

## ドイツ婚外子共同配慮法の形成過程（2）：1969年 非嫡出子法から1997年親子法改正法まで

著者	阿部 純一
雑誌名	鹿児島大学法学論集
巻	52
号	1
ページ	3-42
発行年	2017-11
別言語のタイトル	Der Weg zum gemeinsamen Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern ? : Die Rechtsentwicklung in den Jahren 1969 bis 1997
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10232/00029942">http://hdl.handle.net/10232/00029942</a>

ドイツ婚外子共同配慮法の形成過程（２）  
— 1969年非嫡出子法から1997年親子法改正法まで —

Der Weg zum gemeinsamen Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern II  
— Die Rechtsentwicklung in den Jahren 1969 bis 1997 —

阿 部 純 一

はしがき

I 前史

II 1969年非嫡出子法の登場

III 1981年3月24日連邦憲法裁判所判決 (以上 51巻1号)

IV 1980年代以降の学説における議論

1 非嫡出子を取り巻く社会状況の変化

(1) 統計上の変化

(2) 社会的な実態調査

(3) 学説における評価

2 基本法上の問題

(1) 婚姻及び家族の保護

(2) 親の権利

(3) 平等原則 (以上 本号)

3 比較法及び国際条約との関係

4 東西ドイツ統一

5 具体的改正提案

6 小括

V 1991年5月7日連邦憲法裁判所決定

VI 1990年代の親子法改正論

むすび

#### IV 1980年代以降の学説における議論

1980年から1990年代初頭にかけての十数年間は、非嫡出子に対する共同配慮の可能性が、多角的な視点から、最も激しく議論された時代である。前章でみたように、1981年3月24日連邦憲法裁判所判決は、非婚の父母による共同配慮を認めていないドイツ法の合憲性を肯定したが、同判決に対する学説の評価は、概して批判的であり、むしろ非嫡出子に対する共同配慮法制導入の必要性を強く認識させる一つの契機となった。他方で、後述する1991年5月7日連邦憲法裁判所決定では、逆にドイツ法の憲法上の問題が指摘され、結果として非嫡出子に対する共同配慮の可能性が限定的にはあるが開かれる。連邦憲法裁判所による二つの裁判の間の10年は、論争の時代であり、非嫡出子の配慮法にとって最も重要な議論が交わされた時代でもある。そこで、本章においては、1981年連邦憲法裁判所判決から1991年連邦憲法裁判所決定までの期間を一時代区分として一必要に応じてその前後の状況にも目を向けながら、この間の学説において、いなる議論が非嫡出子の共同配慮について展開されたのかを明らかにする。

多くの論説に共通するのは、①非嫡出子を取り巻く社会状況の変化とそれに伴う立法者の想定の妥当性、②ドイツ法が孕む基本法上の問題、③諸外国法における改革の潮流及び各種国際条約へのドイツ法の適合性、④東西ドイツ統一に伴う法の統一の問題、といった前提的・総論的な諸問題<sup>135</sup>の検討から出発し、非嫡出子に対する親の配慮についての個別具体的な立法提案へと至ることである。つまり、現に「ある法 (de lege lata)」の問題の指摘から出発し、将来的な「あるべき法 (de lege ferenda)」の提案へと至るのである。以下では、まず上で挙げた前提的・総論的な諸問題がどのように議論されてきたのかを確認した上で、具体的な改正論の状況を見ていく。

##### 1 非嫡出子を取り巻く社会状況の変化

1969年非嫡出子法が施行された1970年を境に、非嫡出子を取り巻くドイツの社会状況は、それまでとは質的に異なる変化を示しはじめる。一方では、非嫡出子の出生数、全出生数に占めるその割合が上昇し、他方では、婚外の男女関係の社会的な広がりが観察される。

非嫡出子や婚外の男女関係を巡る社会状況の変化に伴って、それらに対するドイツ社会の評価にも一定の変化が生じる。例えば、非婚の男女共同生活を示す用語として、従前は、「コンクビナート (Konkubinat)」や「ヴィルデ・エーエ (wilde Ehe)」が一般的に使用されていたが<sup>136</sup>、これらの用語には道徳的にネガティブなイメージがつきまどっていた<sup>137</sup>。これに対して、1980年代になると、「非婚生活共同体 (nichteheliche Lebensgemeinschaft)」という道徳的評価を伴わない<sup>138</sup> 術語の使用が広まりをみせる<sup>139</sup>。

社会状況の顕著な変化は、必然的に、その社会に深く根ざした法制度のあり方に関する議論に影響を及ぼす。以下では、まず各種の官庁統計から数量的 (quantitativ) 変化を確認した上で、経験的な調査研究の結果から質的な (qualitativ) 変化の状況を把握する。

### (1) 統計上の変化

非嫡出子法を巡る議論の際にまず問題とされるのは、ドイツにおける非嫡出子の出生状況が変化してきたことである。表1は、1970年から1997年までの非嫡出子の出生数及び全出生子に占める非嫡出子出生率の変化を、当時の西ドイツについて示したものである<sup>140</sup>。本表からも明らかのように、1970年以降の非嫡出子の出生に関する変化は、その数においても、総出生数に占めるその割合においても、上昇傾向を示す<sup>141</sup>。

さらに、1972年から1990年までのドイツ連邦共和国における非婚生活共同体数 (概算)<sup>142</sup> の変化を示したのが、表2である<sup>143</sup>。本表からは、非婚生活共同体数の変化もまた、非嫡出子出生数及び出生率の変化と同様に、増加傾向を示していることが明らかになる。

これらの数量的な統計調査について、特に注目されるのは、それが従前の社会的変化とは明らかに異なる変化を示している点、及びその変化が一定の不可逆的な傾向を示している点である。さらに、婚外出生数及び非婚生活共同体数の同時的な増加は、「すでに今日、少なからぬ数の非嫡出子が母及び父と共同生活を営んでいることを容易に推測させる」<sup>144</sup> とも評される。このような統計数値の変化は、多くの論者によって指摘されており、それ自体が非嫡出子法の改善を促すのに十分な論拠と考えられていた<sup>145</sup>。

表1 西ドイツにおける非嫡出子の出生数及び出生率（1970年から1997年）

年次	出生数				百分率(%) 非嫡出子	年次	出生数				百分率(%) 非嫡出子
	総数	嫡出子	非嫡出子	非嫡出子			総数	嫡出子	非嫡出子	非嫡出子	
1970	810,808	766,528	44,280	5.5	1984	584,157	531,159	52,998	9.1		
1971	778,526	733,263	45,263	5.8	1985	586,155	531,085	55,070	9.4		
1972	701,214	658,804	42,410	6.0	1986	625,963	566,155	59,808	9.6		
1973	635,633	595,790	39,843	6.3	1987	642,010	579,652	62,358	9.7		
1974	626,373	587,096	39,277	6.3	1988	677,259	609,302	67,957	10.0		
1975	600,512	563,738	36,774	6.1	1989	681,537	611,869	69,668	10.2		
1976	602,851	564,600	38,251	6.3	1990	727,199	650,899	76,300	10.5		
1977	582,344	544,695	37,649	6.5	1991	722,250	642,022	80,228	11.1		
1978	576,468	536,327	40,141	7.0	1992	720,794	637,278	83,516	11.6		
1979	581,984	540,480	41,504	7.1	1993	717,915	632,724	85,191	11.9		
1980	620,657	573,734	46,923	7.6	1994	690,905	605,058	85,847	12.4		
1981	624,557	575,194	49,363	7.9	1995	681,374	593,519	87,855	12.9		
1982	621,173	568,423	52,750	8.5	1996	702,688	606,548	96,140	13.7		
1983	594,177	541,735	52,442	8.8	1997	711,915	610,300	101,615	14.3		

出典：Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1971～1999より筆者作成

表2 西ドイツにおける非婚生活共同体数（1972年から1990年）

年次	西ドイツ諸州			
	総数	子なし	子あり	子のいる率(%)
1972.4	137,000	111,000	25,000	18.2
1978.4	348,000	298,000	51,000	14.7
1982.4	516,000	445,000	71,000	13.8
1985.6	686,000	616,000	70,000	10.2
1986.4	731,000	645,000	86,000	11.8
1987.3	778,000	688,000	90,000	11.6
1988.4	820,000	723,000	97,000	11.8
1989.4	842,000	745,000	97,000	11.5
1990.4	963,000	856,000	107,000	11.1

出典：Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1991 S.70より筆者作成  
 数値は、抽出国勢調査（Mikrozensus）の結果である

## （2）社会的な実態調査

もつとも、上記の統計数値から、非嫡出子及びその父母の生活実態までを読み取ることは、当然のことながら、困難である。統計上の数値を超えて、非嫡出子の現実を知るために有用な手掛かりを与えるのは、社会実態に関する経験的な調査研究である。

実際に、ドイツ連邦共和国においては、いくつかの私的及び公的な社会調査が実施され、それらの調査を通じて非嫡出子やその父母、非婚家族の生活状況を明らかにすることが試みられる<sup>146</sup>。学説においても、これら非婚の家族関係に関する調査研究の結果から、非嫡出子法改正の必要性を説くものが散見される。他方で、注意しなければならないのは、個々の調査が異なる目的をもって実施されていること、調査対象となるデータ自体が少ないことから、「代表調査（Repräsentativerhebungen）」は存在しないと指摘されていることである<sup>147</sup>。

ここでは、非婚の家族関係を正確に把握することは極めて困難であるとの認識を共有しつつ、当時の各種調査研究に基づいて、非嫡出子とその父母の生活状況、非婚生活共同体の実態を可能な限り素描してみたい。

### ①非嫡出子の父母の生活状況

連邦司法大臣の委託を受けて、ヴァスコヴィクス教授（L. A. Vaskovics）らが1993年に行った非嫡出子の生活状況に関する調査研究<sup>148</sup>—ヴァスコヴィクス調査—は、その規模と調査項目の多さで、注目される研究である<sup>149</sup>。まずは、このヴァスコヴィクス調査を中心に—他の各種調査研究にも触れながら—、西ドイツ地域における非嫡出子の父母の生活状況に光をあてる<sup>150</sup>。本調査研究では、極めて網羅的かつ多角的な分析がなされており、ここでその内容のすべてを取り上げることはできないが、(a) 母の状況、(b) 父の状況、(c) 非嫡出子の世帯状況について、それぞれ概観を試みる。

#### (a) 母の状況

##### 母の出産年齢

非嫡出子を出産した際の母の年齢は、20歳未満：7%、20歳以上25歳未満：39%、25歳以上30歳未満：32%、30歳以上35歳未満：15%、35歳以上：7%で

あり<sup>151</sup>、平均年齢は、27歳であった<sup>152</sup>。さらに、第一子の出産時の母の年齢を、婚姻している女性と非嫡出子の母のそれぞれについて比較したのが、表3である。

表3 第一子出産時の母の年齢

(単位：%)

	婚姻している女性	非嫡出子の母
20歳未満	1	7
20歳以上25歳未満	16	40
25歳以上30歳未満	55	31
30歳以上35歳未満	24	13
35歳以上	4	9

出典：Vaskovics/Rost/Rupp, Lebenslage nichtehelicher Kinder : Rechtstatsächliche Untersuchung zu Lebenslagen und Entwicklungsverläufen nichtehelicher Kinder, 1997, S. 264.

非嫡出子を出産した母の年齢は、20歳以上25歳未満の年齢階層が最も多く、25歳以上30歳未満の年齢階層まで含めると全体の71%を占める。第一子の出産年齢でみると、非嫡出子の母の出産は、婚姻している女性と比べて、より若年での出産が多いことが分かる。

他方で、第二次世界大戦前のドイツでは、非嫡出子の母の約3分の2は、25歳未満で子を出産していた<sup>153</sup>。さらに、1964年の時点でも、20歳未満の母が約40%を占めており、25歳未満までの母で全体の66.3%に達していた<sup>154</sup>。これら1960年代までの状況と比べると、非嫡出子の母の出産年齢は、全体的に上昇していることが明らかになる。その理由として考えられるのは、避妊などの「産児調節 (Geburtenkontrolle)」の広まりである<sup>155</sup>。

### 母の学歴／職業訓練歴

非嫡出子の母の学歴については、基幹学校卒業 (Hauptschulabschluß)、中等教育修了 (mittlere Reife)、大学入学資格保有 (Hochschulreife) がほぼ同じ割合で分散する<sup>156</sup>。調査報告書によれば、このような非嫡出子の母の学歴は、同じ年齢階層の女性の学歴ともほぼ一致している。すなわち、連邦統計局の1993年の統計では、20歳から35歳までの女性の35%が基幹学校卒業、35%が実業学

校 (Realschul) 及びそれに相当する学校の卒業、30%が専門大学 (Fachhochschule) 及び大学入学資格を保有していたのである。また、調査報告書では、母が子及び子の実父と同居している場合<sup>157</sup>には、より高い卒業資格 (アビトゥーア) を取得した者の割合が増加するのに対して、母が実父以外の新しいパートナーと共同生活を営んでいる場合には、基幹学校卒業の割合が高くなることが指摘される<sup>158</sup>。

母の職業訓練の状況はどうか<sup>159</sup>。母のうち16%は、職業訓練を修了 (Berufsabschluss) しておらず、4%は、職業教育 (Ausbildung) を中断していた。他方で、およそ5人に1人は、専門職業学校 (Fachschule) を卒業し、15%は、大学または専門大学を卒業していた。調査報告書は、連邦統計局の1993年の統計では、20歳から35歳までの女性のうち大学を卒業した女性の割合が8%であったことを引き合いに出しながら、非嫡出子の母に占める大学教育を受けた女性 (Akademikerinnen) の割合の高さを指摘する。

### 母の経済状況

非嫡出子の妊娠を知った時点で、母がいかなる就業状況にあったのかについては、72%が就業しており (パートタイムを含む)、14%が職業教育期間中、8%が無職であった<sup>160</sup>。妊娠前の就業率については、婚姻している女性の方が非婚の女性よりも高い一方で、婚姻している女性の場合には、第一子の妊娠時に職業教育にあることは、稀であるとされる。このように、婚姻している母と比べて、非嫡出子の母については、まだ職業生活 (Erwerbsleben) に入っていない者の割合が高いという事実は、比較的若い女性が非嫡出子の母になっている事実とも一致していると分析される<sup>161</sup>。

非嫡出子を妊娠した時点で、母にどれほどの所得 (単位は、ドイツマルク (DM)) があったのかについては、499DM以下:13%、500DM以上999DM以下:19%、1,000DM以上1,499DM以下:23%、1,500DM以上1,999DM以下:26%、2,000DM以上:19%であった<sup>162</sup>。所得階層は、幅広く分散しているが、調査報告書では、大雑把に1,000DMの所得を平均値として想定した場合に、およそ3人に1人が平均以下の所得であった一方で、5人に1人が平均値の倍以上の所得を得ていたことが指摘される<sup>163</sup>。



では、非嫡出子を出産した後の母の就業状況には、どのような変化が生じるのか。母が妊娠した時点から子が6ヶ月の時点までに、母の就業状況は、次のように推移した<sup>164</sup>。「主婦（Hausfrau）のまま」：5%、「[新たに]主婦になった」：14%、「失業した／失業中のまま」：7%、「職業教育を続けている」：9%、「フルタイムで就業を続けている」：16%、「パートタイムの職業に変更した」：7%、「育児休業（Erziehungsurlaub）を取得している」：42%。調査報告書によれば、フルタイムからパートタイムへの就業形態の変更は、理論上は考えられるが、現実にはそれほど多くは生じないとされる。他方、子の出生後6ヶ月までの母の所得変化については、「最大4分の1まで低下した」：13%、「最大半分まで低下した」：18%、「最大90%まで低下した」：19%、「ほぼ同じまま（90%から110%）」：28%、「増加した（110%以上）」：21%であった<sup>165</sup>。

### **母の居住状況**

妊娠時の母の居住関係は、一人暮らし：36%、子の実父と生活共同体で生活：36%、親元で生活：15%、その他（住居共同体（Wohngemeinschaft）、他のパートナーや親族のもとなど）：13%であった<sup>166</sup>。これに対して、子が6ヶ月の時点での母の居住状況は、一人暮らし：39%、子の実父との非婚生活共同体：30%、親と同居：15%、その他（住居共同体など）：16%であった<sup>167</sup>。妊娠時と産後6ヶ月の間で、実父と非婚生活共同体で生活する母の割合が減少する一方で、母子のみの割合は増加した。但し、全体的に変化はそれほど大きくない。

調査報告書では、母の居住関係について、次のことが指摘されている。第一に、妊娠及び出産は、わずかな程度でしか変化を生じさせず、むしろ住まいの維持を強めることである<sup>168</sup>。第二に、より若年の母は、親元で暮らしていることである。特に、実家暮らしの若年の女性が父母を頼りにしている場合には、その父母は娘の妊娠に強いショックを受けることもあるが、多くの家族は、むしろ援助を提供しており、非嫡出子の母とその父母との関係は概ね良好であるとされる<sup>169</sup>。

### **母の心情—望まない妊娠であったのか？**

ヴァスコヴィクス調査は、非嫡出子に対する母の感情が妊娠前と妊娠後で

それぞれどのような状況にあったのかも明らかにする。まず、妊娠当時に「子を望んでいましたか？」という質問に対する母の回答は、「いいえ、望んでいなかった」：34%、「避妊が徹底されていなかった（inkonsequent verhütet）」：21%、「成り行きに任せていた（dem Zufall überlassen）」：11%、「はい、望んでいた」：34%であった<sup>170</sup>。

他方、母が子をどの程度望んでいたのか、及び母が妊娠について当時どのように感じたのかは、子の歓迎度合（Erwünschtheit）から推し量ることができる（表4）。

表4 母の視点からみた非嫡出子の歓迎度合

（単位：％）

望んでいた／成り行きに任せた、 そして喜んでいる	44
避妊に失敗した／望んでいなかった、 しかし喜んでいる	33
避妊に失敗した／望んでいなかった、 しかし甘受している	15
失敗／望んでいなかった、 なかなか対処できていない	8
n=	800

出典：Vaskovics/Rost/Rupp, Lebenslage nichtehelicher Kinder : Rechtstatsächliche Untersuchung zu Lebenslagen und Entwicklungsverläufen nichtehelicher Kinder, 1997, S.46.

子を妊娠したことに対して喜びを感じている母は、77%に達しており、全体的に多いといえる。逆に、妊娠前後を通じて否定的な感情を持ち続けている母は、8%であった。この点、調査報告書も、「母にとってまったく耐えられない状況を示すような望まない妊娠は、むしろ中絶に至るのであって、そのために、このようなケースは、非嫡出子についても、例外であると想定される」<sup>171</sup>と述べる。もっとも、本調査研究が、すでに非嫡出子を出産した母を対象としたアンケートという手法を採る以上、このような結果は当然であり、婚外で妊娠した女性はその妊娠を一般的に受け入れていると考えるのは正しくない。

また、回答者が若年である場合には、妊娠に対して否定的な感情が示される傾向が強まる<sup>172</sup>。すなわち、20歳未満の女性の3分の2、20歳以上25歳未満の

女性の41%は、非嫡出子の妊娠を「望んでいなかった (ungewollt)」。さらに、20歳未満の女性の5分の1、20歳以上25歳未満の女性の10人に1人が、妊娠を「時期がよくない (ungelegen)」と感じていた。

### 官庁監護

前述のように、1969年非嫡出子法によって、非嫡出子の母の配慮権については、特定の事務（父性の確認、扶養請求権の主張、父及び父方血族の死亡時の相続及び遺留分権に関する取り決め）に関して監護人が付され（1706条）、原則として子の出生と同時に少年局が子の監護人に就任した（1709条：官庁監護）。これに対して、後見裁判所は、母の申立てに基づいて、子の出生前に監護の不開始を命じることや、監護の廃止を命じることができるとされていた（1707条）。母の世帯形態別にみた、官庁監護の不開始及び廃止の申立てと、その許否の状況をまとめたのが表5である。

表5 官庁監護の廃止状況（母の世帯形態別）

（単位：％）

	単身	子の父と同居	別のパートナーと同居	親と同居／住居共同体	合計
申し立てていない	80	55	79	74	74
申し立てているが、未決	1	1	-	1	1
申し立てたが、成功しなかった	1	2	1	1	1
申し立てて、廃止された	6	21	5	6	9
その他	2	1	2	3	2
知らない	10	20	13	15	13
n=	452	144	112	101	809

出典：Vaskovics/Rost/Rupp, Lebenslage nichtehelicher Kinder : Rechtsstatsächliche Untersuchung zu Lebenslagen und Entwicklungsverläufen nichtehelicher Kinder, 1997, S.163.

官庁監護の廃止等を実際に実現したのは、わずか9%にとどまり、74%は、申立てをしておらず、さらに13%は、そもそも官庁監護の不開始や廃止につい

て知らないと回答していた。このことから、当時のドイツにおける非嫡出子の母の多数は、実際に官庁監護の廃止を積極的には意図していなかったといえる。

## (b) 父の状況

### 父の学歴／職業訓練歴

学歴が判明している父の38%は、基幹学校卒業が最終学歴であり、21%が中等教育を修了し、37%がアビトゥーア (Abitur) を取得していた<sup>173</sup>。この割合は、一母の場合と同様に20歳から35歳までの男性の学歴階層にほぼ相当する。すなわち、連邦統計局による1993年の統計によれば、男性の44%が基幹学校卒業、24%が実業学校及びそれに相当する学校の卒業、31%が専門大学及び大学入学資格を保有していた。また、非嫡出子の父母と子が同居している場合には、アビトゥーアを有する父の割合は、平均以上であった<sup>174</sup>。この点でも、非嫡出子の母の場合と同じ傾向をみることができる。

なお、本調査は、非嫡出子の配慮権者たる母へのアンケートの結果に基づいており、母の14%は、父の最終学歴を知らなかった<sup>175</sup>。このことは、一部のケースにおいて、父母の関係の密度が非常に低かったことを示しているといえよう。

大学または専門大学を卒業した父の割合は、5人に1人に達しており、1993年に連邦統計局が調査した20歳から35歳までの男性の割合(10%)よりも高く、さらに、非嫡出子及びその母と共同生活をしている父については、29%に達していた<sup>176</sup>。

### 母の妊娠に対する父の反応

母の視点からみて、母が非嫡出子を妊娠したことに対して父がどのような反応を示したのかについては、次のような結果になった<sup>177</sup>。「父は妊娠について何も知らなかった」: 2%、「子〔の妊娠〕は父に歓迎されなかった (unerwünscht)」: 35%、「子〔の妊娠〕は父にとって時期がよくなかったが、まったく歓迎していないわけではない」: 12%、「子〔の妊娠〕は父にとって予定されていなかったが、父はそれを甘受している」: 17%、「父は喜んでいた」: 34%。約3分の1の父は、母の妊娠を歓迎していなかった一方で、63%の父は、母の妊娠を歓迎していた／母の妊娠の事実を甘受していたことになる。

## 法的父子関係の確立

非嫡出子の法的父子関係は、父性承認 (Vaterschaftsanerkennung) または裁判所による父性確認 (gerichtliche Vaterschaftsfeststellung) によって確立する (1600a 条)。

ヴァスコヴィクス調査によれば、母へのインタビューの結果として、父から父性承認を受けた非嫡出子の割合は、84%であり<sup>178</sup>、そのうちの3分の1は子の出生前に、3分の2は子の出生後に父性が承認されていたことが明らかになる<sup>179</sup>。このことは、別の調査によっても裏書される。すなわち、シュヴェンツァー教授 (I. Schwenzler) が、1991年に少年局に対して行ったアンケートの平均値でも、80%から85%について、任意で父性承認が行われていたのである<sup>180</sup>。他方で、裁判所によって父性を確認された非嫡出子は、ヴァスコヴィクス調査において、14%であった<sup>181</sup>。父性承認と裁判所による父性確認をあわせると、実に98%もの非嫡出子について、父子関係が確立していたことになる。なお、田村教授によれば、1960年代初頭までの各種の調査結果から、戦前平均86.2%、戦後平均85.6%の割合で非嫡出子と父との法的父子関係が確立していたとされる<sup>182</sup>。非嫡出子の父子関係は、もともと高い割合について確立していたが、1990年代にはその傾向は増大し、ほぼすべての非嫡出子について父子関係が確立するに至っていたのである。

確かに、およそ80%台半ばの非嫡出子が父によって父性を承認されている事実からは、「父たちはますます子に対する関心を示している」ことが推論されるだろう<sup>183</sup>。他方で、父が父性承認を行った理由に注目すると、父性承認の「自発性 (Freiwilligkeit)」という点では、すべての父が自らの希望のみに基づいて父性を承認したわけではないことが明らかになる。

表 6 父が父性を表明した理由（母の世帯形態別）

（単位：％）

	単身	子の父と同居	別のパートナーと同居	親と同居／住居共同体	合計
父の希望	50	80	43	48	55
家族の圧力	1	1	3	-	1
裁判所による 確認手続の開始後	4	-	1	8	3
少年局による圧力	41	15	46	38	36
官庁監護を 廃止するため	1	1	-	1	1
その他	3	3	7	5	4
n=	366	135	74	76	651

出典：Vaskovics/Rost/Rupp, Lebenslage nichtehelicher Kinder : Rechtstatsächliche Untersuchung zu Lebenslagen und Entwicklungsverläufen nichtehelicher Kinder, 1997, S.162.

表 6 は、父が父性承認を行った理由について、母の世帯形態別にみたものである。ここでは、父の希望によって父性承認が行われたのが55%である一方で、36%については少年局の圧力が父性承認の理由として挙げられている。母の世帯形態に着目すると、父と同居している場合には、父の希望による父性承認の割合が増加するのに対して、単身の場合、あるいは、別のパートナーと同居している場合には、少年局の介入が重要な役割を果たしているといえる。

### 扶養料の支払

配慮権者たる母と実父との間で非嫡出子の扶養に関する取り決めを行ったか否かについては、86%について取り決めが行われており、その割合は高いといえる（表 7 参照）。その背景として、調査報告書は、「西ドイツでは、BGB1706 条 2 号にしたがって、少年局が官庁監護として扶養の債務名義（Unterhaltstitel）を勝ち取っている」ことを指摘する<sup>184</sup>。

表7 非嫡出子の扶養に関する取り決めの状況（母の世帯形態別）（単位：％）

	単身	子の父と同居	別のパート ナート同居	親と同居/ 住居共同体	合計
取り決めていない	4	33	10	8	11
まだ解決していない	3	1	2	6	3
取り決めた	93	66	88	86	86
n=	451	145	112	101	809

出典：Vaskovics/Rost/Rupp, Lebenslage nichtehelicher Kinder : Rechtsstatsächliche Untersuchung zu Lebenslagen und Entwicklungsverläufen nichtehelicher Kinder, 1997, S.153.

扶養の取り決めの状況について興味深いのは、母が子の父と同居している場合には、他の世帯形態と比較して、取り決めをしていない割合が高くなることである。このようなケースでは、当事者は、良好な関係の中で生活しているために、扶養の取り決めをする必要を感じず、逆に取り決めることが水臭いと感じることが背景にあると考えられる。

では、扶養の取り決めは、どのような方法で行われているのか。取り決めを行っている場合について、その方法を母の世帯形態別にみたのが表8である。

表8 非嫡出子の扶養に関する取り決め方法（母の世帯形態別）（単位：％）

	単身	子の父と同居	別のパート ナート同居	親と同居/ 住居共同体	合計
裁判外の公証されていない取り決め	7	23	3	5	8
少年局によって証明された扶養の債務名義	79	71	79	77	78
公証人によって証明された扶養の債務名義	2	-	1	-	1
裁判所の判決	12	5	16	18	13
裁判上の和解	-	1	1	-	1
n=	416	97	99	86	698

出典：Vaskovics/Rost/Rupp, Lebenslage nichtehelicher Kinder : Rechtsstatsächliche Untersuchung zu Lebenslagen und Entwicklungsverläufen nichtehelicher Kinder, 1997, S.154.

約5分の4の場合について、少年局の関与の下で父の扶養義務が証明されている。ここでもまた、少年局による官庁監護が一定の機能を果たしていることが窺われる。他方で、父母と子が共同生活を営んでいる場合には、その他の世帯形態と比較すると、公的機関（裁判所・少年局）の関与しない形での取り決めに増加する一方で、裁判所の関与によることは減少する。

さらに、取り決められた扶養料の支払がどれほど規則的に行われているのかを示したのが表9である。

表9 非嫡出子に対する扶養料の支払状況（母の世帯形態別）

（単位：％）

	単身	子の父と同居	別のパートナーと同居	親と同居／ 住居共同体	合計
規則的に支払われない	9	4	13	8	8
さまざま	8	4	9	2	7
規則的に支払われている	83	92	78	90	85
n=	308	81	67	58	514

出典：Vaskovics/Rost/Rupp, Lebenslage nichtehelicher Kinder : Rechtstatsächliche Untersuchung zu Lebenslagen und Entwicklungsverläufen nichtehelicher Kinder, 1997, S.158.

85%については、規則的な支払が行われていた一方で、8%では、規則的に支払われていないと回答された。

### 子との交流

1969年非嫡出子法によって導入され、後に1979年配慮法新規整法によって部分的に修正された1711条は、第1項1文において、非嫡出子とその父との交流を認めたが、交流の実施及び範囲の決定権限は、身上配慮権者一原則として、非嫡出子の母一に帰属するものとされた。他方で、父との交流が「子の福祉に適う」場合には、後見裁判所は、父に交流権限を付与する決定を下すことができた（1711条2項1文）。

この点、ヴァスコヴィクス調査によれば、実父と共同生活を営んでいない非嫡出子の47%が、実父との接触（Kontakt）を行っていた一方で<sup>185</sup>、父子間の接



触は、母が新しいパートナーと一緒に住んでいる場合や、配慮権者である母が出身家族のもとに住んでいる場合には、より稀薄になっていた<sup>186</sup>。

実父と非嫡出子との接触の頻度は、一様ではない<sup>187</sup>。実父と共同生活を営んでいない非嫡出子の5人に1人は、毎日または週に複数回、約4人に1人は、週に1～2回の頻度で、父と会っていた。子の15%は、2週間ごとに、13%は、1ヶ月に1回の頻度で、28%は、より少ない頻度で、父と接触していた。

1950年代の代表的な調査によれば、1952年に生まれた4歳の非嫡出子については、6%だけが父と「定期的または頻繁に」接触していたのに対して、87%は、父との接触をまったく持っていなかったと報告されていた<sup>188</sup>。このような過去の調査と比べると、実父と接触を持つ非嫡出子の数及び接触の頻度は、明らかに増加している。

しかし、先にみた父性承認や扶養料の取り決めの状況と比較すると、非嫡出子とその父との接触は、極めて低調である。実際に、配慮権者たる母と実父との間で子と父との接触について取り決めが存在するかという質問に対して、母の86%は、「いいえ」と回答していたのである<sup>189</sup>。その原因としては、父性承認や扶養請求権の行使が少年局の官庁監護としての任務であったのに対して、交流の取り決めは、官庁監護の任務に含められておらず、それゆえ少年局の積極的な介入・関与が交流に関しては行われなかったことがあると考えられる。

### (c) 子の世帯状況

最後に、母が単独配慮権者となっている非嫡出子が、調査の段階でどのような世帯状況にあったのかを確認しておこう（表10）。

表10 非嫡出子の世帯状況

	件数	百分率(%)
配慮権者及び子	373	46
+他の子どもたち	81	10
+実父	115	13
+実父・他の子ども（たち）	39	5
+実父以外のパートナー	39	5
+実父以外のパートナー・他の子ども（たち）	16	2
+実父以外の配偶者	16	2
+実父以外の配偶者・他の子ども（たち）	41	5
+出身家族（Herkunftsfamilie）の親族	61	7
+出身家族の親族・他の子ども（たち）	12	2
住居共同体において	28	3
n=	812	100

出典：Vaskovics/Rost/Rupp, Lebenslage nichtehelicher Kinder : Rechtstatsächliche Untersuchung zu Lebenslagen und Entwicklungsverläufen nichtehelicher Kinder, 1997, S.107.; BT-Drucks.13/4899, S.38.

子の世帯状況でもっとも多いのは、母と子（たち）からなるシングル世帯（Alleinerziehende）であり、全世帯の56%を占める。次に多いのは、実父母と子（たち）からなる準家族（Quasi-Familie）であり、18%である。実父以外の母のパートナーと子（たち）からなる世帯と、実父以外の母の配偶者と子（たち）からなる世帯（継家族（Stief-Familie））は、それぞれ7%であった。

#### (d) 小括

非嫡出子及びその父母の生活状況は多様であり、一つの像を描き出すことはできない。それでも、上で素描した経験的な調査の結果は、次の三点に要することができるだろう。

第一に、非嫡出子の母及び父の状況は、1950年代の調査によって観察されたそれと比べると、改善されてきたといえる。非嫡出子の母や父の学歴や職業訓練歴をみると、同年代の平均的なそれと比べても遜色ない。非嫡出子の父母が共同生活を営んでいる場合には、父母の学歴は高くなる傾向にある。母の就業

状況については、妊娠時に就業している割合が高く、妊娠後も就業を継続する者や育児休業を取得する者が多く、フルタイムからパートタイムへの就業形態の変更は、それほど生じない。妊娠の前後を通じて、失業している母の割合は全体としては少数にとどまっている。非嫡出子の妊娠については、調査された母の77%が喜びを感じており、父も63%は母の妊娠を受け入れていた。その一方で、特に若年の女性が非嫡出子を出産する場合には、母子は、依然として困難な状況に置かれていると考えられる。

第二に、多くのケースで父と非嫡出子との間に一定の法的関係が存在しており、ほとんどの非嫡出子は「法的な父なき子」ではないという事実である。法的父子関係は、98%の非嫡出子について、確立している。扶養料の取り決めについても、86%が取り決めており、取り決められた扶養料の支払も、85%において規則的になされている。他方で、父と子との接触は、約半数の親子でしか実施されていなかった。この時代の非嫡出子とその父との法的関係は、人的な交流の面よりも、経済的な面でのつながりの方が強いといえる。

第三に—第二の点とも関連するが—、少年局による官庁監護が一定の機能を果たしていることである。学説における官庁監護の評価は、非嫡出子の母のみにはほぼ強制的に付されることから差別的であると評されており、廃止論も強く主張されていた。もっとも、実態調査の結果として明らかになるのは、父性承認や扶養料の取り決めの場面では、官庁監護人としての少年局の機能に一定の意義が認められること、そして、多くの非嫡出子の母（87%）が官庁監護の廃止を求めていることである。

## ②非婚生活共同体の実態

非婚の共同生活自体は、どの時代にもみられる社会現象であるが、その発生原因や質的な内容には時代ごとに一定の傾向が確認される。第二次世界大戦後には、年金の受給権という経済的な理由によって婚姻を回避する「オンケル・エーエ（Onkel-Ehe）」<sup>190</sup>と呼ばれる男女関係が多くみられたが、1960年代以降になると、それまでとは異なる新しい形態の非婚生活共同体が広がり始める<sup>191</sup>。この1960年代以降に広がった新しい非婚共同生活の特徴として、本稿のテーマとの関連で特に注目されるのは、次の点である。

**(a) 非婚関係を選択する男女**

1983年に青少年・家族及び健康連邦大臣（Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit）の諮問を受けて報告された調査研究報告書<sup>192</sup>—以下、BMJFG報告書—は、非婚生活共同体という社会現象を多角的に分析する合同調査プロジェクトの結果である<sup>193</sup>。同報告書は、抽出国勢調査の二次評価の結果として、1972年から1982年までの10年の間に、非婚生活共同体の構成員の年齢階層が変化してきたことを明らかにする<sup>194</sup>。

**子のいない非婚生活共同体**

1972年に、子のいない非婚生活共同体で生活する男性の52%、女性の44%が56歳以上の年齢階層に属していたのに対して、1982年には、56歳以上の年齢階層は、男女ともに全体の16%を占めるにとどまる<sup>195</sup>。これに対して、1972年から1982年の10年間で増加したのは、全体に占める18歳から35歳までの年齢階層の割合である。18歳から35歳までの年齢階層は、1972年に非婚生活共同体で生活する男性の29%、女性の30%を占めていた一方で、1982年には、男性の66%、女性の71%を占めるに至ったのである<sup>196</sup>。全体としてみれば、かつてよりも若い世代において非婚生活共同体を選択する者の割合が増加していることが明らかになる<sup>197</sup>。

非婚生活共同体に占める未婚者（Ledigen）の割合もまた、増加傾向にある。パートナーの双方とも未婚者である割合は、1972年には30%であったのが、1982年には63%に上昇していた<sup>198</sup>。他方で、1972年には、パートナーの少なくとも一方が鰥寡（Verwitwung）であるカップルは、48%を占めていたが、1982年には、14%にまで減少していた<sup>199</sup>。

**子のいる非婚生活共同体**

子のいる非婚生活共同体で生活する男性の年齢階層は、1972年に、18歳から35歳：33%、36歳から55歳：38%、56歳以上：29%で分散していたのが、1982年には、18歳から35歳：41%、36歳から55歳：50%、56歳以上：9%に変化した<sup>200</sup>。56歳以上の男性の割合が著しく減少し、55歳以下の男性の割合が増加している。女性の年齢階層についても、1972年に、18歳から35歳：32%、36歳か

ら55歳：51%であったのが、1982年には、18歳から35歳：48%、36歳から55歳：46%に変化した<sup>201</sup>。非婚生活共同体で生活する男女が全体的に若年化している傾向は、子のいない非婚生活共同体と同じであるが、子のいる非婚生活共同体の年齢階層は、子のいない非婚生活共同体と比べると、比較的高いといえる。

1972年に、子のいる非婚生活共同体で生活する男性の53%、女性の36%は、離婚を経験した者または配偶者と別居中の者であり、女性の44%は、夫と死別した者であった<sup>202</sup>。1982年になると、離婚を経験した者または配偶者と別居中の者の割合は、男性：51%、女性：53%になり、夫と死別した女性の割合は、22%に減少した<sup>203</sup>。

## (b) 連れ子の多さ

統計数値からも明らかのように、非婚生活共同体のなかで最も多い形態は、子のいない男女だけの共同体である<sup>204</sup>。他方で、子のいる非婚生活共同体の数も増加傾向にある。もっとも、その子が非婚生活共同体のパートナーの間に生まれた子であるのか、それともパートナーの一方の連れ子であるのかまでは、統計数値からは判然としない。

BMJFG報告書によれば、非婚生活共同体のうち、現在のパートナーとの間に生まれた子がいるのは全体の約4%である一方で、5組に1組にはかつてのパートナーとの間に生まれた子がいると報告された<sup>205</sup>。パートナーが世帯を共通にするか否かによってこれをみれば、世帯を共通にするパートナーの場合(全体の66%)には、現在のパートナーとの間に生まれた子がいるのは5%であるのに対して<sup>206</sup>、4組に1組にはかつてのパートナーとの間に生まれた子があった<sup>207</sup>。さらに、世帯を共通にしないパートナーの場合(全体の34%)には、現在のパートナーとの間に生まれた子がいるのが1%であるのに対して、かつてのパートナーとの間に生まれた子がいるのは10%となる<sup>208</sup>。このことから、子のいる非婚生活共同体の多くには、そのパートナーの間に生まれた子ではなく、パートナーの少なくとも一方の連れ子がいることが明らかになる<sup>209</sup>。

さらに、前述のヴァスコヴィクス調査によれば、西ドイツ領域で調査された812ケースにおいて、非嫡出子の18%はその実父母と共同生活を営んでいた一方で、7%の子は母及び実父以外のパートナーと、そしてさらに7%の子は母

及び父以外の母の夫と共同生活を営んでいた<sup>210</sup>。この点、調査の手法や目的も、調査時期も異なる前述のBMJFG報告書と直接比較することはできないが、連れ子のいる非婚生活共同体に占める非嫡出子の割合は、相対的に少ないと推測することができる。

### (c) 試婚的な共同生活

1978年11月から12月にかけて、連邦人口研究所が18歳から28歳までの2,025人の女性を対象として実施したアンケート調査<sup>211</sup>によれば、回答した女性の約12%が「婚姻に類似した関係 (eheähnliche Verbindung)」において生活していた<sup>212</sup>。未婚の女性に限ると、回答者の約4分の1は、常に一人のパートナーと生活していたことになる<sup>213</sup>。さらに、本調査では、パートナーと共同生活を営む女性に対して、彼女たちの婚姻の意図についても質問が及ぶ<sup>214</sup>。ヴィンゲン教授 (M. Wingen) は、その結果を引用しながら、次のように分析する<sup>215</sup>：「回答者のうち、28%はパートナーと共同生活を営んで1年未満であった、43%は1年から3年まで、26%は3年以上であった。27%は、(女性の申告によれば) あと2年のうちに婚姻することを望んでいた；36%は、彼らの考えにしたがえば、結びつきが確固たるものであることを吟味するために、共同生活を営んでいた、これに対して、27%は、主として婚姻を意図してはいなかった。このことから、我々は、非婚生活共同体がかなりの頻度で『試婚 (Ehe auf Probe)』であり、身分吏の前で締結される婚姻がそれに引き続くことを推論することができるのである」。

つまり、非婚生活共同体で生活する若者にとって、非婚生活共同体は、「婚姻の代替手段 (Alternative zur Ehe)」ではなく、「試婚 (Probe-Ehe / Ehe auf Probe)」として位置づけられるものであり、彼らの多くが将来的には婚姻に至る意図を持って生活を営んでいると評価されるのである<sup>216</sup>。先にみたBMJFG報告書の言葉を借りるならば、「非婚生活共同体の大多数は、新しい形態の『婚約 (Verlöbnisses)』として理解されうる」と言い換えることもできる<sup>217</sup>。

そして、試婚的な非婚生活共同体を実際の婚姻に向かわせる最大の要因として指摘されるのが「子」の存在である<sup>218</sup>。BMJFG報告書によれば、非婚生活共同体のカップルが婚姻の前提条件として最も頻繁に挙げたのは、「自分たちが

子を欲したとき」あるいは「子ができたとき」、「自己あるいはパートナーの職業教育が終わったとき」、「自己あるいはパートナーが一定の職に就いたとき」であり<sup>219</sup>、「子ができた場合や、子を欲しいと思う場合に、人々は婚姻するのである」と結論づけられる<sup>220</sup>。

他方で、BMJFG報告書は、非婚生活共同体において生活する者の41%が少なくとも一人以上の子を望んでいたことを明らかにする<sup>221</sup>。現在の非婚生活共同体のパートナーと婚姻することを意図している女性の10人に8人は、子を望んでおり、それらの女性の55%にとっては、予期しない突然の妊娠であっても、「喜ばしい (erfreulich)」あるいは「それほど悪いものではない (nicht weiter schlimm)」とされる<sup>222</sup>。このことから、子の希望と婚姻の意図との間には相関関係があることが明らかになる。

#### (d) 小括

非婚生活共同体についても、ここで一つの実像を描くことは、不可能であり、また適切ではない。但し、次の特徴を挙げることができるだろう。当時の非婚生活共同体の大多数は、子を持たない男女から構成されていること。子がいる場合にもパートナーの一方の連れ子の占める割合が比較的高いこと。多くの若者にとって、非婚生活共同体は、婚姻の代替手段としての意味よりも、試婚的な意味を持つに過ぎないこと。そして、パートナーとの間に子ができた場合には、婚姻に移行する可能性が少なからずあること。これらのことを踏まえるならば、婚外出生数の増加は、非婚生活共同体の増加という要素のみから、単純には解明することはできないのである<sup>223</sup>。

### (3) 学説における評価

1969年非嫡出子法の立法者の想定していた非嫡出子及びその父母の生活状況をいま一度確認するならば、次のように要することができる<sup>224</sup>。

非嫡出子の父母は、たいていの場合に共同生活を営んでおらず、共同生活を営んでいる場合にもそれは単に一時的なものであること。非嫡出子の母は、経済的・精神的に困難な状況に置かれており、非嫡出子とともに、周囲の人々から一時として母自身の家族からも一拒絶されていること。非嫡出子の父は、基

本的に、子に対して関心を示さず、子を養育する用意も持たないこと。子を引き取ることに関心を示す父もごく少数存在するが、その行動の背景に父の利己的な動機があることを完全に払拭できないこと。1969年非嫡出子法の立法者は、このようなイメージに基づいて、非嫡出子に対する親権が父母に共同して帰属しないこと、及び母が父に優先して非嫡出子に対する親権を持つことを導出したのである。

立法者が抱いていた非嫡出子とその父母に対する上記のような否定的イメージについては、すでにみたように、比較的早い時期から批判されていたが、社会状況の変化とともに、立法者の想定に対する批判はさらに高まっていった。

例えば、シュヴェンツァー教授は、1987年に次のような批判を展開した<sup>225</sup>：「仮に、今日であってもなお大多数の非嫡出子の父たちが、その子に対して無関心な態度をとっているとしても、真に子に対する関心を有し、社会的な父としての役割を引き受ける用意があり、かつそれが可能な状態にあるような増加しつつある少数の非嫡出子の父たちは、いずれにせよもはや無視されることはできないのである。

また、1969年非嫡出子法の政府草案は、これまで非嫡出子とその父及び父方血族との血族関係を否定してきた1589条2項の廃止理由の一つとして、この規定が、「父子間の法的及び実際の結びつきを強化し、そして可能な限り父の責任感を呼び起こそうとする努力」と調和しないことを挙げていたが<sup>226</sup>、これに関連して、「このような目標設定（Zielvorstellung）は、単なる立法者の口先だけの信仰告白（Lippenbekenntnis）にとどまるべきではない！むしろ、……父母間に合意が存在する場合、及び双方一父及び母一がその教育義務を果たす場合には、身上配慮の領域における父の協力は、父への親の諸権利の移譲によって強化される」べきであるとの主張<sup>227</sup>もあった。

ところで、1969年非嫡出子法の立法者が想定した非嫡出子とその父母の実像は、まったく荒唐無稽なものであったのだろうか。この点、1950年代のドイツ連邦共和国では、非嫡出子及びその父母の社会実態に関する複数の調査研究が実施されていたが、その中でも特に注目されるのが、1956年から1957年にかけて連邦司法省の委託を受けて実施されたグロート調査<sup>228</sup>であった。グロート調査によって明らかにされた非嫡出子を取り巻く社会的境遇（端的にいえば、「母の養育困難」と「父の不在」）は、1960年代の学説<sup>229</sup>においても、1969年



非嫡出子法案の作成過程<sup>230</sup>においても参照され、一定の影響力を持っていた。

結局のところ、1969年非嫡出子法は、「1950年代及び1960年代の思考と意見」<sup>231</sup>によって基礎づけられていたものであり、それゆえに、1970年以降の一すいでに1960年代には静かに生じつつあった一非嫡出子の社会的境遇の変化に十分に対応することができず、1980年代に入ると、もはや当時の現実を反映したものでなくなっていた<sup>232</sup>。非嫡出子とその父母をめぐる社会状況の一統計的にも、経験的にも一顕著な変化を根拠として、学説の多数は、非婚の父母に共同配慮権を認めるべきであると主張し、その声は、非婚の父母が共同生活を営んでいるケースについては、ますます大きくなっていった<sup>233</sup>。

## 2 基本法上の問題

非婚の父母の共同配慮に関する基本法上の議論は、主として、1981年3月24日連邦憲法裁判所判決との関連で展開される。すでにみたように、1981年連邦憲法裁判所判決は、1705条が母のみに非嫡出子に対する配慮権を割り当て、非婚の父母による共同配慮権を認めていないことについて、1969年非嫡出子法の立法者の1705条に対する想定の正当性を認め、基本法に違反しないと結論づけた。もっとも、このような連邦憲法裁判所の憲法判断に対しては、学説からの強い批判が向けられる。さらに、学説上の議論は、1981年連邦憲法裁判所判決では論じられなかった憲法問題にも及ぶ。本節では、1981年連邦憲法裁判所判決後の議論を中心に、非婚の父母による共同配慮が基本法との関係でどのように論じられていたのかを確認する。

### (1) 婚姻及び家族の保護

「婚姻及び家族は、国家秩序の特別な保護を受ける」と規定する基本法6条1項<sup>234</sup>との関係において、非嫡出子に対する共同配慮権は、二つの異なる方向から論じられる。すなわち、一方には、非嫡出子に対する父母の共同配慮権を認めることは、基本法6条1項に反するために許されないのではないかという問題が、他方には、非嫡出子に対する共同配慮権が認められないことは、基本法6条1項に反するのではないかという問題がある。一つの条項について一見すると相反する二つの問題が並立的に論じられていたのが、本規定を

巡る議論の特徴である。以下、具体的にみてみよう。

非嫡出子の法的地位を改善することが婚姻及び伝統的な家族を脅かすという主張は、1969年非嫡出子法の登場前から繰り返し主張されており<sup>235</sup>、1969年非嫡出子法の立法者もまた、このような考えを共有していたと考えられる。というのも、1969年非嫡出子法の立法者は、改正法の目標を説明する中で、「非嫡出子の利益を促進するという任務は、婚姻及び家族の保護を定める基本法6条1項における限界に直面する。……本草案は、制度（Einrichtung）としての婚姻及び家族を保護し、とりわけコンクピナートを婚姻関係と等しく扱うことを回避する」<sup>236</sup>と述べていたのである。非婚の父母と婚姻している父母とを等しく扱うことは、婚姻の価値を低く評価するがゆえに、基本法6条1項に反し許されないという考え自体は、1980年代の学説においても存在し、基本法6条1項が非嫡出子の法的地位の改善の限界を画すものと捉えられていた<sup>237</sup>。

このような考えを前提とするならば、非婚の父母の共同配慮を認めることもまた、非婚生活共同体を高く評価する結果になるために、基本法6条1項に反すると帰結されることは、自然であるように思われる。これまでみてきたように、1922年民法改正草案においてハンプルクやバイエルンが主張した共同親権反対論<sup>238</sup>、1961年家族法変更法の制定直後にマスフェラー博士やゲッピンガー教授が述べた共同親権に対する否定的意見<sup>239</sup>は、まさにこのような考えの表れと評することができるだろう。非婚の父母の共同配慮が基本法6条1項に反するとする見解は、その後も一定の支持を集め続けていた<sup>240</sup>。

その一方で、基本法6条1項に基づく憲法上の保障が非婚家族についても認められるとする見解も、次第に高まりをみせつつあった<sup>241</sup>。もっとも、6条1項にいう「婚姻（Ehe）」は、法律上の婚姻を意味しており、「婚姻に類似する生活共同体（eheähnliche Lebensgemeinschaften）」がこれに含まれるとは考えられていなかった<sup>242</sup>。ここで問題となるのは、非婚の家族関係が基本法6条1項にいう「家族（Familie）」に含まれるのかである。

そもそも、連邦憲法裁判所は、基本法6条1項における「家族」を「父母と子からなる共同体」として理解し<sup>243</sup>、ここに「連れ子（Stiefkinder）」、「養子（Adoptivkinder）」、「里子（Pflegekinder）」とともに、「母との関係における

「非嫡出子」も含まれると解していた<sup>244</sup>。これに対して、非嫡出父子関係が基本法6条1項の「家族」として認められるのは、1977年6月8日連邦憲法裁判所決定<sup>245</sup>が、傍論的にはあるものの、非嫡出子とその父との間の法的血族関係を否定していた前述の1589条2項の廃止後には、「非嫡出子とその父との間の関係についても基本法6条1項が適用される」<sup>246</sup>と述べて以降である。1981年連邦憲法裁判所判決は、非嫡出父子関係に基本法6条1項の保護の適用があることに触れる一方で<sup>247</sup>、非嫡出子に対する母の単独配慮を定めた1705条と基本法6条1項との関係については、一憲法異議申立人の一人が問題にしていたにもかかわらずこれを正面から論じることはなかったが、この点の矛盾が指摘された<sup>248</sup>。

非嫡出子については、上述のように「母との関係」と「父との関係」が別個に基本法6条1項の意味における「家族」として理解され、保護の対象とされてきたが、それを超えて、非嫡出子とその父母からなる非婚の「完全な (voll)」家族<sup>249</sup>それ自体を、基本法6条1項の保護の対象となる「家族」と理解する考えも主張されていた<sup>250</sup>。

このように二つの異なる方向で展開された議論は、婚姻と比較した際の非婚の家族関係に対する考え方の相違を反映したものといえる。一方で強調されるのは、法制度的な支えを持たない非婚の男女関係の脆弱性である。換言すれば、非婚生活共同体は、婚姻を離婚によって解消する場合とは異なり、国家の関与なしに容易にその関係を解消できるとの指摘である<sup>251</sup>。1976年6月14日の婚姻法及び家族法改正のための第一法律 (Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1.EheRG), BGBl.1976 I S.1421.) (1977年7月1日施行) 以降のドイツ離婚法においては、法定の最低別居期間 (Mindesttrennungsdauer)<sup>252</sup> が定められ<sup>253</sup>、さらに苛酷条項 (Härteklause) <sup>254</sup> が置かれたのに対して、非婚生活共同体の解消の際には、これらの制約を受けることはないのである。

しかし、このような考え方に対しては、いま一つの立場—それは非嫡出子の「子の福祉」を強調する立場—から反論がなされる。苛酷条項については、そもそも、実務において稀にしか適用されないことが指摘される<sup>255</sup>。法定別居期間についても、夫婦関係が破綻しており、かつ、夫婦が別居している場合には、もはや婚姻を安定させる効果や、婚姻を延長させる効果を法定別居期間に

期待することはできないとされる<sup>256</sup>。また、非婚の家族の方が婚姻と比べて別れやすいという論拠については、それが統計学的に証明されているわけではなく、さらに離婚数の増加等の事実を顧慮すれば、このことは、むしろ婚姻している父母についても、少なからずあてはまるなどの反論がなされる<sup>257</sup>。逆に、子に嫡出身分を付与する目的で締結された婚姻は、経験上、離婚しやすい傾向にあり、それゆえ婚姻という制度を強化することにはならないことも指摘される<sup>258</sup>。

非嫡出子の「子の福祉」に比重を置くこの第二の立場からすれば、「子の福祉」が「婚姻の保護」に優位することとなり<sup>259</sup>、父母と子が非婚生活共同体で生活している場合には、父母の共同配慮を認めることこそが、「子の福祉」に適うと結論づけられるのである。

## （２）親の権利

非嫡出子に対する共同配慮と基本法に関する議論の中で最も重要となるのが、基本法 6 条 2 項 1 文に基づく「親の権利」、とりわけ非嫡出子の父の「親の権利」である。1981年連邦憲法裁判所判決の判断を前提とすれば、非嫡出子の父は、「親の権利」との関係で以下の 3 グループに分けることができる<sup>260</sup>。

第一は、子の成長に関心を抱かず、父子関係を構築しようとしなない父たちであり、彼らには、基本法 6 条 2 項 1 文に基づく親の権利は認められない。第二は、子に対する関心を有しており、子や母との共同生活を望んでいるが、母によってそれを拒絶されている父たちのグループである。このグループに属する父たちが基本法上の親の権利を有するか否かは、判例上は明らかではない。第三は、子及び母と共同生活を営んでおり、親の責任を引き受けることができる父たちであり、1981年連邦憲法裁判所判決によって、親の権利の担い手となることが認められた父たちのグループである。

他方で、1981年連邦憲法裁判所判決は、親の権利が認められる父（上記、第 3 グループ）についても、父の「法的な欠如（ein rechtliches Defizit）」が生じうることを認める<sup>261</sup>。さらに、父の法的欠如は、父母が婚姻という法的拘束力のある関係を選択しないことにも一致するとされる。この父母の判断に鑑みて、立法者が子の福祉に合致するような配慮法規整—ここでは、子を母に強く

割り当てる1705条1項一を行う場合に、立法者は、自らに与えられた形成権限の範囲内に留まるのである<sup>262</sup>。

このような連邦憲法裁判所の判断を支持する立場<sup>263</sup>があった一方で、クロフォラー教授は、次のような批判を展開した<sup>264</sup>：

「連邦憲法裁判所の叙述は、いくつもの弱点を露呈している。まず、〔子に〕関心のない非婚の父には基本法6条2項1文の親の権利が一般的に帰属しないとする基本法の解釈には、疑問の余地がある。その他すべての父母と同じように、すべての非婚の父たちに基本法6条2項1文の親の権利を与えつつ、しかし父が父子関係の構築に努めない場合には、その親の権利を子の福祉の背後に退かせることの方が、より適切であるように思われる」。

さらに、1982年11月3日連邦憲法裁判所判決<sup>265</sup>が、離婚後の共同配慮の可能性を開いた後には、同判決との関係でも非嫡出子に対する共同配慮の可否が論じられるようになる。1982年連邦憲法裁判所判決では、「立法者は、少なくとも、非婚の父母のために共同の親の配慮の可能性を開く規整を作る義務を憲法上負わない」と明言されたものの<sup>266</sup>、学説においては、非婚の父たちが、離婚後の父たちに比して、不利に扱われていることが問題視された。つまり、離婚後の父母には、共同配慮を行使する可能性があるのに対して、非婚の父母は、明らかに共同生活を営んでおり、子に対する配慮を共同して行使する用意がある場合であっても、非婚生活共同体の不安定さを理由として、共同配慮を拒絶されることに合理性があるのかという問題である<sup>267</sup>。この点、非婚家族の脆弱性の指摘に対しては、先にみたように反論もなされていた。

他方で、非婚の父母の関係が良好である場合には、父も子に対する配慮を事実上引き受けることが可能になるのであり、非婚の父母の共同配慮を認める必要性に乏しいのではないかとの疑問も生じる。さらに、非婚の父は、子の法的な問題に関与する必要があるれば、配慮権者にならなくても、母から代理権を付与されることによって、子を代理することが可能となり、子を世話することが可能になるとの指摘もあった<sup>268</sup>。これに対しては、そもそも父を配慮権から一般的に排除する理由としては十分ではなく、特に親の権利の観点から問題があると反論される<sup>269</sup>。また、代理権を利用した親の配慮権限の行使が、役所の実務において、円滑には進まないだろうとの指摘もあった<sup>270</sup>。

基本法6条2項の親の権利は、後述するように、その後の一連の連邦憲法裁判所の判断においても中心に置かれ、非嫡出子に対する配慮権の問題<sup>271</sup>を大きく動かしていく一つの原動力となる。1969年非嫡出子法では、もっぱら非嫡出子の法的地位の改善に焦点が当てられていたのに対して、1980年代以降は、子の地位だけでなく、父母の地位もまた議論の中心にすえられていくのである<sup>272</sup>。

### （3）平等原則

基本法3条1項（法の前の平等）及び同条2項（男女平等）は、非嫡出子の父の配慮権との関係で、すでに非嫡出子法の施行直後から問題とされていた。一方には、非嫡出子の父が通常は母及び子と別れて暮らしており、少なくとも永続的な結びつきを持たないという実際的理由から、配慮権が母だけに帰属することは、基本法3条2項には反しないという見解<sup>273</sup>があり、他方では、非嫡出子の父が、母とは異なり、子に対する決定権限を持たず、重要な人生の決定及び教育問題の際に意見を聞かれる可能性を有しないなど、子との関係で非常に広範な締め出しが必要であったのが、基本法3条1項及び2項に照らして再審査されるべきと主張されていた<sup>274</sup>。

さらに、1981年連邦憲法裁判所判決では、立法者が母子の自然的な結びつきから母の配慮権的な優位性を認めたことの正当性にに基づいて、1705条が基本法3条2項に違反しないと判断が下された。これに対して、子の利益の具体的考慮及び同権の観点から、基本法3条2項は、父母の一方に子を硬直的に割り当てることを禁じているとする主張もなされていた<sup>275</sup>。

基本法6条5項は、非嫡出子に対して、その肉体的・精神的発達について、並びに社会におけるその地位について、立法上「嫡出子と同様の諸条件」を与えることを要請する。すでにみたように、1969年非嫡出子法の立法者は、本条の要請を実現することを立法の目的とする一方で、同条の要請が嫡出子と非嫡出子の完全な平等ではないと理解していた。

連邦憲法裁判所もまた、基本法6条5項の「同様の諸条件」の意義を、その文言どおりに理解していたわけではない。連邦憲法裁判所の判例にしたがえば、「同様の諸条件」を与えるという立法者の任務は、より限定的に解釈されてい

たのである。この点について、リーディングケースとされる1958年10月23日連邦憲法裁判所決定は、次のように述べる<sup>276</sup>：

『同様の諸条件』を与えるという任務は、家族法においては、次のことを意味するに過ぎない、すなわち、非嫡出子の法的地位は、それが子の肉体的及び精神的発達について、並びに社会におけるその地位にとって重要である限りで、嫡出子の地位に可能な限り等価的に (möglichst gleichwertig) 形成されるべきであるという意味である』。

クロフォラー教授は、連邦憲法裁判所によるこのような基本法6条5項の解釈を指して、「平等 (Gleichheit) から等価値 (Gleichwertigkeit) への後退」と評した<sup>277</sup>。他方で、このような「等価的」取扱いは、価値判断の要素を含んでおり、そこには恣意性の危険も潜んでいる。このことを、ミュラー-フライエンフェルス教授は、次の簡潔な言葉で表現する<sup>278</sup>：

「……非嫡出子法は、主として、非嫡出子と嫡出子を家族法上『等価的に (gleichwertig)』扱うに過ぎない。……等価的な取扱いは、すべての子の型どおりの『平等化 (Gleichsetzung)』よりも多くのことを要求し、また、立法者による細分化を要求する。この等価的な取扱いは、単純で一括的な平等 (Gleichstellung) を明らかに回避する基本法6条5項によって、命じられている。……もともと、他方で、このような区別の可能性は、等『価値的な』取扱いの過程において、同権化 (Gleichberechtigung) が非嫡出子に対して損害を現実にも生じさせない場合に、同権化を非嫡出子に対して拒絶するための口実 (Deckmantel) として利用されてはならない」。

その上で、ミュラー-フライエンフェルス教授は、非嫡出子の親権について、次のような憲法上の問題を指摘していた<sup>279</sup>：

「婚姻に類似する関係について、婚姻の際のような親権の形成を個別的なケースにおいて実現することが絶対に不可能であることは、ドイツ法の特筆すべき特異性であり、その憲法適合性は、中心的な関係者であるところの子の視点からすれば、非常に疑わしいように思われる。とりわけ、『等価的な (gleichwertige)』取扱いは、ここでは明らかに、『同権的な (gleichberechtigten)』取扱いと区別させることはないのである」。

その後も、立法者によって基本法6条5項の要請が満たされていないことを理由として、非嫡出子法の改正の必要を説く声は依然として続くが<sup>280</sup>、非嫡出子と嫡出子との間の配慮法上の差異を埋めるには至らなかった。

※本稿は、JSPS科学研究費補助金 (課題番号：26885059) の助成に基づく研究成果の一部である。



- <sup>135</sup> このような分類については、J. Kropholler, a.a.O. (Fn.133), S.246ff.などを参照。
- <sup>136</sup> 日常用語では、共同住居の表札において当事者の名前を斜線によって区別することから「斜線婚(Schrägstrichehen)」とも呼ばれていた(M. Wingen, a.a.O. (Fn.132), S.332.)。
- <sup>137</sup> この点については、田村・前掲書(注6)255頁以下も参照。また、「コンクビナート」が「強い獣臭さ(haut gout)」を伴う表現であり、その女性構成員を表す「コンクビーネ(Konkubine)」に相当する男性名詞がないこと、「ヴィルデ・エーエ」という表現が冒険的で度を越しているという印象を与えることなどから、いずれの表現も1970年代末にはすでに「時代遅れである」と評されていた(I. v. Münch, Verfassungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: G. Landwehr (Hrsg.), Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1978, S.139.)。
- <sup>138</sup> de Witt/Huffmann, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 2., neu bearbeitete Aufl., 1986, 1. Teil I. Rd.8. (=S.2.)
- <sup>139</sup> M. Hinz, a.a.O. (Fn.38), S.239.
- <sup>140</sup> 旧東ドイツ及び東西統一後のドイツ連邦共和国における非嫡出子の出生状況については、後述する。
- <sup>141</sup> 前述のように、戦後の西ドイツにおける非嫡出子出生率は、1960年代半ばまでには、約5%台まで漸減していた。田村教授は、1969年までの変化の傾向を指して、「経済事情が何らかの理由により国民的規模において異常状態に陥ったとき、その国の非嫡出子出生率は上昇しやすい」と評価する(田村・前掲書(注6)8頁)。確かに、この評価は、1969年までの非嫡出子出生率の変化の一般的傾向としては正当であるが、1970年以降の変化は、明らかに経済的事情とは異なる要因によって上昇傾向に転じていると考えざるをえない。
- <sup>142</sup> 連邦統計局の統計では、1991年から1995年までの非婚生活共同体数は、ドイツ全土の数値だけが公表されており、旧東西ドイツの地域別の数値は明らかではない。東西ドイツ統一後のドイツ連邦共和国における非婚生活共同体数については、後述する。
- <sup>143</sup> 連邦統計局の統計数値は、あくまで抽出国勢調査の結果に基づく概数であり、正確な数字が確定できていない点で、注意して用いられなければならないとの指摘がある。Vgl. D. Schwab, Konkurs der Familie?—Familienrecht im Umbruch, 1994, S.12.
- <sup>144</sup> I. Schwenzer, a.a.O. (Fn.82), S.1204. (=in: dies, Familie und Recht: Ausgewählte Beiträge aus 25 Jahren, 2010, S.456.)
- <sup>145</sup> 例えば、D. Henrich, Reformfragen im bundesdeutschen Nichtehelichenrecht, in: Jayme/Furtak (Hrsg.), Der Weg zur deutschen Rechtseinheit, 1991, S.264.
- <sup>146</sup> 1980年代以降の非婚家族に関する社会調査の概観としては、R. Nave-Herz, Familie ohne legale Eheschließung—eine soziologische Betrachtung, in: Coester/Zubke (Hrsg.), Das nichteheliche Kind und seine Eltern—rechtliche und sozialwissenschaftliche Aspekte, 1991, S.1ff.が参考となる。
- <sup>147</sup> M. Wingen, a.a.O. (Fn.132), S.332.; de Witt/Huffmann, a.a.O. (Fn.138), 2. Teil 7. 6.



4 Rd.244. (=S.128.); I. Schwenzer, a.a.O. (Fn.1), S.156.; G. Knöpfel, Erforderliche Änderungen im Nichtehelehenrecht, ZRP 1990, S.237.

<sup>148</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, Lebenslage nichtehelicher Kinder : Rechtstatsächliche Untersuchung zu Lebenslagen und Entwicklungsverläufen nichtehelicher Kinder, 1997.

連邦司法大臣は、来るべき親子法改正の事前準備のために本調査を委託したとされ、後述する1997年親子法改正の政府草案策定時には、実際に、本報告書が参照されている (Vgl. BT-Drucks. 13/4899, S.38., 50.)。

<sup>149</sup> 本調査研究は、東西ドイツ統一後の1993年に実施された、1,500人の母に対する口頭アンケートと475人の父に対する書面アンケート、40人の配慮権者たる母に対する追加アンケートに基づく (Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.7.)。

<sup>150</sup> 統一後の旧東ドイツ諸州における非嫡出子の状況については、後述する。

<sup>151</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.264.

<sup>152</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.37f.

<sup>153</sup> 田村・前掲書 (注6) 26頁

<sup>154</sup> 田村・前掲書 (注6) 26-27頁

<sup>155</sup> I. Schwenzer, Empfiehlt es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?, Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Hannover 1992, Bd. I, Teil A, S.12.

<sup>156</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.109.

<sup>157</sup> 調査報告書では、「準家族 (Quasi-Familie)」と表現される。その分類については、Vgl. Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.107.

<sup>158</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.109.

<sup>159</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.109f.

<sup>160</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.38.

<sup>161</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.38.

<sup>162</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.39.

<sup>163</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.39f.

<sup>164</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.66.

<sup>165</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.71.

<sup>166</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.41.

<sup>167</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.62.

<sup>168</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.62.

<sup>169</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.42. 出身家族 (Herkunftsfamilie) において生活している女性の68%は、その父母との関係が「良好 (gut)」であった。

<sup>170</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.45. なお、調査報告書では、「成り行きに任せていた」は、通例、妊娠の知らせが喜ばしいものと受け止められたことを意味していると評される。

<sup>171</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.45.

<sup>172</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.46.

<sup>173</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.110.

<sup>174</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.110.

- <sup>175</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.111.
- <sup>176</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.111.
- <sup>177</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.265.
- <sup>178</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.160., 199.
- <sup>179</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.161.
- <sup>180</sup> I. Schwenzer, Empfiehlt es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?, Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Hannover 1992, Bd. I, Teil A, S.13.
- <sup>181</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.163., 199.
- <sup>182</sup> 田村・前掲書（注6）199頁
- <sup>183</sup> I. Schwenzer, Empfiehlt es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?, Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Hannover 1992, Bd. I, Teil A, S.12f.
- <sup>184</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.153. なお、田村・前掲書（注6）46頁によれば、「……1920年代に、児童局が非嫡出子の後見人として父への扶養請求権を行使するという制度が創設されて以来、義務を履行する父が激増した」とされる。1950年代及び60年代の調査においても、一調査によってかなりのばらつきがみられるが一父の64%から91.6%が扶養義務を果たしており、父の扶養義務の履行状況は悪くないことが指摘されていた（同書47頁）。
- <sup>185</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.133.
- <sup>186</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.134.
- <sup>187</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.134. なお、父子間の接触の頻度については、旧東ドイツ諸州を含めたドイツ全体の割合である。
- <sup>188</sup> 田村・前掲書（注6）242-243頁。なお、同じ調査で、1935年生まれの21歳の子については、3%が「定期的または頻繁に」父と交流していたのに対して、90%が父と一切の接触を持っていなかったとされる。
- <sup>189</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.136. 本調査では、交流の取り決めをしていた母は、91人に留まっており、裁判所の決定を通じて父の訪問権について取り決められたのは、わずか8件であった。
- <sup>190</sup> 「オンケル・エーエ」の詳細については、田村・前掲書（注6）276-279頁参照。1952年生まれの非嫡出子については、その父母がコンクピナートを営む事例のほぼ半数が、オンケル・エーエであったとされる（279頁）。
- <sup>191</sup> R. Nave-Herz, a.a.O. (Fn.146), S.6.
- <sup>192</sup> BMJFG, Nichteheleliche Lebensgemeinschaften in der Bundesrepublik Deutschland, Schriftenreihe des Bundesministers für Jugend, Familie und Gesundheit Bd. 170., 1985.  
 同報告書の概要については、野沢紀雅「西ドイツの非婚生活共同体をめぐる最近の議論について」法学新報97巻1・2号（1990年）343頁以下を参照。また、D. Henrich, Eherecht und soziale Wirklichkeit, in: Dieckmann/Frank/Hanisch/Simitis (Hrsg.), Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels, 1986, S.289-291.では、本報告書とヨーロッパ諸国の状況との比較を含めた非婚家族の状況が分析される。
- <sup>193</sup> 本報告書は、①非婚生活共同体において生活する約2,000人と1,000人の婚姻カップルを対象としたエムニド研究所（Emnid-Institut）の調査、②カップルの心理

学的調査、③学術的議論についての文献調査、④連邦人口研究所 (Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung) による官庁統計 (1972年から1982年までの抽出国勢調査) の二次評価からなる (BMJFG, a.a.O. (Fn.192), S.6.)。なお、本稿では、非嫡出子との関連を中心に本報告書に言及することとする。

<sup>194</sup> Vgl. auch, de Witt/Huffmann, a.a.O. (Fn.138), 1. Teil 2. 1. Rd.11. (=S.3f.); I. Schwenzer, a.a.O. (Fn.1), S.156f.

<sup>195</sup> BMJFG, a.a.O. (Fn.192), S.149f.

<sup>196</sup> BMJFG, a.a.O. (Fn.192), S.149f.

<sup>197</sup> 1984年に女性誌である「ブリギッテ(Brigitte)」が委託して実施したアンケート調査でも、婚姻を締結し、家族を形成し、伝統的な役割分業 (主婦/働く夫) において生活することを若者が拒絶していることが明らかにされる。ここでは、25歳以下の男性の40%、25歳未満の女性の35%が密接な結びつきをもちや求めないと回答したのに対して、55歳以上の男女では、同じ回答をした者は14%にとどまっていた (E. M. v. Münch, Ehe und eheähnliches Zusammenleben—ein geschichtlicher Rückblick, in: Limbach/Schwenzer (Hrsg.), Familie ohne Ehe, 1988, S.1f.)。

<sup>198</sup> BMJFG, a.a.O. (Fn.192), S.153.

<sup>199</sup> BMJFG, a.a.O. (Fn.192), S.153f.

<sup>200</sup> BMJFG, a.a.O. (Fn.192), S.165f.

<sup>201</sup> BMJFG, a.a.O. (Fn.192), S.165f.

<sup>202</sup> BMJFG, a.a.O. (Fn.192), S.166.

<sup>203</sup> BMJFG, a.a.O. (Fn.192), S.166.

<sup>204</sup> W. E. Fthenakis, Väter Bd.2 : Zur Vater-Kind-Beziehung in verschiedenen Familienstrukturen, 1985, S.13.

<sup>205</sup> BMJFG, a.a.O. (Fn.192), S.16.

<sup>206</sup> このことから、「子のいる非婚のパートナー関係は、ドイツ連邦共和国では、極めて稀である」との指摘もある (R. Nave-Herz, a.a.O. (Fn.146), S.7.)。

<sup>207</sup> BMJFG, a.a.O. (Fn.192), S.12.

<sup>208</sup> BMJFG, a.a.O. (Fn.192), S.12f.

<sup>209</sup> 但し、この点について疑問を呈する見解もある。シュヴェンツァー教授は、1983年に連邦人口研究所によって算出されたデータそれによれば1983年にパートナーと共同生活を営む18歳から28歳の女性の13.5%には子が1人あり、さらに、4.1%には2人以上子がいるとされる—を引合いに出しながら、「信頼できるデータは依然として存在しない」と述べる (I. Schwenzer, a.a.O. (Fn.1), S.158f.)。

<sup>210</sup> Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.107.具体的な数値については、本稿18-19頁を参照。

<sup>211</sup> Höhn/Mammey/Schwarz, Die demographische Lage in der Bundesrepublik Deutschland, Zeitschrift für Bevölkerungswissenschaft, 6. Jgg., Heft 2, 1980, S.141ff. Vgl. auch, de Witt/Huffmann, a.a.O. (Fn.138), 1. Teil 2. 1. Rd.10. (=S.2f.)

- なお、本アンケート調査は、ハンブルク、フランクフルト、ディットマルシェン郡及びフルダ郡という地域的に限定された、2,025人という少数の未婚女性に対するアンケートに基づいており、本調査がドイツ連邦共和国を「代表する(repräsentativ)」ものではないことが強調されている（S.217.）。
- <sup>212</sup> Höhn/Mammey/Schwarz, a.a.O. (Fn.211), S.217. 本アンケート調査の対象となった地域別にみると次のような結果になった、ハンブルク：17%、フランクフルト：12%、ディットマルシェン郡：13%、フルダ郡：6%。
- <sup>213</sup> Höhn/Mammey/Schwarz, a.a.O. (Fn.211), S.217. 地域別には、ハンブルク：33.7%、フランクフルト：23.6%、ディットマルシェン郡：25.9%、フルダ郡：11.6%となった。ここでは、都市の規模が大きくなるにつれて、パートナーのいる女性の割合が増える傾向を読み取ることができる。
- <sup>214</sup> Höhn/Mammey/Schwarz, a.a.O. (Fn.211), S.217. Vgl. auch, de Witt/Huffmann, a.a.O. (Fn.138), I. Teil 2. 1. Rd.10. (=S.2f.)
- <sup>215</sup> M.Wingen, a.a.O.(Fn.132), S.334.
- <sup>216</sup> Höhn/Mammey/Schwarz, a.a.O. (Fn.211), S.217.; H.-W. Strätz, Rechtsfragen des Konkubinats im Überblick, FamRZ 1980, S.302.; W. E. Fthenakis, a.a.O. (Fn.204), S.15.; I. Schwenzer, a.a.O. (Fn.1), S. 162.
- <sup>217</sup> BMJFG, a.a.O. (Fn.192), S.8.
- <sup>218</sup> ヴィンゲン教授は、「非婚生活共同体は、パートナーが子をもうける決心をした場合には、たいてい婚姻に移行する」と述べる。さらに、スウェーデンの調査でも、後に婚姻締結をする理由としてもっとも頻りに挙げられたのは、子の福祉を慮ってという理由であった（男性：38%、女性：54%）とされる（M. Wingen, Nichteheleche Lebensgemeinschaften—Formen • Motive • Folgen, 1984, S.43.）。
- また、別の経験的調査の結果においても、後に子が生まれた際に、ほとんどのカップルが婚姻を締結することが指摘される（Meyer/Schulze, Absage an die Ehe—Frauen suchen neue Beziehungsformen: Empirische Ergebnisse über die Heiratsneigung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, in: Limbach/Schwenzer (Hrsg.), Familie ohne Ehe, 1988, S.18.）。
- <sup>219</sup> BMJFG, a.a.O. (Fn.192), S.14f.
- <sup>220</sup> BMJFG, a.a.O. (Fn.192), S.8.,15.
- <sup>221</sup> BMJFG, a.a.O. (Fn.192), S.16.
- <sup>222</sup> BMJFG, a.a.O. (Fn.192), S.16.
- <sup>223</sup> W. E. Fthenakis, a.a.O. (Fn.204), S.13.
- <sup>224</sup> 詳細については、本稿II 2（1）参照。
- <sup>225</sup> I. Schwenzer, a.a.O. (Fn.1), S. 263.
- <sup>226</sup> BT-Drucks. V/2370, S.24.; Jansen/Knöpfel, a.a.O. (Fn.90), S.98. 詳細については、本稿II 1参照。
- <sup>227</sup> V. Huvalè, Wünschenswerte Korrekturen im Nichtehelechenrecht, ZblJugR 1980, S.565.
- <sup>228</sup> S. Groth, Kinder ohne Familie : Das Schicksal des unehelichen Kindes in unserer Gesellschaft, 1961. 本調査を含む1950年代の各種調査の概要については、田村・

前掲書（注6）3-6頁の注3参照。グロート調査では、1,556人の非嫡出子の境遇調査の結果が分析されている。

<sup>229</sup> 例えば、ホルストマン博士（M. Horstmann）は、婚姻に類似した関係が大抵は長続きしないというグロート調査の結果に言及しながら、「男女間の永続的な関係は、制度を介してのみ保持できる」との考えを展開する（M. Horstmann, a.a.O. (Fn.129), S.89.）。

<sup>230</sup> 田村・前掲書（注6）123頁

<sup>231</sup> V. Huvalè, a.a.O. (Fn.227), S.563.

<sup>232</sup> Zenz/Salgo, a.a.O. (Fn.80), S.61.; J. Kropholler, a.a.O. (Fn.133), S.246f.; de Witt/Huffmann, a.a.O. (Fn.138), 2. Teil 7. 6. 4 Rd.245. (=S.129.); I.Schwenzer, a.a.O. (Fn.1), S.262.

<sup>233</sup> V. Huvalè, a.a.O. (Fn.227), S.565.; H.-W. Strätz, a.a.O. (Fn.216), S.437.; de Witt/Huffmann, a.a.O. (Fn.138), 2. Teil 7. 6. 4 Rd.242. (=S.127.)

<sup>234</sup> そもそも、婚姻及び家族に憲法上の地位を与えること自体が、保守主義的な由来を持つものとされる。Vgl. D. Schwab, a.a.O. (Fn.32), S.895.

<sup>235</sup> Vgl. J. Kropholler, a.a.O. (Fn.133), S.251f.

<sup>236</sup> BT-Drucks. V/2370, S.21. 草案は、さらに続けて、「……父の婚姻及び家族に配慮して、父の婚姻を危険にさらしたり、父の嫡出子の地位を低下させるような規整を可能な限り回避するよう努める」と宣言していた。傍点はいずれも筆者による。

<sup>237</sup> Soergel/Roth-Stielow, BGB Bd.6, 11., Aufl., 1981, § 1705 Rd.4. (=S.1338.)

<sup>238</sup> 本稿 I 2 (2) 参照

<sup>239</sup> 本稿 I 3 参照

<sup>240</sup> M. Grasnack, a.a.O. (Fn.28), S.1199. ; Jansen/Knöpfel, a.a.O. (Fn.90), S.291.; M. Horstmann, a.a.O. (Fn.129), S.87ff.; Soergel/Roth-Stielow, a.a.O. (Fn.237), § 1705 Rd.4. (=S.1339.); H. Holzhauser, a.a.O. (Fn.85), S.114.

ところで、1969年非嫡出子法の立法者は、この点についてどのように考えていたのだろうか。政府草案の理由書において、非嫡出子に対する共同親権と基本法6条1項との関係については、直接明言されていない。

もっとも、1969年非嫡出子法の立法者は、親権問題について、基本法6条1項との関係をまったく顧慮していなかったわけではない。例えば、嫡出宣告の効果に関する1738条1項の立法理由において、「母が嫡出宣告の後も単独親権を保持する可能性は、予定されない。……もしそのような規整を許すならば、その父母が非婚で共同生活を営んでいる子たちの嫡出宣告が促されるだろう；コンクピナートの優遇は、婚姻及び家族の保護と相容れないのである」（BT-Drucks. V/2370, S.75.）と説明されていた。また、1969年非嫡出子法の立法担当者の解説では、グラスニック博士の主張を引用する形で、「……我々が、コンクピナートのケースにおいて、父母の非婚関係を強固にするために、父に親権を移譲する場合には、これは、基本法6条1項（婚姻及び家族の保護）に違反するだろう。」と述べていた（Jansen/Knöpfel, a.a.O. (Fn.90), S.291.）。これら

のことから、1969年非嫡出子法による当時の親権規定の改正に際しても、基本法6条1項との関係性が意識されていたことが窺われるのである。

この点、非嫡出子の共同親権を否定するための論拠としては、すでにみたように、非嫡出子の父母が共同生活を（あるいは一時的にしか）営んでいないという立法者の想定こそが決定的であり、あえて基本法6条1項を持ち出すまでもなかったのではないだろうか。

<sup>241</sup> J. Kropholler, a.a.O. (Fn.133), S.252.; I.Schwenzer, a.a.O. (Fn.1), S.264f.

インゴ・フォン・ミュンヒ教授 (I. v. Münch) は、子のいる非婚生活共同体が基本法6条1項の意味における「家族」に含まれることを認める一方で、非婚生活共同体の婚姻との完全な平等化 (völlige Gleichbehandlung) は憲法によって禁止されていると主張する。その理由として挙げられるのは、完全な同権化によって、非婚生活共同体がまさに婚姻共同体になるために、婚姻をしないとする非婚生活共同体のパートナーの選択に矛盾することである。他方で、弱者の保護という観点からは、非婚生活共同体の子が問題になるが、同教授は、このような子の法的地位は、その諸権利の強化という意味で、基本法6条5項において明確に規定されていることを指摘する (I. v. Münch, a.a.O. (Fn.137), S.150f.)。

これに対して、子のいない男女のカップルからなる非婚生活共同体については、基本法6条1項の保護を受けることはできないが、基本法2条1項によって一般的行為自由の保護を主張することはできるとの指摘がある (I. Schwenzer, a.a.O. (Fn.82), S.1207. (=in: dies, Familie und Recht: Ausgewählte Beiträge aus 25 Jahren, 2010, S.468.))。

<sup>242</sup> I. v. Münch (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 2., neubearbeitete Aufl., 1981, §6 Rn. 3a (=S.315.) [E. M. v. Münch]

さらに、いわゆる「憲法の変遷 (Verfassungswandel)」の視点によっても、非婚生活共同体を基本法6条1項の意味における「婚姻」とみなすことはできないとの指摘もあった (I. v. Münch, a.a.O. (Fn.137), S.140.)。

<sup>243</sup> 憲法起草者は、ここでいう「家族」を「婚姻に基づく男女の生活共同体」と理解していたとされる。これに対して、非婚の母たちは、基本法6条4項 (母の保護) によって、「完全な家族 (der vollständigen Familie)」と同様の保護を受けるものとされた。Vgl. H. Seibert, Verfassung und Kindschaftsrecht—Neue Entwicklungen und offene Fragen, FamRZ 1995, S.1459.

<sup>244</sup> BVerfGE 18, 105f.=NJW 1964, S.1563.

<sup>245</sup> BVerfGE 45, 104.=FamRZ 1977, S.611.

<sup>246</sup> BVerfGE 45, 123. 傍点は筆者による。

<sup>247</sup> BVerfGE 56, 382.

<sup>248</sup> Vgl. Staudinger/Göppinger, a.a.O. (Fn.75), Vorbem zu §§ 1705ff Rd.29(=S.10.)

<sup>249</sup> 「完全な家族 (vollständige Familie)」と「完全ではない家族 (unvollständige Familie)」という区別は、学説や裁判例において当時しばしばみられる区別であったが (Vgl. W. Müller-Freienfels, a.a.O. (Fn.75), S.88.; I. Schwenzer, a.a.O. (Fn.82), S.1202. ( = in: dies, Familie und Recht: Ausgewählte Beiträge aus 25 Jahren, 2010, S.450.) ; T. Bartels,

Die vollständigen und unvollständigen Familien im Kindschaftsrecht, 1986)、このような区別は、適切な規整を考える上では乱暴な区別であるとの指摘もあった (J. Kropholler, a.a.O. (Fn.133), S.257.)。

<sup>250</sup> I. v. Münch (Hrsg.), a.a.O. (Fn.242), § 6 Rn. 3a(=S.315.) [E. M. v. Münch] ; I.Schwenzer, a.a.O. (Fn.1), S.264f.

シュヴェンツァー教授は、より具体的に次のように述べる：

「……母と非嫡出子も、父と非嫡出子も、それぞれ別個に、基本法 6 条 1 項の意味における家族とみなされることが認められている。非婚の『完全』家族 (《Voll》familie) に対して、非婚の『部分』家族 (《Teil》familie) に認められていることを拒み、それと同時に、母・父・子の共同体を基本法の意味における一つの家族としてではなく、二つの部分家族として評価することは、グロテスクな印象を与える。法以前の家族概念 (vor-rechtlichen Familienbegriff) を歪曲するつもりでないのであれば、恐らく非婚家族それ自体を基本法 6 条 1 項の保護の下に置かざるをえないだろう」 (I. Schwenzer, a.a.O. (Fn.82), S.1207. (=in: dies, Familie und Recht: Ausgewählte Beiträge aus 25 Jahren, 2010, S.468.))。

<sup>251</sup> I.Schwenzer, a.a.O. (Fn.1), S.265f.; de Witt/Huffmann, a.a.O. (Fn.138), 2. Teil 7. 6. 3 Rd.239. (=S.125.); W. Heyde, Verfassungsrechtliche Aspekte der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, in: Limbach/Schwenzer (Hrsg.), Familie ohne Ehe, 1988, S.21.; G. Knöpfel, a.a.O. (Fn.147), S.237f.

<sup>252</sup> 離婚原因は、「婚姻が破綻したこと (gescheitert ist)」に唯一求められ (1565 条 1 項 1 文)、夫婦双方が離婚について合意している場合には、1 年以上の別居によって (1566 条 1 項)、夫婦の一方が離婚に合意していない場合にも、3 年以上の別居によって (1566 条 2 項)、それぞれ「婚姻が破綻したこと」を推定するとされた。

<sup>253</sup> むしろ、離婚前の法定別居期間が定められているために、この期間中に再婚することは法的に不可能となり、その結果、非婚生活共同体が「(新しい) 婚姻の一時的な代替手段 (vorläufiger Ersatz der (neuen) Ehe)」として用いられることが指摘されていた (H.-W. Strätz, a.a.O. (Fn.216), S.302.)。

<sup>254</sup> 1568 条 1 項では、婚姻が破綻している場合であっても、「婚姻の継続が、婚姻から生まれた未成年子のために、特別な諸理由から例外的に必要とされる場合」、あるいは、「離婚が、離婚を拒む相手方にとって、特別な事情のために極めて重大な苛酷を意味している場合」には、離婚が認められないことを定め、同条 2 項では、夫婦が 5 年以上別居している場合に上記苛酷条項を適用しないことを定めていた。

<sup>255</sup> I.Schwenzer, a.a.O. (Fn.1), S.266f.; de Witt/Huffmann, a.a.O. (Fn.138), 2. Teil 7. 6. 4 Rd.242. (=S.127.)

<sup>256</sup> de Witt/Huffmann, a.a.O. (Fn.138), 2. Teil 7. 6. 4 Rd.242. (=S.127.)

<sup>257</sup> I.Schwenzer, a.a.O. (Fn.1), S.266. また、P. Finger, Nichteeliche Väter und ihre Kinder —materiell-rechtliche Situation, ZfJ 1987, S.452.では、「非婚の結合は婚姻より別れることに免疫力がないことはない」とされる。



- <sup>258</sup> J. Kropholler, a.a.O. (Fn.133), S.252.
- <sup>259</sup> さらに、婚姻の保護という他の目的を達成するために、非嫡出子の生活条件を利用することは、非嫡出子の人間の尊厳（基本法1条1項）に一致しないとも述べられる（J. Kropholler, a.a.O. (Fn.133), S.253.）。
- <sup>260</sup> J. Kropholler, a.a.O. (Fn.133), S.269.; H. Seibert, a.a.O. (Fn.243), S.1459.
- <sup>261</sup> BVerfGE 56, 385.
- <sup>262</sup> このことは、結局のところ、親の権利が認められる非嫡出子の父が、嫡出子の父とは異なり、自らに認められた親の権利を貫徹する可能性を実際には有しないことを意味し、「連邦憲法裁判所は、婚姻の保護を親の権利の保護に優先させている」とも評される（I. v. Münch (Hrsg.), a.a.O. (Fn.242), § 6 Rn. 21a (=S.328.) [E. M. v. Münch]）。
- <sup>263</sup> H. Holzhauser, a.a.O. (Fn.85), S.114.
- <sup>264</sup> J. Kropholler, a.a.O. (Fn.133), S.270.
- <sup>265</sup> BVerfGE 61, 358. 連邦憲法裁判所は、離婚後の親の配慮が父母の一方のみに帰属することを定めていた1671条4項1文について、基本法6条2項1文の親の権利を侵害するとして違憲判決を下した。本判決の詳細については、神谷・前掲（注65）69頁以下参照。
- <sup>266</sup> BVerfGE 61, 375.
- <sup>267</sup> E. M. v. Münch, Für eine gesetzliche Regelung rechtlicher Fragen nichtehelicher Lebensgemeinschaften, ZRP 1988, S.329.
- <sup>268</sup> このような議論は、離婚後の共同配慮に反対する理由としても挙げられていたが、前述の1982年連邦憲法裁判所判決は、これによって離婚後の父母に共同配慮を認めないことが憲法上正当化されないとした（BVerfGE 61, 379.）。この点については、神谷・前掲（注65）78頁も参照。
- <sup>269</sup> de Witt/Huffmann, a.a.O. (Fn.138), 2. Teil 7. 6. 1 Rd.236. (=S.122.)
- <sup>270</sup> I. Schwenzer, a.a.O. (Fn.82), S.1202. (=in: dies, Familie und Recht: Ausgewählte Beiträge aus 25 Jahren, 2010, S.451.)
- <sup>271</sup> なお、非嫡出子の母の親の権利について、ここで補足しておきたい。すでに述べたように、非嫡出子の母が基本法6条2項1文の親の権利の担い手になることは、従前より認められてきたが、このこととの関係で、非嫡出子の母の配慮権について強制的に付帯していた官庁監護は、母の親の権利を侵害するのではないかとこの声も次第に増えていた（J. Kropholler, a.a.O. (Fn.133), S.277f.; T. Bartels, a.a.O. (Fn.249), S.349.; H. Oberloskamp, Staatliche Rechtsfürsorge, Sorge- und Umgangsrecht beim nichtehelichen Kind, ZfJ 1989, S.119ff.）。他方、ホルツハウアー教授（H. Holzhauser）は、「1706条の監護は、多くの母が取引に熟達していないことによる、あるいは、子と父との間での母の利益葛藤による危険から子を保護するのであり、そのために、子のために母の親の権利を制限することは、基本法6条2項2文に基づいて正当化される」と述べ、母の親権の制限を正当化していた（H. Holzhauser, a.a.O. (Fn.85), S.114.）。
- <sup>272</sup> Zenz/Salgo, a.a.O. (Fn.80), S.45.



---

<sup>273</sup> F. Odersky, a.a.O. (Fn.83), § 1705 Anm. III (=S.325f.)

<sup>274</sup> H. Lange, a.a.O. (Fn.101), S.298.

<sup>275</sup> Zenz/Salgo, a.a.O. (Fn.80), S.63ff. Vgl. auch, J. Gernhuber, a.a.O. (Fn.129), § 5 V 6. (=S.52.)

<sup>276</sup> BVerfGE 8, 215. 傍点は筆者による。なお、同様の解釈をとるものとして、1969年1月29日連邦憲法裁判所決定 (BVerfGE 25, 183.) がある。

<sup>277</sup> J. Kropholler, a.a.O. (Fn.133), S.247.

<sup>278</sup> W. Müller-Freienfels, a.a.O. (Fn.75), S.86. 傍点は筆者による。

<sup>279</sup> W. Müller-Freienfels, a.a.O. (Fn.75), S.107.

<sup>280</sup> D. Henrich, a.a.O. (Fn.145), S.263.