

子どもの交流権の強制執行

—ドイツ連邦憲法裁判所2008年4月1日判決とその後—

高橋 大輔

はじめに

近時、いくつかの地方自治体において「子どもの権利条例」の制定が行われ、または企図されており、社会においても子どもの権利についての意識が強くなってきていることができる。ところで、このような子どもの権利についての意識の高まりの一方で、従来から面接交渉の法的性質が議論されている。学説の中には、子どもの権利とする説¹、あるいは親の権利にして、子どもの権利であるとする説²も存在するけれども、なお統一されてはいない。しかし、先に述べた子どもの権利についての意識の高まりを併せて考慮するのであれば、今後面接交渉における子どもの権利性が強まる可能性がある。

もし、面接交渉権を子どもの権利として認識した場合、それは強制執行可能なものであろうか。親の面接交渉権の強制執行については、大阪高裁が、2002年の決定において「家庭裁判所の調停又は審判によって、面接交渉権の行使方法が具体的に定め

られたのに、面接交渉義務を負う者が、正当の理由がないのに義務の履行をしない場合には、面接交渉権を行使できる者は、特別の事情がない限り、間接強制により、権利の実現を図ることができる」として、一定の条件の下で間接強制を認めている³。これに対して、現時点においては、子どもから面接交渉の強制執行を求めた事案は見受けられない。

ところで、既にドイツにおいては子どもからの面接交渉を求める裁判が行われ、強制執行の可否についても争われてきた。そして、2008年4月にドイツ連邦憲法裁判所の判断が出され、強制執行に関する原則が定められたのである。このとき、連邦憲法裁判所2008年4月1日判決⁴（以下単に「連邦憲法裁判所判決」という）は、婚姻関係にない両親から生まれた子どもが、その父親に対して自身の交流権（Umgangsrecht）を行使し、その強制執行を求めた事案である。既に筆者は前稿⁵において、本件を紹介しているけれども、掲載誌の学際的な性格より必ずしも十分に法学的議論が

1 國府剛「面接交渉権の制限と憲法13条」中川淳編『家族法審判例の研究』（日本評論社、1971年）、144～151頁。稲子宣子「子の権利としての面接交渉権」『日本福祉大学研究紀要』42号（1980年）71～135頁。

2 石川稔「離婚による非監護親の面接交渉権」『家族法における子どもの権利—その生成と展開—』（日本評論社、1995年）、224～236頁、初出『家族法の理論と実務（判例タイムズ別冊 8号）』（判例タイムズ社、1980年）。

3 大阪高決 平成14年1月15日 家月 56巻 2号 142頁。

4 BVerfG NJW2008, 1287 = FamRZ 2008, 845.

5 高橋大輔「子の権利としての面接交流をする権利とその限界」ドイツ研究 43号（2009年）137～148頁。

展開できなかつた。また、連邦憲法裁判所判決の後、民刑事事件に関する最高裁判所に当たるドイツ連邦通常裁判所において2008年5月14日に、別の事案ではあるけれども、親に対する交流の強制執行に関する判断がなされた⁶こと、そして「家庭事件及び非訟事件の手續に関する法律 (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) (以下、単に「FamFG」という) (2009年9月1日施行)⁷」の制定にも連邦憲法裁判所判決は影響を与えたことを踏まえ、連邦憲法裁判所判決とその後の影響について論じたいと思う。

I. ドイツにおける交流権

ドイツ法では、ドイツ民法典 (Bürgerliches Gesetzbuch) (以下、単に「BGB」という) において親及び子どもの交流権が定められている⁸。まず、BGB1626条3項1文は「子どもの福祉にとって、一般的に両親⁹の双方と交流することは適切である。」という原則を規定している。そして、BGB1684条1項は「子どもは両親のいずれとも交流する権利を有する；両親はいずれも子どもと交流する義務を負い、そして権利を有する。」と規定し、親と交流する権利を子どもに認めると同時に、子どもと交流する義務を親に

命じている。その際注意しなければいけないのは、親には子どもとの交流が義務付けられているのに対して、子どもには親と交流する義務は存在しないという点である。

また、親が子どもと交流する権利と義務は、日本の親権に当たる「配慮権 (Sorgerecht)」の有無とは無関係である。したがって配慮権を有しない親であっても、交流する権利を有し、義務を負うのである。ただし、交流する権利は親子関係に限定されるわけではない。すなわち、BGB1685条1項は、子どもの祖父母や兄弟姉妹などにも交流する権利を認めている。ただし、祖父母や兄弟姉妹との交流は、親との交流とは異なり、子どもの福祉に仕えるときにしか認められない。

親子間の交流の内容は両親の協議によるが、両親間で合意ができないときには、家庭裁判所がこれを決めることができる (BGB1684条3項1文)。裁判所によって定められた交流の取り決めの不履行については、非訟事件法 (Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) (以下、単に「FGG」という) 33条1項¹⁰によって強制金 (Zwangsgeld) の方法による間接強制が可能であった。ただし、この点については後述するようにFamFGの制定により変更されている。

親が交流権を有するとはいっても、それ

6 BGH NJW 2008, 2586 = FamRZ 2008, 1334.

7 BGBI 2008 I S.2586.

8 ドイツ法における交流権については、以下のような文献がある。鈴木博人「ドイツ法における交流権」比較法研究67号 (2006年) 164~170頁。岩志和一郎「ドイツの親権法」民商法雑誌 136巻4・5号 (2007年) 497~530頁。また、特に婚姻関係にない両親から生まれた子どもに対する父親の交流権については、高橋由紀子「ドイツの婚外子の父の交流権」帝京法学 25巻1号 (2007年) 57~83頁がある。

9 BGB1626条3項1文においては「beide Elternteile」という文言が用いられている。従来「Eltern」の邦訳として「父母」が当てられる場合が多かった。しかしながら、現在のドイツ法においては、同性カップルによる連れ子養子が認められている。養子縁組が成立した場合、養親もまた交流権を有することができる。そのため、従来の「父母」という文言は同性カップルをも合わせて指し示すのに不適當であると考えられるために、本論文においては「Eltern」は「両親」とし、「Elternteil」とあるときは「両親の一方」とした。また、後述のBGB1684条1項にあるように「jeder Elternteil」とある場合については、「両親のいずれとも」とした。

は子どもの福祉のために存在するのであり、絶対無制限の権利ではない。そのため、BGBは交流の制限及び排除を規定している。すなわち、家庭裁判所は、交流権または以前の交流権についての決定の執行を、子どもの福祉がそれを必要とする範囲において制限または排除することができる（BGB1684条4項1文）。ただし、交流権またはその執行を長期間、または持続的に制限したり、排除したりするためには、他の方法では子どもの福祉が危険になるときでなければ許されない（BGB1684条4項2文）。また、家庭裁判所は、協力する用意のある第三者が立ち会うときにのみ、交流を行うことができると、特に命じることも可能である（BGB1684条4項3文）。

ドイツ法においても子どもの権利として交流権がどこまで認められるのか、より具体的には交流義務を負う親の意思に反して交流を強制執行することができるのかについては議論があり、そのような中で連邦憲法裁判所及び連邦通常裁判所の判断が示されたのである。

II. 連邦憲法裁判所2008年4月1日判決

A. 事案の概要

連邦憲法裁判所判決までの経緯は以下の通りである。すなわち、Xは、婚姻しており、その妻Aとの間に未成年の子どもB、Cがいる。一方で、Xは婚姻関係とは別にDと

の間に1999年2月に生まれた子どもYがいる。Xは、Yを認知しており、Yのために扶養料を支払っている。しかしながら、Yとの交流をXはかたくなに拒否している。

そのため、DはXとYの交流について取り決めることを区裁判所¹¹に求めた。しかし、区裁判所は2000年11月6日にDの請求を棄却した。その理由として挙げられたのは、子どもが以前から父親との交流をしたことがないこと、強制された交流が子どもの福祉に合致しないこと、子どもとの接触はXの婚姻に負担となり得ることであった。

区裁判所の判断に対して、Yは上級地方裁判所にXとの交流を求めて訴えた。上級地方裁判所は、交流の可否を判断する以前に、子どもとの相互作用を観察するために、家族心理学的（familienpsychologisch）鑑定を行うことを決め、Xに鑑定人の面前でYと会うことを命じた。さらに、もしXがこれに従わない場合には、強制金を課す旨心理的圧迫を加えた（androhen）。これに対し、Xは人格権に対する侵害であるとして、連邦憲法裁判所に憲法異議の申し立てを行った。連邦憲法裁判所は、2003年5月20日、ドイツの憲法に当たるドイツ基本法（以下、単に「GG」という）に定められた基本権を侵害するとしてXの主張を認めた¹²。そのため、鑑定人の面前でのXとYとの接触は行われなかった。

そして、上級地方裁判所は、2004年1月21日の決定¹³（以下、単に「上級地方裁判

10 FGG33条1項（仮訳）「何人かが裁判所の処分によって、その者の意思にのみ依存した行為を行う、または行為を行わない、または行為を行うことを許容する義務を課されたとき、裁判所はその者に、法律に別の定めがない限りにおいて、強制金を定めることによる心理的圧迫によって、命令の遵守をさせることができる。ある者（Person）が引き渡されるときには、裁判所は強制金を定めることに依らずに強制拘禁（Zwangshaft）を命じることができる。強制手段を定める際には、関係人（Beteiligten）に同時に訴訟費用が課される。」

11 ドイツにおいては、家庭裁判所は区裁判所の一部である。したがって、家庭裁判所を「区裁判所家事部」ということもできる。この点、独立した裁判所を構成する日本の家庭裁判所とは異なる。本文では判決文の表現に従い家庭裁判所とはせずに、「区裁判所」とした。

12 BVerfG FamRZ 2004, 523.

所決定」という)でXにYとの交流を命じるとともに、もしXが上級地方裁判所の決定に反し、Yとの交流をなおも拒むのであれば、FGG33条1項及び3項¹⁴による強制金として2万5千ユーロまでを課す旨を命じた。上級地方裁判所の決定理由を要約すると以下のとおりである。

まず、BGB1684条1項によってYは実の父との交流する権利を有し、同条の規定(BGB1684条1項後段)により父は交流を行う義務を負うとする。

次に、立法者が子ども自身の主体的な権利として交流する権利を認めた理由について、子どもの両親との交流は、まさに子どもが両親のもとで生活していないときに子どもの発達と福祉のために非常に重要であるという見解に基づいているとした。

このように子どもの交流する権利の意義を理解した上で、Yの訴えを認めなかった区裁判所の決定について、子どもの交流権の制限または排除は、それが子どもの福祉に一致するときのみ考慮される(BGB1684条4項1文)、または「交流権またはその執行を長期間または持続的に制限または排除する裁判」は、「他の場合には子どもの福祉が危険になる」場合のみ発せられる(BGB1684条4項2文)ことを誤認しているとする。

そして、Xの側から出された、XはYとのコンタクトをもったことはなく、今後もコンタクトをもつ意思もないという主張を退けている。なぜならば、子どもの交流す

る権利は両親と子どもの間に存在する関係の維持にのみ役立つのではなく、子どもの福祉において必要な親子関係を築き、特に両親の一方を「予備的親」として維持するという観点からも重要だからである。

さらに、このように父親の意思に反して交流することを命じることは、GG上定められている人格権に反しないとする。なぜならば、GG2条1項¹⁵によって保障されている自由な人格の発展の権利は、「他者の権利を侵害しないこと、または道徳律に反しないという留保」のもとで認められているからである。そして、交流することによって得られる子どもの利益と交流をしないことによって得られる親の利益を比較衡量して、「子どもに対する特別な保護の必要性」から、子どもの利益を優先させた立法者の判断は正当であるとする。そして、父親は、BGB1684条における交流する義務による制限を甘受しなければならないとした。

最後に、上級地方裁判所は、もしXがなおYとの交流を拒み続けた場合には、FGG33条に基づいて強制金を課すという心理的圧迫(Androhung)をXに与えている。そして、このような心理的圧迫を与えることの正当性について、子どもの交流する権利の貫徹について、立法者は除外規定を設けなかったこと、さらにXが繰り返し最終弁論においてもまた一、そして強くYとの接触を行うことを拒絶していることを挙げている。

13 OLG Brandenburg FamRZ 2005, 293.

14 FGG33条3項(仮訳)「強制金(1項)が課せられる前に、心理的圧迫が加えられなければならない。個々の強制金は25,000ユーロの額を超えることはできない。強制金を定めること(1項)は、裁判所の命令の貫徹が特に緊急を要せず、または拘禁の執行が失敗する恐れのないときに、心理的圧迫が加えられるべきである。命令が外国で執行されなければならないときには、特別な緊急の必要性が推定される。拘禁の執行については、民事訴訟法(Zivilprozeßordnung)901条、904条から906条、909条1項及び2項、910条、913条が準用される。特別な処分(2項)は一般に、それが発せられる以前に心理的圧迫が加えられるべきである。」

15 GG2条1項(仮訳)「各人は、他者の権利を侵害せず、憲法秩序又は道徳律に違反しない限りにおいて、その人格の自由な発展の権利を有する。」

交流を実現するために強制金を課すとの心理的圧迫を加えた上級地方裁判所決定を不服として、またそれを認める FGG33条 1 項 1 文及び 3 項に関して、X が基本権の侵害を主張して、連邦憲法裁判所に憲法異議の訴えを行ったのが本件である。

B. 判決要旨

連邦憲法裁判所は X に対する人格権侵害を認めた。そして、強制金を課すとの心理的圧迫を加えた点につき新たに判断をするべく上級地方裁判所に本件を差し戻した。判決理由を要約すると以下のようになる。

X に強制金による心理的圧迫を与えることは、人格保護の基本権への介入である。そして、この基本権は狭義の人格的生活領域及び基礎的条件の維持を保護し、私的領域を尊重する権利を含むものである。そして、家庭領域及び他の家族構成員との人格的關係は、その一部である¹⁶。ただ、子どもと交流するかどうかの親の判断は、絶対不可侵のものではない。なぜならば、その判断は、その利益と人格的領域がそれによって抵触される子どもとの相応の社会的関係を示すからである¹⁷。

そのため、親の人格権への介入の有無自体が問題なのではなく、その介入が果たして適切なものであるのかが問題となる。まず BGB1684 条 1 項において命じられている子どもと交流する親の義務を、両親に基本権として割り当てられた子どもに対する責任の具体化である。そして、GG6 条 2 項 1 文¹⁸は両親に子どもの世話と教育の権利を保障するが、しかし第一に両親に義務を

課している。その際、両親は原則として国家の影響から自由に自身のイメージに従い、親の責任をどのように評価するかについて決定できる¹⁹。ただし、その行為のための重要な基準は、子どもの福祉でなければならない。なぜならば、親は子どもの利益において権利を有するからである²⁰。子どもの世話と教育に関する親の義務は、国家に対してのみ存在するわけではなく、両親はまた直接に子どもに対して世話と教育の義務を負い、その結果、子どもは両親に子どものために配慮を負担することを請求できる。

親子間の交流は、親子関係のための根本的な基礎であり、GG6 条 2 項 1 文によって守られる親の権利の本質的な構成要素である。特に、子どもと共に生活していない親にとって子どもとの交流は、子どもとのより親密な関係を作り上げること、または維持することを可能にする人格的コンタクトのための重要な前提条件である。そのため、交流はそのように子どもと共に生活していない親に人格的に子どもに捧げ、そして子どもの発達に参加できること、そして親の責任が単なる扶養料の支払いを通してのみではなく果たされなければならないことを保障する。立法者が両親に BGB1684 条 1 項において子どもとの交流権を、配慮権がその者に属するかどうかによって依存せずに許したことはこれに一致し、まさに配慮権者ではない親にとって、交流権は GG6 条 2 項 1 文からの親の権利を行使できるための本質的な基礎である。

子どもと交流する親の義務は、確かに私的領域とその人格的關係保持の権利形成に

16 BVerfGE 96, 56, 61.

17 BVerfGE 96, 56, 61.

18 GG6 条 2 項 (仮訳)「子どもの世話 (Pflege) と教育は両親の自然権であり、まずその者たちに課された義務である。その活動については、国家社会 (staatliche Gemeinschaft) が監督する。」

19 BVerfGE 107, 104, 117.

20 BVerfGE 103, 89, 107.

おける人格保護の基本権への介入である。その理由は、それは親に子どもとの人格的関係を結ぶことを、その者がそのような関係を開始する、または継続する意思のないときに義務付けるからである。しかしながら、このような介入は、特に両親にGG 6条2項1文によって保障され、そして課された子どものための責任と常に基本権規定によって保護される両親による世話と教育を受ける子どもの権利とによって正当化される。さらに、子どもが両親と非常に有益な交流をする利益と、両親の一方が子どもとの人格的コンタクトを行わない、あるいはコンタクトをやめるという利益とを比較衡量した場合、子どもの願い（Anliegen）は親の希望に対して相当な重要性が認められる。なぜならば、親の援助と教育を受けるための基礎と同様に、人格的家族的関係の建設と維持のための重要な基礎として、子どもの両親との交流は重要であり、かつ原則として子どもの福祉に寄与するからである。

それゆえに、子どもの福祉に仕えるときには、人格領域への侵害が行われるとしても、子どもとの交流の義務を課されることが両親の一方に要求される。そして、法的にかつ裁判所によって命じられた子どもと交流する義務を、両親の一方が拒絶する場合、FGG33条1項1文及び3項によって強制金を課し、心理的圧迫を加えることを可能としたことによって、立法者が追求した目的は、その限りで適法であり、かつ憲法によって守られ得る。

しかしながら、本件のように両親の一方が交流を明確に拒絶している場合には、強制執行によってしか実行できない交流は、子どもが両親の一方と交流できるようにするという目的を達成するために、一般的に

不適切である。すなわち、子どもの非常に順調な人格的発達に寄与し、両親がその責任を子どもに対して子どもの福祉に従い行使するという子どもの権利を助けて貫徹することを達成させるという交流を可能にするという目的である。その結果、交流する意思のない両親の一方に対して強制手段を伴わなければ貫徹できない子どもとの交流は、一般的に子どもの福祉に役立ち得ず、その限りで強制手段として心理的圧迫を加えることによって生じる人格保護という両親の一方の基本権に対する裁判所の介入は正当化されない。

強制された交流において、親が子どもに対する拒絶の行為を止めないのであれば、子どもは交流を通して、親の援助を受けることがないばかりか、むしろ親自体から子どもは人間として拒絶され、その結果、子どもの自尊感情（Selbstwertgefühl）に深刻な危険をもたらすことになる。

両親の一方が望まない子どもとの交流を貫徹するために強制手段を使用することが適切か否かの判断にあたっては、そのような交流が子どもの福祉を害するか否かは問題ではなく、そのような交流が子どもの福祉に仕えるか否かが問題となる。立法者は、両親に対して、子どもと交流する義務を課した際、両親と子どもとの交流が、子どもの発達のために非常に重要であるということに依拠した²¹。それに伴って、交流こそが子どもと両親との間の感情的関係を作り出すこと、または維持することを達成し、そして交流を通して両親の一方から与えられる慈しみが子どもの発達に役立ち、それゆえに交流は子どもの福祉に仕えるという見解が現れる。子どもの福祉に対するこの有益性こそが、両親の人格保護の基本権に対する介入を正当化することとなる。

21 BT-Drucks. 13/8511, S.64f., 74.

しかし、この見解は、交流が子どもの福祉に、実際に有益となり得る範囲においてのみ通用するにすぎない。この目的がそれを達成すべき法的手段を通して失われる場合には、両親の一方の人格権に対する介入を正当化するには十分ではない。これは、両親に課せられた交流義務についてだけでなく、特に交流義務を課せられた両親の一方が表明した意思に反して、強制手段の心理的圧迫を用いて交流義務を貫徹することができるという法的可能性についても当てはまる。強制手段によって惹起された交流が適切か否かの判断にあたっては、それが子どもの福祉に仕えるかどうかを衡量されなければならない。

そして、このように解したとしても、子どもの交流する権利に対する制限は、子どもの福祉が危険にさらされる場合にのみ許されると BGB1684条 4 項が定めていることに対して、矛盾は生じない。この規定は親の交流権の限界を対象としており、交流義務の貫徹を対象とはしていないからである。BGB1684条 4 項の子どもの福祉に対する危険の基準によって親の権利を考慮し、その実現のためにできる限りの余地を残すことを、立法者は試みたのであり、これに対して交流義務に服する両親の一方の意思に反して義務を強制的に貫徹させる際には、異なる事情にある。

一般的に、子どもの見知らぬ人間に対する無邪気さと精神的安定性に基づいて子どもの開かれた、そして友好的な態度により子どもとの接触を避ける両親の一方の抵抗を解消し、その結果、当初強制されていた交流が、それにも拘わらず子どもの福祉に仕え得る機会が生じる場合があることは排除されず、また、子どもの両親の一方との強制された出会いが、両親の一方がその際に出会いに対する強い嫌悪を表すときでさえも、子どもの福祉に仕え得る場合もあり

得る。子どもの発達の途上において、主に青年期または若年の成人期においては、今までに分からずにいた両親の一方を知る利益が働き、この利益は児童または青年の際に強く生じ、そして両親の一方を知るために、とりわけ両親の一方と出会うことが重要であるならば、その欲求の実現は子どもにとって、ことによるとそれと同時に両親の一方が子どもを知る意思のないという経験より重要であり得る。このような場合において、強制された両親の一方との出会いは子どもの福祉に仕え得る。その上、子どもが人格的発達においてより年齢を重ねていけばいるほど、そしてより安定していればいるほど、コンタクトを両親の一方との交流を用いて維持したいという力をこめて示された自己の願いの強制的貫徹が、子どもの福祉に役立つということにより依拠され得るようになる。そのような場合に交流の強制によって生じる当該両親の一方の人格権への介入は、子どもにその福祉に仕える交流を可能にするという目的を達することにのみ適切なのではなく、介入もまた正当化される。このようなときには、必要であれば子どもとの交流をまた強制手段を伴ってさせることが両親の一方に要求され得る。

しかしながら、今なお安定した人格に成長していない子どもたちの場合には、一般的にまず一度、気持ちにそぐわない両親の一方との強制的な出会いの際に子どもたちに損害が迫り、そしてそのような交流が子どもの福祉の役に立たないことが推測される。但し、具体的な個々の場合において強制された交流が子どもの福祉になお仕え得るであろうことを推測させる十分な根拠の存在するとき、この推測は成立しない。交流する意思のない両親の一方を子どもとの交流の貫徹のための強制手段がその目的を失うとき、強制金の心理的圧迫によって

生じる交流を拒絶している両親の一方の人格保護の基本権への介入は、子どもの福祉に仕えるという交流を生じさせるための強制手段の適切さを欠き正当化されない²²。

上級地方裁判所の判断は憲法上示された要請を満たしておらず、GG2条1項及び1条1項²³から導かれるXの人格保護の基本権を、強制金を課すという心理的圧迫を加えた範囲において侵害している。

C. 連邦憲法裁判所2008年4月1日判決の意義

以上のように連邦憲法裁判所は、まず子どもの福祉となる範囲であれば、交流義務を負わせることによる親の人格権に対する介入は合憲であるとした。しかしながら、親が交流を拒絶しているのであれば、強制執行によって行われる交流は、一般的に子どもの福祉にはならないのであり、親の人格権に対する介入は正当化されないとする。むしろ、子どもの福祉になるであろうと推測できる根拠のある場合に限り、例外的に親に対する交流の強制執行が許されるにすぎないとしたのである。

以上のような連邦憲法裁判所判決の第一の意義は、GG6条2項から子ども自身の権利を抽出した点にある²⁴。これによって、基本権の第三者に対する直接の効力が認められることになったのである。すなわち、子どもは、親がその教育義務を果たさない、あるいは危険な方法によって教育を行う場合に国家との関係で保護を請求する権利を有するのみではなく、親に対する教育及び世話を請求する権利を有することに

なったのである。

第二の意義としては、当然ではあるけれども、従来から学説及び判例において争いのあった親に対する子どもからの交流権の強制執行について、原則として強制執行できないものと明示したことにある。もちろん、この禁止は例外のないものではなく、子どもの福祉に仕えることが推測できる場合には強制執行も許されるものである。これによって少なくとも今後の訴訟手続においては、交流を求める子どもの側から、強制された交流が自身の福祉になる旨を述べていくことになるであろう。ただし、これによってBGB1626条の原則に対して、逆の原則が適用されるようになった点は注意すべきである。この点について、筆者は前稿において、具体的な科学的根拠が存在しないにも拘わらず、BGB1626条の原則とは逆に子どもの福祉を解したことに疑問を述べた²⁵。しかし一方では、強制的交流による子どもへの影響に関する研究の不存在から、強制的交流が子どもの福祉に仕えるかどうかの判断は困難を極めるために、連邦憲法裁判所の判断によって、裁判所がBGB1626条の推定を利用して子どもを強制的交流のモルモットに使う危険がなくなり、子どもの保護が強められたとする見解も存在する²⁶。

それに関連して、今後はどのような場合が子どもの福祉になる場合に当たるのかが問題となる。連邦憲法裁判所判決によれば、子どもの発達の途上において、今までにまだ会っていない親に出会うことが重要であるならば、強制された両親の一方との

22 BVerfGE 99, 145, 164.

23 GG1条1項（仮訳）「人の尊厳は不可侵のものである。それを尊重し、そして保護することは、全ての国家権力の義務である。」

24 Alexandra Altrogge, FPR 2009, 34, 36; Mallory Völker, FamRB 2008, 176; Nina Adelman, JAmt 2008, 289.

25 高橋・前掲（注5）148頁。

26 Altrogge, a.a.O.（注24）, S.36.

出合いは子どもの福祉に仕えることになる。さらに、子どもの年齢がより高ければ高いほど、そして子どもがより安定していればいるほど、子どもの福祉に役立つということによりなりやすいとされる。しかしながら、これによって子どもの福祉にあたる場合が明確になったわけではない。そのため、具体的にどのような場合に「子どもの福祉」に合致して面接交流を強制執行することができるのかについては、今後の事案を個別に検討し、さらにそれらを総合的に検討していかなければならないということになる。

ところで筆者は前稿において、ボン大学で教鞭をとられており、またボン大学のドイツ・ヨーロッパ及び国際家族法研究所 (Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Familienrecht) を主宰しておられる Nina Dethloff 教授が、例として、「子が重病の場合や既に親子間の接触がある場合」を挙げられた旨、記述した²⁷。しかしながら、2009年3月末に再度お会いした際に、子どもが重病の場合とはかく、親子間の接触がある場合に、親が交流を拒絶するのであれば、むしろ子どもの福祉に合致する場合には当たらない旨ご指摘を受けた。これは、筆者の語学力に起因する誤りであり訂正したい。

Ⅲ. 連邦通常裁判所2008年5月14日決定

A. 事案の概要

既述の如き連邦憲法裁判所判決の後、連邦通常裁判所においても2008年5月14日決定（以下単に「連邦通常裁判所決定」とい

う）において、交流を持とうとしない親に対して、子どもの側から交流が求められた事案について判断が下されている。

連邦通常裁判所決定の事実概要は、以下のようなものであった。Y（なお、以下で用いる X、Y などの当事者は、連邦憲法裁判所判決とは別人である）は婚姻しており、その婚姻より生まれた子どもである B と C がいた。一方、Y は婚姻関係とは別に X と関係を結び、X との間に、A が2001年に誕生した。ただし、X と Y との関係は A の誕生以前に既に終了しており、2002年8月から Y は A とのコンタクトをとらなくなっていった。

これに対して、X は Y に対して A と定期的 (regelmäßig) コンタクトをとることを義務づけるよう申し立てた。この X の申し立てに対して、Y は交流を強く拒絶していた。

区裁判所²⁸は、Y に2006年4月12日の決定において、A との交流を義務づけ、そして交流の道を開き、並びに家族相談所 (Familienberatungsstelle) による同行 (Begleitung) を個別のケースにおいて規定した。

区裁判所の判断に対して、Y が抗告した。Y の抗告に対して、2006年11月16日にニュルンベルク上級地方裁判所は以下の理由により交流申請を棄却した²⁹。すなわち、強制的交流がどこまで子どもの福祉となり得るのかについては、包括的な審査が必要であり、2001年6月11日のニュルンベルク上級地方裁判所決定（以下、単に「2001年決定」という）³⁰の意見に与するとした。2001年決定とは、誤った親の世話 (Fürsorge) と信念 (Gesinnung) は命令 (Dekret) によって代替されることも、強制執行されることも

27 高橋・前掲（注5）147頁。

28 本文では判決文の表現に従い家庭裁判所とはせずに、「区裁判所」とした。

29 OLG Nürnberg FamRZ 2007, 925.

30 OLG Nürnberg FamRZ 2002, 413.

できないがゆえに、親が躊躇なく交流を拒絶している場合には交流を命じることはできないとしたものである。さらに2001年決定は、交流の命令（Anordnung）によって、おそらく子どもは親とコンタクトを持つことに対し期待を膨らませるにも拘わらず、親がそれを失望させるという危険についても指摘している。以上のような2001年決定に加えて、ニュルンベルク上級地方裁判所は以下のような理由も挙げている。すなわち、親を追加的に経済的苦境に陥れることになる強制金を課さなければ交流が実現しないものと予測されること、そして、事の経過において予測される立腹（Verärgerung）に際して、Yが交流の意義を正しく評価すること、すなわち、親族の絆に配慮し（pflegen）、疎遠になることを防ぎ、そして両者の愛情欲求を考慮に入れることができるかは非常に疑わしいとしている。その結果、交流の際にYが交流の意義を正しく理解できるかは確実ではなく、おそらく交流が実現する際にも子どもを失望させることが予測されるから、このようなコンタクト開始の試みは、確実に子どもの福祉に対して、子どもが実の親を持たずに成長するときに受ける喪失感よりも、大きな危険をもたらすことになるとしている。

このニュルンベルク上級地方裁判所の判断に対して、Xが連邦通常裁判所に「法の違反を理由とする抗告（Rechtsbeschwerde）」を行った。

B. 決定要旨

連邦通常裁判所は、Xの「法の違反を理由とする抗告」には理由がないとして棄却した。決定理由を要約すると以下ようになる。

BGB1684条1項は、両親のいずれともと交流する子どもの主体的な権利に相応し、子どもと交流する両親の義務を予定している。それに伴って本条の規定は国連子どもの権利条約9条3項に一致し、同時にGG6条2項1文に基づく親の責任を、憲法的に異議を唱えられない方法で具体化したものといえる。そして、交流を拒絶する両親の一方に対し交流義務を貫徹するためには、一般的にFGG33条による強制手段としての心理的圧迫が挙げられるが、しかし子どもの福祉に寄与するには基本的にもはや適切ではなく、そして心理的圧迫に伴う両親の一方の人格権に対する介入を正当化しない。FGG33条1項1文及び3項は合憲的に、子どもとの交流を拒絶している親に対して交流義務を強制的に貫徹することはもはや行われず、ただ例外的に、具体的な個別の事案において、強制的に行われる交流が子どもの福祉になることを推測させる十分な根拠が存在するときに限って強制される³¹。

しかしながら、区裁判所によって言い渡された父の交流義務は、未だGG2条及び1条1項の人格保護の基本権に介入してはいない。なぜならば、交流義務の強制的貫徹またはその心理的圧迫は、それより以前に申し立ても言い渡しもなされていないからである。それにも拘わらず、上級地方裁判所は、Yに対して規則的に交流することを義務づけるようにとのXの申し立てをすでに正当に棄却している。

そして、BGB1684条1項において定められた子どもと交流する親の義務は、両親にGG上割り当てられた子どものための責任の具体化である。立法者は親の交流義務を、子どもの母親の権利としてではなく、あくまで子どもの極めて人格的な権利として作り上げた。

31 BVerfG FamRZ 2008, 845, 848 ff.

連邦通常裁判所の判例によれば、請求の訴訟を起こされた権利が極めて人格的な性質を有しており、権利の所有者（Rechtsinhaber）にあまりにも強く結びついているため、その裁判上の主張を第三者に第三者の名前で任せ得ることがそれに矛盾している場合には、他人の実体的な（materiell）権利を自身の名前において貫徹することは許されない³²。これは、親と交流する子どもの権利についても適用される。交流する権利はそれゆえに子どもによってのみ、または、配慮権者である親（ここではBGB1626a条2項³³による）によって、利益相反の場合においては任命された手続保護人（Verfahrenspfleger）によって代理されて主張され得る。

しかしながら、本件において、親であるXは、常に自身の名前で登場し、そして自身の権利から行動をし、それに応じて、Xは原告として扱われたのであり、その申請により、そして人格的及び経済的關係についてのその表明の内容により、Xによって代理される子どもにではなく、X個人に訴訟費用援助（Prozesskostenhilfe）が許可された。

しかし、Xによって主張された子どもと交流するYの権利は、個人的にXに当然に与えられるべきものではなく、そしてまたXは子どもの極めて人格的な権利を子ども

の訴訟当事者たる地位（Prozessstand-schaft）において主張し得ないため、上級地方裁判所は結果としてその申請を正当に棄却した。

C. 連邦通常裁判所2008年5月14日決定の意義

以上のように連邦通常裁判所決定は、子どもの交流権の強制執行の是非を直接扱ったものではない。しかしながら、連邦通常裁判所決定も、連邦憲法裁判所による判断の延長上にあるものとされている³⁴。

このとき、配慮権を有する親が自らの名前で訴訟を行うことができるのかについては、既に連邦憲法裁判所判決に関する疑問として提示されていた。すなわち、配慮権を有している親は子どもと会おうとしない親に子どもと交流する義務を負わせることができるのか、または交流を希望するのは直接子どもに依拠しなければならないのかという疑問が出されていたのである³⁵。この点については、連邦通常裁判所のように判断することは必ずしも自明のこととは言えない。なぜならば、例えばBGB1629条3項³⁶に定められる子どもの扶養においては、親自身の名前で扶養請求を行うことが認められているからである。そのため連邦通常裁判所の判断は、今後の裁判手続においては重要な意義を有することになるであろう

32 BGH NJW 1983, 1559, 1561.

33 BGB1626a条1項（仮訳）「両親が子どもの誕生のときに婚姻していないとき、以下の場合には親の配慮は両親に共同で帰属する。

1 両親が配慮を共同で負うことを表明したとき、または

2 両親が婚姻したとき。」

BGB1626a条2項（仮訳）「それ以外においては、母が親の配慮を有する。」

34 Stefan Motzer, FamRB 2008, 238.

35 Horst Luthin, FamRZ 2008, 853.

36 BGB1629条3項（仮訳）「子どもの両親が互いに婚姻をしているとき、両親が別居している、または彼らの間の婚姻事件（Ehesache）が係属している限りにおいて、両親の一方は、他方に対して子どもの扶養請求を自身の名前においてのみ主張することができる。両親の一方によって得られた裁判所の判決及び両親間で締結された裁判上の和解（Vergleich）は、子どものために、及び子どもに対してもまた有効である。」

う。

ところで、なぜ区裁判所の段階で命じられていない強制執行の是非についてまで、上級地方裁判所は言及したのかについては必ずしも明確ではない。一つの考えとしては、上級地方裁判所の段階においては、「交流を命じること」と「交流の強制執行を命じること」が必ずしも厳密に区別されて論じられているわけではないことが挙げられる。そのため、区裁判所の段階においては、強制執行まで命じていなかったにも関わらず、議論が強制執行にまで及ぶに至ったように思われる。ただ、上級地方裁判所によれば、強制執行手段を用いなければ交流の実現は不可能と予測されていることから、実現可能性を考慮した上で交流を命じなかったとも考えられ得る。

ただ、いずれにしても連邦通常裁判所は本件において親に対して交流を命じるべきかどうかの具体的な判断を行うことはなかった。なぜならば、本件においては交流権者である子ども A の親である X が、X の名前で手続を行っており、そのような主張を行うことは許されないとされたからである。その理由は、連邦通常裁判所によれば、子どもの交流権は極めて人格的な権利であり、子ども自身によって主張されるか、あるいは配慮権者によって代理されるか、もしくは子どもと配慮権者の間で利益相反の関係が生じるのであれば手続保護人によって代理されなければならないからである。

IV. 2009年施行 FamFGに与えた影響

先述したように連邦憲法裁判所判決は、FamFG³⁷にも影響を与えた。このとき FamFG は、「家庭事件及び非訟事件の手続の改革に関する法律 (Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) (以下、単に「FGG-RG」という)³⁸」第1款 (Artikel 1) として公表されたものである。FamFG は、家庭裁判所の手続を始めとして統一的な手続法 (Verfahrensordnung) にまとめ、広範囲において手続を完全に新たに規定したものである³⁹。

連邦政府草案の理由書において述べられている制定目的は、以下のとおりである⁴⁰。すなわち、この法律は、非訟事件及び家庭事件に関する法の全く新しい規定を予定したものであり、それは FGG 及び民事訴訟法 (Zivilprozessordnung) (以下、単に「ZPO」という) の第6編の単なる法改正による修正では、達せられない構造上の欠損を除去することを目的としたものである。それに伴って、非訟事件について完全な、現代的、そして法治国家的な訴訟法の要求が成し遂げられることになる。以前は、ZPO、FGG、家具令 (Hausratsverordnung⁴¹) 及びその他の法律において含まれていた規定が、将来的には一個の法律に集約されることになる。

それに伴い、交流に関しても、前述した FGG33条による強制執行方法が変更される

37 FamFG については、ドイツ語において書籍・論文の形式を問わず、多数の解説がなされているけれども、本論文においては、紙幅の都合上これらを紹介することは避ける。なお、日本語による文献としては、草案段階のものであるが、ミヒャエル・ケスター、(渡辺惺之訳)「ドイツ家事手続法改正案の基本的特徴」立命館法学 308号 (2006年) 202~210頁がある。また FamFG の規定自体については、東京大学・非訟事件手続法研究会によって110条まで仮訳が作成されており、<http://www.moj.go.jp/SHINGI/090313-1-18.pdf> において閲覧することが可能である (2009年7月15日、筆者確認)。本論文においても参考としたことをお断りしておく。

38 BGBl. 2008 I S.2586.

39 Altrogge, a.a.O. (注24), S.37.

40 BT-Drucks. 16/6308, S.163.

41 RGBl. 1944 I S.256.

こととなった⁴²。FamFGにおいては、強制執行は86条以下に規定されている。FamFG89条1項1文によれば、裁判所は人の引渡に関する執行名義（Vollstreckungstitel）及び交流規則に関する執行名義に対する違反行為（Zuwiderhandlung）に際し、義務者に秩序金（Ordnungsgeld）と、そして秩序金が徴収され得ないときには秩序拘禁（Ordnungshaft）を命じることができる。また、秩序金を命じることが成果を期待させないとき、裁判所は秩序拘禁を命じることができる（FamFG89条1項2文）。秩序金及び秩序拘禁の命令は、決定によって下される（FamFG89条1項3文）。したがって、従来のFGG33条では強制手段だったものが、FamFGにおいては秩序手段になったのである。このような変更がなされた理由については、以下の点が挙げられている⁴³。すなわち、秩序手段を科すことに伴い、交流及び引渡裁判の強制執行の効果を将来的に高めることが期待されるからであり、また、強制手段と異なり、秩序手段は義務者の意思への作用のみに仕えるのではなく、制裁の性質（Sanktionscharakter）をも有しているため、強制執行される作為、認容または不作為が時の経過（Zeitablauf）のために、もはや行われ得ない場合でもまた、秩序手段を固定し（festsetzen）、強制執行することができるからである。ただし、FamFG89条4項1文によれば、秩序手段の固定は、義務者が違反行為に責任

を負う必要のないことを、自身で申し述べることによって、もはや行われぬ。

FamFG89条2項によれば、人の引渡または交流の規則を命じる決定は、執行名義に対する違反行為の結果について指摘しなければならない。そのため、強制手段を命じる場合に必要とされた事前の心理的圧迫も不要となる。そして、理由書によれば、この事前の心理的圧迫に関する規定は将来的には削除されるであろうことが指摘され、また同時に、この改正によって執行手続が迅速化し、そして、執行手続における本案の裁判（Hauptsacheentscheidung）に関する争いを防ぐことが期待されている⁴⁴。

以上のような改正がFGG-RGによって行われたけれども、当初の連邦政府案では89条1項1文及び2文は「Soll規定」であった。すなわち、「人の引渡及び交流の規則に関する執行名義に対する違反行為に際し、裁判所は義務者に秩序金及びそれが徴収され得ない場合においては、秩序拘禁を命じるべきである。秩序金を命じることが成果を期待させないとき、裁判所は秩序拘禁を命じるべきである。〔傍点筆者記入〕と規定されていたのである⁴⁵。

ところが立法過程の間で連邦憲法裁判所判決が出されたために、それを受けて「法律委員会の助言と報告（Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses）」において、「Kann規定」に変更されたのである。法律委員会がこのような変更を提案

42 なお、FGG-RGによって新たに交流保護（Umgangspflegschaft）がBGB1684条3項及びBGB1685条3項に挿入された。ただ、交流保護の制度は連邦憲法裁判所判決の影響を受けて創設、変更されたものではないので本論文においては、これ以上言及しないものとする。

43 BT-Drucks. 16/6308, S.218.

44 BT-Drucks. 16/6308, S.218.

45 BT-Drucks. 16/6308, S.29.

なお、原文は以下のとおりである。

Bei der Zuwiderhandlung gegen einen Vollstreckungstitel zur Herausgabe von Personen und zur Regelung des Umgangs soll das Gericht gegenüber dem Verpflichteten Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft anordnen. Verspricht die Anordnung eines Ordnungsgeldes keinen Erfolg, soll das Gericht Ordnungshaft anordnen.

したのは以下の理由による⁴⁶。すなわち、以前の「Soll 規定」においては、特別な場合においてのみ秩序手段を科すことが見合わせられたのに対して、「Kann 規定」によって、裁判所による裁量の余地が作り出されることになる。そして、この「Kann 規定」への変更によって、憲法裁判所によって示された FGG33 条 1 項 1 文及び 3 項の合憲的解釈は、それらの規定を引継ぐ FamFG89 条においても守られることになるのである。なぜならば、裁判所による柔軟な適用が可能となるからである。

以上のようにして制定された FamFG による交流の義務違反に対する秩序金及び秩序拘禁の規定については、以下のような問題点が指摘されている⁴⁷。すなわち、新法には執行手続における中間措置 (Zwischenschritt) が規定されていない。これは、交流裁判 (Umgangentscheidung) の時点で交流する意思をもたない親の場合に問題となる。なぜならば、FamFG89 条 2 項は、例外なく交流の規定を命じる決定は、執行名義に対する違反行為の結果を指摘しなければならないからである。2008 年 4 月 1 日の事案のように、交流の強制的貫徹が子どもの福祉に仕え得ないために、旧法によって心理的圧迫がもはや行われえない場合に、新法によるそのような指摘が問題となるのである。もはや旧法による強制手段の問題ではなく、新法による秩序手段の問題であったとしても、FGG による心理的圧迫も、FamFG による指摘 (Behrung) も強制は同一であるからである。

おわりに

以上見てきたように、従来から議論のあった子どもの交流権を親に対して強制執

行することについて、連邦憲法裁判所及び連邦通常裁判所の判決が出されたことにより、一応の解決を見たことになる。すなわち、子どもの交流権は子ども自身の名前で申し立てるか、親もしくは手続保護人によって代理されなければならない、親自身の名前で申し立てることは許されないものとされた。そして、子どもの交流権の強制執行は、交流の相手方である親がそれを拒絶しているときには、原則としてできないものとされた。しかし例外的に、強制された交流が子どもの福祉に仕えるであろうことを十分に示す根拠があるときに限り、強制執行され得るものとされたのである。このような判断の理由は、強制される交流は一般的には子どもの福祉に仕えず、そのため強制された交流に伴って生じる親の人格権に対する侵害を正当化しないからである。ただ、今後は、FamFG の制定により、FGG33 条による強制金とその心理的圧迫という手段から、秩序金や秩序拘禁という手段に変更されることになる。しかしながら、連邦憲法裁判所判決を受けて、交流規則の強制執行を規定する FamFG89 条も変更を加えられ、当初の草案においては、裁判所は交流規則に違反する義務者に対しては秩序手段を「命じるべき」と定めていたものが、「命じ得る」と規定が変更されたのである。連邦憲法裁判所の打ちたてた原則は FamFG の下でも維持されることが予定されている。

翻って我国を見るに、以上紹介したドイツ法の理論を直接輸入することは不可能である。なぜならば、そもそも面接交渉権の明文規定を欠き、そのため面接交渉権が親の権利なのか、子どもの権利なのか、明確にはなっていないからである。また、従来の議論においては、離婚後子どもと同居し

46 BT-Drucks. 16/9733, S.291.

47 Altroge, a.a.O. (注24), S.38.

ていない親が問題とされてきたために本件のような事案が直ちに日本で問題となるかという疑問を感じる。しかしながら、そもそも子どもの誕生は婚姻を前提とするものではない以上、婚姻をしていない、あるいはしていなかった親についても考慮していく必要がある。また、若者の性意識の変化を考慮するのであれば、今後は婚姻をしていないカップル間における出産数のさらなる増加が予想され、それに伴いそのような親子間における面接交渉が問題となってくるであろう。さらに、先述した「子どもの権利条例」の制定に代表される子どもの権利についての意識が確実に高まってきており、今後「子どもの面接交渉権」という

考えが強まり、それに伴って子どもの側から、面接交渉を拒絶している親に対して面接交渉を要求し、その要求実現のための強制執行を求める事案が生じることが予想される。そのような現在の状況からして、将来的には本論文において紹介したような事案が生じる可能性があるものであり、そのための参考としても、今後さらにドイツ法の状況を注視したいと思っている。

（以上）

（筑波大学大学院人文社会科学研究所
社会科学専攻）