

## 研究ノート

# 西ドイツ離婚法をめぐる

## 三つの違憲裁判例について

神 谷 遊

### 〔目 次〕

- I はじめに
- II BGB一五六八条二項の合憲性——離婚請求許可の限界をめぐる
- III BGB一五七九条二項の合憲性——離婚後の扶養請求許可の限界をめぐる
- IV BGB一六七一条四項一文の合憲性——離婚後の子に対する共同監護の許可をめぐる
- V 結語に代えて

### I はじめに

西ドイツにおいては、一九七七年七月一日より「婚姻法及び家族法改正のための第一法律(Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. 6. 1976)」が施行され、同国の家族法は大幅な修正を受けるに至った。とりわけ注目に値するのは、離婚法の分野において、従来その支柱とされていた有責主義が全面的に排除され、新た

に破綻主義が導入された点である。具体的な改正の要点に触れる前に、何故に有責主義の排除が必要とされるに至ったか、について言及しておくことにしよう。

改正前のドイツ離婚法は、有責主義的離婚原因と破綻主義的離婚原因の両者から成り立っていた。ところが規定運用の実際においては、婚姻破綻を原因として離婚を達成することが極めて困難であったため、離婚請求は、ほとんどの場合、有責主義的離婚原因に依拠して行われていたのである。<sup>(2)</sup>従って離婚の可否を決する基準として、夫婦のいずれが破綻につき有責であるのか、という問題が、実務上極めて大きな役割を演じていたことは、否定すべくもない。しかも旧法においては、かかる有責性の問題が、離婚の可否に留まらず、離婚の効果にまで重大な影響を及ぼしていた。例えば、専ら又は主として有責とされた夫婦の一方は、他方の必要とする限り、離婚後も扶養義務を負うものとされていたし、公的扶助の分野においても、かかる夫婦の一方は、他方の死後、年金や恩給を受けとることができない、とされていた。また共通子の監護権者決定に際しても、夫婦に別段の合意がない場合、専ら有責と宣告された夫婦の一方に、監護権が委ねられることはなかった。従って、まさに旧法下においては、有責性の問題が、離婚法の全分野を支配する決定的な判断基準とされていたと言えよう。しかし他方、かかる離婚法の在り方に対しては、その弊害が強く指摘されるようになってきた。例えば(1)夫婦のいずれが破綻につき有責であるかを、異論の余地なく確定することは、ほとんど不可能である、(2)それにも拘わらず、裁判上の「有責の認定」が離婚の効果にまで及ぶ決定的な意味を有している、(3)「有責の認定」をめぐる争いは、夫婦間の争いをいたずらに激化させる、(4)破綻の原因を解明するためであっても、裁判官が夫婦の私的生活領域を究明することは、望ましいことではない、等々といったものである。<sup>(3)</sup>

その結果、右の如き批判を踏まえて立法化された改正法では、離婚法の全分野を支配する決定的な判断基準としての有責性の問題を、全面的に排除することが、第一の目的とされるに至った。具体的には、(1)離婚の可否を決するに際しては、現に婚姻が破綻しているか否かのみを基準とし、破綻に至った経緯は一切問題としない、(2)離婚後の扶養に関しては、夫婦の自活を原則としつつも、婚姻を契機として、又は婚姻中に生じた原因により、夫婦の一方が自活することができないとき、婚姻中の生活水準を基準として扶養を認め、夫婦の有責性は問題としない、(3)公的扶助の分野においては、婚姻中に夫婦の協力によって獲得された年金期待権を、離婚に際して調整する (Versorgungsausgleich)、(4)離婚後の共通子に対する監護権者を決定する際にも、子の福祉を基準とし、夫婦のいずれが有責であるかは問わない、等が改正法の骨子である。

以上の諸点からもすでに明らかのように、この改正によって、離婚法の分野における価値観が完全に転換したと言っても過言ではないだろう。それだけに改正法施行後今日に至るまで、様々な解釈論上の対立が表面化するとともに、改正法自体が基本法の予定する婚姻観ないし家族観に一致するのか、という観点から、その合憲性をめぐる議論も活発に展開されてきた。とりわけ後者の議論は、改正法の特徴を知り、かつ今後の動向を占う上で極めて重要な意味を持つものと思われる。そこで本稿では、かかる議論の結実とも言える連邦憲法裁判所の三つの違憲判例を紹介し、その背景及び意義について若干の考察を試みることにした。

尚、本稿で紹介する三つの判例のうち第一のものは、離婚棄却事由を定めたBGB一五六八条一項(以下断りのない限りBGBの条文を指す)の適用範囲をめぐるもので、その意味で、破綻主義離婚法における離婚請求可否の限界をめぐる問題と評することができよう。また第二の判例は、離婚後の扶養請求棄却事由を定めた一五七九条一項の適

用範囲をめぐるもので、これも第一の判例と同じく、扶養請求許否の限界を扱ったものと言えよう。さらに第三の判例は、離婚後の共通子に対する共同監護（親権の共同行使）の許否をめぐるもので、直接的には「親としての監護は、親の一方のみに委ねられる」と規定した一六七一条四項一文の合憲性を問うたものである。

(1) 一九四六年婚姻法四八条一項は、家庭共同体が三年以上廃止され、婚姻が深刻に破綻したとき、を離婚原因として規定したが、同条二項により被告たる配偶者の異議権が広範囲に認められていた。

(2) 第一婚姻法改正法の政府草案である BT-Drucks 7/650, S. 71 によると、一九七一年の段階で、被告配偶者の婚姻上の過誤（婚姻法四三条）を理由として離婚に至った事例は、全離婚件数の九四％以上を占めていたと言われる。

(3) BT-Drucks. 7/650, S. 72 f.

## II BGB 一五六八条二項の合憲性——離婚請求許否の限界をめぐる

### 1 緒言

前述の如く、第一婚姻法改正法 (1. EheRG) により、離婚原因に関する諸規定からは、従来の有責主義が全面的に排除され、徹底した破綻主義がその支柱とされるに至った。その結果、夫婦のいずれが有責であるかは、もはや離婚の可否を決する絶対的基準たりえず、婚姻の破綻という客観的事実のみが考慮される。すなわち法律上の離婚原因は、唯一「婚姻の破綻 (Scheitern der Ehe)」のみである（一五六五条一項一文）。しかし、破綻の有無のみを問題にするとしても、そこからは様々な弊害が生ずることも予想された。例えば裁判所が、破綻の有無を判断するために、常に夫婦関係の実情を細かく調査しなければならないとすれば、それは当事者夫婦にとって耐え難いものとなろうし、また個々の担当裁判官の主観的価値基準により、破綻の有無の判断が大きく左右されることも考えられた。その意味

で、有責主義に立つ旧離婚法下と同じ性質の弊害が、破綻主義採用後も生ずる可能性があったと言える。

そこで改正法は、これらの弊害を抑制し、かつ破綻の有無の判断を容易にするため、夫婦の別居 (Getrenntleben)、を婚姻破綻の表徴と評価し、さらに別居期間の長短によって、離婚の実現にいわば難易の差をつけた。すなわち、夫婦が一年以上別居している場合には、夫婦の双方が離婚意思を有しているときに限り、婚姻破綻が擬制される (一五六条一項)。これに対し、夫婦の別居が三年以上に達している場合には、それだけで婚姻破綻が擬制されることになる (同条二項)。また、夫婦の別居が三年に達しておらず、一方のみが離婚を望んでいる場合には、裁判所が、一五六条一項二文にいう破綻の要件に従って、夫婦関係の実情を調査し、破綻の有無を判断しなければならない。

他方、改正法は、かかる破綻主義に対して二つの制限規定を設けている。一つは、離婚を望む夫婦が別居していないか、その期間が一年に満たない場合に関する。この場合には、婚姻が破綻しているだけでは離婚は許されず、離婚を申し立てた夫婦の一方が、「他方の身上に存する事由によって、婚姻の継続が苛酷なものとなること」を立証しなければならぬ (一五六条二項)。他の一つは、婚姻から生まれた未成年の子の利益のため、特別な事由から婚姻の維持が例外的に必要とされる場合、又は離婚が、それを拒否する相手方にとり、特別な事情に基づいて著しく苛酷な状態を生ぜしめるため、婚姻の維持が例外的に必要とされる場合、婚姻が破綻していても、離婚は許されないことである (一五六八条一項)。但しこの規定は、夫婦の別居が五年を超えているときには、もはや適用されない (同条二項)。前者は、性急な離婚の抑止がその主たる目的であるのに対し、後者は、子の利益の保護<sup>(1)</sup>及び客観的に異常な状況下にある夫婦の一方の保護をその目的としており、苛酷な結果を緩和する条項という意味で、一般に苛酷条項 (Härteklause) と呼ばれている。<sup>(2)</sup>

以上の如き改正法の構造を概観する限り、別居を婚姻破綻の表徴と観るばかりでなく、その期間が長ければ長い程、もはや婚姻の回復が望めないこと、すなわち当事者の強い離婚意思を示すものとして、これを評価しようとしたことは明らかであろう。一五六八条二項により、夫婦の別居が五年を超えれば、苛酷条項を適用することすら許されないのである。

しかし苛酷条項の適用期間を別居五年以内に限定する一五六八条二項は、立法手続においても極めて複雑な経緯をたどって条文化された。その立法趣旨は、ほぼ以下の点に要約することができる。すなわち、夫婦の別居が五年に及ぶならば、婚姻関係の回復が望めないばかりでなく、かかる破綻した婚姻を解消しても、夫婦や子の生活状態にもはや大きな変化を来すことはないこと、五年の別居後にも離婚によって苛酷な状態が生ずることは考えられるが、かかる事例はごく稀なものであること、<sup>(3)</sup>がそれであり、以上の点を踏まえて、夫婦の一方を破綻した婚姻に長く結合せしめることは不当とされたのである。しかし、苛酷条項それ自体は、前述の如く、特別な情況下にある子及び夫婦の一方を保護するため、かかる特別な情況が消滅するまで離婚を猶予することを目的としている。しかも、<sup>(4)</sup>ここでいう「特別な事由」「苛酷な状態」は、婚姻破綻の原因とは直接的関係を有していない。<sup>(4)</sup>従って、夫婦の別居が五年を超えた時点でも、かかる特別な情況の生ずる可能性があることになる。そうである以上、苛酷条項の適用を画一的に別居五年以内に限定することは、<sup>(5)</sup>苛酷条項が本来有する趣旨とは相容れないとも言えよう。こうした論点を踏まえ、一五六八条二項が基本法六条一項に反するか否かを扱ったのが、以下に紹介する連邦憲法裁判所の決定である。<sup>(6)</sup>

## 2 連邦憲法裁判所一九八〇年一〇月二一日決定<sup>(7)</sup>

西ドイツ離婚法をめぐる三つの違憲裁判例について

同志社法学 三六卷三号

四三 (三三五)

## 〔事実の概要〕

本決定の前提とされたハンブルク上級地方裁判所一九七九年一月六日判決及びそれにより認定された事実を総合すると、本件事実関係はほぼ以下の如くである。

本件異議申立人は一九五八年十一月、その夫と婚姻を締結した。尚当該夫婦からは三人の子が出生している。

一九七四年八月より夫は異議申立人を遺棄し、以来他女との婚外男女関係を維持している。旧法下、夫より離婚訴訟が提起されたが、第一審では棄却。控訴審係属中に新離婚法が施行されたため、夫は三年以上の別居による婚姻破綻の擬制（一五六条二項）を根拠に訴訟を続行した。これに対し、本件異議申立人は、申立人自身にとって離婚が重大な苛酷状態を生ぜしめ、その結果夫の利害を考慮してもなお当該婚姻の維持が要求されるとの抗弁（一五六条一項——苛酷条項）を提出した。その根拠は、申立人自身が継続的な医師の治療を要する重病に苦しみ、夫が申立人を遺棄したことによって、すでに病状の重大な悪化が生じていることである。

さらに控訴審係属中に、異議申立人が産婦人科医による大規模な手術を受けたこと、専門医の鑑定によると、申立人は手術後も強度の抑うつ状態に陥っていることが認められる。当該裁判所は、離婚を認容した場合、申立人の健康状態に有害な影響の生ずることが考えられるか等につき、さらに精神医学的鑑定を依頼した。鑑定人はこの問いを肯定している。

一九七九年十一月、ハンブルク上級地方裁判所は夫からの離婚請求を認容した。別居期間が五年を超えたため、婚姻破綻が異議なく推定されるのみならず、苛酷条項による離婚請求の棄却も不可能となったことが、その理由である。<sup>(8)</sup> 本件異議申立人は、右判決により、基本法六条一項に基づく基本的人権が侵害されたとして、憲法異議の訴えに及

んだ。

〔決定主文〕

I BGB一五六八条二項は、夫婦の別居が五年となった後、異常な苛酷状態が少なくとも手続の停止によって回避される余地もなく、何らの例外なくして離婚を言い渡されなければならないとする点で、基本法六条一項に合致しない。

II ハンブルク上級地方裁判所一九七九年一月六日判決は、本件憲法異議申立人の基本法六条一項に基づく基本的人権を侵害している。当該判決は破棄。事件はハンブルク上級地方裁判所に差し戻す。

III 略

〔決定理由〕

A

本件訴訟の対象は、夫婦が五年を超えて別居していたとき、夫婦の一方の申立てがあれば、BGB一五六八条二項によって、何らの例外なく夫婦の離婚を認容しなければならないとすることが、基本法六条一項に合致するか否かの問題である。

I ないしIV 略

B

本件憲法異議の訴えは許されるものであり、かつ根拠がある。

I



(ハンブルク) 上級地方裁判所は、鑑定の結果、異議申立人においてBGB一五六八条一項の要件が充たされているものとみなした。しかし当該裁判所によって合憲とみなされたBGB一五六八条二項の期間規制故に、夫の離婚申立てを棄却する余地なしとしたのである。従って一九七九年秋における離婚が、異議申立人にとって、とりわけ当時の鑑定によって明らかに認められる胸部の手術を原因として、将来にわたっても異常に苛酷な状態を生ぜしめるのか否か、そのことからいかなる法的帰結が明らかとなるか、という問題には、何らの解答も出されていない。当該上級地方裁判所は、夫からの離婚請求が(異議申立人の)特別な苦境を理由に一時的に許されない権利行使となるか否かという点のみを、専ら審理していたのである。

## II

本件憲法異議の訴えは、一九八〇年二月二八日の当裁判所判決において未解決のまま残された問題、すなわちBGB一五六八条二項の硬直した期間規制が特定の例外事例に関連して憲法上疑いありとされるべきか否かという問いに判断を下すことを、不可欠のものとする。この問いは肯定されるべきである。すなわちBGB一五六八条二項は(夫婦の別居が)五年を経過したる後、少なくとも手続の停止によって異常な苛酷状態が回避される余地もなく、何らの例外なくして離婚を言い渡さなければならないとする点で、基本法六条一項に合致しない。

1 基本法六条一項が保障する国家秩序の特別な保護は、完全な婚姻(intakte Ehe)にのみ適用されるものではない。たとえば婚姻が破綻していても、立法者には、離婚の効果に関する規定に留まらず、(離婚原因に関する規定においても)かかる状況下においてなお存する夫婦の身分上の責任を、不当な苛酷状態を回避するのに役立つ規制をすることによって、考慮すべき義務がある。一九八〇年二月二八日の当裁判所判決において詳論されていた如く、基本法六条

一項からは、（本来）生涯にわたって維持されるべき婚姻の効果として、さらに離婚に対する用意のない夫婦の一方の保護のために、不当な時期に離婚の宣告されることを妨げ、離婚に対する用意のない夫婦の一方に（離婚後の）変化する状態への切り換えを容易にさせるという（立法上の）措置を講ずる義務が生じる。

2 BGB一五六八条一項は、婚姻の維持が子の利益のために特別な事由から必要とされるとき及びその限りにおいて、又は離婚がそれを拒否する相手方にとって異常な事情から重大な苛酷状態を生ぜしめるため、婚姻の維持が申立人の利害を考慮してもなお例外的に必要とおもわれるとき及びその限りにおいて、婚姻が破綻していても離婚することとは許されないと規定し、1で述べられた義務を実現している。その際、「異常な事情 (außergewöhnliche Umstände)」及び「重大な苛酷状態 (schwere Härte)」といった不確定な法概念が明文化されたのは、生活の多様性を考慮した場合、離婚が、その時期（の悪さ）故に夫婦の一方に異常な負担を課することになったり、又は離婚が、一般的な正義実現の期待に矛盾しうるような特殊な諸事例の存することを否定しえないためである。

（しかし）異常な苛酷状態の生ずるすべての事例を法律上記述することは不可能であるとの認識は、（法律上）確定された（別居）期間が経過すれば、すべての婚姻は絶対的に離婚可能であるとする建前——かかる（絶対的固定的な）建前に対しては訴訟上の処置によっても柔軟な対応がなされてこなかった——とは一致しがたい。勿論、立法者は、苛酷条項の適用期間制限を断念すべく、憲法上義務づけられていた訳ではない。苛酷状態は、多くの場合、別居が五年に至る前に消滅するであろうし、苛酷条項の適用可能性を時間的に制限することによって、離婚に対する用意のない夫婦の一方に、（所詮）離婚は一時的に延期することしかできないことを悟らせることにもなる。従って苛酷な状態を考慮しうる期間を五年に制限したことは、通常の場合それをもって十分であり、基本法六条一項により生

ずる要請を正当に評価したものと言える。しかし苛酷条項が適用できなくなった時点で、苛酷条項の枠内で考慮されるべき事情がなお存続している場合、又はそのような事情が苛酷条項の適用期間の徒過直前に生ずる場合で、しかもこうした苛酷状態を考慮しないことが、離婚を拒否する夫婦の一方に不均衡な負担を課することになるとき、BGB一五六八条二項の期間規制の硬直性は、基本法六条一項との矛盾に陥る。基本法六条一項は、この種の事例において、実体法上の規定、もしくは少なくとも手続の停止に関する規定によって、生じている不当な苛酷状態を考慮しうるだけの（法律上の）融通性を最低限要求するものである。

3 かかる可能性を、第一婚姻法改正法（先の改正法）は有しない。上級地方裁判所が、許されない権利行使という観点で行った如き憲法に一致する解釈という方法をとっても、基本法六条一項の要請に応じたことにはならない。かかる解釈には、裁判官が無視することの許されないBGB一五六八条二項の明確な文言と意味が対立することになるう。

従って立法者は、五年間の別居期間が経過したる後は、何らの例外なく離婚を認容しなければならないとすることを排除する規制をしなければならない。BGB一五六八条二項は、離婚原因に関する規定の要素をなしているから、とりわけこの規定の変更が考えられるべきであろう。勿論、それは憲法上不可避に要求されている訳ではない。すなわち、不当な時期における離婚の回避を可能ならしめる裁判官による手続の停止が、現行規定の枠を越え、期間に拘束されることなく実施されることも考えられよう。——文中の（ ）は筆者による——

本決定において連邦憲法裁判所は、婚姻が破綻している場合でも、夫婦の身分上の責任がなお存続していることを明確に認めた。かかる責任は、通常婚姻の余後効として離婚の効果に関する規定——例えば扶養請求権等——によって考慮されるべき性質のものであろうが、本決定は、それでは足りず、かかる責任を離婚原因に関する規定、すなわち離婚の可否を決する段階においても考慮すべきものとした。具体的には、「不当な時期に離婚の宣告されることを妨げ、離婚に対する用意のない夫婦の一方に（離婚後の）変化する状態への切り換えを容易にさせる」という点がそれである。そして、かかる責任を法律上明文化したものが苛酷条項（一五六八条一項）であると捉えている。このことから逆に、苛酷条項それ自体は、離婚請求を究極的絶對的に拒絶するものではなく、単に暫定的に離婚を猶予するものであることが、明確に看取されよう。<sup>(9)</sup> また他方において、本決定は、かかる苛酷条項が一般条項として規定されたことの意味を強調している。本決定の説くところに従えば、「異常な苛酷状態の生ずるすべての事例を法律上記述することは不可能であるとの認識」に基づいて、苛酷条項は一般条項として規定されざるをえなかった訳であるから、そのことから、一般条項たる苛酷条項は、個々の具体的事例毎に、適切かつ妥当な解決を目指すべく、より柔軟な対応を企図したものと言えよう。

しかし、「個々の具体的事例毎に適切な解決を目指す」という苛酷条項の趣旨を尊重しようとすれば、別居期間を婚姻破綻の擬制手段として、より「客観的画一的な解決」を計ろうとした改正法の態度との間に、矛盾が生ずることになる。問題は、両者をいかに調整するか点にあると言えよう。この点に関連し、本決定に先立つ一九八〇年二月二八日の判決<sup>(10)</sup>において、連邦憲法裁判所が、別居期間による破綻の擬制を合憲としていたことに留意する必要がある。この判決を踏まえて本決定を考察するならば、連邦憲法裁判所は、破綻の有無を判断する局面においては、別居期間

を擬制手段とした「客観的画一的な解決」を正当としたのに対し、離婚請求に対する抗弁の局面においては、「個々の具体的事例毎の柔軟な対応」を優先させようとしたものと評することができる。その結果、夫婦の別居が五年を超えている場合には、一律に苛酷条項の適用を否定していた一五六八条二項が違憲とされるに至った。これにより、夫婦の別居期間がどれ程長くとも、即座に離婚が許されることは、もはや望めなくなった。夫婦の一方から離婚請求に対する抗弁が提出されれば、裁判所は必ず夫婦の実情を調査し、苛酷条項適用の可否を判断しなければならない。その意味で、裁判所による夫婦の私的生活領域への介入を嫌い、かつ裁判官の主観的判断が偏重されることのないように企図された改正法の体質が、微妙な修正を受けたことは事実であろう。もっとも、かかる修正が、直接的に有責主義への回帰を示すものではない点には注意を要する。これはむしろ苛酷条項の適用要件に係わる問題であって、現在までの判例を概観する限り、苛酷条項それ自体は、一応有責主義とは異なった次元で運用されていると言えるからである。

本決定は、第一に、裁判所による柔軟な対応を可能ならしめるべく、一五六八条二項の改正を迫るものであるが、同時に、かかる実体規定の改正によらずとも、離婚訴訟の停止という訴訟法上の可能性を新たに開くことによって、苛酷な状態が回避できることを示唆している。この点に関連し、すでに離婚訴訟の停止を定めた「現行規定」として、ZPO六一四条の存することを指摘しておく必要がある。しかしこの規定は、裁判官が婚姻継続の見込みがあるとの心証を得た場合に、夫婦の和解を期して訴訟手続を停止すべき旨を定めた規定であり、苛酷な状態の回避を目的とした規定ではない。従って、苛酷な状態を回避するために、ZPO六一四条に基づき訴訟を停止することは、事実上同条の趣旨を無視するものと言わざるをえない。加えて同条四項は停止期間の限度をも定めており、それによれば、<sup>(11)</sup>

夫婦が三年以上別居している場合、最長で六ヶ月の停止が認められるにすぎない。そこで連邦憲法裁判所は、苛酷な状態の回避を目的とした、しかも「期間に拘束されない」手続の停止を可能ならしめるべく、訴訟法上の規定を新たに創設すること、さらに、かかる手続法の改正が実施されるならば、実体法上の改正に及ばずとも一五六八条二項の違憲性は払拭されることを指摘したのである。ちなみに、かかる訴訟法上の改正が実施されるならば、例えば、苛酷な状態が近い将来消滅することが確実であるような事例については、離婚請求の棄却に至るまでもなく、手続の停止によって「不当な時期における離婚」を回避できるという利点が認められる。しかし学説中には、訴訟法の改正といういわば便宜的な法制度の修正によって問題を回避すべきではなく、むしろ離婚法の本質をなす一五六八条二項自体の改正に取り組むべきであるとする見解の存することを指摘しておこう。<sup>(12)</sup>

いずれにせよ、本決定により「苛酷条項の枠内で考慮されるべき事情が（別居五年後も）なお存続している場合、又はそのような事情が（別居五年の）徒過直前に生ずる場合で、しかもこうした苛酷状態を考慮しないことが、離婚を拒否する夫婦の一方に不均衡な負担を課することになるとき」、一五六八条二項適用の余地は失われた。西ドイツ破綻主義に新たな限界がひかれたことに注目したい。

(1) 子の利益は、裁判所が職権でこれを考慮しなければならない、とするのが通説であるが、実務においては言うべき役割を果たしていない、というのが実情である。

(2) この二つの制限規定を見る限り、改正法においても有責主義的傾向が払拭されていないかのように見える。確かに夫婦の一方による有責行為が、これらの規定の運用をめぐり、一定の役割を演じていることは事実である。しかしここでは、有責行為そのものが問題とされる訳ではなく、その効果が問題とされうるに留まり、しかもその評価基準も、いわゆる有責主義とは一線を画している。それは、とりわけ苛酷条項（一五六八条一項）の適用をめぐって顕著に認められる。判例は、苛酷

な状態が婚姻の破綻によって生じたものではなく、離婚によって生ずることを要する旨、強調している。D. Schwab, Familienrecht, 2. Aufl. München 1983, S. 124. 尚、苛酷条項の適用に関しては、佐藤義彦「西ドイツにおける離婚棄却事由としての苛酷条項適用の要件」判例タイムズ三九八号三八頁、拙稿「西ドイツ離婚法における破綻主義の特質とその限界(一)」同志社法学一七九号七八頁。

(3) Eherechtskommission beim Bundesministerium der Justiz, Vorschläge zur Reform des Ehescheidungsrechts und des Unterhaltsrechts nach der Ehescheidung, 1970, S. 52 f.

(4) これまでに苛酷条項の適用が認められた事例としては、離婚を拒否している夫婦の一方が重症の癌患者である場合、長期にわたった婚姻継続中、夫婦の一方が他方の事業を支えるため、多大の犠牲を払ってきた場合等がある。拙稿・前掲論文同志社法学一七九号八一頁以下。

(5) こうした指摘は、すでに立法手続においても認められる。例えば一九七三年政府草案では、かかる観点から、苛酷条項適用の期間的制限が排除されていた。BT-Drucks. 7/650, S. 116.

(6) 基本法六条一項は、「婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」と規定する。これは、基本的人権の一つとしての自由権 (Freiheitsrecht) を宣言するものであり、この自由権に基づいて、婚姻及び家族は、国家の不当な外的強制から保護される。換言すれば、家族の生活領域においても、人間の独立性 (Eigenständigkeit)、自己責任性 (Selbstverantwortlichkeit) が承認されていることを意味する。また他面において、この規定は、婚姻及び家族を一つの制度として保障すること (Institutsgarantie) を旨としている。すなわち基本的な家族の構造原理——例えば一夫一婦制や婚姻締結の自由等——の保障を目指すものであり、そのことから、家族法は常にこうした原理に一致し、その実現に寄与することが要求される。

(7) Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 21. 10. 1980—1 BvR 1284/79, BVerfGE 55, 134=FamRZ 1981, 15=NJW 1981, 108.

(8) 尚当該判決は、「離婚請求が「許されない権利行使 (unzulässige Rechtsausübung)」にあたるときは、別居期間が五年を超えている場合でも、離婚を一時的に延期しうる可能性を示唆している。しかし本件事例に対しては、かかる法理の適用の余地はないとした。

(9) 離婚請求が苛酷条項の適用により棄却され、判決が確定した場合、たとえ苛酷な状態が消滅した後といえども、かかる確定判決と同一の訴訟物につき再度訴え(離婚請求)を提起できるのか、という訴訟法上の問題は残ることになる。しかし再度の離婚請求が許されないものとするならば、現行の離婚規定及びその運用情況(とりわけ苛酷条項の運用情況)からみて、全く首尾一貫しない結果となることは否定できない。また本決定の叙述から考えても、再度の離婚請求を認容することは当然の前提とされている、と考えざるをえないだろう。

(10) Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. 2. 1980—1 BvL 136/78 u. a., BVerfGE 53, 224=FamRZ 1980, 319.

(11) ZPO六一四条四項「停止は一度に限って繰り返すことができる。停止は合計一年間、三年以上の別居があるときには、六ヶ月の期間を超えることはできない」

(12) 例えば、E. Wilkens, „Milderung der Scheidungsautomatik“, in FamRZ 1981, S. 109 ff.

### III BGB一五七九条二項の合憲性——離婚後の扶養請求許否の限界をめぐって

#### 1 緒言

第一婚姻法改正法は、離婚原因に関する規定のみならず、離婚の効果に関する規定からも、有責主義を排除した。

ここでの問題は、離婚後の夫婦間扶養に関する<sup>(1)</sup>。旧法下、離婚後の扶養請求権の認否は、破綻に対する有責性をその基準としていた(婚姻法五八条ないし六一条)。すなわち、専ら又は主として有責と宣告された夫婦の一方は、他方が扶養の必要性を有する場合、原則として扶養義務を負うものとされていたが、無責又は責めの少ない夫婦の一方が、扶養義務を負うことはなかったのである。これに対し改正法は、当事者間の公平(Billigkeit)と扶養義務の期待可能性(Zumutbarkeit)を指導原理としたため、結果的に、離婚した配偶者に対する最大限の扶養を保証しようとする立場と扶養を全く認めない立場との折衷的な道を歩むことになった。



改正法における扶養請求権発生の一般的基準は、離婚後みずから扶養することができないこと（一五六九条）、換言すれば、扶養されるべき必要のあること、である。かかる一般原則に従って、七つの独立した扶養請求の要件が法定されている。すなわち(1)共通の子の監護又は教育のため、所得活動ができないとき（一五七〇条）、(2)老齢のため所得活動が期待できないとき（一五七一条）、(3)疾病、虚弱体質、肉体的又は精神的能力の薄弱のため、所得活動が期待できないとき（一五七二条）、(4)その他重大な事由から所得活動が期待できず、扶養を拒否することが、双方の利害を考慮して著しく不当となるとき（一五七六条一文）。以上の要件が存しないときは、所得活動が一応可能であることを意味するが、適切な職場を見出せない場合も考えられる。そこで以上(1)ないし(4)を補充する意味で、(5)適切な所得活動<sup>(3)</sup>を実施する機会に恵まれないとき（一五七三条一項）も、扶養請求の要件に加えられている。さらに(6)適切な所得活動を実施しているときでも、そこから得られる収入が「完全な扶養」<sup>(4)</sup>に達しないとき、その差額を請求することが出来る（一五七三条二項）。いわゆる補充的扶養（Ergänzungsunterhalt）ないし上積み扶養（Aufstockungsunterhalt）と呼ばれるものである。また(7)婚姻により、学校教育、職業教育が受けられず、又は中断していたとき、かかる教育のための費用を含む生活費を請求することができる（一五七五条一項）。もっとも改正法の離婚扶養に関する規定は、離婚した夫婦の自活を前提としたものであるから、ここにいう教育も、適切な所得活動に従事するためのものでなければならぬ<sup>(5)</sup>。尚、すでに前述した如く、以上七つの要件は別個独立のものであるから、相互に競合する場合（請求権規範競合）もありうるし、複数の要件が順次充たされていく場合もあることを付言しておこう<sup>(6)</sup>。

他方、以上の如き要件から、離婚した夫婦の一方に離婚後も扶養義務を認めるとすれば、その者の新たな生活設計に重大な打撃を与える上、扶養義務を認めること自体が、著しく公平を失する場合も少なからず存する。そこで一五

七九条一項は、特定の場合に、扶養請求に対する抗弁権を義務者に認めた。すなわち「婚姻が短期間であるとき<sup>(7)</sup>(同条同項一号)」「権利者が、義務者もしくはその近親者に重罪もしくは重大な故意の軽罪を犯したとき(同二号)」「権利者が意図的に自己の需要を惹起せしめたとき(同三号)」「以上と同程度に重大な他の事由が存するとき(同四号)」がそれである。<sup>(8)</sup>これらの事由が存するとき、義務者は、権利者からの扶養請求を全面的に拒否し、もしくはその減額を請求することができる。その意味で、かかる一五七九条一項は、破綻に対する有責性とは無関係に生ずる扶養請求権の限界、換言すれば扶養義務の期待可能性の限界を示すものと言える。この規定が、苛酷条項(Härteklause)とも呼ばれ、あるいは公平条項(Billigkeitsklausel)とも呼ばれる所以である。

しかし、かかる一五七九条一項には、同条二項により注目すべき制限が加えられている。すなわち、離婚した夫婦の一方が、共通の子の監護、教育を理由に扶養請求権を有する場合、同条一項は適用されない、とするのがそれである。これにより、一五七九条一項の要件が充たされる場合であっても、扶養請求が子の監護、教育を理由とするときは、これに対する扶養義務者の抗弁は許されない。第一婚姻法改正法の政府草案によれば、夫婦の一方が共通の子の監護、教育を実施することは、他方のために、なお継続的に給付の履行をなしていることを意味するのであって、そうである以上、たとえ一五七九条一項の要件を充たす場合でも、それがために完全かつ適切な扶養を制限することは妥当でない、というのがその立法理由である。<sup>(9)</sup>これに対して、子の監護、教育を実施しているといっても、それだけで、当事者間の公平の実現を目指す一五七九条一項の適用を、あらゆる事例において完全に遮断してもよいか、という疑念が表明されていた。<sup>(10)</sup>何となれば、夫婦の一方が、婚姻中、婚姻上の義務に明白かつ著しく反するような行動をとっていた場合でも、子さえ引き取れば、みずからの扶養請求権を間違いなく確保できるという不都合が生じうるか

らである。こうした観点から、以下に紹介する連邦憲法裁判所の判決では、一五七九条二項が基本法二条一項に反する<sup>(11)</sup>か否かが争点となった。尚、以上に紹介した一五七九条一項二号ないし四号及び同条二項は、一三六一条三項により、別居中の夫婦の扶養にも準用される。

## 2 連邦憲法裁判所一九八一年七月一四日判決<sup>(12)</sup>

### 〔事実の概要〕

本判決の前提とされたピンネベルク区裁判所の呈示決定 (Vorlagebeschluss) によると、本件事実関係はほぼ以下の如くである。

本件夫婦は一九五四年に婚姻を締結し、六人の子をもうけている (うち三人は未成年)。一九七七年夏、夫は家族のもとを去ったが、すでにそれより前 (一九七六年クリスマス以降)、夫婦はともに婚姻共同体の継続を断念していた。

一九七七年二月 (旧法下)、夫は離婚を申し立てたが、その際、婚姻破綻の責任は専ら妻にあること、すなわち、妻は他男との情交関係を有し、一九七六年クリスマス以降、婚姻住居内の一階部分において同棲していた上、夫は、妻、他男及び子供達からの執拗な嫌がらせに耐え忍ばなければならなかったことが、夫により主張された。これに対し妻は、他男との情交関係については認めたものの、みずからが婚姻を破綻せしめたことについては争っている。

離婚訴訟係属中 (改正法施行後)、妻はみずから及び未成年の子のために仮の扶養命令 (einstweilige Unterhaltsanordnung) の申立てをなした。これに対し夫は、一五七九条一項に基づき、妻の扶養請求を争っている。

当該区裁判所の担当裁判官は、妻の情交関係を踏まえ、かかる妻を夫がなお扶養しなければならぬとすれば、それは一五七九条一項にいう「著しい不当」にあたることは明白であるとし、妻の行状をもって同条一項四号の要件を充たすものとの心証を形成した。しかし妻の扶養請求が、子の監護、教育を理由とするものである以上、同条一項の適用は、同条二項によって排除されることになる。そこで担当裁判官は、同条二項の規定を、法治国家の原則から演繹される実質的正当性実現の要請に反し、違憲であるとした上で、基本法一〇〇条一項に基づき、訴訟手続を停止して、同条二項の合憲性についての判断を求めるべく、事件を連邦憲法裁判所に呈示した。

尚本判決は、右の他一つの呈示決定と二つの憲法異議の訴えを併合してなされたものであり、<sup>(13)</sup>そのうち右の事件を含めた二件は、別居中の扶養をめぐるものである。

#### 〔判決主文〕

##### I 1 略

2 一九七六年六月一四日の第一婚姻法改正法に基づくB G B 一五七九条二項は、それが、特別に苛酷な事例についてもB G B 一五七九条一項の適用を排除する点において、基本法二条一項に合致しない。

##### II ないしIV 略

#### 〔判決理由〕

##### A 及び B 略

##### C

##### I 略

## II

BGB一五七九条二項は、扶養請求権者が、義務者との同意の上で、又は裁判所による監護権割当ての判断に基づいて子を監護している場合にのみ、扶養請求権が存することを前提として解釈されるべきである。かかる解釈によっても、本条は、その硬直した法規制により、裁判官から、個々の事例における個々人の関係を十分正當に評価する余地を奪っているという点で、基本法二条一項に合致しない。

1 BGB一五七九条一項の公平条項は、同条二項において、扶養権利者に共通の子の監護又は教育を理由として所得活動が期待できないときは適用されない、と規定されることによって制限を受けている。すなわち、子の監護を理由とする扶養請求は、排除されることなく、常に夫婦の生活関係を基準として定められることを意味する。——略——

みずから人間としての尊厳を有し、かつ人格の自由な発展に対する権利を持つ子は、国家の特別の保護のもとにある。従って基本法二条一項及び一条一項との関連において六条二項二文は、立法者に、別居中及び離婚後の夫婦に関する扶養法においても、子の発育を阻害するような規制を避けるよう要請している。通常親の別居により、いずれにせよ子の生活関係の悪化が生ずる。片親を失うことによって生ずる精神的負担は、子自身が克服せねばならないものであるが、他方で、子は必然的に別居及び離婚の結果生ずる経済的に不利益な状態に直面することになる。別居中及び離婚した夫婦の子は、その両親と共に一つの家庭で共同生活を営むことを断念せざるをえない。かかる崩壊した家族状態の有害な効果は、子の監護を割り当てられた両親の一方が、所得活動を余儀なくされたために、子の監護を十分に果たせない場合、さらに一層強められることになろう。両親の別居後も、子が、その疑問、望み及び苦境に応えるだけの十分な時間を有する両親の一方の保護のもとにある場合、それは子の福祉にかなっている。——略——

子の監護という扶養要件を創設し、かつこれを排除不能としたことにより、立法者は、子が監護又は教育を必要とする限り、子と共に生活する両親の一方から所得活動を免除したのである。——略——

2 子の利害は、扶養義務を負う親の一方の利害に対して原則として優先する。子は、社会的共同体においてみずから責任を負いうる人格を備えるため、保護と助けを必要としている。従って立法者は、子の健全な発育に必要な生活条件を確保する義務を負う。その限りにおいて、BGB一五七九条一項の要件を充たすため扶養料の支払いが全く又は一部免除されるべきであるという（扶養）義務を負う親の一方の憲法上の請求は、子の利益によって制限されることになる。しかしBGB一五七九条二項も、その解釈及び適用により、専ら子の福祉に向けられた、夫婦関係を損なう効果を持たない、相当性の原則にかなった判断が、事実上もなされる限りにおいて、基本法に合致するにすぎない。このことは、子の監護が両親の合意又は国家による監護権の判断によって扶養権利者に委ねられている場合にのみ、BGB一五七九条二項が適用されることを前提としている。

(a) 両親が離婚する場合、子に対してなお残存する責任に基づき、離婚により通常生ずる子の発育の阻害を和らげ、子の監護及び教育について理性的で子の利益にかなった解決をすべき親の義務が、離婚後の夫婦に課せられることは明らかである。——略——

今日もなお、夫が必要な現金を（家族の用に）供する一方、通常妻は家政の執行及び子の監護によって扶養給付を履行していることを、踏まえなければならない。しかし、父が、離婚後子の監護及び教育を母に委ねるつもりであり、かつこれが母の希望にもそうものである場合には、（扶養）を必要とする妻が、たとえその行動がBGB一五七九条一項の要件を充たしていた場合でも、原則として前配偶者に扶養を請求しうるとするのが、子の利益となる。（扶養

を) 必要とする妻が、子自身が得た扶養料で生活し、又は(みずからの) 扶養請求権を有するにも拘わらず、「その根拠によって (den Grunde nach)」所得活動を余儀なくされることは、避けられなければならないのだから、かかる妻に対し、たとえBGB一五七九条一項の要件が充たされる場合でも、完全な、夫婦の生活関係を基準とした扶養を認めることについては、違憲の疑いは存しない。同時にそのことにより、両親の離婚前の生活関係によって造り出された子の生活水準が、子には責任のない母の非行によって低下することが避けられる。結局、夫婦関係に応じた子の監護を理由とする扶養料は、夫婦の他方による持分に応じた教育義務の履行に対して給付されるべきものとの立法者の考慮は、まさに夫婦の同意に基づいて子の監護がなされる場合、説得力に富むものである。

かかる考慮は、両親が離婚に至っていないまでも別居しており、かつ子の監護が他方との同意の上で夫婦の一方によってなされている場合に、同様にあてはまる。

(b) 離婚した夫婦が、離婚後も課せられている共通の子に対する親としての責任の履行につき合意できない場合、国家の(助け)が求められ、裁判所により、対立した両親の利益につき判断が下されることになる。立法者がBGB一六七一条において命令し、かつ詳しく規定した両親間の対立の裁判所による解消のみが、この場合子の福祉を保障しうる。離婚事件及びその効果に関する事件が原則として併合して審理されることにより——そこには共通の子についての監護権の規制も含まれる——離婚した親の一方による子の事実上の監護の基礎となるのは、それに相応する裁判所の監護権に関する判断(の存在)であることが、前提とされうる。これによってBGB一五七九条二項の適用範囲が制限される。(何となれば)連邦政府が詳論した如く、他方に対してひどい非行に走った夫婦の一方は、通常監護権の委任につき要求される教育を担当するための適性を欠くであろう。

夫婦が別居している場合でも、子の監護が、——略——いずれにせよ裁判官による判断に基づくものであることが、BGB一五七九条二項の適用に際し、憲法上要求されなければならない。このことを、連邦通常裁判所もその判例において両親の別居中の事案につき、BGB一五七九条一項四号及び二項を準用するための前提としている。BGB一五七九条二項による規制は、（扶養を）必要とする夫婦の一方自身の利害のためではなく、子の利益のために定められているものだから、従前の生活領域からむやみに子を連れ出し、あるいは遺棄された他方の有する親としての権利に反して子の監護を行っていた夫婦の一方には、かかる違法な行動から経済的利益を引き出す余地すら与えていない。かかる場合に扶養請求を認容するならば、それは、義務者の有する親としての権利を侵害することにつき、報奨金を出すというような許されない事態を意味するであろうし、ひいては義務者の有する経済的な行為の自由を、不適切かつ不当な仕方で制限することになる。このことは基本法二条一項には合致し難い。夫婦の他方を遺棄することにより、BGB一五七九条一項四号の要件を充たした夫婦の一方が、（さらに）共通の子を独断的に連れ去ることにより——たとえばそれが、他方の職業活動を考慮して、（自分こそが）子をより良く監護しうる、との意図から出たものであっても——（それがために）みずからの扶養請求を確保することは許されない。——略——

(c) 以上の様に解釈されるべきBGB一五七九条二項の適用要件としての子の監護は、さらに憲法に反するような結果を回避することにも役立つ。夫婦の一方が、共通の子を（事実上）監護してさえいれば、たとえその者に重大かつ明白な婚姻上の非行が認められる場合でも、その扶養請求権を失わないことが確実であるとするならば、夫婦間に障害が生じたとき、夫婦の一方が婚姻の維持に努力するよりも、むしろ——子を引き連れ——新たなパートナーのもとに走ることも考えられよう。かかる夫婦関係を破壊するが如き効果を扶養法の規定が有することは、基本法六条一



項により禁じられる。

3 BGB一五七九条二項につき、扶養を必要とする夫婦の一方の請求は、夫婦の同意に基づき又は裁判所により定められた子の監護を前提とする、との解釈をなす場合でも、異議の申し立てられた規定が有する憲法に反する作用を排除することはできない。BGB一五七九条二項のあまりにも拘束力のある表現は、十分な範囲で憲法上の相当性の原則を考慮したものとはいえない。ここでは確かに、公の利益を守るための個人の自由の領域への公権力の介入が問題となっている訳ではない。しかしそれにも拘らず、国家は、別居中及び離婚後の夫婦間の私法関係を規制するに際し、夫婦の他方のために、一方に不均衡な負担を課することを避けなければならない。このことは、——略——BGB一五七九条二項の予定する事例についてもあてはまる。

裁判官の立場では、この欠陥を取り除くことはできない。確かに基本的人権を侵害するが如き結果は、夫婦関係を考慮した適切な扶養料を、子の監護のために必要な範囲に減額することにより、十分避けられうるであろう。しかしBGB一五七九条二項は、その明確な文言故に、かかる制限的解釈になじむものではない。また、不衡平な扶養義務は、BGB二四二条（信義則）の一般条項によっても排除されない。正当性の実現という一般原則を適用することも、裁判官が無視することの許されないBGB一五七九条二項の明確な文言及び意味によって阻まれることになる。

従って立法者は、相当性の要請を考慮した規制をしなければならない。立法者が、かかる必要性に補充的規定によって応えるか、又はBGB一五七九条二項の改正によって応えるかは、立法の自由に属する問題である。——文中の（ ）は筆者による——

### 3 本判決の意義

一五七九条二項の合憲性を論ずることは、結局、子の利害を重視するか、扶養義務を負う夫婦の一方の利害を重視するか、という問題に行き着くことになる。何となれば、一五七九条二項の趣旨は、子を監護する夫婦の一方に十分な扶養を保障し、所得活動を免除して、子の監護を十分に果たさせようとする点にあるからである。従って、扶養義務者の利害を重視して、かかる一五七九条二項を違憲とすると、結果的に子の利益が著しく危殆化されることにもなる。この点につき連邦憲法裁判所は、子自身も基本的人権を有すること、親の子に対する責任は、離婚後といえども消滅しないこと、を挙げ、離婚後の扶養法の分野においても、子の福祉を親の利害に対して優先させるべきものとした。換言すれば、離婚によって生ずる子の発育に対する悪影響を可能な限り抑制すべき義務が親にはあり、そのことから、親の利害は子の利益によって制限される、との前提に立ったのである。かかる前提に立つ以上、一五七九条二項の違憲性を論ずる余地はないことになるう。

それにも拘わらず、連邦憲法裁判所は、親の一方に他方に対する扶養義務を課すことが、当事者間の均衡を失する結果となるような事例のあることを認めた。すなわち、本判決にいうところの「特別に苛酷な事例 (Besonders gelagerte Härtefälle)」である。かかる場合、裁判所は、一五七九条二項の存在故に、扶養請求を拒否し、又はこれを制限することができない。このことから、扶養義務者の基本的人権が侵害される可能性も生ずる。結局、連邦憲法裁判所は、一五七九条二項の基本思想を正当としつつも、その硬直性 (Startheit) 故に、個々の事例毎の適切な解決が期待できないため、その点において同条を違憲としたのである。さらにこれに関連して、本判決が、「基本的人権を侵害するが如き結果は、扶養料を子の監護のために必要な範囲に減額することにより、十分避けられうるであら

う」とした点に注目する必要がある。すなわち、「特別に苛酷な事例」にあたる場合でも、権利者の扶養請求を全額否定するのではなく、その減額をもって足りるとしたのである。子の福祉を最優先としながらも、「特別に苛酷な事例」においては、扶養義務者の利害を斟酌しようとした連邦憲法裁判所の態度の現れとして評価できよう。

他方、一五七九条二項が改正されるまで、同条をいかに取り扱うべきかという実務上の問題が提起されている。勿論、担当裁判官が「特別に苛酷な事例」にはあたらぬと判断した場合は、従来通り一五七九条二項が適用され、扶養義務者の抗弁は認められないことになろう。何となれば、本判決は「特別に苛酷な事例についても、一五七九条一項の適用を排除する点について」のみ、同条二項を違憲としているにすぎないからである。問題は、担当裁判官が「特別に苛酷な事例」にあたる<sup>(14)</sup>と判断した場合、一五七九条二項が改正されるまで手続を停止すべきなのか、それとも同条二項を考慮せず、同条一項の全面的な適用をなしうるか、という点にある。扶養関係は早期に確定される必要があるとの理由から、後者の見解に立つのが一般的な様である<sup>(14)</sup>。さらに今一つの問題は、「特別に苛酷な事例」においては扶養請求の全額否定も可能か、という点に関する。前述の如く本判決は、「扶養料を子の監護のために必要な範囲に減額することにより」扶養義務者の基本的人権が侵害されることは避けられる、としているのであるから、「特別に苛酷な事例」においても扶養料の全額否定までは許されない、と解すべきであろう<sup>(15)</sup>。しかしこれに対して、事情によっては扶養請求の全額否定も可能とする見解が、学説中に散見する<sup>(16)</sup>。いずれにせよ、本判決によって、子の監護、教育を理由とする扶養請求権も、義務者の抗弁に対してもはや万全のものとは言えなくなった。このことは、扶養請求認容の限界が一步狭められたことを意味する。また、離婚後の夫婦間扶養の分野においては、実務上、子の監護、教育を理由とする扶養請求が最も重要な役割を演じてきたと言われるだけに、本判決の実務への影響も軽視で

きないだろう。今後は、本判決において明確に規定されなかった問題、すなわち、いかなる場合を「特別に苛酷な事例」と認めるかという問題が、議論の焦点になるものと考えられる。

尚、本判決は、一五七九条二項にいう「子の監護又は教育」を、夫婦の一方の独断に基づく事実上の監護ではなく、夫婦の同意又は裁判所による監護権割当ての判断に基づく監護たることを要するとしている。その根拠は、\*夫婦の同意又は裁判所の判断に基づいて監護が行われることは、一応子の福祉にかなうものと言え、こうした状況を前提として初めて、一五七九条二項の趣旨が実現されるという点、同時に、\*このように解することにより、一五七九条二項の適用範囲を制限し、「特別に苛酷な事例」をある程度同条の適用領域から排除できる点、さらに\*子さえ奪取すれば、みずからの扶養請求を確保できるという弊害が抑止できる点にある。勿論、かかる指摘は、一五七九条二項の立法論に係わる性質のものではないが、解釈論上、一つの解決策を提示したものとして評価できよう。<sup>(18)</sup>

(1) この分野に関する邦語論文としては、本澤巳代子「西ドイツ離婚後の扶養に関する一考察(一)」「法学ジャーナル(関大院)三四号、三五号及び同氏「西ドイツにおける離婚配偶者の扶養の現状」判例タイムズ四九九号がある。

(2) ちなみに同条二文は、「重大な事由は、それが婚姻破綻の原因となったということを理由としてのみ考慮されてはならない」と規定する。破綻に対する有責性は、そのみでは、当然に重大な事由と評価される訳ではないという趣旨であろう。

(3) 「適切な所得活動」とは、教育、能力、年齢及び健康状態ならびに婚姻中の生活関係に相応する所得活動をいう(一五七九条二項)。

(4) 扶養の程度は、婚姻中、最終的に獲得された生活水準に従って定められる。

(5) さらに、可能な限り早期に教育を修了すること、修了の見込みがあること、当該扶養請求権の行使は、最長でも一般的に考えて当該教育が終えられるべき期間内に限定される、等の制限を受ける(一五七九条一項参照)。

(6) 例えば子の監護権を与えられた妻が、子を養育し、それが終了した後病氣となり、病氣の回復後適切な職場が見出せず、

結局老齢に達して所得活動が期待できなくなったという場合、一五七〇条ないし一五七三条一項の要件が順次充たされる結果、妻は離婚後の全生涯にわたって扶養請求権を取得することになる。D. Schwab, a. a. O., S. 146.

(7) ここでいう婚姻期間には、子の監護、教育を理由として扶養を請求してきた期間も算入される(同号後半)。

(8) これらのうち、とりわけ四号において、いかなる事由が顧慮されるか、が極めて重大な問題となる。何となれば、この問題に如何に対処するかによって、扶養請求認否の基準が、権利者の必要性ではなく、破綻に対する有責性に再び逆行する可能性もあるからである。具体的には、権利者のなした婚姻上の過誤は四号にいう重大な事由にあたるか、という点に関する。ちなみに立法手続においては、四号の適用をめぐる、有責主義が再現されるべきではないとの見解が明らかにされていた(BT-Drucks. 7/4361, S. 32)。他方判例は、重大かつ明白な一方的過誤行為に限り四号の要件を充たすとしている(Urteil des Bundesgerichtshofes vom 7. 3. 1979—IV ZR 36/78, FamRZ 1979, 569=NJW 1979, 1348 等)。尚ほこの点に関する文献としては、O. Häberle, „Zum Einfluß persönlicher Eheverfehlungen auf den Ehegattenunterhalt“, in FamRZ 1982, S. 557 ff.があげられる。

(9) BT-Drucks. 7/650, S. 138.

(10) F. W. Bosch, „Rückblick u. Ausblick oder: De legibus ad familiam pertinentibus—reformatis et reformatis?“, in FamRZ 1980, S. 739 ff., S. 745.

(11) 基本法二条一項は、「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ憲法に適合する秩序又は倫理法規に反しない限り、人格の自由な発展に対する権利を有する」と規定し、これに基づき、一般的包括的な行為の自由(Handlungsfreiheit)が保障されている。一五七九条二項は、かかる扶養義務者の基本的人権を不当に制限するものであるか否かが、この問題である。

(12) Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 14. 7. 1981—1 BvL 28/77, 48/79; 1 BvR 154/79, 170/80, BVerfGE 57, 361=FamRZ 1981, 745=NJW 1981, 1771.

(13) 本判決では、一五七九条二項の合憲性の他、\*一三六一条一項一文及び一五六九条の合憲性、\*一五七三条二項の合憲性、\*改正法を、改正法施行前に締結された婚姻にも適用するとした経過規定(Art. 12 Nr. 3 I des 1. EheRG)の合憲性についても争われたが、これらについては合憲とされた。

(14) O. Häberle, a. a. O., S. 561; M. Sachs, „Die Bedeutung des Urteilsanspruchs des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 57, 361=FamRZ 1981, 745) zu § 1579 II BGB“, in FamRZ 1982, S. 653 ff.

(15) D. Schwab, a. a. O., S. 150; M. Sachs, a. a. O., S. 656.

(16) O. Häberle, a. a. O., S. 561.

(17) 尚、本判決の後に下された連邦憲法裁判所の決定によると、「同意」は、事後的な裁判外のものでも足りるが、夫婦の一方によって事実上も子の監護が開始された後は、他方はかかる同意を撤回することはできない、と解されているようである。Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 1. 7. 1982—1 BvR 828/81, FamRZ 1982, 653.

(18) すでに本判決でも触れられている様に、ここで提示された解釈論は、本判決に先立つ連邦通常裁判所の判決において、すでに展開されていた。Urteil des Bundesgerichtshofes vom 23. 4. 1980—IV b ZR 527/80, FamRZ 1980, 665 = NJW 1980, 1686.

#### IV BGB 一六七一条四項一文の合憲性——

離婚後の子に対する共同監護の可否をめぐって

### 1 緒言

第一婚姻法改正法は、離婚原因に関する規定、離婚後の財産的效果に関する規定に留まらず、離婚後の親権者（監護権者）の決定に関する規定からも有責主義を排除した。先ず改正前後の規定に言及しておきたい。

一九四六年婚姻法<sup>(1)</sup>は、離婚後の親権者決定の本質的基準として「子の福祉」を強調する一方、破綻につき専ら又は主として有責な夫婦の一方は、原則として親権者たりえない旨定めていた（同法七四条四項）。その後同条は、一九五七年の男女同権法による改正<sup>(2)</sup>を受け、BGB 一六七一条三項となったが、そこでもなお、夫婦に別段の合意がない場合、破綻につき専ら有責な夫婦の一方には、原則として親権が与えられない旨、定められていた。その後、前述の如く、離婚法の改正に伴い、一六七一条三項も改正を受け、従来の「無責配偶者の優越」は、法律上姿を消すことに

なった。これにより、子の福祉のみが、親権者決定の唯一の基準になったと評することができよう。<sup>(3)</sup>さらに一六七一条は、一九七九年の「親として監護する権利の新規制法」<sup>(4)</sup>による改正を経て現在に至っている。この改正では、従来の「親権 (elterliche Gewalt)」という用語が廃止され、それに代えて「親としての監護 (elterliche Sorge)」という用語が法律上使用されることになったが、まさにそのことが象徴するように、親子法全般にわたり子の福祉が一層強調される結果となった。

他方、法律が以上の如き変遷をたどったのに対応して、判例、学説上に一つの注目すべき見解が台頭してきた。離婚後も共通子に対する共同監護 (親権の共同行使) を認めようとする動きがそれである。勿論、ここで主張されているのは、監護権を、その内容 (身上監護と財産監護) に従って分担せしめることではなく、<sup>(5)</sup> その様な枠をさらに一歩踏み越え、親の双方に同質、同等の監護権を認めようとするものである。かかる見解は、先の離婚法改正前には、なお少数に留まっていたが、<sup>(6)</sup> 離婚法の改正に伴って、急速にその勢力を拡大してきた。<sup>(7)</sup> こうした傾向の出してきた法律上の諸要因としては、以下の諸点を挙げることできよう。先ず(1)一九四六年婚姻法以来、両親による共同提案に、裁判所もある程度拘束されていたこと (婚姻法旧七四条一項、二項)。かかる共同提案の拘束性は、一九五七年男女同権法による改正以降、法律上さらに鮮明なものとなった (BGB旧一六七一条二項、現行一六七一条三項は、子の福祉に必要な場合に限り、裁判所は、両親の共同提案と異なった定めをすることができ、とする)。また(2)男女同権法による改正以降、一六七一条四項一文が、親権を「原則として (in der Regel)」親の一方に委ねられるべきものと規定していた点も見逃せない。これを根拠として、例外的な場合には、親権の共同行使を認めてよいと解する余地があった。<sup>(8)</sup> こうした諸点に加えて(3)離婚法からの有責主義の排除に伴い、親の有責性と監護権者の決定が、一応区

別して考えられるようになったこと。その結果、(4)監護権者決定の最も重要かつ唯一の基準として、子の福祉が強調されるようになったこと(現行一六七一条二項)。さらに(5)先の親子法の改正以降、子(満一四歳以上)にも、ある程度の発言権が認められるようになったこと(一六七一条三項二文)も挙げておく必要がある。これらの諸要因を背景として、両親が一致して監護権の共同行使を提案し、かつ子もそれを望んでおり、客観的に観てもそれが可能と考えられる場合には、監護権の共同行使を認めても何ら差し支えはない、という考え方が次第に高まってきたのである。

しかし、かかる見解に対して、従前の通説的立場からの反論が加えられていたことは言うまでもない。<sup>(10)</sup>こうした判例、学説上の対立に直面して、先の親子法改正の際にも、法律上、離婚後の監護権の共同行使を認めるべきか否かが争われた。しかし結局改正法には容れられず、<sup>(11)</sup>その上現行一六七一条四項一文からは「原則として」という用語も削除され、かえって、監護権は親の一方のみに(einem Elternteil allein)例外なく委ねられる旨、定められるに至った。その結果、この問題は、もはや解釈論の枠を越え、立法論上の対立となり、最終的に連邦憲法裁判所の判断が求められることになったのである。従って以下に紹介する判決の争点は、「親としての監護は、親の一方のみに委ねられる」と規定した一六七一条四項一文が、基本法六条二項一文に<sup>(12)</sup>反するか否か、の点にある。尚、離婚後の共同監護に反対する見解の根拠については、判決文中に詳しく扱われているので、ここでは省略した。

## 2 連邦憲法裁判所一九八二年一月三日判決<sup>(13)</sup>

### 〔事実の概要〕



本判決の前提とされたケーニヒスシュタイン区裁判所呈示決定及び呈示理由によると、本件事実関係は、ほぼ以下の如くである。

本件夫婦は一九七五年に婚姻を締結し、同年子（男）が出生。その後当該夫婦は、双方同意の上で離婚訴訟を提起したが、同手続において、離婚後も子に対する監護を夫婦共同で実施することを認めるようにとの共同の申立てをなした。夫婦の申立てによると、その理由は以下の点にある。(1)夫婦は（法律上の）別居をしているとは言え、なお子と共に同一家屋内に居住しており、子を交互に監護している事実があること、(2)こうした生活形態を守ることは、子の将来のためにも望ましいものであること、(3)子自身、親の双方に対し、同程度の感情的つながりを有していること、(4)両親それぞれの職業活動を考慮しても、監護権の共同行使は実施可能と考えられること、等である。

尚、少年保護局（Jugendamt）も、かかる両親の申立てを支持している。

区裁判所は、当該夫婦の申立てに従い、離婚後も夫婦双方による監護権の共同行使を認めるべきであるとの心証を形成したが、これはBGB一六七一条四項一文によって許されない。そこで区裁判所は、以下の如き理由からこの規定を基本法六条二項に反するとした。すなわち(1)一六七一条四項一文は、憲法上保護される親としての権利（Elternrecht）が、離婚後も親の双方に帰属することを、十分に考慮していない。(2)確かに親としての権利は、子の福祉という観点から、国家の後見的機能の行使により制限されることがありうる。また現に、離婚後は親の一方のみに監護権を委ねた方が適切と思われる事例も多い。しかし、親の双方が共通に有する親としての権利を、例外なく制限することは、基本法に合致しない。

区裁判所は、一九八〇年二月一二日の判決をもって当該夫婦の離婚を認容し、扶助の調整（Versorgungsausgleich）

を実施したが、同時に監護権者の決定を右手続から分離し、一六七一条四項一文の合憲性を問うべく、事件を連邦憲法裁判所に呈示した。

尚本判決は、右の事件の他三件の呈示決定を併合して下されたものである。

#### 〔判決主文〕

一九七九年七月一八日の親として監護する権利の新規制法一条二〇号に基づくB G B 一六七一条四項一文は、基本法六条二項一文に合致せず、従って無効である。

#### 〔判決理由〕

##### A

（当裁判所の）併合審理及び判断の前提とされる諸手続の対象は、離婚した夫婦より出生した子に対する親としての監護を、専ら親の一方のみに認めるとすることが、基本法に合致するか否かという問題である。

##### I ないしIV 略

##### B

離婚した夫婦から出生した子に対する監護権を親の一方のみに与えることを強行的に規定し、離婚後も、その子に対する監護権が父と母に帰属することを例外的な場合においてすら認めないB G B 一六七一条四項一文の規定は、基本法六条二項一文にいう親としての権利に合致しない。

##### I

1 親としての権利を憲法上保障することは、まず第一に子の保護に向けられたものである。それは、すべての場合

において親は他の何者又は他のいかなる制度よりも強く子の福祉を願う、という基本的考えに由来する。国家は、基本法六条二項二文によって認められた後見的機能を発揮することが必要である場合に限り、原則として親の教育権に介入することが許されるが、かかる国家との関係において、親としての権利は自由権 (Freiheitsrecht) である。子との関係においては、子の福祉が、親による監護、教育の最も上位の基準とされなければならない。基本法六条二項一文は——条文上明記されているのであるが——基本的人権と基本的義務を同置して定めている。親としての権利が、信託的権利 (fiduziarisches Recht)、奉仕するための基本的人権 (dienendes Grundrecht)、真の意味において信託された受託者の自由 (im echten Sinne anvertraute treuhänderische Freiheit) と呼ばれる所以である。従って憲法上保障された親としての権利は、親が、その教育権を子の福祉のために行いうる用意をしており、かつそれが可能な状態にあることを前提としている。かかる要件が充たされたときに初めて、親としての権利に結びついた責任が果たされるものと言いうる。

2 基本法六条二項一文は、子が、婚姻によって結ばれた両親と共に同一の家庭共同体内で生活し、父と母が共同で子の監護及び教育を実施するという通常の場合を踏まえたものである。調和のとれた共同体の中で父母により未成年の子が教育、監護されることは、子がみずから責任の持てる人格を形成し、かつ（社会的）共同体の中で生き抜く能力を備えることを、最も良く保証する。——略——

3 子の父母に対する感情的な結び付きは、父母の別居及び離婚とは無関係に存続しうる。かりに両親が、従前の様に親としての責任を共同で果たすことがもはや不可能となったとしても、両親は、その別居と関連して通常生ずる子の発育の阻害をできるだけ和らげ、子の監護、教育、さらに両親との人格的關係につき、理性的で子の利益になっ

た解決をなすべき義務を負う。従つてこのように理解され、かつ（別居又は離婚後も）存続する親としての権利を行使するに際しては、別居中又は離婚した両親は、その対立によつて子に負担を課することのないように努力しなければならない。かかる努力には、とりわけ親の一方が、他方と子の関係を侵害するような一切の行動を慎むということも含まれる。——略——

それでも、離婚によつて、権利と義務の備わつた婚姻生活共同体が廃止されるのみならず、子と両親との家庭共同体までが究極的に廃止されることになる。離婚後も親の双方と密接な関係を有している子も、もはや永続的に両親と同居することはかなわず、その上、面接交渉権が極めてゆやかに定められた場合ですら、その時その時の滞在地により、母のもとで暮すか、父のもとで暮すかのいずれかとなる。従つて離婚は、離婚後の両親が、引き続き親としての責任を果たす場合ですら、親と子の関係に影響を及ぼす。

離婚に関連する効果を考慮し、立法者は、離婚をめぐる訴訟手続を併合して、共通の子に対する監護権についても家庭裁判所により判断されるべきこととし、さらにこの判断は、両親の間に（見解の）対立がある事例に限らず、（両親による一致した提案がある場合でも）なされなければならないと規定したのであって、この点については憲法上も異論の余地はない。その際、B G B 一六七一条三項一文は、子の福祉のために必要な場合に限つてのみ、裁判所は両親による一致した提案と異なつた定めをしなければならないこと（両親による共同提案の拘束性）を規定したのであり、その限りにおいて、かかる規定は、基本法六条二項一文を考慮している。何となれば、婚姻の破綻及び離婚後の監護権者に関する両親の一致した決断は、通常両親に存続する親としての責任の発現と言えるからである。

## II

離婚した両親のうちいずれが共通の子に対する親としての監護を担当すべきかについて合意することができなとき、法の秩序及び法の平和を守るといふ国家の一般的職責に基づいて、国家みずからが、相対立する親の利益を調整する権限を持つことは明らかである。親の対立している場合における国家の活動は、離婚した親がそれぞれに有する独立した親としての権利により保護された法的地位を踏まえて調整をなすこと、さらに双方の親が教育の担い手として有する（国家に対する）優位を侵さぬようにすることを基準としているのだから、国家は、親の教育権に介入する場合に要求されるが如き厳格な要件に拘束されない。

しかし、両親が共に子に対する責任を離婚後も共同で負担する意思を有している場合、両親の相対立する利益を国家が調整する必要はない。さらに、両親が共に完全な教育能力を持ち、また監護権を親の一方のみに与えた方が子の利益のために適切であると思われるような理由が存しない場合には、親の一方を子の監護、教育から遮断し、面接交渉権のみを認めるといった後見的機能を行使する権限を、国家には認め難い。それにも拘らず、国家が、離婚後にも存続する共同の親としての責任を例外なく否定することは、基本法六条二項一文によって保護される親の法的地位への介入にあたり、その介入には特別な正当化事由が要求される。

——略——

### III

この規定が全く例外を認めないことについて、正当化事由があるとは言えない。

1 このことは第一に、子の発育及び教育の永続性という観点において該当する。子の発育及び教育の永続性には、——青年精神医学及び青年心理学において認められている如く——極めて重大な意味が付与されている。

立法者も、離婚後の両親に共同監護を与えることに反対の判断を下した際、これを考慮しようとした。その際、立法者は、共同して親としての責任を履行するという両親の合意は、決して永續きするものとは考えられず、そうである以上、（これを認めても）監護権を親の一方に与えることを先延しにするものでしかない、との見解に立っていた。（さらにかかる見地から、共同監護を認めても）教育の継続については何一つ望めず、むしろ明確な関係を造り出す場合にのみ、すなわち離婚の時点において親の一方に子を委ねることによってのみ、教育の継続を保証することができるとしたのである。しかし、かかる立法者の考慮は、この規定（B G B 一六七一条四項一文）が全く例外を許さぬことを、正当に理由付けたものとは言えない。

(a) — 略 —

離婚後、子の教育及び監護につき責任ある共同行動がとれないため、結局子を親の一方に委ねる旨の裁判所の判断が（新たに）必要となるような状態へ、夫婦の関係が立ち至る可能性があることも、確かに否定できない。しかし、そのような場合でも、両親が親としての責任を共同で果たすことのできた一時期が、子の発育にとって重要な意味を持つことが明白となる可能性もあろうし、その限りで、親が共同して子の世話をしたことが（子に）良い影響を及ぼすこともありうる。従って親としての監護を共同で実施することにより保証される親による教育の継続は、たとえそれが一時期のものであっても、子の福祉に貢献しうる。

ついでながら、当初から親の一方に子の監護が委ねられている場合ですら、（裁判所が）新たな判断に迫られることも稀ではない。まさにその原因は、子の成長にとって重要な意味を持つ（関係当事者の将来にわたる）生活関係の展開を予測することの難しさ、そして（その結果監護権者のために）長期間を要するという点にある。このことを立

法者は考慮し、B G B 一六九六条において、後見裁判所及び家庭裁判所は、親としての監護が存続する間、子のために適切と思われる場合、(従前の)命令をいつでも変更しうるものとしたのである。

(b) (教育) 継続の原則を目安にするとしても、両親の離婚後、将来にわたって可能な限り統一的な、かつ均衡のとれた子の教育を保証することだけが、監護権に関する唯一の解決策とされるべきではない。むしろ、監護権に関する判断の時点で、子が親及び兄弟姉妹に対して有する感情的なつながりも考慮されなければならない。このことを立法者も踏まえ、B G B 一六七一条二項後半において、子のつながりに配慮するよう明示的に規定したのであり、その理由は、かかる子のつながりが可能な限り侵害されなすすむならば、子が親の一方しか存しない不完全な家族の中へ移り住むとしても、子にとっての害は最少限に抑えられる、という点にある。

もっとも、子が父母の双方に対し同等の感情的つながりを有し、子の利益が幼年期の間消滅することのない親子のつながりにあるにも拘わらず、なおかつ親のいずれか一方を選択しなければならない場合には、かかる(子のつながりに対する)侵害は避けることができない。その限りで、——略——離婚した親の双方による共同監護は、子にとって、その(教育の)継続を最大限許容するものである。

2 (a) 離婚後、子に対する共同の監護を認める場合、それを望む夫婦の動機が、事実適合しない不純なものでありうるとの指摘も、親としての監護を例外なく親の一方のみに委ねることを、十分に正当化するものではない。

離婚意思を有する両親に共同の監護権を認めるとすれば、離婚をめぐる諸手続の併合を避け、離婚手続の進行を速めるため、裁判所に(共同監護についての)見せ掛けの合意を提出するが如き事態を誘発することになりかねない、との懸念が、立法手続において表明されていた。さらに連邦司法大臣は、その所見表明において、両親が紛争を嫌い、

結局争いを避けることのみを欲し、その限りで子の福祉に向けられたとは言えないような判断に基づいて、裁判所に共同監護権を認めるようにとの提案がなされる虞もあることを指摘した。その他学説中には、共同監護権についての両親の合意は、それが表面的なものであり、経済的、精神的に弱い立場にある親の一方を嚇してなされた場合には、かえって子の負担となりうるとの指摘が見られる。

子の福祉のために、監護権の判断が操作されることは、避けられなければならない。しかし、かかる考慮によっても、当然にかつ例外なく、離婚した夫婦の共同監護権の拒否という結論に至る必然性はない。親の利益と子の福祉とが対立する場合には、確かに子に優先を認めるのが当然である。しかし、かかる対立は、個々の事例毎に解消されなければならない。このこと（個々の事例毎の解決）は、基本的人権を侵害する可能性を内包して初めて悪用を避けるような法律上の規定によって、阻害されてはならないのである。

(b) 裁判所は、B G B 一六七一条二項前半に従って、子の福祉に最も良くかなった規制をしなければならない。かかる基準を考慮して、離婚をめぐる併合手続において、誰が未成年の子を監護する権利及び義務を有すべきかを明らかにするという裁判所の職責の困難さは、監護権者として親の一方のみを考慮するか、双方を考慮するか、とは無関係に生ずる。訴訟手続の簡素化という理由から、子の福祉のために義務づけられている審理をすることなく、裁判官が共同監護権に関する両親の提案に応ずるような傾向が生じうる、とする反論にも憲法上の意味は認め難い。さらに付言するならば、かかる反論は、同様にB G B 一六七一条二項に対してもあてはまることになる。何となれば、この場合でも、裁判官は、両親の合意に基づく提案に、安易に従うことは許されないからである。

3 離婚した夫婦の共同監護権に反対して主張されている他の疑念も、異議の申し立てられている規定（B G B 一六



七一条四項一文)を正当化するものとは言い難い。

(a) とりわけ、共同監護権に反対する判断に至った理由として、(これを認めなくとも)両親は、私的関係の形成により、容易に望む通りの結果を達成できる、という点が、(立法手続において)挙げられている。(すなわち、これによれば)親としての監護を実施する親の一方は、その実施についてのみ他方を関与させれば足りる(とされた)。この場合、他方は共同の教育権者となり、子に関連する事務のすべてに関与することができる。確かに一連の事例においては、監護権を有する親の一方による(他方への)代理権の授与が必要となる。しかし、授権及び代理権を有することの証明は、不当な(unzumutbar)負担と言う程のものではない(とするのである)。

子の両親が離婚している場合、日常生活の必然性という観点から、共同の監護は必要ではない、との見解も、BGB一六七一条四項一文の合憲性の問題については意味をなさない。これらの指摘に従い、共同監護権の排除の理由が、両親の適切な処置により親としての権利への介入の影響を消去するという点、すなわち、親は法の予定するところとは異なった行動をとりうるとする点に認められるとしても、このことは、(問題となっている規定の)憲法上の疑念を払拭しえない。

(b) 連邦司法大臣の懸念した、離婚した両親に共同監護権を認める場合の「誘発効果」は、(共同監護を認める旨の)法律上の規定が設けられた場合、夫婦が離婚手続に際し、子に対する共同監護権の申立てをする事例が増加する、という点にのみ存しうる。しかし、かかる申立てが知覚しうる程度の増化傾向を示したとしても、親としての共同責任を存続させることが子の利益となる場合に限って、かかる申立てが認められるにすぎない。(むしろ)連邦司法大臣は、その場合個々の事例毎に裁判官による綿密な審理が必要とされること、そして事情によっては、子を親の一方

に委ねる場合よりも、監護権者に関する判断に長時間を要するということを、(問題点として) 踏まえるべきである。(しかし) いずれにせよ、このことは、両親のうちいずれが離婚後の監護権を引き受けるかにつき、夫婦に合意がある場合との比較で言いうることである。監護権に関する手続において争いの生ずることは稀ではなく、かかる場合には、子の利益のために必要とされる監護関係の速やかな明確化は、やはり同様に達成されえない訳だから、それを度外視して、手続の長期化という(反対の) 論拠が主張されても、それは異議を申し立てられている規定を正当化するのに適切な論拠とは言えない。

同様のことは、離婚後の両親に共同監護権を認めることを法律上可能とするならば、離婚の際の典型的な情況につき、通常適切な解決策となる現行規定が、空洞化する、との反論にもあてはまる。かかる空洞化を現行規定の解釈によって防止しえないとしても、立法者は、共同監護権を認めることをあくまでも例外とすべく、適切な立法措置を講ずることができる。

(c) 離婚した夫婦に共同監護権を認めることを可能にする場合に予測される「空洞化効果」と一種の対照をなすが、経験則に基づき、離婚後の共同監護権を実現するための要件を充たす事例は、極めて少数に留まるであろうとの連邦司法大臣の考慮である。(かかる考慮によれば) こうした諸事例は、そこから憲法上の結論を引き出す程のものではなく、従って立法者は、規定の類型的作成にあたり、こうした諸事例を無視することが許された(とされる)。

#### — 略 —

規定の類型的作成は、それと結びつく基本的人権の侵害が、それ程強度のものではない場合に限り許される。ここでは、かかる考え方は踏まえられない。ここではむしろ、親としての権利への介入を、離婚によって通常生ずる子へ

の損傷を可能な限り抑制するという離婚した夫婦の義務との関連において、考えなければならない。両親が、離婚を専ら自分達の問題として扱い、その結果、子と両親との関係を可能な限り平穏に保つ限り、両親はかかる義務に応じていると言える。従って、こうした事例において、離婚した両親の共同監護権が否定されるならば、それによって先ず第一に影響を受けるのは子である。(離婚後も)親の共同責任を法的に認める場合、それによる子の発育に対する良い影響を控え目に評価したとしても、こうした事情のもとで、必然的に問題情況の類型化に走することは、正当ではない。さらに付言するならば、かかる類型化に走することは、両親の離婚によっていずれにせよ侵害を受ける子自身が有する——略——基本法上の請求権を、十分に考慮したものとは言えない。

(d) ——略——共同監護権を与えるための要件が、事後的に欠落した場合、監護権に関する(裁判所の)判断が適宜に変更されるかは疑わしい、との懸念も、異議を申し立てられている規定を正当化しうるものではない。子を親の一方に委ねたとしても、子の利益のために、監護権に関する判断の修正を緊急に必要なと思わせるような(当事者間の)関係の変化が生じうることとは否定できない。しかし、(かかる場合でも)——略——必要な要件が存しない限り、当初なされた(裁判所の)判断により造り出された状態は、そのまま存続することになる。従って、個々の事例において、当初なされた監護権に関する判断の変更が、必要であるのになされない、という理由から、——略——共同監護に服する子の福祉が、高度に危殆化されるとは言い難い。——文中の( ) 及び傍点は筆者による——

### 3 本判決の意義

ここでの問題は、結局子の福祉をいかに実現すべきか、の点にあると言えよう。これを念頭に置いて、本判決は、

現行法上の監護権者決定制度、とりわけ両親による共同提案が裁判所を拘束する、とされていることの根拠について述べている。すなわち、両親による共同提案は、憲法上保障された親としての権利ないし責任の発現であるが故に、裁判所を拘束する、としたのである。もっとも、かかる拘束性は裁判所にとって絶対的なものではなく、共同提案がなされている場合でも、最終的には裁判所が、その適否を判断しなければならない。本判决では「この点については憲法上も異論の余地はない」とされているのみで、その根拠は明白ではない。しかし判決の前半部分から察すれば、憲法上保障される親としての権利ないし責任は、子の保護を前提として認められるべきものだから、その発現と解しうる共同提案が、真に子の保護に一致しているか否かの判断は、当然に裁判所の職責に属する、と解しているのである。この様に、現行法上認められている「両親による共同提案の拘束性」及び「裁判所による最終的判断」という二つの制度を正当視し、かつ強調する以上、そこからの当然の帰結として、両親が離婚後の共同監護を提案し、裁判所もそれを適切とみなす場合、共同監護権を認めても何ら差し支えないことになろうし、憲法との関係においても、極めて適正な解決と言えよう。従って、それにも拘らず共同監護権への道を完全に閉じている現行規定を合憲とするためには、何らかの「特別な正当化事由」が必要とされた訳である。

右の如き観点から、本判决は、共同監護反対説が主張する根拠を挙げ、これを詳細に検討している。次に、判決中に挙げられた反対説の根拠とこれに対する連邦憲法裁判所の反論を、今一度整理し直すことにしよう。

(1) 共同監護を提案するに至った両親の合意は永続するものとは考えられず、結局監護権を親の一方に委ねることが、先延しにされるにすぎない。——反論(ア)かかる指摘が正当であるとしても、子が両親によって監護されていた一時期が、子の発育にとり有意義となる可能性がある。(イ)子の監護が当初から親の一方に委ねられていた場合でも、

の変更を迫られる場合が稀ではない。(ウ)子自身が親の双方に対して同等の感情的つながりを有する場合にも、親のいずれか一方を選択しなければならいとするのは、子の感情的つながりに配慮するよう規定した一六七一条二項後半の趣旨に反する。

(2) 共同監護を法律上認めると、離婚手続を速めるため、あるいは紛争の激化を避けるため、見せ掛けの共同提案が提出される虞がある。——反論(ア)両親による共同提案がある場合でも、その適否を審理し、最終的な判断を下すのは裁判所であって、この段階で見せ掛けの提案か否かをチェックできる。(イ)しかもかかる審理は、共同監護を法律上認めるか否かとは無関係に、すでに行われているものである。

(3) 日常生活の必然性ないし経験則から考えても、あえて法律上共同監護を認める程の必要性はなく、仮に共同監護が必要とされる場合があるとしても、その場合には、両親間での代理権授与等の方法で、これと同質の結果が達成できる。——反論(ア)問題とされている規定(一六七一条四項一文)に対する憲法上の疑念を払拭するに足る根拠ではない。(イ)現実に共同監護を認めるべき事例が極めて少数に留まるとしても、ここで問題とされているのは子の福祉であり、共同監護を認めるべき事例を、例外的事例として切り捨てることは、憲法上許されない。

(4) 共同監護の共同提案がある場合、裁判所の綿密な審理が必要とされるため、手続が長期化する。——反論(ア)手続の長期化は、共同監護を認める場合に限らず、すでに現行制度上、両親間に対立のある場合、避けられないものとなっている。

(5) 共同監護を法律上認めると、両親のいずれか一方のみに監護権を委ねることを前提としている現行規定の「空洞化」が生ずる。——反論(ア)実際に共同監護を認める事例はあくまでも例外とする立場から、立法措置を講ずればよい。

(6) 実際に共同監護が認められても、その要件が事後的に欠落する場合、裁判所によって、監護権に関する判断が適宜に変更されるかどうかは疑わしい。——反論(ア)子が親の一方に委ねられる場合でも事情は変わらない。

これを要するに、連邦憲法裁判所は、子の福祉の至上性という理由から、あるいは現行制度との比較衡量において、右の(1)ないし(6)の指摘を、共同監護を否定するための「特別な正当化事由」にあたらないとしたのである。かかる結論に至らしめた要因として、現行制度上の裁判所の機能に、今一度留意する必要がある。すなわち、現行制度上、いかなる場合でも、裁判所は子の福祉を基準として最終的な判断を下さなければならない、という点がそれである。すでに裁判所がこの様な機能を営んでいる以上、共同監護を法律上認めたとしても、現行実務に大きな負担を課することにはならないし、子の福祉を危殆化するような弊害(特に右の(2)の指摘)が生ずる余地もないことになる。これがまさに、連邦憲法裁判所をして共同監護権への道を踏み出さしめた最大の要因と言えよう。

それでは、いかなる事例を予定して、連邦憲法裁判所は共同監護を認めようとしたのであろうか。とりわけ判決理由B II第二段落から推察すると、「両親が共に共同監護の意思を有していること」「両親が共に完全な教育能力を有していること」「共同監護が子の福祉に反しないこと」が、一応その要件と言える。勿論、かかる要件の存否を裁判所が綿密に審理し、判断を下すことが、本判決の絶対的前提とされていたことは、右に触れた通りである。これらの諸点を踏まえると、連邦憲法裁判所も暗に認めた如く、実際に共同監護の認められる事例は、ごく例外的なものに限られるだろう。しかし、だからと言って、本判決が示唆していた様に、共同監護を法律上認めても、現行実務に大きな負担を課することにはならない、と言えるかどうか、この点には多少の疑問が残る。現実の問題として、裁判官にとって従来二つであった選択肢(子を父に委ねるか、母に委ねるか)が、三つに増えたことは事実であるし、そうで

ある以上、担当裁判官が判断に迷う事例も少なからず存するであろうことは充分に考えられる。また最終的に、共同監護の認められる事例が少数に留まるとしても、共同監護の申立て件数が増加することは否定できないだろう。<sup>(14)</sup>さらに今後に残された問題の一つとして、共同監護が認められた場合、扶養関係が如何に取り扱われるのか、という点も指摘しておかなければならない。この点に関しては、とりわけ両親間での扶養関係を如何に規定するかが問題となろう。現行法上、複数の子を両親がそれぞれ分担して監護している場合には、一五七〇条により両親が相互に扶養請求権を有する余地が出てくるが、かかる場合に対してすら、現行法は規定を欠いているのである。これらの諸問題を含めて、ドイツ家族法に離婚後の共同監護への道が開かれた今、具体的に如何にして子の福祉が実現されていくのか、見守っていく必要がある。

- (1) Gesetz Nr. 16 des Kontrollrats, Ehegesetz vom 20. 2. 1946.
- (2) Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vom 18. 7. 1957.
- (3) BT-Drucks. 7/650, S. 176.
- (4) Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18. 7. 1979.
- (5) すでに一九五七年男女同権法による改正以来、「子の福祉に必要な場合には、親の一方に身上監護、他の一方に財産監護を委ねることができ(一六七一条四項二文)」と定められており、親権の機能による分担は、法律上も認められていた。
- (6) 許諾とついで Schwöerer, in: Staudinger, BGB, 10/11. Aufl., § 1677 Anm. 79. 判例とついで Beschluß des LG Mannheim vom 11. 12. 1970—4b T 15/70, FamRZ 1971, S. 185; Beschluß des AmtsG Tübingen vom 9. 4. 1975—GR 395/72, DAVorm 1976, 424; Beschluß des LG Wiesbaden vom 8. 9. 1976—4 T 173/76, FamRZ 1977, 60.
- (7) 許諾とついで D. Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, 1977, S. 75 f. おおとと U. Diederichsen, „Zur Reform des Eltern-Kind-Verhältnisses“, in FamRZ 1978, S. 461 ff., S. 473 f.; H. W. Fehmel, „Gemeinsames elterliches Sor-

gerecht nach der Scheidung?“, in FamRZ 1979, S. 380 f. など。判例として、離婚法改正後、上級地裁レベルのものが急増している。例えば、Beschluß des OLG Düsseldorf vom 9. 1. 1978—1 UF 305/77, FamRZ 1978, 266; Beschluß des Schleswig-Holsteinischen OLG vom 9. 6. 1978—8 UF 130/78, DAVorm 1978, 796; Beschluß des OLG Hamburg vom 12. 2. 1979—2 UF 185/78, FamRZ 1979, 540=MDR 1979, 582; Beschluß des KG vom 31. 1. 1979—18 UF 4287/78, FamRZ 1979, 340; Beschluß des KG vom 28. 5. 1980—18 UF 1332/80, FamRZ 1980, 821. 等がある。

- (8) 注(9)(7)で引用した判例の中に、同じく見解に立つものが散見される。学説にも同様のものがある。例えば D. Schwab, a. a. O., S. 76.

- (9) この点を強調する見解として H. W. Fehmel, a. a. O., S. 381.

- (10) Dölle, Familienrecht, 1965, S. 289; A. Dieckmann, „Fragwürdige Begründungen im Streit um die Verfassungsgeworbenheit einer gemeinsamer elterlichen Sorge nach Scheidung der Elterne“, in NJW 1981, S. 668 f.; R. Kußmann, „Der verfassungsgemäße Ausschluß des gemeinsamen Sorgerechts geschiedener Eltern (§ 1671 IV S. 1 BGB)“, in FamRZ 1982, S. 118 ff. 等。

- (11) この点について BT-Drucks. 8/2788, S. 63.

- (12) 基本法六条二項一文は、「子の監護及び教育は、親の自然権であり、まず第一に親に課せられている義務である」と規定する。このことから子の監護及び教育についての親の優位 (Vorrang)、独立性 (Eigenständigkeit) 及び自己責任性 (Selbstverantwortlichkeit) が基本的人権として保障され、さらに国家に対する防御権 (Abwehrrecht) が演繹される。もっとも国家の介入が、その後見的機能の発現と観られる場合には、かかる親としての権利 (Elternrecht) への介入も已むなしとされる (同条二項二文及び三項参照)。それを決する基準は、いうまでもなく子の福祉である。

- (13) Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. 11. 1982—1 BvL 28/80, 1 BvL 38/80, 1 BvL 40/80, 1 BvL 12/81, FamRZ 1982, 1179=NJW 1983, 101.

- (14) Fehmel, a. a. O., S. 381. には、従来共同監護は一般に認められていなかったため、多くの場合、弁護士は予め関係当事者に、共同監護の申立てを思い止まらせていたことが考えられる、との指摘が見られる。



## V 結語に代えて

以上本稿では、離婚法の分野から、「離婚原因に関する規定」「離婚後の夫婦間での扶養に関する規定」「離婚後の共通子に対する監護権者の決定に関する規定」についての違憲判例を紹介してきた。ここでは先ず、三つの判例の共通点に言及することから始めたい。

すでに明白のように、本稿で扱った三つの判例は、いずれも「個々の具体的事例における適正な解決」を目指したものであった。換言すれば、連邦憲法裁判所は、典型的事例のみを対象とした法規定の硬直性 (Startheit) を違憲として、例外的事例についても適正な解決を計れるだけの融通性を求めたものと言える。従って、いずれの判例も、問題とされた法規定を根本的に違憲立法とした訳ではない。第一の判例においては、離婚請求棄却事由たる苛酷条項の適用を、夫婦の別居五年以内に限定した一五六八条二項について、苛酷状態は、多くの場合、別居期間が五年に至る前に消滅するであろうし、苛酷条項の適用を別居五年以内に限定することにより、離婚に反対する夫婦の一方に、所詮離婚は一時的に延期することしかできないことを悟らせることにもなろう、とされていた。また第二の判例においても、扶養の必要性が子の監護、教育に基づいているときは、扶養請求棄却事由たる一五七九条一項の要件が充たされている場合でも、子の福祉の見地から、扶養請求を認めることに違憲の疑いはない、とされていた。さらに第三の判例でも、離婚後、子を親のいずれか一方に委ねることは、多くの場合子の福祉にかなっているという認識が、当然の前提とされている。要するに、これらの法規定が持つ根本思想については、いずれの判例も一応これを正当と評価していた。問題は、これらの規定が全く例外を認めていなかった点、すなわちその硬直性にあったのであり、それが

「個々の具体的事例における適正な解決」を阻害する限りにおいて、違憲とされることになった。そこで次に問題とされるべきことは、それぞれの判例が、「適正な解決」か否かの判断基準を何処に求めているのか、換言すれば、それぞれの判例が「適正な解決」によって目指したものは何か、という点である。

先ず、第一の判例から明らかとなったことは、離婚の可否を決する段階において、「破綻した婚姻は、解消できる」という破綻主義の原則が堅持されていたことである。これを前提とした上で、連邦憲法裁判所は、別居期間の長短に拘わらず、異常な状況におかれている夫婦の一方を保護しようとした。判例中の言葉を引用するならば、「離婚に対する用意のない夫婦の一方の保護のために、不当な時期に離婚の宣告されることを妨げ、（かかる夫婦の一方に）離婚後の変化する状態への切り換えを容易に」させるべく、苛酷条項（一五八条一項）の趣旨を徹底することが目指された。従って、離婚原因に関する規定においては、「破綻した婚姻は、解消できる」との原則を堅持しつつも、本来生涯にわたって維持されるべき婚姻の効果として、夫婦の一方にとって「不当な時期（zur Unzeit）」における離婚を回避することが、その指導原理として強調されていたと言えよう。

第二の判例において企図されていたことは、離婚後の夫婦間扶養における「公平（Billigkeit）」の実現であった。改正法は、婚姻を契機として生じた離婚後の夫婦間における生活水準の格差を調整することを、主眼としている。しかし客観的に数字の上で生活水準の格差を調整するだけでは、夫婦間に不公平感が惹起されることは避けられない。そこで、個々の婚姻関係の経緯を踏まえ、それぞれの事例毎に、扶養請求の全面的排除もしくは減額により扶養関係を規制する必要があることになる。かかる観点から離婚後の夫婦間における公平を実現しようとしたのが、一五七九条一項であった。その意味で、本稿で紹介した判例は、従来子の福祉の見地から一五七九条一項の適用領域外にお

かれていた子の監護、教育を理由とする扶養請求に関しても、夫婦間での公平を実現しようとしたものと評することができる。

また第三の判例において強調されていたことは、離婚後の監護権者の決定に際し、子の福祉を重視する、ということであった。その結果、連邦憲法裁判所は、「離婚後、子は親のいずれか一方のみに委ねられる」という従来の考え方だけでは、必ずしも子の福祉を十分に考慮できないことを、率直に認めるに至った。かかる判例が現れるに至った要因として、有責主義の全面的排除により、破綻に対する親の有責性と子の福祉が一応区別して考えられるようになったことを、今一度指摘しておく必要があるうし、さらに社会的背景として、生活観や生活様式の多様化現象が存することも否定できないだろう。

以上の様な考察を前提とする限り、改正前の有責主義離婚法において認められた如き、離婚法の全分野に共通する判断基準は、今日もはや存しない、と言うことができよう。むしろ離婚法の各分野は、それぞれ別個独立した基盤に依拠しているものと考えられる。その意味で、本稿で紹介してきた判例は、かかる別個独立した基盤を踏まえつつ、「個々の具体的事例における適正な解決」を目指すことによって、さらにこれらを純化しようとしたものとして評価することができる。

ちなみに、現在西ドイツにおいては、離婚法の再改正作業が進められている。勿論、かかる再改正の直接の契機となっているのは、本稿で紹介してきた連邦憲法裁判所の判例である。<sup>(1)</sup>しかし再改正が、連邦憲法裁判所によって違憲とされるに至った条文に限定されるのか、あるいは本稿で明らかとなった離婚法の基盤に、さらに何らかの修正を加えようとするものなのか、現在のところ定かではない。今後、西ドイツ離婚法が如何なる展開を見せるかが、注目さ

れるところである。

- (1) 本稿で取り扱うことはできなかったが、扶助の調整 (Versorgungsausgleich) の分野についても、すでに連邦憲法裁判所による二つの判例 (Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. 2. 1980—1 BvL 17/77 u. a., BVerfGE 53, 257 = FamRZ 1980, 326; Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 27. 1. 1983—1 BvR 1008/79; 1 BvR 322/80; 1 BvR 1091/81, BVerfGE 63, 88 = FamRZ 1983, 342) が主眼であり、その分野についても再改正は不可避となっている。尚、これに関する論稿として、A. R. Lang, „Was wird aus dem Versorgungsausgleich?“, in FamRZ 1984, S. 317 ff.