

Title	ドイツ法における血族不要の基本構造と根拠（二・完）
Author(s)	冷水, 登紀代
Citation	阪大法学. 2004, 53(5), p. 117-145
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/54738">https://doi.org/10.18910/54738</a>
rights	
Note	

*Osaka University Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

# ドイツ法における血族扶養の基本構造と根拠（二・完）

冷水登紀代

## 序

### 一 血族扶養の基本構造

#### I 血族扶養の構造

#### II 子に対する父母の扶養の構造

#### III 小括（以上、五三卷二号）

### 二 血族扶養の根拠

#### I 連邦通常裁判所の三つの判決

#### II 学説

#### III 分析・検討

## 結び

### 二 血族扶養の根拠

ドイツでは、社会保障制度の整備に伴ない、民法上の扶養義務者が先行して扶養を負担するということは少なくなつた。このため、扶養義務者側の負担は一見緩和したかにもとれる。しかし、実際には、扶養の紛争が家族内にとどまらず、扶養権利者個人から国家を介して権利者の家族である扶養義務者へと繰り拡げられているにすぎない。

前述したとおり、扶養義務者が扶養を負担するかどうかは、民法上の規定に従い判断されるからである。

一九九〇年代に入りドイツでは特に血族扶養の是非が議論されたが、この契機になったのが、連邦通常裁判所(以下「BGH」とする)の三つの判決である。この三つの判決は、次に示す諸学説も引用している重要なケースである。そこで、まずこの三つの判決を取り上げ(Ⅰ)、続いて学説上の論議を示し(Ⅱ)、この議論をもとにドイツにおいて血族扶養はどのような根拠から必要とされているかを分析・検討する(Ⅲ)。

#### I 連邦通常裁判所の三つの判決

BGHの三つの判決は、(1) 父母に対する子の扶養の事例、(2) 自立した成年子に対する父母の扶養の事例、(3) 教育中の成年子に対する父母の扶養の事例である。以下では、これらの各事案において誰が扶養を負担すべきと判断されたかを示す。

(1) 父母に対する子の扶養が問題となる事例は、BSHGに従い、社会扶助主体から扶養義務者に対し求償されるため、近年増加してきた<sup>(48)</sup>。下級審レベルでは、様々な理由に基づき社会扶助主体からの求償が制限されている。その理由はこうである。介護費用は扶養権利者が十分生活できるとされる額の上限を超えている<sup>(49)</sup>。扶養義務者である子の財産の元本に手をつけることを期待すべきでない<sup>(50)</sup>。あるいは不道徳な行為により自身の責任で要扶養状態に陥った<sup>(51)</sup>ということである<sup>(52)</sup>。

BGH一九九二年二月二六日判決(BGH Urteil v. 26.2.1992, FamRZ 1992, 795 = NJW 1992, 1393.)では、父母の扶養請求に対する成年子の自己保有分が、子に対する父母の自己保有分と同視できるかが問題となった<sup>(53)</sup>。

【事実】 社会扶助主体X(原告)は、Y1・2・3(被告)の老齢の父母に対し、継続して生活扶助を与えた。Xは、そのことを書面でYらに知らせ、その後Yらに対する父母の扶養請求がXに移転するという決定をした。Xはそのことを書

面で知らせた後に、Xが支払った給付額を、Xが算定したYらの給付能力の程度、状況に従い、Yらに請求した。

【判旨】 上告棄却。 デュッセルドルフ表等の規準は、夫婦間扶養と子に対する父母の扶養義務の規準であり、成年子に対する父母の扶養請求が問題となる場合とは異なる。後者の場合、扶養義務者の「処分可能な収入に対し一般的に当然と考えられる生活を送れる限度での支出が保障され」、この支出は相当なもののみなされなければならない。ここには、扶養義務者自身の住居の購入のための準備金、自身の老後の介護費用の貯蓄や緊急時の準備金などの必要経費だけでなく、家族旅行のような支出も含まれる。

「また、今日、基本法のもとでの社会権の発展により、社会保障制度が充実した。この結果、労働者世代の子は所得の約二〇%の社会保険料を負担し、そこから世代間扶養のもとで老齢の父母の年金が支払われている」。以上を考慮すると「大きい自己保有分」を超えた額を子が留保してもおかしくない。

このように、B、G、Hは、この老齢で介護が必要となった者に対する子の扶養義務について、「一般に当然と考えられる生活」を考慮し、自己保有分を成人子に対する父母の扶養の場面での大きい自己保有分より拡張することで、制限することが可能であると判断している。つまり老親扶養の場面で、子による家族扶養の負担を血族扶養の中でも特に緩和しているのである。そして、この根拠として、社会保障制度が整備され、これを担う世代は、所得の二〇%もの負担を負っているという一般的な社会事情を挙げている。これは、個別のケースにおける事情ではなく、老齢の父母を扶養する者に一般に当てはまる事情でもある。従って、この判決は、子による父母への扶養義務に関し、子である家族の負担を縮減し、社会に負担させる可能性を下げた判決といえる。

(2) 父母に対する子の扶養と血族扶養の原則が妥当する自立した成年子に対する扶養の事例として、B、G、H一  
九八四年一月六日判決 (BGH-Urteil v. 6.12.1984, BGHZ 93, 123=FamRZ 1985, 273.) が注目される。この判決

は非嫡出子を出産したことにより要扶養状態に陥った成年子の稼働能力が問題となり、その扶養義務者である父に給付の一部を支払うよう命じた事例である。

【事実】 扶養義務者である父Y（被告）は、妻との別居中に誕生した娘を引き取ることなく離婚した。Yと再婚した妻は自身で所得を得ているのに対し、離婚した妻には収入がない。Yの娘は職業教育を受け、旅行業社で働いていたが、一九七九年七月二十九日、未婚のまま子を出産し、それ以来所得活動を行っていない。さらに一九八三年二月二十八日に第二子を出産した。二人の子の父は、一九八二年四月に法律上の離婚をし、軍役に代わる勤務に従事している。彼は脳性麻痺のため年金給付と社会扶助の受給により生活している。彼とYの娘は、一九八三年一月一日に同棲し始めていた。

このような状況のもと、社会扶助主体であるX（原告）は、Yの娘に対し、生活扶養の扶助を与え、この給付について、書面で、Yに支払うよう請求し、Yに対する娘の扶養請求権を決定によりXに移転させている。

【判旨】 破棄差戻。 非嫡出子を出産したことから社会扶助を必要とした場合、その扶養の権利義務の成立は血族扶養の一般規定に従う。教育中でない成年子は、原則として自身で自身の扶養について責任を負い、それができない場合にはじめて血族の扶養義務が問題となる。「自身の扶養について責任を負うということは、職業教育終了後は、そこで学んだ職業で収入を得ることができなければ、その者がそれまでに経験していない職業に就くことも受け入れなければならないことを意味する。つまり扶養権利者の生活において通常期待される職業を受け入れる必要がある」。これは非嫡出子の母であっても同様で、子の面倒見という理由からだけでは職業活動に就けないとはいえない。就業形態による半日勤務と終日勤務の選択可能性、また子の面倒見を血族や施設に預ける可能性も含め要扶養状態が判断されるべきである。

このB G Hの理解に従うと、一度自立している子に対しては、血族扶養の一般原則に従い、その者の稼働能力を厳格に判断することで、扶養請求権発生の要件である要扶養状態を満たさない方向に傾く。従って、扶養義務者の

給付能力に拘わらず扶養義務は発生しにくくなる。そして、民法における家族が負担する扶養の領域が狭まり、扶養請求者自身の責任が重くなる。さらに自立が要請される場合には、社会扶助により血族扶養が行われるまでの間受けていた給付は期待できなくなるということの意味する。

(3) これに対し、教育中の成年子の扶養は拡げられる傾向にある。BGHは、従来、教育扶養の終了を最初の専門教育の終了までとすることで、父母の扶養義務の拡大を防止してきた。つまり、父母は子が職業教育を終えた段階で扶養義務を尽くしたということになっていた。しかし、BGH一九八九年六月七日判決(BGH Urteil v.7.6.1989, BGHZ 107, 376 = FamRZ 1989, 883.)では、先の立場を一部修正し、さらに教育扶養を拡大した。<sup>(54)</sup>

【事実】 Y夫婦(被告)の娘は、一九八三年七月に大学入学資格を取得した後に、建築製図工(Bauzeichnerin)の職業教育を終了した。彼女は、その間Yらと同居し、現物扶養(Naturalunterhalt)を受けていた。彼女は建築事務所で働いていたが、建築学を大学で学ぶことを決意し、自宅を出て、大学に進学した。彼女は、専門教育助成を受けるための申請をおこなったが、Yらの所定の収入状況の説明がされなかつたので認められなかつた。そこで、彼女は専門教育助成機関X(原告)に仮払給付を申請したことから、XはYらに対し、仮払給付の求償の可能性に関する書面を送った。一九八七年六月、Xが娘に仮払給付の形で教育助成を行うことを承認する決定がなされた。その後Xは、Yらに対して書面で娘の扶養請求権がXに移転したことを知らせ、それまでの彼女への給付とそれ以降の費用を月々継続して支払うよう求めた。

【判旨】 上告棄却。一九八〇年以降、大学入学資格取得者は、資格取得後、直ちに大学に進学するというルートをとる以外に、「大学入学資格取得後、職業教育を受け、その後大学に入学するというルートも選択肢の一つとする傾向がある」。そしてこのような状況を踏まえると、職業教育を受けた後に大学での専門教育を受けることも、全体として一つの教育課程として、扶養法上評価されるべきである。個々の断片が実質的時間的に緊密な関係にあるとみなされる限り、一六一〇条二

項の職業のための準備教育という規準の中で原則として前提となる統一性が認められる」。

もつとも、職業教育と専門教育を扶養義務として認めた場合、父母の負担が増大することについて配慮しなければならぬ。しかしながら、実務教育中は通常父母の負担は、たいがいの職業機関から子に支払われる報酬、税制上の優遇措置、子女手当によって軽減される。従って、本件の場合、父母は子に対し専門教育についても扶養する義務を負う。

この判決は、父母の責任に基づき教育に必要な扶養を教育の一体性という視点から拡張したものである。ここでは、今日、職業教育後の専門教育というルートが一般的になってきている、という事情が考慮されている。ただし、一方でこの理由からのみ教育扶養を拡大すると、扶養義務者の義務が加重になるという配慮も示されている。そこで、職業教育の後に扶養権利者が実務教育を受けている期間については子は報酬などを得ていることから、義務者も扶養義務が軽減されているという実質的な判断を加えることで、再度の専門教育についても扶養義務者に負担させてもよいという判断を下している。

(4) 小括 上記の判決に窺われるように、父母への扶養については、自立した成年子の扶養の場面よりも、子の自己保有分が拡張され、その結果として、父母の要扶養状態が認められても、子の給付能力が認められる可能性が狭められる。従って、民法上の扶養義務、つまり家族の扶養義務は、免責または軽減される方向に傾き、社会が扶養を負担する可能性が高くなる。

一度自立した成年子は、自立責任の要請から、要扶養状態の判断の中で稼働能力がより厳しく判断される。従って、たとえ義務者である父母に給付能力があっても、民法上の扶養義務が認められにくいことになる。

成年子の教育扶養は、子の自立のための父母の責任として拡張されていることから、父母が負うべき義務、つまり家族の負担となる。<sup>(55)</sup>

II 学説

上記の B G H 判決を踏まえ、以下の学説がどのような理由から民法上の血族扶養の廃止、修正または維持を求めたのかを、各説の家族観を示しつつ、明らかにする。諸説の家族観が血族扶養の理解にかかっているからである。それを踏まえ、各説が、扶養を家族と社会とがどのように負担しあうと理解しているのか、また扶養法において国家がどのような位置づけにあると理解しているのかを検討する。

(1) 家族における子の成長と扶養 (シユヴェンツァー Ingeborg Schwentzer の見解) 一九九二年にハノーファーで行われたドイツ法曹大会での親子法の改正の論議<sup>(56)</sup>において、扶養制度全体にわたり見直されるべきであるとシユヴェンツァーは提案した。彼女がこのような見直しを求めるのは、以下の理由からである。扶養法が成立時に基礎としていた社会状況が変容し、離婚・失業・介護など様々な理由から扶養が必要となった。それにも拘わらず、現行制度は権利者が要扶養状態にあり、扶養義務者に給付能力がある場合に扶養義務が生じると規定していることから、血族間では、生涯にわたり義務を負担する可能性があり、これは「無制限な義務」を負うことに繋がる。そして、その原因は裁判所の個別の判断にあるという理由からである。<sup>(57)</sup>

以下では、彼女の提案に従い、①第二親等以遠の血族間の扶養、②父母に対する子の扶養、③成年子に対する父母の扶養を検討する。

①第二親等以遠の血族間扶養 ドイツでは社会保障制度上、社会扶助主体は受給者の第二親等以遠の血族に対して、もはや求償することができない。しかし、現行扶養制度は B S H G の影響を受けないことから、要扶養者は社会扶助を求めるか第二親等以遠の血族に扶養請求をするかを選択することができる (B G B 一六〇一条以下、B S H G 九一条)。このような制度状況に対し、B S H G の立法者は、第二親等以遠の血族間には求償の理解が得られるほ



ど親密な関係がないと考えたから、二親等以遠の血族間での求償を廃止としたのであり、とすれば、民法上の扶養制度もBSHGに順応させるべきであると、シュヴェンツァーは考えた。<sup>58</sup>この理解によると、現行扶養制度は制度としての一貫性を欠くので、親密性のない二親等以遠の扶養義務は廃止されるべきということになる。

②父母に対する子の扶養 彼女によると、上記一九九二年判決が扱ったのは、扶養義務が制限される極端な事例であるので、この判決の法理が子の父母に対する扶養義務全てに妥当するとは限らない。従って、裁判所による解決では、不十分であり、子の父母に対する扶養義務についても全面廃止を求めている。その理由は以下の二点である。第一に、父母への扶養義務を負担する世代の者は、次世代の者の教育扶養も負担しており、しかも年金や介護保険の保険料を主として負担している世代であるから、すでに社会に対し扶養を負担しているということである。社会に対し負担をしている以上、家族に対する負担は軽減するのではなく、必要ないということになる。第二に、特に高齢の要扶養状態に陥る者には、離婚などを原因とする者も含まれることから、この種の原因、つまり偶然の事情で生じた扶養の危険は、社会により負担されるべきだからである。彼女によると、離婚により招来する要扶養状態は、高齢の妻が婚姻中家事労働を負担していたことに起因することが多いにも拘わらず、この家事労働の評価は現実に行われていない。そして、離婚した妻には労働の機会がほとんどない。このような労働市場といった社会構造から生じる要扶養状態は、社会政策の中で解決されるべき問題と位置づけられることになる。<sup>59</sup>

③成年子に対する父母の扶養 シュヴェンツァーが指摘する問題点は、子の特別な扶養に関する地位を成年子に認められるか、認められるとすればどの範囲で認められるかということである。<sup>60</sup>

裁判所による父母の子に対する教育扶養義務の拡大傾向に対し、時間的制限がなければ、父母には法外な負担となる可能性があること、ドイツでは就学年齢が諸外国の平均より高いこと、また若くして婚姻しすぐに離婚した子

は父母による扶養義務の限界に直面することを考慮すると、二七歳までが妥当であろうと<sup>(61)</sup>具体的な年齢を彼女は提示する。上記の一九八四年判決で問題とされた一度自立した子の扶養の場合に父母の責任が延長されるかという問題については、彼女は教育を目的としていれば二七歳を限度として扶養を受けることができるかと画一的に扱い、離婚や未婚のまま出産した後でも、子はこの年齢まで職業教育扶養の可能性が開かれていると理解する。

病気・障害を原因とする扶養請求は、子が二一歳に達した後も、身体障害者、要介護者への医療給付、社会扶助などの統合的扶助 (Eingliederungshilfe) を与えられるか、施設に収容されたときは求償されない (BSHG 九一条三項)。しかしこの種の扶助を受けていない場合、身体障害や病気を理由とし父母に対する扶養請求権を子に有しているので、父母は社会扶助主体により求償される可能性がある (BSHG 九一条三項)。彼女は、この事実からも、生涯にわたる扶養は、不当で不適切なものと評価でき、成年に達した後の病気・障害を理由とする扶養の危険は父母に負わせるべきではないと主張する。<sup>(62)</sup>

さらに一九八四年判決によると、自立した成年子は、父母に扶養を求めるよりもまずは自分の受けた教育に相当しないような職業に就くことも期待されていることから、失業・離婚などの理由から直ちに扶養請求は認められない。しかし父母に対する子の扶養義務を廃止することを前提とすれば、逆に自立した子の扶養請求は父母にとって過剰な危険の負担となる。従って、この扶養義務も廃止されるべきであると彼女は提案する。<sup>(63)</sup>彼女がこのように考える背景には、離婚や労働市場に起因する扶養の危険は偶然に生じる危険であり、このような負担を家族が負担する必要がないという考えが控えているからである。

④ 以上のように、シユヴェンツァーは、まず「親密性」のない第二親等以遠の血族扶養を扶養制度から締め出し、第一親等間の扶養についても、父母から子、子から父母の扶養を問わず、「偶然の事情」から生じる危険に由来す

る扶養は家族による扶養の問題ではないとし、扶養制度から締め出している。この考えは、血縁関係にある家族構成員の扶養というこれまでの民法上の扶養制度の根本を否定するものである。成人の血族間扶養の限界を成年子の教育扶養に限定していることから、彼女の考える扶養の根拠は、血縁ではなく、子の成長とそれを守るための父母の責任と言える。

(2) 家族構成員の個人化と扶養<sup>(64)</sup> (ブルーダー・ミュラー Gard Brudermüller の見解) ブルーダー・ミュラーは、血族扶養関係における扶養の根拠を社会的正義の問題に立ち返り検討している。具体的には、シュヴェンツァーのように社会保障制度の充実と従来の家族の空洞化という理由から扶養法の見直しをするだけはなく、平均以上の収入あるいは財産のある父母が子に対する責任を社会に転化してもよいのか、あるいは裕福な子がその父母に対する責任を社会に転化してもよいのか、というレベルまで問題を深めている。

この立場を検討するにあたり、彼の家族観を示す必要がある。なぜなら、家族観が彼の考える扶養制度の基礎となっているからである。以下では、まずブルーダー・ミュラーの①家族観を明らかにする。

①家族観 彼は今日、社会における個人と同様に、家族構成員を一人の人格として捉え、家族においてもその構成員個人の自由が認められるようになったということを示しつつ、それでも家族構成員には一定の繋がりがあろうことを社会学者であるテンニース (Ferdinand Tönnies, 1855-1936) が示したモデルを用いて説明する。それは、組織化のモデルとして知られる構成員の共通の目的・利益、価値規範、信頼関係に基づく「ゲマインシャフト (Gemeinschaft)」と、構成員の共同作業により構成員個人の利益を合理的に追求しその関係を解消できる「ゲゼルシャフト (Gesellschaft)」に家族を準えることで、明らかにされている<sup>(65)</sup>。彼によると、今日ある組織は、ゲマインシャフトとゲゼルシャフトの要素で分類されるのではなく、それぞれの要素が組み合わさって存在している。

ゲゼルシャフトとされる組織は、それが成立するにはその構成員の信頼などのゲマインシャフト的要素が必要であるし、逆にゲマインシャフトとされる組織は、それが維持されるためには、ゲゼルシャフト的要素が必要だからである。従って、ある組織の構成員は、損得勘定を抜きにした共通の目的を追求する関係を結ぶ必要もあるが、緊急事態のような場面ではその組織の許可なしに自由になる必要もあると考えられている。この組織に対する理解は今日の家族にも当てはまる。家族はゲマインシャフトの要素が強いとされているが、ゲゼルシャフトの要素もあるということになる。このことは、例えば、夫婦はその関係を存続させる自由が認められる裏返しとして離婚の自由も認められており、それにより扶養義務などの法的義務も原則として消滅することにも現れている。ところが、血族には、子などの弱者を保護する目的で、連帯の思想から、必要に迫られ永く続く法的義務が生じる。それが生涯残る一般の血族扶養関係である。しかし、血族とはいえ、ゲゼルシャフト的な要素も考慮される必要がある。だから、彼は、このような法的関係をもたらす血族扶養法の正当化根拠をまず明らかにし、それが正当化できないような限界に達したとき、その関係から解き放たれなければならないと考える<sup>(66)</sup>。

以下では、彼の②血族扶養の正当化根拠を示し、③血族扶養関係から解き放たれる規準を示す。

②血族扶養の根拠 血族扶養の根拠をめぐり従来から議論が交わされている。伝統的には、義務は行為に原因がある場合にその行為者に対して認められる(行為者の行為責任)<sup>(67)</sup>。そして父母の子に対する扶養義務は、父母自身の子を持つことから行為責任として根拠づけられてきたことから、一般血族扶養についての根拠づけほど問題とならなかった。これに対し、一般血族扶養は、義務者の故意または過失により発生している損害ではなく、権利者が要扶養状態に陥ったことを義務者が責められるほどの理由がないため、血族間の扶養についての法的根拠は今日に至っても明らかにされていない。そこで、ブルーダーミュラーは血族間の扶養義務の根拠を、(i) 感謝義務・責任

(Dankepflicht-schuld)、(ii)「天運 (natürliche Lotterie)」の思想から説明しようとする。<sup>(68)</sup>

(i) 感謝義務・責任 彼の分析によると、ここでの第一の観点は、感謝である。何かを要求することなく、他の者から何らかの贈与を受ける者が、困窮時にその贈与者を助けることが要請されると、確かにそれは道徳的な「感謝義務」を越える可能性がある。そこで、社会福祉国家における法に総じて根拠づけられる人間同士の一般的連帯思想が念頭におかれるが、子が第一に父母を扶養しなければならぬことは、この思想からだけでは十分に説明することができない。しかし、父母のための扶養を子に負わせる「感謝責任」という命題が妥当するとすれば、一般的連帯思想、つまり人が困窮時に給付する能力がある者は皆義務を負うという連帯義務に加え、子には付加的なお特別な連帯根拠としての「感謝責任」から義務づけられ、二重の義務により、子に第一に扶養を負担させるのは当然であると考えることができる。

(ii) 天運 第二の観点は、現代倫理学における「天運」の思想<sup>(69)</sup>であるが、これも連帯思想の一つと考えられる。つまりこれは、偶然に生じた（しかも責めない）人の（病気・健康、貧困・裕福、多かれ少なかれ生じる知性など）根本的事情に起因する差を可能な限り調整する義務がある、というものである。この思想に基づくと、貧困な子にその父母に対する扶養義務を負わせるのも、裕福な父母がその子のあらゆる扶養義務を事実上免れるのも不当である。これと同様に、ある者の父母は健康であるが要扶養状態にあり、長生きのために多額の扶助を必要とするこれに対し他の者は健康な父母を持っていたが、その父母はすでに亡くなって要扶養状態ではなく相続可能な財産を残している、というような偶然の事情に扶養義務が左右されるのは不当であるといふことになる。従って、誰かに父母の扶養を負担をさせるのではなく、社会連帯の一般的危険と捉えるのが妥当であることになる。

このように、ブルードーミユラーは、父母に対する子の扶養義務の根拠は、父母に育てられた子の「感謝責任」

と一般的連帯とをあわせて強調すれば、血族扶養は家族連帯の問題となり、法的義務は偶然の事情に係ってはならないという「天運」の思想を強調すれば社会連帯の問題になるという。

ただし、彼によると、血族扶養はこれらの連帯思想の何れかに立つものではなく、この二つの連帯思想をどのように組み合わせるかによって、家族の扶養義務を誰が負担するかが明らかになるという。<sup>(70)</sup>とはいえ、この二つの思想からは、家族連帯と社会連帯の境界を示すことはできないと彼は述べ、以下のようにこの関係をどのように調整するのかということを明らかにする。<sup>(71)</sup>

③家族連帯と社会連帯との調整規準 ブルーダーミュラーは、まず家族構成員の「自由と平等 (Freiheit-Gleichgewicht)」を基礎に据えている。なぜなら、彼の家族観にも現れているように個人化が家族にも及んでいる以上、社会における構成員の権利のレベルに家族における構成員の権利のレベルを接近させて考えるからである。そして国家はその家族構成員も一個人として自己実現を果たすための機会を保障する役割を担うと考えるのである。<sup>(72)</sup>つまり、国家は家族構成員の自由と平等を保障するために、政策を講じなければならないことになる。また家族構成員は、自己を実現する権利を保障される裏返しとして、国家に対し責任を負うことにもなる。これは、個人が現代の福祉国家を前提として、国家に対して保護を求めることができるような社会では、国家は個人に対し納税などの義務を課すのと同様に、家族における個人が国家に対し一定の保護を求めらなければならない。国家はその個人に対し義務を課すことができることを意味する。その義務が扶養義務である。扶養が必要な場面で、社会扶助主体がまず扶助を行ない、それにより求償が民法上の扶養義務者に求められた場合、裁判所はその扶養義務者の自由と平等を侵害しない程度で扶養義務を認めることになる。ブルーダーミュラーは、今日の裁判実務において、民法上の規準に従い、社会扶助主体と家族における扶養の調整が適切に行われるべきだと考える。<sup>(73)</sup>

④血族扶養の枠組み ブルーダーミユラーは扶養制度の枠組みを以下のように示す。まず、成年子に対しては、こ  
うである。血族扶養関係において、成人した者は、確かに経済的に自立する責任を負うが、これは夫婦間の婚姻の  
解消のように、血族関係の解消から生じるのではない。なぜなら、血族関係は契約ではなく、事実関係に依拠する  
からである。そこで彼は、血族関係における扶養義務、とくに子に対する扶養義務は、その者の経済的自立を能力  
的に達成させるとともに、自己を実現するための義務へ転換していると捉えて、子に対する扶養の中でも、成年子  
に対する父母の扶養は教育を必要とする扶養に限定して認められるとする。これに対し、離婚・失業など、偶然の  
理由から発する要扶養状態にある子については社会連帯 (soziale Solidarität)、つまり社会により負担されるべき  
危険と考える。<sup>(74)</sup>

これに対し、父母に対する子の扶養は、父母への子の感謝責任と一般の連帯思想から家族連帯により扶養が期待  
されるが、この扶養についても、子に対する扶養との関係では、等しきものは等しく処理するという準則が妥当す  
るかぎりでは認められると、ブルーダーミユラーは考える。<sup>(75)</sup>つまり、高齢者は、成長による自立という点で子とは異  
なるが、家族における自立していない弱者という点では子と同様である。従って、高齢の父母は、子に扶養を求め  
ることができるということになる。そして、扶養義務者側の負担は、自己決定権の観点から限界づけられる。扶養  
義務者が家族連帯の要請から求められた義務により過重な負担を強いられ、自己決定権ができないような事態に陥  
るような場合、義務者の生活が危険にさらされ、給付能力の限界へと向かうのである。このとき社会の責任へと転  
化される。<sup>(76)</sup>また、偶然の事情に起因する扶養は、社会連帯の要請が強く、家族による扶養が行われることなく社会  
の負担へと導かれる。現行制度では、まず社会扶助主体が高齢の父母に給付金を支払い、そこから民法に依り扶養  
義務者に求償することが多く、義務者に対し過度な負担が生じる虞れのある場合には、裁判所が個別的に求償を制

限することから、義務者の自由も保障されている<sup>(77)</sup>。彼は、国家が、過重な負担を家族に負わせないよう、社会保障制度、税制度などを駆使することで、社会と家族とで扶養の分担を調整すべき役割を担うと考えている<sup>(78)</sup>。

⑤ しかし、彼のように、原則として民法における扶養を行う前に社会保障制度における扶助を受け、必要な限度のみ社会扶助主体から求償を受けるのが適切であるとすると、その前提として社会扶助主体からの扶助と民法上の扶養は一致するものであるということになる。このことは、究極的に、家族扶養が社会扶助の範囲でしか請求できなくなるということを意味する。この帰結こそが、以下で示す見解が特に危惧していることである<sup>(79)</sup>。

(3) 団体的家族内での調和と扶養 (リヒター Gerhard Richter / シュヴァープ Dieter Schwab の見解) リヒター<sup>(80)</sup>は、上記のブルードーミュラーの扶養に関する説に対し、今日の意味での家族連帯の視点から扶養法を検討しているのは的確であると評価をする<sup>(81)</sup>が、これまで本質的な改変なく妥当してきた現行法を上記の各説のように捉え直すことが国民のコンセンサスに合致するかが問題となると指摘する<sup>(82)</sup>。というのも、リヒターやシュヴァープは、家族構成員間の絆はなお強く重要である<sup>(84)</sup>と考えるからである<sup>(84)</sup>。

以下では、①家族の絆を表す状況をリヒターの分析をもとに示し、②これを踏まえシュヴァープの見解を手がかりに血族扶養制度の意義を検討し、③上記の各説により血族扶養の廃止または修正が唱えられた原因を裁判例をもとに探る。

①家族構成員の絆 リヒターは、家族の絆がなお絶えたものではなく、ブルードーミュラーが示す家族構成員の個人化が現在の家族状況には当てはまらないということ<sup>(85)</sup>を、以下のように説明する。

(i) ドイツにおいて一九五九年から一九六四年に行われた公証実務の調査は、独立資金 (Ausstattung)<sup>(85)</sup>などの名目で父母から子に財産の譲渡が多く行われているという結果を示し、この傾向は今日でもなんら変わらない<sup>(86)</sup>。



これは中産階級の家庭 (Mittelstandsfamilie) や労働者家庭 (Arbeiterfamilie) にもあてはまる。家の購入、開業などに際して、老齢世代が若年世代を助けるのが通常だからである。また、自らの責任とは関係がなく失業に陥る者が多い今日だからこそ、父母からの援助で、貧困を回避したり、離婚後の生活援助を求めたりすることもあ<sup>(87)</sup>る。

(ii) さらに、親子間を越えた、祖父母と孫間での家族の繋がりも重視されるようになった。例えば、働く夫婦が祖父母 (特に祖母) にその子を預け、孫の世話を彼等が引き受けている。というのも、実際、祖父母は労働世代である子夫婦より、金銭的にも豊かで、時間もあるからである。<sup>(88)</sup>さらに、金銭的にゆとりのある祖父母が孫に対して贈物をしたり、あるいは孫のための貯金を行ったりということも行われている。この実情は、子夫婦の経済的負担を軽減し、祖父母と孫の結びつきの強さを示すものである。<sup>(89)</sup>

また面接交渉の分野でも、これまで家族法は祖父母と孫の関係について関心を示さなかったため、祖父母の面接交渉権は認められていなかったが、近年原則として認められるようになった。<sup>(90)</sup>

以上のような状況をもとに、リヒターは、成年子はキリスト教の倫理という意味でも「隣人」<sup>(91)</sup>のままであり、BGB一六〇一条以下の規律はなお国民のコンセンサスに一致すると理解する。

② 血族扶養の根拠 シュヴァープもリヒターと同様、家族の絆を認める。父母は自立した子に対し法が求める以上に多くの援助を与えている。また、家庭内での老親に対する事実上の介護については、相続を通して財産を承継することのできる若い家族構成員が担っている。カップル関係の破綻が増加する中、直系の血族関係については重要な意味と安定が根づいているともいえる。このような実情に照らすと、血族扶養制度が廃止されても、家族構成員は自発的な意思で相互に出捐し合うことになることが推察できるとシュヴァープは考<sup>(92)</sup>える。彼の理解によると、扶

養は、家族の構成員による一方的出捐ではなく、お互いが自発的に自分たちのために行っている出捐といえることができる。

彼は、このような家族構成員間の連帯した絆が根底にあるから、国家はこの関係が円滑になるような政策を講じていると考える。その一例が相続法における遺留分権、社会保障法・税法における家族の優遇措置である。国家は家族にこのような特別な保護を与えている代わりに、国家が家族に強制できる「社会倫理上最低限度の義務」が法定の扶養義務であるということになる。逆に、扶養が行われないような血族関係が一般化しているなら、国家が家族を優遇する理由がなくなるので、制度全体を変更する必要があるということになる。<sup>(93)</sup>

③裁判実務の問題点 以上のような理由から、シユヴァープは、現行制度は維持されなければならないと考え、今日、血族扶養の廃止ないし制限が唱えられるのは、裁判実務に問題があるからだと指摘する。

(i) 父母に対する子の扶養義務は、子に対する父母の生涯の扶養責任の裏側にある。この扶養義務には、生活費としての扶養料だけでなく、家族内で介護が行われない場合に必要なる専門的サービスとして金銭評価される介護の対価も含まれる。<sup>(94)</sup>しかし、この場合にも、「自身の適切な扶養を損なわない限りで」という給付能力の判断は、義務者の収入、財産並びに社会的地位に従い、義務者の適切な老後の準備も含めた生活需要すべてを考慮して行うことで、義務者の生活水準は守ることができるとする。<sup>(95)</sup>この規準は、一九九二年判決に一致する。

(ii) 自立した成年子の父母に対する扶養請求に関する裁判所の判断は厳しすぎるとシユヴァープは指摘する。先のBGH一九八四年判決では、要扶養状態の判断において要扶養者の稼働能力が加味されており、この規準によると、法規に反しない、良俗に反しないあらゆる職業を受け入れなければならない。つまり、自己責任が拡大し、緊急の場合には社会扶助が行われても、父母に対する求償の可能性もなくなる。<sup>(96)</sup>これは、自立した成年子の扶

養に対し民法上の扶養が認められない可能性が高くなり、民法上の扶養制度が機能していないことを意味する。彼の理解に立てば、一九八四年判決では、家族による扶養が認められる可能性があるということになる。

(iii) 成年子に対する教育扶養については、父母に財力があるからといって、その財力に応じた扶養料が認められたわけではない<sup>(97)</sup>。従来、教育中の子の扶養期間は、目的を追求し努力すれば教育目的が達成されるような相当な期間を意味した<sup>(98)</sup>。しかし、一九八九年判決をはじめ、病気等の、個々人の事情も考慮され、最低限の期間ではなく、教育に必要な通常の期間まで認められるに至り、成年子の教育扶養は拡大され過ぎて<sup>(99)</sup>いる。このため、成年子の教育扶養が他の血族間の扶養を圧迫していると、シュヴァープは指摘する。

(iv) また、シュヴァープは、裁判実務において「自己保有分」を用いて扶養義務を判断していることについて、このように生活に必要な額を一定の数字で示すことは、数値の固定化の危険が生じ、個々の事例に当てはめるには十分な根拠を欠いている可能性があると指摘する<sup>(100)</sup>。このような処理は、扶養義務者に生活水準に応じた生活を保障するといふ一六〇三条の文言や意味と一致せず、権利者の社会的地位を保持するために必要な額が全く考慮されていない可能性があると考えるからである。彼は、民法の規定に従い各事案に応じた解決を求めている。

(4) 小括 今日、ドイツでは「家族連帯」という観点を中心に扶養の根拠が捉え直されている。これは「家族」と家族構成員との関係をどのように理解するかということにかかっている。そのため、この考え方の相違から、血族扶養が期待される領域に差異をもたらした。以下では、ドイツ法のまとめとして、この三つの説の考えをもとに、家族と社会とがそれぞれ負担することになる扶養の領域をまず検討する。その上で、各説が民法上の血族扶養法のレベルで扶養を家族に割り当てるとした判断の要素を抽出することを試みる。

### III 分析・検討

(1) シュヴェンツァーの子の成長と親の責任のみを扶養の根拠とする説からは、家族が負担すべき扶養とは、親と生計を同一にする自立に至っていない未成年子と教育中の成年子に対し、父母が負担すべき義務ということになる。この扶養は、子を自立へと至らす父母の責任からのみ導かれる。ただし教育を目的とする成年子の扶養も、ある年齢(二七歳)を限度として父母が負担するに留まる。これ以外の扶養はすべて、偶然の事情に起因する扶養の危険とし、血縁とは関係なく、民法上の扶養義務者の負担、つまり家族の負担とせず社会の負担とすべきであるということになる。離婚・障害など偶然の事情から要扶養状態に陥った場合、全て社会が負担すべき危険であるため、社会扶助主体は扶養義務者に求償することもできない。

(2) ブルーダーミユラーの家族構成員の個に着目する説は、血縁関係に基づく家族とはいえ、個人化の流れが及ぶことから、家族における個人にも自由が保障される。ただ、現代福祉国家においては、弱者に対し国家によるパターナリズムの配慮が行われ、その中で国家は個人に一定の義務を課す。これと同様に、家族においても弱者に対し保護を与える必要が生じる。そこで国家は、扶養制度を通して、家族に扶養を負担することを強制する。ただし、扶養義務者が、自身の生活を脅かされ自己決定が脅かされるような事態に陥ればこの義務から解放され、扶養は家族の負担から社会の負担へと転化される。この前提をふまえ、家族に扶養が求められるのは、未成年子と教育中の成年子については、父母が経済的に自立させ自己を実現させるよう配慮する義務があるからである。従って、この目的を達成したかあるいは達成するであろう時期が過ぎると父母のこのような義務はなくなる。これに対し、子の離婚・失業など偶然の事情に起因する要扶養状態は社会が負担すべき義務となる。逆に、加齢により自立できなくなるといふことは誰にも生じる可能性があり、子が自立できないのと類似する。そのため血縁関係のある父母への子の感謝責任と一般の連帯思想に基礎を据える家族連帯から、子が父母を第一に扶養しなければならぬこと

になるが、子の自由が脅かされる場面では社会の負担となる。また、父母が自立できなくなる原因は様々であり、離婚などの偶然の事情により扶養が必要となった場合には、子の場合と同様に社会連帯の思想から社会扶助の負担へと傾く。このバランスを取るために、国家がその調整役を担う。そのため、老父母への扶養は第一次的には社会扶助主体が扶助を行い、社会扶助主体が扶養義務者の給付可能な範囲で求償をするということになる。従って、父母への扶養の程度はおのずと国家が社会扶助の範囲で行う生存に必要な範囲に限定されることになる。

(3) リヒター／シユヴァープの家族の絆という観点に着目する説は、要扶養状態になった原因を扶養の権利義務の発生にあたり考慮しない。血族扶養は、血縁関係にある者が国家により相続などの制度で優遇される代わりに、家族として機能するために必要な倫理上の最低限度の義務として、国家が血族に課した義務である。従って、このような優遇措置を受けるために、家族構成員はお互いに連帯し生活を維持しなければならない。家族間で民法の規定に従い扶養を請求することになる。ただし、今日扶養権利者は社会扶助をまず受けることもできるので、その場合にはその給付を行った社会扶助主体が扶養義務者に対する扶養権利者の権利を取得し、その範囲で扶養義務者に求償することも可能である。もっとも、民法上の、扶養権利者の要扶養状態と義務者の給付能力によって扶養の給付額は異なるので、その額は個別の事案において生存維持を目的とする社会扶助の額を超えることもあれば満たさないこともある。そして、民法上の規定に従うと、家族がその最低限の扶養義務を負担することができない場合に、補充的に社会がその義務を負担することになる。この説によると、まず家族に扶養を求めると、社会扶助を受けるのかという選択は扶養権利者に委ねられている。この理解は、自立した成年子に対する扶養にも妥当し、血族扶養は民法上の規定に従い判断される。従って、成年子への扶養は、父母への扶養と同様家族が最低限度で負担すべき義務と位置づけられる。また、教育中の成年子に対しても、扶養の根本的趣旨に立ち戻り、判断する必要がある、

ある程度制限する方向へと導かれる。

(4) 上記の各説において、家族と社会がどのように扶養を負担するかということを考えると以下のようになる。血族扶養は、家族とその構成員との関係をどのように理解するかで、扶養を一次的に社会が担うとする(シユヴェンツァー説とブルーダーミユラー説)か、家族が負担するか(リヒター／シユヴァープ説)という相違をもたらす。もつとも、シユヴェンツァー説とブルーダーミユラー説の違いは、前者が子の自立のための扶養が終わると血縁を問わず扶養義務がなくなり、社会の負担となるに對し、後者は、血縁がある親子に弱者保護の観点から扶養を負担させることを前提とした上で、社会と家族との負担を調整するために、社会がまず扶養に必要な給付を行い、社会から家族に求償するという手続きを採るという点で、最終的には扶養は家族負担となりリヒター／シユヴァープの説に近づく。そして、ブルーダーミユラー説とリヒター／シユヴァープ説との相違は、偶然の事情から生じる扶養についてである。ブルーダーミユラー説では、個人の偶然の事情から生じる扶養は社会により負担すべき危険であるのに對し、リヒター／シユヴァープの説では家族のために扶養が認められるべきということになるので、民法の規定に従い扶養が免責されないかぎり、家族が扶養を負担することになる。つまりリヒター／シユヴァープ説には、個人の偶然性から生じる扶養の免責可能性を判断する余地はない。

さらに、現行の血族扶養法を前提にするブルーダーミユラー説とリヒター／シユヴァープ説を手がかりに、血族扶養法レベルで家族に扶養を割り当てるとした根拠の共通の要素を抽出する。

(5) これらの説は、血族扶養制度を負担する者を「血縁」のある者に限定している。そして血縁関係のある者が家族関係を維持するために「連帯」して扶養を負担すると理由づけている。この「連帯」の意味については、基本的考えの相違からブルーダーミユラー説とリヒター／シユヴァープ説では異なる。ブルーダーミユラー説は、連

帯を家族構成員が自己実現する過程で生じる弱者を保護することを目的としているが、それは家族の構成員が社会構成員の一人のように自由を享受する裏返しとして必要な責任を負うべきだという考えに依拠している。リヒター／シユヴァープ説は、家族構成員が相互に家族として機能するために必要なものであると理解している。この連帯を前提として、国家が、民法上の規定に従い、血縁関係のある権利者・義務者の要扶養状態と給付能力を勘案した上で、扶養能力のある義務者に家族として負担することが期待できる「最低限の義務」が扶養義務である。この意味で、両説とも血族扶養に期待する領域は、義務者にとつて過重なものとはならない。だから、血族扶養は、家族構成員の一人——たいいていの場合には先行して給付を行った社会扶助主体——が他の構成員に対し法定の義務として強制的に請求できる権利となりうる。

この血族扶養を原則として、諸説は、子に対する父母の扶養義務を、子の自立のために必要な父母の責任と位置づけ、子に対し特別な父母の義務を認めている。このことは、成年子であっても教育扶養については、一般の血族扶養の規準と異なる規準で認めることについて異論がないことから裏打ちされる。

## 結 び

ドイツの扶養法は(一)で明らかにしたように、立法時から、扶養は、家族紐帯と習俗上の義務から基礎づけられるとされてきたが、これらの根拠は今日「家族の連帯」を中心に捉え直されている。ドイツでは、一九九八年の親子法改正において、扶養法の本質的な改正が行われなかったことから窺えるように、一般の血族扶養は、なお必要な制度として維持されている。<sup>(10)</sup> 扶養制度は、「血縁」と「連帯」に基礎をおき、「最低限の義務」として、扶養請求権者である家族構成員が義務者に強制できる制度である。実際、ドイツでは扶養義務者に先行して社会扶助主

体が要扶養者に対し必要な扶助を与えた場合に、社会扶助主体が義務者に対し民法の規定に従い定まる給付範囲について、要扶養者の扶養請求権に基づき裁判上求償している。この血族扶養制度をもとに、父母の責任の観点から子に対する特別な扶養制度が構築されている。ここでも「自ら扶養できる者は、扶養されない」という原則が妥当し、血族扶養の原則の及ぶ金銭面での給付範囲は客観的に定まっている。このように、法定の血族扶養制度の根拠を明らかにすることで、強制可能な扶養給付の範囲も明確になった。このことは、ドイツにおいては血族扶養といえども権利の側面が強いことを意味するといえる。

ところで、ドイツでは、民法上の扶養の範囲について当事者の意思が反映される場面は限定的であった。民法上の扶養制度を前提として、扶養という名のもとに行われる法定の扶養義務を補完する合意、あるいは並立し補充する社会保障制度がある(一I(4))。ドイツの扶養法はこのような構造をとっていた。本稿が明らかにすることができなかつたこの合意がどのようなものであるかは、今後明らかにしなければならない課題である。

わが国において、これまで扶養の根拠については十分に示されていない。しかし、それは今日わが国でも議論されている家族の団体性、家族構成員の個人化という視点から捉え直す必要がある<sup>(105)</sup>。なぜなら、わが国でも、介護保険における個人の自立を目的とする流れと生前贈与における家族の優遇措置という家族内での調和の流れがあるからである。これらの流れにおいては、「血縁」と「連帯」と「最低限度の義務」から血族扶養を説明できるドイツの議論の成果が意味をもつ。このことは、立法当初梅謙次郎博士が説明された「最モ必要ト認ムル範圍」で扶養が定められたということにも馴染み、この理解は戦後我妻栄博士にも引き継がれている<sup>(106)</sup>。

このように血族扶養の根拠を探る作業を進めることは、今日曖昧だとされる扶養の権利性を明確にし、さらに履行確保に必要な扶養の範囲の明確化にも繋がる可能性がある<sup>(107)</sup>。また、上述の根拠から基礎づけられるドイツの血族



扶養制度の構造は、わが国の扶養について「協議」する際の指針となる可能性がある（民法八七九条）。例えば金銭給付を原則とする場合<sup>(10)</sup>、引取扶養をどのように評価するかである。このことは、介護保険法制定の論議においてドイツのような家族介護の有償化をあえて行わなかったということ<sup>(10)</sup>も考慮しつつ検討されなければならない。この問題も当事者が何を協議することができるのかという問題とかかわる問題である。これらの問題が解決されることにより、当事者が合意できる部分が明確になると、介護契約<sup>(10)</sup>、扶養を条件とする相続の問題<sup>(11)</sup>、子の度を超えた教育費の問題<sup>(12)</sup>の解決も期待できる。

ドイツのように法定の扶養の領域が明確であることは、扶養義務者間の求償問題や生活保護の受給の場合の管轄庁からの求償問題を解決し、扶養をより迅速に与えることができる。さらに、そのことは、扶養義務者が交通事故で死亡した場合など<sup>(13)</sup>扶養権利者である者の扶養利益の喪失から生じる損害賠償等の関係で問題となった場合の扶養利益の喪失から生じる損害賠償の確定にも役立つ可能性もある。このような扶養と関連する分野において生じた問題についても視野に入れ、今後研究を深めたい。

- (48) Ingeborg Schwentzer, Verhandlungen des neunundfünfzigsten deutschen Juristentages, Hannover 1992, Bd.I (Gutachten), 1992, Gutachten A, S.41 f. S.43.(16).
- (49) LG Münster Urteil v. 18.12.1991, FamRZ 1992, 714.
- (50) AG Hagen Urteil v. 14. 12. 1987, FamRZ 1988, 755.
- (51) LG Hannover Urteil v. 17. 1. 1991, FamRZ 1991, 1094.
- (52) Schwentzer, a.a.O.(Fn.48), S.43-44. 藤原・前掲(19)注三五a—dに上記裁判例を含め、シエヴェンツァーが取り上げた事例が紹介されているので、詳しくはそちらを参照されたい。

- (53) 本件の原審についての概要は、藤原・前掲(19)でも紹介されている。
- (54) 教育中の成年子に対する扶養についての判例の動向は、野沢・前掲(47)で取り上げられている。一九九二年判決の訳出にあたり野沢論文を参照した。
- (55) ただし、一九九八年の親子法の改正により、未成年子と均しく扶養を受けられるのは二二歳未満の者(一六〇三条二項)に限定されている(前掲(23)参照)。
- (56) 一九九二年のドイツ法曹大会での議論の軸は、嫡出子と非嫡出子の法的地位の統一化ではあるが、離婚後の子の監護、継子、里子の監護、養子法もふくめ今日の親子関係に合った法的規律を目指そうとし、その親子関係の規律という意味で老親に対する扶養(血族扶養)も議論された。血族扶養についてはこの法曹大会での鑑定者である他の三人と意見の一致をみている。この詳細は、藤原・前掲(19)を参照されたい。
- (57) Schwentzer, a.a.O.(Fn.21), S.41.
- (58) Schwentzer, a.a.O.(Fn.21), S.42.
- (59) Schwentzer, a.a.O.(Fn.21), S.44.
- (60) シュヴェンツァーは継子にも未婚の未成年子の特別な扶養が認められるかを検討しているが本稿の対象外である。
- (61) Schwentzer, a.a.O.(Fn.21), S.44-46. この提案がされた当時、BGB上の年齢制限はなかった(前掲(23)参照)。
- (62) Schwentzer, a.a.O.(Fn.21), S.46.
- (63) Schwentzer, a.a.O.(Fn.21), S.46-47.
- (64) Gerd Brudermüller, a.a.O.(Fn.6), S.130 ff.
- (65) ゲマインシャフトとゲゼルシャフトという概念は、テンニースにより提起された(Gemeinschaft und Gesellschaft: Grundbegriffe der reinen Soziologie(1887)の邦訳は、『ゲマインシャフトとゲゼルシャフト(上・下)』『杉之原寿一訳(岩波書店、一九五七年)』)。ゲマインシャフトでは、人々が親密な相互の愛情と了解のもと運命を共にする。血縁に基づく家族、地縁に基づく村落など。ゲゼルシャフトは利益社会と訳されることもあり、諸個人が互いに自己の目的を達成するために選択意志に基づいて形成した社会で、人々は利害の打算に従って行動し、返礼や反対給付がなければ、他人のために何事かをするのではない。大都市、国民など(前掲(17)『社会学小辞典』参照)。

- (66) Brudermüller, a.a.O.(Fn.6), S.131—132.
- (67) わが国でも、子が自分の子となるのはなぜかということ、自分が生んだという事実から説明する可能性と自分の子として引き受けたことから説明する可能性が示されている。詳しくは、大村・前掲(一) 九二頁以下。
- (68) Brudermüller, a.a.O.(Fn.6), S.132 f.
- (69) ブルターミューラーの参照先は、John Rawls, *A Theory of Justice* (1972), S.12-15.邦訳は、『正義論』矢島鈞次監訳(紀伊國屋書店、一九七九年) 九頁—一二頁である。なお、『Natürliche Lotterien』の原語である「natural Lottery」の訳は、藤川吉美『構成としての正義の研究』一一四頁(成文堂、一九八九年)に従った。
- (70) Brudermüller, a.a.O.(Fn.6), S.132 f.
- (71) ブルターミューラーは、国家がこの役割を担うのは、国家が各個人に対して、自由を保障する義務を負い、個人は自身では自由を享受できない場合、つまり生存が脅かされているような場合では保護を求めることができ、国家もまたそのような個人に保護を与える義務を負うからであるとする(Brudermüller, a.a.O.(Fn.6), S.133.)。
- (72) ただし、自由を実現するために国家の介入を正当化する矯正的正義に対し、配分的正義の実現のための受給権の場合、どのような社会基盤の整備が必要かというより複雑な問題を含むともいう(Brudermüller, a.a.O.(Fn.6), S.133.)。
- (73) Brudermüller, a.a.O.(Fn.6), S.133-134.
- (74) Brudermüller, a.a.O.(Fn.6), S.134.
- (75) Brudermüller, a.a.O.(Fn.6), S.134.
- (76) Brudermüller, a.a.O.(Fn.6), S.135.
- (77) Brudermüller, a.a.O.(Fn.6), S.134.
- (78) Brudermüller, a.a.O.(Fn.6), S.134 f.
- (79) Richter, a.a.O.(Fn.22), S.1250.リヒターは、社会扶助を先行させることにより、公的負担が拡大することも危惧しうる。
- (80) Richter, a.a.O.(Fn.22), S.1245 ff.
- (81) Richter, a.a.O.(Fn.22), S.1248.

- (82) Richter, a.a.O.(Fn.22), S.1245.
- (83) Dieter Schwab, *Familiäre Solidarität im deutschen Recht*, Dieter Schwab/Dieter Henrich(Hg.), *Familiäre Solidarität, Beiträge zum europäischen Familienrecht*, Bd. 5, 1997,S.39 ff. 第三回レーゲンスブルク家族法シンポジウム(一九九六年一〇月二四から二六日)は「家族連帯」というテーマで講演が行われた。これをもとにした論稿は、イギリス法・フランス法などの比較から、ドイツ法における家族連帯のイメージを補充し完成させたものと評価されている (Gerd Brudermüller, *FamRZ Buchbesprechungen---Dieter Schwab/Dieter Henrich(Hg.), Familiäre Solidarität, Beiträge zum europäischen Familienrecht*, Bd. 5, 1997, IX,S. 336.)。シトヴァープのもう一つの視点は、扶養法上は扶養義務はないが、習俗上 (sitlich) の義務が家族連帯から考慮される可能性があるか、という視点である。ただ、この視点から問題とされる兄弟姉妹間扶養、パートナー関係での扶養、一六一一一条の未婚の母の扶養は、本稿の対象外のため、ここでは扱っていない。なお、パートナー関係については生活パートナーシップ法 (Lebenspartnerschaftsgesetz) が二〇〇一年八月一日に施行されている。
- (84) リヒターによると、実際の社会では核家族を越えた大家族の重要性が家族社会学の分野で、一九八三年にドゥブイ (Dubin) とヘルシンキー (Helsinki) により示されている。リヒターの参照先は、Rosemarie Nave-Herz, *Kontinuität und Wandel in der Bedeutung, in der Struktur und Stabilität von Ehe und Familie in der Bundesrepublik Deutschland*, S.60-94, Günther Lüschen, *Familial- verwandtschaftliche Netzwerke*,S.145-172, Rosemarie Nave-Herz(Hg.) *Wandel und Kontinuität der Familie in der Bundesrepublik Deutschland*, Bd.8(1988)。
- (85) 法定夫婦財産制を付加利得共通制とするドイツでは、婚姻に際し夫婦の一方がその父母から譲り受ける独立資金は、離婚・相続の場面で清算の対象にはならない当初財産に含まれる (BGB一三三四条)。そして、独立資金が当初財産であるといえるためには、財産目録に登記しておく必要がある (BGB一三三七条) ため、公証実務において契約の実態が把握しやすいことが推察される。
- (86) Richter, a.a.O.(Fn.22), S.1246.
- (87) Richter, a.a.O.(Fn.22), S.1246-1247.
- (88) Richter, a.a.O.(Fn.22), S.1247-1248.

- (8) Richter, a.a.O.(Fn.22), S.1248.
- (90) 祖父母の面接交渉権は一九九八年の親子法改正で規定された(BGB一六八五条一項)。シュヴァープも面接交渉を例にして祖父母と孫との関係を重視し、扶養を廃止することには否定的である。
- (91) 彼がこのようにキリスト教の意味での「隣人」として血族扶養を位置づけるのは、扶養制度は歴史的には、隣人愛に基づく教会の扶助活動のなかで、成果を得てきたという経緯があるからだと推察できる(山田誠「ドイツの補完性原理と自治体行財政」前掲・(37)『先進国の社会保障④ドイツ』六〇頁以下参照)。
- (92) Schwab, a.a.O.(Fn.83), S.56-57.
- (93) Schwab, a.a.O.(Fn.83), S.57-58.
- (94) Schwab, a.a.O.(Fn.83), S.51.
- (95) Schwab, a.a.O.(Fn.83), S.52.
- (96) Schwab, a.a.O.(Fn.83), S.51.
- (97) OLG Düsseldorf Urteil v.28.4.1993, FamRZ 1994, 767.
- (98) BGH Urteil v.23.5.1984, FamRZ 1984, 777.
- (99) OLG Hamm Urteil v.18.8.1993, FamRZ 1994, 387.
- (100) シュヴァープは、裁判所は学生には驚くほど寛大であると非難する(Schwab, a.a.O.(Fn.83), S.46.)。
- (101) Schwab, a.a.O.(Fn.83), S.52-53 (もちろん、一部の例では個別対応がされてくることもある)。
- (102) Schwab, a.a.O.(Fn.83), S.53.
- (103) 前掲(23)参照。
- (104) MünchKomm/Luthin a.a.O.(Fn.23), Rn 1.8-11.
- (105) 二宮・前掲(10)論文、水野紀子「団体としての家族」ジュリスト一一二六号七二頁(一九九八年)、丸山茂「家族のレギュラシオン」(御茶の水書房、一九九九年)などがある。
- (106) 我妻榮『親族法』(有斐閣、一九六一年)三八三、三九九頁では、民法の定める扶養義務は、直接には、拡張するものでもなく、縮小するものでもない、とされている。

- (107) 第一五六回国会に提出された「担保物権及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律案」は、二〇〇三年七月二十五日、参議院本会議で可決され、法律として制定された。この改正により以前から履行確保が困難とされていた養育費その他の扶養義務等にかかる定期金は、期限が到来したのに支払われていない分があるときは、期限が到来していない分の定期金についても一括して、給料その他継続的給付にかかる債権に対する強制執行を開始できることになった(改正民事執行法一五一条の二)。また差押禁止債権の範囲変更の申立てと立証に要する手続上の負担を軽減するため、扶養義務等にかかる金銭債権に基づく強制執行においては、給料債権等禁止する範囲が、その給付の「四分の三」から「二分の一」に相当する部分に縮減された(同法一五二条三項)(谷口園恵ほか「担保物権及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律の概要」金融法務事情一六八二号三八頁(二〇〇三年))。
- (108) 扶養の方法についての見解の対立は前掲(8)。大村・前掲(1)二四〇頁以下では、明治民法において金銭給付と引取扶養が規定された背景が義務者を考慮しての結果であると説明されている。
- (109) 「中長期ビジョンもとに制度見直し―介護保険特別対談」月刊介護保険八六号一三頁(二〇〇三年)における阿部正俊(参議院議員)発言。
- (110) 二宮・前掲(8)一九七頁、上野雅和「扶養契約」『現代契約法大系第七巻』遠藤浩ほか監(有斐閣、一九八四年)二七五頁。
- (111) 水野紀子「『相続させる』旨の遺言の功罪」『遺言と遺留分第一巻』久貴忠彦ほか編(日本評論社、二〇〇一年)一六六頁以下。
- (112) 大村・前掲(1)二四三頁、二五一頁。
- (113) 交通事故において扶養義務者が死亡した場合に扶養権利者が相手方に損害賠償を請求する際、その損害賠償を相続的構成に基づき請求するか扶養的構成に基づき請求するかが問題となるが、近時最高裁に扶養的構成をとる事例(最三判平成五年四月六日民集四七巻六号四五〇五頁)がでている。しかし、扶養的構成をとる場合、その算定の基準は個々の事例に基づき決することになるとされており(最一判平成二二年九月七日金判一一〇七号)、算定方法が定まっていない。