

ドイツ婚外子共同配慮法の形成過程（１）
— 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 I
— Die Rechtsentwicklung in den Jahren 1969 bis 1997 —

阿 部 純 一

はしがき

I 前史

- 1 1896年民法の立場
- 2 ヴァイマル期の民法改正論
 - (1) ヴァイマル憲法の制定
 - (2) 1922年草案
 - (3) 1925年・1929年政府草案
- 3 第二次世界大戦後の展開

II 1969年非嫡出子法の登場

- 1 改正法の内容
 - (1) 原則的な親権者としての母
 - (2) 父による親権の取得
- 2 1969年非嫡出子法の立法思想
 - (1) 非嫡出子とその父母に対するイメージ
 - (2) 親権の基本構造を支える立法思想
- 3 1969年非嫡出子法の評価

III 1981年3月24日連邦憲法裁判所判決

- 1 事実関係
- 2 連邦憲法裁判所の判断
- 3 判決に対する評価

(以上本号)

はしがき

婚姻制度を採用する社会において、非婚の家族関係が社会に生起することは必然である。本稿の対象とするドイツ連邦共和国を含む、西ヨーロッパ諸国の中には、特定の時代において、一方では非婚の男女関係に対して一法の枠外に置く以上の一拒絶的・制裁的態度をもって臨み¹、他方では婚外で生まれた子を法的に冷遇することを試みたが、それでもなお非婚の家族関係の発生を完全に封じることはできず、次第にその部分的な許容へと転じてきたものがある。後述するようにドイツにおいては、1919年にヴァイマル憲法が嫡出子と非嫡出子の平等を謳ったが、直ちにその理念の実現には至らなかった。転換点となったのは、1960年代以降に現れた、従来の変化とは一線を画すような著しい家族関係の変化²、とりわけ「非婚生活共同体 (nichteheliche Lebensgemeinschaft)」と呼ばれる非婚の男女関係の急速な広がりや婚外出生割合の増加であった。これらの社会変化を受けて、1960年代から70年代にかけて、婚外関係の受容が徐々に実現する。具体的には、非婚の男女関係に対する刑事的制裁の廃止、民事上の良俗違反的評価の緩和³、そして1969年に行われた非嫡出子法の改正がそれである⁴。1969年の非嫡出子法改革は、1900年に施行されたドイツ民法典の非嫡出子法規定を大規模に改正したが、それは『非嫡出』という概念を放擲するほどには徹底したものではなかった。さらなる改革は、1997年の親子法改正が非嫡出子と嫡出子の概念的な区別を原則的に撤廃したことによって、実現される。ヴァイマル憲法が定めた嫡出子と非嫡出子の平等化という任務を果たすために、ドイツの立法者がおよそ80年もの年月を要したという事実は、社会に必然的に生起する非婚の家族関係や、婚外出生子を法的に受容することがいかに峻険な道のりであったのかを物語っている⁵。

他方で、父母の子に対する養育責任のあり方も、20世紀を通じて変化し続けてきた。ここで注目されるのは、法的レベルにおける父母の個別的養育責任から共同養育責任への変化、特に親権法においては、父母の一方の単独親権から父母双方の共同親権への変化である。ドイツ民法において、共同親権という新しい法現象は、第二次世界大戦後にまず婚姻している父母について生じた。もっとも、父母双方がその子の養育に対する責任を共同して負うべきであるという理念が強調されるにつれ、それは父母が婚姻関係にあるか否か及び婚姻関係に

あったか否かにかかわらず追求されるべき理念として認識されるようになる。

ドイツにおける婚外子に対する共同親権は、まさに「非嫡出子と嫡出子の平等化」と「父母の子に対する共同養育責任」の交差上に位置する問題である。1900年に施行されたドイツ民法典における非嫡出子法規定は、前述のように1969年に大規模な改革を経験するが、非嫡出子に対する親権を父母が共同行使する可能性を認めていなかった⁶。非嫡出子に対する養育権限は、母または父のいずれか一方に排他的に帰属したのである。もともと、1980年代に入ると、非嫡出子に対する父母の共同親権導入に向けての議論が次第に現れ、それは、1990年代前半までには最高潮に達していた。実務上は、1991年5月7日連邦憲法裁判所決定が、父母と子が共同生活を営んでおり、かつ、父母が共同親権の行使を望んでいるという条件の下で、非婚の父母による共同親権の行使を承認する。さらに、1997年親子法改正によって配慮表明（Sorgeerklärung）制度が新たに導入されるに至り、非婚の父母に対して共同親権行使の可能性が立法上も開かれた⁷。

これに対して、現行日本法においては、共同親権の行使が父母婚姻中に限定されていることから（民法818条3項）、非婚の父母が非嫡出子に対する親権を共同して行使することは予定されていない。その一方で、わが国において、婚姻中でない父母にも共同親権が認められるべきであるとの主張は、主として父母の離婚後の共同親権を巡って展開され⁸、比較法的研究についても、離婚後の親権法制を中心として積み重ねられてきた印象を受ける⁹。当然のことながら、これらの研究は、単に離婚後の共同親権法制の導入だけを主張していたわけではなく、その前提として、親権概念それ自体に対する根本的な再考をも迫るものであり、今後もその意義は変わらない。しかしながら、このような離婚後の親権法制に関する議論と比べると、婚姻外で生まれた子に対する共同親権に関する議論が、わが国では、諸外国におけるほどには活発に展開されてこなかった憾みがある¹⁰。

もちろん、戦後の日本における婚外出生数や全出生子数に占めるその割合が諸外国とは比べものにならないほどに低く推移してきたという社会状況¹¹や、非嫡出子の親権問題が現実の事件として我々の眼前に立ち現れにくいために¹²、実際にそれほど強い関心を惹き起こす問題ではなかったことなどは、その

前提として考慮されなければならない事実である。その限りでは、非嫡出子について単独親権モデルを採用する現行法の立場に対してこれまでそれほど大きな疑問を差し挟む余地がなかったのももつともであるだろう。

しかしながら、少なくとも戦後のわが国についていえば、非嫡出子を取り巻く社会的・法的状況が全く変化しなかったとみることはできず、むしろ、一定の傾向をもった変化を示していると考えられる。例えば、毎年的人口動態統計を基に算出した、戦後の日本における全出生数に占める非嫡出子出生数の割合は、戦後直後の1947年の3.79%から一貫して減少し、1978年の0.77%を境に増加傾向に転じ、2014年には2.28%まで増加している¹³。また、1966年度以降の毎年度の法務年鑑によれば、認知届出件数は、1966年度の21,228件からほぼ減少の傾向を示し、1987年度の10,436件を境に増加傾向に転じ、2014年度には14,940件となっている¹⁴。これらの統計的な数値からは、1970年代後半以降の非嫡出子を取り巻く社会状況にそれまでとは異なる一定の変化が生じていることを窺い知ることができる¹⁵。また、戸籍の続柄記載¹⁶、国籍取得¹⁷、嫡出子と非嫡出子との間の相続分の差異¹⁸は、いずれも司法判断を受けて制度改正に至るなど、近年の非嫡出子を取り巻く法的状況も、急速に変化しつつある。さらに、近時、再び高まりつつある家族法改正の議論¹⁹においては、非嫡出子の親権法制のあり方も検討対象の一つとされている。そこでの問題は、共同親権を導入すべきか否か、そして導入する場合には、どのような法制を採用するかである。

以上のような認識を前提として、本稿では、ドイツにおいて婚外子に対する共同親権の導入に向けていかなる議論が展開されてきたのかを中心に、婚外子親権法制の歴史的形成過程を分析する。前述のように、ドイツにおける婚外子の共同親権法制の形成については、1980年代以降の展開が特に重要であることから、1969年非嫡出子法成立から1997年親子法改正法の登場に至るまでの展開が本稿における分析の中心となる。なお、本稿においてドイツ法を比較の対象とし、その歴史的展開を分析することには、次のような意義があると考えられる。

第一に、非嫡出子に対する親権法制についてわが国の民法が現在とっている態度と1997年親子法改正までのドイツ民法がとっていた態度が、その基本的構造において類似している点である。現行日本民法においても、1997年法改正ま

でのドイツ民法においても、非婚の父母は、その子に対する親権を共同して行使する可能性を持たず、親権は、母又は父のいずれか一方にのみ単独で帰属するのである。このように比較研究対象国の法制が過去においてわが国の法制と一定の類似性を示していたことは、現行日本法の問題点を明らかにする際に、また、具体的な比較を通じてわが国における解釈論や改正論を検討する際に、有用な示唆を得ることが期待できる。

第二は、対象期のドイツ法の分析からは、過去だけでなく、まさに現在のドイツ法を理解する上でも欠くことのできない知見を得ることができていることである。1997年親子法改正によって導入された配慮表明制度は、現行のドイツ法においても非婚の父母が共同親権を手にするための重要な手段の一つとして位置づけられている。この制度の特徴は、父母の合意によって共同親権を基礎づけることにあり、1997年親子法改正法の登場までの議論の中で『父母の合意』に基礎を置いた制度設計をドイツ法が最終的に選択した理由を探ることは、単に歴史研究であることを超えて、現在のドイツ法の基本的考え方それ自体を理解することにもつながるのである。

第三は、ドイツ法における議論が、他のヨーロッパ諸国の法制の影響を受けながら形成されてきたことである。ドイツ民法は、前述のように、1997年の法改正によって婚外子に対する父母の共同親権行使を認めたが、これは他のヨーロッパ諸国における法改正の時期と比べると比較的遅いものであった。それゆえ、法改正に至るまでのドイツにおける議論は、すでに先行的に婚外子に対する共同親権法制を採用していた周辺諸国（北欧諸国、フランス、イタリア、オーストリアなど）における議論の影響を受けつつ展開されていた。この意味において、ドイツ法を検討することが単にドイツだけの問題にとどまらず、ひいては同時代のヨーロッパ諸国における婚外子親権法システムの利点と問題を意識的に明らかにすることにもつながるのである。

このようにドイツ法の来し方を検討することは、日本法の行く末を考える際に重要な示唆を含むものといえる。もちろん、それは、ドイツ法の辿った道を日本法も辿るべきであるという意味においてはではない。それは、本稿におけるドイツ法の歴史分析から、婚外子の共同親権法制を考察する際に欠くことのできない諸要素を明らかにすることができるという意味においてである。

最後に、本稿における用語法について整理しておこう。婚姻外で生まれた子を示す言葉は複数存在するが、特に非嫡出子法の歴史的な展開を対象とする本稿では、各法制が嫡出性と非嫡出性との区別を持つか否かに応じて、「非嫡出子」「婚外子」という用語を意識的に使い分けることとする。ドイツ法においては、1997年親子法改正によって「嫡出子」と「非嫡出子」との概念的区別は原則的に廃止されたことに鑑み、1997年親子法改正法までのドイツ法については「非嫡出子」の語を、1997年親子法改正法以降の時代のドイツ法については「婚外子」の語を用いることとする。また、ドイツ民法典は、その制定時には「親権 (elterliche Gewalt)」の語を採用していたが、「親権」は、1979年配慮法新規整法によって「親の配慮 (elterliche Sorge)」という用語に置き換えられて現在に至る。そこで、本稿における用語法も、1979年法改正までの時代においては「親権」を、1979年法改正以降の時代については「親の配慮」あるいは「配慮権 (Sorgerecht)」の言葉を用いることとする。なお、かつてのドイツ民主共和国における法状況について言及する際には — 上記時代区分にかかわらず —、「非嫡出子」ではなく「婚外子」を、「親権」ではなく「教育権 (Erziehungsrecht)」の用語をそれぞれ採用することとした。

I 前史

1969年の非嫡出子の法的地位に関する法律制定以降のドイツ法の展開をみる前に、まずはそれまでのドイツ法の立場の変遷を簡単に確認しておく必要があるだろう。そこで本章では、1896年民法、1920年代の一連の民法改正法案、第二次世界大戦後の展開の順に、それぞれの立法及び改正法案がとっていた立場がどのようなものであったのかを含めて、1969年非嫡出子法登場前夜までの非嫡出子に対する親権の議論動向を概観する²⁰。

1 1896年民法の立場

1896年8月18日のドイツ民法典 (Bürgerliches Gesetzbuch, RGBl. 1896 S.195.) (1900年1月1日施行) — BGB — は、非嫡出母子関係については、1705条で「非嫡出子は、母及びその血族との関係においては嫡出子としての法的地位を有する」と規定し、非嫡出子が母の家族に帰属することを認めた一方で、その親権

関係については、「非嫡出子に対する親権は母に帰属しない」（1707条1文）と規定し、非嫡出子の母の親権を明確に否定した。さらに、1707条は、「母は子の身上について監護する権利と義務を有するが、子の代表に関する権利は母には帰属しない」（1707条2文）、「子の後見人は、母に監護権が帰属する範囲で、保佐人の法的地位を有する」（1707条3文）と規定した。要するに、1896年民法は、非嫡出子に対する母の親権について、母には身上監護に関する権利・義務のみを認め、その他の法定代理や財産管理に関する権利は子の後見人に委ねるという立場をとったのである（母の親権についての後見主義²¹）。

但し、母が子に対する完全な身上監護権（身上監護の事務に関する法定代理権）や財産管理権を手に入れる可能性が、まったくなかったわけではない。学説上は、母が自己の非嫡出子の後見人（個別後見人：Einzelvormund）に選任された場合（1779条）には、後見人としての法的権限が、母が自己の非嫡出子を養子にした場合（1741条、1757条、1626条）には、子に対する親権が、それぞれ母に帰属することが指摘されていた²²。

これに対して、1896年民法が非嫡出父子関係について採用した立場は、非嫡出母子関係のそれとは対照的であった。1896年民法の立法者は、1589条2項において、「非嫡出子とその父は血族とはみなされない」と規定した。つまり、立法者は、一種のフィクション²³を用いることによって、非嫡出子とその父及び父方血族との法的血族関係それ自体を否定したのである²⁴。非嫡出父子間の法的血族関係が否定された結果として、1896年民法は、非嫡出子の父の親権に関する規定だけではなく、その相続権に関する規定をも持たなかった。非嫡出子とその父との法的関係に関する規定は、非嫡出子に対する父の扶養に関する諸規定（1708条乃至1718条）に限定された²⁵。結局のところ、非嫡出子とその父との関係は、父が非嫡出子に対して「母及び母の血族に先だって扶養の義務を負う」（1709条1項）だけの「すぐれて債務法的に形成された、支払いの父子関係（Zahlvaterschaft）」²⁶にとどまっていたのである。

もっとも、この時代においても、非嫡出子の父が親権者となる道があった。非嫡出子の父は、非嫡出子の母との婚姻によって、自己の非嫡出子を嫡出であると宣告することによって（1726条—嫡出宣告（Ehelicherklärung）²⁷—）、あるいは自己の非嫡出子との養子縁組によって、子を自己の嫡出子とするとも

に親権を取得することができる」とされていた。さらに、親権以外の法的権限の取得という点では、父が非嫡出子の後見人となった場合や父が非嫡出子を里子（Pflegekind）として自己の家族に受け入れる場合に、父は、子に対する「制限的な諸権利（eingeschränkte Rechte）」を手に入れることができるとの指摘もあった²⁸。

1896年民法の非嫡出子に対する態度を要すれば、非嫡出子を母及び母方血族に強く割り当てつつ、母の親権を否定する一方で、非嫡出子と父との法的関係は、非嫡出子から嫡出子への身分変動が行われる場合に限り、これを認めるものであったといえる。当然のことながら、非嫡出子に対する父母の共同親権が問題となる余地は、ここにはなかった。

2 ヴァイマル期の民法改正論

(1) ヴァイマル憲法の制定

1896年民法が定めた非嫡出子法の立場は、後述する1969年非嫡出子法の登場まで約70年にわたり、—一部の修正を除けば—基本的に維持されることになる。もっとも、この間に非嫡出子法の改革に向けての議論がなかったわけではない。むしろ、1920年代を中心として、具体的な非嫡出子法の改正草案が次々と起草される²⁹。その背景には、1919年8月11日に制定されたヴァイマル憲法（Die Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Reichsverfassung), RGBl. 1919 S.1383.）（1919年8月14日施行）³⁰が家族条項を定めたこと、特に非嫡出子法については、ヴァイマル憲法121条が「非嫡出子には、立法によって、その肉体的、精神的及び社会的発達について、嫡出子と同様の諸条件が与えられなくてはならない」と規定したことがある。

本稿においてヴァイマル憲法の家族条項の成立史³¹を継述する余裕はないが、ヴァイマル憲法の家族条項それ自体が、その審議過程における家族保守主義勢力と社会民主主義勢力との相克の間に生まれた「妥協」の産物であったことには³²、留意すべきであろう。ヴァイマル憲法の定めた家族条項の多くは、第二次世界大戦後にいくつかの文言の変更を受けつつも、基本的に戦後のドイツにおける憲法である基本法³³に承継されることになる。ヴァイマル憲法121条もまた、ほぼそのままの文言で戦後の基本法6条5項に受け継がれて現在に

至る。ヴァイマル憲法121条が規定した「立法を通じて非嫡出子に対して嫡出子と同様の条件を付与すべき」とする憲法上の要請こそが、それ以降の非嫡出子法改革論の機縁となったのであり、その後のドイツ非嫡出子法改正の最大の目標として設定されることになる。この意味において、改革の胎動は、まさにヴァイマル期に始まったといえるのである。

ヴァイマル憲法制定後の非嫡出子法改革は、1920年4月30日のライヒ給与法（Reichsbesoldungsgesetz, RGBl. 1920 S.805.）及び1920年5月20日のライヒ援護法（Reichsversorgungsgesetz, RGBl. 1920 S.989.）において、非嫡出子に対しても嫡出子と同一の手当てや遺族年金を保障することに始まり³⁴、ついで1922年7月9日のライヒ児童福祉法（Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt, RGBl. 1922 I S.633.）によって、非嫡出子の出生と同時に少年局（Jugendamt）が子の後見人となる官庁後見（Amtsvormund）が導入されるに至る³⁵。これら社会立法における改革に続いて、民法における規定の改革も、次第に議論されるようになる。

（2）1922年草案

ヴァイマル憲法制定直後の1920年からすでに民法における非嫡出子法の改正に向けての議論自体は行われていたが³⁶、最初の具体的な民法改正案となったのは、1922年7月29日に当時のライヒ司法大臣ラートブルッフ（G. Radbruch）の名で各州に送付された「非嫡出子及び養子縁組に関する法律草案（Entwurf eines Gesetzes über die unehelichen Kinder und die Aufnahme an Kindesstatt）」— 1922年草案³⁷ —であった³⁸。同草案は、一定の条件の下ではあるが、非嫡出子が父との関係においても嫡出子としての地位を有することを可能にすることを提案し（草案1705条）、さらに非嫡出子の親権に関する諸規定についても、いくつかの重要な変更を提案していた³⁹。

1922年草案における親権法に関する改正提案でまず注目されるのは、母には原則として親権は帰属せず、身上監護に関する権限だけが帰属し、子が後見に付されるという従来の基本構造を維持しつつも（草案1707条1文）、母への親権の付与が「特別な理由から子のために必要である」と認められる場合に、後見裁判所は、非嫡出子の母の申立てに基づいて、母に対して親権を付与することができる点である（草案1707a条）。一方で、1922年草案は、父に対

しても、非嫡出子に対する監護権限又は親権取得の道を開こうとしていた。草案1707b条2文では、「後見裁判所は、それが特別な理由から子のために必要であると思われる場合には、父の申立てに基づいて、子の身上に関する監護あるいは親権を父に付与することができる」と規定された⁴⁰。後見裁判所の判断によって母又は父に親権を移譲しようとする1922年草案の立場はまた、前年の1921年9月にバンベルク（Bamberg）で開催された第32回ドイツ法曹大会（32. Deutscher Juristentag）—テーマ：「家族法及び相続法における非嫡出子及びその母の地位（Die Stellung des unehelichen Kindes und seiner Mutter auf dem Gebiete des Familien- und Erbrechts）」—の大会決議⁴¹とも一致していた。

1922年草案が母及び父への親権付与の可能性を認めようとしたことは、確かにそれ自体、ドイツ非嫡出子法史における画期であったといえるだろう。もっとも、本稿のテーマに関連してそれ以上に注目されるのは、1922年草案においては、非嫡出子の父母の共同監護権の可能性のみならず、共同親権の可能性までもが予定されていたことである。このことは、草案1707c条の次のような文言からも明らかであった：

草案1707c条 父に対して母と並んで子の身上に関する監護が付与されている、あるいは、双方に対して子に関する親権が付与されている場合には、意見の相違の際に誰の意見が優先されるものとするのが、同時に決定されなければならない；そのようなケースにおいて後見裁判所自体が決定に関わることを定めることもできる。—一方に監護が帰属し、他方に親権が帰属する場合には、意見の相違の際に親権者の意見が優先する。—双方が権利（Gewalt）を行使している場合には、双方は、子の代理について共同してのみ権限を有する。意見の相違の際に父母の一方の意見が優先するものとされている場合には、当該父母の一方に代理権が単独で帰属する。

1922年草案は、非婚の父母に共同の監護権あるいは共同親権を移譲することを直接的な表現でこそ定めなかったが、草案1707c条では、父母への共同権限の付与を前提として、子の養育について両者の意見が対立した際の優劣関係について規定が置かれたのである。

もっとも、1896年民法の定めた親権の基本構造を根本的に変更することを提案していた1922年草案は、いくつかの州によって論難されることになる。非嫡出子の父に身上監護あるいは親権を付与する提案に対しては、さらなる要件

（「父の家庭に受け入れられていること」「父の妻の同意」）の付加を要求する州や、嫡出宣告や養子縁組によって十分対応することが可能であることを理由として、明確に反対する州があった⁴²。父母双方に対して親権を移譲することについても、プロイセン、バーデン、ハンブルクが反対を表明した⁴³。

ハンブルクのネルデケ（Nöldeke）は、1922年9月30日付の報告書の中で次のように述べる：

「〔草案〕1707c条について、ハンブルクによって述べられた、子の身上に関する監護を父と母に共同移譲することに対する懸念は、プロイセン及びバーデンによっても共有されている。というのも、それ〔=監護を父母に共同移譲すること〕によって、コンクビナート（Konkubinat）が法律上承認されることになるのである」⁴⁴。

さらに、バイエルン代表のゲルバー（Gerber）も、1922年10月16日の報告書において次のように述べていた：

「母及び父の諸権利の拡張（母の親権；父の監護権及び親権）に対しては、その他多くの地域（ブラウンシュヴァイク、アンハルト及びバーデン）から、懸念が表明されている。ところが、ライヒ司法省は、このような非嫡出子（das außereheliche Kind）のための改革の危険性を十分に理解することができないようである。草案にしたがえば可能となる、父母双方への親権の同時移譲は、リューベックによって、まさにヴィルデ・エーエ（wilden Ehe）の承認であると呼ばれた。その他の地域によって、父の親権は、少なくとも父が子を自らの家族共同体（Familiengemeinschaft）に受け入れた場合にのみ、許容されることが、提案された」⁴⁵。

これらの反対意見に共通するのは、非婚の父母による共同監護や共同親権を法的に承認することが、結果として「コンクビナート（Konkubinat）」や「ヴィルデ・エーエ（wilde Ehe）」と当時呼ばれていた男女の非婚共同生活関係を法的に承認することにつながるという懸念である。1922年草案は、結果として立法にまで至ることはなかったが、非嫡出子の母及び父の親権を定めただけでなく、父母の共同親権の可能性をも予定していた点で、まさに「実務における柔軟な取り扱い」⁴⁶を可能にしうる幻の草案であった。

（3）1925年・1929年政府草案

非嫡出子法の改革に向けて、ライヒ政府は、1925年5月22日に「非嫡出子及び養子縁組に関する法律草案（Entwurf eines Gesetzes über die unehelichen Kinder

und die Annahme an Kindes Statt)」— 1925年政府草案⁴⁷ — を、1929年1月11日に同名の法律草案— 1929年政府草案⁴⁸ — を公表した。両政府草案は、前述の1922年草案の立場を一部引き継ぐ一方で、諸州の意見を踏まえていくつかの規定について大きな変更を加えた。

両草案は、母には非嫡出子に対する身上監護の権利義務が帰属する一方で、子のために後見人が選任されることを原則としつつ（1925年・1929年政府草案1707条）、後見裁判所がその申立てに基づいて成年に達した母に親権を付与することができることを定めていた（1925年政府草案1707b条1文、1929年政府草案1707b条1項1文）。また、父と非嫡出子との関係について、後見裁判所は、特別な理由からそれが子の利益になる場合に、父の申立てに基づいて、成年に達した父に親権を付与すること（1925年政府草案1707b条1文、1929年政府草案1707b条1項1文）、及び父に子の身上監護を付与すること（1925年政府草案1707a条2文、1929年政府草案1707a条）ができることとされた。

これらは、1922年草案における規定と基本的に同じであるが、1925年・1929年政府草案では、1922年草案とは異なり、非嫡出子の父母が共同親権を有することは、もはや認められなかった。この点、1929年政府草案1707b条2項は、「親権は、父及び母に同時に付与することができない」と宣言する⁴⁹。当時のライヒ司法省参事官であり、1922年草案以降の一連の非嫡出子法改正に関する政府草案の策定に関与してきたブランディス博士（E. Brandis）は、「法的及び实际的な困難を回避するために、絶対に必要である」と述べ、本規定を置く意義を積極的に評価していた⁵⁰。

これに対して、両草案は、父が母とともに身上監護を有すること、及び父母の一方が身上監護を有し、他方が親権を有することを認めていた。身上監護が共同帰属している父母間で意見が相違する際には、後見裁判所が決定するものとされ（1925年政府草案1707e条1項、1929年政府草案1707d条1項）、身上監護と親権が分属している父母間で意見が相違する際には、親権者の意見が優位するものとされた（1925年政府草案1707e条2項1文、1929年政府草案1707d条2項1文）。

1925年政府草案及び1929年政府草案では、非婚の父母の共同親権の道は閉ざされたものの、父母が子に対する養育に共同関与する可能性は、なお追求され

ていたのである。もっとも、これら一連の改革案が実現することはなかった。

3 第二次世界大戦後の展開

戦後の非嫡出子法の改革作業は、少なくとも立法レベルにおいて、前述のヴァイマル期ほどの性急さをもって進行しなかった。連邦憲法裁判所は、1958年10月23日の決定⁵¹によって、基本法6条5項の立法任務に於けるよう立法者に対して警句を發したが、これとても、即座に立法者を法改正に急き立てるものではなかった⁵²。その一因となったのが、第二次世界大戦後の非嫡出子出生率の変化である。第二次世界大戦後の西ドイツに限ってみても、1946年に16.6%であった非嫡出子出生率は、年々漸減し、1960年代半ばには約5%前後で推移していた⁵³。このことから、非嫡出子法の改正は、必ずしも急を要する課題とは立法者に認識されていなかったのである⁵⁴。

第二次世界大戦後、最初に親権法の改革が問題となったのは、婚姻中の父母の親権であった⁵⁵。そもそも、1896年民法の親権規定が「主たる権限」を有する者（Inhaber der „Hauptgewalt“）として想定していたのは、「父」であり（1627条以下）、「母」の権限は、身上監護に限定された「副次的権限」にとどまっていた（1634条1項、1631条）⁵⁶。母が完全な親権者となるのは、父が死亡した場合のように極めて限定的な場合だけであった（1684条）。もっとも、これらの性別を理由とする不平等な親権規定は、第二次世界大戦後に成立した基本法117条によって、基本法3条2項（男女同権）に反する法律規定が1953年3月31日の終了をもって失効するものとされたために、同年4月1日以降、その効力を失うことになった。さらに、1957年6月18日の男女同権法（Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts（Gleichberechtigungsgesetz）, BGBl. 1957 I S.609.）（1958年7月1日施行）によって、婚姻中の父母の平等な共同親権は、立法上も実現されることになった。

一方、同時代における非嫡出子の親権に関して注目されるのは、母の親権に関する改正であった。すなわち、1961年8月11日の家族法規定の統一及び変更のための法律（Gesetz zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften（Familienrechtsänderungsgesetz）, BGBl. 1961 I S.1221.）（1962年1月1日施行）— 家族法変更法 — によって、「後見裁判所は、申立てに基づき子に

対する親権を成年の母に移譲することができる。裁判所は、個別的な事務あるいは一定の範囲の事務を移譲から除外することができる。」という規定が1707条2項として追加されたのである。前述のように、1896年民法は、1707条1項において、母が非嫡出子に対する親権を有しないものと規定していた。本改正によって、一非嫡出子の母に親権が帰属しないことを原則としつつも一非嫡出子の母の親権行使の可能性が例外的にはあるが開かれたのである（後見・親権主義）。

1961年家族法変更法の制定以降、1969年非嫡出子法の登場までの約10年間は、「非嫡出子法沿革史上、もっとも生彩に富んだ、もっとも多産的な時期であった」⁵⁷と評されるほど活発な議論が展開された。非嫡出子の親権に関する議論もその例外ではなかったものの、当時の議論の中心は、母への原則的な親権付与の可否、嫡出宣告や養子縁組によることのない父への親権付与の可否であった。非婚の父母の共同監護や親権と監護権の分属に関する議論、さらには1922年草案が予定していた、非婚の父母の共同親権に関する議論は、ヴァイマル期ほどには活発ではなかったが、この時代にも一部みることができる。しかし、この時代の議論は、ヴァイマル期とは異なり、非婚の父母に対して共同親権を認めることに概して否定的であった。例えば、連邦司法省参事官であったマスフェラー博士（F. Massfeller）⁵⁸は、非婚の父母の共同親権に対して、次のような否定的な意見を述べていた：

「後見裁判所が、父母双方に監護権が帰属するという効果を伴って、父に親権を移譲することができるかという問題については、単に1925年及び1929年のライヒ政府草案がこのような可能性を排除していなかったという理由からのみ、触れておく。提案は、当時すでに抵抗にあっていた。今日では、このような提案は、およそ否定されている。家族共同体（Familiengemeinschaft）において生活していない父母について、父及び母の同時的な親権〔を認めること〕は、おそらく子の幸せにならないだろう。このことは、もちろん状況が異なるのは明らかであるが、BGB1671条及び1672条⁵⁹に内在している基本的考えでもある。しかし、父母が、婚姻していないにもかかわらず、共同生活を営んでいる場合には、一定の範囲で、婚姻に類似する関係は、婚姻と等価値のものとみなされるかもしれない。もっとも、このことは、基本法に反することになる」⁶⁰。

ゲッピンガー教授（H. Göppinger）もまた、家族法変更法による改正後の嫡

出宣告（1734条）における「十分に根拠のある理由（triftige Gründe）」の判断との関連で傍論的にはあるが、「コンクビナートで生活しているあるいは同じ建物に居住している非嫡出子の父母が、BGB1626条、1627条に基づく父母〔＝嫡出子の父母〕のように、親権及び監護権を共同行使することができるのであれば、それは基本法6条1項に対する違反であり、かつ受け入れることのできない結果であるだろう」と述べていた⁶¹。さらに、後見裁判所の決定に基づいて父への親権の付与を認める当時の立法論的な議論においても、父の親権は、母と「並んで（neben）」ではなく、母に「代わって（an Stelle）」これを認めるべきであると主張されていたのである⁶²。確かに、バーマー教授（G. Boehmer）は、1962年9月にハノーファー（Hannover）で開催されたドイツ法曹大会における鑑定意見以来、婚外出生の中でも「婚約中に生まれた子（Brautkinder）」に対して嫡出子としての地位を付与する簡便な方途を講じることを提案していたが⁶³、この主張とてすすべての非嫡出子を対象としたものではなかった。

結局のところ、非婚の父母の共同親権に関する当時の議論の状況は、次のように評することができる。すなわち、「50年代及び60年代においては、コンクビナートの未承認及び婚姻の保護は、父母双方に対する非嫡出子の人的な関係の強化に反対する議論として、援用されていたのであり、「このような根拠から、母には無条件の親権が、父には補充的な親権あるいは交際権が認められることが論じられていた」のである⁶⁴。それゆえ、ここには、コンクビナートで生活する非嫡出子の保護のために共同親権を導入するという発想は、現れなかった。もちろん、この時代のドイツ法においては、離婚後の子の親権についても父母いずれかの単独親権とされていたのであり⁶⁵、非嫡出子に対する共同親権が議論の俎上に載らなかったことも首肯できる。

II 1969年非嫡出子法の登場

1969年8月19日の非嫡出子の法的地位に関する法律（Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder, BGBl. 1969 I S.1243.）（1970年7月1日施行）— 1969年非嫡出子法 — は、ドイツ民法の歴史において初めて、非嫡出子の法的地位を根本的に改善する立法として登場した。同法が登場した背景には、「非嫡出子には、立法によって、そ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ついて、嫡出子と同一の諸条件が与えられなくてはならない」と定める基本法6条5項の憲法要請を実現しようとする立法者の意図がある。前述のように、基本法6条5項はヴァイマル憲法121条を基本的に引き継いだものであり、1919年のヴァイマル憲法の施行から50年という時を経てようやく非嫡出子法の大規模な改正が行われたのである。

この1969年非嫡出子法の歴史的意義は、同法の施行から10年後の1980年に、時の連邦司法大臣フォーゲル（H.-J. Vogel）が述べた次の言葉にも表れている：

「……有史以来、非嫡出子に生まれながらにして付帯していた法的冷遇及び差別は、〔1969年非嫡出子法によって〕決定的に取り除かれた。もちろん、非婚で生まれた子が、家族の結合という保護及び安全を欠くがゆえに、嫡出で生まれた子よりも苦勞しているということは、今日であってもなお残念な事実である。しかし、法秩序が、非嫡出子の冷遇、すなわち、嫡出子に比して非嫡出子が負っている不名誉を長年にわたって受け入れてきたこと、そして、部分的に差別を孕む多くの規整を通じて〔それらの不名誉を〕承認してきたことは、今日、我々にはもはやほとんど理解できないように思われる」⁶⁶。

では、具体的に1969年非嫡出子法によって、何がどのように変わったのか。以下では、同法による改正の具体的な内容を確認した上で、改正法を支えた立法思想を明らかにしよう。

1 改正法の内容

1969年非嫡出子法の「最大の成果（größte Leistung）」⁶⁷は、1896年民法以来一貫して非嫡出子とその父及び父方血族との法的血族関係を否定していたあの「最も差別的（diskriminierendste）」⁶⁸で、「悪名高き（berüchtigte）」⁶⁹1589条2項が削除されたことである。1969年非嫡出子法の政府草案は、その理由を次のように説明していた：

「BGB1589条2項によれば、非嫡出子とその父は、血族とはみなされない。本規定によって、確かに一世間で想定されているように一子をもうけること（Zeugung）を通じて父子間で結ばれた自然的な絆（Band）の存在は、決して否認されることはなかった。むしろ、本規定は、血族関係に結びつけられた法的諸規定が非嫡出子とその父との関係においては適用されないことを表しているにすぎない。

規定は、特別な理由に基づいて特に非嫡出子の保護のために必要である場合に限って

のみ、嫡出子と非嫡出子は異なるように扱われるという原則に反している。本規定はまた、父子間の法的及び実際の結びつき（*Bindung*）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にも調和しない。それゆえ、本規定は、削除されるものとする」⁷⁰。

さらに、親権に関する規定もまた、1969年非嫡出子法によって大きな変更を受けることとなる。

（1）原則的な親権者としての母

当時の民法は、1705条以下に非嫡出子に対する親権に関する規定を置いていた。まず、1705条1文は、「非嫡出子は、未成年の間は、母の親権に服する」と規定する。ここに、前述の1896年民法以来維持されてきた非嫡出子の母の親権の否定は、姿を消したのである。さらに、嫡出子に対する親権に関する諸規定は、非嫡出子とその母との親権関係においても適用があるものとされたが、その際には、「非嫡出子に対する親権規定から嫡出子の親権規定とは異なる結果が生じない限り」という条件が付されていた（1705条2文）。

1969年非嫡出子法が非嫡出子の母の親権行使を認めたことは、確かに画期であったが、非嫡出子の母による親権行使に対しては一定の制限が加えられていた。すなわち、母が非嫡出子の親権者となる場合には、以下の三種の特定事務について監護人（*Pflegler*）が付されたのである（1706条）⁷¹。

第一は、父性の確認及びその他親子関係の確認・変更、あるいは子の氏に関する全ての事務である。なお、子の氏の変更の際には、監護人が子の法定代理人として活動することが予定された一方で、子の命名に関する権限は、監護権者たる母固有の事務であり、監護人には、子の名を定める権限は帰属しないとされていた⁷²。第二は、扶養請求権及び扶養に代わる補償請求権の主張、並びにこれらの請求権の処分に関する事務である。この点、監護人には、父及び父方血族に対する扶養請求権の主張が義務づけられ、子の母及び母方血族に対する扶養請求を主張する権限は—たとえそれが問題となる場合でも—帰属しなかった⁷³。第三は、父及び父の血族の死亡の際の子の相続権・遺留分権の取り決めに関する事務である。

子の出生前に監護人が選任された場合、監護の不開始が後見裁判所によって

命じられた場合あるいは子が後見人を必要とする場合⁷⁴以外の場合には、子の出生と同時に少年局が監護人となる官庁監護（Amtspflegschaft）が予定されていた（1709条）。後見裁判所は、それが子の福祉に反しない場合には、母の申立てに基づいて、監護の不開始、監護人の権限の制限あるいは監護の廃止を命じるものとされた（1707条）⁷⁵。

（２）父による親権の取得

母が非嫡出子の原則的な親権者とされた一方で、非嫡出子の父は、当然には子の親権者とはならないものとされた。父が非嫡出子に対する親権を得るためには、次の三つの道が残されていた。

第一は、子の父と母との婚姻によって子が準正子となった場合である（後婚準正：Legitimation durch nachfolgende Ehe）。準正によって、子は嫡出子の身分を取得し（1719条）、父母は子に対する親権を共同して行使することになる（1626条）⁷⁶。

第二は、父の申立てに基づく嫡出宣告（Ehelicherklärung）が後見裁判所によって認められた場合である（1723条）。この場合には、子が父の嫡出子としての法的地位を取得し（1736条）、それまで親権を単独で行使していた母が子に対する親権を行使する権利義務を喪失する（1738条1項）結果として、父が子の親権を単独で行使することになる（1626条）。嫡出宣告の申立てが認められるためには、子が未成年者である場合には、母の事前の同意が必要とされ（1726条）、母の事前の同意が得られない場合には、子の申立てに基づく後見裁判所の同意補充が予定されていた（1727条）。

第三は、父が自己の非嫡出子を養子にする場合である（1742a条：「非嫡出子の父または母は、子を養子にすることができる。他に直系卑属の存在することは、これを妨げない」⁷⁷、1976年養子法⁷⁸による改正後は1741条3項2文）⁷⁹。父との養子縁組によって、非嫡出子は父の嫡出子としての身分を取得し（1757条1項、1976年養子法による改正後は1754条2項）、父が子に対する親権を行使する（1626条）。その一方で、母は子に対する親権を失うことになる（1976年養子法による改正前までは1765条1項参照）。また、非嫡出子の父が自己の非嫡出子と養子縁組をする場合には、母の事前の同意が必要とされ（1747

条2項1文)、事前の同意が得られない際には、後見裁判所による同意補充が予定されていた(1748条)。

これら三つの手段のいずれか一つをとることによって、非嫡出子の父も子に対する親権を一母と共同であるいは父の単独で一行使することができた。しかし、父の申立てに基づく嫡出宣告及び子との養子縁組には、原則として母の同意が要求されていたために、母の意に反してこれらの手段をとることは非嫡出子の父にとっては必ずしも容易なことではなかった⁸⁰。また、父母が婚姻を選択した場合には、後婚準正によって父母は共同で親権を行使することができたが、婚姻を選択しなかった場合には、たとえ非婚の父母が子と共に同じ家庭で生活を営んでいたとしても、親権を共同行使することは法律上できなかったのである。

要するに、非嫡出子に対する親権は、母か父のいずれか一方に単独で帰属し、他方は完全に親権から排除される(Die elterliche Gewalt/Sorge für das nichteheliche Kind steht *entweder* der Mutter *oder* dem Vater zu.) という意味で、まさに「*entweder-oder*な構造」⁸¹を持っていたということができるのである。さらに、このことを親権の帰属点である母または父からみれば、「*Alles-oder-Nichts*な構造」⁸²を持っていたということもできるのである。その際に、親権から排除されるのは、多くの場合は非嫡出子の父であった。

さらにいえば、このような方法以外にも、父が非嫡出子の監護・教育に関する法的権限を持つ場合があった。それは、母が死亡した際や親権喪失宣告(1666条)を受けた際に、後見裁判所が、父を子の後見人に選任した場合である⁸³。子の出生時に母が未成年者である場合には、少年局による官庁後見が予定されていたが、その場合にも、子の出生前に父が後見人に選任されれば官庁後見は開始せず、父が子の後見人となった(1791c条1項、2項)。この点、離婚又は別居の際に単独親権者となった父母の一方の死亡もしくは故障の場合には、父母の他方が親権を単独行使することが予定されていた(1678条、1679条2項、1671条、1672条)⁸⁴のに対して、非嫡出子の父は、親権者である非嫡出子の母の死亡もしくは故障の際にも、当然に親権を行使するわけではなく、あくまで後見人に選任される可能性を有するに止まったのである。

また、非嫡出子の父には、母が子の親権に属する権限について父に代理権を

付与することによって、子の代理人となる可能性があることも、学説上指摘されていた⁸⁵。もっとも、父への代理権の付与は、父母間の関係が良好であることを前提としており、また、たとえ親権に関する代理権が与えられている場合であっても、ある一定の任務—例えば、学校における親としての子の代弁者（Elternsprecher）の任務—は、代理権者ではなく、親権者によってなされる必要があることが問題視されていた⁸⁶。

2 1969年非嫡出子法の立法思想

1969年非嫡出子法は、前述のように基本法6条5項の憲法上の要請を実現することをその立法目標に掲げていた。しかし、注意しなければならないのは、立法者が実際に目指したのが、非嫡出子と嫡出子との法的同権の実現ではなく、（立法者の想定する）非嫡出子を取り巻く現実を前提とした法制度の構築であり、それを通じて非嫡出子の地位を改善しようとしたことである。このことは、政府草案の次の言葉にも表れている：

「非嫡出子には、そ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ついて、嫡出子と同様の諸条件が与えられなくてはならないと定める基本法6条5項の文言からは、基本法は嫡出子と非嫡出子の法的な平等（rechtliche Gleichstellung）を要求していないことが明らかになる。基本法3条2項とは逆に、『同権の（gleichberechtigt）』という表現は、用いられていない……〔のである〕。

基本法6条5項の解釈、それとともに憲法任務の実現のための作業は、非嫡出子たちが嫡出子たちとは異なる実際的な状態にあるという前提から出発しなければならない⁸⁷。

続けて、草案は、非嫡出子を取り巻く現実の社会状況の困難性、さらには非嫡出子及びその母に対する社会の拒絶的態度を前提としつつ、次のように述べる：

「これらすべてのことから、我々は、嫡出子に比した非嫡出子の劣悪な地位が、法的というよりはむしろ実際に引き起こされているという結論を導き出さなければならない。嫡出子と非嫡出子との完全な法的平等化は、実際の非嫡出子の劣悪な地位を決して取り除くことはない。むしろ、それによって逆に、非嫡出子に対する効果的な保護及び効果的な援助は、減じられうるのである⁸⁸。

そして、最終的に、草案は、「それゆえ、嫡出子と非嫡出子との不平等な法的取扱いは、非嫡出子の実際的な状況を嫡出子のそれに可能な限り適合させる

ために、まさに必要なのである」と結論づける⁸⁹。

立法理由にも表れているように、1969年非嫡出子法においては、立法者が想定した非嫡出子（及びその父母）を取り巻く社会状況が改正法を支える思想として重要であったといえる。そこで以下では、立法草案において描写された非嫡出子及びその父母に対する立法者のイメージ、そして1969年非嫡出子法による親権制度改正を支えた立法者の思想を明らかにしよう。

（1）非嫡出子とその父母に対するイメージ

1969年非嫡出子法の立法者は、政府草案において非嫡出子及びその父母を取り巻く社会状況を次のように描写していた⁹⁰。

まず、非嫡出子の生活関係について想定されるのは、非嫡出子が父母の家族共同体（*Familiengemeinschaft*）において生まれないことである。非嫡出子の父は、たいていの場合は母と共同生活を営んでおらず、その他の場合にもしばしば一時的にしか共同生活を営んでいないとされる。しかも、父母間に緊張関係が存在することも稀ではない。非嫡出子の父母が、互いに婚姻しておらず、継続的で、法的保護に値するような家族状況（*Familienstand*）において、共同生活を営んでいないという実際的な状態を前提として、立法者は、非嫡出子が不利益を被っていると述べる。

さらに、非嫡出子は、多くのケースにおいて、安全な我が家（*ein gesichertes Zuhause*）を持たず、家族の安全の中で成長しないとされる。多くの非嫡出子たちは、いくつもの居所を移転し、継続的な居所を手に入れることがないか、あるいは一つの施設（*Heim*）で成長していることが指摘される。

非嫡出子の母については⁹¹、嫡出子の母の状況と比べてより困難な状況に置かれていることが強調されている。母が未婚の場合には、「夫による保護（*Schutz eines Ehemannes*）」がなく、経済的に不遇であるとされる。草案は、このような母の経済的な現実に加えて、母の精神的な問題状況を指摘する。草案によれば、非嫡出子の母の精神状態は、失望（*Enttäuschung*）、父に対する憎悪感（*Haßgefühlen*）、絶望感（*Verzweiflung*）によって特徴づけられることも稀ではない。非嫡出子の父母は、通例は、非嫡出子の出生を望んでおらず、母自身さえも、常に非嫡出子に対する肯定的な考えを持っているわけではないとされる。

周囲の人々は、時として母自身の家族さえも、母及び非嫡出子に対して拒絶的な態度をとる。非嫡出子の母及びその子に対する社会からの拒絶的な態度は、かつてと比べて緩和されているが、しかし完全には克服されていないというのが当時の草案の評価である。

これに対して、非嫡出子の父に対する立法者の評価⁹²は、子に対して関心のない父、子を実際に養育することのできない父という、否定的なものに終始している。具体的には、以下のような父親像が展開されている。まず、父が未婚の場合には、父自身が子を養育することは困難であり、父の父母あるいはその他の近親の血族に子を養育する用意のあることも例外的であると考えられる。また、父が子の母以外の女性と婚姻している場合についても、子が姦通によって生まれた際には、父の家庭で子を養育することが困難であるとされる。では、父が子の母とは別の女性と後に婚姻した場合はどうか。草案によれば、このような場合についても、父の妻には、子を引き取る用意がない。父の妻に子を引き取る用意がある場合にも、継母（Stiefmutter）は、完全に子の実母に代わる者ではなく、さらに、継母が実子をもうけた場合には、継母によって非嫡出子が冷遇される危険が存在する。

確かに、草案は、すべての父が自己の非嫡出子を引き取り、養育することができないと述べているわけではない。しかし、草案によれば、「極めて少数の父たち（eine kleine Minderheit der Väter）だけが、子を引き取ることに関心を有するにすぎない」⁹³であり、大多数の父は、自己の非嫡出子の養育に対する関心を示していないのである。父は、自己の嫡出家族に配慮して、非嫡出子の養育ができないことも稀ではない。さらに、父が子を引き取ろうとする場合にも、それは、例えば子に対する扶養料を節約する目的のように、父の利己的な動機に基づく行動であると評される。非嫡出子の父たちには、かなりの頻度で、子に対する扶養料をしぶしぶ支払っており、扶養義務を免れようとする傾向がみられることが指摘される。

（２）親権の基本構造を支える立法思想

以上のような1969年非嫡出子法の立法者が抱いたイメージは、まさに同法における非嫡出子に対する親権の理論的支柱をなしていた。

まず、非嫡出子の母による親権行使に対して、監護人や官庁監護による制限が加えられた理由は、前述のように経済的・精神的に不利な状況に置かれ、それに耐えなければならない母の権利制限を通じて、子の保護を図ることにあるとされる。草案は述べる：

「母の諸権利を制限している現行の諸規整は、まさに子の保護に合致している。官庁後見の目的は、非嫡出子を嫡出子に比して劣悪な地位に置くことではなく、逆に非嫡出子を保護し、非婚の出生から生じうる危険から守ることにある。子の保護は、とりわけ非婚の母が一般的に婚姻している母よりも親権の行使に適していないという理由ではなく、非婚の母が通例は今日でもなお婚姻している母よりも著しく困難な状況に耐えているという理由から、母の諸権利がまずもって法律によって制限されることを依然として要求するのである」⁹⁴。

このように母の権利制限を正当化する一方で、草案は、制限が強すぎると母及び非嫡出子にむしろ悪影響を及ぼす可能性があることを踏まえ、一定の条件の下で監護が廃止できることを認める：

「もつとも、母は、無用で、子の福祉のために必要ない制限から解放されなければならない……。その際に顧慮されるべきは、あまりに強い母の諸権利の制限は、子の福祉をも損なう恐れがあることである。というのも、このような制限は、母の精神状態に不都合な影響を及ぼし、さらには母及び子を一般の人々の考えにおいて貶めることができってしまうのである。このような視点を評価して、本草案は、母の権利に対する制約を可能な限り少なくし、簡易な前提の下で廃止される補佐によって後見が変更されることを提案する……」⁹⁵。

さらに、1969年非嫡出子法は、母の制限的な親権行使を原則とし、これを父の親権に優位するものと解するとともに、非嫡出子の父母は共同生活を営まないという前提から、非嫡出子に対する共同親権を明確に否定した：

「非嫡出子の父母はたいていの場合共同生活を営んでおらず、その他の場合にもしばしば一時的にしか共同生活を営んでいないために、親権は父母双方に共同して帰属しえない。事物の本性（Natur der Sache）に従えば、〔親権の〕母への固定的かつ永続的な割り当てだけが問題となりうる。このことは、心理学や教育学の知見によって、誕生後の数年間（die ersten Lebensjahre）が子の発達にとって決定的であるとされるだけいっそう妥当する。母と幼児は、肉体的及び精神的に相互に割り当てられている。それゆえ、母

は、父に優先しなければならない。このような母子間の結び付きは、後にも変更(Wechsel)によって引き裂かれるべきではない」⁹⁶。

草案によれば、非嫡出子の父が親権者となるのは、極めて例外的な場面として想定されている⁹⁷。非嫡出子の父は、その養育能力の点で、「親権を規定どおりに行使する可能性をめったに有しない」のであり、子の養育に対して概して関心を示さないものと考えられているのである。子に関心を抱く父は、前述のように、後婚準正、嫡出宣告、自己の非嫡出子との養子縁組を通じて、子に対する親権を取得することができることが、草案においても、学説においても⁹⁸指摘されていた。とりわけ、「嫡出宣告は、父への親権の簡易な移譲と比べて、子が新たな安定した形態を有し、保障された法的地位を手に入れることができるというメリットを有する」⁹⁹ものとされた。

結局のところ、「子の福祉に最も適合するのは、母の家族への強い割り当て、あるいは、父の家族への強い割り当てである」¹⁰⁰とする立法者の考えは、まさに前述の非嫡出子の親権における「*entweder-oder*な構造」を表しており、その背後には上記のような立法者の想定があったといえるのである。

3 1969年非嫡出子法の評価

前述のように、1896年民法において、法律上の非嫡出父子関係が血族関係に立たず、単に「支払いの父子関係」にとどまっていたことを考えれば、1969年非嫡出子法による改正は、確かに根本的かつ画期的なものであったといえる。その限りでは、先に挙げた連邦司法大臣フォーゲルのあの満身に溢れた言葉にも頷けるだろう。

しかしながら、1969年非嫡出子法は、その誕生の前後を通じて、学説から継続的に批判されていた。非嫡出子とその父との間の法的血族関係の存在を否定し続けてきた旧1589条2項の削除についてさえも、新法が非嫡出子に関する特別規定を数多く含んでいることから、「過大評価されてはならない」と述べられた¹⁰¹。最も根本的な批判は、基本法6条5項が命じる嫡出子と非嫡出子との平等化という任務に1969年非嫡出子法の立法者が答えていないことに対するものであった。例えば、ノイハウス教授(P. H. Neuhaus)は、1969年非嫡出子法が「嫡出(legitimen)」と「非嫡出(illegitimen)」という紀元前以来の概念区

別を維持し、「ドイツ非嫡出子法の終焉」に至ることができなかつたことは、「大いなる失望（große Enttäuschung）」であると酷評した¹⁰²。

学説上の批判は、1969年非嫡出子法の立法者が援用した非嫡出子とその父母に対するイメージにも向けられた。ツヴァイゲルト教授は、非嫡出子の状況に対して立法者が抱いた「極めて単純で表面的なイメージ」について、次のような批判を展開する：

「現実には、個々の事情は、著しく異なっている。〔草案〕理由書が非嫡出子の実際の状況について述べていることは、円満な『オンケルエーエ（Onkelche）』に生まれた子どもたちのことを考えれば、断じてすべての非嫡出子について当てはまるわけではない。他方、より重要であるのは、このことが、大多数の嫡出子についても、とりわけ破綻及び解消した婚姻に生まれた嫡出子についても、妥当することなのである」¹⁰³。

ジミティス教授（S. Simitis）は、一方で、極めて少数の父たちだけが自己の非嫡出子に対して関心を有するという立法者の想定が統計的に裏づけられることを認めつつも、他方で、立法者が向き合うべきはまさにこのような少数の父たちなのであり、さらにその数を増やす努力をすべきであると主張する。やや長いが彼の主張についても引用しておこう：

「法律は、父を子に関心のない者として捉えようとする、それどころか子に敵意を抱く者として捉えようとする広く流布した考えを採用している。父が〔子との〕接触を得ようとしている場合にさえ、ただ子に対する関心がないことについて、あらゆる動機が、父について想定されている。少なくとも、父の努力は、母との関係を続行するためのカムフラージュと称せられることによって、低く評価されている。統計上の報告もまた、すぐに引き合いに出される。すべての父の5%だけが、どうやら〔子との〕密接な結びつきを望んでいるようである。さらに5%は、何らかの形式において〔子との〕人的な関係を維持する用意がある。全体としては、極めて少数である。

しかし、父の差別は、数遊び（Zahlenspiel）によっても、その他の論拠によっても、正当化できない。……我々がこのようないくつかの調査に注意を払おうとする場合には、多数派である無関心な者ではなく、少数派である接触の準備のある者に向き合うことが重要である。彼ら〔＝接触の準備のある者〕は、社会的な偏見並びに差別的な規整に抗い、子との関係を意識的に追求しただけなのであるが、しかしそれによって、子を隔離（Quarantäne）から解放し、そして父母双方との関係を正常化するという憲法の意図が実

現するのである。それゆえ、非嫡出子の父は、法秩序にとって好ましからざる者 (persona non grata) であってはならない。真の改正というのは、自らの子に対する父の関心を喚起し、そして人的な接触をできる限り有利に扱う覚悟を示すことである。このような規整を利用するであろう父たちの数は、なお少ないかもしれない。立法者の任務が、現実に関心を有している者の邪魔をすることにあるはずはない。逆に、立法者は、さしあたり少ない数を絶えず増やすためにあらゆる手を打つ場合にのみ、その任務を果たすのである」¹⁰⁴。

さらに、1969年非嫡出子法が予定していた母の非嫡出子に対する親権に関する諸規定もまた、批判された。非嫡出子の母に対して原則的な親権を付与した点で、母が1969年非嫡出子法によって「高く評価されている」と指摘する立場¹⁰⁵もあったが、非嫡出子の母の親権について、一部の事務事項が監護人によって行われるという制限が付されたことは、未婚の母に対する差別的な取り扱いとして、とりわけ後の時代に学説からの強い非難に直面することになる。

一方で、父が非嫡出子に対する親権を取得する方法として1969年非嫡出子法が予定していた嫡出宣告制度もまた批判の対象となった。例えば、ゲツピング教授は、すでに1969年非嫡出子法の成立直後から、後の親子法改正においては、父への親権の移譲を可能にする規定を導入した上で、広範かつ複雑な嫡出宣告の規定を削除すべきであると主張していた¹⁰⁶。

さらに、バイツケ教授 (G. Beitzke) は、次のように嫡出宣告制度を批判していた：

「コンクビナートに生まれる子どもたちについては、父母の婚姻が実現しない際に子に嫡出子の地位を与えるために、しばしば父によって嫡出宣告が申請されている。しかし、ドイツ法にしたがえば、このことは、子が嫡出宣告によって父の親権に服することになるが、母との関係が解消される限りで、うまくいっていない。…父母双方との関係における嫡出宣告が実現しない場合には、多くの嫡出宣告の申立ては、とりわけ、少なくとも表面上はコンクビナートを婚姻の外観 (Schein einer Ehe) によって包みこむという目的を追求しているように思われる」¹⁰⁷。

自己の非嫡出子を父が養子にすることで父が親権者となる可能性もまた — 1969年非嫡出子法がこれを明文によって認めたにもかかわらず — 批判を免れることはできなかった。フランク教授 (R. Frank) は、1970年代半ばのド

イツにおいて継続的なコンクビナートに生まれる非嫡出子の割合が増加しつつあること、その一方でドイツ法が—他のヨーロッパ諸国と異なり—依然として婚姻に類似した関係を是認していないことを指摘した上で、次のように述べる：

「〔非嫡出子を〕一方的に割り当てる手段としての嫡出宣告及び養子縁組は、考える生活実態の多様性を正当に評価するものではなく、非嫡出子の父を一方的に冷遇している。1969年8月19日の非嫡出子法が嫡出子と非嫡出子を財産権の領域で等しく扱ったのに対して、子の福祉が決定を命じる場合に、(嫡出子のときのように) 非嫡出子を父に(あるいは父母双方に) 割り当てることを可能にするための配慮が人的領域でまったく行われなかったことは、驚くべきことである。現代的な非嫡出子法は、一方で、つまり扶養法及び相続法において、社会的な実態を顧慮することなく、単に血族関係のみを引き合いに出すことができず、そして同時に、人的領域において、(単なる血族関係を離れて) 具体的な生活状況が教育への父の関与を推奨する場合に、父子関係を無視することはできないのである。非嫡出子法において一般の人々の傾向に反して、血族関係ではなく、実際の家族の結びつきの存在を重視する多くの法秩序は、より筋の通ったものである。……一連の外国法秩序をてがかりとしつつ、より自然な解決策として人的領域において考えられるのは、子の福祉が決定を必要としている場合に、父にあるいは父母双方に共同して教育権を移譲することを予定する規整である。〔その際には、〕硬直的な図式化にとらわれた、(自己の非嫡出子の) 養子縁組及び嫡出宣告という法形態は、放棄されるのであり、また、放棄されなければならないだろう」¹⁰⁸。

要するに、1969年非嫡出子法によって、「非嫡出子の生活条件を嫡出子のそれに適合させるための最初の重要な一歩が踏み出された」一方で、「依然として多くの問題が未解決のまま残されていた」のである¹⁰⁹。1969年非嫡出子法の登場によっても、「基本法6条5項に基づく親子法の改正が依然として最終的な目的地 (Endpunkt) には達していない」ことは、明白であり¹¹⁰、それゆえに学説からの批判の声がやむことはなかった。もともと、一連の批判において、非嫡出子に対する父母の共同親権導入に関するより具体的で、より活発な議論は未だ登場しない。そのような議論の登場は、1980年代以降の学説の展開を待たなければならなかった¹¹¹。

なお、1969年非嫡出子法は、親権の概念そのものが時代に適合しているか

という問題に手を付けることなく、これを後の法改正に委ねていた¹¹²。親権法に関する本格的な改正は、1979年7月18日の親の配慮法の新規整に関する法律（Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, BGBl. 1979 I S. 1061.）（1980年1月1日施行）—以下、1979年配慮法新規整法—によって一部実現することになる。もっとも、1969年非嫡出子法によって導入された非嫡出子の親権に関する諸規定は、1979年配慮法新規整法が「親権（elterliche Gewalt）」という概念を「親の配慮（elterliche Sorge）」という概念に置き換えた点を除けば、1997年の法改正まで約30年にわたって維持されたのである。

III 1981年3月24日連邦憲法裁判所判決

1969年非嫡出子法によって改正された1705条は、前述のように、非嫡出子に対する配慮権を一義的に母に割り当てたが、1981年3月24日連邦憲法裁判所判決¹¹³において、同条項の基本法との適合性が審査されることになる。本判決は、単に1705条の合憲性が初めて具体的に問題とされただけでなく、その後の議論に強い刺激を与えたという点で、重要な歴史的な位置づけを与えられるものである。そこでまずは、本判決の立場から1969年非嫡出子法以降の婚外子共同配慮権論を説き起こしていきたい。なお、三件の憲法異議訴訟が併合された本件では、非嫡出子の父の交流権に関する1711条の合憲性も問題とされているが、ここでは、1705条の合憲性を中心として連邦憲法裁判所の判断をみることにする。

1 事実関係¹¹⁴

本件の異議申立人（Beschwerdeführer）は、いずれも非嫡出子の父である。事件1の異議申立人は、1966年9月生まれの非嫡出子（男児）の父であり、子に対する扶養義務を果たしている。子は、1967年に子の父とは別の男性と婚姻した母の家庭で生活している。父は、1971年から1973年までの間に数回、母のもとで暮らしている息子に会いに行く機会を得たが、それ以降、母は、父と子との交流を許していない。そこで、父は、子との交流を認めよとの申立てを区裁判所に対して行った。区裁判所は、父母、子、及び所管の少年局の意見をそれぞれ聴取した後、父の訪問が母の家庭における平和を乱す恐れがあるとし

て申立てを却下した。さらに、父の抗告も却下されている。これに対して、父は、基本法1条1項、2条1項、3条1項乃至3項、並びに6条2項及び5項に基づく自己の基本権が侵害されたことを理由として、憲法異議の訴えを起こした。

事件2は、1978年8月生まれの非嫡出子の父が申し立てた憲法異議の訴えである。父は、父性を承認しており、1979年12月に母が子を連れて家を出て行くまで、子及び子の母と共同生活を営んでいた。父は、定期的に養育費を支払っているが、子の母は、父と子とのいかなる接触をも拒んでいる。そこで、父は、子との交流に関する権限を自己に認めるよう後見裁判所に出訴した。これに対して、後見裁判所は、父母及び少年局の意見をそれぞれ聴取した後に、父母間の緊張関係を顧慮して交流が子の福祉に適わないとして、申立てを却下した。父の抗告も、地方裁判所によって却下されている。父は、基本法3条1項並びに6条2項及び5項の違反を理由として、憲法異議の訴えを提起した。

事件3は、事件1及び事件2とはやや事情が異なる。事件3の憲法異議申立人は、1979年に生まれた非嫡出子（男児）の父（看護師）であり、1974年から、同じく看護師である子の母と共同生活を営んでいる。父母は、ベルリン在住時に、子に対する完全な親権を父母双方に割り当てよとの申立てをしたが、認められなかった。1980年の春に子と子の母と共にハンブルクに引っ越した後に、父は、母の同意を得て、子に対する親の配慮を母と共に自己に割り当てよとの申立てを区裁判所で再度行った。本申立ても却下されたために、父は、区裁判所によって、また間接的には1705条によって、基本法6条1項及び2項並びに3条2項に基づいて憲法上保障されている権利が侵害されたとして、憲法異議の訴えを行った。

なお、本件について、連邦政府を代表して述べられた連邦司法大臣の意見¹¹⁵は、1705条及び1711条がいずれも基本法に適合しているというものであった。特に、1705条に対しては、基本法6条5項によって立法者に課された義務を顧慮して、子との最も密接な人間関係において完全な親の責任を引き受ける母への一義的な子の割り当てが要求されていること、そして、基本法6条2項との関係では、母への配慮権の排他的な割り当てが基本法上許されており、場合によっては強制的であっても必要なものであることが、合憲の理由として挙げられている。連邦司法大臣の意見によれば、1705条は、外観上、性別に特有の区

別に拠り所を求めるが、配慮権が父に与えられないのは、性別の点ではなく、母が分娩とともに子の独占的な関係者（*ausschließlich Bezugsperson*）になる点、子の出生時に必ずしも法的な父がいるとは限らないために、母が子の人的な中心人物であるという点にその理由があることなどから、基本法3条2項にも違反するものではない。さらに、非嫡出子の父母が事実上の共同生活を営んでいる場合であっても、これと異なる判断は生じないと主張された。

2 連邦憲法裁判所の判断

結論からいえば、連邦憲法裁判所は、1705条及び1711条がいずれも基本法に一致するとして、憲法異議申立人らの主張を退けた。1705条の合憲性については、親の権利（基本法6条2項）及び男女の同権（基本法3条2項）が問題とされる。

基本法6条2項の親の権利について、連邦憲法裁判所は、「連邦憲法裁判所によって保障された親の権利は、父母がその教育権を子の福祉のために引き受ける用意があり、かつ、それが可能な状況にあることを前提としている」¹¹⁶ことを確認した上で、「非嫡出子の父が、その子の成長に対して何ら関心を示さず、かつ父子関係の構築を得ようと努力しない限り」基本法6条2項に基づく親の権利をそのような父に与えることはできないが¹¹⁷、「非嫡出子の父が子及び母と共同生活を営んでおり、同時に親の責任を引き受けるための諸前提が与えられている場合には、基本法6条2項に基づく権利が非嫡出子の父にも認められる」¹¹⁸と述べた。

その一方で、1705条に対する立法者の想定について、連邦憲法裁判所は、「子が母の家族かさもなければ父の家族かのいずれかに強く割り当てられることが子の福祉に最も適合するという前提（BR-Drucks.468/67, S.63）」があることを確認した上で、「この熟慮は、基本法上異議を唱えられるべきではない」として、立法者の想定を正当化した¹¹⁹。さらに、1705条によって非嫡出子が母に優先的に委ねられる点については、「母と幼児（*Kleinkind*）との間には父と幼児との間よりも肉体的・精神的により密接な愛着関係が存在するという〔立法者の〕想定は、反論の余地のないものではないかもしれない」としながらも、「連邦憲法裁判所は、〔1705条の〕基礎をなしている前提の誤りが立証可能な場合

にのみ、1705条の規整に異議を唱えることができる……しかし、これまでに〔この前提の誤りについての〕 確実な理解は存在しない」として、基本法6条2項に反しないとする¹²⁰。最終的に、連邦憲法裁判所は、「立法者は、たとえそれが婚姻を締結しておらず、婚姻を締結したくないと考えている非婚生活共同体のパートナーたちの考えに一致しないとしても、未成年者の保護の必要性のために、配慮権の領域において規整を行い、それらの規整を守り抜くことが許されるのである」として、1705条が基本法6条2項に違反しないと結論づけた¹²¹。

また、基本法3条2項の男女同権について、連邦憲法裁判所は、「1705条が基本法3条2項の基準に適合するか否かの審査の際には、父母の一方への非嫡出子の割り当てが、子の福祉のために、基本法6条5項との関連における基本法6条2項1文に一致するという前提から出発しなければならない¹²²と述べる。先に確認したように、1705条の基本法6条2項への適合性について、連邦憲法裁判所は、立法者の想定の正当性を理由として合憲との判断を示していた。このことを前提として、連邦憲法裁判所は、非嫡出子の父母への共同配慮権の付与が基本法3条2項の男女同権命令（*Gleichberechtigungsgebot*）から導出されないことを認めた。その一方で、非嫡出子を原則として母に割り当てることの合憲性については、母を非嫡出子の原則的な配慮権者とする立法者の判断だけが審査に付された。連邦憲法裁判所によれば、「嫡出子に対する配慮について、立法者は、婚姻の効果に従って、父母の共同生活という前提や、父母が子に対する人的責任を引き受けることを望みかつそれが可能であるという前提から出発することができた」のに対して、非嫡出子に対する配慮権については、嫡出子の場合と同様の前提から出発する必要性はなく、立法者が1705条における配慮権規整を「未だ生まれていない生命と母との自然的な結び付き」という条件に結び付けたことは許容されるのである¹²³。このような立法者の判断は、基本法上異議を唱えられるものではなく、1705条は基本法3条2項にも反しないと結論づけられた¹²⁴。

要するに、連邦憲法裁判所は、1705条に対する立法者の想定の正当性を特に重視して、同条の合憲性を肯定したのである。さらに、連邦憲法裁判所の見解によれば、非嫡出子に対する配慮権が原則として母に排他的に帰属する

という1705条の規範は、事件3のように父母が子と共に共同生活を営んでおり、また父母双方が共同配慮の行使を望んでいるような場合であっても、基本法6条2項及び3条2項には違反しないのである¹²⁵。

3 判決に対する評価

1981年連邦憲法裁判所判決が示した憲法解釈に対する学説の評価は、後に章を改めて詳しくみることにするが、それでも本判決が非嫡出子の父に対しても基本法6条2項に基づく親の権利を一定の条件の下で認めたことは、画期的な出来事として特筆されるべきである。非嫡出子の母に基本法6条2項の「親の権利」が認められることは比較的早い時期から憲法学説¹²⁶においても承認されてきた一方で¹²⁷、非嫡出子の父に「親の権利」が認められるのかという点については、これを否定する立場¹²⁸と認める立場¹²⁹との間に対立があった。このような状況の中で、1981年連邦憲法裁判所判決は、少なくとも子と共同生活を営んでおり、かつ、子に対する関心を示している非嫡出子の父には、基本法6条2項の親の権利が認められると判示したのである。

連邦憲法裁判所がこのような判断を示すに至った背景には、1969年非嫡出子法の立法者が想定した父親像とは異なり、子に対して関心を示す父が存在することが認められたことがある。連邦憲法裁判所は述べる、「子の母と婚姻せず、その父性を否認し、かつ子の成長に対して関心を示さない非嫡出子の父という像 (Bild) は、もはや社会的現実を完全に正当に評価していないのである」¹³⁰と。本件の事件3におけるように、非婚生活共同体で生活する父母と子、そして子に対して関心を抱く父という新しい形態の『父』の像に直面して、連邦憲法裁判所もまた、父に対する伝統的なネガティブなイメージを修正する必要性を否定することはできなかったのである¹³¹。他方で、具体的にどれほどの父母と子が非婚生活共同体において共同生活を営んでいるのか、子に対する関心を示す父がどれほど増加しつつあるのかについては、判決において明らかにされなかった。その意味において、1981年連邦憲法裁判所判決は、「1969年非嫡出子法の立法者が1970年代に非婚生活共同体が頻繁に生じることを考慮せずまた予想もできなかったことを顧慮していない」とも評される¹³²。

最終的に、1981年連邦憲法裁判所判決は、非嫡出子の父の一部に対して親

の権利の担い手たることを認めつつも、立法者の想定の正当性を理由として、1705条が基本法6条2項の親の権利に反しないと述べることによって、非婚の父母による共同配慮への扉を閉ざしてしまった。クロフォラー教授（J. Kropholler）は、「近い将来、非嫡出子法のさらなる改正のためのきっかけが、連邦憲法裁判所から発せられることは、予想しえない」¹³³と、やや諦観的な評価を述べていたが、この予測は現実のものとなる。すなわち、後述する1991年5月7日連邦憲法裁判所決定が登場するまでの約10年間、連邦憲法裁判所は、非婚の父母による共同配慮の問題を正面から扱うことはなかったのである。

しかし、このような連邦憲法裁判所の判断は、非嫡出子に対する配慮権を巡る議論に終止符を打つものではなく、むしろ学説における議論—非婚の父母による共同配慮権行使の可能性を巡る議論—を活発化させる結果になった¹³⁴。次章以下では、特に1980年代以降の学説において、非嫡出子の共同配慮に関する議論がいかに展開してきたのかを具体的に確認していこう。

*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。

¹ 婚姻外の男女関係に対する刑罰として、1530年のライヒポリツァイ令（Reichspolizeiordnung von 1530）33条、南ドイツ諸州における立法（1871年12月27日のヴェルテンベルク法律（Württembergisches Gesetz）14条、1923年1月31日のバーデンポリツァイ刑法典（Badisches Polizeistrafgesetzbuch）72条）やスイスのいくつかの州（Kanton）におけるコンクビナート禁令（Konkubinatsverbote）などが、違反者に対して禁錮刑あるいは罰金刑を課していたことはよく知られている。特に注目されるのは、1950年代に入っても、1956年11月17日のバイエルン州刑法及び命令法（Gesetz über das Landesstrafrecht und das Verordnungsrecht auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung）25条が、「婚姻外の男女関係における継続的な家庭生活によって著しい公の鬱鬱（erhebliches öffentliches Ärgernis）を引き起こした者は、500マルク以下の罰金もしくは14日以下の禁錮に処せられる」と規定していたことである。もっとも、これらの法規が実際にどれほど厳格に適用されていたのかについては必ずしも明らかではない点には注意を要するだろう。Vgl. Käab/Rösch/Vogel/Gollwitzer, Bayerisches Landesstraf- und Verordnungsgesetz, 2., völlig neubearbeitete Aufl., 1967, S.21., 455-460.; K. Jeder, Eheähnliche Verhältnisse und die Stellung der „Geliebten“ im Spiegel der deutschen Rechtsprechung, 1971, S.16., 90.; Frank/Girsberger/Vogt/Walder-Bohner/

Weber, Die eheähnliche Gemeinschaft (Konkubinät) im schweizerischen Recht, 1984, S.5-16.; I.Schwenzer, Vom Status zur Realbeziehung: Familienrecht im Wandel, 1987, S.164.; E. M. v. Münch, Zusammenleben ohne Trauschein, 3. neubearbeitete Aufl., 1988, S.22. また、男女間の婚前交渉の罪である「姦淫罪」の成立から廃止に至る過程については、三成美保『ジェンダーの法史学—近代ドイツの家族とセクシュアリティ—』（勁草書房、2005年）80-109頁が詳細な分析を加えている。

日本でも、明治3年新律綱領の犯姦律犯姦條において、配偶者を持たない者の私通関係である「和姦」が「各杖七十」を以て処罰の対象とされていた（外岡茂十郎「我國に於ける私生子法の誕生と私生子の範圍」早稲田法学20巻（1941年）6頁、同「非嫡出子」法学セミナー1956年12月号16頁参照）一方で、かつての飛騨白川村のように、婚姻外での男女関係や婚姻外で子を生むことをタブー視しない社会も存在した（中川善之助「私生子論」中央公論534号（1932年）311-312頁、江馬三枝子『白川村の大家族』（三國書房、1943年）103-109頁、141-143頁）。

- 2 婚姻数及び婚姻率の低下、離婚数及び離婚率の増加、出生数及び出生率の低下、並びに出生子に占める婚外出生子の割合の増加がそれである。

一例としてドイツ領域内（旧東ドイツを含む）における婚姻締結数を示すと次のようになる（括弧内は人口千人当たりの婚姻人数）。1950年：750,452（11.0）、1960年：689,028（9.5）、1970年：575,233（7.4）、1980年：496,603（6.3）、1990年：516,388（6.5）、2000年：418,550（5.1）、2010年：382,047（4.7）、2013年：373,655（4.6）。Vgl. Statistisches Jahrbuch : Deutschland und Internationales 2015, S.52.

また、旧西ドイツ領域内における離婚件数は次のとおりである（括弧内は人口一万人当たりの離婚人数）。1950年：84,740（16.9）、1960年：48,874（8.8）、1970年：76,520（12.6）、1980年：96,222（15.6）、1990年：122,869（19.4）、1999年：161,787（23.8）。Vgl. Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1980, S.75; 2001, S.76.

ドイツにおける非婚生活共同体数、出生子数、及び出生子に占める婚外出生子割合の変化については、後述する。

- 3 ドイツにおける例証の一つとして、非婚パートナーのためになされた遺言—いわゆる「愛人遺言（Geliebten Testament）」—の効力を巡る議論を挙げることができる。愛人遺言は、ライヒ裁判所時代以来一貫して良俗違反（Sittenwidrigkeit）を理由として原則的に無効とされてきたが、1970年3月31日連邦通常裁判所決定（BGHZ 53, S.369ff.）において、このような原則が緩和されるに至る（I.Schwenzer, a.a.O. (Fn.1), S.164f.）。なお、日本においても、最高裁昭和61年11月20日判決（民集40巻7号1167頁）では、重婚の内縁カップルの一方に対する遺言の有効性が認められている。ドイツにおける愛人遺言に関する判例の変遷については、野沢紀雅「西ドイツにおける非婚生活共同体と民法上の組合（一）」アルテス・リベラレス（岩手大学人文社会科学部紀要）36号（1985年）181頁の注11が、日本における重婚の内縁カップル間の遺贈・贈与の有効性に関する判例の変遷については、二宮周平『事実婚の判例総合解説』（信山社、2006年）143-147頁がそれぞれ詳しい。

日本では、特に内縁保護理論の歴史的な展開にこの傾向を見出すことができるだろう。この点、「……わが国内縁関係の保護は、法外的な関係として、その保護の対象外におかれていた時代から、婚姻予約関係、もしくはその内縁の夫の収入で生活を維持していた者の関係（前者—民法上、後者—特別法上）であるとの本質理解の段階をへて、昨今では、民法上も特別法上も、準婚の本質理解のもとに、追々、その準婚的保護の範囲が拡大されていったことを知る。」との太田武男教授の言は、示唆的である（太田武男『現代の内縁問題』（有斐閣、

- 1996年) 28頁)。
- 4 D. Schwab, Familienrecht in den 60er und 70er Jahren des 20. Jahrhunderts, in: Löhnig/Preisner/Schlemmer (Hrsg.), Reform und Revolte — Eine Rechtsgeschichte der 1960er und 1970er Jahre, 2012, S.131.
 - 5 シュヴァーブ教授 (D. Schwab) は、このようなドイツ立法者の「任務の困難さを評価できるのは、法史を明確に認識する者だけ」であると述べる (D. Schwab, Entwicklungen und Perspektiven des Familienrechts, in: Bundesministerium für Familie und Senioren (Hrsg.), 40 Jahre Familienpolitik in der Bundesrepublik Deutschland: Rückblick/Ausblick, 1993, S.76.)。
 - 6 ドイツ民法典の成立から1969年非嫡出子法までのドイツにおける非嫡出子の親権法制については、田村五郎『非嫡出子に対する親権の研究』(中央大学出版部、1981年)がドイツにおいてもこれに比肩しうる類書がないほどまでに一精緻な分析を加えている。
 - 7 1997年親子法改正によって導入された婚外子共同親権法制は、その後、2009年ヨーロッパ人権裁判所判決、2010年連邦憲法裁判所決定によって、それがヨーロッパ人権条約及び基本法に一部違反すると判示され、2013年4月16日の互いに婚姻していない父母の親の配慮の改正のための法律 (Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, BGBl. 2013 I S.795) (2013年5月19日施行)によって、さらなる修正を受けて現在に至る。1997年親子法改正から2013年改正法を通じて現在に至るまでのドイツ法の状況については、阿部純一「ドイツにおける婚外子共同配慮法制をめぐる近時の議論 — 1997年親子法改正後の動向を中心として —」比較法雑誌46巻2号 (2012年) 187頁以下、同「ドイツの新しい婚外子配慮法 — 2013年4月16日改正法の意義と問題 —」法学新報120巻7・8号 (2014年) 215頁以下を参照。
 - 8 佐藤隆夫『親権 叢書民法総合判例研究③』(一粒社、1981年) 145頁以下、同「親権の本質 (離婚後の共同親権) — 現代家族法理への一提言 —」判例時報1078号 (1983年) 13頁以下、同「離婚と親権の接点 — 共同親権論への一試論 —」法律のひろば39巻3号 (1986年) 52頁以下、島津一郎「共同監護、はわが民法上可能か — 西ドイツ法および英米法との比較検討 —」『転換期の家族法』(日本評論社、1991年) 277頁以下など。
 - 9 諸外国における離婚後の親権 (監護) 法制を対象とした研究は、枚挙にいとまがない。筆者の参照し得た文献に限定しても次のものがある。石川稔「ジョイント・カストディ (joint custody) と家族の自律性」判例タイムズ511号 (1984年) 6頁以下、木幡文徳「アメリカにおける子の監護権 — テンダー・イヤー・ドクトリンからジョイント・カストディへ —」専修法学論集44号 (1986年) 29頁以下、山田美枝子「フランス親権法の改正 — 離婚後の親権共同行使の法認 —」法学政治学論究6号 (1990年) 309頁以下、神谷遊「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 —」『谷口知平先生追悼論文集 第一巻 家族法』(信山社、1992年) 183頁以下、棚村政行「離婚後の子の監護 — 面接交渉と共同監護の検討を中心として —」石川稔=中川淳=米倉明編『家族法改正への課題』(日本加除出版、1993年) 231頁以下、山口亮子「アメリカにおける共同監護法と子どもの利益 (一)」上智法学論集39巻3号 (1996年) 99頁以下、同「(二・完)」上智法学論集40巻1号 (1996年) 133頁以下、同「アメリカにおける離婚後の単独監護者決定基準の変遷 — 子どもの最善の利益考察を基にして — (一)」上智法学論集40巻3号 (1996年) 95頁以下、同「(二・完)」上智法学論集40巻4号 (1997年) 79頁以下、同「離婚後の共同親権の可能性」『家族と法の地平 — 三木妙子・磯野誠一・石川稔先生献呈論文集 —』(尚学社、2009年) 71頁以下、永田誠「ドイツ法における離婚後の共同親権 (監護権)

について」日本法学65巻4号(2000年)487頁以下、(財)日弁連法務研究財団離婚後の子どもの親権及び監護に関する比較法的研究会編『子どもの福祉と共同親権 別居・離婚に伴う親権・監護法制の比較法研究』(日本加除出版、2007年)、駒村絢子「離婚後の子の監護法制に関する一考察—オーストラリア連邦家族法における離別後の共同養育推進を手がかりに—」法学政治学論究84号(2010年)163頁以下、椎名規子「離婚後の共同親権—イタリアにおける共同分担監護の原則から—」法と民主主義447号(2010年)28頁以下、稲垣朋子「離婚後の父母共同監護について—ドイツ法を手がかりに—(1)」国際公共政策研究16巻1号(2011年)243頁以下、同「(2・完)」国際公共政策研究16巻2号(2012年)135頁以下、同「ドイツにおける離婚後の共同配慮の基本構造」国際公共政策研究19巻2号(2015年)17頁以下、床谷文雄=本山敦編『親権法の比較研究』(日本評論社、2014年)。

¹⁰ 非嫡出子に対する共同親権を説くものとして、二宮周平『事実婚の現代的課題』(日本評論社、1990年)350頁、同「非嫡出子の平等化」石川稔=中川淳=米倉明編『家族法改正への課題』(日本加除出版、1993年)366頁、田中通裕『親権法の歴史と課題』(信山社、1993年)288頁、同「親権法改正への課題」石川稔=中川淳=米倉明編『家族法改正への課題』(日本加除出版、1993年)395頁、久留都茂子「非嫡出子法が変わる」民事研修452号(1994年)8頁、棚村政行「嫡出子と非嫡出子の平等化」ジュリスト1336号(2007年)35頁などがあるが、それでも離婚後の共同親権論と比べれば比較的少ない。

¹¹ その原因については、日本では比較的容易に人工妊娠中絶が行えること、婚姻外で妊娠した場合であっても子の出生までに父母が婚姻すれば戸籍上は嫡出子として届出ができること(いわゆる「推定を受けない嫡出子」)など様々な理由が考えられようが、なぜ非嫡出子出生率が諸外国と比べて著しく低いかについての決定的な理由は明らかであるとはいえない。

¹² 非嫡出子の親権が最も問題となってきた場面の一つに、単独親権者死亡後の非親権者の親権の回復(復活)という問題があるが、これも非嫡出子の親権に特有の問題であるというよりは、離婚後の単独親権者の死亡後の場合とある程度パラレルな問題として扱われてきた感がある。単独親権者の死亡後の親権者の変更については、岡垣学「親権者の指定と変更」山島正男=泉久雄編『演習民法(親族)(新演習法律学講座6)』(青林書院、1985年)262頁以下、山島正男「単独親権者の死亡と親権者の指定・変更」沼邊愛一=太田武男=久貴忠彦編『家事審判事件の研究(1)』(一粒社、1988年)157頁以下、中川淳「親子関係にかんする審判例の軌跡—未成年の子の保護の視点から—」『夫婦・親子関係の法理』(世界思想社、2004年)233頁以下が詳しい。

¹³ 人口動態統計が示す非嫡出子出生数の経年変化は、1947年に101,580人であったのが、1980年の12,548人まで減少して以降、2014年には22,851人にまで再び増加している。戦後の非嫡出子の出生数及び出生率については、中川善之助=米倉明編『新版 注釈民法(23)親族(3)親子(1)実子』(有斐閣、2004年)262頁(泉久雄執筆)、297-300頁(前田泰執筆)、戦前戦後の非嫡出子割合については、湯沢雍彦=宮本みち子『新版 データで読む家族問題』(日本放送出版協会、2008年)128-129頁などにまとめがある。

¹⁴ 昭和53年から平成14年までの「未認知子の割合」を算出した前田泰教授は、認知件数が各会計年度単位で集計されていること及び認知届が出生年になされるわけではない点で正確な数値からは遠いと断った上で、昭和53年から平成14年までの未認知子割合の傾向を「婚外子出生の割合が増加するに伴い、未認知子が増加し、未認知子の割合が相当に高くなっている」と分析する(中川=米倉編・前掲書(注13)300頁)。

- また、非嫡出子の認知割合について、二宮周平教授は、「その年度に出生した子の何パーセントが認知されたかは不明だが、出生数と認知数の経年変化から、おおざっぱに見て婚外子の約8割が認知されていると推測できよう。」と述べる（二宮周平「現代日本における婚外子と父—法制度の検討—」孝本貢＝丸山茂＝山内健治編『父—家族概念の再検討に向けて—（シリーズ比較家族第Ⅲ期1）』（早稲田大学出版部、2003年）62頁）。
- ¹⁵ これらの数値から、数量的な変化を超えて、どの程度の質的な変化を読み取れるのかについては、なお慎重な検討を必要とするだろう。社会的な家族関係の変化について、しばしば評価者の間に、変化の程度の認識に『ズレ』が生じるのも事実である。このような『ズレ』は、国籍法3条1項が憲法14条1項に違反することを認めた最高裁判平成20年6月4日大法廷判決（民集62巻6号1367頁）の法廷意見と反対意見の中に表れたそれぞれの認識の違いにもみることができ
- ¹⁶ 子の父母との戸籍上の続柄は、従来、嫡出子の場合には、出生の順序に従って、「長男」「長女」「二男」「二女」と記載されていたのに対して、非嫡出子の場合には、一律に「男」「女」と記載されていたが、平成16年11月1日付「戸籍法施行規則の一部を改正する省令」（平成16年法務省令第76号）の公布・施行及び「嫡出でない子の戸籍における父母との続柄欄の記載について」（平成16年11月1日民一第3008号民事局長通達）の発出によって、非嫡出子の続柄も、母を基準に出生の順序に従って、嫡出子と同様の記載をすることに改められた。
- ¹⁷ 旧国籍法3条1項は、認知された子の国籍取得について、日本人父による認知に加えて「父母の婚姻」を要件としていたが、前述の最高裁判決（本稿（注15））による違憲判決を受けて成立した「国籍法の一部を改正する法律」（平成20年法律第88号）の施行によって、平成21年1月1日以降は、日本人父による生後認知の場合にも、父母の婚姻を要件としない国籍取得の道が開かれた。
- ¹⁸ 最高裁判平成25年9月4日大法廷決定（民集67巻6号1320頁）は、非嫡出子の相続分を嫡出子の2分の1とすると定めていた民法旧900条4号ただし書き前段の規定が、遅くとも平成13年7月当時において、憲法14条1項に違反していたことを認めた。さらに、同決定を受けて成立した「民法の一部を改正する法律」（平成25年法律第94号）によって、平成25年9月5日以降に開始した相続について、嫡出子と非嫡出子の相続分の平等化が立法上も図られた。
- ¹⁹ 近時の学界における家族法改正論として、2009年に日本私法学会、日本家族（社会と法）学会、ジェンダー法学会は、それぞれ家族法改正をテーマとしてシンポジウムを開催した。これら3学会のシンポジウムを紹介するものとして、本山敦＝原田綾子＝梅澤彩「特別企画 家族法改正の動向—3学会のシンポジウムから—」法学セミナー664号（2010年）42頁以下がある。さらに、日本家族（社会と法）学会は、2016年11月5日、6日の2日間にわたり、シンポジウム「家族法改正—その課題と立法提案」を開催する予定である。
- ²⁰ 前述のとおり、1896年民法成立時から1969年非嫡出子法までの立法・学説史については、田村・前掲書（注6）が極めて詳細に分析しており、特に本章における記述は、同書を参考にした点が少なくない。また、ドイツ民法典の成立からナチス期に至るまでのドイツ婚外子法の改革論をジェンダーの視点より分析するものとして、三成・前掲書（注1）248-272頁がある。
- ²¹ 田村教授は、1896年民法から1969年非嫡出子法までの母の親権に関する立法・立法論の変遷を、「後見主義から後見・親権主義へ、そしてさらに制限的親権主義への変遷」を遂げてきたと分析する（田村・前掲書（注6）166-167頁）。各主義の具体的な内容については、同書70-71頁を参照。
- ²² Vgl. H. Göppinger, Elterliche Gewalt über nichteheliche Kinder — Die neuen

Regelungen der §§ 1705 – 1712 BGB i. d. F. des Gesetzes v. 19. 8. 1969 (BGBl I 1243), FamRZ 1970, S.57.; G. Beitzke, Familienrecht, 19. ergänzte Aufl., 1977, S.209.

なお、母が非嫡出子の後見人に選任される場合については、田村・前掲書（注6）75頁以下の注194が詳しい。

²³ 来栖三郎教授は、この1589条2項を「婉曲的な表現形式としての擬制」の立法者による使用例の一つに挙げる（来栖三郎『法とフィクション』（東京大学出版会、1999年）88頁以下）。

²⁴ 1589条2項は、自然的な親子関係の存在を法的（特に民事法的）意味において否定している点で、ドイツ法学方法論の格好の一素材とされてきた。例えば、エンギッシュ教授（K. Engisch）は、法学の「恣意性（Willkürlichkeit）」及び「自然からほど遠いこと（Naturferne）」に対して一般の人々が抱いている違和感を示す例証の一つとして本条項を挙げ、次のようなエピソードを紹介している：

「私がまだ学生だった頃、一人の医学生が私の前で、当時適用されていた（今日ではもはや適用されていない）BGB1589条2項が『非嫡出子とその父は血族とはみなされない』と宣言していることに憤慨していた。彼は、法学の恣意（Willkür）を、生物学上所与であることを傲慢に否定することを、さらには場違いの羞恥心及び偽りの道徳のようなことさえをも、この規定の中に見出していたのである。彼は明らかに次のように考えていた、すなわち、法は、〔本来であれば〕あり得ないことであるにもかかわらず、このような方法で自然の事実を無視することができるのだ」（K. Engisch, Einführung in das juristische Denken, 9.Aufl., 1997, S.6.）。

²⁵ 1896年民法は、非嫡出子の父方血族の遺産に対する相続権を認めなかった一方で、父の非嫡出子に対する扶養義務は父の死亡によっても消滅せず遺産債務として父の相続人に引き継がれることを認めていた（1712条1項）。田村・前掲書（注6）299頁参照。

²⁶ 田村・前掲書（注6）299頁

²⁷ 嫡出宣告制度は、国家によって非嫡出子が嫡出子であると宣告される、父母の婚姻を伴わない準正制度の一種であり（同制度の変遷を含む概要については、田村・前掲書（注6）237頁以下の注124も参照）、後述する1961年家族法変更法が嫡出宣告に関する後見裁判所の裁量を「子の福祉」を理由として制限するまでは、「国家による恩恵的行為（Gnadenakt）（“legitimitio per rescriptum principis”）」として理解されてきた（H. Engler, Die Reform des Kindschaftsrechts, in: Engler/Schwab, Beiträge zur Familienrechtsreform, 1974, S.41.）。

なお、嫡出宣告制度を知らない日本でも、「法制審議会民法部会身分法小委員会における仮決定及び留保事項（その二）」第24において、同制度の導入が検討されていたことは注目される（法務省民事局「民法親族編の改正について—法制審議会民法部会小委員会における—」法律時報31巻9号（1959年）86頁、我妻榮ほか「親族法の改正—『法制審議会民法部会小委員会における仮決定・留保事項（その二）』に関連して—」法律時報31巻10号（1959年）42-43頁参照）。

²⁸ グラスニック博士（M. Grasnick）の指摘である（M. Grasnick, Die elterliche Gewalt des Vaters eines unehelichen Kindes, NJW 1966, S.1196.）。このような可能性はさらに、後述する1969年非嫡出子法の政府草案においても指摘されている（BT-Drucks. V/2370, S.63.）。

なお、グラスニック博士は、1960年代半ばに、後婚準正や嫡出宣告あるいは養子縁組によらない父への親権移譲に反対する論陣を張った論者の一人であり、その立場は、田村・前掲書（注6）350-351頁に詳しく紹介されている。

²⁹ ヴァイマル期からナチス期の婚外子法改革論については、三成・前掲書（注1）261-272頁を参照。

- ³⁰ ヴァイマル憲法の邦訳については、高田敏=初宿正典編訳『ドイツ憲法集（第7版）』（信山社、2016年）113頁以下も参照。
- ³¹ ヴァイマル憲法における家族条項の成立史については、倉田賀世『子育て支援の理念と方法—ドイツ法からの視点—』（北海道大学出版会、2008年）10-73頁が、119条の成立過程については、光田督良「憲法による家族の保障」DAS研究会編『ドイツ公法理論の受容と展開—山下威士先生還暦記念』（尚学社、2004年）451-477頁が、120条の成立過程及び成立後の議論については、横田光平『子ども法の基本構造』（信山社、2010年）73-95頁がそれぞれ詳細な分析を行っている。
- ³² Vgl. D. Schwab, Zur Geschichte des verfassungsrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie, in: Habscheid/Gaul/Mikat (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch zum 65. Geburtstag 2. Dezember 1976, 1976, S.906.
- ³³ 正式名称は、1949年5月23日のドイツ連邦共和国基本法（Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, BGBl. 1949 S.1.）である。なお、本稿における基本法の訳出に際しては、宮沢俊義編『世界憲法集（第4版）』（岩波書店、1983年）159頁以下（山田晟訳）、高橋和之編『新版 世界憲法集（第2版）』（岩波書店、2012年）168頁以下（石川健治訳）、高田=初宿編訳・前掲書（注30）212頁以下を参考にした。
- ³⁴ E. Schumann, Die nichteheliche Familie : Reformvorschläge für das Familienrecht mit einer Darstellung der geschichtlichen Entwicklung und unter Berücksichtigung des Völker- und Verfassungsrechts, 1998, S.106.
- ³⁵ 1922年ライヒ児童福祉法による官庁後見の導入と、同制度に対する当時の学説における評価については、田村・前掲書（注6）73頁、74頁以下の注193を参照。
- ³⁶ 1920年に開催された専門家会議（Sachverständigenkonferenz）がそれである。Vgl. W. Schubert, Die Projekte der Weimarer Republik zur Reform des Nichtehelichen-, des Adoptions- und des Ehescheidungsrechts, 1986, S.48f.
- ³⁷ W. Schubert, a.a.O. (Fn.36), S.121ff.
- ³⁸ ここで、ドイツ非嫡出子法研究における1922年草案の史的な位置づけについて触れておきたい。前述のようにドイツにおける非嫡出子の親権に関する先行研究としては、田村・前掲書（注6）があるが、同書は、後述する1925年政府草案及び1929年政府草案に触れる一方で、1922年草案には言及しない。これに対して、近年のドイツ及び日本における研究では、1922年草案も検討対象とされている（Vgl. E. Schumann, a.a.O. (Fn.34), S.109f.; 三成・前掲書（注1）263-264頁; M. Hinz, Mutter- und Vaterbilder im Familienrecht des BGB 1900-2010, 2014, S.123f.）。これら1922年草案に言及する一連の研究に共通しているのは、W. Schubert, a.a.O. (Fn.36) を底本としていることである。この点で、1922年草案は、シューベルト教授（W. Schubert）によって、1986年に『発掘』されたと評することができるのである。
- ³⁹ W. Schubert, a.a.O. (Fn.36), S.125f.
- ⁴⁰ なお、1922年草案では、父への親権付与の前提として、子への父の氏の付与が予定されていた（草案1707b条2文後段）。
- ⁴¹ Beschlüsse, Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentags, Bamberg 1922, S.227f.
- ⁴² W. Schubert, a.a.O. (Fn.36), S.142.
- ⁴³ W. Schubert, a.a.O. (Fn.36), S.142.
- ⁴⁴ W. Schubert, a.a.O. (Fn.36), S.148f.
- ⁴⁵ W. Schubert, a.a.O. (Fn.36), S.152.
- ⁴⁶ E. Schumann, a.a.O. (Fn.34), S.109.
- ⁴⁷ W. Schubert, a.a.O. (Fn.36), S.153ff.

- ⁴⁸ E. Brandis, Der Gesetzentwurf über das Unehelichenrecht und seine Probleme, 1929, S.171ff.; W. Schubert, a.a.O. (Fn.36), S.364ff. なお、1929年政府草案における親権法改正を紹介するものとして、穂積重遠「獨逸私生子法改正案について」神川彦松編『山田教授還暦祝賀論文集』（有斐閣、1930年）195頁がある。また、1929年政府草案における非嫡出子の親権関係規定の邦訳については、田村・前掲書（注6）88-89頁及び319頁を参照。
- ⁴⁹ 同趣旨の規定は、ナチス期の家族法改正草案にもみられる。1940年7月の家族法及び相続法規定の変更のための法律草案（Entwurf zu einem Gesetz zur Änderung familien- und erbrechtlicher Vorschriften（Zweites Familienrechtsänderungsgesetz））13条2項では、「親権は、父及び母に同時に付与することができない。父に親権が付与される場合には、母には子の身上を監護する権利及び義務が付与される」と定められていた（W. Schubert, Das Familien- und Erbrecht unter dem Nationalsozialismus: Ausgewählte Quellen zu den wichtigsten Gesetzen und Projekten aus den Ministerialakten, 1993, S.512.）。1940年改正法律草案の理由書は、非婚の父母の共同親権を認めない理由として、「父母間に婚姻という統一的な絆（Band）がないこと」「父母の意見の不一致から容易に生じうる不和に子が苛まれること」を挙げていた（S.530.）。
- ⁵⁰ E. Brandis, a.a.O. (Fn.48), S.76.
- ⁵¹ BVerfGE 8, S.210ff. 具体的な内容については、田村・前掲書（注6）69頁の注189を参照。
- ⁵² 一方で、1969年非嫡出子法の成立後の評価であるが、ツヴァイゲルト教授（K. Zweigert）は、次のように述べて、基本法6条5項の憲法任務がヴァイマル憲法121条よりも強く立法者に命じられることを指摘していた：
「……状況は、今日では、二つの理由から、ヴァイマル憲法の時代とは異なっている。第一に、基本法6条5項は、拘束力のないプログラム規定（Programmsatz）、つまり一ヴァイマル憲法121条のように一憲法の丁寧な願いであるだけでなく、立法者に対する拘束力のある命令なのである。そして第二に、連邦憲法裁判所は、すでに数年前に、聞き逃すことができないことに、以下のことをほめかしていたのである、すなわち、立法者の過度な遅延は、裁判所に対して、場合によっては将来いつか、非嫡出子法の必要的な訂正の責任を取ることを強制する可能性があることである」（K. Zweigert, Zur Reform des Unehelichenrechts, JuS 1967, S.241.）。
- ⁵³ 1900年から1969年までの出生総数に占める非嫡出子出生率の変化については、田村・前掲書（注6）7-8頁を参照。
- ⁵⁴ R.-v. Brünneck, Zur Einführung in das neue Recht der nichtehelichen Kinder, StAZ 1970, S.227.; E. Schumann, a.a.O. (Fn.34), S.128.
- ⁵⁵ この点については、神谷・前掲（注9）187頁、稲垣・前掲（注9）（2015年）19-20頁も参照。
- ⁵⁶ Vgl. Staudinger/Peschel-Gutzeit, BGB, 12., neubearbeitete Aufl., 1997, Vorbem zu § 1626ff Rd.4ff. (=S.13ff.)
- ⁵⁷ 田村・前掲書（注6）324頁
- ⁵⁸ マスフェラー博士は、ヴァイマル期からナチス期を経て戦後に至るまでの家族法及び身分登録法の立法作業に参加した人物であり、その生涯及びドイツ立法史において果たした役割については、C. Ciernoch-Kujas, Ministerialrat Franz Massfeller: 1902-1966, 2003が詳しい。
- ⁵⁹ 当時の1671条には、父母の離婚時の単独親権に関する規定が置かれており、1672条では、父母が一時的にではなく別居している場合に、父母の一方の申立てに基づいて、裁判所が父母のいずれに親権が帰属するのかを決定することが

定められていた。

- ⁶⁰ F. Massfeller, Überlegungen zur Reform der Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes, in: G. Erdsiek (Hrsg.), Juristen-Jahrbuch, Bd.3, 1962/63, S.158.
- ⁶¹ H. Göppinger, Die Voraussetzungen der Ehelichkeitserklärung gemäß § 1734 BGB i.d.F. des FamRÄndG v.11.8.1961 (BGBl I 1221), FamRZ 1963, S.274.
- ⁶² W. Bernhardt, Das Recht des unehelichen Kindes und dessen Neuregelung in beiden Teilen Deutschlands — Eine kritische und vergleichende Darstellung mit Hinweisen zur Reform in der Bundesrepublik, 1962, S.70.
- ⁶³ G. Boehmer, Welche Anforderungen sind an eine Reform des Rechts des unehelichen Kindes zu stellen?, Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages, Hannover 1962, Bd.I, I.Teil Heft A, S.97f.; ders., Das Problem der Brautkinder im deutschen und schweizerischen Recht, NJW 1963, S.1945. Vgl. auch, R.-v. Brünneck, a.a.O. (Fn.54), S.232.; E. Schumann, a.a.O. (Fn.34), S.129.
- ⁶⁴ E. Schumann, a.a.O. (Fn.34), S.127f.
- ⁶⁵ 離婚後の父母に共同親権を認められないとした裁判例として、OLG Hamburg, FamRZ 1956, S.241.=NJW 1956, S.995.=ZblJugR 1956, S.106.; OLG Celle, NJW 1960, S.151.=ZblJugR 1959, S.324.; LG Tübingen, FamRZ 1960, S.121.; OLG Neustadt, FamRZ 1964, S.91.などがあつた。
- なお、離婚後の父母による共同親権を認めるべきとの主張はこの時期にもみられ、とりわけ上級地方裁判所参事官（Oberlandesgerichtsrat）であつたシェヴェーラー博士（J. Schwoerer）が、父母が離婚後も子に対する共同親権を望んでいる場合には、親権を父母双方に共同して帰属させるべきであるとの主張を既に1950年代から再三行つていたことは、注目に値する。Vgl. J. Schwoerer, Anm., FamRZ 1956, S.242f.; ders., Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe und bei Getrenntleben der Eltern (§ § 1671, 1672 BGB n.F.), FamRZ 1958, S.434f.; ders., Anm., FamRZ 1960, S.122f.
- やや時代は下るが、1970年12月11日マンハイム地方裁判所決定（FamRZ 1971, S.185.）では、離婚後であっても、父母双方が特別な理由から子の福祉のためにそれを望んでいる場合には、親権を父母双方に移譲することができると判示され、本決定が恐らく離婚後の父母の共同親権を承認した初めての公表例と考えられる。本決定を含めた離婚後の共同親権に関する学説及び判例の動向については、神谷遊「西ドイツ離婚法をめぐる三つの違憲裁判例について」同志社法学36巻3号（1984年）68頁、84頁以下の注6及び注7を参照。
- ⁶⁶ H.-J. Vogel, Zehn Jahre Nichtehelichengesetz : Ein Schritt zur sozialen Rechtsordnung, Recht : Informationen des Bundesministers der Justiz 1980, S.83.
- ⁶⁷ E. Schumann, a.a.O. (Fn.34), S.130.
- ⁶⁸ W. Bernhardt, a.a.O. (Fn.62), S.46.
- ⁶⁹ D. Schwab, a.a.O. (Fn.4), S.131.
- ⁷⁰ BT-Drucks. V/2370, S.24.
- ⁷¹ なお、後述するように後見裁判所によって監護の廃止あるいは監護人の活動範囲の制限が命じられる可能性があることから、監護人が1706条において定められた権限を有することをあてにすることができないとの指摘も立法直後になされていた。Vgl. A. Knur, Familienrechtliche und erbrechtliche Probleme des Gesetzes über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder, FamRZ 1970, S.272.
- ⁷² H. Göppinger, a.a.O. (Fn.22), S.59.
- ⁷³ H. Göppinger, a.a.O. (Fn.22), S.60.
- ⁷⁴ 例えば、子の出生時点で母が未成年者である場合には、母の親権は停止し（1673条2項1文）、子の出生前に後見人が選任されていない限り、少年局が

非嫡出子の出生と同時に後見人となった（官庁後見：Amtsvormund）（1791c 条1項1文、2文）。Vgl. BT-Drucks. V/2370, S.66.; H. Göppinger, a.a.O. (Fn.22), S.64.

なお、ドイツ法においては、上記のように父母の行為能力の制限によって親権の行使が停止される場合であっても、子に対する身上監護（配慮）は、当該父母に帰属するものとされている（1673条2項2文）。ドイツ法における未成年者たる父母の親権については、阿部純一「親権の代行に関する一考察—ドイツ法との比較を通じて—」法学新報122巻1・2号（2015年）31頁以下（特に、41頁以下）も参照。

- ⁷⁵ この後見裁判所による母の親権に対する制限の排除が、必ずしも容易に認められていたわけではないことには注意しなければならない。特に、非嫡出子の父の名前を秘密にするという母の態度が1707条の「子の福祉」の判断にどのような影響を及ぼすかが、学説上、激しく議論されていたのである。例えば、ゲッピンガー教授が、1969年非嫡出子法の立法直後から一貫して、非嫡出子の母が父の名前を明かさない場合には監護の廃止や制限が行われるべきではないとの主張を展開していた（H. Göppinger, a.a.O. (Fn.22), S.63.）のに対して、ゲルンフーパー教授（J. Gernhuber）は、子の利益は是が非でも父性を確認することには向けられていないこと、子が困窮していない場合などには経済的損失が甘受されなければならないこと、無知な官庁監護人（der unwissende Amtspfleger）は無価値同然であることなどを理由として、母が父の名前を明らかにしない場合であっても官庁監護に対する母の優位性が保障されるべきと主張していた（Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 4., völlig neubearbeitete Aufl., 1994, § 60 I 5. (=S.942ff.))。

さらに、実際の裁判例においても、LG Düsseldorf, FamRZ 1971, S.196.; LG Offenburg, FamRZ 1971, S.319. = NJW 1971, S.1413. = DAVorm. 1971, S.158. などでは、母が父の名を明かすことを拒絶する場合であっても、官庁監護を廃止できることを認めたのに対して、OLG Karlsruhe, FamRZ 1972, S.95.; BayObLG, FamRZ 1972, S.521.; BGH, BGHZ 82, S.173. = NJW 1982, S.381. = FamRZ 1982, S.159. などでは、非嫡出子の母が父の名前を秘密にしている場合に、少年局による官庁監護を全面的に廃止することは子の福祉に反するとされた。Vgl. W. Müller-Freienfels, Das Recht des nichtehelichen Kindes in der Bundesrepublik Deutschland, in: Deutsche zivil- und kollisionsrechtliche Beiträge zum IX. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Teheran, 1974, S.104.; Staudinger/Göppinger, BGB, 12., neubearbeitete Aufl., 1992, § 1707 Rd.23f. (=S.40f.).

- ⁷⁶ 厳密には、後婚準正により父が親権を取得することは、非嫡出子法の範疇というよりは嫡出子法の範疇に本来属するものといえよう。ミュラー-フライエンフェルス教授（W. Müller-Freienfels）も、父が非嫡出子に対する親権を取得する場面に後婚準正を含めることは適切ではないとの認識を示す。Vgl. W. Müller-Freienfels, a.a.O. (Fn.75), S.105.

- ⁷⁷ 同条は、それまで実務上認められていた、実父母による自己の非嫡出子との養子縁組が1969年非嫡出子法によって明文化されたものである。

- ⁷⁸ 1976年7月2日の養子縁組及び他の諸規定の変更に関する法律（Gesetz über die Annahme als Kind und zur Änderung anderer Vorschriften, BGBl. 1976 I S. 1749.）（1977年1月1日施行）

- ⁷⁹ ドイツ法において、非嫡出子の父が自己の非嫡出子を養子にすることの意義は、主として父が子に対する親権（配慮権）を取得する点にあったといえる。その正当性については、1896年民法の施行以来、1997年親子法改正によって嫡出・非嫡出の法的区別が撤廃され、自己の婚外子を養子にする意義が失われるまで

- の約100年間、ほぼ一貫して肯定されてきた。他方で、非嫡出子の母が自己の非嫡出子を養子にすることについては、前述の家族法変更法によって非嫡出子の母による親権行使の可能性が部分的に開かれて以降、一部学説からその問題性が指摘され始める。ドイツにおける自己の非嫡出子の養子縁組を巡る議論の変遷については、阿部純一「実父母との養子縁組による非嫡出子の法的地位の改善」中央大学大学院研究年報（法学研究科篇）39号（2010年）95頁以下（子に対する親権取得のための父による養子縁組については、特に104頁以下）を参照。
- ⁸⁰ このことから、嫡出宣告や養子縁組が、実務ではほとんど利用されていなかったとの指摘もある。Vgl. Zenz/Salگو, Zur Diskriminierung der Frau im Recht der Eltern-Kind-Beziehung, Schriftenreihe des Bundesministers für Jugend, Familie und Gesundheit Bd.133, 1983, S.71.
- ⁸¹ Vgl. E. M. v. Münch, a.a.O. (Fn.1), S.94. なお、このような定式化はあまりなじみがないものではあるが、日本法学において使用例がないわけではない。例えば、川島武宣教授は、「entweder-oderの論理」「有か無かの（entweder-oder）のカテゴリー」という表現形式を使用している（川島武宣『近代社会と法』（岩波書店、1959年）130頁、140頁）。
- ⁸² Vgl. I. Schwenzer, „...Vater sein dagegen sehr! – Kritische Anmerkungen zur elterlichen Sorge für nichteheliche Kinder –“, FamRZ 1985, S.1207. (=in: dies, Familie und Recht: Ausgewählte Beiträge aus 25 Jahren, 2010, S.467.)
- ⁸³ S. Simitis, Personen- und personenstandsrechtliche Grundfragen des neuen Nichtehelehenrechts, StAZ 1970, S.263.; F. Odersky, Nichtehelehen-Gesetz, 4. neubearbeitete und erweiterte Aufl., 1978, § 1705 Anm.III (=S.326.)
- ⁸⁴ いずれも男女同権法によって新たに規整されたものである。男女同権法以前の規定については、1896年民法1684条、1685条を参照。
- ⁸⁵ Vgl. G. Beitzke, a.a.O. (Fn.22), S.210.; P. H. Neuhaus, Die Kinder der neuen „Familien“, ZblJugR 1981, S. 41.; I.Schwenzer, a.a.O. (Fn.1), S.259.; Staudinger/Göppinger, a.a.O. (Fn.75), Vorbem zu § § 1705ff R.d.23 (=S.8.) また、離婚後の父母について同様の可能性を指摘するものとして、A. Dieckmann, Betrachtungen zum Recht der elterlichen Sorge – vornehmlich für Kinder aus geschiedeter Ehe –, AcP 178 (1978), S.307.; H. Holzhauser, Verwandtschaftliche Elternstellung, verfassungsmäßiges Elternrecht und elterliche Sorge, FamRZ 1982, S.115.がある。
- ⁸⁶ I. Schwenzer, a.a.O. (Fn.1), S.259.; dies, a.a.O. (Fn.82), S.1202. (=in: dies, Familie und Recht: Ausgewählte Beiträge aus 25 Jahren, 2010, S.451.)
- ⁸⁷ BT-Drucks. V/2370, S.19. 傍点は筆者による。
- ⁸⁸ BT-Drucks. V/2370, S.19.
- ⁸⁹ BT-Drucks. V/2370, S.20. 傍点は筆者による。
- ⁹⁰ 以下の内容は、特に断りのない限り、BT-Drucks. V/2370, S.19f., 62f.; Jansen/Knöpfel, Das neue Unehelichengesetz: Die Gesetzesvorlage der Bundesregierung, Die Amtliche Begründung, Erläuterungen, 1967, S.79., 261f., 286.に基づく。
- ⁹¹ 以下のような非嫡出子の母に対する立法者のイメージについては、田村・前掲書（注6）169頁以下も参照。
- ⁹² 1969年非嫡出子法草案に表れた非嫡出子の父に対する立法者のイメージについては、田村・前掲書（注6）357頁以下も参照。さらに、非嫡出子の父に対する以下のような評価は、1896年民法の立法者の評価にも表われている（田村・前掲書（注6）304頁参照）。
- ⁹³ BT-Drucks. V/2370, S.20., 63. 傍点は筆者による。
- ⁹⁴ BT-Drucks. V/2370, S. 62. このような認識は立法後の学説においても一部支持されていた。例えば、子の父による脅しに対する不安から子の出自の訴えを行わず、

それによって子の扶養請求権及び相続権を妨げる母たちが存在する一方で、子の父 — 場合によっては、母以外の女性と婚姻している父 — に対する配慮から、子の請求権を放棄する母が存在しており、監護人は、このような母及び父から子を守るべき存在であると考えられたのである。Vgl. E. M. v. Münch, a.a.O. (Fn.1), S.94f.

⁹⁵ BT-Drucks. V/2370, S. 62f.

⁹⁶ BT-Drucks. V/2370, S.63. 傍点は筆者による。

⁹⁷ BT-Drucks. V/2370, S.63.

⁹⁸ F. Odersky, a.a.O. (Fn.83), § 1705 Anm. III (=S.325f.); F. W. Bosch, Rückblick und Ausblick oder: De legibus ad familiam pertinentibus — reformatis et reformandis?, FamRZ 1980, S.854.; G.Knöpfel, Faktische Elternschaft, Bedeutung und Grenzen, FamRZ 1983, S.324.

⁹⁹ BT-Drucks. V/2370, S.63.

¹⁰⁰ BT-Drucks. V/2370, S.63.

¹⁰¹ H. Lange, Das neue Nichtehelichenrecht, NJW 1970, S.298.

¹⁰² P. H. Neuhaus, Kindeswohl oder Elternrecht?, FamRZ 1972, S.279.

なお、ノイハウス教授は、1969年非嫡出子法の草案に対してすでに、嫡出子と非嫡出子の完全な平等化を主張していた (P. H. Neuhaus, Das Ende des deutschen Unehelichenrechts, FamRZ 1966, S.528.)。

¹⁰³ K. Zweigert, a.a.O. (Fn.52), S.243f.

¹⁰⁴ S. Simitis, a.a.O. (Fn.83), S.263f. 傍点は筆者による。

¹⁰⁵ F. W. Bosch, Das neue Recht des nichtehelichen Kindes in Deutschland: Ein Vergleich mit schweizerischem Recht und schweizerischen Reformbestrebungen, FamRZ 1970, S.165.

¹⁰⁶ Vgl. H. Göppinger, a.a.O. (Fn.22), S.65.

¹⁰⁷ G. Beitzke, Zur Ehelicherklärung von Konkubinatskindern, FamRZ 1974, S.554.

¹⁰⁸ R. Frank, Grenzen der Adoption: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Schutzbedürftigkeit faktischer Eltern-Kind-Verhältnisse, 1978, S.124f.

¹⁰⁹ L. M. Peschel-Gutzeit, Eine stille Revolution: Von der Nichtverwandtschaft zur Gleichberechtigung des nichtehelichen Vaters, in: Schwab/Dose (Hrsg.), Familienrecht in Praxis und Theorie: Festschrift für Meo-Micaela Hahne zum 65. Geburtstag am 18. März 2012, 2012, S.444.

¹¹⁰ D. Schwab, a.a.O. (Fn.5), S.78.

¹¹¹ 母が同意している場合や、母に故障があるか母が死亡した場合には、父への親権の移譲が認められるべきであるとの主張自体は1969年非嫡出子法以前から存在した。そのような主張としては、1962年の第44回ドイツ法曹大会におけるツヴァイゲルト教授やミュラー-フライエンフェルス教授の主張がある (田村・前掲書 (注6) 327頁以下参照)。さらに、非嫡出子立法後もそのような批判が止むことはなかった。Vgl. W. Müller-Freienfels, a.a.O. (Fn.75), S.105ff.

その一方で、そもそも非嫡出子の母から父への親権の移譲が、非嫡出子の父の基本法上の親の権利からは導出されないという見解もあった。Vgl. G. Beitzke, a.a.O. (Fn.107), S.555.; auch, P. Schlosser, Der Einfluß des Grundgesetzes auf die privatrechtliche Stellung des unehelichen Kindes, FamRZ 1963, S.624f.

¹¹² BT-Drucks. V/2370, S.19.

¹¹³ BVerfGE 56, 363. =FamRZ 1981, S.429.=NJW 1981, S.1201.=EuGRZ 1981, S.178. =JZ 1981, S.387.

¹¹⁴ BVerfGE 56, 373ff.

¹¹⁵ BVerfGE 56, 376ff.

- ¹¹⁶ BVerfGE 56, 382.
¹¹⁷ BVerfGE 56, 383.
¹¹⁸ BVerfGE 56, 384.
¹¹⁹ BVerfGE 56, 387.
¹²⁰ BVerfGE 56, 388.
¹²¹ BVerfGE 56, 388.
¹²² BVerfGE 56, 388.
¹²³ BVerfGE 56, 389f.
¹²⁴ BVerfGE 56, 390.
¹²⁵ BVerfGE 56, 393f.
¹²⁶ 民法学においても、例えば、デレ教授（H. Dölle）は、「基本法 6 条 2 項において保障された親の権利は、非嫡出子の母に帰属する」（H. Dölle, Familienrecht Bd.II, 1965, § 102 V 1 b（=S.384.））として、非嫡出子の母の親の権利を承認していた。
¹²⁷ なお、非嫡出子の母の親の権利を認めない「数少ない例外」としてハンスマン（K. Hansmann）の立場（Vgl. K. Hansmann, Der Elternbegriff des Art.6 Abs.2 des Grundgesetzes, FamRZ1962, S.454.）があったことが横田光平教授によって紹介されている（横田・前掲書（注31）182頁、201頁の注243参照）。
¹²⁸ H. Peters, Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, IV 1, 1960, S.375.; K. Hansmann, a.a.O. (Fn.127), S.454.; F. W. Bosch, Welche Anforderungen sind an eine Reform des Rechts des unehelichen Kindes zu stellen?, Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages, Hannover 1962, Bd.I, I.Teil Heft B, S.56., 90.; Erman/Hefermehl, BGB, 6., neubearbeitete Aufl., Bd.2, 1975, § 1705 Rd.5. (=S.1140.); G. Beitzke, a.a.O. (Fn.22), S.212.; F. Odersky, a.a.O. (Fn.83), § 1705 Anm.III (=S.325.)
¹²⁹ H. Krüger, Uneheliche Kinder, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, IV 1, 1960, S.354.; M. Horstmann, Zum Problem der personenrechtlichen Beziehungen im außerehelichen Eltern-Kind-Verhältnis: Der Zusammenhang zwischen der Institution der Familie und der elterlichen Gewalt, 1967, S.35.; S. Simitis, a.a.O. (Fn.83), S.264. ; K. Hahnzog, Inhaber des Elternrechts aus Art.6 Abs. II GG, FamRZ 1971, S.337f.; Münchener/Hinz, BGB, 1978, Vor § 1705 Rd.9 (=S.1561.); J. Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, 3., völlig neubearbeitete Aufl., 1980, § 5IV5. (=S.45f.)
¹³⁰ BVerfGE 56, 383.
¹³¹ M. Hinz, a.a.O. (Fn.38), S.250.
¹³² M. Wingen, Der soziologische Tatbestand der nichtehelichen Lebensgemeinschaften, FamRZ 1981, S.331.
¹³³ J. Kropholler, Kritische Bestandsaufnahme im Nichtehelehenrecht, AcP 185 (1985), S.248.
¹³⁴ このことは、すでに判決直後から予測されていた。Vgl. H. Schwaiger, Zum Elternpflichtrecht des nichtehelichen Vaters in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1982, S.10.