# 家族法制部会 委員・幹事からの質問に対する御回答(西谷先生)

① ドイツにおいては、共同親権と共同養育が区別され、しかも、共同養育は引き取り型が多く、母親との同居が90%以上を占め、また、子の問題についての決定においても「子の福祉の判断ができるのは同居親」だと考えられていることの背景にある制度的・社会的要因は何でしょうか

### 【御回答】

ドイツでは、離婚又は別居した父母双方が共同親権をもつのが通常であり、そのうえで、 共同親権行使の態様が、父母が子と過ごす時間によって、次のように区別されています。

- (1)対称「共同養育」型(概ね父母半々の態様)(資料 10 頁)
- (2) 非対称「共同養育」型(非監護親の養育時間が30%~50%未満の態様)(同上)
- (3)引取り型(非監護親の養育時間が30%未満。もっとも、この場合でも、金~月曜日に父と宿泊+長期休暇の半分を過ごすのがスタンダード)(同資料8頁))

ここでいうドイツ法上の「共同養育型」(Wechselmodell)とは、他の法制にいう「交代監護」(co-parenting、shared parenting)に相当し、子が父の家と母の家のいずれにも居住し、双方を行き来する形態を指します。他方、ドイツ法上の「引取り型」(Residenzmodell)は、一方の親が同居親として子と同居し、別居親が面会交流を行う形態を指します。以上のいずれの共同親権行使の形態においても、父母が引き続き子の養育に関与することが前提とされています。

ドイツ法上は、親権の帰属としての共同親権と、共同親権の行使の態様としての「引取り型」・「共同養育型」(交代監護型)が明確に区別されています。ご指摘のように、多くのケースでは「引取り型」によっており、離婚又は別居後に「共同養育型」(交代監護)の形態をとるのは、まだ全体の4~7%に過ぎません。

ドイツでは、離婚又は別居後の親全体で、子が母親と同居するケースが約93%を占めるとされています。他の欧米諸国でも離婚又は別居後に子が母親と同居する例が多く、ドイツの93%は他国よりもやや多いのかもしれませんが、詳細は分かりません。社会的背景として、ドイツでは子どもを自分で育てようとする母親が多く、専業主婦の割合が比較的高いこと(\*)、また育児休暇を3年間とることができ、その後の職場復帰が保障されていること等から、男女の役割分担が比較的明確であることは指摘できるかもしれません。

(\*) たとえば、男女の就労率に関する OECD の「Labour force participation rate, by sex and age group」(https://stats.oecd.org/) という統計によれば、北欧諸国での女性の就労率は高く(フィンランドでは男女の就労率の差が 6 ポイント)、イタリア・ギリシア(同  $16\sim18$  ポイント)では低く、ドイツやフランスを始め他の欧州諸国はその間に位置しています。ドイツ(同 11 ポイント)は、フランス(8 ポイン

ト)よりも少し女性の就労率が低く、やや専業主婦が多いものと推測されます。

共同親権の行使にあたって、重要事項については両親が共同決定する必要があり、両親が合意に達しなければ、家庭裁判所に申立てをし、一方の親に決定権を付与してもらうことができます。その際には通常、子どもと日常的に接して、普段の生活状況や趣味・関心、ニーズなどをよく分かっているのは、同居親のほうであるため、家庭裁判所としても同居親に決定権を付与することが多いとされます。そこで、別居親がわざわざ家庭裁判所に申立てをすることは少なく、事実上、同居親の決定が優先される結果となっています。

② 共同での親責任や共同養育を決定し、その紛争を解決するためにどの程度の資源を用 意しているのでしょうか。お分かりになる範囲でお願いします

(1)監護に関する紛争の事件数,(2)対応する裁判所・裁判官の数,(3)審理に協力する行政機関・独立機関(例:英国のカフカス)の担当者の数,(4)支援の民間団体数および財政支出

### 【御回答】

2019年のドイツ家庭裁判所(第一審)に関する統計(58頁ほか)によれば、以下のとおりです。

https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-

Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/familiengerichte-

 $\underline{2100220197004.pdf;} jsessionid = F389579157F6863CF69B8CBE824D3C1E.live 721?\_\_blob=publicationFile$ 

(1) 離婚事件総数=150,169件

そのうち裁判所による親権者の決定又は共同親権の継続を含むもの=52,454件 当事者の申立てがなく、自動的に共同親権が継続したもの=51,167件 家庭裁判所が附帯処分として親権者の決定を行ったもの=1,287件

(そのうち両親の共同親権=291件, (一方の)母親の単独親権=885件, (一方の) 父親の単独親権=96件, 第三者への親権の移転=7件, 複数の子らについて個別 に決定=8件)

離婚の効果としての別手続による親権者指定事件=131件

(そのうち両親の共同親権=10 件, (一方の) 母親の単独親権=98 件, (一方の) 父親の単独親権=12 件, 第三者への親権の移転=11 件, 複数の子らについて個別 に決定=0 件; 共同親権を変更しなかったもの=33 件)

両親が婚姻中又は離婚後である場合の独立の親権者指定事件=32,512件

(そのうち両親の共同親権=3,903 件, (一方の) 母親の単独親権=10,933 件, (一方の) 父親の単独親権=4,055 件, 第三者への親権の移転=12,554 件, 複数の子ら

について個別に決定=1,067 件;従前の親権者を変更しなかったもの=15,264 件) 未婚・非婚の両親に関する独立の親権者指定事件=13,957 件

(そのうち両親の共同親権=2,443 件, 母親の単独親権=4,404 件, 父親の単独親権=1,862 件, 第三者への親権の移転=4,891 件, 複数の子らについて個別に決定=357 件;従前の親権者を変更しなかったもの=6,316 件)

(2)対応する家庭裁判所の数=家庭裁判所は、簡易裁判所(Amtsgericht)(AG)の一部署として設置されており、簡易裁判所の数は全国で 638 となっています。基本的には、すべての簡易裁判所が家庭裁判所の機能を備えているようですが、例外もあります。たとえばベルリンでは、11 の簡易裁判所(AG Charlottenburg、AG Köpenick、AG Lichtenberg、AG Mitte、AG Neukölln、AG Pankow、AG Schöneberg、AG Spandau、AG Kreuzberg、AG Tiergarten、AG Wedding)があり、そのうち、4 つだけが家庭裁判所の機能を備えています(AG Köpenick、AG Pankow、AG Schöneberg、AG Kreuzberg の 4 つ)(https://www.berlin.de/gerichte/)。

裁判官の数=簡易裁判所全体で 8130 名(2019 年)

(https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Personal/Personal node.html)

- (3)審理に協力する行政機関・独立機関(例:英国のカフカス)の担当者の数=分かりません。 (4)支援の民間団体数および財政支出=分かりません。
- ③ ドイツにおいて「共同親権は定着」とされていますが、その内容は重要事項に限って「親の配慮」を行使ということですか。対外的には、共同行使であることの表示は必要なのでしょうか。合意が得られないときは、裁判所に申し立てるが、実際は監護親の意向が尊重されるので、申立は少ないとのお話しだったと思いますが、結局は非監護親が同意するので紛争は激化しないということですか。「英国や豪州での失敗例を踏まえ」とされていますが、失敗の原因は何処にあると捉えられているのでしょうか。

#### 【御回答】

上記統計のように、ドイツにおいては、離婚事件に際して親権者指定を申し立てる事件の数がきわめて少なく、97.5%の事件で、自動的に共同親権が継続しています。これは、共同親権が制度として定着していることの一つの証左であるといってよいと思います。

共同親権の場合には、重要事項に限って、父母が共同決定する必要があります。対外的に 共同親権であることを表示する必要はなく、一般には、日常生活において(学校や病院等で) わざわざ両親が共同親権をもつか否か、また別居親の同意があるか否かを確認することも ないようです。

重要事項について父母が合意に達しなければ, 家庭裁判所に申立てをし, 一方の親に決定

権を付与してもらうことはできます。もっとも、通常は、子どもと日常的に接して普段の生活状況や趣味・関心、ニーズなどをよく分かっているのは、同居親のほうであるため、家庭裁判所としても同居親に決定権を付与することが多いとされます。そこで、別居親がわざわざ家庭裁判所に申立てをすることは少なく、事実上、同居親の決定が優先される結果となっています。

ところで、ドイツにおいては、離婚又は別居後の共同親権行使の態様が、父母が子と過ご す時間によって、次のように区別されています。

- (1)対称「共同養育」型(概ね父母半々の態様)(資料 10 頁)
- (2) 非対称「共同養育」型(非監護親の養育時間が30%~50%未満の態様)(同上)
- (3)引取り型(非監護親の養育時間が30%未満。もっとも、この場合でも、金~月曜日に父と宿泊+長期休暇の半分を過ごすのがスタンダード)(同資料8頁))

ここでいうドイツ法上の「共同養育型」(Wechselmodell)とは、他の法制にいう「交代監護」(co-parenting、shared parenting)に相当し、子が父の家と母の家のいずれにも居住し、双方を行き来する形態を指します。他方、ドイツ法上の「引取り型」(Residenzmodell)は、一方の親が同居親として子と同居し、別居親が面会交流を行う形態を指します。以上のいずれの共同親権行使の形態においても、父母が引き続き子の養育に関与することが前提とされています。

ドイツでは、この「共同養育型」(交代監護)について慎重な態度がとられており、これは英国や豪州での失敗例を踏まえたものとされています。失敗の原因は、①問題があるケース(特に父親によるDVや児童虐待など)についても裁判所が十分に審査することなく、過度に交代監護を認めてきたこと、②豪州については法律上、交代監護が子の利益にかなうものと推定する規定が置かれたために、一般に離婚又は別居後も交代監護を行わなければならない旨の誤った観念が浸透してしまい、必要以上に交代監護に同意する親が多いこと(特にDVや児童虐待をしていた父親についても母親が交代監護を容認すること)にあると解されているようです。

④ 資料 10 頁に共同養育の監護の分担割合について 30%~半分づつという表記がありました。この分担割合での共同養育の採用に関しては「両親の合意がない場合は慎重に」との判例がある旨、ご説明いただきました。

一方、資料 8 頁には隔週 2 泊 3 日の宿泊付き + 長期休暇の半分の面会交流を実施、つまり 20%以上は離れて暮らす親と暮らすことがスタンダードである、「現行法の評価は基本的に肯定的」、「DVや虐待への懸念から原則としての共同親権を否定するという議論は全くない」とのご説明もありました。

あくまで印象ですが、隔週 2 泊 3 日 + 長期休暇半分の面会交流でも双方の親の合意がないと実施は難しい、というのが私の率直な印象です。分担割合が 30%までであれば問題とならず、30%を超過すると問題となるという意見に関してもう少し、具体的に説明いた

# 【御回答】

父母の一方が子と過ごす時間が30%未満であれば、父母の合意が不要になると単純に言うことはできず、共同親権行使の態様によって扱いが異なることが区別の理由です。

ドイツでは,離婚又は別居した父母双方が共同親権をもつのが通常であり,そのうえで, 共同親権行使の態様が,父母が子と過ごす時間によって,次のように区別されています。

- (1)対称「共同養育」型(概ね父母半々の態様)(資料 10 頁)
- (2) 非対称「共同養育」型(非監護親の養育時間が30%~50%未満の態様)(同上)
- (3)引取り型(非監護親の養育時間が30%未満。もっとも、この場合でも、金~月曜日に父と宿泊+長期休暇の半分を過ごすのがスタンダード)(同資料8頁))

ここでいうドイツ法上の「共同養育型」(Wechselmodell)とは、他の法制にいう「交代監護」(co-parenting、shared parenting)に相当し、子が父の家と母の家のいずれにも居住し、双方を行き来する形態を指します。他方、ドイツ法上の「引取り型」(Residenzmodell)は、一方の親が同居親として子と同居し、別居親が面会交流を行う形態を指します。以上のいずれの共同親権行使の形態においても、父母が引き続き子の養育に関与することが前提とされています。

共同親権行使の形態のうち、対称又は非対称「共同養育型」(交代監護) については、民法上明文規定はありません。運用上は、原則として両親の合意が必要とされますが、例外的に、両親の合意がなくても、子の福祉、子と両親の良好な関係、子の意思、親の対話及び協力関係の有無などに照らして、あくまで「共同養育型」(交代監護)が最良の養育方法であるといえれば、認められる可能性があります(連邦通常裁判所 2017 年 2 月 1 日判決)。

他方、民法が離婚又は別居後の共同親権行使について前提としている「引取り型」であっても、別居親が長期にわたって円滑かつ継続的に面会交流を行うためには、同居親が同意し、協力することが重要です。当初は対立していた父母も、親ガイダンスやカウンセリングを通じて面会交流の重要性を理解することで、子のために協力するに至ることが多いようです。それでも同居親が面会交流に協力しない場合には、家庭裁判所の交流命令の強制執行(間接強制等)を申し立てたり、別居親の出捐について損害賠償請求したりする方法があるほか、実務上は、家庭裁判所が継続的管轄権に基づいて面会交流を拒否している同居親を呼び出し、面会交流に協力するよう促すことで、奏功する例が多いようです。

⑤ ドイツでは「他方の親と子の結びつきに対する寛容性」に関しての規律がある、と聞き 及んでいます。具体的には正当な理由のない面会交流拒絶や他方の親に対する悪口など に関して、どのような規律があるのかご説明をお願いします。 また、小川先生にご説明いただいたオーストラリアのようにこの種の寛容性に係わる条項が見直しされる議論がドイツでは始まっているかに関しても教えてください。

# 【御回答】

ドイツでは、フレンドリー・ペアレント・ルールが明文で規律されているわけではありません。ただし、共同親権行使の態様としての「引取り型」において、同居親が恒常的に別居親による面会交流を妨げている場合には、共同親権を単独親権に切り替える理由となる可能性はあります。

その前提として、ドイツでは、離婚又は別居後も共同親権が継続するのが原則となっており、実際にも離婚事件の 97.5%において、両親のいずれからも親権者指定に関する申立てがなされないまま、自動的に共同親権が継続しています。そして、共同親権を単独親権に切り替えるには、厳格な要件が課されており、⑦共同親権の終了が最も子の福祉にかなうこと、及び①申立人に単独親権を付与することが最も子の福祉にかなうこと、の二つが必要とされます。つまり、子の福祉に照らして、共同親権を継続する可能性がないことが必要とされます。

具体的には、①高葛藤事案において、両親の間で具体的かつ重大で継続的な意見の不一致があり、意思疎通がきわめて困難で、それが子の福祉に悪影響を与えていることや、②一方の親が恒常的に子との面会交流を拒否しており、面会交流の実施を促す手法(上記のように、家庭裁判所が継続的管轄権に基づいて面会交流を拒否している別居親を呼び出し、面会交流に協力するよう促すなど)がいずれも奏功しなかったこと、などが共同親権を終了させる理由となりえます。

ドイツにおいては、以上の判例による基準を見直すという議論は見られません。交代監護 を積極的に推進してきた豪州とは、法準則も背景事情も大きく異なっており、単純な比較は できないものと思われます。