

講 演

# ドイツ家族法の基本原理

Grundprinzipien des deutschen Familienrechts

フォルカー・リップ\*  
訳 鈴木 博人\*\*

## 目 次

訳者はしがき

### I. 序 論

1. ドイツ家族法の発展
2. 基本法および人権の影響
3. 「家族」とは何か？

### II. 婚姻とその他の生活共同体

1. 基 礎
2. 法的な形式を備えた生活共同体：婚姻および登録された生活パートナー関係
  - a. 創設
  - b. 法的効果
  - c. 別居と別居の効果
  - d. 離婚と離婚効果
3. 法的な形式を備えていない生活共同体
  - a. 創設と法的効果
  - b. 別居と別居の効果
4. 当面の問題と〔解決に向けた〕挑戦（以下、〔 〕は訳者による意味の補い。）

### III. 親 子 関 係

---

\* ゲッティンゲン大学教授

Volker LIPP

Prof. Dr. Dr. h.c., Georg-August-Universität Göttingen

\*\* 所員・中央大学法学部教授

1. 基 礎
  2. 統一的な親子法
  3. ドイツ親子法の構造
    - a. 血統
    - b. 配慮および交流
    - c. 扶養
  4. 当面の問題と「解決に向けた」挑戦
- IV. 成年者の保護
1. 基 礎
  2. 禁治産宣告および後見から現代的な成年者保護へ
  3. 任意代理契約
  4. 法的な世話
  5. 当面の問題と「解決に向けた」挑戦

## 訳者はしがき

本稿は、2017年11月13日に法学部・家族法の講義の一環として行われたドイツ家族法の基本的原理を解説した講義の内容を邦訳したものである。

序論でドイツ家族法改正史とドイツ家族法が基本法（憲法）の準則（とりわけ男女平等条項と家族保護条項）に則って規整されていることが示されている。さらに、ヨーロッパ人権条約の強い影響を受け、いわば家族法の憲法化とも称される状況があることが示される。基本法との関係は、本論でも適宜取り上げられ、例えば親子法での親の配慮権制限では基本法上の比例原則が適用されることが指摘されている。

本論では、ドイツ家族法の最新の動向が、婚姻・離婚法、親子法、成年者の保護（日本法上の成年後見）法の3領域について示されている。

婚姻・離婚法分野では、法的な形式を与えられた生活共同体として古典的な婚姻とならんで登録された生活パートナー関係、さらには2017年10月1日からの同性婚の制度化後の対応が論じられている。

親子法分野では、血統法から親の配慮（日本法の親権）法、面会交流、

子の扶養という広範な領域が概観されている。とりわけ、2017年に作業グループの報告書が公表された血統法の改正の要点が示されている。

成年者保護の分野では、自己決定能力が制限され、自らの事務に関して自分で処理できない成年者の保護が、後見から現代的な成年者保護の流れのなかで示されている。

各分野それぞれについて、喫緊の課題とその課題への取組が示されており、ドイツ家族法の現状理解を助ける、非常に明解な講義となっている。

## I. 序 論<sup>1)</sup>

家族法とは家族に関する法である。すなわち、[それは、] 家族に関する法を扱うのであって、家族に関する政策、社会学あるいは心理学ではない。家族法は、家族の外にあるものに対する家族の法的関係と家族構成員相互の関係を扱うものである。したがって、家族内財産法のみを重視するのではなく、家族構成員の人的な法律関係にも同じように重きを置いている。

### 1. ドイツ家族法の発展<sup>2)</sup>

ドイツ民法典（以下ではBGBと略称・訳者註）制定前は、ドイツの民法および民法に伴い家族法は、地域ごとに四分五裂状態だった。1900年のBGBが、ドイツの民法を法典として編纂し、統一し、そして家族法を第4編に規定した。裁判手続きも、1877年の民事訴訟法（ZPO）および1900年の非訟事件手続法（FGG）によって統一された。

20世紀初頭からドイツの社会状況が激変し、社会全体が変化するのにしたがって、家族も変化した。伝統的な父権の家族は、多様な家族形態に取って代わられた。しかし、このことによって家族は、重要性を失わなかった。先鋭的な言い方をすると「家族の将来は…家族である」ということが

1) Muscheler Rn. 1ff.; Gernhuber /Coester-Waltjen §1.

2) Muscheler Rn. 70ff.

できる。

家族法は、これらの変革に合わせて変化してきた。1900年から、数多くの大小の改正が要求され、議論され、そしてしばしば改正が実施されもした。ここで、1950年以降の時代のいくつかの転換点を挙げてみたい。

1957年には、男女同権法が、憲法上要請された婚姻生活における男女平等を実現した。

1976年には、第1婚姻法改正法が、離婚と離婚効果を新たに定め、そして区裁判所の特別部としての家庭裁判所を導入した。

1990年の世話法は、成人の行為能力剥奪宣告、後見および保護を廃止して、法的世話〔制度〕に置き換えた。

1997年には、親子法改正法が、嫡出子と非嫡出子〔の違い〕を統一する親子法を導入した。

2001年からは、生活パートナー法が、同性者と登録されたパートナー関係に入ることを可能にしている。

さらに、今年（2017年・訳者註）、「婚姻はすべての人に対して」開かれるに至った<sup>3)</sup>。2017年10月1日から同性者と婚姻できるようになっている。同性者同士〔のカップル〕は、今ではもはや登録された生活パートナー関係を創設することはできない。今存在する生活パートナー関係は存続する。生活パートナー関係にある者は、その関係を婚姻に転換できる。

立法者は、将来も、家族法〔改正〕に集中的に取り組むことになるだろう。同性婚の承認にしたがって、連邦憲法裁判所は、2017年10月10日の判決で、身分登録簿上、「男性」ならびに「女性」とならんで第三の形式（例えば「多様性」を表す）も認めるように義務づけた<sup>4)</sup>。

## 2. 基本法および人権の影響<sup>5)</sup>

家族法は、まず第一にドイツ憲法の準則によって作り上げられている。

---

3) Gesetz vom 20.7.2017, BGBl. I S. 2787.

4) BverfG vom 10.10.2017–1 BvR 2019/16.

5) Gernhuber/Coester-Waltjen §§5–7; Schwab Rn. 10ff.; Muscheler Rn. 202ff.

ドイツ憲法の準則は、とりわけ連邦憲法裁判所とその判例によって解釈され、そしてさらに展開されている。

ドイツ基本法によると、男性と女性と同権であり（基本法3条2項1号）、かつ何人もその性別のゆえに優遇もしくは不利益を与えられてはならない（基本法3条3項）。それゆえドイツ家族法は、男女同権原則に基づいている。

婚姻と家族は、基本法6条1項により、国の特別な保護の下に置かれている。このことによってまず家族内の自由が国の介入に対して保護されており、次いで婚姻と家族は、他の生活形態と差別されてはならない。現在の支配的な憲法上の見解によると、婚姻とは男女の婚姻と解され、家族とは、親と子（小家族）およびその他の親族（拡大家族もしくは大家族）の社会的な生活ならびに教育共同体と解することができる。例えば、非婚姻生活共同体のようなその他の生活共同体は、支配的な見解によると、そこで子どもも生活しているときにのみ、基本法6条1項の「保護の」対象とされる。したがって、これらその他の生活共同体は、親子関係もしくは構成員の人格権を通して間接的にのみ保護されるのである<sup>6)</sup>。しかしながら、私見によれば、上記の生活共同体は、基本法6条1項という家族と同じであると認められて、独自の基本法上の保護が承認されているのではないだろうか。

自分たちの子を自ら養育し、かつ教育する親の権利とそのようにする親の義務は、基本法6条2項で保障されている。親による子の養育と教育を、国は監督しなくてはならない（基本6条2項第2文）。親の権利と優位を、国は、児童ならびに青少年援助と子の保護のための措置を講じるあらゆる場合に尊重しなくてはならない（基本法6条3項参照）。

以上のことに加えて、ヨーロッパ人権条約がきわめて大きな意義をもつに至った。ヨーロッパ人権条約は、すべての人にその私生活および家族生活の尊重を求める権利を保障している（ヨーロッパ人権条約8条）。ヨー

---

6) Schwab Rn. 18.

ロッパ人権条約の準則は、ストラスブール（フランス）に設置されている常設の国際裁判所である、ヨーロッパ人権裁判所によって、すべての加盟国に対して法的拘束力をもって解釈されている。

ドイツ連邦憲法裁判所の判決とヨーロッパ人権裁判所の判決は、個別事例で重要な修正を加えただけでなく、ドイツ家族法における広範囲に及ぶ改正をも引き起こした。基本権および人権、そして上記の裁判所の判例の強力な影響から、家族法の「憲法化」ともいわれている。

### 3. 「家族」とは何か？<sup>7)</sup>

この問いに対しては誰に尋ねるかによって、まったく異なる答えを得ることになる。日常の言葉使いは、ある特定の社会で何が家族と考えられ、そして受け入れられているかということと結びついている。政治学者、社会学者、あるいは心理学者は、つまりかれらのそれぞれの学問分野の視点から、それぞれ異なる答えを与えるだろう。

これに対して、家族法では、法のなかの家族という概念が問題になる。しかしながら、家族法においても、家族という概念は、どこでも同じものである必要はなく、規範と文脈に応じて決められるものであり、またそうでなくてはならないものである。我々が前節（上述2.）で見たように、基本法6条1項の家族概念、そしてヨーロッパ人権条約8条1項の家族概念にあっては、より一層、これら基本権や人権の保護目的を実現させるために社会的な生活共同体という意味で広く解されなくてはならない。これに対して、例えば、BGB1360条、1360a条での「家族間扶養」という概念は、夫、妻および共同の子からなる古典的な小家族というより狭い概念を想定している。

しかしながら、法律学では、特定の規範の解釈だけが問題になるわけではない。そうではなくて、法律学は、その対象を記述するために家族という概念を用いるのである。家族法は、ここでは一つの法領域を示している

7) Gernhuber/Coester-Waltjen §1 Rn. 1ff., 32ff.; Muscheler Rn. 3ff.; 43ff.; Schwab Rn. 2ff.

——それも、具体的な規定のどれが特定の法秩序で有効か、そしてこの法秩序が特定の家族形態を許しているのか、禁止しているのかとは無関係にである。この体系的および記述的な意味で、家族法は、人的な生活共同体の法を含んでいる。

あらゆる形態の婚姻、つまり夫と妻という古典的な婚姻も同性者間の婚姻も、世界のいくつかの国で許されている一夫多妻や一妻多夫であっても上記の人的な生活共同体の一つである。「一つの家族におけるように」複数の人が共同生活している、あらゆる形態の事実上の生活共同体もまた人的な共同体の一つである（この点については、Ⅱを参照）。

家族法には、当然ながら親子法（親子法についてはⅢを参照）も、他方でまた、自らの自己決定能力が制限されていて、自らに関わる事務を自分で処理できないときの成人の法的保護（この点は、Ⅳを参照）も含まれる<sup>8)</sup>。

## Ⅱ. 婚姻とその他の生活共同体

### 1. 基 礎

これまでのところドイツ家族法の中心には男女の婚姻が据えられている。さらに、男女の事実上の生活共同体、いわゆる非婚姻もしくは婚姻類似の生活共同体に理解が示されるようになっていく。それに加えて、最後に同性者間の登録された生活パートナー関係が論じられている<sup>9)</sup>。同性者が共同生活している事実上の生活共同体も当然存在するということは、ごく簡単に言及されるにとどまっている<sup>10)</sup>。家族的な特徴をもつその他の生活共同体が言及されるのはさらにまれであろう。例えば、コミュニオン、そして家族として理解されるかどうか、また家族法の一部とみなすことができるかどうか疑わしいという指摘を伴うものがそれである<sup>11)</sup>。

---

8) Muscheler, Rn. 8.

9) Schwab Rn. 26ff.; Muscheler Rn. 46ff. も参照。

10) 適切なのは Muscheler, Rn. 869.; Schwab Rn. 973.

11) Gernhuber/Coester-Waltjen §1 Rn. 32. 参照。

この考え方は時代遅れのものになっているといつてよいだろう。ドイツの立法者が、婚姻を2017年10月1日に、同性カップルにも開き、そして同時に登録された生活パートナー関係〔という制度〕を終わりにした<sup>12)</sup>後は、パートナーの性別は婚姻にとってもはや役割を果たしていない。男性二人、もしくは女性二人の事実上の生活共同体には、男女の非婚姻生活共同体に対するのと同じ原則が適用されるということも承認されている<sup>13)</sup>。したがって、家族法の学問的な考察にあたっては、もはやパートナーの性別で区別するのではなくて、法的な形式を備えた生活共同体が問題になっているのか、純然たる事実上の生活共同体が問題になっているのかでのみ区別するべきであるということが出来る。

法的な形式を備えた生活共同体は、特定の、法的に定められた創設行為に始まり、同じく特定の、法的に定められた行為によって終了する。これは、事実上の生活共同体の場合にはないことである。事実上の生活共同体は、事実上の同居とともに開始し、そしてパートナーの事実上の別居によって終了する。

## 2. 法的な形式を備えた生活共同体：婚姻および登録された生活パートナー関係

ドイツ家族法は、夫と妻という古典的な婚姻とならんで、2017年10月1日からは、同性カップルの婚姻も認めている。同性カップルには、2001年から2017年9月30日までは、生活パートナー法による登録された生活パートナー関係が開かれていた。生活パートナー関係は、数度の法改正によって、ますます広範に婚姻に同化されていた。夫婦にのみ開かれていた子の共同での養子縁組の場合にのみ、〔両者の〕違いは、最後までなお存在していた<sup>14)</sup>。したがって、婚姻の法に関する以下の概観は、原則として、登録された生活パートナー関係にもあてはまる。生活パートナーが、生活パ

---

12) Gesetz vom 20.7.2017, BGBl I S. 2787.

13) 的確なのは Muscheler Rn. 869; Schwab Rn. 973.

14) 登録された生活パートナー関係についての詳細は、Muscheler Rn. 533ff.

ートナー関係を婚姻に転換しない限り、登録された生活パートナー関係は存続する。しかしながら、新しい生活パートナー関係は、もはや登録されることはない。

a. 創設<sup>15)</sup>

ドイツ家族法は、1875年から、義務的民事婚を採用してきた。したがって、婚姻は、身分登録役場に出頭して締結しなくてはならない。ドイツでの宗教上の婚姻は、それ自体単独では法的効果を生むことはない。しかしながら、宗教上の婚姻は、きわめて広範に行われており、そしてたいていの場合、身分登録役場での結婚式の後行われる。

婚姻は、二人の人物が身分登録吏の面前で婚姻することによって締結される (BGB1310条)。この相互的な人の法の上での契約は、一般的な契約法には服さず、特別な婚姻法規定に服している (BGB1310条以下)。配偶者 [となる者] は、成年 (18歳) に達していなくてはならない。未成年者は、少なくとも16歳に達していて、かつ家庭裁判所がその婚姻に同意するときのみ婚姻することができる (BGB1303条)。婚姻締結時の意思欠缺にも、特別な規定が適用される (BGB1314条以下)。

b. 法的効果<sup>16)</sup>

婚姻とは身分関係である。婚姻は、権利、責任および経済共同体である。婚姻には、夫婦間の関係でも対第三者との関係でも、数多くの法的効果が結び付けられている。ここでは、最も重要なものを挙げておこう。

夫婦は、家族名として共通の氏を選択することができる (BGB1355条)。これにより、夫婦は外見上共同体であると認識させることができる。しかし、夫婦はこのようにしなくてはならないわけではない。なぜなら、名前はその人の人格権の一部であるので、法的義務とすることは憲法上問題になるからである。

---

15) Schwab Rn. 53ff.

16) Schwab Rn. 102ff.; 詳しくは、Gernhuber/Coester-Waltjen §§16–22.

婚姻は、法的に把握された生活共同体である（BGB1353条）。このことから経済的領域で発生する義務は問題ない。しかしながら、人格的な領域では、夫婦に基本権および人権によって保障されている夫婦「各々」の自由があるゆえに、法的強制が存在することはあり得ない。

それゆえ、法律は、明文をもって、「強制」執行を排除している（家事事件手続法——以下ではFamFGと略称・訳者註——120条3項）。それにもかかわらず、ドイツの支配的見解は、今日でもなお、人格的領域での法的義務は存在し、それは裁判所にも提訴可能であって、単に「強制」執行できないだけなのだと考えている<sup>17)</sup>。しかしながら、他方で、例えば、妊娠予防のためのピルの投与についての合意は、法的義務を生まず、そしてそれゆえ義務違反が損害賠償義務を負わせないということが認められている<sup>18)</sup>。しかし、その場合、人格的領域で、そもそも法的義務について論じることが、ほとんど意味がないというのが私の考えるところである。

婚姻は、経済的共同体である。それにもかかわらず、婚姻締結と同時に自動的に包括的な財産共有制が成立するわけではない。夫婦財産共有制は、夫婦財産契約によって合意されなくてはならない（BGB1408条、1415条以下）。夫婦財産共有制は、きわめて稀にしか利用されていない。法定夫婦財産制および実務上の通例は、いわゆる付加利得共有制である（BGB1363条以下）。付加利得共有制は、夫婦双方が、経済的に独立して行動できるようにするために、共有財産制を創設するわけではない。婚姻中は、夫婦各々は、単独で自分の財産を処分することができる。わずかな事例でのみ、夫婦各々は、他方配偶者の同意を得ることが必要である（BGB1364条、1365条、1369条）。婚姻中得た経済的成果の平等な分割という基本思想を、付加利得共有制は、2つのメカニズムによって実現する。すなわち、離婚の際には債権法上の清算（BGB1372条以下）を行い、配偶者の死亡の際には、原則として、相続分の引上げによる相続法上の清

---

17) 例えば、Muscheler Rn. 308ff., Schwab Rn. 130ff. 参照。

18) BGHZ 97, 372.

算 (BGB1371条) を行う。

夫婦は相互に扶養の義務を負っている。扶養は、共同の子の生活費 (Lebensbedarf) も含んでいる (家族扶養・Familienunterhalt, BGB1360条, 1360a 条)。

家族の生活費を支弁する行為を、夫婦各々は、一定の要件の下で、他方配偶者に対しても効力をもって行うことができる (鍵の権限, BGB1357条)。

### c. 別居と別居の効果

夫婦の一方は、いつでも他方配偶者と別居することができる。すなわち、例えば、夫婦の一方が共同の住居から出ていくことにより、生活共同体は終了する<sup>19)</sup>。共同生活を行えとする法的強制をドイツ家族法は知らない (FamFG120条 3 項参照)。しかしながら、生活共同体の事実上の終了としての別居は、法的関係としての婚姻を終結させない。正確にいうと、婚姻自体は、離婚によって終結させられる。

もちろん、すでに別居でも法的な変更に戻着する。すなわち、別居は、例えば以下のような法的効果をもっている<sup>20)</sup>。

もはや共同の家庭は存在しないので、家族扶養に尽力する夫婦双方の義務は、別居している夫婦の一方が必要とするときの、扶養に対する別居配偶者の一方的な請求権に変化する (BGB1361条)。

それまで共同の用に供してきた住居は、争いがあるときには、家庭裁判所により、夫婦の一方に割り当てられる (BGB1361b 条)。同じことは、共同世帯 (gemeinsamer Haushalt) の家財道具にもあてはまる (BGB1361a 条)。

しかしながら、これらの法的効果は、夫婦がその生活協同体をいつでも再開することができるという仕方で定められている。したがって、これらの法的効果は、原状に復し得るように設計されている。

---

19) しかしながら、別居は、BGB1567条 1 項 2 項が示すように、一つの住居内でも可能である。

20) 詳細には、Gernhuber/Coester-Waltjen §23.

d. 離婚と離婚効果<sup>21)</sup>

離婚は、ドイツでは家庭裁判所によって行われなければならない。これは、夫婦が離婚とその効果について合意しているときでも同じである。合意離婚については、所定の手続きの簡素化が存在する。しかし、この簡素化も、家庭裁判所によって言い渡されなくてはならない（BGB1564条）。離婚手続きには、弁護士強制が適用される（FamFG114条1項）。離婚手続きには、離婚と同時にしくは離婚〔紛争〕中に法廷に持ち出される、すべての離婚効果が結び付けられている（FamFG137条）。離婚の附帯事件は、弱い方の配偶者を、強い方の配偶者によって損をさせられないように保護するものとされている。

1976年の離婚法改正以来、離婚については、誰が婚姻の破綻の責めを負うのか、あるいは、誰が婚姻から生じる義務に違反したのかは、もはや問題にならない。有責主義は、破綻主義によって取って代わられた（BGB1565条）。

合意離婚の場合、夫婦は、少なくとも1年間別居生活をしなくてはならない。1年経過すると婚姻は破綻したとみなされる（BGB1566条1項）。

争いのある離婚の場合には、婚姻が、すでに以前に破綻している（BGB1566条1項第2文）という特別な理由が存在しない限り、夫婦は原則として3年間別居生活をしなくてはならない（BGB1566条2項）。

離婚は婚姻を終結させる。離婚によって、夫婦の別居が最終的なものになったということが確定する。このことに対応して、離婚効果は、夫婦の法的小および経済的共同体の清算を最終的に規定している。

すなわち、婚姻住居および家財道具の使用を暫定的に別居期間中定めるという可能性に、婚姻住居および家財道具に関する最終的な規定が取って代わる（BGB1568a条、1568b条）。

婚姻中の経済的成果は、債権法上の付加利得清算によって清算される（BGB1372条以下）。婚姻中により大きな付加利得を獲得した配偶者は、

---

21) Schwab Rn. 327ff.; 詳しくは、Gernhuber/Coester-Waltjen §23.

他方配偶者にこの付加利得の半分を支払わなくてはならない。したがって、清算は、「金銭での」支払い請求権によって行われ、資産の分割によって行われるわけではない。

婚姻中、夫婦は、多くの場合、年金および年金分割請求権（Renten- und Versorgungsansprüche）を取得した。これらの請求権は、ドイツでは通常社会法で整備されている。したがって、これら請求権は、特別な手続き、つまり年金調整で清算される（BGB1587条）。年金調整は、独自の法律で定められている<sup>22)</sup>。この法律によると、年金調整は、原則として、金額に基づく支払いによって行われるのではなくて、将来の年金に対する一方配偶者の期待権が他方配偶者に移しかえられる形で行われる。そこで、この手続きには、夫婦だけではなくて、年金供給事業者も加わる。

離婚後は、夫婦各々は、経済的には自分自身に対してのみ責任を負う（BGB1569条第1文）。したがって、夫婦各々は、自分の元配偶者が自分を援助してくれるということを、原則として期待することはできない。別居中の扶養請求権（BGB1361条）は、離婚と同時に消滅する。離婚後は、特定の、法律で規定されている場合、いわゆる「離婚後」扶養の構成要件事実（BGB1570条-1576条）が存在するときのみ、元配偶者を扶養することが義務付けられているにすぎない。これは、例えば、元配偶者が共同の子を世話している（BGB1570条）、あるいは職を見つけられないか、もしくは薄給の仕事しか見つけれず（BGB1573条）、そしてそのために自分で生計を立てられない場合である。

### 3. 法的な形式を備えていない生活共同体<sup>23)</sup>

#### a. 創設と法的効果

生活共同体は、経済的および責任共同体である。この点に関して、生活共同体は、婚姻と比較できる。しかしながら、生活共同体は、それが法に

---

22) Gesetz über den Versorgungsausgleich (VersAusglG).

23) Muscheler Rn. 490ff., 869; Schwab Rn. 973ff.; Gernhuber/Coester-Waltjen §§ 43 und 44.

書かれていない、もしくは法的な形式を備えていないということによって、婚姻と区別される。

ドイツ家族法は、このような事実上の生活共同体を「事実上の婚姻」とは考えていない。したがって、婚姻の特別な形として扱っていない。婚姻の法的効果、例えば、婚姻中称する氏、扶養、財産制という法的効果は、発生しない。生活共同体は、婚姻と並ぶ、独自の家族法上の制度としても法に記されていない。

むしろ事実上の共同生活は、私的自治の行使とみなされている。そこで、このような生活共同体には、原則として、一般的な民法上の規定が適用される。もちろん、一般的な私法規定は、人間的関係によって多様な修正を受ける（この点については、4.）。それゆえ、一般的な私法規定は、制度上、家族法の法領域の一部である（上述 I. 3.）。

そのうえさらに、特殊な問題状況、例えば、共同の住居を単独で借りたパートナーが死亡したときの、共同の住居についての賃貸借関係の継承のための個別的な規定が存在する（BGB563条）。

#### b. 別居と別居の効果

事実上の生活共同体のパートナーが別居すると、この生活共同体は終了する。その〔法的〕効果は、原則として、一般的な民法の規定による。

これら一般規定と異なる住居や家財道具の指定を可能にする家族法上の規定は存在しない。パートナーが、扶養義務を契約上合意しなかったときには、扶養義務も存在しない。

財産法上の清算（Abwicklung）と発生し得る清算（Ausgleich）に関する問題には、一般的な財産法規定が適用される。しかしながら、生活共同体は、財産関係に影響を及ぼす（この点についても4.）。

### 4. 当面の問題と〔解決に向けた〕挑戦<sup>24)</sup>

事実上の生活共同体の終了後の財産法上の清算は、一般財産法による。

---

24) Muscheler Rn. 501ff.; Schwab Rn. 300ff.; Gernhuber/Coester-Waltjen §44 Rn. 17ff.

しかし、離婚の場合も、夫婦財産法による清算と並んで、一般的な財産法上の請求権が問題になる。このことは、とりわけ夫婦財産別産制の婚姻の場合に明らかになるが、法定財産制での婚姻の場合にも生じる。

法的な処理（die rechtliche Bewältigung）にとって決定的なのは、パートナーは、財産上の資金提供（Vermögenszuwendungen）によって、かれらの婚姻もしくは生活共同体を営んでいる間、どんな目的を追求したのかということである。パートナーが、共同生活資金を拠出して、共同生活の形を与えようという目的をもっていたときには、（任意の）扶養が問題になる。このような資金提供は、一般的な見解によれば、清算されない。したがって、清算が考慮されるのは、共同の財産の構築に向けた貢献がされたか、あるいは共同の借金がされて、今度はこの財産もしくは負債が割り当てられるべきとき、もしくは一方のパートナーが他方パートナーに気前のよい贈り物をしたのではなくて、その資金提供によってある特定の目的を追求し、そしてこの目的が現在では、別居の結果もはや達成され得ないときである。しかしながら、このことにどのような法的根拠が関連するのかは、判例および学説上争いがある。けれども、確かなのは、夫婦財産法上の清算、すなわち、実務上の通例では、付加利得調整が行われるということである。

### III. 親子関係

#### 1. 基礎<sup>25)</sup>

親子法は、1900年のBGB以来、根本的に変化した。これは、とりわけ、家庭においても男女同権を要求し（基本法3条2項）、そして嫡出子と非嫡出子の同等な扱いを要求している（基本法6条5項）基本法に起因する。

---

25) Gernhuber/Coester-Waltjen §§48-50; Muscheler Rn. 507ff.; Schwab Rn. 520ff.

## 2. 統一的な親子法<sup>26)</sup>

1997年および1998年の改正によって、嫡出子の法と非嫡出子の法への親子法のかつての2分割は、撤廃されて、統一的な親子法が導入された。

## 3. ドイツ親子法の構造

### a. 血統<sup>27)</sup>

血統とは多義的な概念である。親子法の文脈では、まず第一に、自分の親への子の法的関係づけ（Zuordnung）が重要である。血統は、親性（Elternschaft・親であること）を基礎づけている。遺伝的血統は、法がこれに依拠するときのみ、親性にとっては重要であるにすぎない。このことは、ドイツ家族法を母性（母であること）について一義的なものでなくしている。母とは、子を生む女性のことである（BGB1591条）。分娩が母性を決定するのであって、遺伝的出自が決めるわけではない。

父性も、現行法によると、第一次的には遺伝的に決められているのではなくて、まったく別の事情と結びついている。この点は、ドイツの文献では様々な見解が示されており、そして現行の血統法には、法的な血統と遺伝的血統の一致という意味での身分真正の原則が存在する——誤っている、と私は考えている<sup>28)</sup>。すなわち、父とは、法律上は第一次的には母の夫であり、そうでなければ母の同意を得て父性を承認する男性である（BGB1592条）。この場合、血統の根拠は、母とその夫との法的な関係、もしくは〔父であることを〕承認する男性による父親としての責任の任意の引受けである。補助的に、父性の裁判上の確認の出番になる（BGB1592条3号、1600d条1項）が、この確認は、子、母、または当該の男性によって申し立てられなくてはならない。最初に、この手続きでは、遺伝的な

---

26) Schwab Rn. 536ff.

27) Schwab Rn. 543ff.; Muscheler Rn. 515ff.; Gernhuber/Coester-Waltjen §§51 und 52.

28) Muscheler Rn. 517; Gernhuber/Coester-Waltjen §52 Rn. 3; これに対して適切なのは、Schwab Rn. 547ff., 586ff. 参照。

血統が問題になる（BGB1600d 条）。同じことは、父、母または子が現在の父子関係を否認するときにあてはまる（BGB1599条-1600c 条）。

これとは対照的に、BGB1598a 条の血統解明手続きではもっぱら遺伝的血統が扱われる。この手続きは、連邦憲法裁判所が、子もしくは夫の人格権（基本法 2 条 1 項および 1 条 1 項）から導き出した、自己の遺伝的血統を知る子の権利、もしくは夫の競合する権利を実現するものとされている<sup>29)</sup>。しかしながら、遺伝的血統の確認は、法律効果をもたない。遺伝的血統の確認で、とりわけ法的父子関係は一切変わらない。法的父子関係は、それが独自の裁判上の手続きで有効に取消されるときに初めて消失するのである。

#### b. 配慮<sup>30)</sup>および交流<sup>31)</sup>

子に対する親責任の最も重要な要素は、親の配慮、すなわち、未成年の子を配慮する親の権利と義務である（BGB1626条 1 項）。親の配慮は包括的に設計されている。目標は、人格的および経済的に自立した人間になるための子の教育である。したがって、親の配慮は、静態的に現状維持に目標を置いているのではなくて、動態的に子の「能力の」伸長や発達に目標を置いている。

親の配慮は、子のすべての事務を包摂している。親の配慮は、単に法技術的にのみ、子の身上のための配慮（身上配慮）と子の財産のための配慮（財産配慮）に分けられている。親の配慮の行使のために、親は、多くの事実上および法的手段を行使できる。この法的手段に含まれるのは、まず第一に、子の法定代理権（BGB1629条）、ならびに一連のいわゆる決定権、例えば、子の居所や他の人物との子の交流を決定することができる権限（BGB1631条、1632条）である。それゆえ、親は、第三者に子の引渡しを求めることができ（BGB1632条）、そして第三者が親の配慮権を侵害する

29) 子の権利については、BVerfGE 79, 256; BVerfGE 90, 263; BVerfGE 96, 56 参照。夫の権利については、BVerfGE117, 202 参照。

30) Schwab Rn. 626ff.; Gernhuber/Coester-Waltjen §§57-65.

31) Schwab Rn. 804ff.; Gernhuber/Coester-Waltjen §§66.

ときには、損害賠償を請求することができる（BGB823条1項：その他の絶対権としての親の配慮）。

親は、親の配慮を、親という地位とともに自動的に取得するわけではない。そうではなくて、親の配慮の取得は、親という地位とは分けられている。婚姻中の親は、法（BGB1626a条1項2号）に基づき、（共同）配慮を取得する。婚姻していない親は、しかるべき宣告によって、〔親の〕配慮を共同で引き受けることができる（BGB1626a条1項1号）。その他の点では、母が単独で親の配慮をもつ（BGB1626a条3項）。しかしながら、家庭裁判所は、一定の場合に、親の配慮の保持者を別に定めることができる。

親は、配慮を独立してかつ自分自身の責任で行使する。親は、国の教育準則（Erziehungsvorgaben）にしたがうことを義務づけられていない。基本法6条2項2号の国の監視人としての職務とBGB1666条へのその転化が、境界を示している。すなわち、親は、子の福祉を危険にさらすことは許されない。親が子の福祉を危険にさらすときには、家庭裁判所が介入することができる。けれども、これらの措置〔をとるときに〕は、憲法上の準則およびとりわけ比例原則を尊重しなくてはならない。

親は、子と交流する権利と義務ももっている（BGB1626条3項第1文、1684条1項）。交流権は、親の配慮から独立して、そしてそれゆえ特に、親の配慮権をもたない親の一方にとって重要である。必要な場合には、家庭裁判所は、交流権の形態を決めることができる（BGB1684条2項－4項）。他の〔子と〕親密な人物も交流権を有する（BGB1685条）。ヨーロッパ人権裁判所の二つの判決<sup>32)</sup>に基づいて、ドイツの立法者は、2013年に、確かに法的な父ではないけれども、子の実の、すなわち遺伝的な父である男性が、子への真摯な関心を示しており、そして交流が子の福祉に資するときには、交流権をこの者に拡大した（BGB1586a条）。

---

32) EGMR FamRZ2011, 269— Ayayo, und EGMR FamRZ2011, 1715— Schneider.

c. 扶養<sup>33)</sup>

自分の子の扶養を配慮する親の義務は包括的な親責任の一部である。しかしながら、このことは、BGB の子の扶養の法技術的な形態によって覆い隠されている。そこでは、子の扶養は、血族扶養の一部として規定されている。もちろん、親責任における子の扶養の独自の根拠が、法律のレベルでも明記されているいくつかの特別規定が存在する。そこで、血族に給付能力があるとき、すなわち、自分自身の適切な扶養を引受けることができるときにのみ血族は扶養義務を負わされている (BGB1603条1項)。子の扶養への親の義務づけは、本質的に継続する。すなわち、親は、親がもっているすべてのものを自分の子と分かち合わなくてはならない (BGB1603条2項)。この高度な扶養義務は子が成年に到達しても終了せず、子が専門教育を修了しかつ修了に伴い原則として自活できるときに初めて扶養義務は終了する (BGB1610条2項参照)。

## 4. 当面の問題と〔解決に向けた〕挑戦

目下、ドイツでは、親子法、なかんずく血統法に対する人工生殖の結果について議論されている<sup>34)</sup>。昨年 [2016年・訳者註]、これが、第71回ドイツ法曹大会家族法部会のテーマだった<sup>35)</sup>。今年 [訳者註・2017年]、連邦法務省の専門家グループが、最終報告を公開した<sup>36)</sup>。

法曹大会でも上記報告書でも血統法の改正が要求されている。基本的な考え方は、〔子を〕望む親は、自然の親がそうであると同様に、人工生殖で生まれた子に対する責任を引受けるものとするというものである。別

33) Schwab Rn. 883ff.; Gernhuber/Coester-Waltjen §46.

34) Schwab Rn. 592ff. での人工生殖の際の現行血統法についての概観。

35) Die Thesen des Gutachters Helms und der Referenten Britz, Brudermüller und Schwenzer und Beschlüsse der familienrechtlichen Abteilung des 71. DJT 2016は、以下の URL で公開されている。http://www.dit.de/die-tagungen/71-deutscher-juristentag (2017年10月24日アクセス)

36) 報告書は、以下の URL で公開されている。www.bmjv.de/Abschlussbericht-AK-Abstammungsrecht (2017年10月24日アクセス)

の根本方針は、両親の関係の形に左右されずに血統〔法〕を規整するというものである。さらに、母は、子を生んだ女性とするというものである。二人目の親には、男性（父）も、女性（共同の母・Mit-Mutter）もなりうるとすべきものである。二人目の親の親性は、関係者のしかるべき合意によって基礎づけられるが、その場合、身分関係は、原則としてもはや変更することができないというものである。

#### IV. 成年者の保護

##### 1. 基礎<sup>37)</sup>

自由主義の法秩序は、市民の自己決定と自己責任に基礎を置いている。しかしながら、成人の自己決定能力は、病気、障害により、あるいは高齢になった結果、制限もしくは完全に排除されることが起こりうる。この状況から、自分自身、すなわち自分の身上または財産に対する危険が発生し得るのである。第三者の保護は、警察法や刑法の任務である一方、自分の権利を自力で行使したり、あるいは自分の利益を守ることができない人の支援や保護、いわゆる成年者の保護は、本質的には、昔から私法およびそのなかではとりわけ家族法の任務である。

多くの国で現在でもなお残っているのであるが、ドイツでは、1991年末まで、上記のような状況にある成年者は、禁治産宣告をされて、後見の下に置かれた。すなわち、裁判所が、当該の成年者の行為能力を制限もしくは剥奪して、その後はあらゆる事務の面倒をみる後見人を任命した。

##### 2. 禁治産宣告および後見から現代的な成年者保護へ<sup>38)</sup>

もちろん、成年者保護の枠内での自律と世話の適切な関係は激変した。このことにとりわけ寄与したのは、基本権や人権は、老人、病人、障害者

---

37) 法的保護一般については、Muscheler Rn. 729ff.; 世話については、Gernhuber/Coester-Waltjen §76; Schwab Rn. 953ff.

38) Gernhuber/Coester-Waltjen §76 Rn. 1ff.

に、他のすべての人同様の仕方で与えられるものであるという認識だった。

それゆえ、ドイツでは、成年者についての禁治産宣告と後見、および身体障害者保護を廃止して、1992年1月1日に法的世話という新しい法制度に置き換えた。この新しい法制度は、自己決定優先と必要性の原則に基づいている。さらなる改正が、任意代理契約（訳者註：事前に締結する任意代理契約）を強化した。現在、任意代理契約と世話という二つの柱をもったドイツの成年者保護法は、世界的にみて最も現代的な法の一つである。

### 3. 任意代理契約<sup>39)</sup>

ドイツ法は、すでに長いこと、すなわち遅くとも1999年から健康上の問題およびその他の個人的問題のためにも任意代理契約を知っている。すべての成年者は、このような代理権を、自分の信頼する人物に授与することができる。この人物は、たしかに立替金と経費は支給されるが、報酬を得ることはない。裁判外の法的サービスに関する法律（RDG）は、承認された弁護士にのみ、任意代理を職業として、かつ報酬を得て受任することを許可している。しかしながら、これは実務上ほとんど見られない。したがって、ドイツでは、実際には、職業として活動する任意後見人は存在しない。

任意代理権の基礎は、任意代理人の任務と義務を定める委任である。しかしながら、代理権限は、任意代理の委任からすでに発生するのではなく、任意代理契約から発生するのである。任意代理契約は、委任者の独自の一方的な法律行為である（BGB167条）。しかしながら、委任は、任意代理契約の法的基礎である。特別な形式や行為能力は求められていない。したがって、すべての成年者は、精神障害のために、例外的に任意代理契約の意義を理解できないもしくは任意代理契約について自分自身の判断を

---

39) 任意代理契約について詳しくは、Lipp und Spalckhaver, in Lipp(Hrsg.), Handbuch der Vorsorgeverfügung, 2009.

下することができないというわけでない限り、任意代理委任を行って、任意代理権を委任することができる（BGB104条-105条）。

代理権委託者の委任によって、信頼できる人物は、保護が必要になったときに、本人の事務を処理する権限を与えられかつその義務を負うのである。委任権から特に帰結するのは、受任者は、本人の指示もしくは推定される意思に拘束されるということである（BGB665条，675条1項参照）。この義務を、法律は、医療行為について、BGB1901a条，1901b条で改めて明文をもって確認している。

しかも任意代理契約は、代理権委託者が、本人の保護のための行為を定めているときには、例えば医療行為もしくはその他の自由を剥奪する措置が行われる際に、代理権委託者本人の保護のための行為を可能にする（BGB1904条5項，1906条5項，1906a条5項）。

#### 4. 法的な世話<sup>40)</sup>

何人も精神病または身体的、知的あるいは心的障害のために、もはや、自分自身の法的事務を処理することができない場合に、任意代理人がいなければ、世話裁判所が、一定の職務範囲のためにその都度必要な範囲で、世話人を任命する（BGB1896条）。任意代理契約と世話との主たる違いは、誰が、当事者を支援し、そして保護する人物を任命するかという点にある。任意代理契約では、当事者が、自分の信頼する人物を自分で選び、その人に委託し、そして代理権を授与する。これに対して、世話の場合は、世話裁判所が活動する。世話裁判所は、世話が必要かどうかを調査し、そしてその次に必要であれば世話人を任命しなくてはならない。

世話の任務は、被世話人の権利および自己決定権の実現である。世話人は、被世話人を支援し、かつ被世話人を、自分自身で損害を引き起こすことから保護しなくてはならない。世話は、被世話人を教育したり、あるいは改心させたり、もしくは第三者（例えば、家族または社会）の利益を擁

---

40) Gernhuber/Coester-Waltjen §76; Schwab Rn. 953ff.

護することに資するものではない。

世話人は法定代理人であって、その行動の際には、唯一被世話人の福祉[の確保]に義務を負っている。その際、世話人は、被世話人の希望にそうすることがその福祉に反せずかつ世話人に要求し得るものであるときには、そうしなくてはならない（BGB1901条3項第1文）。

必要性の原則が、世話法全体の基礎をなしている。当事者の個別の支援の必要性が、法律上の形態も世話の具体的な適用も決定する。個別の支援の必要性への適合は、2段階で行われる。すなわち、一方では世話とその範囲の指示の際に、他方では個別事例での世話人の活動の際にである。

被世話人の自己決定は、世話の指示の際に、世話人は、被世話人に自己責任に基づく、自由な決定をする能力が欠けている場合にのみ、当事者の意思に反して任命することが許されるということによって保持される。

上記の要件は、2005年に初めて、BGB1896条の条文にとり入れられた（BGB1896条1a項）。しかしながら、この要件は、すでに以前に判例や文献で事柄に応じて受け入れられていた。この要件は、基本法の自由主義国家は、国民の自己決定権を承認しており、国民をしつけて、意のままにする権利をもたないという憲法上の原則に基づくものである。

その上さらに、世話の枠内で自己決定が実現される。なぜなら、自分の能力の枠内で、自分の生活を自分自身の希望と考えにしたがって作り上げていくという可能性も被世話人の福祉の一部をなしているからである。それゆえ、以前の法によるのとは異なり、被世話人の申立てと希望は、その者の行為能力にかかわりなく顧慮すべきものである（BGB1901条3項および1901a条2項）。

法律は、世話を被世話人の希望に沿うようにしているので、当事者は、将来の世話を世話処分によって個別に具体化することができる（BGB1897条4項第3文、1901条3項第2文、1901c条）。

その上さらに、BGB1901条3項第1文および第2文は、患者の指示への世話人の拘束、および患者のその他の意思擁護の根拠、ならびに患者の指示や意思擁護を、意思、看護スタッフおよび病院に対して貫徹する世話

人の義務の根拠になっている。以上のことは、BGB1901a条によって明文で規定されている。

世話人の任命は、被世話人の法的な行為能力を制限しない。世話裁判所は、単に同意留保を命じることができるだけではなくて、このことによって被世話人の行為能力を一定の財産行為だけに限定することができるのである（BGB1903条）。右のことは特別な例外事例でのみ許されている。その場合でさえ、世話人は、〔被世話人との〕内部関係では、引続き被世話人の希望や意向を顧慮しなくてはならない。その他の権利行為（例えば、医療上の措置または婚姻締結への同意）については、被世話人の法的行為能力はそもそも制限することはできない。

## 5. 当面の問題と〔解決に向けた〕挑戦

ドイツでは、成年者保護法は、目下包括的に議論されているところである。当面する多くの問題のなかから、私は、治療行為の際の患者の代理人の役割と代理人の患者の指示への拘束に関する問題を取り上げたい<sup>41)</sup>。

患者自身が、なお行為能力および同意能力をもっているかぎり、患者は、自分で治療契約を締結し、そして自分でも医師によるしかるべき説明の後に医療上の侵襲に同意する。患者が行為能力もしくは同意能力をもちやもたない場合に初めて、治療契約の締結や医療上の侵襲への同意は患者の代理人が行う。その場合、患者の代理人は、治療過程での患者の権利と利益を守らなくてはならない。そこで、患者の代理人は、医師とともに、治療目標を診療契約の枠内で確定することも、個別の医療上の措置についての決定を下すことも行わなくてはならない。

患者の代理人は、そのために、患者の意思を確認しなくてはならない。代理人が患者の意思を知らないときには、代理人は、業務について患者と話し合わなくてはならない（BGB665条もしくは1901条3項第3文）。緊急の場合にのみ、代理人はただちに決定することが許される。その際、代

---

41) この問題について詳細は、Lipp, MedR 2016, 843ff.

理人は、自由に自分自身の考えにしたがって行動するのではなくて、患者の表明されたもしくは推定される意思に拘束される。このことは、代理人にとっては授權者の委任により、世話人にとっては法律によりもたらされる（BGB665条，1901条2項および3項）。このことを立法者は、健康上の配慮のためにBGB1901a条で明文で明らかにし、そして患者の指示および患者のその他の意思表示を具体化した。

患者の代理人は、これらの準則にどの程度拘束されているのか、そして患者の代理人にはどの程度行為の余地が残っているのか、連邦通常裁判所は、2件の話題になった判決で検討した。法律上、患者の指示は、医師と患者の代理人を直接拘束する（BGB630c条1項第2文，1901a条1項）。治療の希望も、患者の代理人との関係でほぼ匹敵する拘束力を発揮する（BGB1901a条2項第1文第1案，1901条3項第2文）。これに対して、患者の代理人は、推定される意思を確認したときには、より大きな裁量の余地を有する（BGB1901a条2項第1文第2案，1901条2項）。連邦通常裁判所は<sup>42)</sup>、現在、「生命を維持しない措置」を希望するという意思表示そのものを、十分に具体的なものとみなしていない。それゆえ、この意思表示は、患者の指示でも治療希望でもなく、単なる推定される意思の表明にすぎないという。別の判決<sup>43)</sup>で、連邦通常裁判所は、この言明を確認しているが、患者の意思は、別の補足的な「意思の」表明から明らかになり得るということを指摘している。そこで、患者の代理人は、この意思表示も、別のすべての意のままになる意思表示も顧慮しなくてはならないが、十分に考慮された理由から、このような患者の意思表示の際にも、患者は、治療を具体的な状況のなかで継続する意思がある、すなわち、推定される患者の意思は、治療の継続に賛成しているという結論に達し得るのである。

---

42) BGHZ 211, 67.

43) BGH FamRZ 2017, 748.

参考文献

- Joachim **Gernhuber**/Dagmar **Coester-Waltjen**, Familienrecht, 6. Auflage, C. H. Beck, München 2010
- Karlheinz **Muscheler**, Familienrecht, 4. Auflage, Vahlen, München 2017
- Dieter **Schwab**, Familienrecht, 24. Auflage, C. H. Beck, München 2016
- Volker **Lipp (Hrsg.)**, Handbuch der Vorsorgeverfügungen, Vahlen, München 2009
- Volker **Lipp**, Der rechtliche Schutz vulnerabler Patienten – Zum Zusammenspiel von Erwachsenenschutzrecht und Medizinrecht, in: Medizinrecht (MedR) 2016, S. 843–850