

親子関係と婚姻

——第五九回ドイツ法曹大会の議論から——

岩 志 和 一 郎

一 はじめに

二 議論の概観

三 議論の位置づけと展望

一 はじめに

ドイツ民法典(BGB)の家族法規定は、第二次世界大戦後、幾たびも大きな改正を経験してきた。親子法に関するものだけでも、一九六九年八月一九日の「非嫡出子の法的地位に関する法律(BGB I, 1013)」、一九七三年八月九日の「養子法規定の変更に關する法律(BGB I, 1013)」、一九七九年七月一八日の「親の監護の新たな規制に関する法律(BGB I, 1061)」などをあげることができるが、これらの大規模な法改正には新法のありかたをめぐる活

発な議論が先んじ、その議論の場としてしばしばドイツ法曹大会 (Deutscher Juristentag) が利用されてきた。

一九九二年九月、ハノーファーで開催された第五九回ドイツ法曹大会は、その家族法部会で「親子法を新たに規制することは望ましいか」というテーマのもと、親子法の大規模改正の問題を取り上げた。鑑定意見を書いたのは、シュヴェンツァー (J. Schwenger: バーゼル大学教授)、大会当日の報告者は、ゼンツ (G. Zenz: フランクフルト大学教授)、ウィルツキ (S. Wilutzki: ブリュール区裁判所所長)、ディーデリクセン (U. Diederichsen: ゲッチンゲン大学教授) の三人である。

今大会では、親子関係の確定に関する規定、扶養に関する規定、親の監護に関する規定のあり方を中心に、養子法や準正の規定、相続法などが部分的に取り上げられたが、全体を貫いているのは、嫡出子と非嫡出子という身分や、婚姻中と婚姻解消後で親子の法律関係を別異に取扱うことの見直し、より端的に言えば親子関係を父母の婚姻の存否によって画一的に規制してきたことの見直しという視点である。もちろんこれまでにも、嫡出子と非嫡出子の問題については右にあげた一九六九年法によって、また婚姻中と婚姻解消後の親の監護のあり方については一九七九年法によって、すでに大規模な見直しがなされてきた。にもかかわらず、ここで改めて見直しをはかろうとするのは、国内での法解釈の発展という内的な要因のみならず、これらの諸点について先行する諸外国の状況、国連の「児童の権利に関する条約」をはじめとする家族問題に関する国際法の発展とそれに対する国内法の整合の必要など、外的な刺激が大きい。

本稿は、親子法はどのような方向に動いてゆくのかという問題を検討するためのノートとして、この法曹大会で展開された議論を概観するものである。しかしながら、今回の法曹大会で扱われた事項はきわめて多岐にわたり、

ここでそのすべてを見てゆくことは不可能である。そこで本稿では、今大会で中心のひとつとなった親の監護権に関する議論を取り上げ、そのなかで、嫡出子と非嫡出子の区別に関する議論も合わせみることにした。

二 議論の概観

親の監護をめぐることは、一つは離婚後の父母の共同監護の可能性、いま一つは非嫡出子の父の親の監護と父母の共同監護の可能性を中心とする議論が行われた。以下、それぞれに概観することとする。

1 離婚後の父母の共同監護をめぐる議論

B G B 現行規定の文言は、婚姻中は父母は子に対して共同して親の監護権を有するが、離婚した場合には、「親の監護は父母の一方のみに委ねられる」（二六七一条四項）と規定する。この文言は一九七九年の「親の監護の新たな規制に関する法律」によって与えられたものである。改正前の文言は「親権は、原則として父母の一方のみに委ねられる」というものであり、それゆえ法文解釈上父母の共同監護も許される余地があったが、改正ではその余地が否定されたのである。今回の法曹大会では、このような法状態の見直しについてきわめて熱心な検討が行われ、最終的には以下のようなテーゼが決議にのぼった。

① 親の責任は別居および離婚によってもそのまま存続する（賛成三一・反対四〇・保留七―否決）。② 父母が別居および離婚をした場合において、父母の一方が監護権に関する手続を申し立てないとき、または一六六条の要件に該当しないときには、その限りで父母の共同監護が存続する（四六・三〇・二）。③ 離婚手続においては、この場合に

も子の意見の聴取が維持される（七一・二四）。④監護権に関する手続は、弁識能力のある子の申立によっても開始される（五九・七・七）。⑤親の監護の実行は、父母が別居している場合には、父母の一方の申立または弁識能力のある子の提案に基づき、裁判所が取り決める（五九・五・二二）。⑥申立に基づき、裁判所は別居および離婚の場合に父母の一方に身上監護を委ねることができる（四六・二〇・六）。

これら決議にのぼった諸テーゼのうち、議論が最も活発になされたのは、①と②で問題となっている共同監護のあり方そのものについてであった。

まず鑑定意見において、シュヴェンツァーは、共同監護が子の福祉に最も有益であることはほとんど議論の余地はない（Ingeborg Schweizer, *Empfiehl es sich, das Kindschaftsrecht neu regeln?*; Gutachten A zum 59. Deutschen Juristentag, 1992, [以下Aと略す]六七頁）としたうえで、父母の一方または子自身から変更の申立があった場合、あるいは一六六条（子の福祉に対する危険回避の処置）の要件を満たした場合以外は、離婚後も共同監護が継続するという立場に立つ（A七七頁）。父母の離婚を子の福祉の危機と同置してとらえる従来の考え方を改め、離婚の場合における解決を当事者の意思に委ね、国家の干渉を廃すること、共同監護を離婚後の明確な範型とし、子をめぐる紛争を例外化できるという考え方がその基礎にある。⁽¹⁾当日の報告者の中では、ディーデリクゼンがこのシュヴェンツァーの意見を全面的に支持した（*Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages*, 1992, Bd. II, Teil M, [以下Mと略す]九四頁）。

これに対して、ゼンツは反対の見解を展開する。同女史は、家族法学、とくに子の福祉を最高基準とする親子法においては、児童心理学や精神医学、小児科学などとの学際的研究が必要であると主張する学者の中心的人物とい

えるが、今回の報告でも、まず、ドイツにおいて法政策と社会諸科学（ゼンツの用語による）の間の十分かつ継続的な交流が今日までほとんど行われていないとしたうえ、社会諸科学との批判的な対話は、法政策的な判断をより説得力あるものたらしめるとする。そのうえで、社会科学的な視点からは、離婚後の父母の共同監護は、父母が共同でそれを申し立て、かつそのような取り決めることができることが子の福祉に反するというに理由がない場合に限って認められるべきであると結論づける（M三一頁）。アメリカにおける調査研究を参考に展開されたその論拠は、概略以下のとおりである。

アメリカにおける調査研究は、離婚数が多くかつ増加しているとはいえ、家族の崩壊は、多くの父母とすべての子どもたちにとって、人間関係の破局という苦渋にみちた経験であることを証明しており、しばしば希望的に主張されるように、離婚が「他のもの」と選ぶところのない一つの家族の出来事」であるとか、「家族再構成のチャンス」であるということは証明されていない。離婚の前後の時期（少なくとも二年くらい）は、多くの場合、親が親の気持ちになつて考えることを妨げ、また子を深い不安にさらす内的、外的な激しいあつれきによって影響をうける。

調査研究からみるかぎり、共同監護は、父が子に対する責任により強く関わり続け、確実に子の扶養にあたることの助けにはならない。親の共同責任を取り決めた場合でも、多くの場合、父の訪問の機会を設定した母の単独責任へと切り換えられてしまう。多くの離婚した父母は、父母双方が子の生活において重大な役割を果たそうとするときには不可欠の、継続的かつ丁寧なコミュニケーションをはかる能力がない。父母にその能力と心構えがない場合には、共同監護にしても、面接交渉にしても、子が離婚の影響をよりよく克服することに寄与するという希望はかなえられない。多くの父母に期待できるものは、共同の親子関係ではなく、最低限のコミュニケーションで済む、

並列的な親子関係である。

そのような点からすれば、すべての父母に唯一の賢明な解決として共同監護を提示し、さらにそれを法律上の規定へと高め、現実の、例外的な性格を否定することには賛成できない。むしろきわめて動搖の大きい時期におけるあつれきに距離を置き、明確に権限を制限することでそれを緩和しようとする多くの父母の努力は、最も害の少ない選択肢である。

これまで著しい努力がなされてきたにもかかわらず、父母が自ら行う心構えもなく、また行うことができる状態にもない場合においても、共同監護が父母の共同や父母双方と子との良好な関係を促進すると証明されることはできなかった。むしろ、共同性が命じられることによって、あつれきが長引く危険が大きくなる。それゆえ、共同監護は、父母が共同で申し立て、かつそのような取り決めることが子の福祉に反するというに理由がない場合に限って認められるべきである、と。

このようなゼンツの主張に対し、ヴィルツキイは、父母が別居または離婚をする場合には父母双方の共同監護権が原則となるべきであるとし、その限りでは、シュヴェンツァーやディーデリクセンと同調する。

ヴィルツキイはまず、親子法の中心基準が子の福祉であるとしたうえで、子の福祉という概念の内容形成は法律家の専門知識だけでは不可能であり、法律家以外の、子どもの成長に関する専門分野の助けを借りてはじめて有意義に行うことができるとし、ゼンツ同様、人間諸科学（ヴィルツキイの用語による）との共同作業を重視する。しかし、その一方で、解釈のために人間諸科学の助けを必要とするとしても、子の福祉は法概念でもある以上、その解明のために用いられる基準は法的なものの考え方に耐えるものでなければならぬとし、それゆえに、人間科学の知見

は、それが一つの規律を支えようとする場合には、人間科学の中でコンセンサスを得るだけの力のあるもの、言い替えば、その知見が支配的見解となっている必要があるとする。

そのうえで、ヴィルツキイはいう。発達心理学などの人間科学の分野において、子と情緒的結びつきを持っている者は誰かを探求する、いわゆる「結びつき理論」は時代遅れであり、現在では、組織だった家族ということを見点とする考え方が支配的見解である。その支配的見解によるならば、子が父母双方との関係を保つことを維持することが子の福祉にかなうことであり、父母はその親としての責任を果たしうる状態に身を置かなければならないということが前提とされなければならない、と。

このような子の福祉の前提にたち、親の責任を親の監護権という概念で置き換えてみれば、改正の目指す方向は明らかである。ヴィルツキイは、父母の離婚後も原則として父母双方による共同監護が維持されるべきであり、父母の一方が異なる申立をした場合にも、それが影響を受けることは許されず、また、発達心理学の基準と、その基準が基本法六条二項で親の権利がもつばら子の福祉を目的としていることによつて憲法上保障されていることからして、国家の干渉も一六六条の場合を例外として禁止される、と結論する（M四五―五〇頁）⁽²⁾。

以上のような鑑定者、報告者の見解の対立を材料に、フロアでも活発な意見交換が行われた。しかし、議論の状況からみるかぎり、もはや離婚後の共同監護を認めるべきではないとする意見は存在しないといつてよい。むしろ議論の中心となった問題は、第一に、シユヴェンツァーやヴィルツキイのように共同監護が継続するとの原則に立つか、ゼンツのように当然には継続しないとする立場に立つかという点であり、第二に、共同監護の継続を原則と考える立場に立った場合に、単独監護の選択を認めるか、またどのような場合にそれを認めるかという点である。

主な意見を拾えば、以下のようである。

まず第一の論点については、共同監護は当然には継続しないと考える意見は少数であった。その中でフエーゲリ（W. Voegelé: ハンブルグ大学教授）は、親の監護はコミュニケーションを前提としているとの考えのうえに、共同性には父母が了解しあえるという一定の土台が必要であるところ、離婚後においてはこのような土台がほとんどなく、それゆえ共同性を原則とするわけにはいかないとする。彼によれば、共同監護がとられうるのは、その共同性を意識し、かつ存続を望むときだけである（M一二九頁）。共同の親責任というイデーに分かれを告げ、これを一つの監護権の選択肢として法律の中に採り入れられるべきであるとするザルゴ（L. Salgo: フランクフルト大学教授）の意見も、この立場に加えてよいであろう。彼はいう。離婚後のあつれきの大きさ、諸外国での研究、さらに婚姻中および離婚後の子に対する責任の分担の現実的不平等などを考え合わせると、現実的にみて、すべての父母が自動的に共同の親の監護にとどまることを望んでいるという考えには賛成できない。立法者が、実際に離婚後の親の責任の活発化を望むならば、自動的な共同監護の押しつけという受動的なモデルを原則モデルに高めるべきではない。共同監護を維持したいと考える父母は、これをその旨の申立によって表明すべきである、と（M一三九頁）。このようなザルゴの考え方は、議論の過程でゼンツが自らの報告を補足して述べた、通常は母が監護にあたっているながら、父母の一方が単独監護の申立をしないかぎり離婚後も共同監護を維持する立法を求めることは、実際には例外的な事柄を、本来ならばそれがノーマルであるから父母はそのように行動すべきであるとすることによって、規範の上で原則へと高めていることになり、その結果、単独監護の申立をした者は、ノーマルな人間でも、理性的な人間でもないといわれなければならないという批判（M一二五頁）と軌を一にするものである。

第二の論点である単独監護の選択の問題については、父母いずれかの申立によるのを原則とし、現行一六七一条一項が規定するような、裁判所の職権による決定方法は採られるべきでないとする意見が多数を占めた。ローマン(F. Lohmann: 連邦通常裁判所裁判長裁判官)は、現行一六七二条が別居の場合について、父母の一方の申立が一六六六条の要件の充足がなければ監護権の変更は許されないとしている扱いを、離婚の場合にも同様に考えるべきであるとし、監護者の職権による決定を排斥する。職権での監護権決定が認められた場合には、婚姻が破綻した場合に子を手元に引き取ることの多い母が監護権を強制され、それが監護権から父が閉め出されるきっかけとなるからであり、離婚後の監護のありかたについては、当事者の自由な決定を最大限尊重すべき立法がなされるべきであるとする(M一三四頁)。この意見に対しては、ペシエルグートツァイト(M. Peschel-Gutzeit: ハンブルグ州法務参事)も、職権による監護権決定手続の開始は、紛争性を高めすべての宥和の機会を失わしめるとして賛同している(M一四三頁)。

2 非嫡出子の父母の監護権について

婚姻中は父母の共同監護とされる嫡出子に対して、BGB一七〇五条は、「嫡出でない子は、未成年の間、母の親の監護に服する」と規定し、非嫡出子について母の単独監護としてきた。このような両者の区別的な取扱いに對して、今大会では、第一に、婚姻していない父母について共同監護の道を認めること、第二に、父が単独監護権を得る道を認めることが議論された。しかし先にふれたように、今大会では、非嫡出子の親子問題の大前提として、嫡出子と非嫡出子という一般的区別を維持すべきかどうかという問題が検討されている。非嫡出子の父母の監護権の問題もこの大前提にふれることなく論じることではできない。それゆえ、ここでも、まず一般的区別をめぐる議論の

概観から始めたいと考える。

(1) 嫡出子と非嫡出子の一般的区別をめぐる議論

ドイツ連邦共和国基本法六条一項は、「婚姻および家族は、国家秩序の特別の保護をうける」と規定する一方、同条五項は、「嫡出でない子にたいしては、立法により、その肉体的および精神的成長につき、およびその社会におけるその地位につき、嫡出子と同一の条件がつくらなければならない」と規定する（邦訳は、宮沢俊義編『世界憲法集（第四版）』による）。このような憲法要請を民法分野で実現しようとしたのが一九六九年の「非嫡出子の法的地位に関する法律」であった。⁽³⁾

一九六九年法は、それまで法律上血族関係を認められていなかった非嫡出子とその父との間に父性の承認・確認の制度の導入し、また母の親権の承認、相続代償請求制度の確立などによって、非嫡出子の法的地位を大きく向上させた。しかし、嫡出子と非嫡出子という区別は存続し、それにもなつて父の親権の否定、父の遺産についての物権的持分の否定など、身分的效果の区別も残ったのである。

今回の法曹大会で論じられたのは、もはや単なる非嫡出子の法的地位の向上の問題ではなく、嫡出子と非嫡出子という区別的取扱そのものの存続の問題である。大会においては、最終的に、「嫡出子と非嫡出子の間の一般的な区別は将来の法においては維持されない」という一般的テーゼが圧倒的多数で採択され（六五・五・二）、それを受けて個別のテーゼについて採決がなされた。採択された個別テーゼのうち、主なもの（監護権に関するものは除く）をあげれば、①夫についての嫡出推定は母との婚姻を理由とする父性推定によつて代えられること（七二・五・二）、②扶養請求権の主張方法、実現方法および変更方法は、嫡出子と非嫡出子について統一的に規定されること（八八・二・二）、

③面接交渉権は父母が婚姻しているか否か、あるいはかつて婚姻していたか否かに関わらず認められること(六四・一・〇)、④非嫡出子の準正に関する規定は廃棄されるべきであること(五四・五・二)、⑤自己の非嫡出子との養子縁組は廃棄されるべきであること(五四・一・三)、⑥相続代償請求権は廃棄されるべきであり、法定相続において、すべての子には、父母が婚姻をしていたか否かの事情に関わらず、父母の遺産について物権的持分が認められること(五一・五・二)、⑦これまで非嫡出子についてだけ認められていた事前の相続の清算は廃棄されるべきであること(五三・一・一)、などである。ここに挙げた個別の決議事項はそれぞれに大きな議論のあるところであるが、すでに述べたように、ここでは、一般的テーゼをめぐる議論だけを見ておくことにする。

まず、鑑定意見において、シュヴェンツァーは、非嫡出子数の増加という社会状況、出生による差別を禁止するヨーロッパ人権条約(一四条)⁽⁴⁾や国連の児童の権利条約(二条一項)⁽⁵⁾などの国際法の発展とその批准、嫡出子と非嫡出子の二本立ての親子法をあらため、一本化された新しい親子法へと移行しようとしている諸外国の立法動向などを考え合わせると、将来の法において、嫡出子と非嫡出子の一般的区別を維持することはできないと主張する。女史によれば、嫡出性のみがいわば子の福祉の実現の保証人とみなされることができるという型にはまった考えは、非嫡出性を社会的に父が存在しないことおよび子の福祉に危険が及ぶことと同一視する考えと同様に、維持されることはできない。親子法における区別的な取扱は、身分を理由としてなされるべきではなく、子が育つ社会状況、すなわち両親とともに生活するか、一方と生活するか、それともいずれとも生活しないかを基準としてのみなされるべきであるとする(A二〇頁)。

このような考え方は、大会当日の報告者の間でも支持される。とくにディーデリクゼンは、シュヴェンツァーの

分析を承認したうえで、さらに法史的視点から詳細な分析を加える。デューデリクゼンの分析は、要約すれば以下のようである。

法史的視点からは、嫡出子と非嫡出子の区別は時代遅れであり、それゆえ放棄することが可能である。「嫡出子」という概念は、自然的事実ではなく、優遇と冷遇の基準としての法概念である。嫡出子と非嫡出子の区別は、一つには家庭の平和に、いま一つは社会における子の地位の固定に資するものであった。このうち、後者は、基本法六条五項が非嫡出子に嫡出子と同等の生活条件を与えることを命じたことで機能を失っている。残っているのは、家庭の平和の維持という機能である。それについては次のようにいえる。

法は安定のために存在する。ブルジョワ家族は、婚姻を基礎においた。婚姻から発生した関係は、中核において法的な構造であり、それゆえ当然強固な構造と理解されたからである。これに対して、工業社会の家族の特徴は、家族がもはや法的な安定性を有していないということにある。工業社会の家族は、絶えず離婚による解消の危険にさらされているか、あるいは非婚姻生活共同体のように、最初から法的な拘束力のないパートナー関係として形成されているかのいずれかである。それぞれの実際の関係に適合するように法的構造を後退させていくと、嫡出子と非嫡出子の区別までもが不要となる、と（M六四一六五頁）⁶。

このような鑑定者および報告者の、テーゼに賛成する主張に対して、フロアからは、ブラウブルガー(H. Brauburger; マインツ・ゴンゼンハイム法務局長) が反対の意見を述べた。彼はいう。基本法六条五項は、嫡出子と非嫡出子の様な平等化を目標としてはいない。完全な平等化は婚姻の廃棄という結果に至る。そのような結果は、基本法六条一項からみて、もたらされてはならないことは明らかである。また、一般的に区別を維持すべきでないとする

提案は、非婚姻関係にも、家族類似の関係から子の成長にまったく関心を持たない父まで、様々な生活事実があることをみのがしている。非嫡出子法においても、子の福祉のために父母があるということ強く意識しなければならない。そのことは、一般的に区別をなくするというプラカード的提案と対立するものである。提案ではあらゆる区別がなくなってしまうことになる。われわれは、六条一項と五項の対立関係を十分考慮しなければならない、と（M一〇七頁）。

これに対して、シュヴェンツァーは、基本法の制定された一九四九年当時と社会状況が異なってきたこと、とくに児童の権利条約を中心として、ドイツ国家が国際法上の義務を負っていることをあげ、これらが今日、事物を四〇年前とは異なって見ることを正当化すると反論した（M一〇九頁）。これにはフロアから、ケースター（Ms Coester: ゲッチンゲン大学教授）やペシエルグートツァイトらが、以下のように述べ、支持を表明した。

ケースターは言う。嫡出子と非嫡出子の区別は、中世的な概念であり、教会の婚姻制度保護と、資産のある家族の利益に資するものであった。そして正当家族の安定のために対価を支払わなければならなかったのが、非嫡出子であったことは明らかである。嫡出子と非嫡出子の身分的区別は、婚姻家族が安定を失わない限りで廃されればよいわけではない。この身分的区別を廃するべきである。なぜなら、今日、子どもに貼られたレッテルで、父母が行ったことあるいは行わなかったことを判断し、また一部の子を劣悪に位置づけ、一部を厚遇することは受け容れられないことであるからである、と（M一一八頁）。

また、ペシエルグートツァイトは言う。子の視点からすれば、出生によって区別されることは正当性をもち得ない。子にとって出生は平等である。非婚姻生活共同体についてしばしば寄せられる論理、すなわち、当事者はい

つでも状態を変えることができるのにそれをしないのだから、小さな保護しか受けることができなくても仕方がないという論理は、子にとつてはまったく当てはまらない。子の場合にはその論理の前提となる任意性がないからである。一〇〇万人以上の非嫡出子をかかえる社会においては、嫡出子のみが完全な権利を持った子である、すなわち嫡出子だけが正統な子であるという主張をもしや受け入れることはできない。嫡出子と非嫡出子の絶対的平等化は基本法六条五項から導き出されるのであり、子は憲法により、いかなる差別をも受けることなく、最高度の保護を受けるのが当然である、と（M一四一頁）。

(2) 父母の監護権をめぐる議論

以上のように、嫡出子と非嫡出子という一般的区別を廃止しようという大きな動きの中で、非嫡出子の父母の監護権について採択されたテーゼは、①父母の申立があれば、共同監護が認められること（五二・二六・二）、②共同の申立により、父に親の監護権を委ねることができること（六六・七・五）、③②にいう監護権の委譲の場合には子の福祉に関する審査が行われること（四七・二〇・九）、④父または母の申立により、父に親の監護を委ねることができること（五一・二一・四）、⑤④にいう監護権の委譲の場合には子の福祉に関する審査が行われること（七三・一・一）、⑥申立がないときには、母の単独監護となること（七一・四・二）などである。これら各テーゼをめぐるのは、大前提についての認識がほぼ一致していることもあってか、離婚の場合に比べて議論は少ない。

まず鑑定意見で、シュヴェンツァーは、原則として共同監護とした離婚の場合の意見と異なり、婚姻していない父母の間にあっては、たとえ父母と子の同居があつたとしても、それだけで直ちに共同して親としての責任を引き受ける意思があると推定することはできず、それゆえ父母の共同の申立により、引き受けの意思が明示された場合

に限って共同監護が認められるべきであるとする。しかし同時に、共同の申立以外に、同居や子の福祉の審査など、他の要件は設けられるべきでないとする。婚姻している夫婦については、同居や子の福祉との合致と関係なく共同監護が認められること、またもしそのような要件を設定したとしても、同居は父母によってねつ造される可能性があるし、子の福祉の審査については、共同監護が具体的に子の福祉に合致するかどうか予測することは不可能であることなどがその理由である。現行法では原則として認められていない父の単独監護も、共同の申立があった場合には認められるべきとし、共同監護または父の監護の申立がない場合には、当然に母の監護権が認められるべきであるとする（A七三頁）。監護権の取り決めの変更は、一六六六条の要件に該当する場合をのぞき、職権によってなされるべきではなく、父母の一方の申立もしくは子の申立によってなされるべきであるとする。その場合も、共同監護への変更は父母が合意している場合に限定すべきである。母の単独監護から父の単独監護への変更は、父と子の間にまったく接触がない場合や、母と子が緊密な母子関係を有している場合にも完全には否定されるべきではない。子の意思に基づき、子の福祉に合致する場合には、認められるべきである（A七九頁）。

このような鑑定意見に対し、ヴィルツキイは子が父母双方との関係を保つことができることは子の福祉に有益であるとして賛成し（M四五頁）、ディーデリクゼンも、非嫡出子の父が親としての責任を引き受ける可能性を与えられることは憲法上求められているだけでなく、現今の社会関係の発展にも合致しているとする（M七九頁）。また、フロアからもこれに反対する意見は見られない。

三 議論の位置づけと展望

すでにふれたように、BGBは、その制定以来、親子関係を、婚姻から生まれた子か否か、あるいは現在父母が婚姻関係にあるか否かで分類し、それぞれに付与される法律効果について区別的な取扱いをしてきた。言い替えれば、親子の法律関係は、父母の婚姻の存否を基準に、画一的に定められてきたのである。このような親子法のあり方に対して、ケースターは、今大会のフロアからの意見のなかで、「子どもを、すなわち親子関係を、婚姻という仲介物を通してではなく、直接に生活の現実に見た場合には、家族の構造や親子関係がきわめて多様であることが明らかに。例えば、離婚した夫婦の間の子は、その単独監護者が再婚した場合には、一人の親ではなく、三人の親を持つのである。すなわち監護者たる父母の一方、いま一方の実父母、継親である。このような増加しつつある現代的家族構造から、絶えず新しく核家族を切り出し、他の家族の関係から隔離して法的保護を与えることは親子法の課題たりえない。現代家族法は、むしろ家族関係の多様性、多層性を考慮にいれ、それらをすべて規制するものでなければならない」として見直しの必要を強調する（M—一九頁）。このような、親子関係の規制にあたって父母の婚姻という要素が持つ意味を問直そうという姿勢は、シュヴェンツァーの鑑定意見のなかにも、デーデリクセンの報告のなかにも共通して見られるものである。

このような基本的認識の上に、今大会は、離婚後も父母の共同監護は原則としてそのまま継続するとのテーゼを決議、採択した。ヴィルツキの報告でもふれられているとおり、この問題の背景には、一九七〇年代にまで遡る

長い論争がある。ドイツでは、一九七〇年代当時、子の福祉を中心とした親権法への転換をめぐり、アメリカにおける精神分析学や児童心理学の教説の影響をうけた法学者（報告者ゼンツもそのひとりである）たちによって、それら諸科学の成果を法の規制に反映させるべきであるとの主張がなされた。なかでも、それらの諸学者にきわめて強い影響を与えたのは、ゴールドSTEIN・フロイト・ソルニットらによってなされた一連の共同研究であった。ゴールドSTEINらは、「子どもの正常な発達にとり本質的に重要なものは、継続的な情緒関係、継続的な環境の影響および安定した外部関係である」として、養育の継続性・安定性を子の成長のためのガイドラインであると説く⁽⁷⁾。このようなゴールドSTEINらの考え方に影響を受けた学者らは、離婚後の監護権の決定にあたっては、養育の安定のために、監護権決定の時点に存在する子と父母や兄弟姉妹の結びつきが考慮されるべきであると主張し（それゆえ「結びつき理論」といわれる）、また父母の間に様々な対立のある離婚後の時期に共同監護を設定することは、父母の間のあつれきに子が直接に巻き込まれるという点で妥当でなく、むしろ経済的ならびに情緒的な負担から母子家庭をできるだけよく保護してやるほうが、子の利益になると主張した（今大会でもゼンツはそのように主張する。M二〇頁⁽⁸⁾）。一九七九年法による親権法改正にあたつて、立法者たちはこの主張に与した⁽⁹⁾。その結果、離婚後の単独監護に例外を認めないという扱いをとり、さらに監護権を父母のいずれに帰属させるかは家庭裁判所が決定するものとしたうえ（一六七一条一項）、その決定に際しては、とくに子と父母、兄弟姉妹との結びつきが考慮されなければならない（同二項）としたのである。

しかし、ゴールドSTEINらの所説は、アメリカにおいても決して支配的な見解だったわけではなく、それをドイツでストレートに採り入れたことには当初から批判があつた⁽¹⁰⁾。そのような中で、改正後のB G Bの規定に対して

は、一九八二年一月三日の連邦憲法裁判所判決が、単独監護に例外を認めない点で、親の権利を保障する基本法六条二項一文に合致せず、違憲であるとの判断を下した（BVerfGE 61, 358）⁽¹¹⁾。以来、法文自体は変更されてはいないが、解釈実務上、離婚後においても共同監護をとる道が開かれた。同判決はその理由の中で、「離婚後の夫婦の関係は、子の養育と保護について責任をもって共同することができない方向に発展する可能性があり、それゆえ裁判所が父母の一方に子を帰属させる決定をする必要があることはたしかに否定できない。しかしそのような場合においても、子の人生の一時期において父母がその親としての責任を共同して担う状態にあったことが、子の成長にとって重要であったことが証明され、またその限りにおいて、父母の共同の努力が子に積極的に影響を与えたということとはありうることである。したがって、親の監護を共同して遂行することによって確保される一時的な養育の継続性も、子の福祉というインテレッセたりうる」と述べており（BVerfGE 61, 376）、それは一九七九年法の背後にあった結びつき理論の硬直性をただしたものであるとして注目されたのである。

しかし、この一九八二年判決では、共同監護が単独監護と並列の選択肢であるのか、例外であるのかは明確でない。またBGBが家庭裁判所に職権による監護権の決定を認めていることとの関係で、父母が共同監護の提案をしてきたときに、家庭裁判所は職権で単独監護を命ずることができるか、場合によって逆に、単独監護を提案した場合に共同監護を命ずることができるかという新たな問題も生じてきた。⁽¹²⁾ 今回採択されたテーゼは、父母による申立てのなにかぎり共同監護が維持されるとする点で、一九八二年判決の先を行くものである。このような取扱は子の取り合いをめぐる父母の対立の激化を回避しようとするものであるが、しかし、一九八二年判決以降、共同監護が申し立てられた例が二パーセント程度しかないという現実⁽¹³⁾、監護をめぐる父母の合意形成の場が存在しないこと

など、⁽¹⁴⁾問題点も少なくないと思われる。

非嫡出子の父母の監護については、これまでの連邦憲法裁判所の判断、それに対する学界の支持の状況からみて、決議の結果は予想の範囲であったといえるであろう。連邦憲法裁判所は、非嫡出子に対する親の監護から父を排除しているBGB一七〇五条につき、一九八一年三月二四日の判決で、①父母が同居している場合でも婚姻と比してその関係は不安定であり、離婚手続によらずとも解消できる、②離別に際して子の帰属をめぐって争いが起きる可能性を考えると、子を父母の一方に帰属させる方が子の福祉に合致する、③母と年少の子の間には、父と子の間よりも密接な関係が存在することは争いがないところであり、子を母に排他的に帰属させることは子の福祉に反することではない、といった理由をあげて、親の権利について規定する基本法六条二項に違反しないと判示した(BVerfGE 56, 363)。しかし同時に、この判決は、父と子が密接な関係を持つことや、父母と子が同居することは婚姻という法制度の仲立ちがなくても実現できることであり、非嫡出子についても「父母の間に共同生活関係が存続しているかぎり、肉体的、精神的成長のための条件は、父母の下で生活している嫡出子のそれと同じである」(BVerfGE 56, 384)と述べ、事案によっては父に親の責任を認めるにたる場合があることを示唆していた。

このようなかで、連邦憲法裁判所は、一九九一年五月七日、非嫡出子につき、父による嫡出宣告があった場合に母は親の監護権を失うとするBGB一七三八条について、同条が「父母が子と同居し、双方が親としての責任を共同して引き受ける意思を有し、また引き受けることができる状態にあり、かつそれが子の福祉に合致している場合についても適用される点において、基本法六条二項および五項と合致しない」として、違憲の決定を下した(FamRZ 1991, 915)。この決定は、直接一七〇五条に関する判断ではないけれども、婚姻関係にない父母の間に共同監護を認

めたものとして評価されたのである。

今回採択されたテーゼは、共同監護の認容に同居を必然的要件としておらず、その点では一九九一年決定によって設定された要件を修正するものである。しかし一方、共同の申立のみで認容する形はとらず、子の福祉との合致についての審査を要求して、監護決定に国家が介入することを認め、その点で、非婚姻家族の取扱いについての慎重な姿勢は維持したといえるであろう。

以上、簡単に今回の法曹大会の親の監護をめぐる議論の位置づけを試みてきたが、近い将来、ドイツ法上明文の規定をもって、離婚後の父母ならびに婚姻していない父母につき、子に対する共同監護の道が開かれることはほぼ確実である。⁽¹⁵⁾このような共同監護を認めることは、婚姻関係にない（夫婦という身分関係にない）男女の間に、共同の親としての責任というかたちで新たな家族法上の関係を作り出すことである。このことは、単に監護権の領域だけでなく、ドイツ家族法の構造に大きな意味をもつことになる。

BGBは、その制定にあたり、婚姻を横軸に、親子を縦軸にとったブルジョワ的小家族を基本的な家族モデルとし、その家族モデルは、市民社会の基本構造として、ワイマール憲法（一九一九条一項）およびボン基本法（六六条一項）を通じて、憲法的にも保障されてきた。⁽¹⁶⁾そのような家族モデルのもとでは、いわゆる完全家族では夫婦間、親子間において家族法上の関係が形成されるのに対し、離婚家族や非婚姻家族では、父と子および母と子の間にあってはそれぞれ家族法上の関係が形成されるにしても、父と母との間においては家族法上の関係は形成されないという見方がなされ、⁽¹⁷⁾現にBGBにおいてもそのような扱いが続いてきた。今大会の議論に現れた親子法における婚姻の意味の後退という方向は、このような伝統的家族観を根底からくずすものであり、さらには家族法全体の中で婚姻制度

の占める意味の問い直しをも迫るものである。

この意味で、フロアからのシュヴァープ (D. Schwab: レーゲンスブルク大学教授) の指摘は重要である。シュヴァープは、男女のカップルに婚姻という形式を与え、それが破綻した場合に扶養や剰余の均分、年金分与などの効果を認めるのは、子の養育と家事に専念する当事者の一方を保護するためであり、子のない男女のカップルで双方が職業活動をしている場合にはこのような規律を必要としない、すなわち、婚姻は子のある男女のために国家によって求められた法的形式であり、婚姻と生殖が結びついていなかったならば婚姻は法の制度となっていなかったであろうとする。それゆえに彼は、婚姻法にふれることないまま親子法の改正議論を進めることは不可能であり、親子法の改正を通じて家族法全体が議論の対象とされるべきである、というのである (M 一二五頁)。

親子法において、婚姻は効果付与の決定基準としての機能を捨て去ることができるか。また、その機能を捨てた場合に婚姻制度に残される意味は何なのか。まさに今回の親子法の改正は、ドイツ家族法がその構造を根本的に変えてゆく可能性のあるものだけに、今後展開されるであろう立法作業が注目されるところである。

(1) シュヴェンツァーはいう。すべての離婚事件のうち、九〇パーセント以上は親の監護について何等の争いも存在しない。父母の争いはパートナーレベルであるのあり、親子のレベルで存在するのではない、と。

(2) ヴイルツキイは、離婚一年後には約五〇パーセントの父が子と接触を持たなくなるとの調査を引き、自己の裁判官としての経験から、このような状態は、母が父との接触を絶ちたいと考えていることによるものではなく、多くの母は、父が親の責任の負担からおることをつらいと感じており、むしろ親の責任を分担してくれることを喜ぶであろうとしている (M 五〇頁)。

(3) 連邦憲法裁判所は、すでに早期の段階で立法者に対して、相当の期間内に六条五項の立法要請を実現することを求めている (一

九五八年一〇月二三日決定、BverGE 8 210⁵。しかしその作業は遅れ、連邦憲法裁判所は一九六九年一月二九日の決定によって、連邦議会第五被選挙期間終了時までに立法がなされないとときには、連邦憲法裁判所の判例が基本法の意思を実現するという最後通告を行った（BverGE 25, 165）。一九六九年法はかういつにこれに応えたものである。

(4) ヨーロッパ人権条約は八条で、家族生活の尊重を受ける権利を保障し、一四条で出生その他を理由とする無差別を規定する。ヨーロッパ人権裁判所は一九七九年六月一三日の判決（マルクス Marckx 判決）のなかで、人権条約八条の家族生活の尊重は婚姻家族と非婚姻家族を区別しておらず、条約締約国は、非嫡出子が正常な家族生活を送ることができるよう法を整備する義務があるとし、嫡出子と非嫡出子の区別的取扱は条約一四条と結びついた八条に違反すると判示している（NJW 1979, 2449）。しかし、ドイツ国内の裁判所は、条約一四条の差別的取扱は、それが客観的かつ合理的な正当性を欠いている場合にのみ禁止されるにすぎないと解して来ている（一九八一年九月一日ベルリン上級地方裁判所判決 FamRZ 1982, 95）。

(5) 児童の権利条約は、二条一項で出生による差別の禁止を規定する。しかしドイツ政府は、条約の審議過程において、嫡出子と非嫡出子の平等を条約中に明文で入れたいという提案が合意をえられなかったことなどを根拠に、この出生による差別禁止によって非嫡出子の家族法および相続法上の関係は影響を受けないと解釈し（BT-Drucks. 12/42, 34）、条約の批准にあたり、その旨を明らかにした解釈宣言を付している（FamRZ 1992, 266）。

(6) さらに、ディードリクセンはいう。子にとって、身分的区別はもはやその生活状態に関わりを持たない。子が家庭内で成長している場合には、その家族が婚姻に基づくものか、非婚姻のパートナー関係に基づくものかに関わらず、社会的環境はほとんど同じである。父母の共同関係が崩壊している場合には、父母が婚姻をしていたか否かはほとんど問題にならない。嫡出子と非嫡出子の区別が大きな意味を持つのは、相続権についてである。嫡出子にのみ遺産に関する持分を認めるのは、家族に属さない直系卑属を排除し、世代の交代に必然的に伴う財産の移転がまだ不安定な段階での家庭の平和を維持することに寄与するものであった。しかし、今日の離婚率の高さを考えると、遺産についての持分に関しては、家庭の平和は、被相続人の嫡出子、すなわち以前の婚姻によって生まれた子によっても、非嫡出子の場合と同様に脅かされることになる、と（M六六頁）。

(7) ゴールドステイン・フロイト・ソルニット『子の福祉を超えて—精神分析と良識による監護紛争の解決』（島津一郎監修・中沢たえ子訳 一九九〇年）三三頁。

(8) ただし、今大会において、ゼンツは、子の情緒的結びつきを重視する一方で、子が父母双方との関係を維持することに基本的利

益が存在することを承認しており、硬直した結びつき理論から脱している。

(9) 立法者の立場は、「もし父母双方が完全に養育能力があり、同程度に子と強く情緒的に結びついており、かつ離婚後も責任を担うことができるのであれば、共同監護は子の利益になる。しかし、離婚した父母は早かれおそかれあらたに別の選択をするのであり、それゆえに必要な決定が先延ばしにされるだけであるという懸念もある。その場合には養育の継続は果たされない」という考え方に立脚している (Jans/Happe, Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, 1980, S. 185.)。

(10) 島津教授によれば、「企められた形で色濃く反映していた」(島津一郎「共同監護はわが民法上可能か」『転換期の家族法』二八頁(一九九一年))。

(11) 連邦憲法裁判所はいう。父母双方が離婚後においても子に対する責任を共同して担っていく意思を有している場合には、国が父母の間の対立する利益を調整してやる必要はまったくない。さらに父母双方が養育について完全な能力を有し、またその他、子の福祉の観点から父母の一方に監護権を委ねる方が適切であると思わせる理由が存しない場合には、国はその監督義務を遂行して父母の一方を子の保護と教育から閉め出し、面接交渉権のみを与えるという任にあたる必要はない。にもかかわらず、離婚後において、国が例外なく共同責任の継続を排除するとすれば、それは基本法六条二項一文によって保護されている父母の法的地位への干渉となり、特別の正当化事由が必要である。(BVerfGE 61, 374)。

(12) 一九八二年判決およびその後の展開を追うものとして、神谷遊「西ドイツ離婚法をめぐる三つの違憲裁判例」同志社法学二六巻三号四一頁、同「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」谷口追悼論集『家族法』一八三頁(一九九三)、また前掲注(10) 島津参照。

(13) Limbach, Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis, 1989, S. 13.

(14) 一九九〇年六月二六日制定の「児童および少年援助法の新たな規制に関する法律 KJHG (BGBl. I, 1163)」は、「一六条以下において相談の規定を導入した。特に、同法一七条一項三号では、「相談は、別居または離婚の場合に、児童または少年の福祉に資する親の責任の遂行のための条件の設定を援助する」と規定し、破綻したあとの協力関係を円満に秩序づける場を設けていることは、裁判所の職権による決定を後退させる姿勢として注目される。今大会で、ケーススタディーは、親子法改正の中心課題は子をめぐる闘争を可能な限り回避するモデルの追求であるとし、そのことは、家庭裁判所が、子を争っている父母に相談あるいは調停機関をまず訪れることを指示できるようにすること、父母の提案により強く法的な重点を置くことなどによって最初の一步が踏み出されるべきで

あるとする（M一二〇頁）。

(15) 一九九二年五月には、ドイツ女子法律家連盟 (Deutscher Juristinnenbund) が親子法改正試案を発表している (FuR info 4/92)。同試案では、親の監護について、以下のような規定を提案している。この提案の内容は、今大会の決議の内容とはほぼ同様と見てよい。

一六二六条 (1) 父母が子の出生時に婚姻しているときには、父母は共同して親の監護を有する。父母が出生後婚姻したときには、婚姻締結の時から前文の規定を適用する。

(2) 父母が子の出生時に婚姻していない場合において、合意の上意思を表示したときには、父母は共同して親の監護を有する。前文の意思表示は公証されなければならない。

(3) 父母が子の出生時に婚姻していない場合において、合意の上意思を表示したときには、父が単独で親の監護を有する。第二項第二文が準用される。

(4) 父母が子の出生時に婚姻をしておらず、かつ第二項または第三項による何等の意思表示もしていないときには、母が単独で親の監護を有する。

一六二八条 C (1) 父母が親の監護を共同して行使している場合において、子の利益に合致するときには、家庭裁判所は、親の監護の全部または一部を、父母の一方に委ねることができる。裁判所は、父母の一方または弁識能力のある子の申立に基いて決定する。

(2) 父母の一方が親の監護を単独で行使している場合において、子の福祉のために必要とされるときには、家庭裁判所は、親の監護の全部または一部を、他の一方に委ねることができる。裁判所は、父母の一方または弁識能力のある子の申立に基いて決定する。

また、一九九二年一月一七日には、連邦議会において、社会民主党 (SPD) の議員団より、「親子法の改正」に関する提案がなされた。(BT-Drucks 12/4024)。この提案によれば、親の監護について次のように述べられている。

12 子の母は、子の出生の時から親の責任を負う。(母との婚姻によって) 父性が推定される男子は、母とともに、子の出生の時から親の責任を分担する (共同の親責任)。

13 父性を承認し、または裁判所によって父性を確定された父と母の合意による申立に基き、家庭裁判所は、子の福祉に反しないときには、父母に共同の親責任を委ねることができる。

(16) ワイマール憲法一九九条一項は、「婚姻は、家庭生活および国民の維持ならびに増殖の基礎として憲法の特別の保護の下におか

れる。婚姻は両性の同権に基づく」と規定する。このような憲法保障については、西欧キリスト教社会において維持されてきた伝統的婚姻および家族の基本構造を憲法改正を経なければ変更できないものとして位置づけるための、制度保障であると解された(Anschtz, Die Verfassung des Deutschen Reich, S. 558.)。このような理解は、基本法六条一項についても基本的には維持されており(BVerfG, Beschluß v. 17. 1. 1957, BVerfGE 6, 55, その他、古典的基本権、価値決定の原則規範としての機能も合わせ持つとされる)。¹⁷ その基礎には、婚姻および家族が「他のいかなる人間の結びつきとも比較することのできない意味を持つ、人間のあらゆる共同体の胚細胞 Keimzelle である」との考えがある (BVerfGE 6, 55 [71])。

(17) もっとも憲法議論の中にあっても、婚姻家族という伝統的な家族観は批判的に議論されてきた。たとえば、父母の間に婚姻という結びつきを欠く非嫡出子と父母の家族関係は、子と父、子と母という二つの家族(親子)からなる関係であるとするのが伝統的家族観に忠実な解釈とされるが (Maunz/Dürig, Grundgesetz, Rz. 16a zu Art. 6.)、このような解釈には、法律家の常識を疑わせるグロテスクな考え方であるとの強い批判がある (Steiger, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel, VVDStRL 45, 1986, S. 79.)。