

ドイツ婚外子共同配慮法の形成過程（3）
— 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 III
— 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

2 基本法上の問題 (以上 52巻1号)

3 比較法及び国際条約との関係

(1) 外国法における発展

(2) 条約との関係

4 東西ドイツ統一

(1) 東ドイツにおける教育権

(2) 教育権の共同行使と法の統一問題

(3) 東ドイツにおける婚外子の状況

5 具体的改正提案

(1) 肯定説

(2) 否定説

(3) ボッシユ教授の異見

6 小括 (以上 本号)

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

3 比較法及び国際条約との関係

1980年代の学説における非嫡出子法を巡る議論の多くは、ドイツ以外のヨーロッパ諸国における非嫡出子法改革に注目する。ドイツ法が非嫡出子法の改革に着手しないことは、非嫡出子の法的地位を現実に改善しようとする世界的傾向に逆行するものであった。さらに、ヨーロッパ諸国及び世界各国が批准する国際条約は、国際基準へのドイツ法の適合性を問題とする契機となった。非嫡出子の配慮権を巡るドイツの議論に対して比較法及び各種国際条約がどのような影響を与えたのかについて、以下詳しくみていく。

(1) 外国法における発展

ヨーロッパ諸国は、婚外子出生数の増加、全出生子に占める婚外子の割合の増加、非婚生活共同体数の増加など、1960年代以降の婚外家族を巡る社会状況の急激かつ不可逆的な変化に対応すべく、法改正によって、嫡出子と非嫡出子との完全な平等化や、非嫡出子のための特別規整の廃止などを実現していた²⁸⁰。

学説においては、ヨーロッパ諸国の経験してきた法発展をドイツにおける非嫡出子法改正の一契機として捉え、比較法的な観点から改正の必要性が説かれる。比較法的にみれば、1969年非嫡出子法以降、大きな改革を行ってこなかったドイツ法はもはや、「ヨーロッパの基準に照らすと、非嫡出子のあらゆる差別撤廃の点でも、指導的なものではな」かった²⁸¹。ドイツ法がこのような国際的潮流から取り残されつつあることに対する危機感は、1992年にシュヴェンツァー教授が発した、「ドイツ非嫡出子法は、ヨーロッパの発展のしんがりをなしている (Schlußlicht) だけではなく、むしろ全世界的発展のしんがりをなしていると考えられる」という言葉にも表れている²⁸²。

ヨーロッパ諸国においては、婚外子に対する共同親権の可能性もまた、漸次、非婚の父母に開かれていた。旧東ドイツ以外の旧東欧社会主義諸国を別とすれば²⁸³、1990年代前半までのヨーロッパにおいて、婚外子に対する非婚の父母の共同親権は、主として以下の四種の立法主義に大別された²⁸⁴。

第一の法制は、非婚の父母による共同親権を認める条件として、父母の共同

の申立て、共同生活の事実の存在、子の福祉に関する裁判所の審査を要求する（第一立法主義）。その代表例としては、オーストリア法²⁸⁵が挙げられる。この立法主義は、他の立法主義と比べて、非婚の父母の共同親権のために最も高い条件を課すものである。

第二は、国家の関与による子の福祉審査を経て、非婚の父母による共同親権を認める法制である（第二立法主義）。旧東ドイツにおける家族法変更法（FamRÄndG）²⁸⁶、デンマーク法²⁸⁷、フィンランド法²⁸⁸がこれに属する。

第三は、父母の共同生活がある場合に、非婚の父母による共同親権を認める法制である（第三立法主義）。イタリア法²⁸⁹、ベルギー法²⁹⁰がこれに属し、さらに、ポルトガル法は、これに加えて父母双方による共同の意思表示を要求する²⁹¹。

最後の法制は、父母による共同の申立てに基づいて共同親権を認めるものであり（第四立法主義）、フランス法²⁹²、イギリス法²⁹³、ノルウェー法²⁹⁴、スウェーデン法²⁹⁵がこれを採用する。

四種の立法主義は、それぞれ父母にどのような要件を求めるかという点において異なるが、非婚の父母にも共同親権行使の可能性を認める点では一致している。学説においては、このような外国法における発展を指摘した上で、ドイツ法においても非婚の父母が親の配慮を共同して行使する可能性が開かれるべきことが主張されるが、そこで注目されるのは、ドイツの学説における具体的な改正提案が、上記の立法主義の相違に対応している点である²⁹⁶。

なお、比較法的な影響は、非嫡出子に対する共同配慮だけにみられるものではなく、非嫡出子の母の配慮に付帯している強制的な官庁監護制度の廃止や、（特に非嫡出子の母の死亡や故障の際に）母から父に配慮権を移譲する可能性なども、外国法制との関連で問題にされていた²⁹⁷。

（2）条約との関係

国際条約との関連で非嫡出子に対する配慮権が問題となるのは、①ヨーロッパ人権条約、②ヨーロッパ非嫡出子条約、③子どもの権利条約である。1980年代の学説ではまず、ヨーロッパ人権条約及びヨーロッパ非嫡出子条約から導出されるヨーロッパの非嫡出子法の基準にドイツ法が適合するか否かが問題とされ、さらに1990年代になると、子どもの権利条約へのドイツ法の適合性が問題

とされる。

①ヨーロッパ人権条約

ヨーロッパ議会の全加盟国によって批准された1950年11月4日のヨーロッパ人権条約 (Europäische Menschenrechtskonvention—EMRK—, BGBl.1952 II S.686.) との関連では、ベルギー婚外子法の人権条約適合性が争われたヨーロッパ人権裁判所1979年6月13日判決 (マルクス事件—Marckx v. Belgium—)²⁹⁸ が重要である。

具体的に問題となったのは、パウラ・マルクス (Paula Marckx) (1925年生) と彼女が1973年に婚姻外で出産したアレクサンドラ (Alexandra Marckx) とのベルギー法上の母子関係、及びその法的身分関係に基づく諸効果である²⁹⁹。当時のベルギー民法は、婚姻外で生まれた子の母子関係については、一婚姻中に生まれた子の場合とは異なり一母による認知あるいは子または子の法定代理人による母親捜索の訴え (action en recgerche de maternité) を要求し、母子関係が発生した後も、母方血族との血族関係は認められていなかった。その結果、子は、母方血族に対する無遺言相続権を持たず、母方祖父母との間に扶養義務を生じなかった。また、母との相続関係においても、非嫡出子には、完全な無遺言相続権は認められず、嫡出子の相続分の4分の3の割合で母の遺産に対する権利を有するに過ぎず、母が生前処分あるいは遺言による処分を行う場合にも、非嫡出子は、無遺言相続において非嫡出子に認められる割合を超えて財産を受領することができなかった。母が自己の非嫡出子を養子にする場合には、子は母の相続について嫡出子と同じ権利を有したが、この場合にも、母方血族の遺産については無遺言相続権を有しなかった。

人権裁判所は、ベルギー民法が、非嫡出子とその母との血族関係を母の認知または裁判所による母子関係の確認によって初めて生じるとする点について、非嫡出子は母方祖父母及びその他の母方血族と血族関係に立たないとする点について、並びに相続権において嫡出子と非嫡出子との間で区別的な取扱いをしている点について、それぞれ人権条約14条との関連における人権条約8条³⁰⁰に違反すると判示した。その前提として、裁判所は、人権条約8条が嫡出家族と非嫡出家族とを区別せず、同条の保障する「家族生活の尊重 (Achtung des

Familienlebens)」はいずれの家族にも適用されること、及び嫡出子と非嫡出子との区別的な取扱いは、それが客観的・合理的な理由によって正当化されない場合には、人権条約14条との関連における人権条約8条に違反することを確認した。

本判決は、あくまでもベルギー法に関する判断であり、確かにドイツ法に直接的な変化をもたらすものではない。実際に、ボッシュ教授(F. W. Bosch)は、「問題の判決（マルクス事件）は、ベルギー法に関して出されたものであり、大規模なドイツ法の修正は適切ではない」³⁰¹と述べ、本判決のドイツ法への影響を限定的に捉えていた。しかし、本判決が嫡出子と非嫡出子との不合理な区別がヨーロッパ人権条約違反となることを認めたことは、いずれの締約国においてもそのような区別を設けることが許されないことを意味しており、本判決の意義及び影響は、ドイツを含むすべてのヨーロッパ人権条約締約国に及ぶものであった³⁰²。さらに、本事件において、ヨーロッパ人権裁判所が人権条約8条に関する初めての解釈を示し、その後の家族法に関する一連の判例に先鞭をつけたという意味でも現在に至るまで重要な判例であることは疑いない。本判決を一言で表すならば、「非嫡出性の終焉とヨーロッパ家族法の始まり（The end of illegitimacy and the beginning of European family law）」³⁰³を同時にもたらした判決ということができるのである。

本事件では直接的には非嫡出母子間の問題が扱われたが、前記のように「家族生活の尊重」がすべての者に保障されると判示されたことから、父の法的地位についても本事件の意義を認め³⁰⁴、非婚の父の配慮権からの排除を人権条約との関係で問題とするものがあつた。

例えば、ヤイメ教授(E. Jayme)は、「父をいかなる場合にも親の配慮から排除することは、ヨーロッパ人権条約8条、14条と一致しないだろう」と指摘し³⁰⁵、シュテッカー博士(H. A. Stöcker)³⁰⁶やシュヴァイガー教授(H. Schwaiger)³⁰⁷も同様の論陣を張った。クロフォラー教授は、ドイツ法が具体的状況を顧慮することなく、非嫡出子に対する配慮権から父を排除していることが「ヨーロッパ人権条約8条、14条の差別禁止に一致しえないだろう」と述べ³⁰⁸、さらには、官庁監護による干渉(1706条)、父の交流権の制限(1711条)及び相続法上の特別規定(特に、相続代償請求権に関する1934a条以下)も人

権条約の要求に反すると主張した³⁰⁹。

これに対して、シュトゥルム教授（F. Sturm）は、非嫡出子の父を配慮権から一般的に排除しているドイツ法の立場がヨーロッパ人権条約に違反すると主張するこれらの見解に対する批判を展開した³¹⁰。

また、1981年9月1日ベルリン上級地方裁判所決定³¹¹は、たとえ父母が子と健全な事実上の家族（intakten tatsächlichen Familie）において共同生活を営んでおり、かつ父を親の責任に等しく関与させることが母の希望に合致する場合であっても、非嫡出子に対する配慮権を母に割当てている1705条1項の規定が基本法6条だけでなくヨーロッパ人権条約14条との関連における8条にも違反しないと判示していた³¹²。

②ヨーロッパ非嫡出子条約

非嫡出子法に関連する条約の中で最も重要なものの一つに、1975年10月15日の非嫡出子の法的地位に関するヨーロッパ条約（European Convention on the Legal Status of Children born out of Wedlock; Europäisches Übereinkommen über die Rechtsstellung der unehelichen Kinder）—以下、ヨーロッパ非嫡出子条約—³¹³がある。

本条約については、ドイツ連邦共和国は同条約を批准していないにもかかわらず³¹⁴、ドイツ法における非嫡出子法規整の条約適合性が問題とされた。実際に、1980年にレプシウス連邦議会議員（R. Lepsius）の議会質問に対する回答において、当時の連邦司法省政務次官デ・ヴィト（H. de With）は、1969年非嫡出子法によって非嫡出子の法的地位が決定的に改善されており、ドイツ法がヨーロッパ非嫡出子条約の基本的な要求をすでに満たしていると述べていた³¹⁵。

もっとも、学説においては、ドイツ法があらゆる点において本条約によって要求される基準に適合しないことが問題として指摘されていた。例えば、クロフォラー教授は、同条約9条³¹⁶によって非嫡出子は「父母の遺産及び父母の家族構成員の遺産に対し、嫡出子と同等の権利」を有するとされるが、そこでは相続分の平等だけでなく参加方法の平等も要求されているために、相続代償請求権（1934a条以下）は同規定と一致せず、さらに、現行ドイツ法の状況を

維持したまま条約を批准するには、多くの留保を付す必要があるとドイツ法の立場を厳しく批判していた³¹⁷。

非嫡出子に対する配慮権との関連では、特に同条約7条が重要である。同条約7条1項は、「非嫡出子の出自が父母双方について確立した場合に、親権（parental authority）は、法律上、父だけに認められるものとするとはできない。」と規定し、さらに2項では、「親権は移譲できるものとしなければならない。いかなる場合に親権が移譲されるかについては、国内法がこれを定める。」と規定した³¹⁸。

本規定自体は、締約国に対して非嫡出子の父母による共同親権の導入を直接的に義務づけているわけではない。本条約に関するヨーロッパ議会の報告書³¹⁹でも、条約7条については、「親権の帰属や移譲は、国内法によって定められるものとする。」（Ziff.31）として、親権の帰属のあり方については各締約国の立法裁量を認めていた。他方で、同報告書は、条約7条第1項に関する説明の中で、「……本規範 [=条約7条第1項] は、親子関係が父母双方について確立した場合にのみ、適用することができる。もっとも、このことは、非嫡出子の親権が、父と母に共同して帰属することを妨げない。後者の解決策 [=親権の共同帰属] は、子の父母が婚姻していないが同居している場合には、子にとって非常に望ましいものになるだろう……」（Ziff.32）³²⁰と述べて、父母双方との親子関係が確立した場合に、父母の非嫡出子に対する共同親権の可能性を排除してはいなかった。条約7条と非嫡出子の父母による共同配慮がどのような関係にあるのかについて、ドイツの学者の見解は分かれる。

シュトゥルム教授は、本条約が父母に親の配慮を共同して帰属させるべきことを予定していないことを指摘した上で、「条約7条は、むしろ、まったく別のことを規定している。すなわち、親の配慮は、母子関係及び父子関係が確認された場合には、法自体によって父に割り当てられるべきではなく（1項）、移譲できるものとされなければならない（2項）、どのような場合に父母の一方から他方へのこのような移譲が生じるべきかの判断は依然として締約国に委ねられる」³²¹と述べ、条約7条と共同配慮の関連性を否定していた。

これに対して、共同配慮と条約7条との関連性を認める見解も主張されていた³²²。シュヴェンツァー教授は、諸外国における多くの法制が父への親権移譲

の可能性を開いただけでなく、非嫡出子の父母に対して親権を認めてきたことを指摘した上で、「ヨーロッパ非嫡出子条約7条も、国内法は適切な場合には父に配慮権を一通常のケースを超えて、すなわち母の配慮権を超えて一委ねる可能性を予定しなければならないと定めている。父母が共同生活を営む場合には、非嫡の父母の共同配慮権が望まれる」³²³と述べる。さらに、ヤイメ教授も、前述の本条約に関するヨーロッパ議会の報告書に触れながら、「父母が一婚姻していないにもかかわらず一共同生活を営んでいる場合には、共同の親の配慮が最善の解決策であるように思われる」³²⁴と述べていた。

③子どもの権利条約

ドイツ連邦共和国は、1992年3月6日に子どもの権利に関する条約（Convention on the Rights of the Child; Übereinkommen über die Rechte des Kindes, BGBl. 1992 II S. 121.）（1992年4月5日発効）—子どもの権利条約³²⁵—を批准した。非嫡出子の父母の共同配慮については、条約18条1項が問題となる。

子どもの権利条約18条1項³²⁶は、「締約国は、父母双方が子の教育及び発達について責任を負うという原則についての認識を確保するために最善の努力を払う。父母または場合によっては後見人は、子の教育及び発達について第一義的な責任を負う。その際に、子の福祉はこれらの者の基本的関心事である。」と規定する³²⁷。学説上は、条約18条1項が、「父母双方（beide Elternteile）」とのみ規定しており、父母が婚姻しているか否か、あるいは父母が共同生活しているか否かによって区別をしていないことが指摘されていた³²⁸。

これに対して、ドイツ政府は、次のような解釈宣言³²⁹を行うことによって、ドイツ法が子どもの権利条約18条1項に違反しないことを確認していた：

「ドイツ連邦共和国政府は、条約18条1項の発効によって、婚姻を締結していない父母、婚姻しているが継続的に別居をしている父母、あるいは離婚した父母を持つ子についても、親の配慮が、自動的に、かつ個別のケースにおける子の福祉を顧慮することなく、父母双方に帰属することは、条約18条1項から導出されないという見解である。このような解釈は、条約3条1項と一致しないだろう。とりわけ、父母が配慮権の共同行使について意見が一致していない場合を顧慮すれば、個別のケースの審査が必要となる。それゆえ、ドイツ連邦共和国は、(a) 未成年者の権利主張についての未成年者の法定代理

に関する国内法規定、(b) 嫡出子についての配慮権及び交流権に関する国内法規定、並びに (c) 非嫡出子の家族関係及び相続関係に関する国内法規定も、条約の諸規定には抵触しないことを宣言する。このことは、親の配慮に関する法について計画された新秩序に関係なく適用される。その新秩序の形態は、依然として国内法立法者の裁量に属する」³³⁰。

以上の非嫡出子に対する配慮権と国際条約との関係を要約すれば、ヨーロッパ人権条約との関係では親の配慮からの非嫡出子の父の排除が、ヨーロッパ非嫡出子条約及び子どもの権利条約との関係では共同配慮の可否がそれぞれ問題とされたが、ドイツ法の条約適合性については、条約に抵触するという主張が散見される一方で、シュトゥルム教授や連邦政府のように条約との適合性を肯定する立場もあったといえる。

4 東西ドイツ統一

外国法における法発展や国際条約に関連する諸問題は、単にドイツ特有の問題にとどまらず、むしろヨーロッパ各国法さらには世界各国法一に共通する問題であるといえる。これらの問題と比べるとやや異質であり、ドイツ特有の問題と考えられるのが、東西ドイツ統一に伴う法的問題である。

周知のように、第二次世界大戦終結後にドイツ連邦共和国とドイツ民主共和国とに分断されていたドイツは、1990年10月3日に統一条約（Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands, BGBl. 1990 II S. 889.）³³¹に基づきその悲願であった再統一を果たした。東西ドイツ統一は、旧東ドイツ諸州がドイツ連邦共和国に加入するという方法で行われ（統一条約1条）、旧東ドイツにおいて適用されていた法律は、一部の例外を除いて廃止され、原則として連邦共和国の法律が適用されることとなった（統一条約8条）³³²。家族法もまた、一部の適用除外を除けば、原則としてBGBの諸規定が旧東ドイツ諸州についても適用されることとされていた³³³。

(1) 東ドイツにおける教育権

はじめに、旧東ドイツ家族法において婚外子に対する教育権 (Erziehungsrecht)³³⁴がどのような変遷を経てきたのかを確認しておこう³³⁵。

旧東ドイツ法の歴史は、1949年10月7日の憲法制定に始まる。婚外子との関係では、1949年10月7日のドイツ民主共和国憲法33条は、「婚姻外の出生は、子にもその父母にも不利益になってはならない。これに反する法律及び規定は、廃止される。」と規定していた。

具体的な教育権 (監護権) に関する諸規定は、1950年9月27日の母親及び子の保護並びに女性の権利に関する法律 (Gesetz über den Mutter- und Kinderschutz und die Rechte der Frau, GBl. 1950, S.1037.) がこれを定めた。

まず、婚内子の監護権について、同法16条1項は、「子及びその財産について監護する (sorgen) 権利及び義務を含む親の監護 (elterliche Sorge) 並びに子を代理する権利は、夫婦双方に共同して帰属する」と規定し、これまでのBGBとは異なり、夫婦が共に子に対する監護権限を有することを認めた。さらに、同条2項においては、「後見裁判所は、申立てに基づいて、子のために必要な場合には職権で、単独で親の監護を有する父母の一方に対して補佐人 (Beistand) を選任しなければならない」として、単独監護権者となった父母が補佐人の選任を求めることができることが、同条3項では、「過去の婚姻に生まれた子に対する女性の監護権 (Sorgerecht) は、彼女の再婚によって失われない」ことがそれぞれ規定された。

婚外子の監護権については、同法17条1項において、「婚外出生は、不名誉ではない (kein Makel)。婚外子の母には、完全な親の諸権利 (die vollen elterlichen Rechte) が帰属する、それらの諸権利は、子のために後見人が就任することによって制限されてはならない。父に対する請求権の調整のためだけに、下級行政庁は、母の保佐人として活動するものとする。」とされた。本法律が婚外子の母への完全な監護権限の帰属を認め、母子以外の第三者 (後見人、補佐人) の関与を限定したことは、従前のBGBの立場と大きく異なる点であるが、母を婚外子の監護権者とし、父母による共同監護を予定しなかった点では、それまでの法状況に大きな変化をもたらすものではなかった³³⁶。

それにしても、婚外出生が不名誉ではないことを法律において宣言している

ことは象徴的である。本法律は、ドイツ民主共和国の建国直後に登場した立法であることも踏まえれば、当時の社会的実情を反映したものというよりは、新しい国の家族法上の理念を宣言的に規定したものとみることができる。

その後、ドイツ民主共和国において初めての本格的な家族法典として、1965年12月20日のドイツ民主共和国家族法典（*Familiengesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik*, GBl. I 1966 Nr.1 S.1.）— FGB — が登場する³³⁷。

FGB46条1項1文は、「子の出生時に子の父母が婚姻していない場合には、母が単独で教育権を有する」と規定していた。この点、前述の1969年非嫡出子法による改正後のBGB1705条1文が、非嫡出子の配慮権は原則として母が単独で行使するものとしていたことを考えると、非婚の母の配慮権（教育権）に関しては、東西でそれほど大きな違いはなかったように思われる。また、FGB46条2項1文は、「母が死亡した場合あるいは母が教育権を喪失した場合には、教育権は、少年援助機関（*das Organ der Jugendhilfe*）によって、父、祖父母、あるいは祖父母の一方に割り当てることができる。」と規定していた。BGBでは、このような場合には後見の開始が原則であり（BGB1773条以下）、父が後見人に選任されることはあっても、父に配慮権が委ねられることはなかった。さらに、FGBが、父だけではなく子の祖父母への教育権の割り当てを予定していたことも興味深い。

いずれにせよ、1965年のFGB成立時点では、非婚の父母が共同で教育権を行使することは、東ドイツにおいても未だ予定されていなかった。この点に関する限りでは、当時の旧東ドイツは、必ずしも他の社会主義諸国の立法と軌を一にしていたとはいえなかった³³⁸。

（2）教育権の共同行使と法の統一問題

非婚の父母による教育権の共同行使の導入が提案されるのは、東西ドイツ統一前夜の1990年7月20日に人民議会（*Volkskammer*）によって可決された、ドイツ民主共和国家族法典の改正に関する法律（*Gesetz zur Änderung des Familiengesetzbuches der DDR (FamRÄndG)*, GBl. I 1990 Nr.52 S.1038.）（1990年10月1日施行）— 東ドイツ家族法変更法 — においてである³³⁹。本改正の背景には、①離婚数及び離婚に巻き込まれる子どもの数が急上昇していること、②婚

外出生子数及び全出生子に対するその割合の増加、③カップルに共通ではない子どものいる婚姻・非婚パートナー関係数の増加といった、1970年代半ばに始まった社会的条件の諸変化があるとされている³⁴⁰。

非婚の父母による教育権の共同行使に関して、東ドイツ家族法変更法が提案する解決方法は、FGB46条に第4項として「父母双方の申立てに基づき、裁判所は、それが子の福祉に一致する場合には、少年局の意見聴取の後に、父母が教育権を共同して行使することを決定できる。」という条項を追加することであった³⁴¹。他方、婚外子の出生時に母が教育権を単独で有することを規定するFGB46条1項1文の規定は、そのまま残された。したがって、改正後の婚外子の教育権は、原則として母が単独で有するが、父母が共同教育権の行使を申し立て、それを裁判所が認めた場合にのみ、共同行使が可能となったのである。この立場は、先に挙げたヨーロッパにおける立法主義の中でも、第二立法主義に属していた。

同法は、1990年10月1日より施行されるが³⁴²、前述のように、同年10月3日の東西ドイツ統一後は、旧東ドイツ領域についてもBGBの配慮法規定が原則として適用されたために³⁴³、実際に適用されたのはわずか2日間であった。

学説において問題とされるのは、連邦共和国とは大きく異なる家族法原理に基づいていた旧東ドイツ家族法が、再統一に伴いその適用を失い、また、その際に、BGBによる「代用」という解決手段が採られたことである。ヘンリッヒ教授はいう、「一部の領域において、旧東ドイツ法の連邦共和国法による代用は、後退（Rückschritt）を意味する」³⁴⁴と。BGBの配慮法規整が旧東ドイツに適用されることもまた、そのような問題の一つであった。

ところで、1990年の家族法変更法を理解する上で注意しなければならないのは、本法律を社会主義的家族立法として理解すべきではないことである。この点について、ケスター＝ヴァルチェン教授は、次のように述べる³⁴⁵：「新たな……FGBにおいて初めて、共同の親の配慮が法律の形式において鑄造されたが、しかしもはや社会主義的な立法者によってではなかったのである」。

この観点からすれば、旧東ドイツ家族法において、婚外子に対する共同教育権の導入は、社会主義的な背景を有していたというよりも、— 上述のような — 1970年代半ばに始まったとされる家族を巡る社会的条件の変化にその理

由を見出すべきであるといえるだろう。

（3）東ドイツにおける婚外子の状況

それでは、実際に東ドイツにおいて、婚外子を取り巻く社会的な状況は、どのようなものであったのだろうか。ここでは、補論的にはあるが、東ドイツにおける婚外子の社会状況とその変化について、確認しておきたい。先に確認した西ドイツにおける変化と同様に、①統計上の変化、②社会的な実態調査の順に確認していく。

①統計上の変化

まず、東ドイツにおける1970年から1997年までの婚外子の出生数及び全出生子に占める婚外子出生率の変化を示したのが表11である。東ドイツにおける婚外子の出生数及び出生率の変化は、西ドイツにおける変化と同様に、増加傾向を示している。ここで注目されるのは、その数の多さ及び率の高さである。

東ドイツにおける婚外子出生率は、1970年の時点で13.3%に達しており、1991年には41.7%まで増加した。前述のように、西ドイツにおける非嫡出子出生率³⁴⁶が、1970年の時点で5.5%であったものが、1988年に10%を超えたのと比べても、きわめて高い率で推移してきたことが分かる。東ドイツにおける婚外子出生数及び出生率の高さの原因を正確に解明することは、筆者の能力を超えているが、東ドイツ家族法においては前述のように婚内子と婚外子との間に差別的な規定は存在しなかったこと、東ドイツにおいては青少年に対する無神論教育が行われていたこと³⁴⁷、及び国民の大部分がプロテスタントであること³⁴⁸は、東ドイツにおける傾向を分析する際の手がかりになるように思われる。

表11 東ドイツにおける婚外子の出生数及び出生率（1970年から1997年）

年次	出生数			百分率(%)	年次	出生数			百分率(%)
	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	239,431	207,553	31,878	13.3	1984	229,371	152,368	77,003	33.6
1971	237,206	201,327	35,879	15.1	1985	227,648	150,686	76,962	33.8
1972	202,301	169,529	32,772	16.2	1986	222,269	145,745	76,524	34.4
1973	181,974	153,488	28,486	15.7	1987	225,959	151,855	74,104	32.8
1974	180,588	151,108	29,480	16.3	1988	215,734	143,585	72,149	33.4
1975	183,229	153,639	29,590	16.1	1989	198,922	132,008	66,914	33.6
1976	196,921	164,952	31,969	16.2	1990	178,476	116,021	62,455	35.0
1977	224,844	189,317	35,527	15.8	1991	107,769	62,810	44,959	41.7
1978	233,798	193,239	40,559	17.3	1992	88,320	51,388	36,932	41.8
1979	236,880	190,420	46,460	19.6	1993	80,532	47,439	33,093	41.1
1980	246,778	190,345	56,433	22.9	1994	78,698	46,085	32,613	41.4
1981	239,194	177,987	61,207	25.6	1995	83,847	48,826	35,021	41.8
1982	241,515	170,692	70,823	29.3	1996	93,325	53,765	39,560	42.4
1983	235,073	159,713	75,360	32.1	1997	100,258	56,040	44,218	44.1

出典：1984年以前の統計については、Statistisches Jahrbuch der DDR 1990より筆者作成

1984年以降の統計については、Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1991～1999より筆者作成

注記：1984年以前の統計については、死産数を含む

非婚生活共同体数の変化に関する調査は東ドイツでは実施されていないが、東西ドイツ統一後のドイツ全土における非婚生活共同体数の調査からその数値を推測することは可能である。統一後のドイツ全土における非婚生活共同体数の変化を示すと次のようになる（表12）。

1990年の西ドイツにおける非婚生活共同体総数が963,000、子どものいる非婚生活共同体数が107,000、非婚生活共同体総数に占める子どものいる共同体の割合が11.1%であったこと³⁴⁹を考えると、東ドイツにおいては子どものいる非婚生活共同体の割合が西ドイツよりも高かったと推測することが可能である。このことから、東ドイツでは婚外子の出生や非婚生活共同体の形成が、西ドイツよりも一般的であったといえるのである。

表12 統一後のドイツ全土における非婚生活共同体数（1991年から1995年）

年次	ドイツ全土（統一後）			
	総数	子なし	子あり	子のいる率(%)
1991.4	1,393,000	1,015,000	378,000	27.1
1992.3	1,485,000	1,076,000	409,000	27.5
1993.4	1,582,000	1,146,000	436,000	27.6
1994.4	1,658,000	1,196,000	462,000	27.9
1995.4	1,741,000	1,266,000	475,000	27.3

出典：Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1997 S.66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

東ドイツにおける婚外子及びその父母の生活状況についても、統一後ではあるが、1993年に実施された前述のヴァスコヴィクス調査³⁵⁰の結果を手がかりに、明らかにしておこう。

婚外子を出産した際の母の年齢は、20歳未満：14%、20歳以上25歳未満：60%、25歳以上30歳未満：19%、30歳以上35歳未満：6%、35歳以上：1%であった³⁵¹。西ドイツ地域における同一項目の調査結果によれば、出産時の母の平均年齢が27歳であったことと比べて、東ドイツ地域では、25歳未満での出産だけで全体の74%を占めており、より若年での出産傾向がみられる。

婚外子の妊娠を知った時点での母の就労状況については、東ドイツ地域では、86%が職業生活を営んでおり、11%が職業教育期間中、無職は3%であった³⁵²。西ドイツ地域では72%の母が就業しており、8%が無職であったことと比較すると、就業率は、東ドイツ地域の方が若干高かったといえる。

婚外子の出生を望んでいた、もしくは「成り行きに任せて」出産したが喜んでいると回答した母の割合は、東ドイツ地域では69%に上り³⁵³、西ドイツ地域の44%と比べても明らかに高い数値を示していることから、東ドイツにおける婚外子の出生が必ずしも望まない妊娠の結果であったわけではないことが窺われる。その背景として、調査報告書では、東ドイツにおいて、実父母がしばしば子の出生前から共同生活を営んでいたこと、婚外子に対してより寛容であること、未婚の母に対する国家的援助が充実していたことなどが重要であると分析している³⁵⁴。

婚外子と父との法的父子関係について、父から父性承認を受けた婚外子の割

合は、88%に達する³⁵⁵。裁判上の父性確認の割合は、8%であった³⁵⁶。西ドイツ地域では、父による父性承認を受けた子の割合が84%、裁判所によって父性確認が行われた子の割合が14%であったことと比較しても、大きな違いはない。その一方で、実父と共同生活を営んでいない婚外子の3人に1人だけが、主として、実父との人的な交流を行っていた³⁵⁷。この割合は、西ドイツ地域では、47%であった。当時の父子間の交流は、西ドイツ地域でも低調であったが、東ドイツ地域ではさらに低く推移していたと推測される。

5 具体的改正提案

これまで確認してきた前提的な諸問題の検討から出発した学説上の議論は、さらに非婚の父母の共同配慮権の可能性に関する「あるべき法 (de lege ferenda)」の具体的な提案へと向かう。

1980年代以降の非婚の父母による共同配慮権の導入に関する議論は、大別すると、(1)肯定説と(2)反対説とに分かれるが、1997年の法改正によって非婚の父母にも共同配慮の可能性が開かれるまで常に支配的であったのは肯定説である。しかしながら、その肯定説もまた必ずしも一様ではなく、いかなる要件の下で共同配慮を認めるかに関する見解の相違からさらに三つの立場に分類することができる。さらに、後述する1991年5月7日の連邦憲法裁判所決定に対する批判として登場するのが、(3)ボッシュ教授の見解である。ボッシュ教授の見解は、非婚の父母に親の配慮を共同して行使する可能性が開かれることに賛成する点では肯定説と一致するが、その規整方法については肯定説と一線を画する。

以下では、(1)肯定説、(2)否定説、(3)ボッシュ教授の見解について、それぞれ代表的と思われる論者の主張を中心として、見解の相違を確認する³⁵⁸。その際には、非嫡出子に対するその他の配慮法制に対する各論者の見解も併せて確認することとする。

(1) 肯定説

肯定説は、非婚の父母についても共同配慮権を認めるべきであるとする見解である。その特徴は、個々の見解が外国法からの強い影響を受けており、比較

法的観点からドイツ法における解決策を提示する傾向が強い点にある。このことから肯定説は、さらに次の三つの見解に類別することが可能である。すなわち、裁判所の審査によって共同配慮権を認めるべきとする見解（肯定説第一説）、共同生活の場合に共同配慮を認める見解（肯定説第二説）、共同配慮権は父母による共同の申立てに基づいて認められるとする見解（肯定説第三説）の三種の立場である。これらの見解の相違は、すでに確認したヨーロッパにおける立法主義の違いと一定の相関関係にある。

①肯定説第一説：裁判所の審査によって共同配慮権を認めるべきであるとする見解

肯定説第一説は、非婚の父母による共同配慮権を認める際に裁判所の審査を要求する見解である。この見解は、子の福祉についての審査を要求するヨーロッパにおける第二立法主義と一致する。ここではノイハウス教授の見解とクロフォラー教授の見解が代表的である³⁵⁹。

i) ノイハウス教授の見解（1981年）³⁶⁰

ノイハウス教授は、子の母と別々に暮らしている夫には配慮権が母と共同して帰属する可能性がある（1626条、1672条）のに対して、子の母と共同生活を営んでいる非嫡出子の父には配慮権が母と共同して帰属する可能性がないことの不当性、及び母と共同生活を営んでいる非嫡出子の父のために適切な裁判上の権限を顧慮する際には、子どもの権利に関するすべての問題がそうであるように、子の福祉が至高の視点であることを指摘した上で、具体的な問題点を検討する。

まず、非嫡出子の父の配慮権については、父が子を嫡出であると宣告した場合（1723条）、あるいは、子を自己の養子にした場合（1741条3項1文）にのみ、父が子の単独配慮権者となることについて、法政策上、「婚姻を伴わないで嫡出性を付与すること（die Verleihung der Ehelichkeit ohne Ehe）」と「自己の子をあたかも他人の子であるかのように『引き受けること』（die „Annahme“ eines eigenen Kindes, als wäre es ein fremdes）」という二つの不自然な構造があることを批判する³⁶¹。さらに、ノイハウス教授は、父性を承認したすべての父に親の

権利が自動的に承認されることは否定されるべきであるとした上で、「母の親の配慮権の父への裁判上の移譲は、父がその権利行使に適しており、かつ母がそれに適していない場合には検討されるべきである」と主張する。

非婚の父母による共同配慮権については、法律上は父母が婚姻した場合にのみ可能となることを指摘した上で、次のように述べる。

「このように継続中の婚姻という一義的な構成要件に結びつけることは、もちろん法的安定性に資する。さらに、あらゆる判断を父の意見と調整すること、及び必要な際に父に代理権を与えることは、単独配慮権者たる母の自由である。『判決』によって父を親の配慮に参加させることは、裁判官が父母の関係の安定性について納得することを前提とするだろう。というのも、それらの前提が容易に失われ、その結果取り消されなくてはならないような取り決めは、得策ではないのである」³⁶²。

さらに、非婚の父母の共同配慮権を別居あるいは離婚した父母の共同配慮権と比較することに対しては否定的である。その理由として、別居中の父母については、単に法律によって獲得された配慮権を引き続き行使するだけであり、また、離婚した父母については、子に対する責任の代表が父母の不和を越えて続くのに対して、非婚の父母には、特別な諸事情が有利に働く場合にのみ、共同の配慮権行使を委ねるべきであることが挙げられる³⁶³。

ii) クロフォラー教授の見解 (1985年) ³⁶⁴

クロフォラー教授の見解は、非嫡出子法について、より社会学的・比較法及び国際法的な視点から問題を捉え、詳細な分析を加える点が特徴的である。すなわち、非嫡出子法の改正へ向けての刺激は、①社会的な発展、②基本法の解釈、③ヨーロッパ人権条約、④ヨーロッパ非嫡出子条約、⑤外国法における発展、から生じるとされる³⁶⁵。

非嫡出子に対する親の配慮に関して、非嫡出子の母から非嫡出子の父への配慮権の変更が認められるための基準は、子の福祉であるとする。非嫡出子の父が配慮権を得るためには、裁判官が、個別のケースにおいて子の福祉の確保について監視し、母から父への変更を認めることが必要とする³⁶⁶。母の死亡や故障の際に、非嫡出子の父に子に対する配慮権を移譲する可能性もまた、子の福祉に反しない限りという条件の下で裁判所に認められるとする³⁶⁷。

クロフォラー教授によれば、共同の親の配慮についても、裁判所による子の福祉の審査が重要な要素となる。その一方で、非婚の父母の共同配慮権が問題となるのは主として非婚生活共同体の解消時であるというスウェーデンの経験を理由として、父母の共同生活という基準は、過大評価されるべきではないとする。その上で、教授は、非婚生活共同体の解消後であっても、子が父母との密接な関係を発展させることができる場合には、非婚の父母による共同配慮権は原則として排除されるべきではないと主張する³⁶⁸。

iii) 第7回ドイツ家庭裁判所大会決議（1987年）³⁶⁹

1987年10月28日から31日にかけてブリュール（Brühl）で行われた第7回ドイツ家庭裁判所大会（7.Deutscher Familiengerichtstag）の第16分科会—テーマ：「非婚生活共同体における配慮権及び交流権（Sorge- und Umgangsrecht in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft）」—における提案もまた、この立場に属する。第7回ドイツ家庭裁判所大会の提案は次のようなものであった。

「a）1705条は次のように補われなくてはならない：

後見裁判所は、それが子の福祉に反しない場合には、父母の一致した申立てに基づいて親の配慮が父母双方に共同して帰属することを決定する。

共同の親の配慮がもはや子の福祉に合致しない場合には、後見裁判所は、その決定を変更し、父母の一方のみに〔親の配慮を〕移譲することができる。〔その際には〕離婚後あるいは父母の別居の場合の親の配慮規整に関する規定が準用されるものとする。

b）母が死亡した場合、あるいは実際の・法的理由によって配慮権の行使が妨げられる場合には、母と婚姻していない父に配慮権を移譲する可能性が創設されなければならない³⁷⁰。

②肯定説第二説：共同生活の場合に共同配慮を認める見解

肯定説第二説は、非婚の父母が子と共に共同生活を営んでいる場合に共同配慮権を認めるべきであるとする見解である。この見解は、ヨーロッパにおける第三立法主義と一致する。これを支持するのは、ツェンツ教授（G. Zenz）・ザルゴ教授（L. Salgo）と、ヘンリッヒ教授である。

i) ツェンツ教授・ザルゴ教授の見解 (1983年) ³⁷¹

両教授は、まず、非嫡出子が第一義的に母に割り当てられるという現行法の立場を維持する場合にも、母の同意や母による配慮の困難を証明することに関係なく、父への配慮権の移譲を認めるような父のための訂正可能性 (Korrekturmöglichkeit) の導入が不可欠であると主張する³⁷²。少なくとも、母の行為能力制限や死亡のような場合には、父が配慮権に関して法律上優遇されるべき者でなければならず、さらに、一定の場合には、父の申立てに基づく父への配慮権の移譲が、裁判所の子の福祉審査を通じて認められなければならないと述べる。

非婚の父母の共同配慮に関しては、「父母双方の申立てに基づき、共同の配慮権行使が可能にならなければならない。このことは、どのようなケースであっても、父母双方が子と共に共同生活を営んでいる場合には妥当しなければならず、事によっては、共同生活を営んでいない場合にも妥当しなければならない」³⁷³と主張する。さらに、「非婚の父母が長年の共同生活の後に別居した場合に、共同配慮権の問題は、離婚法における発展とパラレルに扱われなければならない」と述べる³⁷⁴。非婚生活共同体の解消時については、主として、離婚後の父母の共同配慮を認めた前述の1982年11月3日連邦憲法裁判所判決が念頭に置かれているものと考えられる。

確かに、ツェンツ教授・ザルゴ教授の共同配慮に関する見解は、父母の共同生活に限定してこれを認めるものではないともいえるが、共同生活が存在する場合に共同配慮を原則化する点で、父母の共同生活の事実を尊重するものである。このことは、共同配慮レベルでの、婚姻と非婚生活共同体との関係性に関する次の記述によって、より鮮明なものとなる。

「婚姻締結という要件に結びついた特権の付与 (Privilegierungen) は、単に婚姻締結という形式的行為だけが諸条件における必要的な明確性を保障している……場合にも、正当化されるだろう。しかし、父母が共同生活を営み、かつ子に対する教育責任 (Erziehungsverantwortung) を共同して引き受ける決心をした場合には、父母が婚姻しているか否かは、配慮法規整に関しては区別できないのである。法的保護を実現するための条件は、ここでは、婚姻締結という形式的行為ではなく、実際の家族共同体

(Familiengemeinschaft) なのである。もちろん、『子の福祉』にとって重要であるのは、これ [=子の福祉] との関連でしばしば提起されている父母の共同生活の継続性に関する問題である。子の福祉は……、家族の結びつきの継続性がまさに婚姻におけるように一保障される場合にのみ、共同配慮権の承認を可能にするとされている。不安定な生活共同体の際には、子のために、父母の一方への安定的な割当てが優先されなければならないものとされている。しかしながら、このような問題が、今日、婚姻している父母については、非婚で共同生活を営んでいる父母よりも有利に答えられるかもしれないことは、ほとんど証明されていない³⁷⁵。

ii) ヘンリッヒ教授の見解（1991年）³⁷⁶

ヘンリッヒ教授は、東西ドイツの統一、基本法6条5項の命令、子どもの権利条約の批准、社会的状況の変化から連邦法改正の必要性が生じていることを指摘する³⁷⁷。

非婚の父母による共同配慮権について、諸外国の法制が父母の共同配慮権を出発点としているとした上で、父母が共同生活を営んでおり、かつ双方が共同配慮権を望む場合には、共同配慮権を認めるとの立場に立つ³⁷⁸。もっとも、その理由については、必ずしも明示されているわけではない。さらに、ヘンリッヒ教授は、後に肯定説第三説を受容することになる³⁷⁹。

非婚の母の配慮権行使について予定されている官庁監護（Amtspflegschaft）に関しては、非嫡出子に対する差別ではなく、非嫡出子の母の権利を嫡出子の母の権利よりも強化するだけであると述べる³⁸⁰。さらに、外国法—旧東ドイツ及びオーストリア—において、母に対する援助は必要であるが、その援助は強制されるものではなく提供されるだけのものであることを指摘する。その上で、ヘンリッヒ教授は、官庁監護制度が、強制的なものではなく、自由意思に基づくものへと改正されるべきであると主張する³⁸¹。

これら肯定説第二説の立場は、非婚の父母の共同配慮の承認に際して「父母の共同生活」という要素を重視するものである。確かに、父母の共同生活という事実が存在することが尊重されるべきであるとの主張自体は、他の肯定説の中にも見受けられるが（例えば、後述するシュヴェンツァー教授の立場）、本

説は、これを共同配慮の要件にまで引き上げる点で、他の肯定説とは異なる特徴を有している。しかし、肯定説第二説の立場は、他の肯定説と比べると、それほど多くの支持を集めてはいなかった³⁸²。反対に、本説に対しては、非婚生活共同体の存在を要件とする場合には、不可避免的に非婚の父母のプライバシーに立ち入ることになるという問題点も指摘されていた³⁸³。

③肯定説第三説：共同配慮権は父母による共同の申立てに基づいて認められるとする見解

肯定説第三説は、非婚の父母の共同の申立てがある場合に共同の親の配慮権行使を認める立場である。この立場は、父母の共同生活や裁判所による審査を要求しない点で、他の肯定説の立場よりも緩やかな要件の下で非婚の父母に共同配慮権を与えるものであり、ヨーロッパにおける第四立法主義と一致する。これに属するのは、シュヴェンツァー教授の見解である³⁸⁴。

i) シュヴェンツァー教授の見解 (1987年)³⁸⁵

シュヴェンツァー教授は、アメリカ法及びフランス法における非嫡出子に対する親権を検討した上で、それらの国々における法規整の分析から以下のようなドイツ法における立法論が生じると述べる。

まず、母が第一次的な配慮権者となることは、これまでと同様に維持されなければならないとする一方で³⁸⁶、この原則は、子の福祉の観点から一般化することを許されるものではなく、例外を許すものでなくてはならないとする。

さらに、父母が共同生活を営んでいる場合には、共同配慮権の可能性が開かれるべきであると主張する。また、その際の前提条件としては、父母による共同の申立て及び共同生活で十分であり、学説の一部において主張されているような「将来の安定性」に関する審査は必要ないという。非婚の父母が離別する際には、婚姻している父母の離別の際に適用される1672条及び1671条の規定に従って、配慮権は、子の福祉を最も実現すると考えられる父母の一方に割り当てべきとする。

シュヴェンツァー教授は、父母が一度も共同生活を営んだことのない場合についても、共同の親の配慮は一般的に排除されるべきではないと述べる。その

際に、前提条件とされるのは父母の合意である。合意が後に無くなった場合には、共同生活を営んでいた父母の離別の場合と同様に、配慮権は、申立てによって父母の一方に割り当てられうるとされる。

依然として問題であるとされるのは、母と一度も共同生活を営んだことのない父に、母の意に反しても子に対する配慮権を得る可能性が与えられるべきか否かという点である。子の福祉の観点から、子が出生時から母のもとで生活している場合には、配慮権を変更する方法は原則として父に開かれるべきではないとする。その理由として挙げられるのは、配慮権を巡る紛争を母だけではなく、間接的には子についても招来する危険が存在すること、及び健全な母子関係（intakte Mutter-Kind-Beziehung）への父の影響を排除することによって、母が父の名を明らかにすることを拒むことを防止することである。その一方で、母が配慮権の行使に適していない場合、あるいは母が死亡した場合には、社会的な親の役割をも引き受ける準備があり、かつそれが可能な生物学的な父を優先する可能性があることを指摘する。

シュヴェンツァー教授の見解は、非嫡出子に対する配慮権は依然として第一的には母に帰属する点、非婚の父母の共同生活の有無にかかわらず、非婚の父母による共同配慮権の前提を父母の合意に求める点、配慮権者の父への変更は、母の死亡などの例外的な場合であって、父が社会的な親の役割を引き受けることができる場合に、認められるとする点にその特徴があるといえる。

ii) 第57回ドイツ法曹大会決議（1988年）³⁸⁷

この立場は、1988年9月28日から29日にかけてマインツで開催された第57回ドイツ法曹大会（57. Deutscher Juristentag）—テーマ：「非婚生活共同体の法的諸問題を法律によって規整することは望ましいか（Empfiehl es sich, die rechtlichen Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gesetzlich zu regeln?）」—における次の大会決議とも一致していた。

「12.a) 非嫡出子に対する配慮権は、原則として母の手もとに残されるべきである（1705条）。しかし、後見裁判所は、子の福祉がそれを命じる場合には、父に親の配慮を移譲することができる。（採決：賛成113、反対9、保留7）

b) 共同の申立てに基づき共同配慮権を手に入れる権利が、父母に認められるべきであ

る。(採決：賛成96、反対21、保留9)

決定は、非婚生活共同体の存続に依拠して行われるべきではない。(採決：賛成90、反対22、保留12)」

この立場はさらに、後に詳しくみるように、1992年の第59回ドイツ法曹大会(59. Deutscher Juristentag)における大会決議³⁸⁸、ドイツ女性法律家協会が1992年に示したテーゼ³⁸⁹、1996年に開催された第11回ドイツ家庭裁判所大会の大会決議³⁹⁰においても基本的に支持されるなど、後の時代において幅広く支持を集めることになる。

肯定説第三説の立場は、非婚の父母の共同配慮権について、父母の共同生活や裁判所による審査を要件化せず、単に父母の一致した申立て—合意—があることだけを要求する点に他の肯定説との違いがある³⁹¹。その意味で、共同配慮権獲得のために父母が越えるべき敷居をより低く設定したものであると評することができる。

(2) 否定説

上述のように、学説上は非婚の父母による共同配慮権行使に向けて多くの立法論が展開されていた一方で、非婚の父母に共同配慮権を認めるべきではないと明確に主張する者もいた。カールスルーエ上級地方裁判所のハーネ裁判官(M.-M. Hahne)³⁹²がその人である。

ハーネ裁判官は、「婚姻は明確で、婚姻中及び離婚後にも義務を伴う強く制度化された相互関係であり、それによって解消が容易く行えないのに対して、非婚関係の現象形態は多様である」という婚姻制度と非婚関係との事実的・法的相違を指摘した上で、「健全な非婚関係の際には、父母が子の福祉のために事実上合意しているので、共同の親の配慮の法制度化は必要ない」と述べる³⁹³。彼女の見解によれば、このことは、その他の非婚関係—例えば、父母の共同生活を伴わない非婚関係—の場合にも当てはまるとされる。つまり、非婚関係の解消後であっても、子に関する父母の合意はありうるので、その限りでは規整の必要性を欠くのである。そして、非嫡出子の父に配慮権者という形式的・法的地位が認められないことは、父母がその関係の制度化及び法的結合を

拒絶した結果であるとされる。

他方で、母の死亡あるいは事実上・法律上の故障の際には、父への配慮権の変更を可能とすべきであると主張する。また、父母が共同生活を営んでいなくても、父が責任を引き受ける用意があり、かつそれが適切な場合には、血のつながった父のもとで将来成長する機会が子から取り上げられるべきではないという理由から、配慮権の変更は、非婚生活共同体においてすでに父子関係が築かれている場合に限られるべきではなく、その他の非婚関係の場合にも原則として可能とされるべきであるという³⁹⁴。さらに、具体的な要件については、婚姻と非婚関係との相違を顧慮して、配慮権の変更が「子の福祉に適うか否か」という、より積極的な審査基準を立てるべきであると主張する³⁹⁵。

ハーネ裁判官の見解は、非嫡出子の父への単独配慮権の移譲の可能性については、厳格な審査基準の下でこれを認めつつも、非婚の父母に共同配慮権を与えることには否定的な態度を示すものである。ハーネ裁判官は、1992年1月に連邦通常裁判所判事に就任するが、それ以降の著作においてこの問題を再論することはなく、沈黙を続けている³⁹⁶。

（3）ボッシュ教授の異見（1991年）³⁹⁷

以上確認してきた肯定説の立場に対する異見として、また、後述する1991年5月7日の連邦憲法裁判所決定に対する批判として登場するのが、ボッシュ教授の見解である。ボッシュ教授の見解は、非嫡出子の父母による共同配慮権行使の可能性を認める点では肯定説の立場と同じであるが、その規整方法の点では他の肯定説の立場とは明らかに異なる。

ボッシュ教授の提案は、非婚の父母が共同で自己の非嫡出子と養子縁組をする場合に、父母による共同配慮権の行使を認めるものである。このような方法によって、子が父母双方の「嫡出子としての法的地位」を取得し、その結果、父母は、子に対する共同配慮を自動的に手に入れることができるとする。さらに、試験養育期間、年齢要件、親子関係についての後見裁判所による審査という養子縁組の厳格な要件を要求することによって、実質的な子の福祉が確保されることになる³⁹⁸。もっとも、当時のドイツ法によれば、ボッシュ教授の提案する非婚の父母双方による共同縁組は不可能であった。というのも、当時の

BGB1741条2項、3項によれば、非嫡出子は父または母によって養子縁組されるにすぎなかったのである。この点について、ボッシュ教授は、「そうではあっても、法改正を容易にもたらすことができる」³⁹⁹として、このような解決策の立法論としての有用性を主張していた。

ボッシュ教授の提案は、配慮法の改正ではなく養子法の改正によって共同配慮への道を開くというユニークな発想に立っている点で、他の共同配慮の創設に積極的な論者の提案の中でもひととき異彩を放っていた。しかしながら、ボッシュ教授の提案は、嫡出性と非嫡出性の区別の維持を前提とするだけでなく、自己の非嫡出子を養子にすることの不合理性などの問題も孕んでおり、学説の大きな支持を得ることはなかった⁴⁰⁰。

6 小括

本章では、1980年代当時の議論がどのように推移してきたのかを各種資料から明らかにすることを試みた。一連の議論を踏まえれば、この時代を特徴づけるのは、国内外に生じた種々の変化であったということができる。

非嫡出子を取り巻く社会状況が変質しつつあったことは、非嫡出子出生数及び出生率の上昇、非婚生活共同体の広がりなどの数量的な変化だけでなく、非嫡出子の実態的な生活状況の変化からも捕捉できる。基本法上の問題についても、1981年連邦憲法裁判所判決を契機として、基本法6条2項を中心に議論されていた。諸外国における法改正及び国際条約からの影響は、ドイツが非嫡出子法の分野において、国際的潮流から次第に遅れはじめていることを強く意識させた。東西ドイツの統一というドイツ固有の問題では、西ドイツ法の適用による「後退」が指摘された。

一連の問題を前提としつつ、学説は、さらに具体的な改正提案に論及しはじめる。改正論として1980年代を通じて優勢であったのは、非婚の父母による共同配慮権の導入を支持する肯定説の立場であった。一部で否定説や異見が述べられたものの、肯定説の優位は終始変わらなかった。もっとも、共同配慮の導入という方向性が共有されていた一方で、具体的にどのような場合に非婚の父母に対して共同配慮を認めるのかという点において、肯定説はさらに次の三つの立場に分かれた。すなわち、裁判所の審査によって共同配慮権を認めるべき

とする立場（肯定説第一説）、父母の共同生活を要件とする立場（肯定説第二説）、非婚の父母の共同の申立てにのみ基づいて共同配慮権を認めるべきとする立場（肯定説第三説）の三説である。これらの提案は、一定の条件のもとで共同配慮を非婚の父母に対しても認めるものであり、法的な父子関係の創設によって自動的に共同配慮が生じるものではなかった。

法改正の必要性は、個別の論者によって主張されるに留まらず、ドイツ法曹大会、ドイツ家庭裁判所大会などにおいても共有されていた。肯定説第一説に対しては、第7回ドイツ家庭裁判所大会の提案が支持を表明し、肯定説第三説は、第57回及び第59回ドイツ法曹大会の大会決議、ドイツ女性法律家協会テーゼ、第11回ドイツ家庭裁判所大会の大会決議によって支持された。当時、まさに「母と共同して親の役割を果たすことを望む非嫡出子の父たちの地平線は、『迫りつつ（dräut）』あった」のである⁴⁰¹。

* 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。

- ²⁸⁰ ヘンリッヒ教授 (D. Henrich) によれば、このような諸外国法における改正の背景には、①非嫡出子に対するいかなる差別も除去すること、②嫡出子の父母と非嫡出子の父母との間のいかなる不平等な取扱いも除去すること、という二つの改正目標があるとされる (D. Henrich, a.a.O. (Fn.145), S.265.)
- ²⁸¹ J. Kropholler, a.a.O. (Fn.133) , S.250.
- ²⁸² I. Schwenger, Die Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes, FamRZ 1992, S.122. (= in: dies, Familie und Recht: Ausgewählte Beiträge aus 25 Jahren, 2010, S.520f.)
- ²⁸³ 旧東欧社会主義諸国の中には、単に父性の確認が行われている限りで、非婚の父母が監護を共同して行うことを認めていた国々がある。そのような法制をとる国々としては、旧ソ連・旧チェコスロバキア・ハンガリーなどが挙げられる。Vgl. J. Kropholler, a.a.O. (Fn.133), S.272.
- ²⁸⁴ 以下の分類に際しては、D. Henrich, a.a.O. (Fn.145), S.266.; I. Schwenger, Empfiehlt es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?, Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Hannover 1992, Bd. I, Teil A, S.68. を参考にした。
- なお、ヤイメ教授は、1981年の論文において、非婚の父母に対する共同親権を採用している法制として、イタリア法、ポルトガル法を挙げ、さらに、フランスの判例が、非婚の父母が親権を共同行使する条件として、父母の共同生活を要求していることを紹介していた。Vgl. E. Jayme, Die Entwicklung des europäischen Familienrechts, FamRZ 1981, S.225.
- ²⁸⁵ オーストリア民法典167条 (1989年改正)。本規定の邦訳として、松倉耕作『オーストリア家族法・相続法—関係条文訳と参考文献案内—』(信山社、1993年) 27頁がある。また、2000年法改正後のオーストリア民法典167条の邦訳については、松倉耕作『概説オーストリア親子法』(嵯峨野書院、2003年) 262頁を、非嫡出子の世話権の解説については、同書219-220頁を参照。Vgl. auch, Bergmann/Ferid/Henrich, Österreich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 2005, S.126f.
- ²⁸⁶ 東ドイツ家族法典46条 4項 1文 (1990年改正)。本規定の詳細については後述する。
- ²⁸⁷ デンマーク成年法 (MündigkeitsG) 9条 (1985年)。「互いに婚姻していないあるいは婚姻を解消した父母は、国家官庁の承認を得て、身上監護を共同して有するものと取り決めることができる。この合意は、それが子の最善に反する場合以外は、承認される。」Vgl. Bergmann/Ferid, Dänemark, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 1989, S.69.
- ²⁸⁸ フィンランド後見法23条 3項 2文 (1976年改正)。「未成年婚外子の法定後見人になるのは、子の母である。父が子の法定後見人になることについて父母が合意している場合に、裁判所は、それが子の福祉に反しないときには、父母の申立てに基づいて、子に対する後見を父に委ねなければならない。」Vgl. Bergmann/Ferid, Finnland, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 1990, S.87.
- ²⁸⁹ イタリア民法典317^{bis}条 (1975年改正)。本規定の邦訳として、風間鶴寿『全訳イタリア民法典—民法・商法・労働法— (追補版)』(法律文化社、1983年) 491頁がある。Vgl. auch, Bergmann/Ferid, Italien, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht,

1996, S.82.; S. Patti (Hrsg.), *Italianisches Zivilgesetzbuch: Verbrauchergesetzbuch: Codice Civile Italiano: Codice del Consumo*, 2. Aufl., 2012, S.88-89.

²⁹⁰ ベルギー民法典373条1項(1995年改正)。「父母が共同生活を営んでいる場合には、父母が子の身上に関する権利を共同して行使する。」Vgl. Bergmann/Ferid/Henrich, *Belgien, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, 2001, S.89.

²⁹¹ ポルトガル民法典1911条3項。「実親が夫婦のように共同生活を営んでいる際に、身分吏に対して親権の共同行使の意思を表明した場合には、親権の行使は実親双方に帰属する。その場合に、1901条乃至1904条の規定が準用される。」Vgl. Bergmann/Ferid, *Portugal, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, 1980, S.77.

²⁹² フランス民法典374条2項(1987年改正)。1987年法による自然子(enfant naturel)の親権法改正については、田中・前掲書(注10)227-228頁、同「フランス親権法の最近の改正をめぐって—離婚および非嫡出子の場合における親権共同行使の試み—」比較法研究52号(1990年)131頁を参照。Vgl. auch, Bergmann/Ferid, *Frankreich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, 1995, S.103.

なお、2002年法改正後は、フランス民法典372条において、非婚の父母の共同親権行使が原則化されている。2002年法改正後のフランス親権法については、中村紘一＝色川豪一「フランス親権法の改正—親権に関する2002年3月4日の法律第305号—」比較法学37巻1号(2003年)313頁、田中通裕「フランスの親権法」民商法雑誌136巻4・5号(2007年)136頁、同「比較法の概観」家族〈社会と法〉24号(2008年)105頁を参照。

²⁹³ イギリス1989年児童法4条1項b号。1989年児童法から2002年養子及び児童法に至るまでのイギリスにおける非婚の父の親責任の取得に関する議論については、許末恵「英国における非婚の父の法的地位—非婚の父による親責任の取得をめぐって—(1)」青山法学論集47巻1号(2005年)27頁、同「(2)」青山法学論集48巻1・2号(2006年)191頁が、イギリスにおける親責任については、同「英国における親責任をめぐる法規制について」民商法雑誌136巻4・5号(2007年)99頁が詳しい。

²⁹⁴ ノルウェー親子法(KinderG)35条2項(1981年)。「父母は、合意によって、父母が身上監護権を共同して行使することあるいは身上監護権を父に単独で帰属させることを住民登録係に届け出ることができる。」Vgl. Bergmann/Ferid, *Norwegen, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, 1991, S.70.

²⁹⁵ スウェーデン親子法(ElternG)Kap.6, 4条(1990年改正)。「子が父母の一方のみの身上監護権に服しており、かつ配慮権が父母双方に共同して帰属することを父母が希望している場合に、裁判所は、それが明白に子の福祉に反しないときには、父母の申立てによって、希望どおりに決定をしなければならない。」Vgl. Bergmann/Ferid, *Schweden, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, 1995, S.36.

²⁹⁶ 詳細については、本稿IV5(1)参照。

²⁹⁷ 学説において度々挙げられるのは、隣国のオーストリア法、スイス法、旧東ドイツ法の立場である。

²⁹⁸ FamRZ 1979, S.903f.=NJW 1979, S.2449ff.=EuGRZ 1979, S.454ff. 同事件を紹介

する邦語文献として、二宮周平『『非嫡出子』の相続分差別撤廃へ向けて(二・完)』立命館法学225=226号(1993年)234-235頁、申恵丰『人権条約上の国家の義務』(日本評論社、1999年)86頁以下、井上典之「非嫡出子に対する不利益取扱いと家族生活の尊重—マルクス判決—」戸波江二ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』(信山社、2008年)362頁などがある。

²⁹⁹ 以下の事実関係を含む本件事件の推移、本判決後の判例の動向、及び関係者のその後の状況などについては、Pintens/Scherpe, *The Marckx Case: A 'Whole Code of Family Law'?*, in : Gilmore/Herring/Probert (edit.), *Landmark Cases in Family Law*, 2011, pp.155-174.が詳細である。同書では、パウラ・マルクスの波乱に満ちた人生がいきいきと描き出されている。

³⁰⁰ ここで問題となっているヨーロッパ人権条約8条及び14条は次のように規定する。なお、ヨーロッパ人権条約の翻訳として、岩沢雄司編集代表『国際条約集2018年版』(有斐閣、2018年)がある。

【ヨーロッパ人権条約8条(抜粋)】(私生活及び家族生活の尊重)

(1) すべての者は、その私生活及び家族生活、並びにその住居及び通信を尊重される権利を有する。

【ヨーロッパ人権条約14条】(不利益的取扱いの禁止)

本条約において認められた諸権利及び自由の享受は、とりわけ、性別、人種、肌の色、言語、宗教、政治的またはその他の見解、民族的または社会的な出身、少数民族に属すること、財産、出生、及びその他の身分に基づく不利益的取扱いを受けることなく保障されなくてはならない。

³⁰¹ F. W. Bosch, a.a.O. (Fn.98), S.854.

³⁰² Pintens/Scherpe, *supra* note 299, pp.155-156.

³⁰³ J. M. Scherpe, *The Present and Future of European Family Law : Volume IV of European Family Law*, 2016, p.7.

³⁰⁴ Zenz/Salgo, a.a.O. (Fn.80), S.73.

³⁰⁵ E. Jayme, *Europäische Menschenrechtskonvention und deutsches Nichtehelichenrecht*, NJW 1979, S.2428.

³⁰⁶ H. A. Stöcker, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zur Diskriminierung „nichtehelicher“ Kinder*, DAVormd 1980, S.249.

³⁰⁷ H. Schwaiger, a.a.O. (Fn.134), S.1.

³⁰⁸ J. Kropholler, a.a.O. (Fn.133), S. 249., 271.

³⁰⁹ J. Kropholler, a.a.O. (Fn.133), S. 249. これに対して、ボッシュ教授は、相続代償請求権に関する1934a条乃至1934e条の規定について変更する必要はないとする(F. W. Bosch, a.a.O. (Fn.98), S.854.)。ボッシュ教授はさらに、ヨーロッパ人権条約8条及び14条が、嫡出親子関係と継続的な非婚生活共同体における非嫡出親子関係との原則的な同権を要求するものではないとも主張する(F. W. Bosch, *Zur Rechtsstellung der mit beiden Eltern zusammenlebenden nichtehelichen Kinder*, FamRZ 1991, S.1127.)。

³¹⁰ F. Sturm, *Das Straßburger Marckx-Urteil zum Recht des nichtehelichen Kindes und seine*

Folgen, FamRZ 1982, S.1156f.

³¹¹ KG, OLGZ 1982, S.58.=FamRZ 1982, S.95.=DAVorm 1982, S.87. 事案は、父が非嫡出子に対する父性及び扶養義務を承認し、区裁判所が母の申立てに基づいて官庁監護を廃止した後に、父母が、非嫡出子に対する親の配慮を自分たちに共同して移譲することを申し立てたものである。父母は、彼らが家族として共同生活を営んでいると陳述し、非嫡出子の父を親の配慮から排除している法律上の規整が違憲でありかつヨーロッパ人権条約に違反すると主張した。

³¹² 本決定では、基本法 6 条との適合性のみならずヨーロッパ人権条約との適合性の判断についても、前記1981年 3 月24日連邦憲法裁判所判決を引き合いに出して、その適合性を承認している。Vgl. FamRZ 1982, S.96.

³¹³ 本条約の独語テキストとして、同条約を批准したスイス政府の公定訳（Schweizer Bundesblatt 129 (1977- II), S.1534f.）と、オーストリア政府の公定訳（ヨーロッパ議会ウェブサイト：<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680076db1>（最終確認：2018年 8 月19日））がある。本稿では、同条約の独語テキストは、スイス政府公定訳に拠った。

³¹⁴ もっとも、ドイツ連邦政府は、ヨーロッパ非嫡出子条約の批准をまったく検討していなかったわけではない。ドイツが署名していないヨーロッパ議会条約とその理由についての議会質問に対する1978年9月19日の回答の中で、連邦政府は、ヨーロッパ非嫡出子条約に署名していない理由を次のように説明していた（BT-Drucks. 8/2109, S.3.）：

「本条約は、これまでのところ、連邦政府によって署名されていない。ドイツ連邦共和国において、本条約が達成しようとしている非嫡出子の平等化は、基本法 6 条 5 項の憲法任務に基づき、1969年 8 月19日の非嫡出子の法的地位に関する法律（BGBl. I S.1243）を通じてすでに行われている……。それゆえ、ドイツ連邦共和国は、留保のない本条約の署名及び批准に向けて努力している。しかしながら、本条約は、非嫡出子の法的平等化の問題にとって二次的な領域について条約への国内法の適合が必要かどうか及びどの程度必要であるのかという問題、あるいは、解釈宣言を付した署名が必要となるかどうかという問題の審査を条件としている。これに関する審議は、依然として完了できていない」。

連邦政府による上記の説明からは、連邦政府がヨーロッパ非嫡出子条約の批准に向けた検討をしていたことを窺うことができる。しかし、ドイツ連邦共和国が同条約を批准することはなかった。

³¹⁵ Chancengleichheit für nichteheliche Kinder gewährleistet, Recht : Informationen des Bundesministers der Justiz 1980, S.113.

³¹⁶ 条約 9 条の原文（英文）及びスイス政府公定訳は次のとおりである。

【原文（英文）】

A child born out of wedlock shall have the same right of succession in the estate of its father and its mother and of a member of its father's or mother's family, as if it had been born in wedlock.

【スイス政府公定訳】

Ein uneheliches Kind hat die gleichen Rechte am Nachlass eines Vaters und seiner Mutter und an dem der Mitglieder ihrer Familien, wie wenn es ehelich wäre.

³¹⁷ J. Kropholler, a.a.O. (Fn.133), S. 250.

³¹⁸ 318 条約 7 条の原文（英文）及びスイス政府公定訳は次のとおりである。

【原文（英文）】

1. Where the affiliation of a child born out of wedlock has been established as regards both parents, parental authority may not be attributed automatically to the father alone.

2. There shall be power to transfer parental authority; cases of transfer shall be governed by the internal law.

【スイス政府公定訳】

1. Ist die Abstammung eines unehelichen Kindes hinsichtlich beider Eltern begründet, so kann die elterliche Gewalt nicht kraft Gesetzes dem Vater allein zuerkannt werden.

2. Die elterliche Gewalt muss übertragen werden können; in welchen Fällen sie übertragen werden kann, bestimmt das innerstaatliche Recht.

³¹⁹ Explanatory Report to the European Convention on the Legal Status of Children born out of Wedlock, 1975. 本報告書は、ヨーロッパ議会のウェブサイトでも閲覧することができる (<https://rm.coe.int/16800c96ca>) (最終確認：2018年8月19日)。

³²⁰ 傍点は筆者による。

³²¹ F. Sturm, a.a.O. (Fn.310), S. 1157.

³²² Vgl. H.-W. Strätz, a.a.O. (Fn.216), S.437.

³²³ I. Schwenger, a.a.O. (Fn.1), S.253.

³²⁴ E. Jayme, a.a.O. (Fn.305), S.2428. Vgl. auch, Zenz/Salgo, a.a.O. (Fn.80), S.73f.

³²⁵ 同条約は、日本では「児童の権利に関する条約」が正式な名称であるが、本稿では、ドイツにおける同条約の訳語として「子どもの権利条約」を採用することとする。なお、ドイツにおける同条約の批准までの経緯については、石川稔＝森田明編『児童の権利条約—その内容・課題と対応—』（一粒社、1995年）477頁以下（ドイツ：岩志和一郎執筆）を参照。

³²⁶ 条約18条の内容及び審議経過については、波多野里望『逐条解説 児童の権利条約』（有斐閣、1994年）132頁以下、石川＝森田編・前掲書（注325）257頁以下（中村恵執筆）を参照。

³²⁷ 本稿における子どもの権利条約18条1項の訳出に際しては、ドイツ連邦共和国政府による公定訳（BGBl. 1992 II S.128f.）を基本的に使用したため、同条約の日本政府訳とは文言について若干の違いが生じている。以下に、条約18条1項の原文（英文）テキスト、ドイツ政府公定訳、日本政府公定訳を示しておく。

【原文（英文）】

States Parties shall use their best efforts to ensure recognition of the principle that both parents have common responsibilities for the upbringing and development of the child. Parents or, as the case may be, legal guardians, have the primary responsibility for the upbringing and development of the child. The best interests of the child will be their

basic concern.

【ドイツ連邦共和国政府公定訳】

Die Vertragsstaaten bemühen sich nach besten Kräften, die Anerkennung des Grundsatzes sicherzustellen, daß beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind. Für die Erziehung und Entwicklung des Kindes sind in erster Linie die Eltern oder gegebenenfalls der Vormund verantwortlich. Dabei ist das Wohl des Kindes ihr Grundanliegen.

【日本政府公定訳】

締約国は、児童の養育及び発達について父母が共同の責任を有するという原則についての認識を確保するために最善の努力を払う。父母または場合により法定保護者は、児童の養育及び発達についての第一義的な責任を有する。児童の最善の利益は、これらの者の基本的な関心事項となるものとする。

³²⁸ D. Henrich, a.a.O. (Fn.145), S.263.; I. Schwenzer, a.a.O. (Fn.282), S.122. (=in: dies, Familie und Recht: Ausgewählte Beiträge aus 25 Jahren, 2010, S.519f.) 条約の草案段階における指摘として、D. Schwab, Entwurf eines Übereinkommens über die Rechte des Kindes, FamRZ 1989, S.1042.がある。

³²⁹ BGBl. 1992 II S.990f.

³³⁰ BGBl. 1992 II S. 991. Vgl. auch, BT-Drucks. 12/1535, S.4. なお、FamRZ 1992, S.266f. に掲載された解釈宣言の邦訳として、岩志和一郎教授による翻訳がある(石川＝森田編・前掲書(注325) 489頁以下)。また、ドイツにおける離婚後及び非嫡出子の父母による共同配慮とこの解釈宣言との関係については、同書483頁以下(岩志和一郎執筆)を併せて参照されたい。

³³¹ 統一条約の翻訳としては、山口和人ほか訳「ドイツ統一の回復に関するドイツ連邦共和国とドイツ民主共和国の間との条約」外国の立法30巻4号(1991年)139頁以下がある。

³³² 統一条約8条は、別紙のAnlage I (BGBl. II, S. 908.) 以下で特に定めのない限り連邦共和国の法律が適用される旨規定する。家族法に関する適用除外は、BGBl. II, S. 946.以下に定めがある。

³³³ 東西ドイツ統一後の旧東ドイツ領域における家族法を解説する文献としては次のものがある。Adlerstein/Wagenitz, Das Verwandtschaftsrecht in den neuen Bundesländern, FamRZ 1990, S.1169. (= in: D. Schwab (Hrsg.), Familienrecht und deutsche Einigung: Dokumente und Erläuterungen, 1991, S.96.) ; A. Grandke, Familienrecht in der ehemaligen DDR nach dem Einigungsvertrag, DtZ 9/1990, S.321.; K. Siehr, Das Kindschaftsrecht im Einigungsvertrag, IPrax 1991, S.20. (=in: D. Schwab (Hrsg.), Familienrecht und deutsche Einigung: Dokumente und Erläuterungen, 1991, S.105.)

³³⁴ BGBが、「親権 (elterliche Gewalt)」あるいは「親の配慮 (elterliche Sorge)」という文言を使用するのに対し、FGBにおいては、「教育権」という文言が使用される。さらに、嫡出子と非嫡出子との概念的区別のないFGBにおいては、「非嫡出子 (das nichteheliche Kind; das uneheliche Kind)」という文言は使用されず、単に「子 (das Kind)」という文言が用いられる。これが、ドイツ民主共和国の基盤としていた

- 社会主義的家族法思想に由来することは、多言を要しないだろう。社会主義家族法思想については、福島正夫「社会主義の家族法原理と諸政策」福島正夫編『家族政策と法 5 社会主義国・新興国』（東京大学出版会、1976年）9頁以下が詳しい。
- ³³⁵ 旧東ドイツの家族法をわが国に紹介する文献はそれほど多くはないが、主な文献としては、川井健「東西ドイツにおける男女同権論の対立について（一）」法学協会雑誌73巻6号（1957年）52頁、同「（二完）」法学協会雑誌74巻1号（1957年）45頁、伊藤進＝前野育三「ドイツ民主共和国（東独）の家族法」法律論叢40巻4・5号（1967年）75頁、山田晟「東西両ドイツの婚姻観と離婚」成蹊法学創刊号（1969年）79頁、同「東ドイツの親族法の特徴について」星野英一編集代表『我妻榮先生追悼論文集 私法学の新たな展開』（有斐閣、1975年）547頁、同『ドイツ民主共和国法概説 下』（東京大学出版会、1982年）357-418頁、黒木三郎「ドイツ民主共和国における家族法と家族政策」福島正夫編『家族政策と法 5 社会主義国・新興国』（東京大学出版会、1976年）127頁（「東ドイツの家族法と家族政策」として、黒木三郎『比較法社会学研究』（早稲田大学比較法研究所、1984年）593頁に収録）、ハインツ・ピュッシュェル（著）潮見俊隆（訳）「ドイツ民主共和国家族法の概要」帝京法学14巻1号（1983年）165頁、大橋憲広「〈附〉統一前東ドイツの状況」黒木三郎監修『世界の家族法』（敬文堂、1991年）74頁がある。
- ³³⁶ 従前までのBGBにおける非嫡出子の親権法については、本稿 I 1 を参照。
- ³³⁷ FGB制定以前の家族法関係立法については、伊藤＝前野・前掲（注335）77頁以下が詳しい。また、FGBの立法草案を紹介するものとして、宮井忠夫「東ドイツ家族法草案について（一）」同志社法学97号（1966年）87頁、同「（二）」同志社法学98号（1966年）93頁が、FGBの翻訳としては、黒木三郎「ドイツ民主共和国家族法典および同施行法」家庭裁判月報20巻2号（1968年）123頁がある。
- ³³⁸ FGBの草案段階ではあるが、次のような指摘がなされていた：
「ドイツ民主共和国（DDR）は、ハンガリー、ポーランドの例、ユーゴスラヴィアの例に追従しなかった。FGB草案は、いわゆる『社会主義』諸国の非嫡出子法による影響を受けないままであった……。東ドイツの家族法学者の今日の統一的な見解は、非嫡出子の母が親権を単独で有し、そして、父はこの点においていかなる権利も有しないというものである。身上監護権もまた、母によって単独で行使される。さらに、父に対しては、原則として子の教育及び職業訓練にかかわる諸問題についての共同決定権及び協力権さえも、拒絶されている」（W. Bernhardt, a.a.O. (Fn.62), S.65ff.）。
- ³³⁹ 1990年改正後のFGB規定については、D. Schwab (Hrsg.), Familienrecht und deutsche Einigung: Dokumente und Erläuterungen, 1991, S.19ff.に収録されている。
- ³⁴⁰ K.-H. Eberhardt, Die Novellierung des Familiengesetzbuchs der DDR, FamRZ 1990, S.918. (=in: D. Schwab (Hrsg.), Familienrecht und deutsche Einigung: Dokumente und Erläuterungen, 1991, S.149.)
- ³⁴¹ GBl. I 1990 Nr.52, S.1041. なお、本改正直前の東ドイツ法について、特に子どもの権利条約との関連で、このような可能性を指摘していたものとし

- て、K.-H. Eberhardt, Gedanken zur Konvention über die Rechte des Kindes unter familienrechtlichen Gesichtspunkten, NJ 1990, S.60.があった。
- ³⁴² GBl. I 1990 Nr.52, S.1038.
- ³⁴³ 但し、非嫡出子に対する配慮法に関するBGBの幾つかの規定は、民法施行法（Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche—EGBGB—）によって、旧東ドイツ領域における適用が排除された。例えば、官庁監護に関する1706条乃至1710条は、非婚の母もFGB上は制限のない教育権を有したことから（FGB46条1項1文参照）、適用が排除された（民法施行法230条1項）。また、FGB46条2項1文によって教育権を取得した婚外子の父や祖父母は、1990年10月3日以降は後見人の法的地位を有することとなった（民法施行法234条11項）。Vgl. K. Siehr, a.a.O. (Fn.333), S. 21. (=in: D. Schwab (Hrsg.), Familienrecht und deutsche Einigung: Dokumente und Erläuterungen, 1991, S.106.)
- ³⁴⁴ D. Henrich, a.a.O. (Fn.145), S.263.
- ³⁴⁵ D. Coester-Waltjen, Die Rollen der Geschlechter im deutschen Familienrecht seit 1900, StAZ 1992, S.37.
- ³⁴⁶ 1970年から1997年までの西ドイツにおける非嫡出子の出生数及び出生率については、本稿IV1（1）の表1を参照。
- ³⁴⁷ 山田晟『東西両ドイツの分裂と再統一』（有信堂高文社、1995年）185頁。但し、東ドイツ政府が宗教を完全に否定できなかったことには注意をしておくはならない。
- ³⁴⁸ 山田・前掲書（注347）185頁
- ³⁴⁹ 本稿IV1（1）の表2を参照。
- ³⁵⁰ 本稿IV1（2）を参照。
- ³⁵¹ Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.264.
- ³⁵² Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.38.
- ³⁵³ Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.46.
- ³⁵⁴ Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.201ff.
- ³⁵⁵ Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.160.
- ³⁵⁶ Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.163.
- ³⁵⁷ Vaskovics/Rost/Rupp, a.a.O. (Fn.148), S.133.
- ³⁵⁸ 非嫡出子の父による実子養子の問題との関係で、これらの見解の一部について簡単に触れるものとして、阿部・前掲（注79）105-106頁がある。
- ³⁵⁹ この他に、肯定説第一説に属する見解としては次のものがある。de Witt/Huffmann, a.a.O. (Fn.138), 2. Teil.7. 6. 5. Rd.246.(=S.129f.); A. Brötel, Das alleinige Sorgerecht der Mutter für ihr nichteheliches Kind—ein grundrechtswidriges Dogma?, NJW 1991, S.3124.
- ³⁶⁰ P. H. Neuhaus, a.a.O. (Fn.85), S.37ff.
- ³⁶¹ P. H. Neuhaus, a.a.O. (Fn.85), S.41.
- ³⁶² P. H. Neuhaus, a.a.O. (Fn.85), S.41.
- ³⁶³ P. H. Neuhaus, a.a.O. (Fn.85), S.42.

- ³⁶⁴ J. Kropholler, a.a.O. (Fn.133), S.244ff.
- ³⁶⁵ J. Kropholler, a.a.O. (Fn.133), S.246.
- ³⁶⁶ J. Kropholler, a.a.O. (Fn.133), S.274.
- ³⁶⁷ J. Kropholler, a.a.O. (Fn.133), S.276.
- ³⁶⁸ J. Kropholler, a.a.O. (Fn.133), S.275.
- ³⁶⁹ 第7回ドイツ家庭裁判所大会の詳細については、Deutscher Familiengerichtstag e.V. (Hrsg.), Siebter Deutscher Familiengerichtstag vom 28. bis 31. Oktober 87 in Brühl: Ansprachen und Referate; Berichte und Ergebnisse der Arbeitskreise, 1988を参照。
- ³⁷⁰ Deutscher Familiengerichtstag e.V. (Hrsg.), a.a.O. (Fn.369), S.126f., S.139.; Empfehlungen des 7.DFGT, FamRZ 1988, S.471.
- ³⁷¹ Zenz/Salgo, a.a.O. (Fn.80), S.70ff.
- ³⁷² Zenz/Salgo, a.a.O. (Fn.80), S.70.
- ³⁷³ Zenz/Salgo, a.a.O. (Fn.80), S.71.
- ³⁷⁴ Zenz/Salgo, a.a.O. (Fn.80), S.71.
- ³⁷⁵ Zenz/Salgo, a.a.O. (Fn.80), S.72.
- ³⁷⁶ D. Henrich, a.a.O. (Fn.145), S.263ff.
- ³⁷⁷ D. Henrich, a.a.O. (Fn.145), S.263f.
- ³⁷⁸ D. Henrich, a.a.O. (Fn.145), S.267.
- ³⁷⁹ D. Henrich, Entwicklungslinien des deutschen Kindschaftsrechts im europäischen Kontext, in : Schwab/Henrich(Hrsg.), Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts, 2.aktualisierte Aufl., 1996, S.198f.
- ³⁸⁰ D. Henrich, a.a.O. (Fn.145), S.265.
- ³⁸¹ D. Henrich, a.a.O. (Fn.145), S.265.
- ³⁸² なお、オーバーロスキャンプ博士 (H. Oberloskamp) も、父母の共同生活の場合に、父母の申立てによって共同配慮権を認めるとする。H. Oberloskamp, a.a.O. (Fn.271), S.122.
- ³⁸³ N. Dethloff, Reform des Kindschaftsrechts, NJW 1992, S.2201.
- ³⁸⁴ この他に、肯定説第三説に属する見解としては次のものがある。V. Huvalè, a.a.O. (Fn.227), S.565.; T. Bartels, a.a.O. (Fn.249), S.460.; P. Finger, a.a.O. (Fn.257), S.453.; I. Baer, Neue Lösungen im Kindschaftsrecht, ZRP 1989, S.349.
- ³⁸⁵ I. Schwenzer, a.a.O. (Fn.1), S.251f.
- ³⁸⁶ I. Schwenzer, a.a.O. (Fn.1), S.268.
- ³⁸⁷ Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages, Mainz 1988, Bd.II, M, S.236.; 57.Deutscher Juristentag: Die Beschlüsse, NJW 1988, S.2998.
- ³⁸⁸ Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Hannover 1992, Bd.II, M, S.261.
- ³⁸⁹ Thesen des Deutschen Juristinnenbundes zur Neuregelung des Kindschaftsrechts, FamRZ 1992, S.912.
- ³⁹⁰ Empfehlungen des 11. Deutschen Familiengerichtstages, FamRZ 1996, S.339.; Deutscher Familiengerichtstag e.V. (Hrsg.), Elfter Deutscher Familiengerichtstag vom 27. bis 30. September 95 in Brühl: Ansprachen und Referate; Berichte und Ergebnisse

-
- der Arbeitskreise, 1996, S.94f., 122.
- ³⁹¹ 前述の1969年非嫡出子法の立法担当者でもあったクネプフェル博士（G. Knöpfel）は、父母が共同生活を営んでいる場合に共同配慮を認めることに対して、非婚のパートナーシップ関係の婚姻に比した脆弱性、解消時の法的保護の欠如、婚姻を拒絶しながら婚姻に結びつけられた諸制度を認めることの矛盾などを指摘し、さらに、裁判所による共同配慮の審査に対しては、多くの非婚のカップルが国家の影響力の行使や国家のコントロールを拒絶していることなどから、共同配慮の裁判所による承認が的外れであると指摘する。その上で、母が法律行為によって父に共同配慮の移譲を行う可能性を提案する。G. Knöpfel, a.a.O. (Fn.147), S.237ff.
- ³⁹² M.-M. Hahne, Überlegungen zur Verbesserung der Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes, FamRZ 1990, S.928ff.
- ³⁹³ M.-M. Hahne, a.a.O. (Fn.392), S.929.
- ³⁹⁴ M.-M. Hahne, a.a.O. (Fn.392), S.929.
- ³⁹⁵ M.-M. Hahne, a.a.O. (Fn.392), S.930.
- ³⁹⁶ Schwab/Dose (Hrsg.), Familienrecht in Praxis und Theorie: Festschrift für Meo-Micaela Hahne, 2012, S.483ff.所収の著作リストも参照。
- ³⁹⁷ F. W. Bosch, a.a.O. (Fn.309), S.1121ff.
- ³⁹⁸ F. W. Bosch, a.a.O. (Fn.309), S.1128.
- ³⁹⁹ F. W. Bosch, a.a.O. (Fn.309), S.1127.
- ⁴⁰⁰ ボッシュ教授の見解に対する批判については、阿部・前掲（注79）114頁以下の注76を参照。
- ⁴⁰¹ D. Coester-Waltjen, a.a.O. (Fn.345), S.39.