

ドイツにおける婚外子共同配慮法制をめぐる 近時の議論

——1997年親子法改正後の動向を中心として——

Die Diskussion über das gemeinsame Sorgerecht für das Kind nicht
miteinander verheirateter Eltern in Deutschland

阿 部 純 一*

目 次

- I. はじめに
- II. 1997年親子法改正法における婚外子配慮法制の概要
 1. 現行制度の基本構造
 2. 配慮表明制度をめぐる立法時の議論
- III. 立法後の社会状況と配慮表明の実態調査
 1. 婚外子を取り巻く社会状況
 2. 配慮表明の利用状況
 3. 配慮表明に関する連邦司法省のアンケート調査
- IV. 婚外子配慮権をめぐる裁判例の展開
 1. 2003年1月29日連邦憲法裁判所判決
 2. 2009年12月3日ヨーロッパ人権裁判所判決 (Zaunegger 事件)
 3. 2010年7月21日連邦憲法裁判所決定
- V. 再改正論の高まり
 1. 現行制度の問題点
 2. 具体的再改正モデル
- VI. おわりに

* 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

I. はじめに

ドイツ連邦共和国では、1997年12月16日の親子法の改正のための法律 (Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts, BGBl. I S.2942) (1998年7月1日施行) ——以下、親子法改正法——によって、親子法全般にわたる大規模な改正が行われたが、婚外子¹⁾の配慮法制もまた、本法による重大な変更を受けることとなった。とりわけ注目されるのは、配慮表明という新制度を導入することによって、従来認められてこなかった婚外子に対する父母の共同配慮の可能性が立法上開かれたことである。もっとも、配慮表明制度については、立法当初から、学説の一部からの批判を浴び、さらに、連邦憲法裁判所やヨーロッパ人権裁判所においても、その合憲性及び条約適合性が問題とされてきた。2009年にはヨーロッパ人権裁判所が、2010年には連邦憲法裁判所が、それぞれヨーロッパ人権条約や基本法に配慮表明制度が違反しているとの判断を下すに至り、現在のドイツでは、新制度のあり方をめぐって学説及び連邦司法省を中心に活発な議論が展開されている。

本稿では、1997年親子法改正によって導入された配慮表明制度を中心に、その後のドイツにおける婚外子配慮法制をめぐる議論が如何に進展し、目下どのような再改正論が展開されているのかについて確認する。以下では、まず、1997年親子法改正における婚外子配慮法制の概要を確認した上で (Ⅱ)、各種の調査統計から立法後の婚外子を取り巻く社会状況及び配慮表明の実態を明らかにし (Ⅲ)、さらに、婚外子配慮法制をめぐる裁判例の展開 (Ⅳ) と現在の再改正論の状況 (Ⅴ) についても分析を加えることとする。

1) 本稿では、対象とする法制が嫡出と非嫡出との概念的区別を有するか否かに応じて、「非嫡出子」「婚外子」という言葉を意識的に使い分けることとする。1997年法改正後のドイツ法は、嫡出・非嫡出の区別を原則的に廃止したことから、これ以降のドイツ法については「婚外子」と表記する。

II. 1997年親子法改正法における婚外子配慮法制の概要

1. 現行制度の基本構造

1997年親子法改正後の婚外子配慮法制については、既にわが国にも相当程度紹介されており²⁾、その内容はよく知られているものであるが、問題の出発点として、まずは改正に至る経緯と改正法の内容をごく簡単に確認しておきたい。

1997年法改正前のドイツ民法典（BGB）においては、1969年8月19日の非嫡出子の法的地位に関する法律（Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder, BGBl. I S.1243.）（1970年7月1日施行）——1969年非嫡出子法——による改正を受けた諸規定が、非嫡出子に対する親の配慮について定めていた³⁾。そこでは、原則として母が非嫡出子の配慮権者

2) 親子法改正法による改正後の婚外子配慮法制に関する先行研究として、半田吉信「ドイツの婚姻前男女の子に対する共同監護」『21世紀の家族と法—小野幸二教授古稀記念論集—』（法学書院、2007年）615頁がある。また、改正後のドイツにおける配慮法制を紹介する邦語文献としては、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」『民事訴訟制度の一側面—内田武吉先生古稀祝賀—』（成文堂、1999年）198頁以下、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、同「子の権利の確保のための諸力の連携—ドイツ親権法の展開—」早稲田法学85巻2号（2010年）1頁、鈴木博人「ドイツの親子法の現状」『新家族法実務体系第2巻 親族II—親子・後見—』（新日本法規、2008年）101頁以下、西谷祐子「ドイツにおける児童虐待への対応と親権制度（一）」民商法雑誌141巻6号（2010年）1頁、同「（二・完）」民商法雑誌142巻1号（2010年）1頁、ドイツ家族法研究会「親としての配慮・補佐・後見（一）—ドイツ家族法注解—」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。なお、本稿における親子法改正法の配慮法規定の訳出に際しては、岩志教授の仮訳を参考とした。

3) 1896年民法成立時から1969年非嫡出子法までの非嫡出子の親権に関する立法・学説史については、田村五郎『非嫡出子に対する親権の研究』（中央大学出

となる(1705条)一方で、父には当然に配慮権は帰属しなかった。父が後に母と婚姻した場合、嫡出宣告(Ehelicherklärung)が認められた場合(1723条)、父が自己の非嫡出子を養子にした場合(1741条3項2文)に、父が配慮権者となることも可能であったが、嫡出宣告及び養子縁組の際には、その反射的効果として母は配慮権を失った。要するに、この時代のBGBは、非嫡出子に対する配慮権が母又は父のいずれか一方にのみ単独で帰属し、他方は配慮権から排除される(Die elterliche Sorge für das nichteheliche Kind steht entweder der Mutter oder dem Vater zu.)という意味で、entweder-oderな構造を有していたのである。もっとも、ヨーロッパにおいて1970年代頃より非婚の父母の共同親権を認める国々が増加し、1980年代以降はドイツの学説においても改正論が勃興し、さらに、1991年5月7日連邦憲法裁判所決定⁴⁾によって当時の非嫡出子配慮法制に関して違憲判断が下されるなど、ドイツにおける非嫡出子に対する共同配慮法制の導入は、1990年代前半までには喫緊の課題となっていた。

1997年親子法改正法では、婚外子に対する母の単独配慮(1626a条2項)を原則的に想定しつつ、子の出生時に父母が婚姻していないときでも、父母が婚姻した場合(1626a条1項2号)及び「父母が配慮を共同して引き受ける意思を表示した」場合(1626a条1項1号)(配慮表明:Sorgeerklärung)には、父母の共同配慮が認められることとなった。とりわけ、本改正によって新設された配慮表明は、いくつかの方式や条件を満たす必要があり、それらを満たさない場合には、効力を有しないものとされている(1626e条)。例えば、条件や期限を付した配慮表明は行えず(1626b条1項)⁵⁾、行為能力を制限されている父母が配慮表明を行う場合には、法

版部、1981年)を参照。

4) BVerfGE 84, 168. =FamRZ 1991, S. 913. 本決定の紹介については、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)」『ドイツの最新憲法判例』(信山社、1999年)198頁を参照。

5) 許されない条件の例証としては、「私が実際に父である場合には」「子の実際

定代理人の同意が必要となる（1626c 条 2 項 1 文）。また、配慮表明の意思表示は、父母が同時に行う必要はないが⁶⁾、父母本人が行わなければならない（1626c 条 1 項）、子の出生前に行うこともできる（1626b 条 2 項）。さらに、配慮表明及び法定代理人の同意は、少年局（Jugendamt）あるいは公証人（Notar）によって公証（öffentliche Beurkundung）されなければならない（1626d 条 1 項、SGB VIII 59 条 1 項 8 号⁷⁾、連邦公証人法 20 条 1 項 1 文⁸⁾）。ドイツでは父性の承認（Vaterschaftsanerkennung）については身分局（Standesamt）で行うことができるが、身分局は配慮表明の公証機関としては想定されていない。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、そして、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ことが、その理由である⁹⁾。実際に、SGB VIII 52a 条 1 項 2 文 5 号では、配慮表明に関する

の監護が母に残る限りで」といったものが挙げられる。Vgl. Staudinger/Coester, BGB (Neubearbeitung 2007), 2007, § 1626b Rd.3 (= S.178.); DIV-Gutachten, DAVorm 2000, S. 322.

- 6) この点に関する明文規定はないが、立法草案では、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説明されている（BT-Drucks. 13/4899, S. 93.）。Vgl. D. Schwab, Kindschaftsrechtsreform und notarielle Vertragsgestaltung, DNotZ 1998, S. 450.
- 7) SGB VIII 「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 日時点の邦訳については、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 卷 1 号 (2002 年) 303 頁, 同 「(2)」比較法学 37 卷 1 号 (2003 年) 219 頁, 同 「(3・完)」比較法学 39 卷 2 号 (2006 年) 267 頁を参照。なお、2007 年 1 月 1 日時点での同邦訳として、岩志和一郎 = 鈴木博人 = 高橋由紀子 『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) (成文堂, 2007 年) 25 頁以下がある。
- 8) 連邦公証人法 (Bundesnotarordnung) 20 条 1 項 1 文は、「公証人は、あらゆる形式の証明を行い、署名、署名に代わる記号及び謄写を認証する権限を有する」と規定する。
- 9) BT-Drucks. 13/4899, S. 95.

る少年局の助言義務(Beratungspflicht)が規定されている¹⁰⁾。

以上が、配慮表明制度の概略であるが、さらに、共同配慮を廃止して父母いずれかの単独配慮に変更する手続も用意されている。1671条1項は、「親の配慮が共同して帰属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。」と規定し、2項では、「父母の他方が同意している場合」(但し、14歳以上の子が反対する場合を除く)、「共同配慮の廃止及び申立人への移譲が子の福祉に最も適うことが期待される場合」には、申立てが認められなければならないと規定する。また、婚外子の単独配慮権者である母から父への単独配慮権の移譲については、1672条1項が「父母が単に一時的にはなく別居している場合であって、かつ、親の配慮が1626a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。」と規定し、さらに、単独配慮権者たる母の死亡もしくは故障の際に、父を配慮権者に変更するための諸規定(1678条、1680条)も新設された。

2. 配慮表明制度をめぐる立法時の議論

ところで、1997年親子法改正によって配慮表明制度を導入するに際して、1996年6月13日の親子法の改正のための法律草案(Entwurf eines Gesetzes

10) 本規定は、政府草案を審議した連邦議会法務委員会の勧告に基づいて追加されたものである(BT-Drucks. 13/8511, S. 82., 52.)。また、SGB VIII 52a条1項2文5号では当初、母に対する助言義務だけが規定されていたが、2005年9月8日の児童及び少年援助のさらなる発展のための法律(Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe — Kinder- und Jugendhilfweiterentwicklungsgesetz (KICK, BGBl. I S. 2729.)によって、現在では父に対する助言義務も規定されている。Vgl. R. Wiesner(Hrsg.), SGB VIII : Kinder- und Jugendhilfe Kommentar, 4. Aufl., 2011, § 18 14(=S.220.); BT-Drucks. 15/3676, S. 31.

zur Reform des Kindschaftsrechts, BT-Drucks. 13/4899)¹¹⁾は、問題となりうるいくつかの諸点¹²⁾について検討を加えていたが、その中でも特に後にまで続く問題となったのは、配慮表明が、その構造上、父母の一方の意に反しては行えないことであった。これについて、政府草案は、「婚外子は、健全な非婚共同体においてのみ生まれるのではなく、依然として表面的で不安定な関係においても生まれるのである。この点、父母の一方の意に反した共同配慮は、〔父母間の〕紛争のつけが初めから子に回されるという危険を孕んでいるだろう。」とその理由を説明していた¹³⁾。また、この問題は、政府草案を審議した連邦議会法務委員会においても議論された。1997年9月12日に連邦議会に提出された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）によれば、委員会において、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を可能とするべきかが問題とされたのである。これに対する委員の多数の見解は、「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、通例は、メリットよりもデメリットに結び付く。というのも、共同の親の配慮の創設に関する父母の紛争は、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、結局のところ、子の犠牲の下に行われ、子に役立つというよりもむしろ子を害することになるだろう。」というもの

11) 同草案の内容を紹介する邦語文献としては、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。この他に、草案段階における条文案の邦訳として、床谷文雄「ドイツ家族法立法の現状と展望（三）」阪大法学47巻2号（1997年）147頁以下がある。

12) 問題とされたのは、配慮表明制度が父母の共同生活や裁判所による審査を条件としないこと、非婚の父母による共同配慮権が父母の一方または双方が父母以外の者と婚姻関係にある場合であっても認められることである。Vgl. BT-Drucks. 13/4899, S. 58f.

13) BT-Drucks. 13/4899, S. 58.

であった¹⁴⁾。このような顧慮の下、法務委員会は、「子の福祉のために協力するという父母の準備」に期待するとして¹⁵⁾、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のである。

もっとも、学説においては、配慮表明が父母の一方の意に反しては行えないこと、とりわけ、原則として単独配慮権者となる母が父の配慮表明に反対する場合には、父母の共同配慮が不可能であることが、既に1997年親子法改正前から問題とされ¹⁶⁾、さらに法改正後も依然として批判の対象とされていた。例えば、リップ教授(M. Lipp)は、立法直後に次のような批判を展開していた。

「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を正当に評価する(基本法6条2項)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からうか」¹⁷⁾。

さらに、ディーデリヒゼン教授(U. Diederichsen)は、非婚の母の配慮法上の地位が父よりも高いことに関して、このような父の冷遇を正当化するために前述の政府草案及び法務委員会報告書が十分な理由を示したのか否かが、将来的に、特に母が婚姻締結あるいは共同配慮を拒む場合に、問

14) BT-Drucks. 13/8511, S.66.

15) BT-Drucks. 13/8511, S.66.

16) M. Coester, Elternrecht des nichtehelichen Vaters und Adaption — zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 7. 3. 1995 —, FamRZ 1995, S.1247f.

17) M. Lipp, Das elterliche Sorgerecht für das nichteheliche Kind nach dem Kindschaftsrechtsreformgesetz (KindRG), FamRZ 1998, S.70. なお、本文中の「1626a条2項」は、原文においては「1626b条2項」とされているが、これは明確な誤りであるため、訳者の責任において修正した。

題となることを既に立法直後に指摘していた¹⁸⁾。この予測は、後述するように、1997年親子法改正法施行後に争われた一連の裁判において現実のものとなる。

III. 立法後の社会状況と配慮表明の実態調査

具体的な裁判例の展開をみる前に、ここで、立法後の婚外子を取り巻く社会状況がどのようなものであったのか、また、新設された配慮表明制度の利用状況やその実態はどのようなものであったのかを各種の統計や調査の結果から素描しておこう。

1. 婚外子を取り巻く社会状況

はじめに、統計的な数値から、立法後の婚外子の社会状況について簡単に確認しよう。表1は、1998年以降のドイツ全土における婚外子の出生数及び出生率を示したものであるが、婚外子については、その数においても率においても一定の増加傾向を示していることが分かる。確かに、ドイツにおける婚外子出生率には、かなりの地域差が認められるが¹⁹⁾、それでもなお、婚外出生の全国的な広がりをお認めることができるのである。

また、表2は、1998年から2005年までのドイツ全土における非婚生活共同体 (nichteheliche Lebensgemeinschaft) の数の変化についてみたもので

18) U. Diederichsen, Die Reform des Kindschafts- und Beistandschaftsrechts, NJW 1998, S.1983.

19) 例えば、2009年の婚外子出生率を各州別にみても、西南ドイツのバーデン＝ヴェルテンベルク州が21.7%と最も低い数値を示しているのに対し、東北ドイツのメクレンブルク＝フォアポンメルン州は63.7%と最も高い数値を示す。さらに、ベルリン、ブレーメン、ハンブルクといった都市州 (Stadtstaat) における婚外子出生率も、ドイツ全土の平均と比べると軒並み高い数値を示している。2009年の婚外子出生率を都市州別にみても、ベルリン：49.3%、ブレーメン：37.0%、ハンブルク：35.5%となる。Vgl. Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 2011, S.55.

ある。非婚生活共同体数の変化もまた、婚外子出生数及び率の変化と同様に一定の増加傾向を示していることが分かる。ここで注目されるのは、非婚生活共同体全体の増加と共に、全非婚生活共同体に占める未成年子のいる非婚生活共同体の割合が増加していることである。もっとも、これらの数値は慎重に評価されなければならない。やや古い調査報告ではあるが、1983年に青少年・家族及び健康連邦大臣 (Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit) の諮問を受けて報告された調査研究報告書²⁰⁾によれば、調査された非婚のパートナー関係において、現在のパートナーとの間に生まれた子がいるのは、全体の約4%と例外的である一方で、5組に1組には、かつてのパートナーとの間に生まれた子がいると報告されていた。さらに、連邦司法大臣の委託を受けてヴァスコヴィクス教授 (L. A. Vaskovics) らが1993年に行った非嫡出子の生活状況に関する調査研究の結果²¹⁾によれば、調査されたケースにおいて、非嫡出子の約24%はその実父母と共同生活を営んでいたが、51%は母のみと、そして15%は母及び子の実父ではない男性と共同生活を営んでいたことが明らかにされている。これらの実態調査の結果から考えると、表2で示された未成年子のいる非婚生活共同体の数値及び割合をそのまま、実父母と子が共同生活を営んでいるものと受け取るべきではなく、その中には、パートナーの一方の連れ子が一定の割合で含まれていることを考慮しなければならないのである。但し、少なくとも、表2から、非婚生活共同体に未成年子がいるということが必ずしも婚姻締結の動機とはならないパートナーが増加しているのではないかと推論することは可能であるように思われる。

20) BMJFG, Nichtehele Lebensgemeinschaften in der Bundesrepublik Deutschland, Schriftenreihe des Bundesministers für Jugend, Familie und Gesundheit Bd. 170., S. 16. 同報告書の概要については、野沢紀雅「西ドイツの非婚生活共同体をめぐる最近の議論について」法学新報97巻1・2号(1990年)345頁以下を参照。

21) Vaskovics/Rost/Rupp, Lebenslage nichtehelicher Kinder: Rechtstatsächliche Untersuchung zu Lebenslagen und Entwicklungsverläufen nichtehelicher Kinder, 1997, S. 107f.

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

表1 ドイツ全土における婚外子の出生数及び出生率（1998年から2009年まで）

年次	出生数			百分率(%)
	総数	婚内子	婚外子	婚外子
1998	785,034	627,917	157,117	20.0
1999	770,744	600,110	170,634	22.1
2000	766,999	587,425	179,574	23.4
2001	734,475	550,659	183,816	25.0
2002	719,250	531,289	187,961	26.1
2003	706,721	516,080	190,641	27.0
2004	705,622	508,493	197,129	27.9
2005	685,795	485,673	200,122	29.2
2006	672,724	471,205	201,519	30.0
2007	684,862	473,809	211,053	30.8
2008	682,514	463,627	218,887	32.1
2009	665,126	447,368	217,758	32.7

Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 2003, S.67.; 2011, S.55. より作成。

表2 ドイツ全土における非婚生活共同体数（1998年から2005年まで）

年次	総数	内数				未成年子のいる率(%)
		子のいない	子のいる			
			小計	18歳未満	18歳以上	
1998.4	1,954,000	1,401,000	553,000	494,000	59,000	25.3
1999.4	2,028,000	1,436,000	592,000	529,000	63,000	26.1
2000.5	2,083,000	1,462,000	621,000	554,000	67,000	26.6
2001.4	2,153,000	1,500,000	654,000	580,000	74,000	26.9
2002.4	2,241,000	1,538,000	703,000	625,000	78,000	27.9
2003.5	2,325,000	1,583,000	743,000	663,000	80,000	28.5
2004.3	2,412,000	1,647,000	765,000	677,000	88,000	28.1
2005	2,417,000	1,647,000	770,000	682,000	89,000	28.2

Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 2007 S.47より作成。
数値は、抽出国勢調査（Mikrozensus）の結果である。

2. 配慮表明の利用状況

さらに、1997年親子法改正法によって新設された配慮表明の実態（利用状況）に関して、いくつかの調査も実施されている。ここでは、私的なアンケート調査の結果として報告されたフィンク調査²²⁾と、2004年以降の各

22) この他の私的調査としては、フィンガー博士（P. Finger）が2000年及び2001年にヘッセン州の身分局と少年局を対象に行った調査がある。Vgl. P. Finger, Sorgeerklärungen — eine Umfrage bei hessischen Standes- und Jugendämtern,

年の配慮表明件数に関する連邦統計局による統計から、配慮表明制度の利用状況を確認しよう。

(1)フィンク調査

フィンク博士(S. Fink)による調査²³⁾は、ドイツにおいてどれほどの父母が配慮表明を利用しているかを明らかにすることを目的として、1999年から2001年までに行われた配慮証明(Sorgebeurkundung)²⁴⁾に関して400の少年局に対する書面及び電話によるアンケートという方式で行われた。回答したのは263の少年局であり、その中の227の少年局の回答が分析のために利用されている²⁵⁾。本調査によって明らかとされた各州別の婚外子出生率と婚外子出生数に対する配慮表明の割合を示したのが、表3である²⁶⁾。

フィンク調査から明らかとなるのは、1999年から2001年までの婚外子出生数に対する配慮表明の割合がドイツ全土の平均では40%から42%の間で推移していることである。また、配慮表明の割合を州別にみれば、20%台後半から40%台後半まで分散しており、地域によってその割合がかなり異なる点も注目される。なお、フィンク調査は、1998年に配慮表明制度が導入された後に初めて、その全国的な状況について明らかにしようとした試みである点では積極的に評価できるが、その手法については問題がないと

StAZ 2003, S. 227f.

- 23) 以下の叙述は、S. Fink, Die Verwirklichung des Kindeswohls im Sorgerecht für nichtverheiratete Eltern, 2004, S. 136ff. による。
- 24) これには、少年局の援助を得て行われた配慮表明だけでなく、公証人のもとでなされた配慮表明も含まれる。本調査において、公証人のもとでなされた配慮表明は、配慮表明全体の3%以下であることが確認されている。Vgl. S. Fink, a.a.O. (Fn.23), S. 138.
- 25) これは、ドイツにおける全少年局の約34%に相当し、これらの少年局が所管する市・郡・市区の人口は、ドイツで生活する全人口の約42.7%に相当する。Vgl. S. Fink, a.a.O. (Fn.23), S. 137.
- 26) 婚外子出生率の全体平均については、先に確認したドイツ全土における婚外子出生率(表1)よりも若干高い数値を示している点には注意を要する。それは、本調査が抽出調査であることに起因するものと考えられる。

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

はいえない。というのも、配慮表明は、子の出生時や出生前だけでなく、子が配慮に服する間であればいつでも行うことができ、それゆえ子が年長の場合にも行われる可能性があるのである。さらに、たとえ子が婚姻外で生まれても、その後の父母の婚姻や子の養子縁組によって、もはや配慮表明が問題にならないケースも存在する。これらのことを考慮していない点で、フィンク調査が配慮表明の状況について完全に正確な情報を提供していないことには注意をしなければならない。それでもなお、ドイツにおいて非婚の父母による共同配慮権を導入したことの意義を検討する上で、このフィンク調査の果たす役割は過小評価されるべきではない。

表3 婚外子出生率及び婚外子出生数に対する配慮表明の割合
(1999年から2001年まで)

州名	1999		2000		2001	
	婚外子出生率 (%)	婚外子出生数に対する配慮表明の割合 (%)	婚外子出生率 (%)	婚外子出生数に対する配慮表明の割合 (%)	婚外子出生率 (%)	婚外子出生数に対する配慮表明の割合 (%)
バーデン=ヴェルテンベルク	14.3	42.5	14.8	41.5	16.0	40.4
バイエルン	16.8	40.1	17.8	37.7	19.4	37.8
ブランデンブルク/ベルリン	41.8	45.2	42.3	40.5	43.8	45.2
ヘッセン	16.2	44.1	17.0	39.8	18.5	42.2
メクレンブルク=フォアポンメルン	55.7	38.1	57.2	40.8	58.5	46.9
ノルトライン=ヴェストファーレン	-	-	20.5	42.3	22.0	42.3
ラインラント=プファルツ	16.1	39.2	16.8	34.3	17.9	33.0
ザールラント	20.1	28.9	21.3	27.2	22.2	30.3
ザクセン	48.2	48.4	50.1	46.4	53.1	46.8
ザクセン=アンハルト	51.5	34.3	54.0	37.1	57.2	38.8
シュレースヴィヒ=ホルシュタイン/ニーダーザクセン/ブレイメン/ハンブルク	22.0	41.6	24.2	41.5	23.4*	38.8*
テューリンゲン	49.4	37.5	52.0	35.5	54.4	37.9
全体平均	25.4	41.7	26.0	40.3	27.6	41.2

S. Fink, Die Verwirklichung des Kindeswohls im Sorgerecht für nichtverheiratete Eltern, 2004, S. 141. より作成。

ベルリン、ブレイメン、ハンブルク、ニーダーザクセンの数値は隣接する連邦州に統合して示される。

*本数値は、ハンブルクを除いて算出されたものである。

(2)連邦統計局による統計

以上のような私的調査とは別に、2004年以降は、連邦統計局(Statistisches Bundesamt)から、ドイツ全土／各州別の配慮表明件数が公表されている。この2004年以降の配慮表明件数(州別・ドイツ全土)を示したのが、表4である。ここで注目されるのは、ドイツ全土及び各州における配慮表明件数が、年を追うごとに増加していることである。なお、前述のフィンク調査との比較のために、ドイツ全土における2004年から2009年までの婚外子出生数に対する配慮表明の割合についても、ここで算出しておこう。毎年の割合は、2004年：44.3%、2005年：45.2%、2006年：46.6%、2007年：49.1%、2008年：50.7%、2009：54.1%である²⁷⁾。フィンク調査では、ドイツ全土における1999年から2001年までの婚外子出生数に対する配慮表明の割合は、40%代前半で推移していたが、ここで算出された数値と照らし合わせても、フィンク調査の結果は大きく逸脱しておらず、信頼のおけるものであることが分かる。いずれにせよ、ここで注目すべきは、2004年以降の割合が、さらなる増加傾向を示しており、特に、2008年からは50%を超えていることである²⁸⁾。これらのことから、ドイツにおける配慮表明制度導入の意義は、決して少なくはなかったと評することができる²⁹⁾。

27) Vgl. auch, BVerfGE 127, 140f.

28) この他に、父母が子の出生後に婚姻したために父母の共同配慮となっているケース(1626a条1項2号参照)が一定数存在することにも注意しなければならない。ミヒャエル・ケスター教授(M. Coester)は、これを10~15%であるの見積もるが、その根拠は必ずしも明確ではない。Vgl. M. Coester, Nichteheleliche Elternschaft und Sorgerecht, FamRZ 2007, S.1138.

29) ただ、これらの数値の評価については、ドイツにおいても意見が分かれるところである。例えば、ドイツ家庭裁判所大会の子どもの権利委員会は、子に対して関心を抱く父の増加を示すものとして、積極的に評価しているのに対して(Kinderrechtekommission des DFGT, JAmt 2005, S.491.)、後述する2010年7月21日連邦憲法裁判所決定では、より消極的な評価が下されている(BVerfGE 127, 158.)。

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

表4 配慮表明数(州別・ドイツ全土)(2004年から2010年まで)

州名	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
バーデン＝ ヴュルテンベルク	8,446	8,944	8,636	9,920	10,109	10,944	11,943
バイエルン	10,480	10,131	10,557	11,463	11,468	12,515	14,134
ベルリン	7,319	7,184	8,502	8,485	9,672	10,074	11,253
ブランデンブルク	3,340	3,894	4,209	4,679	5,105	5,088	5,341
ブレーメン	1,080	1,071	1,165	1,172	1,168	1,366	1,507
ハンブルク	2,550	2,379	2,569	3,241	3,476	3,186	2,409
ヘッセン	4,922	4,968	5,263	5,760	6,120	7,455	8,729
メクレンブルク＝ フォアポンメルン	3,601	3,636	3,463	4,047	4,156	4,416	5,001
ニーダーザクセン	8,330	8,798	9,594	10,253	11,016	11,313	12,216
ノルトライン＝ ヴェストファーレン	12,893	13,499	13,692	15,380	17,084	17,782	20,340
ラインラント＝プファルツ	2,650	2,644	2,954	2,880	3,232	3,782	4,076
ザールラント	49	583	580	703	711	846	911
ザクセン	10,148	11,348	10,810	12,084	12,400	13,175	15,027
ザクセン＝アンハルト	4,378	4,143	4,562	4,878	5,323	5,579	5,932
シュレースヴィヒ＝ ホルシュタイン	3,052	2,854	2,994	3,367	4,263	4,621	4,621
テューリンゲン	4,162	4,338	4,446	5,261	5,736	5,729	6,606
ドイツ全土	87,400	90,414	93,996	103,573	111,039	117,871	130,046

Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe —Pflegschaften, Vormundschaften, Beistandschaften, Pflegeerlaubnis, Sorgerechtsentzug, Sorgeerklärungen, 2004～2010より作成。

3. 配慮表明に関する連邦司法省のアンケート調査

ところで、連邦司法省は、2006年の夏から秋にかけて、非婚の父母の共同配慮権に関するアンケート調査を実施した。この調査が実施されたことには、後述する2003年の連邦憲法裁判所判決が大きく影響している。アンケート調査の要約版である「互いに婚姻していない父母の共同配慮に関する少年局及び弁護士への連邦司法省のアンケート (Umfrage des Bundesministeriums der Justiz bei Jugendämtern und Rechtsanwälten zur gemeinsamen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern)」は、デリゲッツ議員 (E. Deligöz) (同盟90/緑の党) の質疑に応える形で連邦議会に提

出された³⁰⁾。それによれば、本アンケートは、親の配慮に関する問題において助言などをする機会が多いと考えられる少年局及び弁護士への問い合わせという形式で実施され³¹⁾、440の少年局及び109人の弁護士から回答が得られた³²⁾。ここでは、このアンケート調査の要約版に依りながら、その内容を確認したい。なお、アンケートの質問内容は次のとおりである。

「1. あなたの地域には、どれぐらいの住民が公的な少年援助の担い手(Träger)として住んでいますか?(少年局だけに対する質問)

2. あなたの少年局(少年局全体)の相談実務において/あなたの家族法に関する相談実務において、父は、母の意に反して親の(共同)配慮を手に入れることができるかという質問、あるいはどのようにして手に入れることができるかという質問をどれほどの頻度であなたのところに持てきますか?

3. このようなケースにおいて、どれほどの割合について、父が母及び子と共同生活を営んでいますか、あるいは父が長期にわたって(少なくとも1年)母及び子と共同生活を営んでいましたか?

4. 母のどのような動機が、共同配慮の拒絶について挙げられますか?(複数回答可)

5. 挙げられた母の動機は、あなたの評価では、理解できるように思われますか/納得できるように思われますか?」³³⁾

30) BT-Drucks. 16/10047, S. 8ff.

31) 約630の少年局に対しては、E-Mailで依頼が行われた。弁護士に対しては、配慮表明に関する事件に携わったことのある弁護士への連絡を可能な限り適切に行うために、ドイツ弁護士会(Deutscher Anwaltverein — DAV —)の家族法研究グループのメンバーの協力を得て、DAVのニュースレターを通じてアンケートの告知と協力要請がなされた。なお、DAVの家族法研究グループには、家族法に関心をもつ約6,000人の弁護士が所属しているとされる。Vgl. BT-Drucks. 16/10047, S. 9.

32) これは、少年局については69.8%、弁護士については約1.8%の参加割合に相当するとされる。Vgl. BT-Drucks. 16/10047, S. 10.

33) BT-Drucks. 16/10047, S. 10. ここで挙げられた質問項目の他に、アンケート

アンケートの結果として、次の5つの重要な結果が明らかにされている。

第1は、回答者が、どれほどの頻度で、1626a条による共同配慮の創設に関する問い合わせを父から受けたかである³⁴⁾。ここで注目されるのは、回答者の多くがそれほど頻繁に問い合わせを受けていないと回答した点である。すなわち、少年局の3分の2弱は、年1～10件の問い合わせしか受けておらず、弁護士については、回答者の半数が、年3件以下の問い合わせを受けたと回答したのである。その一方で、頻繁に相談を受けたと回答した者も少なからずあった。少年局についていえば、約4分の1が年20件以上、11%が年50件以上、4%が年100件以上の問い合わせを受けている。弁護士についても、13%が年10件以上の問い合わせを受けており、非常に少ないものの年30件以下の問い合わせを受けていると回答した者もあった。これらのことから確認されるのは、父が配慮権に関する質問について少年局または弁護士のもとでの助言を求めるケースが、たびたびみられることである。もっとも、それ以上のことについて確定することは、少年局の市民との身近さ (Bürgernähe) や給付方針 (Leistungsorientierung)、父母の情報の状況 (Informationsstand) といった諸要素に左右されることから困難であるとされる。特に、助言の頻度に関する報告が紛争ケースの頻度に直接結びつくわけではないという連邦司法省の慎重な態度が窺える。

第2は、共同配慮なしに共同生活を営む父母が、頻繁にみられるのか、もしくはむしろほとんどみられないかについての少年局や弁護士の印象であり、これについては多様な結果が示された³⁵⁾。少年局の全体評価 (Gesamtauswertung) において、共同生活を営む父母の割合は、全体的に非常に少ないと評価された。つまり、全少年局の22%だけが、共同配慮を行っていない父母の半数以上が共同生活を営んでいるあるいは長期にわたって共同生活を営んでいたとする。これに対して、弁護士については、回答者の半数弱が、非婚の父母の50%以上は共同配慮を行わずに共同生活

参加者は自由に意見を述べることができるとされた。

34) BT-Drucks. 16/10047, S. 10f.

35) BT-Drucks. 16/10047, S. 11f.

を営んでいると見積もった。20件以上のケースを扱った少年局の特別評価(Sonderauswertung)及び少年局と弁護士についての連結評価(Kombinationsauswertung)は、類似した結果になった。その際に、頻繁に1626a条事件に携わった回答者は、共同生活を営む父母の割合を中間的な領域に位置付け、低い領域(0~10%)や高い領域(75~100%)にほとんど位置付けないという傾向が明らかになった。回答者がこのようなケースに頻繁に携われば携わるほど、この結果はより明らかになった。全体として、すべての父母の25~75%が、共同配慮を行わずに共同生活を営んでいるかあるいは少なくとも長期にわたって共同生活を営んでいたと結論付けられる。しかしここでも、多様な回答が存在することや、回答が単に回答者の見積もりに基づくことから、より正確な報告は不可能であるとされている。

第3は、母が共同配慮を拒絶する際にそれがどのような動機によるのか、そしてその動機が子の福祉という理由に基づいているのかに関する回答者の評価である³⁶⁾。ここでも多様な動機が示されており、一部は子の福祉に向けられ(例えば「父母間の頻繁な紛争」)、一部は子の福祉から離れていた(例えば「母は父に復讐したい(Mutter möchte sich am Vater rächen)」。最も多く挙げられた動機は、「母は、単独で決定するために(「より単純な方法」)、単独配慮を維持したい」及び「母は、父と一緒にいられるや何も行いたくなく、それゆえに、子の事項に関しても〔父との〕いかなる接触も拒絶する」という2つの動機であり、これらの動機は、全少年局の約80%及び年20件以上の問い合わせを受ける少年局の90%以上によって挙げられた。また、約70%の少年局は、「頻繁に父母間の紛争になり、友好的な合意ができない」及び「父母間の関係が全く存在しなかった、疎遠であった、あるいは終了している」という子の福祉に向けられた動機を挙げたが、これらの動機は、弁護士については、回答者の約50%によって挙げられたのみであった。これらのことが示すのは、共同配慮を拒絶する理

36) BT-Drucks. 16/10047, S. 12f.

由が非常に雑多なものであることである。さらに、連邦司法省は、「共同配慮に反対する判断がしばしば情緒的にもなされており、また、その際にとりわけ、喪失の不安 (Verlustängste)、占有の要求 (Besitzansprüche)、もしくは支配欲 (Kontrollbedürfnisse)、あるいは第三者の影響が重要であることを暗示している」と評価する。もっとも、これらの回答がもっぱら父から得た情報に基づいていること、回答者による検証がなされていないこと、多くの回答者が母との接触を持たなかったことから、連邦司法省は、結果については細心の注意を払って解釈されなければならないと指摘する。

第4は、共同配慮の拒絶が助言者である少年局や弁護士にとって理解できるものであるか否かであり、ここでは弁護士の回答と少年局の回答との間に違いがみられる³⁷⁾。弁護士のうち37%だけが、母の動機は通常(「主として」あるいは「大多数のケースにおいて」)もっともであるという考えであったのに対して、弁護士の半数以上は、母による共同配慮の拒否が「ケースの半数以下で」あるいは「まれにだけ」もっともであると回答した。少年局の総合評価によれば、少年局は母の動機を58%について(「主として」あるいは「大多数のケースにおいて」)もっともであると評価し、少年局の27%だけがむしろもっともではない(「ケースの半数以下で」あるいは「まれにしか」)と評価した。また、ケース数が増えるにつれ、少年局の懐疑もまた増大することが明らかになった。ここでも連邦司法省は、回答者が通常は母との直接的な接触を持たないこと、回答者が知るのは専ら父の観点だけであることから、慎重な解釈がなされなければならないと述べる。

第5は、回答者自身の様々な所見である³⁸⁾。ここでは、「父母がしばしば共同配慮の創設あるいは拒絶の法的効果についてよく知らないこと」、配慮表明を行うことに関する父母の判断の際に、動揺 (Verunsicherung)、支配欲 (Kontrollbedürfnisse) 及び自己の受傷感 (eigene Verletztheit) のような情緒的理由、並びに第三者の影響が重要な役割を果たしていること、さらに、健全な関係においては、子に関わる決定がいずれにせよ共同

37) BT-Drucks. 16/10047, S. 13.

38) BT-Drucks. 16/10047, S. 13f.

して行われるのであり、その結果、多くの父母は共同配慮を創設する必要性を感じないであろうとの回答が寄せられた。

以上の一連の統計及び調査が明らかにした諸点の中でも、とりわけ重要であると考えられるのは、配慮表明の実態に関する次の2点である。第1に、統計的な調査(フィンク調査・連邦統計局の統計)から、ドイツにおける配慮表明件数が毎年一定の割合で増加しつつあり、さらに年間の婚外子出生子数に対する配慮表明件数の割合(推計)も40%代から50%代半ばにまで上昇しつつあることが明らかになったこと。第2に、連邦司法省のアンケート調査からは、母による共同配慮の拒絶が、しばしば母自身の利益に向けられた動機や感情的な動機に基づいても行われており、常に子の福祉に基づく理由から行われているものとはいえないことが明らかになったことである³⁹⁾。後者は特に、後述する2010年連邦憲法裁判所決定においても、配慮表明制度に対する立法者の想定の合理性を検討するに際して重視された点であり、婚外子の母の意に反しては配慮表明が行えないことの問題性を端的に示すものである。

IV. 婚外子配慮権をめぐる裁判例の展開

1997年親子法改正法によって根本的に変更された婚外子配慮法制であったが、既にその立法直後から、下級裁判所においては違憲の可能性が指摘され⁴⁰⁾、さらに、2001年には、連邦通常裁判所においてその合憲性が審査

39) アンケートの評価に対する連邦司法省の態度は、全般的に慎重であるが、その連邦司法省自身も、本アンケートが「1998年の親子法改正法の立法者がBGB1626a条の規整構想の基礎とした前提条件が現実と完全に一致しているか否かに関して、ある程度の疑念を呼び起こした」ことを認めている(BT-Drucks. 16/10047, S. 14.)。

40) 1999年8月16日コルバッハ区裁判所移送決定(FamRZ 2000, S. 629ff.)、1999年12月8日グロース=ゲラーウ区裁判所移送決定(FamRZ 2000, S. 631f.)など。

されることとなった。2001年4月4日連邦通常裁判所決定は、1626a条の基本法との適合性を肯定したが⁴¹⁾、その後も、改正婚外子配慮法制は、2003年1月29日連邦憲法裁判所判決、2009年12月3日ヨーロッパ人権裁判所判決、2010年7月21日連邦憲法裁判所決定において、基本法及びヨーロッパ人権条約との適合性を問われることになる。とりわけ、2009年ヨーロッパ人権裁判所判決では、1626a条のヨーロッパ人権条約への違反が、2010年連邦憲法裁判所決定では、1626a条及び1672条が婚外子の父の親の権利(基本法6条2項)⁴²⁾を侵害していることがそれぞれ認められた。以下では、連邦憲法裁判所及びヨーロッパ人権裁判所において、配慮表明制度が如何に議論されてきたのかを確認しよう⁴³⁾。

41) BGH, FamRZ 2001, S. 907ff.

42) ここで、基本法6条2項に基づく婚外子の父の親の権利に関する連邦憲法裁判所の判断の変遷について、若干補足しておく。非嫡出子の父の配慮権及び交流権が問題とされた1981年3月24日連邦憲法裁判所判決では、「非嫡出子の父が子及び母と共に共同生活を営んでおり、それによって親の責任を引き受けるための諸前提が与えられている場合には、基本法6条2項に基づく権利が非嫡出子の父に認められる」とされ(BVerfGE56, 384.)、さらに、前述の1991年5月7日決定でも、この立場が踏襲されていたが(BVerfGE 84, 179.)、非嫡出子の父の縁組手続への関与が問題とされた1995年3月7日連邦憲法裁判所決定では、すべての血縁上の父に基本法上の親の権利が認められるとして従来の立場が変更された(BVerfGE92, 176ff.)。もちろん、以下で紹介する、2003年連邦憲法裁判所判決(BVerfGE107, 169.)や2010年連邦憲法裁判所決定(BVerfGE127, 146.)においても、婚外子の父の親の権利が無条件で認められるという立場は貫かれている。1995年3月7日連邦憲法裁判所決定の紹介については、高橋由紀子「ドイツ養子法における非嫡出子の父の法的地位」『家族と法の地平—三木妙子・磯野誠一・石川稔先生献呈論文集—』(尚学社、2009年)223-225頁を参照。また、ドイツにおける親の権利の憲法学及び民法学における理論展開については、横田光平『子ども法の基本構造』(信山社、2010年)が極めて詳細な分析を行っている。

43) 一連の裁判例については、既にわが国にも紹介されているが、本稿では、特に各裁判例の意義と相互の関係性に着目しつつ、これを分析する。2003年連邦憲法裁判所判決については、新村とわ「ドイツ憲法判例研究(125)婚外子に

1. 2003年1月29日連邦憲法裁判所判決

1998年より配慮表明を行うことによって非婚の父母も共同配慮権を行使することが可能となったが、早くも2003年には、この新法の憲法適合性が連邦憲法裁判所において争われることとなった。それが、2003年1月29日連邦憲法裁判所判決⁴⁴⁾である。

(1) 事実関係⁴⁵⁾

事件1(具体的規範統制事件)で問題となっている子(男児)は、1990年に生まれた婚外子であり、父によって父性を承認されている。子の父母は、子と母の2人の連れ子(男児)と共に、1983年から1993年までの約10年間にわたり、非婚生活共同体において共同生活を営んでいたが、1993年に別居した。子は、書面による取り決めに基づいてまず父のもとにとどまり、母の要請により子が母に引渡されるまでの8カ月間、父は子の世話をした。その後の数年間は、父と子との頻繁な交流がなされた。母の入院の間、母は子の世話を父に委ねた。1997年になると、母は父に子との一切の交流を禁じたが、少年局の仲裁によって交流の取り決め(Umgangsregelung)がなされた。

親子法改正法施行後の1998年末に、父は、母との共同配慮権を認めることを家庭裁判所に求めた。その際に、父は、婚外子の父が母の同意によってのみ母と共同して子に対する配慮を行うことができるとする法律上の規程が憲法違反であると主張した。家庭裁判所は、手続を停止し、子の母及び子と長年にわたり共同生活を営んでいた婚外子の父には、父母の別居後、子の母が共同配慮に関する同意を拒絶する限りで、その子に対する共同配

対する父母の配慮宣言と親による配慮権」自治研究80巻6号(2004年)116-124頁、西谷・前掲(注2)「(一)」16頁が、2009年ヨーロッパ人権裁判所判決については、西谷・前掲(注2)「(一)」16-17頁、ドイツ家族法研究会・前掲(注2)「(一)」119-121頁(稲垣朋子執筆)が、2010年連邦憲法裁判所決定については、ドイツ家族法研究会・前掲(注2)「(一)」121-123頁(床谷文雄執筆)がそれぞれ紹介している。これら先行研究についても、併せて参照頂きたい。

44) BVerfGE 107, 150.=FamRZ 2003, S. 285.

45) BVerfGE 107, 157ff.

慮が認められないこと（1626a 条，1672 条）が基本法 6 条 2 項及び 5 項に適合するか否かという問題を連邦憲法裁判所に移送した。家庭裁判所の移送理由は，1626a 条及び 1672 条が父の親の権利を母の自由な処分に委ねていることは，父が長期にわたり親としての地位を占めており，かつ，別居後にも子との関係を維持している場合には，基本法 6 条 2 項に基づく父の権利への正当化されえない侵害であるというものである。さらに，1626a 条及び 1672 条は，子が婚内子であるか婚外子であるかによって父子間の法的関係が区別されることなどから，基本法 6 条 5 項に違反するとされた。

事件 2（憲法異議事件）の憲法異議申立人は，1993 年に生まれた婚外子（男児）の父である。彼は，長期にわたって，子の母と共に非婚生活共同体において共同生活を営んでいた。母が子連れて父のもとを去った後の 1996 年に，父母は，子と父との広範な交流を取り決めた。それは，半月ごとに子を父のもとに置くことを可能にするものであった。さらに，父母は，子に関する重要な問題を可能な限り申し合わせ（Absprache）によって調整することに合意した。しかしながら，母は，父からの配慮表明についての要請には応じていない。

親子法改正法の施行後の 1999 年に，父は，子に対する共同配慮権を完全にあるいは部分的に移譲することを，区裁判所に申し立てた。申立ては，区裁判所によって却下された。それに対する異議申立ても，上級地方裁判所，連邦通常裁判所⁴⁶⁾によってそれぞれ却下された。父は，1626a 条が，基本法 1 条から 3 条，6 条 2 項，及び 20 条 3 項に適合しないとして，連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てた。

(2) 連邦憲法裁判所の判断

連邦憲法裁判所は，「1626a 条は，1998 年 7 月 1 日の親子法改正法施行前に別れてしまった父母のための経過規整（Übergangsregelung）が欠けている限りにおいて，基本法 6 条 2 項及び 5 項と一致しえない」立法者に

46) 前述の 2001 年 4 月 4 日連邦通常裁判所決定（FamRZ 2001, S. 907ff.）が，それである。

は、2003年12月31日までに憲法適合的な経過規整を行うことが課される」と判示する⁴⁷⁾。ここで指摘されている経過規整とは、「婚外子と共に共同生活を営んでいた父母が、1998年7月1日の親子法改正法施行前に別れてしまった場合について、非婚の父母の共同の親の配慮が子の福祉に反しないか否かについての裁判所による個々のケースの審査を予定するような経過規整」である⁴⁸⁾。この点について、連邦憲法裁判所は、新立法がなされるまでの経過規整として、「裁判所は、婚外子の父母が婚外子と長期にわたり共同生活を営んでいたものであり、かつ、親子法改正法の施行前に別れてしまったようなケースにおいては、BGB1626a条1項1文による父母の他方の配慮表明がないことを理由として、父母の一方によって獲得に努められた子に対する共同配慮を拒絶してはならない」と定めた⁴⁹⁾。

その一方で、連邦憲法裁判所は、その他の点では1626a条が基本法に違反しないことを確認した。まず、1626a条2項によって婚外子に対する配慮権が原則として母に単独で帰属することは、基本法6条2項に基づく父の親の権利を侵害しない。子の福祉は、子がその出生時から子のために法的拘束力のある行動を行なえる者を有することを要求し、さらに、母子間には、生物学的結び付きと共に、子の出生後も続く関係が、妊娠期間中には既に発生しているというのがその理由である⁵⁰⁾。

また、配慮表明制度(1626a条1項1号)についても、基本法6条2項には反しないことが確認された。配慮表明は、子の福祉の観点の下で、配慮権の共同引受についての父母の意見の一致をその条件とするという規整意図に基づいており、それによって基本法6条2項に基づく婚外子の父の親の権利が十分に顧慮されていないことについての根拠は、目下のところ存在しないのである⁵¹⁾。父母の一致した意思表示によってしか共同配慮を実

47) BVerfGE 107, 151f.

48) BVerfGE 107, 168.

49) BVerfGE 107, 186.

50) BVerfGE 107, 170.

51) BVerfGE 107, 172.

現できないという配慮表明制度の問題点についても、立法者は、親の権利の行使が父母間の「最小限度の合意 (Mindestmaßes an Übereinstimmung)」を要求しているという状況を顧慮しているとして、その合憲性が認められている⁵²⁾。ここで特に注目されるのは、連邦憲法裁判所が、配慮表明制度の合憲性を判断するに際して、同制度に関する立法者の想定の正当性をその根拠としたことである。例えば、立法者は、「父母の一方の意に反する強制的な共同配慮が、通例は、子にとってのメリットよりもデメリットに結び付けられる (vgl. BTDrucks 13/4899, S.58ff.; BTDrucks 13/8511, S.66.)」という前提から出発することによって、「子の福祉」を顧慮しているとされるのである⁵³⁾。さらに、連邦憲法裁判所は、「婚姻締結によって証明されたあるいは明確に表明された父母双方の共同配慮に関する意思が、父母の協力の準備 (Kooperationsbereitschaft) を示しており、父母による子の福祉に合致した共同配慮権行使を最も容易に保障する」こと⁵⁴⁾、「父母間に協力の準備がある場合には、BGB1626a 条 1 項 1 号の共同の配慮引受に至るのが通常である」こと⁵⁵⁾、「母がまさに父及び子と共同生活を営んでいる場合には、母は、例外的にのみ、そして母が子の福祉の維持によって支えられる重大な理由を有する場合にのみ、父の共同配慮の希望を拒絶し」また「母は、およそ父に対する権力的な地位 (Machtposition) として、配慮表明の拒絶の可能性を濫用しない」こと⁵⁶⁾についても、立法者の想定の正当性をいずれも承認しているが、これらは前述の1997年親子法改正法の政府草案や連邦議会法務委員会報告書において直接的に明言されているとはいいい難い面もあり、むしろ連邦憲法裁判所の想定する立法者の想定といった方が正確であるように考えられる。いずれにしても、本判決では、これら一連の立法者の想定の正当性を根拠として、1626a 条 1 項

52) BVerfGE 107, 175.

53) BVerfGE 107, 173.

54) BVerfGE 107, 174.

55) BVerfGE 107, 176.

56) BVerfGE 107, 177.

1号の配慮表明制度の合憲性が肯定されたのである。その一方で、連邦憲法裁判所は、事実の展開を観察し、自己の想定が実際に存在するか否かを審査することを立法者に義務付け、そのような観察によって、立法者の想定が現実的でないことが判明した場合に、立法者は、母及び子と共に家族として共同生活する婚外子の父たちを配慮(sorgen)しなくてはならないとした⁵⁷⁾。

このように、連邦憲法裁判所は、1998年7月1日以前に別れた婚外子の父母のケース(「古いケース(Altefälle)」)のための経過規整を1626a条が持たない点については違憲性を認めた一方で、その他の点では1626a条が基本法に反しないことを確認したのである。なお、連邦憲法裁判所によって指摘された1626a条の経過規整の欠如については、2003年12月13日の連邦憲法裁判所の家族法上の諸決定の法律化に関する法律(Gesetz zur Umsetzung familienrechtlicher Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, BGBl. I S.2547.) (2003年12月31日施行)によって修正が行われた。同法は、民法施行法224章2条2項の後に、次の3つの条項を追加した。

【民法施行法224章2条(抜粋)】

(3)互いに婚姻していない父母が、その子に対する親の責任を長期にわたって家庭的共同体において引き受けていた場合であって、かつ1998年7月1日以前に別居した場合には、家庭裁判所は、共同の親の配慮が子の福祉に適う際には、父母の一方の申立てに基づいて、民法典1626a条1項1号による父母の他方の配慮表明を補充しなくてはならない。父母が、少なくとも6ヵ月間、中断することなく子と共に共同生活を営んでいた場合には、通常、長期にわたる親の責任の共同引受が存在する。

(4)申立ては、民法典1626b条1項及び3項、1626c条、並びに1626d条によって申立人の配慮表明が行われた後に初めて許される。その他

57) BVerfGE 107, 179f.

の点では、裁判所構成法23b条1項2文2号を含む民事訴訟法621条1項1号による他の家事事件の手続に関する現行法規定が準用される。

(5)家庭裁判所は、社会福祉法典第8編58a条による情報提供のために、第3項による確定力ある補充を、子の生年月日及び出生地、並びに、子が出生証明の時に称していた名前についての報告を付して、社会福祉法典第8編87c条6項2文によって権限を有する少年局に、速やかに報告しなくてはならない。

2003年1月29日連邦憲法裁判所判決の意義は、1626a条の合憲性が、同条の経過規整の欠如を除けば、原則的に肯定された⁵⁸⁾ことだけではなく、本判決において婚外子の配慮法制に関する一連の立法者の想定が提示されたこと、そして、連邦憲法裁判所が、立法者に対して事実の調査を促し、自己の想定の正しさを審査させることを義務付けたことにもあったといえる。すなわち、本判決を受ける形で、前述の連邦統計局による配慮表明に関する統計調査や連邦司法省によるアンケート調査が実施され、さらに、この後の裁判においては、まさに本判決で示された立法者の想定の当否が問題とされるのである。この点で、本判決の意義は、決して小さいものではない。もっとも、本判決に対する学説の評価は概して批判的であり、その批判は、連邦憲法裁判所の認定した立法者の想定に対して向けられることとなった。例えば、ムシェラー教授(K. Muscheler)は、連邦憲法裁判所が、「推測の滝(Vermutungskaskade)」に基づいて判断を下していると痛烈に批判し⁵⁹⁾、ミヒヤエル・ケスター教授も、連邦憲法裁判所の想定が、

58) なお、2003年4月23日連邦憲法裁判所決定(FamRZ 2003, S.1447f.)は、1994年に生まれた婚外子の父が1626a条2項及び1672条1項の合憲性を問題として申し立てた憲法異議であるが、本決定においてもこれらの規定の合憲性が肯定されている。

59) K. Muscheler, Die elterliche Sorge des nichtehelichen Vaters, in: Helms/Zep-
pernick (Hrsg.), Lebendiges Familienrecht: Festschrift für Rainer Frank zum
70. Geburtstag am 14. Juli 2008, 2008, S.464ff. ムシェラー教授が、連邦憲法裁
判所の「推測の滝」として挙げるのは、①婚外子が主として父母のいる家族的

いくらか「でたらめに (ins Blaue hinein)」行われたと批判していた⁶⁰⁾。また、連邦憲法裁判所は、父と共同生活を営んでいたようなケースで母が父の共同配慮の希望に反対する場合には、母が子の福祉の維持のために重大な理由を有するとする立法者の想定を正当であると評価したが、この点について、フィンク博士は、そもそも「このような想定 [= 立法者の想定] は、あまりにも理想主義的であるように思われる。というのも、家族メンバーは各々、紛れもなく自分自身の利益を有しているのである。」として、これを批判していた⁶¹⁾。その一方で、連邦政府は、これらの批判にもかかわらず、従来の基本的姿勢を変更することはなかった⁶²⁾。

共同体に生まれにくいという推測、②婚姻している父母が婚姻時に子の教育に関する協力を約束しているという推測、③父母の一方の意に反する共同配慮が通例は子に対するメリットよりもデメリットを必然的に伴うという推測、④父母の意見が一致しない際には、母が子に対する親密な関係を有しているという推測、⑤父母が共同生活を営んでいる場合には、通常は配慮表明に至るという推測、⑥母が父と共同生活を営んでおりかつ配慮表明を拒絶する場合には、母は子の福祉に方向付けられた重大な理由を有しているという推測、⑦父母の別居後には、もはや協力の可能性が存在しないという推測である (S.464.)。特に、①③⑤⑥⑦の推測については、支持することができないか疑問符を打たざるをえないと述べる (S. 465.)。

60) M. Coester, a.a.O. (Fn.28), S. 1137.

61) S. Fink, *Verfassung und das Sorgerecht für nichteheliche Kinder: Das Kindeswohl als Maßstab gesetzlicher Regelungen*, JAmt 2005, S. 488. Vgl. auch, S. Simitis, *Kindschaftsrecht — Elemente einer Theorie des Familienrechts*, in: Dieckmann/Frank/Hanisich/Simitis (Hrsg.), *Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels*, 1986, S. 585., 593.

62) 但し、連邦政府は、2004年1月28日付の議会文書の中で、親子法改正に関する連邦議会議員の質問に対して、「……目下、連邦司法省においては、2003年1月29日の連邦憲法裁判所の判断を顧慮して、互いに婚姻していない父母の親の配慮権に関する諸規定を変更することが合理的か否かが審議されている」と回答していた (BT-Drucks. 15/2399, S.3.)。このことから、連邦司法省が、2003年連邦憲法裁判所判決について、ある程度の関心を示していたことが窺われる。

2. 2009年12月3日ヨーロッパ人権裁判所判決 (Zaunegger 事件)

2003年連邦憲法裁判所判決において、その合憲性が本格的に検討された婚外子配慮法制をめぐる問題は、ヨーロッパ人権裁判所に持ち込まれ、そのヨーロッパ人権条約との適合性を問われることとなる。すなわち、2009年12月3日ヨーロッパ人権裁判所判決⁶³⁾は、配慮表明制度(1626a条)に関して、ヨーロッパ人権条約によって保障された婚外子の父の権利が侵害されていることを初めて認めたのである。

(1) 事実関係 (Rn. 7-12, 28-31)

本件の申立人 (Horst Zaunegger) は、1995年に婚姻外で生まれた女兒の父である。子の父母の関係は5年間続いたが、1998年8月に両者は別居した。2001年1月まで、子と父は共同生活を営んでいたのに対して、母は同じ建物内の別の住居に引っ越した。父母は配慮表明をしていなかったで、母が子に対する単独配慮を有した(1626a条2項)。2001年1月、子は母の住居に引っ越した。その後、父母は子と父との交流について協議を開始し、2001年6月、父母は、少年局の援助を得て合意に達した。2001年に、父は、母が配慮表明に同意するつもりがないことから、共同配慮を命じることを求めた。その他の点では、父母は共に協力的であり仲良く過ごしている。2003年6月18日、ケルン区裁判所は、前述の2003年1月29日連邦憲法裁判所判決を引用して、父の申立てを却下した。父は控訴したが、2003年10月2日、ケルン上級地方裁判所は、父母が配慮表明を行っていないこと、そして、前述の2003年連邦憲法裁判所判決では、1998年7月1日以前に別居した婚外子の父母に関しては1626a条が違憲であると判決していたのに対して、本件の父母の別居が1998年8月であったことを理由とし

63) Zaunegger v. Germany, No. 22028/04, Judgment, 3 December 2009. 判決原文(英文)は、ヨーロッパ人権裁判所のウェブサイトで見ることができ(<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=859047&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>) (最終確認: 2012年4月28日)。判決の独語テキストについては、FamRZ 2010, S.103. = NJW 2010, S.501. を参照。

て、父の控訴を棄却した。さらに、ケルン上級地方裁判所は、1998年7月1日に施行された親子法改正法が衆目を集め、それゆえ、非婚の父母にはこれに関心を示し、新立法に気づくことが期待されていたことを指摘した。父は連邦憲法裁判所に憲法異議の訴えを提起したが、2003年12月15日に、訴えは連邦憲法裁判所によって却下されている。

そこで、父が、ヨーロッパ人権裁判所に訴えを提起したのが本件である。父は、共同配慮を拒否する裁判所の決定が、彼の家族生活の尊重に関する権利(条約8条)を侵害しており、かつ、条約8条との関連における条約14条(差別の禁止)に関して、民法典1626a条2項の適用が、性別を理由とし、さらに離婚した父との比較において、非婚の父に対する正当化されない差別であると主張した。

これに対して、ドイツ連邦共和国政府は、1626a条がヨーロッパ人権条約に違反しないと主張した。連邦政府の主張によれば、婚外子の配慮権を第一次的に母に割り当てる1626a条2項は、婚外子の生まれる環境の多様性、子の出生時に子との法的関係が確立する母への配慮権の分配の正当性などに基づくものとされる。さらに、配慮表明制度(1626a条1項1号)に関しても、本件では、共同配慮を命じることが父母間の紛争を引き起こし、それゆえ子の最善の利益に反する可能性が排除できないなどと主張した。

(2) ヨーロッパ人権裁判所の判断

ヨーロッパ人権裁判所は、まず、「子の法定代理人 (legal representative) を決定することによって、また、親の監護 (parental custody) の行使に関する諸問題をめぐる父母間の紛争が子の犠牲の下に行われることを回避することによって、婚姻外で生まれた子の最善の利益 (the best interests) を保護することを意図している」1626a条に基づいて下されたドイツ国内裁判所の決定が、条約14条に適う正当な目的を追求していることを認める(Rn.52)。また、ヨーロッパ人権裁判所は、配慮表明制度が非婚の父母の合意によって婚外子に対する共同配慮を認める点について、非婚の父母を、ある程度まで、婚姻している父母と同じ地位に置こうとする立法者の試み

であることを承認する (Rn.53)。さらに、婚外子の出生する生活環境の多様性 (Rn.54) の観点から、また、「親権 (parental authority) に関する共同の意思表示がない」点で、「法的拘束力のある方法によって子のために行動することができる者が〔子の〕出生時に存在することを確保するために、子に対する親権をまず母に帰属させることが子の福祉のために正当化されたこと」が認められた (Rn.55)。これらの諸点については、1997年親子法改正法の立法者の想定の正当性が承認されたものであり、前述の2003年連邦憲法裁判所判決における判断との共通性をみることができる。

その一方で、ヨーロッパ人権裁判所は、前述の2003年連邦憲法裁判所判決とは異なり、婚外子の父には不平等な取り扱いが存在していることを認めた。ヨーロッパ人権裁判所は、「父母間の論争あるいはコミュニケーションの欠如が子の福祉を危険に晒す恐れがある」ような場合には、「非婚の父に親権への参加を拒むための正当な理由が存在するかもしれない」ことを認めつつも、これが「非婚の父とその子の関係の一般的な特徴である」ことは全く立証されておらず (Rn.56)、さらに、本事件の申立人については、子及びその母と同居していた事実や子との交流を行っていた事実などがあるにもかかわらず、「共同親権の帰属が子の福祉に資するか否かに関する司法審査を求めること、及び共同監護の同意に対する母の恣意的な拒絶を裁判所の命令によって補充させることから排除されていた」ことが認められると述べる (Rn.57)。本事件において連邦政府が主張し、前述の2003年連邦憲法裁判所判決の理由中にも現れた議論、すなわち、「父母が共同生活を営んでいたが、母が共同監護の意思表示を拒絶した場合に、そのようなケースは、母が拒絶に関して子の利益に基づく重大な理由を有する例外的なケースである」という立法者の想定が正当であるという議論についても、「当裁判所は納得しない」とされた (Rn.58)。以上のことを前提として、ヨーロッパ人権裁判所は、「当裁判所は、母の意に反する共同監護が一見したところ (prima facie) 子の福祉にならないだろうという想定を共有することができない」と判示する (Rn.59)。

さらに、ヨーロッパ人権裁判所は、1626a 条が、共同配慮に対する母の

同意拒絶の際に、裁判所による審査の可能性を父に認めていないことも問題とする。この点、ヨーロッパ人権裁判所は、「裁判所による共同監護の命令は、父母間の対立を引き起こし、そしてそれゆえに、子の最善の利益に反することになる」可能性が、本件のような状況では、排除できないという連邦政府の主張に与しなかった(Rn.61)。その際に、ヨーロッパ人権裁判所は、配慮権の帰属に関する法的手続が幼い子を動揺させる可能性があることを認めつつも、ドイツ法が、1671条において、別居している父母間の配慮権をめぐる紛争について司法審査による解決を予定していることとの矛盾点を指摘する。続けて、ヨーロッパ人権裁判所は、「当裁判所は、なぜ本件の状況が、これらのケース〔=1671条のケース〕と比べて司法審査を許さないのかについて、なぜ父として承認されており父としての役割を果たしていた申立人が、この点で本来的に親権を有しておりかつ後に母と別れたもしくは離婚した父と異なる扱いを受けるべきであるのかについて、十分な理由を〔連邦〕政府が提示しなかったものとする」と述べた(Rn.62)。

以上の判断に基づき、ヨーロッパ人権裁判所は、「……当初から単独監護が母に帰属することに関する司法審査の一般的排除と追求された目的、すなわち婚姻外で生まれた子の福祉の保護との間に合理的な比例関係(a reasonable relationship of proportionality)が存在しない」(Rn.63)、「それゆえ、本事件では、条約8条との関連における条約14条の違反が存在する」(Rn.64)と結論付けた⁶⁴⁾。

本判決自体は、既に判決直前に予見されていたように⁶⁵⁾、「結果において

64) なお、申立人が併せて主張していた人権条約8条の侵害については、判断を下す必要がないとされている(Rn.65)。

65) 例えば、シュルペ博士(J. M. Scherpe)は、スコットランド法に関する1995年2月24日ヨーロッパ人権裁判所判決(McMichael事件: McMichael v. The United Kingdom, No. 16424/90)と、イングランド法に関する1999年9月14日ヨーロッパ人権裁判所判決(Balbontin事件: Balbontin v. The United Kingdom, No.

驚くものではない」⁶⁶⁾として、学説において比較的冷静に受け入れられたようである。学説の関心は、ヨーロッパ人権裁判所によって下された判断の具体的内容よりもむしろ、ドイツ政府が非婚の父母に対してどのような改正法を用意するのかという点にあった⁶⁷⁾。

3. 2010年7月21日連邦憲法裁判所決定

2010年8月4日付の各日刊紙の一面には、「非婚の父親たちにより多くの権利 (Mehr Rechte für unverheiratete Väter)」⁶⁸⁾、「未婚の父親たちが配慮権を手に入れる (Ledige Väter erhalten Sorgerecht)」⁶⁹⁾といった見出しが躍った。各紙は、前日に公表された2010年7月21日連邦憲法裁判所決定⁷⁰⁾によって、婚外子の父の配慮権に関して重大な変更が生じたことを大きく報じたのである⁷¹⁾。連邦憲法裁判所は、本決定において、1626a 条 1

39067/97) という2つのリーディングケースから考えて、ヨーロッパ人権裁判所は、ドイツ法が婚姻している父母と婚姻していない父母とを区別している点、及び非婚の母と非婚の父を区別している点については、不適切な父から子及び母を保護するためにこれらを正当化する可能性が高いことを指摘しつつも、ドイツ法における婚外子の父の配慮権獲得の条件が母の同意だけに左右されており、さらに母の判断に対する裁判所の審査を排除している点で、ヨーロッパ人権条約8条に違反するとの判断を下す可能性があることを指摘していた。J. M. Scherpe, *Nichteheliche Kinder, elterliche Sorge und die Europäische Menschenrechtskonvention*, *RabelsZ* Bd.73(2009), S. 952f.

66) M. Coester, *Sorgerechtliche Impulse aus Straßburg*, *NJW* 2010, S. 482.

67) Vgl. M. Coester, a.a.O. (Fn.66), S.483.; M. Löhnig, *Konsequenzen aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Sorgerecht des nicht mit der Kindesmutter verheirateten Vaters*, *FamRZ* 2010, S. 338.

68) *Die Welt*, 4. August 2010, S. 1.; *Neues Deutschland*, 4. August 2010, S. 1.

69) *Süddeutsche Zeitung*, 4. August 2010, S.1.

70) *BVerfGE* 127, 132. = *FamRZ* 2010, S.1403. = *NJW* 2010, S. 3008.

71) これに対して、「しかし実際には、連邦憲法裁判所は、非婚の父の訴訟上の権利を強化したに過ぎない」との評価もある。Vgl. L. M. Peschel-Gutzeit, *Die Sorgerechtsstellung des nicht mit der Mutter des Kindes verheirateten Vaters*, *NJW* 2010, S. 2992.

項1号及び1672条1項が、基本法6条2項に基づく婚外子の父の親の権利を侵害していることを最終的に認めた。

(1) 事実関係⁷²⁾

本件の憲法異議申立人は、1998年に生まれた婚外子(男児)の父である。子の父母は数週間だけ共同生活を営んだが、母の妊娠中に別居した。子は、出生以来ずっと母の家庭で生活している。このように、父母と子の3者が共同生活を営んだことがない点は、これまでの事件とは異なる本件の特徴である。父は、1998年に少年局で母の同意を得て父性を承認したが、当初、父が子の父性に疑念を抱いたために、家庭裁判所の手続において鑑定によって父子関係が確認された経緯がある。2001年1月、父は、公証人のもとで配慮表明を作成し、その中で親の配慮を母と共同して引き受けたいと表明したが、母は配慮表明を拒絶した。2002年11月、父母は、家庭裁判所で交流の取り決めを行った。その内容は、隔週で、週末に宿泊を含めて息子と過ごすことなどを父に可能にするものであった。父母は、その後の数年間、この取り決めを遵守したが、父母の関係は、子の出生以来良好なものとはいえ、紛争と相互不信によって特徴付けられている。

2008年の初頭に、父は、母と子とその年の夏季休暇中にドイツ国内で引越そうとしていることを知り、母の配慮権の部分的剥奪と自己への居所指定権の移譲を家庭裁判所に求めた。さらに、彼は、自己にその子に対する単独の配慮権を移譲することあるいは共同配慮の創設のために配慮表明に対する母の同意を補充することを補助的に申し立てた。しかし、家庭裁判所は、2008年6月30日付の決定によって、父の申立てを却下した。父が、1626a条1項のために、配慮権者である母の意に反しては、単独配慮権あるいはその一部を獲得することはできないというのがその理由である。さらに、1672条1項が単独の親の配慮の創設に対する母の同意を必然的に前提としていることから、居所指定権あるいは補助的に申し立てられた配慮権の父への移譲も、認められなかった。これに対する父の抗告を、2008年

72) BVerfGE 127, 142ff.

11月20日ハム上級地方裁判所決定は、父には抗告権が認められないなどとして、退けた。さらに、父が申し立てた意見聴取に対する異議も、父にはかなりの法的聴取が認められたという理由から、2009年1月8日の家庭裁判所決定によって却下されている。これに対して、父が憲法異議の訴えを申し立てたのが本件である。父は、基本法2条1項、3条1項及び2項、6条2項、20条3項、並びにヨーロッパ人権条約1条、6条、8条及び14条との関連における基本法6条2項の違反を主張する。さらに、父は、父性の確定後に自動的に父母の共同配慮が開始することが憲法上命じられており、少なくとも、個々のケースにおいて母によって拒絶された同意の意思表示が裁判所によって審査されること、及び配慮権剥奪に関する1666条よりも低い敷居 (Schwelle) の下で共同配慮が命じられることあるいは父へ単独配慮が移譲されることが可能でなければならないなどと述べていた。

なお、本事件については、連邦司法省及び社団法人ドイツ家庭裁判所大会 (Deutscher Familiengerichtstag e.V.) が、それぞれ態度表明 (Stellungnahme) を行った⁷³⁾。その中で、連邦司法省は、目下の調査状況によれば、父との共同配慮に同意しない母の主たる動機が必ずしも「重大な子の福祉の熟慮に (in schwerwiegenden Kindeswohlerwägungen)」あるわけではないことを認めた。また、社団法人ドイツ家庭裁判所大会は、1672条1項及び1626a条、並びに1666条との関連における1680条3項及び2項2文は、それぞれの規範が母の同意拒絶の際に個々のケースにおける裁判所による審査を予定していない限りで、基本法6条2項1文、5項及び3条に違反しているという見解を示した。

(2) 連邦憲法裁判所の判断

本件における連邦憲法裁判所の判断は、「BGB1626a条1項1号及びBGB1672条1項は、基本法6条2項と一致しない」⁷⁴⁾というものであるが、両規定が基本法6条2項に違反するがゆえに、直ちに無効であるとされ

73) BVerfGE 127, 144f.

74) BVerfGE 127, 133., 145.

なかった。その判断について、以下具体的にみてみよう。

まず、婚外子に対する配慮権が第一次的に母に割り当てられていること(1626a条2項)は、基本法6条2項に基づく婚外子の父の親の権利を侵害するものではない⁷⁵⁾。その理由としては、婚外子が多様な家庭状況に生まれること、そして、母こそが子の出生時に確定している唯一の確実な関係者(Bezugsperson)であり、婚外子に対する配慮を原則的に母に割り当てることは、子とその出生時から子のために法的拘束力のある行動を行なえる者を有するという子の福祉の要求を満たすことが挙げられる。また、基本法6条2項に基づく親の権利は、婚外子の父性が有効に承認された際に、父母の共同配慮を法律上承認しなければならないということを命じていない⁷⁶⁾。父が父性を承認したことによって、直ちに父が母と子に対する配慮を共同して引き受けることを望んでいるとは推論できないというのがその理由であるが、さらに、連邦憲法裁判所は、父性の承認を父母の共同配慮に関連付けた場合に、共同配慮を行うつもりのない父が、父性を自発的に表明しないという危険があることも指摘する。要するに、連邦憲法裁判所の見解では、立法者が、父性の承認がある場合にも、それによって自動的に父母の共同配慮となることを認めず、第一次的に母の単独配慮となとしたことは、基本法6条2項に反しないのである。これらの判断は、前述の2003年連邦憲法裁判所判決及び2009年ヨーロッパ人権裁判所判決の判断とも基本的に一致しており、本件に特殊なものではないといえる。

では、一体何が憲法違反なのだろうか。1626a条1項1号及び1672条1項は、母の同意がある場合にしか、母との共同配慮あるいは母から父への単独配慮の移譲の可能性を父に認めておらず、また、それが母の意に反する場合に、共同配慮あるいは単独配慮の移譲の可否に関する裁判所の審査も予定していなかった。この点について、連邦憲法裁判所は、「基本法6条2項に基づく婚外子の父の親の権利は、子に対する配慮引受(Sorgetragung)へと至ること(Zugang)が、それに対する同意を母が拒

75) BVerfGE 127, 147f.

76) BVerfGE 127, 148f.

絶している際に、父には一般的に禁じられていることによって、侵害されている」と判示したのである⁷⁷⁾。

父母の共同配慮について、連邦憲法裁判所は、「BGB1626a条1項1号は、母がそれに同意した場合にのみ、婚外子の父に母と共に共同配慮に関与する可能性を開いている。この同意が母によって拒絶された場合には、父は永続的に子に対する共同配慮から排除される。父は、確かに、給付能力がある限りにおいて、BGB1601条以下によって子の扶養料の支払いに駆り出され……るが、子の運命 (Geschicke) や教育について、〔母と〕一緒に決定することは許されないのである。父には、交流が子の福祉に一致している限り及びその範囲内で、子と交流する権利 (BGB1684条) だけが残る。このように子の監護及び教育へ影響力を及ぼす可能性 (Einflussnahmemöglichkeit) が、裁判所による審査なしに拒絶されることは、父の親の権利への深刻な介入である。」と述べる⁷⁸⁾。また、先に確認したように、立法者は、父母の共同配慮を解消していずれか一方の単独配慮に変更する際に、父母間で意見が対立する場合には、裁判所が「子の福祉」を基準として判断するものとした (1671条) が、このこととの関係で、立法者が、共同配慮の創設 (1626a条1項1号) の際に、一般的に子の福祉侵害を推認するために、「母の反対の意思」で足りるとしたこと、そして、それによって、「子の福祉」を基準とした裁判所による個々のケースの審査を排除したことには、明らかに理由がないとした⁷⁹⁾。2003年1月29日連邦憲法裁判所判決が、事実の展開を観察しかつ自己の想定が実際に存在するか否かを審査することを立法者に義務付けたことについては既に述べたところであるが、この点についても、連邦統計局によって明らかにされている配慮表明件数から、半数をわずかに超えた婚外子の父母だけが配慮表明を行うことに合意していることが推測されること、そして、連邦司法省のアンケー

77) BVerfGE 127, 151f.

78) BVerfGE 127, 155.

79) BVerfGE 127, 156f. この点については、前述の2009年ヨーロッパ人権裁判所判決との共通性をみることができる。

ト調査の結果によれば、母が父との共同配慮を拒絶する理由に、「子の福祉の熟慮」と並んで「母の個人的な願望」⁸⁰⁾があるとされていることなどから、「より最新の経験的知見は、母による同意拒絶が、通常は、子にとって不利に作用する父母の葛藤に基づいており、母の自己利益の追求ではなく子の福祉に資する理由に基づいて行われているという立法者の想定を是認しない」として、立法者の想定がもはや受け入れられるものではないことを明らかにした⁸¹⁾。

母から父への単独配慮の移譲についても、連邦憲法裁判所は、「BGB1672条1項は、BGB1626a条2項に基づいて母が有している婚外子に対する単独配慮権を婚外子の父に移譲することもまた、それに対する母の同意に依拠させている。母の同意が存在しない場合に、父は、自身による配慮引受の方が母の配慮引受よりも子の福祉にとって有益であるか否かを裁判所の審査に付す可能性を有しない。母の同意がない際に、このように〔父が〕親の配慮へと至ることが一般的に排除されていることは、〔1626a条1項1号と〕同様に、基本法6条2項に基づく親の権利への過度で (unverhältnismäßig) 正当化されることのない重大な侵害である。」と述べる⁸²⁾。しかし、ここで注意しなければならないのは、連邦憲法裁判所が、1672条1項について、先の1626a条1項1号よりも慎重な判断を下していることである。というのも、母から父への単独配慮権の移譲が認められるということは、母の配慮権を剝奪して父に移譲することを意味するために、これが、「父の親の権利」を尊重する一方で、「母の親の権利」への重大な介入になるのである⁸³⁾。しかも、母から権利が剝奪される理由が、母の教育任務 (Erziehungsaufgabe)

80) その例として挙げられるのは、子に関する事項について単独で判断できるように単独配慮を維持したい、それについて父には知らせるべきではない、父と一緒には何も行いたくないという母の願望である。Vgl. BT-Drucks, 16/10047, S. 12ff.

81) BVerfGE 127, 157ff.

82) BVerfGE 127, 159.

83) BVerfGE 127, 160.

の不全によって子の福祉が危険に晒されたこと（1666条参照）にあるのではなく、母との競合（Konkurrenz）において父が手もとで子を世話する権利を要求していることにあるのである。また、母が立法者によって選択の余地なく婚外子の原則的な配慮権者とされた（1626a条2項参照）結果として、母が親の配慮に関する権利を有するだけでなく、子を世話することを法律上義務付けられていることも重要となる。この点について、連邦憲法裁判所も、「異議を述べられるべきではない親の配慮の行使にもかかわらず、母に課せられている親の責任を剝奪することは、それゆえ重みのあることであり、母の親の権利への深い介入である」と述べ、より慎重な検討の必要性を認める⁸⁴⁾。さらに、母から父へ配慮権を移譲することが、共同配慮の創設の場合とは異なり、母の世帯から父の世帯へ子を移転させることになることから、このことは、「既存の母子関係に作用するだけではなく、子の成熟した（gewachsenen）人格的關係及び子の社会的環境に関する安定性及び継続性のニーズ（Bedürfnis）にもかかわる」のである⁸⁵⁾。以上のことを前提として、連邦憲法裁判所は、1672条1項について次のように述べる。

「これらの顧慮の下で、また、基本法上保護されている父母及び子の諸利益の熟慮において、立法者が、母の同意がないだけで婚外子の父を子に対する配慮権から排除し、裁判所による個々のケースの審査の可能性なしに単独配慮へ至ることを婚外子の父に拒んでいることは、確かに過度であり、それゆえ基本法6条2項に合致しない。しかし、裁判所による個々のケースの審査〔という可能性〕を開く際には、婚外子の母の親の権利が同様に十分顧慮されなければならない。母から配慮を剝奪することは、父の親の権利の維持のために、母の親の権利により少なく介入する他の可能性が存在しない場合であって、かつ、〔母の〕配慮権の剝奪を肯首できる（nahelegen）ような重大な子の福祉の理由が存在する場合にのみ、正当化される。母の親の権利について、親の配慮の剝奪よりも深刻でないのは、

84) BVerfGE 127, 161.

85) BVerfGE 127, 161.

父母による共同の配慮引受だろう。それゆえ、婚外子の母から父へ単独配慮を移譲する手続においても、まず審査されるべきは、子の福祉を損なわないような父母による共同の配慮引受が得策(angezeigt)でありえないか否かである。そう〔=共同の配慮引受が得策〕である限り、母の親の権利の維持のために、父への単独配慮の移譲は行われなければならないべきである。その他の場合には、子の重大な利害(Belange)及び子の福祉が、父への単独配慮の変更(Wechsel)を正当化することができるのである⁸⁶⁾。

以上のような理由から、連邦憲法裁判所は、1626a条1項1号及び1672条1項がいずれも基本法6条2項に違反することを認めたが⁸⁷⁾、さらに、連邦憲法裁判所は、法改正が行われるまでの経過規整として、1626a条については、「それが子の福祉に適うことが期待される場合には、家庭裁判所は、父母の一方の申立てに基づき、親の配慮あるいは親の配慮の一部を父母に共同して移譲する」という条件の下で、1672条1項については、「共同の親の配慮が問題とならずかつそれが子の福祉に最も適うことが期待される場合には、家庭裁判所は、父母の一方の申立てに基づき、親の配慮あるいは親の配慮の一部を父に移譲する」という条件の下で、それぞれ適用されなければならないことを暫定的に命じた⁸⁸⁾。1672条の経過規整では、1626a条1項1号の経過規整と比べてより高いハードルが置かれているが、それは、母から父への単独配慮の移譲に関する前述の連邦憲法裁判所の慎重な判断が反映しているものと考えられる。

本決定の意義は、1626a条1項1号及び1672条1項が基本法6条2項に違反することについて連邦憲法裁判所が実質的な理由を述べた点よりも、

86) BVerfGE 127, 161f.

87) なお、両規定が基本法6条2項に違反することが既に明らかであることから、両規定の基本法3条1項及び2項、6条5項との適合性については、審査されなかった(BVerfGE 127, 162.)。

88) BVerfGE 127, 133., 164f. なお、引用文中の傍点は、筆者による。

新たな法改正へ向けての刺激を与えた点にあるとも評されている⁸⁹⁾。なお、本決定後の下級裁判例においては、母の意に反する場合であっても、父母の共同配慮あるいは母から父への配慮権の（一部）移譲を認めるものが現れている。例えば、2011年3月23日ブランデンブルグ上級地方裁判所決定⁹⁰⁾では、父母の共同配慮権が、2010年8月20日ブランデンブルグ上級地方裁判所決定⁹¹⁾では、2人の子の学校及び幼稚園を決定する権限を父に移譲する仮の命令が、2010年10月7日ハム上級地方裁判所決定⁹²⁾では、子の居所指定権及び学校に関する利害のための権利を父に移譲する仮の命令が、それぞれ母の意に反しても認められるとされた。

V. 再改正論の高まり

1997年親子法改正後のドイツでは、特に連邦憲法裁判所及びヨーロッパ人権裁判所の一連の判断からの刺激を受ける形で、婚外子の配慮法制に対して再度の改正を求める声次第に大きくなっている。以下では、現行制度の問題点、共同配慮法制に関する具体的再改正モデルの順に現在のドイツにおける議論状況を概観する。

1. 現行制度の問題点

現行の配慮法制の問題点は、既に上述の一連の裁判例や1997年親子法改正法に対する学界の反応にも十分現れているところであるが、ここでもう一度整理すれば、次のことにあるといえる。第1に、母が婚外子の原則的な単独配慮権者として予定されている（1626a条2項）のに対して、父が婚外子に対する配慮権を手に入れることは当然のこととは考えられていない。第2に、婚外子の父母が共同配慮権を手に入れるためには、父母が一

89) T. Rauscher, Anm., JZ 2010, S. 1011.

90) OLG Brandenburg, FamFR 2011, S. 236.

91) OLG Brandenburg, NJW 2010, S. 3245.

92) OLG Hamm, NJW 2011, S. 389.

致した意思表示(配慮表明)を行わなければならない(1626a条1項1号)、母から父への単独配慮の移譲に際しても、父は母の同意を得た上で申立てを行わなければならない(1672条1項)。第3に、母が配慮表明や父への単独配慮権の移譲に反対した場合には、父母の共同配慮権の行使も、父の単独配慮権の行使も行えず、さらに、母の拒絶の際に、父には、裁判所による審査や母の同意を補充する制度が用意されていない。特に、母が、その同意拒絶の理由の如何を問わず、父の配慮権への関与を阻止できるということは、結局のところ、母が「拒否権(Vetorecht)」⁹³⁾を持つという問題に帰着するのである。このことは、次のような実際の下級裁判例で争われたケースをめぐっても、問題とされる。すなわち、自身の精神病のために子を世話することができない母が、非配慮権者たる父のもとで生活していた婚外子連れ戻そうとした事件で、2001年7月17日フルダ区裁判所決定⁹⁴⁾は、1666条の高いハードルを越えて母から配慮権を剥奪することが本ケースではできないと考え、「家族養育(Familienpfleger)」に関する1632条4項⁹⁵⁾に基づき、子が父のもとにとどまることを認めた。本事件のような場合にも、婚外子の父が母の同意なくしては配慮権限を手にする事ができず、父が親としての地位ではなく「養育人(Pflegeperson)」としての地位にとどまらざるをえなかったこともまた、問題とされていた⁹⁶⁾。

その一方で、注意しなければならないのは、学説の大多数においては、

93) J. M. Scherpe, a.a.O. (Fn. 65), S. 944.; Lüderiz/Dethloff, Familienrecht, 28. Aufl., 2007, S. 332. また、西谷・前掲(注2)「(一)」15頁も参照。

94) AmtsG Fulda, FamRZ 2002, S. 900f.

95) 1632条4項は、「子が長期にわたって家庭養育において生活している場合であって、かつ父母が子を養育人から引き離そうとする場合には、家庭裁判所は、職権または養育人の申立てによって、子の福祉が引き離しによって危険に晒されるであろう場合に限り、子が養育人のもとにとどまることを命じることができる」と規定する。

96) A. Doukkani-Bördner, Anm., FamRZ 2002, S.901.; Löhnig/Gietl/Preisner, Das Recht des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern, 3., völlig neu bearbeitete Aufl., 2010, S. 73.

非婚の父母による共同配慮が、婚姻している父母の場合と同様に、いかなる場合にも常に確保されなければならないものとは考えられていないことである。婚外子が安定的な環境に生まれることを一般化することは依然として困難であり、共同配慮が「子の福祉」に合わない場合には、適切とは考えられない父母の一方（特に、適切ではない父）を配慮権に関与させない、あるいは配慮権から排除することが正当化され、また、そのような可能性を用意する必要性を認める立場が存外多いように思われるのである。さらに、婚外子の母にとっても、共同配慮という問題が極めて重要で、センシティブなものであることへの配慮の必要性も一部で説かれている。つまり、配慮表明によって父との共同配慮を選択した母は、まさに「後戻りのできない道（Weg ohne Wiederkehr）」⁹⁷⁾を父と共に進んでいかなければならないのであり、さらに、別居の際に裁判所が父に単独配慮を移譲する可能性も排除できないことなどから、母自身の慎重な熟慮も依然として求められるのである⁹⁸⁾。

2. 具体的再改正モデル

現在のドイツでは、現行の婚外子共同配慮法制の問題点を克服するために、様々な再改正モデルが具体的に議論されている。これらのモデルは、その特徴にしたがって、少なくとも以下の5つのモデルに類別することができる。最後にそれぞれのモデルについて、そのメリット・デメリットとされている諸点も含めて、確認しておこう。

(1) 申立モデル (Antragsmodell)

母が婚外子に対する単独配慮権を原則として取得する一方で、婚外子の父に対しては、母との共同配慮権を求める申立権を認めるモデルである⁹⁹⁾。現行の配慮表明制度によって父母が共同して配慮表明を行った場合

97) D. Schwab, a.a.O. (Fn.6), S. 453.

98) Löhnig/Gietl/Preisner, a.a.O. (Fn.96), S. 74.

99) E. Schumann, Erfüllt das neue Kindschaftsrecht die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des nichtehelichen Vater-Kind-

(もしくは、父の申立てに対して母が異議を述べない場合)には、父母の共同配慮権が認められる。母が父との配慮表明(もしくは、父の申立て)に反対した場合には、父には、共同配慮に関する申立てを家庭裁判所に行う可能性が残される。その場合に、家庭裁判所は、「子の福祉」を基準として、共同配慮を認めるか否かの審査を行うことになるが、この点については、一般的な「子の福祉」審査と共に、父によって任意的に行われた父性承認、父子間の結び付きや関係、過去の交流権の行使及び父母の共同生活などが、裁判所による判断の要素になるとの指摘もある¹⁰⁰⁾。

本モデルのメリットとして挙げられるのは、法改正を比較的容易に実現できることである。まず、現行の母の原則的な単独配慮(1626a条2項)について、前述の連邦憲法裁判所及びヨーロッパ人権裁判所の一連の裁判例はいずれも、その正当性を承認していることから、ドイツの立法者は、依然としてこのような前提から出発することも可能と考えられるのである¹⁰¹⁾。さらに、前述の2010年連邦憲法裁判所決定の示した経過規整は、現行の配慮表明制度(1626a条1項1号)を前提としつつ、父母の一方の申立てによって家庭裁判所による子の福祉審査を予定する点で、まさに申立モデルを採用したのであり¹⁰²⁾、立法者は、これをそのまま立法化することによって、現行法の違憲状態を治癒することもできるのである。この意味

Verhältnisses?, FamRZ 2000, S.393f.; KinderrechtKommission des DFGT, Modell 3, JAmt 2005, S. 498-502.; S. Fink, a.a.O.(Fn.23), S. 147ff.; dies, a.a.O.(Fn.61), S.489. また、バイエルン州司法大臣メルク(B. Merk)も、このモデルを主張している(<http://www.justiz.bayern.de/ministerium/presse/archiv/2011/detail/3.php>) (最終確認: 2012年4月28日)。Vgl. N. Dethloff, Familienrecht, 30.Aufl., 2012, S. 389. なお、このモデル自体は、既に1990年代より散発的に主張されていた。Vgl. N. Dethloff, Reform des Kindschaftsrechts, NJW 1992, S.2201.; M. Coester, a.a.O.(Fn.16), S. 1248.; M. Lipp, a.a.O.(Fn.17), S. 70.

100) S. Fink, a.a.O.(Fn.61), S. 489f.

101) Vgl. M. Coester, a.a.O.(Fn.66), S. 483.

102) L. M. Peschel-Gutzeit, a.a.O.(Fn.71), S. 2991.

で、本モデルは、「小さな解決策 (Kleine Lösung)」¹⁰³⁾とも呼ばれる。このモデルにおいては、父子関係が法的に創設されていることは前提条件となるが、単にそのことから当然に父母の共同配慮が導出されることはない。その背景には、子が婚姻しているカップルの間に生まれる場合には、子を欲し、親の責任の引き受けたいという夫婦の決意が存在するという前提から出発することが可能であるのに対して、子が非婚のカップルの間に生まれる場合には、必ずしもそうであるとはいえないことなどがある¹⁰⁴⁾。また、このモデルには、父の共同配慮への参加を母との一致した配慮表明あるいは裁判所による子の福祉審査によって認める点で、「適切な父の選別 (Selektion des geeigneten nichtehelichen Vaters)」¹⁰⁵⁾という側面があるともいえる。

このようなメリットが指摘されている一方で、本モデルに対しては次のような問題点も指摘されている。まず、本モデルでは、婚外子の父のネガティブなイメージ、すなわち、子に関心を抱かず、配慮権を望まない父という前提から出発していることが問題とされる¹⁰⁶⁾。また、本モデルには、母が子の法的な父との共同配慮を望んでいる場合であっても、父がこれを拒んでいる限りにおいては、父母の共同配慮を実現することができないという問題がある。このように父が配慮法上の責任から逃れる可能性を残すことに対しては、「親の権利の義務的性格、及びそれから生じる親の責任は放棄できないという原則」に反すること、そして、容易に基本法6条2項1文に基づく責任から逃れることのできない母の配慮負担の軽減に対する利益を考慮していないことが問題視される¹⁰⁷⁾。このことは、後述する異議

103) M. Löhnig, a.a.O. (Fn.67), S. 339f.

104) S. Fink, a.a.O. (Fn.61), S. 489.

105) J. M. Scherpe, a.a.O. (Fn.65), S.954ff. なお、この「選別」という側面は、後述する「(3)父母の協調性が示される場合に法律上の共同配慮を認めるモデル」にもあるとされる。

106) T. Rauscher, a.a.O. (Fn.89), S. 1012.; Huber/Möll, Die elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, FamRZ 2011, S. 771.

107) M. Coester, a.a.O. (Fn.28), S. 1143. Vgl. auch, T. Rauscher, a.a.O. (Fn.89), S. 1012.

申立モデルなどにおいてもある程度問題となることではあるが、とりわけ、申立モデルにおいては、法的な親子関係の創設と共同配慮の創設が基本的に分離されていることから、父が配慮法上の責任から逃れる可能性が大きいといえるのである。さらに、このようなモデルが前提としている配慮表明制度の基礎にある立法者の想定も批判されている。すなわち、配慮表明制度には、父母が共同して配慮表明を行うことによって、共同配慮権に関する父母の「最小限度の合意 (Mindestmaß an Übereinstimmung)」が明らかとなるという立法者の想定が存在しており、さらに、その正当性を連邦憲法裁判所は一貫して承認しているが¹⁰⁸⁾、そもそも共同配慮が裁判所によって命じられるようなケースでは、もはや「最小限度の合意」が問題とはならないこと、イギリス法ではこの「最小限度の合意」が決定的な役割を果たしておらず、比較法的観点からみても、このような立法者の想定に対する疑念が増大することが指摘される¹⁰⁹⁾。

(2) 異議申立モデル (Widerspruchsmodell)

父母の婚姻や共同生活にかかわらず、父性の承認や裁判所による父性の確認によって法的な父子関係が創設される場合に、婚外子に対する父母の共同配慮を自動的に付与しつつ、共同配慮を望まない父母の一方(特に、母)には、家庭裁判所で共同配慮に対して異議申立てを行う可能性を認めるモデルである。この場合にも、家庭裁判所は、「子の福祉」を基準として、共同配慮を廃止するか否かを審査することになる。父母の離別自体は親の配慮の帰属に何ら影響を及ぼさないが、共同配慮を有する父母の協力がもはや期待できず、共同配慮が子の福祉に適わないケースでは、父母のいずれか一方のみへの配慮権の帰属を認める余地は残る。このモデルを支持する論者の主張をさらに子細に分析すれば、親子関係が自発的に創設されるか裁判によって創設されるかを特に区別せず、法的な父母であることを共同配慮権取得の前提条件とする立場¹¹⁰⁾と、父が自発的に父性の承認をし

108) BVerfGE 107, 169., 173., 175.; BVerfGE 127, 146., 153.

109) J. M. Scherpe, a.a.O. (Fn.65), S. 955f.

110) P. Finger, § 1626aff., 1672 BGB — verfassungswidrig?, FamRZ 2000, S. 1207.;

た場合もしくは父が裁判所による父性確認の申立てを行った場合に共同配慮を認める立場¹¹¹⁾とに分けることも可能である。いずれにせよ、婚外子の父母による共同配慮を原則としつつ、適切ではない父母の一方の共同配慮権からの排除、とりわけ「適切ではない父の排除 (Deselektion des ungeeigneten nichtehelichen Vaters)」¹¹²⁾の可能性を認めるのが、本モデルの基本構造である。

このモデルのメリットは、父母の婚姻関係の有無によって差異を設けない点で、1997年親子法改正において追求された「統一的な親子法」という目標をさらに推し進めること、さらに、法的な父が、単に経済的なレベルだけでなく、親の配慮のレベルで責任を果たすべきことを明確にすることにある。本モデルは、これまでのドイツ婚外子配慮法制の基本的構造に対して根本的な転換を迫ることから、「大きな解決策 (Große Lösung)」¹¹³⁾とも呼ばれる。

その一方で、このモデルに対しては、学説上、いくつかの重大な懸念も述べられている。特に、ドイツ民法においては、父性の承認に際して、母の同意が必要とされている (1595条1項) ことから、父性承認への同意拒絶という「防衛線 (Verteidigungslinie)」¹¹⁴⁾を築くことによって、母が共同配慮を阻止する可能性が残る。もちろん、母が父性承認に対する同意を

ders, a.a.O. (Fn.22), S. 229.; Kinderrechtekommission des DFGT, Modell1, JAmt 2005, S. 490-492.; I. Schwenzer, Model Family Code, 2006, Art 3. 27(=S. 141.); K. Muscheler, a.a.O. (Fn.59), S. 470f.; J. M. Scherpe, a.a.O. (Fn.65), S. 958.

111) M. Löhnig, a.a.O. (Fn.67), S. 340f. その理由としては、遺伝的な父が子の法的な父になることを自ら望んでいることの証明が共同配慮を法律上根拠付けるための条件となることがある。なお、ケスター教授は、父の自発的な父性承認の際に共同配慮を認める立場を、異議申立モデルではなく、後述する「(3)父母の協調性が示される場合に法律上の共同配慮を認めるモデル」に分類する。

Vgl. M. Coester, a.a.O. (Fn.28), S. 1141.

112) J. M. Scherpe, a.a.O. (Fn.65), S. 956ff.

113) M. Löhnig, a.a.O. (Fn.67), S. 340f.

114) M. Coester, a.a.O. (Fn.28), S. 1140.

拒絶する場合に、父は裁判上の父性の確認(1592条3号参照)を求めることができるが¹¹⁵⁾、そのような場合にも、父が配慮に関与する前に著しい時間稼ぎをすることを母に保障することになるという問題がある¹¹⁶⁾。また、すべての婚外子の父に、子との父子関係が確立すると同時に配慮権を与えることは、子に関心のない父や教育的に適切ではない父たちを配慮権から排除させる負担を母に負わせることになるという指摘や¹¹⁷⁾、そもそも父子関係の確立から、「父も、子に対する配慮を母と共に引き受けるつもりであること」は、一般的に推論できないとの指摘もある¹¹⁸⁾。ドイツの政治家の中にもこのモデルを批判する者があり、例えば、キリスト教社会同盟(CSU)のベアー議員(D. Bär)は、「母が父の配慮権を望んでいない場合に、出産後すぐという感情的に難しい時期に活動すること」を母には期待できないという理由から、父母に自動的に共同配慮権を認めることに反対し、ドイツ社会民主党(SPD)のランブレヒト議員(C. Lambrecht)も、非婚の父母については、配慮権を引き受ける能力のある関係が常に認められるとは限らないという理由から、同様に反対していると報じられている¹¹⁹⁾。さらに、母に異議申立ての権限を認めることが、母を余計なプレッシャーの下に置くことになり、その結果として、母に用心のために(vorsorglich)異議申立てを行わせることになる可能性があることも懸念されている¹²⁰⁾。

115) Vgl. D. Schwab, Familienrecht, 19. Aufl., 2011, Rd.531 (= S. 258.)

116) M. Coester, a.a.O. (Fn.28), S. 1140.

117) M. Coester, a.a.O. (Fn.28), S. 1140.

118) H. Luthin, Anm., FamRZ 2010, S. 1411. また、ラオシャー教授(T. Rauscher)は、父性の承認とこれに対する母の同意が、責任を共同して引き受ける準備の現れとみなすことは誤りであり、さらに、「父性の承認は、配慮法的意味における責任の引受けを意味するものでもなければ、裁判上の〔父性の〕確認に対して、質的により高い価値を有する父性の確立であると誤解されるべきものでもない」と主張する(T. Rauscher, a.a.O. (Fn.89), S. 1012.)。

119) Die Welt, 5. August 2010, S. 2. さらにいえば、このような批判が、後述するよう政治的レベルでの意見の対立を招き、連邦司法省による妥協提案が出される遠因になったものと考えられる。

120) H. Luthin, a.a.O. (Fn.118), S. 1411.

(3) 父母の協調性が示される場合に法律上の共同配慮を認めるモデル

父母が共同生活を営む場合や¹²¹⁾、父性が承認されたことに加えて父が子の扶養料の支払いを承認した場合¹²²⁾のように、父母間に一定の協調性が推認される場合に、共同配慮を法律上認め、それ以外の場合には、共同配慮あるいは父への単独配慮の移譲という訂正可能性を伴った母の原則的な単独配慮を認めるモデルである¹²³⁾。

すべての婚外子の父母に無条件で共同配慮を認めることに対しては消極的ではあるが、父母の共同生活等によって、子に対する責任を父母が共同して引き受ける意思や能力を示す指標 (Indiz) を認めることができる場合に共同配慮を承認する点に、このモデルの特徴があるといえる。特に、父母の共同生活を要件化することは、1997年親子法改正前の学説における改正論にもこれを主張する立場¹²⁴⁾があり、さらに、1991年5月7日連邦憲法裁判所決定の定めた経過規整¹²⁵⁾や前述の2003年連邦憲法裁判所判決

121) U. Jopt, Anmerkungen zum Referentenentwurf zur Reform des Kindschaftsrechts aus psychologischer Sicht, ZfJ 1996, S. 206.; Kinderrechtekommission des DFGT, Modell 2, JAmt 2005, S. 493-497.; N. Dethloff, Kindschaftsrecht des 21. Jahrhunderts: Rechtsvergleichung und Zukunftsperspektiven, ZKJ 2009, S. 143. (同論文の邦訳については、ニーナ・デトロフ、林貴美 (訳)「二一世紀の親子法—諸外国の状況及び将来の展望—」民商法雑誌142巻6号 (2010年) 1頁を参照) ; H. Luthin, a.a.O. (Fn.118), S. 1411.

122) E. Carl, Über die Freiheit des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern, FPR 2005, S. 166f.

123) Vgl. auch, Staudinger/Coester, a.a.O. (Fn.5), § 1626a Rd.8. (=S. 155f.)

124) Zenz/Salgo, Zur Diskriminierung der Frau im Recht der Eltern-Kind-Beziehung, Schriftenreihe des Bundesministers für Jugend, Familie und Gesundheit Bd.133, 1983, S. 71f.; D. Henrich, Reformfragen im bundesdeutschen Nichteheleichenrecht, in: Jayme/Furtak (Hrsg.), Der Weg zur deutschen Rechtseinheit, 1991, S. 267.; H. Oberloskamp, Staatliche Rechtsfürsorge, Sorge- und Umgangsrecht beim nichtehelichen Kind, ZfJ 1989, S. 122.

125) 連邦憲法裁判所は、父母が子と共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6条2項及び5項に適合しないと判示し

を受けて新設された民法施行法224章2条3項において部分的に実現していることから、ドイツ法において決して目新しいものではないともいえる。

このモデルの難点は、何よりもこのようなメルクマールを実際に認定することの難しさ、特に、「父母の共同生活」という概念の不明確さにある¹²⁶⁾。但し、共同生活の不明確さに関しては、例えば少年局での届出証明を通じて、「共同生活」が証明できるとの主張もある¹²⁷⁾。また、本モデルについては、父との共同配慮権の阻止をもくろむ母が、戦略的に父との共同生活を回避することも懸念されている¹²⁸⁾。

(4) 配慮権行使レベルの問題として扱う立場

先に挙げた3つの改正モデルはいずれも、どのような場合に父母が共同配慮権を取得するかという、まさに配慮権帰属レベルでの議論であるが、これに対して、ミヒャエル・ケスター教授は、もはや配慮権帰属レベルの問題としてではなく、行使権限のレベルの問題としてこれを扱うことを提案する¹²⁹⁾。ケスター教授は、配慮法改正の際にも、基本法上の問題としていわゆる「比例原則 (Verhältnismäßigkeitsprinzip)」が考慮されるべきことを指摘した上で、父母間の区別が、「権利者 (Rechtsinhaberschaft)」のレベルで絶対的に生じなければならないものではなく、「行使権限 (Ausübungsbefugnis)」における区別で十分であると主張する¹³⁰⁾。共同配

た上で、「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付きで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付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。」(BVerfGE 84, 187.)と経過規整を定めていた(傍点筆者)。

126) M. Coester, a.a.O. (Fn.28), S. 1142.

127) H. Luthin, a.a.O. (Fn.118), S. 1411.

128) M. Coester, a.a.O. (Fn.28), S. 1142.

129) M. Coester, a.a.O. (Fn.28), S. 1139.; ders, a.a.O. (Fn.66), S. 484.; Staudinger/Coester, a.a.O. (Fn.5), § 1626a Rd.8. (=S. 156.)

130) M. Coester, a.a.O. (Fn.28), S. 1139.

慮を有する父母の別居時に、日常生活の事務に関する決定権限について定める1687条1項2文及び3文¹³¹⁾において、ドイツの立法者が既にこのような可能性を認めていることも、その主張の根拠として挙げられる。さらに、ケスター教授は、次のように述べる。

「原則的に存続する共同配慮権という意識、それと同時に配慮の責任が、別居している父母にとって重要であり、親子関係にとって安定的な作用をもたらす場合には、このことは、本来あらゆる父母について妥当しなければならない。……そのような場合には、ドイツにおいて非常に重要とされている『権利を持つ (Recht haben)』ということが、配慮をめぐる紛争の際にもはや中心的な争点とはならず、父母の一方が、『権利を奪われる (entrechtet)』ことはないだろう、原則的な〔父母〕双方の配慮責任に関する行使権限の問題は、むしろ子のニーズ (Kindesbedürfnisse) に注意を向けることになる」¹³²⁾。

ケスター教授の見解は、父母双方の共同配慮 (責任) を原則とする点では、確かに異議申立モデルに近いものといえるが、異議申立モデルが想定する適切ではない父母の配慮権からの排除を権利帰属レベルでは基本的には考慮しない点で、異なるものである。ケスター教授のこのような考えを積極的に評価するシェルペ博士は、その特徴を、「単独配慮 (もしくは単

131) 【1687条 (抜粋)】

(1)親の配慮が共同して帰属する父母が単に一時的ではなく別居している場合には、その取り決めが子にとって著しく重要な事項の決定に際して、父母相互の合意が必要である。父母の他方の同意を得てあるいは裁判所の決定に基づいて子を日常的に手もとに置く父母の一方は、日常生活の事務に関して単独で決定する権限を有する。日常生活の事務に関する決定とは、通常、頻繁に生じ、子の発達に対して重大な変化をもたらすような影響を及ぼさない決定である。父母の他方が、子を日常的に手もとに置く父母の一方の同意を得てあるいは裁判所の決定に基づいて子を手もとに置く限りで、この父母の他方は、事実上の世話に関する事務について単独で決定する権限を有する。1629条1項4文及び1684条2項1文が準用される。

132) M. Coester, a.a.O. (Fn.28), S. 1139.

独責任) / 共同配慮 (もしくは共同責任) という概念を放棄し、単純に親の配慮あるいは親の責任を問題とする」ものであると述べる¹³³⁾。

(5) 連邦司法省による妥協提案 (Kompromissvorschlag)

連邦司法省は、先に挙げた申立モデルと異議申立モデルを基本モデルとして検討してきたが、その結果として、2011年1月13日に提案されたのは、これら基本モデルの「混合形態 (Mischform)」¹³⁴⁾とも呼ぶべき、妥協的な提案であった¹³⁵⁾。2010年7月21日連邦憲法裁判所決定の公表直後の報道によれば、連邦司法大臣ロイトホイサー=シュナーレンベルガー (S. Leutheusser-Schnarrenberger) (FDP) は、2010年秋に法律草案を提出し、2011年上半年に新法を施行できるであろうとの見通しを持っており、さらに、「『異議申立てによる解決策 (Widerspruchslösung)』を念頭に置いている」と報じられていたが¹³⁶⁾、連立政権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) による「法及び家族政策に関する激論の末」¹³⁷⁾に、このような提案がなされるに至った¹³⁸⁾。

133) J. M. Scherpe, a.a.O. (Fn.65), S. 959. もっとも、ドイツの現在の議論において、このケスター教授の見解を支持する声は、必ずしも大きくはないように思われる。むしろ、学説の多数は、前述の申立モデルと異議申立モデルを中心に議論を展開している。なお、ケスター教授の見解に対しては、特に異議申立モデルに対する批判が相当程度あてはまるように考えられる。

134) Huber/Möll, a.a.O. (Fn.106), S. 771.

135) BMJ, Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern: Fragen und Antworten (Stand: 13. Januar 2011). その内容は、連邦司法省のウェブサイトで見ることができ (http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Fragen_und_Antworten_zum_Sorgerecht_nicht_miteinander_verheirateter_Eltern.pdf?__blob=publicationFile) (最終確認: 2012年4月28日)。

136) Die Welt, 5. August 2010, S. 2.

137) Huber/Möll, a.a.O. (Fn.106), S. 771.

138) ドイツ連邦議会は、2010年10月5日に、連邦政府に対して法律草案を提出することを要請したが、その際に既にこれと類似したモデルが提示されていた (BT-Drucks. 17/3219)。Vgl. K. Muscheler, Familienrecht, 2. Aufl., 2012, Rd.593

連邦司法省の提案する妥協案（2011年1月13日案）は次のような内容であった¹³⁹⁾。すなわち、婚外子の出生時には、原則として母が単独配慮権を取得する。婚外子の父は、配慮表明によって、自身が母と共同して配慮権を行使するつもりであることを表明することができる。母は、父による配慮表明が行われた後8週間までの間に、父の配慮表明に対して同意するか異議を述べるかを選択する。母が異議を唱えなかった場合には、8週間の期限経過後に、法律上、共同配慮が生じることになる。母が共同配慮に異議を唱えた場合には、父は、共同配慮権付与の申立てを家庭裁判所に行うことができる。その場合に、家庭裁判所は、「共同配慮権が子の福祉に反するか否か」を判断しなければならない。

この連邦司法省の妥協提案に対しては、前述の申立モデル及び異議申立モデルに対するいくつかの批判が妥当し、とりわけ、母が、8週間以内という期間制限によって、難しい時期に将来の親子関係について基本的な判断を下すプレッシャーの下に置かれる可能性があり、さらに、母が、用心のために父の配慮表明に対して異議を唱えるもしくは父性承認の段階で同意を拒絶する恐れがあるとの指摘がある¹⁴⁰⁾。

その後、2012年3月28日時点での連邦司法省参事官草案が4月2日に公

(= S. 346.)

139) BMJ, a.a.O.(Fn.135), S. 3. なお、連邦司法省は、この妥協提案の意義次のように説明していた(S. 4.)。まず、第1段階で母の単独配慮権を予定することは、「互いに婚姻していない父母の関係が非常に多様な形態をとるという状況を顧慮し」、それによって、共同配慮が子のためにふさわしくないような場合に、父母に共同配慮を強要することが回避できるとされる。第2段階として、父の配慮表明に対して8週間以内に母が懸念を述べない場合に、婚外子の父母の共同配慮権を認めることは、「無用な裁判手続を回避し、共同配慮が子の福祉に反しないことについて父母双方が合意しているすべてのケースに非官庁的な解決策(eine unbürokratische Lösung)を提供する」ことになる。第3段階として、母が父の配慮表明に異議を唱えた場合に、家庭裁判所の関与を認めることは、「裁判所の独立的な観点から、どのような解決策が子の福祉のためになるのか」を評価することになる。

140) Huber/Möll, a.a.O.(Fn.106), S. 771.

表された¹⁴¹⁾。より申立モデルに近い提案がなされているように思われるが、これについては、なお精緻な分析を要するため、これ以上立ち入らない。いずれにしても、近い将来、正式な政府草案が議会に提出されることが期待される。

VI. おわりに

これまでみてきたように、1997年親子法改正によって新設された配慮表明制度をめぐるドイツの議論は論争的である。確かに、同改正によって婚外子に対する共同配慮の道が開かれたことには、統計上の配慮表明件数から考えても、一定の意義があったことが認められる。しかしながら、配慮表明制度の問題は、同制度が父母の一致した意思表示だけをその前提条件とし、父母が共同配慮について合意に至らない場合の裁判所による審査の可能性を予定しなかったために、婚外子に対する単独配慮権を原則的に有する母の意に反しては、父が母との共同配慮を実現することができない点で、父の基本法上の『親の権利』を必ずしも十分に考慮したものではなかったことにあった。2003年連邦憲法裁判所判決は、主として立法者の想定の正当性を理由として配慮表明制度の合憲性を承認したが、2009年ヨーロッパ人権裁判所判決ではヨーロッパ人権条約との適合性が、2010年連邦憲法裁判所決定では基本法との適合性が、いずれも認められなかった。これらのことから考えて、1997年親子法改正法における婚外子配慮法制は、部分的には『失敗』であったと評するべきである。その一方で、学説及び連邦司法省においては、このようなドイツ法の問題を克服し、新たな制度を構築しようとする気運が高まっている。学説の議論は、確かに論争的ではあ

141) BMJ, Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz: Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern (Stand: 28.03.2012). その内容は、連邦司法省のウェブサイトで閲覧することができる (http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE_SorgeR.pdf?__blob=publicationFile) (最終確認: 2012年4月28日)。

るが、そこでの議論の積み重ねは、建設的な5つの再改正モデルにほぼ集約されているといえる。今後のドイツ法の行方は、依然として不明確ではあるものの、現在議論されているモデルを中心に新法による問題の解決が間近に迫りつつある。

さて、明治民法以降のわが国における非嫡出子の親権法制を振り返ると¹⁴²⁾、非嫡出子に対する共同親権は、これまで基本的に予定されてこなかった。確かに、戦後のいわゆる応急措置法6条では、婚姻していない父母が親権を共同して行使する可能性もあったが、その可能性も戦後の民法改正によって閉じられている。現行法は、非嫡出子に対する親権を原則として母に単独で帰属させ、父母の協議あるいは家庭裁判所によって、父が親権者に定められた場合に限り、父を単独親権者とする（民法819条4項、5項）点で、1997年親子法改正前のドイツ法と同様に *entweder-oder* な構造を基調とする。確かに、父母が親権と監護権を分掌する（民法788条、766条）ことによって¹⁴³⁾、親権者が非親権者である父母に親権に属する行為について「委任及び代理権の授与」を行うことによって¹⁴⁴⁾、さらには非親権者である父母を復代理人に選任すること（民法106条）によって、非嫡出子の父母が子に関する法的権限を共に持つことも可能になるが、これらは親権の共同行使とは本質的に異なり、子に対する法的責任を親権者として全面的に引き受けるものにはならないのである。さらに、昭和34年に公表された法制審議会民法部会小委員会における仮決定及び留保事項（そ

142) 明治民法以降の非嫡出子の親権法制の変遷については、拙稿「婚外子とその親権者—日本における立法の展開—」中央大学大学院研究年報（法学研究科篇）38号（2009年）433頁を参照。

143) 二宮周平教授は、「法改正までは、事実婚など父母の協力が可能または必要な場合には、子の監護に関する相当な処分（民766②）として、非親権者を監護者と定める解釈を用い、子の監護教育関係を安定させることが考えられる」として同規定の積極的活用の可能性を指摘する（二宮周平「婚外子（未認知子を含む）の法的地位」『新家族法実務体系第2巻 親族Ⅱ—親子・後見—』（新日本法規，2008年）197頁）。

144) 我妻栄『親族法』（有斐閣，1961年）204頁。

の2)では、離婚又は認知の際の親権者についても、共同親権の可能性を開くべきか否かが問題とされ¹⁴⁵⁾、学説においても、山本正憲教授が、比較的早い時期から、非嫡出子の共同親権に向けての具体的改正提案を行っていたが¹⁴⁶⁾、現在に至るまでこれらの試みは実現していない。

もっとも、わが国における近時の家族法改正論の高まりの中で¹⁴⁷⁾、非嫡出子に対する共同親権法制導入に向けての立法提案も、次第に具体的に提示されるようになってきた。その際には、主として次の2つのモデルが提案されている。第1は、父子関係の創設に加え、父が母の同意を得て共同親権行使の届出をした場合に、非嫡出子に対する共同親権を認め、父母が共同で届出をしない場合には、母を非嫡出子の親権者とするモデルであ

145) 法務省民事局「民法親族編の改正について—法制審議会民法部会小委員会における—」法律時報31巻9号(1959年)87頁。

146) 於保不二雄=中川淳編『新版 注釈民法(25) 親族(5) 親権・後見・保佐及び補助・扶養(改訂版)』(有斐閣, 2004年)19頁以下(山本正憲執筆), 山本正憲『家族法要説』(法律文化社, 1990年)141頁以下を参照。ここでは、前述の応急措置法6条の立場が基本的に想定されている。

147) 最近の学界における家族法改正論として、2009年に日本私法学会、日本家族〈社会と法〉学会、ジェンダー法学会は、それぞれ家族法改正をテーマとしてシンポジウムを開催した。これら3学会のシンポジウムを紹介するものとして、本山敦=原田綾子=梅澤彩「特別企画 家族法改正の動向—3学会のシンポジウムから—」法学セミナー664号(2010年)42頁以下がある。その後、日本家族〈社会と法〉学会を母体として家族法改正研究会が発足し、2010年6月20日に早稲田大学に於いて「シンポジウム 家族法改正を考える」が開催された(「特集 シンポジウム『家族法改正を考える』」戸籍時報659号(2010年)2頁以下)。同シンポジウムにおいて、「……海外調査、共同研究、シンポジウムの開催、成果の公表等を経て、3年をめどに、『家族法改正の基本方針』(仮称)という比較法的な研究成果や実務の運用を踏まえた具体的な改正提案とその理由を示したもの(要綱案)を提示することを目標とする」ことが明らかにされている(前掲・戸籍時報659号3頁)。さらに、同研究会は、2011年6月12日に早稲田大学に於いて、親権・扶養・後見に関して第2回シンポジウムを開催している(「特集 家族法改正研究会第2回シンポジウム『親権法等グループ中間報告会』」戸籍時報673号(2011年)2頁以下)。

る¹⁴⁸⁾。このモデルでは、ドイツにおける1997年法改正によって導入された配慮表明制度(1626a条1項1号)が基本的に想定されているが、さらに、母が不当に同意を拒絶する場合には、父が裁判所による判断を求めることができる点で¹⁴⁹⁾、近時のドイツにおける再改正論の中でも申立モデル(Antragsmodell)に近いものと考えられる。第2は、法的父子関係の確立によって父母の共同親権を認めるモデルである¹⁵⁰⁾。ここでは、親権の帰属レベルでは、もはや単独親権を問題とせず、父母の共同親権に一元化し、さらに、親権の行使レベルにおいても、共同行使を一般化し、親権行使について父母間の対立が生じる場合には、行使の調整問題としてこれを扱うことが想定されている。このモデルは、近時のドイツにおける再改正論との対比においては、ミヒャエル・ケスター教授の見解に近いものといえる。このように、現在の日本における改正モデルとドイツにおける再改正モデルとの間には、一定の共通性をみることができるのである。この点、ドイツにおいてメリット／デメリットとされていることは、日本の議論にも一定程度あてはまるように考えられる。異議申立モデル(Widerspruchsmodell)や連邦司法省の示した妥協提案のように、日本では問題とされていない改正モデルについても、ドイツにおける議論からの豊かな刺激が与えられる。日本における議論は緒に就いたばかりであり、

148) 水野紀子教授がこれを提案し(中田裕康編『家族法改正—婚姻・親子関係を中心に—』(有斐閣, 2010年)133-134頁, 273-275頁, 311-312頁, 「シンポジウム 家族法改正」私法72号(2010年)34-38頁), さらに, 梶村太市教授の見解もこのモデルに近いものと考えられる(梶村太市「家族法の改正をめぐる諸問題」戸籍時報675号(2011年)88頁, また42-46頁も参照)。

149) 中田編・前掲書(注148)134頁参照。但し, 前述のように配慮表明制度の導入時に, 教示義務の必要性などから, 身分局ではなく, 少年局あるいは公証人が配慮表明の公証機関として予定され, さらに, 少年局の助言義務がSGB VIII 52a条1項2文5号において定められていたのに対して, 水野教授の提案では, 戸籍に届出をすることで足りるとされている点が, ドイツ法とは異なる。

150) 許末恵「親権をめぐる法規制の課題と展望」家族(社会と法)24号(2008年)129-133頁, 犬伏由子「親権・面会交流権の立法課題」家族(社会と法)26号(2010年)42-43頁, 47頁, また39-42頁も参照。

今後さらなる議論の深化が期待される場所であるが、ドイツにおいて目下検討されている諸課題は、わが国の立法政策を決定する際にも同様に問題となるのではないだろうか。

最後に、ドイツの婚外子配慮法制をめぐる議論——さらには、その他の家族法上の議論——において度々問題とされている、基本法上の「親の権利」についても触れておきたい。この点について十分な分析を加えることは、本稿ではついに果たせなかったが、これがドイツにおける婚外子の配慮法制をめぐる議論及び制度改革を大きく突き動かす原動力であったことは、疑いえない。このことは、とりわけ一連の連邦憲法裁判所の判断において、顕著である。もちろん、「子の福祉」がドイツにおいても最上の価値基準とされているが、それと同時に、ドイツでは——とりわけ婚外子の父の——「親の権利」の保障が、問題とされてきたのである。わが国の親権法制を考える上でも、非嫡出子に対する——さらに離婚後の——共同親権の導入が、従来親権者となることのなかった父母の一方にとって、親の地位の改善につながることは留意しなければならないだろう¹⁵¹⁾。

(2012年4月30日脱稿)

付記 本稿脱稿後の2012年7月4日にドイツ連邦司法省は、連邦政府草案(6月22日付)を公表した。

151) 横田光平准教授は、ドイツにおける「親の権利」の理解と日本における「親の権利」の重要性を、次のように説く。「……ドイツ法においては憲法上の親の権利につき定める基本法6条2項の存在が上記法改正〔=1997年親子法改正〕の前提となっており、国家に対する防御権としての親の権利の保障の下で、民法改正により子どもに対する義務が強調される点に注意する必要がある。日本においても明文の定めはないものの憲法上の権利としての親の権利の保障につき改めて強調しておきたい。加えて、国家に対する防御権は子ども自身のために求められるものであり、その点を端的に表現する『親によって養育される子どもの権利』を観念することも重要である」(傍点原文)(横田光平「子どもの意思・両親の権利・国家の関与—『子の利益』とは何か—」法律時報83巻12号(2011年)11頁)。