをすることが定められた（民法典旧 372-1 条）。さらに、子の身上に関する日常的行為について、父母の一方による親権の単独行使がなされても、善意の第三者との関係では、他方の同意が推定されることが定められた（民法典旧 372-2 条）。離婚後は、父母の一方に監護と親権を委ねるとした（民法典旧 373-2 条 1 項）。なお、離婚後に親権者とならなかった親には訪問権が付与されることが明記された（民法典旧 373-2 条 1 項）³⁸。

婚外子については、子が父母の一方のみに認知された場合は、その一方が親権を行使したが（民法典旧 374 条 1 項）、父母の双方に認知された場合には、原則として、母が親権を行使した（民法典旧 374 条 2 項）。後者の場合、例外的に、父母の一方又は検察官による申立てに基づいて、裁判官が親権を父母の共同行使とすることもできた（民法典旧 374 条 2 項）。

³⁷ Fulchiron, *op. cit.*, 1991, n°57.

³⁸ 父母の訪問権の規定は、前記の 1975 年の法改正において、離婚の諸効果として、離婚法の領域においても規定が設けられた（民法典旧 288 条）。

3. 離別後の親権の共同行使一導入の時期と背景

1970年法により、婚姻中は親権に関する父母の平等が実現されたが、父母の関係性によっては一父母が婚姻しているか、非婚か一、父母の一方による親権の単独行使が原則であり、父母は平等でなかった。親権の共同行使を広げることは、子の利益になると考えられ、とりわけ、非嫡出子の親権行使に関する母の優位性に対しては、男女平等の権利の実現からの是正が必要であると考えられ、後記の1987年の法改正に至った³⁹。また、この頃の家族をめぐる社会的状況の変化にも注目すべきである。まず、1972年から1982年の間に婚姻率が下がった。最終的に婚姻する独身の男は92.2%から63.0%、女は95.0%から65.0%となった。そして、離婚が増加しており、1972年は44,700件であったのが、1983年には98,000件となった。他方で、非婚カップルは増加しており、1975年には411,000組（婚姻・非婚カップル総数の3.4%）、1981年には710,000組となった（同総数の5.4%）。これらの変化に伴い、父母が離婚した子の数は、1979年は449,600人であったのが、1985年には958,200人に達した。さらに、婚姻外で生まれる子が増加した。とりわけ、1978年以降は、この傾向が顕著であり、新生児に占める婚外子の割合は、1978年は9.4%、1979年10.3%、1980年は11.4%、1981年は12.7%、1982年は14.2%となっている⁴⁰。

1987年法は、離婚後の親権行使について改正し、子の利益に従って選択的に父母の共同行使とすることを可能にした（民法典旧287、旧373-2条）。そして、婚外子については、父母双方が子を認知した場合の親権行使について改正がなされた。この場合の親権行使について、原則として、母の優位性は残されたが（民法典旧374条1項）、例外的に、父母の共同の申述があれば、親権の共同行使とすることを可能にした（民法典旧374条2項）。婚外子について親権が共同行使される場合には、婚内子の場合の規定が準用されることが定められた（民法典旧374条5項）。さらに、親権行使の態様の変更を裁判官へ申し立てること（民法典旧374条3項）、婚外子の父母にも訪問権が認められること（民法典旧374条4項）が明記された。

1987年法による改正は、その施行後すぐに、親権の共同行使が徹底されていないこと、及び、児童の権利条約の子の権利の観点から不十分であると考えられ、1993年の法改正が進められることとなった⁴¹。司法省が、1987年法による改正の実態を知るために、リヨンにある家族法センターに調査を依頼した。フランス南東部のリヨン、北西部のナンテール・ピュトー、南西部のトゥールーズにおいて、裁判官、弁護士、ソーシャルワーカー、その他の専門家に対するアンケート調査を、1988年、1989年、1990年、1991年に行った。アンケート調査の結果は、1987年法による離婚後の選択的な親権の共同行使の導入は大成功であったことを示した。実際に、アンケート調査の結果では、親権の共同行使は、1988年には15.66%、1989年には

³⁹ Marie-Luce Morançais-Demeester, *Vers l'égalité parentale, Loi n° 87-570 du 22 juill. 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale (I)*, DS, 1988, chro., p.7.

⁴⁰ Eveline Sullerot, *Rapport présenté au nom du Conseil économique et social*, JO, 31 janv. 1984, p.25.

⁴¹ Hugues Fulchiron, *Une nouvelle réforme de l'autorité parentale, Commentaire de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 à la lumière de l'application de la loi «Malhuret»*, DS, 1993, chro., pp.117,118.

36.93%、1990年には49.6%、1991年には61.32%となっている。しかし、他方で、アンケート調査は、非婚の家族に関して、法改正は不十分であったことを指摘した。また、夫婦としてのカップルが破綻しても親としてのカップルであり続けるという理想を実現する必要も再認識された⁴²。

そして、次のような1993年の法改正が行われた。この法改正時に、児童の権利条約9条の子が2人の親をもつ権利を国内法に実現するために、「親であることの共同性(coparentalité)」という言葉が創られた。この言葉は、たとえ父母が離婚したとしても、子に対する責任は変わらずに共同して負うことを示す。1993年法は、婚姻関係にある父母の婚姻中の親権の共同行使を定める民法典旧372条を、非婚の父母にも適用し得るものへと改正した。離婚後については、親権の共同行使を原則として(民法典旧287条1項、旧373-2条)、子の利益の観点から必要な場合のみ、例外的に、単独行使とするとした(民法典旧287条2項、旧373-2条)。そして、婚外子については、父母双方が子を認知した場合の親権行使について、父母双方が子が1歳になるまでに認知し、かつ、父母が共同生活をしていれば、自動的に共同親権となるとした(民法典旧372条2項⁴³、民法典旧374条2項)。1993年法による改正は、1987年法による改正を進展させ、離婚後の共同親権を原則とし、非婚の家族にも親権の共同行使の原則をもたらし、大成功を収めたといわれる⁴⁴。

4. 現行法の親権制度

(1) 親権行使の態様

(i) 親権の定義、帰属と行使

2002年法は、離婚法の領域に「離婚の諸効果」として定められていた親権行使の規定を、親権法の領域に統一し、吸収した。2002年法は、親権を両親の離別から切り離すことで⁴⁵、全ての子に適用し得る共通規定とした⁴⁶。そして、1990年の児童の権利条約批准後の動向一子を

⁴² *Ibid.*

⁴³ 民法典旧372条2項は、婚外子の親権が自動的に父母により共同で行使される条件として、父母が子を1歳になるまでに認知していること、及び、父母が共同生活をしていることを定める。しかし、立法過程において、国民議会は前記の認知の期間を子の出生から6ヶ月までと主張し、元老院は共同生活を主張したため、最終的に両者が妥協し、同条は成立した。Fulchiron, *op. cit.*, 1993, p.120.

⁴⁴ Fulchiron, *op. cit.*, 1993, p.118.

⁴⁵ 民法典における離婚後の父母の親権行使に関する準則を、離婚法の領域ではなく親権法の領域に定め、「離婚(divorce)」ではなく「離別(séparation)」という名目のもとで規定することとなった。これは、婚姻による家族モデルの優位性を排除するためだとされる。Hugues Fulchiron, *L' autorité parentale rénovée (Commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative à l' autorité parentale (1))*, Defrénois, 2002, n°15/16, 37580, p.962. なお、「離別」には、子の父母の事実上あるいは法律上の別居及び離婚だけでなく、未婚の父母が別れる場合も含まれる。Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, *La Famille*, 4° éd., Paris, 2011, n°1608; Pierre Murat, *Droit de la Famille*, 6° éd., Paris, 2013, n°234.61.

⁴⁶ 前記の離婚法の改正に関する1975年法は、合意離婚方式を採り入れるなどの離婚法の革新を果たしたが、それから約30年振りの2004年5月26日法律第2004-439号は、更なる離婚法の全面改正を行った。2004年法が施行された2005年以後の現行の離婚制度のもとにおける各種の離婚方式と親権の行使態様などについては、本文で後記する。

全ての基本とし、尺度とするような一を落ち着かせ⁴⁷、真に子の権利を向上させるために、子の利益を目的とする親権の強化を行った⁴⁸。すなわち、子の人格を尊重した上で、親に対抗し得る子の権利を認めるのではなく⁴⁹、家族の調和のなかで⁵⁰、子の成長に応じた子の権利を認め（民法典 371-1 条 3 項）⁵¹、両親の役割の重要性を再認識し、離別後の事態に対応するための広い自由裁量を両親に認めた（民法典 373-2-7 条）⁵²。さらに、両親の子に対する共同責任をよりよく実現させるために、両親の離別後の子の居所に関して、交替居所（résidence alternée）の制度を導入した（民法典 373-2-9 条）。

2002 年法は、親権の定義を改め、個々の親権の属性から規定するのではなく、親権が子の利益のために行われる権利及び義務の総体であることを明確にし（民法典 371-1 条 1 項）、安全、健康、精神の面において子を保護するために、かつ、子の教育を確保し、子の発達を可能とするために、子の人格の尊重の上、親に帰属するとした（民法典 371-1 条 2 項）⁵³。さらに、子に関する決定には、子の年齢や成熟度に応じて、子を関与させることも定められた（民法典 371-1 条 3 項）。かつては、親権の属性がいかなるものであるのかという議論がなされたが、2002 年の法改正時には、既に「監護権」という言葉は民法典から姿を消しており、親権は、個々の属性からでなく、前記のように、その目的によって定義される⁵⁴。

親権の帰属と行使については、前記のとおり、1987 年法と 1993 年法が、離婚後の共同親権制度を導入し、2002 年法が、全ての子を共通して親権の対象としたため、現在では、原則として、両親⁵⁵の婚姻の存否あるいは離別の前後にかかわらず、親権は、両親に帰属し（民法典 371-1 条 2 項）、共同で行使される（民法典 372 条 1 項、373-2 条 1 項）。例外的に、両親の離別後に、子の利益のために、裁判官により親権の単独行使が命じられることがある（民法典 373-2-1 条 1 項）。このように、両親が婚姻しているか否かにかかわらず、原則として、親権行使は同じ準則によるが、非婚の場合、両親の一方との親子関係が立証された子について、他方との親子関係の立証が子の出生から 1 年を超えてなされた場合には、親権は、子との親子関係が最初に立証された親により単独行使される（民法典 372 条 2 項）。しかし、この場合であっても、両親の共同の申述により、又は、家族事件裁判官⁵⁶が命ずることにより、親権を共同

⁴⁷ Dekeuwer-Défossez, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁸ Nathalie Rexand-Pourias, *Les relations entre grands-parents et petits-enfants depuis la loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale*, JCP, 2003, I, 100, n°1.

⁴⁹ Dekeuwer-Défossez, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁰ Théry, *op. cit.*, pp.97, 98, 161, 162.

⁵¹ 子の権利は、子の成長段階における意思能力及び行為能力の程度により、子が自由を獲得していくことに裏づけられる。Adeline Gouttenoire et Hugues Fulchiron, *Autorité parentale*, RÉP. CIV., 2004, n°39.

⁵² 本文後記のように、2002 年法は、民法典 373-2-7 条において両親の合意を紛争解決の主たる方法とした。

⁵³ 子には、とりわけ、「保護」と「教育」が必要である。Josée Martin-Lassez, *L'intérêt supérieur de l'enfant et la famille -Etats généraux du droit de la famille*, Dr. fam., janv. 2007, n° 5.

⁵⁴ Fulchiron, *op. cit.*, 2002, p.964.

⁵⁵ 2013 年 5 月 17 日法律第 2013-404 号により同性婚が認められてからは、親権の領域においても、「父母」という表現は、「両親」という表現に置き換えられた（民法典 371-1 条 2 項）。

⁵⁶ 親権については、親権が共同行使されている場合には子と同居する親の居住地、親権が単独行使されている場合には親権を単独行使する親の居所地の大審裁判所が管轄し（民事手続法典 1070 条）、家族事件裁判官が事件を担当する（司法組織法典 L.213-3 条）。Serge Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile, droits interne et de l'Union européenne*, 8^e éd., Paris, 2013, n°s122.621, 122.622, 122.661.

行使することができる（民法典 372 条 3 項）。

なお、親権が単独行使される場合であっても、親権行使者とならなかった親は、親権の帰属までは失わない。後記のとおり、親権の帰属まで失うのは、親権の取上げの場合である（民法典 378 条から 381 条）。親権の委譲の場合には（民法典 377 条から 377-3 条）、原則として親権の行使を委譲するだけである。なお、親権の帰属まで失った親は、親権から生ずる、子に関するいかなる権利も有せず（民法典 379 条）、いかなる責任も負わない。すなわち、子の監護についての監督権もなく、子の教育や健康に関する決定に参加することもなく、子の婚姻や養子縁組への同意権（民法典 148 条、348 条、348-1 条）、子の解放の請求権（民法典 413-2 条）も失う。子の財産に関する領域でも、法定収益権（民法典 382 条から 387 条）、法定管理権（民法典 382 条、383 条、389 条から 389-8 条）を失う。そして、子に関して、民事上の責任も負わない⁵⁷。しかしながら、逆に、親権の帰属を失っても、子の養育の分担と子の扶養料の支払いの義務、訪問権、相続権は、自動的に失うことはない⁵⁸。

(ii) 親権の日常的行為と重要な行為

親権の共同行使の外部との関係については、1970 年の法改正時に規定が設けられたが、この規定は文言について多少の修正はあったものの、現行法でも維持されている。子の身上に関する日常的行為について、両親の一方による親権の単独行使がなされても、善意の第三者との関係では、他方の同意が推定される（民法典 372-2 条）。この推定は、善意の第三者に、両親の合意を立証することを免除し、責任を免除する⁵⁹。

子の身上に関する親権の日常的行為について、民法典にはその範囲や具体的内容を明確に規定する箇所はない。解釈では、日常的行為と重要な行為は区別され、日常的行為に該当しないものは、重要な行為であるとされ、重要な行為に関する親権行使には、民法典 372-2 条の推定は働かず、両親の合意が必要である⁶⁰。日常的行為と重要な行為のいずれに該当するか、その区別の基準や具体的内容を知るために、学説や判例が手掛かりとなる。

日常的行為とは、学説では、子の将来にとって重大性をもたない行為であるされる⁶¹。ほかに、「重要な方針の判断の必要がなく、子にとって重大な危険性がみられない場合の民間の施設又は個人に対する行為」と定義するものもある⁶²。日常的行為の具体例は、連続する家族の

⁵⁷ 破毀院第 2 民事部 1995 年 1 月 25 日判決（Bull. civ. , 2006, II, n° 29; n°92-18802）。

⁵⁸ Francis Lefebvre, *Droit de la famille, Mémento pratique, 2010-2011*, Paris, n°39300, p.422. なお、これらの権利の喪失には、権利の出所が、親権からなのか、親子関係からなのかを考察する必要がある。西希代子「親権（2）-親権の効力」大村敦志・河上正二・窪田充見・水野紀子編『比較家族法研究-離婚・親子・親権を中心に』（商事法務、2012）396 頁。

⁵⁹ Inès Gallmeister, *Le principe de coparentalité*, AJ fam., n° 04/2009, p.148 ; Leonetti, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁰ 前記の 2014 年 4 月 1 日に国民議会により示された法案において、重要な行為を定義することが提案されている。

⁶¹ Jean Hauser et Danièle Huet-Weiller, *Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille*, 2° éd., Paris, 1991, p. 443; Malaurie et Fulchiron, *op. cit.*, n°1602.

⁶² Gouttenoire et Fulchiron, *op. cit.*, n°135. ほかに、日常的行為を考えるために、「日常的」と「習慣的」という二つの観点を指摘するものもある。これらの観点から、子の趣味や学習などの活動、子の世話

日常生活のなかで、様々な行為に及ぶ。例えば、学校の欠席届、バカンスの許可、学校の連絡張へのサイン、学校の保険加入、ボーイスカウトのキャンプへの参加許可、団体への加入、身分証書の更新、軽微な手術などである。実務における日常的行為の具体例は、行政上の行為では、身分証書の申請、パスポートの申請、教育機関への再登録、子に関する文書の申請などがある。さらに、医療に関するものでは、日常的な検査や治療、一時的な軽微な手術などがある⁶³。その他、スポーツクラブや休暇村への登録などである。これらの日常的行為は、とりわけ、両親が別居する場合には、子と同居する親により単独で行われ、善意の第三者との関係では、前記のとおり、民法典 372-2 条の推定が働く。

重要な行為とは、学説では、子の過去を断絶し、子の将来を拘束する行為であり、また、子の基本的な権利に関係するものであるとされる⁶⁴。実務における重要な行為の具体例は、行政上の行為では、教育機関への最初の登録、医療に関するものでは、長期間の入院、重大な治療、重大な危険を伴う手術などがある。子の割礼は、重要な行為となり得るが、破毀院第 1 民事部 1994 年 1 月 26 日判決では、両親による合意に反して、単独で子に割礼を強制した父に、制裁として訪問権と宿泊させる権利が否定された⁶⁵。さらに、重大な外科的手術は、重要な行為と考えられ、両親の合意が必要とされるため、原則として、両親の合意がない限り、医師は子の手術を行うことができない。しかしながら、例外的に、手術をしなければ子の身上に重大な結果を引き起こす危険性があれば、医師は必要不可欠な治療を行わなければならないとされる（公衆衛生法典 L. 1111-4 条 6 項）⁶⁶。

以上のように、子の身上に関する親権の日常的行為と重要な行為は区別して捉えられ、具体例も示されるが、状況によっては、通常は日常的行為とされるものも、両親の合意に服すると解すべき重要な行為となりうることに注意しなければならない。とりわけ、学校と行政に関する行為については注意が必要である⁶⁷。例えば、教育機関への再登録は、通常は日常的行為とされるが、子の進路変更を含むような場合⁶⁸や宗教的選択を含むような場合⁶⁹には、両親の合意が必要な重要な行為とされるべきである。また、身分証書やパスポートの申請のような行政上の行為も通常は日常的行為とされるが、これが一方の親による国境を越えた子の連れ去りに

などが日常的行為とされる。Gérard Cornu, *Droit civil la famille*, 9^e éd., 2006, p.174.

⁶³ 軽微な医療行為に関するものとして、ディジョン控訴院 1996 年 6 月 19 日判決 (JCP, 1998, IV, 3145) は、父子関係の争いに関する訴訟において、民法典 318 条を根拠に裁判官により命じられた子の血液検査の実行について母が単独で与えた許可には、民法典 372-2 条の推定が及ぶ。

⁶⁴ Leonetti, *op. cit.*, p. 55; Malaurie et Fulchiron, *op. cit.*, n°1602.

⁶⁵ Bull. civ., 1994, I, n° 31; n°92-10838.

⁶⁶ また、両親が子の養育及び教育の分担 (民法典 371-2 条) をしておらず、かつ、子が自己の健康状態に関する両親への相談に明白に反対する場合には、医師は、両親の同意を得ることなく、子の健康の保護のために必要不可欠な治療又は手術を行い得る (公衆衛生法典 L. 1111-5 条)。なお、この場合であっても、医師は、最初の段階で両親の同意を得ることを試みなければならないが、両親と連絡が取れなくとも、緊急の場合であれば、必要な処置を行わなければならない (公衆衛生法典 L. 1111-5 条、R. 4127-42 条)。

⁶⁷ Leonetti, *op. cit.*, p. 41; Laurent Gebler, *La coparentalité à l'épreuve de la séparation: aspects pratiques*, AJ fam., n° 04/2009, p.151.

⁶⁸ Cornu, *op. cit.*, p. 75.

⁶⁹ Gebler, *op. cit.*, p.151.

繋がるような場合には⁷⁰、両親の合意が必要な重要な行為とされるべきである。逆に、これが短期間の語学研修のためのような場合には、原則どおり日常的行為となる⁷¹。最終的に、家族事件裁判官が、子の身上に関する親権の日常的行為と重要な行為の範囲や具体的内容について、子の利益を考慮して決定する（民法典 373-2-6 条 1 項）⁷²。

(iii) 交替居所

前記のとおり、1987 年の法改正時に、監護権は親権に統一され、吸収されたため、以降は、子の居所を有することが子の監護を意味する。子の両親が離別する際に、子の居所の問題が生じる。すなわち、両親の離別後に、親権が共同行使されることになったとしても、実際には、離別後は両親の居所が別々になるために、それに伴い子の居所をどうするのか決定をしなければならない。2002 年の法改正時に、両親の離別後の子の居所について、交替居所の制度が導入された。交替居所とは、子の居所を両親のそれぞれの住所に一定期間ずつ交互に定めることである。両親は、2002 年の法改正以降、離別後の子の居所を交替居所にするか、一方のもとに定めるか、選択できるようになった（民法典 373-2-9 条 1 項）。交替居所は、その実効性を考えると、両親の合意で定められることが望ましいが、合意がない場合でも、両親の一方の申立てに基づき、家族事件裁判官が暫定的かつ試験的な交替居所を命じ得る（民法典 373-2-9 条 2 項、民事手続法典 1180-2 条）。裁判官は、この暫定的な交替居所の期間が終了するときに、最終的に子の居所を交替居所とするか両親の一方のもとに固定するか決定する（民法典 373-2-9 条 2 項）。裁判官は、子の居所について裁定する際に、後記の他方の親の権利を尊重する親としての適性—親権行使の態様を裁定する際に基準とされる—を考慮する傾向がある。破毀院第 1 民事部 2006 年 7 月 4 日判決⁷³では、子の母が、離別の際に、父のもとに居所が定められている子を、父に住所を告げることなく、勝手に連れて転居し、その後、自己のもとに子の居所を定める判決を得たが、この控訴院判決は破毀され、子の居所は父のもととされた。両親の一方による子の勝手な連れ去りは、その後の親権行使の態様の裁判官による裁定の際に不利になることがある。また、このような民事上の不利益を受けるだけでなく、子の勝手な連れ去りは、後記のとおり、刑事罰を科されることもある（刑法典 227-5 条、227-6 条）。

交替居所は、実質的に両親が子を交互に監護することを認めるものである。2002 年法以前の破毀院は、このような交替監護を否定していた⁷⁴。にもかかわらず、2002 年法は、親権の共同行使の実効性を強化するために、交替居所の制度を導入した⁷⁵。しかしながら、交替居所は、

⁷⁰ ただし、ヨーロッパでは、EU 加盟国あるいはシェンゲン協定の締結国の間では、パスポートなしの簡易な手続で国境を越えることができる。

⁷¹ Cornu, *op. cit.*, p. 175.

⁷² Muriel Rebourg, *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, Paris, 2003, p. 32, n° 44; Murat, *op. cit.*, n° 234.39.

⁷³ Bull. civ., 2006, I, n° 339; n°05-17883.

⁷⁴ 破毀院第 2 民事部 1984 年 5 月 2 日判決 (Bull. civ., 1884, II, n° 78; n°83-11071) は、民法典旧 287 条の解釈から共同監護は可能であるが、交替監護は認められないとした。また、破毀院第 2 民事部 1983 年 3 月 21 日判決 (Bull. civ., 1983, II, n° 86; n°82-11742) は、共同監護を認めるとした。

⁷⁵ 交替居所の導入の社会的背景には、民間の父親団体の活動もある。Maurie et Fulchiron, *op. cit.*, n°

子の利益に合致する場合にしか行われず⁷⁶、実際には、交替居所を行うための条件を整えるのは難しいとされる。交替居所を行い得るのは、両親のそれぞれの居所が地理的に近接していること、両親の協力体制があること、子の受入れのために住居や環境を整えること、子の年齢や意思などの条件が揃う場合である⁷⁷。交替居所が否定された裁判例として、ディジョン控訴院 2003 年 4 月 10 日判決⁷⁸がある。この控訴院判決では、父母間に交替居所への合意がなく、父母の住所が遠く離れており、子の年齢が低かったため、交替居所は否定された⁷⁹。

(iv) 訪問権

訪問権⁸⁰は、両親の離別後に、親権が共同行使されるが交替居所は認められない場合、また、親権が単独行使される場合に認められる。そして、後記の育成扶助の措置において親権が制限される場合にも認められる。なお、訪問権は、親だけでなく、祖父母・継親などの第三者（民法典 371-4 条）⁸¹、兄弟姉妹（民法典 371-5 条）にも認められる⁸²。

交替居所が認められなければ、子の居所は両親の一方のもとに定められるが、子の居所が定められなかった親には、原則として、訪問権が認められる（民法典 373-2-9 条 3 項）。交替居所が認められなかった場合の訪問権は、児童の保護に関する 2007 年 3 月 5 日法律第 2007-293 号による法改正時に民法典に明文化された。しかし、2007 年法以前でも、子に対する両親の共同責任の観点から、訪問権は認められてきた⁸³。破毀院第 1 民事部 2006 年 3 月 14 日判決⁸⁴は、「親権を共同行使する親は、子の最善の利益に関する重大な事由によるのでなければ、訪問権と宿泊させる権利を拒否できない」とした。

そして、訪問権の実行を容易にするために、2007 年の法改正時に、民法典に面会場 (espace

1615.

⁷⁶ 交替居所は、子の健全な発育のために、とりわけ、子の安全、健康、精神及び教育の発展に資するものでなくてはならず、算数的な父母間の平等のために行われてはならないとされる。Valérie Pecresse, *Rapport fait au nom de la mission d'information (I) sur la famille et les droits des enfants, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 janvier 2006, n°2832*, p.217. 前記の 2014 年 4 月 1 日に国民議会により示された法案において、子の居所を両親双方の住所にそれぞれ定めることを原則とすることが提案される。

⁷⁷ 交替居所の条件について分析するものとして、力丸祥子「離婚後の子の居所に関するフランスの交替居所 (résidence alternée) 制度について」比較法雑誌 41 巻 1 号 17-32 頁 (2007)。

⁷⁸ Irène Carbonnier, *Autorité parentale, Exercice de l'autorité parentale*, Juris-classeur civil code, 2004, n° 81.

⁷⁹ ほかの交替居所の裁判例については、栗林佳代『子の利益のための面会交流—フランス訪問権論の視点から』(法律文化社、2011) 242-245 頁。

⁸⁰ 訪問権は、広義では宿泊させる権利まで含むが、狭義では日帰りの訪問、通信のみの権利を意味する。

⁸¹ 2014 年 9 月 11 日に元老院により子の保護に関する法案が示され、この法案において、第三者の訪問権を規定する民法典 371-4 条 2 項の改正が提案された。

⁸² 祖父母と第三者の訪問権は、1970 年法により、兄弟姉妹の訪問権は、1996 年 12 月 30 日法律第 96-1238 号により、親権法の領域に規定された。

⁸³ 両親の離別後に親権の共同行使となる場合の訪問権は、離別後の親権の共同行使について定める民法典 373-2 条の 2 項の「子との身上の関係」の維持から導きうる。破毀院第 1 民事部 2006 年 4 月 25 日判決 (n°05-13459) は、離婚後の親権の共同行使の場合の訪問権について、民法典 373-2 条を援用する。本文前記の破毀院第 1 民事部 2006 年 7 月 4 日判決は、同様に、民法典 373-2 条を援用する。しかしながら、本文後記の破毀院第 1 民事部 2006 年 3 月 14 日判決は、親権の一般規定である民法典 371-1 条や親権の共同行使の原則を定める民法典 372 条を援用する。

⁸⁴ Bull. civ., 2006, I, n° 147 ; n°04-19527.

de rencontre) が明記されるに至った (民法典 373-2-9 条 3 項)。面会場は、面会場を専門とする民間団体や、メディアシオンを専門とする民間団体により設けられる⁸⁵。面会場における訪問権の行使は、紛争が深刻である場合—例えば、両親間の高葛藤、後記の両親間のドメスティック・バイオレンス (以下「DV」とする)⁸⁶—に、裁判官により命じられる。さらに、特定の女性に対する暴力、カップル間での暴力、子が受けるカップル間での暴力の影響に関する 2010 年 7 月 9 日法律第 2010-769 号による法改正により⁸⁷、DV などの場合—両親間の DV は必ずしも訪問権を否定する重大な事由に該当すると判断されるのではない—に、一方の親から他方の親への直接の子の引渡しに危険があれば、家族事件裁判官は、子の引渡しを面会場において、又は、第三者の援助をもって行うことを命ずることができるようになった (民法典 373-2-9 条 4 項)⁸⁸。

離別後に親権の単独行使となった場合、親権行使者とならなかった親には、重大な事由がない限り、訪問権及び宿泊させる権利が認められる (民法典 373-2-1 条 2 項)。重大な事由により訪問権が否定される具体例として、アミアン控訴院 2003 年 5 月 28 日判決⁸⁹があるが、父は娘に対する性的攻撃により有罪判決を受けたため、親権は母による単独行使とされ、父は監督権を保持しつつも訪問権も否定された。他方、両親間に DV があっても、訪問権が実行されることがある。しかし、訪問権の実行に困難があれば、共同親権の場合の訪問権と同様に、面会場において実行され得る (民法典 373-2-1 条 3 項)。また、子の引渡しについても、面会場において、又は、第三者の援助をもって行われ得る (民法典 373-2-1 条 4 項)。そして、親権を行使しない親には、子の養育及び教育を監督する権利も認められ、この監督権の結果として、子の生活に関する重大な選択を通知される権利も認められる (民法典 373-2-1 条 5 項)。

なお、家族事件裁判官は、前記のとおり、暫定的あるいは正式に訪問権及び宿泊させる権利について裁定するとき、訪問権又は子の引渡しが面会場で行われることを定めることができるが (民法典 373-2-9 条 3 項、373-2-1 条 3 項、民事手続法典 1180-5 条 1 項)、この措置を、親又は検察官の申立てに基づき、職権で、いつでも修正し、又は、取り消すことができる (民

⁸⁵ 面会場の詳細については、色川豪一「フランスにおける面会交流援助」平成 22 年度法務省委託『親子の面会交流を実現するための制度等に関する調査研究報告書』(商事法務、2011) 270 頁。

⁸⁶ フランスでは、DV という表現はあまり使われず、「配偶者からの暴力 (violences conjugales)」、「カップル間の暴力 (violences au sein du couple)」という表現が使われている。神尾真知子「フランスのカップルにおける暴力 (DV) に対する家事事件裁判官の役割とアソシアシオンの取組み」女性空間 29 号 (2012 年) 122 頁、長谷川総子「フランスの 2010 年ドメスティック・バイオレンス対策法」外国の立法 258 号 49 頁 (2013)。しかし、本稿では、「配偶者からの暴力」及び「カップル間の暴力」を表すものとして、便宜的に「DV」という表現を使う。なお、DV は、広辞苑 (第 6 版) によると、「夫や恋人など親密な関係にある男性から、女性が増えられる暴力」と定義されており、本文後記で扱う DV に対応するための 2010 年法が性中立的であることと齟齬があるようにも思われるが、長谷川・同注 49 頁によると、実際のところ、国際的にもフランスでも DV は「女性に対する暴力」として捉えられているようである。

⁸⁷ この DV に対応するための 2010 年法は、訪問権の規定だけでなく、本文後記の親権の取上げなどの規定も改正し、さらに、DV 被害者の保護命令の制度を民法典に導入した。

⁸⁸ 訪問権の実行の場面において、子と同居する親が子の引渡しを拒否したり、子を転居させたのに他方の親に 1 ヶ月以内に知らせない場合には、本文後記のとおり、刑事罰が科されることがある (刑法典 227-5 条、227-6 条)。なお、子の引渡しの履行を強制するために、間接強制金であるアストラント (astreinte) を課すことは、刑事罰と重複することからあまり行われていない。色川・前掲注 85) 274、275 頁。

⁸⁹ Amiens, 28 mai 2003, n°02/02664.

事手続法典 1180-5 条 2 項)。そして、面会場の運営者は、措置の実行に困難があれば、直ちに急速審理の申立てができる (民事手続法典 1180-5 条 3 項) ⁹⁰。

(v) 父母の意見の不一致の場合の対応

2002 年法は、親権行使の態様—親権行使の条件、子の居所、訪問権など—、子の養育及び教育の分担についての取決めの規定を設けた。2002 年法は、両親の合意に好意的であり、まず、両親が親権行使の態様と子の養育及び教育の分担について自主的に約定 (convention) し、この約定の認可のために裁判官に申立てをする (民法典 373-2-7 条) ⁹¹。家族事件裁判官は、約定の認可にあたって、子の利益が十分に考慮されていること、及び、約定が両親の自由な意思でなされたことを確認する (民法典 373-2-7 条)。両親に意見の不一致がある場合には、親又は検察官は、裁判官に親権行使の態様や子の養育及び教育の分担を裁定するよう申し立てる (民法典 373-2-8 条)。これらの規定は、2002 年法が、1970 年法による準則を修正し、新たに導入したものである。裁判官は、親権行使の態様について裁定する際に、両親が以前に従っていた慣行又は以前に行った合意、子の感情、親としての適性、子の年齢、社会的調査・反対調査、精神的・肉体的な圧力・暴力を考慮する (民法典 373-2-11 条 1 号から 6 号)。とりわけ、民法典 373-2-11 条 3 号に定められる親としての適性には、両親それぞれにとって、互いに、他方の親と子の関係を尊重すること (民法典 373-2 条 2 項) が重要な要素となる ⁹²。なお、裁判官は、裁定した親権行使の態様及び認可した約定を、親や検察官の請求に基づき、いつでも修正や補完をすることができる (民法典 373-2-13 条)。

さらに、家族事件裁判官は、親権行使の態様を裁定する前に、両親に自発的合意にたどり着けるよう、メディアシオン (médiation) ⁹³を受けることを勧めることができる。メディアシオンは、2002 年法により、親権法の領域に規定され (民法典 373-2-10 条)、離婚に関する 2004 年 5 月 26 日法律第 2004-439 号により、離婚法の領域にも規定された (民法典 255 条 1 号、2 号)。裁判官は、両親にメディアシオンの措置を提案し、両親の合意を得た後で、手続を進めるためのメディアトゥール (médiateur familial) を指名する (民法典 373-2-10 条 2 項)。そして、裁判官は、両親にメディアシオンの目的と手続について知らせてくれるメディアトゥールに会うことを命ずる (民法典 373-2-10 条 3 項)。なお、メディアシオンの両親の自発的合意を引き出す効果が着目され、前記の民法典 373-2-13 条の特例として、裁判官による親権行使

⁹⁰ 民事手続法典 1180-5 条は、面会場での訪問権行使の裁判官による取決めに関する 2012 年 11 月 27 日デクレ第 2012-1312 号により、新たに設けられた。

⁹¹ なお、離婚の際に、離婚の諸効果の一つとしての親権行使の態様を離婚の約定において定めることは、既に、前記の 1975 年法による離婚法の改正で規定が設けられていた (民法典旧 230、旧 232 条)。現行法においても、この離婚の約定の制度は維持されているが、後記のとおり、子に関する離婚の諸効果の規定は、2002 法の改正において、親権法の領域に移された。

⁹² Malaurie et Fulchiron, *op. cit.*, n°1617, 1626.

⁹³ フランスでは、1980 年代の終わりに、離婚や別居に関する紛争解決において、メディアシオンの手法が登場した。そして、1988 年 10 月に、フランス北西部のカーンで、メディアシオンを行う民間団体が現れた。その後、1990 年に、フランスにおいて、メディアシオンに関する第 1 回欧州会議が開かれ、この会議をきっかけに、フランスのメディアシオンの全国組織が設立された。

の態様又は子の養育及び教育の分担金に関する裁定や認定された約定の修正や補完には、メディアシオンの措置が前置され得ることが、試験的に実施されることとなった⁹⁴。

(2) 実態—共同親権、単独親権の割合

2003年に、司法省が、2002年法による改正後の父母の離別後の親権行使の実態を知るために家族事件裁判官に対してアンケート調査を行った。これによると、離婚による離別の場合は98.1%、非婚カップルの離別の場合は93.0%において、父母の離別後に親権が共同行使されている。残りは親権が単独行使されている場合である⁹⁵。以下に、詳細を検討する。

まず、離婚による離別の場合、親権行使に関係のある離婚事件2,306件のうち、親権を共同行使するのは2,262件(98.1%)、親権を単独行使するのは42件(1.8%)、他の態様が2件(0.1%)である。さらに、親権を単独行使する42件の父母の内訳は、母が39件(親権の単独行使のうち93.0%)、父が3件(7.0%)である。そして、子の居所について、離婚判決により、母のもとに定められるのが78.5%(有責離婚の場合では母のもとは83.1%)、父のもとに定められるのが7.1%、父母の居所に交替で定められるのが11.5%(合意離婚の場合では交替居所は16.1%)、その他が2.9%である。また、子ごとで父の居所と母の居所とに分かれるのは5.0%である。子の年齢と子の居所には相関関係がみられる。すなわち、子の年齢が高くなると、父のもとに子の居所が定められる割合が増える傾向にあり、2歳未満の子は3.0%であったのが、14歳から18歳の子は11.0%と増えている。そして、交替居所は、7歳から8歳の子が最も多く、13.0%である。

次に、非婚カップルの離別の場合、親権行使に関する事件1,402件のうち、93.0%が離別後も親権を共同行使する。そして、残りの7.0%は、親権を単独行使する場合である。親権を単独行使する父母の内訳は、母が6.0%であり、残りが父(1,402件のうち9件)及び子ごとに異なる扱い(1,402件のうち3件)である。そして、子の居所について、母のもとに定められるのが83.8%、父のもとに定められるのが7.8%、父母の居所に交替で定められるのが6.6%、その他が1.8%である。子の年齢と子の居所の相関関係は、離婚による離別の場合と同様にみられる。やはり、子の年齢が高くなると、父のもとに子の居所が定められる割合が増える傾向にある。2歳未満の子は90.0%が母のもとに居所を定められているが、この割合は、2歳から7歳では交替居所の増加に反比例して低下する。5歳の子は10.0%が交替居所を定められている。8歳から9歳の子は、しばしば母のもとから父のもとへの居所の変更又は交替居所への変更をなされる。そして、子が10歳になった時点で、父のもとに子の居所が定められる割合が、交替居所の割合を追い抜く。

⁹⁴ この試験的な実施は、2011年12月13日法律第2011-1862号15条により定められ、国璽尚書・司法大臣による2013年5月16日アレテが公布されてから2014年12月31日までの間、ボルドーとアラスの大審裁判所において行われる。

⁹⁵ Laure Chaussebourg et Dominique Baux, *L'exercice de l'autorité parentale après le divorce ou la séparation des parents non mariés*, Ministère de la Justice, 2007.

(3) 子の連れ去り

両親の離別後、原則として、親権は共同行使となるが、子の居所は、交替居所とされる場合と、両親の一方のもとに定められる場合があり、後者の場合には、他方に訪問権が付与される（民法典 373-2 条 1 項、373-2-9 条）。そして、例外的に、親権が単独行使されることがあるが（民法典 373-2-1 条 1 項）、この場合であっても、親権を行使しない親には、重大な事由がない限り、訪問権及び宿泊させる権利が認められ（民法典 373-2-1 条 2 項）、さらに、子の養育及び教育を監督する権利及び義務も定められる（民法典 373-2-1 条 5 項）。この監督権の結果として、親権を行使しない親は、子の生活に関する重大な選択を通知される（民法典 373-2-1 条 5 項）。以上のように、両親の離別後の親権行使と子の居所の状態は様々であるが、いずれの場合であっても、子と同居する親は、親権行使の態様に変更をきたすような転居をする際には、他方の親へ、事前かつ適時に転居を知らせなければならないとされる（民法典 373-2 条 3 項）。なぜなら、一般規定として、両親それぞれが、互いに、子との身上の関係を維持し、他方の親と子の関係を尊重しなければならないことが定められるからである（民法典 373-2 条 2 項）⁹⁶。転居について、両親に意見の不一致がある場合には、両親の一方は、家族事件裁判官に裁定を申し立てることができる（民法典 373-2 条 3 項）。裁判官は、子の利益に従って転居を裁定するのであるが、子の移動の費用についての両親の分担額を定め、その結果に応じて、子の養育及び教育の両親の分担額を調整する（民法典 373-2 条 3 項）。

もし、両親の一方が他方の親に転居を知らせることなく、子を連れ去れば、前記のとおり、その後の親権行使の態様の裁判官による裁定において不利になることがある。なぜなら、他方の親と子の関係を尊重できない親は、親としての適性（民法典 373-2-11 条 3 号）に欠けると判断されるからである。前記の破毀院第 1 民事部 2006 年 7 月 4 日判決では、両親の離別後に親権の共同行使が採られており、子の居所は父のもとに、母には訪問権と宿泊させる権利が付与されていたが、母は、父に住所を告げずに勝手に子を連れ出して転居した。母は、子の居所を自己のもとに変更することを求め、原審の控訴院により認められたが、破毀院は、これを破棄し、子の居所を父のもととした。

そして、子を勝手に連れ去った親には、民事上の制裁だけでなく、刑事罰も用意されている。子の居所が指定されているのに子を引き渡さない場合には⁹⁷、1 年の拘禁刑及び 15,000 ユーロの罰金が科される（刑法典 227-5 条）。また、子の引渡しの履行の強制のためには、裁判官により、間接強制金であるアストラントが課され得ることもある⁹⁸。さらに、子を転居させたのに、訪問権を有する他方の親に 1 ヶ月以内に転居を知らせない場合には、6 ヶ月の拘禁刑及び 7,500 ユーロの罰金が科される（刑法典 227-6 条）。

国境を越えた転居にも制限がある（民法典 373-2-6 条 3 項、375-7 条 7 項）⁹⁹。このような

⁹⁶ Malaurie et Fulchiron, *op. cit.*, n°s1617, 1622, 1626.

⁹⁷ 子と同居する親が、他方の親が訪問権を行使する際に、子と会わせないようにする場合にも、子の引渡し拒否として、刑法典 227-5 条が適用される。

⁹⁸ 色川・前掲注 85) 274、275 頁

⁹⁹ 国境を越えた転居の制限は、両親それぞれと子との関係の維持のために（民法典 373-2-6 条 2 項）、ある

転居の制限は、パスポートへ記載されていたが¹⁰⁰、2010年法により、大審裁判所検事正 (procureur de la République)¹⁰¹による捜査人リスト (fichier des personnes recherchées)¹⁰²に記載されることとなった (民法典 373-2-6 条 3 項、375-7 条 7 項)¹⁰³。なお、フランスは、子の奪取に関するハーグ条約 (Convention de la Haye) を 1983 年に批准しており、国境を越えた子の連れ去りについては同条約が適用され、大審裁判所の家族事件裁判官が急速審理により裁定する (民事手続法典 1210-4 条、1210-5 条)。子の返還が任意になされない場合、子の返還の判決の執行には、大審裁判所検事正が権限¹⁰⁴をもつ (民事手続法典 1210-6 条から 1210-8 条)。

(4) 親権の制限—親権の取上げ、委譲

前記のとおり、両親の婚姻の存否あるいは離別の前後にかかわらず、親権は、両親に帰属し (民法典 371-1 条 2 項)、共同で行使される (民法典 372 条 1 項、373-2 条 1 項)。例外的に、父母の離別後に、子の利益のために、家族事件裁判官により親権の単独行使が命じられることがある (民法典 373-2-1 条 1 項)。また、両親が非婚の場合に、両親の一方との親子関係が立証された子について、他方の親が子の出生から 1 年を超えて親子関係の立証をした場合には、親権は、最初に親子関係を立証した親により単独行使される可能性がある (民法典 372 条 2 項)。そして、これら以外でも親権が単独行使されることがある。それは、親権が全面的に任意委譲あるいは強制委譲された場合 (民法典 377 条)、親権が取り上げられる場合 (民法典 378 条、378-1 条)、一方の親が意思能力を失った場合 (373 条)、一方の親の死亡の場合 (民法典 373-1 条)¹⁰⁵、判決の効力で親権の帰属又は行使が制限される場合 (民法典 373-3 条 1 項)¹⁰⁶、である。これらの場合のように、一方の親の親権行使が奪われている場合には¹⁰⁷、他方の親により、親権は単独で行使される (民法典 373-1 条)。以下に、親権が制限される原因との関係から、親権が単独行使とされる場面のなかでも、両親の一方あるいは双方の親権の行使あるいは帰属と行使の両方が制限を受ける場面—両親の離別、親権の委譲、親権の取上げ—について検討する。

いは、育成扶助の措置 (民法典 375-2 条、375-3 条、375-5 条) の実行のためになされる。

¹⁰⁰ パスポートへの記載は、フランスの裁判官は、外国籍の子には権限をもたず、また、パスポートが IC の場合に対応できないため、廃止された。長谷川・前掲注 86) 66 頁。

¹⁰¹ 各大審裁判所に 1 名配置された検事局の代表である。山口俊夫『フランス法辞典』(東京大学出版、2002) 461 頁。

¹⁰² 捜査人リストは、人が行政上又は司法上の捜索の措置の対象とされることを目的とするものである。2011 年 3 月 14 日法律第 2011-267 号により刑事訴訟法典に規定が設けられた (刑事訴訟法典 230-19 条)。裁判所の決定により、捜査人リストに登録される (同条)。

¹⁰³ DV に対応するための 2010 年法は、強制婚姻も本文後記の DV の場合の保護命令の対象としたため、強制婚姻などで出国させられそうな場合、本人の申立てにより、裁判官は、一時的な出国の禁止を捜査人リストに登録することができる (民法典 513-13 条)。長谷川・前掲注 86) 64、65 頁。

¹⁰⁴ 執行についての民事手続の改正に関する 1991 年 7 月 9 日法律第 91-650 号の適用による。

¹⁰⁵ 両親ともに親権を行使できなくなれば後見が開始する (民法典 373-5 条)。

¹⁰⁶ とても例外的な場合に適用される。例えば、裁判官が、認知の対象とされた子を、認知は無効となったが、子の母から認知をした男性に託す場合などである。Murat, *op. cit.*, n°s 234.101, 234.102.

¹⁰⁷ 無能力、不在により、意思表示ができない親は親権行使を奪われる (民法典 373 条)。

親権が単独行使されることになる原因とは、アルコール中毒、子への暴力、子の連れ去りの危険一特に国境を越えた子の連れ去り一、性的虐待 (abus sexuel) のおそれ、問題行動、子に対する無責任、子に心的外傷を与える教育方法、子に有害な宗教への帰属、長期間の子との交流の欠如などである¹⁰⁸。

親権の制限を引き起こす原因は様々であるが、原因それ自体が、子の利益に対する重大な侵害となるものもあれば、程度により扱いが変わるものもある。原因自体が重大あるいは程度が重い、かつ、原因が後記の親権の取上げの要件に該当するのであれば、親権の行使だけでなく帰属まで失わせる親権の取上げがなされることになる¹⁰⁹。

親権の取上げは、親権の帰属自体を喪失させるものであり、親権から生ずる子に関する権利を失う (民法典 379 条)。また、親権の取上げには、刑事判決による場合と民事判決による場合がある。まず、刑事判決による場合について、子の身上に対して犯された重罪又は軽罪の正犯又は共同正犯あるいは共犯、子により犯された重罪又は軽罪の共同正犯又は共犯、一方の親の身上に対して犯された重罪¹¹⁰の正犯又は共同正犯あるいは共犯として有罪を受けた親は、親権を全面的に取り上げられる (民法典 378 条 1 項)。次に、民事判決による場合について、刑事判決による場合以外で、虐待 (mauvais traitements)、アルコールの常習的かつ過度な摂取、麻薬使用、明白な不品行、違法な行為、子への配慮の欠如、指導不足により、子の安全、健康、精神に明白な危険をもたらす親は、親権を全面的に取り上げられる (民法典 378-1 条 1 項)。そして、後記の育成扶助の措置に付されている子について、通信権、訪問権、宿泊させる権利を 2 年間行使しない親は、親権を全面的に取り上げられる (民法典 378-1 条 2 項)¹¹¹。この民事判決による親権の取上げは、検察官、家族の構成員、子の後見人によりなされる (民法典 378-1 条 1 項)。前記の親権の制限を引き起こす原因の中で、アルコール中毒、子への暴力、性的虐待の虞、問題行動、子に対する無責任、子に心的外傷を与える教育方法、子に有害な宗教への帰属、長期間の子との交流の欠如は、いずれも親権の取上げの原因となり得る。とりわけ、性的虐待については、強姦や性的攻撃を理由とする刑事判決の場合には、親権の取上げは、必ずなされなければならないとされるが (民法典 378 条、刑法典 222-31-2 条)、刑事判決を受けなくとも、民事判決により、子に明白な危険がある場合には、民事判決による親権の取上げがなされる (民法典 378-1 条 1 項)。前記のアミアン控訴院 2003 年 5 月 28 日判決では、父が娘に対する反復の性的攻撃により有罪判決を受けたため、親権は、母により単独行使するとされた。この当時、親権者の子の身上に関する有罪判決は、必然的な親権の取上げの対象とはなされていなかったため、この控訴院判決では、父は親権の行使を奪われただけであったが、刑事上の違反の再犯の取扱いに関する 2005 年 12 月 12 日法律第 2005-1549 号により、親権者の

¹⁰⁸ Malaurie et Fulchiron, *op. cit.*, n°1616.

¹⁰⁹ 司法統計によると、2010 年の事件数は、委譲は 3,267 件、取上げは 235 件であった。Ministère de la Justice, *op. cit.*.

¹¹⁰ 一方の親の身上に対して犯された重罪については、本文後記の DV に対応するための 2010 年の法改正で規定された。なお、DV 被害者の保護命令の制度が、同じく 2010 年の法改正で民法典に導入された。

¹¹¹ 親権の取上げから 1 年が経過すれば、取り上げられた親権を復権させることができる。(民法典 381 条 2 項)。

子への強姦 (viol) あるいは性的攻撃は、必然的な親権の取上げ (民法典 378 条 1 項) の対象となると改正されたため、現在の規定に従えば、このような事案では、親権の取上げがなされることとなる。

また、前記の親権の制限を引き起こす原因がある場合に、原因によっては、親権の強制委譲による対応も可能である。親権の委譲とは、親権の行使を第三者に委ねるものであり、一部又は全部の委譲がある。また、委譲には、任意的な委譲と強制的な委譲の二つが用意されている。任意委譲は、それを必要とする状況がある場合に、両親の申立てにより行われ得るもので (民法典 377 条 1 項)、強制委譲は、親の子に対する明白な無関心の場合、あるいは、親権の一部又は全部を行使することが不可能な場合に、第三者の申立てにより行われ得る (民法典 377 条 2 項)。任意委譲は、両親が海外出張のために長期で不在となるような場合に、子の祖父母に親権行使を委譲するような場面が想定される。強制委譲は、子の虐待のような場面が想定されるが、実際には、子の虐待の場面において委譲はあまり使われていないようである¹¹²。さらに、委譲制度には、2002 年の法改正時に、分担委譲が導入された (民法典 377-1 条)。分担委譲は、親権行使に第三者を参加させるものであり¹¹³、再婚家庭における継親の継子に関する親権行使への参加が主として想定される場面である。分担委譲は、子の教育の必要のために行われ、親権を行使する全ての親の同意を必要とし (民法典 377-1 条 1 項)、判決により生じる (民法典 377-1 条 1 項)。分担委譲では、第三者と親権者は、親権を共同行使することになるが、親権者は、親権の帰属はもちろんのこと、その行使についても奪われることはない。

前記の親権の制限を引き起こす原因が、その重大さや程度において、親権の取上げや親権の強制委譲の要件を満たすまでいかなくとも、親としての資質を著しく欠くなどして、子の利益を損なう場合には、両親の離別の際に、裁判官は、親権の単独行使を命ずる (民法典 373-2-1 条 1 項)。破毀院第 1 民事部 2004 年 6 月 8 日判決¹¹⁴では、数ヶ月にわたって子と交流しなかった父が、子の母の入院を機に親権を単独行使することとなったが、父が子を母から乱暴に引き離したことから、父は子の監護者としての配慮に欠け、親権行使の能力について分別と正常さにも欠けるとされ、母が親権を単独行使するとされた。また、前記の親権の制限を引き起こす原因のなかでも、子の連れ去りは、前記のとおり、裁判官による親権行使の態様の裁定の際に、親としての適性 (民法典 373-2-11 条 3 号) を欠くとして不利に働き得る。とりわけ、国境を越えた子の連れ去りの危険がある場合には、親権は単独行使とされ得る¹¹⁵。なお、親権が単独行使されることはまれで、前記の 2003 年の司法省のアンケート調査によると、離婚に

¹¹² 久保野恵美子「海外制度調査報告書 (イギリス及びフランス)」法務省『児童虐待防止のための親権制度の見直しの必要性及びその内容に関する調査研究報告書』(2010) 13 頁

¹¹³ Dekeuwer-Défossez, *op. cit.*, pp.93, 94. なお、分担委譲の制度が導入される以前から、親が、第三者に、子の学校への送迎、病院への付添い、学校への登録手続などを委任 (mandat) することは、実際によく行われてきた。しかし、子の教育 (éducation) と監督に関する行為を、継親が親に代わり行うことを許す法的な委任は、実定法には存在しない。Rebourg, *op. cit.*, p.30, n°39,40. そして、前記の 2014 年 4 月 1 日に国民議会により示された法案において、子の日常的な教育の委任を継親に認めることが提案される。

¹¹⁴ Cass.civ., 8 juin 2004, n°01-13840.

¹¹⁵ Murat, *op. cit.*, n°234.72.

よる離別の場合では 1.9%、非婚カップルの離別の場合では 7.0%しかない。

さらに、親権の制限を引き起こす原因があっても、裁判官は、いきなり親権を単独行使とするのではなく、育成扶助の制度による段階的な対応をすることも可能である。前記の親権の制限を引き起こす原因のなかでも、子への暴力、子への性的虐待のおそれ、子に対する無責任、子に心的外傷を与える教育方法は、前記のとおり、親権の取上げあるいは親権の強制委譲の要件にも該当し得るが、これらの制度ではなく、育成扶助 (assistance éducative) の制度により、子を保護することも可能である。

子の虐待などにより、子が危険な状態にある場合には、児童裁判官¹¹⁶は、育成扶助の措置を適用して、子を保護することができる (民法典 375 条から 375-9 条)。育成扶助の措置は、懲戒権に代えて¹¹⁷、1958年12月23日オルドナンス第58-1901号により民法典に設けられた制度であるが、現在では、この育成扶助の措置は、子の虐待の場面で中心的役割を果たしている¹¹⁸。児童裁判官は、育成扶助の措置を、子を親の家庭にとどめながら行うか (民法典 375-2 条 1 項)、子を第三者に委ねて行うか (民法典 375-2 条 2 項)、を選択する。育成扶助の措置は、親権の制限を目的とするものではなく、親権者は、親権の帰属も行使もそのまま保持するが (民法典 375-7 条 1 項)、措置の反射的効果として、親権の制限を受ける¹¹⁹。とりわけ、子が第三者に委ねられる措置の場合がそうである。なお、子が第三者に委ねられている場合に、親の子への明白な無関心や親権行使の不可能性があれば、強制委譲の措置が適用されることもある (民法典 377 条 2 項)。また、明白な無関心が 1 年にわたって続けば、親権の帰属を喪失させ、両親の同意なく行い得る養子縁組に繋がる遺棄宣告も可能となる (民法典 350 条)。

さらに、子が第三者に委ねられる場合であっても、親には、通信権、訪問権、宿泊させる権利が認められる (民法典 375-7 条 4 項)。育成扶助制度下での訪問権については、2007 年の法改正により、裁判官が、子が委ねられた施設が指定する第三者の立会いのもとでのみ、訪問権の実行を命ずることも可能になった (民法典 375-7 条 4 項)。なお、前記のとおり、育成扶助の措置に付されている子について、親が、通信権、訪問権、宿泊させる権利を 2 年間行使しない場合には、親権の取上げがなされる (民法典 378-1 条 2 項)。

¹¹⁶ 育成扶助の制度では、児童裁判官が事件を担当する (民事手続法典 1181 条、司法組織法典 L.252-2 条)。Guinchard, *op. cit.*, n°122.692.

¹¹⁷ 稲本・前掲注 13) 91-105 頁

¹¹⁸ 久保野・前掲注 112) 5 頁、15 頁

¹¹⁹ 居所指定権 (民法典 371-3 条) が制限を受ける。久保野恵美子「親権に関する外国法資料 (1) —フランス法、イギリス法」大村敦志・河上正二・窪田充見・水野紀子編『比較家族法研究-離婚・親子・親権を中心に』(商事法務、2012) 396 頁。前記のとおり、国境を越えた転居の制限は、育成扶助の措置に付されている子も対象となる (民法典 375-7 条 7 条)。

III. 周辺事項

1. 離婚手続と子に関する取決め

フランスでは、民法典に四つの離婚方式—合意離婚（従来の協議離婚）、認諾離婚、破綻離婚、有責離婚—が定められている¹²⁰。全ての方式に裁判官が関与し、手続は弁護士が行うことが義務づけられる（民法典 250 条、251 条）。なお、離婚手続の弁論は、非公開である（民法典 248 条）。なお、離婚に至る前に夫婦が別居する場合、フランスでは、事実上の別居ではなく、同居義務を終了させる効果をもつ法的な別居の制度が用意されている（民法典 299 条）。法的な別居が宣告されても、婚姻が解消されるわけではないが、同居義務が終了するため、後記の離婚の諸効果の規定が準用される（民法典 304 条）。

合意離婚は、夫婦間で離婚及び親権や養育費などの子のことも含めた離婚の諸効果（民法典 263 条以下）全てに合意が成立している場合になされ得る離婚方式である（民法典 230 条以下）。合意離婚については、他の方式と比べると、手続が簡素化されている。合意離婚を希望する夫婦は、夫婦共通あるいは夫婦それぞれの弁護士を通じて、離婚の諸効果に関する約を作成し、これを添えて¹²¹、管轄¹²²の大審裁判所の書記課に離婚の申立てを行う（民事手続法典 1090 条から 1092 条）。家族事件裁判官は、夫婦を最初は別々に、その後は一緒に審問し（民法典 250 条 2 項）、離婚意思が真意であり、自由かつ明白になされ、約定の内容が夫婦それぞれの利益及び子の利益を考慮しているかを審理し、これらが確認できれば、裁判官は、約定を認可し、離婚を宣告するが（民法典 229 条、232 条 1 項、民事手続法典 1099 条）、確認できなければ、約定の認可を拒否し、離婚を宣告しない（民法典 232 条 2 項、民事手続法典 1100 条 1 項）。後者の場合、夫婦は 6 ヶ月以内に新たな約定を提出し得る（民法典 250-2 条 2 項、民事手続法典 1100 条 2 項）。そして、新たな約定を提出する場合に、必要があれば、裁判官は、夫婦及び子の生活に関する仮の措置を命じる（民法典 250-2 条 1 項・254 条・255 条、民事手続法典 1100 条 4 項）。夫婦が新たな約定を提出しない、あるいは、新たな約定が認可されなかった場合には、離婚の申立ては失効する（民法典 250-3 条、民事手続法典 1101 条）。なお、認可された約定は、判決と同一の効力を有し（民法典 279 条 1 項）、その変更は、認可を受けた新たな約定によらなければならない（民法典 279 条 2 項）。子についての離婚の諸効果は、親権法の領域の規定に従って定められる（民法典 286 条・371 条以下）¹²³。

¹²⁰ 本節では、田中通裕「注釈・フランス家族法（6）」法と政治 63 巻 2 号 201 頁（2012）、田中通裕「注釈・フランス家族法（7）」法と政治 63 巻 3 号 79 頁（2012）、田中通裕「注釈・フランス家族法（8）」法と政治 63 巻 4 号 133 頁（2013）、田中通裕「注釈・フランス家族法（9）」法と政治 64 巻 1 号 119 頁（2013）を参照した。

¹²¹ 夫婦に財産があれば、財産の清算に関する公証人による公署証書も添えられる（民事手続法典 1091 条）。

¹²² 離婚については、夫婦の住所地、夫婦が別居していれば、合意離婚であれば夫婦の選択した一方の住所地、他の離婚手続であれば被告の住所地の大審裁判所が管轄し（民事手続法典 1070 条）、家族事件裁判官が事件を担当する（司法組織法典 L. 213-3 条）。Guinchard, *op. cit.*, n°s 122.93, 122.621, 122.622, 122.641.

¹²³ 離婚の諸効果に関する約定（民法典 250-1 条）には、夫婦に関する離婚の諸効果（離婚後の氏、居所、離婚給付、夫婦財産の清算、贈与、租税、離婚費用、家族手当）だけでなく、未成年の子に関する諸離婚の

認諾離婚、破綻離婚、有責離婚の場合、まず、弁護士により、離婚理由を付さない最初の離婚申請がなされる（民法典 251 条、民事手続法 1106 条）。そして、家族事件裁判官による勸解（conciliation）の試みが行われ（民法典 252 条、民事手続法 1071 条 1 項）¹²⁴、勸解の期日に夫婦及び子の生活に関して仮の措置が命じられる（民法典 254 条、民事手続法 1117 項）。子に関する仮の措置は、親権法の領域の規定に従って定められる（民法典 256 条・371 条以下）。また、勸解の審問の際に、裁判官は、メディアシオンについて当事者に情報提供し、夫婦がメディアシオンを望むのであれば、その手続を進めるメディアツールを指名する（民法典 255 条、民事手続法 1071 条 2 項）。勸解が不調に終わり、その命令から 3 ヶ月以内であれば、最初の離婚申請を行った夫婦の一方は、離婚の審理を開始し得る（民法典 257-1 条、民事手続法典 1113 条 1 項）¹²⁵。

離婚の審理が開始される際に離婚理由が付され、次の三つの離婚方式に分かれる。認諾離婚は、離婚自体には合意しているが、離婚の諸効果について意見の不一致がある場合になされ得る離婚方式である（民法典 233 条以下、民事手続法典 1123 条 1 項）。裁判官は、夫婦が離婚に自由に合意したか審理し、これが確認できれば、裁判官は離婚を宣告し、離婚の諸効果を定める（民法典 229 条、234 条、民事手続法典 1123 条 2 項）。破綻離婚は、2 年以上の別居という客観的事由により離婚が宣告され得る離婚方式である（民法典 229 条、237 条、238 条、民事手続法典 1126 条）。有責離婚は、婚姻の義務（devoir）及び責務（obligation）¹²⁶への違反が重大かつ反復的である有責事由一不貞行為、扶助義務違反、婚姻費用分担義務違反、DV、アルコール・薬物中毒、過度の宗教活動・組合活動、侮辱・敵対・攻撃、性交渉の拒否、不妊治療の拒否¹²⁷—があり、それが共同生活の維持を耐え難くする場合に、離婚が宣告され得る離婚方式である（民法典 229 条、242 条、民事手続法典 1128 条）。なお、夫婦双方に有責事由がある場合には、一方が離婚を申し立てれば、他方による反訴が可能であり、双方の有責事由による離婚が宣告され得る（民法典 245 条）。

効果（親権行使、居所、訪問権・宿泊させる権利、養育・教育の分担）も記載される。Francis Lefebvre et Jérôme Casey, *Divorce, Les procédures, Les conséquences: enfants, patrimoine, impôts, prestations sociales*, 2009, n^{os} 41, 51. しかし、子に関する離婚の諸効果については、本文前記の 2002 年の法改正により親権法の領域に規定が移され、現在は、親権法の規定が準用されるため（民法典 286 条・371 条以下）、両親は、親権行使の態様、子の養育及び教育の分担についてのみの約を作成し、裁判官の認可を受けることもできると解される（民法典 373-2-7 条）。また、本文前記のとおり、離婚の諸効果に関する認可された約の変更は、新たな約を作成し、認可を受ける必要があるが（民法典 279 条）、約定中の、親権行使の態様、子の養育及び教育の分担に関する条項は、親又は又は検察官の申立てに基づいて、裁判官により、いつでも修正又は又は補完され得る（民法典 286 条・373-2-13 条）。Murat, *op. cit.*, n^{os} 131.81, 234.61.

¹²⁴ 勸解は伝統的には離婚を抑制しようとする制度である。合意離婚以外の離婚の場合、申立てがなされると、最初に勸解が行われる。実際の勸解の手続では、裁判官が最初に離婚意思があるか確認するのみであり、勸解が果たす機能は、和合を図るのではなく、離婚手続の期間中の暫定的な手続を決めるものとなっている。水野紀子「フランスにおける離婚事件処理手続」家族（社会と法）21 卷 91 頁（2005）。

¹²⁵ 勸解不調の命令から 30 ヶ月以内に、再度の勸解となるか、離婚の審理が開始されなければ、仮の措置は失効する（民事手続法 1113 条 2 項）。

¹²⁶ 婚姻の義務は、民法典の第 1 編「人」の第 5 章「婚姻」の第 6 節「夫婦各々の義務及び権利」に定められた相互的な尊敬、貞操、扶助、協力、婚姻費用分担などの義務であり、責務は、第 5 節「婚姻から生ずる責務」に定められた子の養育及び教育についての責務、子から親や尊属への扶養義務などである。

¹²⁷ 田中「注釈・フランス家族法（6）」・前掲注 120）213、214 頁

以上の三つの離婚方式の場合、離婚が宣告されるときに、家族事件裁判官により離婚の諸効果も命じられるが、これらの離婚方式の場合でも、夫婦は、離婚手続中いつでも、離婚の諸効果に関する約を作成し、裁判官の認可を求めることができる（民法典 268 条 1 項）。子についての離婚の諸効果は、前記のとおり、親権法の領域の規定に従って定められる（民法典 286 条・371 条以下）。裁判官は、夫婦及び子の利益が保護されることが確認できれば、約を認可し、離婚を宣告する（民法典 268 条 2 項）。また、離婚に合意し、離婚の諸効果に関する約を作成し、合意離婚に転換することを求めることができる（民法典 247 条）。なお、以上の離婚請求が確定的に棄却されるときにも、裁判官は、必要があれば、夫婦の居所、親権行使の態様について定めることができる（民法典 258 条）。

2. 訴訟手続における子の意思の尊重

子の意思の尊重に関しては、1987 年の法改正時に、離婚の際の親権に関する裁定の際に、裁判官は、子によって表明された感情を聴聞し得る旨の規定が設けられた（民法典旧 290 条 3 号）。しかし、当時の規定によると、子が 13 歳未満であれば、聴聞が必要と思われ、かつ、聴聞が子に不都合をもたらさないときにしか、子の感情は聴聞されなかった。子が 13 歳以上であれば、聴聞は特別に理由を付した裁判によってしか排斥されないとされていた。そして、前記の 1993 年の法改正で、子の聴聞の規定が、民法典の第 1 編「人」の第 10 章「未成年者と未成年解放」の第 1 節「未成年者」に置かれ、子は、自己に関するあらゆる訴訟手続において、意見を聴聞され得ることとなった（民法典 388-1 条、民事手続法典 338-1 条）。この改正により、一定の判断能力をもつ未成年者は、年齢にかかわらず¹²⁸、裁判官あるいは裁判官が選任した者から自己に関するあらゆる訴訟手続において意見を聴聞され得るようになった。前記のとおり、両親の離別後の親権行使の態様について、裁判官が裁定をする際の考慮要素の一つとして¹²⁹、子の感情が規定されるが（民法典 373-2-11 条 2 号）、聴聞により裁判官は子の感情を知ることができる¹³⁰。さらに、前記の 2007 年の法改正で、子の意見の聴聞は、子の利益のために必要があれば行われるという聴聞の実施の基準が設けられた（民法典 388-1 条 1 項）。そして、子が意見の聴聞を求めるときには、聴聞は子の権利となり、子が聴聞を拒むときには、裁判官は、それが正当な事由によるものであるか審理する（民法典 388-1 条 2 項、民事手続法典 338-4 条）。さらに、子は、聴聞を、単独で、又は、弁護士又は別の選任された者と共に行われる（民法典 388-1 条 2 項、民事手続法典 338-6 条 2 項）。裁判官は、聴聞の権利及び聴聞の際の弁護士による援助を受ける権利の通知を子に保障する（民法典 388-1 条 3 項）¹³¹。

¹²⁸ 他方で、子の氏名の変更、養子縁組についての子の同意年齢は 13 歳である（民法典 60 条 2 項、61-3 条、345 条 3 項）。

¹²⁹ 裁判官は、子の意見に拘束はされない。Maurie et Fulchiron, *op. cit.*, n°1619.

¹³⁰ Maurie et Fulchiron, *op. cit.*, n°s1619, 1626; Adeline Gouttenoire, *L' enfant et les procédures relatives à l' autorité parentale*, Dr. fam., avril 1998, p.5.

¹³¹ 子が弁護士の援助を受けることを希望する場合に、子が弁護士を選任しなければ、裁判官が、弁護士会会長による弁護士の選任を要請する（民事手続法典 338-7 条）。

3. DVの被害者に対する保護命令

フランスで、DVへの最初の法的対処は、1992年7月22日法律第92-683号による刑法典改正である¹³²。これにより、夫婦及び内縁カップルの間でのDVに対する刑事罰は、通常より加重して罰せられることとなった。その後、民法典においては、前記の離婚に関する2004年法により、DVに対して、家族事件裁判官による急速審理の手続が規定された（民法典旧220-1条3項）。この急速審理により、DVの場合には、家族事件裁判官が、緊急的な措置として、夫婦の別居を命じ、夫婦の住居の用益権をDVの被害者に与え、必要があれば、親権行使の態様や婚姻費用得の分担を命ずることが可能となった。そして、2005年12月12日法律第2005-1549号により、刑事手続法典では、大審裁判所検事正が、夫婦間又は内縁カップル間でのDV及び子への暴力の加害者に対して、住居からの退去、立入りの禁止、接近の禁止を求めることができるようになった（刑事手続法典旧41-1条6号）¹³³。さらに、カップル間の暴力又は未成年者に対する暴力の防止及び抑制の強化に関する2006年4月4日法律第2006-399号より、刑法典では、刑罰の重罰化の対象及び接近禁止の対象の範囲がPACSのカップル、及び、かつての夫婦、かつての内縁又はPACSのカップルにまで拡大され（刑法典132-80条など）、夫婦間の強姦と性的攻撃が明文化（刑法典222-22条2項）されるなどした。また、2006年法により、民法典では、夫婦間の基本的な義務一貞操、扶助、協力—に、「尊敬（respect）」が加えられた（民法典212条）。

そして、DVの場合を想定して、前記の訪問権の規定の一部や親権の取上げの規定の一部などを改正した2010年法は、民法典の第1編「人」に第14章「暴力の被害者の保護の措置」を新設し（民法典515-9条から515-13条、民事手続法典1136-3条から1136-13条）、DVの場合の保護命令（ordonance de protection）¹³⁴を規定した。これに伴い、前記の急速審理の規定である民法典220-1条3項は削除され、その内容は新規規定に引き継がれた。2010年法は、①暴力の被害者の保護、②女性に対する暴力の予防、③暴力の抑止、の三つの柱からなる¹³⁵。保護命令は、配偶者、内縁又はPACSのパートナー、あるいは、かつての配偶者、かつての内縁又はPACSのパートナーからの暴力—身体的暴力、心理的暴力¹³⁶—により、被害者とその子が

¹³² 本節では、神尾・前掲注86)122頁、長谷川・前掲注86)122頁のほか、神尾真知子「フランスにおけるドメスティック・バイオレンスの現状と法的対応」日本法政学会創立五十周年記念論文集編集委員会編『現代法律学の課題』（成文堂、2006）393頁を参照した。

¹³³ 本文後記の2006年の法改正において、住居からの退去、立入りの禁止、接近禁止の対象がPACSのカップルのDVの場合にまで拡大された（刑事手続法典41-1条6号）。

¹³⁴ 司法統計によると、2010年10月1日から2011年5月1日までの7ヶ月において、122の大審裁判所において、854件の申立てがあり、584件の保護命令が発せられた。Guy Geoffroy et Danielle Bousquest, *Rapport d'information, sur la mise en application de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2012*, p.12.

¹³⁵ 長谷川・前掲注86)51頁

¹³⁶ Lefebvre et Casey, *op. cit.*, n° 133. なお、民法典515-9条は、対象となる暴力について、言及していない。

危険な状態にある場合に、家族事件裁判官が発する（民法典 515-9 条、515-10 条）。

DV の被害者に保護命令が発せられる際に、裁判官は、加害者に対して、被害者への接近及び連絡の禁止、武器の所持の禁止を命ずることができる（民法典 515-11 条 1 号 2 号）。さらに、裁判官は、夫婦、内縁又は PACS のカップルが別居することを命じ、この際に住居の用益権を DV の被害者に与えることができる（民法典 515-11 条 3 号 4 号）。そして、親権行使の態様、必要があれば、夫婦間の婚姻費用の分担や PACS のカップル間の金銭的援助や、子の養育と教育の分担についても定めることができる（民法典 515-11 条 5 号）。DV で別居する際に、被害者は、転居することになっても、加害者に住所や居所を示すことは免除される（民法典 515-11 条 1 号 6 号、民事手続法典 1136-5 条）。なお、前記のとおり、通常の別居の場合は、両親の一方のもとに子の居所が定められたとしても、子と同居する親は、他方の親に事前かつ適時に転居を知らせなければならず（民法典 304 条・286 条・373-2 条 3 項）、他方の親が訪問権を行使し得る親であれば、この親に 1 ヶ月以内に転居を知らせなければ、6 ヶ月以内の拘禁刑及び 7,500 ユーロの罰金が科される（刑法典 227-6 条）。

さらに、DV の場合であっても、DV の加害者の訪問権は必ずしも否定される訳ではない。前記のとおり、DV の場合に訪問権が行使されるときには、訪問権の行使及び一方の親から他方の親への直接の子の引渡しは面会場で行われうる（民法典 372-2-1 条 3 項、4 項、373-2-9 条 3 項、4 項）。とりわけ、子の引渡しについて、裁判官は、安全性を保障することが定められる（民法典 372-2-1 条 4 項、373-2-9 条 4 項）。もし、訪問権の行使が子の利益に反するようなことがあれば、親又は検察官の申立てに基づいて、裁判官は、いつでも措置の修正又は取消しをすることができる（民事手続法典 1180-5 条 2 項）。そして、面会場の運営者は、訪問権の措置の実行に困難があれば、直ちに急速審理の申立てができる（民事手続法典 1180-5 条 3 項）。

保護命令に従わなければ、2 年の拘禁刑及び 15,000 ユーロの罰金が科される（刑法典 227-4-2 条）。また、保護命令の際に何らかの金銭の支払いを命じられた義務者が、転居した際に住所を権利者に知らせなかった場合には、6 ヶ月の拘禁刑及び 7,500 ユーロの罰金が科される（刑法典 227-4-3 条）。そして、保護命令の有効期限は、6 ヶ月である。この期間内に、離婚又は別居の申立て、あるいは、親権行使の態様に関する申立てがなされた場合、有効期限は延長される（民法典 515-12 条）。なお、保護命令の制度は、男女の真の平等に関する 2014 年 8 月 4 日法律第 2014-873 号により改正されており、保護命令の有効期限は 4 ヶ月から 6 ヶ月に延ばされ、また、有効期限の延長を生じさせる申立てに、親権行使の態様に関する申立てが付け加えられた。

DV で離婚しようとする親には、離婚手続中であれば、民法典 257 条が用意されている。DV の被害者から離婚の申立てがあれば、家族事件裁判官は、緊急の措置を採ることができ、DV の被害者に子を伴う別居を許可することができる（民法典 257 条 2 項、民事手続法典 1107 条 2 項）。この場合、DV の被害者は、転居することになっても、加害者に住所や居所を知らせることは免除される（民事手続法典 1136-8 条 1 項・1136-5 条）。また、夫婦の共通財産に対する封印貼付のような保全措置を採ることもできる（民法典 257 条 3 項）。なお、離婚手続にお

いて夫婦の共通財産に対する緊急の措置が採られても、婚姻中の夫婦の義務に関する民法典 220-1 条の共通財産及び固有財産の移動の禁止の規定やその他の夫婦財産制が定める夫婦財産の保護の規定は、引き続き適用される（民法典 257 条 3 項）。また、前記の DV の保護命令の規定も引き続き適用される¹³⁷。

¹³⁷ Sylvain Thouret, *Gestion de l'urgence dans la procédure de divorce*, AJ fam., n°09/2014, pp. 458, 459.

イギリス（イングランド及びウェールズ）における離婚後の親権制度¹

田巻帝子（新潟大学准教授）

- I. イギリスの社会及び家族
- II. イギリス法における「親権」
- III. 親の離婚／別離後の「親権」制度
- IV. その他：「親権」行使に関する公的機関の関与

【資料1】子の親及び親以外の者による「親の責務 PR」取得

【資料2】親であることと PR 保持の必要・十分条件別にみた「親権」行使内容

I. イギリスの社会及び家族

1. 家族をめぐる社会状況

(1) イギリスの地域と人口

イギリス(ここでは連合王国 United Kingdom を指す)はイングランド、スコットランド、ウェールズ、北アイルランドの四つの「国 countries」(公式の統計などでもそのように表記される)から構成されているが、直近の人口²は、それぞれ次のとおりである：イングランドは 53,865,800 人(イギリス全人口の 84%)、スコットランドは 5,327,700 人(同 8%)、ウェールズは 3,082,400 人(同 5%)、北アイルランドは 6,100 人(同 3%)。イギリス全体で前年度非 0.63% 増の 64,105,600 人である。この数字は、10 年前から約 500 万人増加、1964 年からは 1,000 万人以上の増加を意味する。

人種・民族・国籍は多様化する一方であるが各地域によって内訳は異なり、最も多様性が顕著な地域はロンドンであり、白人のイギリス人 White British は 5 割に満たない。逆にウェールズ地方は 9 割以上が白人のイギリス人である³。

¹ 全体に関する参考文献として、田巻帝子「イギリス」床谷文雄・本山敦編『親権法の比較研究』(日本評論社、2014) 1-30 頁。

² 年次中間報告として、6 月 30 日時点の人口概算値による公的な年次人口統計が Office for National Statistics から公表されている。最新の 2013 年統計が 2014 年 6 月 24 日に公表された。
<http://www.ons.gov.uk/ons/rel/pop-estimate/population-estimates-for-uk--england-and-wales--scotland-and-northern-ireland/2013/index.html>

³ 2011 Census: Ethnic group, local authorities in England and Wales, table KS201EW, 2011 Census: Key Statistics for local authorities in England and Wales, 2011 年 3 月 27 日現在データ、2012 年 12 月 11 日公表。

(2) カップル・家族の状況

(i) 家族・世帯数

2013年のイギリス全体の世帯数は2,640万世帯で、うち29%が単身世帯、20%が4人以上の大世帯と二極化している⁴。単身世帯は2001年の700万から10年間で750万に増加しており、2010年の単身世帯者の年齢層内訳をみると、16～24歳の若者が3%に過ぎないのに対し、75歳以上の高齢者層は45%を占めており、高齢者の単身世帯が多いことがわかる。

(ii) 家族・世帯の形態

家族・世帯の形態（種類）に関する統計では、法的な結びつきのあるカップルとして法律婚の異性間カップル（夫婦）と同性パートナーシップ（Civil Partnership）登録の同性間カップル、事実婚あるいは同棲関係のそれぞれ異性間カップルと同性間のカップル、ひとり親の家族として母親のみの家庭と父親のみの家庭、とに分類され、それぞれ子の有無（扶養する子と独立した子）についての調査となっている。以下の[表 I - 1]は、異性間・同性間のカップル及びひとり親の形態別の家族数について子の有無と併せて2013年の統計をまとめたものである。全体的に前年とほとんど差がなく、またひとり親家族の9割以上は母ひとり親の家族である。また、以下の[表 I - 2]から、扶養する子がいる異性間カップル（婚姻・同棲）とひとり親家族とを比べると、婚姻カップル家族は他の形態の家族に比べ、2人以上の扶養する子が多い結果となっている。

[表 I - 1] 2013年の子の有無とカップル形態別家族数

(単位：1,000人)

形態別家族	子なし	独立子のみ	被扶養子	計
異性間婚姻カップル	11,805 (11,872)	18,580 (18,327)	5,693 (5,486)	36,077 (35,684)
同性パートナー登録 カップル	113 (119)		29 (21)	142 (140)
異性間同棲カップル	3,101 (3,263)	4,365 (4,188)	450 (422)	7,916 (7,873)
同性間同棲カップル	170 (132)		19 (20)	189 (152)
母ひとり親	—	4,731 (4,997)	1,762 (1,711)	6,493 (6,708)
父ひとり親	—	433 (446)	523 (482)	956 (927)
全家族合計	15,773 (15,374)	28,157 (27,998)	8,112 (8,438)	51,773 (51,485)

※ 括弧内は2012年数値：イギリス全体

※ 出典：Labour Force Survey, 2013, Office for National Statistics, table 2. Table 2: People in families by family type and presence of children United Kingdom, 1996-2013より作成

⁴ Statistical bulletin: Families and Households, 2013, Office for National Statistics, <http://www.ons.gov.uk/ons/rel/family-demography/families-and-households/2013/index.html>

[表 I - 2] 2013 年の家族形態別にみる被扶養子のいる家族における子の数

(単位：%)

形態別家族	子 1 人	子 2 人	子 3 人以上
異性間婚姻カップル	40	44	16
異性間同棲カップル	53	33	13
ひとり親	58	31	11

※ イギリス全体

※ 同性パートナーシップ登録のカップル及び同性間同棲カップルの家族における被扶養子の数は合計しても被扶養子全体数の 1% に満たないため、統計には組み入れられていない。

※ 出典：Labour Force Survey, 2013, Office for National Statistics, Figure 2. Families with dependent children by family type and number of dependent children, UK, 2013 より作成

(iii) 婚姻と同性パートナーシップ

これまではカップルの法的な結びつきの制度は異性間のみの婚姻と婚姻に準ずる同性間のみの同性パートナーシップ登録だけであったが、2013 年に同性間の婚姻を認める立法がなされ、本年 3 月 29 日から施行されている。以下は直近のデータである。

異性間の婚姻については（イングランド及びウェールズ）⁵、前年比 5.3% 増の 262,240 組であった。今回の調査に見られる主な特色として、①全体の 67% は初婚同士、15% は再婚同士、19% は一方が再婚、②婚姻件数が高いのは男女とも 25～29 歳の年齢層である（男性の 25%、女性の 30%）、③婚姻した者全体の平均年齢は男性が 36.5% で女性が 34%、④男女とも前年に比べて 65～69 歳の年齢層で婚姻件数が大幅に伸びている（男性は 25% 増、女性は 21% 増加）などが挙げられる。

同性間の婚姻については、法施行後の 3 月 29 日から 6 月 30 日までの約 3 ヶ月間で 1,409 組が届出をしており（最初の 3 日間で 95 組）、その内 56% は女性同士の婚姻（796 組）で 44% が男性同士の婚姻（613 組）である⁶。

同性間のパートナーシップ登録（Civil Partnership）をしているカップルについては 2012 年統計で前年比 3.6% 増の 7,037 組となっている（イギリス全体）⁷。政府は当初、2005 年 12 月から施行の同制度を利用するカップル件数を 2010 年までに 11,000～22,000 組と見込んでいたが、実際には 2010 年までに 50,000 組ほどのカップルが登録をしている。男女比についてはほぼ同程度で年によって若干のばらつきがあるが、これまでの総数からみる

⁵ Office for National Statistics の Marriages in England and Wales (provisional)、2014 年 6 月 11 日公表。

<http://www.ons.gov.uk/ons/rel/vsobl/marriages-in-england-and-wales--provisional-/2012/index.html>

⁶ イギリスの同性婚に関する初めての統計である。Office for National Statistics の Marriages in England and Wales (provisional), for same sex couples Q1 and Q2 2014 Release から抜粋したもので、2014 年 8 月 21 日公表。

<http://www.ons.gov.uk/ons/rel/vsobl/marriages-in-england-and-wales--provisional-/for-same-sex-couples-q1-and-q2-2014/sty-same-sex-marriages.html>

⁷ Office for National Statistics の Civil Partnership Statistics の一部として 2013 年 10 月 8 日に公表されたもの。

Release <http://www.ons.gov.uk/ons/rel/vsobl/civil-partnership-statistics--united-kingdom/2012/sty-trends-in-civil-partnerships.html>

と男性同士のパートナーシップ登録の方が女性同士のパートナーシップ登録より多い。

(iv) 離婚 (divorce) とパートナーシップ登録の解消 (dissolution)

離婚数 (イングランド及びウェールズ) については⁸、2003 年から 2009 年に減少傾向であったが (153,065 件から 113,949 件へ)、2010 年に前年比 4.9%の増加がみられ、2012 年の離婚数は 118,140 件で前年より 0.5%増加している。今回の調査に見られる主な特色として、①1 時間に 13 組が離婚、②約半数が婚姻から 10 年以内に離婚、③離婚手続の申立者 65%が女性、④60 歳以上の男性 9,703 人、女性 6,026 人が離婚、⑤7 組に 1 組の離婚の原因は不貞行為、⑥「遺棄」が離婚原因の件数はわずか 1%以下の 719 件、⑦離婚当事者の平均年齢は男性が 45 歳、女性が 42 歳と、離婚数が最多の年齢層は男女とも 40～44 歳であった。

他方、同性パートナーシップ登録解消数 (イギリス全体：上記登録数の統計と同データ) は、2011 年で 711 件、前年は 522 件、前々年は 353 件と年々大幅に増加している。特にイングランド及びウェールズの地域で増加していることに起因する。また 2012 年末までに、男性同士のパートナーシップ登録の 3.2%が、女性同士のパートナーシップ登録の 6.1%が解消されており、女性同士の方が男性同士より解消する割合が高い結果となっている。

2. 家族をめぐる法制度

(1) 総論⁹

(i) イギリス法制度と立法

イギリス (以下、法域を同一にするイングランド及びウェールズを指す) の法制度は、周知のとおり英米法系 (コモン・ロー系) の中心といえる。家族関係を規定する法は、例えば日本の民法のような一つの体系的な法に組み入れられておらず、基本法と連動する各種の「家族に関する」立法 (改正法を含む) が複雑に入り組んでおり、現在も制定法の定めがない部分は (先例を法源とする) コモン・ローやエクイティによる判断がなされている。法の改正は、当該事項を直接規定する新法が立法される場合 (手続規則 procedure rule や制定法的文書 statutory instruments を含む) もあれば、新法の制定により従来の法の一部を改廃したり新たな条項を追加したりする場合もある。それゆえ、イギリス法は「パッチワーク」のような法と喩えられる。

1989 年人権法 (Human Rights Act 1989) の制定により、欧州人権裁判所で争われた欧州人権条約違反を争点とする事項を自国内で処理できるようにした。言い換えれば、欧州人権裁判所が出された判断に合致する対応 (立法や政策等) をとる必要があるということ

⁸ Statistical bulletin: Marriages in England and Wales (Provisional), 2011, Office for National Statistics on 26 June 2013, <http://www.ons.gov.uk/ons/rel/vsobl/marriages-in-england-and-wales--provisional-/2011/index.html>

⁹ 本節は田巻・前掲注 1) 4-7 頁とほぼ同内容であり、同書の脚注も参考にされたい。

である。

(ii) イギリス家族法の動向と考え方

他の諸外国同様に、イギリスの家族ももはや「伝統的な家族」（男女一对の婚姻カップルとその未婚の子からなる核家族をモデルとする）の枠にとどまらず、多様な家族形態・内容の「家族」を対象とする必要に応じて、様々な家族政策・法改正が実施されている。すなわち、①男女平等、②過去の失敗よりも将来のニーズを優先する考え方、③大人中心から子ども中心へ主たる配慮の対象を移行、④同棲や同性間パートナーシップなど男女間の婚姻以外のカップル形態の浸透、⑤私人間における自発的な取決め（private ordering）による解決の奨励、さらに⑥家族問題の各専門家の関与による多面的な解決、である。

上記①に加えて、両性のみならず人種や性志向などあらゆる異なる属性を持つ人同士に対する平等が推奨され、法制度にも反映されている（2010年平等法（Equality Act 2010）の制定）。②や③に関して、夫婦関係や親子関係の紛争解決においてはまず子の福祉を優先的に考慮すべきであり、関係が破綻した責任を追及するより将来に向けて各人の関係や生活に最適な判断をするという裁判所の姿勢が表れている。さらに⑤及び⑥は、こうした家族間の紛争には法的な「解決（resolve）」が必ずしも適切ではなく、訴訟等の法的な対立を避け代替的な紛争解決や当事者間による対話や折り合い（settlement）をもって問題解決することを推奨する考え方が背景にある。それは家族間の紛争はよりプライバシー性が高く、白黒ははっきりつけられない性質の問題も多いこと、また直接の当事者のみならず問題解決の方法や結果に影響を受ける関係者（例えば子やその他の親族）への配慮が必要という家族問題の性格に起因する。同時に、司法や行政の「省エネ」（諸コスト削減）にも繋がることも理由の一つとされる。

もっとも顕著な傾向として、伝統的かつ固定的な観念にもとづく一面的な法制度から、家族の多様な実態に即した「選択肢がある opt-in」制度に推移した点が挙げられる。すなわち、婚姻＝男女間一对のもの、同性愛行為＝犯罪（1967年まで）、生物学的な要因に依拠する出生時の性＝変更不可、懐胎は男女間の自然妊娠による、子の親は自動的に精子提供の男性（父親）と分娩した女性（母親）、などの従来の固定的な法観念・法的判断を維持することができなくなったことにより、各種法改正や新規立法がなされている。例えば、同性同士の法的な結びつきについては、2004年同性パートナーシップ法（Civil Partnership Act 2004）¹⁰で婚姻とほぼ同様の効果を生じさせる登録制度を設けたのち、異性間と同じく婚姻を認める2013年婚姻（同性カップル）法（Marriage（Same-sex Couples）Act 2013）¹¹が制定された。

¹⁰ 2004年11月18日国王裁可、2005年12月5日から施行。

¹¹ 2013年7月17日国王裁可、2014年3月29日から施行。

(2) 離婚と法手続

(i) 離婚 (divorce) と別離 (separation)

現代のイギリス社会において、親密なパートナー関係にある異性及び同性カップルが同居していてもその関係を法的に登録(婚姻・同性パートナーシップ)しているとは限らず、非同居のパターンも含め、パートナー関係のあり方は多様である。それゆえ、死別を除く関係の解消が全て離婚とは限らず、同棲関係・事実婚の解消としての別居、もともと別居の場合(例えば近くに住んで互いの家を行き来する生活で子がいるケース)の別離、同性パートナーシップ登録の解消、非登録同性パートナー間の別居・別離なども考えられる。

二人の間に子がいる場合には、いずれの関係解消時にも、子をめぐり「親権」行使に関して同様の対応が求められる。すなわち、例えば非婚のまま関係解消して別居となっても双方の親の子に対する責務は変わらず、子の監護養育に関して親同士で対立する場合には、離婚時や離婚後の親と同じく、自身の「親権」行使を認めさせたり相手方の「親権」行使を制限したりする決定について裁判所に申し立てることになる(後記 III. 2 参照)。

以下に述べるように離婚は裁判所の判決で成立するが、離婚とは別に法的別離/別居(judicial separation:「裁判上の別居」「法的分離」とも訳される)の制度があり、これを裁判所に申し立て、法的別離/別居の判決(decree)が得られると、夫婦の同居の義務などが免除される効果が発生する。すなわち、婚姻の解消ではないものの法的に認められた「別離」であり、例えば宗教上の理由から離婚が可能ではない場合などに代替的な措置とされる場合がある。同性パートナーシップ登録の場合は離別決定(separation order)という。

(ii) 離婚法の基本原則

イギリス法のもとでは離婚手続の原則は司法の介入を前提とするものであり、全て裁判所の判決(decree)によって処理されることになっている。大原則として婚姻後1年間は離婚をすることができず、婚姻無効のケースを除き、離婚手続の申立ては婚姻の日から1年後以降に可能となる。ただしこの1年の間に上記の法的別離/別居はいつでも申し立てることができ、離婚を待てない夫婦などが法的別離/別居の判決を得る場合があり、その判決の日から数えて後記の離婚事由の証明要件としての別居期間を計算することが可能である。

離婚判決を得るための離婚事由は「婚姻が修復不可能な程度に破綻していること(the marriage has broken down irretrievably)」(1973年婚姻事件法(Matrimonial Causes Act 1973) s1 (1)、以下同法を「MCA 1973」とする)のみである。この事由を証明するための具体的な要件として次の5つのいずれかの事実(fact)が必要である(MCA 1973 s1 (2)の(a)～(e))。すなわち、①離婚を申し立てられた側(respondent、以下「R」とする)による不貞行為(adultery)の結果、離婚手続申立者(petitioner、以下「P」とする)がRとの共同生活が耐えられなくなった(intolerable)こと、②Rの言動(behaviour)によ

り P が R との共同生活を営むことができないとするに十分なこと、③申立てに至るまでの少なくとも 2 年間継続して R が P を遺棄していたこと、④P と R が 2 年間以上継続して別居しており、R も同意していること、⑤双方が 5 年間以上継続して別居していること（R の同意を必要としない）である。

子は離婚事件の直接の当事者ではないが、両親の離婚や別離で最も被害を受ける者であり、離婚の成立前に子の福祉が考慮されなければならないとされている（MCA 1973 s41）。そのため、離婚及び法的別離／別居の判断を行う際に、裁判所は子ども法（Children Act）が規定する子の福祉に照らして子の監護養育に関する取決めがなされているかを確認しなければならない。具体的には、離婚及び法的別離／別居の申立て時に子がいる場合に提出を求められる所定様式の「子の処遇に関する陳述書（Statement of arrangements for children）」をチェックするが、かかる取決めについては、III. 1 に後記する。

（iii） 離婚手続

離婚は高等裁判所若しくは所定の県裁判所の判決によって成立させることができるが、双方が離婚に合意している場合に法廷での審理を必要とせずに書面のみでの審理で判決を得ることが可能な「特別手続（special procedure）」（子のいない夫婦で 2 年間の別居を経た場合に認められる制度として 1973 年に導入されたが、1977 年以降は当事者間に争いのない全ての離婚事例に適用されることになった）があり、今はこの事実上協議離婚に近い「特別手続」が通常の手続（前項の離婚事由を証明する事実④のケース）とみなされており、離婚件数の大半を占めている。

離婚の判決は、仮判決（decree nisi）と確定判決（decree absolute）の二段階にわたってなされる。双方が離婚に合意する「特別手続」の場合、次のような手続の流れとなる。

①まず、P が所定の様式書類（D8：離婚、法的別離／別居、同性パートナーシップ登録解消用）と付随する必要書類（婚姻証明書の写しや子の処遇に関する陳述書など）を整えて離婚の申立てを行い、受理番号を受け取る。

②R が裁判所から①の申立書類の写し等を受け取り、同封の「関係文書送達の確認書（Acknowledgement of Service）」を記入して裁判所に返送する。

③P が裁判所から②のコピーを受け取り、裁判所に離婚の仮判決（decree nisi）を申し立てる。その際、同申立ての内容を証明かつ補足する所定の陳述書（statement in support of the petition）を提出する。この陳述書は Q&A 方式で、例えば、記載事項が全て真実であること、もし別居期間中に当事者が同居した期間があればそれが離婚事由証明の要件④に反しないこと（その同居期間が通算あるいは継続して 6 ヶ月を超えなければ問題とされない）などを確認する内容となっている。

④裁判所が当事者の意思確認に問題がないこと（R の同意があること、P の翻意がなく申立送達から 7 日が経過していること、R が争う意思表示をしたが不同意の期限とされる申立送達から 28 日が経過していることを確認）を確認し、必要書類・事項について全てチェ

ックした上で、仮判決を出す担当の裁判官に提出する。

⑤P、Rとも、子の処遇に関する取決めを裁判所が確認したという s41 証明書のコピーと仮判決 (decree nisi) がなされる期日の連絡を受け取る。

⑥離婚の仮判決は公開の法廷で読み上げる形でなされるが、特に争いや問題のない場合はP、Rとも出席する必要はない。

⑦裁判官が子の処遇に関する取決めに不十分な点がある場合 (例えば追加情報が必要である等)、裁判所からの指示書がP、R双方に送られる。

⑧⑦を満たした上で、仮判決の写しがそれぞれに送付される。この仮判決の時点では婚姻はまだ解消されない。

⑨仮判決が出されてから6週間後以降、Pが仮判決の通知を確定させる申し立を行う。もしPが6週間後すぐに対応せず同申立てを遅らせる場合には、然るべき理由があるとみなされるため、仮判決から12ヶ月以上経過してから申立てを行う場合にはその遅延についての理由書を添付する必要がある。

⑩特段の問題がないと判断されれば、担当裁判官によって離婚の確定判決 (decree absolute) がなされ、裁判所から確定判決の証明書がP、Rに送付される。婚姻が解消される。

(iv) 法的別離／別居の手続

離婚と異なり、法的別離／別居の判決 (decree) は一段階のみである。法的別離／別居が認められるための要件は離婚事由を証明する事実の五要件と同じであるが、離婚と異なり「修復不可能な程度の破綻」を示す必要はない。双方に争いがいない場合の法的別離／別居の判決は離婚手続と同様の手続を経ることになる。

II. イギリス法における「親権」

1. 「親権」の定義と親権法

(1) 「親権」 = 「親の責務 Parental Responsibility」

イギリス法における「親権」は日本の親権とは異なることに留意する必要がある。「親権」を表す用語として、過去に「親の権利と義務 (parental rights and duties)」(1975年子ども法 (Children Act 1975) s85 (1))、「権力と義務 (powers and duties)」(1980年子どもケア法 (Child Care Act 1980) s10 (2))、「権利と権限 (rights and authority)」(1973年後見法 (Guardianship Act 1973) s1 (1)) が混在していたが、現在は1989年子ども法 (Children Act 1989) により新たに導入された概念の「親の責務 (parental responsibility: 以下「PR」とする)」に統一されている。したがって、イギリス法における「親権」とはすなわち「親の責務 PR」であると理解されている。PRは、従来の子に対す

る親の「権利」から子に対する親の「責任」へと比重を積極的に移行させることを意図して規定されたものである。

(2) 親権法の歴史

かつて「親権」とは、親が子に対する（生活費）扶助、保護と教育の三つの義務を適切に履行するために子に対する「権力 (power)」が付与され、「子をまっとう・従順にしておくために必要なもの (sufficient to keep the child in order and obedience)」と理解されていた¹²。伝統的に夫婦は対等な関係ではなく妻は独立した法的人格を持たずに夫のそれに組み込まれており、父親のみがこの「親の権力」(「親権」)を有していた。また父親と子の関係は婚姻による嫡出推定によるものに限定され、既婚の父親のみが排他的にその嫡出子に対しコモン・ロー上の自然的後見 (natural guardianship) と法的監護 (legal custody) の概念を含む権利を有し (1973 年後見法まで存続する原則)、嫡出でない子は「父のいない子」として未婚の父はもちろん母親も法的に「親権」を持たないとされた。

「親権」に関する制定法は監護法、後見法や子ども法の他、救貧法を含めた諸法に跨っており、次々と改正が重ねられていった。1886 年幼児後見法 (Guardianship of Infants Act 1886) で裁判所に母が監護権を持つことの判断裁量が与えられたが、1925 年幼児後見法 (Guardianship of Infants Act 1925) を待つてようやく子の監護をめぐる紛争において両親が対等な当事者となることができるようになり、母にも死後の後見人を選任する権利が初めて与えられた。ただしこの「対等な」関係は、監護をめぐる紛争があるときのみに限定され、両親が完全に対等な「親権」を有するのは 1973 年後見法の制定による。同法 1 条において婚姻関係にある両親は等しく子の養育 (child's upbringing) に対する責任を負うとされた。

さらに 1975 年子ども法において「親の権利と義務」が明文化され、監護に関し実際に子を物理的な管理下におく状態 (実質監護 (actual custody) 同法 s87) と子に対する諸々多くの親の権利義務 (法的監護 (legal custody) 同法 s86) とに分けられ、養子収養に代わり子と実親との関係を断絶することなく子の養育を行う養護権決定 (custodianship order) が有効な場合にこの養護権者 (custodian) が唯一の法的監護者となるとされた。

その後親子法に関して、子どものケア (公的保護) に関する法 (public law) 及び子どもの監護・後見・保護に関する法 (private law) に対する見直しがそれぞれほぼ同時期に行われ (前者については 1985 年の「*Review of Child Care Law*」¹³、後者については 1985 年～1987 年の四つの「*Review of Child Law*」¹⁴) 1989 年子ども法へと親権法が大きく転

¹² Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (4th edn, 1770) Book 1, ch 15, section 2., cited in Bainham, A. and Gilmore, S. (2013), *Children - The Modern Law Fourth Edition*, Family Law at 14.

¹³ *Review of child care law: report to ministers of an interdepartmental working party*, Department of Health and Social Security, (1985), H.M.S.O.

¹⁴ Law Commission Working Paper No.91 *Review of Child Law: Guardianship* (1985), <http://www.bailii.org/ew/other/EWLC/1985/c91.pdf> 参照, Law Commission Working Paper No.96 *Review of Child Law: Custody* (1986), <http://www.bailii.org/ew/other/EWLC/1986/c96.pdf> 参照,

換する契機となった(1988年7月に出された最終報告「*Review of Child Law: Guardianship and Custody*」¹⁵において、1989年子ども法の第I部及び第II部に展開される主原則が示されている)。1989年子ども法は、子の監護養育に関する「親権」法制度が集約された基本法となっており、子ども法制定後も、社会的な事件による影響や社会政策をその都度反映させた各種立法による子ども法の旧条文の削除・修正・追加がなされて現在に至る。直近の改正法は、2014年子ども及び家族法(Children and Families Act 2014、以下「CFA 2014」及び「2014年新法」を併用する)である¹⁶。同法により、子ども法8条に規定されているPR行使に関する主要な決定の(子の)居所決定(residence order)と面会交流決定(contact order)が廃され、代わりに「子に関する取決め決定(child arrangement order)」が新設された(CFA 2014 s12)。また、子ども法の子育てにおける家族と行政の協調や子育ては親が第一義的な責任を負う主原則に関連して、子育てには両方の親が関与することが子の福祉にかなうことが強調された(CFA 2014 s11)。

2. 現行の法制度

(1) 1989年子ども法

(i) 基本原則

1989年子ども法(以下「子ども法」とする)は、1989年11月16日に公布(国王裁可)され、1991年10月より施行されている。同法により従来の父親優位の「親権」制度が完全に撤廃されたが、「親の責務PR」(=「親権」)はいかなる場合にも母親(子を分娩した者)に自動的に与えられるため、逆に母親優位の制度となったといえる。

子ども法の主原則は①福祉原則(welfare principle):子の監護養育においては子の福祉を最優先に配慮すること(paramount consideration)、②不介入の原則(no-order principle):紛争解決にあたっては不必要な公的介入(裁判所決定)をせず家族間の私的自治に任せること、③迅速な実務処理の原則(no-delay principle):子の養育や居所に関する問題は迅速な手続や決定がなされることが重要であり、いかなる遅れや猶予(any delay)は子にとって不利な結果になること、の3点に整理することができる。このことは、子どもは家族の許、特に親の許で育つことが第一であるが、常に子の福祉・子の保護を最優先させるため、最良の判断(1条に考慮事項リスト(welfare check list)を列挙)を行い、家族と公的機関と連携して適切な対応をすることが前提となっている。

また、①未婚の父に(母と)共同の責任を持たせること、②子の監護養育に関する私人

Law Commission Working Paper No.100 *Review of Child Law: Care, Supervision and Interim Orders in Custody Proceedings* (1987), <http://www.bailii.org/ew/other/EWLC/1987/c100.pdf> 参照, Law Commission Working Paper No.101 *Review of Child Law: Wards of Court* (1987), <http://www.bailii.org/ew/other/EWLC/1987/c101.pdf> 参照

¹⁵ Law Commission Report No.172 *Review of Child Law: Guardianship and Custody* (1988), https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/229026/0594.pdf 参照。

¹⁶ 2014年3月13日に国王裁可、一部条項(11条)を除き同年4月22日施行。

間の取決めや紛争ケース（private law）と公的機関が関与するケース（public law）の規定が一つの法律に集約されたこと、③子とその家族とその支援を行う地方当局（local authority）とのパートナーシップ関係の強調、などの特色を指摘することができる。

（ii） 親と「親権」者

子ども法は、親であるがゆえに子の監護養育の責任は親に課される原則に立ち、例えば未婚の父に（母と）共同の責任を持たせているが、それは「親であること」が自明であるという前提のもとに立法されたといえる。しかしながら、子の両親が婚姻関係にあるに限らず、また生殖補助医療の発達と利用拡大により、「誰が親か」が必ずしも明確ではない場合、同性同士の親の許に生まれてくる場合など立法時に想定されなかった事態が生じた。その結果、「親権」をめぐる様々な訴訟事件やその後の法改正に繋がっている。

近年のイギリス法における「親」は、血縁親（biological parent）、法的な親（legal parent）、社会的・精神的な親（social/psychological parent）と、親の身分、権利義務、機能や役割などによって分類され、特に社会的親・精神的な親は、子の血縁親のパートナーなど、子と同居し子育てに実質的にかかわる、子にとって「親」として認められる存在とされる。

血縁に基づく法的な母親は、分娩の事実から子を出産した女性であり、常にPRを有する。ただし、子が養子収養された場合や親決定（parental order）がなされた場合は、養親の女性と親決定を得た女性がそれぞれ法的な母親となる。

他方で法的な父親に関しては、遺伝子的な父親（その者の精子によって子をなした場合）が原則とされる一方で、遺伝子的な繋がりの有無と連動しない場合子の血縁親であっても未婚の父親は原則として自動的にPRを有しないなど、親であること＝PRを有するとは限らず、子と血縁関係にある親であることとPRを保持・行使することは分けて考える必要がある。

前記のようにPRは「親権」概念を親の権利から責任へと移行させたものであり、イギリス法における「親権」者とは、基本的には子を養育する責任を負うPRを保持する者と考えられるが、PRを保持しない親も本来的に子に対する責任を負うため、広義には「親権」者といえる。すなわち、日本法にいうところの親権者とは全く異なり、親でなくとも親権者となり得、親であっても親権者とは言い切れない場合がある。

（2） 親の責務 PR

（i） 定義と内容

PRは、子ども法3条1項で「子の親が子と子の財産に関して有する全ての権利、義務、権力、責任及び権限」と包括的な定義がなされている。何がPRであるかを例示していないのは家族のプライバシーへの配慮（各家庭のやり方や方針の尊重）にあるとされ、具体的な中身について規定がなくとも「子の養育（upbringing）」に関する諸々の事項を含むとされる。すなわち、PRは親が子の生活における教育、宗教あるいは医療に関してなど重要な

決定を行う責任を課すものであり、そこには日常生活の大小様々な決定が含まれる（例えば子の婚姻に対する同意や子の旅券発行に対する否認など）¹⁷。

子ども法の対象となる「子」は原則として18歳未満の未成年者である。その他の法における「子」の年齢設定にはばらつきがあり、イギリス法における「子」の適齢は子の成熟度（maturity）等によって個別に判断される場合がある。PRとして子に関して決定が必要となる事項は、子の成長や状況によって多様であるため、その子の成熟度や事項によっては子自身の判断や意思が尊重され、PRに該当しないあるいは行使が制限される場合がある（5人の16歳未満の娘を持つ母親が、医師に無断で16歳未満の娘に避妊の処方箋を施すことの違法性を最終審の貴族院まで争った事件で、裁判所は「16歳未満」という事実だけで避妊に関する助言や治療を受けることへの同意能力に欠くとは判断できないとしたGillick貴族院判決¹⁸参照）。反対に、18歳以上であっても学費など子への経済的な援助に関しPRとする例外規定がある¹⁹。

PRの主たるものとしては、子の日常的な監護養育という観点から、子との同居に関することと子との交流に関することが挙げられる。言い換えれば、PRに関する問題・紛争の多くは子ども法8条に定める子に関する取決め決定（従前の居所決定＋交流決定）をめぐってのことである。また、その他のPR行使内容が問題であればその事項に関して特定事項に関する決定（specific issue order）や禁止措置決定（prohibited steps order）が用いられる。これらの三つ（従前は四つ）の決定は子に関する主要な決定として「8条決定（section 8 order）」という。

[表 II - 1] 2011年～2014年上半期・8条決定関係の申立及び処理件数

		交流決定		居所決定		禁止措置決定		特定事項決定	
年	四半期	申立	処理	申立	処理	申立	処理	申立	処理
2011	1	11,293	27,377	9,803	10,004	4,635	4,295	2,277	1,257
2011	2	7,605	26,437	8,014	9,755	4,349	4,410	2,221	1,336
2011	3	9,713	27,104	9,578	10,099	5,134	5,064	2,680	1,750
2011	4	9,814	28,232	8,416	9,465	4,231	4,429	2,036	1,333
2011 合計		38,425	109,150	35,811	39,323	18,349	18,198	9,214	5,676
2012	1	10,635	27,256	8,416	9,632	4,661	4,608	2,467	1,343
2012	2	9,747	26,228	8,555	10,102	4,553	4,582	2,495	1,521
2012	3	10,478	27,278	9,716	9,977	5,142	5,097	3,023	1,799
2012	4	10,096	28,901	8,816	10,178	4,605	4,963	2,134	1,495
2012 合計		40,956	109,663	35,503	39,889	18,961	19,250	10,119	6,158

¹⁷ PRの具体的内容についてLowe, N. and Douglas, G. (2007), *Bromley's Family Law Tenth Edition*, Oxford University Press, p.377 参照。

¹⁸ *Gillick v W Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112, [1986] 1 FLR 229, [1985] UKHL 7.

¹⁹ Children Act 1989, s.105 (1) .同法 Sch.1, para.16

		交流決定		居所決定		禁止措置決定		特定事項決定	
年	四半期	申立	処理	申立	処理	申立	処理	申立	処理
2013	1	10,628	26,619	9,596	9,653	5,212	4,971	2,435	1,345
2013	2	13,338	27,315	9,628	10,124	4,157	4,282	2,570	1,538
2013	3	10,939	28,936	9,133	10,713	4,190	4,399	2,627	1,893
2013	4	8,771	28,674	7,556	10,068	3,716	4,149	1,980	1,362
2013 合計		43,676	111,544	35,913	40,558	17,275	17,801	9,612	6,138
2014	1	8,646	25,681	8,514	9,285	3,997	3,960	2,149	1,390
2014	2	6,356	24,116	6,300	12,816	3,438	3,884	2,154	1,541

※ イギリス全体、各地の県裁判所 county court 若しくは家事事件裁判所 family proceedings court における件数。

※ 出典：司法省「司法統計（四半期）」最新版（2014年11月28日最終更新、2014年度第2期分まで掲載）の「家族法データ」内の CSV_Children's_Act_National_2014_4-6 により作成。Ministry of Justice, Court statistics (quarterly), Family Justice, <https://www.gov.uk/government/statistics/court-statistics-quarterly-april-to-june-2014>

※ 四半期の各数字は、1=1月1日～3月31日、2=4月1日～6月30日、3=7月1日～9月30日、4=10月1日～12月31日である。

※ 「処理」=disposal は決定の（申立て以外の）処理件数を意味し、そのなかには決定がなされたこと、申立ての取下げ、「決定をしない no-order」の決定がなされたこと、決定がなされなかったこと、仮決定などが含まれる。

(ii) PR の保持と取得

PR を保持する者として、子の出生時に両親が婚姻している場合には、両親双方で共同のPR を有し、かつ果たすことになる。また、PR は親以外の者が有することを妨げず、親と同時並行して複数があることができる。すなわち、子の養育はPR を有する実親が第一義的に担当することを原則としながら、実親に限定せず、他の適任者（継親や親のパートナー、祖父母、後見人や地方当局など）が適宜PR を有し、子の実質的な養育にあたるという考え方である。

PR は子の親として自動的に取得する場合、子の親であっても自動的に取得しない場合に裁判所に取得を申請する場合、子の親以外が取得する場合など、主体によってPR の取得方法・条件が異なり、また「親権」の内容によって主体の条件は親、PR 保持者、PR 保持の親と相違がみられる（後記【資料1】の表参照）。なお、子と同居することで実際に監護養育を行う者とみなされるため、裁判所から居所決定（2014年4月以降は「子に関する取決め決定」）を受けた者はPR を取得する（子ども法 s12）。そのため、PR 取得を目的として居所決定を申請する事例がよく見られる。また、私人以外に地方当局もPR を取得・行使することが一つの特色といえる（後記IV参照）。

主体別のPR 取得の概要は以下のとおりである。

- ① 子の母親は子を分娩した者であり、PR を自動的に取得する。父親と既婚及び未婚の母親、同性パートナーと同性パートナーシップ登録の母親及び非登録の母親全てが該当する。
- ② 子の母親と既婚の父親はPR を自動的に取得する。
- ③ 子の母親と未婚の父親で、母親と共に子の出生登録をすることで出生証明書の父親欄

にその名が記載された者は PR を自動的に取得する（2003 年 12 月 1 日の法改正以降²⁰。それ以前のケースに遡及効はない）。

④③以外の場合に子の母親と未婚の父親で PR を取得する方法として、1) 子の出生時に父親が特定されずに登録がなされた場合で、母親の同意を得て子の父親として出生証明書に登録する、2) 母親と PR 合意書（Parental Responsibility Agreement）の提出、3) 母親の同意を得られない場合に裁判所に対して PR 決定（Parental Responsibility Order）の申立てを行う、4) 子ども法 8 条の居所に関して子に関する取決め決定の申立てをし、認められた場合に PR を与えられる決定がなされる、の 4 パターンがある。さらに、5) 母親と婚姻する、6) 子の後見人（guardian）として選任される、7) その実子を養子にする、の方法もある。

⑤子の母親と同性パートナーの女性は、1) 母親と同性パートナーシップ登録をしている場合、2)（共に生殖補助医療を受けて子が出生したことで）子のもう一人の親（2008 年ヒトの受精及び胚研究に関する法律 Human Fertilisation and Embryology Act 2008：以下「HFEA 2008」とする）に定める 2 人目の女性親）として出生証明書に登録された場合、3) 母親と PR 合意書を提出した場合、4) 裁判所に PR 決定の申立てをして認められた場合、5) 子ども法 8 条の居所に関する部分で子に関する取決め決定の申立てをして認められた場合、に PR を取得する。

⑥継親（PR を有する親の再婚相手あるいは同性パートナーシップ登録をした相手方）は、1) 子の親との PR 合意書（子のもう一方の実親の同意を必要とするもので、④⑤の PR 合意書とは別様式で継親用のもの）を提出した場合、2) 裁判所に PR 決定の申立てをして認められた場合、に PR を取得する。

⑦養子収養決定を得た養親は子の親となることで PR を取得する。イギリス法においては単身でもカップル（異性間・同性間とも）でも養親になることができる。

⑧後見人（guardian）は子の親の死亡で後見開始となった際に PR を取得する。

⑨特別後見人（special guardian）は特別後見人決定でそれに選任された場合に PR を取得する。

⑩代理出産の事例で裁判所の親決定（Parental Order）により子の親となることで PR を取得する。

（iii） PR の行使と喪失

PR 保持者は原則として単独で PR を行使することができる。もし他の者の PR 行使に対して不服がある場合は、III. 2 以下で後記するように、子ども法 8 条決定の特定事項に関する決定や禁止措置決定等で裁判所に異議申立ができる（参考：前記[表 II - 1] 2011 年～2014 年上半期・8 条決定関係の申立及び処理件数の統計）。PR 単独行使の例外として、次の重要事項に関しては PR 保持者全員による同意あるいは特定事項に関する決定として裁

²⁰ 2002 年養子及び子ども法（Adoption and Children Act 2002）s111 による子ども法改正。

判所の判断を仰ぐ必要があるとされる。すなわち、①子の氏の変更(子ども法 s13(1)(a))、②国外への1ヶ月以上の連れ出し(同 s13(1)(b))、③宗教上の理由に基づく割礼手術(2000年の判決 *Re J (Child's Religious Upbringing and Circumcision)* [2000] 1FLR 571 参照) などである。

PRは子どもへの義務的側面が強く、PR保持者はその譲渡や途中放棄をすることは許されないが、修学旅行時など、学校や保育士などにPRを一時的に委託することができる。こうした一時的な世話人(carer)はPRを取得しないものの「子の福祉を保護し促進するためにあらゆる状況において合理的な行動をとること」が認められ、例えば親に代わって子の面倒を見るベビーシッターは、緊急の医療行為に関してなどについて判断することができる。

PRを保持する者の数に上限はなく、PR保持者は他者のPR取得によって自身のPRを喪失することはない。親であるPR保持者がPRを喪失するのは、①自己の死亡、②子の養子収養決定(養親が子の親となり、実親との法的関係は終了するため)による。したがって、それ以外はPRを保持する他者や裁判所への申立てを許可された子自身による申立てによって、特定のPR保持者に対するPR取消しがなされ得る。また、PR合意書、子の出生証明書の父親欄登録、PR決定等の手段によって、後からPRを取得した未婚の父親、生殖補助医療に同意した生母の同性パートナー(女性)、継親と親の同性パートナーは、裁判所のPR終了決定によってのみPRを喪失する。未婚の父以外の者で居所決定(2014年4月以降の子に関する取決め決定)によってPRを取得したときには、同決定の終了によってPRを自動的に喪失する。

しかし、PRはごくまれな事例においてのみ終了決定がなされている(参考:後記[表II-2] 2011年~2014年上半期・PRの申立及びPRに関する処理件数)。例えば1995年の *Re P (Terminating Parental Responsibility)* 判決([1995] 1 F.L.R. 1048)では、身体に深刻な外傷が見られた赤子が地方当局によって親許から引き離された後で母親と未婚の父親がPR合意書を提出したが、その後の子の怪我は父親の暴行によるものと判明したため、母親がPR合意の終了を申し立て、認められた。

子の未婚の父親に対するPRの取得と喪失をめぐり、母親と既婚の父親と異なる扱いであることに対し、1998年人権法もとの平等に反する差別ではないかという議論が見られた。これに関しては、1995年の欧州人権裁判所の *McMichael v UK* [1995] 20 EHRR 205)では、既婚と未婚の父親を区別することは、子と子の母親の利益保護に結びつく「称賛すべき(meritorious)」父親であるかを(婚姻の有無によって)確認する手段として正当化することができると判断されている(欧州人権裁判所の判断と1998年人権法が一致することが原則であるため、その「差別」が是認されていると考えられる)。

(iv) PRの付与・行使制限について

前記のように、他者によるPRの取得が直接自身に影響することはないが、例えば母親が

未婚の父親への PR の付与に同意しない場合など、特定の他者に対する PR の付与を良しとしない事例はある。このような場合に当該父親は裁判所に PR 決定を申し立てるが、裁判所は同意しない母親の意向を必ずしも考慮するとはいえず、母親ではなくあくまでも「子の最善の利益」に照らした判断をする。その結果、申し立てられた PR 決定のほとんどは認められている（2010 年で 90%²¹⁾。未婚の父親に PR を与えることは日常的な母親による子の監護養育に不当に介入する権利を与えるのではなく、子の共同監護者として母親に対する管理責任を負わせるという決定と理解され、双方の親が敵対して信頼関係がないことが必ずしも父親への PR 付与を拒否する理由にはならないとされる²²⁾。

PR は保持者による単独行使が基本となるため、通常は他の PR 保持者による PR 行使の制限はない。ただし、特別後見人は、実親を含めた他の PR 保持者に対して排他的に PR の行使をすることができる。特別後見人は、実親が子の PR 行使をすることが不適切な場合に子を公的機関の支援のもとに（例えば子の祖父母など）他の個人が「親代わり」で PR を行使することを主眼とした制度で、「実親に PR を残した形での養親」のような位置づけで捉えられている。親族が選任されることが多く、通常の居所決定に代わり、子に安心と継続的な養育環境を与える仕組みである。しかし、子の監護養育の安定性や長期継続性の点で養親と区別され（養子収養で子と実親との法的関係は終了し、養親が親となる）、子と実親との絆を維持しつつの後見制度であり、特別後見人は「親」ではなく、たとえ長期であっても一時的な監護養育の担当者といえる。したがって、子に安心かつ永続的な家庭（home）を与えることを重視する事例であれば、特別後見人制度ではなく養子収養が望ましいと判断される²³⁾。

[表 II - 2] 2011 年～2014 年上半期・PR の申立及び PR に関する処理件数

年	四半期	私人間事件			公的機関関与事件		
		PR の申立	PR に関する処理	PR 終了申立	PR の申立	PR に関する処理	PR 終了申立
2011	1	1,560	1,625	0	75	222	0
2011	2	1,140	1,276	4	70	231	6
2011	3	1,414	1,288	0	80	320	5
2011	4	1,382	1,055	1	62	318	4
2011 合計		5,496	5,244	5	287	1,091	15
2012	1	1,372	1,115	0	89	310	2
2012	2	1,301	1,120	0	64	342	0
2012	3	1,378	1,089	2	68	287	1

²¹⁾ Herring, J., Probert, R. and Gilmore, S. (2012), *Great Debates - Family Law*, Palgrave Macmillan, at 40.

²²⁾ Hershman and McFarlane: *Children Law and Practice*, section A[221], cited in Parental Responsibility, Standard Note: SN/SP/2827, 8 September 2014, House of Commons Library, p.4

²³⁾ Masson, J.M., Bailey-Harris, R., and Probert, R.J. (2008), *Cretney Principles of Family Law Eighth Edition*, Sweet & Maxwell, pp.878-880. Bainham and Gilmore (2013), op. cit. n.12, pp.709-711.

2012	4	1,240	1,076	5	52	329	1
2012 合計		5,291	4,400	7	273	1,268	4
年	四半期	私人間事件			公的機関関与事件		
		PR の 申立	PR に関する 処理	PR 終了申立	PR の 申立	PR に関する 処理	PR 終了申立
2013	1	1,270	1,060	1	98	238	0
2013	2	1,502	1,043	0	55	316	0
2013	3	1,132	1,051	3	64	328	1
2013	4	823	939	4	63	326	1
2013 合計		4,727	4,093	8	280	1,208	2
2014	1	836	867	2	59	261	1
2014	2	492	1,023	3	57	384	7

※ イギリス全体、各地の県裁判所 county court 若しくは家事事件裁判所 family proceedings court における件数。

※ 出典・注記について前記表 II - 1 に同じ。

※ 私人間事件とは子ども法に定める private law 領域の事件（当事者間の紛争等）、公的機関関与事件とは同法第三部以下に定める public law 領域の事件（地方当局が子どもの保護を目的として PR 関係事項に介入する場合など）。

[表 II - 3] 2011 年～2014 年上半期 親決定 (parental order) の申立及び処理件数

年	四半期	私人間事件 親決定申立	私人間事件 親決定の処理	公的機関関与事件 親決定の処理
2011	1	163	29	0
2011	2	138	19	3
2011	3	188	34	0
2011	4	146	35	1
2011 合計		635	117	4
2012	1	195	31	2
2012	2	173	43	0
2012	3	180	43	2
2012	4	156	67	2
2012 合計		704	184	6
2013	1	162	54	2
2013	2	193	32	2
2013	3	167	35	0
2013	4	153	37	0
2013 合計		675	158	4
2014	1	171	54	1
2014	2	131	71	0

※ イギリス全体、各地の県裁判所 county court 若しくは家事事件裁判所 family proceedings court における件数。

※ 出典・注記について前記[表 II - 1]及び[表 II - 2]に同じ。

III. 親の離婚／別離後の「親権」制度

1. 離婚／別離時の取決めと合意

(1) 基本的な考え方

父母が別離あるいは離婚する場合でも、子の監護養育は父母が共同して責任を負うことになっており、2014年新法でさらに「双方いずれの親も別離後も継続して子育てに関与すること」の原則が強調され、新たな規定として盛り込まれた（同法 s11）。父母は子が成人（18歳）になるまで PR をそれぞれ有し、かつ行使する義務を負うので、いわゆる親権者を決める必要はない。

現行の離婚制度の考え方として子は両親の離婚・別離の過程で精神的経済的あるいは社会的に被害を受ける者という前提にある。それゆえ、かかる子の福祉を確保するため、前記のように、父母は離婚（及び法的別離／別居）において共同で PR を行使できない場合に離婚後の子の処遇に関する取決めをし、所定の陳述書（Statement of arrangements for children）を裁判所に提出しなくてはならない（MCA 1973 s41）。子に関する取決めについて、基本的に子の両親が双方の話し合いで自律的に取決めを行うことが求められている。

このとき対象となる「子」は16歳未満及び16歳の子であるが、16歳以上であっても、障がいのある子など、特別な配慮を要する場合にはその限りではない。また、子の実親のみが対象となるのではなく、例えば再婚の場合など妻の連れ子に対して PR を有する継父なども子への責任を負う。それゆえ、このような対象となる「子」を「(その時の)家族の子 (child of the family)」と言い、夫婦の間の子以外に継子や養子を含む（MCA 1973 s52 (1)）。

(2) 取決め事項

上記の陳述書で子が生活する住居の状況（部屋数などを含む）、受ける教育の内容（教育費の負担などを含む）、日常的な子の監護養育の状況（誰が子の面倒を昼間みるかなどを含む）、子の養育費の詳細（裁判所の決定の存否などを含む）、子と非同居親との交流の内容、子の健康状態などについて父母の合意結果を記載することが求められている。以下、子の居所及び子と同居しない親との交流について、養育費についてそれぞれ詳述する。

(i) 同居親と別居親の決定と別居親との交流

従前は子の居所 (residence) と子と同居しない親との交流 (contact : かつては面会交流とされていたが、現在はメールやビデオ等を含め様々な交流手段や方法があることから交流とする) について、子ども法 8 条 1 項にそれぞれ居所決定・交流決定と別の裁判所決定として規定されていたが、2014年新法による改正で「子に関する取決め決定」に一本化された。

PR を有する両親が離別後もそれぞれ PR を行使する建前であるが、現実の日常生活における子の監護養育については一方の親が子の同居親として担当することになる。そのため、子と同居する親と子と同居しない親（「別居親」）を決め、後者の親と子が離別後にどのくらいの頻度でどのような内容の交流をどこで行うかについて決めることになる。

子の居所に関する決定（子に関する取決め決定に含まれる）を有する者は、他の PR 保持者による同意がない場合でも 1 ヶ月未満の期間であれば子どもを国外に連れ出すことについて認められる（子ども法 s13 (2)）。他方、居所に関する決定がなされている場合で、その決定を有しない者（親）が子を国外に連れ出す場合は、他の PR 保持者からの書面による同意若しくは裁判所の許可を得る必要がある（子ども法 s13 (1)）。なお、居所に関する決定を出す際に、裁判所は毎時の申請を省略する命令を追加することができる。このような措置は、例えば子の非同居親が海外に居住している場合に、毎度の同意や許可の手続を省くことで子が非同居の親元を定期的に訪ねやすくする配慮といえる²⁴。

子ども法及び子の養育に関する政策の理念は、子が両親によって養育されることを第一としていることから、両親が別居する場合にも裁判所の共同居所決定（shared residence order）によって、子がそれぞれの親と「同居」することを制度的に可能にしている（子ども法 s11 (4)）。その際、当事者親間でそれぞれの家での「同居」期間や内容を自由に決めることができる。

(ii) 養育費 (maintenance)

子どもの生活費 (child support) に関する事項や財産管理に関する事項は、それぞれ複雑かつ複数の法律に規定されており、養育費に関しては 1991 年子ども扶養法 (Child Support Act 1991: 以下「CSA 1991」とする) に規定がある。同法は、いずれの親もその子の扶養責任義務を負うという子ども法的前提から、子の別居親（多くの場合は父親）に必要な養育費を定期的かつ確実に支払わせる目的で制定された (CSA 1991 s1 で親の養育費支払い義務について明記)。それまで裁判所が管轄していた養育費の履行をめぐる問題は、1993 年に雇用年金局 (Department for Work and Pension) のもとに新設された子ども扶養庁 (Child Support Agency; 以下「CSA」とする) が担当するようになった。CSA は、両親の婚姻関係の可無を問わず両親が別居している場合に、16 歳未満の子と 19 歳未満で全日制の教育を受けている子（裁判所において決定がなされる継子を除く）に対して養育費の決定をすることができることとされた。CSA はその後制度的な瑕疵などの批判を受け、養育費支払い履行強制機構 (Child Maintenance Enforcement Commission: CMEC) が養育費に関する事項を総合的に担当する機関として 2008 年に新設されたものの、養育費をめぐる状況は改善されず、2011 年末までに CMEC を雇用年金局の中に吸収した形で解消されることになった。CSA 及び CMEC で担当していた子の養育費をめぐる問題については 2012 年 12 月に新設された子の養育費サービス (Child Maintenance Service: 以下「CMS」とする) 制

²⁴ Duffield, N., Kempton, J. and Sabine, C. (2013), *Family Law and Practice 2013*, College of Law Publishing, at 183.

度に全て移行され、一本化された。

養育費支払いの取決め方法は、第一に推奨されるところの自主取決め（家族取決め family-based arrangement）と CMS を利用して支払額の決定や支払い方法を取り決める法定取決め（statutory arrangements）がある。

養育費支払いに関する各種情報や相談案内を提供する「養育費支払いオプション（Child Maintenance Option、以下「CMO」とする）」という雇用年金局の養育費グループ（CMS とは分離している）によるウェブサイトが開設されている²⁵。そこには、例えば当事者間で金額や支払い方法などを自由に取り決める自主取決めを選択する場合などで、金額の目安を知りたい時に収入などを入力して当事者の事情に相応しい養育費の算定をすることができる「養育費計算機（Child maintenance calculator）」も用意されており、当事者間の自主的な取決めを促そうとする取組みが見られる。

当事者間で養育費支払いに争いがない場合でも、法定取決めを選択することは可能であるが、同サービスの利用にあたって養育費問題申立費用（£ 20：同居親が負担）、養育費回収費用（養育費の 20%：別居親が負担）及び養育費支払い費用（4%：同居親が負担）が必要となる（後者の二つの費用に関しては、親同士が直接やりとりを行う場合には発生しない）。CMS サービスでこうした費用の新規導入をした背景には、双方の親が協同して子の養育費に関する取決めをすることを促進する意味があると政府は説明している。

さらに、裁判所による養育費の支払いの合意決定（Consent Order）を利用することも可能であり、自主取決めと異なり、この決定がなされると双方の合意内容の履行に関して法的な拘束力が発生する。合意決定を用いる場合は当事者が直接ではなく互いのソリシタ（事務弁護士）を通して取決め合意を形成する必要がある。そのため CMO のウェブサイトでは、ソリシタ委任費用や裁判所費用など高額になり得ることと、この場合に法律扶助の利用は必ずしも認められないであろうことが示唆されている。

（3） DV 等事例における手続

婚姻中、離婚／別離後に子の監護養育をめぐる申立てをする際に家庭内暴力（domestic violence：以下「DV」とする）、児童虐待（child abuse）の実態がある場合あるいはそのおそれがある場合には、通常の申立てとは別途手段等が考慮されている。

まず 8 条決定の申立書類（様式 C100）など裁判所決定の申立書類において、DV 等事例であるかどうかのチェック項目が用意されている。また、DV 等の危険から、子の住所等を記載したくない場合は空欄でも可とし、そのかわり別紙様式の部外秘連絡先事項（confidential contact details：様式 C8）を提出するなどの書面作成段階のケアがある。特に、両親やパートナー間の DV による子どもへの危害や子ども自身への虐待のおそれや過去にそのような事実があった場合などについての情報を補足する書類（危害や DV のおそれに関する補足情報 Allegations of harm and domestic violence：様式 C1）を決定の申請書

²⁵ <http://www.cmoptions.org/>

類と併せて提出することになる。

後記のように、2014年新法の改正で、裁判所手続を申し立てる前に裁判外紛争処理手続を促すためのメディエーションに関する打ち合わせ (MIAMs) に出席することが義務づけられたが、DV事例の場合にはこれは該当しない。また、DVの場合は、他の家事事件と異なり裁判所手続の際に法律扶助を受ける対象となり得る (2012年法律扶助並びに犯罪者の量刑及び刑罰に関する法 Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012: 通称 LASPO²⁶、附則1第1編パラグラフ11及び12参照)。

(4) 手続と裁判所の判断

離婚や法的別離／別居の申立手続に際し、所定様式の書類作成や添付書類の準備など、当事者が自力で行うのではなくソリシタの助言を得たり委託したりする場合はほとんどである。そのため、子の処遇に関する陳述書についても専門家による法的なチェックを受けていると考えられる。

裁判所は取決めの内容が子の福祉に反すると判断した場合には、離婚を認めない権限を有する (MCA 1973 s41 (2))。例えば、裁判所が提出された内容に対して子ども法に基づく何らかの決定を考慮する必要があると判断した場合は、その決定がなされるまでは離婚の確定判決を出さないことになる。ただし、実際にはそのようなケースは例外的であり、ほとんどない²⁷。

2. 当事者間で合意がなされない場合／他のPR保持者に異議がある場合の対応

(1) 基本的な考え方

離婚や法的別離／別居手続において父母が子の監護養育に関して合意に達しない場合や、非婚・非同居親間などでPRの有無や不履行を含めたPR行使内容に異議がある場合などに、裁判所に各種の決定 (order) を申し立てることができる。後者の場合で子の両親に加え同時にPRを保持している他者も同様の措置をとることができ、さらにPRを有しない子の父親 (や母親と同性のパートナーでHFEA 2008 s43に基づく子の「もう一人の親」) は居所に関する決定を申し立てて認められることによってPR自体を取得することが可能である

(子ども法 s12(1)及び(1A))。また、このような裁判所への申立てをすることができる者には、決定内容によって、当然に申立資格を有する者 (例えばPRを有しない子の父親が8条決定を申し立てる場合) と申立て自体の許可を得る必要がある者 (例えばPR取消しを求める場合の子) とがある。

²⁶ 法テラス総務部調査研究室専門員・池永知樹弁護士は「法律扶助改革法」と訳している。池永知樹「緊縮財政下のイギリス法律扶助の変容と持続性を追求する他国の取組—2013年 International Legal Aid Group 国際会議を踏まえて—」総合法律支援論叢 (3) 69-96頁 (2013)。

(<http://www.houterasu.or.jp/cont/100546189.pdf>) 参照。

²⁷ Masson et. al (2008), op. cit. n.23, p289.

裁判所は決定の申立てがなされれば、子ども法の基本原則「子の最善の福祉を」の確保するためチェックリスト（子ども法 s1 (3)）に沿って判断することになるが、近年の裁判所利用を回避しメディエーション（「調停」：ただし、日本の調停と同義ではない）や他の裁判外紛争処理の代替手段で自主的な解決を推奨する傾向にあり、2014年新法によって裁判所への申立てをする前に「家事事件に関するメディエーション制度の事前情報提供及び利用の判断打ち合わせ（Family Mediation Information Assessment Meetings: MIAMs）を経ることが必須要件となった（CFA 2014 s10 (1)）。これは、裁判所への申立てではなくメディエーションなどの手段を実際に利用させるための導入手続といえる。メディエーションについての情報を提供しつつ、当事者が自身の問題について整理をし、いかなる問題解決方法が適切かを考えさせる機会を設けるもので、「短時間で終了する」という説明がなされている（MIAMsの実務手引き Practice Direction 3A - Family Mediation Information and Assessment Meetings（MIAMs）参照²⁸）。

（２） 子の居所及び交流に関する事項

当事者は子がどちらの親と同居するかの合意が得られない場合には、子ども法 8 条決定の子に関する取決め決定（かつての居所決定及び交流決定）を裁判所に申し立てて決定することになる。この決定により、親以外の者を含めて子が誰と同居するか、また誰と同居させないかを定めることができる。

子の居所に関する決定が（誰に対しても）なされていない時は、子の両親はそれぞれ交流決定の申立ては、交流を実現する目的だけでなく、例えば虐待の加害親など特定の者と子どもとの交流を阻止するために使われることがある。しかし、子の非同居親である母親の同棲相手による子どもへの虐待があった事例では、裁判所は母と子の面会交流を制限する交流決定を出すのは子の保護の観点から不十分であるとし、代わりに、当該決定手続の当事者ではなく何の通知もなされていなかったこの同棲相手に対し、子への虐待を阻止する内容の禁止措置決定を出している（*Re H (Prohibited Steps Order)* [1995] 1 FLR 638）。

なお、裁判所は、（特に親との）交流決定を判断する際に特定の「推定」はなく、個別のケースに鑑み、あくまでも子の利益にかなうことの福祉原則に照らして、ケースバイケースで考慮されるものとしている。例えば、性的虐待を含めて過去に虐待や不適切な行為があったという事実だけで子と直接の面会交流を否定する、という当然の帰結や一般原則はないという立場で、「DVがある場合の交流決定」という固定的な考え方はないとする²⁹。

交流決定で確定した内容を子の同居親が履行しない場合に、裁判所は履行の強制をすることができる（子ども法 s34）。しかし、不履行の親に対して罰金を科したり収監したりすることによる子への悪影響が考慮され、現実には収監などは控えられている。最終的な手段として、裁判所は交流決定に従わない親から非同居親に子どもの居所を移す判断をする

²⁸ 司法省ウェブサイト

http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/family/practice_directions/pd_part_03a

²⁹ Herring, J. et. al (2012), op. cit. n.21., pp.92-96

ことができる。交流決定の履行強制をより効果的にするために、2008年12月8日から施行の2006年子ども及び養子法（Children and Adoption Act 2006）により子ども法11条～11P条が新設された。裁判所は、①交流状況のモニタリングを担当事務官に命じたり、②当事者に対する警告の通知（warning notice）をしたり、③強制執行決定（Enforcement orders）を出したりすることなどが可能となった。

（3） 養育費

子の養育費をめぐる問題がある場合には、上記のCMSの法定取決めサービスの利用をすることになる。また、CMSのサービスの利用は法的な拘束力を持つため、履行の強制を伴う。その結果、CMSは取決め内容が履行されない場合に、当事者の所有物や身の回りの品々を売却したり、支払いの滞納を負債として登録したり、裁判所を通して支払いを拒否している者の運転免許証の没収や収監などを可能とする権限を有する。

（4） その他の事項

個別具体的な問題に対応するために必要なPRが果たされない場合には、禁止措置決定を申し立てることができる。ただし、これは子に関する取決め決定と重複することができず、子に関する取決め決定によって実現できる事項は、裁判所はその他の8条決定を出すことができないとされている（子ども法 s9（5））。逆に、居所に関する決定が出されていない場合に子を国外に連れ出すことを阻止するために禁止措置決定を用いることは可能である。また、禁止措置決定は親だけでなく親以外の者に対しても出すことができるので、子と同居する祖父母が本法域から子を連れ出すことを阻止するために使うこともできる。

PRのその他個別な事項（例えば、子が通学する学校の決定についてや、子が不妊や割礼など特定の手術を受けることについて）に関して、PR保持者間で異議があるような場合には、特定事項に関する決定を申し立てることができる。特定の事柄とは、例えば、子がいずれの学校に通学するか、この決定は、親以外に地方当局（公的機関）も用いることが可能であり、特に、子の人工妊娠中絶手術や生命の維持にかかる医療行為などに関して（例えば両親が宗教上の理由から子が必要とする輸血を拒否した場合など）医師やその他関係者なども申し立てることができる³⁰。

3. 離別後の両親による「共同の親業行使 shared parenting」³¹

（1） 基本的な考え方と推移

離別後も子の親に変わりはなく、子ども法で実親による子育て関与・責任が強調されていることから、離別後の両親も共同して子に対する監護養育を行う＝「共同の親業行使」

³⁰ 保健省通達 Ministry of Health circular F/P9/1B, April 14, 1967.ただし、裁判所へ決定申立がなされることが一般的である。Re R (A Minor) (Blood Transfusion) [1993] 2FLR 757 参照。

³¹ 前掲注 30) 83-89 頁参照。

は基本的な前提とされる。ただし、双方の子に対する関与・責任の度合について法はなんら具体的に言及しておらず、また、裁判所も当事者間による話し合いの取決めや解決を推奨し、あえて裁判所の決定（介入）をしない原則（no-order principle）をとってきた。

これに対して、特に子と別居している側の方からは「共同」の内容は50/50であるべきという考え方が見られ、この見解に立つ当事者親から特に子の居所決定（複数の者に付与することが可能）に関し、双方の親に与えられる（＝シェアされる）場合の共同居所決定がなされた場合には、子と同居する期間などの内容を等しくすることが求められた。

しかし裁判所は、「同割合」で子との同居を分担する（＝子が両親の間を行ったり来たりする）ことは多くの場合に子の利益にならないと判断してきた。また、同居の割合が少ない父親が母親に対して子との同居期間を増やすことを求めた裁判では、子との実質的なかわり、関与の内容や度合いを考慮して父親の主張を認める判断もしている（*Re P (Shared Residence Order)* [2006] 2 FLR 347）。

近年徐々にこの共同居所決定に関して、子と過ごす時間を均等に配分する方向で、同居を求める側の主張を認める傾向にある。しかしながら、家族法/法社会学者の Trinder 教授が指摘するように³²「両親が子とかわる時間の長さ（量）ではなく、その時間をどう使うか（質）の問題」であるとして、50/50の議論は全面的には受け入れられてこなかった。また「均等 equal」の親業行使を前提とし、裁判官が子の利益に照らして親の50/50若しくは実質的で相当量の具体的な時間配分を命じることができるとした法改正（2006年共同PRに関する家族法（Family Law (Shared Parental Responsibility) Act 2006）による）を行ったオーストラリアの政策が必ずしも「成功」しておらず、むしろ子に弊害をもたらす結果となったこと教訓として、今回の家族法改正にあたり「共同の親業行使」を50/50と明文化することは意図的に行われなかった（今回の法改正の基となった2011年のDavid Norgrove委員長率いる家族法改正検討委員会の最終報告書³³）。

（２） 新法による改正と残された課題

前記のように、2014年新法の11条で、子育てには常に両方の親が関与することが子の福祉にかなうことがさらに強調され「共同の親業行使」の前提が盛り込まれた。それにより、子ども法の1条に2A項、2B項が新設され、当該親による「子とのかわり（involvement）」がその子にとってさらなる福祉に繋がることをも考慮して裁判所は判断することなどの規定が設けられた。

離別後の両親が共同・協力して問題の解決をという政策方が立法化されたことになるが、その背景にはイギリス政府の財政難がある。特に、2013年4月から家事事件紛争への法律

³² Trinder, L. (2010), "Shared Residence: A Review of Recent Research Evidence", *Child and Family Law Quarterly* 22 (4), at 475 and 488.

³³ Department of Education and Ministry of Justice, Family Justice Review - Final Report, 3 November 2011, at paragraph 4.23, p.138.

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/181133/FJR-2011.pdf

扶助が大幅にカットされ（上記 LASPO 改正法の施行による）、実質的にメディエーションや代替的紛争処理を利用せざるを得ない制度となった。しかし、メディエーション利用者数が伸びず、各種メディエーションの質や内容に差があり、法律専門家（実務家や家族法研究者）の間で現行のメディエーションの活用可否に否定的な見解がみられる³⁴。

また以前から、離別時や離別後の両親が果たしてそのように共同・協力して問題解決にあたり取り決め合意を形成したりし得るかについて、双方の合意で取り決めることを困難としている当事者が多いにもかかわらず 10%の当事者しか裁判所に申し立てるなどの関与を求めているという実態が指摘されている³⁵。それゆえ、問題を抱えていても裁判所を利用しない当事者が圧倒的に多いのであれば、今回の裁判所利用の回避と当事者間の自律解決を推奨する制度は、当事者間の関係性（「力」関係を含め）や個別の事情、離別に至るプロセスなどに鑑みて現実的なものであるのか、いかに機能するのかが問われ、今後どのような制度運用の実務が見られるか着目されている。

4. 子の連れ去り

（1）子の転居と国内の連れ去り

国内で子を奪取された側の親が子を連れ戻すことを求める場合は（将来の奪取の阻止も含めた）禁止措置決定ではなく居所決定を申し立てる（この点についても居所決定が子どもに関する取決め決定に統合された改正により変更）。子がイギリス法域以外の国内（スコットランドや北アイルランド）に連れ去られた場合も 8 条決定の対象となり、それぞれの地にある裁判所によって決定の強制執行をすることができる。ただし、あらかじめ連れ去り先の該当する裁判所において 8 条決定が既になされていることが条件となっている。

（2）国外への連れ去りとハーグ条約

他方で子が不当に国外に連れ去られた場合（子の親や PR を有する者が他の PR 保持者全員の同意や裁判所の許可なく連れ去った場合等）は、1984 年子どもの拉致に関する法（Child Abduction Act 1984）で刑事犯罪として処理されることになる。ただし、子の奪取が刑法犯と認められても直ちに子を国内に連れ戻すことにはならず、1985 年子どもの拉致及び監護に関する法（Child Abduction and Custody Act 1985）によって 1980 年国際的な子の奪取に関するハーグ条約が英国内で適用されることになり、子が同条約締結国に連れ去られた場合に子を国内に連れ戻すことが可能となる。1985 年子どもの拉致及び監護に関する法は、監護決定の承認及び執行に関する欧州条約（European Convention on

³⁴ 実務家の立場から家事事件のメディエーション活用の現況と問題点の指摘したものとして、Somers, A. Family Mediation – Boom or Bust?, Family Law Week Articles, <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed136933> 参照。

³⁵ Fehlberg, B., Smyth, B., Maclean, M. and Roberts, C. (2011), *Caring for children after parental separation: would legislation for shared parenting time help children?*, Family Policy Briefing 7, University of Oxford, Department of Social Policy and Intervention, at 2.

Recognition and Enforcement of Custody Decisions) の効力を認めたので、これにより加盟国に連れ去られた子どもを連れ戻すための決定を得ることが可能となる。ただし、管轄裁判所において子の最善の利益に照らして望ましいと判断された場合には子どもを戻さないという決定もあり得る。

子の国外への連れ去りは増加傾向にあるとされ、連れ去り事件の約 70% は母親によるものであり、通常はその子の主たる監護者である場合が多い。2003 年と 2008 年の調査を比較すると、ハーグ条約に基づく申立件数は全体的に 44% 増加しており、その内子の返還申立ては 45% 増、子とのアクセスを求める申立ては 40% 増となっている³⁶。

IV. その他：「親権」行使に関する公的機関の関与

子の監護養育においては行政と家族が協同・連携するという理念に基づき、親が PR を含め子の養育責任を果たせない時に、行政・司法の公的機関が子の保護と家族への支援を提供する公法手続規定が置かれ、子の保護に関して公的機関（地方当局）が負うべき責務が規定されている（子ども法第三部）。子の監護養育に責任ある者が不適切であるとか虐待等の理由で子の保護が必要な場合にその子は「保護を必要とする子 child in needs」として、公的機関が子の保護及び福祉を確保するために PR 行使に関与することになる。地方当局は「保護が必要な子 children in need」を発見した場合、子の保護を図るために適切な生活の場や養育が提供される措置をとらなくてはならない。「保護が必要な子」とはすなわち、公的機関の介入がないと適切な発育や健康維持ができない、あるいはそのおそれがあることを意味し、具体的には遺棄・放任を含めた親による虐待など、子の心身に対して害を及ぼすような状況がある場合や子が心身の障がいをもつため特別な事情が生じた場合を言う。

（本稿では主として子の監護養育に関する私人間事件 private law case に重点を置いたため、公的機関が関与する事件 public law case の詳述は省略した。）

<参考文献>

- ・Bainham, A. and Gilmore, S. (2013), *Children - The Modern Law Fourth Edition*, Family Law
- ・Duffield, N., Kempton, J. and Sabine, C. (2013), *Family Law and Practice 2013*, College of Law Publishing
- ・Herring, J., Probert, R. and Gilmore, S. (2012), *Great Debates - Family Law*, Palgrave Macmillan
- ・Lowe, N. and Douglas, G. (2007), *Bromley's Family Law Tenth Edition*, Oxford University Press
- ・Maclean, M., ed. (2007), *Parenting after Partnering - Containing Conflict after Separation*, Hart Publishing
- ・Masson, J.M., Bailey-Harris, R., and Probert, R.J. (2008), *Cretney Principles of Family Law Eighth Edition*, Sweet & Maxwell

³⁶ Lowe, N.V., *A Statistical Analysis of Applications Made in 2008 Under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction* (Hague Conference on Private International Law, 2011), Bainham and Gilmore, op. cit. n12, p. 261 footnote 2 参照。

【資料 1】 子の親及び親以外の者による「親の責務 PR」取得

	PR 取得・保持の主体		親子関係*2	PR 取得方法 (条文*1)
1	母 (分娩した者)		法的親	自動取得 (省略)
2	母と既婚の父 (子の出生時)		法的親	自動取得 (s2 (1))
3	母と未婚の父	子と血縁あり・母の同意あり	法的親	母と共に出生届、出生証明書「父親欄」記載による (s2 (2), s4 (1) (a))
			法的親	PR 合意書*3 による (s2 (2), s4 (1) (a))
子と血縁あり・母の同意なし		法的親	裁判所への PR 決定申立て*4 による (s2 (2), s4 (1) (c))	
子と血縁なし・公認 ART*5 (HFEA 2008 s36, 37)		法的親	母と共に出生届、出生証明書「父親欄」記載による (s2 (2), s4 (1) (a))	
		法的親	自動取得 (s2 (1A))	
6	母の同性パートナー	母と同性パートナーシップ登録・公認 ART*5 (HFEA 2008 s42)	法的親	自動取得 (s2 (1A))
7		未登録パートナー・公認 ART*5 (HFEA 2008 s43, 44) ・母の同意あり	法的親	「もう一人の親」出生登録による (s2 (2A) (b), s4ZA (a))
			(社会的親)	PR 合意書*3 による (s2 (2A) (b), s4ZA (b))
8	母の同意なし	(社会的親)	裁判所に PR 決定申立て*4 による (s2 (2A) (b), s4ZA (c))	
9	継親・親の同性パートナー		(社会的親)	PR 保持者全員の同意 (s4A (1) (a)) 若しくは裁判所への PR 決定申立て*4 による (s4A (1) (b))
10	養親		法的親	養親候補として子と同居した時 (ACA 2002 s25 (3)) ・養子収養決定 (ACA 2002 s46 (1))
11	親決定により親となった者		法的親	親決定により自動取得
12	後見人	第三者	—	母の死去+母による後見人指名による (s5 (3), (6))
13		父	法的親	母の死去+母による後見人指名若しくは裁判所への後見人任命の申立てによる (s5 (1), (3), (6))
14	特別後見人		—	裁判所の特別後見人決定による (s14C (1) (a))
15	地方当局		—	ケア決定 (s33 (3) (a)) ・養子あっせん決定による (ACA 2002 s25 (2))
16	居所決定取得者		親・親以外	居所決定による (s12)

*1 本欄の条文はことわりのない限り 1989 年子ども法を指す。また、他の ACA2002 及び HFEA2008 はそれぞれ養子収養及び子ども法 (Adoption and Children Act 2002)、ヒトの受精及び胚研究に関する法律 (Human Fertilisation and Embryology Act 2008) を指す。

*2 ここにいう法的親とは 1991 年子ども扶養法上にある「親」（子の養育費を負担する責任義務を負う者）を含む。PR 合意書は双方の親が共同 PR を有することに合意し、所定の様式の種類を治安判事 Justice of the Peace、治安判事補佐官若しくは県裁判所事務官（ソリシタ不可）のいずれかを証人として作成することを要する。

*3 PR 合意書は双方の親が共同 PR を有することに合意し、所定の様式の種類を治安判事 Justice of the Peace、治安判事補佐官若しくは県裁判所事務官（ソリシタ不可）のいずれかを証人として作成することを要する。

*4 裁判所へ PR 決定を申し立てるために所定の様式

*5 公認 ART とはイギリス国内で認可を受けた所定のクリニックで第三者による精子提供により、子の母とそのパートナーが共同で（互いに同意のもと）生殖補助医療を受けた場合を言う。したがって、子の PR 取得に母の同意ありを意味する。

【資料 2】親であることと PR 保持の必要・十分条件別にみた「親権」行使内容

条件	親	親若しくは PR 保持	親かつ PR 保持	PR 保持 (単独行使可)
「親権」行使内	扶養義務 CSA s54	8 条決定の申立て s10 (4) , s12 (2) ・公的ケア下にある子との面会交 s34 (1) (a) , s12 (2) ・子が適切かつ十分な教育を受けさせること Education Act 1996 s7, s576	養子収養への同意 s12 (3) , Adoption Act 1976 s16, s72 ・後見人の指名 s5 (3) , s12 (3)	旅券発行の拒否・18 歳未満の子の婚姻同意 Marriage Act 1949 s3 (1A) (a) (b) ・ケア決定の解除申立て s39 (1) (a)
親	○	○	×	×
親 + PR	○	○	○	○
非親	×	×	×	×
非親 + PR	×	○	×	○

※ Eekelaar, J. (2001), “Rethinking Parental Responsibility”, *Family Law*, at 426-430 参照

アメリカにおける離婚後の親権制度

山口亮子（京都産業大学教授）

はじめに

- I. アメリカの社会及び家族事情・概説
 - II. 監護権
 - III. 養育費
 - IV. 面会交流
 - V. 子の奪い合い紛争
 - VI. ドメスティック・バイオレンス（DV）への対応
- おわりに

はじめに

日本民法と体系を異にするアメリカ法では、家族法及び親権・監護権の概念が日本とは異なる。簡単にアメリカ法の親権・監護権の特徴の特徴を述べると、以下のことを指摘することができる。

まずアメリカは、50州及びコロンビア特別区において独自の家族法を持ち、その州法が合衆国憲法の審査を受けることで発達してきた。すなわち、合衆国憲法に基づき、合衆国最高裁判所において違憲とされる州法が書き換えられ進展してきているのである。

アメリカ法でいう“parental rights”とは、憲法上保障された親の権利であり、親であることにより有するものである。日本民法のように婚姻関係と連動するものではない。州法が規定する custody が子に対する権利義務の内容を示しており、離婚後に一部それが制限されたりするという意味では、日本法にいう親権に近いと思われる。“Custody”は「監護権」と訳される場合が多いが、これには法的監護と身上監護が含まれており、離婚後に joint custody（共同監護）とされても、必ずしも身上監護が共同される訳ではなく、主に法的監護権が継続していることを指す場合が多い。なお、養育費（child support）は、原則として血縁上の親に課されており、婚姻関係とも監護権とも連動はしていない。

アメリカの離婚は全て裁判事項であり、事前に合意があっても、裁判所を通す必要がある。特に子の問題は「パレンス・パトリエ（parentis patriae：国親主義）」の考えのもとに、州は子の利益の擁護者であるという立場を取っており、そのために各州は子の利益を定義し、子の利益に関する州の政策を立法で唱っている。したがって、州の政策に基づき、

離婚後の養育計画を詳細に立てなければならず、当事者間に争いがあれば、裁判所はその政策に基づき判断を下すことになる。今日多くの州では、婚姻外でも子は両親と交流をすることを子の最善の利益と認め、これを促進させるために裁判所内外で様々な政策を取って子の利益を保護しており、多大な費用をかけている。

本稿では、以上の要点を明らかにするために、アメリカの立法・判例のみならず、そこから明らかになる子の利益に関する考え方や、親の子に対する権利と責任について検討していくことにしたい¹。

I. アメリカの社会及び家族事情・概説

1. 子どもの環境

アメリカ国勢調査局によると、現在アメリカ合衆国（以下「アメリカ」とする）の人口は3億874万5,538人であり、10年間で10%増加している。人種構成比は、白人が72.4%でアフリカ系アメリカ人が12.6%であるが、州によりその構成比には特徴があり、カリフォルニア州で白人の比率は57.8%、メイン州では95.2%であり、州により偏りがある²。

2009年に人口1,000人当たり婚姻した人数は6.8人、離婚した人数は3.4人であるので、単純に計算すると離婚率は50%となり、毎年100万人の子が親の離婚を経験しているとされている³。現在夫婦世帯は48%であり、18歳未満の未成年子のいる家庭は20%である。約7,400万人いる未成年子が、ふたり親と生活している割合は再婚家庭・同居も含め69%であり、ひとり親と暮らしている子は27%、祖父母や親戚、あるいは里親等親以外の者と暮らす子は310万人で未成年子の4%にあたる⁴。第三者と暮らす理由の一つは親による虐待・ネグレクトである。

アメリカは、児童虐待・ネグレクトが多い国としても知られており⁵、2010年の通告件数は360万件あり、実際毎年75万人の子どもが犠牲になっているといわれている。犠牲の78%はネグレクトである。ただし、この社会問題に対して、数次の連邦法改正に基づき、現在では複雑な法制度が存在し、政府・司法・行政・民間・市民がこれに多数かかわっており、予算と人材を投じ国家を挙げて対処している。

ひとり親世帯が増加しているのも、現代アメリカの特徴である。ひとり親世帯の多くは

¹ 本稿は、筆者がこれまでに公表してきた論文に基づいている。

² US Census Bureau, National population, <http://www.census.gov/2010census/data/>

³ US Census Bureau, The 2012 Statistical Abstract, Births, Deaths, Marriages, & Divorces: Marriages and Divorces, http://www.census.gov/compendia/statab/cats/births_deaths_marriages_divorces/marriages_and_divorces.html 日本で同様に、1年間の婚姻率と離婚率の比は、35%である。

⁴ Detailed Living Arrangements of Children by Race, Hispanic Origin and Age: 2009, United States Census Bureau, <http://www.census.gov/hhes/socdemo/children/data/sipp/living2009/tables.html>.

⁵ 原田綾子『「虐待大国」アメリカの苦悩—児童虐待防止への取り組みと家族福祉政策』（ミネルヴァ書房、2008）参照。

母子家庭であり、その原因は離婚の増加と共に、未婚の母による子の出生の増加による。未婚の母から生まれる子の数は、1980年には全出生の18.4%、2000年は33.2%であったが、2010年には40.8%に上昇している⁶。アメリカの未婚の母による子の出産とは、ヨーロッパ等で見られる自立した成人男女の事実婚による子の誕生という状況とは異なり、必ずしも同棲や婚姻を前提にしているとは限らない。特に10代の女性の出産の増加が顕著であり、2011年に15歳から19歳の女性が子を出産した数は、前年より減少したものの、1,000人当たり34.3人であり、88%は未婚である⁷。未婚の子の出生は人種間の差も大きい。アフリカ系アメリカ人の子の出生のうち、73%は未婚の母から生まれている。ラテン系では53%であり、白人の婚外子は29%であるところからすると、婚外子のうち多くは有色人種である。

それに関連して、子どもの貧困率も高く、子どもの23.1%が貧困状態にある。これは、ユニセフの報告では世界最低第2位である⁸。母子世帯の子の47%が貧困層にある⁹。なお、貧困には人種の問題も大きく、アフリカ系アメリカ人の子の39%、ラテン系の子の35%は貧困世帯にある¹⁰。経済的な問題は、養育費支払いにも影響を及ぼす。離婚率が約5割、未婚率が約4割である状態で、養育費の制度は重要であり、実際に養育費支払不履行が裁判所で審理される割合は高く、子の監護権問題については多方面から検討する必要がある。

2. 家族観と家族の多様性

現在アメリカの政治は民主党と共和党の二大政党によっているが、その大統領選挙の候補者の違いが大きく現れる項目に、中絶禁止の是非、同性婚の是非がある。各州の議員、州知事及び大統領選挙戦においてはほとんどの候補者はこの項目に関して意見を表明しており、アメリカにおいて政治家の家族への関心が高いことが分かる。

共和党派は中絶の禁止、同性婚の禁止を唱っている。しかし、それを支持する共和党派の多い州—例えば、アイダホ州、ユタ州、テキサス州、コロラド州、ケンタッキー州、ワイオミング州等—では、伝統的な家族の価値を尊重し婚姻後の妊娠を重視しているにもかかわらず、現実には10代の妊娠や離婚率が高い。中絶は女性の自己決定権であり、同性婚にも積極的な民主党派の多い州—例えば、マサチューセッツ州、デラウェア州、ペンシル

⁶ 61 National Vital Statistical Reports, U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, http://www.cdc.gov/nchs/data/nvsr/nvsr61/nvsr61_01.pdf (2012.8)

⁷ Birth Rates for U.S. Teenagers Reach Historic Lows for All Age and Ethnic Groups, NCHS Data Brief, Number 89, April 2012. なお、日本における10代の出産率は2006年で1.46%である。

⁸ 日本ユニセフによると、先進35ヶ国を対象に、“等価可処分所得（世帯の可処分所得を世帯員数の平方根で割った値）の中央値の50%以下”と定義し、その国の「貧困ライン」以下で暮らす子どもたちの割合をもとに分析したものである。最貧国はルーマニアである。
http://www.unicef.or.jp/osirase/back2012/1205_03.html。なお、日本の子どもの貧困率は14.9%で先進国35カ国中下から9位である。

⁹ Child in Poverty, http://www.childtrendsdatabank.org/sites/default/files/04_Poverty.pdf

¹⁰ Id.

ベニア州、ロードアイランド州、コネチカット州、メリーランド州等一では、10代の子どもに避妊教育を行い、女性が婚姻後も働き続けるべきなど、リベラルな家族観を持ち、大学卒業進学率も高く、婚姻は大学卒業後にする者が多いため婚姻年齢が高く、10代の妊娠率や離婚率は低いというねじれ現象が起きている¹¹。

ただし、マスの的にではなく、ミクロ的に個々のアメリカの家族を見ていくと、非常に多様性に富んでいることが分かる。人種や性的指向、経済状態に関係なく離婚率が5割とされているなかで、紛争性の高い離婚ばかりではなく、親として子の養育の権利と責任を共有し、それを実行できる親が確実に存在する。その一方で、子どもから逃げて面会交流や養育費の責任を果たさない親や、子を虐待・ネグレクトする親もいる。また、妊娠後に子を自発的に養子縁組に出す親の先には、里親として子を養育していく親や、虐待されて実親との親権が終了された子を養子として受け入れ新たな家族を作っていく親がいる。また親と子の関係においても、親は子と自分の人生を同一視せず、離婚後には自らの恋愛を実現して再婚し新たな家族を作っていく親や、再婚後も他方の親と暮らす自分の子に対して養育費や面会交流の責任を果たして子を愛していく親がいる。また、家族の概念は団体としての関係ではなく、個人同士の関係と把握されているため、親と子との関係は親の離婚とは関連しておらず、子どもと離れて暮らしていても、子どもと会うことは当然の利益及び権利である。それは虐待・ネグレクトで子と引き離されていても、あるいは子どもとは関係ない罪で刑務所に入っている場合、親子の交流は必要とされ、立法上保障されている。その場合は、子に害が及ばないように監督付きの面会交流が裁判所で指定されて、子の利益に配慮されている。

これらのことが可能なのは、裁判所において個人の手續が保障されているからであり、かつ手續を進めるために各人を支援する裁判所内外の体制が整っているからである。子のために離婚後の取決めを考える親たちは自らの意思で、あるいは裁判所の命令により、離婚カウンセリングや親教育を受けている。そして、ファミリー・コーディネーター、メディエーター、親教育のクラス等を利用して、離婚後の子の養育計画や養育費等を取り決めることになる。今日では、ウェブサイト上における親教育や養育計画のプログラムサイトも活用されており、必要であれば面会交流時に監督者を活用する手段もある。また、裁判で必要があると判断されれば、心理学者や精神医学者等、精神保健の専門家による家族の鑑定・子の鑑定が行われ、子の代理人 (guardian ad litem) や子の弁護士が指名されることもある。子の監護のみならず里親、養子縁組に関しても、その仲介施設・仲介者、弁護士による代理が整っている。また各分野で、裁判官・弁護士教育のために豊富なマニュアルが作成されており、シンポジウムや研究会も盛んである¹²。養育費履行については、福祉補助を提供する行政が父親探索の任務も行っており、履行義務については検察官あるい

¹¹ Naomi Cahn & June Carbone, RED FAMILIES V. BLUE FAMILIES, 22-23 (2010) .

¹² 弁護士は、法教育の継続 (continuing legal education) が義務づけられており、それに出席して毎年一定の単位を取得しなければならない。

は州の代理人 (state attorney) が義務者を追求して裁判を行う組織が全米で構築されている。虐待ネグレクトについては、州あるいは民間による子の非行・虐待・ドメスティック・バイオレンス (以下「DV」とする) 等に対するサービス、同様の DV のための施設・サービス等、人的・知的資源が豊かである。それを支えているのが、立法・行政・司法・政治、そして周辺の支援活動を支える膨大な資金や寄付金である。人的資源も、法律家・心理学・精神医学の専門家、DV や虐待等のソーシャルワークの専門家、一般のボランティア市民が活動している。なお、弁護士費用等が必要な場合は、当事者の経済状態に応じて、リーガルエイドや弁護士によるボランティアサービスである pro bono(無料弁護サービス)¹³も充実している。

これらの活動が立法に規定されて制度として確立しているのは、子どもの豊かな生育を守らなければ、国民は幸せになれず繁栄せず国家が存続しないという意識があるからである。政治家・検察官・裁判官の選挙には必ず家族に対する政策、思想、哲学が語られ、国家において家族の問題が中心の一つに据えられており、家族や子どもの問題は国家のとるべき政策の一つとなっている。

3. 法制度

アメリカは連邦制であり、家族法 (Family Law) は州法に属する。50 州及びコロンビア特別区においてそれぞれ家族法を持ち、独立している。各州の家族法に含まれる項目についても様々であり、少年問題 (delinquency) や子の虐待・ネグレクト手続 (dependency) を含む州、それを独立した体系として置いている州もあり、立法の名称も Family Law、Domestic Relations 等、様々である。多くの州で家族法典及びロー・スクールの家族法テキストに共通しているのは、婚姻、婚姻外関係、婚姻解消、財産分与、子の監護権、面会交流、養育費、監護権の管轄、養子縁組の項目である。近年は、生殖補助医療に関する親子関係も含める州もある。また、家族法の中で管轄、手続、裁判所判断基準、判例法等が含まれており、家族法だけで数百条に及び、大部な法典となっている。なお、日本民法と異なり、相続法は家族法には含まれていない。

通常州は、郡 (county) 単位で裁判所を持っている。離婚・財産分与・子の監護権等を地方裁判所 (district court 又は circuit court) で行い、少年問題、子の虐待・ネグレクト及び養子縁組を家庭裁判所 (family court) で扱う州、あるいは全てにおいて家庭裁判所で扱う州がある。今日ではどの裁判所もウェブサイト上で、離婚に際し知るべき知識、離婚時に必要な書類、提出すべき書類、法手続を掲載しており、self-help で書類を整えることができるようになっているが、特に子の監護に関する「養育計画 (parenting plan)」は、十数頁に及ぶ大部なものであり、全てを理解して相手と協議していくためには、裁判

¹³ アメリカ法律家協会のモデルルールは、1年に50時間の無料法活動を行うよう定めている。ABA Model Code 6.1

所に係属しているファミリー・コーディネーターや、ファシリテーター、裁判所から独立しているメディエーター、弁護士等により交渉・協議を行う必要がある。

離婚に関して子の監護問題が裁判になると、対審構造で行われるが、裁判所で争うのは少数である。これは後で見ていくことにする。

4. 連邦法

合衆国議会が制定する連邦法（United States Code）において、親子に関係する法律はいくつか存在する。例えば、児童虐待と親の権利終了及び養子縁組に関して規定する「Adoption and Safe Families Act=ASFA（養子縁組と安全な家族法）」、子の奪取について、「Parental Kidnapping Prevention Act=PKPA（親による子奪取防止法）」、社会保障関係の子の扶養に関し、「Temporary Assistance for Needy Families=TANF（貧困家庭への一時扶助法）」等の連邦法がある。各州は、この連邦法の規則を遵守して各州法を制定することが、連邦からの予算獲得のために求められているが、連邦法の規定がそのまま盛り込まれる訳ではなく、各州の中で独自性を生かして規定されている。

この他に、全米において支配的であるのが、統一法（Uniform Act）と呼ばれる立法である。これは、州知事あるいは議会の承認により選出された裁判官、弁護士、研究者等で構成される「統一州法委員会全国会議」により制定されるものである。これまで法の全分野において、210余の統一州法案が提示されている。家族法関係では、1968年成立した「Uniform Parentage Act=UPA（統一子監護事件管轄法）」が50州及びコロンビア特別区で採択されている。なお、2002年に改正されたUPAに関しては、採択州は必ずしも多くなく、州ごとに立法・判例は統一されていない。子の監護権の管轄に関する「Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act=UCCJEA（監護権の管轄と執行に関する統一法）」は、2009年時点で48州が採用している。他にも多数あるが、なかでも「Uniform Marriage and Divorce Act=UMDA（統一婚姻・離婚法）」、「Uniform Interstate Family Support Act=UIFSA（統一州際間家族扶養法）」等が、多くの州で受け入れられている。

他に、アメリカ法律家協会（American Bar Association=ABA）の出すガイドラインとして、「Standards of Practice for Lawyers Representing Children in Custody Cases 2003（監護事件における子の代理人の基準）」、「Standards of Practice for Lawyers Who Represent Children in Abuse and Neglect Cases 1996（子の虐待・ネグレクト事件で子を代理する弁護士の実務基準）」、アメリカ法協会（American Law Institute=ALI）の出す「Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations 2002（家族解消の法原則：その分析と提案）」が実務の参考にされている。

そして、各州の判例及び合衆国最高裁判所による州家族法規定の違憲訴訟等により、各州は互いに影響しあっている。立法はそれぞれ異なるが、このようにして、アメリカ国内で一定の方向性を読み取ることができる。

II. 監護権

アメリカ法において、親権という用語には、“parental rights”と、“custody”とがある。日本語で訳すと、「親権」と「監護権」であるが、日本法のそれとは内容が異なる。

アメリカの家族法において“parental rights”という用語が主に現れるのは、子の虐待・ネグレクトに対して、裁判所がそれを終了させる裁判（termination of parental rights）においてである。子が生まれたときに基本的に親の権利が発生し、強制的に終了させられない限り、未成年の子に対し親がその権利を持つとされている。したがって、未婚や離婚によって、子に対する“parental rights”が消滅することはない。この点で、日本法の親権と意義を異にすることが分かる。“parental rights”が憲法上保障された権利であることは、判例法により認められている¹⁴ため、これが制限されることがあるならば、厳格な司法判断を経なければならない。ただし、離婚時に監護権（custody）の行使が父母間で争われ、一方の行使が制限される必要がある場合は、州の政策、手続、基準、権利・義務の内容が立法上明記されることになる。

親の権利を制限する州法が合憲であるか否かが審査され、違憲であると判断されれば、その立法は改正されていく。これまでに親の権利が問題となったもので代表的なものは、未婚の父の養子縁組同意権・拒否権である¹⁵。この権利は、監護権とは独立して親の権利に属するものとして把握されており、監護権の有無にかかわらず存在する。ただし、合衆国最高裁判所の判例¹⁶が示すように、その権利が一律に認められる訳ではなく、現在ではその判例をふまえて、個々具体的に各州法により定められている。例えば、未婚の父が子の出生前後の何日間その母親と同居していたとか、子の出生前後に経済的にも身的に関与していたとか、実質的か関係性を持ち得たか否かといった場合等の詳細な条件を規定し、子の養子縁組に対し関与することができない場合を規定している。

“custody”は、主に婚姻外や離婚後に、父母間で問題となる子に対する権利義務であり、多くは離婚の章に出てくる。そこで、子に対する養育を父母間でどのように負担するかが法的検討対象となる。法的なものは一般に“legal custody”（法的監護）といい、養育的なものは、“physical custody”（身上監護）という用語が当てられている。「監護」と訳されるが、内容は日本の親権に類似している。

そこで以後、“parental rights”を「親の権利」と訳し、“custody”を「監護」と訳すことにし、以下では主に監護権について検討していくことにしたい。

¹⁴ Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923), Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925). 米沢広一『子ども・家族・憲法』（有斐閣、1992）参照。

¹⁵ 石川稔「アメリカ養子法」ジュリスト 784号 97頁（1983）、早稲田大学英米判例研究会「事実上の家族をめぐる法的諸問題（1）（2）」比較法学 17号 1187頁（1983）、同 18号 147頁（1984）参照。

¹⁶ Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972); Quilloin v. Walcott, 434 U.S. 246 (1978); Caban v. Mohammed, 441 U.S. 380 (1979).

1. 監護権 (custody) の内容

主に離婚後に父母間で法的問題となるのは、監護権である。大きく分けて、単独監護と共同監護があるが、その取り決め方は後で見えていくことにして、以下では監護権の意義とその内容、単独監護権決定の多様な変遷と現状について見ていきたい。

(1) 監護権の意義

子に対する親の監護は、植民地時代には、父の所有権と観念されていた¹⁷が、今日ではそのような親の支配的な観念はなくなり、その用語も、監護責任 (custodial responsibility)、決定責任 (decision-making responsibility)、親の養育時間 (parenting time)、監護責任 (parenting responsibility) 等と州法により様々に規定されている。各州において、子の監護に関して包括的な定義が置かれているところは多くはない。そこでALIは、親の養育の機能 (caretaking functions) を次のとおり示している¹⁸。

- (a) 子の栄養の必要性を満たし、子の日々の就寝と起床を管理し、子の怪我や病気の世話、あるいは入浴、洗顔、歯磨き、着替え、遊び等での清潔管理、交通安全に配慮した移動時の保護を行うこと、
- (b) 歩行や言語能力、排せつ訓練、自信及び成熟といった子の様々な発達に応じ対応すること、
- (c) しつけ、行儀作法、家事の手伝いや指導、自律行動や節度等、子に必要なことを指導すること、
- (d) 子の利益のために必要な社会福祉、教師やカウンセラー、家庭教育の指導者と交渉することを含んだ、子の教育を管理すること、
- (e) 友達や仲間、家族や親戚等と子が適切な社会関係を保ち、発展させるよう手助けすること、
- (f) 医師や保健師、医療の関係者、及び家庭健康管理についての管理、
- (g) 道徳的、倫理的教育、
- (h) 提供者や監督者と交渉し、家族、ベビーシッター、又は保育士や監督機関等による代替りの養育の調整を行うこと。

(2) 監護者の決定要件¹⁹

婚姻中、家庭内で父母が平穏に子を養育している場合は、子の監護権は問題とはならない。第三者との関係で、子の不法行為や契約等については、別の法典に委ねられ、一般に家族法では扱われていない。

¹⁷ See, Marry Ann Mason, FROM FATHER'S PROPERTY TO CHILDREN'S RIGHTS (1996) .

¹⁸ ALI, Principle of Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations §2.03 (5) (2002) .

¹⁹ 山口亮子「アメリカにおける離婚後の単独監護者決定基準の変遷-子どもの最善の利益考察を基にして- (1) (2・完)」上智法学論集 40 (3) 114頁 (1996)、40 (4) 79頁 (1997)

父母の関係が平穏状態から不和へと移行し、別居・離婚をする場合に、法的監護権問題が生じる。そのときに、子の監護権は裁判所を通して決定されることを立法は定めている。多くの州では、父母間の協議に基づいて一定の書面を裁判所へ提出することを求めているが、我が国の協議離婚と異なるのは、全て裁判所が関与することである。子に関して定めることは多々あり、多くの州ではその書面をウェブサイト上で公開している。また、父母が当事者のみで、あるいは第三者を含めて協議する際に、子に対して親の責任や子の利益のために必要な両親の対応、子の健全な成長発達のために知っておくべき子の利益等、挿絵や写真を含めた PDF のパンフレットや音声を発するビデオ等がウェブサイトを通して提供されている。

今日では、法的共同監護を選択する機会が多いが、高葛藤になると単独監護権を争う場合もある。その際、立法及び裁判所による子の監護者指定において考慮されるのは、子の最善の利益 (best interests of the child) である。今日では、それは各種要件を比較考量することで相対的に監護者として有力な親を測っている。現在の日本の家庭裁判所でも同じような傾向にあるが、それはアメリカの実務が影響している部分も大きい。以下では、歴史的変遷も含めて、立法・判例・学説を見ていくことにしたい。

(i) 母親優先の原則

「幼い子の原則 (tender years doctrine)」と呼ばれる基準が立法上も存在していた。子が幼いときは、母親が監護者として優先されるというものである。しかし 1960 年代より徐々に立法・判例法により廃止されている。有名なケースは、1981 年のアラバマ州最高裁の判例²⁰であり、州最高裁は、この原則は反証可能な推定則ではあっても、ジェンダーに基づいた差別を生じさせるものであって、憲法違反であるとしている。

(ii) 主たる養育者の原則²¹

1981 年にウエストヴァージニア州最高裁で取り入れられたこの原則は、婚姻中からの監護の継続が重要とするものである。これは、どちらの親がこれまで主たる養育を行ってきたかの要件を監護者決定の唯一の判断としたものである。この監護者決定原則は当初好意を持って受け入れられたようであるが、これが原則となっていること、性別に基づく母親優先の原則が廃止されたとしても、実質上子の養育を行っているのは母親が多いことから、やはりジェンダーに基づくものであるとして、現在はこれを唯一の要件とするには批判が大きい。現在各州法においては、これを考慮要件の一つとしたり、監護者決定に推定される要件としている。

²⁰ Ex parte Devine, 398 So.2d 686 (Ala.1981) .

²¹ 五島京子「主たる養育者と監護権の決定--父母間における監護権の決定に主たる養育者優先の推定則を定立した Garska v. McCoy, 278 S.E. 2d 357 (W. Va. 1981) 判決とその後の判例の展開」判例タイムズ 38 (9) 135 頁 (1987)

(iii) 監護環境

州法の中には、監護の考慮要件として、子の生活環境を挙げている所もある。例えば、子の両親、きょうだい、その他重要な者との交流や関係、子が家庭、学校、地域に適応していることが挙げられている²²。州法に挙げられていなくとも、裁判所は事実上の監護親による監護の継続や、子が引っ越しをしないことや学校を変わらないことを考慮する傾向にあるとされる²³。

(iv) きょうだい不分離

裁判所はまた、きょうだいを分離させたくない。これは、半血のきょうだいであっても同様である²⁴。判例によっては、子の性別や年齢の差により例外はあるものの、子の精神発達上、考慮される一つである。

(v) 友好的な親

子と両親との関係を頻繁かつ継続した交流は、子の最善の利益にかなうとする立法を持つ州は多い。したがって、親子の交流を促進させるため、監護権者決定基準において、一方配偶者と子との親密かつ継続した関係を促進できる友好的な親 (friendly parent) を要件に挙げている州も多い。例えば、イリノイ州法 (750 Ill Comp Stat Ann § 5/602 (c)) は、「現在、虐待がない限り、裁判所は子の身体的、心理的、道徳的、及び感情的福祉に関し、双方の親の最大限のかかわりと協力は、子の最善の利益であることを裁判所は推定しなければならない。ただし、この推定則は、共同監護を支持する推定則としては解釈されない」と規定している。子に非監護親と頻繁かつ継続した交流を促進させる親が監護権者として考慮される要件であることを述べる州法もある。アイオワ州法 (Iowa Code Ann. § 598.41 (1)) は、「裁判所は、理由なく他の親との最大限の継続した交流の機会を否定することは、監護権決定の重要な要件として考慮しなければならない」と規定し、ウィスコンシン州法 (Wis. Stat. Ann. § 767.41 (5) (11)) も、一方の当事者が不合理に子と他の当事者との継続した関係を妨害するか否かを検討することを挙げている。

しかしこれに対し、DVに配慮する専門家は、DVの被害者となる可能性の高い母親は加害者である父親に対し寛容になることはできず²⁵、かつジェンダー的価値観からも、女性により寛容さを求めることになりがちとなる²⁶と批判している。

²² 例えば、Fla. Stat. Ann. § 61.13 (3) (d) は、「子が安定して満足した環境にいる時間の長さ、及びその状態を継続する望ましさ」とする。

²³ Ann M. Haralambie, HANDLING CHILD CUSTODY, ABUSE AND ADOPTION CASES, 3rd ed., Vol. 1, 464 (West, 2009) .

²⁴ Id. at 466.

²⁵ Schulman & Pitt, Second Thoughts on Joint Custody: Analysis of Legislation and its Implications for Women and Children, 12 GOLDEN GATE U. L. REV. 538, 554-56 (1982) .

²⁶ Joan Zorza, "Friendly Parent" Provisions in Custody Determinations, 1992 Clearinghouse Rev. 921, 923 (1992) .

(vi) 子の意思

ほとんどの州法は、子の意思を考慮要件としている。例えば、年齢を基準として考慮要件としているジョージア州法 (Ga. Code Ann. § 19-9-3 (a) (6)) は、14 歳の子は、監護権者を選択する権利を持ち、それは、その親が子の最善の利益にかなわないと判断されない限り推定される、と規定し、テキサス州法 (Tex. Fam. Code Ann. § 153.008) は、12 歳以上の子は裁判所の認可に従って監護権者を選択することができる、と規定する。しかし、多くの州は一定の年齢は設けておらず、例えばカリフォルニア州法 (Cal. Fam. Code § 3042) は、「監護権について常識的に選好を表明するに十分な年齢と能力」としており、メイン州法 (Me. Rev. Stat. Ann. tit 19-A, § 1653 (3) (C)) は、「意味のある選好を表明できる年齢」としている。

裁判所では、概ね 10 歳以上の子の選好を尊重しており、若い年齢であれば、その子の選好を取り入れても、その子の最善の利益を判断できないとしている²⁷。裁判所が子の表明した選好を考慮する際には、その理由を表明された言葉と同様、隠された気持ちも含めて調査する必要があり、例えば楽に暮らしたいからという理由で、しつけに厳しい親ではなく甘い親を選んでいるような場合、あるいはその理由が親による虐待や悲惨な状況に基づいている場合には、その選好の比重も異なってくる。

また、裁判所がどのような方法で子の意思を調査するかは、調査や調停、監護評価や精神医学的聞き取り等、様々な方法があり、裁判所により異なる。子に親とは別の代理人がつくこともあり、裁判所任命の擁護人 (court appointed special advocate=CASA) や、訴訟代理人 (guardian ad litem=GAL) がつく場合もある。また、インカメラ・インタビューが行われるところでは、弁護士と同席が求められる。しかし、子が自分の発言で監護者を決定したという重荷を負わせないために注意が必要であるし、他方、親に反論の機会も与えなければならない。裁判所が子の意思という証拠をどのようにとらえるか、またインカメラ・インタビューを採用するかは、裁判官の裁量に委ねられている。

(vii) 親の DV

全ての州で、監護権決定に際し、DV は考慮されるべき要件であるとするか、又は、行為者には監護権付与しないとする規定を置いている。例えば、ニュージャージー州法 (N. J. Stat. § 9:2-4.1) は、子の最善の利益にかなうとする明白かつ確信のある証拠により証明される場合を除き、性的暴行で生まれてきたか、暴行の被害者となった子に対して、加害者には子の監護権又は面会交流を否定すると規定している。ミネソタ州法 (Minn. Stat. Ann. § 518.17 (2) (d)) は、父母間に DV が生じていた場合は、法的共同監護又は身上共同監護は、子の最善の利益にならないとする反証可能な推定則があるとしている。フロリダ州法 (Fla. Stat. Ann. § 61.13 (2) (c) (2)) は、裁判所は配偶者への暴力は子に悪影

²⁷ Haralambie, supra note 23, at 472.

響のある証拠として考慮しなければならず、共同監護においてそれは反証可能な推定則となる、と規定している。

1990年に全米の家裁裁判官で構成される「全国少年家庭裁判所判事協議会（National Council of Juvenile and Family Court Judges=NCJFCJ）」は、監護権及び面会交流ケースにおいて全ての少年事件、家庭事件では、暴力行為に比重を置いて検討すべきという勧告書を出している²⁸。

また、多くの州ではDV法を成立させており、DVにより現に危険が生じている場合には、一方当事者の請求による差止命令（restraining order）又は保護命令（order of protection）を規定しており、ニューヨーク州法（N.Y. Dom. Rel. Law §240（3））のように、保護命令手続の一部として監護権又は面会交流を付与している所は多い。また多くの州で、住所秘匿プログラム（address confidentiality programs=ACP's）を採用している。

（viii） 片親疎外（parental alienation=PA）

監護権訴訟又は監護権変更訴訟において高葛藤ケースになると、精神保健の専門家はこの要件を持ち出す場合が少なからずある²⁹。リチャード・ガードナーの自費出版の本において、片親疎外症候群（Parental alienation syndrome=PAS）という用語が知られるようになった³⁰。彼によると、PASとは主に、親に疎外感を持たせる親自身が図るキャンペーンにより、子に「親を嫌いになる」ことが「プログラミング」されることにより、子が行うキャンペーンであるとされる³¹。このとき、しばしば虐待について嘘の主張が含まれることがある。子は「憎むべき親」を完全に悪者とみなし、疎外させる親を完璧に良い親とみなし、「憎むべき親」との面会交流も拒絶し、話もしたがらず、常に怒っており無礼にふるまう。

PASは、多くの出版物や司法、法、精神保健の分野で用いられてきたが、今日では精神医学的には、このようなシンドロームは実証研究では証明されておらず、裁判所においてもその信憑性を疑うケースが存在し、学説でも以下の批判が主張されるようになった。すなわち、子どもは離婚の反動で親を遠ざけたりするが、それは特に9歳から13歳までの子どもによく起こることで、それは単なる症状であり、病的なシンドローム（症候群）ではなく、アメリカ精神医学協会は症候群と診断してはいないというものである。親の一方が

²⁸ National Council of Juvenile and Family Court Judges, Family Violence Project, Family Violence: Improving Court Practice, 41 Juv. & Fam. Ct. J. at 19-20 (1990).

²⁹ Haralambie, supra note 23, at 484-485.

³⁰ PA及びPASについて、リチャード A. ウォーシャック [著]；青木聡訳『離婚毒：片親疎外という児童虐待』（誠信書房、2012）、青木聡「片親疎外」に関する最新情報」大正大学研究紀要 仏教学部・人間学部・文学部・表現学部 96号 176頁（2011）参照。

³¹ E.g., Richard Gardner, Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes? 30 (2) Am. J. of Fam. Therapy, 93 (2002); Ira Turkat, Parental Alienation Syndrome: A Review of Critical Issues, 18 J. Am. Acad. Matrimonial Law. 131 (2002); Kelly and Johnston, Alienated Children in Divorce: The Alienated Child: A Reformulation of Parental Alienation Syndrome, 39 Fam. Ct. Rev. 249, 251 (2001).

他方親に対する虐待を主張しても相手方からそれが PAS だと反論され裁判官がそれを信じれば、加害者の方へ監護権が付与される場合があり危険である。PAS には経験則による実証や調査が欠けており、実証された病質や治療の選択がなく、科学的基礎を欠いているというのが、現代の評価である。過去の判例でも当該専門分野で一般に承認されていないという理由でこれを採用していないケースも多く、精神医学者等も PAS を批判する者が少なくない。ガードナーの著作には自費出版が目立ち、大学等公的な図書館に所蔵するところが少ないといった反論もある³²。

2000 年ノースダコタ州最高裁判所での判例³³では、裁判所が「合衆国歴史上最悪の親子疎外症候群」と指摘したほど、監護親の母が非監護親と子どもとの関係を悪化させた事例において、父親に監護権が変更された。また事実審では母親に 1 年間の面会交流禁止が出されていたが、州最高裁では面会交流は単に非監護親の特権ではなく、子どもの権利であるとし、面会交流が拒否されるのは子どもの身体的あるいは心理的健康に有害であるときのみであるとして、母親に監督付きの面会交流を認めた。

(ix) 親としての適切さ

裁判所は、親の健康状態、心理的問題、精神的な病気、身体の障がい等を、子の最善の利益に照らして考察するが、必ずしも病気や障がいにより監護権が奪われるというわけではなく、子のニーズに応えられるか否かが検討対象となる。また、子の健康問題や学習問題に対処する親の適格さも考慮する。なお、よく報告される例は、子に対する優先性の問題であり、ハードな仕事や頻繁な外出のために、子と過ごす時間がなく、子のニーズを無視するようなことは、親としての適格に欠けるとされる。

2. 共同監護³⁴

共同監護が誕生した背景には、単独監護権が得られない父親たちの運動があった。特に、後に全米へ共同監護の広がりを勧めたカリフォルニア州の立法化には、ジェームス・クック氏率いる、監護権訴訟で監護権を失った父親団体のロビー活動があった。彼らはロビー活動を通し、1979 年に共同監護の法案を州議会に通過させた³⁵。

当初、カリフォルニア州での共同監護規定成立以前にも、オレゴン州、ノースカロライナ州、アイオワ州、ウィスコンシン州が共同監護の立法を持っていたが、これらの州法は共同監護を一つの選択肢 (option) として挙げていたのに比べ、カリフォルニア州では、

³² Carol S. Bruch, Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation: Getting it wrong in Child Custody Cases, 35 Fam. L. Q. 527, 530-534 (2001); Linda D. Elrod, Reform the System to Protect Children in High Conflict Custody Cases, 28 Wm. Mitchell L. Rev. 495, 511-512 (2001).

³³ Hendrickson v. Hendrickson, 603 N.W.2d 896 (2000).

³⁴ 山口亮子「アメリカにおける共同監護法と子どもの利益(1)(2・完)」上智法学論集 39(3)99 頁(1996)、40(1)133 頁(1996)

³⁵ 下村満子『男たちの意識革命』(朝日文庫、1986) 82-152 頁

離婚後も子が親と頻繁かつ継続して会うことを州の基本政策として取り入れたこと、共同監護を定義づけたこと及び付与基準について詳細な規定を挙げたことが特徴的であり、これを契機に共同監護は1980年以降全米へ広がっていった。

共同監護の定義を考える場合、次の三つのパターンが想定されている。①両親が子の心情、精神又は道徳の成長に対し、等しい責任を持つ、②両親が、子に直接影響する決定について権利を共有（share）する、③子が両親と実質的かつ継続的交流を持つ、というものである³⁶。共同監護を立法上及び判例法上否定する州はなく、その付与基準は、おおよそ次の三つのタイプに分けることができる。①共同監護が子の最善の利益にかなうという推定則（presumption）を持つ州、②父母が合意していれば子の利益にかなうと推定する州、③単独監護との優劣の差（preference）を設けないというレベルである³⁷。①の推定則は反証可能であるので、訴訟では、共同監護が子の最善の利益にかなわないことを証明しなければならず、裁判所が共同監護を付与しない場合は、その理由が述べられなければならない³⁸。①のタイプを取っている州は12州、②は5州であり³⁹、カリフォルニア州はこれにあたる。③がその他の州である。もっとも、いずれであっても面会交流等を通して親子の交流は強く勧められている。

（1） 法的共同監護（joint legal custody）

共同監護は、法的共同監護と身上共同監護に分けられるが、その定義は州によって簡潔なものから複雑なものまで多岐にわたっている。例えばカリフォルニア州法は、法的共同監護は双方の親が、「子の健康、教育及び福祉に関する決定に対し権利と責任を持つこと（Cal. Fam. Code §3003）」と規定し、身上共同監護とは、それぞれの親が「身上監護のかなりの期間を持つこと。身上共同監護は子が双方の親と頻繁かつ継続して交流することを確保するような方法で親により共有されなければならない（Cal. Fam. Code §3004）」と規定している。ミシシッピ州は、法的・身上共同監護のいずれにおいても、両親は情報を交換する義務があることを定めている。

法的共同監護は、子に関する決定権を離婚後も双方が持ち続けることであるから、子に関する法的な主要な決定については、双方が情報交換を行わなければならない。両親の意見が対立した場合にはどうするかは、実際の共同監護の取決めの過程で最終決定者をあらかじめ決められる場合が多い。あるいは、最終的には和解や調停で紛争を解決するかの手続についてもあらかじめ決めている。

³⁶ Haralambie, supra note 23, at 506.

³⁷ Chart 2: Custody Criteria, 46 Fam. L. Q, 524-527 (2013).

³⁸ Haralambie, supra note 23, at 505.

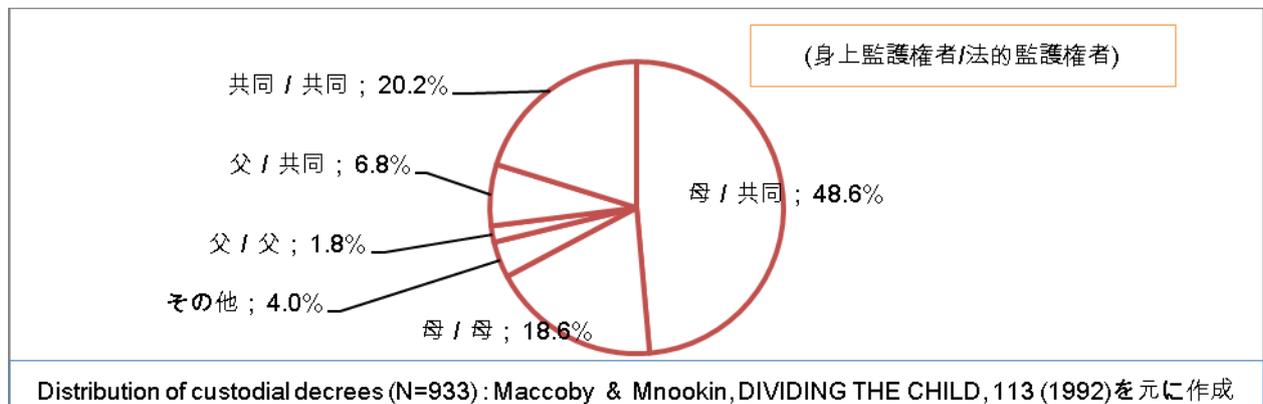
³⁹ 文献によっては、これを17州とする場合もある。Linda Elrod, Child custody practice and procedure, chapter 5, child custody, supra note 37. またこれによると、ニューヨーク、ノースダコタ、ロードアイランド州は、州法に共同監護の規定はないとする。しかし、判例法では認められており、裁判所の裁量により認めることはできる。

(2) 身上共同監護 (joint physical custody)

多くの判例で、子の住まい、あるいは子と共に過ごす時間が 50/50 であることだけが身上共同監護と定義される訳ではないことが示されている⁴⁰。重要なことは、子が充実した頻繁かつ継続した、あるいは実質的に等しい期間双方の親から養育されることであるとされている。身上単独監護にして、かなりの期間の面会交流をつけている場合もあるし、3割程度子の住居の交代を行っている場合もあり、その内容は父母の住居や子どもの年齢、州の裁判所の方針等により、かなりの多様性に富む。

1992 年に公表されたカリフォルニア州における調査⁴¹によると、85-89 年の間、カリフォルニア州では 75.6% が法的共同監護 (joint legal custody) をとっているとされている。離婚時に法的共同監護を望む母親は 60%、法的共同監護を望む父親は 75% である。他方、身上共同監護 (joint physical custody) の割合は 20.2% である。調査はその希望と結果の関係性を見ており、母親が身上共同監護を望み、父が自分に単独身上監護を望んでいる場合は、身上共同監護になる割合は 43% と高く、母が単独身上監護を望み、父が身上共同監護を望んでいる場合に身上共同監護になるのは 28% であった。双方とも単独身上監護を望んでいるとき、身上共同監護は 36% となっている。

身上監護と法的監護を父母間でいかに分担しているかを見た場合は、次のようになる。母親が身上監護を持ち双方が法的共同監護を持つ者が 48.6%、母親が身上監護、法的監護を持つ割合が 18.6%、父親が身上監護を持ち双方が法的共同監護を持つ割合が 6.8%、父親が身上監護、法的監護を持つ者が 1.8%、父母双方が身上共同監護、法的共同監護を持つ割合が 20.2%、その他が 4% である⁴²。



1989, 90 年に National Center for Health Statistics が 19 州の離婚後の監護権を調査したものによると、母親への単独監護は 72%、身上共同監護は 16%、父への単独監護は 9% であった⁴³。また、2007 年ネブラスカ州ダグラス郡の調査では、法的共同監護 53%、身上

⁴⁰ Haralambie, supra note 23, at 518.

⁴¹ Eleanor E. Maccoby and Robert H. Mnookin, DIVIDING THE CHILD, 74 (Harv. Univ. Press 1992).

⁴² Id. 113.

⁴³ National Center for Health Statistics, 43 Monthly Vital Statistics Report 5 (1995).

共同監護 17%であり⁴⁴、2002年ノースカロライナ州の調査でも、法的共同監護 69.7%、身上共同監護 16.7%となっている。ノースカロライナ州でも、母親の多くは身上単独監護を望んでいたということである⁴⁵。

(3) 共同監護合意のチェックリスト

このように、共同監護は家族の状態に応じ多様であるため、その定義について明確に定義している法域は多くはない。そこで、何を取り決めるかについて一般的なものは以下のとおりである。

- ① 子についての身上監護のパターンを決める（子はいつどこに住むか）、
- ② 一定の住居パターンを決める（例えば、両親間で身上監護が交互に行われる場合、日曜から水曜まで一方の親に、水曜から日曜まで他方の親に、又は9月から12月まで一方の親に、1月から5月まで他方の親にといった具合に）、
- ③ 身上監護が一方の親にある場合、他の親との特定の面会交流を決める、
 1. 週ごとの期間（隔週末と集の中日）；お互いにうまくいく親がこのスケジュールをより柔軟に続けることができる、
 2. 学校の休みの期間（例えば感謝祭、クリスマス、春休み等）；平日の特定の日も含む、
 3. 母の日、父の日や、各親の誕生日、
 4. 子の誕生日、
 5. 夏休み、
- ④ 各親は休暇で子を連れて州外へ旅行する場合に、他方の親に相応の通知をするという規定を置く、
- ⑤ 両親間で合意が必要なら、宗教教育等についての条項を入れる、
- ⑥ 医療、歯科治療の費用負担の割合を決める、
- ⑦ 身上監護を交代にする場合、さらに詳細な養育費を決める（一方が子と一緒に住んでいる場合はその親が養育費を出しているため、身上共同監護の場合は他方に渡す基本的な養育費は発生しない）、
- ⑧ 生命保険料の受取人、
- ⑨ どちらの親も文書により他方親から許可があるか、裁判所命令がない限り、子を連れて当法域から恒久的に移動することはできないという規定を入れ

⁴⁴ 渡部信吾「米国ネブラスカ州ダグラス郡における子どもを持つ夫婦の離婚手続（上）（下）」判例タイムズ 1308号 82頁（2009）、同 1310号 60頁（2010）によると、ネブラスカ州は2007年にペアレンティング・プランの提出が任意的なものから必要的なものに改められたとしている。自発的に作成するのが40%、調停などの裁判外紛争で解決するのが35%、裁判手続で検討するのが15%ほどということである。

⁴⁵ Suzanne Reynolds, Catherine T. Harris, and Ralph A. Peeples, Back to the Future, An Empirical Study of Child Custody Outcomes, 85 N.C. L. Rev. 1629 (2006-2007) .

る、

- ⑩ どちらかの親が当法域から移動する場合、監護及び面会交流の取決めについて両者が調停を行うという規定を入れる。

最終的合意には、養育費との関係も条件も含めるべきである。例えば、養育費が支払われない期間、身上監護を停止するか否かについての規定を入れる。養育費は、各親の収入に応じた各州の養育費計算の方式に従い、身上監護の日数割合に応じて割り出される。

ここで特徴的なことは、子を連れての無断の旅行・転居が制限されていることである。子は双方の親と交流を持ち続けるべきであり、双方の親も子に対する権利と責任を有するという観念が広がっている現在では、子を連れての転居は子の奪取事件を誘発してしまうことになるからである。

(4) 共同監護の基準

共同監護が付与されるためには、次の四つの基準があるといわれている。①両親とも適格 (fit) である、②両親とも子育てに積極にかかわり続けていく希望を持っている、③両親とも子の最善の利益に関し共に相当の決定を行っていくことができる、④共同監護の方が、別の監護権よりも親子関係を壊さない⁴⁶、というものであるが、立法・判例において、共同監護が子の最善の利益にかなうことがその要件とされている。したがって、両親が共同監護に対する見解を持ち、協力することが不可欠となる。

もっとも、州の規定は様々かつ大部であり、共同監護の有効性を直接明示している州や、共同監護にとらわれず、親子の交流を子の利益であると規定したり、無断の転居の制限により親子の交流の充実を図っている州もある。さらに判例法も見渡すと、優先基準の区別にはかかわらず父母間で子の養育を共同・分担することが全米の動きであることが分かる。

このような変化は、親が配偶者と離婚しても子と離別するわけではなく、子の生活にかかわり続けるべきという社会の理解と承認があるからである。しかし他方で、子どもには安定性が必要であるため、立法と裁判所が親のかかわりと行き詰まりとのバランスをうまくとるようにし続けており⁴⁷、その努力なしには、共同監護も進展していかない。

3. 監護権決定手続

アメリカ各州法が離婚及び子の監護が裁判所事項であるとしても、全て裁判所が決定するわけではなく、事前に両親間の合意に基づき、裁判所がそれをチェックすることになっている。日本と同様に、高葛藤により裁判手続に移行するのはそれほど多くはない。調査

⁴⁶ Haralambie, supra note 23, at 509, Folberg & Graham, Joint Custody of Children Following Divorce, 12 UC Davis L. Rev. 523 (1979).

⁴⁷ Haralambie, supra note 23, at 503.

では、紛争性のない離婚が 50.4%、争いはあったが解決したのが 29.3%、メディエーションで解決したのが 11.1%、調査後解決が 5.2%、裁判中解決が 2.2%、裁判官による判決が 1.5%となっている⁴⁸

協議する主な内容は、監護権をいかに分担するかであり、それは単に法的共同監護(joint legal custody)、身上共同監護(joint physical custody)という画一的な内容ではなく、以下に見るように養育計画として個々具体的に取決めていくようになっており、今日ほとんどの子は双方の親との交流を続けている⁴⁹とされている。

(1) 養育計画 (parenting plan)

今日多くの州では、従来の“custody”や“visitation”という旧来の法的用語ではなく、より詳細かつ機能的に離婚後の法律関係と生活環境を把握するため、養育計画 (parenting plan)、養育時間 (parenting time⁵⁰)、養育責任 (parenting responsibility) などという言葉を用いて、取り決める内容を詳細に文書化している。各州、各郡において独自にフォーマットが作成されており、十数枚のボリュームとなっている。ALI によると、“parenting plan”とは、「子どもに関する監護の責任と決定責任の分担について、及び両親間の将来の紛争の解決についての取決め規定」とされている⁵¹。ニューメキシコ州法は次のように規定する。

- (1) 子の宗教、教育、子の世話、課外活動及び医療と歯科治療に関する取決め、
- (2) 特別な決定に関する責任の配分、
- (3) 子について、子の引渡し、子の世話の交代についての情報交換の方法と、親子の電話やメールでの交流の維持について、
- (4) 将来における決定の手続、例えば解決決定のための手続、
- (5) 子の福祉に関する他の取決め、又は共同監護下での親の役割の明確化と促進化⁵²。

その具体的内容は、先に見た共同監護の合意チェックと同様であり、子どもに対する法的主要な決定権と責任の共有、電話によるアクセス、e-mail やカードによるやりとり、子どもの住居、夏休み・冬休みの過ごし方、子どもの学校や医療情報へのアクセス⁵³、今後問題が生じた場合の解決方法、子どもの養育費、宗教教育等が含まれている。別居時には暫定的養育計画書 (temporary parenting plan) が、離婚時は最終的な養育計画書を両親

⁴⁸ 1989年9月に離婚した父母933ケースのうち、裁判所記録で身上監護権に関する情報のあったものの内訳。Maccoby & Mnookin, supra note 41, at 137.

⁴⁹ Linda D. Elrod and Milfred D. Dale, Paradigm Shifts and Pendulum Swings in Child Custody: the Interests of Children in the Balance, 42 Fam. L. Q. 381, 381 (2008).

⁵⁰ Colo. Rev. Stat. Ann 14-10.5 Parenting Time Enforcement; Connecting Children - Important Information on Parenting Time in Colorado.

⁵¹ ALI, Principles of the Law of Family Dissolution (2002), 2.03.

⁵² NM Stat. Ann. §40-4-9 (F).

⁵³ 子の情報へのアクセスについては、監護権に関係なく両親にあると立法上明示している州が多い。これは、監護権に基づくものではなく、親の権利に基づくものと理解されているからである。

が協議して作成し、裁判所へ提出することが求められている。

フロリダ州では、離婚に先立ち両親は子どもや両親に対する離婚の影響について学習をする親教育（parenting course）を最低4時間受けなければならない。現在はウェブサイトにより受講が可能となっており、修了証明書が出される。そこでは、子どもと両親との関係の法的側面、子どもに対して与える心理的側面、子どもに対する経済的責任等を学ぶことになる⁵⁴。このコースに参加しなかった場合には、裁判所侮辱罪に問われるか、分担親責任や面会交流が否定され得る。また、立法で州の認可するペアレンティング・コーディネーター（parenting coordinator）を活用することが掲げられており、その支援のもとで養育計画を完成させることもできる⁵⁵。オレゴン州では養育計画書を作成するに当たり、低料金のリーガルサービスを受けるか、教育プログラムに参加してメディエーション⁵⁶を受けるか、あるいは裁判所の家族法問題進行役（family law facilitator）に相談するとしている⁵⁷。コロラド州も同様である。これらの親教育では、年齢別における子ども期の特徴や、離婚後いかに子ども期において親の愛情と養育が必要か、子どもが捨てられたという感情を抱かないために、親はどのように子どもにかかわっていくべきか、親以外の祖父母やきょうだいの交流が子どもにどのような効果をもたらすか、子どもに対して親は養育と扶養の責任があること等が教えられる。

そこで用意されている養育計画のパンフレットには、親子のかかわりあう時間について年齢別にサンプルが提示されてある。ここでは毎週末から水曜日の朝にかけて一方の親の家で過ごしたり、隔週の金曜日の夜から日曜日の昼間で過ごしたりするというかなり詳細な計画が示されている。この養育計画が裁判所で審理され、認定されたら、それが命令として下される⁵⁸。ただし、DVや夫婦間の力関係に差があるときなど、当事者間の合意が子の利益に害になる場合があることには注意が払われている。

親は離婚しても、子との関係は別のものであり、親が不適格でない限り、多くの親は養育計画において双方が親としての権利と義務を保持し続ける計画書を作成する。そして、子が両親と交流することは子の権利であり利益であるという観念は浸透しており、相当な面会交流が認められている。必ずしも身上共同監護ではなくとも、十分な親子の交流は確保されており、協議にて作成する養育計画のほとんどは、法的共同監護と頻繁な面会交流である。しかし、紛争性が高い場合には、次の司法手続へ進むことになる。

⁵⁴ Fla. Stat. Ann. § 61.21.

⁵⁵ Cal. Stat. Ann. § 61.125 (1) . オーランド市のある 9th Circuit court では、ウェブサイト上で1家族500ドルとの料金を示している。

⁵⁶ 石川亨「アメリカ合衆国カリフォルニア州及びオレゴン州における子の監護に関する事件の処理の実情について」家裁月報55巻6号145頁（2003）によると、メディエーションで合意できない場合、訴訟へ移行するが、その場合、メディエーションで取り扱われた情報が裁判に影響することはないという。一方、カリフォルニア州サクラメントでは、メディエーターが勧告書を作成し、勧告の内容が裁判で利用される可能性があるとする。

⁵⁷ Ore. Rev. Stat. § 107.102. Parenting Plan Information:

<http://www.ojd.state.or.us/osca/cpsd/courtimprovement/familylaw/parentingplan.htm#BPPG>

⁵⁸ Ore. Rev. Stat. § 107.105.

(2) 裁判手続

紛争が激化し、紛争が裁判に持ち込まれた場合、対審構造により審査される。この場合、一般に親双方には弁護士がつき、家庭環境や子の状況、子の意思を調査するために、裁判所により鑑定人 (evaluator) が任命される場合がある。これは主に心理学者や精神医学者が担当し、その費用は親により負担される。費用は法域、事件によって変わるものの、おおよそ 2,000 ドルから 6,000 ドルとされている⁵⁹。カリフォルニア州ロサンゼルス郡の事実審裁判所のウェブサイトには、鑑定料が 1 時間あたり 200 ドルから 375 ドルとする法定鑑定医である精神科医のリストが挙げられている⁶⁰。親の希望や裁判所の判断で、子の代理人が指名される場合もある。なお、鑑定が要請されても経済状態で困難であれば、法律扶助か無料弁護制度 (pro bono) を利用することができる。

裁判では、先に見た州の推定則に従い共同監護が子の利益にかなうか否かの証明がなされるので、多様な証拠の提示が必要になる。

(3) 子の代理人⁶¹

1980 年代に監護権紛争で子どもに代理人を選任することを規定している州は 24 州程度しかなかったが、2004 年には 41 州が何からの形で子どもの代理人を認めている⁶²。基本的に監護権訴訟でそれを義務づけている州は少なく、多くの州は裁判官の裁量に任せられている。調査では、対立の激しいケースでは、裁判官の 44% が子どもに弁護士をつけ、58% が訴訟後見人 (guardian ad litem=GAL) をつけ、85% が監護評価 (custody evaluation) をつけているとされている⁶³。州によっては、親の要求に従って裁判所が任命すると規定しているところもある (Colo. Rev. Stat. Ann. § 14-10-116)。

各州が規定する代理人には様々なタイプがあり、弁護士 (attorney) を選任することを規定している州もあれば、訴訟後見人 (guardian ad litem=GAL) の選任を求めている州もある⁶⁴。一般に訴訟後見人弁護士が子どもの代理人となる。代理人の任務については州により、また学説により異なる。弁護士は子どもの代理人であり、子どもの意思を代弁する者とされているのに対し、GAL は子どもの最善の利益を代理すべきであると考えられている。

⁵⁹ Philip M. Stahl, Anatomy of a Child Custody Evaluation, 22 Family Advocate, 1999.

⁶⁰ <https://www.lasuperiorcourt.org/FLResource/UI/rptFLPanel.aspx?Referer=Index&panelType=Evaluator>

⁶¹ 山口亮子「アメリカにおける子どもの代理人制度--監護権訴訟と子どもの保護手続の場合」判例タイムズ 57 (17) 33 頁 (2006)、同「アメリカにおける監護権手続の子どもの代理人」比較法研究 73 号 136 頁 (2011)。

⁶² Linda D. Elrod and Robert G. Spector, A Review of the Year in Family Law: Children's Issues Remain the Focus, 37 Fam. L. Q. 527, 578 (2004) .

⁶³ Barbara A. Atwood, Hearing Children's Voices: The Child's Voice in Custody Litigation: An Empirical Survey and Suggestions For Reform, 45 Ariz. L. Rev. 629, 637 n.36 (2003) .

⁶⁴ Martin Guggenheim, The Right to be Represented but not Heard: Reflections on Legal Representation for Children, 59 N.Y.U.L. Rev. 76, 100-109 (1984) .

訴訟後見人弁護士は子どもを代理するにあたり、まず事実の調査を行い、子ども本人はもとより父母、第三者とも面接を重ね、情報を収集する。また、心理学者、精神科医、ソーシャルワーカーに子どもの心理の調査を依頼することもでき、そして最終的にこれらの調査結果を裁判所に報告する場合もある。子どもの選好と訴訟後見人弁護士の意見が異なる場合、子どもの選好をどれほど重視すべきか、という問題があるが、学説は一般に代理人は子どもの選好に拘束されるものではないとしており、子どもの成熟度や年齢を基準として相当な判断ができると思われる子どもの選好であればそれを重視するとする⁶⁵。ただし、子どもは最終的決定を下す者ではない。

これに対し、2003年に発表されたアメリカ法律家協会（ABA）の子どもの代理人基準⁶⁶によると、子どもの代理人は裁判所からは独立しており、裁判所で証言をすることを否定する。ABAが掲げる子どもの法律家には二つのタイプがある。一つは子どもの代理人であり、その者は監護権紛争において何が起きているかを子どもに説明し、子どもの主張を代理しなくてはならない。弁護士は子どもの弁護士として、子どもが何を知り、子どもの決定にどのような要因が影響しているかを理解し、ケースの評価や最良の方法を子どもに伝える必要がある。そして基本的に子どもの表明した目的を追求すべきである。子どもが目的を表明しない場合は、子どもの意思を判断するよう誠実に努力しなければならない。子どもが意思を表明できない場合は、子どもの法的利益を代理しなければならない。「法的利益」とは、子どもの目的及び「最善の利益」とは異なり、適切な教育、医療、あるいは精神保健サービスに参加する子どもの権利に関する特別な必要性、子どもに必要な住居を確保すること、子どもの養育費あるいは他の経済的利益、きょうだい、家族又は子どもが会いたい人との交流、子どもの他の手続上の権利やデュー・プロセスなどである。しかし、最終的に子どもの表明する意見が子どもの最善の利益に適わないと判断される場合には、別に子どもの利益の代理人を選任してもらうか、あるいは代理人が子どもの最善の利益と子どもの意見を一致させるよう子どもに助言を与えたり、アドバイスを行う必要がある⁶⁷。

二つ目のタイプは最善の利益代理人であり、各種資料に当たったり、関係者にインタビューして子どもの利益の調査を行う。子どもの希望は決定要因の一つとなる。そして裁判所はいずれかの弁護士を選任しなければならないとする。

今日では特に子どもの権利確保のために子どもの代理人制度は重視されており、地域の弁護士協会やロー・スクールでは子どもの代理人としての独自の専門性を学習・講習をしている。一般に、各州のロー・スクールと弁護士会が提携して、Continuing Legal Educationとして各種シンポジウムが開かれている。また、裁判所主催でも GAL の講習会を開いてい

⁶⁵ Robyn Marie Lyon, *Speaking for a Child: The Role of Independent Counsel for Minors*, 75 Cal. L. Rev. 681, 695-700 (1987).

⁶⁶ American Bar Association Section of Family Law, *Standards of Practice for Lawyers Representing Children in Custody Cases* 2003, 37 Fam. L. Q. 126 (2003).

⁶⁷ See, Marvin R. Ventrell, *Rights and Duties: An Overview of the Attorney-Child Client Relationship*, 26 Loy. U. Chil L. J. 259, 278-279 (1995).

るところもあり、ミネソタ州では GAL に最低 40 時間の研修を義務づけている⁶⁸。訴訟後見人弁護士費用については、裁判所が親の収入、経済状態等の状況を考慮して、一方又は双方に支払いを命じることになる⁶⁹。

III. 養育費⁷⁰

別居・離婚後には当然に、双方の親に子の養育費支払義務が生じ、婚姻を経ずに子が生まれ場合も当然に、生物学上の親に子の養育費支払の責任が課せられる。全米において、司法だけでなく、社会保障、行政が一体となって養育費制度を整えている。1975年に連邦により「養育費履行強制制度 (Child Support Enforcement Program)」が創設され、1996年に社会保障の「貧困家庭への一時扶助 (Temporary Assistance for Needy Families: TANF)」が成立している。

養育費に関する 2009 年の国勢調査⁷¹を見てみると、養育費の決定率は母子世帯では 54.9% しかなく、決して高くはないことにより、改めて様々な家族のタイプが存在していることがわかる。全て裁判離婚であるにもかかわらず決定率が低い理由として考えられるのは、母子世帯になっているのが離婚だけとは限らないからであろう。また、決定を得ない理由として挙げられているのは、他方親の代わりに提供者がいた 34.4%、法的に取り決める必要を感じなかった 32.1%、他方親が経済的に支払えなかった 29.2%、他方親に支払ってもらいたくなかった 21.1%、子が他方親と部分的に生活している 17.7%、他方親の居場所がわからなかった 16.8%、他方親と接触を取りたくなかった 16.7% となっている。

原則的には、親の再婚が子との交流に影響を与えないのと同じように、養育費にも基本的に影響を与えないが、監護者の経済状況の変化により減額されるか、支払停止になる可能性はある。しかし、共同監護か頻繁な面会交流があると 8 割以上は受給しているとされており、カリフォルニア州の調査では、法的共同監護であれば 96% が裁判所から養育費支払い命令を受けている⁷²。また、身上共同監護の場合は、それぞれにおいて子の養育費を負担しているため、養育費を相手へ渡す必要はなく、養育費は発生しないか、極めて限られた金額となる。

養育費の決定は、離婚時であればそのときに決定される。この場合、各州はすでに養育費ガイドラインを設けており、各州は主に所得シェア方式 (Income Share) と所得パーセ

⁶⁸ Guardian Ad Litem System Program Standards VI (2005) .

⁶⁹ Wis. Stat. § 767.045 (6) ; Hawaii Rev. Stat. § 572-46 (8) . その費用は 2 万ドルを超えることもまれではないとされる。Richard Ducote, Guardians Ad Litem in Private Custody Litigation: The Case for Abolition, 3 Loy. J. Pub. Int. L. 106, 149 (2002) .

⁷⁰ 下夷美幸『養育費政策にみる国家と家族—母子世帯の社会学—』(勁草書房、2008) 149 頁、山口亮子「アメリカの養育費制度についての一考察」産大法学 46 巻 3 号 450 頁 (2012) 参照。

⁷¹ United States Census, Custodial Mothers and Fathers and Their Child Support: 2009. 2004 年は決定率 64.2% であったが 2009 年には減少している。

⁷² Maccoby & Mnookin, supra note 41, at 117.

ント方式 (Percent of Income) のいずれかを取っている⁷³。前者の所得シェア方式は、一つの家庭で生活していたら得られる生活水準を、互いの両親が同じ割合であるいは分担して支払う計算方式である。例えば、父母の合計収入のうち各自の割合を計算し、毎月の子に係る費用を出し、各親の割合に応じて子の養育費の費用をはじき出す。所得パーセント方式は、監護権者の収入にかかわらず、非監護権者の所得から一定の割合を養育費とする。

養育費の徴収は、当事者間で取決めるほか、非監護親の給与から引き落とされるようになっており、2010年の徴収のうち67%は給与引き落としである。事業主は雇用から20日以内にその者を州に登録しなければならず、これは連邦に登録され、それにより非監護親の収入源が特定される。その他、連邦や州の所得税還付金からの相殺、失業給付からの相殺、財産への先取特権などがある。

養育費について当事者間で合意した金額又は裁判所で命じられた金額の養育費が他方親から支払われない場合は、未婚の母、又は離婚後の監護親は、州の養育費履行強制局で履行手続を行う。未婚監護親はTANFを申請することもできる。貧困な未婚の母は子の父が明らかでない場合、当局による父親探索、父性確認のために父親の情報を提供しなければならない。そして当局により父が搜索され、州法が計算する方法で養育費が決定される。事業主が非監護親の雇用を州に登録すると自動的に連邦に登録され、全国網において非監護親の収入源が特定され、非監護親に養育費が請求される。養育費の徴収は非監護親の給与から引き落とされ、局から監護親へ養育費が給付される。義務者が養育費を履行しない場合、裁判所に召還され、審理が行われる。このとき、義務者を追求するのは公益の代表者である州の検察官 (Attorney general) である。子の養育費は公的な監視のもとにおかれるため、多くの州では検察官の任務となっている。それでも不履行の場合は、運転免許証、州の職業若しくは商業免許差止又は取消、パスポート発行の拒絶又は取消しがなされる。最終的には民事的裁判所侮辱罪 (civil contempt) として、支払うまで刑務所 (jail) に収監される。例えばフロリダ州検察局は、2007年1月から2010年6月まで、16万7千件を申し立て、25万3千件の審理が開かれ、13万5千件の履行命令を行っている⁷⁴としている。

アメリカ法では、婚姻外の共同監護を勧めているが、それは同時に、婚姻外でも子に対して親の責任を負担することを勧めているのであり、面会交流により子の精神的生育を育む責務と共に、養育費により経済的責任を果たすことを課しているのである。未婚による出生率が高いこと、離婚率が高いこと、養育費不払いによる収監も後を絶たないことから、アメリカの家族は様々なレベルで国家による援助を必要としている。

⁷³ Jo Michelle Beld & Len Biernat, Federal Intent for State Child Support Guidelines: Income Shares, Cost Shares, and the Realities of Shared Parenting, 37Fam. L. Q. 165 (2003). この他に、メルソン方式というものもある (下夷美幸「アメリカにおける児童扶養履行強制制度」海外社会保障情報100号80頁(1992))。

⁷⁴ Attorney General, Child Support Enforcement Bureau, <http://myfloridalegal.com/pages.nsf/main/f33243fec3e04a6e85256ccb006d06b7>

IV. 面会交流⁷⁵

アメリカの面会交流の特徴として、子どもの利益の確保、親の権利の保障、家族の自律性 (autonomy) の尊重、そして家族の多様性の認容という点を挙げるができる。以下では、婚姻解消後の親子の交流の原則と、それが制限されるその例外について考察する。

1. 親子の交流の原則

(1) 面会交流の権利性

アメリカで、面会交流は一般に訪問 (visitation) と呼ばれるが、その他にも、“access”、“possession”、“partial custody”、“parent-child contact”、“period of physical placement” と呼ばれることから、非監護親が単に外で子どもと会うことではなく、子どもと会う期間に養育を行うことも含まれていることが分かる。一般に、隔週末に泊まりがけで子どもが一方の親の元を訪れるパターンが多い。例えば、金曜日と土曜日を父親の家で過ごして日曜日に帰るか、月曜日の朝に父親が学校まで連れて行き、下校時に母親の家へ帰るパターンである。父母の家が離れている場合は、長期の夏休み、冬休みに非監護権者の家に住む場合もあり、身上共同監護と変わらない。

合衆国最高裁判所において、親には子を養育する自由があること、子の教育を管理する権限があることが示されてきた。Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923) では、婚姻し、家庭を設け、子を養育することが合衆国憲法第 14 修正の自由に当たることが宣言され、Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925) は、「子を養育し、その運命を決定する者は、子自身が将来になうべき義務を認識させ、その準備をさせる義務を伴う権利を有している」としている。直接に婚姻外の面会交流が指摘されたことはないが、学説は、非監護親の面会交流の性質について、婚姻し生物学的繋がりもあり、なおかつ養育を通して精神的繋がりのある親子は、離婚によっても親子の血縁関係及び心理的結びつき、扶養、法的監護権が消失するはずはないのであるから、両親とも離婚後においても子どもと会い、子どもを育てる権利と義務を憲法上保障される権利として依然として持ち続けていると主張している⁷⁶。

また、1970 年代より発達した子どもの心理学や行動科学の研究・調査により⁷⁷、子ども期における親との愛着は子どもの成長のために必要であり、離婚後も子どもが両親から愛され、大事にされていることを確信するために、両親が共により一層子どもとかわり養

⁷⁵ 山口亮子「面接交渉権と子どもの利益-日米の比較」上智法学論集 42 (3・4) 299 頁 (1999)、同「アメリカにおける訪問権」比較法研究 67 号 158 頁 (2005)。

⁷⁶ Ellen Canacakos, Joint Custody as a Fundamental Right, in J. Folberg (ed.) Joint Custody and Shared Parenting, 223; Novinson, Post Divorce Visitation, U. Ill. L. Rev. 121 (1983)。

⁷⁷ Judith S. Wallerstein and Joan B. Kelly, SURVIVING THE BREAKUP (1979)。

育していくことが重要であるということが明らかになった。離婚により半数の子どもは親から捨てられたと感じており、3分の2の子どもは父親を思慕し、2分の1の子どもは特にそれが激しいという。これらの研究は、離婚後初期の面会交流は、その怖れを和らげるために特に重要であるとしている。一方、40%の子どもは親と会うことを楽しみにしているが、不満を持っている子どもも実際には多い。その原因は、面会交流が予定どおりに行われなかったり、期間が空きすぎるために期待を外されることによる。これらの調査・研究により、離婚後の親子の交流は子どもの最善の利益にかなうというコンセンサスが形成された。そこでアメリカ各州法では一般に、離婚後、子どもと両親との頻繁かつ継続した交流を確保することを州の公的政策としており、離婚後の親子の交流を積極的に認めている⁷⁸。そして、全ての州において別居時及び離婚時に非監護親には相当な面会交流が付与される旨規定されており、離婚後の親子の交流は当然のこととされている。

(2) 決定基準

(i) 両親間の対立

両親間に対立がある場合、親子の交流が上手く機能するか否かについて、1973年に出版されたGoldsteinらによる“Beyond the Best Interests of the Child”の書籍⁷⁹において、心理学上の親（psychological parent）という概念が示されたことが画期的であった。同書は、離婚後の親子の交流について、「非監護親が面会交流を行うことが子どもにとってふさわしいか否か、監護親が決めるべきである」と主張し、センセーションを巻き起こしたが、結局アメリカでは受け入れられず、今日では少なくとも離婚後の監護権について、監護親の反対が面会交流拒否の要件となるという考えは取り入れられていない。

離婚後の親子の交流は親の権利であると共に、子どもの利益にもかなうとの前提から、裁判所あるいはメディエーションにおいても、一般的な両親間の対立は面会交流否定の要件にはなっていない。子の監護養育をめぐり、父母の話し合いがつかないケースは10%から20%とされている⁸⁰が、裁判所で非監護親の面会交流が争われる場合、両親間の対立が面会交流を否定する理由とはならない。裁判では、面会交流を拒否する親は、非監護権者の面会交流が精神的、身体的、道徳的又は心理的健康を危険にさらすことにより、子どもに深刻な被害を与えるとの証明を行わなければならない⁸¹。監護親がこういった有害性の証明をしない限り、面会交流は拒絶されないため、親の面会交流は基本的に認められている。

カリフォルニア州における1980年代後半の調査では、離婚後約68%の子どもが母親と住み、父親と住んでいるのが約10%、共同監護として双方と共に住んでいる子どもは約

⁷⁸ Cal. Fam. Code §3020 (b) ; Pa. Con. Stat. §5301.

⁷⁹ Joseph Goldstein, Anna Freud, Albert J. Solnit, BEYOND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD, (Free Press, 1973) .

⁸⁰ 棚村政行「子の監護調停における父母教育プログラム」ケース研究 243号 24頁（1995）

⁸¹ Martin Guggenheim, Alexandra Dylan Lowe and Diane Cutis, THE RIGHTS OF FAMILIES, 8（1996）.

15%である⁸²。離婚後すぐは、約7割の子と一緒に暮らしていない親と会っている。3年半後の調査では、父親と会っていない子は39%ほどいるが、母親との交流は80%以上の子どもが行っていた。これらの面会交流のある家庭は一般的に、隔週末に泊まりがけで子どもが一方の親の元に訪れるパターンが多い。例えば、金曜日と土曜日を父親の家で過ごして日曜日に帰るか、月曜日の朝に父親が学校まで連れて行き、その後母親の家へ帰るというパターンである。

(ii) 子の意思

子どもの利益に配慮することも今日のアメリカの特徴である。多くの州法では、監護権・面会交流取決めにおいて子どもの意思を聞くことをその要件に挙げている。しかしそのほとんどは子どもの意向は聞くが、それのみには拘束されないと規定しており⁸³、子どもが監護者を決定するわけではない。この場合、子どもは判事室で裁判官によりインタビューされる。調査によると、14歳から17歳までの子どもの意思については裁判官の8割がその意思を極めて重要と考えており、11歳から13歳の子どもではその割合は4割となる⁸⁴。この場合、子どもに直接父母を選択する意見を求めることは子どもの真の心情を引き出すものにはならず、そのような負担を負わせることも子どもの利益にはならないと考えられている。

ネブラスカ州において、監護者である母親が15歳と10歳の子どもたちの意思に基づき非監護者の面会交流終了を申し立てた裁判⁸⁵で、子どもは法廷で父親との面接拒否の意思を述べ、裁判官室では裁判官により聴聞されていたが、裁判所は子どもの最善の利益を害していると確信しない限り面会交流は否定されないとし、父親との健全かつ適切な関係を形成する機会が与えられることが彼らにとっての最善の利益であるとして、父親の面会交流終了を認めなかった⁸⁶。

ジョージア州では当初、子どもが14歳に達している全てのケースにおいて、子どもは共に暮らしたい親を選ぶ権利を有するものとする。選ばれた親が子どもの監護権を持つ親として不適格者と認められない限り、子どもの選択が支持されるものとするという規定⁸⁷があったが、面会交流の選択についてもこの条項が妥当するかが1984年のPrater v. Wheeler, 322 S. E. 2d 892 (1984)で問題となった。本件では、最終的な判断は裁判所が行うとしな

⁸² MaCoby & Mnookin, *supra* note 41. 残る割合は、きょうだい分離監護 (split residence) 2.2%, 親が未だ共に住んでいる5%, 親以外の者と住んでいる0.7%である。また調査は、必ずしも法的監護権と事実上の住まいが同一であるわけではないことも明らかにしている。

⁸³ 2013年現在では、マサチューセッツ州以外、全州が監護者決定において子の意思を要件とすることを明記している。Chart 2: Custody Criteria, 46 Fam. L. Q., 514 (2013) .

⁸⁴ Barbara A. Atwood, *Hearing Children's Voices: The Child's Voice in Custody Litigation: An Empirical Survey and Suggestions For Reform*, 45 Ariz. L. Rev. 629, 634 (2003) .

⁸⁵ Koch v. Koch, 361 N.W.2d 548 (1985) .

⁸⁶ E.g., Hagler v. Hagler, 460 So.2d 187 (Ala.Civ.App. 1984) ; Reynolds v. Reynolds, 426 S.E.2d 102 (N.C.App. 1993) .

⁸⁷ GA. CODE ANN. §19-9-1 (a) , §19-9-1 (3) (A) .

がらも、14歳以上の子どもに非監護者との交流を拒否する権利があることを認めたことを契機に、立法府は当該条文に、「当条項は、裁判所によって決定された非監護者の相当の面会交流を否定（deny）すると解するものではない」とする文言を付加した。しかしこれについては Prater ケースを指示する内容なのか、あるいは否定するものかとして問題を生じた。1990年に出された Worley ケースの控訴審（Worley v. Whiddon, 398 S. E. 2d 401 (1990)）はこの部分を、「子どもに必要とされる愛情と指導が失われなければならない」という趣旨で立法されたものであると解し、追加部分を子どもは親の面会交流については拒否できないものと解釈して、親の面会交流を認めたが、1991年の州最高裁判所⁸⁸は、14歳以上の子どもには監護権同様、面会交流も拒絶する権限が与えられているとして、14歳以上の子どもの拒絶意思を重視し、子どもが非監護者の面会交流を拒否することも例外ではないと判断した。

（3） 面会交流執行—監護親による面会交流の妨害に対する法的対応

（i） 裁判所侮辱罪（contempt）⁸⁹

非監護親の面会交流は原則として認められ、そしてその取決めは実現されなければならないが、子どもに会わせなかったり、子どもを帰さない場合も生じるため⁹⁰、その確保については様々な法的対応が用意されている。

取り決められた面会交流計画について監護親が違反した場合にまず用いられるのが、裁判所侮辱罪の申立てである。アメリカの裁判所侮辱罪は、現にある命令に従うために科す civil contempt（民事上の裁判所侮辱罪）と、過去の命令違反に対して科す criminal contempt（刑事上の裁判所侮辱罪）とがある。いずれにおいても、制裁金か拘禁のどちらか、あるいは双方が科されることがある。拘禁の場合は刑務所（jail）へ入ることになる。

非監護権者が、監護権者は面会交流に協力的でなかったとか、面会交流を妨害したということを裁判所へ訴えると、裁判所はまず召喚状を送達し、なぜ裁判所命令に違反したのかの「理由開示命令（order of show cause）」を求める。被申立人が可能な裁判命令であるにもかかわらず故意に命令に従わなかったことが認められれば、制裁金か拘禁が科される。ウィスコンシン州では、1日2,000ドル以下の制裁金か6ヶ月以下の拘禁と規定している。しかし、多くの州はその罰則について上限を持たない⁹¹。民事上の裁判所侮辱罪では罰則の期間は不明確で、命令に従うまでとされる場合が多いからである⁹²。アラスカ州

⁸⁸ Worley v. Whiddon, 403 S.E.2d 799 (Ga. 1991) .

⁸⁹ 山口亮子「子どもの引渡に関する人身保護請求—アメリカのヘイピアス・コーパスの変遷からの考察—」上智法学論集 45 卷 4 号 99 頁 (2002)

⁹⁰ 全米で年間 35 万件の違反、子どもの奪取・誘拐が行われているとされている。

⁹¹ David J. Harmer, Limiting Incarceration for Civil Contempt in Child Custody Cases, 4 BYU Journal of Public Law 239, 239 (1990) . 1990年の時点では 48 州が上限を設けていないとされていた。

⁹² Hugh H. Maloney, Enforcement of Shared Parental Responsibility and Visitation, § 71.12 FLORIDA FAMILY LAW.

は、一つの不履行に対して 200 ドルの賠償を認めていた⁹³。

面会交流問題で裁判所侮辱罪が適用された著名なケースに、1988 年のモーガンケース⁹⁴がある。形成外科医の母親が、父親の性的虐待を疑い子との面会交流を拒絶し、子どもを隠したことで、裁判所による面会交流命令に従うまで 25 ヶ月間拘禁された。

1983 年のコロラド州のケースでは、相当な面会交流を持っている父親に無断で子どもを連れてニュージャージー州へ転居した母親に対し、裁判所侮辱罪が適用され、父親が 1 年半子どもと交流できなかったことに対する 446.75 ドルの損害賠償と 2,000 ドルの弁護士費用支払いが命じられている⁹⁵。カリフォルニア州の判例⁹⁶では、父親の面会交流を拒否した母親に裁判所侮辱罪が適用され、500 ドルの制裁金と 5 日間の拘禁が科されている。

メイン州最高裁判所⁹⁷では、同棲解消後、裁判所で 4 歳の子の非監護権者の父に最低 1 週間に 2 回と休日と休暇を加えた面会交流が認められていたにもかかわらず、母は無断で転居し、父が何度も電話したにもかかわらず電話に出ず、2 ヶ月も子どもと会わせなかったことで、立法に従い母親に最低 100 ドル支払う裁判所侮辱罪が認められた。

子どもが非監護親に会うのを嫌がるため会わせなかったために裁判所侮辱罪に問われるケースもある。1979 年のジョージア州の判例では、「5 歳と 8 歳の子どもは独自に面会交流否定を決定できない。母親は協力的に子どもに面会交流を勧めるべきだった」として監護親に裁判所侮辱罪が認められた⁹⁸。これに対し、子どもが父親と会うのを嫌がった理由に、母親に故意の姿勢はなかったとされたケース⁹⁹がある。

(ii) 監護権変更

裁判所侮辱罪の手續に乗じて監護権変更を申し立てることもあるが、監護権変更を懲罰的手段で用いることに対して裁判所は消極的である¹⁰⁰。しかし、子どもの最善の利益にかなう場合には、非監護権者から監護権変更が申立てに対して認められることもある。

(iii) 養育費の停止

前記のように、アメリカでは離婚手續は全て裁判所を通して行うにもかかわらず、養育費の取決め割合は決して高くはない。統計によると、2009 年は母子世帯で 54.9%であった。なお、2001 年は、何らかの（臨時・定期的含めて）養育費を受け取っているのは 73.9%で、

⁹³ Alaska Stat. Ann §25.20.140.

⁹⁴ Morgan v. Foretich, 846 F.2d 941 (4th Cir. 1988) ; Morgan v. Foretich, 564 A.2d 1 (D.C. 1989) . この事件についての詳細は Jonathan Groner, HILARY'S TRIAL: THE ELIZABETH MORGAN CASE (1991) .

⁹⁵ In re Marriage of Harris, 670 P.2d 446 (Colo. App. 1983) .

⁹⁶ Coursey v. Coursey, 239 Cal.Rptr.365 (Cal. 1987) .

⁹⁷ Pratt v. Spaulding, 822 A. 2d 1183 (2003) . この場合の認定は、「明白かつ確信できる証拠」基準が必要となるとされた。

⁹⁸ Smith v. Smith, 259 S.E.2d 480 (1979) .

⁹⁹ Coursey v. Superior Court, 239 Cal. Rptr. 365 (1987) .

¹⁰⁰ In re Marriage of Fox, 548 N.E.2d 71, appeal denied, 553 N.E.2d 395 (1990) .

法的取決めをしているのは 59%であり、2004 年の取決め率は 64.2%であった¹⁰¹。

養育費の支払いと面会交流には深い関係があることは以前から指摘されており、監護権者は養育費を支払わない非監護権者には子どもを会わせたがらず、また面会交流を妨害された非監護権者は養育費支払いを渋るようになる¹⁰²とされている。2001 年の国勢調査によると、子どもの養育費について取り決めている 85.3%の監護親が非監護親との共同監護や面会交流を取り決めており、その 77%が養育費を受け取っている。共同監護や面会交流を取り決めていない監護親は 55.8%しか養育費を受け取っていない。裁判例では *Turner v. Turner*, 919 S.W.2d 340 (1995) は、非監護親が支払い能力があるのに子どもの養育費を支払わなかった場合、裁判所は親のネグレクトを理由として面会交流を拒否することができると判断しており、*Dana v. Dana*, 789 P.2d 726 (Utah App. 1990) は、監護者である母親が、非監護親が面会交流しなかった代償として、より養育費を増やすか面会交流をするよう求めた裁判で、ユタ州控訴審裁判所は、面会交流の目的は子どもと非監護親との関係を促進させるためのものであるとした上で、慣習上面会交流することを強制することはできないとしている。

州法において、養育費と面会交流との関係を規定しているが、多くは養育費支払いは監護親の面会交流妨害に影響を受けないと規定している¹⁰²。しかし、1994 年の判例においてカリフォルニア州最高裁判所は、監護親から隠されている子どもに対して養育料の支払いを行わなかった非監護親にその遅滞の支払いを命じなかった事実審の決定を支持している¹⁰³。この場合裁判所は、「行方不明の人間に対する養育費支払いは発生しないため、隠匿は命令の目的を無効にさせる¹⁰⁴」という理由付けを行った。

他方、州法により養育費との関係を明示しているところもある。ニューヨーク州法¹⁰⁵では、養育費を受けている監護親が不当に面会交流を妨害した場合、裁判所はその裁量において、面会交流が侵害されている間、それらの支払いを停止するか、支払い遅滞を無効にすることができる¹⁰⁶と定めている。これに従って判例においても、ニューヨーク州控訴審裁判所は、監護権者の母親が父親に通知もなく突然ニューヨーク州からカリフォルニア州へ子どもを連れて転居したことは、父親の面会交流を妨害したものであるとして、その間、父親の養育費支払いの停止を認めた事実審の判断を認容した¹⁰⁶。養育費の支払いを終了させることはできないが、妨害されている最中に停止することはできるのである。オレゴン州法はより厳格で、監護権者が他方親の子どもと過ごす権利 (parenting time rights) を正当な理由なく妨害した場合に、裁判所は養育費の支払い命令を変更するか終了できると規定する¹⁰⁷。

¹⁰¹ United States Census, *Custodial Mothers and Fathers and Their Child Support: 2009*

¹⁰² Cal. Fam. Code § 3556.

¹⁰³ *In re Marriage of Damico*, 29 Cal Rptr. 2d 787 (1994) .

¹⁰⁴ *Id.* at 792.

¹⁰⁵ NY CLS.Dom.Rel. § 241.

¹⁰⁶ *Alexander v. Alexander*, 514 N.Y.S. 2d 148 (1987) .

¹⁰⁷ Ore. Rev. Stat. § 107.431.

養育費執行に関する統一法（Revised Uniform Reciprocal Enforcement of Support Act）では、「義務者が負っている養育義務の決定あるいは執行は、裁判所により認められた監護権又は面会交流権の権利者による妨害に影響されない¹⁰⁸」と規定しており、連邦法の社会保障法に関する規定も養育費支払いと面会交流との関連性を明記していない。これは、子どもは面会交流命令を無視する監護親のために損害を被るべきではないという理論から来ている¹⁰⁹。

(iv) その他

その他、面会交流や監護権が執行されなかった場合、裁判所への再度調整の申立てを用意している州もある。コロラド州では、養育計画の変更を申し立てること、養育時間の執行を求めることを規定により詳細に規定している。そしてこのように他方の親が離婚後の取決めを守らなかった場合、再度なされる調整においてその裁判費用や弁護士費用を他方親へ課すことを定めている¹¹⁰。イリノイ州家族法の「面会交流命令の執行、面会交流濫用」規定¹¹¹は、非監護権者が監護権者からの面会交流を拒否されたり、妨害されたりした場合には、家庭裁判所に命令違反を訴えることができるとしている。なお、イリノイ州ではこの民事規定に加えて、刑法の誘拐罪の中にも面会交流侵害が規定されており、軽罪を構成している¹¹²。

また、裁判所侮辱罪の制裁金が裁判所へ納められるのに対し、bond という債務を課し、違反した場合に違反者が金銭を支払うことを定めることもできる。カリフォルニア州家族法では、相手の面会交流を妨害した場合、理由開示命令が認められたら金銭賠償として最低限 100 ドルの支払いが科せられると規定している¹¹³。ここでは賠償金として、相手方へ支払われることになる。

さらに法的には、相手へ不法行為の賠償請求をすることも可能である。特に、子どもに対し、他方の親の悪口を吹き込み疎外させ、親子乖離症候群にさせた場合、故意に面会交流を妨害した場合、相手に精神的苦痛を故意に与えた場合に訴えを提起でき、また面会交流を妨害した第三者にも請求した例もある¹¹⁴。

¹⁰⁸ Greg Geisman, Strengthening the Weak Link in the Family Law Chain: Child Support and Visitation as Complementary Activities, 38 S. D. L. Rev. 568, 583 (1993).

¹⁰⁹ Id. at 589.

¹¹⁰ Colo. Rev. Stat. Ann 14-10-129.5.

¹¹¹ 750 ILCS 5/601.1. (e).

¹¹² 720 ILCS 5/10-5.5

¹¹³ Cal. Fam. Code § 3028 (c) (1).

¹¹⁴ William L. Hill, Tort Recovery for Intentional Interference with Visitation Rights: A Necessary Alternative, 32 U. of Louisville J. of L. 657 (1994). Pankratz v. Willis, 744 P. 2d 1182 (Ariz. Ct. App. 1987) では、精神的苦痛に対し 125,000 ドルの支払いを命じた。

2. 親子の交流の例外一面会交流の制限

(1) 立法による制限

カリフォルニア州法が、「その面会交流が子どもの最善の利益に害であるとの証明がない限り、裁判所は親に相当な面会交流を付与しなければならない (Cal. Fam. Code §3100 (a))」と定めているように、別居後及び離婚後の親子の交流はいずれの州においても基本的に認められており、面会交流に反対する監護親は有害性の立証を行わなければならない。有害のタイプで問題になっている代表的なものである性的虐待、DVを次に見ていくことにする。

(2) 判例

(i) 性的虐待

1985年のメリーランド州判例¹¹⁵では、父親が子どもに性的虐待をしていることが明らかで、それが確実な証拠によって立証されたにもかかわらず父親の面会交流を終了させなかった事実審の判断について、控訴審裁判所は面会交流を重要でかつ当然な法的権利と位置づけ、児童虐待の認定があってもそれは全ての面会交流を不可能にするものではないと判示し、事実審裁判所が命じた制限付きの面会交流の決定を認容した。アラバマ州の判例¹¹⁶は、事実審裁判所が父親に性的虐待の疑いがあるにもかかわらず、監督なしの自由な面会交流を付与した事実審の判断に対し控訴審裁判所は性的虐待の事実を確認し、事実審の決定を破棄した。しかし宿泊を伴った面会交流は禁じたものの、子どもとの面会交流に厳重な監視をつけた別の面会交流計画を指示するよう差し戻し、面会交流自体は禁止しなかった。このように、親に性的虐待の認定がなされた場合においても、完全に面会交流を終了することは原則としてない。ましてや性的虐待が確認されなかったり、ただ単に疑いがある場合¹¹⁷、また過去に継子やその友達に対し性的虐待の事実はあるが実子にはない場合¹¹⁸など、面会交流を制限する理由にはなっていない。

ただし、虐待が証明された父親が集中的心理療法に行くまで面会交流を差し控えたものもある¹¹⁹。立法でも例えばルイジアナ州法が、「明確かつ確信ある証拠により親が子どもに性的虐待を行っていたと裁判所が認定した場合、裁判所は虐待親が治療プログラムを完了するまで、及び監督付きの面会交流が子どもの最善の利益にかなうと認定するまで、全ての面会交流と親子の交流を禁止するものとする¹²⁰」と規定しているように、虐待が証明された場合は治療が終わるまでは控えらる。

¹¹⁵ Arnold v. Naughton, 486 A.2d 1204 (Md. App. 1985) .

¹¹⁶ Y. A. M. v. M. R. M., 600 So.2d 1035 (Ala. Civ. App. 1992) .

¹¹⁷ Peterson v. Peterson, 818 P.2d 1305 (Utah App. 1991) .

¹¹⁸ Handrahan v. Handrahan, 547 N.E.2d 1141 (Mass. App. Ct. 1989) .

¹¹⁹ D. A. H. v. G. A. H., 371 N.W.2d 1 (Minn. Ct. App. 1985) .

¹²⁰ La. Rev. Stat. Ann. §9:364 (D) .

(ii) DV

ほとんどの州でDVは監護権及び面会交流付与の考慮要件となっており、子どもを保護するため監督付き面会交流(supervised visitation)を認めている。1983年のニューヨーク州判例は、子どもの前で母に暴力を働いたことは面会交流を終了させるには十分な証拠にはならないとして、監督付き面会交流を認めた¹²¹。なお、監護権関連訴訟以外でDVの暫定的保護命令の場合、面会交流は停止されることもある。

ルイジアナ州法では「家庭内暴力の履歴が認定された場合、裁判所は当該親の治療プログラムの参加及び終了に応じて監督付きの面会交流のみを許すものとする¹²²」と規定しているが、現在多くの州で裁判所が命じるDVの加害者に対してカウンセリングと治療を規定しており、1996年のウエストヴァージニア州の判例¹²³では、DVを行う父親が精神治療を行うまで監督付き面会交流を停止するよう命じた。

(3) 監督付きの面会交流(supervised visitation)

非監護権者の面会交流を全面的に否定するのは極めてまれなことであり、子どもに危険が及ぶ可能性がある場合には、誰かがその面会交流を監視する監督付き面会交流が取り入れられている。カリフォルニア州裁判所規則¹²⁴では supervised visitation¹²⁵について、監督者となる者の要件や監督時の行動等、次のような詳細な規定を置いている。カリフォルニア州北サンタクララ郡及び南サンメテオ郡には私立の supervised visitation services が1996年より設立されており、ここは当裁判所規則に従って専門家を派遣している。

【監督者】 監督者には一般人、専門家、治療専門家が想定されている。友人や親戚の者などの一般の者は、21歳以上、過去10年間プロベーションやパロールを受けていない、児童虐待や人身犯罪の有罪判決の前科がない、過去10年間に民事・刑事・少年拘束命令を受けていない、監督される者に経済的に依存していない等の条件が課せられている。

専門家には supervised visitation services から有給の者、supervised visitation center や機関を通して又はこれから独立したボランティアやインターンの者がこれにあたる。

専門家・治療専門家(精神保健専門家、精神科医、心理学者、臨床ケースワーカー、婚姻・家族カウンセラー等)は、専門家としての役割、児童虐待通告法、記録保持手続、面会交流のスクリーニング・モニタリング・面会交流の終了、子どもの発達ニーズ、監督者

¹²¹ Katz v. Katz, 467 N.Y.S.2d 223 (Sup.Ct. 1983) .

¹²² La. Rev. Stat. Ann. §9:364 (C) .

¹²³ Mary Ann P. v. William R. P, 475 S.E.2d 1 (W.Va. 1996) .

¹²⁴ Cal Rules of Court §26.2.

¹²⁵ また、国を越えて情報交換や研究会を行っているNPOの supervised visitation network もある。
<http://www.svnetwork.net/index.html>

の法的責任と義務、文化的知識、利益の対立、秘密保持、薬物中毒・虐待・性的虐待・DVに関する問題等について研修を受けなければならない。監督者は最初の面会交流前に個々の当事者に会い、危険性の性質と程度について把握しなければならない。

【監督時に行うこと】

- ① 子どもの安全と福祉を確保するよう状況を監視する。
- ② 裁判所から命じられた面会交流の頻度と継続を実行する。
- ③ どちらかの味方にならない。
- ④ 裁判所による特別な命令のない限り、常時監督者の見聞きできる範囲で、また会話が監督者に聞こえる範囲で子と非監護者との交流が図れるようにする。
- ⑤ 子どもの非監護者の話す言語を話すこと。
- ⑥ 他方の親、家族、養育者、子ども又はきょうだいについての悪口を禁じる。
- ⑦ 裁判事件又はその結果の可能性についての会話を禁じる。
- ⑧ 監督者も子どもも他方当事者又は養育者の情報を集めたり、資料・情報・個人の所有物を伝えたりすることができない。
- ⑨ 子どもを叩く、打つ、脅すことを禁じる。
- ⑩ 当事者がアルコールや違法ドラッグを行いながら現れた場合は、子どもと会うことを禁じる。
- ⑪ 子どもに心理的・言葉による・身体的・性的虐待を禁じる。
- ⑫ 監督者や裁判所から加えられたルールに当事者が従うよう努める。

【性的虐待ケースの安全配慮】 贈り物・お金・カードの交換を禁じる。子どもの写真撮影・声の録音・ビデオ撮影を禁じる。子どもを膝の上に乗せること、髪をとかすこと、つけ回すこと、手を掴むこと、長く抱くこと、レスリングの格好をすること、くすぐること、馬乗りをさせること、おむつを変えること、子どもと一緒にトイレに行くこと等の身体的接触を禁じる。囁かくこと、手紙を送ること、手や身体で合図を送ることを禁じる。性的虐待が生じたとされる場所での監督付き面会交流を禁じる。

【一時的停止あるいは終了】 面会交流ルールが破られたり、子どもが極端に苦しんだり、又は子どもや監督者の安全が脅かされたりしたと監督者が判断した場合、面会交流は一時的に停止できるか、後日に変更できるか、あるいは終了することができる。これら全てのことはケースファイルに記録しなければならない。監督者は面会交流の中止や終了の理由を両当事者に通知しなければならない。

また州法では、監督者の費用について、面会交流を行使する親に支払わせるよう規定している¹²⁶。ニューヨーク州にある私立の Supervised Visitation Services では、通常1時間の面会交流監督が55ドル、治療的面会交流監督が1時間75ドルとされている¹²⁷。

¹²⁶ 19-A M.R.S. § 1653 (6) (B) ; Code of Ala. § 30-3-135 (b) (5) .

¹²⁷ <http://www.svs-ct.org>

V. 子の奪い合い紛争

ここでは、具体的に子の奪い合い紛争が生じた場合の手續についてみていくことにする。立法・判例は、管轄権に留意した子の引渡請求の手續と、それを予防する意味で無断転居の制限を設けている。

1. 子の引渡請求¹²⁸

(1) 別居中の父母間における子どもの奪取—暫定的監護命令

アメリカでは、別居時にも裁判所による子どもの監護命令が必要とされているので、別居中に他方の親から子が奪取された場合、残された親は子の引渡しを求める権利を得るために、まず家庭裁判所で暫定的監護権を請求しなければならない。緊急の場合又は子どもの行方が知れないときは、暫定的監護権は必ずしも父母双方が家庭裁判所に出廷しなくとも、一方だけの出廷で得ることができる。虐待やDV等がない状態で、一方の親が両親間の合意がないまま無断で子どもを家庭から引き離すことは子どもにとって有害であり、他方の親の権利を侵害しているとみなされるので、残された親は暫定的監護権を得やすい立場にある。

(2) 裁判所侮辱罪

別居時の暫定的監護命令を含め、離婚後の監護命令が出された後の対処について、以下に一般的なものから一部の州の特殊なものまで順に概観する。

裁判所の監護命令に違反して子どもの返還がなされなかったり子が奪取された場合、アメリカで一般的には、裁判所侮辱罪 (contempt of court) が適用される。この場合、まず残された親は、多方親がなぜ命令に違反したのかについて「理由開示命令 (order of show cause)」を裁判所に求めることになる。裁判所は拘束者に弁護の機会を与えるために裁判所へ召喚し、この手續において拘束者が理由なく監護命令に従わなかったことが認められれば、裁判官は裁判所侮辱罪として制裁金か拘禁を命じる。例えばウィスコンシン州はこれを、1日2,000ドル以下の制裁金か6ヶ月以下の拘禁として規定している (Wis. Stat. Ann §785.04)。違反が続けばこの罰は重ねられ、制裁金と拘禁双方が科されることもある。この制裁金の金額と拘禁期間の上限については、州によっては立法上明示せず、裁判所の裁量に任せているところもある¹²⁹。

カリフォルニア州の判例では、父親が訪問権行使の後4歳の娘を拘束し、3年2ヶ月後

¹²⁸ 山口亮子「子の奪い合い紛争の法的解決をめざして—アメリカ法の視点から」日本家族<社会と法> 17号 (2002)

¹²⁹ David J. Harmer, Limiting Incarceration for Civil Contempt in Child Custody Cases, 4 BYU Journal of Public Law 239, 239 (1990). 1990年の時点では、48州が上限を設けていないとされている。

に子どもが母親の元に戻った事件で、子どもの帰宅後母親が父親の違反を訴えた。裁判所はこれに対して裁判所侮辱罪として、父親に1,000ドルの制裁金と5日間の拘禁を言い渡した¹³⁰。

裁判所侮辱罪で拘禁が命じられた場合は、当地区のシェリフ（保安官）が被告人を勾引し、そこにいる子どもは申立人の親のもとへ返還されることになる。しかしこれは、子どもが隠されている場合に、シェリフが子どもを探し出して返還することまでは意味しない。なお実際は、裁判所侮辱罪の適用は、現に違反している者が裁判所命令に従うように、制裁金を課して間接強制をする場合が多く、拘禁を命じるのは最終手段である。

（３） 家庭裁判所による監護命令の執行

この他の手段として、監護権者が家庭裁判所に監護命令を執行する訴えを申し立てることができる州もある。例えば、イリノイ州の「監護命令の執行」規定によると、裁判所は監護命令の執行を命じ、子どもを連れ戻す親を補佐するために、シェリフ又は法執行官（law enforcement officer）を任命することができる旨定めている（750 ILCS5/611（a））。ここで法執行官とは警察官を指す。家庭裁判所が子どもの監護決定のみならず、監護権の執行を含めて一連の問題に対処できることが立法により確保されているのである。ただし、この手続があっても、裁判所侮辱罪に訴えることを妨げるものではない。

（４） 人身保護手続（habeas corpus）

人身保護手続も、子どもの返還のためには有効な法的手段である。50州が独立した立法を持つアメリカでは、一方の親が子どもを連れて他州で子どもの監護権を得た場合、どこの裁判所の決定が有効であるかという州際間の管轄権に関する法的問題が生じる。そこで、この問題を解決するために1969年に「統一子どもの監護権管轄法」が、1980年に連邦「子どもの誘拐防止法」が制定された。これにより、子どもが他州へ行っている場合にも、子どもが6ヶ月間継続して居住していた州（home state）で決定された監護命令は、現在子どもがいる地区の裁判所で承認されなければならないとされた。そこで、監護権者は子どものいる州で監護権の執行命令を求めることになる。これについては州により、家庭裁判所による監護命令の執行手続によるのか、裁判所侮辱罪によるのか、あるいは人身保護令状請求（writ of habeas corpus）によるのか、州法又は州規則、あるいは郡裁判所規則により異なってくる。人身保護令状請求は従来、拘束の違法性に基づいて人を救出するために用いられてきた緊急性の高い手続であったが、非監護権者に拘束されている子どもに対しても用いられるようになってきた。ただしその場合、我が国のように一般的な人身保護規定を子どもの監護問題に用いる州と、テキサス州のように、子どもの監護権執行の手続

¹³⁰ People v. Derner, 227 Cal. Rptr. 344 (Cal. App. 2Dist. 1986). 裁判所侮辱罪は、実際は子どもを取戻すために訴えることが多いが、判例に現れるのは子どもが返還された後の場合が多いようである。

として、家族法に独自にその規定をおいている州とがある。

判例法では当初、子どもの監護権にかかわる人身保護令状請求は、監護権者へ子どもを返還する手続であった¹³¹が、次第に子どもの最善の利益考察に基づき、子どもの監護権と子どもの返還を決定する手続へとになっていった。しかし近年は再び、人身保護手続は子どもの法的監護権者にその監護権を執行させることのみを制限し、この手続で子どもの監護権を決定したり、変更することはできないとする判例が多く出されるようになってきている¹³²。このような場合、申立人である親に暫定的なものまで含めて監護権がなければ、別に訴えを提起して監護権を取得した後に人身保護手続を申し立てなければならない。テキサス州法は、人身保護手続は監護権者に子どもを返還することに限定する手続とし、子どもの監護決定には適用されないとしている (Tex. Fam. Code §157.372, §157.376 (b))。ただし、子どもを返還することで、子どもの福祉に関して緊急かつ深刻な疑問がある場合は、現に子どもを拘束している親に暫定的監護権を付与することも規定している (Tex. Fam. Code §157.373)。なお、テキサス州の人身保護令状発行は、被申立人に子どもを連れて裁判所へ出廷することを命じ、なぜ子どもを拘束しているのかの理由開示を命じるものである。被申立人が子どもを伴わずに現れたり、子どもと共に逃亡するようであれば、身柄確保令状 (writ of attachment) が出されることになる。通常、人身保護令状には身柄確保令状も添えられている。また、テキサス州の人身保護手続は監護権執行手続であるため上訴はできず、人身保護手続自体に制裁金や刑事罰はない。通常は、人身保護手続と同時に裁判所侮辱罪が申し立てられているので、これにより補完、強制されることになる¹³³。

(5) 検察官による監護命令の執行—カリフォルニア州

親による子どもの奪取が行われると、残された親は家庭裁判所に救済を求めるのが通常の方法であるが、民事手続を行っているうちに奪取者が子どもを連れて州外へ逃亡するおそれもあるため、警察へ届け出ることも多い。全ての州で、親による子の奪取は刑法上の罪に問われるため、アメリカでは親による奪取を民事・刑事の両面で対応することが可能である。例えばイリノイ州刑法 (720 ILCS 5/10-5 (b) (6)) では、一方の親が 15 日間子どもを隠し、他方の親に相当な通知をしない場合は児童誘拐にあたりと定義している。親による子どもの奪取に警察官が取り組む例も決して少なくない。そのような状況のなかで、カリフォルニア州は 1976 年から、子どもの監護命令の執行に、検察官が民事・刑事のあらゆる手段を用いて行動することを家族法で規定している (Cal. Fam.

¹³¹ Sanford N. Katz, CHILD SNATCHING: THE LEGAL RESPONSE TO THE ABDUSTION OF CHILDREN, 109 (ABA, 1981) .

¹³² Paula A. Monopoli, Habeas Corpus Proceedings, CHILD CUSTODY & VISITATION LAW AND PRACTICE § 7.03[2] (1998) .

¹³³ Robinson C. Ramsey, Chapter 30 Enforcement of Conservatorship Decree, TEXAS FAMILY LAW SERVICE, 50-55 (1997) .

Code §3131)。残された親が警察へ子どもの奪取を届け出ると、警察はカリフォルニア州の 58 郡のいずれかの「子どもの奪取専門の検察官事務所」に連絡を入れることになる。検察官は、子どもを奪取された親が婚姻中や未婚時など、特に裁判所による監護命令がない場合は、すぐに暫定的監護権を得るよう勧め (Cal. Fam. Code §3132)、そして可能であれば、子どもを奪取している親又はその弁護士とも連絡を取る。

子どもの捜査の初期の段階で、検察官は子どもの「保護監護令状 (protective custody warrant)」を家庭裁判所に求めて、子どもを連れ戻す令状を得る (Cal. Fam. Code §3134.5 (a))。しかし、奪取している親が他州で監護権を得ている場合など、管轄権が問題になることもあるため、その場合はカリフォルニア州の当地区の家裁で管轄権の問題を提起し、民事的解決を図ることになる。州際間の問題は、裁判官同士の電話による連絡・交渉が必要とされているが、カリフォルニア州では検察官が他州の裁判所や検察官との連絡・交渉を行う。調査によると、通告される奪取事件の 90% は、検察官が訴える親と奪取した親との双方に電話でアドバイスすることによって解決しているとされている。親が子どもを連れ去り、拘束し、あるいは隠していることが刑法上の行為を構成することが分かれば、多くの親は子どもを返還するという。ここでは一種の、検察官による調整が功を奏している結果と言えよう。

2. 監護親の転居の制限 (relocation) ¹³⁴

(1) 判例

全ての州法又は判例法により、別居・離婚後、同居親は他方の親に法的監護権が有る無しにかかわらず、非同居親の同意を得ずに子転居を制限することが制限されている。子の奪取を防止するためと、子が非同居親との継続かつ頻繁な交流を維持するためである。

これについてカリフォルニア州法は次のように規定する。「裁判所が監護権の命令を下すにあたり、その命令が不相当であるとみなされない限り、先に転居に関する適切な文書が存在しない限り、裁判所は一方の親が子どもの住居を 30 日間以上変更する計画をしている場合、あらかじめ転居に関する合意書がなければその親は他方の親に通知しなければならないことを条件とすることができる。この通知は、予定した転居に先立って、知らせを受ける親の最後の住所に、返信可能な切手を貼付の上手紙で郵送することを要する。この通知のコピーもまた、一方の親の代理人へ送付しなければならない。可能な範囲においてこの通知は監護権に関する新たな合意を行うメディエーションの時間を与えるため、予定している転居前最低 45 日以内に交付しなければならない (Cal. Fam. Code §3024)。」これにより、転居後の養育計画が調整され、監護親と子どもとの転居が調整されることになる。

¹³⁴ 山口亮子「離婚後の親子の交流の確保—アメリカの訪問権判例からの考察—」山梨大学教育学部研究報告 48 号 177 頁 (1997)、同「子の監護権と転居—アメリカにおける Relocation 問題—」産大法学 48 巻 3・4 号掲載予定。

なお、カリフォルニア州には、「転居 (removal) が子の権利又は福祉を害する場合に、裁判所がそれを制限する権限があることを前提として、監護権を付与されている親は、子の住居を変更する権利を有する (Cal. Fam. Code § 7501 (1))」とする規定があるため、転居する親に有効な州と位置づけられているが、今日その例外が認められることにより転居が制限されるに至り、規定のみでは計れない現状が明らかになった。

従来裁判所は、親の決定に介入することに謙抑的であったが、1991年の *In re Marriage of Carlson*, 280 Cal. Rept. 840 (Cal. Ct. App. 1991) において、転居時の証明責任について明らかにした。離婚時に父母双方に法的共同監護権、母に身上監護権、そして父に相当な面会交流権 (reasonable visitation) を持つことに合意した。離婚後しばらくして子と共に生活している母が、カリフォルニア州から故郷のペンシルベニア州へ子どもを連れて転居を計画したことに対し、父が転居差止めを求めた。控訴審裁判所は、両親の関係解消後に子が父母双方と頻繁かつ継続して交流することを子の利益としている規定から、子が父との交流を妨げられることは子の利益に反するとし、転居を制限した事実親の判断を認めた。そしてこの場合、転居が子にとって有害であるか否かの証明責任は残される親にはないと判断した。

続いて、1996年の *In re Marriage of Burgess*, 51 Cal. Rept. 2d. 444 (1996) も、離婚時に両親に法的共同監護権が、母に身上監護権が認められていた事案であり、約1年後に母が、就職と生活の便宜のため、離婚後子と暮らしている現在の住まいから50マイルほど離れた同州の地域へ転居を計画していた。父が転居に反対し、裁判所に差止めを申し立てたが、カリフォルニア州最高裁判所は、転居を計画している親に、その転居が監護のため「必要である」との証明責任は課されないとし、本件において50マイル離れた場所への転居により監護権を変更するまでもないと判断した。この判例は、カリフォルニア州家族法において、判断の指針となると明示されている¹³⁵。

しかし、2004年の *In re Marriage of LaMusga*, 12 Cal. Rept. 3d 356 (2004) が *Burgess* 基準をとりながらも、身上監護権者の転居を制限したことで注目された。本件は離婚時に4歳と6歳の2人の男児に対して、母が単独監護を求めていたが、父が共同監護を求めたため、裁判所は親に法的共同監護権を、母に身上監護権を付与した。父の面会交流の内容については父母双方で争いがあった末、心理学者による監護鑑定が行われたりして、毎週火曜と水曜に4時から7時半まで、隔週末の金曜日5時から日曜日の6時までとなった。離婚後数年して父母双方は互いに再婚し、子と同居している母は再婚後の夫との間に一児をもうけ、夫の自動車販売営業の仕事のオファーを理由として約4年後、母が子ども2人を連れてカリフォルニア州からオハイオ州へ転居することを希望し、面会交流の変更を求めた。裁判における心理学者による鑑定によると、子は両親間の高葛藤により精神的に不安定になっていること、父母に信頼関係はなく、母は子と父との交流に積極的ではなく、

¹³⁵ Cal. Fam. Code § 7501 (2) .

父はこの転居は自分を遠ざけるために計画していると思っていること、子と父との愛着関係は強く、このまま子と父との交流が阻害されれば、子は精神的に思い葛藤を抱えるようになること、今の状況を改善するためには、精神医学の研究に基づけば面会交流を増やすか身上監護権を変更することが子の精神状態のために望ましいことであるとの報告書を裁判所へ提出した。事実審裁判所は、母がオハイオ州へ転居するならば、学期中は身上監護を父へ変更するよう命じたが、控訴審はこれを破棄した。カリフォルニア州最高裁は控訴審の判断を破棄・差し戻した。判断において、先例である *Burgess* を踏襲し、監護親は、計画している転居が「必要」である事を証明する必要はないことを明示して、非監護親に子の住居の移動が子にとって有害となることを証明する責任があるとしている。なお本件は、どちらの親が子に対して適格かの問題ではなく、子が転居することが子の最善の利益にかなうかが問われるものであり、母が父を遠ざけようとしてきた過去の行為が問われているのではなく、今後子が非監護親（法的監護はあるが共に生活をしていない親）との交流できないことが、子の最善の利益にかなうか否かが問題であるとした。結果として、*LaMusga* ケースは、事実審裁判所の判断を支持し、非監護親と子との関係を重視した。

ニュージャージー州も詳細な判例法の変遷により、監護権者の転居の基準について一定の要件を定めてきた。当初 1976 年の *D'Onofrio* ケースは、転居が認容されるか否かの判断において、①監護親と子との一般的な生活の質が転居によって向上するという期待利益、②転居について監護親の動機の誠実さ（面会交流を取りやめたり妨げたりするつもりはないか否か、代替の面会交流命令に応じるつもりがあるか否か）、③転居を反対している非監護親の高潔さ、及び継続している養育費に関して経済的に有利に立とうとしていないか否かの程度、④転居が認められた場合、非監護親と子との関係を保護し見守る基本的なことを提供できるか、といった面会交流の現実的機会という基準を掲げ、転居を希望する監護親がこれらの証明責任を負うとしていた。この考慮基準は各州の裁判所の判断基準として採用されている。

同州の 1984 年の *Cooper* ケースも監護親による証明責任を踏襲したが、1988 年の州最高裁 *Holder* ケースにおいて、監護者が動機の誠実さ（*sincere, good-faith reason*）を証明した後で、非監護親が転居は子の最善の利益に害になる証明をすべきことと変更された。

これらの判例は、監護者の移転の自由と非監護者が子どもと会う権利及び子どもの最善の利益の 3 点の調整を求めて、監護者に移転が認められる基準を確立してきたのである。今日では各州とも州法において、これらの基準、証明責任の負担をどちらが負うかについて明らかにしている。

（２） 規定

アメリカの *relocation* ルールは、これらの判例の進展により 1990 年より制定法が整ってきたとされている。転居が争われるのは事実審（*trial*）であり、対審構造による訴訟が行われることとなる。非監護親は転居の差止めを求めるか、転居を理由に監護権の変更を

求める。裁判所が転居の是非を審査するにあたって、各州は、転居を希望する同居親に転居が子の利益にかなうとする証明責任を課すか、残される親に転居が子に有害になるとする証明責任を課すか、あるいは前記のニュージャージー州のように、はじめに同居親が証明した後で非同居親に証明責任を課すかに分けられる¹³⁶。そこにおける考慮要件は州によって様々であるが、アメリカ婚姻法弁護士アカデミー（American Academy of Matrimonial Lawyer）が各州の判例法を検討した上で、モデル法（Model Relocation Act）を1997年に出しており、そこでは次のような考慮要件を挙げている¹³⁷。

- ① 転居を希望している者と子どもとの関係の性質、質、関係の範囲、及びその長さ、そして転居しない親、きょうだい、その他子の生活に重要な関係のある者との同様の関係、
- ② 子の年齢、生育段階、必要性、及び子の特別の必要性を考慮した上で、転居が子の身体的、教育的、心理的発達に与える影響、
- ③ 両当事者の経済的環境を考慮して、適用可能な面会交流の取決めを通して転居しない者と十分な関係を保っていける可能性、
- ④ 子の年齢と成熟度を考慮にいれた上での子の希望、
- ⑤ 子と転居しない者との関係を促進したり脅かしたりするかといった、転居を希望する者に一定の行動パターンがあるか否か、
- ⑥ 経済的利益、精神的利益、又は教育の機会に関し（ただしこれだけに限らない）、子の転居が転居を希望する監護親と子との双方に一般的な生活の質を向上させるか否か、
- ⑦ 転居を求める者、反対する者各自の理由、
- ⑧ 子の最善の利益に影響するその他の要件。

なお、国際的な移動に関しても、アメリカは1988年にハーグ条約を批准しており、子の渡航に関し厳格な方針をとっており、16歳以下の子のパスポートチェックがなされ、両親のサインがなければ出国できない。

VI. ドメスティック・バイオレンス（DV）への対応¹³⁸

1. 保護命令

現在、全米において15秒ごとに女性が暴力を受けており、女性4人に1人は生涯のうち

¹³⁶ 全米の州法の動向を表したものとして、Linda D. Elrod, A Move in the Right Direction? Best interests of the Child Emerging as the Standard for Relocation Cases, Philip M. Stahl, Leslie M. Drozd ed., RELOCATION ISSUES IN CHILD CUSTODY CASES, 63 (2006) ; David M. Cotter, Relocation of the Custodial Parent: A State-By-State Survey, Vol.18 Divorce Litigation, 89 (2006) .

¹³⁷ AAML Model Relocation Act, §405.

¹³⁸ 山口亮子「ドメスティック・バイオレンスと離婚後の子どもの監護に関する取り決め」民商法雑誌129巻4・5号 534頁（2004）

でDVの被害にあっており、殺害された女性の3人に1人は、かつての又は現在のパートナーによる被害である。このような状況は、1970年代にDVが社会問題化し始めて以来、悪化の一途をたどっている。そのような中、家事・民事・刑事的にもそして社会的にもDVへの対応が進んでいる。

全米で暴力の禁止と接近禁止を命じる民事保護命令(civil protection order、以下「CPO」とする)に関する立法が制定されており、州によりその詳細な規定は異なるが、主として、初めには一方当事者の申立てだけでなされる暫定的保護命令(temporary protection order、以下「TPO」とする)が出されるのが一般的である。これは7日間から14日間有効なものであり、この間加害者は被害者や子どもへの接近禁止、暴力禁止が裁判所より命令される。そして通常、被害者が子どもと共に逃れるよう、被害者には子どもの暫定的監護権が付与される。その後被害者は、1年から5年程有効なCPOを求めるために再び裁判所に出廷しなければならない。ここでは被告も出廷して反論する機会が与えられる。CPOでは、TPOの命令に加え、加害者に対し子どもを訪問することの制限、住居退去、被害者及び子どもへの養育費支払い¹³⁹、共有住居の放棄命令、DVカウンセリング受講命令等が出される¹⁴⁰。そしてこのCPOは通常、加害者である配偶者はもとより、元配偶者、親、継父母、きょうだい、おじおば、祖父母、(暴力をふるう青少年・成人の)子どもに対しても発効され得る¹⁴¹。しかし、これらの命令は過去の暴力行為を罰するものではなく、将来の暴力を禁止するものであるため、実効性には乏しい。加害者が裁判所命令に違反した場合は、通常、裁判所侮辱罪に問われ、それは罰金のみ民事法廷侮辱罪か、罰金又は懲役刑の刑事法廷侮辱罪であるが、多くは前者を適用するため、執行力に欠ける。そこで近年は、警察官による逮捕が政策として進められるようになってきた。アメリカも警察は民事不介入の原則により、これまで家庭内の事件に対しては消極的な姿勢をとってきたが、DVの防止と抑止に関しては、警察が介入することが効果的であることが分かってきたからである。各州では警察官の関する教育や訓練プログラムを開発したり、警察官による加害者逮捕システム等を取り入れたりしている¹⁴²。

以上の保護命令は、我が国のDV防止法に対応するものであるが、我が国と異なり、当命令が発効される加害者には元配偶者やその他の親族等含まれており、幅が広い。また、保護される被害者に子どもも含まれており、保護命令と同時に被害者に子どもの暫定的監護権が付与される。

DVからの直接の逃避はこのような保護命令が助けとなるが、それでDVとの戦いが終わ

¹³⁹ Catherine F. Klein & Leslye E. Orloff, Providing Legal Protection for Battered Women: An Analysis of State Statutes and Case Law, 21 Hofstra L. Rev. 801, 959 (1993). しかしその当時、子の養育費が命令されたのは、わずか4.9%しかなかった。

¹⁴⁰ Developments in the Law: Legal Responses to Domestic Violence, 106 Harv. L. Rev. 1505, 1510 n27 (1993).

¹⁴¹ Klein & Orloff, supra note, at 814-819. 調査によると、強姦や暴行の加害者で多いのが元配偶者(34.5%)、恋人(31.8%)であり、その他親類(9.6%)となっている。

¹⁴² Developments in the Law, supra note 143, at 1535-1541.

るわけではない。その後被害者は離婚や離婚後の取決めに向けて行動を起こすことになる。したがって DV は離婚後の取決めにおいて考慮されなければならない要件となる。

2. 監護権と DV

DV の問題性及び DV が子どもに与える影響についての調査・研究が進むにつれて、監護権法に DV は裁判所が考慮すべき要件として取り入れられ、各州で法改正が行われている。これについて指導的役割を果たしたのが、全国少年・家庭裁判所裁判官協議会 (National Council of Juvenile and Family Court Judges; NCJDCJ) ¹⁴³である。ここは 1994 年に、刑事罰、民事保護命令、家族と子ども、及び防止と対応からなる DV に関する模範法 (Model Code) を発表し、各州の法改正に影響を与えている。

模範法は、裁判所が DV を認定したら、まず子どもと DV 被害者の親の安全と健康を第一に考慮しなければならないと定める¹⁴⁴。そして、DV の加害者に単独監護権、法的共同監護、身上共同監護を付与することは子どもの最善の利益にはならないとする「反証可能な推定則 (rebuttable presumption)」を定める¹⁴⁵。DV に関する各州の家族法の対応としては、監護権決定において子どもの最善の利益を決定する場合の要件として DV を考慮事項に列挙するタイプと、模範法を採用するタイプとがあるが、模範法の採る「反証可能な推定則」の場合、加害者が監護権を得るためには、加害者に暴力が子どもにとって有害でないことの証明責任が課されるため、加害者は監護権を得にくくなる。立法としては、後者の法が DV に対して強固な姿勢をとるものである。しかし、まず監護権訴訟において DV を証明することが第一の難関となる¹⁴⁶。DV が裁判所に認定されるためには、DV を主張する被害者はそのための証拠を提出しなければならないが、病院の診断書、警察への通報記録等の証拠書類が必要となる。

離婚の増加による裁判の遅滞、離婚紛争の子どもにもたらす悪影響、そして家族の自律性を高めるためとの理由から、アメリカではメディエーションと呼ばれる調停による合意が多く、法域で採用されている。我が国の調停と類似しているが、アメリカでは両当事者が同席し、弁護士等のメディエーターを交えて協議を行う点が異なる。しかし、DV の存在する家庭では当初からこのメディエーションは不適當とされている。なぜなら、メディエーションは力関係の対等な当事者が話し合うことによって初めて成立するものであるが、DV の被害者はメディエーション後の暴力を恐れて対等な話し合いができないため加害者の要求に従わざるを得ず、また弁護士を雇う経済的能力も不均衡であるため有効な交渉が

¹⁴³ <http://www.ncjfcj.org>

¹⁴⁴ Model Code on Domestic and Family Violence, Sec 402.

¹⁴⁵ Id. Sec 401.

¹⁴⁶ Family Violence Project of NCJFCJ, Family Violence in Child Custody Statutes: An Analysis of State Codes and Legal Practice, 29 Fam. L. Q. 197, 221 (1995).

できないからである¹⁴⁷。そこで今日、DVが存在する場合にはメディエーションを行わないと立法する州が増えてきている。

3. 社会のDVへの対応

DVについては我が国より遙かに調査研究が進み、法制度も整備されているアメリカであるが、1995年の時点では、それでも裁判所においては未だ意識改革は進んでいないことが指摘されていた¹⁴⁸。しかし今日では多くのロー・スクールでDVに関する法教育が行われ、裁判官も弁護士もDVについての講習を受けるようになってきている。従来法律家は、加害者の暴力が及ぼす被害者や子どもへの影響や、DVと子への虐待との関係について理解できておらず、弁護士は審理においてDVの証拠や情報を提示できず、子どもに害の及ばない監護権決定ができなかった。裁判官も、例えば加害者が妊娠中の妻の腹部を何度も蹴り流産させたり、妻を殴って目の縁に黒あざを作ったり歯を折ったという被害者から具体的なDVの主張があるにもかかわらず、カウンセリングを勧め、夫婦間で乗り越えていくことを期待して、加害者に共同監護を付与したケースや、単独監護さえも付与してしまったケースもあった¹⁴⁹。あるいは、DVの影響で無気力になった母親を監護者として不適格としたり、子どもを父親の暴力から保護できなかったとして母親に監護権を付与しない裁判官も多かった¹⁵⁰。しかし、現在では全米各州、各法域で膨大な予算を投じてDVの対策を行っている。

フロリダ州¹⁵¹では、「ドメスティック・バイオレンスに対するフロリダ連合 (Florida Coalitions against Domestic Violence)¹⁵²」という組織のもと、42ヶ所のセンターがあり、1942床の避難シェルター施設がある。このセンターでは、24時間ホットラインの他、児童家庭局や検察官事務所と提携して子の保護プロジェクトを運営したり、親の就職活動支援、接近禁止命令や子の養育費請求等の法手続支援、啓発活動等を行っている。また、監督付き面会交流の立法¹⁵³により、各郡に施設が設けられることが義務づけられており、一定のガイドラインのもと、監督者や受け渡し場所を提供している。なお、全米でDVのために要する医療費は41億ドルとされており、フロリダ州でDV防止や対応に係る予算は3,100万ドル(1ドル110円として、約34億1,000万円)である。

被害者が裁判所へ申請に行く場合には、各区管轄内の事務所において、インテーク事務

¹⁴⁷ Alison E. Gerencser, Family Mediation: Screening for Domestic Abuse, 23 Fla. St. U. L. Rev. 43, 55 (1995). 実際、審理後よりメディエーションの後が暴力が激しくなるという調査がある。

¹⁴⁸ Family Violence Project, *supra* note 146, at 212-218.

¹⁴⁹ Leigh Goodmark, From Property to Parenthood: What the Legal System Should Do for Children in Family Violence Cases, 102 W. Va. L. Rev. 237, 264-269 (1999).

¹⁵⁰ *Id.* at 262.

¹⁵¹ 2010年に113,378件のDV被害が報告されており、2013年にはDVにより187名が死亡している。これは全殺人件数の20%を占めている。

¹⁵² <http://www.fcadv.org>

¹⁵³ Fla. Stat. Ann. § 753.

所又は DV Case Management Unit が対応する。ここでは弁護士資格を有する専門家が支援し、DV の情報は家族事件、少年事件、虐待ネグレクト事件裁判所でも共有されることとなっている。申立て費用は無料である。

DV、性的虐待、児童虐待、遺棄、ネグレクト等が存在する場合に、離婚後の子の監護については、当事者間で養育計画書作成が合意できなければ、それぞれが養育計画を提出することになるが、フロリダ州では、養育計画書の様式は通常のものとは異なり、通常の親の責任分担の方法に加え、面会交流の制限、監督付きの面会交流の時間・方法・場所、子の引渡しの方法・場所、この安全のための留意事項等が設けられている¹⁵⁴。この場合、DV 等の証明をする必要がある。代理人がなくとも訴訟は可能であるが、代理人が必要な場合に経済的に困難であれば、リーガルエイドや弁護士によるボランティアの pro bono サービスを利用することになる。

おわりに

アメリカは 1776 年の建国以来、多様な人種と文化を受け入れることにより発展してきた。そのなかで、秩序を維持するのは法律であり司法である。特に家族法に関しては合衆国憲法第 14 修正により定められている平等保護と適正手続に基づき親の権利が保障されており、親の権利に関する制度は整ってきた。子の権利について合衆国最高裁判所はまだ憲法上の権利としては認めていないが、代理人制度の充実を目指して、子の手続保護や子の意思の尊重を整備している。また、州が子の利益の擁護者となって、各種の子の利益の尊重や保護のための規定が確立している。

判例法の蓄積及び立法の膨大により法規定及び手続が複雑化することにより、一般の市民には対応が困難になってくるが、弁護士や司法・行政サービスを利用することにより、人々は州の定める政策を理解し制度を活用することになる。

離婚時に子には他方の親は必要ないと考えていても、あるいは養育費を請求する必要はないと思っても、州の政策はそれを認めない。子の精神的不安定や公的資金による子の費用の抛出は、州や国にとっても大きなマイナスとなるからであり、法に基づく親の権利と子の精神に関する科学的に証明された根拠に基づき、親の権利と責任が継続することが州の政策とされている。したがって、人々は一定の州法の定める手続の中で、子どもにとって最善の利益となる方策を取決めていくことになるのである。

また、様々な手続は、紛争性の低い家族から高い家族まで活用可能であり、特に子の利益が危機に瀕しやすい高葛藤ケースに対しては、さらに子の代理人や子の心理的鑑定等が裁判所で認められている。

¹⁵⁴ INSTRUCTIONS FOR FLORIDA SUPREME COURT APPROVED FAMILY LAW FORM 12.995 (b) ,
SUPERVISED/SAFETY-FOCUSED PARENTING PLAN (10/11)
<http://www.flcourts.org/core/fileparse.php/293/urlt/995b.pdf>

このような手続は当事者にとっては面倒なことであろうし、自分を抑えて葛藤と戦うことが強いられることは負担になるであろう。しかし、このような手続やルールを定め、法が支配しなければ、個人の権利は保障されず、多種多様な価値観が存するアメリカの中では無法状態となり、子が一番の被害者になってしまう。裁判で主張が受け入れられない当事者は現在の制度に反対するであろうが、一般に現在の制度は受け入れられており、親が子に対する権利と義務を共有する共同監護が今後も衰退することはない。多様な家族がある中で、それぞれの紛争レベルに応じて多様な取決めが可能なのである。

さらに今日では、虐待やDVの犠牲になる子をいかに保護していくかがアメリカの課題である。すでにその政策や手続が進展しているにもかかわらず、年々犠牲者は生じている。しかし別の見方をすれば、従来存していた犠牲者が、法が介入することにより顕在化しているのであり、政策を進めなければ、それが見過ごされることになってしまうのである。人々や国家の安定のために、家族に対し予算を充て政策を立てることが国家に求められているのである。

オーストラリアの離婚後の親権制度

小川富之（近畿大学教授）

宋戸育世（近畿大学博士課程）

- I. はじめに一オーストラリアにおける親権、監護及び親責任に関する法制度
- II. オーストラリアにおける親権、監護及び親責任に関する法制度の概要
- III. 別居及び離婚の際の子に関する効果
- IV. 別居及び離婚後の子の養育に関連する諸問題
- V. おわりに一将来的課題等

【資料1】オーストラリアの親権・監護権に関連する条文の邦訳

I. はじめに一オーストラリアにおける親権、監護及び親責任に関する法制度

1. 家族の状況

オーストラリア連邦¹は、赤道をはさんで、日本のほぼ真南に位置し、国土は769万2,024平方キロメートルで日本の約20倍、アラスカを除くアメリカ合衆国と同じくらいの広さの、一つの国だけで構成される世界で最も小さな大陸であるオーストラリア大陸にある国である。人口は2,294万人で、首都はアメリカ人の設計によりシドニーとメルボルンのほぼ中間地点に人工的に作られたキャンベラである。民族的には、アングロサクソン系等の欧州系が中心で、その他に中東系、アジア系及び先住民等で構成されている。宗教は、キリスト教が中心で、人口の約64%を占めているが、無宗教の人も19%ほどいる。政治体制は、立憲君主制で、国家元首はエリザベス2世、クエンティン・ブライス前クィーンズランド州総督が連邦総督として、王権を代行している。議会は任期6年の上院と任期3年

¹ この国は、1931年のウェストミンスター法により事実上独立国となったが、イギリス本国に対する司法権、立法権、行政権の従属の状態はなおも残されていた。司法権に関しては、イギリスの枢密院司法委員会に対する上訴の道が残されたままであったし、立法権に関しては、オーストラリア憲法がイギリスの議会制定法であり、その改廃の権限がイギリス連邦に留保されており、行政権に関しては、国王の代理人として任命される総督があり、連邦に関しては内閣に相当するオーストラリアの連邦行政評議会の助言により国王が総督を任命するという形で形式的には問題はなくなったが、各州における州総督の任命は、イギリスの外務・連邦省の助言により国王が行うことになっており、なおイギリスに対する従属性が残されていた。これらが完全に解消されるのが、1986年のイギリス議会による「オーストラリア法」の制定であり、この法律により完全にその従属的地位・植民地的地位を脱したといえる。オーストラリアの連邦制について詳しくは、リチャード・カレン（小川富之訳）「オーストラリアの連邦制度」広島法学17巻4号387-403頁（1994）を参照のこと。

の下院の二院制で、トニー・アボットが2013年9月18日に首相に就任しており自由党が政権をとっている。2012年時点で、オーストラリアの在留邦人が78,664名、日本に在留するオーストラリア人は23,646名という状況である²。

家族に関しては、2012年の婚姻件数が123,244件で、婚姻率は人口千人当たり5.4人、離婚件数は49,917件で、離婚率は2.2%で、内44,834件の離婚に、18歳未満の未成年者が含まれている³。

2. 法制度の概観

オーストラリアは連邦制をとっており、ビクトリア州、ニューサウスウェールズ州、クィーンズランド州、南オーストラリア州、タスマニア州及び西オーストラリア州の6つの州並びに首都キャンベラのあるキャピタルテリトリー及びノーザンテリトリーの二つの準州から構成されている。連邦及び各州に連邦政府と州政府があり、それぞれが独立した司法権、立法権及び行政権を有している。

連邦及び州政府の立法権限は、憲法の規定により連邦の専属的権限と州との競合的権限に分けられる。家族法に関しては競合的立法権限とされ、次のように規定されている。

オーストラリア憲法 第51条

連邦議会の立法権の及ぶ範囲は・・・次のとおりである。

第21項 婚姻

第21項 離婚及び婚姻事件；これらに関連して、子どもの親権、監護（権）及び後見

連邦及び州の立法権限に関する憲法の規定により、家族に関しては「婚姻」及び「離婚、婚姻事件、これらに関連する未成年の子の親権、監護（権）及び後見」について、それぞれ連邦が立法権限を有すると規定しているが、これは連邦の競合的立法権限のうちの一つである⁴。

したがって、かつては各州で異なる家族法が制定されており、例えば、離婚原因についても区々であり、州によって異なる判断が下される可能性が存在した。そこで、1959年に、連邦全体を対象とする統一離婚法が初めて制定されることとなった。これが、1959年婚姻

² オーストラリアの現況については、外務省のウェブサイト

(<http://www.mofa.go.jp/mofaj/area/australia/data.html>) をもとに作成した。

³ オーストラリア連邦の家族問題に関する調査機関である Australian Institute of Family Studies から公表されている Family Facts and Figures: Marriage

(<http://www.aifs.gov.au/institute/info/charts/marriage/index.html#numbers>) 及び

Family Facts and Figures: Divorce

(<http://www.aifs.gov.au/institute/info/charts/divorce/index.html#numberdivorces>) をもとに作成した。

⁴ オーストラリア憲法 51条

事件法 (The Matrimonial Causes Act 1959) である。しかし、この法律は、各州の離婚法で規定していた有責主義及び破綻主義の離婚原因を整理・調整した妥協の産物であり、離婚原因も有責主義から破綻主義さらに別居も含めて 14 類型にも及び、各州の裁判権も既得権として維持されていた⁵。

このオーストラリアで最初の統一離婚法は、制定後 15 年で見直しされることになり、1975 年 6 月に当時の世界で最も徹底した破綻主義を採用する連邦家族法 (The Family Law Act 1975、以下「1975 年家族法」とする) が制定された⁶。オーストラリアの連邦法としては、婚姻に関しては「1961 年婚姻法 (The Marriage Act 1961)」、離婚等に関しては「1975 年家族法」がそれぞれ家族に関する現行法となっている⁷。

しかしながら、州法でも家族問題についての規定がなされる場合があるので、憲法では、連邦法に抵触する州法の規定の効力が否定されている⁸。

3. オーストラリアの離婚制度

オーストラリアで初めて離婚を承認する法律が制定されたのは 1858 年⁹で、離婚原因は不貞行為のみであった。その後、離婚原因の範囲は拡大され、1959 年婚姻事件法では、14 の離婚原因が列挙されていたが、その中の一つに、有責性を必要としない離婚原因として、5 年間の別居が含まれていた。

現行法である、1975 年家族法では徹底した破綻主義が採用され、回復の見込みのない婚姻破綻が唯一の離婚原因として採用され (48 条 1 項 (s48 (1))、その破綻認定を、12 ヶ月間の別居という客観的事実により行っており、12 ヶ月間の継続的な別居という事実があれば、相手方の意思にかかわらず婚姻破綻を立証できる (48 条 2 項 (s48 (2)))。別居に至る理由は問われないし、夫婦のどちらに婚姻破綻の責任があるかも問題とはされず (49 条 2 項 (s49(1))、仮に場所的に同一の住居で生活していても、婚姻的共同生活が存在しなければ、やはり別居と認定される (49 条 2 項 (s. 49(2)))。このように、婚姻破綻の認定については、12 ヶ月間の別居の証明のみとなり、破綻についての実質的な判断を家庭裁判所が行わないという、いわゆる実質審理抜き破綻主義が採用されることとなった。これに伴って、離婚慰謝料の概念も明確に否定され、裁判上、婚姻破綻の責任を追及する必

⁵ オーストラリアの最初の統一離婚法に関して、これまでにいくつかの論稿がある。詳しくは、鍛冶良堅「オーストラリアの離婚制度」ケース研究 83 号 1 頁 (1964)、同「オーストラリアの離婚法における破綻主義の展開」『明治大学創立 85 周年記念論文集』(明治大学法律研究所、1965) 225 頁、大原長和「オーストラリア家族法の概要—その沿革と特色—」法政研究 42 巻 2-3 合併号 473 頁 (1975) 等を参照のこと。

⁶ 1975 年オーストラリア連邦家族法で採用された破綻主義の徹底について、その歴史的経緯を含めて、詳細にまとめられたものとして、武田政明「オーストラリア家族法における破綻主義の徹底」明治大学短期大学紀要 30 巻 29 頁以下 (1981) を参照のこと。

⁷ 現行のオーストラリア家族法に関しては、小川富之「オーストラリアの家族法」『注解人事訴訟手続法〔改定版〕』(青林書院、1993) 540 頁以下を参照のこと。

⁸ オーストラリア憲法 109 条

⁹ このオーストラリアで初めての離婚法は南オーストラリア州で立法化された。

要性がなくなった。したがって、家庭裁判所の役割は、離婚財産分与の問題と、離婚後の子どもの養育に係わる問題の処理に集中できることとなった¹⁰。

12ヶ月間の別居期間が経過すると、当事者の一方（又は双方）は、離婚請求を申し立てることが認められ（44条1項のA（s44（1A））、当事者間に争いのない場合で、未成年の子がいないときには、当事者が裁判所に出頭することなく、離婚の判決を求めることも可能とされている（これは、一般に「郵便」離婚と呼ばれている（連邦家族法98条のA（S98A）¹¹）。離婚原因が立証され、他の手続的な要件も整っている場合には、同居を回復する合理的な可能性のない限り、裁判所としては離婚の判決を下さなければならないとされている（48条3項（s48（3）））。

別居の時点で、夫婦と同居する18歳未満の子がいる場合には、その子の監護、福祉及び生育に関して、夫婦間で適切な取決めがなされていることを裁判所に提示しなければならないとされている。裁判所は、これを受けて、その取決めの効力の発生を宣告することとなる。裁判所による、この効力発生の宣告は、離婚オーダー（Divorce Order）の効力発生の前提条件とされている（55条のA（s55A））。この子のための保護のための規定の及ぶ範囲は、夫婦の実子や養子に限られず、「その家族の子として」夫婦によって育てられている全ての子にも拡張されている（55条のAの3項（s55A（3）））。この規定は、必ずしも、子の養育費の支払といったような、金銭の支払を夫婦の一方が他方に対して請求することを容易にするためのものではないが、家庭裁判所は、この規定を非常に重要視しており、結果として、子の養育費について満足いく取決め¹²がなされるまで、第55条のAで規定される宣告を留保することとなっている。

婚姻解消の原因が承認されると、裁判所は、まず離婚の仮判決を下し、1ヶ月が経過すると、その仮判決が本判決となり、婚姻が解消される。

4. 親子関係

オーストラリアのコモン・ロー（common law）は、もともとはイギリスのコモン・ローに由来し、嫡出子と非嫡出子とを区別し、非嫡出子に対して厳しい不平等扱いをするというのがその慣例であった。しかしながら、今日のオーストラリアでは、非嫡出子に対する、そのような差別的扱いを支持する考え方はもはや存在せず、1986年から1990年にかけて、全ての州及び準州で法改正がなされ、子の出自にかかわらず、全ての子どもを法のもとで平等に扱うことが実現した。西オーストラリア州では、差別的扱いの残っていた様々な法

¹⁰ 1975年家族法制定の経緯とその後の変遷については、小川富之「オーストラリアにおける離婚法の改革」「小野幸二教授還暦記念論集」刊行委員会『21世紀の民法 小野幸二教授還暦記念論集』（法学書院、1996）725頁以下で紹介している。

¹¹ 夫婦共同でお離婚申立て及び郵送による離婚申立ては1983年連邦家族法改正法（The Family Law Amendment Act 1983（Cth））により導入されたものである。

¹² 例えば、Maunder and Maunder [1999] FLC 92-871. を参照のこと。

律を全て改正することで、また、他の州及び準州では、「法的地位の平等 (equality of status)」に関する一連の立法により、これが実現された¹³。「法的地位の平等」という文言の示すように、この一連の立法により、非嫡出子という概念自体が払拭されたわけではなく、非嫡出子という地位から生じる法的な不利益が生じる取扱いをなくすことが実現したというのが正確なところである。今日のオーストラリアでは、非嫡出子ということから生じる法律上の不利益は実質的には何ら存在していない。

5. 子の監護及び養育

親子関係に関する規定は、1996年にオーストラリアでの改正があり、連邦家族法の親子に関する紛争を扱う第7章が改正された。この改正により、後見及び面会交流に関する従来の考え方が大幅に変更された。連邦家族法第7章は、60条のBの1項 (s 60B (1)) から始まっており、本章の目的について次のように規定している。

「・・・本章の目的は、子どもが適切かつ十分に父母からの監護・教育を受けることを確保し、子どもが有する自己の能力を十分に発揮することを援助し、子どもの監護、福祉及び発達に関し、父母がその義務を果たし、その責任に応えることを確保することにある。」

これらの目的（目標）の基礎をなす諸原則については60条のBの2項 (s 60B (2)) で、次のように明確に規定されている。

- ・ 子どもは、父母の現在の婚姻関係若しくは同居・別居、又は、これまでの婚姻関係若しくは同居・別居にかかわらず、自分の父母について知る権利を有し、また、自分の父母による監護・教育を受ける権利を有する。
- ・ 子どもは、自分の父母並びに監護、福祉及び成長に重大なかわりを有するその他の者と定期的に会う (contact) 権利を有する。
- ・ 父母は共に、子どもの監護、福祉及び成長に関する義務と責任を有する。
- ・ 父母は、子どもの将来の監護・教育に関して合意を形成しなければならない。

61条のC (s 61C) では、未成年の子の父母は、それぞれ、自分の子どもに関して「親責任 (parental responsibility)」を有することを定めている。父母の有する責任については、第61条のB (s 61B) で規定されており、法律上、父母が子どもに関して有する全ての義務、責任及び権限が含まれている。これは、父母が現在、同居しているか別居して

¹³ これら一連の法律は次のとおりである。Status of Children Act 1974 (Vic) ; Status of Children Act 1974 (Tas) ; Family Relationships Act 1975 (SA) ; Children (Equality of Status) Act 1976 (NSW) ; Status of Children Act 1978 (Qld) ; Status of Children Act 1978 (NT) ; Parentage Act 2004 (ACT) (この法律は従前の The Birth (Equality of Status) Act 1988 に代わるものである。)

いるか、また、これまでに同居したことがあるか否かにかかわらず認められる、第一義的な責任である。しかしながら、61条のC(s 61C)で規定する責任を変更する必要がある場合には、子ども本人、父母、祖父母及び子どもの監護、福祉及び成長にかかわりのあるその他の者は、子どもの監護に関するオーダーを請求することが認められている(65条のC(s 65C))。この請求が為されると、裁判所は、監護に関して、適切と考えられるあらゆるオーダーを決定することが認められている(65条のD(s 65D))。これに関し、連邦最高裁判所は、監護に関するオーダーは必ずしも当事者の要求に拘束される必要なく、また、当事者の承認するものである必要もないということを確認した¹⁴。監護に関するオーダーには、居所指定、子との面会交流、子の扶養、その他のものが含まれる(64条のB(s 64B))。しかしながら、61条のD(s 61D)によって、これらのオーダーで、父母の責任を変更することについては制限が加えられている。例えば、旧制度での監護オーダー(Custody Order)では、子どもに関する日々の事柄について判断を下す責任が付与されていたが、居所指定オーダーには、そういった事柄までは含まれていない。したがって、子どもの日々の行動に関する判断については、61条のC(s 61C)との整合性のため、それぞれ個別にオーダーを得ることが必要とされる。このような変更に伴い、子どもが常時生活を共にする者に対して、子どもの日々の行動に関する判断権限を付与し、状況に応じて、子どもの長期の監護、福祉及び成長に関する責任(かつては後見(guardianship)という表現が使用されていた)については、単独又は共同での行使とするといったような慣例が定着してきた。

裁判所が監護に関するオーダーを決定する際には、子どもの最善の利益が最優先に考慮されなければならないと規定されている(連邦家族法65条のE(s 65E))。もちろん、考慮されるべきものはこれのみに限らないが、仮に、他に考慮すべき事項(例えば、父母の権利又は利益など)があったとしても、子どもの最善の利益を促進するという判断に対しては、他の考慮事項は譲歩を余儀なくされることはいうまでもない¹⁵。連邦家族法は、続けて、子どもの最善の利益の内容についての判断を裁判所が行う際の基準を、68条のFの2項(s 67F(2))で列挙している。ここに規定されている事項は、必要的考慮事項ではあるが、必ずしも網羅的なものではなく、列挙の最後の項目で、「その他、裁判所が適切と考える事実又は状況」という表現で包括的規定が置かれている。

子どもの養育に関するオーダーを下す際には、何らの法律上の推定(presumptions)も働かないという考え方が、長期にわたってオーストラリア家族法で採用されてきた原則である。これは、65条のD(s 65D)及び65条のE(s 65E)の規定上、裁判官に非常に広範な裁量権が付与されているということの意味する。裁判官の役割として、自分が判断を下す際に、関連するあらゆる証拠を比較衡量することが求められているわけである。したがって、母性優先主義、長期にわたる主たる監護者尊重の原則、又は、子どもの意思尊重の

¹⁴ U and U [2002] FLC 93-112.

¹⁵ Ibid.

原則といったことで、自動的に判断の際に有利になるという考え方は採用されていない。しかしながら、オーストラリアでは、一般に母親に好意的な傾向が存在するといわれている。統計的にみても、別居後の子どもの第一義的な監護者となるのは、父親よりはるかに母親の方が多いということがはっきりと示されている。ただ、このような結果となるのは、68条のFの2項（s 68F（2））に列挙されている項目に、父母と子どもの関係の性質及び子どもを父母から引き離すことにより生じる影響という二つの要件について裁判官が必ず考慮しなければならないということが、その理由であることは明白である。オーストラリアでは、伝統的な男女の就労形態が変化しているにもかかわらず、いまだに、母親は父親と比べて、その就労機会を犠牲にして子どもの第一義的な監護提供者となる場合が多いということである。心理学の論文では、多くの場合、子どもには第一義的に愛情を注ぐ人物が存在し、その者から引き離されると、子どもは大きな喪失感を持つことになる指摘されている。家庭裁判所はこの考え方に注意を払っているのである。安定性と継続性が子どもの福祉の向上にとって有益であるという考え方が一般に受け入れられているのである¹⁶。したがって、第一義的な監護者であるということ、法律上の推定が働くわけではないが、これに対抗する他の有力な要因がない限り、子どもの監護・教育に関する判断に際し重大な影響力を持つということである。

II. オーストラリアにおける親権、監護及び親責任に関する法制度の概要

1. 親権、監護及び親責任に関する法制度の変遷¹⁷

オーストラリアにおける家族法制は、主に 1975 年家族法とその改正法により規律されている。1986 年から 1990 年の間に、各州の政府は、監護、後見、面会、子の扶養に関する立法権限を連邦に委ねたため、結果として子の監護、扶養に関し、オーストラリア全体で統一した取り扱いとなっている¹⁸。（ただし、婚姻法（Marriage Act 1961（Cth））¹⁹と、子の扶養に関する二つの法「子どもの養育費〈登録及び徴収〉に関する法律（Child Support（Registration and Collection）Act 1988）」、「子どもの養育費〈算定〉に関する法律（Child Support（Assessment）Act 1988）」は、別途定められている²⁰。）

1996 年、連邦家族法の第 7 章（60 条 B の 1 項（s 60B（1））以下）が改正された。その内容は、後見、監護、面接交渉などに関する考え方の転換である。具体的には、監護

¹⁶ とりわけ J Goldstein, A Freud and J Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child*, Free Press, 1973, New York の論文が高く評価され、参照されているようである。

¹⁷ 小川富之「オーストラリア」床谷文雄＝本山敦編『親権法の比較研究』（日本評論社、2014）56 頁

¹⁸ 1975 年家族法の改正等の経緯については、Lisa Young et al., *Family Law in Australia* 20-22（8th ed. 2013）に完結にまとめられているので参照のこと。

¹⁹ 婚姻も含めてオーストラリア一般に関しては、小川・前掲注 7）540-553 頁を参照のこと。

²⁰ 詳しくは、小川富之「子どもと養育費の履行確保についてーオーストラリアの制度を参考にー」中川淳先生傘壽記念論集『家族法の理論と実務』（日本加除出版、2011）を参照のこと。

(custody) や、面会交流 (access) の用語を削除した。それに代わって、両親の別居後、子どもに関する権限と責任について双方の親に帰属することを前提とする用語へと変更された²¹。

また、2006年の改正法（共同親責任）（The Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act）により、子どもが暴力や虐待から保護される必要がない限りは、両親がそれぞれ子どもの生活にかかわりを持つことの重要性が強調され、その結果、子と別居親との関与を促進することに繋がった²²。特に60条Bの1項は、この法の目的として次のように規定された。

60条B(1)

本章の目的は、以下によって子どもの最善の利益を実現することである。

- a 子ども最善の利益にかなう限りにおいて、両親が最大限、子どもの生活に有意義なかかわりを持つことによる利益を子どもに確保すること
- b 子どもを、虐待、ネグレクト若しくは家庭内の暴力、又はその暴力を見聞きすることによって、身体的あるいは精神的な危害から保護すること
- c 子どもが潜在的な能力を発揮できるよう、十分かつ適切な養育を受けられることを確保すること
- d 両親が、子どもの世話、福祉及び成長発達に関する義務を果たし、責任を担うことを確保すること

さらに、2011年には、家族内の暴力を考慮した改正法（The Family Law Legislation Amendment (Family Violence and Other Measures) Act 2011）が成立し、2012年6月より施行されている²³。子どもの監護に関わる主な改正点は、以下のとおりである。

4条AB：家族内暴力（family violence）の定義を新しくし、社会的、経済的に支配する行為や、子どもを family violence にさらすことも family violence だとした。

4条(1)：虐待（abuse）の定義を広げた。その範囲に、深刻なネグレクトや子どもに深刻な精神的被害を引き起こすことも含まれるようになった。後者には、子どもを family violence にさらすことも含まれている。

60条CC(2A)：子どもの最善の利益を決定する際に、優先的に考慮すべきこととして、子どもを family violence や family violence にさらされることから保護するといった「子どもの安全」の視点を導入した。

60条CC(3)(c)，(4)，(4A)の削除：子どもの最善の利益を決定する際に、付加的

²¹ この変更に関しては、リサ・ヤング（小川富之訳）「オーストラリア家族法(3)」戸籍時報631号58頁（2008）を参照のこと。

²² この2006年法の制定に繋がる経緯については、Lisa Young・前掲注18）42頁を参照のこと。

²³ この2011年改正法に至る経緯については、Lisa Young・前掲注18）70頁を参照のこと。

に考慮すべきこととされていた「friendly parent」条項を廃止した。この条項は2006年の法改正の際に規定されたが、この条項の影響で、ドメスティック・バイオレンス（以下「DV」とする）や児童虐待が潜在化する結果が生じた。例えば、裁判所で子の養育について争われた際、同居親側がDVや児童虐待を主張した場合に、その証明が十分にできないときには、相手方と子との交流を不当に疎外しようとする「フレンドリーでない」親とみなされ、子の養育には不適切であると認定されることとなったのである。最悪の場合、児童虐待を行う相手方に監護親としての子の養育責任を渡さなければならない事態が生じることになりかねない。そこで、実際には、DVや児童虐待があったとしても、あえて主張せずに、自分が同居親として子の養育を継続できることを確保するということが多く生じたのである。このような理由から、2011年の改正の際、この「friendly parent」条項は削除されることとなった²⁴。

60条CC(3), (ca) : 子どもの最善の利益を決定する際に、付加的に考慮すべきこととして、子どもに対する扶養義務をどの程度果たしたか、果たしてこなかったかという点を追加した。

60条c(3)(k) : 子どもの最善の利益を決定する際に、付加的に考慮すべきこととして、その家族構成員に対して出されているfamily violenceに対する保護命令の状況を考慮する。

60条D : 60条Dで定める子どもの最善の利益に関わるアドバイザーの義務として、対象者に子どもの最善の利益を実現するために、子どもがネグレクトや暴力を受けることや暴力にさらされることによる危険から保護されるよう促すことが規定された。

117条ABの廃止 : 裁判所は、虚偽の主張や証言をしたことに対して、罰金等の支払い命令を下す必要がなくなった。

以下では、親責任の具体的内容について詳述する。

2. 親責任に服する者

未成年子、すなわち、18歳未満の子ども（成年年齢は18歳）は親責任服する。なお、18歳未満の者が法律上の婚姻（marriage）をし、又は事実上のパートナーシップ関係（de facto relationship）を形成した場合は、子（ども）養育命令は効力を失う（65条G）。

3. 親責任を負う者

未成年の子ども（18歳未満）の法的な父母は各々、原則として親責任を有する（61条C

²⁴ Lisa Young・前掲注18) 398頁

の1項)。

実父母は子どもの出生時に、養父母は養子縁組時に(61条E)、親責任を負担する。親責任は子どもが成年(18歳)に達した時に消滅する。また、裁判所による許可のもとで養子縁組が行われた場合、実父母は親責任を失う(60条G)。

親責任を有する者は複数存在し得る。父母以外の第三者も、養育命令(parenting order、64条B)及び養育計画(parenting plan、63条C)により親責任の一部又は全部を負担することができる(養育命令・養育計画の詳細は後記)。合意命令によって親族以外の第三者に親責任(の一部又は全部)を付与する場合、原則として、合意当事者が家族コンサルタントとのカンファレンスにおける議論を行った上、コンサルタントによる報告を裁判所が考慮して命令を行わなければならない(65条G)。

4. 親責任を負う者の変更

子どもと法律上の実親子関係を有する者は、子の出生から成人まで、原則として親責任を負担する。ただし、養育命令及び養育計画において、父母以外の第三者も含めて、誰が子どもの親責任を有するかを取り決めることができる。

5. 親責任の内容

連邦家族法61条Bは、親責任を「父母が子どもに関して法律上有する全ての義務、権能、責任及び権威」と定義する。ただし、その具体的内容について明示しておらず、コモン・ロー及び関連制定法に委ねているとされる。学説は、コモン・ローに拠りつつ、子どもに住居を提供すること、子どもと面会交流すること、子どもの教育、宗教、氏名、食事等の日常的な世話に関して決定すること、子の扶養や財産管理を行うこと等の義務・権能等を挙げている。

親責任を有する者が複数存在する場合、各々の親責任の行使の態様について、養育命令(64条Bの2項c号、同条C)及び養育計画(63条Cの2項c号、同条Cの2項A)により、具体的に取り決めることができる。

特に養育命令により、父母の均等な共同親責任(equal shared parental responsibility)が取り決められた場合、父母は子どもの重要な長期的事項(major long-term issue)に関して、協議の上、共同で決定しなければならない(65条DACの1項、2項)。子どもに関する重要な長期的事項とは、子どもの世話、福祉及び成長発達に関する長期的な性格を有する事項であり(4条1項)、具体的には、子どもの(現在及び将来の両方における)教育(同項a号)、子どもの宗教及び文化教育(b号)、子どもの健康(c号)、子どもの名前(d号)、子どもが一方親と時間を共に過ごすことを著しく困難にするような子どもの居住状況の変更(e号)等がこれにあたる。

これに対して、養育計画及び養育命令による取決めのない場合の親責任の行使の態様については、連邦家族法上に明確な規定がない。しかし、判例法によると、父母は各々親責任を単独で行使できる（例えば、子どもに関する様々な決定を単独で行うことができる）と解されている²⁵。

6. 親責任の制限

養育命令により、父母の親責任の一部又は全部を奪うことができる。具体的には、養育命令にその旨を明記する場合又は養育命令の実現に必要な場合、父母は親責任を失う。

なお、後者の場合については、養育命令の効力に関する次の点に留意する必要がある。すなわち、後記するように、養育命令は子どもと同居する父母等の監護養育の具体的な態様について取決めをすることができる。その取決めは、命令が定める措置の実現にとって必要な権利義務を父母その他第三者に付与する効力を伴う（61条Dの1項）。しかし、このようにして付与される権利義務は、あくまで当該措置の実現に必要な限りにとどまるものであり、父母が有する親責任のその他の内容に影響を及ぼすものではない。

III. 別居及び離婚の際の子に関する効果²⁶

1. 別居制度

オーストラリアにおける離婚（divorce、48条）は、回復しがたい婚姻破綻を唯一の離婚原因とする。回復しがたい婚姻破綻の認定は、少なくとも12ヶ月間にわたる継続的な別居（separation）の事実の証明をもってのみ行われる。

連邦家族法上、別居それ自体は、父母と子どもの法的関係に直接影響を及ぼすものではない。前記のとおり、子どもの父母は各々、子どもが18歳に達するまで親責任を有する。このことは、父母間の別居（又は離別）及び離婚によって変更されない旨が明記されている（61条2項）。この規定は、1995年改正法により、「親責任」概念の創設に伴って設けられた。すなわち、親責任は、別居や離婚後の父母による子どもの共同養育の理念を示す概念である。そして、1995年法改正及び2006年法改正を経た現在の連邦家族法は、そうした父母の共同親責任と共同養育を前提とし、その具体的な態様の調整の手続的枠組みとしての性格を色濃くしている。すなわち、親責任及び養育態様の調整を必要とする典型的な場面として、父母の別居及び離婚を想定しながら、子どもの監護・養育措置を取り決める制度として養育命令及び養育計画を用意し、その手続内容について詳細に定めている。

²⁵ Goode v Goode (2006) 36 Fam LR 422, 434.

²⁶ この破綻主義の考えについては、リサ・ヤング（小川富之訳）「オーストラリア家族法（2）」戸籍時報630号51-56頁（2008）を参照のこと。

こうした別居及び離婚後の共同養育推奨の理念は、例えば、養育命令における裁判所の判断枠組みをめぐっても明確に規定されている。裁判所は、養育命令を行う際、子どもの最善の利益を至高の事由として考慮しなければならない（60条 CA）。1995年改正法及び2006年法は、子どもの最善の利益の具体的な判断指針として、子どもの最善の利益の具体的な構成要素を、二つの主要な事由と13の付加的な事由（60条 CCの3項）とに分けた上で、主要な事由の一つとして、子どもが父母双方との有意義な関係を有することによる恩恵を挙げている（60条 CCの2項 a号）。もう一つの主要な考慮事由は、子どもを暴力から保護すること（同項 b号）であり、子どもを暴力の危険から守ることができる限りにおいて、父母の共同養育は子どもの利益にかなうという方向性を示している。

なお、60条 CCの3項に定める付加的な考慮事由は、次のとおりである。

(a) 子どもが表明した一切の見解、及び、裁判所において子どもの意見を評価する際に関連性があると考えられる一切の要素（例えば、子どもの成熟性・理解度等）。

(b) 次の者と子どもとの関係性

(i) 子どもの父又は母

(ii) その他第三者（子どもの祖父母・その他親族等）

(c) 子どもの父又は母が、次の点について、どの程度機会を持ってきたか、あるいは、持ってこなかったか

(i) 子どもに関する重要な長期的事項をめぐり決定に参加すること

(ii) 子どもと共に時間を過ごすこと

(iii) 子どもとコミュニケーションをとること

(ca) 子どもの父又は母が、子どもに対する扶養義務を、どの程度果たしてきたか、又は、果たしてこなかったか

(d) 子どもの環境に生じ得る一切の変化。例えば、次の人物との離別による影響を含む。

(i) 子どもの父若しくは母

(ii) 子どもがそれまで共に暮らしてきた、その他一切の子ども、若しくは、その他一切の第三者（祖父母・その他親族等）

(e) 子どもが、一方の親と時間を共に過ごし、コミュニケーションを持つために発生する現実的な困難及び費用、並びに、その困難又は費用のために、子どもが父母双方との間の密接な関係を維持し、父母双方と定期的に直接面会する権利に大きな影響が及ぶか否か。

(f) 次の人物において、子どもの心理的及び知的ニーズ等の諸ニーズに応えることのできる能力

(i) 子どもの父母各々（又は父又は母）

(ii) その他の第三者（子どもの祖父母・その他親族等）

(g) 子ども、子どもの父又は母における成熟性、性別、ライフスタイル、及び、

その他背景（ライフスタイル、文化及び伝統を含む）、並びに、裁判所が関連性を有すると考える、その他一切の子どもの特性

(h) もし、子どもがアボリジニ出身の子ども、又は、トレス海峡諸島出身の子どもである場合

(i) 子どもが自身のアボリジニの文化、又は、トレス海峡諸島の文化を享受する権利（当該文化を共有する他者と共に当該文化を享受する権利を含む）

(ii) 本章に基づいて行おうとする養育命令が、当該権利に及ぼし得る影響

(i) 子どもの父又は母が、子どもに対して、及び、親としての責任に対して示す態度

(j) 子ども又は子どもの家族の構成員に関わる一切の家庭内暴力

(k) もし、子ども、若しくは、子どもの家族構成員に対して家庭内暴力に関する命令が発令される、又は発令されている場合、当該命令から導かれる一切の関連する推察。この点については、次の事由を考慮に入れるものとする。

(i) 当該命令の性質

(ii) 当該命令が発令された事情

(iii) 当該命令の申立手続において認められた一切の証拠

(iv) 当該命令において、裁判所により行われた、又は当該命令の申立手続において行われた一切の事実認定

(v) 関連性を有する、その他一切の事由

(l) 子どもに関するさらなる訴訟の提起を最も回避し得る命令について、これを命じることが好ましいか否か

(m) 裁判所が関連性を有すると考える、その他一切の事実又は事情

また、子どもの最善の利益をめぐる判断指針として、連邦家族法第7章の目的及び基本原則が創設された（60条B）。すなわち、同章の目的として、父母双方が最大限、子どもの生活に有意義なかかわりを持つことによる恩恵を子どもが享受することの確保することが掲げられる（同条1項a号）とともに、同章の基本原則として、子どもがその権利として父母双方の世話を受けること、父母と面会交流を行うこと、及び父母の共同養育責任が規定されている（同条2項a号、b号、c号）。

2. 離婚制度

父母は離婚後も「親責任」を離婚前と同様に維持することになる（61条2項）。

子の監護養育措置の取決めについては、離婚手続と養育命令・養育計画の締結が離婚と当然に連動するものではない。

ただし、「その家族の子ども」がいる夫婦の離婚命令の効力発生条件として、裁判所は、

その子どもの世話、福祉及び成長発達に関する適切な措置の取決めの存在を確認しなければならない（55条A）。ここでいう措置の取決めとは、養育命令・養育計画である必要はない。

3. 親責任を負う者の決定

離婚後も父母の有する「親責任」は継続する（61条Cの2項、3項）。ただし、養育命令及び養育計画によって、親責任の付与割当を定めることができる。

4. 監護に関する事項

（1） 養育命令

養育命令及び養育計画は、親責任及び子どもの世話、福祉及び成長発達に関する一切の事項について取り決めることができる（養育命令について、64条B、及び、養育計画について、63条C）。具体的には、親責任の付与割当（c号）の他、子どもが共に暮らす（live with）べき者（a号）、子どもが他者と共に過ごす時間（spend time with）（b号）、複数の親責任者間における親責任の負担を果たす上での協議の形態（d号）、子どもが他者で行うべき通信（communication）（e号）、子どもの扶養（f号）等である。このうち「子どもが共に暮らす」・「子どもが共に時間を過ごす」・「通信」は、2006年改正法により、従来の「居所（residence）」及び「面会交流（contact）」に替えて導入された概念である。ただし、「子どもが共に時間を過ごす」は「面会交流」の完全な代替概念ではなく、共同養育推進の理念のもと、従来の居所（包括的監護）／面会交流（限局的監護）という区別を横断する（又は超越する）中立的な概念として位置づけられている。

2006年改正法は、特に父母の離別時における監護養育の具体的態様として、子どもが父母各々とどのように共に暮らし、あるいは、時間を共に過ごすべきかを養育命令において定める場合、裁判所は父母の共同養育による子どもの利益を重視した判断枠組みに従うべきことを、次のように定めた。

すなわち、裁判所は養育命令を下す場合、まず、父母の均等な共同親責任は子どもの最善の利益にかなうという推定の適用の是非を判断しなければならない（61条DA）。そして、その結果、当該推定を適用して父母の均等な共同親責任を命令する場合、次に、子どもが父母各々と共に過ごす時間（又は父母の養育時間）の配分について、父母が各々半分ずつ時間を分担する（又は時間を均分する、平等に分ける）ことを命令することの是非を判断しなければならない（65条DAA）²⁷。その判断基準としては、まず、当該措置が子どもの

²⁷ 子どもと共に過ごす時間に関する養育命令に関しては、次のように規定されている。「・・・裁判所は、双方の親と同じ長さの時間を過ごすことが子どもの最善の利益にかなうか、またそれが実現可能かを検討し、それがかなえば、両親がそれぞれに「平等な時間を過ごす」内容の養育命令を下す。」（65条DAA（1））、「裁判所が、養育命令において平等な共同親責任を有することを定めるのに、同じ長さ

最善の利益にかなうことが問題となる。そして、この基準を充足した場合、次に、当該措置が合理的に実現可能であること (reasonable practicability) ²⁸を確認し、この基準を充足した場合に、当該措置の命令を行うか否かを検討する。もし、こうした父母間の時間の均分を命令しない場合、次に、子どもが父母各々と「十分かつ重要な時間 (substantial and significant time) ²⁹」を共に過ごす措置を命令することを、前記の判断プロセスに従って検討しなければならない。

以上の判断における基準となる、「子どもの最善の利益」の内容について、2006年改正法は、二つの主要な考慮事由のうちの一つとして、「子どもが父母双方との有意義な関係を有することによる恩恵」を据えたことは前記のとおりである。もう一つの基準である、措置の「合理的な実現可能性」がこれに対してどのような意味を持つか、裁判例における判断の蓄積が進みつつあるところである。

(2) 支援体制

オーストラリアでは、当事者が離婚等を検討し、当事者自身での解決がなかなか難しいと思われるような場合の対応に関しては、初期段階から継続的な支援体制を準備している。まず、家族にかかわりのある紛争に対して、ワンストップ・サービスとして、電話による法律相談サービス窓口が設けられており (例えばニューサウスウェールズ州では、LAW Access NSW で対応しており、他の州でも同様のサービスが提供されている)、そこで、必要な機関の紹介を含めた情報提供が行われている。これと併せて、法律実務家が常駐して必要な場合には、裁判所での支援も含めたサービスを提供するものとして、法律扶助 (例えば、ニューサウスウェールズ州では、Legal Aid NSW が、子どもの独立代理人の選任も含めたサービスの提供を行っている。) が、特に子の問題についてのアドバイスを行っている。さらに、2006年法改正の際に導入された、ファミリー・リレーション・センターが、FDR を提供しており、子どもの問題に関するカウンセリングや、メディエーションを行っ

の時間を過ごす命令を行わないなら、(次の段階として)「十分かつ重要な時間 (substantial and significant time) を共に過ごす」ことについて検討しなければならない。検討すべきことは、それが子どもの最善の利益にかなうか、またそれが実現可能かどうかである。両者がかなえば、両親がそれぞれ「十分かつ重要な時間を共に過ごす」内容の養育命令を検討する。」(65条 DAA (2))

²⁸ 「実現可能」についての考慮すべき事項に関しては次のように規定されている。「・・・裁判所は、両親がそれぞれ同じ長さの時間を子どもと過ごすことが実現可能か、及び、十分かつ重要な時間を共に過ごすことが実現可能かを判断する際、以下の事項について検討する。

- ・父母がどの程度離れて暮らしているか
- ・父母がそれぞれ、現在また将来にわたって、「同じ長さの時間を過ごすこと」、あるいは、「十分かつ重要な時間を共に過ごすこと」について、それらの取決めを実現することが可能かどうか。
- ・父母間で連絡を取り合う現在及び将来の可能性。また、子どもに関する取決めを遂行する際に生じる問題を解決する現在及び将来の能力。
- ・当該取決めが、子どもに対して与える影響
- ・その他、裁判所が関連すると考える事由」(65条 DAA (5))

²⁹ 「十分かつ重要な時間 substantial and significant time を共に過ごす」の意味に関しては次のように規定されている。「・・・当該親子が過ごす時間が、週末や休日とそれ以外の日の両方が含まれること。当該父母が、子どもの日常生活と子どもにとって重要な行事やイベントの両方に参加できていること。当該父母にとって重要な出来事やイベントに、子どもが参加できていること。」(65条 DAA (3))

ている。事件が家庭裁判所に持ち込まれた後は、家庭裁判所のスタッフである、ファミリー・コンサルタントが、家庭状況の調査等を行い、申立てから6週間から2ヶ月くらいの間に、当事者の家族の状況に応じてどのような対応が望ましいかを、裁判官に報告することになっている。このファミリー・コンサルタントの関与により、実際の審理前に当事者間での合意が形成される場合もある。オーストラリアでは、家族法専門弁護士制度のもと、この問題も含めて家族紛争解決の経験豊富な弁護士が関与することで、高葛藤事案であっても、できるだけ当事者の合意形成を経た解決を目指した対応がなされている。高葛藤事案や、児童虐待を含めた family violence の懸念のある事例については、面会交流センターが専門のスタッフによる、面会交流の支援を行うとともに、経過の観察を行い、必要に応じて家庭裁判所と連携を取りながら、別居や離婚後の子の問題に対応している。

(3) 実態

父母の別居後、大部分の子は父母の合意による何らかの取決めによって、いずれか一方の親と暮らすことになる。現在、大部分の子は「同居親 (resident parent)」と呼ばれるいずれか一方の親 (通常は母親) とほとんどの時間を過ごしている。もう一方の親 (別居親 (non-resident parent)) が実際にどのくらいの頻度で子と会っているかは、ばらつきが多い。2009～2010年の Australian Bureau of Statistics (ABS) の調査³⁰では、父母双方の取決めによって、別居親と子の交流頻度は、①毎日・毎週 31.4%、②2週間に一度 20.2%、③1ヶ月に一度 7.5%、④3～12ヶ月に一度 15.1%、⑤年1回以下若しくは交流しない 25.7% という結果が出ている。⑤のように全く接触がない場合もあれば、週半ばの面会交流、隔週末と学校の休暇中を別居親 (通常は父親) と過ごすというパターンや、「別居親」と相当量の時間を一緒に過ごす共同養育のパターンまで様々である。現在、別れた親の約3%が、多かれ少なかれ平等に子の養育を分担する取決めをしていると推定されている。したがって、大部分の家庭は片親、たいていは母親が子育ての主要な責任を負うとされている。

均等な養育時間 (あるいはそれに近い) ペースの共同養育では、子は二つの住まいを持ち、父母双方の間を交互に移動することになる。そのために、例えば1週間母親と暮らし、次の週は父親と暮らすというような例はあるが、たいていは学校のある週の途中で半分に分けられる。この取決めを満足のいくように維持するためには別れた親たちのかなりの協力が必要で、他のあらゆる取決めと同様、子が大きくなり、子と親のニーズが変わるに従って交渉し直す必要が出てくるのである。

³⁰ オーストラリア連邦の家族問題に関する調査機関である Australian Institute of Family Studies から公表されている Family Facts and Figures: Parent child contact after separation (<http://www.aifs.gov.au/institute/info/charts/contact/index.html#f2f>) をもとに作成した。

5. 面会交流

2006年法改正により、「面会交流（contact、1995年法改正により導入）」概念は廃止され、代わりに、「時間を共に過ごす（spend time with）」及び「通信（communication）」という用語をもって表現されるようになった。ただし、この「時間を共に過ごす」は、従来の局所的な面会交流そのものを表す用語ではないことは前記本章4で説明したとおりである。

6. 養育費³¹

オーストラリアでは、1970年代からの一人親世帯の急増とその貧困問題を背景として、1988年に養育費に関する制度が導入された。この制度の導入は、子の扶養に関する二つの法（子どもの養育費〈登録及び徴収〉に関する法律（Child Support（Registration and Collection）Act 1988）、子どもの養育費〈算定〉に関する法律（Child Support（Assessment）Act 1988））によるものである。また、養育費に関しては、「子どもの養育費ための機関（Australia's Child Support Agency（CSA）」が査定と徴収について担当してきた。なお、CSAは、導入時は国税庁内に設置されていたが、1998年に、家族・地域サービス省に移管されたのち、2011年7月からは、統合された社会福祉省（department of human services）にサービスそのものが移管され始めている。

父母は、離別の際、養育費について取り決める必要がある。当事者間の合意のほか、CSAによる査定、裁判所命令によることも可能である。ただし、子育て家庭に支給される家族税手当（Family Tax Benefit）について、一定の基準額を超える給付を受けている場合は、CSAによる査定が義務づけられる。

CSAでは養育費の査定と徴収を行っているが、一方のみを利用することも可能である。例えば、CSAによる査定を受け、それをCSAに登録するが、支払いについては当事者間で行う場合もあれば、CSAによって査定を受け、それをCSAに登録し、登録された養育費についてCSAが支払い義務者から徴収し、権利者に送金する場合もある。また、当事者間で取り決め、支払いについても自主的に行う場合であっても、CSAで情報提供のみを受けることもできる。なお、裁判所命令や当事者の自主的な取決めであっても、CSAへの登録は可能で、徴収サービスを受けることもできる。

養育費の算定は、導入当初は、いわゆる「所得パーセント方式」によるものであったが、2006年から2008年にかけての養育費制度の改革後、「所得シェア方式」に変更された。この2006年から2008年にかけての改正は、2006年の家族法改正による共同親責任の考え方の導入によってもたらされたものである。具体的には、両親ともに養育費の支払い義務者

³¹ 小川富之・前掲注20)を参照のこと。

と考えるようになった。また、別居親による子どもの養育時間を考慮し、子どもと過ごす時間が算定において考慮されるようになった。従来は、子どもの養育時間が30%以上の場合にのみ養育費の算定で減額の考慮要素となったが、新方式では、14~30%の場合についても、減額される（この結果、CSAのデータによると、2008年から2009年の間に、支払い義務額が減少に至っている）。例えば、具体的な算定公式において、子育て費用の算定式があるが、1年間の宿泊日数が51日以下では子育て費用のコストを支払った実績とはならないが、52日から127日では24%、238日から313日では76%が、子育てコストの支払い実績として算定されるなど、子どもの宿泊日数によって細かく算定される。さらに、再婚家庭における子どもの養育責任についても配慮される算定方式となった。

なお、徴収については、CSAによる徴収の場合、義務者からCSAに養育費が支払われる。義務者から支払いがない場合には、給与からの自動天引きや銀行口座からの引落としが認められている。CSAの徴収サービスの利用には費用はかからず、徴収された全額が権利者に振り込まれる。

IV. 別居及び離婚後の子の養育に関連する諸問題

1. 家庭内暴力（児童虐待を含む）の存在

家庭内暴力（児童虐待を含む）の拡大と深刻化が社会的に認識されるにつれて、家庭裁判所の手続においても、家庭内暴力の存在、特に子どもがその直接的被害者にならないよう配慮することが、子どもの監護・教育をめぐる問題解決に大きな影響を持つことが認識されるようになってきている。

家庭裁判所においては、この問題の審理と併せて、家庭内暴力や児童虐待の疑いがある事件については、代替的紛争解決機関であるファミリー・リレーション・センターや、社会福祉関連機関及び警察等と連携を取りながら、対応している。暴力の加害者の疑いのある事例については、接触の差止めや、保護命令が発令され、生命及び身体の安全の確保が連邦家族法にも規定されており、その第7章で手続的に保証されている。

1975年家族法68条のFの2項（s 68F（2））に規定されている、子どもの最善の利益に関する確認事項一覧の中の一つに、仮に第三者に向けられた暴力であっても、子どもがそれにより間接的な暴力の被害者とならないよう配慮することが裁判官に求められるという規定が新たに設けられた。このような規定が1975年家族法に盛り込まれたのは、立法者及び家庭裁判所の裁判官による、家庭内暴力（1975年家族法では、「家族暴力（Family Violence）」という文言が使われている）の重大性の認識が一般に広まったことの反映であるといえる。ただ、これに対しては、批判的な人たちも存在しており、子どもを父親と会わせたくないとする女性にとっては、この家庭内暴力というのは、非常に有利に活用

できる装置となっているとの指摘がある³²。また、1996年の改正により導入された共同監護の制度と家庭内暴力からの被害者保護という制度は、家庭内暴力の被害者の犠牲の上に成り立つ共同監護という否めない現実の存在を指摘する報告書も公表されている³³。

2. 子どもの居所の移動（リロケーションの問題）

オーストラリアの国土の広大さと、オーストラリア人の移動性の高さということから、子どもが従来から居住する場所から他へ移転することに対して、どのような対応をとるかということが、裁判所の重大な問題として提起され、最近、二つの事件で、連邦最高裁判所による判断が示された。

子どもに対して、第一義的な監護を提供している父母の一方が、居住する場所を他に移したいと希望する場合、他方にとって、子どもと会うことに重大な影響が生じるので、多くの場合、この要望は相手方から拒否されることが多い。理論的には、このような事例に適用される規定も、子どもの監護・教育をめぐる判断に際して適用されるものと原則としては同様であるとされている。しかしながら、実際には、一般のルールとは異なる基準が採用されてきたようで、子どもを、それまで居住していた場所から移転させることを希望する側に、「正当又は反論の余地のない理由」を示すことが、裁判所から要求されていたようである。しかしながら、連邦最高裁判所は、「AMS 対 AIF 事件³⁴」で、この従来 of 判断基準の採用に対して否定的な見解を提示した。すなわち、子どもが従来から居住する場所からの移転を希望することについて当事者に争いのある場合には、裁判所は、父母それぞれの要求を検討し、どちらの主張が子どもの最善の利益を向上させることになるかによって決定するという考え方が示されたわけである。したがって、連邦最高裁判所の新たな判断基準としては、子どもが従来から居住する場所から移転することにより、子どもの最善の利益の向上に繋がるか、又は、それを損なうかという観点からこの問題を検討し、判決を下すことになる。

連邦最高裁判所は、その後、「U 対 U 事件³⁵」で、父母が子どもの従来からの居住場所を他に移すことについては、何らの制約もなく、一般原則に従って処理されるということを確認した。子どもの最善の利益が、当然、父母の利益より優先され、父母による主張の有無に拘束されることなく、裁判所は、子どもの監護・教育に関して調整をする権限を有するということが判示された。したがって、本件では、母親は、子どもと共にオーストラリアに留まることを希望したわけではないけれども（ただ、反対尋問の中で、これを受け入れる可能性は否定していなかった）、裁判所は、これを「代替的請求（alternative

³² 例えば、<http://www.certifiedmale.org/issue8/ecto.htm> を参照のこと。

³³ R Kaspiew, 'Violence in contested children's cases: An empirical exploration', (2005) 19 AJFL 112.

³⁴ [1999] FLC 92-852.

³⁵ [2002] FLC 93-112.

proposal)」として採用した。同様に、連邦最高裁判所は、この事件とは別の事例でも、父親は、母親と子どもを伴って、オーストラリアを出国すること、という判断を示したが、父親側は、一度もこのような主張をしていたわけではなかった。これらの事例は、家族構成員の間での利益の対立が存在する場合における、非常に興味ある問題を提起することとなった³⁶。オーストラリアが批准している多くの人権条約の中で、成人の権利として認められているものであっても、例えば、成人の居住移転の自由といったようなもの等について、それを犠牲にしても、子どもが父母と会う権利の方を優先させるという考え方が、今日の連邦最高裁判所の考え方であると明確に示されたわけである。さらに、父母の間の利益衡量よりもむしろ、どちらの要望が子どもの最善の利益の向上に繋がるかという観点を、より優先させるということがはっきりと示されたのである。

子どもの監護に関するオーダーが適切であると考えられる場合に、次のステップとして、子どもを国外に連れ出すことを裁判所が承認することとなる³⁷。オーストラリアは、また、「子どもの奪取の民事面に関する条約（The Convention on Civil Aspects of International Child Abduction、以下「ハーグ条約（The Hague Convention）」とする）の締約国であり、1986年連邦家族法(子どもの奪取)規則(The Family Law(Child Abduction) Regulations 1986 (Cth))を制定している。連邦司法長官庁(The Commonwealth Attorney-General Department)が、奪取された子どもたちを本国に送還する責任を担う、オーストラリアにおけるこの条約の履行を担当する中央当局である。また、各州にはそれぞれ担当部局(通常は、州の児童福祉局(State Child Welfare Department))が置かれている。これに関連した子どもの監護に関する事件の管轄は、その子が連れ去られた国にあるという考え方が、ハーグ条約の基本であり、奪取された子どもの送還に関しては、オーストラリア国内法の規定を適用して、子どもの最善の利益の観点から判断を下すことが認められないことになっている。この場合、連邦家族法(子どもの奪取)規則16条3項(s 16 (3))を適用して、ここに制限的に列挙されている条項に該当しない限り、子どもを本国に送還することとなる。規定の内容は次のとおりである。

- ・子どもが成熟している場合で、その子が明確に本国への送還拒否を表明している場合
- ・子どもが本国に送還されると、その子の身体、精神に重大な危害が生じるおそれがある場合、又は、送還されると、子どもが過酷な状況に置かれるおそれがある場合
- ・子どもを本国に送還することが、オーストラリアにおける基本的人権及び自由の保護といった大原則に反するような場合

³⁶ この問題に関する議論としては、R Chisolm. 'The paramount consideration - Children's Interests in Family Law', (2002) 16 AJFL 87. を参照のこと。

³⁷ FLA s 65Y.

V. おわりにー将来的課題等

世界の他の国々同様、オーストラリアでも、家族法に対する批判が多く寄せられ、これまで継続的に、かなりの法改正も実施されてきた。とりわけ、従来の対審構造をとる判決による紛争解決方法から家族を解放する必要性が強く認識されるようになってきた。家庭裁判所もその構造と手続に修正が加えられ、家族間の紛争を解決するというよりもむしろ、当事者自身が自分たちの抱える問題を解決するための「手助け」をするという役割を演じることが求められるようになってきた。このような努力にもかかわらず、裁判所の仕組みとしては必ずしも家事紛争の解決に最適とはいえないと批判され、特に、紛争解決に要する時間と経費が大きな問題であるとされてきた。

結果として、紛争を抱える家族が、公判手続によらないで、問題を解決することを助長する多くのイニシアチブが近年採用されてきた。これらは、1975年家族法における「プライマリー」紛争解決手段として知られていが、例えば、メディエーションをはじめとする代替的紛争解決手段等が当事者の利用に供されてきた。しかしながら、紛争を抱える父母による、このような手続の利用度はあまり芳しくないようである。2004年に、新しい家族法規則（Family Law Rules）が導入され、家事紛争のうちで、子どもの監護及び財産をめぐる争いについては、「審理前手続」が必須とされることとなった³⁸。このことにより、紛争当事者は、家庭裁判所に訴えを提起する前に、メディエーションやカウンセリングなどにより、自分たちの紛争を合意により解決する試みが義務づけられることとなった。当事者がこれに応じない場合には、一定額の金銭支払い命令が下されることとなる³⁹。

近年、多くの国々で共同監護についての見直しがなされる中で、従来の家族問題について調査・研究し、これに対応する目的で、連邦政府はファミリー・リレーション・センターを創設した。このセンターは、家族に対して、あらゆる面で広汎な支援を提供することを目的とするものであるが、とりわけ別居している夫婦を、裁判外で和合させることをその主要な任務とするものである。当事者が別居した状況を固定化してしまう前に、話し合いの席に着かせ、子どもの監護をめぐる争いについて合意を形成することを目的として、様々なサービスを原則として無料で提供するということが、このセンターの重要な役割である⁴⁰。

他には、連邦家族法による、「子どもをめぐる紛争対応専門プログラム（The Children's Cases Program）」の導入が挙げられる。このプログラムは、試験的に導入されたもので、その効果についての評価がなされているところであるが、いまのところ、かなり肯定的な意見が多くを占めているようである。父母の自発的な要望に基づいて、このプログラムでは、まず、家族や子どもの問題の専門家と法律の専門家が協力をして、事例の検討・評価

³⁸ Family Law Rules r 1.05.

³⁹ Family Law Rules r 1.10 (d) .

⁴⁰ 詳しくは、Families Relationship Centres - Information Paper at <http://www.ag.gov.au/family> を参照のこと。

を行い、報告書が作成され、当事者を合意形成へと促すという手続がとられる。家族の紛争に子どもが含まれている場合に、子どもの最善の利益となるような結論を導くため、証拠法の原則を緩和し、裁判所による裁量の幅を広げることで、代替的に紛争解決を図ることがその目的である⁴¹。西オーストラリア州でも、同様の試みが州裁判所において実施されている⁴²。

また、社会福祉の領域でも、重要な法改正が提案されている。最近、連邦政府による一連の「就労を目的とする福祉の向上 (welfare to work)」に関連する改正法は、家族法とのかかわりで、単親家族、特に、子どもの養育費の問題に大きなインパクトを与えられている。

オーストラリア家族法では、財産の問題も含めて、これまで当事者間の合意形成の促進に努めてきた。近年、この考え方は、婚姻前の合意にまで拡張されてきた。当事者は、所定の手続的要件を満足させる必要はあるが、原則として、「当事者の最終的合意」には拘束力があり⁴³、それは裁判所の関与を排除するものとされている。裁判所が、この当事者の合意に介入できる場合は限定されており、子どもにかかわる状況に変更があった場合で、当事者の合意に従うと、子ども又は子どもを養育する当事者の一方が過酷な状況に置かれるといったようなとき等に限定されている⁴⁴。あまりに早い時期に合意が形成されると、それが将来的に拘束力を有するかどうか不安定であり、この時期が早いほど、そのリスクが高いと想定される。

オーストラリアでは、2006年改正連邦家族法で、父母別居後の均等な親責任、特に養育時間配分の均等化を原則とする理念の具体化が目指された。これは、離婚後も父母双方が子どもの生活に関与する必要性を踏まえた内容となっていた。この改正に対しては、当初から、家庭内暴力や児童虐待が存在する場合の危険性や子どもの養育環境への悪影響が指摘されていた。改正後の報告書では、このような懸念が現実のものであるとの報告がなされている⁴⁵。また、共同親責任の実態として、非同居親による面会交流の回数も思ったほど多くなく、また時間もそれほど長くないことが指摘されている。最近のオーストラリアの研究成果によると、父母の間に強い対立関係が存在する場合に共同養育の取決めをする

⁴¹ Family Court of Australia, Practice Direction for the Melbourne Implementation of the Children's Cases Program Incorporating the Child Responsive Pilot, No 2 of 2005.

⁴² これは一般に、“Case Assessment Conferences”と呼ばれている。

⁴³ 1975年家族法第8章のAで規定されている。

⁴⁴ 1975年家族法90条のKの1項d号(s.90k(1)(d))。介入できる場合については1975年家族法90条のKで規定されている。

⁴⁵ 最近のオーストラリアでの研究によると、母親が安全面の不安を報告している場合、養育の取決めの如何にかかわらず子どもの幸せのレベルは低い、その程度は伝統的な面会交流の取決めよりも、共同養育の取決めのもとにある方が低いことが分かっている。この研究は、最近別れて児童支援局 (Child Support Agency) に登録した親1万人のサンプルを調べているが、共同養育の取決めをしている少数派の親たちのかなりの数(16~20%)が、自分自身と子どもの安全面の不安を表明している。研究に参加した親たちの独自の定義ではあるが、「安全面の不安」を報告した親の大部分は、子どものもう一方の親による身体的・精神的虐待も訴えている(ただし、これについての独立した実証報告はない)。子どもの福祉の程度の低さと母親の安全面の不安との同様の関係は、最近の別のオーストラリアの研究でも示されている。

と、子どもに対して好ましくない影響が強いということが明らかになっている⁴⁶。

オーストラリアでは、このような研究成果を受けて、2011年に法改正がなされ、2012年6月から改正法が施行されている。改正法の概要は、次のように整理できる。

- ・ family violence や児童虐待に定義を拡大したこと
- ・ 裁判所は、子どもの最善の利益の判断に際して、子どもの安全に重点を置くこと
- ・ 子どもの養育に関しての合意をアドバイスする際に、両親の利益より子どもの安全を優先させること
- ・ 父母に対して、family violence や児童虐待に関する告知義務を課したこと
- ・ 裁判所は、子どもの養育にオーダーを下す際に、過去における family violence や児童虐待の経緯、将来のリスクについて検討すること

内容的には、離婚後の子どもの問題を検討する際の最優先考慮事項として、暴力からの保護が明記されることとなった。この改正法が施行されてから、まだあまり時間がたっていないが、共同養育、特に均等な時間配分に対して批判的な多くの研究成果をふまえて行われたもので、世界的にも注目が集まっている。引き続き、オーストラリアの動向に注目したい。

⁴⁶ McIntosh, J., Smith, B., Kelaher, M., Wells, Y.; & Long, C (2010) Post-separation Parenting arrangements and developmental outcomes for infants and children. Attorney-General's Department : Canberra.

【資料1】 オーストラリアの親権・監護権に関連する条文の邦訳

1975年連邦家族法（訳：小川富之・宍戸育世）

第4条 解釈規定

子どもに関する重要な長期的事項とは、子どもの世話、福祉及び成長発達に関する、長期的な事項を指し、そうした性格を備えた次の点に関する事項を含む（ただし、それらに限定される訳ではない）。

- (a) 子どもの（現在及び将来における）教育
- (b) 子どもの宗教及び文化教育
- (c) 子どもの健康
- (d) 子どもの名前
- (e) 子どもが一方親と時間を共に過ごすことを著しく困難にするような子どもの居住状況の変更。

疑問を避けるため記載するに、子どもの一方親において、新たなパートナーとの間で関係を形成するという決定自体は、子どもに関する重要な長期的事項にはあたらない。しかしながら、もし、例えば、新たなパートナーとの関係のために当該親が別の地域に移動することになり、その移動によって、子どもが他方の親と共に時間を過ごすことが著しく困難になる場合は、当該決定は重要な長期的事項を伴うものとなる。

離別後の養育プログラムとは、次のようなプログラムを指す。

- (a) 養育責任を果たすことの妨げになるような問題を解決することへの支援（カウンセリングサービスの提供、又は、問題解決のための手法の教授等）を目的とする
- (b) 講義、議論（グループディスカッション等を含む）、あるいはその他の活動から構成される
- (c) 第65条LB規定の諸条件を満たす組織により提供されるプログラム

子どもの親族とは、

- (a) 本法の第7章においては、次の人物を指す。

- (i) 子どもの継親
- (ii) 子どもの兄弟姉妹、半血の兄弟姉妹、継兄弟姉妹
- (iii) 子どもの祖父母
- (iv) 子どものおじ・おば
- (v) 子どもの甥姪
- (vi) 子どものいとこ

- (b) 本法第1条ABにおいては、第1条ACが定める意味を有する。

子どもにとって継親とは、次のような者を指す。

- (a) 子どもの親でない者
- (b) 子どもの一方の親と婚姻している、若しくは、かつて婚姻していた、又は、（第60条EAが定める意味において）事実上のパートナーである、

若しくは、かつて事実上のパートナーであった者
(c) 子どもを、現在、又は、その親と婚姻若しくは事実上のパートナー関係を結んでいた間、その親と共に成す家族の一員として扱っている者。又は、そのように扱ってきた者。

本法の第7章13節において用いられる場合、Cに定められる養育命令とは、次の事項に関して扱っている限りにおいて養育命令を意味する。

- (a) 子どもが共に暮らす者について
- (b) 子どもが時間を共に過ごす者について
- (c) 子どもの日常的な世話、福祉及び成長発達に対して責任を担うべき者について

第4項 本法において、子どもに対する親責任を担う者とは、次の人物を指す。

- (a) その親責任の一部若しくは全部を、単独で担う者
- (b) その親責任の一部若しくは全部を他者と共に担う者

第5項 本法において、子どもの親責任を他者と共に有する者とは、子どもの親責任の一部又は全部を、当該他者と共に担う者を指す。

第55条A 子どもがいる場合の離婚命令

第1項 婚姻に関する離婚命令は、裁判所が命令によって、次の点を認めたことを宣言しなければ効力を有しない。

- (a) その婚姻による18歳未満の子どもが存在しないこと
- (b) その婚姻による18歳未満の子どもが、当該命令で特定された子どもであり、かつ、
 - (i) その子どもの世話、福祉及び成長発達をめぐって、全ての事情に照らして適切な取決めが行われていること
 - (ii) 裁判所において、そうした取決めがなされていると認められない場合においても、その離婚命令が効力を有すべき理由となる事情が存在すること

第2項 婚姻に関する離婚命令を求める申立手続において、裁判所がその婚姻による子どもの世話、福祉及び成長発達をめぐる取決めが、全ての事情に照らして適切であるか否かについて疑問を持つ場合、裁判所は、当該取決めについて家族コンサルタントによる報告を受けるまで、訴訟手続を延期することができる。

第3項 本条において、子ども（夫又は妻の前婚の子ども、夫婦のいずれの実子でもなくその一方の養子となった子どもを含む）が、もし当該時点において、夫婦により夫婦の家族の子どもとして

扱われていた場合には、その婚姻による子どもとする。

第4項 第3項において、当該時点とは、夫婦の離別直前を指し、もし夫妻が複数回離別している場合には、当該離婚命令を行う訴訟手続の開始から見て最後の離別の直前を指す。

第7章—子ども

第1節—はじめに

第60条B 本章の目的及び基本原理

第1項 本章の目的は、次の点によって子どもの最善の利益を実現することである。

(a) 子どもの最善の利益にかなう限りにおいて、両親が、最大限、子どもの生活に有意義なかかわりを持つことによる利益を子どもに確保すること

(b) 子どもが虐待、ネグレクト若しくは家庭内暴力を受ける、又は、その暴力を見聞きすることによって、身体的又は心理的に受ける危害から子どもを保護すること

(c) 子どもが最大限の発達可能性を発揮できるよう、十分かつ適切な養育を受けることを確保すること

(d) 両親が、子どもの世話、福祉及び成長発達に関する義務を果たし、責任を担うことを確保すること。

第2項 これらの目的の基礎となる原則は、次のとおりである（それが子どもの最善の利益に反する、又は、反するであろう場合を除く）。

(a) 子どもは、父母が婚姻関係にあるか、既に離別したか、そもそも婚姻関係になかったか、又は、そもそも同居したことがないかの如何にかかわらず、父母双方を知り、父母双方から世話を受ける権利を有する

(b) 子どもは、父母双方、及び、子どもの世話、福祉及び成長発達にとって重要な他の人物（祖父母その他親族等）と定期的に時間を共に過ごし、通信を行う権利を有する

(c) 父母は、子どもの世話、福祉及び成長発達に関する義務及び責任を共同で担う

(d) 父母は、子どもの将来にわたる養育について合意するべきこと

(e) 子どもは、自身の文化を享受する権利を有すること（当該文化を共有する者と共に、それを享受する権利を含む）。

第3項 アボリジニ関係＝省略

第4項 本章の目的の追加部分は、1989年11月20日にニューヨークにおいて成立した子どもの権利条約を実施する趣旨のものである。

BA 子どもの最善の利益—裁判手続

第60条CA 養育命令における最優先の考慮事由としての子どもの最善の利益

裁判所は、子どもに関してある特定の養育命令を行うか否かを決定する場合、子どもの最善の利

益を、最優先に考慮しなければならない。

第60条CB 本款の適用対象となる訴訟手続

第1項 本款は、本章に従って行われ、子どもの最善の利益を最優先の考慮事由とする訴訟手続全てに適用される。

注記：第10節についても、本章に従って行われ、子どもの最善の利益を最優先の考慮事由とする訴訟手続において、裁判所は、弁護士が子どもの利益を独立して代理する命令を行うことができるものとする。

第2項 本款は、第60条G第2項、第63条F第2項、第63条F第6項、又は、第68条Rが適用される子どもに関する訴訟手続にも適用される。

第60条CC 裁判所における子どもの最善の利益の判断のあり方

●子どもの最善の利益の判断

第1項 裁判所は、第5項に基づいて、子どもの最善の利益とは何かを判断する際は、第2項及び第3項既定の諸事由について考慮しなければならない。

●主要な考慮事由

第2項 主要な考慮事由は、次のとおりである。

(a) 子どもが両親との有意義な関係を有することによる利益、及び、

(b) 子どもを虐待、ネグレクト若しくは家庭内暴力を受ける、又は、それらを見聞きすることによる身体的又は心理的な危害から保護する必要性。

注記：これらの考慮事由を主要な考慮事由に据えた点は、第60条B第1項(a)・(b)規定の本章の目的に沿っている。

第2項A 第2項に定める諸事由を適用する際、裁判所は第2項(b)規定の諸事由を、より重要なものとして評価するものとする。

●付加的な考慮事由

第3項 付加的な考慮事由は、次のとおりである。

(a) 子どもが表明した一切の見解、及び、裁判所において子どもの意見を評価する際に関連性があると考えられる一切の要素（例えば、子どもの成熟性・理解度等）。

(b) 次の者と子どもとの関係性

(i) 子どもの父又は母

(ii) その他第三者（子どもの祖父母・その他親族等）。

(c) 子どもの父又は母が、次の点について、どの程度機会を持ってきたか、あるいは、持ってこなかったか

(i) 子どもに関する重要な長期的事項をめぐり決定に参加すること

(ii) 子どもと共に時間を過ごすこと

(iii) 子どもとコミュニケーションをとること

(ca) 子どもの父又は母が、子どもに対する扶

養義務を、どの程度果たしてきたか、又は、果たしてこなかったか。

(d) 子どもの環境に生じ得る一切の変化。例えば、次の人物との離別による影響を含む。

(i) 子どもの父若しくは母

(ii) 子どもがそれまで共に暮らしてきた、その他一切の子ども、若しくは、その他一切の第三者（祖父母・その他親族等）。

(e) 子どもが、一方の親と時間を共に過ごし、コミュニケーションを持つために発生する現実的な困難及び費用、並びに、その困難又は費用のために、子どもが父母双方との間の密接な関係を維持し、父母双方と定期的に直接面会する権利に大きな影響が及ぶか否か。

(f) 次の人物において、子どもの心理的及び知的ニーズ等の諸ニーズに応えることのできる能力

(i) 子どもの父母各々（OR 父又は母）

(ii) その他の第三者（子どもの祖父母・その他親族等）

(g) 子ども、子どもの父又は母における成熟性、性別、ライフスタイル、及び、その他背景（ライフスタイル、文化及び伝統を含む）、並びに、裁判所が関連性を有すると考える、その他一切の子どもの特性

(h) もし、子どもがアボリジニ出身の子ども、又は、トレス海峡諸島出身の子どもである場合

(i) 子どもが自身のアボリジニの文化、又は、トレス海峡諸島の文化を享受する権利（当該文化を共有する他者と共に当該文化を享受する権利を含む）

(ii) 本章に基づいて行おうとする養育命令が、当該権利に及ぼし得る影響

(i) 子どもの父又は母が、子どもに対して、及び、親としての責任に対して示す態度。

(j) 子ども又は子どもの家族の構成員に関わる一切の家庭内暴力。

(k) もし、子ども、若しくは、子どもの家族構成員に対して家庭内暴力に関する命令が発令される、又は発令されている場合、当該命令から導かれる一切の関連する推察。この点については、次の事由を考慮に入れるものとする。

(i) 当該命令の性質

(ii) 当該命令が発令された事情

(iii) 当該命令の申立手続において認められた一切の証拠

(iv) 当該命令において、裁判所により行われた、又は当該命令の申立手続において行われた一切の事実認定

(v) 関連性を有する、その他一切の事由

(l) 子どもに関するさらなる訴訟の提起を最も回避し得る命令について、これを命じることが好ましいか否か。

(m) 裁判所が関連性を有すると考える、その他一切の事実又は事情。

●合意命令

第5項 もし、裁判所が、訴訟手続の当事者全員の合意のもとで命令を出すことを検討している

場合、裁判所は、第2項又は第3項規定の諸事由の全部、又は、いずれかを考慮することができるが、その考慮を義務付けられるものではない。

●アボリジニ又はトレス海峡諸島の文化を享受する権利

第6項 第3項(h)において、アボリジニ出身の子ども、又は、トレス海峡諸島出身の子どもが、アボリジニ、又は、トレス海峡諸島の文化を享受する権利とは、次の点の権利を含む。

(a) 当該文化とのつながりを維持すること

(b) 次の点のために必要な支援、機会、及び、奨励を受けること。

(i) 子どもの年齢、成長発達の程度、及び、子どもの意見に従って最大限、当該文化を探究すること。

(ii) 当該文化への肯定的な認識を養うこと。

BB 子どもの最善の利益—アドバイザーの諸義務

第60条 D 子どもの最善の利益に関するアドバイザーの諸義務

第1項 もし、アドバイザーが、ある人物に対して、子ども及び本章に関する事項について、助言又は支援を行う場合、アドバイザーは次のことを行わなければならない。

(a) 対象者に対して、子どもの最善の利益を最優先の事由として考慮すべきことを伝える

(b) 対象者に対して、子どもの利益を最善の形で実現するという原則に基づいて行動するよう促す

それは、次の点によるものとする。

(i) 子どもが父母双方との間に有意義な関係を有すること

(ii) 子どもが、虐待、ネグレクト若しくは家庭内暴力を受ける、又は、これらを見聞きすることによる、身体的又は心理的な危害から保護されること

(iii) (i)及び(ii)に定められる考慮事由を適用する際は、(ii)の考慮事由をより重視すること。

第2項 本条において、アドバイザーとは、次の人物を指す。

(a) 法律実務家

(b) 家族カウンセラー

(c) 家族紛争解決手続士

(d) 家族支援コンサルタント

第二節 親責任

第61条 A 本節の内容

本節は、親責任の概念について規定し、特に次の点に関する規定を含む。

(a) 親責任とは何か。

(b) 誰が親責任を有するか。

第61条 B 親責任の意味

本章において、子どもに関する親責任とは、父母が子どもに関して法律上有する全ての義務、権能、責任及び権威を意味する。

第1項 18歳未満の子どもの父母は各々、子どもに関する親責任を有する。

注記1：本条は、これに代わる裁判所の養育命令が行われな限りにおいて、親責任に関して適用される法的立場を規定する。養育命令の効果に関しては、本条第3項、及び、第61条D第2項を参照のこと。

注記2：本条は、裁判所が養育命令を出す場合における推定を設けるものではない。裁判所が養育命令を出す場合に適用する推定については、第61条DAを参照のこと。

注記3：第63条Cに従って、子どもの父母は、子どもの親責任の割当てに関して養育計画を作成することができる。

第2項 第1項は、子どもの父母の関係性のいかなる変化にかかわらず、効力を有する。例えば、父母の離別、又は、父母の一方若しくは双方の婚姻若しくは再婚により影響を受けることはない。

第3項 第1項は、その当時（OR当該時点において）有効である、裁判所による一切の命令の効力に服する。（それは、当該命令が本法に従って行われた命令か否か、及び、本条の施行の前後のいずれに行われた命令かを問わない）。

注記：第111条CSは、子どもに関する親責任の付与に影響を及ぼし得る。

第61条D 養育命令、及び、親責任

第1項 養育命令とは、ある者に対し、子どもに関する親責任を付与するものである。ただし、それは、当該命令が、その者に対して、当該子どもに関する義務、権限、責任又は権威を付与する範囲にとどまる。

第2項 子どもに関する養育命令は、何人においても、その子どもに関する親責任を何らかの形で奪う、又は、縮減するものではない。ただし、次の場合を除く。

- (a) 当該命令に明示的に定められている場合
- (b) あるいは、当該命令の実現に必要な場合

第61条DA 養育命令における平等な共同親責任の推定

第1項 裁判所は、子どもに関する養育命令を出す場合、父母が、当該子どもに対し、平等な共同親責任を有することが子どもの最善の利益にかなうという推定を働かせなければならない。

注記：本条が規定する推定は、専ら、第61条Bが定める子どもの親責任の割当てにのみ関わるものである。子どもが父母各々と共に過ごす時間の長さに関わる推定を規定するものではない（この問題については、第65条DAAに規定されている）。

第2項 本推定は、もし、当該子どもの一方の親（あるいは、当該子どもの一方の親と共に暮らす

者）が、次の行為を行っていたと信じるべき合理的な根拠が存在する場合には適用されない。

(a) 当該子どもへの虐待、若しくは、当時、その親の家族構成員であった別の子どもに対する虐待（若しくは、その親と共に暮らす者の家族）への虐待

(b) 家庭内暴力

第3項 裁判所が暫定命令を発令する場合には、裁判所が、命令を出すに際し、当該事情において本推定の適用が不適切であると考えられる場合を除き、本推定が適用される。

第4項 本推定は、裁判所が、子どもの父母が平等な共同親責任を有することは、子どもの最善の利益に適わないと認めるような証拠をもって覆すことができる。

第61条E 親責任の養子縁組に対する効果

第1項 本条は、次の場合に適用される。

- (a) 子どもが養子縁組を行う場合
- (b) 養子縁組の直前の時点で、ある者がその子どもに関する親責任を有していた場合。この時、その親責任が全内容に及ぶか、又は、限定的なものであるか、及び、第61条C又は養育命令のいずれにより生じたものかは、問わない。

第2項 その者の子どもに関する親責任は、その子どもの一切の養子縁組によって終了する。ただし、その養子縁組が、所定の養親によるものであるとともに、第60条Gに基づく養子縁組手続開始の許可が与えられていない場合は除く。

第61条DB 暫定命令後における、平等な共同親責任の推定の適用

もし、子どもに関する暫定的な養育命令が出されている場合、裁判所は、当該子どもに関する終局的な養育命令を行うに際しては、当該暫定命令によって行われた親責任の割当ては無視しなければならない。

第4節 養育計画

第63条A 省略

第63条B 父母における合意形成の奨励

子どもの父母は、次のことを奨励される。

- (a) 子どもに関する事項について合意すること
- (b) 自らの責任をもって、養育に関する取決めをし、及び、養育に関する紛争を解決すること
- (c) 法制度を、第一の手段としてではなく最終手段として用いること
- (d) 合意形成によって、現在及び将来における紛争の可能性を最小限に抑えること
- (e) 合意形成に際しては、子どもの最善の利益を最優先の事由として考慮すること。

注記：父母においては、養育計画を作成することにより、子どもに関する諸事項について非公式の合意を行うことが推奨される。強制執行可能な取決めを求める父母においては、裁判所命令が必要となる。その裁判所命令は、合意により得ること

ができる。

第 63 条 C 養育計画の意味及び関連条項

第 1 項 養育計画とは、次のような《形式の》合意を指す。

- (a) 書面によるもの
- (b) 子どもの父母の間で作成されるもの、又は、作成されたもの
 - (ba) 子どもの父母の署名が付されているもの
 - (bb) 日付が付されたもの
- (c) 第 2 項規定の事由の一つ又は複数を対象とするもの
 - (1A) 合意は、それが脅迫、強要、又は強制によらず締結されたものでない限り、本法における養育計画にあたらぬ。

第 2 項 養育計画は、次の事項のうち一つ又は複数を対象とすることが可能である。

- (a) 子どもが共に暮らすべき者（複数の場合あり）
- (b) 子どもがもう一方の者（複数の場合あり）と共に過ごす時間、
- (c) 子どもに関する親責任の割当て、
- (d) 二人以上の者で子どもに関する親責任を分担する場合には、当該責任の行使において行うべき諸決定に関して、分担者相互間で行う協議の形態
- (e) 子どもがもう一方の者（複数の場合あり）との間で行うべき通信
- (f) 子どもの扶養
- (g) 当該計画の条項又は実施に関する紛争解決のための手続
- (h) 子ども又は当該計画の当事者における必要性、又は事情の変更を理由とした、計画変更のための手続
- (i) 子どもの世話、福祉若しくは成長発達に関する一切の内容、又は、子どもに関する親責任のその他一切の内容

注記：第 f 号— 1989 年児童扶養（評価算定）法が適用される場合、養育計画における子どもの扶養に関する条項（1989 年児童扶養法のもとでの子どもの扶養とは異なる）は強制執行不可能であり、効力を有しない。ただし、養育計画中の条項が子どもの扶養合意にあたる場合を除く（第 63 条 CAA 及び第 63 条 G 第 5 項を参照）。

第 2 項 A 第 2 項で規定される者（複数の場合あり）には、子どもの父母又は父母以外の第三者（子どもの祖父母・その他親族等）が該当する。

第 2 項 B 養育計画においては、子どもの重要な長期的事項に関して決定する責任の割当てについて定めることができる。ただし、それは第 2 項 (c) に限定されるものではない。

第 2 項 C 第 2 項 (e) 規定の通信とは、次の手段による通信を含む（ただし、これらに限定されるものではない）。

- (a) 手紙

(b) 電話、E メール、又は、その他一切の電子的手段。

第 3 項 合意は、次の点にかかわらず、養育計画になり得る。

- (a) 合意が形成されたのが、本条の施行前又は後のいずれであるか
 - (b) 合意形成がなされたのが、オーストラリア国内又は国外のいずれであるか
 - (c) 合意において、子どもの父母だけでなくその他の第三者も当事者になっているか否か
 - (d) 合意において、第 2 項規定の諸事項以外の事項を定めているか否か
- 注記：養育計画の内容となるその他の事項の一つとして、子どもの扶養を対象とすることができる（第 63 条 CAA を参照）。

第 4 項 養育計画において、子どもの扶養以外の事項について定める条項は、子どもの福祉に関する条項となる。

第 5 項 養育計画において、第 2 項 (f) 規定の事項について定める条項は、子どもの扶養に関する条項となる。

第 6 項 登録された養育計画とは、次のような養育計画を指す。

- (a) 第 63 条 E に基づいて、裁判所において登録され、Family Law Amendment Act 2003（2003 年家族法改正法）の施行前の（いずれかの）時点において有効であったもの。
- (b) Family Law Amendment Act 2003（2003 年家族法改正法）施行前直前に登録され、以降も登録が継続しているもの。

第 63 条 CAA 養育計画は子どもの扶養に関する条項を含むことができる。

第 1 項 養育計画において、1989 年児童扶養（評価算定）法第 84 条 (1) に規定される条項を含む場合には、当該条項は、本命令が定めるところの効力を有しない。

第 2 項 第 1 項は、その他の趣旨の条項の運用に影響を及ぼさない。

第 3 項 本節の規定は、同一の合意が、本章に基づいて締結された養育計画であるとともに、1989 年児童扶養（評価算定）法第 6 章に基づいて締結された児童扶養に関する合意でもあることを妨げるものではない。

第 63 条 D 新たな書面での合意締結による養育計画の変更又は破棄

養育計画は、第 63 条 DB が適用される場合を除き、当該計画の当事者間における書面による合意をもって、変更又は破棄することができる。

第五節 養育命令—養育命令とは何か

第 1 項 養育命令とは、

- (a) 本章に基づいて行われ、第 2 項規定の事由

について取り扱う命令（新たな別の命令が行われるまでの命令も含む）

(b) 本章に基づき、(a) 規定の命令、若しくは、その一部を、破棄、変更、停止、若しくは復活させる命令

しかしながら、第 12 節 E に従って行われる宣言又は命令は養育命令にはあたらない。

第 2 項 養育命令には、次の事項のうち一つ又は複数を対象とすることが可能である。

(a) 子どもが共に暮らすべき者（複数の場合あり）

(b) 子どもがもう一方の者（複数の場合あり）と共に過ごす時間、

(c) 子どもに関する親責任の割当て、

(d) 二人以上の者で子どもに関する親責任を分担する場合には、当該責任の行使において行うべき諸決定に関して、分担者相互間で行う協議の形態

(e) 子どもがもう一方の者（複数の場合あり）との間で行うべき通信

(f) 子どもの扶養

(g) 裁判所に対し命令変更の申立て前にとるべき手段。その命令の変更は、次の者における必要性、又は事情の変更を理由とする。

(i) 当該命令の対象となる子ども

(ii) 当該命令を行った訴訟手続の当事者

(h) 当該命令の条項又は実施に関する紛争解決のための手続

(i) 子どもの世話、福祉若しくは成長発達に関する一切の内容、又は、子どもに関する親責任のその他一切の内容

注記：(f)：1989 年児童扶養（評価算定）法が適用される場合、養育命令は子どもの扶養について定める（OR 取り扱う）ことはできない。

第 3 項 養育命令においては、子どもの重要な長期的事項に関して決定する責任の割当てについて定めることができる。ただし、それは第 2 項 (c) に限定されるものではない。

第 4 項 第 2 項第 e 号規定の通信とは、次の手段による通信を含む（ただし、これらに限定されるものではない）。

(a) 手紙

(b) 電話、E メール、又はその他一切の電子的手段。

第 4 項 A 養育命令は、訴訟手続の当事者において、家族紛争解決手続士に相談し、次の点について、支援を受けなければならない旨を定めることができる。ただし、それは第 2 項 (g) 及び (h) に限定されるものではない。

(a) 当該命令の条項、若しくは、実施に関する一切の紛争の解決について

(b) 当該命令の変更に関する合意形成について

第 5 項 養育命令において、第 2 項 (f) 規定の

事由について定める場合、その限りにおいて、当該命令は児童扶養命令にあたる。

第 6 項 本法において、

(a) 子どもがある者と共に暮らすことについて定める養育命令は、その者のために行われる。

(b) 子どもがある者と共に時間を過ごすことについて定める養育命令は、その者のために行われる。

(c) 子どもがある者と通信を行うことについて定める養育命令は、その者のために行われる。

(d) 養育命令は、次の場合、その者のために行われる。

(i) 子どもに関する親責任をある者に対して付与する場合、

(ii) あるいは、当該人物がある者と共に、子どもに関する親責任を分担することを定める場合

第 64 条 C 子どもに関する養育命令は、子どもの父母又はその他第三者を対象として行うことができる。

第 6 節 児童扶養命令以外の養育命令

A—はじめに

65A 本節の内容＝省略

第 65 条 AA 養育命令を行う場合における、最優先の事由としての子どもの最善の利益

第 60 条 CA は、裁判所において、子どもに関するある特定の養育命令を行うか否かを決定する場合にも、子どもの最善の利益を最優先の事由として考慮しなければならないことを定める。

B 養育命令の申立て及び付与

第 65 条 C 養育命令申立権者

子どもに関する養育命令は、次の者が申し立てることができる。

(a) 子どもの父母の一方若しくは双方

(b) 子ども

(ba) 子どもの祖父母

(c) 子どもの世話、福祉若しくは成長発達にかかわりのある第三者

第 65 条 D 裁判所における養育命令付与の権限

第 1 項 養育命令申立の訴訟手続において、裁判所は、第 61 条 DA（養育命令時における平等な共同親責任の推定）、第 65 条 DAB（養育計画）、及び、本節に基づいて、裁判所において適切と考える命令を行うことができる。

注記：第 13AA 章（子どもの国際的な保護）第 4 節は、裁判所の養育命令付与の権限に影響を及ぼし得る。

第 2 項 裁判所は、第 1 項の一般原則を制限することなく、第 61 条 DA（養育命令時における平等な共同親責任の推定）、第 65 条 DAB（養育計画）、及び、本節に従い、以前の養育命令の一部又は全部の破棄・変更・停止又は復活させる養育命令を行うことができる。

第3項 第7章・第13A節Eのもとで行われる第70条 NEB 第1項(c) 手続の延期の結果として、養育命令の申し立てが行われる場合、

(a) 裁判所は、当該申立てについて、できる限り早急に審理及び決定を行わなければならない。

(b) 裁判所が当該申立てに基づいて養育命令を行う場合、裁判所において適切と考えるなら、本款に基づく訴訟手続を棄却(OR 却下)することができる。

注記：省略

第65条 DAA 裁判所において、一定の事情のもとで、子どもが父母各々と平等な時間又は十分かつ重要な時間を共に過ごすことに関する検討すること

●平等な時間

第1項 第6項に基づき、もし、養育命令において、父母が子どもに関する平等な共同親責任を有することを定める(又は、定めようとする)場合、裁判所は、次のことを検討しなければならない。

(a) 子どもが父母各々と平等な時間を共に過ごす措置が、子どもの最善の利益にかなうか否か

(b) 子どもが父母各々と平等な時間を共に過ごす措置が、合理的に実現可能か否か

(c) もし、そうである場合、子どもが父母各々と平等な時間を過ごす措置を定める命令(又は、その旨の条項を含む命令)を行うことを検討しなければならない。

●十分かつ重要な時間

第2項 第6項に基づき、

(a) 養育命令において、子どもの父母が平等な共同親責任を有することを定める(又は、定めようとする)場合で、かつ、

(b) 裁判所において、子どもが父母各々と平等な時間を過ごす措置を定める命令(又は、その旨の条項を含む命令)を行わない場合、裁判所は、次のことを検討しなければならない。

(c) 子どもが父母各々と十分かつ重要な時間を共に過ごす措置が、子どもの最善の利益にかなうか否か

(d) 子どもが父母各々と十分かつ重要な時間を共に過ごす措置が、合理的に実現可能か否か

(e) もし、そうである場合には、子どもが父母各々と平等な時間を過ごす措置を定める命令(又は、その旨の条項を含む命令)を行うことを検討しなければならない。

第3項 第2項において、子どもが父母と十分かつ重要な時間を過ごしていると解されるのは次の場合に限られる。

(a) 子どもが当該父母と共に過ごす時間において、次の両方が含まれる場合。

(i) 週末及び休日

(ii) 週末及び休日にあたらぬ日

(b) 子どもが当該父母と共に過ごす時間において、次の事柄の両方に父母が参加できている場合。

(i) 子どもの日常生活

(ii) 子どもにとって特に重要な行事・イベント。

(c) 子どもが父又は母と共に過ごす時間において、当該父母にとって特に重要な出来事・イベントに、子どもが参加できている場合。

第4項 第3項は、裁判所において、子どもが父母と共に過ごす時間が十分かつ重要であるか否かを判断する際に考慮できるその他の事由を制限するものではない。

●合理的な実現可能性

第5項 第1項及び第2項において、子どもが父母各々と平等な時間、又は十分かつ重要な時間を共に過ごすことが合理的に実現可能か否かを判断するに際しては、裁判所は、次の点を考慮しなければならない。

(a) 父母が互いにどの程度離れて暮らしているか。

(b) 父母において、子どもが父又は母と平等な時間、又は、十分かつ重要な時間を共に過ごす取決めに実現する、現在及び将来的な能力。

(c) 父母において、相互に意思疎通を行い、取決めに実現するに際して生じるであろう諸問題を解決することができる、現在及び将来的な能力。

(d) 当該取決めに子どもに対して及ぼし得る影響。

(e) その他、裁判所が関連性を有すると考える事由。

注記：(c) 規定の将来的な能力：裁判所は、第13条Cに基づいて、当事者に対して、家族カウンセリング若しくは家族紛争解決手続に参加するよう、又は、そのようなコース、プログラム若しくはサービスに参加するよう命令することができる。

●合意命令

第6項

(a) 裁判所において、訴訟手続の全当事者の合意のもとで、養育命令を行うか否かを検討している場合で、かつ、

(b) 当該命令において、父母が子どもに関する平等な共同親責任を有する旨を定める(又は、定めようとする)場合、

裁判所は、第1項(a)ないし(c)規定の諸事由(適用可能な場合)、又は、第2項(c)ないし(e)規定の諸事由について考慮することができる。ただし、裁判所は、その考慮を義務付けられるものではない。

第7項 疑問を避けるため記載するに、第6項は、養育命令に関する第60条CAの適用に影響を及ぼすものではない。

注記：第60条CAは、特定の養育命令を行うか否かの決定において、子どもの最善の利益を最優先の事由として考慮することを求める。

第65条 DAB 裁判所における養育計画の考慮

裁判所は、子どもに関する養育命令を行う際、

(もし、養育計画が締結されている場合、)(当該計画が当該子どもに関連する限りにおいて、)そうすることが子どもの最善の利益におけることならば、子どもの父母の間で締結された直近の養育計画の条項を考慮するものとする。

第 65 条 DAC 平等な共同親責任を定める養育命令の効力

第 1 項 本条は、次の場合に適用される。すなわち、養育命令に基づいて、

(a) 子どもに関する親責任を二人以上の者で分担する場合で、

(b) 当該親責任の行使において、子どもに関する重要な長期的事項に関する決定を含む場合。

第 2 項 当該命令においては、当該複数人による共同での諸決定を求めていると解するものとする。

注記：いかなる裁判所命令のもとでも、重要な長期的事項に該当しない事項に関する決定は、子どもが時間を共に過ごしている人物によって、他者との協議の必要なく、これを行うことができる。

第 3 項 当該命令は、当該複数人の各々に対し、次のことを求めるものと解される。

(a) 当該事項に関する決定に際し、他の者と協議すること。

(b) 当該事項に関して、共同決定に達するよう真摯な努力を行うこと。

第 4 項 疑問を避けるため記載するに、本条は、上記の人物のうち的一名により明らかにされた子どもに関する決定に従って行動する前に、その他のいかなる者において、当該決定が共同で行われたことを証明することを求めるものではない。

第 65 条 DAE 重要な長期的事項に該当しない事項に関する協議の不要

第 1 項 養育命令に従って、子どもが、ある特定の時点において、ある者と共に時間を過ごしている場合、当該命令は、その者に対し、

(a) 子どもに関する親責任を有する者

(b) 子どもに関する親責任を他者と分担している者

との間で、重要な長期的事項に該当しない事項について、その時間において子どもに関して決定すべき場合、協議することを求めるものとは解されない。

第 65 条 DA 養育命令

第 1 項 本条は、裁判所が養育命令を行う場合に適用される。

第 2 項 裁判所は、当該命令に、次の点に関する事項を含めなければならない。

(a) 当該命令が創設する諸義務について

(b) ある人物が当該命令に違反した場合に生じる結果について

第 3 項 当該命令の対象となった者のうちいずれかの者が、法律家により代理されていない場合、裁判所は、当該人物(複数の場合は各々)に対して、次の点を説明しなければならない。

(a) 養育命令のもとでの彼らの責任を理解できるよう、各種プログラムを利用可能なこと

(b) 養育命令に従うことを保障するため、返還命令や居所に関する命令を利用できること

第 4 項 裁判所は、第 3 項 (a) 及び (b) において規定される事項の詳細を定める文書を用意させ、それを、養育命令が命じられた人に対して与えることができる。

第 5 項 当該命令の対象となる人物が、法律家により代理されている場合、裁判所は、当該法律家に対して、次の点を求めることができる。

(a) その人物に対して、第 2 項 (a) 及び (b) 規定の事由を説明する支援すること

(b) その人物に対して、第 3 項 (a) 及び (b) 規定の事由を説明すること

第 6 項 裁判所が、法律家に第 5 項 (a) あるいは (b) に基づく依頼をした場合、法律家はその依頼に応じなければならない。

第 7 項 この条文にもとづく要請や依頼が満たされなくとも、養育命令の効力には影響を及ぼさない。

第 65 条 F 養育命令前におけるカウンセリングの一般的要件

第 1 項 (削除)

第 2 項 第 3 項に基づき、裁判所は、次の場合を除いて、子どもに関する養育命令を行ってはならない。

(a) 当該訴訟手続の当事者が家族カウンセリングに参加し、当該訴訟手続に関わる問題について、既に話し合っている場合

(b) 裁判所において、養育命令を行うべき緊急の必要が存在している、又は、その他特別の事情(例えば、家庭内暴力等)のために、たとえ訴訟手続当事者が (a) 規定のカンファレンスに参加していないとしても養育命令を行うのが適切であると認める場合。

(c) 裁判所において、訴訟手続の当事者が、(a) 規定のカンファレンスに参加することが現実的ではないと認める場合。

第 3 項 第 2 項は、次の場合には、養育命令の付与において適用されない。

(a) 養育命令が、訴訟手続の当事者全員の合意のもとで行われる場合

(b) 養育命令が、さらなる命令が行われるまでの間の命令である場合。

第 4 項 本条においては、養育命令申立手続としては、次の二つを含む。

(a) 養育命令の強制執行を求める訴訟手続

(b) その他、養育命令の違反が主張される一切の訴訟手続

第 65 条 G 親以外の第三者に対し、子どもが共に暮らすべき者又は親責任の割当てに関する合意命令を行うための特別の要件

第 1 項 本条は、以下が満たされる場合に適用される。

(a) 裁判所が、子どもが誰と共に暮らすべきかについて定める養育命令を行うことを提案している場合

(b) 当該命令に従えば、子どもは、父母、祖父母その他の親族と共に暮らさないという場合

(c) 裁判所が、訴訟手続の参加者全員の合意のもとで命令を行うことを提案している場合

第 1 項 A 本条は、以下が満たされる場合にも適用される。

(a) 裁判所が、子どもに関する親責任の割当てを内容とする養育命令を行うことを提案している場合

(b) 当該命令に従えば、子どもの父母、祖父母その他親族には親責任が付与されない場合

(c) 裁判所が、訴訟手続の参加者全員の合意のもとで命令を行うことを提案している場合

第 2 項 裁判所においては、次の場合を除いて、上記の提案命令を行ってはならない。

(a) 訴訟手続の当事者が、家族コンサルタントとのカンファレンスに参加し、当該提案命令により定めるべき問題について話し合っている場合

(b) (a) 規定の条件を満たしていないとしても、裁判所において、当該提案命令を行うのが適切であるような事情が存在していると認める場合。

第 65 条 H 18 歳以上の子ども、又は、既に婚姻しているか、事実上のパートナー関係を結んでいる子ども

第 1 項 養育命令は、次の子どもに関しては行ってはならない。

(a) 18 歳以上である

(b) 婚姻している、若しくは、婚姻したことがある

(c) 事実上のパートナー関係を結んでいる

第 2 項 子どもに関する養育命令は、その子どもが 18 歳に達するか、婚姻、又は事実上のパートナー関係を結んだ場合、効力を失う。

第 3 項 本章に基づいて管轄権を有する裁判所は、子どもが事実上のパートナー関係を結んでいる、又は、既に結んだことがある旨の宣言を行うことができる。

第 4 項 第 3 項に基づく宣言は、本法において効力を有するものであり、その他一切の法において効力を有するものではない（例えば、その他連邦法・州及び地域法等）。

第 65 条 J 養育命令の養子縁組に対する効果

第 1 項 本条は、次の場合に適用される。

(a) 子どもが養子縁組を行う場合

(b) 養子縁組の直前の時点で、当該子どもに関する養育命令が効力を有していた場合

第 2 項 養育命令は、養子縁組を行った子どもについては効力を失う。ただし、その養子縁組が、所定の養親によるものであるとともに、第 60 条 G に基づく養子縁組手続開始の許可が与えられていない場合を除く。

第 65 条 M 子どもが共に暮らすべき者を定める養育命令により生じる一般的義務

第 1 項 本条は、当該子どもが共に暮らす者を定める命令である限りにおいて、子どもに対して効力をもつ養育命令に適用される。

第 2 項 命令に反して、次のことをしてはならない。

(a) 子どもを、ある者の世話から引き離すこと

(b) 子どもをある者のもとに届けること、あるいは返すことを、拒んだり怠ったりすること

(c) ある者が、その命令に基づいて有する一切の権力、義務又は責任の行使又は履行に干渉すること。

第 65 条 N 子どもが時間を共に過ごすべき者について定める養育義務により生じる一般的義務

第 1 項 本条は、当該子どもと時間を共に過ごす者を定める命令である限りにおいて、子どもに対して効力をもつ養育命令に適用される。

第 2 項 次のことをしてはならない。

(a) その者と子どもが、命令に従って、時間を共に過ごすことを妨げる又は阻むこと

(b) 当該命令のもとで、互いに同じ時間を過ごすことにより、その者と子どもが得られる利益を妨害すること。

第 65 条 P 親責任を割り当てる養育命令により生じる一般的義務

第 1 項 本条は、ある者（世話をする者）に対して、当該子どもに関する親責任を割り当てる命令である限りにおいて、子どもに対して効力をもつ養育命令に適用される。

第 2 項 当該世話をする者が、当該責任を果たすことを妨げる又は阻むことをしてはならない。

E オーストラリア国外への子どもの連れ出し又は送り出しに関する養育命令に基づく義務

第 65 条 X 解釈

第 1 項 本款においては、本款が適用される養育命令とは、当該命令が次の点を定める限りにおいて、養育命令とされる。

- (a) 子どもがある者と共に暮らすべきこと
- (b) 子どもがある者と時間を共に過ごすべきこと
- (c) 子どもがある者と通信を行うべきこと
- (d) ある者が子どもに関する親責任を有するべきこと

第2項 本款においては、裁判所の決定に対する控訴が提起され、係属中である場合、当該訴訟手続は係属中であると解され、(第65条Y及び第65条ZAではなく)第65条Z及び第65条ZBが適用される。

第65条Y 所定の養育命令が行われた場合の諸義務

第1項 もし、本款が適用される養育命令が効力を有する場合、その命令が行われた訴訟手続の当事者、その代理人、又は、その受託者は、第2項により許可される場合を除いて、当該子どもをオーストラリアからオーストラリア国外の場所に連れ出し、又は、送り出してはならない。

第2項 第1項は、次の場合において、子どもをオーストラリアからオーストラリア国外の場所へ連れ出す、又は、送り出すことを禁止するものではない。

(a) 第1項規定の命令の対象となった各人の署名を付した書面による合意のもとで、子どもを連れ出す、又は、送り出す場合。

(b) 第1項規定の命令と同時に、又は命令後において、本章又は州・準州法に基づいて行われた裁判所の命令に従って、子どもを連れ出す、又は、

送り出す場合。

注記：被告は、第2項規定の事由について証明責任を負う(刑法13.3条第3項を参照)。

第65条Z 所定の養育命令を申し立てる訴訟手続の継続中における諸義務

第1項 もし、本款が適用される養育命令の申立手続(第7章手続)が係属中である場合、その訴訟手続の当事者、その代理人、又は、その受託者である人物は、第2項規定の場合を除いて、当該(命令に関わる)子どもをオーストラリアからオーストラリア国外へ連れ出し、又は、送り出してはならない。

刑罰：3年間の禁固刑。

注記：刑法第11.1条(未遂)等の従犯に関する規定は、第1項により創設された違反に関して適用される。

第2項 第1項は、次の場合において、子どもをオーストラリアからオーストラリア国外の場所へと連れ出す、又は、送り出すことを禁止するものではない。

(a) 第7章の訴訟手続における他の各当事者の署名を付した書面による合意のもとで、子どもを連れ出す、又は、送り出す場合。

(b) 第7章訴訟手続の開始後に、本章又は州・準州の法に基づいて行われた裁判所の命令に従って、子どもを連れ出す、又は、送り出す場合。

注記：被告は、第2項規定の事由について証明責任を負う(刑法第13.3条第3項を参照)。

スウェーデンにおける離婚後の監護権

千葉華月（北海学園大学教授）

- I. スウェーデンの社会及び家族をめぐる状況
- II. 親子法と同居生活に関する法律
- III. 家事紛争の解決方法：監護、居所及び面会交流について
- IV. 監護に関する基本原則
- V. 離婚後の監護権の基本構造
- VI. 問題への対応：児童虐待（barn misshandeln）等がある場合の取扱い
- VII. 総括

I. スウェーデンの社会及び家族をめぐる状況

はじめに、スウェーデン社会及び家族をめぐる状況についてスウェーデン統計局の統計をもとに明らかにする。

スウェーデン統計局（SCB）によれば¹、2013年の人口は964万4,864人、出生数は11万3,593人（出生率1.89）、死亡者数は9万402人である。未成年者養子数は、1万5,152人であり、そのうち国内からの養子数は、1,576人であり、国際養子数が多い。

統計によれば、近年、人口は少しずつ増加している。その背景には、出生数率の高さ、移民の増加、平均寿命が長くなった事等があると言われる。

スウェーデンでは、カップルが同棲することは一般的であり、婚姻への意識や考え方も我が国とは異なる。サンボ²法の存在だけが理由ではないだろうが、サンボカップルは増加している。過去10年において、新生児の50%から60%が未婚（非婚を含む）の母から出生しており、その大部分はサンボである。婚姻両親から生まれる子供は、2009年で45%であり、1940年代の90%と比較すると著しく低下している³。

¹ Statistiska centralbyrån (http://www.scb.se/sv__/Hitta-statistik/) .

² サンボとは、2人の者がカップルとして永続的に同居し、共同して世帯を築いている者を意味する（サンボ法第1条）。サンボ法とは、いわゆる同棲婚法である。財産が共同利用のために取得された場合、サンボの共同住居及び共同家財は、サンボの共有財産（samboegendom）であり（同法3条）、サンボ解消時には、共同住居と共同家財が財産分与の対象となる。

³ Anders Agell Margareta Brattström, Äktenskap Samboende Partnerskap, Femte upplagen, Iustus Förlag, 2011 s.18.

2013年の婚姻数は4万5,703件、離婚数は2万5,110件である⁴。一応の離婚率を示すと、離婚率は、約54.9%であり、これは、1970年の離婚率である約29.9%と比較すると、離婚数は著しく増加していることが分かる⁵。

2013年は、遺伝上の親による共同監護下の子(未成年)が167万8,837人で、全体の92.2%、遺伝上の親以外の共同監護下の子が1万9,843人で、全体の1.1%、母親の単独監護下の子が11万984人で全体の6.1%、父親の単独監護下の子が1万1,152人で全体の0.6%、父及び母以外の単独監護下の子が306人、不明が156人である。

遺伝上の親による共同監護下にある子(未成年)のうち、婚姻夫婦の子は、97万6,691人で、全体の53.6%であり、サンボ両親の子は、37万848人で、全体の20.4%であり、婚姻夫婦で母の実子が2万6,277人で全体の1.4%、婚姻夫婦で父の実子が8,077人で全体の0.4%、サンボ両親で母の実子が1万4,711人で全体の0.8%、サンボ両親で父の実子が4,216人で全体の0.2%、シングルマザーの子が20万9,899人で全体の11.5%、シングルファーザーの子が6万8,118人で全体の3.7%である。

スウェーデンには、個人の様々な価値観に基づく多様な生き方を社会が認める土壌がある。婚姻内外で生まれた子の法的地位に違いはないこともあり、子が出生してもサンボを継続するカップルも少なくない。前記の統計から分かるとおり、非婚家族、ひとり親世帯、再構成家族も少なくなく、家族形態は多様化しており、今後は、法改革に従って、なお一層多様化するのではないかとと思われる⁶。

II. 親子法と同居生活に関する法律

ここでは、家族法の体系について明らかにした上で、スウェーデンの親子法(Föräldrabalk(1949:381))とその沿革について述べる。スウェーデンの親族法の中心となるのは、婚姻法(Äktenskapsbalk(1987:230))及び親子法(Föräldrabalk(1949:381))であるが、判例(最高裁判決)も法源として重要な役割を果たす⁷。その他の親族

⁴ 姻数にはサンボは含まれず、離婚数にもサンボの解消は含まれない。

⁵ 離婚に至るまでの一般的なプロセスは、夫婦により異なり、一般化することは難しい。スウェーデンでは、専業主婦が少なく、ほとんどの場合、母親にも収入がある。また、成人した子が親と同居するケースはほとんどない。また、スウェーデンでは、賃貸住宅の供給不足もあり、別居を望んでもすぐに住居が見つかるわけではない。そのため、夫婦仲が悪くなり、離婚を視野に入れて話し合う場合でも、住居が決まるまでは夫婦が同居し続けるケースも少なくない。別居する場合には、母親ではなく、父親が自分の家を探し、住居が決まれば父親が共同の住居を出て、母親と未成年の子はとりあえずは共同の住居に住み続けることにより別居を開始し、話し合いにより離婚に至るケースが多いのではないかとと思われる。我が国のように、夫婦仲が悪くなった場合に、妻が子を連れて自分の実家に帰るなどして別居を開始してから離婚に至るケースは一般的ではないだろう。離婚の申立てを地方裁判所に提出した後、6ヶ月の熟慮期間の間夫婦は同居できる。裁判所は、どちらの配偶者が共同の住居に住み続けるか、熟慮期間に支払われるべき扶養料、子どもがどちらと同居するかを決定できる。離婚後も共同監護が原則であるため、未成年の子がいる場合には、子と同居しない他方配偶者の近所に住居を探すことが多い。

⁶ 婚姻法では同性同士の婚姻が認められており、レズビアンカップルは、人工授精や体外受精の利用も認められている。政府は単身女性への生殖補助医療を認めるための決定を行っており、現在、法改革が進められている(Sou26,Dir2013:70, SOU2007:3, SOU 2014:29)。

⁷ そのため、スウェーデン法は、英米法系にも大陸法系にも属しないと解されている。

法関係の法律としては、サンボ法 (Sambolag (2003:376))、父性の確定における血液鑑定法 (Lag (1958:642) om blodundersökning m.m. vid utredning av faderskap)、遺伝上のインテグリティ等に関する法律 (Lag (2006:351) om genetisk integritet m.m)⁸、氏名法 (Namnlag (1982:670))、青少年の保護に関する法 (Lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga) 等がある。

親子関係の規律は、親子法で規定されるが、婚姻法 (Äktenskapsbalk (1987:230))、サンボ法 (Sambolag (2003:376)) といった同居生活に関する法律も深く関わる。そのため、以下では、親子法だけではなく、婚姻法の沿革についてもふれる。

1. 親子法とその沿革

親子法では、親子関係、子どもの監護、子どもの行為能力、後見、裁判手続等について定められている。親子関係を規律する原則は、子どもの最善の利益であり、至高の考慮事項とされる (親子法 6 章 2a 条)。親子法の民事原則は、青少年の保護に関する法律によって補完される⁹。

スウェーデンでは、親子法が 1949 年に公布される以前¹⁰、1920 年前後には、既に親子関係等を規律する複数の法律が存在していた。当時は、1917 年の嫡出推定に関する法律 (Lag om äktenskap börd)、1920 年の嫡出子に関する法律 (Lag om barn i äktenskap)、1917 年の非嫡出子に関する法律 (Lag om barn utom äktenskap)、1917 年の養子縁組に関する法律 (Lag om adoption)、1924 年の後見に関する法律 (Lag om förmynderskap) 等がそれぞれ独立して制定されていた。1920 年前後の法律において監護についてはじめて定められたとされるが¹¹、父母が離婚した場合には、母が、原則として子の監護権を与えられていた。父が子どもを世話できるという理念は、当時の立法者にはなかったとされる。

1949 年、1920 年代の一連の法が一つの親子法として統一され¹²、親子関係全体を規律する法が公布され、1950 年に施行された¹³。その後、いくつかの大きな改正を経て現在に至る。

これまでの親子法改正において、監護権との関係で特に重要な改正について説明する。1969 年には、非嫡出子に対する相続分が嫡出子の相続分と同じに取り扱われることになったことから、非嫡出子の父性の確定に関するルールが変更されている¹⁴。1973 年には、婚姻法改正 (SFS1973:645) に伴い、離婚後の監護の決定、変更、未婚の両親の監護の決定に

⁸ 同法は、保健・医療サービスと医学研究において、遺伝子検査と診断、遺伝子研究、遺伝情報等を包括的に規制し、人工授精及び体外授精についても規定している。

⁹ Christina Ramberg, *Civil Rätt, Liber*, 2012, s. 304.

¹⁰ SOU1946:49, prop. 1949:93 och 1 LU1949:34, Åke Saldeen, *Barn och Föräldrarätt*, Iustus Förlag, 2009, s. 13-14.

¹¹ Åke Saldeen *Barn och Föräldrarätt*, Iustus Förlag, 2009, s. 14.

¹² Åke Saldeen, *Barn och Föräldrarätt*, Iustus Förlag, 2009, s. 13~14.

¹³ SOU1946:49, prop. 1949:93, 1LU1949:34. AKEs1

¹⁴ Prop. 1969:124, Åke Saldeen, *Barn och Föräldrarätt*, Iustus Förlag, 2009, s. 15.

において、両親の合意と子どもの最善の利益が重視されるようになった¹⁵。1976年には、嫡出子、非嫡出子という用語が法律の規定から削除され、非嫡出子を差別する規定が全面的に廃止された。父性の推定に関する規定の改正が行われ、例えば、嫡出否認（父性）否認の訴えにおいて、出訴期限制限規定や否認権喪失規定を廃止されるなど、父性確定においていわゆる血縁主義が貫徹された¹⁶。また、離婚後の父母又は未婚の父母に対し、子どもに対する監護の共同行使の可能性、裁判所による審理による共同監護が認められた¹⁷。子どもの母親と父親は、親として平等であるとされ、監護者としての母と同様に監護者としての父が考慮された¹⁸。

1983年には、監護に関する原則（親子法6章）が改正され、裁判所の特別な命令なしに離婚後の共同監護が認められたほか、面会交流等に関する決定について強制履行に関する規定が設けられた¹⁹。さらに、同法改正において、婚姻していない両親が共同監護を望む場合の簡易な手続が導入された。

1980年代以降は、1984年に人工受精に関する法律（Lag（1984:1140） om insemination）が制定され、1988年に体外受精に関する法律（Lag（1988:711） om befruktning utanför kroppen）が制定され、生殖補助医療における親子関係に対応するための改正が行われた²⁰。

1991年には、監護及び面会交流に関する改正がなされ、監護と面会交流の問題において両親の間の合意による解決が促進され²¹、1990年代は、親の離婚による子どもの監護について両親の合意による解決が大きく強調された²²。しかし、改正法は、実際には機能しなかったとされる。共同監護の場合、子どもに関する全ての事項を共同で決定する権利があり、前提の要件として、父母双方が、共同責任を有することに合意しなければならなかったからである。多くの母は、共同監護に反対し、父は決定する権利から除外され、共同監護はほとんど実現しなかったとされる。母は未だ子どもの監護者であり、子に関する事柄について単独で決定する権利を有していた。結果として、実際には、母親と父親との間の平等は達成できなかったが、後に、法改正の理由は父母の間の平等ではなく、子どもの最善の利益であると考えられるようになる。

1990年には子どもの権利条約が批准された²³。そして、1996年には子どもの意見を表明する権利が導入され²⁴、子どもが、監護、居所及び面接交流の事案、養子及び名前の変更

¹⁵ Prop. 1973 : 32.

¹⁶ 菱木昭八朗「スウェーデン親子法改正の問題点」専修法学論集 28号 25-68頁（1978）

¹⁷ 1976年親子法改正については、菱木・前掲注16）25～68頁。Prop. 1975/76 : 170.

¹⁸ Åke Saldeen Barn och Föräldrarätt, Iustus Förlag, 2009, t15 och s. 159.

¹⁹ Prop. 1981/82 : 168, lagutskotters betänkande LU1982/83:17.

²⁰ SFS1984:1139, 1140, prop. 1984/85:2, lagutskottets betänkandeLU 1984/85:10, SFS1988:711, 712, prop. 1987/88:160, socialutskottets betänkandeSoU 1987/88:26, Åke Saldeen, Barn och Föräldrarätt, Iustus Förlag, 2009, s. 17.

²¹ Prop. 1990/91:8.

²² Åke Saldeen, Barn och Föräldrarätt, Iustus Förlag, 2009, s. 17～ 19.

²³ proposition 1989/90:107 om godkännande av FN-konventionen om barnets rättigheter. Åke Saldeen, Barn och Föräldrarätt, Iustus Förlag, 2009, s. 26～ 27.

²⁴ Lotta Dahlstrand, Barns deltagande i familjerättsliga processer, Juridiska fakulteten Uppsala Universitet2004, s17.

といった事項において、子ども自身の見解を聞かれ、かつ、その見解が尊重されるようになった（同法 6 章 2a 条）²⁵。1998 年の法改正では、共同監護は、一方の親の意思に反しても子の最善の利益に基づき決定できると定められ²⁶、共同監護がさらに促進されている。

その後、2003 年には、体外受精に関する法律の改正（Lag om ändring i lagen（1988:711） om befruktning utanför kroppen）により卵子提供による体外受精等が認められ、親子法も改正されている²⁷。

2. 同居生活に関わる法とその沿革

婚姻法の歴史は、1734 年婚姻法にはじまる²⁸。1734 年婚姻法（Giftermålsbalken）及び他の関係法は、北欧における法の調和に向けた協力後、1920 年に新しい婚姻法として改正された。その後も数度の改正（SFS1973:645, SFS1978:854 等）を経て、現行の婚姻法は、議論の末²⁹、1987 年に公布、1988 年に施行されている。

1994 年には、同性のカップルに、婚姻と同じ法的効果を認めるパートナーシップ登録法（Lagen（1994:1117） om registrerat partnerskap）が成立、1995 年施行された。2009 年、婚姻法は、改正され、性別に中立な規定になり（Lag（2009:253） om ändring i äktenskapsbalken）、同性婚法と称されてきたパートナーシップ登録法は、2009 年に廃止されている（Lag（2009:260） om upphävande av lagen（1994:1117） om registrerat partnerskap）³⁰。

同居生活に関する法として、婚姻法のほかに、サンボ法がある。サンボに関する法律は、婚姻していないサンボの共同住宅に関する法律（Lag（1973:651） om ogifta samboendes gemensamma bostad）にはじまる。同法は、共同の住宅に関して引き継ぐ権利を定める法であり、財産権の移転については規定していなかった。そこで、1987 年に新しい法（Lag（1987:232） om sambors gemensamma hem（1987:232）；サンボの共同住居に関する法律）が導入され、2003 年に新しいサンボ法（Sambolag（2003:376））が公布・施行された³¹。同法は、異性愛カップルと同性愛カップル双方に適用される（サンボ法 1 条）³²。

²⁵ Prop. 1994/95:224.

²⁶ Prop. 1997/98:7.

²⁷ SFS2002:251, prop. 2001/02:89 socialutskottets betänkande 2001-2äSoU16.

²⁸ Anders Agell Margareta Brattström, Äktenskap Samboende Partnerskap, Femte upplagen, Iustus Förlag, 2011 s22-23.

²⁹ SOU1981:85, prop. 1986/87:1, lagutskottets betänkande 1986/87:18)

³⁰ 登録パートナーシップとして暮らしているホモセクシャルカップルは、婚姻するか、登録パートナーシップとして暮らすことを継続するか選択できる。

³¹ 共同住居及び共同家財は、サンボの共有財産とされ、サンボの解消時には、財産分与の対象とされた。

³² Lag2009:261.

III. 家事紛争の解決方法：監護、居所及び面会交流について

スウェーデンにおける家事紛争の解決方法、特に監護、居所及び面会交流についての解決方法について概観する。スウェーデンでは、コミューン（地方自治体）の社会福祉委員会³³が家族を支援し、家事紛争において重要な役割を果たす。最終的には、裁判所への申立てが行われる。

1. 家族へのコミューン（地方自治体）の責任と社会福祉委員会の責務

コミューンは、コミューン内の社会福祉サービスのうち、児童や高齢者といった個人と家族に関する問題に責任を有する（社会サービス法 2 章）³⁴。コミューンの社会福祉委員会は、コミューンにおける社会福祉サービスに関する情報を提供し、良好な住環境を確保することを助けるなどの任務を負い、家族と個人のためにケアとサービス、情報、相談、援助、財政的支援及び他の支援を提供する責任を有する（社会サービス法 3 章 1 条）。同委員会は、青少年、高齢者及び特定の援助を必要とする他のグループが安全で良好な環境で養育されることを確保するために、青少年のケアについて特別な任務を有する（社会サービス法 3 章 2 条）。

コミューンは、監護、居所、面会交流に関し契約に至るよう支援する義務を負う（親子法 6 章 17a 条）³⁵。両親は、監護、居所及び面会交流に関する問題について契約に至るために共同対話を求めることができ、コミューンは、両親が適切な専門家の支援によって共同対話を行い、契約に至るよう支援する。両親が、子どもの最善の利益を考慮し、監護、居所及び面会交流に関して合意して契約を締結した場合、それが書面でなされ、かつ社会福祉委員会の承認を得た場合には、当該契約は、裁判所の決定と同様の強制力を伴う。

子どもと監護者は、社会福祉委員会からのサポートと援助を求めることができ、社会福祉委員会は、他の公的相談機関との連携を行う（親子法 6 章 14 条）。

³³ 社会福祉委員会とは、社会サービス法の範囲内のコミューンの任務を遂行する委員会であり、援助を必要とする家族や個人に対し、ケア、サービス、情報提供及び助言、サポート、経済的支援及びその他の援助を行う責任を有する（Stefan Melin, Juridikens begrepp, andra upplagen, Iustus Förlag, 2002, s363 och 3kap, Socialtjänstlag）。社会福祉委員会の設置は従来必須であったが、地方自治制度の改革によって従来の社会福祉委員会の機能を複数の委員会に分割するなど、コミューンによって組織の方法が異なっている（医療経済研究機構『スウェーデン医療関連データ集（2002年版）105頁）。

³⁴ Socialtjänstlag (2001:453). 社会サービス法は、国民の経済的安定、生活条件の平等、積極的な社会生活への参加の促進等を旨とする法律である（大阪外国語大学デンマーク語＝スウェーデン語研究室編（新装版）『スウェーデン・デンマーク福祉用語小辞典』（早稲田大学出版部、2001）69頁）。

³⁵ SOSFS2012:4, Socialstyrelsens allmänna råd om socialnämndens ansvar för vissa frågor om vårdnad, boende och umgänge. 一般的助言（allmänna råd）は、法律の執行部門である社会庁によって定められたものである。一般的助言は、法の実際の適用にあたり重要な意義を有する。

2. 裁判所の役割

子どもの監護、居所及び面会交流の問題について、両親が契約に至らない場合には、地方裁判所に申し立てることができる。地方裁判所は、監護、居所及び面会交流について決定することができる。

IV. 監護に関する基本原則

ここでは、離婚後の監護権の基本構造について論じる前提として、監護に関する基本原則について概観する。親子法 6 章では、監護、居所及び面会交流について定められている。子どもの最善の利益は、監護、居所及び面会交流権に関する全ての決定において、至高の考慮事項である（親子法 6 章 2a 条）³⁶。

子どもの最善の利益は、2 人の親によって等しくケアを受ける子どもの権利として解釈されている。子どもの最善の利益が何かを判断する際には、その子どもが両親双方と密接で良好な接触をする必要性と同様に、子どもへの虐待、又は、不法な連れ去り、ネグレクト等の子どもの危険性も重視しなければならない（同法 6 章 2a 条）。また、子どもの年齢及び成熟性に応じて、子どもの見解と希望が考慮される（同法 6 章 2a 条）。

以下では、はじめに子どもの監護を受ける権利と監護者の責任について、次に共同監護と監護の変更について述べる。

1. 子どもの監護を受ける権利と監護者の責任

親子法では、親権者という言葉は用いられず、監護者（vårdnadshavare）という言葉が用いられる。子どもは監護を受ける権利、ケア、安全及び良好な養育に対する権利を有する。（親子法 6 章 1 条）。

スウェーデンでは監護と後見の概念は区別される。監護は、子どもの身上監護への責任を意味し、子どもの財産管理は、後見制度により行われる（同法 6 章 2 条）³⁷。大部分の場合、これら二つの機能は、同じ手の中にある。

監護者は、子どもの私的事柄に関する問題について、決定を行う権利と義務を有する。監護者は、監護にあたり、可能な限り、子どもの年齢、成熟性の程度に応じて、子どもの見解と希望を尊重しなければならない（同法 6 章 11 条）

³⁶ 36SOU 2005:43. 子どもの最善の利益については、Anna Singer Barnets bästa om barns rättsliga ställning i familj och samhälle, sjätte upplagen, Norstedts juridik, 2102 が詳しい。

³⁷ 子どもが、両親の共同監護下にある場合、両親は子どもの後見人（förmyndare）となる（親子法 10 章 2 条）。同法 10 章 1 条の規定により両親の一方が後見人となることができない場合、又は後見人資格を剥奪されている場合、他の一方が子どもの後見人となる。両親の一方のみの単独監護下にある子どもは、その者が単独の後見人となる（同法 10 章 2 条）。スウェーデンの成年後見制度については、拙稿「スウェーデンにおける高齢者をめぐる法制度」法律時報 85 巻 7 号 33-38 頁（2013）。

監護者の義務は、子どものケア、安全及び良好な養育が満たされるようにすることであり、監護者は、未成年者の福祉に関する責任を有する。監護者は、子どもが、年齢、発育及びその他の環境に従い必要とされる監督を受けること、子どもの十分な生活及び教育の必要性を確保すること、及び、子どもが、監督下で、他の者に損害を与えないよう対処する責任を有する（同法 6 章 2 条）。

2. 共同監護の原則

子どもは、18 歳になるまで又は婚姻するまで、原則として、両親の双方又は一方の親の監護に服する（親子法 6 章 2 条）。両親が婚姻している場合には、出生のときから双方が子どもの監護権を有する。他方、両親が婚姻していない場合には、母親の単独監護に服する。両親が子どもの出生後婚姻した場合には、子どもは婚姻と同時に両親の共同監護に服する（同法 6 章 3 条）。共同監護はまた、婚姻していない両親が一緒に父性確定の承認のために社会福祉委員会に報告した後、税務当局での登録を行った場合等にもまた認められる（同法 6 章 4 条）。

子どもが両親の一方のみの監護に服し、かつ、両親が共同監護を望んでいる場合、裁判所は、両親双方の申立てがなされたとき、共同監護がその子どもにとって相容れないものでない限り、共同監護を認めなければならない（同法 6 章 4 条）。

共同監護の場合、子どもの私的事柄について決定する権利は、監護者双方によって行使される（同法 6 章 13 条）。例えば、監護者は、共同で子どもの居所、学校の選択及び医療等といった事柄について、発達する子どもにとって最善の選択肢を選ばなければならない。

両親が離婚後、両親双方が監護に関する問題を争わない場合には、自動的に双方の監護権が保護される（同法 6 章 3 条）。

3. 監護の変更

監護の変更は、共同監護でも単独監護でも、両親が合意できる場合には契約（親子法 6 章 6 条）によって、合意できない場合には判決（同法 6 章 5 条）によって行われる。両親の合意が法的拘束力をもつためには、書面による契約と社会福祉委員会による承認が必要ではない。監護の変更は、コミュニケーションの社会福祉委員会の主導によって行われる（同法 6 章 7 条）。監護の変更に関する諸問題は、社会福祉委員会による申立てによって、又は、特別の申立てがない場合には、両親の離婚訴訟若しくは監護の変更等の訴訟において、審理される。監護の変更は、一方の親により又は両親により共同で裁判所に申し立てられ、審理される。子どもが、両親又は一方の親の監護に服し、かつ両親の一方が監護の変更を希望している場合、裁判所は、共同監護又は単独監護を決定できる。裁判所は、親の双方が共同監護に反対する場合には、共同監護を命じることはできない。共同監護の解消の場

合には、裁判所は、共同監護が子どもの最善の利益でない場合、職権で一方の親に子どもの監護を命じることができる（同法6章5条）。

子どもの監護権を行使する一方の親が、虐待若しくはネグレクトを行っている、又は、その他子どもの健康や養育にとって永続的危険をもたらす方法で子どもをケアしている場合には、裁判所は、監護者の変更に関する決定を行うことができる（同法6章7条）³⁸。

子どもが両親以外の家庭で長く同居している場合、裁判所は、社会福祉委員会の申立てにより、監護権を里親に変更できる。監護の変更の要件は、それが子どもの最善の利益であることである。裁判所は当該里親を特別監護者に任命できる（同法6章8条）。

V. 離婚後の監護権の基本構造

離婚の制度について説明した上で、離婚後の共同監護を実現するための全体像を明らかにし、手続及び運用実態について述べる。離婚後の監護権を考察する上で深く関係する面会交流や養育費の問題、居所の指定及び子どもの連れ去りの問題等についてもあわせて論じる。

1. 離婚制度について

1915年以降、離婚においては、積極的破綻主義がとられており離婚がしやすい。ほとんどの夫婦は共働きであり、子ども手当といった社会保障も充実しているため、経済的理由で離婚を踏みとどまる必要はない。離婚率も高く、多くの子どもが様々な家族形態のもとで養育されているため、離婚への社会的プレッシャーも少ない。

離婚において、有責性、過失の存在は重要ではなく、配偶者の一方は、いつでも自由意思で離婚できる。ただし、配偶者の一方が16歳未満の子どもと同居しており、子どもの監護権を有する場合及び配偶者の一方が離婚に合意しない場合に、例外として6ヶ月の熟慮期間が必要であるとされる（婚姻法5章1条2条）。6ヶ月の熟慮期間の間、夫婦は同居できる。6ヶ月の熟慮期間において、裁判所は、どちらの配偶者が共同の住居に住みつづけるか、熟慮期間に支払われるべき扶養料、子どもがどちらと同居するかを決定できる。6ヶ月の熟慮期間経過後は、当事者は、裁判所に離婚判決を請求しなければならない（同法5章3条）。ただし、2年間別居している場合には、いつでも離婚が可能である（同法5章4条）。

スウェーデンでは協議離婚も認められているが、父母が離婚を望む場合には、住所地を管轄する地方裁判所に申立てを行わなければならない³⁹。申立ては、双方により共同で、

³⁸ 判例では、子どもの監護において、一方の配偶者に重大な協力上の問題がある場合に、子どもの最善の利益に基づき、監護の変更が認められている（NJA 2007s 382）。

³⁹ 離婚の申立書に住民登録証明書を添えて地方裁判所に提出し、900 クローナ支払う。1 クローナ=15.90円（2014年12月1日現在）。

離婚への合意がない場合には配偶者の一方により行われる。監護者は、離婚の申立てにおいて、未成年の子どもがいる場合には、共同監護か単独監護か、子の氏名等を記入しなければならない。

2. 離婚後の共同監護

前記のように、両親が離婚した場合、共同監護が解消されない限り、子どもは継続して両親双方の監護に服する（親子法 6 章 3 条）。婚姻夫婦の離婚の場合とサンボの解消の場合に子どもの法的地位に違いはない。共同監護は、子の最善の利益であると推定される。共同監護は、両親双方と子どもとの面会交流を促進すると考えられている。

両親が離婚後の共同監護に合意した場合、それが明らかに子どもの最善の利益と矛盾しない限り社会福祉委員会によって承認され、法的拘束力を有する。両親が離婚後、単独監護に合意した場合には、それが子どもの最善の利益である場合には社会福祉委員会に承認される。共同監護は子どもの最善の利益であると推定されるため、親が単独監護を望む場合には、親は、共同監護が最善の利益に反することを証明しなければならない。しかし、実際には、その証明は困難であり、一方の親が明示に反対しても共同監護が与えられる。

他方、両親が監護について合意に至らない場合には、監護の変更についての問題として裁判所で審理される。裁判所は、子どもの最善の利益を考慮し、両親が共同監護であるべきか又は単独監護であるべきかを決定する（同法 6 章 5 条）。裁判所は、一方の親が共同監護を望まないために裁判所に申し立てたとしても、子どもの最善の利益に基づき、共同監護が維持されることを決定し得る。監護の決定における至高の考慮事項は、共同監護が子の最善の利益であるということである。たとえ一方の親が児童を虐待している場合でも、共同監護が子どもの最善の利益であると考えられる場合には、共同監護が決定され得る。

子どもが両親の一方のみの監護に服し、かつ、両親が共同監護を望んでいる場合には、裁判所は、両親双方の申立てがなされたとき、共同監護がその子どもにとって相容れないものでない限り、共同監護を認めなければならない（同法 6 章 4 条）。裁判所は、監護の決定の際に、両親の協力して監護を行う能力を重視する。親の双方が共同監護に反対する場合には、共同監護を命じることはできない。離婚において、裁判所は、請求がなくても、共同監護が明らかに子どもの最善の利益に反する場合には、単独監護を与えることができる（同法 6 章 5 条）。

法は、監護の決定において、子どもの意見表明権を尊重し、子どもの年齢や成熟性に応じて子どもの希望を考慮すべきであると規定する（同法 6 章 2a 条）。

3. 居所の指定及び子どもの連れ去り

(1) 居所の指定

子どもが両親の共同監護下にある場合、子どもがどちらの親と一緒に住むかを決定できる。子どもがどちらと同居することになっても共同監護の問題に影響はない。

居所の指定に関する両親の契約は、子どもが一方の監護者と継続的に同居するという契約の場合もあるし、交替居所とする契約の場合もある。両親は、それを書面にし、社会福祉委員会の承認を得れば法的拘束力を有する。両親が子どもの居所について合意できず、契約に至らない場合、裁判所は、子どもの居所について決定できる（親子法 6 章 14a 条）。

(2) 子の連れ去り

スウェーデンでは国際結婚が多く、監護権をめぐる国際的な紛争が増加している。国際的な子の奪取 (barnbortföranden) の民事上の側面に関する条約 (ハーグ条約) について、スウェーデンは、1989 年に批准し (prop. 1988/89:8, Sveriges internationella överenskommelser (SÖ) 1989:8 resp. 7)、国内法化された (Lag (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m. m. och om överflyttning av barn)。

4. 面会交流 (共同親権の射程内での面会交流の問題)

(1) 親との面会交流

子どもは、子どもと同居していない親との面会交流権を有する。子どもの両親は、同居していない親と子どもとの面会交流の必要性が可能な限り満たされるようにする共同責任を有する。(親子法 6 章 15 条)。

子どもが両親の共同監護又は単独監護に服している場合、両親は、子どもと同居していない親と子どもとの面会交流に関する契約を締結できる。両親が面会交流について合意できず契約に至らない場合には、コミュニケーションによる共同対話を確保するための支援制度があり、カウンセリング、親教育等の取組みを行っている。裁判所は、面会交流を求める一方の親又は社会福祉委員会の申立てにより、面会交流に関する決定を行うことができる (同法 6 章 15a 条)。

子どもが両親双方の監護に服し、同居しない親と面会交流する場合には、一方の親は、特別な事情がない限り、面会交流を促進し得る子どもに関する情報⁴⁰を他方の親に提供しなければならない。子どもの監護者は、監護権を有しない親との面会交流を行う場合にも、子どもに関する情報を、提供しなければならない (同法 6 章 15 条)。

面会交流、子どもの引渡しの履行において、裁判所の決定等を強制するための法制度が

⁴⁰ 子どもの転居、学校教育、健康に関する情報等、様々な情報が含まれる。

ある。最も行われている強制手段は、罰金である。裁判所は、まれに、警察が子どもを連れ戻すことを決定することがある。しかし、裁判所はできる限り強制的手段を避ける傾向にあると言われる。

(2) 親以外の者との面会交流

子どもの監護者は、両親以外の子どもと特に親しい者と子どもとの面会交流についての子どもの必要性に関する責任を有する（同法6章15条）。裁判所は、社会福祉委員会の申立てにより、子どもと親以外の者との面会交流に関する決定を行うことができる（同法6章15a条）。裁判所は、社会福祉委員会による申立てを決定する場合には、子どもの祖父母及び特に親しい者と子どもとの面会交流の必要性について特別の考慮がなされなければならない、子どもの最善の利益に基づき判断する。子どもの監護者は、子どもと特に親しい者との面会交流を行う場合にも、子どもに関する情報を、提供しなければならない（同法6章15条）。

5. 養育費

ここでは、養育費の取決め方法や、養育費の履行の確保等に関する法制について概観する。具体的には、養育費分担費と養育費補助について説明する。

(1) 養育費分担費 (underhållsbidrag)

両親が扶養義務を負うのは、原則として未成年者（18歳未満）に対してであるが、子どもが就学中の場合には、21歳まで義務を負う（親子法7章1条）。

養育費は、直接的には、親の扶養義務の履行の問題であるが、監護権とも関係がないわけではない。離婚の場合、一方の親のみが監護者であるならば、子どもは監護権を持たない親から養育費を受ける権利を有する。他方、共同監護の場合には、子どもが一方の親とのみ継続的に同居しているならば、他方の親は、養育費分担費を支払うことにより扶養義務を履行しなければならない（同法7章2条）。子どもと継続的に同居する一方の親は、子どもの食事、服、教育等の費用負担及び自宅での子どもの世話によりその扶養義務を履行すると解される。同居しない親が、継続して少なくとも5日間又は1ヶ月に6日間以上子どもを滞在させた場合、親は、養育費分担費の支払いを減額される権利がある（同法7章4条）。

交替居所、つまり、両親双方と交替して同居する場合⁴¹、親のどちらも養育費分担費を支払うよう求められない（同法7章2条）。養育費分担費は、両親の契約により決定され得るが、両親が合意しない場合には、裁判所によって決定される（同法7章2条）。

⁴¹ 例えば、子どもは1人の親と1週間同居し、他方の親と次の1週間同居する。

養育分担費の算定では、同居していない子どもへの養育分担費を支払うよう求められる前に、彼又は彼女（親）の必要性、生活費の額を留保する権利がある（同法7章3条）。この留保額（förbehållsbelopp）の一般的ルールは、現在の基礎額の120%に、理にかなう家賃を足したものである⁴²。例えば、実親（一方の親）が再婚し新しい家族がいる場合に、親の必要性、新しい家族との生活費の額等が留保されることになる。

（2） 養育費補助（underhållsstöd）

子どもが親の一方と継続的に同居している場合に、同居親の収入に関わらず国によって保証される養育費補助（1ヶ月に1,273クローナ）がある⁴³。養育費補助は、扶養義務を負う親が、最小限の額の養育分担費を支払わない場合に、国が、子どもと同居している親に養育費を立て替えて支給する制度である。子どもと同居している親は、国／社会保険事務所に養育費補助を求めることができる。子どもと同居していない親は、国への返済義務を有する。

VI. 問題への対応：児童虐待（barn misshandeln）等がある場合の取扱い

監護者の未成年者に対する権限は、無制限に認められるわけではない。監護者による決定が、子どもの最善の利益に反する場合、監護権が制限され、子どもが保護される。問題への対応として、児童虐待等がある場合の取り扱いについて説明する。

児童虐待等がある場合に、子どもを保護するために関係する法律として、社会サービス法及び強制法である青少年の保護に関する法律がある⁴⁴。例えば、コミューンの社会福祉委員会に児童虐待に関する通告があり、調査が必要であると判断され、未成年者の保護が必要な場合には、はじめに、コミューンの社会福祉委員会による支援と援助が行われる。問題を解決できない場合には、公的介入が行われるが、それは最終的手段であると考えられている。最終的には、青少年の保護に関する法律に基づき公的介入が行われる。一定の場合には、警察当局による援助も認められ（青少年の保護に関する法律43条）⁴⁵、社会福祉委員会は、未成年者の保護において必要な場合には、警察当局と連携することが可能である。

⁴² 基礎額とは、社会保険法典において「年金を貨幣価値の変動に連動させるために定められているものであるが、現在では他の分野でも同様の目的で利用されている。」（萩原金美『法律用語辞典』（中央大学出版社、2007）21頁）。2013年の基礎額は、44500SEKである（SCB2012）である。

⁴³ 1937年に、いわゆる養育費立替制度が導入された。同制度は、養育費補助に関する法律（1996：1030）となり、養育費支払い責任が強化され、現在に至る。

⁴⁴ 親子法にも定めがあるが（親子法6章7条）、コミューンの職員やウプサラ大学法学部教員へのヒアリングによる限り、実際には児童虐待等が生じた段階で親子法に基づく対応が行われることはないようである。

⁴⁵ Lag（2005：468）．2015年1月1日から施行される。

1. 社会福祉委員会への通告及び同委員会による調査

社会サービス法 14 章 1 条では、児童虐待、子どもに必要な医療の拒否等に関する情報を得た全ての者は、社会福祉委員会に通告するべきであると規定される（努力義務）。通告する者は、匿名での通告が可能である。青少年に関係する公的機関、医療保険サービスを提供する公的機関等及びその職員等、例えば、学校の教職員、医療者等は、同条に基づき、子どもを保護するために必要がある場合に、社会福祉委員会への通告義務が課されている。子どもオンブズパーソン法⁴⁶等の特別法においても通告義務に関する規定がある（子どもオンブズパーソン法 7 条）。多くの場合、教育機関や病院のソーシャルワーカーからコミュニティの社会福祉委員会への通告が行われる⁴⁷。訪問調査によれば、コミュニティのソーシャルワーカーと病院や教育機関のソーシャルワーカーの間にはネットワークが構築されている。

社会福祉委員会への通告があった場合、調査が必要であると判断した場合には、即座に調査を開始しなければならない（社会サービス法 11 章 1 条）。社会福祉委員会が、青少年を即座に保護する必要があると判断した場合には、その判断は文書化されなければならない。調査を始めるか否かの決定は、特別の理由がない限り、通告を受けてから 14 日以内に行わなければならない（同法 11 章 1a 条）。

社会福祉委員会は、調査を開始し、その事案に応じて、青少年の保護のために必要な方法を考慮し、家族への支援と援助を行う。最終的に、子どもの保護のために公的介入が必要であると判断された場合には、裁判所への申立てが行われる。裁判所の介入は最終手段であると考えられている。

2. コミュニティによる任意の支援と援助

コミュニティの家族支援センター（各コミュニティで名称は異なる）は、前記のコミュニティの責務に従い、家族へのカウンセリング等、様々な形態の家族への手厚い支援を行う。ソーシャルワーカー等が中心になり、子どもの最善の利益に基づき、問題を解決する。社会福祉委員会は、個人の請求や同意がある場合には、個人的な事柄においてその者を実質的に支援するために、コンタクトパーソンやコンタクトファミリーを選任できる。15 歳未満の子ども場合には親の請求を要する。15 歳以上の場合には、本人による請求や同意を要する（社会サービス法 4 章 1 条及び同法 3 章 6 条 3 パラグラフ）。コンタクトパーソンやコンタクトファミリーは、監護者ではなく社会福祉委員会に代わり青少年を支援・援助する⁴⁸。

⁴⁶ Lag (1993:335) om Barnombudsman.

⁴⁷ 実態調査によると、実際には、教育機関や病院のソーシャルワーカーが電話によってコミュニティのソーシャルワーカーに通告を行う事が多い。

⁴⁸ Tomas Törnqvist Socialjänstens Familjerätt, En översikt över bestämmelser, ärenden och handläggning, Norstedts Juridik, 2009, t110.

子どもが自身の家庭以外の家でケアされる必要性がある場合には、社会福祉委員会は、ファミリーホーム (familjehem) (里親)、ケアのためのホーム、施設をアレンジする (同法 6 章 1 条)。子どもを自宅以外の場所に居住させる必要がある場合には、第一に、親族及びその他の近親者が受入れ可能かどうかを検討さなければならず、子どもの最善の利益が考慮されなければならない (同法 6 章 5 条)。子どもの監護者や血縁者との接触も促進する形で計画されるべきであるとされる (同法 6 章 1 条)。

3. 公的介入 (裁判所及び行政の介入)

親や 15 歳以上の子どもが前記の社会福祉委員会の提案を拒否する等、社会福祉委員会が子どもの保護のために公的介入が必要であると判断した場合には、一般的には青少年の保護に関する法律に基づき⁴⁹、裁判所への申立てが行われる⁵⁰。

(1) 「要保護」の定義

青少年の保護に関する法律は、「身体的又は精神的虐待、搾取、ネグレクト、又は、家庭において、何らかの他の状況のために、青少年の健康又は発育に対し損害を与える明白な危険性がある場合、措置命令が発せられなければならない」と定める (青少年の保護に関する法律 2 条)。同法による保護の対象は、通常の場合には未成年者 (18 歳未満) であるが、同法 6 条が定める緊急措置命令の場合には、20 歳未満の者も含まれる (同法 1 条)。

(2) 保護手続

(i) 通常の場合 (司法による介入)

子どもの保護が必要な場合、通常行政裁判所による措置命令が行われる (同法 2 条)。措置命令によって、監護権が、一時的かつ制限的に社会福祉委員会に移され、子どもが保護されることになる (同法 4 条)。措置命令の効力は 4 週間である (同法 5 条)。

未成年者が同法 2 条に基づき保護されている場合、社会福祉委員会は、少なくとも 1 ヶ月に 1 度は、同法に基づく保護を継続する必要があるか、どのような保護が行われるべきかを審査しなければならない (同法 13 条)。

監護権が社会福祉委員会に移された場合、社会福祉委員会は、子どもの最善の利益に基づき、子どもを保護する。措置命令や後記の緊急措置命令が行われた場合には、未成年者

⁴⁹ Socialstyrelsens allmänna råd om tillämpningen av lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga (SOSFS1997:15 (S)).

⁵⁰ 詳しくは、拙稿「スウェーデン：医療における同意と未成年者の保護」玉井真理子・小山剛編『子どもの医療と法 (第 2 版)』(尚学社、2012) 329- 358 頁。青少年の保護に関する法律は、子どもの権利の観点をさらに強調するために再検討の調査が行われ、改正の必要性に関する分析も行われ (Översyn av lagen med särskilda bestämmelser om vård av unga, m.m., Dir. 2012:79)、改正に向けた議論が行われた (Tilläggsdirektiv till Utredningen om tvångsvård för barn och unga (S 2012:07), Dir. 2013:74 (pdf 122 kB))。

は、原則としては未成年者の自宅以外での保護が開始されなければならない。保護の内容と形態については社会サービス法及び政令 11 条から 20 条⁵¹が適用される（同法 10 条）。

社会福祉委員会は、子どもにどのような保護が行われるべきか、及び彼又は彼女が保護される期間どこに滞在するべきかを決定する。・・・社会福祉委員会の決定を待つ時間がない場合には、委員長又は他の選任された委員会の構成員がその事項を決定できる。当該決定は次の委員会で報告される（同法 11 条）。社会福祉委員会により、通常は、ファミリーホーム（里親）への委託やケアホーム、施設への入所という措置がとられる。社会福祉委員会は、子どもと親や監護者が面会交流する必要性が可能な限り満たされるようにする責任を有するが、それが子どもにとって危険性があると判断された場合には、社会福祉委員会は、監護者らとの面会・通信を制限したり、監護者らへの居所の秘匿の決定もできる（同法 14 条）。社会福祉委員会は、親子が再統合できるように、支援と援助を行う。

通常行政裁判所は、社会福祉委員会の申立てにより、未成年者が、未成年者が滞在するホームから連れ去れた場合に、未成年者の健康や養育が害される重大な危険がある場合には、監護権者が、一定の期間又は当面の間、未成年者をホームから連れ出すことを禁止する命令を出すこともできる（同法 24 条）。連れ出し禁止命令及び一時的な連れ出し禁止命令に違反した者は、罰金が科せられる。社会福祉委員会又は社会庁の承諾がある場合にのみ起訴される（同法 44 条）。

社会福祉委員会又は社会福祉委員会により未成年者の保護の実施を委託された者は、未成年を監督し、保護のために必要な範囲で彼又は彼女の個人的事柄について決定しなければならない。保護の期間において、社会福祉委員会は、親子法 6 章 1 条に定められる未成年者の基本的権利が保障されるよう監護者と同様の責任を有する（同法 11 条）。

未成年者が、同じファミリーホーム（里親）で 3 年間経過した場合には、社会福祉委員会は、親子法 6 章 8 条で規定される監護の変更を申立てる理由があるかどうかにつき特別に検討しなければならない（同法 13 条）。

(ii) 緊急の場合（行政による介入）

子どもを緊急に保護しなければならない場合には、社会福祉委員会は、青少年の保護に関する法律 6 条に基づき 20 未満の青少年への緊急措置命令を行う。緊急措置命令の手続を行う時間がないほど緊急の場合には、社会福祉委員会の委員長又は同委員会によって任命された委員会の他の構成員が緊急措置命令を行うことができる⁵²。社会福祉委員会は、同法に基づいて申し立てた場合には、青少年を緊急に措置する権限を有する（同法 6 条）。

行政による緊急措置命令については、緊急措置命令における事後手続が定められ（同法 7 条）その適切性が確保される。社会福祉委員会が、緊急措置命令を発した場合、当該命

⁵¹ Föreskrifterna i 11-20 § §. Lag (2001:466).

⁵² 実態調査によれば、ウプサラ・コミュニンの場合には、コミュニンの個人・家族サービスセンターが社会福祉委員会の委員長や委員に電話し、同委員会が緊急措置命令を発することにより裁判所の介入なしに 5 分で子どもを保護することが可能である。

令が行われてから1週間以内に、命令の有効性についての承認を得るために、通常行政裁判所に事案が提出されなければならない。通常行政裁判所は、できる限り早く、当該命令の有効性に関して宣言を行わなければならない。

地方行政裁判所が緊急措置命令を行った場合、社会福祉委員会は、当該命令が行われた日から4週間以内に、青少年が、本法のもとで保護されるべきかについて地方行政裁判所に申し立てなければならない（同法8条）。地方行政裁判所は、さらなる調査又はその他の特別な状況がある場合には、保護期間の延長を認めることができる（同法8条）。

子どもの親や15歳以上の子どもは、社会福祉委員会による決定に不服がある場合、青少年の保護に関する法律及び社会サービス法に基づき、通常行政裁判所に不服申立てを行うことができる（同法36条）。15歳未満の子どもは、それが調査にとって有益であり、調査が子どもに害を与えないならば、聴聞されるべきであると定められる（同法36条）。

監護は、緊急措置命令や子どもが自宅外に置かれた場合に開始される（同法10条）。

前記のように、社会福祉委員会の決定を待つ時間がない場合には、社会福祉委員会の委員長又は他の選任された委員会の構成員が、子どもにどのような保護が行われるべきか、及び彼又は彼女が保護される期間、どこに滞在するべきかを決定できる。通常は、ファミリーホーム（里親）への委託やケアホーム、施設への入所という措置がとられるのは、前記の通常の場合（司法による介入の場合）と同様である。社会福祉委員会は、保護の期間、子どもの基本的権利が確保されるように、子どもの監護者と同様の責任を有する（同法11条）。

VII. 総括

ここまで、スウェーデンにおける離婚後の監護権の在り方について紹介してきた。スウェーデンの家族形態は多様化している。多様な家族形態の在り方を社会が受容し、個人の多様な価値観が広く認められている。同性又は異性の特定のパートナーがいる場合でも、未婚、婚姻、サンボといった様々な形態がある。積極的破綻主義のため、離婚がしやすく、妻にも経済力があることが多いことから、離婚率・解消率も高く、再婚率も低くはない。スウェーデンでは、どのような家族形態であろうと、子どもが出生した場合に、子どもの法的地位に差異が生じないように法が整備されている。婚姻内外の子どもの法的地位の違いはないことがますます家族を多様化させているようにも思える。

このような家族形態の多様化や移民の増加に伴い、コミューンの家族支援と援助の役割はますます重要になっている。コミューンの家族支援と援助は、スウェーデンの大きな特徴である。前記のとおり、コミューンの社会福祉委員会や家族支援センター等は、未成年者はもちろん、家族への支援と援助を行う責務を有する。コミューンは、親子法に基づき、監護、居所、面会交流に関し親が契約に至るよう支援する義務を負う。家族カウンセリングサービスや共同対話等を通じて問題を解決する。裁判所の介入は最終的手段として位置

づけられる。

親子法では、子どもの監護、居所、面会交流といった全ての決定において、子どもの最善の利益を至高の考慮事項と位置づけ、子どもの年齢や成熟性に応じて、子どもの見解や希望も考慮するべきであると明示されている。子どもの最善の利益は、二人の親によって等しくケアを受ける子どもの権利として解釈されており、離婚後も共同監護が原則であり、裁判所は、親の一方の意思に反して、共同監護を決定することができる。

養育費については、子どもの監護権を有しない親や継続的に子どもと同居しない親は、養育費分担費を支払うことにより扶養義務を履行しなければならない。国による立て替え支給の制度もあり、注目に値する。子どもの同居していない親との面会交流権については、子どもの権利としての側面が強調されており、両親は、面会交流の必要性が満たされるよう共同責任を有する。同居している親は、子どもに関する情報の提供を義務づけられ、面会交流が促進されている。

児童虐待等、子どもに保護が必要な場合に、子どもの最善の利益に基づき、司法又は行政が介入するための法律も存在し、それを支えるための社会制度も整備されている。子どもの保護のために公的介入が行われ、ファミリーホーム（里親）や施設に入所した場合には、社会福祉委員会は、子どもと親や監護者が面会交流する必要性が可能な限り満たされるようにする責任を有する。社会福祉委員会は、親子が再統合できるように、支援と援助を行う一方で、それが子どもにとって危険性があると判断された場合には、監護者らとの面会・通信を制限したり、監護者らへの居所の秘匿の決定もできる等、子どもを保護することもできる。

スウェーデンでは、我が国のように親権停止や一時停止のための制度はない。監護者の変更が行われないうままに、社会福祉委員会に監護権が移され一定の権限が与えられ、子どもが保護される。社会福祉委員会又は社会福祉委員会から未成年者の保護の実施を委託された者は、未成年を監督し、保護のために必要な範囲で子どもの個人的事柄について決定しなければならない。親子法6章1条に定められる未成年者の基本的権利が保障されるよう監護者と同様の責任を有すると定められる。子どもがファミリーホーム（里親）に措置され、3年が経過した場合でも、親子法に基づく監護者の変更が認められることは多くはない。

スウェーデンにおいて、子どもの監護、居所、面会交流の決定においてコミュニケーションの家族への任意の支援と援助が果たす役割は大きい。我が国において離婚後の共同親権・共同監護が認められるためには、行政の家族支援サービスを充実させることや行政・司法による家族への公的介入がしやすい制度を併せて導入する必要があるのではないかと思う。

スイスにおける離婚後の親の配慮

渡邊泰彦（京都産業大学教授）

- I. 概説
- II. 離婚に至るまでの一般的プロセス
- III. 離婚後の共同の親の配慮の沿革
- IV. 離婚後の親権制度の基本構造
- V. 離婚後の親子の人的交流
- VI. 養育費
- VII. 子連れ別居等、一方の親による子の連れ去りに関する法規制

【資料 1】離婚時に夫婦が合意すべき事項

【資料 2】民法典に定められている児童保護官庁の職務

I. 概説

1. スイス連邦について

スイス連邦は、ドイツ、フランス、イタリアに囲まれたヨーロッパの中央に位置する国家で永世中立国としても有名である。面積は、41,000 平方キロメートルで、日本の九州とほぼ同じ大きさといえる。

スイスは連邦共和制をとり、元首は大統領である。1291 年の 3 つのカントン（州）によるスイス誓約同盟から始まり、1848 年に連邦制を採択し、現在では 26 のカントンから構成される。現在でも、ドイツ語の国名表記は、Schweizerische Eidgenossenschaft であり、誓約（者）同盟の名称を維持している。

スイスは、多言語国家であり、公用語は、ドイツ語、フランス語、イタリア語、ロマニッシュ語の四つとなる。ドイツ語使用者が 65% であり、首都ベルンのほか、チューリッヒやバーゼルという大都市もドイツ語圏である。フランス語は、使用者が 22% で、ジュネーブなど西部の地域がフランス語圏である。イタリア語を使用するのはカントン・テッシンなどで 8%、スイス独自の言語とされるロマニッシュ語の使用者は 1% である。

宗教は、カトリックが約 38%、プロテスタントが約 28% を占める。

2. 用語

スイス法において、日本法の親権にあたるのが親の配慮 (elterliche Sorge) である。親の配慮の他に、監護 (Obhut)、世話 (Betreuung) があり、離婚後の親の配慮においても、これら三つの概念の関係が問題となる (後記 IV)。

面会交流に対応するのは、人的交流 (persönlicher Verkehr) (後記 V) である。人的交流のうち親子の直接の面会が訪問 (Besuch) であり、その権利を訪問権 (Besuchsrecht) という。

3. 統計

(1) 人口・世帯

[表 I - 1] 人口¹

	合計	男性	女性	スイス人	外国人
1950	4,717,200	2,273,200	2,444,000	4,432,100	285,100
1955	5,033,700	2,433,100	2,600,600	4,634,000	399,700
1960	5,360,153	2,597,198	2,762,955	4,846,155	513,998
1965	5,883,788	2,867,046	3,016,742	5,046,650	837,138
1970	6,193,064	3,025,330	3,167,734	5,191,177	1,001,887
1975	6,320,978	3,079,816	3,241,162	5,288,368	1,032,610
1980	6,335,243	3,081,965	3,253,278	5,421,746	913,497
1985	6,484,834	3,160,381	3,324,453	5,524,160	960,674
1990	6,750,693	3,298,312	3,452,381	5,623,584	1,127,109
1995	7,062,354	3,448,842	3,613,512	5,698,764	1,363,590
2000	7,204,055	3,519,698	3,684,357	5,779,685	1,424,370
2005	7,459,128	3,652,502	3,806,626	5,917,216	1,541,912
2010	7,870,134	3,877,426	3,992,708	6,103,857	1,766,277
2011	7,954,662	3,922,253	4,032,409	6,138,668	1,815,994
2012	8,039,060	3,968,524	4,070,536	6,169,091	1,869,969
2013	8,139,631	4,022,091	4,117,540	6,202,184	1,937,447

¹ スイス統計局ウェブサイト

<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/02/blank/key/bevoelkerungsstand/02.Document.141977.xls>

[表 I - 2] 世帯構成とその割合²

	世帯数 (×1,000)	割合
総数	3553.7	100%
一人暮らし	1261.7	35.5%
カップルのみ	1020.8	28.7%
カップルと子	965.2	27.2%
単親と子	198.0	5.6%
その他	107.9	3.0%

※ 世帯数については、0.2～1.8%の誤差がある（その他を除く）。

※ 「その他」の家族形態として、複数世帯、複数人で世帯を形成しない、複数人で不明がある。

[表 I - 3] 既婚者・未婚者などの割合（2013年）³

	実数（×1,000人）	割合
合計	8139.6	100%
独身	3537.8	43.5%
既婚	3527.9	43.3%
死別	407.7	5.0%
離婚者	652.6	8.0%
婚姻無効・配偶者の失踪	0.5	0.0%
同性登録パートナーシップ	12.2	0.1%
パートナーシップ解消者	0.9	0.0%

（2） 平均所得

[表 I - 4] 家族形態と平均所得（2009年から2011年）⁴

	全体	一人暮らし (65歳未満)	カップル のみ (65歳未満)	カップル と子	単親と子	カップルと 成人の子
1世帯の人数 (平均)	2.22人	1人	2人	3.81人	2.48人	3.83人
総収入（月）	9,530	7,126	11,929	11,890	6,965	14,544
可処分所得（月）	6,741	4,916	8,327	8,510	5,202	10,408
総世帯数に 対する割合	100%	20.5%	20.9%	20.4%	2.6%	7.0%

※ 所得の単位は、スイスフラン（CHF）。

※ 表に記載以外の家族形態として、65歳以上の一人暮らし、子のない65歳以上のカップルがある。

² スイス統計局ウェブサイト

<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/04/blank/key/06.html>

³ スイス統計局ウェブサイト

<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/02/blank/key/zivilstand.html>

⁴ スイス統計局ウェブサイト

<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/04/blank/key/02/03.html>

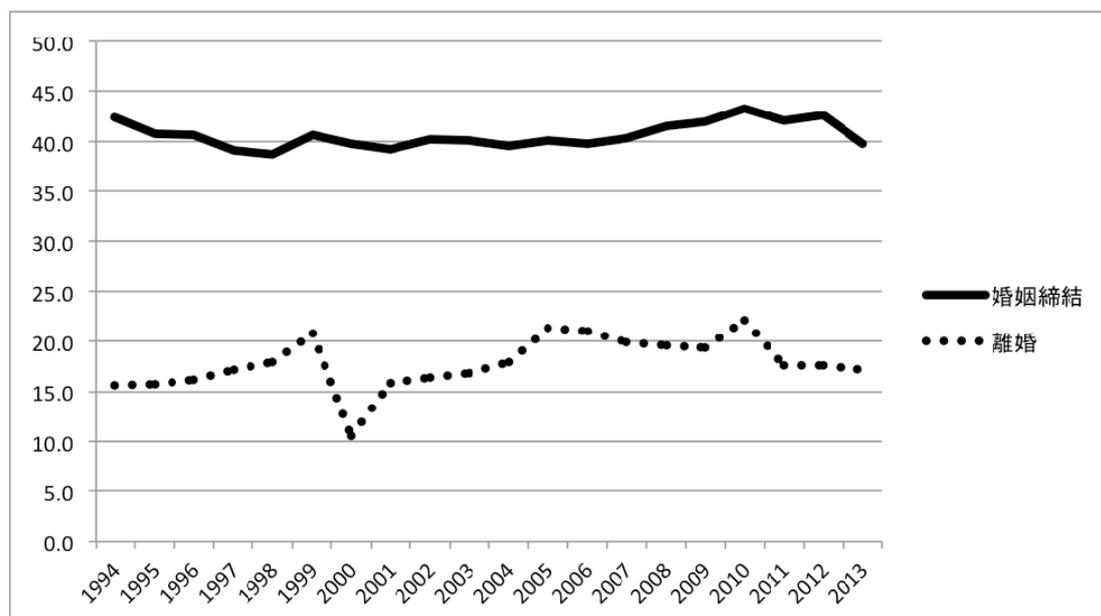
(3) 婚姻数・離婚数／率

[表 I - 5] 婚姻締結数・離婚数⁵

	婚姻数 (×1,000)	初婚の割合 (男性)	初婚の割合 (女性)	離婚数 (×1,000)	離婚率
1970	46.7	83.2%	87.1%	6.4	15.4%
1980	35.7	64.6%	66.2%	10.9	27.3%
1985	38.8	64.4%	66.7%	11.4	29.5%
1990	46.6	70.2%	75.0%	13.2	33.2%
1995	40.8	58.1%	63.6%	15.7	37.9%
1999	40.6	59.5%	65.6%	20.8	50.5%
2000	39.8	58.2%	64.0%	10.5	25.6%
2005	40.1	58.6%	63.0%	21.3	52.6%
2010	43.3	60.8%	65.5%	22.1	54.4%
2011	42.1	57.7%	62.8%	17.6	43.2%
2012	42.7	58.6%	63.7%	17.6	43.1%
2013	39.8	53.7%	58.7%	17.1	41.9%

※ 離婚率は、夫婦がその年に離婚手続を提起したならば期間の経過により離婚したであろう夫婦の平均的な割合とする。

[表 I - 6] スイス婚姻締結数・離婚数 (グラフ)



※ 縦軸は、×1,000 組

⁵ スイス統計局ウェブサイト

<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/06/blank/data/03.html>

4. 法制度の体系

(1) 民法

(i) 民法典の体系

スイス民法典（独：Schweizerisches Zivilgesetzbuch；ZGB、仏：Code civil suisse、伊：Codice civile svizzero）は、1907年に制定され、1912年に施行された（以下では、ドイツ語表記を基本とする）。民法典は連邦法である。その成立において、主にドイツ民法典の影響を受けていたが、フランス民法典の影響もみられる。スイスは多言語国家であるため、ドイツ語、フランス語、イタリア語による法典が存在し、各国語の用語の定義を統一する必要がある。

民法典は、「導入」（Einleitung）[1条～10条]、第1編「人法」（Das Personenrecht）[11条～89条c]。第2編「家族法」（Das Familienrecht）[90条～456条]、第3編「相続法」（Das Erbrecht）[457条～640条]、第4編「物権」（Sachenrecht）[641条～977条]、最終章（Schlusstitel）「適用及び導入の規定」（Anwendungs - Einführungsbestimmungen）[1条～61条]から構成される。債権については、債務法典（Obligationenrecht）が1911年に独立した法典として制定され、1912年から施行されている。

民法典第2編家族法は、婚姻、血族、成人保護（成年後見）の3章から構成される。

配慮に関する規定は、第2章：血族、第8節：親子関係の効果、第3款：配慮の296条以下に定められている（スイス民法典の節（Abschnitt）は各編において第1章から通し番号となる）。人的交流（Persönlicher Verkehr）は、第2章第8節第1款：親と子の共同体に規定される。その他、離婚後の配慮や人的交流については、第1章：婚姻、第4節：離婚及び婚姻別離、第3款：離婚効果の133条、134条にも規定がある。なお、子の財産の管理については、日本法と異なり、親の配慮とは別に第2章第8節第4款：子の財産として独立した款が設けられている。

(ii) 家族法沿革

家族法は、1970年代からの幾度もの改正を経て、現在では他の編と比較して1912年の施行当初から最も姿を変えた領域といえる。

まず、1973年に実親との血族関係が解消する完全養子縁組が導入された。

1976年に制定、1978年に施行された親子法の大改正では、嫡出子と婚外子の区別がなくなり、婚姻していない父母は、婚姻している父母と法的に平等となった。さらに、父母の意見が一致しない場合における父の決定権が廃止された。また、婚姻していない母は親権を有することができるようになった。

1978年に制定、1980年に施行された改正では、後見法（Vormundschaftsrecht）の一部が改正された。

1988年に施行された新たな婚姻法では、夫が婚姻共同体の長（Haupt）であり、婚姻住居を定め、家族の扶養を負担しなければならないとする規定は削除され、家族法における男女の形式的平等が実現された。それにより、夫と妻が婚姻において平等なパートナーとして家族の幸福のために共同して責任を負い、婚姻共同生活を共同で形成し、それぞれの能力に応じて家族の扶養に寄与することとなった。また、法定夫婦財産制は、夫婦財産共同制（Güterverbindung）から、所得関与制（Errungenschaftsbeteiligung）に変更された。婚姻法では、2011年に外国籍の婚約者のスイス国内滞在の証明を義務づける改正がなされた。

離婚法では、2000年の大改正により、夫婦が共同申請する合意による離婚が認められる（2010年には2ヶ月の熟慮期間を廃止）とともに、合意できない場合には4年の別居による離婚という破綻主義が導入された（2004年には別居期間が2年となる）。離婚効果では、年金調整が導入された。また、親子関係についても、親権（elterliche Gewalt）に代わり、親の配慮（elterliche Sorge）という用語が導入されるとともに、父母が合意すれば離婚後の共同配慮も認められた。

2006年には同性登録パートナーシップ法（Partnerschaftsgesetz）が施行され、2013年には成年後見に関する成人保護法（Erwachsenenschutzrecht）の大改正が行われている。

（2） 手続法

私法と民事訴訟法（Zivilprozessordnung；ZPO）の領域における立法は、連邦に属する（連邦憲法122条1項）。民事事件の裁判所と判例の機関については、法律に別段の定めがない限り、カントンが管轄を有する（連邦憲法122条2項）。

（3） 憲法と家族

1874年に旧憲法が定められた後、現在のスイス連邦憲法（Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft；BV）は1999年に制定され、2000年に施行された。

家族に関して、連邦憲法14条は、「婚姻及び家族への権利は保障される」と定める。そのほか、同8条3項が、「男性と女性の同権である。法律は、男女の法的及び事実上の同権について、特に家族、職業教育及び労働において、配慮する」と定め、同13条（私的領域の保護）1項が私的生活及び家族生活などの尊重を定めている。また、同116条（家族手当及び出産保険）は、1項「連邦はその職務の履行の際に家族の需要を考慮する。連邦は、家族の保護のための措置を支援することができる」など、社会保障について定めている。

（4） ヨーロッパ人権裁判所

スイスは、EU加盟国ではないが、欧州評議会には1963年から加盟しており、ヨーロッパ人権裁判所の対象となっている。スイス連邦憲法13条1項の婚姻と家族に関する規定は

ヨーロッパ人権条約 8 条 1 項とほぼ同じ文言であり、その解釈にはヨーロッパ人権裁判所の判例が大きな影響を及ぼしている。

例えば、親の配慮の定めの際に父母の一方の不利益は私的生活と家族生活の尊重への権利（ヨーロッパ人権条約 8 条）との関連における差別禁止（同 14 条）に違反するとしたヨーロッパ人権裁判所 2009 年 12 月 3 日判決（ツァウネガー対ドイツ事件）と、2011 年 2 月 3 日判決（シュポラー対オーストリア事件）は、2014 年民法改正に導く一つの要因となった。

II. 離婚に至るまでの一般的プロセス

1. 別居

2 年間の別居は、離婚原因の一つである（民法 114 条）。別居は、夫婦がその生活共同体を故意に放棄すれば開始する。特別な要件も、裁判所の承認も必要ない（裁判所の承諾を得た別居については、後記本章 2 を参照）。多くの場合は、夫婦の一方が婚姻住居から去ることで、別居が始まる。

別居中でも、例えば、誰が子を世話するのか、子と夫婦の他方との人的交流をどのようにするのか、家財をどのように分配するのか、誰がどのようにして家族の扶養を負担するのかについては、夫婦で決めて、明らかにしなければならない。

別居について、また別居中の急を要する重要な問題について合意できない場合には、婚姻保護手続（Eheschutzverfahren）が行われる（後記本章 2）。

夫婦それぞれは、離婚事件の係属以後は、離婚手続の期間について、共同の家政を廃止することができる（民訴法 275 条）。

別居（Getrenntleben）と似た用語として婚姻別離（Ehetrennung）があるが（民法 117 条、118 条）、これは卓床離婚であり、宗教上の理由などから離婚を拒否する夫婦が、離婚と同じ要件のもとで離婚の代わりに利用するものである。

2. 婚姻保護措置

婚姻において紛争が生じ、専門家による助言又はメディエーション（後記 IV. 6.（4））でも合意できない場合には、裁判上の婚姻保護措置の手続を行うことができる（民法 172 条以下、民訴法 271 条以下）。婚姻保護措置は、別居生活の承認とその効果の定めのために利用されることが多い⁶。婚姻保護手続は、略式（summarisch）手続である。

夫婦の一方は、その人格、経済的保障、家族の幸福が共同生活によって重大な危険にさ

⁶ 夫婦の共同生活中でも、扶養支払及び代理権限の剥奪を夫婦の申し立てることができる（民法 173 条、174 条）。

らされる限りで、共同の家政を廃止する権限を有する（民法 175 条、別居の承認）。このような別居が理由づけられたときは、裁判所は、夫婦の一方の申立てにより、扶養や住居などについて定めることができる（民法 176 条 1 項）⁷。夫婦に未成年の子があるときは、裁判所は、子の監護や人的交流という親子関係の規定に従って必要な措置をとることができる（民法 176 条 3 項）。

共同生活が夫婦の一方によって理由なく拒絶されたために不可能となる場合にも、夫婦の他方は、同様の申立てをすることができる（民法 176 条 2 項）。

婚姻保護措置の手続は、夫婦の一方の住所にある地区裁判所に、文書又は口頭で申し立てる。弁護士強制ではないが、複雑な事案においては、弁護士に依頼することが勧められている。

3. 離婚手続

離婚手続は、共同の申立て（Begehren）の提出又は離婚の訴えの提起によって開始する（民訴法 274 条）。全ての離婚手続は裁判所が関与し、日本法のような届出のみによる離婚は認められない。

離婚には、後記のように、日本の協議離婚のように合意によるものとして共同の申立てによる離婚があり（民法 111 条）、さらに離婚の訴えによる場合に、2 年の別居を原因とする離婚（民法 114 条）、重大な事由による離婚（民法 115 条）がある。

2009 年の統計によると、19,321 件の離婚のうち、共同の申立てによる離婚が 16,823 件（87.1%）を占めるほか、離婚効果についてのみ合意できていない共同申立ての離婚が 989 件、別居を原因とする離婚 1,407 件、重大な理由による離婚が 102 件である⁸。離婚訴訟による離婚は、全体の 1 割にも満たない。

（1） 共同申立てによる離婚

夫婦が離婚に合意している場合には、夫婦双方が署名した離婚申立て（Ehescheidungsbegehren）を行うことができる。離婚原因を明らかにする必要はない。離婚の共同申立ては、夫婦が居住する地域の地区裁判所（Bezirkgericht）で行う（民訴法 23 条 1 項）。その共同の申立てには、離婚効果に関する当事者の合意書（Konvention）を添付する（合意すべき離婚効果として、後記【資料 1】を参照）。手続は本人が行うこともできるが、通常は

⁷ 民法 176 条は、裁判所が定める事項として次の三つを掲げている。

- ・夫婦の一方が他方に対して負っている金銭債務の額を確定する。つまり、最長で申立てから 1 年以内の将来の扶養（民法 279 条）について定める。
- ・住居と家財の利用について定める。
- ・事情により正当化される場合には、夫婦別産制を命じる。

その他に、裁判所は、夫婦の一方の財産処分権の制限（民法 178 条）、扶養義務を怠る夫婦の一方の債権者がその債務を夫婦の他方に給付すること（民法 177 条）を定めることができる。

⁸ スイス統計局 2010 年 7 月 8 日報告

<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/medienmitteilungen.Document.132846.pdf>

弁護士に依頼しているようである⁹。

離婚申立てとともに、離婚効果全てについての合意書及び必要な証拠書類並びに子に関する共同申立てを提出する場合（民法 111 条 1 項）のほか、離婚効果の一部のみを合意して、他については裁判所の判断を求めることもできる（民法 112 条 2 項）。双方の場合において、裁判所は、当事者双方から、離婚の申立て及び合意について、個別に、そして共に意見を聴取し、合意された定めを許可することができるか否かを、複数回にわたって調べる。

争いのある点については、合意するように試みられる。場合によっては、子から意見を聴取する。

共同申立てによる離婚の要件が満たされているときは、裁判所は、離婚を言い渡し、離婚効果の合意を許可する（民訴法 288 条 1 項）。離婚効果についての合意が夫婦によって自由な意思で、かつ、熟慮して締結されており、明確、完全であり、かつ、明らかに不適切ではないときは、裁判所は、この合意を許可する（民訴法 279 条 1 項）。合意は、この裁判所の許可によって効力を生じる（同条 2 項）。企業年金の合意の許可については、別の規定がある（民訴法 280 条）。

裁判所は、離婚の決定において、離婚効果についても判断する（民訴法 283 条 1 項）¹⁰。離婚を言い渡すが、離婚効果についての争いが残るときは、離婚効果に関する手続は、二当事者対立の形での手続で継続する（民訴法 288 条 2 項 1 文）。

共同申立てによる離婚が要件を満たしていないときは、裁判所は、共同の離婚申立てを却下し、夫婦それぞれに離婚の訴えの提起のための期間を定める（民訴法 288 条 3 項 1 文）。

（２） 離婚の訴え

夫婦の一方のみが離婚を望む場合には、次の二つの要件のいずれかを満たす場合に、離婚の訴えが認められる。

まず、訴え提起の時点までに夫婦が 2 年間の別居をしていた場合である（民法 114 条）。

次に、2 年の期間の経過前であるが、離婚の訴えを提起する夫婦の一方にとって、その者の責めに帰さない重大な理由から婚姻の継続が期待不可能な場合である（民法 115 条）。

離婚の訴えは、夫婦の一方の住所地で行うことができる（民訴法 23 条、198 条 c）。裁判所の様式に必要事項を記載するだけで、請求原因を書かなくても、離婚訴訟を提起することができる（民訴法 290 条）。訴えの提起に必要な事項とは、夫婦双方の氏名と住所及び代理人の記載、離婚の請求（Rechtsbegehren）及び民法 114 条又は 115 条の離婚原因の記載、財産に関する離婚効果の請求、子に関する請求、必要な証明資料、日付と署名である（民訴法 290 条 a～f 号）。

⁹ スイス官庁ウェブサイト <https://www.ch.ch/de/scheidungsverfahren/>

¹⁰ 夫婦財産制の効果については、重大な理由があれば、独立した手続とすることができる（民訴法 283 条 2 項）。

まず、裁判所は当事者双方を手続に呼び出し、離婚原因の調査がなされる（民訴法 291 条 1 項）。離婚原因が確認されると、裁判所は、夫婦双方に離婚効果について合意するよう試みる（同条 2 項）。離婚原因が確認されない、又は合意が成立しない場合に、裁判所は、原告に対して請求原因を追加提出する期間を定める（同条 3 項）。期間が遵守されなければ、訴えは、対象を失うものとして、訴えは取り下げられる（abschreiben）。文書が提出されると、それ以後は、通常の民事訴訟（民訴法 219 条以下）となる。この段階においても、和解手続（Konventionsverhandlungen）がなされることがしばしばある。手続期間中について、当事者の権利及び義務について、仮処分（vorsorglicher Massnahmen）（民訴法 276 条）により定められることも多い。

離婚原因が存在しない場合には、訴えは却下される。裁判離婚で争う場合には、通常は、訴訟は長期化し、裁判費用と弁護士費用を合わせて 10,000 スイスフラン（日本円で約 120 万円）以上かかるとされる。

III. 離婚後の共同の親の配慮の沿革

スイスにおける離婚後の親の配慮は、三つの時期に分類することができる。まず、2000 年離婚法改正までは、父母の一方のみが離婚後の配慮（親権）を有するとされてきた。次に、2000 年に施行された離婚法改正により、父母が合意する場合にのみ離婚後も共同の親の配慮が認められることになった（後記本章 1）。そして、2014 年に施行された改正により、共同の親の配慮が離婚後も原則となり、単独の配慮は例外となっている（後記本章 5、IV. 2. (2)）。

1. 離婚法改正（2000 年施行）まで

子の関係（Kindesverhältnis）に関する 1976 年 6 月 25 日の民法改正では、婚外子の身分と相続権は嫡出子と平等とすることで、子の福祉を強化し、婚外子への差別を撤廃する方向に舵を切ったものの、共同の親の配慮は、婚姻している父母の子にのみ予定していた。父母に共同の配慮を委ねる可能性を離婚裁判所に与えるという議員提案もあったが、子の世話と人的交流の紛争を頻発させることへの危惧から否決された。

それに対して、下級審裁判所では、1988 年以降、離婚した父母による共同の親の配慮を認める判断が下されていた。しかし、連邦裁判所は、スイス法がそのような可能性を予定しておらず、立法機関のみがそれを変更できる旨を明確にしていた。

そして、離婚後の共同の親の配慮の問題は、2000 年 1 月 1 日に施行された離婚法及び親子法改正の際に再び検討された。共同配慮を導入する提案は、意見聴取手続

（Vernehmlassungsverfahren）において、多数の賛成を得たものの、離婚後の共同配慮は通常の事例とはならなかった。

離婚後の共同配慮の導入について、連邦参事会¹¹の報告書では、離婚後に当事者はもはや夫婦ではないものの、彼らの子の父と母ではあり続け、親子の法律関係は新たな状況に適合されなければならないとする。先行していたドイツの状況、スイスでの離婚の状況に関する研究から、離婚後の共同配慮を推す理由として、次のものがあげられた¹²。

第一に、父母双方とその後良好で近い関係を維持することができる子は、父母の離婚というトラウマとなる経験をより良く処理できることが学問的に裏付けられているとみられる。離婚後も父母双方が親の配慮を有しており、その共同の行使を望み、それが可能な状況にある場合には、親子のコンタクトは促進される。このことは、子が、1回目は父母の別居と別れによって、次に父母の一方との別れによって、2度も別離を経験しなければならないことを防ぐことができる限りで、子の発育を促すことができる。監護を有する父母の一方が単独での親の配慮を有することで、父母の他方を親の責任から強制的に排除することは、専門家からも否定的に評価されている。そのため、父母がそれを望み、かつ、可能な状況にある場合に、離婚後も共同で子に対する全ての責任を引き受けることができるべきである。共同の配慮は、離婚にもかかわらず関係と養育の継続性に最も良い影響を与えることができる。

第二に、大多数において夫婦が離婚に合意しているのであるから、子に関する定めを合意することを法的に排除する紛争規範が子の運命を定めることは正しくない。可能な場合には、父母双方が合意する解決をとるべきである。国家が私法上の関係からできる限り手を引いて、生活関係の形成における当事者自治を尊重すべきことの重要性も考慮される。

第三に、合意による取決めは、実務においては、自立し、権威を持って文書に定められた命令であるとされる。共同の親の配慮は長続きしないという共同配慮権に対する不安は、外国での経験を見る限り、理由づけられない。むしろ、ドイツの研究では、離婚後の共同配慮をその後に廃止した事案は少ないことが示されている。

第四に、同じく親の配慮及び監護を引き受けることができる父母が増えているので、父母の一方にのみ委ねることは偶然であって不当と思われるに違いない。このような状況のもとで、離婚の際に強制的に父又は母がその親の配慮を失うことは正しくない。この不満足な状況を共同の親の配慮で止めることができる。

しかしながら、これら四つの理由を挙げながらも、連邦参事会は、共同の親の配慮の法律上の要件に関しては、スイスの状況を考慮に入れなければならない、離婚した父母の協力

¹¹ 内閣にあたる連邦参事会 (Bundesrat) は、連邦議会で選出された7人の閣僚によって構成され、そのうち1名が連邦大統領となる。大統領は、1年任期の輪番制である。また、連邦参事会のポストは連立与党で割り振られており、社会民主党、自由民主党がそれぞれ2閣僚、国民党、キリスト教民主党、市民民主党がそれぞれ1閣僚を占めている。

¹² 民法典改正 (身分登録、婚姻締結、離婚、親子法、血族扶助義務、居所、後見及び婚姻調停) に関する報告書 (Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtschaftenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1995) 128 頁以下

能力を誤って理想化することに手助けしないことが重要であるとして、草案では、次の3点から、離婚後の共同の親の配慮を原則とはしなかった¹³。

第一に、父又は母の意思に反して裁判所が命じる場合には、共同の親の配慮の意義と目的に反すると考えられる。この際に、当時の外国での立法状況も参考にされた。

第二に、親の配慮が子の福祉と合致しなければならない。父母双方に養育能力が備わっていること、つまりそれぞれが単独で配慮権を委ねられる要件を満たしていることが必要となる。さらに、共同申立てによって宣言される協力への意欲だけではなく、離婚するにもかかわらず父母が協力できることが基礎となる。父母双方の人格、現在の関係、子に関する共同での今後の計画は、申し立てられた共同の配慮が子の福祉に合致することを推察させるものでなければならない。このことは、父母が離婚前に別居時から一定の範囲で子を共同で世話していた場合には、簡単に予測できる。

第三に、父母が今後の子の世話の分担、養育費の分担について合意していることが明らかとなる合意書を裁判所に提出しなければならない。この要件は、原則として、父母双方が離婚後に子の世話に参加しなければならない、子の日常を知っていることを明確にする。父母それぞれが世話する時間は基本的に合意において定めて、後の争いや困難を予防すべきである。さらに、この要件から、通常離婚について争っている場合には、離婚後の共同配慮は問題とならないことが明らかになる。

このような理由から、2000年離婚法改正では、離婚の際に裁判所が父母の一方に親の配慮を委ね、父母の他方の人的交流請求権及び養育費分担について定めること（民法旧133条1項）が原則とされた。そして、例外的に、子の世話（*Betreuung*）の分担（*Anteile*）と養育費分担について父母が裁判所により許可可能な合意に達しているときは、裁判所は、父母双方の申立てにより、これが子の福祉に合致する限りで、父母双方に親の配慮を委ねる（民法旧133条3項）ことになった。

2. 弁護士・メディエーターへのアンケート調査

2000年の離婚法改正の直後から、改正法による実務からの報告を受けて、その結果によっては早期に再改正に向かうべきという議員からの提案がなされていた。そして、連邦司法省は、2004年7月に、160の第一審及び第二審裁判所、離婚法を専門とする1,510人の弁護士及びメディエーターにアンケートを行い、950人からの回答を得て、2005年5月に「裁判官及び弁護士並びにメディエーターへの離婚法に関するアンケートについての報告書（結論のまとめ）」¹⁴を提出した。「離婚した父母が共同配慮を維持し、裁判所が一定の

¹³ 前掲注12) 129頁以下

¹⁴ 「裁判官及び弁護士並びにメディエーターへの離婚法についてのアンケートの報告（結果の要旨）」
Bericht über die Umfrage zum Scheidungsrecht bei Richter/innen und Anwalt/innen sowie Mediatoren/Mediatorinnen (Zusammenfassung der Ergebnisse), Bundesamt für Justiz, Mai 2005,
<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2005/2005-07-01/ber-scheidungsfrage-d.pdf>

要件のもとでのみ親の配慮について決定することを通常の事例とみなすという、諸外国で適用されている規定の導入を歓迎しますか？」という問いに対して、全体の36%が賛成し、56%が反対した。職業別、性別による回答の違いは見られなかったが、40代の回答者では41%が賛成（反対50%）、大都市の回答者では43%が賛成（反対50%）と、賛成が全体平均を上回っていた。さらに、メディアエーションの教育を受けている者では48%が賛成（反対46%）と平均との大きな違いが見られた（メディアエーションの教育を受けていない者では、賛成34%、反対58%と平均値に近づく）。

3. NFP52 の調査結果

2000年の離婚法改正法の施行以後も、例えば、親の配慮は事実上の世話と何らかの関わりを有していなければならないのか、あるいは子の日常を知らない者に包括的な決定権限があることが子の福祉となるのかという問題が提起されていた。

国家基金プログラム（Nationale Forschungsprogramme；NFP）は、第52番研究として、「社会変遷における幼年期、青少年期及び世代間関係（Kindheit, Jugend und Generationbeziehungen im gesellschaftlichen Wandel）」に2003年から5年間の研究費を提供し¹⁵、その一環としてチューリッヒ大学ビューラー教授（Andrea Büchler）とマリエ - マイアーホファー児童研究所（Marie Meierhofer - Institut für das Kind）のジモニ博士（Heidi Simoni）による「子と離婚 - 家族の過渡期への法実務の影響（Kinder und Scheidung：Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge）」の研究が行われた¹⁶。

この研究では、チューリッヒ、バーゼルラントシャフト、バーゼルシュタットの三つのカントンにおいて2002年から2003年に離婚した家族について、18の第一審裁判所での567件の離婚文書の分析、2,112人の離婚した父（42%）と母（58%）への文書アンケート、23家族と14人の裁判官へのインタビューが行われた。調査では離婚手続における子からの意見聴取なども対象となったが、以下では、離婚後の親の配慮に関する調査結果の概要のみを紹介する。

アンケート対象の86%の家族では、伝統的な役割分担モデル、つまり母が子を世話してパートタイムの所得活動を行うのに対して、父がフルタイムの所得活動を行うという分担が行われていた。離婚後の共同の親の配慮の場合でも、過半数がこのようなモデルとなっており、子の世話を協力して分担するという共同配慮の形をとっていたのは16%であった（調査対象全体においては5%）。

f

¹⁵ NFP52 研究「社会変遷における幼年期、青少年期及び世代間関係」において行われた全ての研究の概要については、NFP52 ウェブサイトを参照。<http://www.nfp52.ch/d.cfm>

¹⁶ 研究の要約、資料については、NFP52 ウェブサイトを参照。

http://www.nfp52.ch/d_dieprojekte.cfm?Projects.Command=details&get=33

離婚後に採られた配慮の形に対する父母の満足度では、約3分の1の父又は母が、今もう一度定めることができるなら、異なる配慮の形を選択するだろうと回答した。母が単独配慮を有しており、子の世話全てを担っている場合に、異なる形での配慮権を望む父が4分の3いるのに対して、母は10%に留まった。

離婚後の共同配慮の場合には、子を主として世話せずに訪問する父の91%が満足しており、子を住居で世話する母の3分の1がこの状況のもとで単独の親の配慮を有することを望んでいた。これに対して、平等に役割分担をして生活している父母では、双方共に高い満足度が示された。

このような結果から、次の点が明らかになった。まず、日常の仕事の分担は、共同の親の配慮の場合においても、性別によって定まっている。その配慮の形への父母の満足というのは、性別による役割（仕事）分担という社会的実態と関係している。日常的に世話を引き受ける者（主として母）の満足度は、配慮の形が日常生活と合致しているかにかかっている。それに対して、訪問する父（日常的な世話をしていない父）は親の配慮を有することを重要であると高く評価しているが、これは日常生活に依るものではない¹⁷。

そして、研究チームでは、親子間の感情的結びつきに応じつつ、配慮権者の決定権限と現実の生活との緊張関係という生活における世話と関係の現実を考慮に入れて次のような配慮権のモデルを提案した¹⁸。

- 1 親の配慮は、法律により、一離婚後も一父母双方に帰属すべきであり、子の保護の考慮からのみ剥奪することができる。
- 2 配慮権に関わる決定権限は、子の現実の生活に合うものでなければならない。
- 3 父母は、世話の分担と子のための経済的出費について合意しなければならない。
- 4 子の福祉の調査、子からの意見聴取は、放棄されてはならない。

4. 離婚後の配慮権者の統計¹⁹

2000年から、離婚後も共同で配慮を有する父母は増加し、その割合は、2010年において、半数に近づいた（参照：後記本節[表 III - 1]、[表 III - 2]）。ベルン市では、2010年から共同配慮の数が急激に増加し、単独配慮が減少している（もっとも、不明も増えている）（参照：後記本節[表 III - 3]）。

単独配慮の事案、つまり父母が合意できなかった事案では、子を婚姻中から主として世話していた父母の一方を優先するという判例の考えから、裁判所は、伝統的な夫婦の役割

¹⁷ Büchler / Simoni, Kindeswohl und Kinderrecht in der Scheidungspraxis, Soziale Sicherheit CHSS 5 / 2006, S. 262.

http://www.nfp52.ch/d_dieprojekte.cfm?Projects.Command=download&file=10_11_2006_08_57_35-NFP52_BuechlerSimoni_Artikel0506.pdf&name=NFP52_BuechlerSimoni_Artikel0506.pdf

¹⁸ http://www.nfp52.ch/d_dieprojekte.cfm?Projects.Command=details&get=33

¹⁹ スイス統計局ウェブサイト

<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/06/blank/data/03.html>

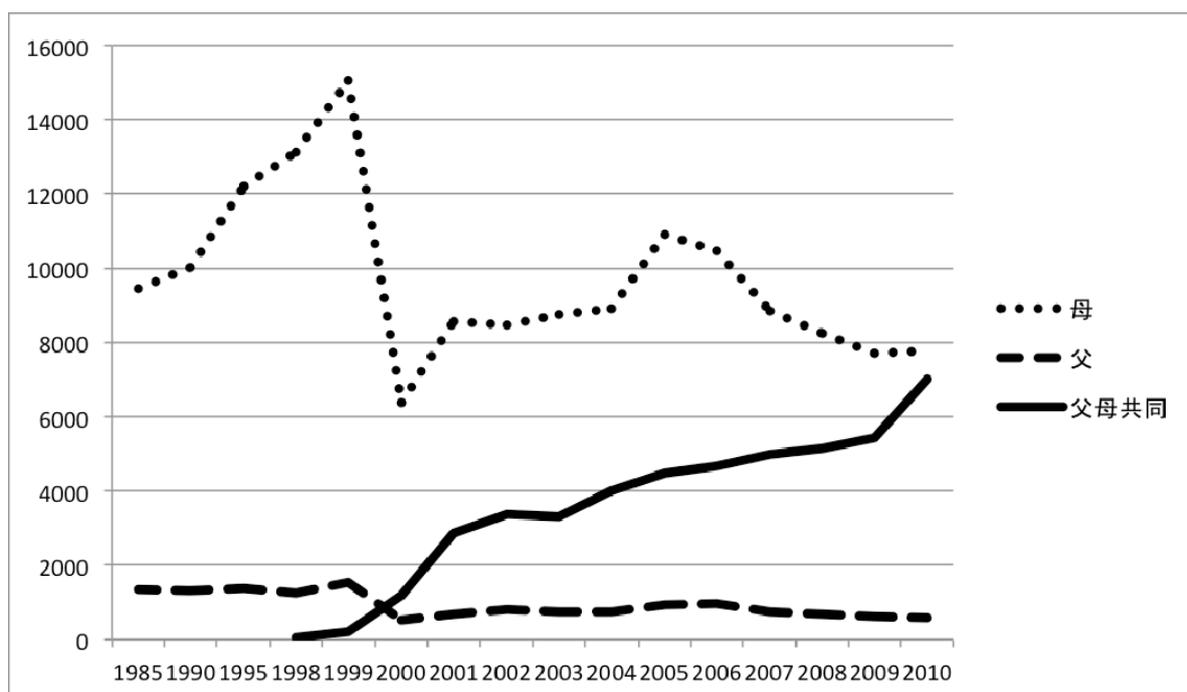
分担に応じて、母に単独の配慮を委ねてきた。そのため、父母を平等に扱っている法律の文言にかかわらず、実際には、単独の配慮の90%以上で、母に配慮が委ねられていた（参照：表 III - 1、3）。

[表 III - 1] スイス連邦全体における離婚数と配慮権者

年	離婚総数	未成年子のいる夫婦の離婚	離婚により配慮権が問題となる子の数	配慮権者					
				母	父	第三者	母 (制限付)	父 (制限付)	父母 共同
1985	11,416	6,679	11,004	9,442	1,356	67	65	74	
1990	13,184	6,850	11,396	10,010	1,326	50	10	0	
1995	15,703	7,928	13,633	12,195	1,390	39	7	2	
1998	17,868	8,533	14,476	13,127	1,255	28	9	3	54
1999	20,809	9,939	16,880	15,067	1,534	37	14	5	223
2000	10,511	4,813	8,117	6,373	523	22	7	3	1,189
2001	15,778	7,233	12,167	8,569	682	29	21	5	2,861
2002	16,363	7,533	12,716	8,463	826	30	14	4	3,379
2003	16,799	7,678	12,840	8,744	734	22	21	0	3,319
2004	17,949	8,201	13,690	8,926	738	13	14	1	3,998
2005	21,332	9,957	16,369	10,898	935	22	23	4	4,487
2006	20,981	9,828	16,154	10,450	966	32	26	2	4,678
2007	19,882	8,960	14,651	8,846	745	18	36	25	4,981
2008	19,613	8,790	14,141	8,254	672	19	21	38	5,137
2009	19,321	8,513	13,789	7,707	616	34	0	0	5,432
2010	22,081	9,596	15,374	7,776	580	16	0	0	7,002
2011	17,566	7,895							
2012	17,550	7,880							
2013	17,119	7,650							

※ 父母の共同配慮は、1998年から統計に入る。2010年以降は、配慮権者についてのデータがないため、離婚数のみを記載。

[表 III - 2] スイス連邦全体における離婚後の配慮の推移



[表 III - 3] ベルン市における離婚後の配慮²⁰

	父母	母	父	第三者	不明
1993	-	731	68	2	24
1994	-	704	47	6	6
1995	-	743	78	2	12
1996	-	806	84	1	42
1997	-	681	73	4	36
1998	-	771	85	-	24
1999	-	745	49	1	6
2000	79	457	46	-	-
2001	108	368	24	9	36
2002	146	508	41	-	18
2003	104	515	42	-	3
2004	135	406	33	-	68
2005	248	493	32	-	50
2006	329	279	18	-	1
2007	284	282	15	-	1
2008	290	303	11	-	-
2009	268	313	28	-	3
2010	404	257	12	-	2
2011	402	51	6	-	101
2012	430	24	-	-	99

²⁰ https://www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/prd/Deutsch/Statistik/Weitere_Dokumente/Bevoelkerung/heirat-scheidung/Verteilung-des-Sorgerechts_seit-1993.xlsx

他面において、父母が共同で配慮を有しないのは、離婚後の事案に限らない。民法旧 297 条 1 項は「婚姻継続中、父母は、親の配慮を共同で行使する」と定め、民法旧 298 条 1 項は「父母が婚姻していないときは、親の配慮は、母に帰属する」と定めており、婚姻していない父母に共同配慮が認められないのが原則であった。子の世話への参加及び養育費の分担について許可可能な合意に父母が達しているときは、父母の共同の申立てにより、子の福祉に合致する限りで、児童保護官庁が父母双方に親の配慮を委ねていた（民法旧 298 条 a 第 1 項）。ここでも、父が共同の配慮を有するかは、母が合意するか否かにかかっていた。

親の配慮に関する民法典の改正（後記本章 5）にあたり、次のような問題点が指摘されていた²¹。

親の配慮は、子の世話をし（sorgen）、教育（erziehen）しなければならないことである。親の配慮が、親の義務よりも、配慮権というように親の権利とみられることが多く、その面から語られることで誤解が生じている。国家が原則として子の教育と世話を介入しないという点に限って、親の配慮の権利性について語るができる。親の配慮とは、父と母が子に対して同じく責任を負うことである。

さらに、父母の一方に親の配慮を認めないということは、この父母の一方がもはや子の世話（Betreuung）と教育にかかわりを持たないことを意味する。それにより、子は、父母の一方を失うことになる。父母の一方が子を世話や教育をすることができず、共同の親の配慮が認められないということは、子の利益においてそれが求められる場合にのみ許されるものである。このような視点は、従来のスイス法も、婚姻している父母について考慮に入れてきた。しかし、離婚した父母、互いに婚姻していない父母において、共同の配慮が継続するのか、開始するのかについて、子の利益によって決定されるのではなかった。それどころか、単独で配慮を有する父母の一方が、子の福祉を無視しているにもかかわらず、自らの利己的な願望の容易な実現に役立てることで、子の福祉への指示を濫用していることも指摘されていた。

5. 2014 年民法典改正

離婚後に共同の親の配慮を原則とするとともに、婚姻していない父母による共同の親の配慮についても新たに定める配慮法に関する民法改正は、次のような過程を経て、2014 年 7 月 1 日から施行された。

²¹ スイス民法典改正（配慮法）のための 2011 年 11 月 16 日報告書（Botschaft vom 16. November 2011 zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge)）（連邦官報（Bundesblatt ; BBl）2011 9077），<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2011/9077.pdf>，9087 頁

(1) 試案 (Vorentwurf)

2004年から2005年にかけて、離婚後の共同配慮の実情についての調査を求め、適切な改正草案を提出することを連邦参事会に委託する発議が国民議会 (Nationalrat) と全州議会 (Ständerat) ²² でなされた。連邦参事会では、連邦司法警察省が民法改正のための試案 (Vorentwurf) を作成し²³、2009年1月28日に2009年4月30日までの意見聴取手続に送った。

試案では、父母が婚姻しているか否かという民事身分に関係なく、法律上は共同の親の配慮を原則とすることを提案した。子の福祉が他の解決を求める場合にのみ、裁判所が父母の一方に親の配慮を単独で委ねるとした。また、民法改正とともに、刑法220条2項において、父母の他方の訪問権を妨害した場合に罰する規定を提案した。

(2) 意見聴取手続

2009年1月28日から4月30日までの意見聴取手続²⁴では、全26のカントン、8つの政党、37の団体が回答した (その他に意見聴取手続には招かれていない28団体からも意見が出された) ²⁵。

離婚後の父母の共同配慮、婚姻していない父母の共同配慮という原則に、19のカントン、7つの政党、23の団体が支持を表明した。賛成理由として、父母が同じ権利と義務を有すべきこと、子の福祉がより考慮できること、社会の変化・学説を考慮に入れていること、ヨーロッパ諸国の多くの立法に適合することが挙げられた。さらに、共同の配慮が親の責任への注意を父母に喚起し、父母の取決めによらない離婚後の共同配慮によって父母間の紛争を回避できること、国際条約をもとに外国への子の連れ去りを制限されることを挙げる。

これに対して、7つのカントン、1つの政党、17の団体が試案に対して反対の立場を表明した。父母の合意による離婚後の共同配慮を認めており改正が不必要であることが、反対の立場の論拠の一つとなっていた。この立場では、共同配慮は、父が実際にその子の教育に責任を持って参加している場合にのみ納得できるものであること、共同の配慮により父母の衝突が少なくなるのは幻想であり、むしろ多くの問題が生じるおそれがあること、

²² 連邦議会は、国民議会 (Nationalrat) と全州議会 (Ständerat) による二院制となっている。国民議会は国民の代表として200人の議員から構成される。全州議会は、カントンから原則2人 (準州は1名) の代表により46人の議員から構成される。議会ではドイツ語とフランス語が使用され、議事録も発言した議員が使用する言語により記載される。

²³ 邦訳として、松倉耕作「共同配慮権とスイスの改正草案 - 2009年1月28日付け改正第一次草案について-」名城ロースクールレビュー14号133頁以下 (2009) がある。

²⁴ カントン、両院合同会議 (Bundesversammlung) に議席を有する政党、地方公共団体の組合連合、経済界の組合連合、個別に利益を有する団体が参加して、試案に対して意見を述べる意見聴取手続に送られる。意見聴取手続は、連邦参事会によって命じられ、実際には所轄の部局が手続を行う。招かれていない者も個別に提案をすることができる。

²⁵ 要約版として、Bundesamt für Justiz, Revision des Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) und des Strafgesetzbuches (Art. 220) Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, 2009, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/elterlichesorge/ve-ber-d.pdf>

共同の配慮について父母が合意しているか否かでは原則的に違いがあることを挙げる。

離婚後にも原則として共同配慮が継続することに反対する立場は、その当時の規定を維持する内容で、次のような意見と提案を述べていた。

専門家の支援のもとで作成された世話と扶養に関する父母の取決めを裁判所が許可する場合に、離婚後の共同配慮が認められるとする。父母が共同で申し立てた場合であっても、裁判所はこの申立てに拘束されず、異なる決定を行うことができる。父母が合意できないときは、裁判所が、共同配慮又は父母の一方の配慮若しくは監護権について決定する。

親の配慮を父母双方が共同で有するが、監護権は父母の一方にのみ委ねられる場合に、他方には養育費の義務が残る。共同の配慮及び監護の際には父母が子の世話と養育費に関する合意を提出しなければならないことを提案した。

さらに、父母が最低1年間の別居をしていた場合に法律により共同配慮を認める提案、協力への父母の能力を裁判所が確信した場合に認める提案のほか、配慮は主として子を世話する父母の一方に委ねられるが父母が異なる解決を予定することができるとする提案がされた。

これらとは別に、反対意見には子の福祉をより考慮した提案を求める立場もあり、試案では不十分であることが述べられた。

その他にも、聴取された意見からは、提案として、民法典の改正を配慮の問題に限定せずに、子と関係する離婚による経済的効果を含めた子の福祉全般について、例えば経済状態の悪い家族への補充給付、最低限度の生活を保障する年金、扶養給付、社会扶助にも提案は踏み込むべきであったという個別意見も出された。

手続については、義務的な調停、カントンが家庭裁判所を導入する義務を求める意見があった。

(3) 草案から施行まで

2009年12月16日、連邦参事会は意見聴取の結果の報告を受け、連邦司法・警察省に報告書(Botschaft)の作成を委託した。

2011年1月12日に、連邦司法・警察省大臣が連邦参事会に、共同配慮と扶養法上の問題について法案を新たに規定することを報告した。連邦参事会は、同年11月16日に、共同の親の配慮についての報告書²⁶を提出した。

2012年9月25日には、この法案について先議する国民議会(Nationalrat)での審議が始められた。その後、全州議会(Ständerat)での審議も行われ、2013年6月21日に国民議会は賛成160、反対13で²⁷、全州議会は賛成41、棄権4で可決した²⁸。

²⁶ Botschaft・前掲注21)の邦訳として、松倉耕作「共同配慮権とスイス政府草案—2011年11月17日付け連邦評議会草案について—」名城ロースクールレビュー24号109頁以下(2012)がある。

²⁷ スイス議会ウェブサイト

http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4909/411110/d_n_4909_411110_411370.htm

²⁸ スイス議会ウェブサイト

2013年10月10日にレファランダム期間(Referendumfrist)が経過し、任意レファランダムは行われなかった²⁹。2013年11月29日に、連邦参事会は、スイス民法典(配慮法)(Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Elterliche Sorge))³⁰を2014年7月1日に施行することを決定した(老齢及び遺族年金政令の養育勘定(後記IV.5)については2015年1月1日に施行)。

IV. 離婚後の親権制度の基本構造

スイス法には、親の配慮(elterliche Sorge)、監護(Obhut)、世話(Betreuung)の三つの概念があり、親権制度を理解するにあたっては相互の関係が問題となる。

1. 配慮権の定義

(1) 旧法における配慮と監護

2000年1月1日の離婚法改正により、親権(elterliche Gewalt)に代えて、親の配慮(elterliche Sorge)という用語が使用されている。

2014年改正法以後、配慮の内容は、原則として同じである(後記本章1.(2)(i))。しかし、監護(Obhut, droit de garde)については大きく異なる。旧法では、監護に、子の居所と委託方法を定める権限、日常の世話・養育・教育に関する権利の双方が含まれていた。そのうち、前者の居所指定・委託方法の定めを「法的監護」、後者の日常生活の世話に関する権利と義務の行使を「事実上の監護」と区別する解釈が通説であった。

連邦最高裁判所(Bundesgericht)の判例(BGE(連邦裁判所判例集(Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts)128巻3号9頁)では、民法310条1項による保護措置として後見官庁(Vormundschaftsbehörde)(現行法では児童成人保護官庁の管轄)が子を里親に委託した事案が問題となった。配慮を有するが監護を剥奪された父母について、子の居所と委託を定める監護「権」は後見官庁に移譲されており、事実上の監護を有する里親は監護「権」にはかかわらないとした。

配慮権者から、監護のみを剥奪することができ、その監護は、法的監護=監護権と事実上の監護に区別され、異なる当事者が有することができたといえる。

http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4909/411121/d_s_4909_411121_411132.htm

²⁹ 連邦法は、公布から100日以内に50,000人の署名又は8つのカントンの賛成があれば、任意レファランダムにかけられる(連邦憲法141条)。任意レファランダムが行われない場合、レファランダムの国民投票で賛成多数を得た場合には、施行日を記載して、法令全書(amtliche Sammlung)にて公刊される。

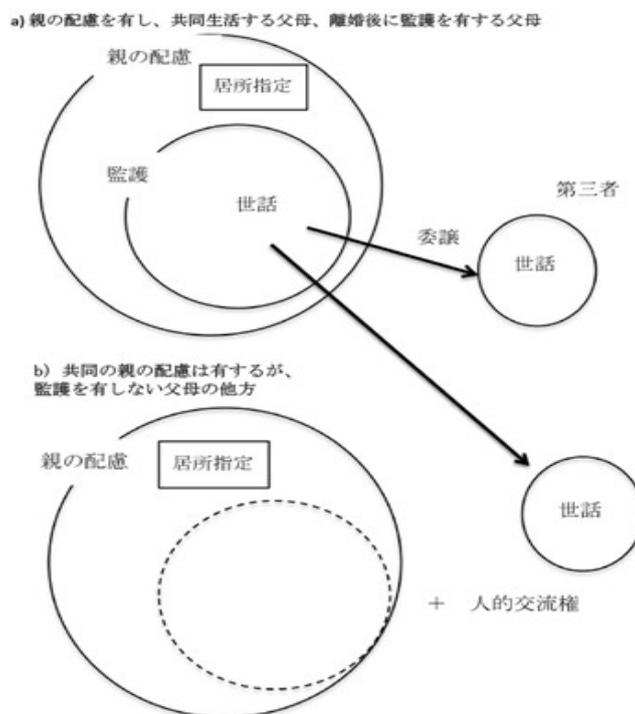
³⁰ Amtliche Sammlung des Bundesrechts 2014 357.

改正法全体については、松倉耕作「共同配慮権とスイス新法 - 2014年7月1日付け改正法について」名城ロースクールレビュー31号141頁以下(2014)を参照。

また、複数言語による民法典が存在するスイス独自の事情も、監護と配慮の関係に問題を生じさせていた。ハーグ条約5条a号は、「『監護の権利』には、子の監護に関する権利、特に、子の居所を決定する権利を含む。」と定める。監護の権利は、英語では“rights of custody”であり、フランス語では“droit de garde”、ドイツ語では“Sorgerecht”と表記される。スイス法において、ハーグ条約における「監護の権利」に対応するのは、ドイツ語では「配慮」(Sorge)である。しかし、フランス語訳のハーグ条約では「監護の権利“droit de garde”」の保持者の了承なく子が外国に連れ去られた場合にのみ適用される。そのため、父母が共同で親の配慮(l'autorité parentale)を有する場合でも、スイス民法典において居所指定を含む監護権“droit de garde”を有する父母の一方は、他方の同意なく子を連れて外国に転居することができ、国際的な子の奪取を理由とする子の返還手続の対象とならなかった。

(2) 2014年改正後の配慮・監護・世話

スイスでは、親の配慮(elterliche Sorge)と並んで、監護(Obhut)及び世話(Betreuung)という概念が使われる。これらの概念の関係は、入れ子構造をイメージするのが簡単であると思われる。つまり、親の配慮の中に監護が、監護の中に世話が入っており、配慮から監護を取り出すこと、監護から世話を取り出すことができるというイメージである。



(i) 配慮

配慮は、養育(Pflege)及び教育(Erziehung)についての権利と義務(民法301条1項)、居所指定権(民法301条a)、名付けの権利と義務(民法301条4項)、法定代理権(民法304条1項)並びに子の財産の管理(民法308条1項)についての権利と義務を含む。権

利を有する者がそれを行行使する義務を負うことから、義務権 (Pflichtrecht) とされる。

父母は、子の福祉を顧慮して養育及び教育を行い、自らの行為する能力の条件の下で必要な決定を行う (民法 301 条 1 項)。

ここでの養育とは、親の配慮を有する父母が子の衣食住、医者での治療を含めた看病、身上の世話を与える義務を意味する。父母が経済的理由からこれを行えない状況にあるときは、子の利益において、社会保障を請求する義務を負う³¹。

父母は、その状態に応じて子を教育しなければならない、子の身体的、精神的及び心理的発育を促し、保護しなければならない (民法 302 条 1 項)。父母は、子に、とりわけ身体的又は精神的な障がいをもつ子にも、その能力と施行に可能な限り相応した一般教育及び職業訓練を得させなければならない (同条 2 項)。この目的のためには、適切な方法で、学校と、事情により必要であれば公的又は公益の青少年補助団体 (Jugendhilfe) と協力するものとする (同条 3 項)。

養育及び教育の義務は、共同で親の配慮を有する父母が共同生活している場合には、父母双方が行うことになる。しかし、離婚後は、日常的な部分については、監護又は世話として扱われる。例えば、離婚後に共同で親の配慮を有する父母の一方が監護を有しており、他方は監護を有しない (しかし親の配慮は有する) ということがある。

子は父母に従う責務を負い、父母は子の成熟に応じた生活様式を保障し、重要な事務において可能な限りで子の考えを考慮する (民法 301 条 2 項)。子が親に従う義務 (Gehorsamspflicht) といえども、親の教育任務の構成部分である。子の年齢から適切な、及び社会的に適切な教育措置 (例えば、小遣いや外出を禁止すること) を親が行うことに子が従う。そのため、体罰や常に罵倒するという精神及び身体を損なうような懲罰は、教育の任務に含まれず、子の福祉に反するものであって許されない³²。

居所指定権は、2014 年改正によって、親の配慮に含まれることが明確にされた (民法 301 条 a 第 1 項)。これにより、離婚後に父母が共同の配慮を有する場合に、監護を有しない父母の一方も居所指定権を有する (居所指定権については後記本章 3. (4)、VII を参照)。

(ii) 監護

2014 年改正では、法的監護 (rechtliche Obhut, droit de garde) を居所指定 (Bestimmung des Aufenthaltsortes, Détermination du lieu de residence) (民法 301 条 a、後記本章 3. (4)、VII) として、監護から分離した。そして、(子の) 監護 (Obhut, garde de l'enfant) は、事実上の監護 (faktische Obhut, garde de fait) のみを意味する。法的監護の概念を廃止するのに対して、事実上の監護のみを監護として、世話とは異なる概念として維持している。

まず、監護とは未成年の子が住居共同体において生活することを意味し、子と生活して

³¹ Thomas Sutter - Somm / Felix Kobel, Familienrecht, Schulthess 2009, Rz. 986.

³² Sutter - Somm / Kobel・前掲注 31) Rz. 988.

いる父母が監護を有する。父母が婚姻中で共同生活をしている場合には、共同で配慮を有する父母双方が監護も有している。離婚後には、単独監護の際には父母の一方のもとで、又は交替監護（交替居所）の際には双方の住居共同体において、子が生活している。親の配慮に服する子の住所は、父母が共同の住所を有していない場合には、子を監護する親の住所となる（民法 25 条 1 項）。さらに、カントンによる養育給付の前払い（Alimentenbevorschussung）も、監護の帰属についての決定を要件としている場合には、監護を有する者が決まっていれば容易となる³³。

次に、監護は、衣食・養育・教育という身体的、精神的、心理的に子が均整のとれた発育をするために必要なものを日常的に与えることを意味する。

監護を有していない父母の他方は、共同の配慮の場合であっても子との人的交流の請求権を有し（民法 273 条）、子の扶養を金銭支払いにより負担する（民法 276 条 2 項）。

(iii) 世話

世話の概念は、住居共同体において子と生活する者に限らず、監護よりも広い範囲を含む。監護を有する父母の一方は、子の世話を、託児所や保育ママ（Tagesmutter）という第三者、あるいは祖父母などに委ねることができる。このような世話の委譲は、子の居所を変更するものでない限り、複数日に及ぶことができる。もっとも、寄宿舎付きの学校への入学を単独で決定する権限までは含まれない。

監護を有しない父母の他方は、人的交流として子がそのもとに訪れている場合（民法 273 条）に、子の世話をを行う。

2. 基本原則

(1) 旧法における共同配慮

(i) 婚姻中

婚姻している父母には、親の配慮が共同で帰属し（民法旧 297 条 1 項）、父母が子に関する全ての判断を共同で行う。共同の家政が廃止され、別居するときに、裁判所が父母の一方に親の配慮を単独で委ねることができた（民法旧 297 条 2 項）。

(ii) 離婚後

離婚の際に、裁判所は、父母の一方に親の配慮を委ね、父母の他方の人的交流請求権及び養育費分担について定める（民法旧 133 条 1 項）ことが原則とされた。離婚後に単独で

³³ スイス連邦司法・警察省 (EJPD) 「2011 年 11 月 16 日連邦参事会草案による『監護』、『世話』及び『居所』の概念」(Die Begriffe «Obhut», «Betreuung» und «Aufenthaltsort» gemäss Entwurf des Bundesrates vom 16. November 2011)
http://www.kokes.ch/assets/pdf/de/dokumentationen/geS_Bericht_BJ_RK-N__Obhut__Betreuung__Aufenthaltsort___Juni_2012_.pdf

配慮を有する父母の一方が単独で（法的及び事実上の）監護も有し、監護を有しない他方は人的交流の権利、訪問権を有した。

これに対して、子の世話（*Betreuung*）の分担（*Anteile*）と養育費分担について父母が裁判所により許可可能な合意に達しているときは、裁判所は、父母双方の申立てにより、これが子の福祉に合致する限りで、父母双方に親の配慮を委ねた（民法旧 133 条 3 項）。この場合には、世話の分担についての合意を求めることで、離婚後も共同で配慮を有する父母が共に子の世話をを行うことを想定していた。そのため、離婚後の共同配慮の際に監護と人的交流について定める義務を規定していなかった。

これは、共同配慮を選択した父母双方が子の世話を分担し、子の日常について知っているという理解を基礎においていた。しかし、前記 III. 3 の調査結果でも明らかになっていったように、現実には、離婚後に親の配慮を父母が共同で行使する場合も子の世話を父母双方が分担して行うという事案は少なかった。

（２） 現行法の共同配慮

旧法が「子は、未成年である限り、親の配慮に服する」（民法旧 296 条 1 項）と定めていたのに対して、現行法は、「子は、未成年である限り、父及び母の共同の配慮に服する」と定める（民法 296 条 2 項）。また、「親の配慮は、子の福祉に役立つ」と定め（民法 296 条 1 項）、親の配慮に関して考える際に、その中心には子の福祉があることを示している。

これらの規定は、父母が婚姻している、離婚している、婚姻していない場合であっても、共同配慮が、子の福祉に最も合致するという考えに基づいている。そのため、離婚は、父母の共同配慮に、原則として、影響を与えない³⁴。現行法では、婚姻中と同様に、離婚後も、父母の共同の配慮を原則とし、例外的に単独配慮を認めるというように、旧法とは原則と例外が入れ替わっている。

例外的なものとして位置づけられる単独配慮は、他の形での子の保護措置では成果を得られない、又はそれでは最初から不十分である場合（民法 311 条）、父母の一方が配慮を辞任する等の場合に（民法 312 条）、児童保護官庁が父母の一方から親の配慮を剥奪することで認められる。子の福祉をより保障することができる場合にのみ、単独の親の配慮が認められる。単独の親の配慮を求める父母の一方は、その立証責任を負う³⁵。父母の一方が死亡した場合には、生存する父母の他方が単独で親の配慮を有する（民法 297 条 1 項）。

³⁴ Botschaft・前掲注 21) 9101 頁

³⁵ Botschaft・前掲注 21) 9102 頁

[表 IV - 1] 離婚後の親の配慮：原則と例外³⁶

	2000年1月1日まで	2000年1月1日から 2014年6月30日まで	2014年7月1日から
原則	・ 単独の親の配慮＋ 単独の父母の一方の 単独の監護	・ 単独の親の配慮＋ 父母の一方の単独の監護	・ 共同の親の配慮＋ 父母の一方の単独の監護 ・ 共同の親の配慮＋ 交替監護 ³⁷
例外	・ なし	・ 共同の親の配慮＋ 父母の一方の単独の監護 ・ 共同の親の配慮＋交替監護	・ 単独の親の配慮＋ 父母の一方の単独の監護

3. 実体法上の規定

(1) 民法 133 条 1 項

父母の離婚の際に、裁判所は、次の四つの事項を含む親の権利及び義務について、親子関係の効果に関する規定に従って定める（133 条 1 項）。

- 1) 親の配慮
- 2) 監護
- 3) 人的交流又は世話の分担
- 4) 養育費の分担

まず、親の配慮について、離婚後も共同の親の配慮が原則となる。もともと、裁判所は、父母の離婚の際に、共同の親の配慮の要件が存在するかを確認しなければならない。子の利益の保障のために必要となる場合には、父母の一方に単独の親の配慮を委譲する（民法 298 条 1 項）。

監護についても、共同の親の配慮が原則となる現行法では、子の監護を父母の一方が行う事案（事案 1）と、父母が交替又は分担して監護する事案（事案 2）に分類される（後記本項[表 IV - 2]参照）。旧法の原則であった単独配慮と単独監護は、例外的に認められる（事案 3）。

共同配慮であれ、単独配慮であれ、父母の一方が単独監護者となる場合には、事実上の監護を行わない父母の他方は、子との人的交流の権利を有する。これに対して、旧法と同様に、離婚後の共同配慮において父母が交替して監護する事案では、人的交流ではなく、世話の分担について定める。そのことから、133 条 1 項 3 号は、人的交流と世話分担を選

³⁶ スイス司法庁（Budenamt für Justiz）ウェブサイト

<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/elterlichesorge/tabelle-d.pdf>

³⁷ 交替監護（alternierende Obhut）は、分割監護（geteilte Obhut）とも呼ばれる。

択的なものとして掲げている。

[表 IV - 2] 民法 133 条に定める事項の組合せ³⁸

事案 1	事案 2	事案 3
1 共同の親の配慮 2 父母の一方の単独の監護 3 人的交流 4 養育費の分担	1 共同の親の配慮 2 父母双方の交替監護 3 世話分担 4 養育費の分担	1 単独の親の配慮 2 父母の一方の単独の監護 3 人的交流 4 養育費の分担

(2) 事情変更

事情変更を理由とする親の配慮の等の変更の手続は、旧法と同様である。本質的な事情の変更を理由に子の福祉のために求められる場合には、父母の一方、子、又は児童保護官庁の申立てにより、親の配慮の帰属について、新たに定められる（民法 134 条 1 項）。

父母が合意している場合には、親の配慮及び監護の新たな定め、扶養契約の許可について、児童保護官庁が管轄を有する（民法 134 条 3 項 1 文）。

父母が合意できない場合には、離婚判決について管轄を有する裁判所が決定する（民法 134 条 3 項 2 文）。裁判所は、親の配慮、監護又は養育費分担について決定するとき、必要な場合には、人的交流又は世話の分担について新たに定める（民法 134 条 4 項 1 文）。その他の場合には、人的交流又は世話の分担について、児童保護官庁が定める（民法 134 条 4 項 2 文）。草案段階では民訴法の改正を伴う扶養分担の変更を除いて児童保護官庁に決定の管轄を委ねる規定（草案 134 条 2 項）となっていたが、議会での審議の末、民法旧 134 条 2 項に世話の分担という文言が加えられた点以外は変更されずに現行法の規定として引き継がれている。

(3) 決定権限の分配

第三者に対する外部関係において、共同の親の配慮を有する父母は、その帰属する配慮の範囲において子を代理する法定代理権を有する（民法 304 条 1 項）。善意の第三者は、共同で親の配慮を有する父母の一方が他方と了解して行為していることを前提とすることが許される（民法 304 条 2 項）。また、家族構成員（Hausgenosse）である未成年の子が損害を惹起したときは、父母は「家長（Familienhaupt）」（民法 333 条 1 項）として連帯して責任を負う。

父母間の内部関係において、共同の親の配慮とは、「父母が子に関する全てを原則として共同で定めることを意味する。その際に、父母の一方が、どのような種類であれ優先する

³⁸ スイス司法庁ウェブサイト

<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/elterlichesorge/tabelle-d.pdf>

ことはなく、決定票を有しているのでもない。」と説明される³⁹。

共同生活していない父母の間でその取決めが困難となる場合であっても、共同の親の配慮は、機能し続けなければならない⁴⁰。他面において、別居している父母の一方のみが子の世話と教育を実際に行う場合に、父母の他方が共同の親の配慮を濫用することへの危惧もあった⁴¹。

そこで、2014年改正では、子を実際に世話する父母の一方が単独で決定する場面に関する規定が設けられた（民法301条1項bis）。子が監護を有する母のもとで主として世話を受けており、週末には父のもとで過ごすという場合には、この週末についても母が日常生活の事務全てを決定することには意味がないからである。また、緊急の事務について、その事情を直接には知らない父母の他方よりも、世話をしている父母の一方が決定できる方が適切である。

子を世話する父母の一方が単独で決定できる事務として、事務が日常的又は緊急である場合（民法301条1項bis第1号、後記本項（i））、父母の他方に理性的な費用では到達できない場合（同2号、後記本項（ii））を定めている。

民法301条1項bisは内部関係のみを定めるものである。第三者との関係において、善意の第三者は、この場合にも父母の一方が他方と了解して行為していることを前提とすることが許される（民法304条2項）。

（i） 日常的事務、緊急の事務

日常的な性格を有する範囲の定義は、実務に委ねられている⁴²。それでも、衣食に関すること、自由時間の過ごし方のうち何が日常的事務又は緊急の事務であるのかの判断は、父母の一方が主観的に重要と考えるのかではなく、客観的基準によることが草案では示されている⁴³。

さらに、連邦参事会員ソマルガ司法警察大臣が次のような例を挙げて議会での審議において説明している⁴⁴。緊急性として、救急の入院治療は含まれる。しかし、計画が長期にわたる顎の治療や歯科治療も、数年にわたり影響を及ぼし、相当な費用がかかる歯列矯正も緊急ではない。日常的ではない事務として転校や改宗、医的侵襲、その他に例えば高度の能力を要する競技スポーツのように子の生活に深刻な影響を与えるものがある。これら

³⁹ Botschaft・前掲注21) 9106頁

⁴⁰ Bundesamt für Justiz（司法省）、Inkraftsetzung Revision elterliche Sorge, 2014, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/elterlichesorge/ber-bj-d.pdf>, S. 12.

⁴¹ Botschaft・前掲注21) 9106頁。立法段階での法務委員会では、監護権者である、又は主として子を世話する父母の一方に決定権限を委ねることも議論されたが、採用されなかった。また、主として子を世話する父母の一方が単独で決定し、他方がこれに同意を与える一定の重要な事務を列挙するという、学説からの提案も採用されなかった。

⁴² Botschaft・前掲注21) 9106頁

⁴³ Botschaft・前掲注21) 9107頁。ベジタリアンである父母の一方は、父母の他方のもとで子が肉を食べることを甘受しなければならないという例が挙げられている。

⁴⁴ Bundesamt für Justiz（連邦司法庁）、Inkraftsetzung Revision elterliche Sorge, S. 13.

の決定は、父母が共同で行わなければならない。

例えば、母が父の同意なしに子を全日制託児所に2、3日預けることができるかというように、第三者に世話を委ねる決定を単独でできるかについても、ソマルガ司法大臣は次のように答えている。母が職業活動の開始するために、子を新たに又は追加して全日制託児所に2、3日預ける場合に、これについて子の父と話し合い、父がこの部分について世話を引き受ける可能性もある。この場合には、親の配慮の体制や行使に著しい影響を有しており、子の利益と福祉に適った他の可能性も存在することから、父が意見を述べることには意義がある。もともと、母が職業活動を開始するために子を他人の世話を委ねることを父が妨げることでできるというのでは、子の福祉にも適わないものであり、認められない⁴⁵。

(ii) 父母の他方への到達不可能

父母の一方は、理性的な費用では他方に到達し得ない場合に、単独で決定することが許される（民法301条1項bis第2号）。例えば、父母の他方が行き先や電話番号を知らせずに旅行に出ている場合がこれにあたる。

(4) 居所指定権

子とその父母の居所の変更について、2014年改正では、居所指定権を監護から切り離し、親の配慮が子の居所を定める権利を含むことを新たに明文で定めている（民法301条a）。

共同の親の配慮を有する父母は、どこで、父母のどちらのもとで子が生活するのかを共同で決定する⁴⁶。

居所に関連する父母の取決めは、主として子を世話する父母の一方が転居を望む場合にのみ必要なのではない。父母の他方も、親の配慮の保障に著しい影響を有しない場合にのみ、取決めなしに居所を変更することが許される。これらの場合においても、子と父母の他方が、既成事実を突きつけられる事態を避けることが大切であるとされる。

父母が自らと子がどこで生活するかについて合意できない場合に、離婚及び婚姻保護の手續継続中における居所変更については、裁判所が決定する（民法315条a）。離婚判決の変更を求める場合も、裁判所が決定することができる。世話と人的交流を新たに定めた上で転居を許可することができるほか、裁判所は、転居を禁じる、子を父母の他方のもとに移す、第三者に移すよう命じることもできるとされる。手續が裁判所に係属していない場合において、離婚後を含め父母が婚姻していないときは、扶養に関する決定を除いて、児童保護官庁が管轄を有する。これらの決定にあたり、子の意見が聴取され、子の福祉が優先される。

子の居所の変更に伴い必要となる場合に、父母は、それまでの親の配慮、監護、人的交

⁴⁵ Bundesamt für Justiz (連邦司法庁), Inkraftsetzung Revision elterliche Sorge, S. 13.

⁴⁶ 旧法のように婚姻保護裁判所 (Eheschzgericht) が父母に共同で親の配慮を委ねて、同時に子の居所の決定について父母の一方に単独で委ねることは、現行法では禁じられる (Botschaft elterliche Sorge, BBl 2011 9083)。

流及び扶養の定めを適切なものに変更する合意をする（民法 301 条 a 第 5 項 1 文）。父母が合意できないときは、裁判所又は児童保護官庁が決定する（同条 5 項 2 文）。

父母の一方が単独で親の配慮を有する父母の一方は、居所指定権も有している。子の居所の変更については、父母の他方に適時に情報提供しなければならない（民法 301 条 a 第 3 項）。

（５） 共同の親の配慮を有する父母の意思が合致しない場合

共同の親の配慮は、父母が子に関する判断を共同で行うことを意味する（例外について、前記本節（３））。合意が破綻すると、父母は裁判所に調停（Vermittlung）を依頼することができる（民法 172 条 1 項）。その際に、裁判所は、婚姻上の共同体を代理する権限を、能力を有しない父母の一方から剥奪することができる（民法 174 条 1 項）。この場合に、父母の他方は、子について重要な判断を単独で行う⁴⁷。

婚姻法上の手続（ein eheliches Verfahren）以外では、父母は、児童保護官庁に相談する。しかし、子に関係する問題について合意できない全ての場合に裁判所と児童保護官庁が調整するのではない。官庁又は裁判所による仲裁は、父母間の紛争が同時に子の福祉の危険を意味する場合に限られる（民法 307 条以下による児童保護措置）⁴⁸。官庁の決定は、優先的に子の福祉に対応しなければならない、原則として子からも意見を聴取しなければならない。依頼を受けた官庁は、適切な事案においてメディエーション（後記本章 6.（４））を父母に勧めることができる（裁判所については民訴法 297 条 2 項）⁴⁹。

（６） 裁判所が決める際の判断基準

父母の離婚時に、裁判所は、親の配慮、監護、人的交流、世話の分担、扶養の分担を定めるにあたり、子の福祉にとって重要な全ての事情を考慮する（民法 133 条 2 項 1 文）。

裁判所は、父母の共同での要求（Anspruch）を考慮するとともに、可能な限りで子の考えも考慮する（民法 133 条 2 項 2 文）。

4. ドメスティック・バイオレンス等の事情がある場合の対処

ドメスティック・バイオレンス（以下「DV」とする）がある場合には、婚姻保護措置における住居の利用（前記 II. 2）として、暴力を行う夫婦の一方の即時の退去、住居の鍵の引渡し、立入禁止、接触禁止、一定地域の徘徊禁止を裁判所が命じる（民法 28 条 b）。DV に対処する官庁、その手続については、カントン法によって定められる（民法 28 条 b 第 4 項）。

⁴⁷ Botschaft・前掲注 21) 9107 頁

⁴⁸ Botschaft・前掲注 21) 9106 頁

⁴⁹ Bundesamt für Justiz（連邦司法庁）, Inkraftsetzung Revision elterliche Sorge, S. 14.

DV の被害者を保護する措置が特に緊急性を有する場合には、裁判所に超暫定的申立て (ein superprovisorisches Begehren) が行われる。この際に、裁判所は、加害者である相手方から事前に意見を聴取することなしに、即時の効果を有する仮処分の命令を決定する。加害者からの意見聴取は、事後的に行われる。

DV からの保護のための超暫定的措置は、申立てを行う当事者の一方又は子が深刻な暴力又は脅迫の直接の危険にさらされており、特に緊急に定めを要する場合にのみ、裁判所は行うことができる。当事者が単に主張するだけでは足りず、証明資料を提出する、又は自ら述べたことを裏付ける間接証拠を示さなければならない⁵⁰。DV にかかわる子の態度及び外見については教師及び託児所長からの報告が提出される。

2004 年の改正により、婚姻及び家族における暴力について、繰り返される暴力行為、いかなる形での身体への傷害は、職権によって訴追される (刑法 123 条、126 条)。これらの事案においては、婚姻保護及び離婚の手続を行う裁判所は、被害者が処罰を求めているか否かにかかわらず、告発する。

親の配慮との関連においては、2014 年改正により、児童保護官庁が親の配慮を剥奪する理由の一つとして父母の暴力が明文で示された (民法 311 条 1 項 1 号)。ここでの暴力は、子に対して直接にふるわれる暴力のみならず、父母の一方から他方に対する暴力 (DV) で子が間接的に影響を受ける場合も含まれる。

5. 老齢年金及び遺族年金における養育勘定

老齢年金の給付額は、就労所得と保険料納付期間により定まる。父母の一方が子の世話のために職業活動を制限されている場合には、所得がない又は減少することにより、年金給付額が減少することになる。そこで、老齢及び遺族年金政令 (Verordnung über Alters-Hinterlassenenversicherung ; AHVV) では、所得の減少を保障するために、養育勘定 (Erziehungsgutschrift) という制度を採用している。養育勘定は、金銭給付ではなく、年金額算定の際に考慮される仮定の所得である。最低年金の 3 倍の額まで積み立てられ、保険料納付期間で分割した上で、平均就労所得に加算される。これにより、16 歳未満の子を世話する者が、実際の所得による計算よりも高い年金額の給付を受けることができる。

婚姻中に累積する夫婦の就労所得と養育勘定は、合計した上で、半分に分割される。離婚後については、旧法では、親の配慮を有する父母の一方 (単独配慮) 又は双方 (共同配慮) について、自動的に養育勘定を算定していた。これは、離婚後の共同配慮を父母が合意しているときにも、世話の分担の合意がなされ、父母双方が子を世話しており、そのために所得活動を制限していると想定していたためである (参照、前記 IV. 2. (1) (ii))。

⁵⁰ 既に暴力又は脅迫が行われ、さらに暴力を受ける危険があることを裁判所に示すために、医師の診断書、加害現場の写真、警察の報告書、暴力保護法による警察の保護処分、当事者及び証人の報告文書、DV シェルター滞在への届出などが提出される。

しかし、現行法では、離婚後も共同の親の配慮が原則となり、親の配慮を有する父母が子の世話をしているとは限らない。そして、共同の親の配慮であっても、父母の一方のみが子の世話のためにその所得活動がされ、老齢及び遺族年金の将来の給付に際して損失を被ることがあり得る。そのため、民法の改正に合わせて、老齢及び遺族年金政令についても養育勘定の規定が改正された。ただし、新制度への準備に期間が必要なため、養育勘定の改正については、2015年1月1日から施行とされた。

裁判所又は児童保護官庁は、共同の親の配慮、監護の帰属、世話の分担について決定する際に、職権により同時に養育勘定の算入についても判断する（老齢及び遺族年金政令 52条 f bis 第1項）。共通の子の世話について大部分を行うことになる父母の一方には、全ての養育勘定が算入される（同2項前段）。例えば、父母の一方 A が共通の子を世話できるためにはその所得活動の大部分を父母の他方 B と比べて制限される場合には、A が世話の大部分をもたらしており、養育勘定は全て A に算入される⁵¹。父母双方が同程度で世話をを行う場合には、半分ずつ算入される（同2項後段）。

後に父母が世話の分担方法を合意により変更する場合には、養育勘定についても、変更することができる。その際に、父母の一方に全てを算入すること又は父母それぞれに半分ずつ算入することを、官庁の協力なしに、文書により合意することができる（同条4項）。この場合に、必ずしも、世話の状況に合わせなくともよいとされる。

6. 制度に伴って必要となる司法手続の概要

(1) 司法と行政の割り振り

2014年改正では、子の利益についての判断の管轄を簡素化し、明確にすることが目指された。全ての紛争事案を裁判所が扱うという案は、裁判所の管轄の拡大が近年の立法の方向性と矛盾することから、草案段階で放棄された。現在では、裁判所のほかに、以前の後見官庁に代わり児童保護官庁（後記本節（3））が、親の配慮、人的交流などについての管轄を有している。

裁判所は、親の配慮の定めについて婚姻保護及び離婚手続において問題が生じている場合に管轄を有する。例えば、離婚時の親の配慮の定め、監護、人的交流については、裁判所が管轄を有する（民法 133 条 1 項）。また、親の配慮、監護、扶養契約について父母が合意できない場合にも管轄を有する（民法 134 条 3 項 2 文）。必要な専門知識を備えた家庭裁判所を設置することは、カントンの裁量に委ねられている。

児童保護官庁は、父母が合意している場合に、親の配慮及び監護の新たな定め、扶養契約の許可について管轄を有する（民法 134 条 3 項 1 文）。親の配慮など関連する他の事項

⁵¹ Informationsstelle AHV / IV, Erziehungsgutschriften, <https://www.ahv-iv.ch/p/1.07.d>, S. 3

が裁判所に手続が継続していない限り、人的交流については、児童保護官庁が管轄を有する（後記 V. 6）。

（２） 裁判所の管轄・手続

連邦民訴法に別段の定めがない限り、カントン法が、裁判所の事物管轄及び職分管轄について定める（民訴法 4 条 1 項）。そのため、離婚訴訟を管轄する裁判所は、カントンにより異なる。

（３） 児童保護官庁

2013 年 1 月 1 日に施行された児童及び成人保護法により、スイスの成年後見制度が新たに構築されるとともに、後見官庁（Vormundschaftsbehörde）は廃止され、児童成人保護官庁（Kindes - und Erwachsenenschutzbehörde；KESB）が設立された。児童成人保護官庁は、成年後見（Erwachsenenschutz、民法 360 条以下）の専門機関であるとともに（民法 440 条 1 項 1 文）、児童保護官庁による職務を行う（同条 3 項）。決定について最低 3 人の構成員による（同条 2 項）以外に、機関の構成など詳細については、児童及び成人保護法導入のためのカントン法により定められる。カントンでは、地区ごとに児童成人保護官庁を設置している⁵²。

民法典において、子に関する事件を扱う場合には「児童保護官庁（Kindeschutzbehörde）」、成年後見に関する事件を扱う場合には「成人保護官庁（Erwachsenenschutzbehörde）」と表記されている。

民法典に定められている児童保護官庁の職務などは後記【資料 2】を参照。

（４） メディエーション

スイスにおいては、調停人（Friedensrichter, Vermittler）による調停手続（Schlichtungsverfahren）が 200 年の歴史をもっている⁵³。調停手続では、離婚手続のほか、略式手続（summarische Verfahren）、身分登録（Personenstand）に関する手続、強制執行及び破産法による手続の一部などが対象となる（民訴法 198 条）。

2011 年からは、当事者は、国家的な調停手続か、私的なメディエーションかの選択を行うことができる。

メディエーションに適した事件として、婚姻・家族・親子に関する事項のほかにも、相続、金銭債権、賃貸借・相隣関係、学校・職場の問題などがある。

⁵² 例えば、カントン・チューリッヒでは 13 カ所、カントン・バーゼルラントシャフトでは 6 カ所が設置されている。カントン・アールガウでは、地区裁判所の家庭裁判所（Familiengericht）が、児童成人保護官庁として活動している（カントン・アールガウのスイス民法典及びパートナーシップ法施行法（Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch und Partnerschaftsgesetz（EG ZGB）59 条 1 項））。

⁵³ 調停人の団体については、スイス調停人連合（Schweizerischer Verband der Friedensrichter und Vermittler）のウェブサイトを参照。<http://www.svfv.ch/links.html>

メディエーションは、調停の形で、当事者の任意で、公的ではない手続として、裁判上の手続の代替として行うことができるものである。訓練を受けた特別の第三者であるメディエーターに決定権限はなく、当事者が紛争について納得のいく解決に自らに達するための支援を行う。裁判上の手続とは異なり、メディエーションでは、当事者間の紛争を全体的に明らかにすることができる。また、問題を、法的観点からのみではなく、その他の視点から考慮することもできる。当事者双方の利益を考慮した、双方のための最善の解決策を探ることが中心となる。

メディエーションは、全当事者の申立てにより、調停手続の代わりに行うことができる。当事者全てが、メディエーションを行うことについて合意していなければならない。裁判手続が継続している場合には、当事者全員は、いつでも裁判官に対してメディエーションを申し立てることができる。また、裁判所も、当事者にメディエーションをいつでも推薦することができる。これは、当事者を拘束するものではない。また、婚姻法上の手続において子の利益が問題となる場合には、裁判所は、メディエーションを試みることを父母に促す。子の保護が問題となる場合には、裁判所は、メディエーションを命じ、これは父母を拘束する。

メディエーターは、裁判により任命されるのではなく、当事者が自由に選択することができる。メディエーターの選択にあたり、メディエーション連合 (Mediationsverbände) を始めとする各種団体のウェブサイトが参照されている。

メディエーションと裁判手続は互いに独立しており、メディエーションの継続中は、裁判手続は停止する。当事者がメディエーションにおいて解決に至ったならば、調停手続又は裁判手続は終了する。一部の解決のみの場合には、残りの部分について裁判手続が継続する。メディエーターは、裁判手続及び裁判上の決定には関与しない。

費用は、当事者が、通常は折半して負担する。メディエーターへの報酬は、時給又は日給で計算される。当事者がメディエーターとあらかじめ合意文書を作成しておくことが薦められている。費用の一部を、権利保護保険 (Rechtsschutzversicherung) により負担することもできる。

監護及び親の配慮の割り当て、訪問権、情報提供請求権など財産法的な性質を有さない親子法上の事務に関しては、必要な費用を負担できる経済状況になく、裁判所がメディエーションの実行を勧めている場合に、当事者は、無償のメディエーションを請求する。

V. 離婚後の親子の人的交流

1. 離婚後の共同配慮と人的交流の関係

人的交流 (persönlicher Verkehr) への請求権は、判例によれば、父母の一般的人格権から導き出される。親の配慮から生じるのではなく、親子関係の効果によって発生する。

また、人的交流権は、ヨーロッパ人権条約 8 条による家族生活の尊重の一部として保障される。

人的交流には、実際に父母の一方と子が会うという訪問 (Besuch) のほかに、手紙や電話でのやりとり、インターネットでのやりとりも含まれる。

民法 273 条から 275 条までの人的交流の規定は、2000 年から施行された離婚法改正によって現在の形となっている。この改正により、いわゆる義務権 (Pflichtrecht) であることが明確にされた。それに対して、子からの人的交流の請求権を強制的に実行可能な形で法律に定めることは断念された。それでも、権限を有する父母の一方が訪問権を行使しなければ、間接的に制裁を受けることがある。

子の側から見た人的交流の目的は、父母双方と定期的に人的なコンタクトを有することである。それにより、子のアイデンティティの探求を促すとともに、配慮又は監護を有しない父母の他方を理想化すること、悪人と思うことを妨げるものとされる。

配慮又は監護を有しない父母の一方及び子は、適切な人的交流 (persönlicher Verkehr) への請求権を相互に有する (民法 273 条 1 項)。

人的交流が問題となる主たる事案として次の三つがある。

- 1) 婚姻している父母が共同の家政を廃止した場合、事実上の別居の場合。民法 176 条 3 項による親子関係の効果の規定による必要な措置として。
- 2) 父母が離婚し、監護を父母の一方が有している場合 (民法 133 条 1 項)。
- 3) 父が子の母と婚姻しておらず、親の配慮を有せず、子と共同生活していない場合。

離婚後に父母が共同の親の配慮を有する場合にも、子が父母の一方のもとで生活しているときは、この父母の一方が (事実上の) 監護を有し、父母の他方は人的交流の権利を有する。これに対して、日常生活において父母双方が子を世話し、世話の分担について父母が合意している場合には、人的交流は問題とならない。交替居所は、世話の参加における交替監護として、人的交流とは別の枠組みで捉えられている (前記 IV. 3. (1))。

父又は母は、要件を具備する際に管轄の官庁が人的交流の請求権について具体的に定めることを求める法的請求権を有している (民法 273 条 3 項)。官庁による定めのない場合には、人的交流は、親の配慮又は監護を有する父母の一方の意思に反して行使することは許されない (民法 275 条 3 項)。

例えば、婚姻している父母が合意して別居し、その際に子が暫定的に母のもとに居住し、2 週間ごとに週末を父のもとで過ごすという合意を、婚姻保護措置なしに行うならば、人的交流は、官庁の協力なしに行うことができる。その後、別居中に人的交流について父母の争いが生じたときは、父は、人的交流を婚姻保護措置において定めさせる (民法 176 条 3 項)。措置が出されるまで、父は、監護を有する母の同意なく子を連れ出す方法で独断

で人的交流を行使することは許されない⁵⁴。

人的交流について具体的に確定する際に、管轄官庁は、個別事案の具体的事情を考慮しなければならない。中心的な判断基準である子の福祉の観点から内容が決定され、それと相違する親の利益は劣後する。民法 133 条 2 項は、子の福祉にとって重要な事情を全て考慮することを定めている。

子の福祉という判断基準において、子の考えは、中心的な役割を果たす。裁判所は可能な限り考慮しなければならない（民法 133 条 2 項）。これは、裁判所のみならず、管轄官庁にも妥当する。子の意見を聴取して（民訴法 298 条）子の考えを考慮に入れるとともに、それに相応する事実関係を、裁判所又は管轄官庁は、職権で明らかにしなければならない。

子の考えや望みの他に、人的交流権者である父母の一方と子の従来との関係、父母の一方と子の年齢・人格・健康状態、子と父母の一方の生活の中心地との距離などが、人的交流について定めるにあたり考慮される。

そして、人的交流は、一時的ではなく、継続的に定められなければならない。その後事情が本質的に変化したときは、人的交流について新たに定める申立てをすることができる（民法 134 条 1 項）。裁判所が、親の配慮・監護・扶養分担の変更について定めるときは、必要な場合において、人的交流についても新たに定める（民法 134 条 4 項）。その他の場合には、児童保護官庁が、人的交流の変更について定める。

人的交流、とりわけ訪問権について定めるときには、裁判所及び児童保護官庁は、次の 1) ~4) について具体的内容を命じる。

1) 訪問権の期間と間隔

訪問の期間と間隔について父母が合意しており、父母に共通する考えが子の福祉に適うときは、これを考慮に入れる。父母間に争いがあるときは、就学前の子については毎月 1、2 日が適切とされ、就学している子については毎月 1 回の週末と長期休暇中の 2、3 週間が通常とされる。ここでも、カントンや地域の慣行ではなく、子の福祉が中心となる。

2) 時間と場所

いつ、どこで子を引き取り、いつ、どこで子を返すのかを定める。子が自分で権利者のもとに行くことができる年齢であれば、決める必要はない。訪問権は、原則として、訪問権者である父母の一方がいる地域で行使される。ただし、2 歳までの乳幼児については、子の通常の居所において訪問権が行使される。

3) 訪問権行使の費用

交通費などの費用は、原則として訪問権者である父母の一方が負担する。監護を有する父母の他方が遠隔地におり、訪問権の行使が困難な場合には、子の引取りと引渡しの義務と費用は適切に分担するものとされる。

4) 勧告と指図

⁵⁴ Sutter - Somm / Kobel・前掲注 31) Rz. 847.

児童保護官庁は、人的交流の行使又は不行使が子にとって不利な影響を及ぼすとき、又はその他の理由から勧告若しくは指図が必要なときは、父母、里親又は子に勧告し、指図を与えることができる（民法 273 条 1 項）。勧告と指図は、相当なものなければならず、子の福祉と近い関係にあるものでなければならない。

勧告には、例えば、訪問する父母の一方が定められた日と時間内に子を引き取る状態にすること、定められた時間に子を返すことがある。指図には、子の福祉に合致しない一定の活動（例えば、登山旅行やラフティング）を訪問権の範囲内で行うことの禁止、アルコール摂取の禁止、外国への旅行の禁止、文書保管などがある。また、監督下での人的交流として付添い訪問（後記本章 2）を命じることもできる。

官庁による命令を守らない場合には、官庁の処分に対する不服従として過料に処せられる（刑法 292 条）。勧告及び指図を無視する訪問権者については、訪問権が制限又は廃止されることがある（民法 274 条 2 項）。

2. 監督下の人的交流

子の虐待、強度の精神病、子の奪取の危険という子の福祉が危険となる具体的な根拠が存在する場合であっても、訪問権を完全に剥奪するのではなく、子と訪問権者の間の人的交流は監督下で行われる。人的交流の監視には、補佐人（Beistand）が任命され、子が訪問権者である父母の一方と会う際に付き添って監督する（民法 308 条 2 項）。監督下での人的交流は、公立又は私立の青少年補助団体が組織し運営する“points recontres”と呼ばれる、子と訪問権者である父母の一方とが会うために設けられた場所で行われている。

3. 不作為義務

父及び母は、他方と子の関係を害する、又は教育する者の職務を困難とする全てのことをやめなければならない（民法 274 条 1 項）。どのように人的交流を行使するのかということについて、子の福祉と監護者の教育の任務が優先する。例えば、監護を有する父母の一方が子に禁じている活動を子に許すことによって、訪問権者である父母の他方が、父母の一方の教育の任務を困難とすることは許されない。他方において、監護を有する父母の一方が、悪口を吹き込む、訪問権との関係において嫌がらせをすることで、訪問権者である父母の他方と子の関係を損なうことも許されない。

4. 人的交流の執行

人的交流権が妨害された場合に、父母の一方は、原則として、カントン民事訴訟法による執行を請求することができる。しかし、どの範囲において強制執行が許されるのかにつ

いては、判例及び学説でも明らかではないとされる。もっとも、訪問権者である父母の一方が拒絶する他方に対して、訪問権の行使を強制的に実現することがそもそも排除されているのではない。もし排除されるならば、訪問権の実現が父母の他方の恣意に委ねられることになってしまうからである。ただし、判断能力を有する子が明確に表明した意思に反して、訪問権を強制的に実行することは許されない。

2014年改正の試案（Vorentwurf）では、刑法220条（未成年者略取）を改正し、「未成年者を訪問権者に引き渡すことを拒絶する者」についても、居所指定権者（試案では監護権を有する者）から奪取し、又は返還を拒絶する者と同様に、3年までの自由刑又は罰金に処することが提案された。そして、この提案は意見聴取手続において17のカントンと3つの政党から賛成を受けていたが、連邦参事会による草案の段階で刑法改正は削除された。これは、訪問権の争いが激しい感情的な対立を伴っており、刑罰を命じても、紛争の回避と予防に役立たないこと、父母の一方が刑に処されることで子が間接的にも苦しむというおそれがあることを理由とする。また、刑法220条を改正しなくとも、児童保護官庁又は裁判所は、例えば母が子を父に定められた時に定められた場所で引き渡さなければならず、それに反した場合には官庁による処分への不服従（刑法292条）を理由に処罰されることを命じることができる（民訴法343条1項a号）。

5. 人的交流の制限及び消滅

人的交流権は、親子関係に基づくものであり、確定判決による親子関係の解消、子が他人と縁組することによって（民法273条3項）消滅する。

また、人的交流を行う、又は行わないことにより子の福祉が害される場合には、人的交流権が、制限又は剥奪される（民法274条2項）。監督下での人的交流などの措置により人的交流と子の福祉を保障できない場合に命じられる。訪問権を剥奪された場合であっても、父母の他方は、子と手紙のやりとりによりコンタクトを絶やさずにすることは、判例で認められている。そのような場合に、子と父母の一方の居所を他方に知らせない必要があれば、児童保護官庁が、手紙の受け渡しを行うこともある。

その他、父母が義務に反して人的交流権を行使する場合、父母がまじめに子の面倒を見なかった場合、その他重大な理由が存在する場合にも、人的交流権が制限又は剥奪される（民法274条2項）。判例によれば、例えば、子を違法に引き留めた場合、訪問中に子を継続的に第三者の世話に任せていた場合、子に対するネグレクト又は身体的若しくは精神的虐待の場合がある。また、義務違反も、帰責性も存在しない場合であっても、人的交流権の制限又は剥奪は、客観的にみると子の福祉の理由から必要となる場合には、行うことができる。義務違反があるだけでは不十分で、子の福祉への危険が必要な要件である。

6. 管轄

人的交流に関する命令は、子の住所地の児童保護官庁が管轄を有する（民法 275 条 1 項）。子の保護措置（民法 307 条以下）を行う場合には、子の住所地の児童保護官庁が管轄を有する（民法 275 条 1 項）。

裁判所が離婚、婚姻共同体の保護に関する規定に従って親の配慮、監護、養育費分担を定めるときは、人的交流についても定める（民法 275 条 2 項）。

父及び母による請求についての命令がない場合には、人的交流は、親の配慮又は監護を有する者の意思に反して行使してはならない（民法 275 条 3 項）。

VI. 養育費

父母は、子の扶養について費用を負担する（民法 276 条 1 項）。扶養は、養育及び教育によって給付され、父母の監護のもとにない子については現金給付による（民法 276 条 2 項）。離婚後は、親の配慮ではなく、監護を有するか否かによって、扶養の給付方法が異なる。つまり、扶養（Unterhalt）としては離婚後も配慮を有するか否かにかかわらず父母双方が義務を負い、現金給付である養育費については監護を有しない父母の一方が負うこととなる。監護を有する父母の一方は、養育及び教育をすることで扶養義務を履行する。

離婚を共同で申し立てる場合において、父母が養育費について合意しているときには、養育費契約書（Unterhaltsverträge）を提出する。養育費契約書は、児童保護官庁の許可を得なければ、子に対して拘束力を有しない（民法 287 条 1 項）。

離婚時に父母の合意がない場合には、養育費について裁判所が定める（民法 133 条 1 項）。

扶養寄与（Unterhaltsbeiträge）の請求権は子に帰属し、未成年の子についてはその法定代理人又は監護を有する者に履行する（民法 289 条 1 項）。子は、父若しくは母又は双方に対して、将来及び訴え提起まで 1 年分の扶養の給付を訴えることができる（民法 279 条）。

養育費は、子の需要並びに父母の生活状況及び給付能力に相応しなければならず、そのほかに子の財産及び所得、監護権者ではない父母の一方による子の世話の分担が考慮される（民法 285 条 1 項）。

VII. 子連れ別居等、一方の親による子の連れ去りに関する法規制

1. 転居の制限

父母の引越や移動の自由（連邦憲法第 24 条）は、共同の親の配慮により妨げられない。居所指定権に関する民法 301 条 a も、父母の一方に転居を禁じることを目的とはしていない。しかし、それは新たな居所が親の配慮の実行に著しい影響を及ぼさない場合に限られ

る。

父母の一方が単独で、又は子と共に転居を望む場合には、まず原則として、父母双方の合意により決定される。これは、父母の一方がその居所を他方の了解なしに変更し、それが既成事実として父母の他方と子に突きつけられることを防ぐことを目的とする。

特に、父母の一方又は子の居所の変更が父母の他方による親の配慮の行使に著しい影響を有するときには、父母の他方の同意が必要となる（民法 301 条 a 第 2 項 b 号）。著しい影響は、父母の一方による親の配慮の行使と他方による人的交流の双方に及ぶものでなければならないと法律の文言からは読めるが、その一方への影響でも正当化されると考えられている。現在のスイスにおけるコミュニケーション手段の状況からすると、スイス国内での子の連れ去りによって親の配慮の行使に著しい影響を及ぼすことを証明するのは、実際には困難であるとされる。それに対して、人的交流に対する著しい影響は、子の年齢、健康、交流手段、交通費など客観的視点を考慮して、個別事案ごとに判断することができる。転居による距離だけではなく、重要な要素全てを考慮しなければならない。

父母の一方による居所の変更が他方の親の配慮の保障に著しい影響を有しない事案については、父母の他方の同意が必要とされていない。例えば、父母が同じ市町村（Gemeinde）に居住しないが、引越によって距離があまり離れない、又は短縮される場合も含まれる。

2. 子の連れ去り

未成年者を居所指定権を有する者から略取した者、又はその返還を妨害した者は、告訴により、3 年までの自由刑又は罰金刑に処される（刑法 220 条）。

父母の一方が居所を外国に移す場合には、親の配慮の保障に著しい影響を与えない場合であっても、父母の他方の同意を必要とする（民法 301 条 a 第 2 項 a 号）。これは、外国への移住により、その国の裁判管轄権が及び、スイスで行われた親の配慮に関する定めを実行することが困難となることが考慮されている。

国際的な子の奪取の民事上の側面に関するハーグ条約の締約国又はヨーロッパ配慮協定の締約国に父母の一方が子の住所を独断で移転する場合には、父母の他方は、子の返還手続を行うことができる。

【資料 1】 離婚時に夫婦が合意すべき事項⁵⁵

- 1) 共通の子に関する親の配慮の割り当て (Zuteilung) (民法 133 条)
- 2) 他方の訪問権、又は監護及び世話参加の定め (民法 133 条)
- 3) 休暇中の訪問権又は世話の定め (民法 133 条)
- 4) 養育費の分担 (民法 133 条)
- 5) 配偶者への離婚後扶養 (民法 125 条)
- 6) 扶養の分担を物価の上昇に合わせるか否か、どのように合わせるのか。現時点での物価の基準を決めるにあたり、連邦統計局による消費者物価指数⁵⁶を参考とする。
- 7) 婚姻住居をどのようにするのか、誰が住居に留まり、誰が引っ越すのか、そしていつまでか。
賃貸借契約は譲渡しなければならないのか、居住権を設定しなければならないのか。(民法 121 条)
- 8) 夫婦財産制の清算
 - ・預金、有価証券など
 - ・不動産の配分
 - ・家具と家財の分割
 - ・自動車の帰属
 - ・誰がローン(とりわけ抵当権)、その他の債務を引き受けるのか。
 - ・企業年金(Pensionskasse)の事前受給(Vorbezüge)
 - ・老齢年金、遺族年金におけるいわゆる 3 本の柱システムにおける第三の柱(個人年金)への貯蓄の分割
 - ・生命保険
- 9) 納付されていない税金を誰が支払うのか。
- 10) 企業年金(年金共済金庫)(民法 122~124 条)。(婚姻離別(Ehetrennung)の手続では省略)
- 11) 子について共同の配慮の場合には、特に公的老齢・遺族年金保険(AHV)の養育勘定(Erziehungsgutschrift)の割り当てを定めておかなければならない。
- 12) 裁判費用、裁判手続のための相互の補償
- 13) 残金清算条項(Saldoklausel)。この合意の履行により、当事者双方は、婚姻法及び夫婦財産法において完全に話し合いがついている旨の条項。

⁵⁵ カントン・チューリッヒの裁判所が出している資料を基にした。

http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/Themen/Ehe_und_Familie/Formulare_und_Merkblaetter/C_Scheidungskonvention.pdf

⁵⁶ スイス統計局ウェブサイト

<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/05/02.html>

さらに、扶養分担について合意するときは、以下の点を確定しなければならない（民法 143 条）

14) 合意の経済的基礎（申立人双方の所得、財産、債務）

15) 必要費の一覧表（家賃、健康保険、職業上の出費、保険料、扶養分担額、子の学費、家族構成員の医療費又は介護費用など）。食費、衣料費、洗濯費、身体衛生及び健康管理のための費用は除かれる。

【資料 2】 民法典に定められている児童保護官庁の職務

親の配慮について

- ・ 離婚後に事情変更を理由に子の福祉により示されている場合には、親の配慮を有するものについて新たに定める申立てを行う（民法 134 条 1 項）。
- ・ 父母が合意しているときは、事情変更による親の配慮若しくは監護についての新たな定め、又は扶養契約の許可について管轄を有する（民法 134 条 3 項）。
- ・ 単独で親の配慮を有する父母の一方が死亡したときに、親の配慮を生存する他方に委ねるか、未成年後見を開始するかの判断（民法 297 条 2 項）。
- ・ 離婚後に父母の双方に親の配慮が委ねられない場合の、未成年後見人の選任（民法 298 条 3 項）。
- ・ 補佐に服する父母の一方について補佐が終了した場合に、親の配慮を付与する旨の決定（民法 296 条 3 項）。
- ・ 共同の親の配慮の際に、父母の一方が外国などに居所を変更する際の許可（民法 301 条 a 第 2 項）。
- ・ 子の居所の変更に際する親の配慮、監護、人的交流及び養育費分担について父母が合意できない場合に決定する（民法 301 条 a 第 5 項）。

人的交流について

- ・ 人的交流に関する命令（民法 275 条 1 項）。
- ・ 人的交流についての勧告と指図（民法 273 条 2 項）

養育費について

- ・ 養育費契約は、児童保護官庁の許可により子に対して拘束力を有する（民法 287 条 1 項）。
- ・ 養育費についての示談の許可（民法 288 条 2 項 1 号）。
- ・ 養育費を義務者が履行しないときに、権利者の申請により、扶養請求権の執行の際に適切な方法で通常は無償で支援する（民法 131 条 1 項、290 条）。

子の財産の管理について

- ・ 父母と子が利益相反する事務について、補佐人（Beistand）の選任、又は事務についての定め（民法 306 条 2 項）。
- ・ 財産管理が十分に保障されない場合に、子の財産の保護のために適切な措置を行う（民法 324 条 1 項）。子の財産への危険が避けられない場合には、財産管理を補佐人に委ねる（民法 325 条）。
- ・ 共同で親の配慮を諷する父母の一方が死亡した場合に、他方により調製された子の財産目録の提出を受ける、又はそれに代わる定期的な会計報告を命じる（民法 318 条）。被相続人が第三者に管理を委ねた財産については、第三者から定期的な会計報告を促す（民法 322 条 2 項）。
- ・ 養育費、教育費について争いがある場合に、必要であれば、定められた額で子の財産を利用することを許可する（民法 320 条 2 項）。

子の保護措置

- ・ 親の配慮の剥奪（民法 311 条 1 項、312 条）。
- ・ 子の福祉が危険となり、父母がそれに対策する状況にない場合における子の保護のための適切な措置（民法 307 条）。里子に出すこと、又は父母の住居共同体外での生活について子に対して義務を負う。
- ・ 必要な場合に、子のために補佐人（Beistand）を選任する（民法 308 条 1 項）。
- ・ 子への危険が避けられない場合に、父母又は第三者から子を引き取り、適切な方法で収容する（民法 310 条 1 項）。子が共同の家政において生活することが期待できないほど親子関係が破綻している場合には、父母又は子からの申立てによる（同条 2 項）。
- ・ 長期間にわたり里子になっている子について、実親からの返還の拒絶（民法 310 条 3 項）。
- ・ 子の保護措置を命じる（民法 315 条 1 項）。裁判所が保護措置を行う場合にはその執行（民法 315 条 a 第 1 項）。
- ・ 裁判所が管轄を有する場合に以外における子の帰属と子の保護の命令の変更（民法 315 条 b 第 2 項）。
- ・ 子の保護措置の手續において、父母にメディエーションを勧める（民法 314 条 2 項）。また、子から意見を聴取する（民法 314 条 a 第 1 項）。
- ・ 子の保護措置において、必要な場合に、補佐人に子の代理を命じる（民法 314 条 a bis）

婚姻していない父母の配慮

- ・ 共同の親の配慮について婚姻していない父母に対して認知前に行う助言（民法 298 条 a 第 3 項）。

- ・ 認知後に婚姻していない父母が共同の親の配慮を宣言の受付（民法 298 条 a 第 4 項）。
- ・ 婚姻していない父母の一方が共同の親の配慮を拒絶する際に、他方からの申立てにより、共同配慮化単独配慮かを判断する。その際に、扶養給付の訴えを除く、その他の事項について決定する（民法 298 条 b）。
- ・ 婚姻していない父母が有する親の配慮について、事情変更の際に、職権で定める（民法 298 条 d 第 1 項）。

縁組、里子及び未成年後見

- ・ 縁組について。未成年被後見人を養子とする縁組に手続について許可（民法 265 条 3 項）、父母の同意の提出先（民法 265 条 a 第 2 項）、父母の一方の同意の代行（民法 265 条 d 第 1 項）。
- ・ 子が親の配慮に服さない場合に、未成年後見人を選任する（民法 327 条 a）。
- ・ 里子の許可（民法 316 条 1 項）。
- ・ 相続人である胎児について、利益の保障のために必要な場合に、補佐を開始する（民法 544 条）。
- ・ 未成年被後見人の住所（Wohnsitz）が、児童保護官庁の住所となる（民法 25 条 2 項）。

韓国における離婚後の親権制度

金 亮完（山梨学院大学准教授）

- I. はじめに
 - II. 離婚後の親権制度に係る改正の経緯
 - III. 韓国の協議離婚制度の概要
 - IV. 離婚後の親権の帰属
 - V. 養育費・面会交流
 - VI. むすび
- 【資料1】協議離婚意思確認申請書
 - 【資料2】子の養育と親権者決定に関する協議書
 - 【資料3】共同親権・共同養育に関する合意（作成例）
 - 【資料4】離婚熟慮期間免除（短縮）理由書
 - 【資料5】協議離婚制度のご案内
 - 【資料6】協議離婚制度のご案内（在外国民用）
 - 【資料7】確認書
 - 【資料8】陳述調書
 - 【資料9】確認期日調書
 - 【資料10】不確認通知書
 - 【資料11】養育費負担調書

I. はじめに

本報告書は、本委託事業の趣旨に鑑み、韓国における離婚後の親権制度の概要を紹介することを目的とするものである。

日本と同様に韓国においても、離婚の手續として協議離婚と裁判離婚（調停・調停に代わる決定・判決による離婚）が用意されているが、協議離婚の手續については、日本のそれとはかなり異なる部分がある。韓国においては、協議離婚手續の中で、離婚後における親権の帰属及び養育に関する事項（養育費に係る定め・面会交流に係る定め）についての合意又は審判がなければ、協議離婚をすることができない。そして、当事者間の合意又は審判により、離婚後の親権については単独親権又は共同親権のいずれかを選択することができる。また、養育に関する事項についての合意又は審判が協議離婚の実質的要件となっ

ている点で、面会交流及び養育費の取決めは、離婚後の親権の問題と不可分の関係にある。

そこで、本報告書では、韓国における離婚後の親権制度の概要及び養育費・面会交流を中心に、各項目ごとに実体法及び手続法の両面から検討する。

II. 離婚後の親権制度に係る改正の経緯

韓国の親権法は、1960年の民法施行後、1977年・1990年・2005年・2007年・2011年及び2012年にそれぞれ改正がなされたが、そのうち、離婚後の親権制度に係る改正は、1990年・2005年・2007年及び2011年の各改正である。これらの改正は、とりわけ協議離婚に対する国の介入を強化する方向でなされてきたが、それは、離婚後における子の福祉の確保を目的とするものである。以下では、離婚後の親権制度に係る改正の経緯を概観する。

1. 制定当時の親権法

1958年に制定された親族法は、朝鮮王朝時代に中国から伝来した父権中心の「宗法」の影響を受けるとともに、植民地時代に朝鮮民事令によって韓国国内で施行されていた日本の明治民法の影響を受けたものであった。そのため、父系血統主義・家父長的家族制度・家制度の原理に立脚した内容となっており、家族生活における両性及び家族成員間の不平等を生じさせるものであった。

離婚後の親権については、父優先の原則がとられていた。例外的に母が親権者となることができたのは、父のいない場合又は父が親権を行使することができない場合であって、かつ、母が子と同一の戸籍内にいる場合のみであり、離婚後に母が復籍し若しくは再婚した場合は、母は親権者となることができなかった。もっとも、離婚の場合には、親権・監護権の分離・分属を認める日本民法と同様に、韓国民法においても親権・養育権¹の分離分属が可能であるため（同法 837 条²）、非親権者たる母を養育権者と定めることは可能であった。

また、未成年の子は「父の親権に服従する」と定められ、親権は父の子に対する支配権を意味するものであった³。

¹ 日本の親権法の「監護権」に相当する概念である。

² 1958年制定当時の837条 ①当事者間にその子の養育に関する事項を約定しなかったときは、その養育の責任は父にある。②前項の養育に関する事項の約定が調わないとき又は約定をすることができないときは、法院は、当事者の請求により、その子の年齢、父母の財産状況、その他の事情を斟酌し、養育に関する事項を定め、いつでもその事項を変更し又はその他適当な処分をすることができる。③前項の規定は、養育に関する事項外では、父母の権利義務に変動を生じない。

³ 金疇壽＝金相瑠『親族・相続法〔第10版〕』（法文社、2011）375頁

2. 1990年改正

制定当時の親族法に対しては、婚姻及び家族生活における両性の平等に反するという理由で、女性団体を中心に改正を求める声が高かった。それに応える形でなされた1977年改正により、婚姻中における親権については、父母の共同親権が実現したものの（1977年改正法909条1項本文）、父優先の原則を定めていた離婚後の親権の帰属に関する規定は改正されなかった。

そこで、家族生活における両性の平等のさらなる実現を目的とした1990年改正がなされた。離婚後の親権については、父母の協議によって親権者を定めることができるようになり、父母間の協議ができない場合又は調わない場合には、当事者の申立てにより、家庭法院がこれを定めるものとした（1990年改正法909条4項前段）。しかしながら、当事者からの申立てがなければ、親権者が定まらないという問題があった。

他方、面会交流を、子を直接養育しない父母の権利とする明文の規定が新設された（同法837条の2）。

3. 2005年改正

2005年改正は、戸主制度の廃止及び親族法上の両性不平等の規定の削除などを内容とする親族法の大改正であった。

離婚後の親権については、離婚の際に親権者指定の協議ができない場合又は調わない場合において、親権者指定の審判の申立てを当事者の任意に任せていた1990年改正法909条4項前段の規定を改正し、協議が不能又は不調の場合には家庭法院に親権者指定審判の申立てをすることが義務化されるとともに（2005年改正法909条4項）、婚姻の取消し、裁判離婚及び認知の訴えの場合には、家庭法院が職権で親権者を定めるものとした（同条5項）。

そして、子の福祉が親権行使の基準であると宣言する規定が新設されるとともに（同法912条）、親権法から「服従」という文言が消え、親権が子に対する支配権ではなく、子の福祉の実現のための父母の義務であると同時に権利であることが明確になった⁴。そして、また、家庭法院は、子の福祉のために必要と認めるときは、子の四親等内の親族の請求により、親権者を他の一方に変更することもできるものとした（同条6項）。

4. 2007年改正

その後、軽率な離婚の防止や離婚後における子の福祉の確保などを目的として、離婚熟

⁴ 金疇壽＝金相瑤『註釈民法[親族3][第4版]』（韓国司法行政学会、2010）398-399頁

慮期間制度の導入（2007年改正法836条の2）、離婚後における子の養育事項（養育者の取決め、養育費の額及びその負担方法、並びに、面会交流の有無及びその実施方法）及び親権者決定に関する協議書の提出の義務化（同法837条）など、協議離婚手続の厳格化を主な内容とする2007年改正がなされた。離婚後の親権については、2005年改正法909条4項の規定を改正し、離婚の際に親権者指定の協議が不能又は不調の場合には、家庭法院が職権で定めることもできるようにするとともに、父母の前記協議が子の福祉に反するときは、家庭法院は、補正を命じ、又は職権で指定することができるものとした（同法909条4項）。

5. 2011年改正

2011年改正は、離婚後に単独親権者となった父母の一方が死亡した場合、入養（日本法の「縁組」に相当する概念）の取消し若しくは罷養（日本法の「離縁」に相当する概念）の場合、養父母の死亡の場合、又は単独親権者が親権喪失の宣告を受けた場合における親権者指定に関する改正であった。韓国民法928条は、親権を行使する者がいないときは未成年後見が開始する旨定めているが、韓国の判例⁵は、離婚後に単独親権者となった父母の一方が死亡した場合には、生存する他の一方が当然に親権者となるものと解し、実務⁶も同じ立場をとっていたために、単独親権者の死亡後は未成年後見は開始する余地はないものと解されていた。このような判例及び実務に対しては、生存親の親権者としての適格性をチェックすることができず、子の福祉に反するという問題点が指摘されていた。そこで2011年改正は、前記のような場合には、請求権者の請求により、家庭法院が親権者を定めるものとした（2011年改正法909条の2及び927条の2）。

また、912条を改正し、子の福祉は、親権行使の基準にとどまらず、家庭法院が親権者を定める際の基準でもあることを宣言し（912条2項前段。以下、単に条数のみを示すものは、現行の韓国民法のものである。）、子の福祉を優先的に考慮するために関連分野の専門家や社会福祉機関に諮問することができるものとした（同項後段）。

III. 韓国の協議離婚制度の概要

1. 協議離婚制度の概要

日本と同様に韓国においても、離婚の手続として協議離婚及び裁判離婚（調停・調停に代わる決定・判決による離婚）が用意されているが、韓国の協議離婚手続は日本のそれとはかなり異なるものとなっている。離婚後の親権を検討する前提として、韓国の協議離婚

⁵ 大法院 1994年4月29日判決

⁶ 家族関係登録例規 286号「親権者の指定又は変更に関する家族関係登録事務処理指針」10条

手続について紹介しておく。

韓国の協議離婚手続の最たる特徴は、協議離婚に対する国の積極的な介入というところにある。例えば、家庭法院において協議離婚意思の確認を受けなければ協議離婚ができず（【資料1】【資料5】【資料6】参照）、協議離婚意思確認手続のなかで、離婚後における親権者及び子の養育に関する事項について合意しなければ協議離婚ができないこととなっている（【資料2】参照）。この協議離婚意思確認制度は、夫による一方的な離婚を防止するために1977年の民法改正時に導入されたものであったが（836条1項）、現在は、家庭法院が協議離婚手続に積極的に介入するための制度として機能している。この意味で、当事者の協議のみに委ねるといふ純粋な意味での協議離婚ではない。

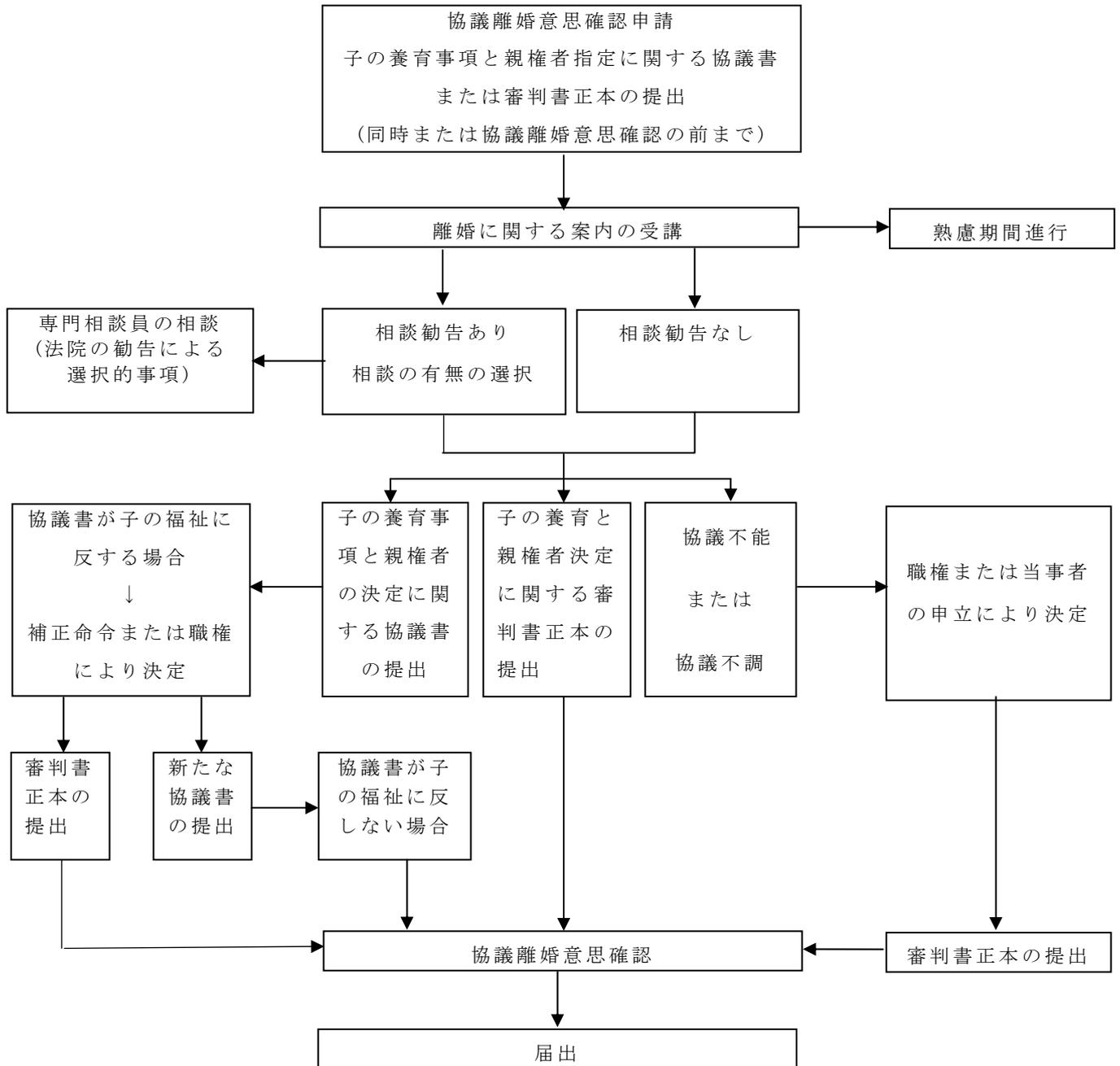
そして、協議離婚の意思確認を受けるには、家庭法院において離婚に関する案内を受け（836条の2の1項）、熟慮期間（同条2項）が経過している必要がある。離婚案内には、未成年の子がいない夫婦に対するものと、子がいる夫婦に対するものの2種類がある。前者は、協議離婚の手続や効果に関するものであり、後者は、前者の内容に加えて離婚後における子の養育に関する教育がなされる⁷。熟慮期間は、養育すべき子がいる場合には3ヶ月、いない場合には1ヶ月であり、起算点は離婚に関する案内を受けた日である。DVなどの急迫の事情がある場合には、熟慮期間が短縮される（【資料4】参照）。さらに、837条の規定による子の養育事項（養育者、養育費の額及びその負担方法、面会交流の有無及びその実施方法）及び909条4項の規定による親権者指定に関する協議書又は審判書正本を、協議離婚の意思確認を受けるまでに提出しなければならない（836条の2の4項）。提出がない場合には協議離婚の意思確認を受けることができないので、協議離婚の実質的な要件となっている。前記協議が調い、その内容が子の福祉に反しない場合には、家庭法院より確認書（【資料7】参照）が交付されるとともに、養育費については養育費負担調書（【資料11】参照）が作成される。養育費負担調書は、執行権原となる（836条の2の5項による家事訴訟法41条の準用）。

なお、ソウル家庭法院では、2014年10月1日より、協議離婚意思確認を申請した当事者に対し、原則として相談委員との面談を受けさせるとともに、必要に応じて、熟慮期間の間に最大で10回の無料相談を受けることができるような運用をしている。

韓国の協議離婚手続の概要については、[図III-1]を参照されたい。

⁷ 安甲濬（金亮完訳）「韓国の新しい協議離婚制度と家族関係登録制度」アジア家族法会議編『戸籍と身分登録制度』（日本加除出版、2012）178頁以下参照、二宮周平「韓国における協議離婚制度改革—離婚案内・協議書作成・相談勧告・養育手帳」二宮周平・渡辺惺之編『離婚紛争の合意による解決と子の意思の尊重』（日本加除出版、2014）267頁。

[図 III - 1] 韓国の協議離婚の流れ⁸



2. 離婚の推移

2014年4月22日に韓国統計庁が公表した「2013年婚姻・離婚統計」によれば、2013年までの10年間の婚姻及び離婚の推移は、下表のとおりである。離婚熟慮期間・離婚後の子の養育及び親権者指定の合意の義務化などを内容とする2007年改正以降、協議離婚が減少

⁸ イ=ミョン Chol 「2008年改正民法による協議離婚手続」 家族法研究 22巻3号 238頁

し、裁判離婚が増加している傾向にある。

[表 III - 1] 婚姻・離婚件数の推移（単位：千件）

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
婚姻	302.5	308.6	314.3	330.6	343.6	327.7	309.8	326.1	329.1	327.1	322.8
離婚	166.6	138.9	128.0	124.5	124.1	116.5	124.0	116.9	114.3	114.3	115.3
協議離婚	143.2	117.3	110.7	107.9	105.1	90.8	94.4	87.8	86.4	86.9	88.6
裁判離婚	22.3	21.0	16.4	16.4	18.9	25.8	29.6	29.0	27.8	27.4	26.6

2013年における平均離婚年齢は、男性が46.2歳、女性が42.4歳であり、離婚した夫婦の平均婚姻継続期間は14.1年であるとされている。未成年の子のいる夫婦の離婚の推移は、下表のとおりである。

[表 III - 2] 未成年子のいる夫婦の離婚の推移（単位：千件）

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
総離婚件数	166.6	138.9	128.0	124.5	124.1	116.5	124.0	116.9	114.3	114.3	115.3
有未成年子	114.1	91.1	81.2	75.7	72.8	63.0	68.5	62.9	60.1	60.3	59.0

IV. 離婚後の親権の帰属

1. 選択的共同親権制度

離婚後の親権については、単独親権と共同親権のいずれかを選択することができ（909条4項本文）、親権者とは別に養育者を定めることもできる（837条2項）。離婚後の共同親権は、1990年改正時に設けられた909条4項により、理論上可能となった⁹。すなわち、韓国民法には、日本民法819条1項及び2項のような離婚後の単独親権を定めた条文が存在しないうえ、共同親権を認める諸外国の趨勢からすると、子の福祉の観点からみて共同親権のための必要な条件が整ったときは、当事者の協議又は家庭法院の審判により、共同親権とすることができるというものであり、最近では共同親権を認める判例も現れるようになってきている¹⁰。もっとも、家庭法院は、父母が離婚後も円満な関係を維持することができる場合に共同親権が望ましいということを離婚する夫婦に周知させている（【資料2】の作成案内文参照）。

⁹ 金疇壽「韓国家族法とその改正について」比較法学 26 卷 1 号 56-57 頁

¹⁰ 韓国大法院 2012 年 4 月 13 日判決

親権者の定め方については、協議離婚の場合には、父母の協議により定め、協議離婚の意思確認を受けるまでにその協議書を提出しなければならない（909条4項本文）。協議が子の福祉に反する場合には、家庭法院は、補正を命じ、又は職権で定め（同項ただし書）、協議が不能又は不調の場合には、家庭法院が職権で、又は、当事者の請求により定める（同項本文）。もっとも、この場合における職権による親権者指定に対しては、裁判手続でない協議離婚意思確認手続においてそれを認めるのは手続上無理がある上、協議が不能又は不調の場合には、当事者自らが親権者指定審判の申立てをするはずであるから、家庭法院の職権による指定は立法の誤りであるとの指摘がなされている¹¹。

また、前記のように、親権者の協議と併せて、離婚後の子の養育事項に関する協議も義務づけられている（836条の2、837条）。親権者に関する協議と同様に、子の養育事項に関する協議が子の福祉に反する場合には、家庭法院は、補正を命じ、又は当事者の請求若しくは職権で、子の意思、年齢、父母の財産状況、その他の事情を斟酌して養育に関する事項を定める（837条3項）。協議が不能又は不調の場合には、家庭法院は、父、母、子若しくは検事の請求又は職権で養育に関する事項を定めるが、この場合にも、前記の837条3項所定の要素を斟酌しなければならない（同条4項）。

裁判離婚の場合には、家庭法院が職権で定めるが（909条5項）、この場合にも、家庭法院は、父母に対し、未成年の子の親権者、養育事項及び面会交流についてあらかじめ協議をするよう勧告しなければならない（韓国家事訴訟法25条）。

離婚の際に親権者又は養育者を定める際の考慮要素について、判例¹²は、「未成年子の性別と年齢、その子に対する父母の愛情と養育意思の有無、養育に必要な経済的能力の有無、父又は母と子との親密度、未成年子の意思等のあらゆる要素を総合的に考慮し、未成年である子の成長と福祉にとって最も適切な方向で判断しなければならない」と判示している。

離婚後に単独親権者となった父母の一方が死亡した場合には、生存親が当然に親権者とならず、909条の2により処理される。

2. 帰属の態様

前記のように、離婚に際しては、父母の協議又は家庭法院の審判により単独親権と共同親権のいずれかに定めることができ、また、親権者とは別に養育者を定めることもできる。その結果、離婚後における親権・養育権の帰属については、解釈上、①父母の一方が親権者兼養育権者、②父母の一方が親権者・他方が養育権者（非親権者）、③父母が共同親権者・そのうちの一方が養育権者、④父母が共同親権者兼共同養育権者、の四つの類型があり得ることとなる。

¹¹ 金疇壽＝金相瑢・前掲注4) 380-381頁

¹² 大法院2008年5月8日判決、同2009年4月9日判決、同2010年5月13日判決、前掲注10) 2012年4月13日判決。

親権の帰属の実情については、2011年に韓国女性政策研究院が公表した「協議離婚制度の運用実態及び改善方案」の中に、離婚後の親権者及び養育権者の指定状況に関する調査結果が掲載されている。同調査結果は、1,993件の協議離婚事例を分析したもので、母集団の少なさから、その結果を一般化することができるものではないという前提で紹介すると、まず、親権者を父と定めたのが30.7%、母と定めたのが46.8%、共同親権と定めたのが22.5%であったとされる。次に、親権者と養育権者の分離状況をみると、父母の一方が親権者及び養育権者（前記①）となるのが76.7%と最も多かったのに対し、父母の一方が親権者・他方が養育権者（前記②）になるのは0.6%にすぎなかった。父母が共同親権者・そのうちの一方が養育権者（前記③）となるのは21.9%であったが、その約8割は母が養育権者となっていた。父母が共同親権者兼共同養育権者（前記④）となるのは1%にとどまった。

判例¹³では、「離婚後の父母と子の関係において、親権と養育権が常に同一の者に帰属するものではなく、離婚後、子に対する養育権については父母の一方に、親権については他の一方又は父母の双方に帰属すると定めることは、たとえ慎重な判断が必要であるとしても、一定の基準を充足する限り、許されるものと解すべきである」と判示して、③の態様での帰属を認めたものがある。

3. 養育権者の権限

前記のように、実際には、離婚後における子の主たる養育は父母の一方が行うことになるが、養育者の権限の内容については明文の規定が存在しない。判例¹⁴は、協議により母を養育権者、父を親権者と定めて離婚した場合において、「子の養育者と指定された者は、子の養育・教育に必要な居所の指定、不当に子を拘束している者に対する引渡請求ないしは養育権妨害に対する妨害排除請求等を行うことができる」と解されるから、前記協議が、親権者たる父の居所指定権ないし幼児引渡請求権を不当に侵害するものであるとはいえないと判示している。しかしながら、例えば、子の医療行為に関する同意や転校の場合などに関しては、現行の制度のもとにおいては養育権者であることを公示する手段がなく、親権者の同意が求められることになる¹⁵。

なお、父母が共同親権者・その一方が養育者である場合において、共同親権者間の意見が対立しているときの対応については、明文の規定がない。解釈上は、837条5項に基づき、養育親による親権行使が子の福祉に反するような場合には、子の養育に関する事項の変更申立てをすることが考えられるが、子の医療行為などのような緊急を要する場合には、実効性がないように思われる。

¹³ 韓国大法院 2012年4月13日判決

¹⁴ 韓国大法院 1985年2月26日判決

¹⁵ 李垠廷「親権制限の柔軟化—身分的効力を中心に」家族法研究 27巻1号 221頁

4. 子の連れ去りの違法性の判断基準

韓国においても、父母の離婚後又は別居中における父母の一方による子の連れ去りが、未成年者略取罪（韓国刑法 287 条）を構成するかどうかが問題となっている。もっとも、外国人である父母の一方が子を自己の本国に連れ去る場面で主に問題となっている。

判例では、母の死後、母方の祖母が養育していた未成年の子を父が連れ去ったことにつき、未成年の子を保護監督する者であっても、他の保護監督者の監護権を侵害し、又は、未成年の子の利益を侵害する場合には、未成年者略取罪の主体となると解している¹⁶。

その後、ベトナム国籍の母が未成年の子を本国に連れ去ったことが国外移送目的略取罪を構成するかが争われた事例において、一般論として、父母の一方が子を連れ去った行為が未成年者略取に該当するかどうかにつき、「父母が離婚し又は別居している状況において、父母の一方が未成年の子を平穏に保護・養育しているにもかかわらず、他方が暴行、脅迫又は違法な有形力を行使して、当該保護・養育の状態を取り壊して子を奪取し、子を自己又は第三者の事実上の支配下においたときは、当該行為は、特段の事情のない限り、未成年者略取罪を構成すると解され [るのに対し]、父母が同居して子を養育していたところ、父母の一方が暴行、脅迫又は違法な有形力を行使することなく子を連れて従前の居所を離れ、他の居所において子の保護・養育を開始した場合には、それが保護・養育権の濫用に当たるなどの特段の事情のない限り、仮に当該連れ去り行為が法院の決定又は相手方の同意を得ていないものであったとしても、直ちに未成年者略取罪が成立するわけではない」と判示している¹⁷。

国内における子の連れ去りの違法性については、前記判例が判断基準となるものと考えられる。

V. 養育費・面会交流

1. 養育費

(1) 算定方法

養育費の算定は、2012年5月31日に韓国ソウル家庭法院が公表し、2014年6月2日に改定された養育費算定基準表に基づいて行われている。算定基準表の平均養育費は、養育すべき子が2人いる世帯（4人家族）を基準とした場合の子1人当たりの平均養育費を指す。家庭法院は、居住地域が都市部か農村部か（前者は加算・後者が減算）、子の数（子が1人の場合は加算・3人以上の場合は減算）、高額の治療費が必要かどうか、父母が合意し

¹⁶ 韓国大法院 2008年1月31日判決

¹⁷ 韓国大法院 2013年6月20日判決

た高額な教育費が必要かどうか、父母の財産状況等を考慮して、具体的な額を定めることになる。父母の合算所得が199万円以下における養育費の範囲の下限は、父又は母が無資力であるとしても負担しなければならない最低限度の養育費である。

[表 V - 3] 韓国の養育費算定基準表（単位：万ウォン）

子の年齢	父母の合算所得						
	～199	200～299	300～399	400～499	500～599	600～699	700～
	平均養育費 養育費の範囲						
0～2	52.6	65.3	76.1	90.6	101.2	110.5	152.6
	20.0～ 58.9	59.0～ 70.7	70.8～ 83.3	83.4～ 95.8	95.9～ 105.9	106.0～ 131.5	131.6～
3～5	49.0	70.5	87.8	100.8	123.8	133.4	175.9
	23.9～ 59.7	59.8～ 79.1	79.2～ 94.2	94.3～ 112.3	112.4～ 128.5	128.6～ 154.6	154.7～
6～11	53.3	70.8	90.2	105.9	120.2	137.1	190.6
	18.5～ 62.0	62.1～ 80.4	80.5～ 98.0	98.1～ 113.0	113.1～ 128.6	128.7～ 163.8	163.9～
12～14	60.4	75.5	94.7	109.5	130.5	152.0	204.6
	31.3～ 67.9	68.0～ 85.1	85.2～ 102.1	102.2～ 120.0	120.1～ 141.2	141.3～ 178.2	178.3～
15～17	60.8	84.4	111.5	120.4	142.4	166.8	227.0
	34.3～ 72.5	72.6～ 97.9	98.0～ 115.9	116.0～ 131.4	131.5～ 154.6	154.7～ 196.8	196.9～
18～20	95.9	118.5	130.3	136.1	172.8	197.4	222.1
	31.4～ 107.2	107.3～ 124.4	124.5～ 133.1	133.2～ 154.4	154.5～ 185.1	185.2～ 209.7	209.8～

(2) 履行の確保

養育費の履行確保のための制度としては、民法上のものと家事訴訟法上のものがある。

前者のものとして、養育費負担調書制度である。家庭法院が子の養育事項に関する協議を確認したときは養育費負担調書を作成しなければならない（【資料11】参照）、同調書には執行力が付与され、調停調書、審判書又は判決正本がなくても、協議書だけで強制執行をすることが可能である（836条の2の5項による家事訴訟法41条の準用）。

後者のものとして、養育費支払の履行命令に違反した債務者に対する罰則の強化（韓国家事訴訟法67条1項、68条1項1号）、養育費支払義務者の使用者（所得税の源泉徴収義務者）に対する直接支払命令制度（同法63条の2、67条1項）、養育費支払義務者に対する担保提供命令制度及び一時金支払命令制度（同法63条の3、68条1項3号）、未成年の子の養育費請求事件における財産開示命令制度（同法48条の2、同法67条の3）、財産照会制度（同法48条の3、同法67条の3）がある。

しかしながら、韓国においては、これまでOECDの一部の国にみられるような国などによる養育費の立替払い制度が存在せず、そのため、養育費の履行確保の問題は、当事者の自

助努力に任されているのが実情であり、また、養育費支払義務者に経済的能力がない場合には、いかなる手段によっても、養育費の確保は困難であるという問題があった。そこで、新たに、国が養育費債権の取立てを援助する「養育費履行確保及び支援に関する法律」が制定され、2015年3月25日から施行される予定である¹⁸。

2. 面会交流

(1) 実体法上の根拠

1990年改正により、面会交流（韓民法では「面接交渉」という用語が用いられている。）を子を直接養育しない父又は母の権利と定めた837条の2が新設された。その立法趣旨は、「保護と養育をしない親といえども、自己の未成年の子と接触をもち、順調な成長を見守りたい心情は、親としての自然な情であり、したがって、そのような接触の機会を親から剥奪するのは、極めて酷なことである。しかしながら、今日の親子法の理念が、いわゆる『子の福祉的な性格』強調している以上、親の主観的な主張のみを考慮することはできない。したがって、面会交流権の問題を考える際には、子の福祉という観点を優先的に考慮しなければならない¹⁹」というものであった。

その後の2007年改正により、韓民法837条の2の1項は、「子を直接養育しない父母の一方と子は、互いに面会交流をする権利を有する」と改められ、父母及び子を面会交流の権利主体として認めている。子に権利主体性を認めることについては、面会交流の請求権者の範囲を定めた韓国家事訴訟規則99条1項が、事件本人たる子を含めていないこと、子に面会交流権を認めると親子間の対立構造を作り出すこととなり、かえって子の福祉に反することなどを理由に消極的な見解¹⁷がある一方、子に権利主体性を認めることは必ずしも子の福利にかなうとは限らないということを前提としつつも、児童福祉機関による相談と支援活動を通して子の面会交流権を実現すべきであるとする見解¹⁸もある。

(2) 定め方

協議離婚の場合には、当事者が面会交流の有無及びその方法について協議をし、その協議書を家庭法院に提出しなければならない。協議の当事者は父母であるが、2007年改正の趣旨に鑑みて、子が15歳以上であるか、あるいは、それに達していないとしても自己の意思を明確に表示できる状態であれば、当該子も協議の当事者に含めるべきであるとする見解²⁰がある。協議書には、面会交流の頻度・引渡場所・面会交流の場所・その他の事項を具

¹⁸ 2014年3月14日公布。条文の和訳は、金祥洙「養育費の履行確保および支援に関する法律（上）」国際商事法務42(6)998-990頁（2014）、同「養育費の履行確保および支援に関する法律（下）」国際商事法務42(7)1139-1141頁（2014）を参照。

¹⁹ 金疇壽「面接交渉権」朴秉濠教授還暦記念I『家族法学論叢』（博英社、1991）274頁

¹⁷ 金演「面接交渉権に関する手続的問題点と最近の動向」民事訴訟11巻2号379-380頁（2007）

¹⁸ 金疇壽＝金相瑢・前掲注3）220-221頁

²⁰ 金疇壽＝金相瑢・前掲注3）222頁

体的に記載しなければならない。家庭法院は、以下のような作成例²¹を当事者に提示している。

【作成例】

○非養育親が父である場合

- 1 父は、面会交流のために妻の家に子を迎えに行き、面会交流を終えた後は、妻の家に子を送り届けなければならない。
- 2 面会交流の日時を変更する場合には、3 日前までにあらかじめ協議しなければならない。
- 3 父は、面会交流時に子に過剰なプレゼントをしないものとし、子が病気の場合には、治療のための妻の指示を守るものとする。
- 4 妻は、父に家族の行事（例えば、祖父母の誕生日、妻子、親族の婚姻等）がある場合には、子がその行事に参加することができるよう協力しなければならない。
- 5 子の長期休み期間中に父が子と一緒に海外旅行をする場合には、母は積極的に協力するものとする。

○非養育親と子が遠く離れている場合

- 1 父は、〇〇年〇月〇日から毎週の土曜日午後 5 時（韓国時間）から 6 時のまでの間、子に電話をすることができ、自由に子と電子メール又は手紙のやりとりをすることができる。
- 2 母は、〇〇年〇月〇日から〇〇年〇月〇日まで、デジタルカメラで撮影した子の写真 10 枚を、毎月の末日に、父の電子メールに送信する。
- 3 母は、毎学期が終了すると、翌月までに子の成績表をスキャンして夫の電子メールに送信する。
- 4 母は、子が夏休み期間中の 10 日間、父の家に泊まることができるよう協力しなければならない。子の交通費は父が負担するものとする。

協議の内容が子の福祉に反するような場合には、家庭法院は、補正を命じることができ、又は職権で定めることもできる。協議ができない場合又は調わない場合には、家庭法院に面会交流の審判の請求をし、審判を受けた後、審判書の正本を提出しなければならない。

面会交流に関する審判は、韓国家事訴訟法上のマ類家事非訟事件²²として調停前置主義の適用があり、また、事件本人である子が 15 歳以上の場合には、審判に先立って子の意見を聴取しなければならない（韓国家事訴訟規則 99 条、100 条）。面会交流事件の審理の過

²¹ 安甲濬（金亮完訳）「韓国の新しい協議離婚制度と家族関係登録制度」アジア家族法会議編『戸籍と身分登録制度』（日本加除出版、2012）206 頁

²² マ類家事非訟事件とは、日本の家事事件手続法の別表第 2 に相当する事件類型である。

程で最も重要な基準となるのは子の福祉であることに鑑みると、15歳に達しない子であっても、自己の意思を明確に表示できる状態であれば、当該子の意見を聴取すべきであるとする見解²³がある。

面会交流を含む離婚後の子の養育に関する取決めへの支援としては、養育すべき子のいる協議離婚意思確認申請夫婦に義務づけられている「父母案内」(836条の2の1項)のほか、ソウル家庭法院は、面会交流の円滑の実施のために「子ども愛キャンプ」を実施している。

VI. むすび

韓国における離婚後の親権制度の特徴については、共同親権・共同養育を選択することができること、日本とは異なる協議離婚手続のもと、手続の過程に家庭法院が積極的に関与することを挙げることができる。例えば、離婚後における子の養育事項及び親権者決定に関する協議を義務化し、家庭法院がその内容をチェックするという仕組み(836条の2、837条、909条)がその例であるが、これらは、子の福祉の確保ということを目的としている。そして、共同親権・共同養育は、離婚後においても父母が良好な関係を維持することができるような場合に選択することができるものであるといえる。

このような仕組みは、家庭法院の事務処理負担の増加という実務上の問題を必然的に伴うが、韓国では、外部機関との連携を通じてその負担を減らそうとしているところに特徴があるといえる(912条2項参照)。

他面、これら韓国の制度の一部については、理念だけを先行させた、いわばシンボリックな側面があることも否めない。裁判手続でない協議離婚意思確認手続の過程に家庭法院が職権で親権者指定をするのは手続上無理があること、面会交流における子の権利主体性を認めておきながら、実現のための手続規定が用意されていないことなどの条文上の不備が散見されるのもまた事実である。

現在、韓国では、協議離婚手続における父母に対する教育が一定の成果を挙げていることから、これを義務化する内容の民法の改正や、面会交流補助人制度の新設などを盛り込んだ家事訴訟法の改正が議論されているようである。今後の動向に注目したい。

²³ 金疇壽 = 金相瑢・前掲注3) 223頁

【資料 1】

協議離婚意思確認申請書

当事者 夫 ○○○ (-)
 登録基準地：
 住 所：
 連絡先（携帯／自宅）：
 妻 ○○○ (-)
 登録基準地：
 住 所：
 連絡先（携帯／自宅）：

申請の趣旨

上記当事者の間には、真意に基づき互いに離婚するという合意に達した。
 上記のとおり、離婚意思が確認された。
 との確認を求める。

添付書類

- 1 夫の婚姻関係証明書及び家族関係証明書 各 1 通
 妻の婚姻関係証明書及び家族関係証明書 各 1 通
- 2 未成年の子がいる場合、養育及び親権者決定に関する協議書 1 通及びその
 写本 2 通、又は、家庭法院の審判正本及び確定証明書 3 通（提出__・未提出__）¹
- 3 住民登録票謄本（住所地管轄法院に申請する場合） 1 通
- 4 陳述要旨書（在外公館に提出した場合） 1 通 以上

年 月 日

確認期日		担当者
1 回	年 月 日 時	法院主事（補） ○○○ □
2 回	年 月 日 時	

申請人 夫 ○○○ □

妻 ○○○ □

確認書謄本及び養育費 負担調書正本交付	交付日
夫 ○○○ □	
妻 ○○○ □	

○○家庭法院 御中

¹ 該当する欄に○で表記すること。協議する夫婦の双方が離婚に関する案内を受けた後、協議書は確認期日の1ヶ月前までに、審判書正本及び確定証明書は確認期日までに提出することができます。
 *離婚に関する案内を受けなかった場合には、受付の日から3ヶ月を経過すると、取り下げたものとみなします。

【資料 2】

子の養育と親権者決定に関する協議書

事件 号 協議離婚意思確認申請

当事者 父 姓 名
住民登録番号 ー

妻 姓 名
住民登録番号 ー

協議内容

1 親権者及び養育者の決定（□に✓をつけるか、該当する事項を記入してください。）

子の名前	性別	生年月日（住民登録番号）	親権者	養育者
	<input type="checkbox"/> 男 <input type="checkbox"/> 女	年 月 日 (ー)	<input type="checkbox"/> 父 <input type="checkbox"/> 母 <input type="checkbox"/> 父母共同	<input type="checkbox"/> 父 <input type="checkbox"/> 母 <input type="checkbox"/> 父母共同
	<input type="checkbox"/> 男 <input type="checkbox"/> 女	年 月 日 (ー)	<input type="checkbox"/> 父 <input type="checkbox"/> 母 <input type="checkbox"/> 父母共同	<input type="checkbox"/> 父 <input type="checkbox"/> 母 <input type="checkbox"/> 父母共同
	<input type="checkbox"/> 男 <input type="checkbox"/> 女	年 月 日 (ー)	<input type="checkbox"/> 父 <input type="checkbox"/> 母 <input type="checkbox"/> 父母共同	<input type="checkbox"/> 父 <input type="checkbox"/> 母 <input type="checkbox"/> 父母共同
	<input type="checkbox"/> 男 <input type="checkbox"/> 女	年 月 日 (ー)	<input type="checkbox"/> 父 <input type="checkbox"/> 母 <input type="checkbox"/> 父母共同	<input type="checkbox"/> 父 <input type="checkbox"/> 母 <input type="checkbox"/> 父母共同

2 養育費用の負担（□に✓をつけるか、該当する事項を記入してください。）

支払人	<input type="checkbox"/> 父 <input type="checkbox"/> 母	支払を受ける者	<input type="checkbox"/> 父 <input type="checkbox"/> 母
支払方法	<input type="checkbox"/> 定期金		<input type="checkbox"/> 一時金
支払額	離婚の届出の翌月から子が成年に達する月の前月まで 未成年者1人当たり毎月金 <u> </u> ウォン (ハングル併記： <u> </u> ウォン)		離婚の届出の翌月から子が成年に達する月の前月までの養育費に関し 毎月金 <u> </u> ウォン (ハングル併記： <u> </u> ウォン)
支払日	毎月 日		年 月 日
その他			
支払を受ける口座	() 銀行 口座名義人： 口座番号：		

子の養育と親権者決定に関する協議書の作成方法

- 未成年の子（妊娠中の子を含みますが、離婚に関する案内を受けた日から3ヶ月又は法院が別途定めた期間内に成年に達する子を除きます。）がいる夫婦が協議離婚をするときは、子の**養育と親権者決定**に関する協議書を、確認期日の1ヶ月前までに提出しなければなりません。
- 離婚意思確認の申請後、養育と親権者決定に関する協議が円滑に行われない場合には、迅速に家庭法院に審判の申立てをしなければなりません。
- 確認期日までに協議書を提出しなかった場合、離婚意思の確認が遅れたり、不確認として処理されることがあります。協議した内容が子の**福祉**に反する場合には、家庭法院は補正を命ずることができ、補正に応じなかった場合には、不確認として処理されます。
- 離婚の届出日の翌月から未成年の子が成年に達する月の前月までの期間の養育費については、養育費負担調書が作成され、離婚後、養育費負担調書による養育費を支払わなかった場合には、**養育費負担調書**に基づいて強制執行をすることができます。その他の協議事項は、「別の裁判手続」により、過料や留置等の制裁を受けることがあります、強制執行を受けることがあります。
- 協議書の作成前に、まず家庭法院の相談委員の相談を受けるよう、勧告します。

1 親権者及び養育者の決定

親権者は子の財産管理権、法律行為の代理権等を有し、養育者は子と共同生活を営み各種の危険から子を保護する役割を果たします。協議離婚時、親権者及び養育者は子の福祉を優先的に考慮して父又は母の一方に定めることもできれば、父母共同に指定することもでき、あるいは、親権者と養育者を別々に指定することもできます（共同親権、共同養育は、離婚後においても父母間に円満な協議が可能な場合にのみ望ましいものであり、各自の権利・義務、役割、同居期間等を別に明確に定めておくことによって将来の紛争を防ぐことができます）。

妊娠中の子については、子の名前の欄に「母が妊娠中の子」と記載し、生年月日の欄には「妊娠〇ヶ月」と記載し、性別欄には記載する必要がありません。

2 養育費の負担

子に対する養育義務は、親権者であるか養育者であるかを問わず、父母として必ず負担しなければならない法律上の義務です。養育費は、子の年齢、子の数、父母の財産状況等を考慮して適切な金額を協議で定めなければなりません。経済的能力が全くない場合には、協議により、養育費を負担しないと定めることができます。離婚の届出の前に養育費又は成年に達した後の教育費等については、父母が協議して「その他」の欄に記載することが

できますが、養育費負担調書には記載されませんので、強制執行をするためには別の裁判手続による必要があります。

3 面会交流権の行使の有無及びその方法

民法 837 条の 2 の規定により、離婚後子を直接養育しない父母（非養育親）の一方と子は、互いに会う権利を有しており、面会交流は、子が父母双方の愛情を受け、健やかに成長するために必ず必要なものです。面会交流の日時は、子の予定を考慮して定期的・規則的に定めたほうが子の安定的な生活に役立ち、子の引渡場所及び時間、面会交流の場所、面会交流時の注意事項（その他の欄に記載する。）を詳細に定めることによって将来の紛争を防ぐことができます。

4 添付書類

協議書が子の福祉に合致するか否かを判断するため、父・母の月別所得額と財産に関する資料等が必要となりますので、証憑書類を提出します。

5 その他の留意事項

法院は、協議書の原本を 1 年間保存した後に廃棄しますので、法院から交付された協議書謄本は、離婚の届出前にコピーをとって保管して下さい。

【資料 3】

共同親権・共同養育に関する合意（作成例）

共同親権・共同養育をすることにした場合、養育期間、養育場所、各自が負担すべき養育費、養育方法等について細かく合意をすることによって将来の紛争を防止することができます。下記の作成例を参考に、当事者の事情に応じて任意に定めてもらい、子の養育と親権者決定に関する協議書と一緒に 3 部を提出してください。

養育期間	父	母
<input type="checkbox"/> 月単位	月から 月まで	その余の月
<input type="checkbox"/> 週単位	毎月 週目から 週目まで	その余の週
<input checked="" type="checkbox"/> 曜日単位	毎週木曜日午後 7 時から 日曜日午後 7 時まで	その余の曜日及び時間
<input checked="" type="checkbox"/> その他	1 元旦連休期間の前日 2 毎年 7 月 20 日から 7 月 31 日まで	1 旧盆連休期間の前日 2 毎年 12 月 26 日から 1 月 5 日 まで

- 1 各自が養育する期間が始まる日に、その期間中に養育する者が子を迎えに来る。
- 2 やむを得ない事由により養育期間又は養育時間を変更しなければならない場合、3 日前までに相手方と協議しなければならない。
- 3 子の塾の受講の有無、受講科目等は、母が父の養育を妨害しない範囲で定めるものとし、父は、父の養育期間中に子の日程に支障がないよう最大限協力する。
- 4 父母の一方が子を連れて海外旅行等をする場合には、相手方と協議しなければならない、その回数は 1 年 1 回に限る。
- 5 父母の一方が養育する間に相手方に家族の行事（例えば、祖父母の誕生日、近親者の婚姻等）がある場合には、子がその行事に参加することができるよう最大限協力する。
- 6 子を養育する間は、互いに相手方に対する非難をしないものとし、相手方の私生活について子に質問しないものとする。
- 7 各自の養育期間中の生活費、食費等は、各自の負担とする。
- 8 各自の養育期間中、子〇〇のアトピー治療のための措置を怠ることのないよう留意する。
- 9 こどもの日、クリスマス、子の誕生日には、父母が子と一緒に食事をするものとする。

※出典：安甲濬（金亮完訳）「韓国の新しい協議離婚制度と家族関係登録制度」アジア家族法会議編『戸籍と身分登録制度』（日本加除出版、2012）204 頁

【資料 4】

離婚熟慮期間免除（短縮）理由書

20 号 協議離婚意思確認申請

当事者：

住 所：

上記事件に関し、20 が離婚意思確認期日として指定されましたが、下記の事由により、離婚意思確認まで必要な期間を免除（短縮）するようお願いいたします。

記

- 事由：1 家庭内暴力により当事者の一方に耐え難い苦痛が予想される（ ）
2 その他、離婚をしなければならない急迫な事情がある場合（詳細に記載すること）

添付書類

1

20

上記当事者 (押印又は署名)

(連絡先：)

(相手方配偶者連絡先：)

〇〇地方法院 御中

◇留意事項◇

- * 連絡先欄には、いつでも連絡可能な電話番号又は携帯電話番号を記載し、その他ファックス番号、メールアドレス等があれば、一緒に記載してください。
- * 理由書の提出後 7 日以内に確認期日の再指定の連絡がない場合には、最初に指定した確認期日が維持され、これに対しては異議を申し立てることができません。

【資料 5】

協議離婚制度のご案内

1 協議離婚制度とは

○夫婦間の自由な離婚への合意によって婚姻関係を解消する制度であり、まず、管轄法院による協議離婚意思の確認を受けた後、双方が署名又は捺印した離婚届出書にその確認書謄本を添付して、市（区）・邑・面の長に届け出ることによって離婚の効力が生じます。

ここでいう「市」とは、「区」が設置されていない市をいいます。

2 協議離婚手続は

(1) 協議離婚意思確認の申請

①申請時に提出する書類

○協議離婚意思確認申請書 1通

- ・夫婦が一緒に作成し、申請書様式は法院の申請書受付窓口で用意しています。
- ・期日の告知は、電話等で行われることもありますので、申請書に電話連絡先を正確に記載しなければならず、電話連絡先に変更があった場合には、直ちに法院に届け出なければなりません。

○夫の家族関係証明書及び婚姻関係証明書 各1通

妻の家族関係証明書及び婚姻関係証明書 各1通

- ・市（区）・邑・面・洞の事務所で発給しています。

○住民登録謄本 1通

- ・住所地を管轄する法院に離婚意思確認申請をする場合にのみ、添付します。

○未成年の子（妊娠中の子を含みますが、離婚に関する案内を受けた日から3ヶ月又は法院が別途定めた期間内に成年に達する子を除きます。）がいる夫婦は、離婚に関する案内を受けた後、その子の養育と親権者決定に関する協議書1通、その写本2通又は家庭法院の審判正本及び確定証明書3通を提出しなければなりません。もともと、夫婦の双方が出頭して申請をし、離婚に関する案内を受けた場合は、協議書は確認期日の1ヶ月前までに提出することができ、審判正本及び確定証明書は確認期日までに提出することができます。子の養育と親権者決定に関する協議が円滑に行われない場合には、迅速に家庭法院に審判を申し立て、審判正本及び確定証明書を提出しなければなりません。未提出又は提出が遅れた場合は、協議離婚意思確認が遅れたり、不確認として処理されることがあります。

とりわけ、離婚の届出の日の翌月から未成年の子が成年に達する日の前月までの

期間に係る養育費について協議書を作成した場合、養育費負担調書が作成され、別の裁判がなくとも強制執行をすることができますので、養育費の負担については慎重に協議をしなければなりません。

○離婚届出書

- ・離婚届出書は、法院に提出する書類ではなく、市（区）・邑・面の事務所に離婚の届出をするときに提出する書類です。法院に申請をする際、あらかじめ離婚届出書の裏面に記載された作成方法に従って夫婦が一緒に作成し、署名又は捺印をした後に、各自 1 通を保管しておいて離婚の届出時に提出すれば便利です。
- ・届出書は、法院の申請書受付窓口及び市（区）・邑・面の事務所にあります。

○夫婦の一方が外国にいるか、刑務所（拘置所）に収監中の場合

- ・在外国民登録簿謄本 1 通（在外公館及び外交通商部が発給）、又は、収容証明書 1 通（刑務所及び拘置所が発給）を添付します。

②申請書を提出する法院

○離婚当事者の登録基準地又は住所地を管轄する法院に、夫婦の双方が出頭して申請書を提出しなければなりません。

- ・夫婦の一方が外国にいる場合又は刑務所（拘置所）に収監中の場合に限り、他の一方が単独に出頭して案内を受けることができ、添付書類は申請書の提出時に全てを添付しなければなりません。

③離婚に関する案内

○法院から、離婚に関する案内を必ず受けなければならない、相談委員の相談を受けるよう勧告されることがあります。特に、未成年の子の養育と親権者決定については、相談委員の相談を受けた上で協議書を作成することを勧めます。

○申請書を受け付けた日から 3 ヶ月を経過したにもかかわらず離婚に関する案内を受けなかった場合には、協議離婚意思確認申請を取り下げたものとみなします。

④離婚熟慮期間の短縮又は免除

○離婚に関する案内を受けた日から未成年の子（妊娠中の子を含みます。）がいる場合には 3 ヶ月、1 ヶ月から 3 ヶ月以内に成年に達する未成年の子がいる場合には成年に達した日、1 ヶ月以内に成年に達する未成年の子がいる場合及びその他の場合には 1 ヶ月が経過した後に離婚意思の確認を受けることができますが、家庭内暴力等の急迫の事情によって上記期間の短縮又は免除が必要な場合には、これを疎明する理由書を提出することができます。この場合、相談委員の相談を通じて理由書を提出することができます。

○理由書の提出後 7 日以内に確認期日の再指定の連絡がない場合には、最初に指定し

た期日が維持され、これに対しては異議を申し立てることができません。

⑤申請書の取下

○申請書の受付後にも、離婚意思確認を受けるまでに夫婦の一方又は双方は、法院に対し、当該申請を取り下げることができます。

⑥協議離婚意思の確認

- 必ず夫婦の双方が、本人の身分証（住民登録証、運転免許証、公務員証又は旅券のいずれか）と判子を持参し、通知された確認期日に出頭しなければなりません。
- 指定された確認期日を2回にわたって出頭しなかった場合には、確認申請を取り下げたものとみなされますので、再度、離婚意思確認申請をしなければなりません。
- 夫婦の離婚意思、並びに、未成年の子がいる場合における子の養育と親権者決定に関する協議書又は家庭法院の審判正本及び確定証明書が確認されたときは、法院は、夫婦に対し、確認書謄本1通及び未成年の子がいる場合には協議書謄本及び養育費負担調書正本又は家庭法院の審判書正本及び確定証明書を1通ずつ交付します。
- 確認期日までに協議をすることができなかつたために家庭法院に審判を申し立てた場合は、確認期日に出頭してその理由を疎明しなければなりません。
- 法院は、子の福祉のために、子の養育と親権者決定に関する協議について補正を命ずることができ、補正に応じなかった場合には、不確認として処理されます。
- 不確認として処理された場合には、家庭法院に、別途、裁判離婚又は裁判による親権者指定等を請求することができます。

(2) 協議離婚の届出

- 離婚意思確認書謄本は、交付を受けた日から3ヶ月を経過するとその効力を失いますので、届出の意思がある場合には、上記期間内に、当事者の一方又は双方が市（区）・邑・面の事務所に確認書謄本を添付した離婚届を提出しなければなりません。
- ・離婚の届出がなければ離婚は成立せず、上記期間を経過した場合には、再度家庭法院の離婚意思確認を受けなければ、離婚の届出をすることができません。
- ・未成年の子がいる場合には、離婚の届出時に、協議書謄本又は審判書正本及び確定証明書を添付して親権者指定の届出をしなければならず、妊娠中の子については、離婚の届出時ではなく、その子の出生の届出時に協議書謄本又は審判書正本及び確定証明書を添付して親権者指定の届出をしなければなりません。
- ・確認書謄本を紛失した場合：確認書謄本の交付を受けた日から3ヶ月以内であれば、離婚意思確認申請をした法院から確認書謄本の再交付を受けることができます。
- ・法院は、協議書の原本を2年間保管した後に廃棄しますので、交付された協議書謄

本は、離婚の届出前にコピーをとっておくようにして下さい。

(3) 離婚意思の撤回

- 離婚意思確認を受けた後であっても、離婚の意思がない場合には、市(区)・邑・面の長に対し、確認書謄本を添付して離婚意思撤回書を提出してください。
- ・離婚届が離婚意思撤回書より先に受理された場合には、撤回書を提出したとしても、離婚の効力が生じます。

3 協議離婚の効果は

- 家庭法院の離婚意思確認を受けて届け出ることにより、婚姻関係は解消します。
- 離婚後においても、子に対する父母の権利・義務は協議離婚にかかわらず存続しますが、未成年の子(妊娠中の子を含みます。)がいる場合には、その子の養育と親権者決定に関する協議書又は家庭法院の審判に従います。
- 特に、離婚の届出の翌月から未成年の子が成年に達する日の前月までの期間に係る養育費については養育費負担調書が作成され、離婚後養育費負担調書による養育費を支払わなかった場合には、養育費負担調書正本に家庭法院が付与した執行文を添付して、強制執行をすることができます。
- 離婚する夫と異なる登録基準地の使用を希望する妻は、登録基準地変更届出を併せてしなければなりません。

法院名	事件番号	担当裁判部	電話：	確 認 期 日	1回：
				2回：	
				離婚案内を受けた事実を確認する	<input type="checkbox"/>

【資料 6】

協議離婚制度のご案内（在外国民用）

1 協議離婚制度とは

○夫婦間の自由な離婚への合意によって婚姻関係を解消する制度であり、まず、在外国民として登録された国民が在外公館の長に協議離婚意思確認の申請をし、ソウル家庭法院により離婚意思の確認を受けた後、双方が署名又は捺印した離婚届出書にその確認書謄本を添付して、在外公館の長等に届け出ることによって離婚の効力は生じます。

2 協議離婚手続は

（1）協議離婚意思確認の申請

①申請時に提出する書類

○協議離婚意思確認申請書 1通

- ・夫婦が一緒に作成し、申請書様式は在外公館の申請書受付窓口で用意しています。
- ・申請書には、常時連絡可能な電話連絡先を正確に記載しなければならず、電話連絡先に変更があった場合には、直ちに在外公館に届け出なければなりません。

○夫の家族関係証明書及び婚姻関係証明書 各1通

妻の家族関係証明書及び婚姻関係証明書 各1通

- ・市（区）・邑・面・洞の事務所で発給しています。

○未成年の子（妊娠中の子を含みますが、離婚に関する案内を受けた日から3ヶ月又は法院が別途定めた期間内に成年に達する子を除きます。）がいる夫婦は、書面による離婚に関する案内を受けた後、その子の養育と親権者決定に関する協議書1通、その写本2通又は家庭法院の審判正本及び確定証明書3通を提出しなければなりません。未提出又は提出が遅れた場合は、協議離婚意思確認が遅れたり、不確認として処理されることがあります。

とりわけ、離婚の届出の日の翌月から未成年の子が成年に達する日の前月までの期間に係る養育費について協議書を作成した場合、養育費負担調書が作成され、別の裁判手続がなくとも強制執行をすることができますので、養育費の負担については慎重に協議をしなければなりません。

○離婚届出書

- ・離婚届出書は、離婚意思確認申請時に提出する書類ではなく、在外公館の長等に離婚の届出をするときに提出する書類です。もっとも、申請時に、あらかじめ離婚届出書の裏面に記載された作成方法に従って夫婦が一緒に作成し、署名又は捺印をし

た後に、各自 1 通を保管しておいて離婚の届出時に提出すると便利です。

・届出書は、法院の申請書受付窓口及び市（区）・邑・面の事務所にあります。

○夫婦の一方が外国にいるか、刑務所（拘置所）に収監中の場合

・在外国民登録簿謄本 1 通（在外公館及び外交通商部が発給）、又は、収容証明書 1 通（刑務所及び拘置所が発給）を添付します。

②申請書を提出する在外公館

○離婚当事者の居住地を管轄する在外公館に、夫婦の双方が出頭して申請書を提出しなければなりません。

・夫婦の一方が他の外国にいる場合又は刑務所（拘置所）に収監中の場合に限り、他の一方が単独で出頭して案内を受けることができます。

③離婚に関する案内

○在外公館の長から書面による案内を受けることができます。

④離婚熟慮期間の短縮又は免除

○離婚に関する案内を受けた日から未成年の子（妊娠中の子を含みます。）がいる場合には 3 ヶ月、1 ヶ月から 3 ヶ月以内に成年に達する未成年の子がいる場合には成年に達した日、1 ヶ月以内に成年に達する未成年の子がいる場合及びその他の場合には、1 ヶ月が経過した後に離婚意思の確認を受けることができますが、家庭内暴力等の急迫の事情によって上記期間の短縮又は免除が必要な場合には、これを疎明して理由書を提出することができます。

⑤協議離婚意思の確認

○必ず夫婦の双方が、本人の身分証（住民登録証、運転免許証、公務員証又は旅券のいずれか）と判子を持参し、居住地を管轄する在外公館に出頭しなければなりません。夫婦の一方が他の外国に居住する場合には、申請者のみ出頭します。

○法院は、子の福祉のために、子の養育と親権者決定に関する協議について補正を命ずることができ、補正に応じなかった場合には、不確認として処理されます。

○不確認として処理された場合には、家庭法院に裁判上の離婚又は裁判による親権者指定等を請求することができます。

（2）協議離婚の届出

○離婚意思確認書謄本は、交付を受けた日から 3 ヶ月を経過するとその効力を失いますので、届出の意思がある場合には、上記期間内に、当事者の一方又は双方が在外公館、登録基準地又は現在地の市（区）・邑・面の事務所に確認書謄本を添付した

離婚届出書を提出しなければなりません。ここでいう「市」とは、「区」が設置されていない市をいいます。

- ・離婚の届出がなければ離婚は成立せず、上記期間を経過した場合には、再度、家庭法院の離婚意思確認を受けなければ、離婚の届出をすることができません。
- ・未成年の子がいる場合には、離婚の届出時に、協議書謄本又は審判書正本及び確定証明書を添付して親権者指定の届出をしなければならず、妊娠中の子については、離婚の届出時ではなく、その子の出生届出時に協議書謄本又は審判書正本及び確定証明書を添付して親権者指定の届出をしなければなりません。
- ・確認書謄本を紛失した場合:確認書謄本の交付を受けた日から3ヶ月以内であれば、意思確認の申請をした法院から確認書謄本の再交付を受けることができます。
- ・法院は、協議書の原本を2年間保管した後廃棄しますので、法院から交付された協議書謄本は、離婚の届出前にコピーをとっておくようにして下さい。

(3) 離婚意思の撤回

- 離婚意思確認を受けた後であっても、離婚の意思がない場合には、登録基準地又は現在地の市(区)・邑・面の長に対し、離婚意思撤回書を提出してください。
- ・離婚届が離婚意思撤回書より先に受理された場合には、撤回書を提出しても、離婚の効力が生じます。

3 協議離婚の効果は

- 家庭法院の離婚意思確認を受け、届け出ることによって婚姻関係が解消します。
- 離婚後においても、子に対する父母の権利・義務は協議離婚にかかわらず存続しますが、未成年の子(妊娠中の子を含みます。)がいる場合には、その子の養育と親権者決定に関する協議書又は家庭法院の審判に従います。
- 特に、離婚の届出の翌月から未成年の子が成年に達する日の前月までの期間に係る養育費については養育費負担調書が作成され、離婚後養育費負担調書による養育費を支払わなかった場合には、養育費負担調書正本に家庭法院が付与した執行文を添付して、強制執行をすることができます。
- 離婚する夫と異なる登録基準地の使用を希望する妻は、登録基準地変更届出を併せてしなければなりません。

ソウル家庭法院

【資料 7】

○ ○ 法 院

確 認 書

20 号 協議離婚意思確認申請

当事者 夫 ○ ○ ○ (住民登録番号 ー)
登録基準地
住 所

妻 ○ ○ ○ (住民登録番号 ー)
登録基準地
住 所

上記当事者は、真意に基づき、互いに離婚することに合意したことを確認します。

年 月 日

判事 □

【資料 8】

〇 〇 法 院

陳 述 調 書

事 件 20 号 協議離婚意思確認申請

判 事 日 時 : . . . :

法院主事 場 所 : 号 協議離婚室

公開の有無 : 非公開

当事者 夫 出頭
妻 出頭

判 事

当事者の双方から、住民登録証等の提示を受け、各本人であることを確認。

当事者陳述の要旨

- 1 当事者双方には、協議離婚意思が間違いなくある。()
- 2 未成年の子〇〇〇に対する養育及び親権者決定に関する協議書 () 又は審判書正本及び確定証明書の提出 ()
未成年の子〇〇〇に対する養育及び親権者決定に関する協議書 () 又は審判書正本及び確定証明書の提出 ()
- 3 当事者〇〇〇は、離婚する意思をもって法院に出頭したが、現在は離婚する意思がない。()
- 4 その他

法院主事 (印)

判 事 (印)

当事者陳述の要旨欄作成方法

①1・2・3項は、() 内に○、×で記入。

②2項には、未成年の子の姓名を記載し、() 内に○、×で記入。

③4項その他は、判事の補正命令の要旨と補正の有無、期日指定等を記載。

【資料 9】

〇 〇 法 院

第 回 確 認 期 日 調 書

事 件 20 号 協議離婚意思確認申請

判 事 日 時 : . . . :

法院主事 場 所 : 号 協議離婚室

公開の有無：非公開

当事者 夫 不出頭
妻 不出頭

法院主事 (印)

判 事 (印)

作成方法

- ①当事者の一方又は双方が出頭しなかった場合に、当事者の出頭・不出頭を表示する。
- ②養育及び親権者決定に関する協議書又は家庭法院の審判書正本及び確定証明書を提出しなかった場合、例規 12 条に従って記載する。
- ③既に当事者双方に第 2 回確認期日まで告知されている状態であるので、第 1 回確認期日調書の場合には、「告知された次回期日」を記載する必要はない。

【資料 10】

〇 〇 法 院

不 確 認 通 知 書

〇 〇 〇 殿

20 号 協議離婚意思確認申請

当事者 夫 〇 〇 〇 (住民登録番号 ー)

妻 〇 〇 〇 (住民登録番号 ー)

次の理由により、上記当事者間の協議離婚意思を確認することができませんでしたので、上記事件を終結処理したことを通知いたします。

- ①当事者に離婚意思なし ②当事者の所在不明 ③当事者の陳述拒否
④その他の事項 ()

20 . . .

法院主事 〇 〇 〇 (職印)

【資料 1 1】

○ ○ 法 院

養育費負担調書

事 件 20 号 協議離婚意思確認申請

父 ○ ○ ○ (—)

ソウル○○区

母 ○ ○ ○ (—)

ソウル○○区

未成年の子 ○ ○ ○ (—)

日 時 : . . . : 場 所 : 号 協
議離婚室

下記のとおり、養育費の負担に関する協議が調ったことを確認する。

(例) 父○○○は、母○○○に対し、本件による離婚の届出が受理されれば、未成年の子に対する養育費として、離婚の度届出の翌月から子が成年に達する日の前月まで、1人当たり月 ウォンを、毎月 日に支払う。

法院主事 (印)

判 事 (印)

オーストリアにおける離婚後の配慮

渡邊泰彦（京都産業大学教授）

- I. 概説
- II. 子の福祉
- III. 別居後・離婚後の配慮
- IV. 家庭裁判所補助
- V. 離婚後の親子の人的コンタクト
- VI. 転居の制限：居所指定権

I. 概説

1. 用語及び本稿の範囲

オーストリアの親権は、配慮（Obsorge）と呼ばれ、子の養育、教育、財産管理、法定代理の四つの要素を含む（民法 158 条）。面会交流権は、人的コンタクト権（persönliches Kontaktrecht）、あるいはコンタクト権とよばれる。

本稿では、2013 年に改正された離婚後の配慮を中心にとりあげる¹。また、オーストリア法の特徴である、子の福祉に関する詳細な規定（後記 II. 2）、別居後に父母が配慮について合意できない場合における仮の親責任の段階の規定（後記 III. 2）、家庭裁判所補助の制度（後記 IV. 2）については詳しく紹介する。

¹ 本稿は、著者による論文「オーストリア」床谷文雄・本山敦編『親権法の比較研究』（日本評論社、2014）に基づき、一部加筆したものである。なお、オーストリアの親権法の概要については、同論文 147 頁以下を参照。

2013 年親子及び名の法改正法の立法理由については、Gitschthaler（Hrsg.）, Kindeschafts - und Namensrechts- Änderungsgesetz 2013, Manz 2013 による。実務の状況などについては、Mauer, Kinder & Scheidung, 3. Aufl., Manz 2013 を参照した。

2. 人口、家族形態：統計

[表 I - 1] 人口²

年	1981	1991	2001	2008	2009	2010	2011	2012	2013
人口	7555	7796	8033	8.341	8.361	8.385	8.401	8.453	8.500

[表 I - 2] 家族形態³

家族形態	1971	1981	1991	2001	2011	2012
家族総数	1,929,028	1,986,341	2,109,128	2,206,151	2,306,650	2,322,321
子のない家族	616,886	617,329	688,185	771,809	879,687	895,096
子のある家族	1,312,142	1,369,012	1,420,943	1,434,342	1,426,963	1,427,225
15歳未満の子のある家族	939,602	890,143	835,364	831,418	762,226	759,513
カップル総数	1,704,616	1,729,065	1,786,352	1,854,279	1,935,962	1,949,587
子のない家族	616,886	617,329	688,185	771,809	879,687	895,096
子のある家族	1,087,730	1,111,736	1,098,167	1,082,470	1,056,275	1,054,491
15歳未満の子のある家族	840,877	772,763	687,829	673,396	609,783	607,778
夫婦	1,652,342	1,647,352	1,646,263	1,630,914	1,614,273	1,624,898
子のない家族	587,738	568,471	599,878	648,075	707,648	719,555
子のある家族	1,064,604	1,078,881	1,046,385	982,839	906,625	905,343
15歳未満の子のある家族	823,343	747,077	649,175	591,216	490,413	488,833
生活共同体 (事実婚)	52,274	81,713	140,089	223,365	321,689	324,689
子のない家族	29,148	48,858	88,307	123,734	172,039	175,541
子のある家族	23,126	32,855	51,782	99,631	149,650	149,148
15歳未満の子のある家族	17,534	25,686	38,654	82,180	119,370	118,945
単親家庭総数	224,412	257,276	322,776	351,872	370,688	372,734
15歳未満の子のある単親家庭	98,725	117,380	147,535	158,022	152,443	151,735
父子家庭	24,023	30,830	48,634	51,140	54,736	56,592
15歳未満の子のある父子家庭	8,613	10,889	16,706	14,581	13,265	13,689

² オーストリア統計局の資料を基に作成。

http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/volkszaehlungen_registerzaehlungen_abgestimmte_erwerbsstatistik/bevoelkerungsstand/index.html

³ オーストリア統計局

http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/volkszaehlungen_registerzaehlungen_abgestimmte_erwerbsstatistik/familien/078591.html

母子家庭	200,389	226,446	274,142	300,732	315,952	316,142
15未満の子のある 母子家庭	90,112	106,491	130,829	143,441	139,178	138,046

※ 夫婦には、同性登録パートナーシップも含む。

[表 I - 3] 各世帯に属する子の数⁴

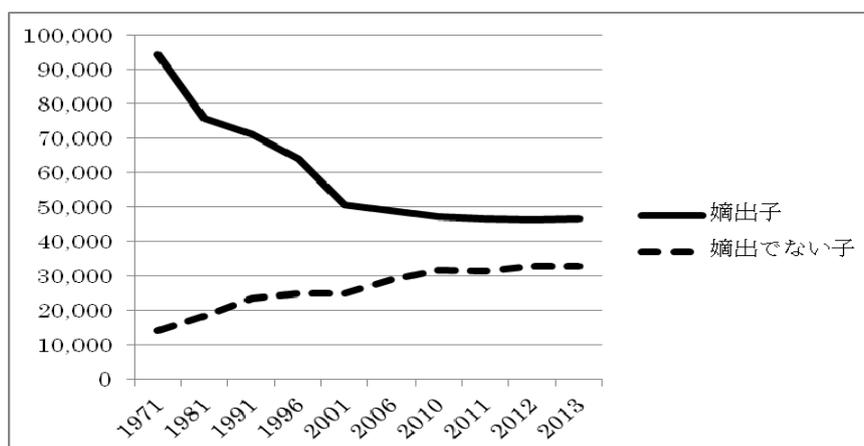
家族形態	1981	1991	2001	2011	2012
子総数	2,590,028	2,455,596	2,424,805	2,341,743	2,333,801
婚姻	2,159,068	1,926,961	1,789,719	1,604,333	1,597,145
生活共同体	53,543	76,827	149,850	228,504	226,142
父子家庭	46,201	70,001	68,075	70,477	73,007
母子家庭	331,216	381,807	417,161	438,429	437,507

※ 夫婦には、同性登録パートナーシップも含む。

[表 I - 4] 嫡出子・嫡出でない子の出生数⁵

	1971	1981	1991	1996	2001	2006	2010	2011	2012	2013
嫡出子	94,411	75,672	71,166	63,929	50,514	48,958	47,131	46,587	46,183	46,477
嫡出でない子	14,099	18,270	23,463	24,880	24,944	28,956	31,611	31,522	32,769	32,853

[表 I - 5] 嫡出子・嫡出でない子の出生数（グラフ）



⁴ オーストリア統計局

http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/volkszaehlungen_registerzaehlungen_abgestimmte_erwerbsstatistik/familien/078599.html

⁵ オーストリア統計局データベース <http://statcube.at>

[表 I - 6] 婚姻数⁶・離婚数⁷/率

年	婚姻締結数	離婚数	離婚率
1986	45,821	14,679	32.0%
1991	44,106	16,391	37.2%
1996	42,298	18,079	42.7%
2001	34,213	20,582	60.2%
2006	36,923	20,336	55.1%
2010	37,545	17,442	46.5%
2011	36,426	17,295	47.5%
2012	38,592	17,006	44.1%
2013	36,140	15,958	44.2%

※ 離婚率は、その年の離婚数を婚姻締結数で割った割合。

[表 I - 7] 離婚原因別の離婚数⁸

年	離婚総数	住居共同体の 廃止 (婚姻法 55 条)	合意離婚 (婚姻法 55 条 a)	合意離婚の割合
2004	19,590	973	17,460	89.1%
2006	20,336	1,007	17,924	88.1%
2010	17,442	993	15,216	87.2%
2011	17,295	1,073	14,891	86.1%
2012	17,006	838	14,870	87.4%
2013	15,958	840	13,906	87.1%

⁶ オーストリア統計局データベース <http://statcube.at/>

⁷ オーストリア統計局データベース <http://statcube.at/>

⁸ オーストリア統計局

http://www.statistik.at/web_de/static/ehescheidungen_seit_2004_nach_paragraph_des_ehegesetz_es_und_bundeslaendern_023621.xlsx

[表 I - 8] 父母が離婚した子の数⁹

	2003	2006	2010	2011	2012	2013
全体	21,441	20,787	19,574	19,451	19,334	18,070
14歳未満	12,596	11,475	10,340	9,978	10,080	9,204
18歳未満	16,038	15,024	13,657	13,347	13,278	12,201
嫡出子全体における割合	20.69%	20.38%	19.71%	19.68%	20.00%	18.56%

[表 I - 9] 2013年家族形態別の年間可処分所得（年金生活世帯を除く）¹⁰

	世帯数(×1,000)	所得(算術平均)
全体	2,745	41,293
単身(男性)	446	25,342
単身(女性)	465	21,087
子のない複数人世帯	809	50,680
子のある世帯	1026	49,985
単親世帯	125	27,673
複数人世帯と子1人	425	52,842
複数人世帯と子2人	348	53,685
複数人世帯と子3人以上	129	52,176

[表 I - 10] 2013年 世帯の主たる所得者：男女別年間所得¹¹

主たる所得者	世帯数	可処分所得
男性	2,364	43,500
女性	1,338	29,712

3. 法制度の体系

(1) 民法

オーストリア民法典 (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch) は、1811年に制定 1812年に施行されており、フランス民法典 (1804年制定) と並ぶ歴史を有している。

⁹ オーストリア統計局

http://www.statistik.at/web_de/static/ergebnisse_im_ueberblick_scheidungen_022912.xlsx

¹⁰ オーストリア統計局

http://www.statistik.at/web_de/statistiken/soziales/haushalts-einkommen/022295.html

¹¹ オーストリア統計局

http://www.statistik.at/web_de/statistiken/soziales/haushalts-einkommen/022295.html

「導入」（1条～14条）[Einleitung]には民法全体にかかわる規定が、第1編「人事法」（15条～284条h）[Personen - Rechte]には婚姻・親子・後見等の規定が、第2編「物権」（285条～1339条）[Sachenrechte]には物権、担保物権と相続の規定が、第3編「人事権及び物権の共同の定め」（1342条～1503条）[gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte]には権利・義務の変動と時効の規定がおかれている。

婚姻及び離婚に関する規定は、1938年に民法典から分離された婚姻法に定められている¹²。1978年6月15日配偶者相続権、夫婦財産制及び離婚法改正法（Bundesgesetz von 15. Juni 1978 über Änderung des Ehegattenerbrechts, des Ehegüterrechts und des Ehescheidungsrechts）¹³により、3年の別居を離婚原因とする破綻主義離婚法が導入された。1999年の改正では、有責主義による離婚原因のうち、不貞行為（婚姻法旧47条）及び生殖の拒絶（婚姻法48条）という個別の離婚原因が削除され、重大な婚姻過誤（schwere Eheverfehlung、婚姻法49条）に含まれることになった。

オーストリアの親権に関する規定は、1977年の親子法改正（Bundesgesetz : Neuordnung des Kindschaftsrechts）により現在の基礎が築かれた。それ以前の父権（väterliche Gewalt）の概念（民法旧147条以下）が廃止され、父と母が同じ権利と義務を負うことになった（民法旧137条3項¹⁴）。

1989年親子法改正法（Kindschaftsrecht - Änderungsgesetz（KindRÄG 1989））では、第1編第3章第4節として民法旧144条の前に「配慮（Obsorge）」の見出しが挿入された。これにより、配慮という概念のもとに、子の養育、教育、財産管理、法定代理はまとめられた。また、嫡出でない子の母も配慮を有することが認められた。官庁後見の廃止に伴い、少年福祉員（Jugendwohlfahrsträger）の制度（民法207条以下、旧211条以下）が導入された。

2001年親子法改正法（Kindschaftsrecht - Änderungsgesetz（KindRÄG 2001））では、実体法及び手続法における子の権利の強化、権利ではなく任務としての配慮、子の訪問権、離婚後の父母の共同での法的責任についてのモデル、財産管理権の簡素化と現代化を目的として家族法の改正が行われた。

2009年家族法改正法（FamRÄG 2009）では、配慮に関して、事情が必要とする場合の日常生活の配慮事務における夫婦の代理、国際的な子の奪取の民事面に関する条約による手続の明確化が定められた。

2012年12月20日に連邦議会（Bundesrat）で可決された2013年親子及び名の法改正法（Kindschafts - und Namensrechts - Änderungsgesetz 2013）草案は、2013年2月1日

¹² ナチスドイツ期のオーストリア併合により、ドイツとオーストリアの婚姻法を統一するために、それぞれの国で民法典から独立した婚姻法（Ehegesetz）が制定された。ドイツでは、まず離婚法を、次いで婚姻締結の規定を民法典に再度組み入れている。

¹³ 連邦官報1978年280号（BGBl. Nr. 280 / 1978）。

¹⁴ 以下、現在適用されない条文は旧1条、現行法の規定は1条、2013年改正により内容が変わった条文は新1条と表記する。

に施行された¹⁵。この改正では、これまでの改正により生じていた欠番、枝番を整理し、新たに条数を振り直した。配慮と関わる規定は、第1編第3章「父母と子の権利」（137条～203条）の第1節「総則」（137条～139条）、第4節「配慮」（158条～185条）である¹⁶。実体法の改正とともに、非訟事件法では、親子事件のうち第7節「配慮及び人的コンタクトの定め」（104条～111条a）を中心に改正された。

（2） 手続法

離婚は、地区裁判所（Bezirksgericht）が管轄を有する（裁判所構成法（Jurisdiktionsnorm；JN）49条2項2号a）。夫婦が離婚について合意している場合には非訟事件法（Außerstreitgesetz）による手続（非訟事件法93条以下）であり、争っている場合には離婚訴訟の手続による（婚姻法60条1項、61条1項、民訴法（Zivilprozessordnung）460条）。

配慮及び子の扶養（養育費）という離婚後の親子関係に関する手続は、非訟事件手続による。2005年に改正された非訟事件法では、第2章「婚姻及び親子事件、並びに財産管理事務における裁判上の手続」（非訟事件法（Außerstreitgesetz）81条以下）が挿入され、その第7節「配慮及び父母と未成年の子の間の人的交流の定め」（現在は「配慮と人的コンタクトの定め」）に配慮にかかわる手続が規定された。

非訟事件については、地区裁判所が管轄を有する。裁判所は、職権で事実関係を調査し、その際に当事者は協力しなければならない。証拠調べにあたって、裁判所は、当事者の申立てとは無関係に、適切な証拠資料を定めることができる。

非訟事件手続における決定は、債務名義となり、強制執行することができる。第一審の決定に対しては、14日以内に抗告することができる。

2010年7月1日からは、子の補佐人（日本でいう子の代理人）が、子の補佐人法（Kinderbeistandsgesetz）により導入された（非訟事件法104条a）。

（3） 離婚

離婚は、裁判上の決定による（婚姻法46条）。離婚には、合意による離婚（Scheidung im Einvernehmen 又は einvernehmliche Scheidung、婚姻法55条a）と、争訟による離婚（streitige Scheidung、婚姻法49条）がある。離婚の90%を合意による離婚が占めている（前記本章2．[表I - 7]）。

合意による離婚は、6ヶ月間にわたり婚姻上の共同生活を廃止し、夫婦双方が婚姻関係

¹⁵ 2013年改正法による条文の訳は、松倉耕作「2013年1月13日付けオーストリア親子改正法について [条文訳・抄]（1）～（4・完）」戸籍時報697号21頁、698号55頁、700号57頁、702号16頁（2013）に紹介されている。草案段階の条文については、松倉耕作「2012年オーストリア親子法に関する政府草案について（条文訳 - その1）（その2）」名城ロースクール・レビュー27号109頁、28号117頁（2013）を参照。

¹⁶ 第4章「他の者による配慮について」（民法204条～230条）は、未成年後見に相当する。

の回復不可能な破綻にあることを承認し、かつ、夫婦間に離婚についての合意があるときは、夫婦が共同で離婚を申し立てることができる（婚姻法 55 条 a 第 1 項）。この場合に、夫婦間の子の世話と配慮、人的コンタクトの権利の行使、扶養義務（養育費）について、並びに夫婦間の扶養法上の関係及び夫婦財産制に関する法律上の請求権（婚姻財産や債務の分割）について文書による合意が裁判所で締結されている場合にのみ、離婚することが許される（婚姻法 55 条 a 第 2 項）。2013 年 2 月 1 日からは、合理による離婚の当事者に未成年の子がある場合には、離婚効果の定めを締結又は提出する前に、特に離婚により未成年の子に生じる必要な事項について専門家又は専門機関の助言を受けることが義務づけられている（非訟事件法 95 条 1 項 a）。

夫婦が離婚について争っている場合には、離婚訴訟により、離婚原因が存在する場合に、離婚が認められる。夫婦の一方の責めに帰す重大な婚姻過誤（schwere Eheverfehlung）により婚姻が破綻した場合の離婚（婚姻法 49 条）、精神病又は伝染病を理由とする離婚（婚姻法 50～52 条）、住居共同体を 3 年間廃止しており婚姻が回復不可能なほど破綻している場合の離婚（婚姻法 55 条）がある。

II. 子の福祉

1. 親子間の権利に関する一般原則

親子間の権利に関する規定の冒頭では、一般原則として、父母と子は、互いに補佐し、尊重しなければならないことを定める（民法 137 条 1 項）。これは、子が成人であっても、未成年であっても同じである。子が未成年であれば、父母は、子の福祉を促進し、子の世話（Fürsorge）と保護と入念な教育を保障する（同条 2 項 1 文）。暴力の行使並びに身体的及び精神的危害を加えることは許されない（同項 2 文）。

第 3 章「親子間の権利」（137 条から 203 条）による権利の行使と義務の履行の際には、子の福祉を保護するために、本章により子に関わる権利及び義務が帰属する他人と未成年者との関係を害する、又はその任務の行うことを困難とする全てのことを行ってはならない（民法 159 条）という忠実の要請（Wohlverhaltensgebot）がある。

2. 子の福祉

子の福祉は、2013 年改正の前でも、実体法上の親子の関係についても、裁判上の手続においても、親子法の指導的原則として考慮されていた。民法旧 137 条 1 項は、「父母は、未成年の子の教育のために世話をを行い、主としてその福祉を促進しなければならない」と定めていた。また、子の福祉の判断基準として、子の人格及びその需要、特に素質、能力、傾向及び発達可能性、並びに父母の生活状況を相応して考慮するとされていた（民法旧 178

条 a)。判例では、条文に列挙された事項のみならず、子の福祉を子の身体的、精神的、心理的幸福と理解し、親子法における指導的原理としていた。

この点においては、現行法も同じく、子の福祉は、配慮、人的コンタクトなど、未成年の子が関係する事務全てにおける指導的な視点として考慮されなければならない、最善の保障がなされなければならないとして、子の福祉が基本的原則であることを確認する（民法 138 条 1 文）。さらに、子の福祉という一般原則の精緻化が必要であるという考えから、心理学的な判断基準（忠誠葛藤）も含む、12 項目の判断要素が民法 138 条に掲げられている。

1 号は、「適切な世話 (Versorge)、とりわけ食事、医学的及び衛生的世話 (Betreuung)、住居並びに入念な子の教育を適切に与えること」を挙げる。世話とは、子の身体的な幸福のために必要な全ての観点と理解されている。適切な世話であるかは、父母の生活状況、子の年齢、具体的需要から、個々の事案で判断される。入念な教育では、子の年齢に相応して、自立的な発育の促進と価値及び規律の伝承との間の均衡のとれた関係も留意しなければならない。

2 号は、「世話 (Fürsorge)、保護並びに子の身体的及び精神的不可侵性の保護」を挙げる。子の発育には、信頼でき確実な結びつきが重要であるという理由に基づいている。その点では後記の 9 号と同様である。身体的及び精神的不可侵性への子の請求権は、教育における暴力の禁止 (137 条 2 項) と、干渉と虐待からの保護への子の請求権 (民法 138 条 7 号) を補充するものとされ、身体的又は精神的虐待には達していないが、子の不可侵性を侵害する場合を含んでいる。

3 号は、「親による子の尊重 (Wertschätzung) 及び受入れ (Akzeptanz)」を挙げる。

4 号は、「子の素質、能力、傾向及び発達可能性の促進」を挙げ、民法旧 178 条 a に示されていた判断基準の一部を引き継いでいる。これは、配慮の一部である教育の内容の一部と同じである (民法 160 条 1 項 2 文)。

5 号は、「自らの理解に依存する子の意見の考慮及び意見を形成する能力の考慮」を挙げる。しかし、子の意思に沿うことが常に子の福祉に資するわけではない。子の福祉を守るため必要であるが子の意思に反する判断は、子の福祉に影響を与えることがある。そこで、6 号は、「措置を子の意思に反して変更及び実行することにより子が被り得る危害の回避」を挙げる。子の意思の考慮は、配慮の規定において養育と教育の事務についても定められている (民法 160 条 3 項)。

7 号は、「子自ら又は重要な関係者と共に干渉又は虐待を受けるという子にとっての危険の回避」を挙げる。虐待を共に受けるとは、子が虐待を直接に受けている場合のみではなく、ドメスティック・バイオレンス (DV) を子が見ているという場合も含む。虐待のない環境への請求権を子は有しているとされる。

8 号は、国際化の中でしばしば生じる、「違法に連れ去られる、若しくは引き留められる、又はさもないと害を受けるという子にとっての危険の回避」を挙げる。これは、子の

奪取に対して迅速な回復を確保する国際条約や法機関が存在するが、その手続は子にとっても重大な負担となり得ることから、ここで判断要素として挙げられた。子の居所指定について、配慮に関する規定においてより具体的に定められている（民法 162 条 3 項、後記 VI）。

9号は、「両親及び重要な関係者との信頼できる子のコンタクト並びにこれらの者との子の確実な結びつき」を挙げる。父母と並ぶ重要な関係者として、兄弟姉妹、祖父母、継親などが考えられる。もっとも、例えば虐待を理由とする一定の状況において、父母の一方とのコンタクトが子の需要にも合わず、発育への利益がなく、子がコンタクトを望む場合には子の福祉に有害となり得る。その他に、9号は、子が両親を知り、その出自について情報提供を受ける利益も含むとする。

10号は、「子の忠誠葛藤と罪悪感の回避」を挙げる。関係が継続している父母のように重要な関係者が異なる立場を主張している場合には、子がこれらの者間の忠誠葛藤に陥ることがある。子の奇妙な行動が、忠誠葛藤に陥ることや、罪悪感がふくらむことで経験する不安定に基づくことがしばしばある。これは、とりわけ、父母の間に緊張があり、父母の一方が他方をいつもではなくても拒絶していることに子が気付く父母の別居の場合に強くなる。10号は、子が忠誠葛藤に陥る状況を完全に避けることはできないが、その影響が子に及ぶことをできる限り少なくしておくということを父母の任務としている。

11号は、「子の権利、請求権及び利益の保障」を挙げる。これらは、例えば扶養請求又は事故による損害賠償請求、子の財産の投資という子の経済的幸福（Wohlergehen）を確実にする措置において役割を有する。さらに、子が企業のような財産を相続する場合、遺産相続宣言（Erbantrittserklärung）をする可能性も考えられる。

12号では、「子、その父母及びその他の身近な者の生活状況」を挙げる。民法旧 178 条 a では父母のみであったが、子と身近な者が加わった。子を中心に据えるという民法 138 条の方向性に相応して、例えば兄弟姉妹や友人との関係という子にとって重要な観点も考慮される。

子の福祉は法概念であるから、何が子の福祉に相応するのか否か、子の福祉が害されているのか、どの範囲で害されているのか、ある措置が他の措置よりもより子の福祉に資するのかという、子の福祉に関する問題は、最終的には裁判所によって判断される。もっとも、民法 138 条に挙げられた判断要素は裁判上の紛争解決のみならず、子と父母や関係者との間の関係について一般に妥当するものとして考えられている。

子の福祉は完結した概念ではなく、多面的な概念である。この不定型な概念を鮮明にするために本質的な判断基準が具体的に列挙されている。他の観点も、子の福祉の判断にあたり考慮することができる。また、民法 138 条によって家族と親子関係について一定の法律上の模範が描き出されているのではない。家族法上の関係の多様性、関係形成についての当事者自治からみて、模範像は無意味であり、許されるものでもない。

民法 138 条に挙げられた個々の判断基準に序列はなく、個別事例に応じて、別々に重要となり、考慮される。例えば、経済的利益（11号）は、財産管理や扶養が問題となる場面では重視されるが、養育と教育との関連においては背後に退く。

III. 別居後・離婚後の配慮

1. 合意による配慮

子の出生時に父母が婚姻している場合には、父母双方が配慮を有する（民法 177 条 1 項 1 文）。父母が離婚する又は居住共同体を解消したときに共同配慮の合意をする際には、父母は、どちらの家政において子を主として世話するのかについて裁判所で合意しなければならない（民法 179 条 2 項）。子を主として世話する父母の一方には、配慮の全てが委ねられる（民法 177 条 4 項）。例えば父母の一方に養育と教育の全てが負わされているのに、他方が財産管理権と法定代理権を有するという状況を避けるためである。また、子のために必要な全ての処分を行うことができることにより、子を主として世話する父母の一方の地位を強化している。

子に対する扶養義務（民法 231 条 2 項 1 文）を子の世話により履行する。この父母の一方が最低でも子の世話の 3 分の 2 をしていれば、金銭扶養の義務を負わず、父母の他方のみが子の金銭扶養の義務を負う。また、子を主として世話する父母の一方は、子の居所を単独で定める権利を有する（民法 162 条 2 項）。

主として世話する者を定めるということは、子が父と母のもとで交互に同程度の期間滞在するというモデル（交替モデル）を採用しないことを意味する。これに対しては、裁判実務では交替モデルを採用する事案が増加しているにもかかわらず、2013 年改正が交替モデルの考えを拒否していることは、弱点であるとの指摘もある¹⁷。

共同配慮権者である父母は、単独で子を代理することから（民法 167 条 1 項）、子を主として世話する父母の一方は、例えば学校に関わる事務、旅券の発行、医療措置など子のために行わなければならない措置について単独で行うことができる。子を主として世話する者についてのみ合意したならば、原則として、子を主として世話していない父母の一方も共同配慮権者であり、外部的には、父母の他方の意思に反しても単独で子を代理することができる。父母の内部関係においては、通常範囲を超える事務について、婚姻中と同じように、事前に父母の一方は他方と実行可能な限り話し合わなければならない（民法 137 条 2 項 3 文）。子の氏の変更、国籍の取得又は喪失、一定の財産事務など重要な事務については、父母が共同で判断しなければならない（民法 167 条 2 項）。父母の考えが一致しないときには、養育裁判所に申し立てることができる。

¹⁷ Beck, Obsorgezuweisung neu, in Gitschthaler (Hrsg), Kindeschafts - und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, Manz 2013, S. 180.

子を主として世話するのではない父母の他方の配慮は、裁判所に父母の合意（民法 177 条 3 項）を提出して、一定の事務に制限することができる（民法 177 条 4 項 3 文）。

2. 父母が合意できない場合：仮の親責任の段階

2013 年改正で、配慮権の帰属について父母の間で合意できない場合について、裁判所が配慮権者を定める前に、原則として 6 ヶ月の仮の親責任の段階（Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung）が新たに設けられた（民法 180 条）。この期間は、冷却段階（Abkühlphase）とも説明される。

仮の親責任の段階は、1) 離婚後又は別居中の配慮について適切な期間内に父母が合意できない場合（民法 180 条 1 項 1 号）、2) 共同配慮権者の一方が単独配慮への変更を申し立てる場合（同 2 号）、3) 単独配慮の場合に配慮権者ではない父母の一方が配慮への関与を申し立てる場合（同 2 号）のいずれかの場合、かつ、父母の間で合意できない場合に、裁判所が命じる。1) の場合には、裁判所が職権で命じる。

このような規定が導入された背景には、まず、父母の一方が他方に同様に配慮が委ねられ世話し続けることに対して単独で拒否権を発動することができるのは疑問であるとする、憲法上の要請がある。さらに、このような事案では、父母の協調がなされず、そのことで子の福祉が損なわれるという推定がかなりの程度許されることから、特別な注意を必要とする点が考慮された。

仮の親責任の段階では、配慮が委ねられている父母の一方に、裁判所が、従来の配慮の定めを維持して 6 ヶ月間子をその家政において主として世話することを命じる。父母の他方には、子の教育と養育を行うことができるために十分なコンタクト権が認められる（民法 180 条 1 項 2 文）。この 6 ヶ月の期間のために、父母は、コンタクト権、養育と教育、扶養給付それぞれの詳細について合意しなければならない。合意できない場合には裁判所が必要な命令を下す（民法 180 条 1 項 3 文）。

この世話プランをどの程度まで詳細に定めるかは個別事案の事情により異なる。子の養育と教育の任務と負担は、父母それぞれが格別の寄与をもたらすことができるように割り振られる。コンタクト権についても、2 週間に 1 度週末に面会交流が行われるのではなく、一般のコンタクト権（後記 V）と同様に定められなければならない。

また、扶養給付という配慮とは直接にかかわりのない事項についても定められなければならない。配慮の紛争が継続している間の子の需要を満たすことのほかに、期間経過後の判断において子の生活基盤を保障する準備を含めた父母の態度全てを評価することを目的としている。

6 ヶ月の期間は、裁判所の判断が拘束力を有するとき（非訟事件法 107 条 2 項）から開始する。決定の準備を目的として、裁判所は、6 ヶ月の期間を延長することもできる（民法 180 条 2 項 2 文）。6 ヶ月を越える期間を、最初から裁判所が命じることはできない。

反対に、6ヶ月未満の期間については、それについて父母が合意しており、短期間で目的を達成できることが期待できるのみには可能であるとされる。

期間開始時に仮に定めた状況が子の福祉を害する場合には、裁判所が、配慮の剥奪又は制限の規定（民法 181 条）により必要な措置をとることができる。また、仮処分として、信頼できるコンタクトの維持、権利を明確にするために子の福祉の規準に従って人的コンタクトを仮に認めること、配慮権又はコンタクト権を仮に剥奪することができる（非訟事件法 107 条 2 項）。

6ヶ月の期間が経過すると、裁判所は、扶養給付を含めて仮の親責任の段階で知り得たことに基づき、子の福祉の規準に従って、配慮について最終的な判断をしなければならない（民法 180 条 2 項 1 文）。期間内の父母の態度のみではなく、それ以前の状況、子の福祉についての将来の展望も判断の基準となる。

判断に必要な情報を得るため、父母が納得のいく合意をするために、家庭裁判所補助者（後記 IV. 2）が活動する。

最終的な判断において、裁判所は、子の福祉に最も資する解決をとることになる。父母の一方に配慮を委ねるほか、父母の一方が拒絶する場合であっても、子の福祉に相応するのであれば、共同の配慮を裁判所が命じることにもできる（民法 180 条 2 項 3 文）。共同の配慮を命じる際には、その家政において子を主として世話する父母の一方も定めなければならない。また、父母の他方の配慮を、一定の事務に制限することもできる。

最終的な判断の後に、状況が決定的に変化し、子の福祉にとって重要となる場合には、父母の一方の申立てにより、裁判所は、配慮に関する新たな定めをする（民法 180 条 3 項 1 文）。新たな定めのためには、再び仮の親責任の段階が命じられる（同項 2 文）。

仮の親責任の段階は、子の福祉に相応する場合に命じられる（民法 180 条 1 項 1 文）ことから、父母の衝突が子にとっても不利な影響を与えるほどに父母間の関係が持続的かつ深刻に破綻している場合には、仮の親責任の段階は設けられない。父母の一方が疾病又は依存症のために責任を負うことができない場合、父母の一方による虐待の疑いが濃い場合にも命じられない。

その他に、配慮の剥奪又は制限の手續（民法 181 条）、父母間以外での配慮の紛争では、仮の親責任の段階の規定は適用されない。

3. 配慮の剥奪・制限

父母がその態様によって未成年の子の福祉を危険とするときは、裁判所は、子の福祉の保障のために必要な処分をとらなければならない（民法 181 条 1 項 1 文）。子の福祉が危険となる場合の典型は、虐待である。

必要な処分として、裁判所は、配慮の全て又は一部を剥奪すること、法律上予定された同意権の剥奪をすることが許される（民法 181 条 2 項 2 文）。処分によって、裁判所は、

子の福祉の保障に必要な限りにおいてのみ、配慮を制限することが許される(民法 182 条)。養育及び教育又は財産管理の全て又は一部が剥奪される場合には、その範囲における法定代理権も剥奪される(民法 181 条 3 項)。父母がその他の義務を履行できる場合には、法定代理権のみを剥奪することもできる。

個別事案において、裁判所は、拒絶を正当化する理由が存在しない場合には、法律上必要な同意を代わりに行うことができる(民法 181 条 1 項 3 文)。配慮の一部も剥奪することで、例えば、配慮を委ねられた父母が宗教上の理由から治療に必要な子への輸血を拒否する場合に、輸血を実行するために裁判所が代わりに配慮を担う。

これらの処分の申立てを、子の重要な事務について合意ができない父母の一方、その他直系血族、里親、少年福祉員がすることができる(民法 181 条 2 項 1 文)。14 歳以上の未成年は、自らの養育と教育の事務においてのみ申し立てることができる。その他の者は、措置を提案することができ(同条 2 項 2 文)、通常は、裁判所又は少年局に通知する。

IV. 家庭裁判所補助

1. 導入の経緯

父母間で配慮又は訪問権についての紛争が生じると、この紛争は父母のみならず子にも負担となるとともに、紛争の長期化は父母が建設的な協力をできない状況を生じさせる危険を有している。また、手続の長期化により、父母の一方と子が疎遠となることもある。そのため、手続を迅速に進める必要があるが、裁判所には、当事者からの意見聴取、職権による重要な事実の解明(非訟事件法 16 条 1 項)、当事者の抗告による再調査など、手続が長期化する要因がある。その他、家庭裁判所裁判官、少年福祉員、鑑定人の過剰負担も長期化の原因となっていた。長期にわたる手続が私的生活及び家族生活への侵害(ヨーロッパ人権条約 8 条)となる可能性が、ヨーロッパ人権裁判所 2012 年 1 月 17 日判決(Bsw1 598/06 コプフとリベルダ対オーストリア事件)から生じていた。

さらに、子の福祉に最も役立つのは父母の納得した合意であるという事実から、子の福祉を保障する義務は、当事者間で了解された定めを得るという裁判所の特別な義務ともなる。事実関係の確認のために、合意による解決の可能性を測るために必要な活動を裁判官自らが行うとすれば、当事者の感情的な紛争に巻き込まれる危険が生じる。また、裁判官は法律家であるため、ソーシャルワークと心理学について専門的な教育を受けていないのが普通である。そのため、裁判官としての判断が、事実調査と紛争調停におけるソーシャルワーク的及び心理学的な活動と区別されることが望まれていた。

このようなソーシャルワーク的、心理学的活動を、従来は、少年福祉員が担っていた。少年福祉員は、子の福祉の促進と保障のために、家族への助言と支援を行っており、信頼関係の構築と維持が求められる。裁判上の手続において、父母の一方に対して賛否を明確

とする立場をとれば、この信頼関係を破壊することになりかねない。反対に、父母による教育や世話が不十分である、扶養義務をおろそかにしている場合には、少年福祉員が、父母の双方又は一方と対立する立場や措置をとっている事がある。そのため、少年福祉員は、当事者にとって中立にはならず、またなることができない。当事者にとっては、少年福祉員が手続に加わることが、予断を持たない立場ではなく、既に賛否の立場を示している機関との対立と受け止められていた。

そこで、家庭裁判所保護は、ウィーンで導入されていた少年裁判所補助を模範にして、2012年初頭から四つの地域（ウィーン、インスブルック、レオーベン、アムシュテッテン）でのモデルプロジェクトで導入され、2013年改正により全国へと拡大されることになった。

2. 家庭裁判所補助者の職務

家庭裁判所補助の目的は、まず、配慮の争訟とコンタクト権の争訟の手続期間を短縮することである。次に、家庭裁判所裁判官と少年福祉員の役割衝突をなくし、それにより裁判手続の質と持続性を改善することにある。

家庭裁判所補助者は、ソーシャルワーク、心理学、精神医学、教育学の専門家から選ばれ、司法相談斡旋機関を通して契約上の義務を負う。管轄の司法機関によって委託された場合に、その限りにおいて、活動を行う。裁判所内において場所と通信手段を無償で使用する事ができる。

家庭裁判所補助者の任務は、判断の基礎となるものを収集し、当事者の納得いく合意への道を開き、配慮又は人的コンタクトの手続において当事者に情報を提供することである（非訟事件法 106 条 a 第 1 項）。

裁判官は、必要となきにすぐに適切な専門家に現場での具体的な調査活動を委託することができ、納得のいく合意の可能性を測り、父母に情報を提供することもできる。家庭裁判所補助者は、ソーシャルワーク的調査、心理学的診断、それに基づく報告、専門からの見解によって、判断の基礎の収集を行う。家庭裁判所補助者の見解は専門的な結論であり、裁判所は、必要な専門知識を判断のために利用することができ、当事者の人格について審問する場合であっても鑑定証明を行わずにすむことができる（非訟事件法 31 条 3 項）。

家庭裁判所補助者は迅速にその見解を表明し、調査状況とその方法、結論に至った理由を跡付けられるように述べるものとされる。それにより、事案によっては、納得のいく解決に直接に導くこと、又は少なくともその後の進行方法について迅速に明確にすることができる。多くの事案において、裁判所は、家庭裁判所補助によって解明された事実関係に基づいて、仮決定をすることができる。この仮決定は、手続の継続のために当事者の現時点での義務と権限について明らかにし、感情を害して態度が硬化することを避け、子と父母の一方が疎遠となることを防ぐのに役立つ。

家庭裁判所補助は、当事者が納得して合意するために、調停、家族相談、教育相談、セラピーのどの方法がよいのかを評価し、それに基づいて裁判所が手続を中断すること、さらに当事者に必要な措置を命じることができる（非訟事件法 107 条 3 項）。当事者が合意できない場合には、裁判所は、家庭裁判所補助の調査結果に基づいて判断を下す。

当事者へ提供する情報としては、納得のいく紛争調停を含めた手続の先行きについての説明、どのような態度が子の福祉を害するののかという情報、別居状態においてどのようにしてできる限り子の福祉を害さないままにすることができるのかという情報がある。

家庭裁判所補助は、未成年の子の生活状況について情報を提供できる者を呼び出し、質問する権限を有する。また、子と直接に接触する権限を有し、子を保護する者はそれを甘受しなければならない。家庭訪問、コンタクトの始まりと終わりでの子の引渡しの監督などの職務も含まれる。家庭裁判所補助者の調査への協力義務に反する者に対しては、裁判所は適切な強制手段（非訟事件法 76 条 2 項）を命じることができる（同条 2 項）。

治安当局、検察、裁判所並びに未成年の子の授業、世話及び治療のための施設は、家庭裁判所補助者に必要な情報を提供しなければならない、文書及び記録の閲覧を許さなければならない。少年福祉員も情報提供義務を負う。家庭裁判所補助者は、職務上の報告をしなければならない場合の他は、その活動について守秘義務を負い、当事者の利益において機密を保持する義務を負う（同条 3 項）。

家庭裁判所補助者は、文書又は口頭で裁判所に報告を行う。忌避には、管財人による拒絶についての規定（民訴法 355 条以下）を準用する（同条 4 項）。

3. 少年福祉員

少年福祉員（Jugendwohlfahrsträger）の職務は、父母のない子の配慮（民法 207 条）のほか、内国で出生した子の法定代理人に親の権利と義務、扶養請求権、父性確定について知らせて助ける職務がある（民法 208 条）。この点では、ドイツ法の補佐（Beistandschaft）に類似する。また、未成年後見に相応するその他の者による配慮では、親族など適当な者が他にない場合に、配慮を委ねられる（民法 209 条）。

配慮の範囲において、少年福祉員は、未成年者の福祉を保護するために必要な裁判上の処分を申し立てることができる（民法 211 条 1 項 1 文）。遅滞の危険がある場合には、裁判上の判断まで仮の効力を伴う養育及び教育の必要な措置を自らで取ることができる（同項 2 文）。とられた措置の範囲内において、少年福祉員には、仮に配慮が委ねられる（同項 3 文）。このような措置をとる決定は、8 日以内に遅滞なく申し立てなければならない（同項 2 文後半）。申し立てられた手続において、裁判所は、子又は配慮に介入された者からの申立てにより、実行できる限り遅滞なく 4 週間以内に、少年福祉員による措置が許されないか又は仮に許されるかを言い渡さなければならない（非訟事件法 107 条 a 第 1 項 1 文）。措置が許されないと裁判所が宣言した場合には、この決定には、裁判所が排除し

ていない限りで、仮の拘束力と執行可能性が与えられる（同項 3 文）。少年福祉員の措置が終了した後 3 ヶ月以内でも、同様の申立てをすることができる（同条 2 項）。

4. 子の補佐人

子が配慮の合意又はコンタクト権の合意に関係する場合に、14 歳に達すれば手続能力を有する。14 歳未満の子、16 歳未満の子についてはその同意がある場合に、配慮又は人的コンタクトの手続において、子の補佐人（Kinderbeistand）が選任される（非訟事件法 104 条 a）。子の補佐人は、代弁者として、子の側に立って、子の了解を得て、子の考えを裁判所に対して述べる。子の補佐人は、守秘義務を負っている。費用は労働時間ではなく、手続期間によって算定され、子ではなく、当事者である父母が一括の裁判費用として支払う。

V. 離婚後の親子の人的コンタクト

1. 離婚後の共同配慮と人的コンタクトの関係

未成年の子とこの者と同じ居していない父母の一方の間の面会交流の権利は、基本権及び人権に含まれ、まずは子の権利であるとともに、親の権利でもある。ヨーロッパ人権条約 8 条による私的生活及び家庭生活の保護のもとにある人権であるとともに、子の権利に関する連邦憲法 2 条 1 項は「全ての子は、父母双方との規則的な関係及び直接のコンタクトへの請求権を有する、ただし、これが子の福祉に反する場合にはその限りではない」と定めている。また、子の福祉の判断基準として、民法 138 条 9 号は、子と父母などのコンタクトと結びつきを明示している（前記 II. 2）。

コンタクト権の目的は、血族又はその他の者との特に親密な結びつきを維持して、疎遠となることを妨げる点にあり、子の福祉が決定的なものである。

民法旧 148 条以下でも人的交流（persönliche Verkehr）、訪問権（Besuchsrecht）の規定が定められていた。2001 年改正までは、未成年の子の養育と教育が帰属しない父母の一方の権利とされていた（民法旧 148 条 1 項 1 文）。2001 年改正により、父母の一方が未成年の子と共同の家政において生活していないときは、子とこの父母の一方は、相互に人的に交流する権利を有すると規定し（民法旧 148 条 1 項 1 文）、子の権利でもあることを明確にした。さらに裁判所が訪問権について定めるときには、子の需要と望みを考慮することも明記された（民法旧 148 条 3 項）。訪問権の行使は、子が義務教育の年齢に達すると週末の訪問を合意する、又は命じられ、休暇中にも訪問するという形で行われていた。典型的には、通常は 14 日ごとに、休暇中には 2 週間程度という訪問を判例は認めてきた。

2. 離婚後の人的コンタクトに関する法制度及び実体

(1) 人的コンタクト

2013年改正により、名称を人的コンタクト権 (persönliches Kontaktrecht) と変更して、その装いを新たにしている (民法 186 条以下)。父母それぞれは子と人的コンタクトを含めた人的関係を絶やさないようにしなければならない (人的コンタクトを含めて個人的に親しくしなければならない) として (民法 186 条)、父母の義務として構成している (民法 187 条 1 項 3 文も)。そして、人的コンタクトという用語によって、特に親密な関係が開かれ、保障されることを表している (民法 187 条 1 項 3 文)。

子と父母それぞれは、規則的、かつ、子の需要に相応した人的コンタクトへの権利を有する (民法 187 条 1 項)。

さらに、人的コンタクトは、子の休日や休暇中だけではなく、日常においても行われる (民法 187 条 1 項 3 文) ことで、旧法の訪問権と大きく異なる。日常における人的コンタクトとして、子の学習や宿題をみてやり、監督することなどを、父母で分け合うことが考えられる。コンタクトを通して父母の一方の子との間の人的関係を保障するのみならず、子を世話する父母の他方の負担が軽減される。

このように日常生活にまで拡大されたコンタクト権は、個々の事案の状況によって可能な限りで実現される。例えば、コンタクト権者である父母の一方の仕事の負担から子の日常生活まで関われる状況になく、仕事や生活の状況を変えることができない場合には、日常における子の世話は問題とならない。

(2) コンタクトの内容の決定

コンタクト権の行使について、子と親は一致して定めるものとされる (民法 187 条 1 項 2 文)。合意できない場合には、子又は父母の一方の請求により、裁判所が子の福祉に相応する方法でコンタクトについて定め、義務を決める (同項 3 文)。裁判所は、コンタクトの内容を定めるにあたって、子の年齢、望み (意思)、従来の関係の強さを考慮しなければならない (同項 4 文)。子の年齢については、例えば子が幼少であるならば、主として子を世話する父母の一方と長期間離れることを避けつつ、間隔が空くことで他方との関係が疎遠とならないように、回数が多いが、他方のもとの宿泊がないコンタクトがとられる。子が成長するに従い、週末や休暇中の滞在という長期間のコンタクトが認められる。子が 14 歳になれば、父母の一方とのコンタクトに対する拒否権を有し (非訟事件法 108 条)、自らでコンタクトの内容を定めることができる。

子の望みは、例えばコンタクト権者である父母の一方が求める内容に従うならば子の利益、日常生活、友人関係、休日の予定、休暇中の計画が妨げられ、そのことを子が詳しく述べる場合に考慮される。

従来の関係の強さとして、コンタクトの定めまでに特に親密な関係が親子の間に形成されていればコンタクトは通常よりも頻繁で長期になり、結びつきが希薄であれば特に親密な関係となるために慎重にコンタクトの内容を定めることとなる。

その他にも、従来からの実務では、コンタクト権者と子の居住地の距離など個別の事情も考慮してきた。

(3) 訪問付添い

紛争性の高いコンタクト権の開始や再開の場合、コンタクト権者が精神的問題を抱えている場合、子がとても不安を抱えている場合など、コンタクトに困難が生じることが予期される場合には、裁判所は、子の福祉に必要な場合に、適切であり、用意のできた者にコンタクト権の行使のための援助を頼むことができる（非訟事件法 111 条 1 文）。この訪問付添い（Besuchsbegleitung）は、父母の一方の申立てにより、少年局が子を代理した申立てにより、又は職権によって、裁判所が判断する。1 時間 50 ユーロからの費用を、通常は、コンタクト権を行使しようとする父母の一方が負担している。

訪問付添者となるのは、例えば共通の知人、離れている家族構成員など中立の立場にある者が考えられる。費用をかけるのであれば、ソーシャルワーカー、心理学や精神医学の専門家、牧師などに頼むこともできるとされる。情報は、養育裁判所と少年局から得ることができる。

裁判所は、訪問付添の進行、訪問付添者の職務を基本的に定めた決定によって、訪問付添を許可する（非訟事件法 111 条 3 文）。訪問付添では、多くの場合に、配慮権者が子を訪問カフェ（Besuchscafè）に連れて行き、その 10 分後ぐらいにコンタクト権者がやってきて、世話施設の職員同席のもとで子との時間を過ごし、配慮権者が子を引き取りに来る。職員は裁判所に経過を報告する。

訪問カフェは、種々の玩具を備えた施設で、中立的な立場の者がコンタクト権の行使の間に同席することに適した十分の広さを有している。職員は、同席していない父母の一方から低い評価を下されないように注意するとともに、コンタクト時間中の子の望みを考慮するように気を配っている。

2013 年改正により、裁判所は、強制的なコンタクト権の実行のために、家庭裁判所補助者（前記 IV. 2）を訪問仲介者（Besuchsmittler）とすることができる（非訟事件法 106 条 b）。家庭裁判所補助者は、人的コンタクトを具体的に行うための情報を提供し、親子の間に衝突がある際には彼らの間を取り持つ。また、子と共同の家政で生活していない父母の一方との人的コンタクトの準備の際にこの者への子の引渡しに同席する権利を有している。そして、人的コンタクトの実行について、裁判所に報告する義務を負っている。

(4) コンタクト権の制限と禁止

裁判所は、必要な場合に、人的コンタクトを制限又は禁止しなければならない（民法 187

条 2 項)。必要な場合として、条文では、二つの事案をあげている。

一つは、旧法（民法旧 148 条 2 項）と同様に、子と共同の家政において生活していない父母の一方が忠実義務（民法 159 条、前記 II. 1）に違反している場合である。例えば、悪口を吹き込むなどして父母の他方に従わないように子をそそのかす場合、父母の他方の私生活の細かな点まで聞き出そうとする場合、コンタクト権者が子を大切にしないことが甚だしい場合、子と配慮権者の関係を耐えられないほど妨害する場合などが、これにあたる。

さらに、子又は重要な関係者に対する暴力の行使の場合が、2013 年改正により明文化された（民法 187 条 2 項）。これは、虐待のない環境への子の利益を求める子の福祉の判断基準（民法 138 条 7 号）とも一致する。虐待は、身体的虐待、精神的虐待、性的虐待を含む。

（5） コンタクト権の強制執行

コンタクトについて定められている場合でも、子と共同生活している配慮権者が、その実行を妨げる又は非協力的な態度に終始することで、実現できないおそれがある。コンタクト権の実行の際には、裁判所は、一方においてコンタクト権者と子の間が疎遠となることを防ぐためにできる限り早くに判断するべきであるが、他方において配慮権者である父母の一方からの異議をも考慮しなければならない。

14 歳を超えた子に対して、コンタクト権の執行は許されず、12 歳から 14 歳未満の子については成長に応じて決められる。コンタクト権の執行のために子に対する直接強制は許されない。

人的コンタクトについて裁判上の判断が存在する場合又は裁判所で合意がなされた場合には、人的コンタクト権を強制的に実現することができる（非訟事件法 110 条）。裁判所は、職権により、以下の適切な執行手段（非訟事件法 79 条 2 項）を命じることができる。

実行を強制するために罰金を課すことができる。最初の違反では月収の 3 分の 1 である（母の平均的な月収では 300 ユーロ程度）が、子の扶養が危うくなる場合には判例では認められていない。

罰金では効果がない場合には、最長 1 年までの司法施設での強制拘禁（Beugehaft）が命じられる。最初の強制拘禁は数時間程度とされる。

強制手段は、コンタクト権への過去の侵害への刑罰ではなく、将来のコンタクト権を可能とするものである。

子と共同の家政において生活していない父母の一方の意思に反して人的コンタクトの定めを実行する場合に、裁判所は、適切な間接強制を適用することでも執行できる（非訟事件法 110 条 2 項 2 文）。

VI. 転居の制限：居所指定権

養育と教育に必要な限りで、子の居所を定める権利を、それについて権限を有する父母の一方が有する（民法 162 条）。子が他の場所に滞在しているならば、官庁及び公的な治安機関は、権限を有する父母の一方の求めにより、滞在地の搜索、必要となれば子の連れ戻しに協力しなければならない。2013 年改正により、別居中の父母による居所指定についての規定が加えられた。配慮権者である父母の一方の家政に主として子を委ねられていることを父母が合意している、又は裁判所が定めている場合には、配慮権者である父母の一方が単独で子の居所を定める権利を有する（民法 162 条 2 項）。それに対して、父母のどちらの家政において子を主として世話するかが定まっていない場合には、父母双方の同意、又は裁判所の許可がある場合にのみ、子の居所を外国とすることが許される（同条 3 項 1 文）。裁判所が許可を判断する際には、子の福祉に注意し、暴力からの保護、自由移動、職業選択の自由という親の権利も考慮しなければならない（同項 2 文）。

居所指定権を有している父母の一方（民法 162 条）は、予定している転居を適時に父母の他方に通知し、その同意を得る努力をしなければならない。他方が拒否する意見を表明し、これが子の福祉により適する場合には、一方は意見を考慮に入れなければならない。さらに、他方は、転居が許されるかについて裁判所に判断を求める可能性を有している。これらに反して、父母の一方が外国に子を連れて転居するならば、国際的な子の奪取の民事面に関するハーグ条約にいう違法な子の連れ去りとなる。

禁無断転載

平成 26 年度法務省委託
各国の離婚後の親権制度に関する調査研究業務報告書

平成 26 年 12 月

委託先：一般財団法人 比較法研究センター
〒600-8815 京都市下京区中堂寺栗田町 93
京都リサーチパーク 4 号館
URL: <http://www.kelc.or.jp/>

お問合せ先： 法務省民事局