

講演

## ドイツ扶養法の根拠

Die Grundlagen des deutschen Unterhaltsrechts

フォルカー・リップ\*  
訳 野 沢 紀 雅\*\*

### 目 次

訳者はしがき

- I. 家族と扶養
- II. ドイツ扶養法の根拠
  1. 実定扶養法の機能と意味
  2. 実定扶養法の歴史的生成過程
  3. 扶養義務の法比較
- III. ドイツ扶養法の現在の体系
  1. 子の扶養
  2. 親の扶養
  3. その他の血族扶養
  4. 離婚後の扶養
- IV. 結論：扶養法にとっての身分の意義

### 訳者はしがき

ドイツ・ゲッティンゲン大学法学部フォルカー・リップ教授は、2017年11月2日から1か月間、中央大学客員教授として日本比較法研究所に滞在

---

\* ゲッティンゲン大学教授

Volker LIPP

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

\*\* 所員・中央大学法科大学院教授

された。リップ教授は、同学部の民法・民事訴訟法・医事法・比較法講座を担当しておられ、幅広い専門領域の中でも、成年後見法と医事法において国際的に著名な研究者である。また、2016年からはドイツ倫理審議会（Deutscher Ethikrat）の委員を務めておられる。

滞在中の企画に関しては、当方からの要望を快諾され、貴重な学术交流の機会を得ることができた。本号に収録した3編の論稿は、その間に持たれた講演、講義およびセミナーの記録である。

以下に訳出したのは、滞在中の最初の企画として、2017年11月11日に中央大学市谷キャンパスにおいて持たれた講演である。講演会には学内外から多くの方々のご出席をいただき、講演に続いて活発な議論がなされた。その際の質問事項等に配慮して若干の変更を加えた公刊用の原稿が後に提供され、本稿はその原稿に依拠している。なお、訳文中の〔 〕は訳者による補いである。

## I. 家族と扶養

扶養は、他者の生活需要を満たすために与えられる。社会的現実において、その種の給付は、たいてい家族関係の枠内でおこなわれる。そのように見れば、扶養は家族構成員間における経済的連帯（finanzielle Solidarität）の現れである<sup>1)</sup>。国家と法秩序はこの扶助を自ら作り出すのではなく、たいていは任意に、つまり法的義務の有無に関わりなく提供される給付を承認し、支援し、そして奨励するのである<sup>2)</sup>。

1) Schwab, Familiäre Solidarität, FamRZ 1997, S. 521 ff.; Martiny, Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung familiärer Solidarität zwischen Verwandten in den Bereichen des Unterhaltsrechts, des Pflichtteilsrechts, des Sozialhilferechts und des Sozialversicherungsrechts neu zu gestalten? Unterhalts- und erbrechtliches Teilgutachten A für den 64. Deutschen Juristentag, 2002, S. A 11 ff.

2) 例えば §§1360b, 1620, 1624, 814, 685, 534 BGB [民法], さらに §13 I Nr. 12 ErbStG [相続税法] も、このような意味を持つ; Lipp, Finanzielle Solidarität

扶養法の改正に向けた提案は、しばしば、社会状況が著しく変化し、そして、それとともに婚姻、家族および血族関係 (Verwandtschaft) の社会的機能と意味も大きく変化したことによって理由づけられる。そのために、これまでの扶養法は現在の問題状況に適切な答えを与えないのであり、まったくの時代遅れではないにしても、時代に合わなくなっているから改正が必要だというのである<sup>3)</sup>。

実際、一般的な社会状況と同じく、家族の状況も19世紀の末以降かなり変化してきている。例えば、出生数が減少してきているのに対し、平均寿命、離婚や婚姻外で生まれる子の数は著しく上昇している<sup>4)</sup>。社会保障の体系や社会国家的給付はこの百年のうちに目に見えて拡充され、現在では20世紀当初の体系とは相当程度違ったものになっている。しかしその一方において、家族研究の示すところによれば、家族の構成員による援助や扶助が予想に反して決して低下してはならず、現在でも大きな意味を持っている<sup>5)</sup>。加えて、社会国家の負担能力は限界に突き当たっている。それゆ

---

zwischen Verwandten im Privat- und Sozialrecht, NJW 2002, S. 2201 (2201) 参照。

- 3) 例えば *Berghahn*, Das System des Ehegattenunterhalts – ein Konzept für das 21. Jahrhundert?, in: *Berghahn* (Hrsg.), *Unterhalt und Existenzsicherung*, 2007, S. 27 (28) は、配偶者扶養が時代遅れになっていると考えている。さらに、概観を与えるものとして、*Schwenzer*, *Modernes Familienrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, *RabelsZ* 71 (2007), S. 705 (707 f.); および、それ以前の同 [Schwenzer], *Empfiehl es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?*, *Gutachten A für den 59. Deutschen Juristentag*, 1992, S. A 41 ff. 参照。これについては、*Martiny*, *Gutachten* (Fn. 1), S. A 15 ff., 23 ff.; *Fuchs*, *Empfiehl es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten im Unterhalts-, Pflichtteils-, Sozialhilfe und Sozialversicherungsrecht neu zu gestalten?*, *JZ* 2002, S. 785 (787 f.) も参照。
- 4) Statistisches Bundesamt [連邦統計局] の統計 ([www.destatis.de](http://www.destatis.de)) を参照されたい。*Schwenzer*, *Modernes Familienrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, *RabelsZ* 71 (2007), S. 705 (707 f.); *Lüscher*, *Widersprüchliche Mannigfaltigkeit*, in: *Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentags*, 2002, Bd. II/1, S. L 9 ff., 16 ff. も参照。
- 5) *Hank/Buber*, *Grandparents Caring for Their Grandchildren. Findings from the*

えに、たしかに社会状況の変化は、現行法がその変化に現在どこまで対応できるかという問題を提起している。しかし、現行扶養法に対する賛否の結論を、社会状況の変化から直接に導き出すことはほとんどできない<sup>6)</sup>。ザイン (Sein) とゾルレン (Sollen) は、扶養法においても簡単に轉移し合うことはないのである。

社会状況が20世紀初頭以来劇的に変化したにもかかわらず、ドイツ民法典 (BGB) の血族扶養の規律が百年を超えて実質的に変更されないままであるという事情も注意を促している<sup>7)</sup>。家族の連帯が営まれる形態における法事実的な変化は、それゆえ、扶養法の変更や、家族構成員がどのような経済的連帯を互いに法的に義務づけられるべきかについての考え方の変化を必然的にもたらすものではないことは明らかである。

それゆえに、扶養法を外在的な社会学的観点から「理由づける」あるいは批判する前に、現行の (geltend) 扶養法の根拠 (Grundlagen) と正当化 (Legitimation) を法解釈学的 (rechtsdogmatisch) に解明すべきであろう。その作業がなければ、議論はその対象を捉え損なう、あるいは歪めてしまうのである。その対象とは現行扶養法である。

同じ理由から、倫理的な正義論に無媒介に訴えることに対しても慎重さが求められる。法倫理の諸原理は、第一義的には、批判的機能を有する。それらは法解釈学にとって代わるものではない<sup>8)</sup>。扶養法をめぐる議論に

---

2004 Survey of Health, Aging and Retirement in Europe, *Journal of Family Issues* 30 (2009), S. 53 ff. *Tesch-Römer/Dietzel-Papakyriakou/Kuhlmey/Schwitzer*, Potenziale des Alterns in Familie und sozialen Netzen, in: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.), *Dokumentation der Fachtagung - Vorstellung und Diskussion zentraler Positionen des 5. Altenberichts der Bundesregierung*, 2005, S. 72 ff.; *Richter*, Rechtspolitische Erwägungen zur Reform des Unterhaltsrechts nach §§1601 ff. BGB, *FamRZ* 1996, S. 1246 ff.; *Schwab*, Familiäre Solidarität, *FamRZ* 1997, S. 521 (522) も参照。

6) *Martiny*, Gutachten (Fn. 1), S. A 43 ff., 65 ff., 71 参照。

7) BVerfG NJW 2005, S. 1927 (1930) も参照。

8) Vgl. *Diederichsen*, Unterhaltsgerechtigkeit, *FuR* 2002, S. 289 ff.; *Windel*, Status

においては、まさにこのことに必ずしも十分な注意が払われていないのである。

それゆえ、以下においてなされるのは、ドイツにおける現行扶養法の根拠の法解釈学的な分析である。その考察の関心は基本部分にあり、細目部分にはない。

## II. ドイツ扶養法の根拠

### 1. 実定扶養法の機能と意味

法律上の扶養義務は、私法上の請求権として構成されている。それには3つの異なった機能が結び付けられている。すなわち<sup>9)</sup>

- 第1に、その請求権は任意の出捐の法的固定性 (Rechtsbeständigkeit) を保障する。
- 第2に、扶養権利者は自己の扶養請求権を自ら裁判所で実現することができる。
- 第3に、その請求権は、社会給付負担者 (Sozialleistungsträger) への扶養請求権の法定移転により、扶養義務者への求償を可能にする。その場合、扶養請求権は形式的にはなおも私法上のものであるが、社会給付の補足性を確保し、財政的利益を守る、それゆえ公的な目的に資する。

しかし、法事実に見れば、扶養訴訟は普通ではなく例外である。裁判所に行くことが社会的に広く受け容れられているドイツでも、たいていは、扶養料は任意で給付され、裁判所に提訴されることはない。もちろん

---

und Realbeziehung, in: Lipp/Röthel/Windel (Hrsg.), Familienrechtlicher Status und Solidarität, 2008, S. 1 ff., 36 („Metaebene“); 詳しくは *Brudermüller*, Unterhaltsrechtliche Ausgleichsordnungen und ihre ethische Legitimation, in: Völmi-cke/Brudermüller (Hrsg.), Familie - ein öffentliches Gut, 2010, 69 ff.

9) *Lipp*, Finanzielle Solidarität zwischen Verwandten im Privat- und Sozialrecht, NJW 2002, S. 2201 (2203); *Schwab*, Familiäre Solidarität, FamRZ 1997, S. 521 f.

ん、法律、法実務および法政策的な議論の中心にあるのは、法律で規律され、裁判所で実現可能な扶養請求権であり、その正当化であるのは明らかである。このことはいくつかの事情に由来するが、ここでは最も重要なものだけを挙げておこう<sup>10)</sup>。

- 第1に、扶養訴訟の多くは家族紛争の付随現象であり、紛争の程度に応じて激しい戦いが——裁判所でも——徹底的になされる。
- 第2に、法律上の扶養請求権は、社会給付負担者の求償の根拠であり、その場合、扶養請求権は官庁からの家族への介入と受け止められ、それに対抗して、当事者は裁判所で自らを守ることになる。
- 第3に、扶養義務は、債務者と債権者の生活設計において、彼らの経済的余裕に決定的な影響を及ぼす。裁判所による扶養料の明確化は、当事者にとってしばしば生存にかかわるこの問題における法的安定性をもたらす。

もっとも、裁判所により強制可能な扶養義務は、債務者の人格的自由に介入する。憲法から見れば、法律上の扶養義務は基本法2条1項〔人格の自由な展開への権利〕への介入であり、憲法上支持できる正当化が必要である<sup>11)</sup>。基本法6条1項における婚姻と家族の保護の単なる参照指示と、それにより示唆される家族的結合だけでは理由づけとして十分でないことは確かである。まさに一定の法律上の扶養義務が債務者に負わされてよいのか、また負わされてよいのはどの程度においてなのか、ということがむしろ問題なのである<sup>12)</sup>。

以上のことにより、実定扶養法の根拠への、すなわち法律の構想と基本

---

10) Schwab, Familiäre Solidarität, FamRZ 1997, S. 521 (521 f.).

11) BVerfGE 57, S. 361; BVerfGE 68, S. 256; Maurer, in: Münchener Kommentar zum BGB Bd. 8, 7. Aufl. 2017, Vor §1569 BGB Rn. 14; Borth, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Ehe und Familie und deren Auswirkungen auf das Unterhaltsrecht in der Praxis, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.), Festschrift für D. Schwab, 2005, S. 329 ff.

12) 同じく離婚後の扶養について, Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, §30 Rn. 3 f.

思想への問いが投げかけられるのである。

## 2. 実定扶養法の歴史的生成過程

いうまでもなく、ドイツ法の現在の体系は、その歴史的生成過程を確かめて初めて理解できる。

### a) 配偶者扶養と血族扶養

BGBの実定扶養法は、最初は2本の支柱、つまり婚姻と血族関係の上に置かれていた。離婚後扶養は婚姻の効果と考えられていたし、未成年の子と職業教育(Ausbildung)中の子の扶養は血族扶養の一部として規律されていた<sup>13)</sup>。

BGBの理由書(Motive)の見解によれば、婚姻と家族の紐帯は「道徳的(sittlich)」な、つまり法の外にある根拠を有し、立法者は法的規律をなすにあたってその根拠に結び付けたのである。夫婦は彼らが持っているものを互いに分かち合い、自分たちの扶養〔生計〕のために使わなければならないのであり、血族には相互に扶助する義務があるとされた<sup>14)</sup>。ただし、扶養義務は、この法の外にある根拠に直接に由来するのではなく、婚姻と血族という法的身分関係によって媒介されたのである。

次に、これらの扶養義務の法律による具体的構成にとっては、さらに別の観点が決定的であった。つまり、配偶者扶養では婚姻の家父長制的構造が反映していたのである。扶養義務は婚姻費用を負担しなければならない夫が第一次的に負っており、妻は補足的にのみ扶養を義務づけられていた<sup>15)</sup>。公的な貧窮者保護の負担軽減をどこまで扶養義務に期待できるかという考慮も、重要な役割を演じた。これは特に義理の親子間における扶養

---

13) Vgl. Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. IV: Familienrecht, 1888, S. 613 ff., 677 f.; Schwab, Familiäre Solidarität, FamRZ 1997, S. 521 (522 f.).

14) Motive (Fn. 13), S. 122, 700; このことについて Schwab, Familie und Staat, FamRZ 2007, S. 1 (2).

15) Motive (Fn. 13), S. 122, 126.

義務の問題ではっきりとなった。理由書は、血族の扶養義務で足りるという理由で、この扶養義務を否定した。これに対して、理由書は、公共財源の負担軽減のために兄弟姉妹間の扶養義務を定めていた<sup>16)</sup>。その後の審議の過程において、ようやく、扶養義務は直系の尊属・卑属間に制限されたのである<sup>17)</sup>。この点は現在まで変わらない。

たしかに、特に婚姻法における、男女同権法<sup>18)</sup>と婚姻法改正第一法律<sup>19)</sup>による改正は、家族扶養、別居扶養と離婚後扶養をも大きく改造したが、婚姻と血族関係というその根拠はその影響を受けることなくそのままに置かれた<sup>20)</sup>。言い換えれば、これらの扶養義務は、引き続きその根拠をこれらの身分関係に見出しているのである<sup>21)</sup>。同じことは、登録生活パートナー関係のパートナー間の扶養義務にも当てはまるのである（LpartG〔登録パートナー関係法〕5条〔パートナーの相互的扶養義務〕、16条〔パートナー関係廃止後の扶養義務〕）。

もちろん、このような観察はとりあえずのものであり、より詳しい吟味が必要である。例えば、離婚後扶養は、婚姻がすでに終わっているときに、どのようにして婚姻が扶養請求権を正当化できるのか、という疑問を投げかけるのである<sup>22)</sup>。

---

16) Motive (Fn. 13), S. 679.

17) *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des BGB in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Familienrecht II, 1989, S. 246 ff.

18) Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts v. 21.6.1957, BGBI. I S. 609.

19) Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG) v. 14.6.1977, BGBI I S. 1421.

20) このことについては、*Schwab*, Familienrecht, 24. Aufl. 2016, Rn. 146 ff. における概観参照。

21) 身分概念については *Muscheler*, Familienrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 91, 詳しくは *Windel*, Status und Realbeziehung, in: Lipp/Röthel/Windel (Hrsg.), Familienrechtlicher Status und Solidarität, 2008, S. 1 ff. 参照。

22) このことについては、後述 III. 4.



## b) 非嫡出子およびその母の扶養請求権

BGBの歴史的立法者の目からすれば、婚姻も血族関係も存在しない限り扶養請求権を理由づけるのは非常に難しかった。非嫡出子の母に対する扶養請求権だけは、その母子間に存在する血族関係から直ちに生じた。もっとも、19世紀の末にあって、このこともおよそ当然のことではなく、立法者の意識的な法政策的決定であった<sup>23)</sup>。

しかし、父に対する非嫡出子とその母の請求権は問題であった。理由書は、これらの請求権は婚姻外での性関係という不法行為から帰結されるとする、いわゆる不法行為説をはっきりと否定した。むしろ理由書は、父に対する非嫡出子の扶養請求権の根拠をその父性に置き、その父性が自己の子を扶養する自然的かつ道徳的な義務を理由づけるとした<sup>24)</sup>。もちろん、この父性は子の扶養に限定された支払の父性（Zahlvaterschaft）であった<sup>25)</sup>。それは父の扶養義務に尽きるものであり、現在の意味における包括的な父性、つまり身分関係<sup>26)</sup>ではなかった。子は父の血族に請求することはできず、子の卑属は父に対する扶養請求権を持たなかったのである。父の側においても子に対する扶養請求権はなかった。理由書の述べるところでは、そのための道徳的根拠が欠けているのである<sup>27)</sup>。

もっとも、BGBの立法者は、不法行為による理由づけを否定したにもかかわらず、分娩費用とその他の出費の補償ならびに最初の6週間の扶養を求める、非嫡の母の請求権（BGB旧1715条）を、引き続き損害賠償請求権（Entschädigungsanspruch）として構成した。このことにとって決定的であったのは実際的な理由である。母は、過去についても、また相続人に対してもそのまま主張できる、1回払いの請求権を持つべきだとされ

---

23) Motive (Fn. 13), S. 853 f.

24) Motive (Fn. 13), S. 864 ff., 868, 874.

25) Motive (Fn. 13), S. 874.

26) この概念については、Fn. 21.

27) Motive (Fn. 13), S. 875.

たのである<sup>28)</sup>。加えて、もう1つの理由は、このようにしないと母と子を援助しなければならないことになる、公的扶助の負担軽減であった<sup>29)</sup>。

BGBの公布以来、非嫡出子法は根本的な変化を遂げた。基本法6条5項の憲法命令によることは言うまでもない<sup>30)</sup>。この展開には、統一的な親子法が導入された1998年に一区切りが付いた<sup>31)</sup>。それ以来、母との婚姻は、父性を理由づける複数の方式の1つにすぎない。さらに、〔父性の〕承認と裁判上の確認が——この順番で——加わっているのである<sup>32)</sup>。法律は、父性の効果においても、扶養法においても嫡出子と非嫡出子を区別していない<sup>33)</sup>。父と子の完全な血族関係が、当初の支払の父性にとって代わっている。非嫡出子の父に対する扶養請求権は例外的性格を失い、嫡出子のそれと同じ根拠に基づいている。それは父子関係（Vater-Kind-Verhältnis）、それゆえ身分関係<sup>34)</sup>に基づいているのである。

同様に、子の父に対する非嫡の母の請求権も変化を遂げている。元々は、生父（Erzeuger）に対する、分娩費用と分娩後6週間の扶養の補償を求める損害賠償請求権（BGB旧1715条）であったところから、——いくつかの段階を経て——出産を契機とする父に対する扶養と妊娠・分娩費用の補償の請求権（BGB 1615l 条1項、2項1文）となっている。さらにそ

---

28) Motive (Fn. 13), S. 907.

29) Motive (Fn. 13), S. 870 f., 907.

30) 概観として *Badura*, in: Maunz/Dürig. Grundgesetz-Kommentar, Art. 6 GG Rn. 175 ff. (Stand: Dezember 2016); *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 12), §5 Rn. 56 ff., §48 Rn. 13 f.

31) Kindschaftsrechtsreformgesetz v. 16.12.1997, BGBl I S. 2942, Beistandschaftsgesetz v. 4.12.1997, BGBl I S. 2846, Kindesunterhaltsgesetz v. 6.4.1998, BGBl I S. 666, Erbrechtsgleichstellungsgesetz v. 16.12.1997, BGBl. I S. 2968.

32) §§1592, 1594 Abs. 2, 1600d Abs. 1 BGB.

33) 唯一の例外は、BGB 1600d 条による父性の確認が係属している場合に、非嫡の父に対して扶養についての仮処分を求めることができる可能性である (§§246, 248 FamFG [家事・非訟事件手続法])。これについては、さらに後述 III.1.

34) この概念については、Fn. 21 参照。

れを超えて、子の世話をなしている親は、世話をしていない親に対して世話扶養（Betreuungsunterhalt〔子の世話により稼働を期待できない親自身の扶養〕の請求権を有するのである（BGB 1615I 条2項2-4文，4項BGB）<sup>〔訳注〕</sup>。それゆえ、現在の BGB には、婚姻と血族関係のほか、法律上の扶養義務の第三の根拠がある。それは互いに結婚していない両親間における、共同の親性（gemeinsame Elternschaft）に基づく扶養請求権である<sup>35)</sup>。

### 3. 扶養義務の法比較

ドイツ扶養法を詳しく検証する前に、他の諸国の法との比較においてドイツ扶養法の簡単な位置づけをしておきたい。

血族扶養に関しては<sup>36)</sup>、——ドイツ法に匹敵するほど——広範囲の法律上の扶養義務者を規定する一群の国がある。多様な法制度のその一方には、例えばイングランドやスカンジナビア諸国が位置する。それらの国で

〔訳注〕 BGB 1615I 条は、婚外子の父母間の扶養に関する規定であり、1項では、産前6週間から産後8週間の期間、父が母を扶養すべきことを定める（この期間は伸長可能）。2項では、子の世話等のために母に就業を求めることができない場合等に、子の母に対する父の扶養義務を定める。その期間は原則として出生から少なくとも3年であるが（3文）、公平に合致する場合には延長される（4文）。その際には、特に子の利益と子の世話の可能性をが考慮される（5文）。2項4文、5文の判断に際しての親側の考慮事項として、父母が、子どもを持つという希望を持って継続的な生活共同体を営んでいた場合や、そのことを前提として彼ら自身の生活を調整していた場合、合意に基づいて親の一方が子の世話のために取得活動を断念していた場合などがあるとされている（Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., 2017, §1615I, Rn. 36 [Born]）。なお、父が子の世話をなす場合には、2項の規定が準用される（4項）。

35) Schwab, Familiäre Solidarität, FamRZ 1997, S. 521 (523).

36) Schwab/Henrich (Hrsg.), Familiäre Solidarität, 1997収録の諸論稿; Battes, Zu den Unterhaltsansprüchen volljähriger Kinder: Entwicklungen im Ausland als Indiz für Reformbedürfnisse?, FuR 1993, S. 253 ff. 参照。要約として Martiny, Gutachten (Fn. 1), S. A 37 ff.; Schwenzler, Modernes Familienrecht aus rechtsvergleichender Sicht, RabelsZ 71 (2007), S. 705 (726 f.).

は未成年の子または職業教育中の子の親に対する私法上の扶養請求権だけを認めており、親の扶養やそれ以上の血族扶養を定めていない。もっとも、例えばイングランドでは、原則として私法上の扶養請求権とは関係しない、裕福な家族構成員に対する社会給付負担者の償還請求があり、それゆえ社会法上のサンクションを受け、基本的に財政的観点から定められる扶助義務が存在することが考慮されなければならない。

夫婦間の扶養義務に関しても、かなりの違いがある<sup>37)</sup>。若干の法秩序は(例えば、フランスやイングランド)離婚後は扶養請求権ではなく、——1回の——清算支払を規定している。この支払は扶養を保障し、また財産を分配する趣旨のものであり、ドイツの視点からすれば、扶養と夫婦財産制上の清算、および年金清算(Versorgungsausgleich)の機能を果たす。これに対してヨーロッパ諸国の多数は、離婚後の扶養請求権を定めているが、もちろんその内容構成には違いがある。例えば、その額や継続期間、あるいは婚姻上の過誤や有責性が役割を演じるかといった問題について違いがある。もちろん「クリーン・ブレイク」の原理を清算支払の形に置き換えた法秩序も、これらの問題を免れることはできない。それらの法秩序が将来の扶養をも保障しようとするなら、例えば、その清算支払の額は現存の財産によって制限されてよいのかどうか、また、その支払が一旦言い渡されてしまえば、権利者の要扶養性(Bedürftigkeit)や義務者の給付能力のその後の変化とは関係なく、その支払は確定された額のままだに止まるべきなのか、といったことが問題となるであろう。もちろん、こういったことに配慮するならば、フランスの実務の試みはその傾向を示しているように、「クリーン・ブレイク」の原理を実質的に放棄することになる。それゆえに、フランスの立法者は、1回的な清算(Kapitalabfindung)の目

---

37) *Boele-Woelki/Braat/Sumner* (Hrsg.), *European Family Law in Action*. Vol. II: *Maintenance Between Former Spouses*, 2003, および *Hofer/Schwab/Henrich* (Hrsg.), *Scheidung und nachehelicher Unterhalt im europäischen Vergleich*, 2003収録の諸論考を参照。また、*Schwenzer*, *Modernes Familienrecht aus rechtsvergleichen-der Sicht*, *RabelsZ* 71 (2007), S. 705 (716 ff.) も概観を与える。

標を通用させるために、すでに2回介入したのである——しかし判定できる限りでは、その成果は限定的である<sup>38)</sup>。

もっと多様性があるのは、婚姻と血族関係以外での扶養請求権の比較結果である<sup>39)</sup>。つまり、ドイツ法では、共同の親性が世話をなしている親の他方の親に対する扶養請求権を理由づけるが、非婚生活共同体は扶養義務をもたらさない。若干の法秩序は世話を非嫡出子の扶養の一部とみなしており、また数は少ないが、非婚生活共同体の終了後における扶養請求権を認める法秩序もある。

扶養義務の婚姻と血族関係への原理的結び付け以外の部分では、扶養法は、その根拠においても、法律上の扶養義務の具体的内容構成においても、雑然とした多様な姿を示している。目下のところ、扶養法の統一的な傾向を確認することはできないし、ドイツ法の内容構成にとっての法政策的な手本となりうる将来的なヨーロッパ扶養法のようなものも現れていないのである<sup>40)</sup>。

ヨーロッパでは、学者グループであるヨーロッパ家族法委員会（Commission on European Family Law : CEFL）が、ヨーロッパ家族法の発展を研究している<sup>41)</sup>。比較法的基礎に立って作成されたこの委員会の諸原則は、法政策的な弾みを与え、個々の法分野の根拠と内容構成に関する広い

---

38) このことについては *Gergen*, Das französische Scheidungsfolgenrecht als Gegenmodell zum deutschen Recht?, in: Lipp/Schumann/Veit (Hrsg.), Reform des Unterhaltsrechts, 2007, S. 29 ff.

39) 概観として *Dethloff*, Familienrecht im Wandel, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.), Festschrift für D. Schwab, 2005, S. 343 (353 f.); *Martiny*, Gutachten (Fn. 1), S. A 56 ff.

40) *Martiny*, Gutachten (Fn. 1), S. A 23, 38 f., 79; 同じく子の扶養について *Battes*, Zu den Unterhaltsansprüchen volljähriger Kinder: Entwicklungen im Ausland als Indiz für Reformbedürfnisse?, FuR 1993, S. 253 (260 f.).

41) *Pintens*, Die Commission on European Family Law - Hintergründe, Grundzüge, Arbeitsmethode und erste Ergebnisse, ZEuP 2004, S. 548 ff.; さらなる情報は、CEFLのホームページ : [www.ceflonline.net](http://www.ceflonline.net).

ヨーロッパ規模での議論を目指している<sup>42)</sup>。扶養法の分野において、CEFLはすでに離婚後扶養のための諸原則を提出している<sup>43)</sup>。もちろん、これについての議論はまだ始まったばかりである。ちなみに、その議論が、各国の扶養法の根拠への問いを余計なものにすることはない。まったくその反対である。ヨーロッパ規模での議論への参加は、その問いへの答えをすでに獲得していることを前提とするのである。

### III. ドイツ扶養法の現在の体系

#### 1. 子の扶養

BGBは、子に対する親の扶養義務を血族扶養の一部として扱っている。立法者は、こうすることが「基本的に法典の簡素化に」貢献すると考えたのである。もちろんこれは純粋に立法技術上の理由であり、実質的な理由づけではない。実際、BGBの理由書も、子の扶養とその他の血族扶養との明らかな実質的相違を認めている。つまり、自分の子を、それも自己の親権下にあるかどうかに関わりなく、自分の労働力と資産によって自立に導くことが親の任務なのである<sup>44)</sup>。

このことから、血族扶養の一般準則とのきわめて重要な違いが出てく

---

42) 詳しくは、*Boele-Woelki* (Hrsg.), *Common Core and Better Law in European Family Law*, 2005; *Pintens*, *Die Commission on European Family Law – Hintergründe, Grundzüge, Arbeitsmethode und erste Ergebnisse*, ZEuP 2004, S. 548 ff. も参照。このアプローチを基礎にした家族法のヨーロッパ化という理解については、*Boele-Woelki*, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, 2003. を参照。

43) *Boele-Woelki/Ferrand/González Beilfuss/Jänterä-Jareborg/Lowe/Martiny/Pintens*, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, 2004. 概観を与えるものとして *Boele-Woelki/Martiny*, *Prinzipien zum Europäischen Familienrecht betreffend Ehescheidung und nachehelicher Unterhalt*, ZEuP 2006, S. 6 ff.

44) *Motive* (Fn. 13), S. 681.

る。すなわち、

- 第1に、子は自分の収入だけを自身の扶養に投入すればよく、自己の資産を使い果たさなくともよい。後の自立のための基盤がそれにより失われてしまうからである (BGB 1602条2項)<sup>45)</sup>。
- 第2に、親は現にある資力を自分自身と子の扶養に均等に使用しなければならぬ。すなわち、親は、自分の相当な扶養を満たした後に残るものを子にあてがうということはできない (BGB 1603条2項)<sup>46)</sup>。
- 第3に、たしかに BGB は、子は成年到達によって法的に自立することから、この高度化された扶養義務を成年到達で終わらせているけれども、他方において理由書は、親の任務が子の経済的自立によって終わることをはっきりと認識していた。けれども、具体的事案において、いかなる場合にこのことがあてはまるのかという争いを避ける必要があったのである<sup>47)</sup>。

連邦憲法裁判所は、現在、子の扶養を包括的な親責任 (Elternverantwortung) (基本法6条2項1文) の一部と捉えているが<sup>48)</sup>、それはまったくもってこの線上にある。それゆえ子の扶養は、たしかに、規律の技術上は血族扶養の一部であるが、実質的には親責任に基づいており、そこからその正当化が引き出される<sup>49)</sup>。したがって、子に対する扶養義務は、子に対する親の包括的責任の一局面なのである。

45) Motive (Fn. 13), S. 681.

46) Motive (Fn. 13), S. 686.

47) Motive (Fn. 13), S. 682.

48) BVerfGE 68, S. 256 (267); 80, S. 81 (90 f.); 99, S. 216 (231); 103, S. 89 (107); BVerfGE 108, S. 52 (72); BVerfG NJW 2005, S. 1927 (1930); *Badura*, in: Maunz/Dürig (Fn. 30), Art. 6 Rn. 123; *Schwab*, Unterhaltsrecht im Spannungsfeld von Art. 2 und 6 GG, in: Deutscher Familiengerichtstag (Hrsg.), 9. Deutscher Familiengerichtstag, 1991, S. 47 (50 ff.).

49) *Schwab*, Familiäre Solidarität, FamRZ 1997, S. 521 (526); *Lipp*, Finanzielle Solidarität zwischen Verwandten im Privat- und Sozialrecht, NJW 2002, S. 2201 (2203).

子の扶養が親責任に基づくとすれば、親はいつまで子の生計に責任を負わなければならないのかという問いが出てくる。その答えは簡単に見える。つまり、成年の市民は、国家に対する関係においてのみならず、自分の親に対する関係においても、自分自身に対して責任がある。それゆえ、子は成年到達により自分の生活需要に原則として自分自身で責任を持たなければならない<sup>50)</sup>。もっとも、多くの場合——この間に18歳に引き下げられた——成年と子の経済的自立が結び付かないということは、19世紀末から変わっていない。その限りでは、親責任は成年到達を超えて子が経済的にも自立できるまで継続するという、理由書の考え方が妥当する<sup>51)</sup>。もっとも、成人したがまだ経済的に自立していない子の扶養について独自の規律はなされておらず、次の2つの規定で述べられるにとどまっている。すなわち、21歳以下の生徒(Schüler)に対する親の高度化された扶養義務(BGB 1603条2項2文)と職業教育扶養の義務(BGB 1610条2項)においてである。これら2つの規定は、子に対する持続的(fortdauernd)な親責任のはっきりとした現れとして捉えることができるのである<sup>52)</sup>。

子の扶養料を給付する法律上の義務が結び付けられる親責任は、もちろん法的に媒介された責任である。それは、母性(BGB 1591条)ないしは父性(BGB 1592条)に、それゆえ身分関係に基づく。扶養義務は、子を扶養する義務を社会的関係や生物学上の事実ではなく、実親子法(Abstammungsrecht)によって根拠づけられ、また同時に秩序づけられた法的な親性(Elternschaft)に結び付けているのである。

現行の扶養法における実親子法と扶養義務の密接な結び付きは、継子の扶養にも現れている。継子に対する扶養料の供与は、給付者の親責任にも

50) BGHZ 93, S. 123 (127); *Born*, in: Münchener Kommentar zum BGB Bd. 9, 7. Aufl. 2017, §1602 BGB Rn. 9 ff., §1610 BGB Rn. 26 ff.

51) これについては前掲 Fn. 47の原典参照。

52) このように明確に述べるものとして *Schwab*, Familiäre Solidarität, FamRZ 1997, S. 521 (526 f.); *Battes*, Zu den Unterhaltsansprüchen volljähriger Kinder: Entwicklungen im Ausland als Indiz für Reformbedürfnisse?, FuR 1993, S. 253 (255, 257) も参照。



血族関係にも基づいていない。それは、その継子が共同の世帯で生活している、あるいは——そうでないケースでは——その子の親による扶養に間接的に参加していることに基づいている。ドイツ法は、たしかにこの任意的な扶養共同体を承認している<sup>53)</sup>。しかしながら、ドイツ扶養法は継親に対する継子の扶養請求権を知らない<sup>54)</sup>。もしそのような請求権があるなら、それが実際の意味を持つのは、扶養料がもはや任意に給付されない場合、つまり継親子家族 (Stieffamilie) がもはや存在しない場合であろう。このことは首尾一貫していると思われる。なぜなら、継子に対する継親の法的関係はパートナーの親性から導かれるのであり、それゆえパートナー関係の存在を前提としているからである<sup>55)</sup>。

子の扶養の、実親子法によって媒介された親性と親責任への結び付け、つまり、扶養義務の身分関係への結び付けは、それゆえ、親責任と子の扶養の実質的な関連を維持している。これは2つのことを意味する。すなわち、

- 第1に、子に対する高度化された扶養義務は、親責任をも負担する者に (のみ) 負わされる。
- 第2に、この結び付けは、自己の子の監護と教育について、憲法上保障された、他の血族や親しい者に対する親の優先 (基本法6条2項1文) が扶養法の文脈でも担保されることを確実にする。

## 2. 親の扶養

子の扶養と反対に、子に対する親の扶養請求権 (親扶養) は、規律技術上にとどまらず、実質的にも血族扶養の一部である<sup>56)</sup>。血族扶養の根拠は

53) §§2 Abs. 1 Nr. 1 BKGG [連邦児童手当法], 48 Abs. 3 Nr. 1 SGB VI [年金保険法], 2 Abs. 3 Nr. 5 USG [志願兵等の家族の扶養保障に関する法律].

54) *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 12), §67 Rn. 13 f.; *Muscheler*, *Das Recht der Stieffamilie*, FamRZ 2004, S. 913 (917).

55) *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 12), §67 Rn. 7 参照。

56) *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 12), §47 における概観を参照。

血族関係である。血族関係は法的な実親子関係によって基礎づけられる。それゆえ、血族扶養も単なる生物学上の関係や単なる社会的関係に直接的に基づくものではない。その扶養は、むしろ、義務者の家族法上の関係に結び付いており、実親子関係によって法的に秩序づけられた世代間の連帯を現実化するものである<sup>57)</sup>。したがって、そこから発生する扶養義務を免れることも、将来の扶養請求権を放棄することもできない（BGB 1614条1項）。

親扶養が実際に意味を持つのは、とりわけ社会法との関係においてである。例えば、親が高齢者施設や介護施設の入所費用を支払うことができず、社会扶助の申立てをなした場合、ないしは社会給付負担者がそれを支払った上で、成人の子に求償する場合である。成人の子らは、一方に自分たちの子の扶養請求権、他方に、その年金資金も彼らが負担している親の扶養請求権の「間」にはまり込んでしまう（「サンドイッチ世代」<sup>58)</sup>。その場合には、〔子の〕配偶者、つまり親から見た義理の子が間接的に共同責任を負わされる危険に陥ることもまれではない（「隠された義子責任」<sup>59)</sup>）。

---

57) BVerfG NJW 2005, S. 1561 (1564); *Brudermüller*, Elternunterhalt und Generationensolidarität, in: Gottwald/Jayme/Schwab (Hrsg.), Festschrift für Henrich, 2000, S. 31 ff.; *Lipp*, Finanzielle Solidarität zwischen Verwandten im Privat- und Sozialrecht, NJW 2002, S. 2201 (2206); *Martiny*, Verwandtenunterhalt für erwachsene Kinder und alte Eltern, in: Berghahn (Hrsg.), Unterhalt und Existenzsicherung, 2007, S. 55 (56).

58) *Diederichsen*, in: Schwab/Hahne (Hrsg.) Familienrecht im Brennpunkt, 2004, S. 131 ff.; *Schwab*, Familiäre Solidarität - Die Begründung und die Grenzen der Unterhaltspflicht unter Verwandten im europäischen Vergleich, in: Schwab/Henrich (Hrsg.), Familiäre Solidarität, 1997, S. 39 (54 f.); *Brudermüller*, Elternunterhalt und Generationensolidarität, in: Gottwald/Jayme/Schwab (Hrsg.), Festschrift für Henrich, 2000, S. 31 (35 ff.).

59) *Klinkhammer*, Elternunterhalt und Familienunterhalt in der Rechtsprechung des BGH, FPR 2004, S. 555 ff. (insbes. 557 ff.); *Born*, „Zeitbombe“ Schwiegermutter? - Die neue Rechtsprechung zum Elternunterhalt, MDR 2005, S. 194 ff.

問題は一見して明らかである。扶養義務は、成人の子が自身のその他の義務を考慮して自己の相当な扶養〔生計〕を危険にさらすことなくないうる場合にのみ存在する。競合する場合には、義務者の子、〔子の〕世話をなす配偶者ないし親、現在および以前の配偶者ならびに孫が、親に優先する (BGB 1609条1-5号)<sup>60)</sup>。したがって、親の扶養は法律上かなり弱いものとして構成されているのである<sup>61)</sup>。

それにもかかわらず、判例は、この原則を法実務で通用させるのに相当に苦勞してきた。おそらくそれは、実務の規準とされている「デュッセルドルフ表 (Düsseldorfer Tabelle)」が、当初、子と配偶者の扶養を念頭に置いていたためであろう。これにより、たしかに、子の相当な生計費には子自身の老後の蓄え (Altersvorsorge) を含めたすべての個人的生活需要が入ることは、一般的に認められている。これが確保された上で初めて、子は自己の資産を親の扶養に投入しなければならないことになるのである。けれども連邦通常裁判所 (BGH) は、2006年においてもなお、成人の子が生命保険、有価証券および貴金属類から成る資産を老後の蓄えのために形成していたケースでも、そのことがあてはまると判示しなければならなかったのである<sup>62)</sup>。言い換えれば、自由に使える分 (だけ) が親の扶養に供されるということである<sup>63)</sup>。

---

60) 扶養法改正法 (Unterhaltsrechtsreformgesetz) 以前からすでに、親の扶養は後順位とされていた。§§1609 Abs. 1 und 2, 1615I Abs. 3 S. 3 BGB a.F. 参照。

61) BGH NJW 2003, S. 128 (130); BVerfG NJW 2005, S. 1927 (1930 f.)

62) BGH NJW 2006, S. 3344; *Koritz*, Das Schonvermögen beim Elternunterhalt, NJW 2007, S. 270 ff. BGH は、老後の蓄え費用 (Vorsorgeunterhalt) の相当性の基準として総収入の 5 % を前提しており、それが年金受給まで資産として蓄積されることになる。

63) *Brudermüller*, in: Festschrift für Henrich (Fn. 58), S. 31 (48 f.); *Diederichsen*, in: Familienrecht im Brennpunkt (Fn. 58), S. 135; *Schwab*, in: Familiäre Solidarität (Fn. 58), S. 39 (54); *Lipp*, Finanzielle Solidarität zwischen Verwandten im Privat- und Sozialrecht, NJW 2002, S. 2201 (2204); それ以前の BGH NJW 1992, S. 1393 も参照。

立法者はこれに反応し、社会扶助の補足性を制限した。老齢または所得低下の場合における基礎保障請求権（SGB XII〔社会扶助〕41条以下）は、子の年間所得が10万ユーロ未満であるときは、その子に対する扶養請求権の有無に関係なく存在するのである。社会扶助負担者は、困窮している親に子に対する扶養請求を指示することも（SGB XII 43条3項）、子に求償することもできないのである（SGB XII 94条1項3文後段）。このようにすることで、高齢者が子への償還請求を恐れて、貧困の状態にとどまり、給付を請求しないことを防止しようとするのである<sup>64)</sup>。ただし、基礎保障は親が自己所有の住居で生活している場合の需要を賄うだけである。それよりもかなり高額となる施設入所のための費用は基礎保障では引き受けられてない。そのためには親扶養しか残っていないのである。

### 3. その他の血族扶養

2親等以上の他の血族の場合、すべての形態の社会扶助について、求償はすでに以前から排除されている（SGB XII 94条1項3文前段）。もっとも、それにもかかわらず、祖父母と孫の間の扶養請求権は繰り返し法政策的に疑問視されている。それは比較法的に見て普通ではないし、社会保障の拡充に鑑みれば不必要であり、また、これにより高齢の祖父母に負担を負わせるべきではないというのである<sup>65)</sup>。

祖父母と孫の関係における訴えがきわめて稀であることを考えれば、この扶養義務の中心的意義は、特に祖父母から孫になされる任意の出捐の法律上の原因としての機能にある<sup>66)</sup>。それによって扶養義務が履行される限

---

64) BT-Drucks. 14/5150, S. 48.

65) *Martiny*, Gutachten (Fn. 1), S. A 55 f.; *Schwenzer*, Gutachten (Fn. 3), S. A 108; *Willutzki*, Empfiehlt es sich, das Unterhaltsrecht neu zu regeln?, in: 59. Deutscher Juristentag, 1992, Bd. 2, S. M 36; Beschluss des 59. Deutschen Juristentages, 1992, Bd. 2, S. M 259.

66) *Lipp*, Finanzielle Solidarität zwischen Verwandten im Privat- und Sozialrecht, NJW 2002, S. 2201 (2204).

りにおいて、その出捐は贈与ではない。そのことは、例えば相続法おける契約相続人（BGB 2287条1項）や遺留分権利者（BGB 2325条、2327条以下）の保護の場面など、第三者との関係で決定的となりうる<sup>67)</sup>。これらの場合には、法律上の扶養義務は単に象徴的な意義だけではなく、重要な実質的意義を持つ<sup>68)</sup>。ここでは、出捐の法的固定性を第三者との関係においても確保するという、法律上の請求権の機能がはっきりとするのである<sup>69)</sup>。もちろん、当然ながら、ここでも——親の扶養の場合のように——義務者に相当な自己の生計費を残すという問題は出てくる<sup>70)</sup>。

#### 4. 離婚後の扶養

夫婦扶養は、婚姻中においても、離婚後においても、BGBの施行以来著しい変化を体験している。非常に単純化し尖鋭化すれば、変わらずに残ったのは、婚姻が扶養義務の根拠であるという出発点だけだと言うことができる。

##### a) BGBの歴史的立法者の見た離婚後扶養

しかし、身分関係としての婚姻への扶養義務の結び付けに問題がないのは、婚姻がある間だけである。BGBの理由書はすでに、夫婦は、婚姻に基づいて、彼らが持っているものを互いに分ち合い、自分たちの生計の

---

67) BGHZ 116, S. 167 (170 ff.); BGH ZEV 1996, S. 25 f.; OLG Frankfurt, OLGR Frankfurt 1999, S. 165 (配偶者への出捐) 参照。このことについて *Lipp*, *Zuwendungen an den Partner zwischen Familien- und Erbrecht*, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.), *Festschrift für D. Schwab*, 2005, S. 529 ff.; *Hepting*, „Unbenannte“ *Zuwendungen – ein Irrweg*, in: Gottwald/Jayme/Schwab (Hrsg.), *Festschrift für Henrich*, 2000, S. 267 ff., および *Seiler*, *Unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten – ein skeptischer Zwischenbericht*, in: Gottwald/Jayme/Schwab (Hrsg.), *Festschrift für Henrich*, 2000, S. 551 ff. も参照。

68) *Martiny*, *Gutachten* (Fn. 1), S. A 25参照。しかし、著者はこの考え方をさらに追求してはいない。

69) このことについては上述 II.1。

70) *Schwab*, in: *Familiäre Solidarität* (Fn. 58), S. 39 (55)。

ために使わなければならないと考えていた<sup>71)</sup>。この義務は、もちろん、離婚と共になくなるはずであった。それゆえ、離婚後の扶養義務の正当化が問題となった。それゆえに、すでにその当時、——当時はそう呼ばれてはいなかったが——「クリーン・ブレイク」を求める意見があった。夫婦の相互的な関係は離婚によって終局的に、そしてすべての面にわたって解消されるはずである。離婚後の扶養請求権に1回的な清算が取って代わるべきだというのである。BGBの立法者は、当時も、そしてその後もこの意見には従わなかった<sup>72)</sup>。他方において、立法者は、私法上の離婚罰や、離婚によって失われた利益を理由とする無責配偶者の賠償の考え方も同様に否定したから<sup>73)</sup>、婚姻終了の後における無責配偶者の扶養請求権を理由づけることは困難となった。それゆえBGBの理由書は、一連の観点を視野に入れている。すなわち、ドイツの広い地域におけるそのような請求権の承認、婚姻の余後効（Nachwirkung）、無責配偶者が貧困のおそれから婚姻にとどまらなければならない場合の不当性、そして公共の救貧負担の回避である<sup>74)</sup>。

無責配偶者の請求権は真の扶養請求権として理解された<sup>75)</sup>。それゆえ困窮が、しかもそれがどの時点で生じたかに関わりなく、要件とされ、それゆえ、原則的に終身の扶養請求権が存在することとなった。程度としては、身分相応の（1938年婚姻法（EheG）以降は、相当の）扶養料が給付されなければならなかった。その基準は離婚の時点であった<sup>76)</sup>。したがって、無責配偶者には婚姻中の水準が保証された。ただし、離婚後扶養は

---

71) Motive (Fn. 13), S. 122.

72) Motive (Fn. 13), S. 617; 現在「クリーン・ブレイク」を擁護するものとして、例えば *Schwenzer, Die Scheidung – clean break auch für die naheheliche Versorgung?*, in: Gesellschaft für Rechtspolitik (Hrsg.), Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2001, S. 39 ff.

73) Motive (Fn. 13), S. 613 ff.

74) Motive (Fn. 13), S. 617.

75) Motive (Fn. 13), S. 617 ff.

76) *Ennecerus/Wolff, Familienrecht*, 7. Aufl. 1931, §36 IV. 2. (S. 138).

(単なる) 実定法上の現象であって、道徳的ないし家族法上の根拠がないから、夫婦はその扶養を契約で規律することができ、一時金清算や妻の放棄までできることとされた<sup>77)</sup>。言い換えれば、家族法上の根拠としての婚姻がなくなっており、扶養請求権になおその効果を残しているにすぎないから、その扶養請求権は処分可能とされたのである。

b) 1977年婚姻法改正第一法律<sup>78)</sup>による改正

扶養を離婚責任に結び付けることは、次第に問題だと受け止められるようになった。そこに有責主義が現れており<sup>79)</sup>、また、責任問題は裁判所で解明されえないし、されるべきでもないからである<sup>80)</sup>。それゆえに、婚姻法改正第一法律<sup>81)</sup>による婚姻法の改正により有責主義は離婚についてだけでなく、扶養法においても廃止された。しかし、夫婦は離婚後は経済的に自己責任があり、離婚後扶養は特別の理由づけが必要だということが、依然として出発点にあった<sup>82)</sup>。この考え方はBGBと同じく古いものであり<sup>83)</sup>、婚姻法改正第一法律の規定における1569条の基礎にも置かれ<sup>84)</sup>、そして扶養法変更法 (Unterhaltsrechtsänderungsgesetz)<sup>85)</sup>により、今ではBGB 1569条 1文として明文で法律に取り込まれている。したがって、離婚後扶養の正当化の問題は、現在ではすでに法律自体から投げかけられているのである。

婚姻法改正第一法律の立法者は、離婚後扶養に婚姻の余後効を見てい

---

77) Motive (Fn. 13), S. 618 f.

78) 上記 Fn. 19.

79) *Dölle*, Familienrecht, Bd. I, 1964, §41 III (S. 598); *Müller-Freienfels*, Ehe und Recht, 1962, S. 170 ff.

80) *Eherechtskommission beim BMJ*, Vorschläge zur Reform des Ehescheidungsrechts und des Unterhaltsrechts nach der Ehescheidung, 1970, S. 92.

81) 上記 Fn. 19.

82) BT-Drucks. 7/650, S. 121 f. (1. EheRG).

83) Motive (Fn. 13), S. 618.

84) Vgl. Fn. 80 und 82.

85) Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts v. 21.12.2007, BGBl. I S. 3189.

た。婚姻が、その終了後も夫婦相互の経済的責任を理由づけるというのである<sup>86)</sup>。立法者はこの基本的考え方を扶養の要件に具体化した。すなわち、以下の場合である。

- 共通の子の世話のため (BGB 1570条)
- 高齢 (BGB 1571条) または疾病 (BGB 1572条) のため
- 相当な取得活動に就くまで (BGB 1573条)
- 婚姻のために受けられなかった、または中断した専門教育または継続教育のため (BGB 1575条)
- 公平の理由から (BGB 1576条)

「婚姻中の生活状況」が扶養の程度を決めており (BGB 旧1578条)、取得活動の相当性の基準でもあった (BGB 旧1574条 2項)。このことは扶養権利者に婚姻中の生活水準を保障していた<sup>87)</sup>。これにより立法者は、社会的・経済的に弱い婚姻パートナー、つまり、実際にはとりわけ片働き婚ないし主婦婚の妻を保護しようとしたのである<sup>88)</sup>。そのことについて、立法者は2つの理由を挙げていた。

- 第1に、婚姻における分業 (*Arbeitsteilung*) は夫婦の共同決定に基づく。家庭労働と職業活動は同価値である。
- 第2に、これらの女性は経済的に不利益を受けている。

#### c) 2007年扶養法改正

扶養法の直近の改正<sup>89)</sup>により、立法者は離婚後における夫婦の自己責任を強調しようとした。婚姻における役割配分が大きく変化し、婚姻パート

---

86) BT-Drucks. 7/650, S. 121 f.; 批判として、例えば *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 12), §30 Rn. 2 ff.; *Knöpfel*, *Gerechtigkeit und nahehehlicher Unterhalt - eine ungelöste Frage*, AcP 191 (1991), S. 107 ff.; *Diederichsen*, *Geschiedenenunterhalt - Überforderung nahehehlicher Solidarität?*, NJW 1993, S. 2265 ff.

87) BT-Drucks. 7/650, S. 136.

88) BT-Drucks. 7/650, S. 121; 詳しくは *Willutzki*, *Der Ehegattenunterhalt nach der Scheidung*, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.), *Festschrift für D. Schwab*, 2005, S. 713 (715 ff.).

89) 上記 Fn. 85.



ナー双方が就業していることが多くなった（補足：それとともに要保護性が小さくなってきた）からである<sup>90)</sup>。それゆえ現在では、自己責任の原則が法律ではっきりと述べられている（BGB 1569条1文）だけでなく、さらなる具体的な規律によって強化されている。すなわち、

- 第1に、すべての形の離婚後扶養は、不公平な場合には、相当な生活需要に制限され、あるいは時間的に限定されうる（BGB 1578b条）。
- 第2に、その内容の制限や時間的限定にあたっては、特に、離婚後に自己の生計費を調達する可能性における、婚姻に起因する不利益が考慮されなければならない（BGB 1578b条1項、3号ないし1578b条2項2文）。
- 第3に、取得活動の相当性は、もはや婚姻中の生活状況によって（も）決められない。婚姻中の生活状況には、むしろ修正の機能しか与えられていない（BGB 1574条1項、2項）。

婚姻パートナー双方とも就業することが増えていること、および平均的婚姻期間が短くなっていることに鑑みて、夫婦が離婚後に自分自身で扶養をなすことが、従来よりも期待できるようになっているとの確信が、ここに現れている<sup>91)</sup>。もっとも、たしかに取得活動に就く女性が増加しているが、同時に——とりわけ女性に多い——パートタイム労働関係の数も増加していることを考慮した場合<sup>92)</sup>、この想定には法事実的な問題がある。経

---

90) BT-Drucks. 16/1830, S. 12 ff., 特に S. 14; BT-Drucks. 16/6980, S. 3 ff., 特に S. 8.

91) BT-Drucks. 16/1830, S. 12 f.; このことについて *Menne*, Die Stärkung der Eigenverantwortung im Unterhaltsrechtsänderungsgesetz, in: Lipp/Schumann/Veit (Hrsg.), Reform des Unterhaltsrechts, 2006, S. 49 (52 ff.); 批判的なものとして *Brudermüller*, Eigenverantwortung vs. Solidarität - Kritische Aspekte der Unterhaltsrechtsreform, in: Lipp/Schumann/Veit (Hrsg.), Reform des Unterhaltsrechts, 2006, S. 55 ff.

92) *Wiegmann*, Reform des Ehegattenunterhalts - Wo ist der Handlungsbedarf?, FF 2006, S. 135 f.; 連邦家族・高齢者・女性・青少年省 (Bundesministeriums

済的により弱いパートナー——それは通常は女性である——の保護は、それゆえ依然として中心的な課題なのである<sup>93)</sup>。

d) 離婚後扶養の根拠と正当化

BGB 施行後の発展を視野に入れてまとめ、また、現在の扶養法における離婚後扶養の根拠と正当化を問うならば、以下のような姿が現れる。

婚姻が終了した後は、誰も自己の生計には自分で責任があるという一般的原则が妥当する（現在 BGB 1569条1文）。婚姻の終了後に法律上の扶養義務を課することは、それゆえ憲法上の理由から<sup>94)</sup>、堅固な正当化を必要とする。

離婚後の扶養義務は婚姻に結び付いている。先行する婚姻なしには法律上の扶養義務はない。つまり、ここでも法律上の扶養義務は身分関係と結び付けられている。それゆえ、離婚後の扶養義務は、その正当化を以前の婚姻から引き出さなければならない。ただし、婚姻の「余後効」ないし「離婚後の連帯」<sup>95)</sup>という常套語は答えではなく、その余後効の正当化についての問いの別の表現にすぎない。

婚姻終了後における元夫婦の経済的状态は、彼らの扶養法上の困窮〔＝要扶養性〕と給付能力を、したがって扶養義務の程度を決める。その扶養義務は、実際に以前の婚姻と関連を持ちうるが、必ずしもそうであるとは限らない。離婚後扶養と以前の婚姻との間に正当化の関係が存在するの

---

für Familie, Senioren, Frauen und Jugend) の委託による経験的調査, *Andreß/Borgloh/Güllner/Wilking*, Wenn aus Liebe rote Zahlen werden - Über die wirtschaftlichen Folgen von Trennung und Scheidung, 2003も参照。

93) それゆえ扶養法変更法に批判的なものとして, *Peschel-Gutzeit*, Kritische Überlegungen zur geplanten Reform des Unterhaltsrechts, ZRP 2005, S. 177 (178 ff.); *Kroppenberg*, Die unterhaltsrechtliche Eigenverantwortung des geschiedenen Ehegatten, JZ 2006, S. 439 ff.; *Berghahn/Wersig*, Wer zahlt den Preis für die Überwindung der Hausfrauenehe?, FPR 2005, S. 508 ff.

94) このことについては上述 II. 1.

95) Motive (Fn. 13), S. 617; BT-Drucks. 7/650, S. 121 f. (1. EheRG) および BT-Drucks. 16/1830, S. 13, 14, 16 その他類出（扶養法変更法）を参照。

は、婚姻終了後における経済的状況が、婚姻中における共同決定の結果である場合だけである。それゆえ、経済的不利益それ自体は離婚後扶養を正当化しない。婚姻中に共同でなした分業に関する決定の経済的帰結に対する共同責任が、それを正当化するのである。この考え方は、すでに婚姻法改正第一法律の基礎にあった。婚姻中の分業に関する連邦憲法裁判所およびBGHの最近の判例<sup>96)</sup>も、このような意味において理解できる<sup>97)</sup>。扶養法変更法は、このアプローチを一貫して進めたのである<sup>98)</sup>。

それゆえ、短く要約すれば、以前の配偶者に婚姻の〔終了〕後も扶養を給付する義務は、取り決められた分業の帰結に対する夫婦の相互的責任に基づくのである<sup>99)</sup>。同じことは登録パートナー関係にも妥当する<sup>100)</sup>。

#### IV. 結論：扶養法にとっての身分の意義

現行の扶養法は、法律上の扶養義務を、基本的に婚姻、登録パートナー関係、共同の親性および血族関係に結び付けている。法律上の扶養義務に、扶養義務を任意的に契約によって設定する可能性が伝統的に加わる<sup>101)</sup>。

法律上の扶養義務は、身分関係によって根拠づけられた他者に対する家族法上の責任から、その正当化を引き出すのである。それゆえ、法律上の扶養義務は、社会的関係や単なる生物学上の関係に直接的に基づくのではなく、身分関係によって法的に形成された人的な帰属関係（personale Zuordnung）に基づくのである。扶養法においても、このアプローチが法律

96) このことについては上述 III. 4. b)。

97) このことについては上述 III. 4. b)。

98) §§1578b Abs. 1 S. 2 und 3, 1578b Abs. 2 S. 2 BGB および BT-Drucks. 16/1830, S. 18 f. 参照。

99) §§1353 Abs. 1 S. 2 2. Hs., 1356 Abs. 1 S. 1 BGB 参照。

100) §§2 S. 2, 16 LpartG 参照。

101) *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 12), §44 Rn. 7 ff. のみ参照。

上の扶養義務という形における連帯義務にとっての堅固な根拠であることが明らかとなるのである<sup>102)</sup>。

しかしながら、この扶養法の伝来的なコンセプトには、2つの方向での補いが必要である。第1に、扶養義務は矛盾行動の禁止という形での信頼保護からも生じることである。法律は、このことを現在BGB新規定1615I条2項4-5文において承認している。このような仕方では基礎づけられる扶養義務は、契約によって引き受けられる扶養義務に近いが、契約による約定は要件とされていないのである。第2に、任意で、すなわち対応する法律上または契約上の義務なしに給付された扶養料に、不当利得返還請求の否定にとどまらない法的な承認が与えられるべきである。この2つのことがらは、現実関係(Realbeziehungen)において活きている連帯に所要の法的防護を施すために必要である。それらは扶養法の身分準拠(Statusorientierung)にとって不可欠の補いではあるが、それに疑問を投げかけるものではない。

---

102) *Röthel*, Solidaritätskonzept und Statusorientierung des Erbrechts, in: *Lipp/Röthel/Windel* (Hrsg.), *Familienrechtlicher Status und Solidarität*, 2008, S. 85 ff. も参照。