



Title	ドイツ法における血族扶養の基本構造と根拠（一）
Author(s)	冷水, 登紀代
Citation	阪大法学. 2003, 53(2), p. 159-179
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54791
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

ドイツ法における血族扶養の基本構造と根拠（一）

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・本号）

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

序

I 本稿の目的と方法

明治民法における扶養の規定は、発生要件（明治民法九五九条）、程度（同九六〇条）、方法（同九六一條）など詳細に定められていた。明治民法の立法者である梅謙次郎博士は、扶養制度について、国家や地方公共団体で「貧人」を全て「救助」することは財政上困難で、道徳で扶養が行われるのが理想であるが、それだけでは「不完全」だから扶養制度を設け、一定の関係のある者に「最も必要と認める範囲」で扶養義務を課したのだと説明している。⁽¹⁾しかし、現行法への改正作業の中で、発生要件に関する規定は削除され、方法、程度に関する規定は、当事者の協議や審判に委ねられた（民法八七九条）。明治民法における扶養の諸規定は繁雑であり、当事者には利用しにくく、当事者の協議に委ねた方がいいと考えられたからである。⁽²⁾この結果、扶養に関する権利性は希薄になり、同時に、義務の方も曖昧になり、義務を負わなくともよい場合が明確でなく、後に述べるように、様々な問題を引き起こしている。⁽³⁾

扶養の権利義務が不明確となった原因は、扶養の諸規定が簡素化されたことのみならず、これに加え、明治民法の立法当初から、扶養の権利義務の「最も必要と認める範囲」の意味とそれを正当化する根拠が十分に認識されていなかったことも挙げられる。今日、家族関係の希薄化が進み、家族構成員の個々の自由、自立が重要視されている。しかも、家族による扶養は対価のない給付が前提となっている。扶養を「家族」に負担させるのであれば、第一になぜ家族が扶養を負担しなければならないのかという問題と、第二にどの範囲で義務を負うのかという問題が一層明らかにされなければならない。

本稿は、この問題に対し、ドイツ法を手がかりとして、解決の示唆を得ようとするものである。ドイツ法を参照する理由は、第一に、ドイツ民法（Bürgerliches Gesetzbuch（以下「BGB」とする））における扶養の規定が、発生要件、方法、程度、給付の範囲、順位など詳細に定めており（BGB一六〇一条以下）、民法上の扶養の権利

義務の構造を捉えやすいこと、第二に、近年、扶養制度の根拠を巡る議論が活発に行われていることが挙げられる。第一について、ドイツ法を比較の素材とできるのは以下の類似点からである。ドイツの扶養制度は、血族間扶養と夫婦間の扶養とが個別の章に規定されている(夫婦間扶養は本稿の対象外とする)。わが国の扶養制度も、親族間扶養を民法八七七条以下に、夫婦間の扶養を婚姻の効果として七五二条に規定している。このように条文上の構成が類似するので、扶養制度を支える基本的な考え方がわが国の制度に馴染むと推察できる。また血族扶養の規定は、一般血族扶養に対し、未成年子に対する扶養を特別に規律しており、扶養義務に差があるという点で、中川善之助博士による「生活保持義務」と「生活扶助義務」の区別を解釈上の指針とするわが国の捉え方に類似する⁽⁵⁾。

第二に関し、ドイツでは、一方で子の権利強化の流れから判例により成年子の教育扶養が拡充された。また他方で、高齢化社会により老親扶養の必要性が増した。その結果、扶養義務を担う世代に負担が集中し、一九九〇年代に入り、彼らの負担の緩和のため、扶養制度を改革する必要性が指摘された。とりわけ、一九九二年ドイツ法曹大会でシュウェンツァー(Ingeborg Schwentzer)が尊属扶養の廃止を求めて以来、「家族の連帯(familiäre Solidarität)」という視点から血族扶養の一部修正を求めたブルーダーミュラー(Gerd Brudermüller)の説と、現状維持を唱えたりヒター(Gerhard Richter)の説、第三回レーゲンスブルクヨーロッパ家族法シンポジウムのシュヴァープ(Dieter Schwab)の説が注目される。このような議論がなされた背景には、ドイツにおいてわが国に先行して一九九六年に介護保険制度が整備されたことも見逃すことができない。

II わが国の状況と問題点

わが国の扶養法における権利義務が不明確なため、例えば、扶養義務の方法を巡り以下のような問題が生じている。一般に、強制可能であることを前提にすると、扶養の方法は金銭給付のみを意味し、高齢の親の介護は本来、

扶養義務の範囲外である。しかし、権利者と義務者の合意があれば、扶養義務履行の一方法として引取扶養が肯定されるので、現実には、合意を事実上強制する社会規範が存在する。そのため、家事労働として家族が介護を担う限り、介護は嫁・娘などに強制されることになる。⁽⁹⁾これは、今日、家族構成員の個人主義化が進む中、家族構成員がどこまでその自己の独立性・平等性・自由を支える自己決定を追求することができるのかという問題でもある。⁽¹⁰⁾家族構成員の自己決定は、確かに、公的介入や支援により保障する必要がある。しかし、それと同時に、扶養法は、未成熟子、病者、高齢者、失業者など要保護者の補完・保護の領域であるとも位置づけられている。⁽¹¹⁾

わが国の学説は、従来から当事者が協議できる内容は何であるか、という視点から論じてきた。⁽¹²⁾しかし、この視点からは、結局、当事者が自己決定できない領域、つまり扶養法が「最も必要と認める」権利義務の「範囲」が確定されない。そのため、この範囲を超えた扶養が行われた場合の評価をどうするかも明らかにならない。

さらに、扶養義務の負担範囲が明確でないため周辺制度との関係も曖昧になっている。民法上の扶養以外に、経済的な面で人が拠り所とする生活保護制度がある。この制度は、民法上の扶養を補充する制度である（生活保護法四條）。⁽¹³⁾しかし、民法上の扶養が行われるべき場合に生活保護を与えても、民法上の扶養義務者に求償されることはほとんどなく、事実上生活保護が先行しているとも指摘される。⁽¹⁴⁾逆に、生活保護費の肥大化による財政圧迫を防ぐため、実際の運用において、生活保護を行うか否かの判断が厳格になっている。このため、人が生活に困窮した場合であっても、生活保護を受けることができないとの批判もある。⁽¹⁵⁾このような状況を引き起こした一因に、民法上の扶養が十分理由づけられないまま制度化され、その制度を前提として、生活保護法が補充性を定めたことが挙げられる。⁽¹⁶⁾社会保障は、今日、生存権の保障・社会連帯を、その基本理念に据えているが、民法上の扶養が、社会保障法に優先する現行制度を前提とすれば、それだけの根拠が必要となる。この意味でも扶養の根拠を明らかにす

必要がある。そして、民法上の扶養が根拠づけられない場面で、社会保障法が期待される。社会保障法との連携が促進されるためには、民法上の扶養の範囲が明確に境界づけられる必要がある。

本稿は、このような問題解決の前提作業と位置づけることができる。以下、本稿の構成をまとめておく。

まず、ドイツの血族扶養法がどのような構造をとっているかを明らかにする（一）。それを踏まえ、ドイツでは家族の扶養がどのような根拠から支えられているかを示し、家族に求められる扶養がどのようなものといえるかを、社会との関係を示しつつ分析・検討する（二）。

なお、本稿の対象は、ドイツの血族扶養が直系血族に限定されているため（BGB一六〇一条）、傍系血族は扱っていない。また扶養の根拠が、特に問題視されたのは未成年子を除く成人間の扶養であるため、これを中心に進めている。ただし、成人子の教育扶養をどのように位置づけるかという問題は、判例・学説上、老親扶養の廃止を唱える上での比較となる。そこで、子に対する父母の扶養規定も含めた血族扶養全体を鳥瞰することにする。

一 血族扶養の基本構造

ドイツの扶養制度は、BGB一六〇一条⁽¹⁸⁾以下の血族扶養に関する規定と子の扶養に関する特別規定、未婚の子の母の扶養に関する規定（二六一五a条以下）、夫婦間の扶養規定（一三六〇条以下）、ならびに離婚後の配偶者に⁽²⁰⁾関する扶養規定（一五六九条以下）で成り立っている。本稿の検討対象である一六〇一条以下の血族扶養制度は、⁽²¹⁾一九〇〇年に施行されて以来本質的な改正はされておらず、⁽²²⁾各時代に要請された夫婦間の平等化、嫡出子と非嫡出子間の平等化などを企図して部分的に改正、補充がされるにとどまっている。⁽²³⁾この扶養制度が、どのような視点から設計されているかということを中心に、扶養の権利義務の構造を示すことがここでの目的である。

血族扶養制度は、一般血族間の扶養（Ⅰ）に対して、子に対する父母の扶養は特別なものとして位置づけられてきたので個別に検討している（Ⅱ）。

I 血族扶養の構造

（Ⅰ）血族扶養の発生要件 扶養法が、債権法ではなく親族法に組み込まれたのは、それが血縁や家族紐帯により惹起される自然的・習俗的（*stitch*）な関係に拠り所を求め、これに基づき扶養請求権を形成すると考えられたからである。⁽²⁴⁾ そのため、一方の要扶養状態（一六〇二条）と他の一方の給付能力（一六〇三条）という要件を定め、扶養請求権はこの要件を満たしてはじめて発生し、この要件を満たさなければ、見込み、つまり法的可能性があるにすぎない。⁽²⁵⁾ 扶養を求める者が無資力で稼働能力がないため自立することができない場合に行われる扶養請求は、正当なものとされる（一六〇二条一項）。この要件は権利根拠事実として捉えられ、扶養を求める者がその要扶養状態を証明しなければならない。⁽²⁶⁾ しかし、その証明があったとしても「自らを養う権利と義務は、他の者を扶助する義務に優先する。したがって、後者の義務は、扶養請求された者に給付能力がある場合に、その限りで扶養を与えれば足りる」という原則に従う。請求された者が自身の扶養を危険にすることなく扶養を与えることができないれば扶養義務は負わない（一六〇三条一項）。⁽²⁸⁾

（Ⅱ）血族扶養の内容 この要件を充足する場合に、扶養義務者は、扶養権利者の生活状況に相当する程度で扶養を与える義務を負う（一六一〇条一項）。扶養権利者は、義務者に対して、原則として、定期金形で扶養を請求する（一六一二条一項）。ただし、家庭裁判所が、義務者の申立により、正当な特別な理由があると判断した場合にのみ、現物での給付が可能となる。これは、一般に現物での扶養は金銭給付より容易に行いうるが、現物給付は扶養義務者の家事労働と結びつき易いため、扶養義務者を家事労働から解放することが要請されたからである。

逆に、義務者側にとっても、現物給付の一種である引取給付を受けると、自由な生活が制限される可能性があり、義務者による受け入れが正当であるかを判断しにくいからである。⁽³⁰⁾ 扶養権利者には給付内容についての選択権はなく、例外的に義務者に認められる可能性があるにすぎない。

また、介護保険制度の導入により、被介護者が公的施設介護ではなく、在宅介護、つまり家族による介護を選択した場合であっても、現物給付だけでなく金銭給付が行われるようになった。この意味で、介護は、無償を前提とする血族扶養とは異なる性質をもつ。⁽³¹⁾

(3) 血族扶養の給付範囲 「過去については扶養はない (in praeteritum non vivitur)」という法源に現れるように、扶養給付の目的は、扶養権利者の生活に現に必要な給付を与えることにより権利者の需要を満足させるものである。現在生じている債務以外の給付の目的は扶養ではなく、過去の扶養の満足は事物の本性に従い不可能であると理解されていた。従って、扶養は、扶養権利者自身が給付の可能性を主張しない限り、その者は満足していることになり、過去の扶養も請求できないということになる。しかし、権利者は、例えば義務者側の遅滞から、第三者に救済を受ける必要が生じることもある。このような場合に、義務者の遅滞の時点から権利者が後払いを請求するだけでなく、第三者が権利者の給付請求権を譲り受けることができれば、第三者としてもより必要な給付を与えやすくなる。このような理由から、一六・一三条の過去の扶養料に関する規定が設けられた。⁽³²⁾ 立法当初、この請求が認められるのは、①扶養義務者が遅滞に陥った時点と②扶養請求が訴訟係属した時点からであった。今日では、義務者が財産状況に関する情報を提供するよう求められた時点からも認められるようになり、不履行の場合には損害賠償も請求することができる(同条一項)。また、扶養権利者が請求当初求めることができなかった高額な特別費などは、後に扶養請求できるよう調整している(二項参照)。

(4) 扶養の処分不可能性と限界 将来の扶養について放棄することはできない(二六一四条)。このように放棄することが強制的に禁じられているのは、扶養は権利者の個人的利益であるとともに、公共の利益のためでもあり、(5)で示すように、扶養は社会扶助に優先するからである。確かに、現在および過去の扶養については、放棄することができる。しかし、第三者の権利が侵害される場合には、認められない⁽³³⁾。法定の裁量領域についてのみ当事者の意思が反映される可能性があるにすぎない⁽³⁴⁾。

ただし、反対給付を伴わない贈与の形で扶養を約束する場合や扶養義務に基づかない終身定期金契約を締結する場合、法律上の扶養請求と契約上の扶養請求の関係は、合意した給付額の一部を法定の扶養とし、残りを契約に基づく援助とすることができる⁽³⁵⁾。このような合意をした場合には、最低限の生活需要は保障されなければならない⁽³⁶⁾。

(5) 社会扶助との関係 民法上の扶養と並んで、すべての人に対し、緊急避難的に人間の尊厳に値する最低限の生活を保障する最後の拠り所として社会扶助制度が整備されている⁽³⁷⁾。社会扶助主体(der Träger der Sozialhilfe)は、現に、具体的な生活困窮状態があつてその需要が満たされる必要がある場合に、給付を行う。しかし、社会扶助法(Bundessozialhilfegesetz(以下「BSHG」とする))によると、自立できる者または他の者とりわけ家族もしくは他の社会保障給付の運営主体から必要な援助を受けている者は、社会扶助を受給することができない(BSHG二条一項)。このように社会扶助の補充性が規定されており、民法上の扶養義務者がいる場合には、その者が優先し扶養を行うことになる。ところが、社会扶助は、その要扶養者の給付の要件が存在することがその主体またはその委託を受けた機関に明らかになった時点で開始する(BSHG五条一項)。つまり、社会扶助の開始は職権によって行われるという原則が採用されている。従って、要扶養者は、扶養を請求する前に、社会扶助を受けることも可能である。これは、社会扶助が適時適正に行われて、必要な生計を保障するためである。ただし、

社会扶助の受給は本人の意思に反して強制されるものではなく、本人が受給を固辞すれば給付されない。⁽³⁸⁾

社会扶助主体が扶助を行った場合には、民法上の扶養権利者が行使できる扶養請求権が、一定の制限の範囲内で⁽³⁹⁾社会扶助主体に法律上当然に移転する（BSHG九一条）。社会扶助主体が、扶養請求権を裁判上行使するには、扶養請求権の存否とその範囲についての確定をする民事手続きにより行うことになる（BSHG九一条四項）。民法上の扶養給付の範囲が明確であるため、民法上の扶養義務者以外の者、特に社会扶助主体により、給付が先行して行われた場合であっても、その求償の範囲は明確である。

II 子に対する父母の扶養の構造

（一）扶養の発生要件 子に対する父母の扶養義務が一般血族間扶養の例外とされるのは、親であるということから生じる父母の自然的地位と任務が、親権の有無を考慮することなく、子を父母の資力・財力を通し自立へと導く義務に向かわせるからである。⁽⁴⁰⁾ 父母の地位から発する義務は、子の財産の元本が完全に使い果たされた場合にはじめて生じるというのでは十分ではない。⁽⁴¹⁾ 子を自立させて将来の成功をより保障するために、子の教育終了まで父母が無資力とならない限り扶養を与えるということは、父母にとって経済的に不当ということにはならない。このような理由から子に対する特別な地位を認める規律が設けられた。つまり、未婚の未成年子は、財産を有している場合であっても、財産収入や稼働収入が自身の需要を満たすのに十分でない場合に、父母に扶養を請求することができる（一六〇二条二項）。子は、通常、就労していないため常に扶養を請求できることになる。父母は自身のあらゆる財産を投じて自身と均しく子を扶養する義務を負う（一六〇三条二項）。

ただし、今日、裁判所は、父母の給付能力を個別の事案に即して判断しているわけではない。裁判所は、扶養権利者である子の年齢、義務者の所得に応じた扶養料を表にし、義務者の生活に必要な額（以下「自己保有分

(Selbstbehalt)とする)を一律に示し、この基準に従い具体的な給付額を算定している。自己保有分は子の扶養請求に対し裁判所が認めてきたものであるが、代表的なデュッセルドルフ表⁽⁴²⁾では、幼少の子から二一歳未満の教育中の未婚の成年子による扶養請求に対し、子が有職の場合父母の自己保有分は八四〇ユーロ、そうでないとき七三〇ユーロ、その他の未婚の成年子の扶養請求に対し、父母の自己保有分は一〇〇〇ユーロ〔大きい自己保有分〕と呼ばれることがある)とする。

(2) 扶養の内容 父母の自己保有分という点で、二一歳未満の教育中の成年子は未成年子と差が設けられている。しかし父母が給付可能であれば、子の自立のために必要な教育費については、相当な扶養の範囲となり(BGB一六一〇条二項)、未婚の未成年子と同様に、扶養を受けることができる(BGB一六〇三条二項)⁽⁴³⁾。子の特別な地位で扶養期間を限界づける根拠は、未成年であるということではなく、監護権に服しているかどうかだから⁽⁴⁴⁾ある。

また、未成年子に対する扶養は、身上監護と密接な関係があるため、身上監護権が夫婦双方にあるときは、共同して扶養のあり方を決め、共同して身上監護権を行使できないときに、金銭扶養が問題となる。この場合、原則として定期金により与えられるが(一六一二条二項)、父母は子の利益を考慮して扶養の方法を事前に定めることができる(一六一二条二項)、面倒見を行う者は、その監護・教育により義務を果たしたことになる(一六〇六条)⁽⁴⁵⁾。

子に対する扶養の方法は、子の監護権の観点から、扶養義務者である父母に委ねられている。ただし、金銭の場合、扶養の給付範囲については一六一三条に、放棄については一六一四条に従うこととなる。

(3) 子の特別な地位の限界 子を自立へ向かわせる親の責任から生じる子の特別な地位も、制限される場合がある。それは、他の血族が要扶養状態にある場合、子が財産を所有している場合、就労している場合、あるいは就

労が要求される場合である。というのもそこからの収入で自立できるのであれば、その収入を自身の需要に用いることが、扶養制度の趣旨に適うからである。つまり、子に対する扶養は特別なものと位置づけられているとはいえず、子自身が自立できる場合には、扶養権利者ではなくなる。⁽⁴⁶⁾

（４）教育扶助制度との関係 民法上の扶養を補充・補完する制度として、一九七一年に、教育の機会均等の保障の名のもと奨学制度が完備された。⁽⁴⁷⁾ 教育扶助制度の整備により、子は、民法上の父母に対する直接の扶養請求だけでなく、一八歳で成年に達した子であれば自身で専門教育を選択し、単独での助成申請を行い、教育扶助かあるいは仮払い給付を受けることができる。子が仮払い給付を受けると、子の父母に対する扶養請求権が助成実施機関に移転し、そこから父母に求償請求が行われることになる。この場合に、父母に扶養義務が認められれば、その給付額を支払うこととなる。子の教育扶養は、上記に示したように、成年子であっても、父母の責任に基づき導かれている。この意味で、血族扶養の一般の原則とは異なる処理を受ける。しかし、この教育扶養はまさに金銭で行われる扶養である。従って、扶養義務者は、給付能力が認められると、民法上の規定に従い扶養を給付すべき範囲で助成実施機関からの求償を受けることになる。

III 小括

ドイツ法において、血族扶養は、権利者が要扶養状態に陥り、扶養義務者が給付能力を有する場合にはじめて成立すると考えられてきた。なぜなら、扶養は、家族の紐帯と習俗上の義務から導かれた家族法上の権利義務で、請求が認められてはじめて具体化される権利義務関係だからである。そして、父母の子に対する責任という理由から特別な地位におかれた子に対しても、判断基準は異なるが、原則として、要扶養状態と給付能力が扶養発生の要件とされている。このことは、子に対する父母の扶養も、家族の紐帯と習俗上の義務から導かれる血族扶養に基礎を

おいていることを意味する。それは、特別な地位が認められる子は監護に服する未婚の子に限定され、子に収入がある場合には父母の扶養義務が免責・軽減されることから窺われる。

そして、この家族の紐帯と習俗上の義務に支えられた扶養は、権利者と義務者のいずれもが苛酷な状態にならないように配慮され、相当の程度で原則として金銭給付の形で行うものとされ、給付の範囲も法律上定められた範囲に限定されている。これが家族が負担すべきとして法が予定した扶養の権利義務の範囲である。ただし、本稿の直接の対象ではないが、この扶養制度を補充・補完するために、社会保障制度や当事者の合意が存在する（Ⅰ（４））。社会保障制度が整備された現代社会において、民法上の扶養が基礎としてきた家族の紐帯・習俗上の義務から扶養制度を捉えることが、今日の家族状況に一致するののかという問題が生じている。そこで、この問題に対し、ドイツの判例・学説がどのような根拠から民法上の扶養制度を正当化するかを次に明らかにしたい。

（１）梅謙次郎『民法要義』巻之四親族編（有斐閣、一九八四年「復刻版」（一八九九年「初版」）では、近親、「自然ノ愛情」、血縁、「鞠育ノ恩」、「相續」、「相扶」す約束により、救助するべき「天然ノ地位」にある者について扶養義務を課したと説明する（五二八頁―五三〇頁）。

（２）明治民法は扶養権利者・義務者の順位、方法、程度などが規定していたので、使いにくい制度であるとの理由で、大正一四年の要綱三三の説明において改正される必要があるとされ、この指摘を受けて現行制度に改正がされた（第二一回臨時法制審議会総会議事速記録 松本丞治発言、堀内節『続家事審判制度の研究』（中央大学出版、一九七六年）、六六八頁。井戸田博史「大正一四年民法改正要綱と扶養」『高齢者の親子法』新井誠・佐藤隆夫編（勁草書房、一九九五）二〇五頁。

（３）大村敦志『家族法』（有斐閣法律学叢書、一九九九年）一三九頁。この問題は、一九五八年六月三〇日「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（その二）」において、第六一で扶養義務の発生について、第六二で

過去の扶養料について、第六三で扶養の順序、程度及び方法について、検討する必要があるされていた(「親族法の改正《その三》」法律時報三二巻一三二頁参照(一九五九年))。

(4) この区別の提唱は、中川善之助「親族扶養法の本質(二)」法学新報三六巻六号一頁以下(一九二八年)。

(5) ドイツでは、扶養が当事者の関係により区別されていても、統一的な理解がされている可能性があり、わが国では、そのような統一的理解の必要性も指摘されている(西原道雄「親権と親の扶養義務」神戸法学雑誌六巻一・二二三四〇頁(一九五六年))。

(6) Gerd Brudermüller, Solidarität und Subsidiarität im Verwandtenunterhalt - Überlegungen aus rechtsetzischer Sicht, FamRZ 1996 S. 131. ブルーダーミューラーは、扶養の負担が集中する現役世代を特に「サントイッチ世代」と呼んでいる。

(7) 「Solidarität」は、かつて社会保障の諸法律の面でしか法的射程を持たないとされていた(「フランス家族法における自由と平等」ミシェル・グリマルディ(北山一郎訳)日仏法学一八号一三〇頁(一九九二年))。しかし家族法にもその射程が広がっており、また訳語についても「連帯」という訳出が定着しつつあるのでこれに従っている(松川正毅「PACS 2007(一) - (三・完)」国際商事法務二八巻三三三七二頁、四号五〇二頁、五号六三四四頁(二〇〇〇年)、大村・前掲注(三)二六頁)。

(8) 大村・前掲注(三)二四一頁、二宮周平「家族法」(新世社、一九九九年)一九七頁。扶養における引取扶養義務を消極的に捉えるものとしては、上野雅和「扶養契約」『現代契約法大系七巻』(有斐閣、一九八四年)二八三年、深谷松男「新版現代家族法」(青林書院、一九九八年)一八二―一八三頁、山脇貞司「高齢者の扶養をめぐる法的諸問題」『講座現代家族法四巻』(日本評論社、一九九二年)二九二頁、これに対し義務化を積極的に捉えるものとしては、西原道雄「現代の老親扶養」法学セミナー増刊・日本の家族三三四頁(一九七九年)、床谷文雄「民法と現代社会3」法学教室一八七巻三三頁(一九九六年)などがあるが、いずれも引取扶養をするには義務者の同意が必要であるという点で一致している。これに対し、引取扶養を金銭給付と同列に扱うものとしては、渡辺博之「扶養」の定義とその法的構造について(二)「高千穂論叢三二巻四号九頁―一〇頁(一九九八年)があるが、引取扶養の強制については不可能な場面があるともいう。また渡辺博之「私的扶養論の再構築をめぐる序章的考察」前掲(二)『高齢社会の親子法』一九

八頁によると、扶養義務者には公的責任の観点から公的扶助（各種ケアシステム、扶養義務者への税金の控除、援助金の支出など）が積極的に行われるべきであるとし、家族扶養の強化のみを志向しているのではない。

(9) この問題については、春日キスヨ『介護とジェンダー』（家族社、一九九七年）参照。

(10) 二宮周平「家族の個人主義化と法理論」法律時報七四卷九号二六頁以下（二〇〇二年）。

(11) 二宮・前掲(10)三〇頁は、家族の個人主義化が進めば、「私的保護法」の理論（沼正也『親族法準コンメンタール総論・総則（新版）』（信山社、一九九八年）三一九―三九五頁、「財産法における親族法原理と親族法における財産法原理」法学新報八一巻二号三五頁以下（一九七四年）で提唱された）の応用により紛争解決を調整する手法が必要となるという。

(12) 上野雅和「扶養の協議について」岡山法学雑誌四四巻三・四号三三五頁以下（一九九五年）。

(13) 社会扶助と民法の関係について、かつて補充性が明確に規定されるまでは、扶養が社会扶助への移行措置であると主張されてもいた。しかし今日補充性を前提としてそれをどのように解釈するかが議論されている（桑原洋子「高齢化社会の到来と親族扶養優先の原則」『谷口知平追悼論文集第一巻家族法』（信山社、一九九二年）三一九頁）。

(14) 北川善太郎『親族・相続』（民法講要V）（有斐閣、一九九四年）八六頁。兄弟姉妹間での扶養に関するもので、親子間の扶養と同列に扱うことはできないが、補充性の原則について、被扶養者の要扶養状態の判断にあたり、同人が受けている生活保護に基づく給付を考慮に入れることを禁じた趣旨ではないとした（東京高決昭和四〇年一月一二日家月一八巻六号一六一頁）。但し、この決定についての批判もある（西原道雄「私的扶養と公的扶助との関係」『家族法判例百選（新版・増補）』（別冊ジュリスト四〇号）三二一―三三二頁（一九七五年））。

(15) 全国的には生活保護件数が過去最多の八九万六千世帯に達する（二〇〇三年六月一日朝日新聞朝刊）が、給付要件の厳格な判断の結果、生活保護率が下がっている地域もある（二〇〇三年二月二日朝日新聞朝刊）。

(16) 一九三二年（昭和七年）一月一日に施行された救護法では、扶養義務者に扶養能力がある場合にはまず扶養義務者が扶養をしなければならぬとされた（救護法二条）。このように立法者が規定したのは、民法が扶養義務を認めたのは人倫の常情と徳義の観念を基礎とした日本古来の美風たる家族制度を維持しようとする趣旨に他ならず、この点に留意しなければならないということであった（山崎巖『貧窮法制要義』（良書普及會、一九三二年）一六九頁（復刻版

戦前期社会事業基本文獻集三二(卷) (日本図書センター、一九九六年)。そして一九五〇年に、憲法における生存権保障の具体化として位置づけられた生活保護法においては「民法との調和」をさせるという方針からそうさせたという説明にすぎない(小川政亮「社会保障制度との関連」『家族法Ⅴ 扶養』(酒井書店、一九六八年)一八六―一八七頁)。

(17) この両方を社会保障の理念に据えるか、生存権のみをその理念とするかは争いのあるところであるが、この両方の理念を根拠とする見解からは前者は国家と個人の関係を、後者は個人と個人の関係を支えている理念であると説明されている(社会連帯の観点からも社会保障法を根拠づけたのは、高藤昭「社会保障法における生存権原理と社会連帯原理」『現在の生存権』柴田穰編(法律文化社、一九八五年)一頁、「社会保障法と基本原理と構造」(法政大学出版会、一九九四年)。ただし、社会連帯を強調することは社会全体の利益の中に個人を埋没しかねない危険性ははらんでいるので、この理念のみで社会保障法関係における本来的基礎的法主体であるはずの個人を適切に位置づけることはできないとも指摘されている(菊池馨実「社会保障の法理念」(有斐閣、二〇〇〇年)一三七―一三九頁)。

フランスの社会学者であるデュルケム(Emile Durheim)が、社会連帯という語を用い社会進化を説明しているが、社会学における連帯の概念は広義すぎて、今日では緻密な概念として取り上げられることは少ない『社会学小辞典(新版)』(有斐閣、一九九七年)。

(18) 以下の条文は、特筆しない限り、BGBの規定をさす。

本稿で使う条文を一括してあげておく。なお、BGBの条文訳にあたり、太田武男・宮井忠夫・佐藤義彦「西ドイツ家族法の現状」人文学報四六巻(一九七九年)一八四頁以下を参照している。

【BGB一六〇一条】(直系血族) 直系血族は、互いに扶養する義務を負う。

【BGB一六〇二条】(扶養権利者) 一 項 自ら扶養することができない者に限り、扶養を求める権利を有する。

二 項 未成年者で未婚の子は、財産を有している場合であっても、自己の財産収入および稼働収入が扶養するには十分でないときには、扶養を与えるよう父母に求めることができる。

【BGB一六〇三条】(扶養義務の要件) 一 項 その他の義務を考慮すると相当な扶養を危険にすることなく扶養を与えることができない者は、扶養義務を負わない。

二 項 父母は、未成年で未婚の子に対して、前項の状態にある場合には、あらゆる処分可能な財産を自身とその子のた

めに平等に使用する義務を負う。成年で未婚の子は、父母又は父母の一方の生計で生活し、通常の学校教育を受けている限りは、満二歳になるまでは、未成年で未婚の子と等しく扱われる。他に扶養義務を負う血族がいる場合には、この義務は生じない。財産の元本から自己の扶養をまかなうことができる子に対しても、このような義務は生じない。

【BGB一六〇六条】（扶養義務者の順序） 三項 親等の近い親族は、その所得状況や財産状況に従い分担して責任を負う。未成年で未婚の子を世話する父母の一方は、子の扶養を負担するために、原則として監護および教育により、義務を履行する。

【BGB一六一〇条】（相当な扶養） 一項 供与されるべき扶養の程度は、扶養を必要とする者の社会的地位に応じて定まる（相当な扶養）。

二項 扶養は、相当な職業準備訓練の費用を含んだ社会生活上の一切の需要を、教育を要する場合にはさらにその教育費用をも含む。

【BGB一六一二条】（扶養の方法） 一項 扶養は定期金の支払いにより与えられるべきものとする。扶養義務者は、正当な特別の理由があるときは、その他の方法で扶養を与えることが認められるよう、請求することができる。

二項 父母は、未成年で未婚の子を扶養する場合、子の利益を当然考慮して、扶養の方法、給付すべき時期をあらかじめ定めることができる。特別な理由があるときは、家庭裁判所は、子の申立に基づき、父母のした決定を変更することができる。子の身上監護権を有しない父母の一方は、子がその世帯にいる期間に限り、右の決定をすることができる。

三項 定期金は、毎月あらかじめ、支払われるべきものとする。（以下略）

【BGB一六一三条】（過去の扶養） 一項 権利者は、過去のものに関しては、義務者が扶養請求の目的で彼の収入及び財産に関する情報を提供するよう求められた、義務者が遅滞に陥ったまたは扶養請求の訴えが係属した時点からのみ、履行を求めることができ、またはその不履行についての損害賠償をすることができる。扶養は、扶養請求がその基礎に従いその時点で生じた場合には、先のいずれかの事由に該当する月の最初から債務となる。

二項 権利者は第一項の制限なしに過去のものに関して次の理由から請求することができる

一号 不規則で非日常的な高額な需要（特別費）のため、それが生じて一年が経過すると、すでに扶養義務者が遅滞に陥っているかその請求が訴訟係属している場合のみ、その請求をすることができる

二号(a)法律上の理由からまたは

(b)扶養義務者の責任範囲に当たたる事実上の理由から、扶養権利者が扶養請求の主張を妨げられた期間のため

三項 二項二号に該当する場合、分割払いかまたははや時期に遅れた履行は、完全にまたは即座に履行義務者のために履行することは不当で苛酷となるときには、求めることができない。第三者が義務者の地位で扶養を与えるため、その者が義務者に補償を請求する場合も同様である。

【BGB一六一四条】(扶養請求権の放棄) 一項 将来に対して扶養を放棄することはできない。

【BGB一六一八a条】(寄与と配慮) 父母と子は互いに寄与し配慮する責を負う。

【BGB一六八五条】(その他の者と子の面接交渉) 一項 祖父母と兄弟姉妹は、子の福祉に奉仕する場合、子と面接交渉する権利を有する。

【BSHG二条】(社会扶助の補充性) 一項 自身を支えることができる者、または他人、とくに他の社会給付の団体もしくは主体により必要な援助を受けることができる者は、当該社会扶助を受けることができない。

二項 他人の義務、特に扶養義務者または他の社会給付の主体の義務は、当該法規に優先する。法規に基づき請求されていない他の給付といえども、当該法規に従い相当な給付を行うよう規定されているため拒絶してはならない。

【BSHG五条】(社会扶助の開始) 一項 社会扶助主体またはそれにより委託された機関が、給付要件が存在すると認めると、直ちに、社会扶助が開始する。

【BSHG九〇条】(請求権の移転) 一項 扶助受給者(中略)が、社会法第一編一二条の意味での給付負担者でない他の者に請求権を有する場合、社会扶助主体はその請求権の限度でその請求権を社会扶助主体に移転された旨を文書で通知することにより効力を生じさせることができる。社会扶助主体は、同時に一文の扶助受給者への扶助とともに別居していない配偶者および未成年で未婚の子に与える生活扶養の扶助のために要した費用に関する請求権を移転させることができる(以下略)。

【BSHG九一条】(民法上の扶養義務者に対する請求権の移転) 一項 扶助を与える期間中受給者が民法上の扶養請求権を有する場合、その請求権は扶養法上の情報提供請求により給付された費用も含め社会扶助主体に移転する。請求権は、扶養請求が継続的な支払いにより満たされている場合には、移転しない。請求権の移転は、扶養義務者が

(中略) 受給権者の二親等の親族であるか若しくは遠隔地にいる一親等の親族である場合には移転しない。妊娠しているか満六歳に達しない子を世話している受給権者の一親等の親族に対する扶養請求も同様である。

二項 その請求権は、受給者が八四条二項又は八五条一項三号二文の例外と第四節の規定に従い収入および財産を投入しなければならぬ場合に移転する。民法上の扶養義務者に対する請求権の移転は、著しい苛酷を示す場合には除外される。著しい苛酷とは、通常扶養義務のある父母に、障害者、障害の虞がある者、介護必要者に二一歳に達した後に行われる障害者のための扶助や介護のための扶助が与えられる場合である。

三項 過去の分に関して、社会扶助主体は、扶養義務者に扶助を与えたことを書面で伝えた時からのみ民法上の要件を満たし移転した扶養を請求することができる。扶助が確実に長期間にわたり与えられなければならない場合に、社会扶助主体はこれまでの月々の支出の限度で将来の給付についても請求することができる。

四項 社会扶助主体は、移転した扶養請求に基づき、扶助の受給者の同意を得て、裁判上の請求により戻し譲渡をさせ、扶養請求権を譲渡させることができる。(中略) 本条一項から三項による請求は、民事手続の中で、決定される。

(19) 「Verwandschaft」はわが国の民法七二五条一号の血族とその上位概念である親族の両方を意味するが、ドイツの扶養法上の親族はわが国の直系血族に限られている(二六〇一条)ので「血族」と訳している。ただし、立法時の議論において、兄弟姉妹も含めるべきだという主張があった。詳しくは、藤原正則「ドイツ法における親族扶養と社会保障の協働」商学討究四六巻一号二二頁(一九九五年)の注二二参照。

(20) 夫婦間扶養、離婚後の配偶者に関する扶養、未婚の子の母の扶養は本稿の対象外である。

(21) 一九〇〇年民法施行時の議論を探るためにここで用いた資料は、

Motive: Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (1888).

Prot. I : Protokolle der [1.] Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (1881-1889); zitiert nach der metallographierten Abschrift.

Jakobs/ Schubert Die Beratung des BGB Familienrechtl §§ 1564-1921. 1989.

(22) Gerhard Richter, Rechtspolitische Erwägung zur Reform des Unterhaltsrechts nach §§ 1601 ff. BGB, FamRZ 1996, 1245.

(23) 一九五八年六月一八日施行の同権法 (Gleichberechtigungsgesetz vom 18. 6. 1957. BGBl. I S. 609.) により、夫婦財産制を共通制とした場合の共有財産の帰属に関する規定 (一六〇四条)・母の面倒見扶養の扶養概念への拡張の規定 (一六〇六条) の改正、三ヶ月の定期金の廃止 (一六二二条)・子の財産に対する父母の用益権と扶養法上の相当な意義に関する規定である一六〇五条が廃止されている。また、一九六九年八月一日施行の家族法改正法 (Familienrechtsänderungsgesetz vom 11. 8. 1969. BGBl. I S. 1221.) により、一六一〇条の「身分にあった (standesgemäß)」を「相当な (angemessen)」扶養という文言に直された。また、一九六九年八月一日施行の非嫡出子法 (Nichtehelichengesetz vom 19. 8. 1969. BGBl. I S. 1243.) では、基本法六条五項から、「非嫡出子とその母のための特別規定」を BGB 一六一五 a 条ないし一六一五 o 条に盛り込んだが、一九九八年の未成年子の扶養法の統一に関する法 (Gesetz zur Vereinheitlichung des Unterhaltsrechts minderjähriger Kinder vom 6. 4. 1998. BGBl. I S. 666. Kindesunterhaltsgesetz) により、その一部である一六一五 b 条ないし一六一五 k 条は削除されている。この改正の目的は、嫡出子と非嫡出子の扶養に関する規定の統一である。また、一九七四年に、成人年齢は、従来の満二歳から満一八歳に引き下げられたが (Gesetz zur Neuregelung des Volljährigkeitsalters vom 31. Juli 1974, BGBl. I S. 1713)・一九九八年の改正で教育扶養については満二二歳に達するまで未成年の子と同程度に認められるようになった (この年齢は児童青少年援助法 (Kinder- und Jugendhilferecht) の規定と一致する)。

その他、第一婚姻法の改正法 (1. Eherechtsreformgesetz vom 14. 6. 1976. BGBl. I S. 1421.) により新 一六〇五条として情報提供義務が盛り込まれ、一九八六年には扶養法に関する旧規定の改正法 (Gesetz zur Änderung unterhaltsrechtlicher u. a. Vorschriften vom 20. 2. 1986. BGBl. I S. 301) が夫婦間の実質的扶養権の範囲において統一の改正がされた。また、一九九一年には、公法上の目的規定と扶養法上の目的規定との多くの共通点を考慮して、血族扶養の中に、身体と健康の損害についての支出のために社会給付が請求された場合に、その支払われた額が、扶養請求が確定した場合に推定される規定が盛り込まれた (一六一〇 a 条) (Gesetz zur unterhaltsrechtlichen Berechnung von Aufwendungen für Körper- und Gesundheitsschäden vom 16. 1. 1991. BGBl. I S. 46)° vgl. Horst Luthin, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8, Familienrecht II, 49. Aufl. (2002) Vor § 1601 Rn. 2-6 (以下、MünchKomm. / Luthin) 以下参照)。

- (24) Motive, a. a. O. (Fn. 21), S. 677.
- (25) Motive, a. a. O. (Fn. 21), S. 677.
- (26) Prot I, a. a. O. (Fn. 21), 7535.
- (27) Motive, a. a. O. (Fn. 21), S. 685.
- (28) Motive, a. a. O. (Fn. 21), S. 685. Prot I a. a. O. (Fn. 21), 7544. 立法当初は、請求された者の所得能力の判断として、その者が取得できる可能性のある収入までが考慮されていたので、今日よりも厳しい扶養義務を負う可能性があったと思われる。
- (29) 相対性の判断については詳細は、Elmar Kalthoener/Helmut Büttner/Birgit Niepmann, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts 8. Aufl. 2002を参照されたい。
- (30) Winfried Borrn, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8, Familienrecht II, 4Aufl. (2002), § 1612 Rn. 5, 12-16.
- (31) 詳しくは、本沢巳代子『公的介護保険』（日本評論社、一九九六年）六四頁以下。
- (32) Motive, a. a. O. (Fn. 21), S706.
- (33) Winfried Borrn, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8, Familienrecht II, 4Aufl. (2002), § 1614 Rn. 1. (以下略) [MünchKomm. /Borrn]を引用す。
- (34) MünchKomm. /Borrn, a. a. O. (Fn. 33), Rn. 6.
- (35) Jörg Hoffmann, Unterhaltsvereinbarungen einschließlich Unterhaltsverzicht, Unterhaltsrecht von Göppinger/Wax 7Aufl. (1999), Rn. 1297-1298. このような「重の請求は、法的には、異なる処理をする」とである。血族扶養の対象である直系血族以外の継親子の扶養などについて、当事者が扶養契約を締結すること、扶養の規定がその当事者に適用されるかは別の問題である。
- (36) Hoffmann, a. a. O. (Fn. 35), Rn. 1377. このような契約は、血族間よりも離婚後の夫婦間の扶養の合意や離婚後の子に対する扶養の場面で行われているようである。
- (37) 田中耕太郎『先進諸国の社会保障④ドイツ』古瀬徹・塩野谷祐一編（東京大学出版会、一九九九年）一五一頁以下

参照。

- (38) 田中・前掲(37)一五六―一五七頁。
- (39) 扶養義務者が二親等以遠の場合や、一親等でも妊娠中または六歳未満の子を世話している場合には、扶養請求権の移転を排除している（B S H G 九一条一項）。また、その範囲についても、社会扶助受給者がその所得と資産の投入を求められたであろう範囲に限定し、加えて民法上扶養請求権の移転は、これが苛酷となるような場合には、生じない（例えば二歳以上の障害者・要介護者に対する援助をした場合、社会扶助主体から扶養請求権を履行することを否定している）（B S H G 九一条）。田中・前掲(37)一七〇頁。
- (40) Motive, a. a. O. (Fn. 21), S. 681.
- (41) Motive, a. a. O. (Fn. 21), S. 681.
- (42) 下記示した数値は二〇〇二年一月一日のデュッセルドルフ表を参照している（Klaus Eschenbruch, Der Unterhaltsprozess, 3. Aufl. (2002) S. 1224）。菊池絵理「ドイツにおける離婚関係訴訟の実務（下）」家裁月報五四巻四号五四頁以下には、一九九九年七月一日のデュッセルドルフ表を訳出してある。
- (43) 教育中の成年子の扶養年齢については、前掲(23)参照。
- (44) Motive, a. a. O. (Fn. 21), S. 681.
- (45) この規定は、歴史的には、夫婦間平等を達成するため、経済的扶養を行えない妻の立場を考慮してできたものである。詳しくは、野沢紀雅「ドイツ法における扶養概念の変遷（一）―（四・完）」民商法雑誌二〇六巻二号一八七頁、三〇二九頁、四号四六一頁、五号五九九頁（一九九二年）。
- (46) Motive, a. a. O. (Fn. 21), S. 681-682.
- (47) 野沢紀雅「ドイツにおける成年子の就学費用と親の扶養義務」法学新報一〇四巻八・九号二九一頁（一九九八年）において、成年に達した後の教育中の子の扶養について説明されている。これによると、この制度は、高学歴化により子の経済的自立が遅れたことが発端となって整備されたとされる。またドイツで成人年齢が一九七四年に二一歳から一八歳に引き下げられたのは、判例により、成年子にも教育扶養請求が認められたことにある（三〇四頁）。