

ドイツ法における血族間扶養の意義 ——老親扶養を中心に——

甲南大学法科大学院教授 冷水登紀代

はじめに

日本では、老親扶養の問題は、戦後から70年が過ぎた今日でも戦前の家制度の影響をうけ続けて解消されずに残されてきた問題ともいえる。しかし、1979年に政府与党が「日本型福祉社会構想」を打ち立てたことを機に、家庭基盤の充実のための政策として、国家・自治体・職域・家庭の役割分担と「老親の扶養と子の保育と躰は第一次的に家庭の責務」であること、「国家権力の家庭への介入は避けられなければならない」旨の政策方針をとった¹⁾ため、国家による私的扶養への介入は消極的な状況が続き、高齢社会を背景としてより大きな問題に拡大している問題ともいえる。

確かに、1997年に制定され2000年に施行された介護保険法により、介護は社会保険制度により、社会全体で支える社会が目指されてきた。しかし、それにもかかわらず、介護離職は後をたたず²⁾、事実上、介護を含めて老親の世話をする者に負担が集中している。もちろん、介護を含めた引取扶養を扶養の一方法(879条)として、扶養義務者に合意がな

ければ法的義務として強制されるわけではなく³⁾、介護の必要な者がケアを施設で受ける場合には、家族に事実上の負担をかけずに介護費用の負担の問題として解消することは可能である⁴⁾。しかし、現行扶養制度が、扶養の権利義務の程度や方法を定めるには「協議」を前提とする(民法877条以下)制度をとっているため、特に家族関係が疎遠な状況では、扶養が必要な高齢者であっても義務者となりうる子との間で協議をすることは困難であり、このことが特定の良心的な家族に負担が集中する一因となっているとも指摘できる⁵⁾。

そして、このような負担を家族に期待できなければ、公的負担の問題へとつながっていく。ただし現実には、負担を期待できる家族がいたとしても、公的扶助である生活保護の受給の要件を満たせば、その申請をすることが可能であるため、家族内で扶養を取り決めることなく、生活保護の受給に至っているという現状もある。このこと自体は、生存を確保するという観点からは非難されるべき状況とはいえない。しかし、私的扶養優先原則(生活保護の補足性)(生活保護法4条2項)を前提とした現行制度を前提とした場合、扶養制度が骨抜きになるばかり

- 1) 利谷信義『家族と国家』(筑摩書房、1987年)105頁以下。
- 2) 平成24年総務省就業構造基本調査結果の概要では、過去5年に前職を介護・看護のために離職した者は、48万7千人、このうち女性は38万9千人で8割を超えたとする。
- 3) 扶養義務者が承諾をしている場合に引取を命じた審判例がある(大阪家審昭和40年3月29日家月17巻7号132頁。また、引取扶養をした扶養義務者が、他の扶養義務者に対して生活費の負担を求めることを認める審判例として仙台家審昭和56年3月31日家月33巻12号73頁)。ただし、これに引取を強制する手続きはないことに理由に否定する学説もある(米倉明「講演」老親扶養と民法『家族法の研究』(新青出版、1999年)223頁)。
- 4) 新潟家審平18年11月15日家月59巻9号28頁。
- 5) この問題点については、扶養の順位(877)、扶養の程度と方法(879条)の取決めにおいて生じる(窪田充見=松川正毅『新基本法コメンタール・親族』(日本評論社、2015年)328頁以下〔冷水登紀代〕)

か、公的負担、すなわち国民全体に求められる税の負担が拡大するという問題を引き起こす⁶⁾。しかも日本では、生活保護実施機関から扶養義務者に対する扶養料の償還請求（生活保護法77条）が事実上行われていない。

このような現状をみたとき、日本では今後老親扶養をどのような制度として捉えるのか、すなわち事実上機能しないため廃止という方向性に向かわせるのか、あるいは法律上の権利義務として強制しやすい制度へと整備するのか、あるいは社会保障制度の拡充を図りつつなお今日の在り方を追認する形で民法上の制度として維持するのかをより積極的に検討する必要があると思われる。

本稿では、このような問題点を検討する前提作業として、血族間扶養、とりわけまさに現在日本で問題となっている老親扶養の根拠をめぐる議論が豊富なドイツ法を素材にして、血族間扶養の意義を検討することを目的とする。

1 民法上の親に対する子の扶養義務

以下では、まずドイツ民法における親に対する子の扶養義務の位置づけを概観する。

1 扶養の権利義務の発生

ドイツ民法は、親に対する子の扶養義務を、一般血族間の扶養関係のなかに規律している。直系血族は、相互に扶養義務を負う旨が規定されており（ドイツ民法典〔以下「BGB」と表記する〕1601条⁷⁾、親に対する子の扶養は、他の直系血族間の扶養の一つの関係として位置づけられている。後述するよう

に、未成年者等に対する親の扶養義務が一般血族間の扶養義務とは明確に区別して規律されていることから、一般血族扶養に関する規定が適用されるのは、親に対する子の扶養義務、成年子に対する親の扶養義務、さらに孫と祖父母間およびそれ以遠の直系血族間ということになる。

直系血族間での扶養を求めることができるのは、「自ら扶養をすることができない」者であり（BGB 1602条1項）、自身の収入や経済的観点からみて期待可能な限り現有する財産の活用が要請される。ただし、高齢の親は、緊急時に備えて蓄えを必要とするため、その蓄えまでを活用することは求められていない。親が子に対して直接扶養を求めずに社会扶助を求める場合にも、社会扶助法上の猶予財産（Schonbetrag）が認められる（ドイツ社会法〔以下、「SGB」と表記する。〕12編90条9項2号⁸⁾）。

これに対して、扶養義務者は、自身「相当な扶養を危険にすることなく」、権利者を扶養をすることができない場合には、扶養義務を負うことはなく（BGB1603条1項）、その生活上の地位を維持するために相当な資金をとどめることが認められている⁹⁾。

2 複数当事者における順位

ドイツでも、扶養義務者となりうる者は、未成年子や配偶者を扶養している世代であり、扶養義務者となる世代に対して複数の扶養権利者がいることもある。また、逆に、扶養可能な子や孫が複数いる場合のように扶養義務者が複数いる場合もある。そこで、民法は、扶養義務者と扶養権利者の順位についても以下のように明確に定めている。

6) 平成29年5月11日社会保障審議会生活困窮者自立支援及び生活保護部会（第1回）資料によると、生活保護受給者数は、約214万人で、平成27年3月をピークに減少に転じているものの、生活保護受給世帯数は約164万世帯となっており、そのうち高齢者世帯の増加している（なお、世帯全体は増加しているが、高齢者世帯以外の世帯については減少傾向が続いている）。

7) ただし、日本民法877条のように広範な扶養関係はなく、一般の血族間扶養は直系血族に限定されている。

8) 冷水登紀代「扶養の権利義務の明確化と公的扶助制度との調整—ドイツ法の視点から」貧困研究12号63-64頁（2014年）。

9) 冷水・前掲（8）64頁以下によると、子の給付能力の判断に際しては子が保有する住居や住居購入に必要であった住宅ローンやその他の財産、扶養義務者である子の高齢時の保障（私的年金も含まれる）も考慮され、裁判所において活用されるデュッセルドルフ算定表で示された自己留保分は最低限扶養義務者に留保されることになる。

BGB1606条〔扶養義務者の順位〕

- (1) 卑属は、尊属に優先して扶養義務を負う。
- (2) 卑属間、または尊属間では、親等の近い者が親等の遠い者に優先して負担する。
- (3) 複数の同一の親等の血族は、稼働状況や財産状況に従い等しく負担する。未成年で未婚の子を養育する父母の一方は、通常子の監護および教育により子の扶養を分担する義務を履行しているものとする。

扶養義務者は、1606条の順位に従い扶養を求められ、請求された場合には、上記の1603条に従い給付能力が判断され、給付能力がないとの判断がされれば、その者の次の順位の者に扶養が求められ、その次の順位の者に給付能力があれば、その者が扶養義務を負担することになる（BGB1607条1項）。仮に国内にいる先順位の扶養義務者が扶養を行っていない場合にも、次の順位の者が扶養を負担することになるが、この場合には、本来の扶養権利者による扶養請求権が、義務を負担した後順位の扶養義務者に移転（*cessio legis*）することになる（同条2項）。したがって、直系血族間の扶養義務で、老親（A）の扶養が問題となる場面では、子（B）が最先順位の扶養義務者となり、Bが扶養しないために、孫（C）が扶養した場合には、AのBへの扶養請求権はCに移転することになる¹⁰⁾。また、Aに子が複数人（B1、B2）いる場合には、B1とB2は、同順位となるため、稼働状況、財産状況に従い等しく扶養義務を負担することになる。

なお、扶養義務を負わない者が、要扶養状態にある者に対して支援をおこなった場合には、事務管理に特別の規定が置かれておりその規定に従って法定の扶養義務者に求償することになる（BGB679条、

683条）¹¹⁾が、実際に老親の扶養義務が、法的な紛争となって現れる場面では、親は直接義務者である子に対して扶養を求めるのではなく、社会扶助等の受給を受けたいうえで、当該社会扶助等の実施主体から扶養義務者に対して償還請求が行われている。この償還請求に関する規定は、社会法に規律されているため、これらの規律に従うことになる（以下、「II」を参照）。

このように、子は親にとって第1順位の扶養義務者であるが、親が子から扶養を受けることができる順位は、以下のように後順位となっている。

BGB1609条〔複数の扶養権利者の順位〕

複数の扶養権利者が存在し、扶養義務者が全ての扶養を与えることができない場合には、以下の順位に従う。

- 1 未成年で未婚の及び1603条2項2文の意味での子¹²⁾
- 2 子の養育のために扶養権利者となる親の一方、又は長期の婚姻に際して配偶者及び離婚配偶者が扶養権利者となる離婚の場合；長期の婚姻の確定に際しては、1578b条1項2文及び3文の意味での不利益も考慮することができる。
- 3 2号に規定する者を除く配偶者及び離婚配偶者
- 4 1号に規定する者を除く子
- 5 孫及びそれ以遠の卑属
- 6 親
- 7 それ以遠の尊属；近い親等の者が遠い親等の者に優先する。

先順位にある子が親に対して扶養を求める権利は、民法1602条以下に一般血族と区別して規定さ

10) 直系血族間の扶養義務は相互に生じるため、逆に、孫（C）の扶養が問題となる場面では、BがCに対して扶養を行わないため、AがCを扶養したのであれば、CのBに対する扶養請求権は、Aに移転する。

11) Nina Dethloff, Familienrecht 31.Auflage C.H.Beck 2015, S.346では、伯父が姪に対して学費を与えた場合などを例として挙げている。

12) 筆者註：1603条2項2文の意味での子とは、満21歳までの教育中の成年子である。

れている。まず、未成年で未婚の子には、その所有する財産の活用義務はなく、財産収入や稼働収入で自らを扶養することができなければ、親に扶養を求めることができ（BGB1602条2項）、親はその子と満21歳までの教育中の成年子に「あらゆる処分可能な財産を自らと等しく使う義務」を負う（BGB1603条2項）ことから、上記民法1609条とを合わせて考慮すると、潜在的には扶養義務を負う者であっても、その潜在的扶養義務者自身に先順位の扶養権利者である子や配偶者等がいる場合には、まずその者は未成年子等を扶養する。そのうえで余力がある限り、6位の父母について扶養義務を負うにすぎない。それだけの給付能力がなければ親に対する扶養義務は具体的には生じない¹³⁾。

扶養法上の子の地位は、2008年に施行された改正扶養法¹⁴⁾においても強化が目指されている。もっとも、この改正は、特に離婚後の配偶者が原則として自己責任であることが明確化される流れのなかでの子の地位の強化であり、一般の血族扶養との関係では本質的な改正がされていない。しかし、いずれにしても、扶養法上の親が子に対して扶養を求める地位は相対的に低く、必ずしも強い権利であるとはいえない。

2 社会法との関係——補足性原則

ドイツでは、高齢者が要扶養状態にある場合には（BGB1602条2項）、民法に従い扶養義務者に扶養を求めることも規定上は可能であるが、社会法上は、以下の2つの制度において給付を求めることが可能で

ある。

1 社会扶助

まず、日本の生活保護に相当する社会扶助を受給する場合には、社会法12編の社会扶助に関する規定に従い、社会扶助の給付主体に対して保護要件のもと給付申請し、それが認められれば、社会扶助が開始される（SGB12編18条1項¹⁵⁾）。もっとも社会扶助は、給付を求めようとする者にはその収入やその他の資産の活用義務を定め、さらに他の者、とりわけ扶養義務者やその他の社会制度から必要な給付を得ることができるのであれば、社会扶助は認められないという補足性原則（後順位原則）を定めている（SGB12編2条）。そのため、社会法は、扶養義務者がいる場合には、要扶助者（扶養権利者）が扶養義務者に対して有する扶養請求権を、社会扶助主体が給付した範囲で「法律上当然に」社会扶助主体に「移転」することを認め、この権利に従い社会扶助主体は、扶養義務者にその償還を求めることになる（SGB12編94条1項¹⁶⁾）。ただし、ここで償還請求される扶養義務者は、直系血族のうち1親等の者に限られ、2親等以遠の扶養義務者に対する償還請求は制限されている¹⁷⁾。そして、1親等の扶養義務者が扶養義務を負担するだけの扶養能力があるかどうかは償還請求された段階で審査されることになる。

2 高齢時及び稼働能力減少時の基礎保障

また、高齢者で、「高齢時及び稼働能力減少時の基礎保障」を受給する要件を満たす場合には、この

13) なお、ドイツでは、デュッセルドルフ算定表を活用し、親の子に対する養育の額が定められるが、より柔軟なものとなっている（Dethloff, a.a.O. (11) S.328.）。扶養義務者である親に留保される部分については、通常の留保分（Selbstbedarf）を超えた「需要の調整額（Bedarfskontrollbetrag）」がもともと調整される仕組みをとっており（<http://www.unterhalt.net/duesseldorfer-tabelle.html>）、この転換が血族扶養に影響を与えるかも含め今後検討したい。

14) Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007 BT-Drucksache 16/1830 von 15.06.S.13. 改正の経緯や詳細については、三宅利昌「ドイツにおける扶養法の改正について」創価法学36巻2号171頁（2006年）、冷水登紀代「ドイツ法における別居と夫婦間の扶養義務」棚村政行=小川富之編『家族法の理論と実務』（加除出版、2011年）107頁。

15) 2017年の生計扶助の基準額は、409€とされている。

16) 冷水・前掲（8）59-60頁。

17) SGB12編94条は、1親等の者であっても妊娠や6歳未満子の世話などの事情や過酷条項などを定めて償還請求を制限している。

給付を社会扶助上の生計扶助に優先して受給することになる(SGB第12編19条2項3文)。この制度は、社会法12編社会扶助に編入された社会扶助の特別の制度にあたる¹⁸⁾。受給の要件は、65歳以上の者と稼働能力の回復見込みのない18歳以上の者(具体的には、1日3時間以上就労できない者)で(SGB12編41条1項)、一般の生計扶助と同様、自己の収入と資産からその生活費を賄えない者である(同条2項)。ただし、直近の10年間に故意または重過失で要扶養状態を招いた者は、この給付の請求権はなく(同条3項)、緊急性も受給権の要件とはならない(SGB12編8条1項)。

この制度は、子世代の扶養義務の集中や、高齢時の貧困を恥としてかあるいは親が子に対して社会扶助給付主体が償還請求をすることをおそれ、必要な社会扶助を受給しないことが社会的に問題となったことを背景として整備された経緯を持つことから、扶養と関係では、扶養義務者が、その年収を100.000€を超えない限り、保障給付主体からの償還請求は制限を受けることになる(SGB12編43条)¹⁹⁾。

3 要扶養状態にある者の扶養請求権の処分の可能性

ドイツ基本法は、20条1項に社会的国家であることを定めているが、日本国憲法に定められている生存権のような規定は存在しない。そのため、社会扶助制度は、基本法1条1項に定める「人間の尊厳」と20条の社会的国家の要請に基づき整備されており、社会法12編が定める社会扶助制度の任務は、人間の尊厳を保障することであるとされている(SGB12編1条1文)。この原理に基づき、国家は、あらゆる者の最低限度の生活を保障するよう配慮する義務を負うことになるが、それと同時に、給付を

受ける権利者も自助義務を負うこともまた人間の尊厳原理から導かれる²⁰⁾。このように、ドイツ法における成年者、高齢者の貧困の解消するための私的扶養制度と社会扶助制度をみた場合、理論的には社会扶助の補足性原則に従い扶養義務者への償還を求めつつ、社会の状況の変化などに即して、社会扶助法に導入された基礎保障法は扶養義務者の収入に従い明確に制限している。社会扶助法上は民法上抽象的には扶養義務が生じる可能性があったとしても、65歳以上の老親については基礎保障給付を受給した場合には、扶養義務者に一定以上の(相当高額な)収入がないかぎり、扶養義務は具体的に形成されない。

しかし、この状況は、立法者が、扶養権利者に、民法上の扶養か社会法上の給付かを選択する機会を与えたもので、扶養権利者が基礎給付を選択した場合に扶養義務者は反射的利益を受けることを認めたに過ぎないという見方がある。この考え方は、社会扶助法の後順位制原則は明確に維持しており、基礎保障制度が民法上の扶養義務との関係では補足的な関係にとどまる、ということについても社会扶助制度の基本的な原則が維持されているということからも裏打ちされる。これらの制度設計を踏まえると、要扶養状態にある者は、扶養義務者への請求権がなくなることはなく、扶養義務者が、要扶養状態にある者に対して基礎保障を求めるように指示することができないことになる²¹⁾。そのため、法律上は、扶養権利者が、その者が基礎保障を請求した場合に扶養義務者が実施主体から償還請求されることがない場合でも、基礎保障を求めず、扶養義務者に扶養義務を求めることは起こりうる。そのため、このような状況については、家族法上の責任に関する理解、とりわけ血族扶養の廃止を求める理解とは対立する

18) 2003年に求職者に対する基礎保障と高齢時及び稼働能力減少時の基礎保障制度が整備されこの制度が2005年には求職者に関する基礎保障は社会法第2編に、高齢時及び稼働能力減少時の基礎保障制度は社会法第12編に社会扶助の一部として編入された。また、社会扶助は、従前社会扶助法として独立していたが、この改革において社会法に編入されている。

19) 冷水・前掲(8)63頁。

20) Grube/Wahrendorf, SGBXII2. Auflage, C.H. Beck 2008, Rn34-36.

21) Olaf Deinert, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, Nomos 2006, S.291-292.

ことになるが、社会法は社会政策上の問題点を解消することを目的として、社会給付についての請求を認めているのであり、扶養義務者の義務からの負担という目的というよりはむしろ要扶養者の保護を目的としているからであるとの説明がされている²²⁾。

また、この考え方は、社会法という観点からみた場合、社会扶助は、税を財源とした制度であり、ドイツでは、社会法の原則は、保険料の分担に基づく社会保険制度（Vorsorgessystem）と理解²³⁾にも馴染む。社会保険は、疾病、労働災害、失業、介護などの典型的な社会的リスクに対して生じる収入不足に備えて保険料を拠出する制度があるが、これらの制度では、保険料と税により給付が賄われている。これに対して社会扶助や基礎保障などの扶助制度は、機会の平等を確立するための拡張された支援という観点から整備されており、すでにみたように人間の尊厳を維持するための保障する制度である²⁴⁾。したがって、扶助受ける者は、自助を尽くし、他の者や他の社会給付を尽くした場合になお扶助が必要な限りで給付を受けられるのであり（補足性原則〔der Grundsatz der Subsidiarität〕）、扶助を必要とする者にも連帯（Solidarität）の義務があり、社会扶助主体に不利益となるような私的な合意をすることや権利を放棄することはできないからである²⁵⁾。したがって、要扶養状態にある者は、私的に扶養を求めることができるのであれば、その請求を放棄す

る必要はなく、ましてその請求権を放棄して社会扶助ないし基礎保障給付を受給する必要はないということになる。

実際、扶養の合意または処分に関連して問題となった具体的な場面として、次の場面がある。まず、法定相続に従えば扶養に必要なコストをまかなえたにもかかわらずそれ遺言の処分により社会扶助が必要となった場合があり、この場面では社会扶助主体から遺言により利益を受けた者に対して遺留分の限度で償還請求が認められている²⁶⁾。また、離婚後扶養の場面でも、扶養の放棄により社会給付主体が不利となるような場面ではその合意は公序良俗に反するとされてきた²⁷⁾。

このような判例の取り組みをみても、ドイツでは社会扶助との関係では、血族扶養に関しては、当事者の意思重視する制度というよりも社会法の補足性原則とその貫徹を前提とした制度であるということがみてとれる。

3 血族扶養の根拠をめぐる議論

このように社会扶助制度と扶養制度との関係をみたとき、一般血族扶養は、子に対する扶養や配偶者間扶養に比べると確かに弱い権利義務ではあるが、法的な権利義務として強制される可能性は残っている。そのため、1990年に介護保険制度が導入され

22) Deinert, a.a.O (21)„ S.292-293.

23) Raimund Waltermann, Sozialrecht 12.Auflage, C.F.Müller 2016, Rn78, 81.

24) 社会保険制度の分類については、Waltermann, a.a.O (22)„ Rn.78-79. 日本でも、1950年社会保障制度審議会勧告（50年勧告）で、社会保障の中心は自らそれに必要な経費を拠出させる社会保険でなければならない旨が示され、今日に至るまで、社会保険を中心に展開している（菊池馨実『社会保障法』（有斐閣、2014年）22頁）。

25) Waltermann, a.a.O (22)„ Rn.533.

26) BGH Urteil vom 8.12.2004, FamRZ 2005, 448. これに対し、BGH Urteil vom 19.1.2011 BGHZ 188, 96では、社会扶助受給者である子が相続開始前に行った遺留分放棄契約について社会扶助実施主体が良俗違反を争ったが、子の福祉に配慮されたものであり無効の主張は認められなかった（これらの判例と学説の議論状況の詳細は、竹治ふみ香「ドイツ法における遺留分権利者の決定の自由と生活保養」同志社法学69巻5号1845頁（2017年））。

27) ただし、離婚後扶養の場面では新たな展開が見られる。BVerfG, Urteil vom 6. 2.2001, FamRZ 2001, 343は、近年、相手方が事実上一方的に取り決め、一方にとって負担の大きな不公正な契約の場合にも良俗違反となるとする連邦憲法裁判所の判断が示されていて、社会扶助への負担の増大を理由とする制限ではない。このような合意が制限されているのは、離婚後の合意に妥当する私的自治を制限するためではなく、むしろそれを保障するためであると評価されている（Katharina Hilbig-Lugani, Staat-Familie-Individuum, Mohr Siebeck 2014, S.350-352）。というも、ここでの合意は、契約の一部につき自己決定が他者の決定により覆されたり、夫婦の一方の不利益な地位を前提として他方の優越な地位を浮き彫りにしているからである。

介護施設費用の負担について社会扶助主体から扶養義務者である子に対して償還請求する事件が増加したことを背景に、いわゆる現役世代の負担の軽減のため血族扶養を廃止すべきであるとの議論が活発になった²⁸⁾。これらの議論を受け、すでにみた高齢時と稼働能力減少時の基礎保障制度が整備されたが、今日に至っても一般の血族扶養が廃止されていないことの是非をめぐりなお議論が続いている。そこで、以下では、今日では血族扶養、特に親に対する子の扶養義務がどのような根拠に基づき維持されているのか、またその根拠は扶養義務を支えている積極的な根拠としてとらえられているのかを検討する。

1 基本法と血族扶養

扶養義務は、扶養義務者に生活上の行為に制限を加えることを意味するため、その者の経済活動が自律的に形成することを妨げることになる。この意味で、扶養義務者の行動の自由（GG2条1項）と家族は国家秩序の特別な保護を受けるとするドイツ基本法6条1項との緊張関係を生み出すことになる²⁹⁾。そのため、血族扶養に法的正当性がみいだされなければ、この制度を維持することはできないはずである。仮に扶養義務者がその義務の責任を引き受けるための覚悟が弱くなり、特に老親に対しての扶養義務があるために扶養義務者が婚姻関係に入ることや、新たな家族を築くことを妨げるのであれば、公的な手段によりこの問題が解決されることが望ましいということになる³⁰⁾。このような状態が生じて

いるのであれば基本法6条1項の趣旨にも反するからである。

確かに、基本法6条1項は、制度的保障として保障され、離婚後も含めた夫婦、特に離婚後扶養の場面で年金分割や配偶者相続権も基本法6条の観点から改正が行われてきた³¹⁾。そして血族関係について、ドイツ憲法裁判所は、基本法6条1項の保護範囲に入る「家族」に祖父母と孫との血族関係までを射程とすることを示唆している³²⁾。この基準に従うと「家族」と捉えられる血族関係は、未成年者と親、教育中の成年子と親、老親と子、祖父母と孫など多岐にわたる。そのため、法定血族扶養が、同条の保護範囲に含まれる家族の絆を包括的に指示し、その絆から生じる任意性をもとに、法定血族制度自体から正当化の根拠を見出すことはできない。なぜなら、扶養義務の正当化の根拠は、各当事者間の要件に従い承認されるもので、それぞれの扶養請求権はさまざまな法的正当化の根拠がみいだされる可能性があるからである³³⁾。

そこで、ドイツでは、近年血族扶養の根拠をみいだす手がかりとして家族の「連帯（Solidarität）」が語られていた。以下では、この連帯に関する議論を概観する。

2 正当化の根拠としての家族の「連帯」

連帯という言葉自体がそもそも法律用語として用いられるときは、債権者の権利を各債務者に対して全て求めるという概念である。そのため、連帯には、共同関係にあり相互に関連した全体においてある部

28) 1990年代から2000年初頭の議論状況については、冷水登紀代「ドイツ法における血族扶養の基本構造と根拠（2）」阪大法学53巻5号117頁（2005年）。

29) Hilbig-Lugani, a.a.O (27), S.242.

30) Hilbig-Lugani, a.a.O (27), S.244.

31) すでに述べたように離婚後扶養については改正がされている（I（2）参照）。

32) 扶養の場面ではなく、後見人の選択に関する判断についてであるが、BVerfG, Beschluss vom 24.6.2014-1 BvR 2926/13 NJW2014, 2854参照）。

33) Hilbig-Lugani, a.a.O (27), S.244は未成年子に対する親の扶養義務は親が子を産みだしたことについての行為責任や親としての責任の観点から根拠づけられているが、それ以外の関係について必ずしも決定的な正当化根拠があるわけではないとも指摘する。なお、2017年11月11日中央大学で開催されたVolker Lipp教授の講演「ドイツ扶養法の根拠（Die Grundlagen des deutschen Unterhaltsrechts）」[通訳：野沢紀雅]では、「親責任」の観点から説明されていた。

分だけを切り離すことができない「不可分」という性質が通用しており、ある団体において構成員に「連帯」を認める場合には、その各構成員に集団的な責任を負担させるという理解がされている。ところで、家族の連帯は、この連帯の概念が展開したものとして用いられているということについては認識の一致があるが、家族法学においてこの概念の性質と内容をどのように理解するかについては必ずしも一致がみられていない³⁴⁾。しかし、少なくとも連帯という概念は、扶養の場面では給付の移転や分担を支える考え方を一言で示しているに過ぎないとの指摘があり³⁵⁾、具体的には、①共同体的思想に基づく道徳的動機、②緊急時の経済的弱者への経済的強化のための支援、③一定の相互関係性が、連帯を支える要素となるとの分析が支持されている³⁶⁾。このように考えた場合、家族の連帯は、家族構成員の事実上の相互の保証関係とそのための準備がまず重要であり、権利が連帯を生み出すことはない。しかし、連帯はさまざまな法形式のなかで考慮される³⁷⁾。例えば、金銭扶養は法的に直接強制可能な義務であり、家事を行うということや子を養育するということは強制することはできない義務である。また、良俗上の義務の履行の要件は固定されている(BGB534、814条)。これらの連帯から導かれる給付を、事実上の支援を行うことが、民法上(相続法において)、社会法上および税法上の特権につながることに

る。

それに対して、社会法上の給付主体が、扶養義務者に代わって給付をした場合には、この規定に従い扶養権利者の民法上の扶養請求権が移転し、その権利を行使することになる。しかし、扶養請求権は、権利者自らの良俗上の責任等がある場合には権利が制限される事由が定められており(BGB1611条)、扶養請求を長期にわたり行使しなければ信義則上喪失する³⁸⁾。判例は、民法1611条に基づき親の扶養が制限されたり脱落したりする場合や社会扶助主体からの償還請求も不当な苛酷がある場合には社会扶助主体への請求権の移転が制限される(SGB12編94条3項1文2号)場合にも、家族の連帯という観点から償還請求を制限している³⁹⁾。この場面では、家族の連帯という概念は、連帯がないことを理由に扶養義務を制限するために機能している。

3 正当化根拠としての扶養義務者の意思と相互性

次に、連帯以外にも扶養を正当化する重要な要素としての契約や同意を検討する。

親に対する子の扶養義務に対して、親が子を扶養する義務は、親が決定し、子を出産したということにより、子への扶養義務について同意があったとみなされるべきである、ということから根拠づけることもできる⁴⁰⁾。これに対して子の親に対する扶養は、こうした契約が移転と類似した構造があるかが問題

34) Hilbig-Lugani, a.a.O (27)„ S.274-275. このことは、連帯という概念に基づき血族扶養の根拠を説明してきた論者からも説明されている(Gerd Brudermüller, Ist unser Unterhaltsrecht noch zeitgem? In: Brühler Schriften zum Familienrecht Band 19, 21.Deutscher Familiengerichtstag vom 21.bis 24.Oktober 2015 in Brühl, Bielefeld 2016, S.46. Brudermüllerは、子の親に対する扶養義務は、親のもたらした給付への調整と感謝が考えられるが、親が子に対して感謝されるような給付をもたらしていない場合には子に対する扶養を求めることはできないだろうから、結局親と子との信頼関係が正当化のための根源となりうるが、それは具体的には調整と感謝という考えに戻ってくることになるだろうとする)。

35) Dieter Martiny, Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten in den Bereichen des Unterhaltsrechts, des Pflichtteilsrechts, des Sozialhilferechts und des Sozialversicherungsrechts neu zu gestalten? In: Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentags (DJT), Berlin 2002, Gutachten, A 1, A11 ff.

36) この指摘は、Maximilian Fucks, Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten im Unterhalts-, Pflichtteils-Sozialhilfe- und Sozialversicherungsrecht neu zu gestalten?, JZ 2002, S.785, 786は、①と③を示し、Hilbig-Lugani, a.a.O (27)„ S.274-275は、①②③を挙げる。

37) Dieter Schwab, Familiäre Solidarität, FamRZ 1997, S.521 (521)。

38) BGH, Urteil vom.19.5.2004, FamRZ 2004, 1559.

39) BGH, Urteil. vom.15.9.2010, FamRZ 2010, 1888では、母が運命的になった病気である場合に国家が扶養の負担を子に課すことは、法律に求められた「家族の連帯」によって正当化されないという。

となる。そもそも契約理論からは、契約や同意は、それをする者の利益を追求することが前提となっているからである。

親と子との間では、子が生まれたことにより、子は親によりもたらされた扶養給付に対する反対給付として後に親を扶養するという契約があるという理由から、親に対する子の扶養義務をとらえる考え方がある。しかし、この考え方に対しては、親が子の扶養に扶養を与える際に子の法律行為に関する意思はなく、親が単に自身の法律上の義務を行っているに過ぎず、自己決定・自己責任原則により親の扶養を法的に正当化することはないとの批判がある⁴¹⁾。また、仮に意思なく子が契約をしたのであれば、子はその契約を破棄することができるのかという問題にも至ることになる。

そこで、親がまず扶養を行い後に子が親を扶養するという意味で相互性の原則を持ち出して説明されてきたが⁴²⁾、血族扶養は相互的な関係を想定することはできない。血族扶養は、法定の社会保険の保険料とは異なり、完全な反対給付が期待されることはなく、利他的に行われるからである⁴³⁾。ただし、このように厳密な相互性をとらえずに、社会保障の世代間契約に類似した世代間での移転契約の思想(同時代の三世代関係の相互主義的理解)にたてば、子がその所得活動の段階で親や老親に扶養を給付するのは、その子も高齢になればその子から扶養を受けるからであるという理解になる。時間的にずれのある相互関係という見解である。この考え方は、相互関係にある子への扶養義務と親への扶養義務が同じでないということに対する問題は回避することができる。しかし、老親が民法1611条1項の制限を受けることもあれば、自身が扶養を行ってもその子

に給付能力がないこともある。自身の卑属が自身を将来扶養することができるかどうか分からず、そもそも子を持つことになるかどうか分からないなか、人は世代間契約に巻き込まれたいと思わない可能性もある。このように具体的な個別の場面からみたとき、子のいない者の親の扶養義務を説明することは難しい⁴⁴⁾。三世代間での相互性の考え方は親の扶養の正当化という点では、一つの説明のモデルにはなるとしても、明確な説明とはいえないし、親の扶養に処分性がないことについて明確で説得的な説明をすることができないとの批判が強い⁴⁵⁾。

4 検討

ドイツにおける血族扶養の根拠をめぐる議論をみたとき、まず基本法のレベルでは、国家は家族の保護を制度として保障するという観点から、血族扶養の正当化ができるのかが問題となる。確かに血族扶養、とりわけ子が親に対して扶養義務を負う場面では、子がその義務を負うために自身の自由が脅かされる場面では、扶養義務者である子は扶養の負担から解放されるべきであるとの観点から扶養制度がとられていた。しかしこのような観点からではなぜ子が老親を扶養しなければならないのか、さらには直系血族間ではなぜ扶養義務を負わなければならないのか、という老親扶養や直系血族間での扶養を積極的に維持するための正当化根拠はみいだせていないことになる。しかし、老親扶養や直系血族間扶養を積極的に正当化するための根拠がみいだされてなくとも、憲法裁判所によると憲法20条の「家族」の射程には祖父母と孫間までが入ることになるが、このような家族を前提として、国家がその関係性を保

40) Brudermüller, a.a.O (34)„, S.47は、行為責任から根拠づけられるとする。

41) Hilbig-Lugani.a.a.O (33)。

42) Martin Hillebrecht, Aszendentenunterhalt-Eine Kritik der normativen Grundlagen, BWV 2012 S.362参照。

43) Hillebrecht, a.a.O (42)„, S.364-365。

44) Hilbig-Lugani, a.a.O (27)„, S.318-319。

45) Hilbig-Lugani, a.a.O (27)„, S.320。これに対して、契約の発想は、婚姻、別居離婚後の夫婦間での扶養という点では、夫婦の合意は正当化根拠となる。

護する必要がありその保護を行う政策の一環として、直系血族間にある者の扶養制度を維持するということにこの制度の意義をみいだすのであれば、少なくとも直系血族間での扶養制度は家族を維持するための目的や機能が与えられることになる。そして、憲法との関係では、個人の行為自由を確保するため、扶養の場面では扶養義務者の給付能力の判断し扶養義務を制限し（BGB1603条1項）、さらに、憲法が求める家族内での関係性の維持が期待できない当事者間では、義務者に給付能力がありその行為自由が守られる場面でも扶養義務の負担を制限する（BGB1611条）。親への扶養とその他の直系血族間での扶養制度は、この意味では、国家による家族政策・社会政策の一環として維持されている制度に過ぎないということになる。したがって、基礎保障を整備し、家族への償還を制限したのは、社会国家の任務を果たすために（憲法20条）、高齢者の貧困という問題を解消するために過ぎず、反射的に扶養義務者を扶養義務から解放したに過ぎないと捉えるならば、血族間扶養はなお従来の機能を果たす限度で維持され続けることになる。家族内で老親の貧困状態が、社会制度を通さず当事者間で任意に解消されるのであれば⁴⁶⁾、それは家族の関係性維持に寄与することになるため、ことさら国家が介入する問題ではないということになる。

家族の連帯という観点から血族扶養みたときに、家族内での任意な扶養が行われる場合には相続や税法等で特別な地位が考慮されることになるということは、国家がむしろ家族内での扶養を推奨しているということもできる。そして、「家族」関係の維持という目的に扶養制度が一定の役割を果たしているという理由から直系血族間での扶養や老親扶養を制度として維持するというところにその制度の意義をみいだした場合、家族から扶養を受ける権利は、契約等による債権の発生のように、その権利が発生することを正当化する原因をみいだせないことになる。

そうであるならば、本来、親に対する子の扶養をはじめとする直系血族間扶養は法的に強制される権利義務の性質は有さなはずである。しかし、ドイツでは家族政策・社会政策の一環として、社会法の補充性を認め、それを貫く姿勢は維持されている。社会扶助が税により社会全体の負担を強いる制度であるからである。しかし、このような強制の場面が控えているからこそ、血族間での扶養が問題となる場面では、扶養義務者が任意に履行することも否定できない。そしてそのような任意での履行がされない場面では、基本法が保障する扶養義務者の自由を制限しない限度（1603条1項参照）で扶養義務を限界づけることで、扶養義務を法的に強制することも認めている。この意味でも扶養制度は、社会の負担の調整を担っていることになる。ドイツの現在の法状況とそれを取り巻く議論を見る限り、扶養制度にはこの調整機能を果たす意義がある。

■ おわりに

ドイツにおける扶養法を取り巻く法状況、判例および学説の議論状況を検討すると、血族扶養制度は、必ずしも積極的な法的根拠に支えられた制度ではなく、しかし家族としての機能を維持するためにその役割を与えられていた。そして、家族が機能するために家族に求められる負担と、扶養義務者の権利を侵害しないように扶養義務を限界づけ、社会法との間で負担を調整するための機能も果たしており、これらの役割や機能が直系血族制度、特に親に対する子の扶養制度を現在においてもなお維持する理由となっていたといえる。これらの役割や機能を直系血族制度が担えなくなる事態が生じれば、おそらく直系血族制度の縮減、すなわち扶養当事者間の範囲を限定したり、扶養義務の程度の縮減をしつつ、それを補う社会制度が整備され、究極的には扶養制度が廃止される方向へと向かう可能性はなお残されている

46) 前掲 (33) Lipp 教授の講演でも、扶養制度による任意の出捐機能が語られていた。

る。

翻って、日本の扶養法は、血族扶養はどのような根拠に基づき正当化されるのか、あるいはどのような意義や役割、機能を与えるのかということについて十分な議論がないまま今日にいたっており、法律上は明確に生活保護に扶養が優先するという制度をとりながらも実際にはその関係性は曖昧なまま運用されてきた。ドイツ法の議論は、日本のこのような状況に対して、今後進みうるいくつかの方向性を示唆していた。

今回検討の対象とはしなかったが、ドイツでは、家族における子の地位の強化の一環として、未成年者や教育中の成年子が親に対して求める扶養を受ける地位は、より確固としたものとなり、相対的に夫婦間（同性パートナー関係も含め）の関係が流動化していることを背景に、夫婦間扶養の場面では従前以上に契約自由の要素が入り込んでいる。他方日本では、以前より、扶養制度全体にわたり「協議」による解決が望まれている。日本では離婚や労働の不安定化から子育て世代とその子の貧困が増大しているおり、扶養制度がこれまで以上に機能することが望まれるが、扶養当事者が複数いる場合には問題がより複雑化する嫌いがある。そして、このように問題が複雑化するがゆえに、協議を前提とした扶養制度が、本来の役割をどれほど果たしているのかという根本的なところに立ち返って検討をする必要があると思われる。今後は、このような問題点を意識し、夫婦間扶養や子に対する扶養にも視点を広げ、各当事者関係に応じた扶養制度の意義について思索を深めたい。

*本研究は、平成26年度から平成29年度にかけて採択されている科学研究費補助事業・若手研究(B)「扶養制度の展開可能性－公的扶助に対する優先、補完・廃止」の研究成果の一部である。

