

〔研究ノート〕

ドイツの宗教適齢と子の 宗教帰属に関する紛争にまつわる覚書

佐藤啓子

I 序

拙稿は、ドイツの宗教適齢と両親間の紛争に関するノートである。ドイツで目新しい動きは基本的に何もないと思われるが、日本であまり取り上げられない法律のようであるので、ここにメモをまとめた次第である。

ドイツの「子の宗教教育についての法律 Gesetz über die religiöse Kindererziehung」（以下RKEG 1921年7月15日成立）については、古野豊秋教授がすでに、憲法学の観点からまとめたご紹介をなさっている¹。条文の仮訳を文末に挙げた。

ドイツ人にとって子の宗教問題といえば、Ⅲに簡単に叙述した親の権限に関する紛争だけではなく、就学義務²やスポーツの授業からの離脱希望³という問題もある。筆者の能力の関係上、いわゆる未成年者をめぐる父母

1 古野豊秋「憲法における家族－ドイツでの子どもに対する親の宗教教育の問題について－」法学新報113巻9・10号（2007年）499頁以下。

2 例えばBVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 29. April 2003 - 1 BvR 436/03 -, juris, NVwZ 2003, 1113.

3 例えばVG Hamburg, Beschluss vom 14. April 2005 - 11 E 1044/05 -, juris, NVwZ-RR 2006, 121.

間の紛争のみ本稿では扱⁴う。この覚書は、日本人から見た未成年子の宗教に関する父母間紛争という関心から作成しているため、ドイツ人が論争している点に必ずしも重きを置いていない。

II 未成年子の宗教帰属についての紛争の歴史

以下は基本的にSalgoの説明による⁵。

中世には、教会はユダヤ教の両親の意に反して子に洗礼を施すことができるかが大きな論点であった。宗教改革以降、両親がカトリックとプロテスタントに分属している場合⁶の子の宗教帰属が議論され、いったんアウグスブルグ宗教和議（1555年）により、息子は父の宗派に、娘は母の宗派に入ることとなった⁷。18世紀になってこの問題は宗教法の問題とされるようになり、地方特別法が増えた。1875年の戸籍法は、確かに民事婚を義務化した⁷が、子の宗教養育に関する法的状態をどうするかについては規定しなかった。

ドイツ民法（以下BGBとする）制定時、PlanckはBGBの中に子の宗教教育の規定を入れようとしたが、そのためにBGBの成立そのものがあやうくなったため、民法施行法（以下EGBGBとする）134条で子の宗教教育はラント立法にゆだねたままにした。そのためこの件についての立法は地方分

4 RKEGは両親同士の関係および両親と子の関係だけを規定しており、両親や未成年者と学校や宗教団体との紛争には適用されない。ただし、子が14歳になると、宗教の授業の手続なども親の配慮の範囲から外れるため、自ら行う。

後見や保護に服する場合についての検討も省略する。RKEG 3条参照。

5 Salgo, Religiöse Kindererziehung – (k)ein Thema für das Recht im 21. Jahrhundert?! in: Adolf-Arndt-Kreis (Hrsg.), Nun sag, wie hast Du's mit der Religion? (2006) S.48ff.及びStaudinger/Salgo (2020) RKEG Vorb.Rn.1ff.による。

6 異教間・異宗派間の婚姻そのもの問題については本稿では触れない。

7 ALR 2.Teil Tit.2 §76にも引き継がれる。

裂した。

ワイマール期の1921年7月15日にRKEGが成立することで、この分野の規定が統一され、ラント法とEGBGB134条は廃止された。

第二次世界大戦後、基本法（以下GGとする）が施行され⁸、家族法改正が数多く行われたが、RKEG自体は大きな改正なく現在に至る。大きな変化としては管轄が後見裁判所から家庭裁判所に替わったことが挙げられるぐらいである（1998年7月1日）。

今となっては父母同権は目新しくはないが、親権ではなく父権であったワイマール期にあって、RKEGでは最初から父母は平等であった。また年齢により段階的に適齢という名の自己決定権限を与えた点で現代のBGBの手本となった。子の陳述を聴取する規定（RKEG2条3項5文）も時代に先駆けている。

事案としては、両親の一方が伝統的な宗派、もう一方がマイナー宗派ないしセクトに属する場合が増え⁹、現在は、社会事情を反映して、イスラム教にかかわる事案が多く見受けられる¹⁰。なお、親の宗教宗派が明示されていない裁判例も多い。

8 基本法よりも先に成立したRKEGと基本法との調整についてはSalgo, a.a.O. (注5) S.51.

9 古野・前掲注1 501頁以下。同論文は、一方の親がエホバの証人であり世話を争う裁判例を2件紹介している。BayOLG Beschluss von 25. September 1975, NJW 1976,2017とOLG Frankfurt Beschluss von 2. Dezember 1993, FamRZ 1994,920である。

10 以下、共同配慮を維持する方向の判断をした決定を〈〉で示し、一方親の単独決定の方向に向いた決定を}で表す。中の8桁の数字は年月日である。注49の〈20030508〉やIVで紹介する〈20050511〉BGH決定がイスラム教にかかわる事案である。

Ⅲ 子の段階的発達と宗教適齢

現在、ワイマール期に成立したRKEGは、今のドイツ法に適合する形で運用されている。ドイツでは日本以上に法改正が頻繁になされているが、子の発達に関する法的問題を考えるときに忘れてはならないのがGG 2 条 1 項である¹¹。子の、自己の人格を自由に発達させる (entfalten) 権利は尊重される。そのため第一に義務を負う者は親である¹²。

子の宗教の決定に関してはRKEGが規定している。自分がどの宗教・宗派に属するか、あるいはどこにも属さないか、は自己決定権の一種とされる¹³。

満10歳に満たない子に対しては、世話権限のある親が宗教的な環境を決める¹⁴。子が満10歳になったとき、裁判所は何かの決定をするときに子の陳述を聴取せねばならない(RKEG 2 条 3 項 5 文)。満12歳になったとき、子は自分の意思に反してほかの宗教やこれまでの宗教で教育されない (5

11 GG 2 条

(1) 各人は、人は、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法秩序又は道徳法に違反しない限り、自己の人格を自由に発達させる権利を有する。(以下略)

12 GG 6 条

(1) 婚姻と家族は国家秩序の特別な保護下にある。
(2) 子どもの世話及び教育は、親の自然権及びその第一の義務である。彼らの活動は国家のコミュニティによって監督される。

13 Staudinger/Salgo, a.a.O. (注 5) Vorb. RKEG Rn.9; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht 7.Aufl. 2020, § 59 Rn.8; MünchKomm/Huber 8.Aufl. 2020 Vorb. RKEG Rn.1. その意味で、親の権利は他人が行使するものであり (fremdnützig) 義務を伴う。Jestaedt, Das Recht der Eltern zur religiösen Erziehung, Rn.16 in: Pirson/Rüfner, Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd.2. (2020).

14 これより前の制限として、子の行為能力制限 (7 歳) がある。逆に、それ以外に何かを吟味する必要はないとされている。

ドイツの宗教適齢と子の宗教帰属に関する紛争にまつわる覚書（佐藤啓子）
条2文）¹⁵。満14歳になった場合、子は自分の宗教を自由に決定できる
（5条1文）¹⁶。霊的な成熟度や内面の動機は検討されない¹⁷。最後の段階
では、宗教替えだけではなく単なる離脱についても可能となる¹⁸。宗教に
まつわる行為能力のみならず訴訟能力も具備する¹⁹。なお宗教ではない世
界観・価値観の問題についても5条に従う（6条）。

この法律の適用の外は、通常の親の身上配慮に関する規定に従う。ここ
では、親の身上配慮に関する一般的な概観を行う。

日本で親権は民法に規定されているように、日本の親権に相当するドイ
ツの「親配慮」に関する規定はBGBに含まれ、18歳までは未成年者は原
則的に両親の配慮の下に属する（BGB1626条1項1文²⁰）。ドイツにおい
ては、親配慮は子の福祉に奉仕するものであり、本質的に子の利益におけ
る権利である²¹。そして、ドイツの場合には、婚姻中だけではなく、離婚
後・別居後も両親の共同配慮が原則であり、同居している場合または一時
的な別居にすぎない場合には、1628条により一定の事項について単独配慮

15 これは良心の葛藤をふせぐためなので、それまで育てられてきた宗教の決定の手
続的問題の有無を問わない。MünchKomm/Huber, a.a.O. (注13) § 5 RKEG
Rn.4.

16 満14歳を分別のつく年齢（annus discretionis）とする。

17 Staudinger/Salگو a.a.O. (注5) § 5 RKEG Rn.4; MünchKomm/Huber, a.
a.O. (注13) § 5 RKEG Rn.2.

18 反対、Hofmann, FamRZ 1965,61,65.

19 MünchKomm/Huber, a.a.O. (注13) § 5 RKEG Rn.2.

20 特に必要がない限り、現行条文を訳出する。BGBの翻訳にあたり、法曹会『ド
イツ民法典第4編（親族法）』（2023年）を参照している。

BGB1626条 親の配慮 原則

(1) 両親は、未成年の子供を世話する義務と権利（親配慮）を有する。親配慮は、
子の身上の配慮（身上配慮）と子の財産の配慮（財産配慮）からなる。（以下略）
なお、養子縁組の場合には1754条による。

21 BVerfG Beschluss vom 18.Juni 1986 – 1 BvR 857/85 –, BVerfGE 72, 122. 「子
の福祉が親の世話と養育の最上級の指針である。」

に移行する可能性がある²²。1628条により単独配慮にするか否かを判断する決定的基準は子の福祉である²³。一方親が子と一時的ではなく別居し（両親の離婚含む）、両親が同意した場合か子の福祉に最も適合する場合には、1671条により単独配慮になる²⁴。婚外子に対しても共同配慮は可能である²⁵。共同配慮である限り、子の重要な意義を有する案件を決めると

22 BGB1628条 両親の意見不一致の場合の裁判所による決定

両親が、親の配慮に属する子にとって重大な意義を有する1つの案件または一定の種類の場合について合意できない場合、家庭裁判所が一方親の申し立てに基づきその決定を一方親に移行することができる。この移行は限定や負担を伴わせることもできる。

23 BGB 1697条a 子の福祉原則

(1) 裁判所は、別段の定めがない限り、この章に規定する事項に関する手続きにおいて、事実関係及び可能性ならびに当事者の正当な利益を考慮しつつ、子の福祉に最も適した決定を下すものとする。(以下略)

また、Hau/Poseck /Veit, BeckOK (2023) § 1628 Rn.13.

24 BGB1671条 両親が別居した場合の単独配慮への移行 (2013年5月19日施行)

(1) 父母が一時的のみならず別居し、共同配慮を有する場合、各親は、家庭裁判所に対し、親配慮または親配慮の一部をその者一人に移行するよう請求することができる。申立は、以下の場合に認められる。

1. 子供が満14歳に達し、移行に反対せず、他方親が同意する場合
2. 共同配慮の終了および申立人への移行が、最も子の福祉に適合すると期待される場合 (以下略)

25 BGB1626条a 婚姻していない両親の配慮：配慮宣言

(1) 父母が子の出生時に婚姻していないとき、以下の場合に共同配慮を有する。

1. 彼らが共同で世話をしたいと宣言した場合 (配慮宣言)、
2. 彼らがお互いに婚姻した場合
3. 家庭裁判所が親配慮を共同に移行した場合。

(2) 家庭裁判所は、第1項第3文に従い一方親が申し立てた場合、移行が子の最善の利益に反しない場合には、親の親権または親権の一部を両親に共同に移行しなければならない。他方の親が共同配慮への移行を妨げる理由を提示せず、かつ、そのような理由が他に明らかでない場合、共同配慮は子どもの最善の利益に反しないと推定される。

きには両親の合意が必要である（1628条、1687条1項1文）²⁶。

身上配慮権者は子の宗教教育を決定する（RKEG 1条1項1文）。両親は合意を常に撤回できる（1条2文前段）。一方配偶者が死亡すると合意も終了する（同文後段）。両親間に合意が存在しない場合、またはもはや存在しない場合には、宗教教育に対してもBGB上の身上配慮に関する規定が適用される（2条1項）²⁷。合意がない場合のみならず合意できない場合にも本条は適用される。

子の宗教教育は子の重要な意義を有する案件にあたりうることに争いは

(3)(1)(2)に該当しない場合、母が親配慮を持つ。

26 重大な意義を有する案件についての決定は、共同親権者同居の場合には1628条により、別居の場合には1687条を経由して1628条によるのが原則であるが、この点については注41参照。

BGB1687条 別居の場合の共同配慮の行使

(1) 親の配慮を共同でもつ両親が一時的のみならず別居をしている場合、子にとって重大な意義を有する案件の決定には親双方の合意が必要である。子が他方親の同意を得て、または裁判所の決定に基づいて、常習的に同居している場合、同居親は、日常生活の案件を単独で決定する権限を持つ。日常生活の案件の決定とは、通常、頻繁に発生し、変更が困難な影響を子の発達に影響を与えないものをいう。子が他方親の同意を得て、または裁判所の決定に基づいて、一方親と同居している限り、その親は事実上の世話に関する案件を単独で決定する権限を持つ。1629条1項4文および1684条2項1文を準用する。

(2) 家庭裁判所は、子どもの福祉のために必要な場合には、1項2文および4文に基づく権限を制限または除外することができる。

27 RKEG 2条2項によれば、婚姻継続中には、どちらの親も、子を婚姻締結当時共通であった信仰と異なる信仰や他方のそれまでの信仰とは異なる信仰で育てること、子を宗教の授業から離脱させることを、他方の同意なく決定することできない。父権の時代にはこの条文は重大な意味を持った。現在もこの規定は残っているが、かえって、身上配慮をなく奪われた親に権限を残すように見えるため、適用されるべきではない、または改正されるべきと主張されている。Staudinger/Salgo, a.a.O. (注5) § 2 RKEG Rn.3; Gernhuber/Coester-Waltjen, a.a.O. (注13) § 62 Rn.10; Schwab FamRZ 2014,1, 2.

ない²⁸。結論の選択肢は、全範囲で共同配慮を維持するか(両親が合意しなければ子が14歳になるまで現状のままと予想される)、配慮権領域のごく一部のみを一方に割り当てるか、配慮権領域を一方に大きく割り当てるか、配慮権を完全に一方に割り当てるかのいずれかとなる²⁹。原則的に、子の福祉が確保されるのならば、削り取られる配慮の範囲がなるべく少なくなるように判断される。

重要な意義のある案件以外は、世話をしている一方親が決定できる。通常子ども用ミサの参加や親と一緒に礼拝に出席することは、重要な意義のある案件に当たらず、日常的な案件であるため、世話権限のある親が単独で決定することができる³⁰。

重要な意義のある案件について、父母の意見の不一致だけを理由として単独権限に移行するわけではなく、コミュニケーション能力³¹が重要である。子の福祉のために共同で行動することが合理的に期待でき、かつ、子に向けられた期待が根拠のないものでない限り、話し合っ解決策を見つ

28 学説上も Staudinger/Salگو, a.a.O. (注5) Vorb.RKEG Rn.8b, Schwab FamRZ 1998,457,469など。

29 Salگو, a.a.O. (注5) S.46.

30 <20190328> OLG Karlsruhe Beschluss vom 28.März 2019 -20 UF 27/19- juris, FamRZ 2019, 1697.

父と別居している母からの単独親配慮移行の申立て。論点は多岐にわたり、健康配慮についての争いは、1671条1項2文2号により単独配慮移行が否定された。子が子ども用礼拝に出られない、母と現在の母のパートナーと共に礼拝に出ることができない、将来プロテスタントの洗礼を受けさせたい、という点も争われた。現在子は小学校1年生。父は宗教不明だが、子は自分の信仰を自分で決めるべきと考えている。決定は移行を認めなかった。礼拝への参加は重大な案件ではないので母が単独で決められる。母は原審の審理の時ですら洗礼につき述べなかったのであり、洗礼はまだ先のことである。場合によっては父と合意するか、その時に1628条の申立てを行えばよい。

31 jurisPK/Thormeyer, (Stand: 15.11.2022) § 1671 BGB Rn.55.

けようとする努力する義務を両親は負う³²。

親配慮には連続性原則(Kontinuitätsgrundsatz)というものがあり、養育環境は継続性と安定性がある方が望ましく、この点は宗教教育についても同様である³³。親の権限の限界は、憲法上保護されている子の生存と身体の不可侵の権利、人格の自由な発展の権利、そして人間の尊厳の保護に見出されるべきである³⁴。

IV 父母の紛争に対するBGHの判断基準

RKEGの条文は子の宗教適齢に焦点を当てているが、14歳になれば子は自ら選択権を行使するため、基本的にはそれ以降に事案が家庭裁判所に来ることはない。RKEGの範囲の外では通常の親配慮の規定による。紛争は子が14歳になる前に、父母間の配慮権事件の形で、家庭裁判所に現れる。

家庭裁判所は、子の福祉に反しない限りで父母の合意ができないか試みる。両親間で合意ができない場合には、家庭裁判所に決定するよう求める（RKEG 2条3項1文）。その際は、教育の内容（Zweck）だけが決定基準となる（同2文）³⁵。この教育の目的は、子の福祉と同義である³⁶。通説は、親の世話に対する適性に関して、一方親の主張する宗教の内容を評価すべきだとされていて、子供の福祉の危険に対する具体的な根拠がある

32 jurisPK/Thormeyer, a.a.O. (注31) Rn.56.

33 5条2文もこの一つの表れであろう。MünchKomm/Huber, a.a.O. (注13) § 2 RKEG Rn.6は、継続性の原則より、宗教帰属は変えないことが望ましいとする。Hau/Poseck/Veit, BeckOK, a.a.O. (注23) § 1628 Rn.12.1.

34 Salgo, a.a.O. (注5) S.45ff.

35 Salgo, a.a.O. (注5) S.53

36 Staudinger/Salgo, a.a.O. (注5) § 2 RKEG Rn.10; Münch/Huber, a.a.O. (注13) § 2 RKEG Rn.5.

場合には別だとする説もあるとのことである³⁷。

もっとも実際には、中立であるべき裁判所は、どちらの宗教が良いかを判断することはできない³⁸。そのため、裁判所は紛争内容を直接判断するのではなく、配慮権限を再配分するかどうか、するならばどの範囲かとして判断する。見解に相違がある点について両者に配慮権限を与えたままにするか（その場合は話し合いがつかない限り、最終解決は子が14歳になるまで待つことになるであろう）、あるいは「重大な意義のある案件」として一方親に決定権を与えるかになり、後者の場合には一定の制限を加えたり負担を課したりすることも可能である。

実務の基本方針は、〈20050511〉連邦司法裁判所（以下BGH）2005年5月11日決定³⁹でおおよそ定まった。この事例では、両当事者は離婚に際し（離婚は確定）、2002年生まれの息子の親の配慮権をめぐる争っている。母親はドイツ国籍でカトリック教徒であり、父親はパキスタン国籍のイスラム教徒である。母は子にカトリックの洗礼を受けさせたいと考えており、その理由として、半血兄弟はキリスト教で養育されていること、豚肉の摂取についての懸念などを主張し、倫理的価値観について子にしっかりした方向性が早期に必要であるとして単独配慮を求めた（旧1671条）⁴⁰。他方

37 古野・前掲注1 503頁。

38 jurisPK/Bullmann, (Stand: 20.07.2023) § 1628 BGB Rn.48.

39 〈20050511〉BGH Beschluss vom 11. Mai 2005 -XII ZB 33/04- juris, FamRZ 2005, 1167.

40 旧1671条 共同配慮がある場合の別居（2013年5月18日まで）

(1) 共同親配慮を有する父母が一時的のみならず別居した場合、各一方親は家庭裁判所に対し、親配慮または親配慮の一部をその者一人に移行するよう請求することができる。

(2) 申立は、以下の場合に認められる。

1. 子供が満14歳に達し、移行に反対しない限りで、他方親が同意する場合
2. 共同親配慮の終了および申立人への移転が、子どもの福祉に最も適することが期待される場合

父は共同配慮を求め、宗教決定を後日の子自身の判断にまかせたいと考えていた。家庭裁判所は、子は母の単独配慮に服する旨決定し、父は単独配慮に関して抗告したがバンベルク高等地方裁判所は棄却した。父親の申告により、この事件は高等地方裁判所に差し戻された。

本決定ではまず、子の宗教教育はBGB1628条の「重大な意義のある案件」に該当しうるとした点が重要である⁴¹。共同親配慮が実質的に「機能」せず、両親が子の利益のために決定を下すことができない場合、片方の親の単独親配慮が共同親配慮の継続よりも優先される。また、単独配慮への移行よりも部分的な移行にとどめることが優先される。

この判決で示されたのは、以下の点である。

- ・一時的ではなく別居をしている両親が共同親配慮をしている場合、子の福祉に資するのならば、他方の親の同意がなくても一方の親の要求に応じて単独配慮に移行すべきである。（共同親配慮が優先されるわけではないし、共同親配慮が親責任の最良の形態であると法的に推定されるのでもない 適用条文は1628条である）
- ・両親が共同親配慮を維持しながら子に関する問題について持続的に争

(3)ほかの規定が親配慮を別異に規定している場合は、申立は認められない。

41 拙稿では1628条と1671条の切り分けには踏み込まないが、本来ここでドイツ法上論じられるのは、なぜ1671条ではないのかという点である。本来は子の居所指定権とかかわる重要な問題であり、両条文のどちらかが優先かまたはどちらも優先ではないのか、議論がある。〈20050511〉BGH決定は明らかに父母が別居している事例で1628条優先説をとっている（*jurisPK/Bullmann, a.a.O. (注38) § 1628 BGB Rn.22*）。1671条1項2文2号の場合、親配慮を一方親に移行するためには、共同親配慮の終了と母への移行が子の福祉に最もかなうと予想されることの2つの要件が必要となるため、批判もなされているところである。その後の裁判例も宗教に関しては1628条で判断しているものが多い。

注57の〈20170815〉や注30の〈20190328〉は、子の宗教に関しては1628条を適用し、それ以外については1671条1項2文2号を適用する。1628条優先説に対する批判は *Salgo, a.a.O. (注5) S.48; Staudinger/Peschel-Gutzeit, (2002) § 1628 Rn.22*。

い続けると、子の福祉と相いれない負担となるおそれがある。共同親配慮が実質的に「機能」せず、親が子の利益のために決定を下すことができない場合、片方の親の単独親配慮が共同親配慮の継続よりも優先される。

- ・ただし、単独親配慮への移行は、裁判所による具体的な事実認定を前提としており、その具体的な事実認定によれば、単独親配慮に移行する必要がある場合になされる。両親に連絡を取る気も協力する気もないという定型的なフレーズは、実際にそのような調査結果の結果を要約することができるが、定型的フレーズはそのような結果に置き換わることはできない。
- ・また、事実審の裁判官は、親配慮の一方の親への移行により結果的に生じる他方の親の親配慮のはく奪よりも親配慮の切り込みがより少ない措置によって、子の最善の利益を同一または同等の方法で考慮することができないかを常に検討しなければならない。

この事件の原審決定は、母が子をカトリック的環境で育てていることを重視した。しかしBGHは、父親はカトリック的環境に反対しているわけではなく、また豚肉の摂取に反対しているわけではないことから、全面的な母の単独配慮に移行する必要はないと判断した。また両親間の連絡協力がないと判断するためには実質的な認定を要求した。

BGHの決定の核となるメッセージは次のとおりである。「子の宗教教育に関する親の間の意見の不一致は、一少なくともそれ自体において一母の単独配慮が子の福祉にとって最善の解決策であると見せさせる可能性は低いように思われる。確かに、子に倫理的価値観を伝え、適切に社会的行動をするように教育することは親の重要な仕事である。これは、特定の信仰や一定の宗派における早期かつ確固たる方向性によって行うことができるが、必ずしもそうである必要はない。さらに、子にもう洗礼を受けさせることへの懸念—たとえば、高等地方裁判所によって強調されたキリスト教—カトリック環境に関して—には、BGB1628条に基づく決定によって

考慮をすることができる。」

V ドイツで判断要素となりうる点

家族の伝統と地理的条件は判断に影響を与えうる⁴²。さらに年齢、発達、成熟程度、子の個性、いままでの信仰についてこれまで子が行ってきた実践、子と同居していたり大きな影響を持っている一方親と子との関係・他方の親と子との関係、場合によっては祖父母の態度、ほかの兄弟や半血兄弟の宗教教育など、多種多様な要素が考慮されるとされる。ここでは、裁判例で考察の対象候補となった点の中から筆者の眼に興味深く映ったものをいくつか取り上げる。

①特定の宗教に対する評価

家庭裁判所は宗教に対して中立でなければならず、宗教そのものの評価をすることはできない⁴⁴。繰り返しになるが、家庭裁判所にとって重要なのは教育の内容(Zweck)であり⁴⁵、その判断基準は子の福祉(1697条a)で

42 Staudinger/Salgo, a.a.O.(注5) § 2 RKEG Rn.10 ; MünchKomm/Huber, a. a.O.(注13) § 2 RKEG Rn.6.

43 Salgo, a.a.O. (注5), S.54.

44 次注の(20050221), 注60の(20100209), 注46の(20130418).

45 注51の(20110615), 注49の(20160503).

(20050221) AG Bergisch Gladbach, Beschluss vom 21. Februar 2005 – 29 F 319/04 –, juris.

IVで紹介した(20050511)BGH決定より前、かつどちらかという宗教のウエイトの軽い事件ではある。離婚した母は子の居所指定権の単独配慮を申し立てた。母はエホバの証人に属する。家庭裁判所は、重大な根拠のない非難をでっちあげる父の行為は母に居所指定権を与える大きな根拠になり、母がエホバの証人のコミュニティに属しているとしてもその点は子の幸福に影響を与えない、として母の申立て

ある。両親とも無宗教でありながら、一方が子の人格形成のために宗教の授業を受けさせたほうが良いと判断し、その申立ての結果、子の福祉の観点から受けさせるべきという判断をした決定も存在する。⁴⁶

を認めた。

46 {20130418} OLG Köln Beschluss vom 18.April 2013 -II-12 UF 108/12-, juris

父母はともに無宗教で、離婚後これまでも多くの裁判をしている。子は双子である。父は小学校入学に際して、最初は単独配慮への移行を、のちには宗教の授業と学校礼拝に関する権限の移行を申し立てた。子らの人間関係、社会行事への参加、文化史を知ることの重要性(ただし親は自分の世界観を子に伝えることができるし、時間は登校時に限られる)などを理由とする。相手方は、自分は宗教の自由に対する憲法上の権利を行使しているにすぎず、社会的接触は、他の活動を通じて促進することができるかと反論した。少年局と子の手続弁護人は、子らが宗教の授業に参加することは有益であると考えたが、子らの陳述を聴取した時、子らはこれを望まないと述べた。「私たちはそれを望まないからです」というのが理由である。入学前に原審(AG Monschau Beschluss vom 30. Mai 1982, FamRZ 2012, 1883)は父の申し立てを認めたが、母は学校からのアンケートで、子らの宗教の授業への参加を拒否した。母は執行停止を申し立てたが却下された。相手方は宗教の授業中に子らを連れ出したり、子らは宗教の授業のある日に欠席したりしている。

OLGは1628条に基づいて判断する。まず、裁判所は、子を宗教的に育てるべきかどうか、またはどの宗教指導が行われるべきかを決定するべきではない。裁判所により検討されるのは単に、子がカトリックの宗教授業に参加できるようにするという申立人の提案が彼の福祉に最も適しているか、または、子の福祉のために宗教授業や礼拝に参加しない法的手続をするという相手方の要望に従うべきかどうかという点である。

子の父に親配慮の一部を移行すべきかどうかという問題については、授業が実際にどのように構成されているかにもよる。この宗教の授業では、社会的側面、年中行事などを扱い、倫理的な問題も、小学校の今後数年間で議論される。双子は通常の授業のようにこれらのテーマに参加し、宗教的な関連が打ち出されると、特に片方の子は軽蔑した発言やジェスチャーが目立つが、これは子が授業の宗教的な内容と一般的なテーマとの間に線を引くことができることを示している。この態度が教師やクラスメイトの考え方に対して必要な敬意を欠いている可能性があるという事実は、相手方の影響にのみ起因する可能性があり、子にとって危険な状態を引き起

②子の年齢及び理解度

子の年齢は不明であることも少なくない。

霊的成熟度や内面の動機は検討されないとされている（Ⅲ参照）。幼さを共同配慮維持（結果的に宗教に属させないことになる）の根拠にする裁判例がある⁴⁷。他方で、逆に幼さを宗教教育を受けさせる根拠にしている事件もある⁴⁸。幼い子が宗教の授業を受けたくないと言っている、その子はその意味を理解していないかもしれないからである。

単独配慮を認めない結論の理由として14歳の本人の選択を待つ点を挙げた裁判例は複数存在する⁴⁹。子が10歳前後であっても、宗教に深い理解を

こすことなく、私たちの共生の宗教的基盤についての知識の伝達が彼らの教育における重要な土台である、という事実は変わらない。

{20130418}では、父は子の人格形成の観点から宗教の授業を受けさせたほうが良いと主張したのに対し、母は自分の宗教の自由（無宗教であること GG 4 条 1 項）から反論をしており子の福祉という観点到欠けている点、そして原審が子に宗教の授業を受けさせるように決定したにもかかわらずそれに徹底的に反抗している点から、父の主張が認められたのではないかと思われる。

47 注49の〈20160503〉。

48 注46の{20130418}。

49 〈20091207〉 OLG Düsseldorf Beschluss vom 7. Dezember 2009 -II-4 UF 221/09-, juris, FamRZ 2010,1255

母（カトリック）が子の洗礼と初聖体に関する権限移行を申し立てた。婚姻状況、父の宗教と子の年齢は不明。決定は、母への洗礼・初聖体に関する権限移行が子の福祉に最も適していることを立証していないし、子の両親が異なる文化から来て、異なる宗教コミュニティに属しているという背景の下では、子を宗教コミュニティに決定的に統合してはならないように思われる、子の意見は明らかでないし、14歳になれば子は自由に決められると判示して、母の申立を棄却した。

〈20140624〉 OLG Hamm 24. Juni 2014 -II-12 UF 53/14-, juris, FamRZ 2014, 1712

父はイスラム教、母はカトリック。子（複数）は共に8歳で、母と暮らしている。これまで意図的に子の割礼や洗礼を避けてきた。母からの離婚後の共同配慮から、子の洗礼と初聖体に対する権限のみを移行するよう申立。父は実質的な理由から子

のカトリック環境を容認してきたが、母は二人の異父兄妹も洗礼を受けていることから子に洗礼を受けさせたいと考えている。OLGは母の申立を棄却した。むしろ、子の両親が異なる文化圏出身で、異なる宗教的コミュニティに属しているということは、今最終的に子を宗教コミュニティに決定的に統合しないことを命じていると思われる（〈20091207〉も同様）。これによる不利益は子にない。洗礼と聖体拝領がなくても、教会の礼拝や宗教の授業に参加し続けることができる。彼らは、彼らが事実上属しているコミュニティからの追放の脅威にさらされていない。

〈20160503〉 OLG Karlsruhe 3.Mai 2016 -20 UF 152/15-, juris, FamRZ 2016, 1376

非婚の父母は子の出生時に共同配慮の宣言をした。母は、当初は単独配慮、のちには子の宗教帰属について単独決定する配慮権限を求めた。母は父ではない者と婚姻し、プロテスタントとしての家庭生活を送っている。子は母と同居し、3歳未満である。相手方の父はトルコ系ドイツ人であり、イスラム教徒の信仰に傾倒し、トルコ料理を好み、豚肉を食べず、割礼を受けている。彼は息子にも割礼を受けてもらいたいと思っているが、強制する気はない。しかし母は、子は父と交流している間にキリスト教の信仰に反対する考えを植え付けられ、イスラム教徒の信念に賛成するように影響を受けたと主張している。

子の手続弁護人は、子は宗教的な内容についてまだ態度決定できないし、両親は自分の宗教を子になじませようとしていると報告している。手続弁護人は、何年も続いた両親間の権力闘争から、子の強烈な内的葛藤を恐れており、したがって、母の子の件に関する単独配慮を認めた原審の決定は子の福祉にかなうものである、と報告した。

OLGは父の抗告を認めた。3歳弱の子は、手続弁護人も指摘しているように、宗教的信仰の問題を意味のある方法で理解する立場にない。教育権限のある両親は、お互いの信仰に対して宗教的寛容を行使し、理性的に行動し知的に未熟な子を両親の異なる信仰に関して不必要な緊張にさらさないようにする義務がある。今日、彼の宗教的帰属について決定を下すことは子の福祉に合致しない。ただし、一方の親が自己の基本権の独立した保有者としての子に対して無責任な行動をとった場合、この親の親配慮への介入を排除する理由はない。

〈20030508〉 OLG Schleswig-Holstein Beschluss vom 8.Mai 2003 - 13 UF 62/02 -, juris, FamRZ 2003, 1948

IVで紹介した〈20050511〉より前の事例である。プロテスタントのドイツ人であ

しているとは限らない。友人が洗礼を受けているという事実や（ギャングエイジにかかってくる）、洗礼や初聖体を記念する周囲からのプレゼントに期待することもある。そのような場合、共同配慮を保持した決定もあるが⁵⁰、子の福祉を根拠として14歳を待たずに洗礼できるように配慮権限を移行し、その際に宗教適齢に達した後相手方の宗教に替わるかもしれないと示唆した事例もある⁵¹。

る母とイスラム教徒のアルバニア人である父は離婚し、息子は2000年生まれて母と生活している。単独配慮を申し立てた母は、洗礼を子に受けさせたいと希望している。父は、イスラム教徒の信仰において子を教育する意思はなく、子が洗礼を受けるのに必要な成熟度を得たときに、後で洗礼を受けるかどうかを自分で決めることができるようにしたいと願っている。少年局への聴聞あり。原審は母の単独配慮を認めたが、OLG決定は、母から父への連絡不足、父の今までの理解不足などの経緯を認めたとうえで、子の居所指定権のみ母に残し、共同配慮の原則を維持した。

50 前注の〈20140624〉。

51 {20110615} OLG Hamm, Beschluss vom 15. Juni 2011 - II-8 UF 131/11 -, juris
カトリックの母からの配慮権申立てに対する、父母双方からの法律扶助申立て。母からの申立てを認め、勝訴の見込みがないことを理由に父からの申立てを認めなかった。父の宗教、離婚か別居かは不明。子の年齢も明らかではないが、下記判示参照。

係争中の個々の問題を規定する権限を誰に移すかという決定にとって大事なのは、子の最善の利益である（BGB1697条a）。本件でも両親は異なる文化に由来し、異なる宗教コミュニティに属している。しかし本件では子のクラスメイトの初聖体は翌年に予定されていて、その準備授業も始まる。RKEG第5条によれば子が満14歳より前に決定を下す権利がないが、子自身が聖体拝領の礼拝に参加できることを希望することを明確に表明したという事実は、子の福祉を吟味する文脈において、意味なしとはできない。したがって、子にとって重要なイベントにクラスメイトが参加することを許可されているのに、子の初聖体が行われなかったとすれば、子は納得できないであろう。宗教適齢に達した後に、子が相手方の信仰に帰属替えする可能性もある。

{20160304} OLG Stuttgart Beschluss vom 4.März 2016 -17 UF 292/15-, juris, FamRZ 2016,1378

なお、18歳まで親配慮は続く。満14歳をもって子は宗教適齢となるが、身上に関する権限を持つ親が宗教適齢に達した子に介入した場合にはこれも、1666条の身上配慮権の濫用となる⁵²。しかしそのような事案には出会わなかった。

③配慮権者に対する説明

ドイツでは洗礼年齢が上がる傾向にあるとのことであるが、ユダヤ教・イスラム教の割礼は幼い子供でもなされる。医学的に必要な割礼についてはここでは論じない。宗教上の割礼についてはまず健康上の問題がある。割礼については1631条d⁵³に特に規定がある。

カトリックの母は、当初は9歳の子について単独配慮移行を申し立てていたが、のちに洗礼と初聖体の権限移行に変更した。手続弁護人を立ち会わせて子の陳述を聴取したところ、子はカトリックの洗礼を受けて初聖体を受けたいと言っているが、動機は主に非宗教的なものである。離婚した父はセルビア正教会に属する。OLGは両当事者と少年局と話し合った結果、母の申立てを認めた。14歳になれば自分で選べるからといって、個々のケースに関連して包括的に子の最善の利益を調査する必要性を変えるものではなく、この申立が一般的にこの理由だけで却下されなければならないというわけではない。子は9歳であり、自分の決定の結果を認識する能力は限られており、宗教的問についての知識はまだあまりないが、彼の表明された願いはこの間心理的な現実になっている。彼は、彼の準備グループのメンバーが、彼が聖体拝領に行くことを許されるかどうかの問題に関心を抱いていると報告する。

この決定は、〈20050511〉でBGHは「満14歳まで必ず待たなければならない」とは言っていないと主張し、満14歳まで待とうとする下級審裁判例（〈20140624〉（注49）や〈20091207〉（注49））に明白に反対する。

52 Staudinger/Salgo, a.a.O. (注5) § 5 RKEG Rn.5; Engelmann, das Reichsgesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15.Juli 1921 (1922) S.77ff.

53 BGB1631条d 男子の割礼

(1) 身上配慮には、弁識能力も判断能力もない男子に対して医学的に不必要な割礼をすることに同意する権利も含まれる。これは割礼が医学的技術の規則に従って行われる場合に限られる。ただし、その目的を考慮しても、子の福祉が割礼

母が子に割礼を受けさせようとしたため、1666条⁵⁴に基づき父が暫定的差止命令を求めた事案がある⁵⁵。親の世話の濫用などによって子の福祉が

によって危険にさらされる場合にはその限りではない。

- (2) 子の出生後最初の6カ月間において、宗教団体によって割礼を施すことが予定されている者は、このために特別な教育を受け、医師がいなくても割礼を行う同等の資格を有する場合、1項に従って割礼を施すことができる。

「男子の割礼の場合の身上配慮の範囲に関する法律」(Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes) が幼児の割礼を可能にしている。

54 BGB1666条 児童の福祉が危険にさらされた場合の司法措置

- (1) 家庭裁判所は、児童又はその財産の身体的、霊的 (geistig) 又は精神的福祉が危険にさらされ、かつ、父母が危険を回避する意思がなく、又は回避することができないときは、その危険を回避するために必要な措置をとらなければならない。

- (2) 原則として、財産管理の権限を有する者が子に対する扶養義務若しくはその者の財産管理に関する義務に違反し、又は財産管理に関する裁判所の命令に従わなかった場合には、子の財産は危険にさらされていると推定される。

- (3) 第1項に規定する司法措置には、特に次のものを含む。

1. 児童青少年福祉サービスや医療などの公的扶助を請求する命令
2. 義務教育の遵守を確実にするための命令
3. 一時的または無期限に、家族の家または他の住居を使用することの禁止、住居の特定の周囲に滞在することの禁止、またはその子が定期的に滞在するその他の一定の場所を訪問することの禁止
4. 子との接触、または子との面会をもたらすことの禁止
5. 親権者による表示の補充
6. 親権の部分的または完全な剥奪

- (4) 裁判所は、身上配慮に関する事項については、第三者に対しても有効な措置をとることができる。

なお1項の訳にはWHOによる健康の定義の日本語版とドイツ語版を参考とした。

55 〈20130830〉 OLG Hamm, Beschluss vom 30. August 2013 - II-3 UF 133/13 -, juris

父の暫時的差止命令申立。母は身上配慮権限を持つケニア人で、離婚後ドイツ人

脅かされているときには、家庭裁判所は危険防止のために必要な措置をとらなければならない。母自身もリスク説明を受けていなかったことから、父の申立が認められた。

④父母の合意の努力

父母のコミュニケーションについては具体的な事情を判断すべきであることは、BGH⁵⁶が強調した点である。父母が、部分的にでも合意ができるならば、合意できる領域では共同配慮は重要な選択肢になる⁵⁷。しかし、

と再婚している。父の国籍と宗教は不明だが、母と同居している子はすでにプロテスタントの洗礼を受けている。母は、子と共に定期的にケニアに帰国しているため、当初5歳（現在6歳）の子に文化的儀式に従って割礼を受けさせるため、割礼を施す予約を医師に入れていた。この子に関しては医学的には包茎手術は必要ない。現時点では、区裁判所は子の母から一時的に子についての健康管理のついでに配慮権限を暫定的に取り上げ、補助世話人として少年局に移管した。その後、割礼以外の健康管理についての配慮権限は子の母に返還された。母はこの点に関して抗告し、1631条dに基づき健康管理に関する権限をすべて彼女に戻すべきと主張する。論点は多岐にわたるが結論としては抗告棄却。割礼が身体の完全性を侵襲するという点に関して、配慮権者及び医師は子の発達段階に応じて子と話し合わなければならないが、子は話し合いに参加していない（家庭裁判所も子本人に陳述聴取していない）。そもそも、本件では1631条dに明示的に書かれていない要件が欠けている。それは、子の母は医師から、子の侵襲とそのリスクについて包括的な説明を受けていないということである。さらに、BGB1631条d 1項2文の意味における割礼の目的を考慮し尊重するとしても、その割礼により子自身の福祉は脅かされるという父の主張はもっともである。このままいけば子の精神的・肉体的福祉が大きく侵害される危険があるので、1666条が適用される。ただし、1631条d 1項2文の場合には、一般的な1666条の基準よりも子の福祉の危殆化の基準値は低くなる可能性がある。

56 IVで紹介した(20050511)。

57 {20170815} OLG Stuttgart Beschluss vom 15.August 2017 - 16 UF 139/17 -, juris, FamRZ 2018, 354

母はギリシャ正教、父はイスラムで、別居している。母は父との間に生まれた3人兄弟の親配慮の単独行使を申立てたが、実際には三人兄弟の末弟（5歳）の洗礼

父母には事前の争いがあるため、独力で話し合いから合意に至るのは難しい。それでも合意を得ようとする努力が必要である⁵⁸。父母は重要な意義ある案件を決める話し合いをするために、少年局や裁判所の調停機能を使うことができる。特に、子の福祉について責任をもって関与する少年局は、多様な機能を有しており、本分野に関してはカウンセリングを介して父母の合意をとりつける機能が重要である。

一方の親が他方の親の同意なしに子の洗礼を強行してしまった後に、洗礼を強行した親からの共同配慮を求める申立てを、洗礼強行を特に理由に挙げて認めなかった事例がある⁵⁹。

のみが問題である。父は宗教適齢まで待つべきと主張。母は、二人の兄は洗礼を受けていることなどを主張。OLGは主文で、末弟の洗礼のみの決定権の移行を申立ててその他を取り下げよ、と提案した。とにもかくにも末弟の洗礼問題以外では父母共同で決定ができていて、3人兄弟とも重要な案件は共同決定してほしいと述べたことによる。

58 〈20200519〉 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Mai 2020 - II-3 WF 186/19 -, juris

法律扶助申立。母は3歳の子Aの洗礼を申し込む権限を自分に移行したいと申立てている。別居している父は洗礼自体には賛成しているが、離婚手続きが済んでから、共同で日程を決めたいと希望している。父母とも宗教は不明。母は少年局を利用して父と合意しようとせず、少年局は、母が少年局のカウンセリングを利用して合意の努力をすべきと意見表明している。OLGは、洗礼の日程が「重大な案件」かどうかとは別に、母が父と話し合いの努力を全くしないで家庭裁判所へ申立てがなされているため、単独配慮に移行する決定はできないと判示した。

注46の{20130418}も参照。

59 {20140526} AG Halle, Beschluss vom 26. Mai 2014 - 5 a F 552/13 -, juris, FamRZ 2014, 2008

子は2011年生まれ。父母は非婚であり、宗教は不明。父からの共同配慮を求める申立て。少年局も聴取されている。申立ては棄却された。共同配慮には、両親間の受け入れ可能な社会的関係と最低限の合意が必要だが、現在、子の両親の間ではどちらも存在しない。さらに、父は母が反対したにもかかわらず、単に母の懸念を無視し、子に洗礼を受けさせた。彼が同意する能力と妥協する意欲を欠いていること

もっとも、父が、自分の同意なく子の洗礼が行われたと主張し、子のカトリックからの離脱を決定する単独配慮を求めた申立てたが、棄却された事件もある。同意の有無は結局認定されず、子が現在カトリック的環境にいるため離脱で子が混乱してしまうであろうことを根拠とする⁶⁰。

⑤その他

その他、気が付いた点を不十分ながら挙げると以下のとおりである。

- ・ 関係継続中の父母の紛争も想定されうるが、関係解消後（別居・離婚後）の父母の事例しか見つけられなかった。
- ・ 重要な意義のある案件として、洗礼、初聖体・聖餐式を対象とする事例が多い。堅信が争われた事例は見あたらない。
- ・ 現在同居あるいは有利な立場にある親がさらに一步進むために一部権限移行を求めて家庭裁判所に來る事件が多く、形勢逆転を狙った事件は少ない印象を受ける。
- ・ 現在の状況を保存する判決が多い。配慮権限を移行する結論が出され

はここからわかる。申立人は自分だけで自分の利益のために子の重要事項を決定したいと思っており、疑わしい場合には容赦なくこれを強制すると想定すべきである。これは共同の意思決定を妨げ、子の福祉に有害な影響を及ぼす。

なお、共同配慮を維持した注49〈20160503〉の末尾部分は、専断的な行為を行わないよう警告している。

60 〈20100209〉 OLG Oldenburg (Oldenburg), Beschluss vom 9. Februar 2010 -13 UF 8/10 -, juris

子の年齢は不明。夫婦は2009年4月から別居しており、子は母と暮らしている。父はチュニジア国籍でありイスラム教徒である。母はドイツ国籍であり、カトリック教徒である。別居後に母は子に洗礼を受けさせて、父はそれに同意しなかったと主張している。父は身分登録上子をキリスト教から離脱する宣言をする権限を自ら単独に移行するよう申立てた。父は、そうすれば子は宗教適齢になったときに自ら宗教を選択できると主張とする。申立は棄却された。裁判所は子にどちらの宗教の教育コンセプトを優先すべきかを評価できない。この事件で重要なのは、継続性の原則である。子が母と一緒に住んでいて、カトリック環境に埋没している。もし教会を離脱したら、子は幼稚園にも学校にもなじめないであろう。

ドイツの宗教適齢と子の宗教帰属に関する紛争にまつわる覚書（佐藤啓子）

た事件でも、その結論は現状の延長線上にあるように見受けられる（継続性の原則の表れ）。しかし、専断的なふるまいに対しては否定的評価がなされる（コミュニケーションの重視）⁶¹。

V 日本に対する示唆（結びに代えて）

① 親権者同士の意見対立に対する司法的解決のあり方

「子の福祉に資する親配慮の共同行使の基本要件は、親の協力する能力と意欲である」⁶²。親同士が意見の違いがあっても両親で連携が取れれば子にとってまだ救いがあるが、激しい対立は子にとってどれほどの消耗となろうか。〈20050511〉でBGHは「両親が共同親配慮を維持しながら子に関する問題について持続的に争い続けると、このことは子の福祉と両立しない負担につながる可能性がある。」と判示し、「共同親配慮が実質的に「機能」せず、親が子の利益のために決定を下すことができない場合」には、一方親の単独親配慮を共同親配慮の継続よりも優先する。つまり、この分野では共同配慮も単独配慮も優先せず、子の福祉に照らして判断する。そもそも、最初から関係が破綻している場合には後に親に共同配慮を命じることはできないという指摘が立法時にすでになされている⁶³。

日本には親権者が合意できなかった場合にいかに親権の行使内容を決定するかについて、基準と手続の規定はなく、家庭裁判所の調停機能によるしかないのが現状である（家事事件手続法244条）。

また日本では、専断的に行使してしまった場合のペナルティもどうなるか不明である。ドイツでは強引に行動した親は劣後させられる⁶⁴。話し合

61 注59の{20140526}、注49の〈20160503〉。

62 注30の〈20190328〉。

63 DVによる離婚についてBT-Drucks. 13/4899, S. 99.

64 注59の{20140526}。

いに任せるといふ名で放置できるような関係にないからこそ紛争になっている。両親の合意ができない場合どう決めるかと子の福祉をいかに確保するか、ドイツではこれを結果的に一致させているが、厳密に言えば別の問題である。この2点についての方策のないまま離婚後の共同親権を導入するのは危険であろう。

② 子本人をめぐる社会的な支え

まず、日本でも、遺言適齢に代表されるように、未成年者でも親権外で行動できる規定はある。ただし、それでは親権者と対立して行動できるかという、難しいことであろう。

ドイツでは少年局が非常に有効に活動しており、子に危険が及ぶ「前」に対応していることがうかがえる⁶⁵。手続弁護士制度も機能している。また子の福祉と財産が危殆化しているときには家庭裁判所が措置をとる⁶⁶。もちろんドイツがバラ色というわけではない。また日本も児童相談所は活躍している。しかし児童相談所はマンパワー不足で疲弊していることは否めない。こども家庭庁は「頼れる存在」になれるであろうか。

古野論文は、利益対立を財産上のものに限定する必要はなく、特別代理人制度の運用で子供の憲法上の権利を考慮することも許されると解釈を提示する⁶⁷。この指摘はとてもし唆的である。ただ、現在の特別代理人の運用実態—親権者が指名した者がそのまま特別代理人として親権者の意向を実現しているよう思われる事例が散見される—では、財産上ですら子を抑圧する結果になっており、それを身上配慮に拡大することになりかねないのではと危惧する。また、手続的には子の手続代理人制度（家事事件手

65 岩志和一郎編著『児童福祉と私法の間の子の福祉 ドイツにみる児童虐待防止のための諸力連携』（尚学社2018年）。

66 注55のBGB1666条。

67 古野・前掲注1 524頁。

68 古野論文では当時の法律に倣い保護人と呼んでいる（旧FGG50条、古野・前掲注1 520頁）。現在は手続弁護士と言われている（FamFG158条）。

ドイツの宗教適齢と子の宗教帰属に関する紛争にまつわる覚書（佐藤啓子）

続法22条以下）を使うべきケースもあろうかと思われるが⁶⁹、子の手続代理は「子のために」機能するものでなければならないと考える⁷⁰。家庭裁判所調査官制度はもちろん信頼に足る制度ではあるが、子の意見の表明先としてのチャンネルは複数化するのが好ましいと考える。

子の意見を手続に反映しやすくするための子の手続代理人の制度は、日本に成立したというだけでも非常に大きな前進であったが、子を駆け引きに使いたい親が使う父母の間の闘争の手段と化しているケースもあるように思われる。子の意見が尊重されるためには、子の手続代理人制度の拡充も必要と思われる。

③ 子の自由な人格的発達

FamFG158条 手続弁護人の選任

- (1) 裁判所は、未成年の子の利益を信条に関する事件において、子の利益を保護するために必要な限りにおいて、子に専門的かつ人的に適切な手続弁護人を任命しなければならない。手続弁護人は、できるだけ早く選任されなければならない。
- (2) 次の各号のいずれかの決定がなされう場合には、選任は常に必要である。
 - 1.民法1666条および1666条aに基づく身上配慮の部分的または完全なはく奪、
 - 2.民法第1684条に基づく面会交流の廃止
 - 3.民法第1632条4項または第1682条に基づく居住継続命令
- (3) 以下の場合には選任は原則的に必要である。
 - 1.子の利益が法定代理人の利益と著しく異なる場合
 - 2.子を世話をしている人から子が分離される場合
 - 3.手続が、子の引渡しを目的としている場合
 - 4.交流権の大幅な制限がなされう場合（以下略）

69 注51の{20160304}では子の手続弁護人が付き添い子の陳述を聴取し、決定は子の意思のほうに沿っている。注49の〈20160503〉では、子の手続弁護人は、両親の紛争による子の負担より単独配慮を求めた。決定は単独配慮としなかったが、両親の衝突が子の負担にならないようくぎを刺している。

70 最近の新聞報道では「親権争いなど『子どもの意見代弁』利用わずか0.2%…弁護士報酬の負担・理解不足が背景に」

<https://www.yomiuri.co.jp/national/20230604-OYT1T50057/>（2023年10月2日閲覧）。

ドイツでは親の言うことをすなおに聞く子がいい子として扱われるとは限らない。14歳になれば親との対立した自分の意見を十分に主張できることが求められ、親は、内心はそれを歓迎しなくてもきちんとそれをほめ、場合によってはそれができない子を心配する。このような子育てと「おとなしい子」をいい子とする日本の子育てとを、文化の違いと一言でまとめるのは簡単なことである。そのドイツの文化は、子が親と異なる自分の意見を持っても危険にあわないという少年局をはじめとする制度保障と、そもそも自由な人格の発達こそが社会の目的であるという憲法上の理念（GG 2 条 1 項）の浸透にも支えられているように思われてならない。

付録 「子の宗教教育についての法律」（Gesetz über die religiöse Kindererziehung）仮訳

§ 1 子の宗教教育については、両親に子の身上を配慮する権利義務が属する限りにおいて、両親の自由な合意により決定する。合意は常に撤回でき、一方配偶者の死亡により解消する。

§ 2 (1)そのような合意が存在しない場合、またはもはや存在しない場合には、宗教教育に対しても子の身上を世話する権利義務に対する民法の規定が適用される。

(2)しかしながら、婚姻継続中には、どちらの親も、子を婚姻締結当時に共通であった信仰と異なる信仰やまたは他方のそれまでの信仰とは異なる信仰で育てること、子を宗教の授業から離脱させることを、他方の同意なく決定することできない。

(3)同意が得られない場合には、家庭裁判所の調停または判決を求めることができる。BGB1666条の濫用が存在しない場合であっても、判決にあたっては教育の内容（Zweck）が重要である。大きな遅滞や不釣り合いな費用が発生しないで行える場合に

ドイツの宗教適齢と子の宗教帰属に関する紛争にまつわる覚書（佐藤啓子）

は、判決の前に両親、そして必要な場合には親族、姻族および子の先生の陳述を聴くべきである。子が満10歳以上であった場合に子の陳述を聴くべきである。

§ 3 (1) 子に後見人または世話人が付されている状態で父または母に子の身上を配慮する権利がある場合、子が教育されるべき宗教上の宗派の決定に意見の相違があるときには、父または母からBGB1666条に基づく宗教上の教育権がはく奪されていない限りで、父または母の意見が優先する。

(2) 子の身上の世話が後見人または世話人のみに帰属する場合には、その者が子の宗教教育についても決定しなければならない。そのためには家庭裁判所の許可を要する。大きな遅滞や不釣り合いな費用が発生しないで行える場合には、許可の前に両親、そして必要な場合には親族、姻族および子の先生を聴取すべきである。子が満10歳以上であった場合に子の陳述を聴取すべきである。後見人も世話人も、宗教教育についてなされた決定を変更することはできない。

§ 4 子の宗教教育についてなされた契約は民事効を有しない。

§ 5 子が満14歳になったのちは、子は、どの宗教的宗派に属するかについて決定する権限を有する。子が満12歳になったとき、子をその意思に反してこれまでと異なる宗派において教育することはできない。

§ 6 前記の規定は宗派に沿わない世界観における子の教育にも準用される。

§ 7 この法律に基づく紛争は家庭裁判所が管轄する。その場合において、職権上の干渉は、民法1666条の要件が満たされない限り行われぬ。

§ 8 この法律に反する州法の規定及びBGB施行法134条は廃止する。

§ 9 削除

§ 10 削除

§ 11 この法律は1922年1月1日に施行される。