

ドイツ婚外子共同配慮法の形成過程（４・完）  
— 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 IV  
—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

4 東西ドイツ統一

5 具体的改正提案

6 小括 (以上 53巻1号)

V 1991年5月7日連邦憲法裁判所決定

1 事実関係

2 連邦憲法裁判所の判断

3 決定に対する評価

VI 1990年代の親子法改正論

1 諸団体による改正提案

(1) 第59回ドイツ法曹大会の決議 (1992年)

(2) ドイツ女性法律家協会の提案 (1992年)

(3) ドイツ家庭裁判所大会の提案 (1993年／1995年)

(4) ドイツ・カトリック中央委員会の提案 (1993年)

(5) ドイツ公私保護事業協会の提案 (1995年)

(6) 少年援助協議会の意見書 (1995年)

2 連邦議会における改正提案

(1) SPDの提案 (1995年)

(2) 同盟90 / 緑の党の提案 (1995年)

3 政府草案 (1996年)

(1) 成立過程と特徴

(2) 改正案の内容

(3) 連邦議会法務委員会における審議

(4) 改正法に対する評価

むすび

1 ドイツにおける変遷史のまとめ

2 比較法的考察

## V 1991年5月7日連邦憲法裁判所決定

非嫡出子に対する共同配慮権の立法化へ向けての大きな原動力となったのが、具体的規範統制事件として争われた1991年5月7日連邦憲法裁判所決定<sup>402</sup>である。本事件において、連邦憲法裁判所は、父母が子とともに共同生活を営んでおり、父母が共同配慮権の行使を望んでいる場合であっても、嫡出宣告（1723条）によって反射的に母は配慮権を失う（1738条1項）ことが基本法に違反することを認めた<sup>403</sup>。

### 1 事実関係<sup>404</sup>

子の父母は、1979年の初頭から共同生活を営んでおり、1979年11月に生まれた非嫡出子を共同して世話していた。1980年1月に、父は父性を承認し、同年4月には、母の申立てに基づいて官庁監護が廃止された。さらに、1988年に、父は、1618条1項に基づいて子に自己の氏を付与した。

1988年3月31日付の公証人作成文書によって、父は、親の配慮が父母に共同して帰属するという条件付で、後見裁判所に嫡出宣告を申し立てた。同じ文書の中で、母は自己の名で、また、子の代理人として、申し立てられた法律効果を伴う嫡出宣告に対する同意を表明している。児童福祉法（JWG）48a条に基づく意見表明権限を有する社会福祉局（Amt für Soziale Dienste）は、父母が配慮を共同して獲得する場合にのみ、嫡出宣告が子の福祉に資するだろうとの見解を示している。そこで、後見裁判所は手続を停止し、1738条1項が基本法に違反するか否かという問題を連邦憲法裁判所に提示した。その提示理由は、1738条1項が、基本法6条2項及び5項と、さらには同条1項及び4項と、並びに、基本法1条1項との関連で基本法2条1項と合致しないというものであった。

これに対して、連邦司法大臣は、1738条1項が基本法と一致すると主張する<sup>405</sup>。連邦司法大臣によれば、「1738条1項において規整されている父への親の配慮の移譲は、子のために、一義的な法的割当を生じさせる」ものであるが、「父母が共同生活を営む場合には、母は嫡出宣告後であっても母としての愛情を与えることができる」とされる。その上で、配慮権に関する法的な欠如は、父母が互いの関係について法的拘束力のない形態を選択したことと一致すると

主張されるのである。さらに、連邦司法大臣は、立法者には広範な立法裁量が与えられ、親子法体系全体に配慮することが認められており、共同配慮が必ずしも嫡出宣告の法律効果として予定される必要はないという理由から、「立法者は、非嫡出子の父母の共同配慮に関する規整を創設することを、またその際に離別の可能性を顧慮することを、憲法によって義務づけられていない」と主張する。

## 2 連邦憲法裁判所の判断

連邦憲法裁判所は、後見裁判所の提示理由を認めたが、その際に、提示理由が認められることは、前述の1981年3月24日連邦憲法裁判所判決とは矛盾しないと述べた。その理由は、1981年判決が1705条の合憲性に関するものであり、本事件で問題となっている1738条1項には関係しないためである。その上で、連邦憲法裁判所は、「BGB1738条1項の規定は、父及び母が子とともに共同生活を営んでおり、〔父母〕双方が親の責任を共同して引き受ける用意があり、かつ、それが可能な状態にあり、また、そのことが子の福祉に合致する場合にも同規定が適用される限りで、基本法6条2項及び5項に適合しない」と判示した<sup>406</sup>。

連邦憲法裁判所は、基本法6条2項1文の親の権利が、非嫡出子の母だけでなく、子及び子の母と共同生活を営んでおり、親の責任を引き受ける諸条件を満たす非嫡出子の父にも認められるとする従来の判例の立場を確認する<sup>407</sup>。その上で、連邦憲法裁判所は、次のように述べて、子に対する養育責任を果たすために必要な法的権限を父母に付与しないという立法上の不作為がある場合にも、基本法上の親の権利が侵害されることを認めた<sup>408</sup>：

「確かに、子と共同生活を営む父母は、事実上、子を共同して養育し、教育する可能性を有している。しかし、父母が親の任務を事実上引き受けることを立法者が阻止しないことは、父母双方の親の権利にとっては、十分でない。むしろ、この基本権は、親の責任を果たすために必要な法的権限（die rechtlichen Befugnisse）が父母の一方に与えられていない場合にも、侵害されるのである」。

連邦憲法裁判所は、子の教育が（特に第三者との関係で）法的権限の存在を前提としているという理由から、「親の権利は法律上の形態を要する」と指摘

する<sup>409</sup>。連邦憲法裁判所によれば、立法者は、親の配慮に結びつけられた諸権利の形式で、嫡出子の父母及び非嫡出子の配慮権者に対して認めている法的権限を、正当な理由なく、その他の親の権利の担い手に対して認めないことはできない<sup>410</sup>。さらに、配慮権者が私的な方法—とりわけ非配慮権者に代理権を付与すること—を通じて、非配慮権者による親の責任を実現できるとしても、このことを理由として、立法者は、親の権利の担い手に対して必要な法的地位を付与する義務を免れることはできないとされる<sup>411</sup>。

非嫡出子の父母の一方のみに配慮権を認め、他方にこれを認めないことは、国家による父母間の調整を必要とするという顧慮に基づいても正当化されない。連邦憲法裁判所は、1981年判決において承認された、立法者が非嫡出子の配慮権を原則的に母に帰属させることの正当性を再確認する一方で、父が母と共同して親の配慮を引き受けるという条件付で嫡出宣告を申し立て、母もその申立てに同意している場合には、一国家による調整を必要とする紛争が父母間に存在しないために—父母間の利益調整を行う国家の任務を根拠として、嫡出宣告の効果を正当化することはできないとする<sup>412</sup>。

同様に、国家による親の権利への介入の条件も存在しない。非嫡出子の父母を共同配慮権から一般的に排除することは、子の福祉がこれを要求していないだけでなく、逆に子の福祉を著しく害するとされる<sup>413</sup>。この点について、連邦憲法裁判所は、①父母が子と共同生活を営んでおり、かつ親の責任を引き受ける準備がありまたそれが可能である場合に、父母双方に親の権利が付与されることが、通常は子の福祉に適うこと、②非嫡出子について共同配慮権を認めないという立法者の判断が、非婚生活共同体は破綻しやすく、父母の別居後に子が父母間の紛争に置かれるという顧慮によっても正当化されないこと、③嫡出宣告の効果にいかなる例外も認められないことは、類型化（Typisierung）の要請によっても正当化されないことの三点を具体的な根拠として挙げる<sup>414</sup>。

嫡出宣告後に共同配慮権が完全に排除されることは、他の憲法規範によっても正当化されない。連邦憲法裁判所は、基本法 6 条 1 項（婚姻及び家族の保護）から、非婚生活共同体をあらゆる点で婚姻に劣後するものとして扱う国家の義務や、基本法 6 条 2 項 1 文によって保護された非嫡出子の父母の親の権利に法的承認を与えない国家の義務が生じることはないと判示する<sup>415</sup>。非婚生

活共同体で生活する父母に共同配慮を認めることは、非婚生活共同体それ自体を発展しようとするのではなく、単純に親子関係を発展するに過ぎないとされる<sup>416</sup>。連邦憲法裁判所は、婚姻制度を意識的に拒絶している父母が親の権限を法律上保障される権利を有しないことを理由として、親としての地位を法的に守ることを拒絶することはできないと判示する<sup>417</sup>。婚姻をしないという父母の個人的な決定が、子に対する負担をもたらしてはならないことが、その理由である<sup>418</sup>。

さらに、連邦憲法裁判所は、1738条1項の規定が基本法6条5項にも反することを認めた。連邦憲法裁判所によれば、基本法6条5項は、非嫡出子のための保護規範として立法者の形成自由（*Gestaltungsfreiheit*）に制限を加えるだけでなく、非嫡出子のために嫡出子と同一の諸条件を積極的に作出することを立法者に義務づけている<sup>419</sup>。嫡出子に適用される規定を非嫡出子に適用しないことが正当化されるのは、形式的な平等化によって嫡出子とは異なる非嫡出子の社会的状況を正当に評価できない場合、あるいは平等化によってその他の法的地位が侵害される場合に限られる<sup>420</sup>。しかし、嫡出宣告によって母が親の責任を果たすことができなくなる不利益を、父母と共同生活を営んでいる非嫡出子が被ることを正当化する根拠は存在しないとされる<sup>421</sup>。

その一方で、連邦憲法裁判所は、「ある規範が基本法と一致しない場合に、その規範は原則として無効を宣告されなければならない（連邦憲法裁判所法78条1文との関連における82条1項）」が、「憲法違反の是正のための多くの可能性が存在し、無効宣告が立法者の形成自由を侵害する場合には、無効宣告は許されない（BVerfGE39, 316[332f.]; 77, 308[337]）」という憲法裁判上の基本原則に従い、本事件において無効確認は行われないと述べる<sup>422</sup>。その上で、連邦憲法裁判所は、立法者が様々な方法で違憲状態を除去することができることを認める。具体的には、立法者は、「嫡出宣告制度の枠組みにおいて母と父との共同配慮の可能性」を予定することも、「非嫡出子の父母についての共同配慮権を嫡出宣告の外に導入すること」も可能であり、さらには、「非嫡出子の法的地位を全体的に嫡出子の法的地位に統一させる（*angleichen*）」こともできるとされたのである<sup>423</sup>。

さらに、連邦憲法裁判所は、1738条1項の効力について、「連邦憲法裁判

所が基本法とある規範との不適合を確認した場合には、立法者は法状況を即座に基本法と一致させることを義務づけられ、「不適合宣告の範囲において、その規範は、もはや裁判所あるいは行政官庁により適用されてはならない（BVerfG37, 217[261]; 82, 126[155]）」という基本原則を確認した上で、次のように述べた<sup>424</sup>：

「子が父母と共同して生活しており、かつ、父母が共同して親の配慮権を行使するという条件を付けて嫡出宣告を申し立てる場合には、後見裁判所は、1738条1項に定められた法律効果を伴って嫡出宣告を行ってもならないし、また、これらの法律効果のゆえに嫡出宣告は子の福祉に合致しないという理由づけによって嫡出宣告を拒んでもならない。むしろ、このような手続は、法律上の新規整が施行されるまで停止されるべきである」。

### 3 決定に対する評価

1991年5月7日連邦憲法裁判所決定によって、「子が父母と共同して生活しており、かつ、父母が共同して親の配慮権を行使するという条件を付けて嫡出宣告を申し立てる場合」には、非婚の父母についても共同配慮権を行使する可能性が認められた。本決定の意義は、このような可能性が開かれたことだけではなく、非嫡出子に対する共同配慮権を認める法改正が決定づけられた点にもあるといえる。

もともと、上記のような連邦憲法裁判所の解決策については、①非婚生活共同体の存在を前提とすることは、不可避免的にプライバシーへ侵入することになること、②子に対する責任を共同して引き受けることについて父母間に合意がある場合には、父母双方との関係を法的に強化することが基本的には子の利益に適うことから、子の福祉の審査も必要ないと考えられることが指摘されていた<sup>425</sup>。

また、連邦憲法裁判所は、非嫡出子に対する親の配慮の基本規範である1705条1文について検討することなく、提示理由とされた嫡出宣告の効果に関する1738条1項のみに焦点を当てて結論を出したが、1705条1文の合憲性が争点とされた前記の1981年3月24日判決における検討が十分に顧慮されていないことに対する批判もあった<sup>426</sup>。

## VI 1990年代の親子法改正論

1980年代に学説を中心に広まった、非婚の父母の共同配慮に関する議論は、90年代に入っても引き続き活発に展開される。このことは、同時代における博士学位論文（Dissertation）のテーマとして、非嫡出子の配慮に関する問題が頻繁に取り上げられていた事実にも顕著に表れている<sup>427</sup>。

この時代の議論を前進させたのは、前記の1991年5月7日連邦憲法裁判所決定である。同決定以降、連邦憲法裁判所が判例上開いた非婚の父母による共同配慮の可能性を立法においても実現する気運、それを超えて親子法全般を根本的に見直す気運は、最高潮に達していた。実際に、各種団体から改正提案が公表される一方で、連邦議会においても野党から改正動議が提出されるなど、法改正をにらんだ動きが活発化する。1995年7月24日に親子法改正のための参事官草案（Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG)）<sup>428</sup>が公表されると、法改正に向けての議論はさらに熱を帯びる。鬱然とした雰囲気の中で、連邦政府は、1996年に親子法改正草案を議会に提出し、婚外子に対する共同配慮のための法改正を目指すことになる。本章では、法改正が実現するまでの軌跡をたどる。

### 1 諸団体による改正提案<sup>429</sup>

#### (1) 第59回ドイツ法曹大会の決議（1992年）<sup>430</sup>

1992年9月にハノーファー（Hannover）で行われた第59回ドイツ法曹大会（59. Deutschen Juristentag）では、「親子法を新たに規整することは望ましいか（Empfiehl es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?）」とのテーマの下で、親子法を巡る議論及び大会決議がなされた。

#### ① 鑑定意見

本大会で鑑定意見（Gutachten）を提出したのは、シュヴェンツァー教授である。同教授は、非婚の父母が親の配慮を共同して行使する可能性についてヨーロッパ諸国における対応の違いを述べた上で、非嫡出子に対する親の共同配慮権を巡る問題については「非婚の父母の共同配慮権は、父母の共同の申立てにのみ基づいて、彼らに認められるべきである」という解決策を提案した<sup>431</sup>。

父母の共同生活を要求しない点については、「共同生活は父母によって捏造されうる」ことが、さらに、子の福祉の審査を要求しない点については、子の出生時に「共同配慮が具体的ケースにおいて子の福祉に適うか否か」を予測することはほとんど不可能であることが、それぞれの理由として挙げられた<sup>432</sup>。この提案は、すでに確認したところの肯定説第三説に属するものである。

さらに、非嫡出子の父の配慮権については、「父母の共同で協調的な申立てに基づいて、共同配慮だけでなく、父の原始的な単独配慮も可能とすべき」ことが<sup>433</sup>、非嫡出子の母の配慮に予定されている官庁監護（*Amtspflegschaft*）については、「自由意思に基づく助言・援助の申出によって代替されるべきである」ことが<sup>434</sup>、それぞれ提案された。

また、単独配慮権者たる父母の一方の故障の際に、非配慮権者たる父母の他方へ配慮権を移譲できるかという問題について、シュヴェンツァー教授は、非配慮権者たる父母の他方とその子との間に社会的な親子関係（*eine soziale Eltern-Kind-Beziehung*）が存在する場合、あるいはそのような関係が存在した場合に、非配慮権者が優先的に配慮権を得ることが正当化されると述べる。さらに、このような場合には、非配慮権者たる父母の他方への配慮権の移譲について子の福祉への適合性が積極的に確認されなければならないとされる<sup>435</sup>。

## ② 討論

シュヴェンツァー教授の鑑定意見に対して、ブリュール区裁判所長のヴィルツキ（S. Willutzki）、ディーデリクゼン教授（U. Diederichsen）、ツェンツ教授の3名が意見（*Referat*）を提示した。このうち、非嫡出子に対する配慮について詳細な検討を加えたのは、ヴィルツキとディーデリクゼン教授である。その主張の概要を示すと次のようになる<sup>436</sup>。

ヴィルツキ<sup>437</sup>は、1991年5月7日連邦憲法裁判所決定を議論の起点とすることにより、非嫡出子の父母に共同配慮を認めるべきことを立法者に対して訴えることになると述べる。その上で、1991年連邦憲法裁判所決定が「嫡出子と異なり、非嫡出子については、父母双方が常に共同して親の責任を引き受けるつもりではないという前提から出発できるとした点」に賛成する一方、「非嫡出子の父母が子に対する共同の親責任（*Elternverantwortung*）を引き受ける

意思を一致して書面で証明する場合」に、「その他の諸条件を要求することなく」、共同配慮を認めるべきであると主張する。

特に強調されるのは、非嫡出子の父母が共同配慮権を手に入れるために共同生活を営む必要がないことである。その理由について、ヴィルツキは、「確かにこのような状況〔＝父母が共同生活を営んでいる状況〕は、親の配慮に関する共同申立ての際に、通常であるだろう」、「しかし、これと異なり世帯を別にする生活形態が初めから共同の親責任の利用から排除されることは、憂慮すべきことである」と述べる。

さらに、非婚の父母が共同配慮を申し立てる際に、子の福祉の適合性に関する特別な審査を行うことに対しては、「過剰である」として、これを否定する。ヴィルツキは、申立てがすでに共同配慮を営んでいる父母によって行われる可能性が大きいこと、そして子の出生前に申立てが行われた場合には、子の福祉審査が極めて限定的な形式においてのみ可能であることから、国家による審査に理由がないことを、その論拠に挙げる。

このように、ヴィルツキがシュヴェンツァー教授の鑑定意見に全面的な支持を表明し、側面から支援したのに対して、ディーデリクゼン教授は、非婚の父母の共同配慮が認められる場面をより限定することを提案する。すなわち、ディーデリクゼン教授は、非婚の父母による共同配慮の申立てがあった際に、父母の一方が婚姻している場合には、共同配慮が付与されるべきでないと主張したのである<sup>438</sup>。その理由について、彼は意見書において次のように述べていた<sup>439</sup>：

「非婚の父に親の責任を引き受ける可能性が与えられるべきことは、憲法上命じられているだけでなく、現在の社会的諸関係の展開にも合致している。それゆえ、互いに婚姻していない父母が、その申立てに基づいて、その子に対する共同の配慮権を得ることができることは、正当である。もっとも、重婚禁止（Bigamieverbot）の最低限の反映として、父母の一人が依然として婚姻している限りで、それは排除されなければならないだろう」。

討論においても、ディーデリクゼン教授は、非嫡出子の父母の一方の配偶者が同意していない場合に、共同配慮が認められるべきではないとする自らの立場を次のように強調する<sup>440</sup>：

「私は、非嫡出子の父が婚姻している場合には、非婚の父母の共同配慮権を単純に父母の共同

の申立てに基づいて認めることはできないと考えます。ある男性が、非嫡出子に対する自己の責任から逃れることなく、〔婚姻による〕家族を守ろうとする場合に、非婚の母は、『私はあなたの夫と私の子の配慮のことについて話し合わなければならないのです』といて、この家族に一たとえ電話を掛けることによっても一足を踏み入れるべきではないのです。

このようなディーデリクゼン教授の主張は、大会において支持を得ることはなく、さらに、後述するように1997年改正法の政府草案においても明確に否定されることになるが、父母の婚姻家族（父母の配偶者、嫡出子）を保護するという視点から問題が提起されたことは注目されてよい。

### ③大会決議

大会は、総論として、「I. 嫡出子と非嫡出子との一般的区別は、立法論としては（*de lege ferenda*）維持されるべきではない。（採決：賛成63、反対5、保留1）」<sup>441</sup>と決議した上で、非婚の父母の配慮権について次のような決議を行った<sup>442</sup>：

「D親の配慮 I. 非婚の父母

1. 子の父母が互いに婚姻していない場合には、共同の親の配慮は、父母の共同の申立てに基づき、彼らに認められるべきである。（採決：賛成52、反対26、保留2）
2. 親の配慮は、〔父母の〕共同の申立てに基づき、父に移譲されうるものとする。（採決：賛成66、反対7、保留5）
3. 上記2による配慮権の移譲の際には、子の福祉の審査が行われるべきである。（採決：賛成47、反対20、保留9）
4. 親の配慮は、父または母の申立てに基づき、父に移譲されうるものとする。（採決：賛成51、反対21、保留4）
5. 上記4による配慮権の移譲の際には、子の福祉の審査が行われるべきである。（採決：賛成73、反対1、保留1）
6. 申立てのない場合には、母の単独配慮が維持されるべきである。（採決：賛成71、反対4、保留2）
7. 官庁監護の自動的な開始は、少年局によって説明される補佐の申出のために、放棄されなければならない。（採決：賛成61、反対13、保留4）
8. 官庁監護は、子の父子関係が生後一年以内に承認または確認されない場合に初めて開

始すべきである。(採決：賛成16、反対48、保留9)

このように、第59回ドイツ法曹大会における鑑定意見及び大会決議はともに、非婚の父母の共同配慮権の導入を支持したが、ここで注目されるのは、非婚の父母による共同配慮権行使の可能性が父母の共同の申立てによって認められるべきであるという肯定説第三説の立場が主張された点である。非婚の父母による共同配慮権の行使に関するこの立場は、その後の1997年親子法改正において立法化されることとなる。1980年代以降学説において活発化した非婚の父母の共同配慮権に関する議論は、1991年5月7日連邦憲法裁判所決定を経て、第59回ドイツ法曹大会において一つの頂点に達したといえるのである。

## (2) ドイツ女性法律家協会の提案 (1992年)<sup>443</sup>

ドイツ女性法律家協会 (Deutscher Juristinnenbund e.V.) は、1992年5月にバート・ホンネフ (Bad Honnef) で開催したセミナーで、「親子法の新規整に関するドイツ女性法律家協会のテーゼ (Thesen des Deutschen Juristinnenbundes zur Neuregelung des Kindschaftsrechts)」を採択した。

協会は、総論として、嫡出子と非嫡出子との間の法律上の区別の廃止を掲げる。さらに、非嫡出子に対する親の配慮については、以下のテーゼが提示される<sup>444</sup>：

「互いに婚姻していない父母は、将来的に、配慮権を共同して行使する可能性を手に入れるものとする。そのためには、父母間で一致した、公証人によって証明された申立てで足りる。」

### (Ⅲ.2.)

「特別なケースでは、[子の]母と婚姻していない父に、単独の親の配慮が認められる。それに関しては、公証人によって証明された、父母双方の一致した意思表示を要する。意思表示は、子の出生前にも行うことができる。母は、このケースにおいて、子の出生後6週間までの間、意思表示を撤回する権利を有する。」(Ⅲ.3.)

「互いに婚姻していない父母が配慮権の意思表示 (Sorgerechtserklärung) をしていない場合には、母の単独配慮権とする。」(Ⅲ.4.)

「BGB1706条以下の官庁監護は、廃止するものとする。全ての父母は、将来的に、BGB1685条の補佐を申請する権利を有するものとする。」(Ⅲ.5.)

「親の配慮の変更は、子の福祉がそれを要求しており、かつ、父母または子の変更を申請した場合に、できるものとする。この方法で、母と婚姻していない父にも、親の配慮が移譲されるものとする。」(Ⅲ.6.)

非婚の父母の共同配慮 — 特に、肯定説第三説による — の導入、婚外子の母の原則的な単独配慮の維持、父への単独配慮移譲の可能性及び官庁監護の廃止について、ドイツ女性法律家協会のテーゼは、他の諸団体の提案 — さらにには後述する1997年親子法改正法の政府草案の立場 — と軌を一にする。

他方、協会は、他の諸団体の提案とは異なり、共同配慮の要件として、父母の意思表示が公証人によって証明されることを要求する(Ⅲ.2)。公証人の関与は、父母の合意によって父に単独配慮を移譲する場合(Ⅲ.3)についても、要求される。さらに、父母の合意による父への配慮の移譲において、子の出生前に合意を行うことができること、子の出生後6週までの間であれば、母が合意時の意思表示を撤回できることが予定されている点も、本テーゼの特徴として挙げられる。

### (3) ドイツ家庭裁判所大会の提案（1993年／1995年）

ドイツ家庭裁判所大会の配慮法委員会（Deutscher Familiengerichtstag e.V.—Sorgerechtskommission）は、1993年に、「親子法改正に関するテーゼ（Thesen zur Reform des Kindschaftsrechts）」<sup>445</sup>を公表した。同委員会は、前記の第59回ドイツ法曹大会決議、ドイツ女性法律家協会のテーゼ及びドイツ社会民主党議員団の改正提案（BT-Drucks.12/4027）などの改正提案をも参考としつつ、個別の問題に対して意見を提示する。

まず提案されるのは、基本概念の転換である（I.1.）<sup>446</sup>。従来、子に関する父母の権利及び義務を表すために用いられてきた「親の配慮（elterliche Sorge）」または「配慮権（Sorgerecht）」の概念について、委員会は、将来的に、「妨害を受けることなく子を教育する父母の権利」や「国家による特別な援助及び支援についての要求」のように、国家、自治体及び裁判所に対する父母及び家族の関係だけを表すものとするべきことを提案する。これに対して、家族内部あるいは父母と子との間の義務及び権利の規整のためには、「親の責任（elterliche Verantwortung）」の概念が採用されるべきであるとされる。その理由として挙

げられるのは、このように「親の責任」の概念を採用することにより、「子の福祉」、「父母による教育、援助及び支援についての子の要求」を考慮すべきことを明確にできることである<sup>447</sup>。

委員会の提案は、親子法において父母が婚姻しているか否かによる既存の区別が廃止されなければならないことを前提として、婚外子に対する親の配慮(親の責任)の改正にも及ぶ(Ⅰ.3.)<sup>448</sup>。まず、婚外子の母は、子の出生によって、親の配慮を有する原則の維持が確認される。その上で、父母が互いに婚姻していない際には、父母の一致した申立てに基づいて、その他の審査を要することなく、父が母とともに親の責任を共同行使すること、あるいは、十分に理由のある例外的ケースにおいて、親の責任を父に単独で移譲することを提案する。

さらに、ドイツ家庭裁判所大会は、1995年9月27日から30日にかけてブリュール(Brühl)で開催された第11回大会の第9分科会—テーマ：子の福祉に関する国際条約の国内法への影響(Auswirkungen internationaler Verträge zum Kindeswohl auf das nationale Recht)—及び第10分科会—テーマ：親子法の改正—諸草案(Reform des Kindschaftsrechts—Entwürfe)—において、1995年当時公表されていた親子法改正に関する参事官草案を巡る議論を展開し、大会決議を採択した。婚外子の配慮に関して、大会決議は、以下の三点について、立法者に対する勧告を行う<sup>449</sup>。

第一は、非婚の父母の共同配慮の導入である。ここでは、父母が配慮を共同して引き受ける意思を表示していた場合(配慮表明)または父母が互いに婚姻した場合にのみ、父母に親の配慮が共同で帰属するものとし、それ以外の場合には母が婚外子の単独配慮権者となることを計画していた当時の参事官草案1626a条の立場が支持される(B.Ⅱ.1.2.a)。

第二は、単独配慮の移譲に関する子の権利を保障することである。勧告によれば、子は、より適切な父母の一方に配慮権が移譲されるように求める権利を有している。これに対して、参事官草案1672条が母の同意を要求していることは、子の上記要求を制限するものとして、適切ではないことが指摘される(B.Ⅱ.1.2.b)。

第三は、母の配慮権行使に支障がある場合の父への配慮権者の変更の審査基準を緩和することである。参事官草案は、母の配慮権行使に支障がある場合に、

「子の福祉に適う」ことを要件として、父への配慮権の移譲を認めることを予定していた（参事官草案1678条2項、1680条2項2文、1681条）。勧告は、上記場合には、父による責任の引き受けに対する子の要求があることを認め、参事官草案の提案する積極的子の福祉審査ではなく、「子の福祉に反しない」という消極的子の福祉審査によって判断すべきと主張する（B. II.1.2.c）。

ドイツ家庭裁判所大会の婚外子共同配慮に対する立場は—1993年のテーゼにおいても、1995年の第11回大会決議においても—、父母による共同の申立てのみを要件としてこれを認めるものであり、肯定説第三説を一貫して支持するものであった。他方、1993年のテーゼでは、「親の責任」概念の導入が説かれ、1995年の大会決議においては、当時の参事官草案を前提として、父への配慮権移譲の際の審査基準の緩和が主張されるなど、他の団体の主張とは異なる特徴的な議論も展開された。

#### （４）ドイツ・カトリック中央委員会の提案（1993年）<sup>450</sup>

ドイツ・カトリック中央委員会（Zentralkomitee der deutschen Katholiken）は、1993年5月7日の総会で、子の権利及び非嫡出子の法的地位に関する宣言（Ein Kind hat ein Recht auf beide Eltern : Zur Rechtsstellung nichtehelicher Kinder）を決議した。本宣言を決議した理由について、カトリック中央委員会は、「人間のため、とりわけ弱者や抑圧された者のために尽くす義務を自覚するキリスト教徒は、自ら声をあげることでできない人々の代弁者となることを自らの使命と考え」、当時進められていた改正作業に対して意見を述べると説明していた<sup>451</sup>。

カトリック中央委員会が親子法改正の中核にすえるのは、「子が親に対して有する自然的な権利」及び「親が子に対して無条件に負う責任」である。このことを、宣言は次の言葉で強調する<sup>452</sup>：

「子どもたちは、その責任を疑いなくかつ無条件で果たす父母への自然的な権利を有している。親の責任は、ある人間の人生が始まった瞬間に生じる。それは、新しい人間に対する責任である。それゆえ、親の責任は、全面的なものであり、放棄することができない。親の責任は、単に子の存在そのものによって、負われるものである。その本質にしたがえば、親の責任は、まさに生ける者に対する責任であり、自ら進んで子に対する父母の任務を常に満たすことを父母に対して要求している」。

上記の「父母への子の自然的権利」と「親の放棄できない責任」が生じる理由は、子どもが「自らの生まれる世界を選択することができない」こと、換言すれば、子ども自身は「父母を選ぶことも、自己が成長する生活状況を選ぶこともできない」ことに求められる<sup>453</sup>。

他方、カトリック中央委員会は、「婚姻」には家族生活における特別な意義が依然としてあることを認める。すなわち、「道徳的・一人間的な生活共同体でありかつ愛の共同体としての婚姻こそが、家族生活の本質であり、家族生活の原初的な展開領域」であり、「婚姻は、その構造において、他の共同生活形態によって代替することができない」とされるのである<sup>454</sup>。しかし、このことから、子の養育に関して嫡出子と非嫡出子との法的区別を設けることが帰結されるわけではない。宣言は、「非嫡出〔の生れ〕であることが、親による世話という放棄することのできない責任をなくすことになら」ず、父母の婚姻共同体において生活することのできない子どもたちが「保護及び援助に関する特別な請求権」を有することを確認する<sup>455</sup>。

非嫡出子の配慮法に関する本宣言の提案<sup>456</sup>は、母の原則的な単独配慮を維持しつつ、父母双方が共同の申立てをする場合に、非婚の父母に共同配慮を認める。さらに、母の疾病や教育能力が欠如している場合には、非婚の父への単独配慮の移譲を認める可能性が開かれるべきであるとされる。共同配慮の変更手続は、少年局あるいは教育助言機関での助言を通じて、合意に至ることが目指されるが、合意ができない場合には、裁判手続に移行するものとする。

カトリック中央委員会による提案は、非婚の父母の共同配慮に関する肯定説第三説に一致するものである。これに対して、ボッシュ教授が提案した養子縁組という解決策<sup>457</sup>は、共同の親子関係という出発点を満たすものでなく、かつ手続が複雑であるという理由から、本宣言において明確に否定された<sup>458</sup>。

#### (5) ドイツ公私保護事業協会の提案 (1995年)<sup>459</sup>

ドイツ公私保護事業協会 (Deutscher Verein für öffentlichen und privaten Fürsorge e.V.) は、連邦政府が親子法改正の方針を示したことを契機として、親子法を再検討する作業部会を設置する。作業部会における検討の結果は、専門委員会における審議及び承認を経て、「親子法改正に関するド

イツ公私保護事業協会の検討（Überlegungen des Deutschen Vereins für eine Kindschaftsrechtsreform）」にまとめられ、1995年2月の理事会で可決された。

本検討では、「親の配慮法における嫡出子と非嫡出子との可能な限り広範な平等化」と「父母の一方の単独配慮の際の交流権の新秩序」の二点はその中心にすえられる<sup>460</sup>。もっとも、このことは、協会による改正提案が上記二点に限定されることを意味しない。むしろ、協会は、親子法全体の改正が必要であることを強調する。すなわち、連邦憲法裁判所による判断を前提として、憲法に適合させるための弥縫的な改正を行う場合には、全体改正が先延ばしになる危険だけでなく、個別規定相互の関連が考慮されないという問題のあることが指摘されるのである<sup>461</sup>。

協会は、社会福祉（soziale Arbeit）の立場から、配慮法における嫡出子と非嫡出子の法的地位の改正について検討を加える<sup>462</sup>。協会の提案によれば、非婚の父母による共同配慮は、子の発達ニーズ（Entwicklungsbedürfnisse）並びに児童及び少年援助法の目的に鑑みて、非婚の父母による一致した申立てによって認めるものとする。その前提として、「非婚で親になろうとする者は、多くのケースにおいて、はじめから子に対する共同の責任を単に事実的にだけでなく、法的にも保障された方法で引き受ける意思を有している」ことが想定される<sup>463</sup>。子に対する責任を引き受けようとする非婚の父母の意思が、通例は子の福祉に合致することを理由として、父母の一致した申立てを共同配慮のための唯一の要件とし、父母の共同生活など他の条件を付さない。共同配慮権に関する一致した申立てがない場合には、母の単独配慮権のままとする<sup>464</sup>。この立場は、共同配慮の立法論の中でも肯定説第三説に連なるものである。

提案は、父への単独配慮の移譲についても行われる<sup>465</sup>。父への配慮権の移譲は、父母による一致した申立てがある場合に、認められる。父の一方的な申立てによる移譲は、「父子間に社会的な親子関係が存在しており、かつ、子の福祉が配慮権の移譲を要求している」場合に、認められる。母が死亡している場合や、母から配慮権が剥奪されている場合（1666条参照）には、「父子間の社会的な親子関係の存在」は要求されず、父の一方的な申立てによる配慮権の移譲は、それが子の福祉に合致することを条件として、認めることができる。

母の配慮権行使に対する官庁監護については、改正議論において異論なく主

張されているように、これを廃止することが主張される<sup>466</sup>。官庁監護の廃止はまた、東西統一ドイツにおける法の統一への重要な一歩として位置づけられる。

#### (6) 少年援助協議会の意見書 (1995年)<sup>467</sup>

少年援助協議会 (Arbeitsgemeinschaft für Jugendhilfe) は、親子法改正が迅速に行われる必要があることを繰り返し説いていたが、1995年7月に連邦司法省によって参事官草案がまとめられると、早速その内容の検討に着手し、1995年11月の理事会において一つの意見書を承認した。それが、「親子法についての連邦司法省参事官草案に対する意見書 (Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft für Jugendhilfe : Zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zum Kindschaftsrecht – Juli 1995)」である。少年援助協議会は、「立法手続の進展において、個々の問題に対して再び個別に意見を述べる」という留保を付けて<sup>468</sup>、参事官草案が示した改正案を検討した。

意見書は、参事官草案が親の配慮を一つの章において統一的に規整し、婚外子の配慮関係についての特別規定を必要な限度で予定することに対して、「嫡出子と非嫡出子の平等化という憲法命令だけでなく、少年援助協議会が長年にわたり主張してきた要求にも合致する」ものとして、賛成する<sup>469</sup>。

非婚の父母に共同配慮権行使の可能性を認める参事官草案の立場もまた、基本的に歓迎される。少年援助協議会は、参事官草案が非婚の父母の共同配慮を導入する際に、父母の一致した意思表示だけで足りるものとし、その他の基準を設定しなかったことを積極的に評価する<sup>470</sup>。ここでもまた、学説における肯定説第三説の立場が支持を受けるのである。

他方で、意見書は、配慮表明が証明される必要があることを指摘し、その方法についても提言を行った。すなわち、参事官草案において少年局が配慮表明に関する情報を収集しなければならないとされていること (参事官草案1626d条2項)、共同配慮の内容に関する情報と助言を非婚の父母に与えることができる少年局の身近さ (Sachnähe) を根拠として、配慮表明の証明がもっぱら少年局で行われることが合理的であると主張する<sup>471</sup>。

## ２ 連邦議会における改正提案

1990年代半ばになると、学界や各種団体における議論だけではなく、野党による改正提案も活発化する<sup>472</sup>。注目されるのは、社会民主党（SPD）と同盟90／緑の党（BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN）がそれぞれ提出した親子法改正の動議である。

### （１）SPDの提案（1995年）

1995年6月21日にSPD議連の提出した動議「親子法の改正（Reform des Kindschaftsrechts）」（BT-Drucks. 13/1752）<sup>473</sup>は、「統一的な親子法における嫡出子と非嫡出子との平等的取扱い」を基本構想として掲げ<sup>474</sup>、配慮権に関する諸制度についても改正を提案する。

SPD動議では、「配慮権（Sorgerecht）」という従来の概念に代えて、「親の責任（elterliche Verantwortung）」の概念を用いることが提案される。理由書によれば、従来の「配慮権」概念では、親の権利と親の義務が不可分的に相互に結びついていることを明確化するには不十分であり、父母が子の発達及び教育に対して責任を負うことを明らかにするために、「親の責任」概念を導入すると説明される<sup>475</sup>。

非嫡出子に対する共同配慮については次のような改正提案を行った（13）：「家庭裁判所は、それが子の福祉に反しない場合には、母とその父性を承認したあるいは父性を確認された父との一致した申立てに基づき、父母に共同の親責任を移譲する」<sup>476</sup>。

理由書によれば、父母の一致した申立てを要件とすることで、父母の意思を尊重することは、「連邦憲法裁判所によって非婚の父母に対しても要求される父母の自然的な親の地位の尊重（基本法6条2項1文）」に基づくと説明される<sup>477</sup>。さらに、裁判所による子の福祉審査の導入を提案することには、「経済的により強いパートナーが、場合によっては、他方に対して強い圧力をかけて、共同申立てを実現できる可能性がある」という懸念に対応する意味もある<sup>478</sup>。

さらに、SPD動議は、共同の親責任と共同生活との関係について、「共同の親責任の取得も移譲も、子が父母双方と世帯共同体（Haushaltsgemeinschaft）において共同生活を営むことを前提としない」<sup>479</sup>として、共同生活の事実の有無が共同の親責任に影響を及ぼさないことを提案する。

SPD動議の特徴は、従来の「親の配慮」に代えて「親責任」という概念を提案していること、家庭裁判所による子の福祉の審査を通じて非婚の父母による共同の親責任を認めていることにある。非婚の父母の共同親責任については、学説における肯定説第一説と同じ立場に属するといえる。

## (2) 同盟90 / 緑の党の提案 (1995年)

1995年12月12日には同盟90 / 緑の党による動議「親子法の法律上の新規整 (Gesetzliche Neuregelung des Kindschaftsrechts)」(BT-Drucks. 13/3341) が連邦議会に提出された。同盟90 / 緑の党による動議もまた、相続法や扶養法における嫡出子と非嫡出子との同権化を掲げつつ<sup>480</sup>、非嫡出子の配慮法制についてもいくつかの提案を行った。非嫡出子に対する共同配慮については、次のような提案が行われた (2. c) <sup>481</sup> :

「父性が非嫡出子の父によって承認された際あるいは裁判所によって確認された際に、家庭裁判所は、それが子の福祉に反しない場合には、母及び父の一致した申立てに基づき、親の配慮を父母双方に移譲する」。

この提案も、先にみたSPD動議と同じく、学説における肯定説第一説に立つものである。ちなみに、別の箇所では、父母の離婚時に、家庭裁判所が配慮に関する決定を行うものとし、離婚後の共同配慮については、父母の一致した申立てに基づく場合にのみ、裁判所がこれを認めることも提案されていた (2. f (1) (2))。したがって、本動議は、婚姻中の父母については「婚姻という事実」に基づいて、非婚及び離婚後の父母については「共同配慮の申立て」を父母が負担することによって、共同配慮を認めるものであった<sup>482</sup>。

その他の非嫡出子に対する配慮権について、同盟90 / 緑の党は、母の配慮に強制的に付帯している官庁監護を母あるいは子による任意の申立てに基づく補佐制度に変更すること、母が同意しておりかつそれが子の福祉に適う場合に、非嫡出子の父に単独配慮権を移譲できるものとすることを提案した。

SPD動議及び同盟90 / 緑の党による動議はいずれも、結果として立法化されることはなかったが、このような提案が議会レベルにおいても行われていたことは、親子法改正に向けての議論が本格化していたことを示している。

### 3 政府草案（1996年）

#### （１）成立過程と特徴

前述のように、1991年5月7日連邦憲法裁判所決定は、非婚の父母に対して共同配慮への道を判例上開くとともに、立法者の立法裁量を尊重しつつ、法改正による違憲状態の解消を事実上立法者に義務づけた。この連邦憲法裁判所の判断が、連邦政府における法改正の議論に大きな影響を及ぼし、法改正の一原動力になったのは確かである。

しかし、本決定がなければ、親子法改正、とりわけ非婚の父母による共同配慮に関する改正が、実現しなかったと考えるのは早計であろう。すなわち、連邦政府による親子法改正は、1991年連邦憲法裁判所決定前からすでに準備されていたのである。

例えば、政権与党を構成するキリスト教民主同盟（CDU）、キリスト教社会同盟（CSU）及び自由民主党（FDP）は、1991年連邦憲法裁判所決定以前に締結された第12立法期（1990－1994年）の連立協定において、非嫡出子の法的地位の改善のために、非嫡出子法を広範に再検討することについて合意していた<sup>483</sup>。配慮法についても、「互いに婚姻していない父母が、一致した申立てに基づいて、子に対する親の配慮を共同して移譲される可能性」を検討対象とし<sup>484</sup>、実際に本協定に基づいて親子法改正の準備が進められる<sup>485</sup>など、非婚の父母による共同配慮の実現がすでに政治課題となっていたのである。

このことは、1991年連邦憲法裁判所決定当時の司法大臣キンケル（K. Kinkel）が、違憲決定の直後に、「カールスルーエの判断は、非嫡出子と嫡出子との可能な限り広範な平等化に関する議論を活発化させるものであり、連邦司法省においてすでに着手している改正作業をさらに促進するだろう」<sup>486</sup>と述べていたことによっても裏づけられる。事実、連邦司法省は、1991年10月に、学際的な作業部会「非嫡出子法（Nichtehelichenrecht）」を立ち上げ、1994年5月まで議論が重ねられた<sup>487</sup>。その後、1994年7月28日に、連邦司法省は、親子法改正に関する計画についてプレスリリースを行い<sup>488</sup>、さらに、前述のように1995年7月24日には、親子法改正のための参事官草案がそれぞれ公表された。

連邦司法省での議論を踏まえた親子法改正草案<sup>489</sup>は、連邦参議院に提出

され<sup>490</sup>、審議を経た後に、1996年6月13日の親子法改正のための法律草案（Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts, BT-Drucks. 13/4899）<sup>491</sup>として連邦議会に提出された。草案は、1979年の配慮法新規整法成立以降大幅な改正を受けてこなかった親子法について、連邦憲法裁判所による一連の違憲判断<sup>492</sup>、国連子どもの権利条約の批准、及び東西ドイツの統一といった1979年以降のドイツ国内外における変化を背景として、根本的な改正を行うことを提案する<sup>493</sup>。改正の目標として掲げられたのは、①子の諸権利を改善し、かつ子の福祉を最善の方法で促進すること、②父母の法的地位もそれが子の福祉と合致する限りで強化し、不要な国家介入から保護すること、③一部領域でなお存在する嫡出子と非嫡出子の法的差別を可能な限り撤廃すること、④不必要な重複や二重規整の回避によって、現行法をより簡明なものとする、の四点である<sup>494</sup>。非婚の父母の親の配慮<sup>495</sup>について、草案は以下の提案をしていた<sup>496</sup>。

## （２）改正案の内容

### ① 非婚の父母の共同配慮

草案は、非婚の父母による共同配慮を導入するに際して、その「賛否（Für und Wider）」ではなく、形成方式を問題とした<sup>497</sup>。非婚の父母による共同配慮の導入自体は、すでに1991年5月7日連邦憲法裁判所決定によって、立法者に対して要請されているためである。

草案1626a条1項は、非婚の父母に共同配慮が認められる場面として、（α）父母が配慮を共同して引き受けることを表明した（配慮表明: *Sorgeerklärung*）場合（1号）と、（β）父母が互いに婚姻した場合（2号）の二つの場面を定めた。

上記場面のうち、（β）婚姻による共同配慮は、従来のBGBにおいても、非婚の父母が子の出生後に婚姻した場合には、準正（*Legitimation*）によって子は嫡出子の身分を取得し（改正前1719条参照）、父母が親の配慮を共同して行使することが可能であった<sup>498</sup>。草案は、嫡出子と非嫡出子との法的区別を可能な限り撤廃するとの目標のもと、準正及び嫡出宣告に関する規定の廃止を提案する一方で、従来の後婚準正による共同配慮と同じ効果を、草案1626a条1項2号によって実現するのである<sup>499</sup>。

### i) 配慮表明制度の概要

非婚の父母の共同配慮を創設する手段として、新たに導入されたのが（α）配慮表明制度である。配慮表明とは、「親の配慮を将来的に共同して有することを欲する父母の意思」表示のことであり、それ以外の意思表示は配慮表明の要素たりえない<sup>500</sup>。

父母による共同の意思表示によって、婚外子の共同配慮を認める政府草案の立場は、1980年代の学説における肯定説第三説の立場<sup>501</sup>、当時のヨーロッパにおける第四立法主義の立場<sup>502</sup>、さらには1990年代前半から本草案の公表までの間に行われた諸団体の提案の多く<sup>503</sup>とも一致する。他方、政府草案は、配慮表明について一定の方式を定め、この方式を満たさない場合に、配慮表明を無効とする（草案1626e条）。

### ii) 方式

配慮表明には、条件や期限をつけることはできない（草案1626b条1項）。親の責任に期限を設定したり、親の責任を将来の不確実な出来事に依拠させることは、子にとって望ましいものではないことがその理由である<sup>504</sup>。さらに、親の配慮が開始する時点を決めて配慮表明を行うことも認められない。但し、父が共同配慮を引き受けることに対して未だ自信を持つことができない場合や、父が子に対して十分な責任感を有しているのかを母が事前に観察するつもりである場合に、一定の「試験期間（Probezeit）」の経過後に、父母が配慮表明を行うことは可能であり、草案によれば、それは「賢明なこと（sinnvoller）」とされる<sup>505</sup>。

明文の規定はないが、起草者の意図として、配慮表明は必ずしも父母が一緒に（gemeinsam）行う必要はないとされている。このことは、配慮表明の共同性が、配慮表明の内容的同一性のみに関わるという起草者の意図に基づいている<sup>506</sup>。

配慮表明は、子の出生前に行うこともできる（草案1626b条2項）。但し、配慮表明が法的父子関係の存在を前提としているため、子の出生前にすでに父性が承認されている、または確認されていることが必要となる。

後述するように、政府草案は、裁判所の決定によって、婚外子の父母の共同配慮から父母の一方の単独配慮への変更（草案1671条1項）、及び婚外子の母から父への単独配慮の移譲（草案1672条1項）ができるとした。この草案1671条及び草案1672条による裁判所の決定が行われた後には、非婚の父母は、配慮表明によって共同配慮を取得することはできない（草案1626b条3項）<sup>507</sup>。これらの場合に、父母の共同配慮をもたらすためには、草案1696条1項<sup>508</sup>または草案1672条2項に基づく裁判所の決定が必要とされる<sup>509</sup>。親の配慮に関して裁判上の決定（変更決定）がなされた場合に、もはや配慮表明を認めない理由について、立法理由書は、裁判所が子の福祉の観点から決定を行ったにもかかわらず、父母に対して配慮表明を行うことを認めることは、子の福祉に合致しないような形で、親の配慮が父母間を「行ったり来たり（Hin und Her）」する危険を孕むことを指摘する<sup>510</sup>。

配慮表明の一身専属の性格及びその効果の重大性から<sup>511</sup>、配慮表明を行うことができるのは父母本人に限られる（草案1626c条1項）。配慮表明を行う父母が制限行為能力者である場合には、当該父母の法定代理人の同意が必要とされる（草案1626c条2項1文）。この法定代理人による同意もまた、配慮表明と同様に、法定代理人本人が行わなければならない、条件や期限を付して行うことはできないが、子の出生前にも行うことができる（草案1626c条2項2文、同規定が準用する草案1626b条1項及び2項）。

法定代理人による配慮表明に対する同意が問題となる場面として、政府草案は、特に婚外子の父母が未成年者である場面を想定する。ドイツ法において、子の父母の一方または双方が未成年者（18歳未満）である場合には、当該未成年者たる父母の子に対する配慮権は一父母が婚姻しているか否かにかかわらず—法律上当然に停止する（1673条2項1文）—一方で、未成年者である父母には、別に定められる子の法定代理人<sup>512</sup>とともに、子に対する身上配慮が帰属する（同項2文）<sup>513</sup>。つまり、未成年者である父母は、子の法定代理に関する権限を行使することはできないが、子の身上配慮に関する権限を有するのである。未成年の父母—とりわけ母—にとって、配慮表明は、父母の他方が親の配慮に関与することを認めるか、それとも身上配慮の範囲で自己の関与にとどめるのかを決定する意味を持つ<sup>514</sup>。未成年者が配慮表明を行う場合に要求される、

未成年者の法定代理人による同意について、政府草案は、当時の婚姻法（EheG）3条<sup>515</sup>によって、未成年者が婚姻する際に要求される法定代理人の同意との類似性を指摘する<sup>516</sup>。草案によれば、未成年者が婚姻によって、子の共同配慮権者となる場合（草案1626a条1項2号）にも、法定代理人の同意が要求されることが、未成年者の配慮表明に法定代理人の同意を要求する根拠とされる<sup>517</sup>。

制限行為能力者である父母の法定代理人が配慮表明に対する同意を拒絶している際には、後見裁判所は、配慮表明が制限行為能力者たる父母の福祉に反しない限りで、当該父母の申立てに基づいて、同意を補充しなければならない（草案1626c条2項3文）。後見裁判所の審査基準について、草案理由書では、配慮表明を阻止しうる正当な理由が存在するか否かが基準になると説明される<sup>518</sup>。

配慮表明及び法定代理人の同意は、公証されなければならない（草案1626d条1項）。公証機関として予定されるのは、少年局（Jugendamt）であり、社会法典第8編（Sozialgesetzbuch Aches Buch—SGBVIII—）の「児童ならびに少年援助（Kinder- und Jugendhilfe）」<sup>519</sup>がこれに関する規定を置く。政府草案は、少年局の証書作成権限に関するSGBVIII59条1項8号に、配慮表明の証書作成を追加することを提案する<sup>520</sup>。さらに、配慮表明の公証は、公証人（Notar）もできるとされる（連邦公証人法（Bundesnotarordnung）20条、SGBVIII59条1項2文参照）。これに対して、父性の承認（Vaterschaftsanerkennung）に関する事務を所掌する身分局（Standesamt）は、配慮表明及びその同意の公証機関として予定されていない。その理由として、政府草案は、少年局の職員には配慮表明の意義について十分教示することが期待できるのに対して、身分吏には同様のことが期待できないこと、父性の承認の効果は一般の人々にもよく知られているのに対して、配慮表明の効果は必ずしもそうではなく、教示義務（Belehrungspflicht）が特別に要求されることを挙げる<sup>521</sup>。

配慮表明及びその同意を公証した機関は、子の出生地を管轄する少年局にそれを報告しなければならない（草案1626d条2項、草案SGBVIII87c条6項）。子の出生地が外国である場合や、子の出生地が確認できない場合には、ベルリン少年局に報告することとされる（SGBVIII88条1項2文との関連における草案SGBVIII87c条6項2文）<sup>522</sup>。

この報告は、配慮表明がなされていないことの証明の際に重要な役割を果た

すことになる。これまでは、非嫡出子について、親の配慮が母に単独で帰属しているため（1705条1項）、取引の際に母の単独配慮権を証明する必要は通常なかった<sup>523</sup>。しかし、配慮表明によって婚外子についても共同配慮の可能性が開かれ、さらに非婚生活共同体の多さに鑑みて、少なくないケースが配慮表明に至ることが予想されることから、母の単独配慮を証明する必要が一実務で証明を要する取引がそれほど多くないとしても一生じたのである<sup>524</sup>。

この点について、政府草案は、父母による配慮表明がなされなかった場合には、子の出生地を管轄する少年局が、母の申立てに基づいて、配慮表明が行われなかったことについての証明書（Auskunft）を発行することを提案する（草案SGBⅧ58a条）。この証明書によって、配慮表明がなされていない場合に、母は、配慮権が単独で自己に帰属することを証明できるのである。子の出生地を管轄する少年局は、配慮表明の報告（草案1626d条2項）によって、証明書の発行のために必要な情報を得ることが可能であり、子が出生地から転居している場合に、子の現在の住所地を管轄する少年局は、子の出生地を管轄する少年局に対する照会によって、配慮表明に関する報告がなされているかどうかを確認することになる<sup>525</sup>。

### iii) 問題とされた諸点

配慮表明の導入に際して、政府草案は、個別に問題となりうる点について検討を加えていた。これは、父母による共同の意思表示によって非婚の父母の共同配慮を認める肯定説第三説の立場に対して想定される批判に反論し、当時主張されていた他の解決策に対する本改正提案の優位性を論証するものであった。とりわけ重要であるのは、以下の四点である。

第一は、配慮表明制度が、その構造上、父母の一方—とりわけ母—の意に反して共同配慮を開始させないことである。

政府草案によれば、「婚外子は、健全な非婚共同体の中に生まれるだけでなく、依然として一時的で不安定な関係においても生まれる」という現実を踏まえて、「父母の一方の意に反した共同配慮は、〔父母間の〕紛争のツケをはじめから子に払わせる危険を孕む」と説明される<sup>526</sup>。政府草案では、これ以上の詳細な説明はされていないが<sup>527</sup>、非婚の父母の一方の意に反する共同配慮を認めないこ

とは、後述する連邦議会法務委員会においても議論され、さらには立法後も批判の中心的な対象になる。

第二は、非婚の父母による共同配慮を父母が共同生活を営んでいるケースに限定しなかったことである（共同生活の非要件化）。これに対して、前述の1991年連邦憲法裁判所決定では、嫡出宣告の効果として「母が父と共同生活しており、かつ、嫡出宣告後も親の責任を父と共同して引き受ける用意があり、またそれが可能な状態にある場合であっても、母は親の配慮を行使する権利及び義務を失う」限りで、1738条1項が基本法6条2項及び5項に違反すると判示され<sup>528</sup>、父母の共同生活の存在が共同配慮の要件とされた。

政府草案は、父母の共同生活を条件としなかったことによって、「父母が子のために家庭に適した住居を性急に探す必要がない」ことを指摘する<sup>529</sup>。

第三は、裁判所による審査を共同配慮の条件としないことである。前述の連邦議会におけるSPDの動議（BT-Drucks. 13/1752 S.4.）及び同盟90／緑の党による動議（BT-Drucks. 13/3341, S.3.）では、家庭裁判所による子の福祉審査が要求されていた<sup>530</sup>。

裁判所による審査を要件化しなかった理由について、政府草案は、「このような解決策が、親としての責任を分担しようとする母や父に対する不信の表れである」こと、「嫡出子については、親の配慮が事前の裁判所の審査なしに始まることからすれば、このような解決策によって、親の配慮の領域において嫡出子と婚外子との法的な区別が維持される」ことを挙げる<sup>531</sup>。

第四は、父母の少なくとも一方が父母以外の者と婚姻関係にある場合であっても、非婚の父母による配慮権の共同行使を認めることである。問題の背後には、父母の少なくとも一方が婚姻している場合に共同配慮を認めることによって、父母の婚姻家庭の中に波風を生じさせかねないという懸念がある。第59回ドイツ法曹大会におけるディーデリクゼン教授の主張も、これと同じ趣旨であった<sup>532</sup>。

政府草案も、夫婦の一方が第三者との間に子どもをもうけ、かつ親の配慮を行使するという目的のために、その第三者との接触を絶やさないとすることは、夫婦の他方にとっては邪魔と感じられる可能性があることを認める<sup>533</sup>。しかし、草案は、共同配慮が単独配慮と比べて必然的な対立を婚姻に生じさせるほ

どの広範な父母の接触を要求していないこと、単独配慮の場合にも父母は一例  
えば代理権の付与によって一親の責任を広範に共有することができ、父母の配  
偶者がこれを阻止することはできないことを理由としてこれに反論する<sup>534</sup>。

さらに、夫婦の一方が婚姻中に第三者との間で子どもをもうけた場合もまた  
問題となる。というのも、この場合に配慮表明を行うことは、婚姻関係の崩壊  
を意味するのである。しかし、政府草案は、この場合にも配慮表明を認める。  
それは、共同配慮によってもたらされる父母双方との関係についての子の利益  
が、配偶者や婚内子の利益よりも低く位置づけられるべきではないという理由  
に基づいている<sup>535</sup>。

## ② 婚外子配慮権に関するその他の規定

### i) 母の原則的な単独配慮

非婚の父母が配慮表明を行っていない場合には、これまでと同様に、母が婚  
外子に対する親の配慮を単独で有する（草案1626a条2項）。前述のように配慮  
表明が父母の一方—とりわけ配慮権者である父母の一方—の意に反しては行え  
ないことを考えると、婚外子の配慮権における母の地位は依然として高いとい  
える<sup>536</sup>。

なお、非嫡出子の母の配慮権行使について従来予定されていた官庁監護  
（1709条）は、1997年12月4日の法定官庁監護の廃止及び補佐法の新秩序のた  
めの法律（Gesetz zur Abschaffung der gesetzlichen Amtspflegschaft und Neuordnung  
des Rechts der Beistandschaft, BGBl. 1997 I S.2846）（1998年7月1日施行）によ  
って廃止され、1712条以下に父母の一方の申立てによって開始する少年局の保佐  
に関する規定が新たに追加された。この点も考え合わせると、婚外子の母の配  
慮法上の地位は、改善・強化されたものと評することができる。

### ii) 共同配慮から単独配慮への変更

婚外子の父母が配慮表明によって共同配慮を得た後に、共同配慮を廃止し  
て、父母のいずれか一方の単独配慮に変更するための手続も導入された。すな  
わち、草案1671条1項は、共同配慮権を有する父母が単に一時的ではなく別  
居している場合に、父母が親の配慮の全部または一部を自己に単独で移譲する

よう家庭裁判所に申立てをすることができると規定する。家庭裁判所は、父母の他方が移譲に同意している場合（但し、14歳以上の子が移譲に反対している場合を除く）、または「共同配慮の廃止及び申立人への移譲が子の福祉に最もよく適うと予想される場合」には、申立てを認めなければならない（草案1671条2項）。

政府草案は、非婚の父母の共同配慮を認めただけでなく、離婚後の父母に対しても立法上の共同配慮の道を開いた。共同配慮から単独配慮への変更を定める本規定は、離婚後の父母や離婚には至らないものの別居している父母、さらに別居中の非婚の父母について適用のある、一般的規定であるといえる<sup>537</sup>。

### iii) 単独配慮権者の変更

従来、非嫡出子の母が子の単独配慮権者である場合に、父は、嫡出宣告（1723条）あるいは自己の非嫡出子との養子縁組（1754条2項）によって、単独配慮権を得ることができた。しかし、政府草案は、これらの制度によって親の配慮を獲得することに厳格な要件が設定されることについて、「父の意義を正当に評価していない」と指摘する<sup>538</sup>。草案では、上記制度はいずれも廃止されるとともに、新たに母から父への単独配慮権者の変更に関する規定が提案された。

まず、非婚の父母による配慮表明が行われておらず、そのために婚外子に対する単独配慮が母に帰属している場合（草案1626a条2項参照）であって、かつ「父母が単に一時的にではなく別居している」場合には、父は、母の同意を得て、親の配慮の全部または一部を自己に移譲するよう家庭裁判所に申し立てることができる（草案1672条1項1文）。家庭裁判所は、父への配慮権の移譲が「子の福祉に適う」場合には、申立てを認めなければならないとされる（草案1672条1項2文）。

ここで要求される母の同意は、配慮権を移譲するための実体法上の要件ではなく、父が家庭裁判所への申立てを行うための要件である。したがって、母の同意を得ていない申立ては、不適法な申立てとして却下されることになる。この点について、草案理由書は、母の同意を単純に実体法上の要件とすると、父が自らの申立てに基づいて手続を開始した後に、母の同意を得ようとする危険が生じる可能性があり、このような方法によって、父が母子関係を動揺させる

ことができってしまうことを指摘する<sup>539</sup>。

草案1672条1項は、「父母が単に一時的にではなく別居している」ことを要求する。父母が共同生活を営んでいる場合に、父に配慮への関与を認めるためには、母から父への単独配慮の移譲ではなく、配慮表明による父母の共同配慮が予定される。政府草案は、これによって、子が父母の一方の義務を失うことなく、新しい共同配慮権者を得ることができるというメリットがあると説明する<sup>540</sup>。

前述のように、共同配慮から単独配慮への移行について、父母が合意している場合には—14歳以上の子が反対する場合を除いて—、裁判所が親の配慮を移譲しなければならないのに対して（草案1671条2項1号）、単独配慮権者の変更の場合には、単独配慮の移譲が「子の福祉に適う」ことを要するものとされ、より高いハードルが設定されている。その理由として挙げられるのは、共同配慮が最低限度の協力と妥協できる能力を必要とし、これが欠如している場合には、父母間の紛争のツケを子に負担させることになるのに対し、単独配慮権者の変更の際には、このような危険が存在しないことである<sup>541</sup>。

草案1672条1項によって、母から父への単独配慮の移譲が行われた後に、父から母への単独配慮の再移譲は、草案1696条に基づく裁判所の決定の変更を通じて行うことになる。これに対して、母から父への単独配慮の移譲が行なわれた後、または母から父への単独配慮の移譲決定が草案1696条1項によって取り消された後に、父母が共同配慮権を取得するためには、もはや配慮表明を行うことはできず（草案1626b条3項参照）、草案1672条2項にしたがった家庭裁判所の決定による。この場合に、父母の一方が他方の同意を得た申立てに基づいて、家庭裁判所は、共同配慮が「子の福祉に反しない場合」に、父母による共同配慮を認めることになる。草案1672条2項が要求する子の福祉の審査基準は、同条1項において要求されるそれ（「子の福祉に適う」）と比べて緩和されているが、政府草案では、2項による共同配慮の創設によって、子は現に配慮権を有している父母を失うことなく、追加的に配慮権者を手に入れるために、1項による単独配慮権者の変更の際に懸念されるような危険が存在しないことを理由に挙げる<sup>542</sup>。

さらに、政府草案は、単独配慮権者が死亡した場合や単独配慮権を行使する

ことができない場合、あるいは単独配慮権者から配慮権が剥奪された場合の親の配慮に関する諸規定を整序することも提案する。

まず、配慮表明が行われていないために母に単独で帰属している配慮（草案1626a条2項参照）が停止している場合であって、かつ停止の原因がなくなる見込みのない場合には、家庭裁判所は、「それが子の福祉に適う」限りで、職権によって、親の配慮を父に移譲しなければならない（草案1678条2項）。同様に、草案1626a条2項によって婚外子の単独配慮権者であった母が死亡した場合、母から配慮権が剥奪された場合にも、家庭裁判所は、積極的子の福祉審査（「それが子の福祉に適う」）によって、親の配慮を生存している父に移譲するものとされる（草案1680条2項2文、同条3項）。

共同配慮権から単独配慮への変更によって単独配慮権者となった者（草案1671条参照）または婚外子の母から単独配慮権が移譲された父（草案1672条1項参照）が死亡した場合には、家庭裁判所は、「それが子の福祉に反しない」という消極的子の福祉審査を経て、親の配慮を生存している父母の一方に移譲しなければならないと定められた（草案1680条2項1文）。

### （３）連邦議会法務委員会における審議

政府草案は、連邦議会法務委員会において審議された。さらに、法務委員会は、家族・高齢者・女性及び児童に関する委員会（Ausschuß für Familie, Senioren, Frauen und Jugend）と合同で、1996年12月4日及び1997年2月24日の2回にわたり公聴会を開催した。上記の審議及び公聴会を経た後、1997年9月12日の連邦議会法務委員会の決議勧告及び報告書（Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses(6.Ausschuß), BT-Drucks. 13/8511）が連邦議会に提出された。

#### ①決議勧告

法務委員会の決議勧告は、政府草案についていくつかの修正を施した上で決議することを勧告する。法務委員会はさらに、前述のSPD動議（BT-Drucks. 13/1752）、同盟90／緑の党動議（BT-Drucks. 13/3341）、及び政府草案公表後に提出された民主社会党（PDS）の動議（BT-Drucks. 13/7899）についても勧告を行っている。これら各党の提出した提案に対して法務委員会は、SPD動議につ

いては解決済であると表明することを、同盟90 / 緑の党動議及びPDS動議については否決することをそれぞれ勧告する<sup>543</sup>。

配慮表明に関して法務委員会の政府草案に対する勧告は極めて限定的である。つまり、政府草案1626a条1項の「場合にのみ (nur)」を「場合に (dann)」に変えること、政府草案1626c条2項の「後見裁判所 (Vormundschaftsgericht)」を「家庭裁判所 (Familiengericht)」に変えることの二点だけである<sup>544</sup>。連邦議会は、法務委員会の勧告のとおり文言を修正した上で、政府草案を可決することになる。

## ② 報告書

法務委員会における審議で注目されるのは、その報告書にあらわれた婚外子の共同配慮に関する議論である。審議においては、「一定の条件がある場合には父母の一方の意に反しても婚外子に対する共同配慮権を認めるべきか」が問題とされ、これに対する委員の多数意見は次のようなものであった<sup>545</sup>：

「父母の一方の意に反して強制的に子に対する共同の親の配慮を創設することは、しばしば利点よりも欠点に結びつく。というのも、共同の親の配慮の創設に関する父母の論争は、配慮の行使に関する論争へと移行するのである。このことは、結局、子の犠牲のもとに行われ、子に役立つというよりむしろ子を害することになるだろう。」

上記の理由に基づいて、法務委員会は、「子の福祉のために協力する父母の準備」に期待するとし<sup>546</sup>、婚外子に対する共同配慮権が父母の一方の意に反しては認められないことを正当化した。

法務委員会においてなされた婚外子に対する共同配慮権を巡る議論の重点は、「父母の一方の意に反しても」共同配慮権は認められるべきか否かであった。この問題に対する法務委員会の答えは、一政府草案と同じく一配慮表明は父母の一方の意に反しては行えないというものであった。非婚の父母による共同配慮権の行使が父母の一方の意に反して行えないことが最も問題となるのは、単独配慮権者である母が配慮表明を行うことに反対している場合である。政府草案及び法務委員会の立場によれば、このような場合には、非婚の父母による共同配慮権の行使はできないのである。

連邦政府が提出した親子法の改正のための法律草案は、連邦法務委員会の決議勧告及び報告を受けた後に、連邦議会で審議され、1997年12月16日に親子法の改正のための法律（Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts, BGBl. 1997 I S.2942）として成立した。親子法改正法は1998年7月1日から施行されるが、その内容については、政府草案を中心として、すでにやや詳しく確認したところであるので、ここでは繰り返さない<sup>547</sup>。いずれにせよ、本法によって、BGB史上初めて、法律上も非婚の父母による共同配慮権行使の道が開かれるに至った。

#### （４）改正法に対する評価

以上の立法過程を経て成立した改正法を巡っては、その草案段階だけでなく、改正後も学説上賑々しい議論が展開されていた。最後に、本改正に対する学説の評価について確認しておきたい。

母に婚外子の配慮権が第一次的に帰属することに対する問題の指摘はみられない。婚外子の出生と同時に、母に第一次的な配慮権を与えることは、「妊娠及び出産を通じた母子間の特別な関係性」を理由として、基本法3条2項の同権命令にも反しないことが本改正前より指摘されていた<sup>548</sup>。改正法が母の原則的な単独配慮から出発することについても、憲法上の懸念はないとされる<sup>549</sup>。

他方、非婚の父母の共同配慮のために新たに導入された、配慮表明制度に対しては、いくつかの問題が指摘された。

批判の一つは、父母の一方が配慮表明を拒絶するケースだけでなく、そもそも非婚の父母の共同配慮の開始に際して、裁判所の審査を要件化しなかったことに対して向けられる。この点、フランク教授は、公的機関や裁判所による判断を要求することで、父母の同意を確実なものとすることができると主張した<sup>550</sup>。

さらに、政府草案に対するドイツ家庭裁判所大会の意見書は、非婚の父母の共同配慮について、父母が完全な配慮を行使するだけでなく、親の配慮の一部だけを共同で行使する可能性を提案していた<sup>551</sup>。

最も多くの批判を集めたのは、配慮表明制度が父母の合意を前提としているため、父母の一方の意に反して、共同配慮を行うことができないことである。改正法は、非婚の父母の一方が配慮表明を拒絶している場合に、裁判所の決定

によって共同配慮を認める手段を採用しなかった。とりわけ、婚外子の原則的な配慮権者である母が、共同配慮を拒絶する場合には、その理由のいかんにかかわらず、父は母との共同配慮を手に入れることはできなかったのである。共同配慮が、母の「恣意的な態度 (Willkürverhalten)」<sup>552</sup>に依拠し、結果的に母が「拒否権 (Veto-recht)」<sup>553</sup>を有することに対しては、父が配慮に関与できないという実際的な問題を超えて、基本法上の問題も指摘されていた。

平等原則の観点からは、1626a条は、裁判所による審査の可能性なしに、母を配慮法上優遇していることについて十分な理由がないことから、基本法3条2項に反するだけでなく、非婚の父母の子についてのみ、共同配慮の創設を子の福祉にはなく、母の恣意に依拠させている点で、基本法6条5項にも反していることが指摘される<sup>554</sup>。

憲法について最大の問題となったのは、基本法6条2項に基づく父の親の権利との関係であった。この点について、リップ教授 (M. Lipp) は、次のような言葉で批判する<sup>555</sup>：

「……1626a条の規整は、個別ケースにおいて、基本法6条2項の父の親の権利と調和しないという結論に至る可能性がある；これは、例えば共同生活やあらゆる重要な問題について事実上意見が一致しているにもかかわらず、母の側で共同配慮権が拒絶される場面である。

1626a条1項1号の規定は、父母双方の同意を要求している。1626a条2項が、母に法律上単独配慮権を割り当てているために、母は、配慮権剥奪 (1666条) の限度までの事実の原因なしに、父の共同責任を阻止し、単独配慮権を確保することができるのである。このことは、憲法上保護される父の地位 (基本法6条2項) を正当に評価するものでもなければ、規整が、父母双方による配慮及び教育への子の要求 (Anspruch) を顧慮するものでもない。父に配慮権を引き受ける意思がありかつそれが可能である場合に、父の親の権利及び子の配慮要求 (Sorgeanspruch) を、結局のところ、母の恣意的な態度の下に置くことはできないのではないだろうか。

ディーデリクゼン教授も、母が配慮表明を拒絶する場合に、婚外子の父が共同配慮を手に入れることができないことが将来的に基本法上の問題をもたらす可能性があることについて、次のように指摘していた<sup>556</sup>：

「子の父と婚姻していない母の配慮法上の高い地位は、親子法改正でも議論のある部分の一つである。これに関する官庁の理由が、基本法3条及び6条を前にして、明白な父の冷遇を正当化するために、果たして十分であったのかは、……将来、証明されなければならないだろう。

以上の問題を解決するための一つの方法として、提案されるのは、父の一方的な配慮表明の場合に、家庭裁判所による審査を行うことである<sup>557</sup>。裁判手続の必要性は、共同配慮獲得の際に、通常の裁判手続において要求される少年局の関与や子の審問が予定されていないこととの関係でも主張される<sup>558</sup>。

前述のように、連邦議会法務委員会の報告書では、父母の一方の意に反する共同配慮を認めない理由を、配慮の創設に関する父母間の紛争が、配慮権の行使に関する父母間の紛争を招来し、ひいては子を害するという懸念に求めている<sup>559</sup>。この点について、ラオシャー教授（T. Rauscher）は、委員会のメンバーの多数が次のような誤謬を犯していると厳しく批判する<sup>560</sup>：

「父母の紛争に至るような母の拒絶が子の福祉に反するか否かは、裁判所だけが個別に判断することができるのであり、立法者が典型的に判断することはできないのである。たとえ婚姻している父母が喧嘩をして、それが子のためにならない場合であっても、母または父に配慮に関する優先を認める契機にはならない」。

成立時から学説による批判を受けた1997年親子法改正法における婚外子共同配慮法制は、その後、再度の改正を迫られることになる。

まず、2009年12月3日ヨーロッパ人権裁判所判決（Zaunegger事件）<sup>561</sup>は、原則的な配慮権者である母が反対する場合に、婚外子の父に共同配慮を手に入れる手段を認めない配慮表明制度が、ヨーロッパ人権条約8条（私生活及び家族生活の尊重）との関連における14条（差別の禁止）に反すると判示し、次いで2010年7月21日連邦憲法裁判所決定<sup>562</sup>も、配慮表明に関する1626a条1項1号及び母から父への配慮権者の変更に関する1672条1項が、いずれも基本法6条2項の父の親の権利を侵害していると判示した。

その後、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）<sup>563</sup>によって、配慮表明制度を維持しつつも、「移譲が子の福祉に反しない」場合に、家庭裁判所が父母に配慮を共同して移譲する制度（1626a条1項3号、2条）を新たに導入した。

このような1997年親子法改正後の動向をも踏まえれば、これまで確認してきた約100年のドイツ法の歴史は、未完の改革の一コマに過ぎないともいえるのである。

## むすび

### 1 ドイツにおける変遷史のまとめ

ドイツにおいて、非嫡出子に対する父母の共同配慮を巡りいかなる議論が展開され、いかにして共同配慮法制が形成されてきたのか、本稿では、その歴史的経過に光をあてた。変遷の歴史は、次のようにまとめることができる。

1896年民法は、身分により区別された「嫡出子と非嫡出子」、性により区別された「母と父」という二つの概念の非対称性を基盤に、非嫡出子の親権を規律した。1896年民法における親権法の基本構造は、嫡出子の場合には、父の親権を予定する一方で、非嫡出子の場合には、母の親権を否定して、子のために後見人を選任しつつ、母に監護に関する権利義務のみを帰属させるものであった。非嫡出子について、父が親権者になるのは、父母の婚姻、嫡出宣告、自己の非嫡出子との養子縁組のいずれかの手段を通じて、子が嫡出身分を取得する場合であり、同時に母の監護に関する権利義務は失われた（I 1）<sup>564</sup>。

非嫡出子の法的地位の改善に向けた議論は、1919年に制定されたヴァイマル憲法121条が、立法を通じて、嫡出子と同様の諸条件を非嫡出子に付与することを規定したことを縁起として、にわかに動き始める。1922年草案は、非嫡出子の父母が共同親権または共同監護権限を持つことを提案したが、非婚の男女関係を法的に承認することになることを理由とした強い批判に直面した。続く1925年政府草案及び1929年政府草案では、非婚の父母による共同親権の提案こそ断念されたものの、父母が共同して身上監護を有すること、身上監護と親権が父母に分属することが提案された（I 2）<sup>565</sup>。戦間期にあらわれたこれら一連の非嫡出子法改革案が実現することなく終わると、非婚の父母による共同親権の議論は、長い停滞期を迎える（I 3）<sup>566</sup>。

ヴァイマル憲法制定から50年の節目となった1969年に、ドイツ非嫡出子法は、大規模な改革を経験する。非嫡出子の親権に関する最大の改正は、非嫡出子の母に親権が帰属することが一部の事務について監護人による制約を受けつつも承認されたことである。他方で、非嫡出子の父には、嫡出宣告及び養子縁組によって、非嫡出子に対する親権を取得する可能性が開かれたが、父が親権者となる場合に母の親権が失われることは、1896年民法の立場と変わらなかった。父母の一方が親権を有し、他方が完全に親権から排除されるとい

う、二者択一的な（*entweder-oder* / *Alles-oder-Nichts*）基本構造を有する非嫡出子の親権は、1957年の男女同権法によって、婚姻中の父母が親権を共同行使する可能性が開かれた嫡出子の親権との非対称性を維持したままであった（Ⅱ 1）<sup>567</sup>。この非嫡出子の親権法制を支えたのは、当時の立法者が非婚の父母と子に対して抱いたイメージ、とりわけ社会的、経済的、精神的に困難な状況に置かれた母と、子に対する関心を持たない父という—当時すでに過去のものとなりつつあった—イメージであった（Ⅱ 2）<sup>568</sup>。

上記の立法者の想定は、立法の前後を通じて学説からの批判を受けたが（Ⅱ 3）<sup>569</sup>、さらに1981年3月24日連邦憲法裁判所判決において、吟味されることになる。1981年連邦憲法裁判所判決は、母を第一次的な配慮権者として規定した1705条が基本法6条2項及び3条2項に反しないことを確認する一方、非婚の父の中にも子の成長に対して関心を示す父が存在することを前提として、「子と共同生活を営んでおり、かつ、子に対する責任を示している非嫡出子の父」に基本法6条2項の親の権利が認められることをはじめて明言した（Ⅲ）<sup>570</sup>。

1980年代に入ると、非婚の父母の共同配慮を認めるべきとする主張が学説に広がり始める。主張の背後には、1970年代以降の非嫡出子を取り巻く社会状況の変化をはじめとする、1969年非嫡出子法制定後にドイツ国内外に生じた種々の変化に伴って、非嫡出子の配慮権者を父母の一方に限定し、いかなる場合にも共同配慮を認めないドイツ法が、もはや時代に即したものではなくなってしまったという現状認識があった（Ⅳ 1～4）<sup>571</sup>。

学説の議論は、上記の総論的諸問題の指摘にとどまらず、さらに具体的な改正論の展開へと至る。非婚の父母の共同配慮を認めない否定説（ハーネ裁判官）、父母による非嫡出子の共同縁組の可能性を主張する立場（ボッシュ教授）が支持を集めなかったのに対して、学説の多数を占めたのは、非婚の父母への共同配慮が立法上も開かれるべきとする肯定説の立場であった。ところが、肯定説の立場もまた、各論者の主張する具体的な立法内容の違いに応じて、次の三説に分類することができた。裁判所の審査によって共同配慮権を認める肯定説第一説（ノイハウス教授、クロフォラー教授、第7回ドイツ家庭裁判所大会決議）、非婚の父母が子とともに共同生活を営んでいることを共同配慮の条件とする肯定説第二説（ツェンツ教授・ザルゴ教授、ヘンリッヒ教授）、非婚の父

母による共同の申立てがある場合に共同配慮を認める肯定説第三説（シュヴェンツァー教授、第57回ドイツ法曹大会決議）の立場がそれである。さらに、これら各説の相違は、当時のヨーロッパにおける立法主義の相違とも照応していた（IV 5）<sup>572</sup>。

学説において立法による非婚の父母の共同配慮の必要性が説かれる中で、これを実現したのは、連邦憲法裁判所の違憲決定であった。1991年5月7日、連邦憲法裁判所は、共同生活を営んでいる非婚の父母が配慮を共同して行使することを望んでいる場合であっても、嫡出宣告によって父が配慮権を取得する反射的效果として、母が配慮権を失うこと（1738条1項）を、基本法6条2項及び6条5項に反すると判示した。同決定は、1738条1項を違憲と宣言しただけでなく、「子が父母と共同して生活しており、かつ、父母が共同して親の配慮権を行使するという条件を付けて嫡出宣告を申し立てる場合」に、共同配慮を認めることを判例において開くものであった（V）<sup>573</sup>。

1991年連邦憲法裁判所決定以降、連邦司法省において親子法改正の議論が進められる一方で、様々な団体から改正提言が行われた。そこでは、非婚の父母に共同配慮を認める条件として、父母の共同の申立てだけを要求し、その他の条件を課すことのない肯定説第三説の立場への支持が支配的であった（VI 1）<sup>574</sup>。他方、連邦議会において、1995年にSPD議連が提出した動議、同盟90／緑の党の提案はいずれも、父母の申立てだけでなく、家庭裁判所における手続を要件とする肯定説第一説の立場を支持していた（VI 2）<sup>575</sup>。

1996年に連邦議会に提出された政府草案は、非婚の父母の共同配慮について、肯定説第三説の立場を採用し、父母が配慮を共同して引き受ける意思表示（配慮表明）をした場合に、父母の共同配慮を認めるものとした（1626a条1項1号）。配慮表明は、その構造上、父母が共同配慮の行使について合意することを必要とし、父母の一方の意に反する共同配慮の行使を認めなかった。草案理由書及び連邦議会法務委員会の報告書は、父母の一方の意に反する共同配慮によって、父母の紛争が配慮行使に持ち込まれる危険があり、結果的に子が害される可能性があることを理由として、配慮表明の上記構造を正当化した。かくして、1997年12月16日の親子法の改正のための法律の成立によって、配慮表明を通じて共同配慮を取得する道が非婚の父母に開かれた（VI 3）<sup>576</sup>。

1896年民法の登場から約100年間のドイツ法の議論の変遷からは、次の二点が明らかになる。

一つは、ドイツの非嫡出子法を巡る議論において、憲法（基本法）が重要な役割を果たしてきた事実である。それは、あるときには非嫡出子の地位改善を強く推し進めるための原動力となり、またあるときは非嫡出子法の改革のスピードを減速させるブレーキとなり、改革の波を押しとどめる抗力となった。

一連の非嫡出子法改革に通底するのは、ヴァイマル憲法121条に起源を持ち、戦後は基本法6条5項に引き継がれた、立法者に対する非嫡出子の法的地位改善の要求を実現することが改革の目標に掲げられていたことであった。他方、非婚家族を法的に承認することや、非嫡出子に対する共同配慮を認めることが、「婚姻及び家族の保護」（基本法6条1項）という憲法価値と矛盾するとの主張は、ヴァイマル期だけでなく、1980年代においてもみられるが、次第に退潮していく。

反対に1980年代以降、前景化したのは、基本法6条2項の「親の権利」である。とりわけ、1981年連邦憲法裁判所判決を契機として、非嫡出子の父の一部に対しても基本法6条2項の親の権利が承認されると、共同配慮は、基本法上の親の権利と関連づけられて論じられるようになる。最終的に、1991年連邦憲法裁判所決定は、基本法6条2項及び6条5項を理由として、非婚の父母による共同配慮の可能性を開くに至ったのである。

もう一つの実事、それは非嫡出子に対する共同配慮の議論が、単線的ではなく、複線的に展開されてきたことである。確かに、1981年連邦憲法裁判所判決を契機として提起された非嫡出子配慮法を巡る基本法上の諸問題は、共同配慮を論じる上で欠くことのできない一要素であるが、唯一の要素ではなかった。まして、ドイツにおいて、非嫡出子の差別論一本槍で議論が行われることはなかったのである。本論で詳しくみたように、ドイツ国内における非嫡出子を取り巻く社会状況の変化（非嫡出子出生数の増加及び全出生数に占めるその割合の上昇、非婚生活共同体の社会的広がり）、1960年代以降のヨーロッパ諸国において広がった婚外子に対する共同親権法制導入の動き、各種の国際人権条約（ヨーロッパ人権条約、ヨーロッパ非嫡出子条約、子どもの権利条約）へのドイツ法の適合性、1990年の東西ドイツ統一に伴う法統一の問題といった変化に

ドイツ法の状況を適合させようとするにこそ主眼があったといえる。その結果として、1997年親子法改正は、多様な非婚関係の中で、父母間で合意が可能な場合に共同配慮を認める、配慮表明という解決策を選択したのである。

## 2 比較法的考察

それでは、往時のドイツ法の分析から、日本の法制を考える上で、いかなる示唆が得られるであろうか。日本法が婚外子の親権について将来どのような法制度を構築すべきかは、本来、日本における婚外子の生活実態を明らかにした上で、論じられるべき問題である。各時代において調査を通じて社会的現実に向かい迫ろうとしてきたドイツと比較すると、日本ではこれまで婚外子に関する大規模な社会調査は行われていない<sup>577</sup>。したがって、本稿では、具体的な改正提案を行うのではなく、婚外子に対する共同親権を立法する場合に検討すべき諸要素について、ドイツの議論からその抽出を試みたい。

共同親権の要件化に際して、どのようなハードルを設定するのかという問題は、つまるところ、どの範囲の父母に共同親権を認めるかという問題に帰着する。最も多くの父母に対して共同親権を認めるならば、近時のドイツで有力に主張されている<sup>578</sup>、父子関係が創設されることによって自動的に父母の共同親権とする法制が考えられるが、管見の限り、本研究の対象期のドイツにおいて、この立場を主張する論者はみられない<sup>579</sup>。1980年代以降のドイツにおける改正論は、法的父子関係の創設に加えて、一定の条件の下で、共同配慮を認めようとするものが大勢であった。共同親権を父子関係の創設のみに依拠させる考えを暫く措くとすれば、以下のような条件が考慮要素になる。

裁判所による審査の要件化（肯定説第一説）は、共同親権が子の福祉に適うかを実際に審査する点で、子の利益の保護に厚いといえる。他方、仮に離婚後の共同親権を裁判所の審査にかからしめないとするならば、婚外子の場合のみ裁判所による審査を行うことを正当化するだけの根拠を提示する必要があるだろう。1997年親子法改正法の政府草案でも指摘されたように、非婚の父母がともに共同配慮を望んでいる場合に、裁判所による審査を共同配慮の条件とすることは、「親としての責任を分担しようとする父母に対する不信の表れ」であり、そのような不信を要件レベルに引き上げることを意味するといえる<sup>580</sup>。

婚姻している父母が、当事者による「婚姻」の選択によって、国家的な関与を排して共同親権を手に入れることができることと比較すると、裁判所による審査という要件を非婚の父母について課すこと自体が、父母に対する無用な介入となる可能性がある。

父母の共同生活を要件化すること（肯定説第二説）は、父母と子の共同生活という現実の生活事実を基盤として共同親権を認めるため、共同親権の現実的な行使が期待できる。その一方で、離婚後や別居中の夫婦について共同生活の事実がない場合にも共同親権が認められることと比べて、非婚の父母のみに共同生活の事実を要求するためには、その合理的な根拠が必要になる。また、共同生活の事実、あるいは別居の事実は、当事者によって容易に作り出される可能性があり、裁判所や行政機関が実態を正確に把握することは容易ではない。

婚外子の父母の一方が婚姻中である場合に共同親権を認めない、あるいは法律上の配偶者の同意のある時に限り共同親権を認める法制を採用することはできるだろうか。子に対する養育責任は、親であることそれ自体に根拠が求められるべきであり、父母の婚姻の有無等は本質的に無関係である。婚姻中の父母が婚外子に対する養育責任を果たすとしても、重婚禁止則に抵触することはない。そうであれば、婚外子の父母の婚姻から共同親権を認めない、あるいは何らかの要件を加重することはできないのではないかと。

それでは1997年親子法改正による解決策はどうか。父母の一致した意思表示を唯一の要件とする配慮表明制度は、「合意モデル」と呼ぶことができよう。このモデルの特徴は、共同親権に関する父母の合意によって、親権の共同行使の前提となる父母の協力や協調関係が一少なくとも、共同親権の開始時に一期待できることにある。また、父母の合意以外の要件を基本的に要求しないことにより、共同親権のためのハードルを低く設定することになる。現在もなお、ドイツにおいて配慮表明制度が運用されていることは、このような合意モデルに一定の有用性が認められることの証左といえよう。

もっとも、ドイツにおける配慮表明制度が、共同配慮の創設を非婚の父母のみの自由・に委ねていないことには、留意しなければならない。すなわち、配慮表明は公証される必要がある（1626d条1項）、父母だけでなく、少年局または公証人という第三者がこれに関与するのである（連邦公証人法20条、SGBVIII 59

条1項2文)<sup>581</sup>。とりわけ、少年局には、父母に対して配慮表明の意義を教示することが義務づけられており、身分局における父性承認とは区別されている。つまり、ドイツにおける「合意モデル」は、わが国の親権法、さらには家族法上の規定にみられる協議主義—例えば、民法819条1項、3項、4項、766条1項など<sup>582</sup>—とは一線を画する概念として理解されなければならない。このような第三者の関与は、父母間のパワーバランスの不均衡を合意形成に持ち込む危険を回避し、父母の真意を確保する機能を有するといえる。

このように一定の有用性が認められる合意モデルについては、共同配慮の創設を父母の合意のみに委ねることの難点も指摘しなければならない。1997年親子法改正法の立法者は、父母の一方が共同配慮を拒絶する場合に、共同配慮を認めないこととしたが、このことは、立法当初から学説の批判を受け、最終的にヨーロッパ人権裁判所及び連邦憲法裁判所により、条約及び憲法違反と判断されるに至る。2013年改正法により、配慮表明制度に加えて、新たに裁判所による共同配慮の移譲制度を新設することによって、ドイツは条約違反及び違憲状態を治癒した<sup>583</sup>。合意モデルが一つの選択肢になりうるとしても、それは合意に限定するだけでなく、裁判手続による共同親権の道を開いてはじめて可能になるのである。

なお、本稿では共同配慮権の証明制度や、少年局における教示、公証実務の実際等については立ち入った検討を加えることができなかった。これらドイツの共同配慮を側面から支える諸制度の状況を明らかにすることは、今後の課題としたい。

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

<sup>402</sup> BVerfGE 84, 168. =FamRZ 1991, S.913. =NJW 1991, S.1944. 同決定の紹介として、渡辺中「ドイツ憲法判例研究（13）婚外子に対する親としての配慮権の父母共同行使制限の違憲性」自治研究70巻1号（1994年）115頁、同「婚外子に対する親としての配慮権（Sorgerecht）」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ（増補第2版）』（信山社、2006年）222頁がある。

<sup>403</sup> 本事件で問題されている民法の諸規定は次のように規定していた。

【旧1723条】

嫡出宣告が子の福祉に合致し、かつ、重大な原因がそれを妨げない場合には、非嫡出子は、父の申立てに基づき、後見裁判所によって嫡出であると宣告される。

【旧1738条】

- (1) 嫡出宣告によって、母は親の配慮を行使する権利及び義務を失う。
- (2) 父の親の配慮が終了または停止した場合、あるいは、子の身上配慮が父から剥奪された場合には、後見裁判所は、親の配慮の行使を再び母に付与することができる。

<sup>404</sup> BVerfGE 84, 172ff.

<sup>405</sup> BVerfGE 84, 176f.

<sup>406</sup> BVerfGE 84, 178.

<sup>407</sup> BVerfGE 84, 179. なお、1991年連邦憲法裁判所決定は、非嫡出子の母の親の権利について1968年7月29日連邦憲法裁判所決定（BVerfGE 24, 135）を、非嫡出子の父の親の権利について前記1981年3月24日連邦憲法裁判所判決（BVerfGE 56, 384）及び1988年11月30日連邦憲法裁判所決定（BVerfGE 79, 210）をそれぞれ先例として示す。非嫡出子の父母の親の権利については、Ⅲ 3（鹿児島大学法学論集51巻1号32-33頁）及びⅣ 2（2）（鹿児島大学法学論集52巻1号29-31頁）も参照。

<sup>408</sup> BVerfGE 84, 179f. 傍点は筆者による。

<sup>409</sup> BVerfGE 84, 180.

<sup>410</sup> BVerfGE 84, 180.

<sup>411</sup> BVerfGE 84, 180.

<sup>412</sup> BVerfGE 84, 180f. 1981年判決については、Ⅲ 2（鹿児島大学法学論集51巻1号31頁）を参照。

<sup>413</sup> BVerfGE 84, 181.

<sup>414</sup> BVerfGE 84, 182f.

<sup>415</sup> BVerfGE 84, 184.

<sup>416</sup> BVerfGE 84, 184.

<sup>417</sup> BVerfGE 84, 184.

<sup>418</sup> BVerfGE 84, 184.

<sup>419</sup> BVerfGE 84, 184f.

<sup>420</sup> BVerfGE 84, 185.

<sup>421</sup> BVerfGE 84, 185.

- 
- <sup>422</sup> BVerfGE 84, 186f.
- <sup>423</sup> BVerfGE 84, 187.
- <sup>424</sup> BVerfGE 84, 187.
- <sup>425</sup> N. Dethloff, a.a.O. (Fn.383) , S.2201.
- <sup>426</sup> A. Brötel, a.a.O. (Fn.359) , S.3120f.
- <sup>427</sup> 主要なものとして、C. Bardenheuer, Das Personensorgerecht für den Vater eines nichtehelichen Kindes als Teilaspekt eines neuen Kindschaftsrechtes unter Berücksichtigung der schwedischen Rechtslage, 1990; H. Stintzing, Nichteheliche Lebensgemeinschaft und rechtliche Regelung - ein Widerspruch? : Eine konzeptionelle Betrachtung des deutschen und australischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Problematik, 1992; R.-I. Heil, Das Personensorgerecht der Eltern nichtehelicher Kinder : ein Beitrag zur Reform des Personensorgerechts unter Heranziehung der englischen Rechtslage, 1993; C. Lebsanft, Die gemeinsame elterliche Sorge für Kinder in nichtehelichen Lebensgemeinschaften: Hintergründe und Perspektiven im Lichte des sozialen Wandels, des Verfassungsrechts und der EMRK, 1993; T. Köster, Sorgerecht und Kindeswohl : ein Vorschlag zur Neuregelung des Sorgerechts, 1997; A. Will, Macht und Gleichheit : die Reform des nichtehelichen Kindschaftsrechtes aus der Perspektive der nichtehelichen Mutter, 1997; E. Schumann, a.a.O. (Fn.34) ; M. Regler, Das Rechtsverhältnis der nicht verheirateten Eltern bei gemeinsamem Sorgerecht für nichteheliche Kinder, 1999がある。
- <sup>428</sup> 参事官草案の詳細については、U. Walter, Das Kindschaftsrechtsreformgesetz : Bericht über den Regierungs-Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechtes vom 24. 7. 1995, FamRZ 1995, S.1538.を参照。
- <sup>429</sup> 各団体の提案を概観するものとして、BT-Drucks. 13/4899, S.48f.がある。
- <sup>430</sup> 第59回ドイツ法曹大会の議論については、岩志和一郎「親子関係と婚姻 — 第59回ドイツ法曹大会の議論から —」早稲田法学69巻4号(1994年)41頁が詳しい。本稿では、婚外子共同配慮を巡る議論に焦点を絞って、検討する。
- <sup>431</sup> I. Schwenger, Empfiehlt es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?, Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Hannover 1992, Bd. I, Teil A, S.71. 岩志・前掲(注430)54-55頁
- <sup>432</sup> I. Schwenger, Empfiehlt es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?, Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Hannover 1992, Bd. I, Teil A, S.71. 岩志・前掲(注430)55頁
- <sup>433</sup> I. Schwenger, Empfiehlt es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?, Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Hannover 1992, Bd. I, Teil A, S.71. 岩志・前掲(注430)55頁
- <sup>434</sup> I. Schwenger, Empfiehlt es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?, Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Hannover 1992, Bd. I, Teil A, S.73.
- <sup>435</sup> I. Schwenger, Empfiehlt es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?, Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Hannover 1992, Bd. I, Teil A, S.75.

- <sup>436</sup> 両氏の意見については、岩志・前掲（注430）55頁にも一部紹介されている。
- <sup>437</sup> ヴィルツキの主張に関する以下の叙述は、Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Hannover 1992, Bd.II, Teil M, S.45-46.に基づく。
- <sup>438</sup> Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Hannover 1992, Bd.II, Teil M, S.93.のテーゼ2.b)を参照。
- <sup>439</sup> Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Hannover 1992, Bd.II, Teil M, S.79-80.
- <sup>440</sup> Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Hannover 1992, Bd.II, Teil M, S.182.
- <sup>441</sup> Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Hannover 1992, Bd.II, Teil M, S.257. 岩志・前掲（注430）50頁（嫡出子と非嫡出子の一般的区別に関する議論については、特に50-54頁を参照）。
- <sup>442</sup> Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Hannover 1992, Bd.II, Teil M, S.261. 岩志・前掲（注430）54頁
- <sup>443</sup> Deutscher Juristinnenbund e.V. (DJB), Thesen des Deutschen Juristinnenbundes zur Neuregelung des Kindschaftsrechts, FamRZ 1992, S.912. なお、ドイツ女性法律家協会の親子法改正試案（FuR info 4/92）を紹介するものとして、岩志・前掲（注430）64頁の注15がある。
- <sup>444</sup> DJB, a.a.O. (Fn.443), S.912.
- <sup>445</sup> Deutscher Familiengerichtstag e.V. [DFGT], Thesen zur Reform des Kindschaftsrechts, FamRZ 1993, S.1164.
- <sup>446</sup> DFGT, a.a.O. (Fn.445), S.1164.
- <sup>447</sup> DFGT, a.a.O. (Fn.445), S.1164.
- <sup>448</sup> DFGT, a.a.O. (Fn.445), S.1164.
- <sup>449</sup> Empfehlungen des 11. Deutschen Familiengerichtstages, FamRZ 1996, S.339. = NJW 1996, S.1460.; Deutscher Familiengerichtstag e.V. (Hrsg.), a.a.O. (Fn.390) S.94f.,122f.
- <sup>450</sup> Zentralkomitee der deutschen Katholiken [ZdK], Ein Kind hat ein Recht auf beide Eltern : Zur Rechtsstellung nichtehelicher Kinder, DAVorm 1993, S.631.
- <sup>451</sup> ZdK, a.a.O. (Fn.450), S.632.
- <sup>452</sup> ZdK, a.a.O. (Fn.450), S.631.
- <sup>453</sup> ZdK, a.a.O. (Fn.450), S.631.
- <sup>454</sup> ZdK, a.a.O. (Fn.450), S.631.
- <sup>455</sup> ZdK, a.a.O. (Fn.450), S.631.
- <sup>456</sup> ZdK, a.a.O. (Fn.450), S.634.
- <sup>457</sup> ボッシュ教授の見解については、IV5（3）（鹿児島大学法学論集53巻1号51-52頁）を参照。
- <sup>458</sup> ZdK, a.a.O. (Fn.450), S.634.
- <sup>459</sup> Deutscher Verein für öffentlichen und privaten Fürsorge, Überlegungen des Deutschen Vereins für eine Kindschaftsrechtsreform, NDV 1995, S.137.
- <sup>460</sup> Deutscher Verein für öffentlichen und privaten Fürsorge, a.a.O. (Fn.459), S.137.
- <sup>461</sup> Deutscher Verein für öffentlichen und privaten Fürsorge, a.a.O. (Fn.459), S.137.
- <sup>462</sup> Deutscher Verein für öffentlichen und privaten Fürsorge, a.a.O. (Fn.459), S.137f.

- 
- <sup>463</sup> Deutscher Verein für öffentlichen und privaten Fürsorge, a.a.O. (Fn.459), S.137.
- <sup>464</sup> Deutscher Verein für öffentlichen und privaten Fürsorge, a.a.O. (Fn.459), S.138.
- <sup>465</sup> Deutscher Verein für öffentlichen und privaten Fürsorge, a.a.O. (Fn.459), S.138.
- <sup>466</sup> Deutscher Verein für öffentlichen und privaten Fürsorge, a.a.O. (Fn.459), S.138.
- <sup>467</sup> Arbeitsgemeinschaft für Jugendhilfe [AGJ], Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft für Jugendhilfe : Zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zum Kindschaftsrecht—Juli 1995, ZfJ 1996, S.94.
- <sup>468</sup> AGJ, a.a.O. (Fn.467), S.94.
- <sup>469</sup> AGJ, a.a.O. (Fn.467), S.95f.
- <sup>470</sup> AGJ, a.a.O. (Fn.467), S.96.
- <sup>471</sup> AGJ, a.a.O. (Fn.467), S.96.
- <sup>472</sup> 後述するように、第12立法期及び第13立法期における与党の連立協定の中に親子法改正の目標が定められるなど、同時期の与党における親子法改正の気運も高まりつつあった。事実、第13立法期における、キリスト教民主同盟 (CDU) /キリスト教社会同盟 (CSU) の非嫡出子法改革の目標について、当時の連邦議会法務委員会委員長であったエイルマン (H. Eylmann) は、次のように説明していた (H. Eylmann, Rechtspolitische Zielsetzungen der CDU/CSU in der 13. Legislaturperiode, ZRP 1995, S.164.) :
- 「非嫡出子の父を配慮権から完全に排除することは、時代遅れであり、とりわけ、非嫡出子の父母が婚姻することなく共同生活を営んでいるケースを正当に評価していない。このことを人々が承認するか否かは、重要ではない。むしろ、焦点を合わせるべきは、子の福祉であり、父母の共同の申立てに基づいて、共同配慮権を許容することは、子の福祉に合致するのである。母が事実上あるいは法的な諸原因によって配慮権者として機能しない場合には、父に配慮権を移譲することが可能にならなければならない。最後に、非嫡出子とその父の交流の可能性もまた、一子の福祉の観点からすれば一重要である」。
- <sup>473</sup> SPDは第12選挙会期の1992年12月17日にも親子法改正に関する動議 (BT-Drucks. 12/4024) を連邦議会に提出していたが、この動議は連邦議会の解散によって廃案となった経緯がある。
- <sup>474</sup> BT-Drucks. 13/1752, S.2.
- <sup>475</sup> BT-Drucks. 13/1752, S.13.
- <sup>476</sup> BT-Drucks. 13/1752, S.4.
- <sup>477</sup> BT-Drucks. 13/1752, S.14.
- <sup>478</sup> BT-Drucks. 13/1752, S.14.
- <sup>479</sup> BT-Drucks. 13/1752, S.4f.
- <sup>480</sup> BT-Drucks. 13/3341, S.2., 6.
- <sup>481</sup> BT-Drucks. 13/3341, S.3.
- <sup>482</sup> BT-Drucks. 13/3341, S.13.
- <sup>483</sup> Koalitionsvereinbarung für die 12. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages, in : CDU-Dokumentation 2/1991, S.45.

- <sup>484</sup> Koalitionsvereinbarung für die 12. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages, in: CDU-Dokumentation 2/1991, S.45.
- <sup>485</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.29. なお、第13立法期（1994—1998年）に政権与党である CDU / CSU及びFDPの間で締結された連立協定においても、親子法改正が掲げられていた。
- <sup>486</sup> „Das Urteil unterstützt die in Angriff genommene Gesamtreform des Rechts nichtehelicher Kinder und ist deshalb zu begrüßen“, Recht : Informationen des Bundesministers der Justiz 1991, S.58. 傍点は筆者による。
- <sup>487</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.49. 同作業部会は、裁判官、法学者、少年局の代表者、青少年精神科医などのメンバーから構成されていた。
- <sup>488</sup> Vgl. ZfJ 1994, S.375.
- <sup>489</sup> 政府草案の議会提出直前に当時の連邦司法大臣であったロイトホイサー＝シュナーレンベルガー（S. Leutheusser-Schnarrenberger）は、第13立法期における家族法政策について、「連邦司法省の提案はすべて、国家介入を絶対的に必要な限度に制約し、自己責任による決定が原則として尊重される、自由主義的な法政策の基本原則に沿うものである」と述べていた（S. Leutheusser-Schnarrenberger, Liberale Rechtspolitik in der 13. Legislaturperiode, ZRP 1995, S.82.）。後述するように、父母双方が一致した意思を表明した場合に、親の配慮が非婚の父母に共同して帰属することを提案する政府草案の立場もまた、このような自由主義的立法政策に一致するものであったといえよう。
- <sup>490</sup> BR-Drucks. 180/96
- <sup>491</sup> 同草案の内容を紹介するものとして、床谷文雄「ドイツ家族法立法の現状と展望（二）」阪大法学46巻6号（1997年）77頁、同「（三）」阪大法学47巻2号（1997年）137頁、岩志和一郎「ドイツ『親子関係法改正法』草案の背景と概要」早稲田法学72巻4号（1997年）37頁、渡邊泰彦「ドイツ親子法改正の政府草案について（一）」同志社法学49巻1号（1997年）285頁、同「（二・完）」同志社法学49巻2号（1998年）267頁がある。本稿では、婚外子の配慮に関する部分について、本草案の立場に触れるものとする。改正法成立後の配慮法規定の紹介については、後掲（注547）の文献を参照されたい（本稿52-53頁）。
- <sup>492</sup> 親子法関係の違憲判断としては、前述の1991年5月7日決定（BVerfGE 84, 168ff.）の他に、離婚後の父母に共同配慮権の道を開いた1982年11月3日判決（BVerfGE 61, 358ff.）、非嫡出子の養子縁組について父の同意を要求しない1748条に関する1995年3月7日判決（BVerfGE 92, 158ff.）などを挙げるができる。
- <sup>493</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.29. 岩志・前掲（注491）40-46頁、渡邊・前掲（注491）「一」286-289頁
- <sup>494</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.1, 29. 岩志・前掲（注491）39頁
- <sup>495</sup> 前記のSPD動議においては、「親の配慮（elterliche Sorge）」に代えて「親の責任（elterliche Verantwortung）」の概念を採用することが提案されていた（本稿19頁）。これに対して、本草案は、「親の責任」という表現を採用しないことを明確にしている。その理由として、草案は、父母の一方だけが親の配慮を有する場合で

あっても、配慮権者とならなかった父母が親としての責任（例えば、子に対する扶養義務）から完全に解放されることがないことを挙げていた（BT-Drucks. 13/4899, S.58.）。

<sup>496</sup> 以下で詳述する改正草案の関連条文について、ここで確認しておきたい。以下の草案段階の条文訳出に際しては、岩志・前掲（注491）を参考にした。この他に、改正草案の条文仮訳として、床谷・前掲（注491）「三」147-165頁、渡邊・前掲（注491）「一」302-315頁、同・前掲（注491）「（二・完）」285-297頁がある。

**【草案1626a条】**

- (1) 子の出生時に父母が互いに婚姻していないときには、次の場合にのみ、親の配慮が父母に共同して帰属する、
  - 1 父母が配慮を共同して引き受けるつもりである意思表示する場合（配慮表明）、または、
  - 2 父母が互いに婚姻する場合。
- (2) それ以外の場合には、母が親の配慮を有する。

**【草案1626b条】**

- (1) 条件または期限を付した配慮表明は、無効とする。
- (2) 配慮表明は、子の出生前にも行うことができる。
- (3) 配慮表明は、1671条、1672条によって親の配慮に関する裁判所の決定が下された場合、または1696条1項によって裁判所の決定が変更された場合には、無効とする。

**【草案1626c条】**

- (1) 父母本人だけが、配慮表明を行うことができる。
- (2) 行為能力が制限された父母の一方は、その法定代理人の同意を必要とする。同意は、法定代理人だけが行うことができる；1626d条1項及び2項が、準用される。後見裁判所は、配慮表明が行為能力を制限された父母の一方の福祉に反しない場合には、当該父母の一方の申立てに基づき、同意を補充しなければならない。

**【草案1626d条】**

- (1) 配慮表明及び同意は、公的に証明されなければならない。
- (2) 公証機関は、社会法典第8編58a条による情報提供のために、社会法典第8編87c条6項2文によって管轄権を有する少年局に対して、配慮表明及び同意がなされたことを、子の出生日及び出生地並びに子がその出生登録の際に称していた氏を記して、遅滞なく報告する。

**【草案1626e条】**

配慮表明及び同意は、前4条の諸条件を満たさない場合に限り、無効とする。

**【草案1671条】**

- (1) 親の配慮を共同して有する父母が単に一時的にはなく別居している場合には、父母のいずれも、親の配慮あるいは親の配慮の一部を自己に単独で移譲するよう家庭裁判所に申し立てることができる。
- (2) 申立ては、次の場合には認められなくてはならない、

- 1 父母の他方が同意している場合。但し、子が14歳に達しており、かつ、移譲に反対している場合にはこの限りではない。
- 2 共同配慮の廃止及び申立人への移譲が子の福祉に最もよく適うと予想される場合。
- (3) 親の配慮が他の諸規定に基づいて別に規整されなければならない場合には、申立ては認められない。

【草案1672条】

- (1) 父母が単に一時的にではなく別居している場合であって、かつ親の配慮がBGB1626a条2項によって母に帰属している場合には、父は、母の同意を得て、親の配慮あるいは親の配慮の一部を自己に単独で移譲するよう家庭裁判所に申し立てることができる。その移譲が子の福祉に適う場合には、申立ては認められなくてはならない。
- (2) 本条1項による移譲が行われた場合には、家庭裁判所は、父母の一方の他方の同意を得た申立てに基づき、それが子の福祉に反しない場合には、親の配慮が父母に共同して帰属することを決定することができる。このことは、本条1項による移譲が廃止された場合にも当てはまる。

【草案1678条】

- (1) 父母の一方が親の配慮を行使することを事実上阻害されている場合、またはその親の配慮が停止している場合には、父母の他方が単独で行使する；このことは、親の配慮が、1626a条2項、1671条、あるいは1672条1項によって、父母の一方に単独で帰属する場合には、適用されない。
- (2) 1626a条2項によって、親の配慮が単独で帰属している父母の一方の親の配慮が停止している場合であって、かつ停止の原因がなくなる見込みのない場合には、家庭裁判所は、それが子の福祉に適うときには、親の配慮を父母の他方に移譲しなければならない。

【草案1680条】

- (1) 親の配慮が父母に共同して帰属している場合であって、かつ父母の一方が死亡した場合には、親の配慮は、生存している父母の他方に帰属する。
- (2) 1671条または1672条1項によって、親の配慮が単独で帰属している父母の一方が死亡した場合には、家庭裁判所は、それが子の福祉に反しないときには、親の配慮を生存している父母の他方に移譲しなければならない。1626a条2項によって、親の配慮が母に単独で帰属している場合には、家庭裁判所は、それが子の福祉に適うときには、親の配慮を父に移譲しなければならない。
- (3) 父母の他方とともに親の配慮が帰属していた父母の一方、または1626a条2項によって、親の配慮が単独で帰属していた父母の一方から、親の配慮が剥奪された場合には、1項及び2項2文が準用される。

<sup>497</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.58.

<sup>498</sup> この点については、II 1 (2) (鹿児島大学法学論集51巻1号18頁)を参照。

<sup>499</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.70, 94.

<sup>500</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.93.

- <sup>501</sup> 詳細については、IV5 (1) ③ (鹿児島大学法学論集53巻1号48-50頁) を参照。
- <sup>502</sup> 詳細については、IV3 (1) (鹿児島大学法学論集53巻1号29頁) を参照。
- <sup>503</sup> 詳細については、VI1 (本稿8-18頁) を参照。
- <sup>504</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.94.
- <sup>505</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.94.
- <sup>506</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.93.
- <sup>507</sup> これに対して、草案1671条及び草案1672条の規定によらない裁判所の決定後には、配慮表明を行うことができるとされる。政府草案が例として挙げるのは、草案1666条に基づいて母から配慮を剥奪する決定が出された後に、この決定が草案1696条2項によって取り消された場合には、父母が配慮表明を行うことができることである (BT-Drucks. 13/4899, S.94.)。
- <sup>508</sup> 草案1696条1項は、「後見裁判所及び家庭裁判所は、子の福祉に後まで影響を及ぼすとの十分な理由によって、それが適切である場合には、その命令を変更しなくてはならない」と規定する。
- <sup>509</sup> 政府草案では、このような場面として、以下の3つの事例を挙げる (BT-Drucks. 13/4899, S.94.)。
- ① 配慮表明によって非婚の父母の共同配慮が創設された後に、草案1671条1項に基づいて父母の一方の単独配慮とする裁判が行われた場合には、草案1696条1項による変更決定によってのみ、再び父母の共同配慮を認めることができる。
  - ② 草案1672条1項に基づいて婚外子の母から父に単独配慮が移譲された場合には、草案1672条2項1文による裁判所の決定を通じて、父母の共同配慮を認めることができる。
  - ③ 草案1672条1項に基づいて婚外子の母から父に単独配慮が移譲された後に、この決定が取り消されたことによって、再び母の単独配慮となった場合には、草案1672条2項2文による裁判所の決定を通じて、父母の共同配慮を認めることができる。
- <sup>510</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.94.
- <sup>511</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.94.
- <sup>512</sup> 子の父母が未成年者である場合に、子の法定代理人は、次のように定められる。父母が婚姻している場合、または父母が婚姻していないが配慮表明によって共同配慮となる場合であって、かつ父母の他方が行為能力を制限されていない場合には、当該父母の他方が子の法定代理人になる (草案1678条1項)。その他の場合には、子のために選任された後見人または保護人が子の法定代理人となる。
- <sup>513</sup> 詳細については、阿部・前掲 (注74) 41頁以下を参照。
- <sup>514</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.94.
- <sup>515</sup> 正式名称は、1946年2月20日の婚姻に関する連合国共同管理委員会法律第16号 (Gesetz Nr.16 des Alliierten Kontrollrats über die Ehe, ABIKR S.77.) (1946年3月1日施行) である。同法3条は、未成年者が婚姻する際に、その法定代理人の同意を必要とし (1項)、未成年者について法定代理人とは別に身上配慮

権者（Personensorgeberechtigt）が定められている場合には、身上配慮権者の同意を必要とすること（２項）を定める一方で、法定代理人及び身上配慮権者が正当な理由なく同意を拒絶する場合には、後見裁判所が同意を補充することを予定していた（３項）。

1946年婚姻法は、1998年５月４日の婚姻締結法の新秩序のための法律（Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts (Eheschließungsrechtsgesetz – EheschlRG), BGBl. 1998 I S.833.）（1998年７月１日施行）によって廃止され、新たにBGB1603条に未成年者の婚姻に関する規定が置かれた。新しい1603条は—婚姻法１条を引き継ぐ形で—、婚姻適齢を成年と定めつつ（１項）、例外的に、16歳以上の未成年者が成年者と婚姻する場合に、家庭裁判所は、未成年者の申立てに基づいて、１項の婚姻適齢を免除できるものとした（２項）。その一方で、未成年者の法定代理人及び身上配慮権者が、未成年者の申立てに対して異議を述べる場合に、家庭裁判所は、この異議に正当な理由がない場合のみ、年齢要件の免除を認めることができる（３項）。家庭裁判所による年齢要件の免除が認められる場合には、未成年者の法定代理人及び身上配慮権者の同意はもはや必要ないとされる（４項）。ドイツにおける婚姻適齢の変遷については、鈴木博人「ドイツ私法での成年年齢と子の成長に応じた年齢規定」山口直也編『子どもの法定年齢の比較法研究』（成文堂、2017年）187-189頁を参照。

ちなみに、現在のドイツでは、2017年７月17日の児童婚根絶法（Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen, BGBl. 2017 I S.2429.）（2017年７月22日施行）によって、未成年者による婚姻は例外なく禁止されている。本立法の背景には、ドイツに流入した外国出身の児童の強制結婚（Zwangsheirat / Zwangsehe）問題があり、外国で締結された未成年者の婚姻をドイツにおいて承認することの禁止が本法律のねらいとされている（D. Schwab, Familienrecht 28.Aufl., 2020, S.36 ; N. Dethloff, Familienrecht 32.Aufl., 2018, S.41.）。

<sup>516</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.94f.

<sup>517</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.95. しかし、未成年者の婚姻に対する父母の同意は、前述のように（本稿（注515）参照）、1998年改正法（EheschlRG）によって、直接的な要件としては認められなくなっていた点には、注意が必要であろう。

<sup>518</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.95. この点について、草案理由書は、当時の婚姻法3条3項（本稿（注515）参照）が定めていた、未成年者の婚姻に対する法定代理人の同意補充制度が参考になることを指摘する。

<sup>519</sup> SGBVIII「児童ならびに少年援助」に関する諸規定の概説及び2001年1月1日時点の邦訳として、岩志和一郎＝鈴木博人＝高橋由紀子「ドイツ『児童ならびに少年援助法』全訳（1）比較法学36巻1号（2002年）303頁、同「（2）比較法学37巻1号（2003年）219頁、同「（3・完）」39巻2号（2006年）267頁が、2007年1月1日時点の邦訳として、『子の権利保護のためのシステムの研究—実体親権法と児童福祉法制の連動のあり方—』（平成17年度 - 18年度科学研究費補助金（基盤研究（C）一般）研究成果報告書）（研究代表者：岩志和一郎）（成文堂、2007年）25頁がある。

- 
- <sup>520</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.25.
- <sup>521</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.95.
- <sup>522</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.95.
- <sup>523</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.60. 渡邊・前掲（注491）「一」299頁
- <sup>524</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.60. 渡邊・前掲（注491）「一」299-300頁  
なお、政府草案は、単独配慮の証明が要求される場面の例として、公証人が  
関与した契約の締結時に、母の代理権限について疑念が生じる場面を挙げる。
- <sup>525</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.60.
- <sup>526</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.58. 岩志・前掲（注491）57-58頁、渡邊・前掲（注491）「一」  
298頁
- <sup>527</sup> 上記立法の背景には、「政治的妥協（ein politischer Kompromiß）」があったと  
の指摘もある。すなわち、母の同意がない共同配慮を認めないとしなければ、「親子法改正法の配慮法部分は、頓挫しえたのであり、ひいては新秩序  
全体が危険にさらされる」政治的な状況があったとされるのである。Vgl. F.  
Dickmeis, Strukturen des deutschen Kindschaftsrechts im Kontext zur europäischen  
Rechtsentwicklung, ZfJ 1998, S.48.
- <sup>528</sup> BVerfGE 84, 168, 178. 傍点は筆者による。
- <sup>529</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.58. 岩志・前掲（注491）58頁、渡邊・前掲（注491）「一」  
298頁
- <sup>530</sup> 詳細については、VI2（本稿19-20頁）を参照。
- <sup>531</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.59.
- <sup>532</sup> 詳細については、VII（1）②（本稿10-11頁）を参照。
- <sup>533</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.59. 渡邊・前掲（注491）「一」298頁
- <sup>534</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.59. 岩志・前掲（注491）58頁、渡邊・前掲（注491）「一」  
298頁
- <sup>535</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.59. 渡邊・前掲（注491）「一」299頁
- <sup>536</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.59. 渡邊・前掲（注491）「一」299頁
- <sup>537</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.98.
- <sup>538</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.100.
- <sup>539</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.100.
- <sup>540</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.100.
- <sup>541</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.100.
- <sup>542</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.101.
- <sup>543</sup> BT-Drucks. 13/8511, S.3.
- <sup>544</sup> BT-Drucks. 13/8511, S.12. なお、政府草案1626c条2項の文言修正については、  
連邦参議院の意見書でも同一の提案がされていた（BT-Drucks. 13/4899, S.152.  
（Anlage 2））。
- <sup>545</sup> BT-Drucks. 13/8511, S.66.
- <sup>546</sup> BT-Drucks. 13/8511, S.66.
- <sup>547</sup> 親子法改正後のドイツにおける配慮法規定を紹介するものとして、床谷文雄「ド

- イツ家族法立法の現状と展望（四）」阪大法学48巻1号（1998年）75頁（特に91頁以下）、同「ドイツ」床谷文雄=本山敦編『親権法の比較研究』（日本評論社、2014年）120頁、岩志和一郎「ドイツの新親子法（中）」戸籍時報495号（1998年）17頁、同「ドイツの新親子法」鈴木重勝=櫻井孝一=石田宣孝=加藤哲夫編『民事訴訟制度の側面—内田武吉先生古稀祝賀—』（成文堂、1999年）189頁、同「ドイツ親権法規定（仮訳）」早稲田法学76巻4号（2001年）225頁、同「ドイツの親権法」民商法雑誌136巻4・5号（2007年）65頁、鈴木博人「ドイツ親子法の現状」若林昌子=床谷文雄編『新家族法実務体系2 親族Ⅱ—親子・後見—』（新日本法規、2008年）91頁、ドイツ家族法研究会「親としての配慮・補佐・後見—ドイツ家族法注解—（一）」民商法雑誌142巻6号（2010年）111頁、同「（二）」民商法雑誌143巻4・5号（2011年）108頁、同「（三）」民商法雑誌144巻1号（2011年）123頁がある。また、1997年親子法改正後の離婚後の共同配慮については、稲垣朋子准教授による一連の研究が詳細である。稲垣・前掲（注9）、同「ドイツ判例法にみる離婚後の配慮権と子の福祉」家族（社会と法）33号（2017年）237頁、同「離婚後の共同配慮の具体的検討に向けて—わが国とドイツにおける議論を踏まえた課題—」二宮周平編集代表『現代家族法講座 第3巻 親子』（日本評論社、2021年）209頁（特に222頁以下）。
- <sup>548</sup> N. Dethloff, a.a.O. (Fn.383) , S.2200.; Zenz/Salgo, a.a.O. (Fn.171) , S.66ff.
- <sup>549</sup> M. Lipp, Das elterliche Sorgerecht für das nichteheliche Kind nach dem Kindschaftsrechtsreformgesetz (KindRG), FamRZ 1998, S.70.
- <sup>550</sup> R.Frank, A FUNDAMENTAL REFORM OF PARENTAGE LAW IS PENDING, THE INTERNATIONAL SURVEY OF FAMILY LAW 1996, pp.185-186.
- <sup>551</sup> Deutscher Familiengerichtstag e.V.[DFGT], Stellungnahme des Deutschen Familiengerichtstages e.V. zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz—KindRG) , FamRZ 1997, S.338.
- <sup>552</sup> M. Lipp, a.a.O. (Fn.549) , S.70.
- <sup>553</sup> M. Coester, Elternrecht des nichtehelichen Vaters und Adoption—Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 7. 3. 1995—, FamRZ 1995, S.1247.
- <sup>554</sup> T. Rauscher, Das Umgangsrecht im Kindschaftsrechtsreformgesetz, FamRZ 1998, S.335.
- <sup>555</sup> M. Lipp, a.a.O. (Fn.549) , S.70. 同教授の指摘について、筆者は別稿において紹介したことがある（阿部・前掲（注7）「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」194頁）。本文中の「1626a条2項」は、原文においては「1626b条2項」であるが、明確な誤りであるため、訳者の責任において修正した。なお、リップ教授が憲法上の問題を懸念した、「共同生活を営んでおりかつ重要な問題について实际的に意見が一致しているにもかかわらず、母が恣意的に共同配慮権を拒絶するケース」については、「上記の状況が実務において生じることはほとんどないだろう」との指摘もあった（H. Grziwotz, Rechtsprechung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FamRZ 1999, S.420.）。
- <sup>556</sup> U. Diederichsen, Die Reform des Kindschafts- und Beistandschaftsrechts, NJW 1998, S.1983. 同教授の指摘について、筆者は別稿において紹介したことがある（阿部・

前掲（注7）「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」194-195頁）。

<sup>557</sup> M. Lipp, a.a.O. (Fn.549) , S.70.

<sup>558</sup> F. Dickmeis, a.a.O. (Fn.527) , S.48.

<sup>559</sup> この点については、VI3 (3) ②（本稿32頁）を参照。

<sup>560</sup> T. Rauscher, a.a.O. (Fn.554) , S.335.

<sup>561</sup> Zaunegger v. Germany, No.22028/04, Judgment, 3 December 2009. 同判決の紹介として、西谷祐子「ドイツにおける児童虐待への対応と親権制度（1）」民商法雑誌141巻6号（2010年）16-17頁、ドイツ家族法研究会・前掲（注547）「一」119-121頁（稲垣朋子執筆）、阿部・前掲（注7）「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」215-219頁がある。

<sup>562</sup> BVerfGE 127, 132. 同決定の紹介として、ドイツ家族法研究会・前掲（注547）「一」121-123頁（床谷文雄執筆）、阿部・前掲（注7）「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」219-227頁がある

<sup>563</sup> 2013年改正法については、床谷・前掲書（注547）『親権法の比較研究』123頁及び124-125頁、阿部・前掲（注7）「ドイツの新しい婚外子配慮法」215頁を参照。なお、2013年改正法については、ドイツ連邦司法・消費者保護省によって2018年に調査報告書が公表されている（BT-Drucks. 19/1450）。同報告書の詳細については、阿部純一「ドイツ婚外子配慮法の実務動向について—2013年改正法の評価を中心に—」法学新報127巻3・4号（2021年）1頁を参照。

<sup>564</sup> 鹿児島大学法学論集51巻1号6-8頁

<sup>565</sup> 鹿児島大学法学論集51巻1号8-13頁

<sup>566</sup> 鹿児島大学法学論集51巻1号13-15頁

<sup>567</sup> 鹿児島大学法学論集51巻1号16-20頁

<sup>568</sup> 鹿児島大学法学論集51巻1号20-24頁

<sup>569</sup> 鹿児島大学法学論集51巻1号24-28頁

<sup>570</sup> 鹿児島大学法学論集51巻1号28-33頁

<sup>571</sup> 鹿児島大学法学論集52巻1号4-32頁、53巻1号28-42頁

<sup>572</sup> 鹿児島大学法学論集53巻1号42-53頁

<sup>573</sup> 本稿3-7頁

<sup>574</sup> 本稿8-18頁

<sup>575</sup> 本稿19-20頁

<sup>576</sup> 本稿21-35頁

<sup>577</sup> 日本における「非嫡出子関係の実態研究が貧困」であることは、つとに指摘されてきたが（田村・前掲書（注6）170頁、380頁）、現在もなおその状況は変わらない。

<sup>578</sup> 最近の議論状況については、阿部・前掲（注563）29-30頁参照。

<sup>579</sup> 2000年代以降のドイツでは、いわゆる「異議申立てモデル（Widerspruchsmodell）」と呼ばれる立場をとる論者によって、父子関係の創設によって共同配慮を認めることも主張されていた（阿部・前掲（注7）「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」232-233頁）。

<sup>580</sup> BT-Drucks. 13/4899, S.59. 本稿27頁参照。

<sup>581</sup> この点については、本稿25頁参照。

<sup>582</sup> このような日本の親権法における協議主義の問題については、田村・前掲書（注6）380頁を参照。

<sup>583</sup> この点については、本稿35頁参照。