

序論.....	7
(1) 親と子どもの面会交流権？	7
(2) 問題の所在と憲法上のアプローチの必要性	7
①民法 766 条.....	7
②憲法上の議論の必要性と意義.....	8
(3) ドイツの議論を検討する必要性.....	8
(4) 本稿の構成	9
1 章 わが国における面会交流権をめぐる現状とドイツとの比較の必要性	10
1. 民法 766 条改正の経緯と面会交流を実現するための手段の現状.....	10
(1) 民法 766 条改正の経緯.....	10
①民法改正要綱案.....	10
②2011 年（平 23 年）民法の一部改正	10
③学説などの反応.....	11
(2) 面会交流を実現するための手段の現状.....	11
①面会交流をめぐる実務.....	11
②面会交流と間接強制の可否.....	12
2. 民法における面会交流「権」についての議論状況及び実務並びに憲法上論ずる意義 ..	13
(1) 民法における面会交流をめぐる学説	13
①民法における面会交流をめぐる学説.....	13
②「面会交流原則実施論」の弊害	14
(2) 実務の動向	15
(3) 憲法上の議論の意義.....	16
3. 憲法上の議論の問題点.....	16
(1) 本稿の視座——憲法上の権利としての面会交流権構想——	16
(2) 東京高決 1967（昭 42）年 8 月 14 日家月 20 巻 3 号 64 頁	17
(3) 最決 1984（昭 59）年 7 月 6 日家月 37 巻 5 号 35 頁.....	17
(4) 原告の主張の問題点.....	18
(5) 別居親の面会交流権の憲法上の権利性が争われた事例	19
①原告の主張.....	19
②東京地裁（東京地判 2019 [令和元] 年 11 月 22 日法教 474 号 123 頁）	20
③東京高裁（東京高判 2020 [令和 2] 年 8 月 13 日判時 2485 号 27 頁）	20

④評価	21
4. 学説	22
(1) 根拠条文をめぐる争い	22
(2) 制度重視型と権利重視型の争い	23
(3) 想定場面及び本稿の視点	23
①個別的検討の必要性	23
②本稿の視点	24
5. ドイツの特徴	24
(1) 基本法6条2項	24
(2) ワイマール憲法における親の権利	25
(3) ドイツを比較対象とする理由	28
6. 小括	28
(1) 民法766条について	28
(2) 憲法論の必要性	29
(3) 個別具体的検討の必要性	29
2章 憲法上の親の権利の輪郭——ドイツの学説・判例を参考に——	30
1. 日本国憲法における親の権利をめぐる議論	30
(1) 憲法上の親の権利を検討する意義	30
①考察の前提	30
②わが国の学説状況	30
(2) 比較法的考察の必要性	31
(3) 他国の状況	31
(4) 本章の構成	32
2. ドイツの親の権利主体・法的性質・国家による介入	33
(1) 憲法の優位思考の展開	33
①ホルツハウアーの見解	33
②以降の学説	34
(2) 権利主体	34
①親	34
②子ども	35
(3) 親の権利	35
①自然的権利としての親の権利	35
②防御権としての親の権利	38
(4) 親の義務	39
①基本義務としての親の権利	39
②特殊説の台頭及びその見直し	40

(5) 実質的保障領域	55
(6) 親の権利の時間的な保護領域の射程	55
(7) 制度的保障の核及び保障次元	55
(8) 監督任務	56
①親の権利への介入	56
②監督任務に関する学説	57
(9) 小括	60
3. ドイツの親の権利学説の新傾向	61
(1) ドイツ法体系における子どもの存在	61
(2) 国家に対する子どもの権利	62
①連邦憲法裁判所の立場	62
②学説	62
(3) 親に対する子どもの権利?	63
①親子間への基本権効力に関する議論	63
②間接効力説と親子	65
③無効力説	66
④連邦憲法裁判所判例の展開	67
(4) 子どもの基本権宛人修正及びそれにより生じた問題	68
①司法の場における動き	68
②子どもの基本権カタログ創出の試み	68
③子どもの基本権カタログ	70
④子どもの基本権具体化により生じた問題	72
(5) 子どもの福祉の法的内容理解とこれによる国家介入閾値の明確化——ヴァプラーを 中心に——	73
①子どもの福祉の法的内容をめぐるイエシュテット説	73
②子どもの福祉の法的内容をめぐるヴァプラー説	73
(6) 混合説の健在及び子どもの意思の扱い	75
①混合説の健在	75
②子どもの意思の扱い	76
③ヴァプラーによる「子どもの福祉基底型の受託モデル」の否定	80
補論—ドイツにおける子どもの意思の聴取制度	81
(1) 新配慮法の成立と手続法の改正	81
(2) ドイツの家裁制度	83
4. おわりに	83
(1) ドイツの親の権利論の概要及びわが国とドイツの差異	83
(2) わが国とドイツの差異	84

(3) 日本法への示唆	85
①親権の法的性質をめぐる議論	86
②憲法学説状況	86
③西原説	86
④横田説	87
⑤両者の差異及び考察	87
⑥近時の学説	89
⑦主な論点の検討	89
⑧自説の問題点	92
(4) 小括	92
①わが国の憲法学説状況	92
②ドイツを検討する意義と現状	92
③わが国の親の権利学説への示唆	93
④面会交流権の検討へ	94
3章 憲法上の面会交流権の法的性質と主体	95
1. 権利の法的性質	95
(1) ドイツの面会交流制度	95
①歴史的沿革	95
②面会交流権者の範囲	96
③家庭裁判所の交流決定の権限	97
④交流支援・保護	97
⑤児童並びに少年援助法による交流支援	97
⑥ハーグ条約実施状況	98
(2) 面会交流権の法的性質	99
①1971年の連邦憲法裁判所の判決	99
②学説の評価	99
③親の人格的利益の保護と親の意思に反する面会交流の強制——親の事実上の固有の利益の優先? ——	100
④子どもの面会交流権	101
⑤子どもの福祉	101
(3) 小括	102
2. 権利の主体	102
(1) 問題の所在	102
(2) ドイツにおける生物学上の父の面会交流権及びそれに伴う問題	103
①法における生物学的父子関係の取り扱いの変遷	103
②生物学上の父の面会交流権の問題点	104

③連邦憲法裁判所の決定（生物学上の父が父性否認権と面会交流権を主張した事案、BVerfGE 108, 82）	105
④欧州人権裁判所による生物学上の父の面会交流権	108
⑤立法者の対応	112
⑥ドイツにおける国際法の影響	113
⑦生物学上の父の面会交流権は親の権利として根拠づけられるか	130
(3) 2人親原則の「崩壊」と同原則の位置づけ	135
①2人親原則の「崩壊」	135
②子どもの基本権の具体化と親の権利の実質的保護領域拡大の基礎づけ	139
③若干の検討	147
(4) 祖父母の面会交流権	148
①ドイツの法制度	148
②連邦憲法裁判所及び連邦通常裁判所民事部の見解	148
(5) 養子に出される子どもと実親の面会交流	149
①法制度	149
②婚外子の父を基本法6条2項における「親」と認めた事案（BVerfGE 92, 158）	149
③評価	151
3. わが国においてドイツの議論が参考になる場面	151
(1) わが国の現状	151
(2) わが国の面会交流実務への示唆	151
(3) 面会交流権主体を拡大するさいの留意事項	152
(4) 祖父母の面会交流権	152
(5) 養子縁組に出された子どもの実親の面会交流権	153
4. 小括	154
(1) 前章の検討	154
(2) ドイツにおける面会交流制度と面会交流権主体の拡大	154
(3) 2人親原則の崩壊？	154
(4) 祖父母の面会交流権及び養子縁組に出された子どもの実親の面会交流権	155
(5) わが国への示唆	155
4章 権利の限界	157
1. 問題の所在	157
2. 公権力による面会交流の制限	157
(1) 序論	157
(2) 問題状況	158
①公権力による親子の面会交流規制の現状	158
②近時の判例動向	159

③憲法上の議論の問題点.....	162
(3) 子どもの保護を目的として分離された親子の面会交流規制基準の考察——基本法6条3項の適用及びコロナ禍における面会交流規制を中心に——.....	163
(4) 里親に託置されている子どもと親の面会交流排除事例.....	164
①制度概要.....	164
②児童の保護を目的として分離されている親子の面会交流に関する判例.....	165
③評価.....	165
(5) コロナ禍における面会交流規制.....	166
①コロナ禍と面会交流.....	166
②2020年4月16日付のハンブルグ行政裁判所決定.....	166
③評価.....	166
④小括.....	167
(6) わが国への示唆.....	167
①ドイツにおける面会交流権をめぐる特徴及びわが国との差異.....	167
②活用場面と今後の課題.....	168
3. 私人間の紛争における面会交流の限界.....	170
(1) 問題提起.....	170
(2) 私人間の面会交流紛争に関する判例.....	170
①同居親による面会交流拒否——1971年連邦憲法裁判所の判例——.....	170
②評価.....	171
③別居親による拒否（エイプリルフール判決）.....	172
④評価.....	172
⑤子どもによる拒否.....	173
⑥評価.....	174
(3) 日本法への示唆.....	174
4. 生物学上の親による面会交流請求.....	174
(1) 問題提起.....	174
(2) 生物学上の父による面会交流請求の限界.....	174
①家事事件手続法167a条における出自鑑定制度.....	174
②連邦憲法裁判所による判断.....	175
③評価.....	176
(3) わが国への示唆.....	177
5. 小括.....	178
(1) 公権力による面会交流制限の類型化.....	178
(2) 私人間の面会交流紛争の類型化.....	179
(3) 生物学上の父の面会交流権の限界.....	180

5章 結論.....	181
1. 面会交流権の法的性質.....	181
2. 面会交流権の主体.....	181
3. 限界.....	182
4. 義務者と義務内容.....	183
5. 私人間の面会交流紛争に関する試論.....	183
6. 今後の課題.....	185

序論

(1) 親と子どもの面会交流権？

離婚した親と子どもが会う機会をもつことを権利として保障すべきかどうか、いわゆる「面会交流権」をめぐる問題がわが国においても脚光を浴びつつあるこれを「面会交流権」として保障すべきであるという点については、一見問題がなさそうに見える。しかしその面会交流権がそもそも憲法上のものかあるいは民法上のものかをはじめとして、その法的性質、内容については必ずしも明確ではない。

(2) 問題の所在と憲法上のアプローチの必要性

①民法 766 条

わが国においては民法 766 条の規定において離婚のさいに別居親と子どもの面会交流について協議するように定められている。この規定は、「民法等の一部を改正する法律（2011 [平 23] 年第 61 号）」によって、従来の規定（「①父母が協議上の離婚をする時は、子の監護をすべき者その他監護について必要な事項は、その協議で定める。協議が調わない時、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所が、これを定める。②子の利益のため必要があると認めるときは、家庭裁判所は、子の監護をすべき者を変更その他監護について相当な処分を命ずることができる。③前二項の規定によっては、監護の範囲外では、父母の権利義務に変更を生じない。」）から改正されたものである。

しかし、権利としての性格ははっきりしない。同規定はあくまでも離婚後の親子の面会交流の存在を認め、少なくとも子どもの監護や面会交流についての親の協議義務は定められているととらえられるが、面会交流に関する具体的な権利義務を定めているようには読み取ることができない。そして、面会交流を望む別居親と面会交流を拒む同居親が対立した場合、ごく一部の手段を除き、面会交流を実現する手段は限定されている。

この現状を解決するために、民法上複数の学説が展開されているが、その権利性を認める場合、論点が複数生じる。すなわち、「親の権利か子どもの権利か、面会交流を求められる人的範囲はどこまでか、祖父母や兄弟姉妹などの父母以外の第三者が子に対する面会交流をする権利が認められるのか、それとも子の利益となる限りで認められる弱い権利や法的利益というべき

か」というテーマにまで発展し、混迷を極めている。

実務においては、一部の判例が、民法における「面接ないし交渉する権利」を認めたとされている。また、別の審判を踏まえると、面会交流は親の権利のみでならず義務であるというようにもとらえられうる。

②憲法上の議論の必要性と意義

このような議論の混迷から抜け出すためには、民法とは異なる切り口となる憲法上の議論が望まれる。しかし、学説上は、根拠条文をはじめ、議論は流動的である。そして、現在裁判所は権利の内容が不明確であることを理由に憲法上の面会交流権を認めない。

その結果、司法の場で、積極的な面会交流支援制度構築を国家は怠ったと別居親が主張した。しかし、かような立法不作為による国家賠償請求は、司法機関で認められなかった。この傾向は、今年の下級審判決においても変化はない。

原告の主張がそのまま認められるか否かはともかく、この訴訟によって提起された面会交流権をめぐる問題については、先述したように民法学だけではなく憲法学からのアプローチが必要であるように思われる。

確かに、社会には多様な親子関係があり、家族法については憲法 24 条 2 項は、立法者が「法律でこれを定める」としている。しかし、憲法が家族法の内容をその時々々の立法者に丸投げしているとは考えられず、立法裁量の広狭はあるとしても、そこには当然、憲法上の枠があるはずで、その解明は憲法学の責務である。また、従来憲法上の親の権利は、親権を想定していた。憲法上の面会交流権を想定することによって、少なくとも従来憲法上の親の権利理解に新たな視点を加えることが期待できる。

更に、面会交流の議論は、近年、離婚の場面に集中する傾向にあるが、面接交流権の限界については、より広くそして個別具体的に考えるべきであろう。面会交流が問題になるのは離婚の場面だけではなく、広く公権力による面会交流制限が問題となる場面について、個別具体的な限界を考えるべきである。

以上のような問題意識にもとづき、本稿では、憲法論として面会交流権の主体、法的性質、限界を明らかにする。

(3) ドイツの議論を検討する必要性

本稿では、先述した比較憲法的対象として、ドイツの議論を検討する。

ドイツでは、基本法 6 条 2 項において、親の権利が明文で規定されている。そのため、親の権利の法的性質に関する議論が蓄積し、現在は連邦憲法裁判所による 2013 年判決以降の子どもの基本権の具体化への対応を迫られている。また、子どもの権利条約を批准しているというわが国との共通点がある。このようなドイツの議論状況を参考にすることによって、わが国の憲法上の親の権利の法的性質や争点について考察をするのみならず、憲法上の親の権利の 1 つである面会交流権の法的性質、主体そして限界について検討することが可能になる。

また、ドイツでは、面会交流権についてそれが子どもの権利のみならず親の権利であるとい

う理論構成をとっている。この点も、親の権利が実質的には権限にすぎないのではないか、というわが国の学説にとって重要な示唆となるのではないか。

(4) 本稿の構成

本稿の構成は、次のとおりである。

まず、1章では、考察の前提として、わが国における面会交流権をめぐる問題状況を指摘する。わが国では面会交流に関する積極的な国家による支援を求める声があるが、そもそも面会交流権の法的性質が民法上も憲法上も定まっていない。そして、その状況を打破するための処方箋の一つとして、ドイツを対象とする比較憲法的考察がいかに必要かつ重要かを述べる。

次に、2章では、面会交流権を検討する前提として、「憲法上の親の権利」に関する学説状況を確認したうえで、ドイツにおける「親の権利」の主体・法的性質・限界に関する学説・判例を検討する。そもそもわが国において、憲法上の親の権利については根拠条文・法的性質・限界をめぐる争いがある。ドイツにおける親の権利をめぐる議論は、この争いへの示唆をもたらす。

更に、3章において、ドイツの学説・判例を参考に面会交流権の法的性質・主体を検討する。後者については、生物学上の父、祖父母、養子に出された子どもの実親を想定する。

そのうえで、4章では同様の手段で面会交流権の個別の限界を生物学上の親の面会交流請求、公権力による親子の面会交流制限及び私人間の紛争の3点から明らかにする。ドイツにおける面会交流権は親の権利と平行に語られうるが、親自身の利益がそこにあると考えられる。そして、その主体は広がる余地があるが、あわせて限界があるかも検討するべきである。そして、主体の限界とは別に、面会交流権の限界を個別に検討しなければならない。この点についても、ドイツの学説・判例が参考になる。

そして最後に5章で日本法への示唆を導き出す。ここでは、親の面会交流権の根拠条文、法的性質、主体及び限界を明らかにする。そのさいにドイツの議論を参考にする。その上で、面会交流をめぐるわが国の裁判例について検討する。

なお、本稿は、修士論文「憲法上の権利としての面会交流権——ドイツにおける交流権(Umgangsrecht)を題材に——」(2015年)の内容について更に考察を深めたものである。具体的には、前掲論文の内容について、わが国の近時の判例・学説動向及びドイツの2013年以降の学説状況を加えたうえで、前掲論文が主に想定している離婚のさいの面会交流よりも広い場面を検討している。

1章 わが国における面会交流権をめぐる現状とドイツとの比較の必要性

1. 民法 766 条改正の経緯と面会交流を実現するための手段の現状

(1) 民法 766 条改正の経緯

①民法改正要綱案

社会には多様な親子関係があり、家族法については憲法 24 条 2 項が、立法者は法律でこれを定めるとしている。

しかし、後に詳細に検討する 2019 年から始まった訴訟で問題となった憲法上の面会交流権という重要な権利もそのように解して良いのだろうか。

わが国においては民法 766 条の規定において離婚のさいに別居親と子どもの面会交流について協議するように定められている。この規定は、「民法等の一部を改正する法律（平 23 年第 61 号）」によって、従来の規定¹から改正されたものである。

ただし、民法 766 条はこれより以前に 1996（平 8）年要綱案によって改正の提言がなされている。この改正提言内容は以下のとおりである。まず、「子の監護に必要な事項の定め」として 1 項で「父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者、父又は母と子との面会及び交流、子の監護に要する費用の分担その他の監護について必要な事項は、その協議でこれを定めるものとする。この場合においては、子の利益を最も優先して考慮しなければならないものとする。」とした。次に、2 項で「1 の協議がととのわなないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所が、1 の事項をさだめるものとする」とした。更に、3 項で「家庭裁判所は、必要があると認めるときは、1 又は 2 による定めを変更し、その他の監護について相当な処分を命ずることができるものとする」とした。最後に 4 項で、「1～3 までは、監護の範囲内では、父母の権利義務に変更を生ずることがないものとする」とした。しかし、この提言は実現しなかった。

②2011 年（平 23 年）民法の一部改正

そして、2011 年に児童虐待を防止するために先述した「民法等の一部を改正する法律（2011 [平 23] 年 61 号）」によって、現在の 766 条が規定されることになった。この法律は、「児童虐待の防止等を図り、児童の権利利益を擁護する観点から、親権の停止制度を新設し、法人又は複数の未成年後見人を選任することができるようにすること等の措置を講ずる為、民法の改正を行い、これに伴い家事審判法及び戸籍法について所要の改正を行うとともに、里親委託中等の親権者等がない児童の親権を児童相談所長が行うこととする等の措置を講ずる為、児童

1 「①父母が協議上の離婚をする時は、子の監護をすべき者その他監護について必要な事項は、その協議で定める。協議が調わない時、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所が、これを定める。

②子の利益のため必要があると認めるときは、家庭裁判所は、子の監護をすべき者を変更し、その他監護について相当な処分を命ずることができる。

③前二項の規定によっては、監護の範囲外では、父母の権利義務に変更を生じない。

福祉法の改正を行う必要がある²⁾ため立法された。したがって、立法理由において明確に面会交流には言及されていない。

③学説などの反応

法務省の説明によれば、この766条改正の意義は「子の利益の観点の明確化等」にあり、「親子の面会交流等についての明文規定がない」ため現行規定をもうけたとされる³⁾。しかし、この規定はあくまでも離婚後の親子の面会交流の存在を認め、少なくとも子どもの監護や面会交流についての親の協議義務は定められているととらえられるが、面会交流に関する具体的な権利義務を定めているようには読み取ることができない。

以上のような事実をもとにこの改正は「突然」のものと評されている⁴⁾。なぜならば、先述した1996年改正要綱案のうち、1項の「父又は母と子との面会及び交流」の後半部分が「面会及びその他の交流」に変わったのみで、あとは同要綱案通りに改正されているからである。これは、2011年の法制審議会で法務大臣から答申された内容ではなく、婚姻、離婚制度の体系的な見直しを目指した1996年の答申の中に含まれていた内容を切り出して、今回の改正法案に盛り込んだものである。なぜこのような手段をとったのか。それは「子どもの利益の為の改正という意味で、多少の繋がりがある」からだという^{5,6)}。また、面会交流に関して同条以外の新たな法律も設けられてはいない。

(2) 面会交流を実現するための手段の現状

①面会交流をめぐる実務

そもそもわが国においては、2011年の民法改正より前から、実務において主に家庭裁判所の審判事項として親子の面会交流は扱われていた。ここにいう「面会交流」(面接交渉)とは、「親権者・監護者でない為、子を現実に監護教育できない親(別居親)と子が会ったり、手紙や電話で交流すること⁷⁾」をいう。別居親がまず求めることは、「直接、子と会って交流する方法(直接交流)」である⁸⁾。この要求が父母の葛藤や子自身が会いたがらない場合、直接的な面

2 <http://www.moj.go.jp/content/000070714.pdf>(最終確認日:2022年12月31日)

3 <http://www.moj.go.jp/content/000082603.pdf>(最終確認日:2022年12月31日)

4 飛澤知行「児童虐待防止のための親権制度の見直しについて——平成23年民法等の一部を改正する法律(民法改正部分及び家事審判法改正部分)の概要」戸籍時報689号(2012年)48頁。

5 飛澤・前掲論文47-48頁。

6 面会交流というテーマは親子法に係る事項であり、1996年以降民法改正委員会や学会によって改正案が何度も出されている。改正案のまとめについては、梶村太市「家族法の改正をめぐる諸問題」戸籍時報675号(2011年)27頁以下参照。

7 二宮周平『家族法[第5版]』(新世社、2019年)122頁。

8 例えば、「毎月2回などの面会の頻度、宿泊の有無、場所と送り迎えの方法、費用負担」等を定めるが、当事者の合意をする前に面会の試行を実施したり、父母間の葛藤・信頼関係の再構

会ではなく、手紙、ビデオ、写真、成績表の送付など間接的に交流する方法（間接的交流）にとどまる場合もある⁹。原則としてDVや児童虐待等親としての不適格性が顕著である場合には、間接的な交流さえも認められない場合もあるが、そうではない場合には「現時点で直接の面会交流が不可能であっても、可能な限り、それに代わる何らかの親子の交流を保障し、将来の直接的な面会交流に発展させる基盤づくりをしておくことが、子の福祉のためには不可欠¹⁰」であると主張されている。

もっとも先述したように、親子の面会交流についてわが国では民法766条以外に特に定まった規定は存在しない。実務上面会交流不履行の場合には、履行勧告、間接強制などといった手段が存在する。面会交流の実施についてはあくまでも当事者の合意が原則とされているが、これだけでは同居親による面会交流の不履行（ボイコット）に対抗する手段が存在しない。そのために実務上はあくまでも合意を前提とした上で、必要とあれば強制的な実現手段を用いている。実務家によって現在特に問題視されていることは、「子の監護に関する調整」に関する履行勧告の増加傾向である。今日面会交流の履行を求める申し出が増加し、かつ家裁調査官による勧告によって履行される確率が低い¹¹。当事者による話し合いや履行勧告のみに委ねるには限界があるといえる。そのため、実務上間接強制が認められてきた¹²。

②面会交流と間接強制の可否

面会交流に関する義務不履行の場合に間接強制をすることが可能か否かは争いがあるが、これについては実務上部分的に承認されている。しかし、問題がないわけではない。間接強制は本来強制すべき債務名義として執行力を有するのは、特定の給付を為すことを合意の内容とする給付条項のみであるとされている（高松判2002〔平14〕年6月25日家月55巻4号66頁）。つまり、間接強制を実現するためには給付内容の特定が必要である。しかし、裏を返せば給付内容の特定ができなければ間接強制は不可能である。つまり、状況によっては給付内容の特定すらできず面会交流を望んでもそれが実現できないという事態が生じうる。ここに民法上の面会交流実現手段の限界が存在する。このような手段を尽くした場合、別居親には打つ手がなくなる¹³。なお、ハーグ条約による接触の権利とその行使については、使える場面が限定さ

築の度合いによっては家庭裁判所調査官の指導、弁護士その他の第三者の付き添い・立ち合いが条件とされるケースも存在する（二宮・前掲書129頁）。

9 二宮・前掲書129頁。

10 二宮・前掲書129-130頁。もっともこの考えについては、慎重に検討しなければならない。詳細については、後述する。

11 細矢郁「面会交流の理論と実務（その2）裁判官の立場から」戸籍時報690巻（2012年）46頁。

12 最決2013（平25）年3月28日民集67巻3号864頁。

13 面会交流の実効性を図るためには事後的救済ではなく、事前に当事者に必要な情報を十分に提供し、離婚後の親子の交流を理解したうえで調停手続に入ること、そして納得の上での合意

れるため、現状を全面的に解決するには適していないといえよう¹⁴。

2. 民法における面会交流「権」についての議論状況及び実務並びに憲法上論ずる意義

(1) 民法における面会交流をめぐる学説

①民法における面会交流をめぐる学説

ここで民法における面会交流をめぐる学説を簡潔ながらみておく。先述したように、わが国では親子の面会交流は民法 766 条で明文化されているが、その権利性は明らかにされていない。面会交流権の民法上の権利性について、①親子関係から導かれる親固有の権利説¹⁵、②潜在的な親権・監護権の一部とする説¹⁶、③子どもの権利説¹⁷、④(実体的)権利性否定説¹⁸、そして⑤面会交流権は親の権利であると同時に子どもの権利でもあるとする説(複合的権利説)¹⁹と見解は多岐にわたる。

を形成することが重要であり、近道であると説明されている。そのため、最高裁判所家庭局は面会交流について啓発活動を行っている。また、面会交流を行っていく過程で起こるトラブルや相談に応じ、当事者をサポートする体制が不可欠であるとされている(二宮・前掲注 7 130-131 頁)。詳細については、桑田道子「面会交流の合意内容を実現するための支援活動」戸籍時報 685 号(2012 年) 39 頁以下参照。

14 わが国におけるハーグ条約の実施状況については、少なくとも面会交流事案については着実に実績をあげていると評価されている(大谷美紀子・西谷祐子編著『ハーグ条約の理論と実務——国境を越えた子の奪い合い紛争の解決のために——』[法律文化社、2021 年] 85-86 頁)。なお、令和 2 年 4 月 1 日から令和 3 年 3 月までの間に、「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律」に基づき外務大臣に対してなされた日本国面会交流援助(日本国内に所在する子どもとの面会交流援助)及び外国面会交流援助(日本国以外の条約締約国に所在する子どもとの面会交流援助)件数は、それぞれ 3 事案であり、いずれも昨年度と比較して増加傾向にある(詳細については、高橋あゆみ・木田佳央人「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律の実施状況について」家庭の法と裁判 35 号[2021 年] 160-165 頁)。

15 久貴忠彦「面接交渉覚書」阪大法学 64 号(1967 年) 99 頁以下参照。

16 野田愛子「面接交渉の権利性について」最高裁判所事務総局家庭局編『家庭裁判所の諸問題(上)』(法曹会、1969 年) 209 頁等が挙げられる。

17 相原尚夫「面接交渉の実務覚書」ケース研究 114 号(1969 年) 52 頁等が挙げられる。

18 梶村太市「子のための面接交渉」ケース研究 153 頁(1976 年) 94-95 頁。

19 棚村政行「離婚と父母による面接交渉」判例タイムズ 952 号(1997 年) 59 頁、二宮周平「面会交流の権利性——人格的構成(1)(2)(3・完)」戸籍時報 785、787、789 巻(2019 年) 2-11、2-9、2-9 頁。

②「面会交流原則実施論」の弊害

また、民法学における面会交流権の権利性をめぐる対立の中で、④を主張する梶村太市により、いわゆる「面会交流原則実施論」の弊害が主張されている。梶村は、次のように主張する。「面会交流原則実施論」は、「調停の基本方針としては、面会交流を禁止・制限すべき事由の判断要素ないし基準（①子どもの連れ去り、②子どもの虐待、③監護親へのDV等の3原則）に該当しない限り面会交流を認めるべきであり、その円滑な実施に向けて審理・調整を進める」というものである。それは、「調停・審判を通じての運用基準であり、しかもその原則に従って成立した調停や審判は不履行であれば間接強制によって実現することを前提としているもの」と解される²⁰。それは理論的には、「判断基準について明白基準説（監護者が子の利益に反することを主張立証しない限り、すなわち子の利益に反することが明白でない限り、面会交流を実施するとする説）に立脚し、かつ実体的権利説を前提としている。」しかし、一部の最高裁判例がとる「適正措置請求権説（『面接交渉の内容は監護者の監護教育内容と調和する方法と形式において決定されるべきものであり、面接交渉権といわれるものは、面接交渉を求める請求権というよりも、子の監護のために適正な措置を求める権利である』）」や民法766条の「非実体的権利説」からは、「比較基準説（双方の諸事情を総合的に比較検討してこの利益に合致する時に限り実施するとする説）を採用すべきことになるので、原則的实施論はそれらの民法766条の明文規定・立法趣旨及び最高裁判決の趣旨にも反する²¹」。こうした原則的实施論の強行は、「子の利益」にかなうどころか、むしろ実施によって「子どもの被害が深刻化²²」することがある²³。

このように、（特に別居親の）面会交流の実体的権利を主張する場合には実体的権利否定説を

20 梶村太市「民法766条改正の今日的意義と面会交流原則的实施論の問題点」戸籍時報692号（2013年）20頁。

21 梶村・前掲論文20-21頁。

22 梶村太市が挙げている例は、以下のとおりである（前掲論文26頁より抜粋）。

「面会交流の実施を認める調停成立を強制されて、やむを得ず面会交流を認めた。裁判官と調停委員2名と家庭裁判所調査官の4名からかわるがわるそれを説得されて、訳のわからないまま調停に合意した。確かにその際に裁判官から、調停に従わなければ間接強制されるからそのようなことの内容にという説明を受けた。しかし間接強制とはどういうもので、それがいつどのような形で行われるのかさっぱりわからなかった。時期が来て父親は面会交流を求め、認めなければ間接強制の申立てをするといわれた。しかし、その意味が分からなかったし、子どもがぐずりあいたくないというので、そのままにしておいたところ、従わなければ毎月〇〇万円の賠償金を支払えという命令がきた。そして父親は養育費を支払わなくなった。やむを得ず、子どもを父親に会わせたところ、案の定子どもが泣き叫び、子どもはその後まもなくして深刻な精神的な疾患を患い、医者通いを始めた」。

23 梶村・前掲論文24-25頁。

主張する実務家の主張を無視することはできないことが分かる。しかし、論者としては実体的権利説を主張することはその権利内容構成次第では、監護親及び子どもの利益を守ることに繋がるのではないかと考える。つまり、別居親の権利利益ばかりではなく、別居親、監護親及び子どもの権利利益内容を整理し、一部の学説が主張するように、「比較基準説」のエッセンスを取り入れた実体的権利を構想することにより、原則的实施論の見直しを進めることができるのではないか。

いずれにせよ、民法学説については、その権利性を認める場合、論点は「親の権利か子どもの権利か、面会交流を求められる人的範囲はどこまでか、祖父母や兄弟姉妹などの父母以外の第三者が子に対する面会交流をする権利が認められるのか、それとも子の利益となる限りで認められる弱い権利や法的利益というべきか²⁴」というテーマにまで発展し、混迷を極めている。

(2) 実務の動向

そして、実務においては、一部の判例²⁵が、民法における「面接ないし交渉する権利」を認

24 棚村政行「面会交流の理論と実務（その1）研究者の立場から」戸籍時報 687 巻（2012 年）10 頁。

25 代表的な判例は、東京家審 1964 年（昭 39）年 12 月 14 日家月 17 巻 2 号 45 頁である。事案は、次のとおりである。

申立人 X（母）は 1956 年に婚姻し、子ども A が生まれた。1963 年に X とその相手方 Y（父）は離婚したが、別居を開始した 1963 年 4 月 1 日以降 X は自らの手元で A を養育していた。しかしその後 Y が親権者と定められた。X は A を Y に引き渡すことに抵抗を感じていたが、Y が調停の席で離婚後いつでも申立人と子どもを面会させることを約束したため、Y が A の親権者として監護養育することに同意し調停を成立させた。Y の面接に関する約束は、調停条項として記載されていない。しかし、これは Y が何時でも A を X に面接させると確約し、Y の代理人も、X が離婚後 A と面接することは親として当然なしうることであると言明したので、調停条項として記載されなくても、A と問題なく面接できると思ったからである。

ところが X が面接を詳細に取り決めようとしたところ、Y は先に取り決めた確約に反しこれを頑なに拒否した。X が A と面接することは、調停の席上で繰り返し確認されたにもかかわらず、母である X に当然認められる権利であること、Y がこれを拒否すべき正当な理由がないことから、X 自ら毎月 2 回子どもを申立人に面接させる旨の子どもの監護に関する処分の調停を求めた。しかし、調停は不調に終わり、審判に移行した。

この事例について、東京家庭裁判所は、次のような審判を下した。

「ここで問題となるのは、本件申立人の如く、離婚後親権もしくは監護権を有しない親が未成年子に対し面接ないし交渉の権利を有するか、また有するとして、その親が面接ないし交渉権を行使する為必要な事項について他方の親権もしくは監護権を有する親との間に協議が調わずまたはできない場合に家庭裁判所が審判をすることが出来るかということである。けれど、

めたとされている。また、別の審判（大阪家審 1994（平 5）年 12 月 22 日家月 47 卷 4 号 45 頁）では、面会交流が「子の監護義務を全うする為に」親に認められる権利である側面を有する一方、「人格の円満な発達に不可欠な両親の愛育の享受を求める子の権利としての性質をも有する」とするべきとされた。そのため、面会交流は親の権利のみでならず義務であるというようにもとらえられうる。

（3）憲法上の議論の意義

このような議論の混迷を解決することこそが、憲法上別居親に面会交流権が保障されていないかを検討する意義であるといえる。また、現在の自力救済の横行を止める必要性²⁶も確かに主張される場所であるが、正しくは、「自力救済せざるを得ない現状を改善する必要性」により憲法上の議論が望まれているといえよう。ただし、そのさいには上述した面会交流原則実施論への批判に留意しなければならない。

3. 憲法上の議論の問題点

（1）本稿の視座——憲法上の権利としての面会交流権構想——

それでは、権利としての面会交流権は憲法上どのように構成すべきだろうか。

ここでそもそもなぜ制度論ではなく、権利論なのか。後述するように裁判所は権利の内容が不明確であることを理由に憲法上の面会交流権を認めない。そこで、長期的には立法者に立法を促すこと、短期的には司法救済で個々人を救済する必要がある。そのために、本稿では制度論ではなく権利論を用いる。

憲法と面会交流とのかかわりについて、過去に東京高等裁判所で面会交流を制限する子との

わが民法は多くの国の立法例のように、子の親権もしくは監護権を有しない親の未成熟子に対する面接ないし交渉に関する明文の規定をおいていないからである。

しかしながら、当裁判所は、この未成熟子に対する面接ないし交渉は、親権もしくは監護権を有しない親としての最低限の要求であり、父母の離婚という不幸な出来事によつて父母が協働で親権若しくは監護権を行使することが事実上不可能な為に、一方の親が親権者もしくは監護者と定められ、単独で未成熟子を監護養育することになつても、他方の親権若しくは監護権を有しない親は、未成熟子と面接ないし交渉する権利を有する。そして、「この権利は、未成熟子の福祉を害することがない限り、制限されまたは奪われることはないものとする」。この権利は監護そのものではないが、「監護に関連のある権利というべき」であり、行使のため必要な事項は、民法 766 条 1 項による監護について必要な事項と解されるため、「未成熟子との面接交渉権行使に必要な事項につき他方の親権もしくは監護権を有する親との協議で定めることができ、その協議が調わないとき、またはできないときは、家庭裁判所がこれを定める」ことができる。

26 櫻井智章「判批」法学教室 474 号（2020 年）123 頁。

合憲性が憲法 13 条をもって争われた。そしてついに 1984 年には、最高裁判所において「面接交渉権」と憲法 13 条とのかかわりが原告によって主張されている。更に 2019 年度からの訴訟を通じて、面会交流権の憲法上の権利性が正面から司法の場に持ち込まれた。

(2) 東京高決 1967 (昭 42) 年 8 月 14 日家月 20 卷 3 号 64 頁

事案は、次のとおりである。申立人 X (父) と相手方 Y (母) は、1960 年 6 月に婚姻し、1961 年 8 月に子ども A をもうけた。その後、夫婦の性格的不調和などにより回復困難な破たん状態となり、親権者の指定を残して 1967 年 5 月に離婚調停が成立した。そこで X は、東京家庭裁判所に A の親権を申し立てた。

東京家庭裁判裁は、子どもの親権を X と定め、子どもの人格の健全な養育のためには両親の愛情に接することが望ましいことを理由に、Y と子どもとの面会を年 2 回とした。この面会制限に対し、X が抗告を行った。

判旨は、次のとおりである。

「親権者とならなかつた親はその子と面接することは、親子という身分関係から当然に認められる自然権的な権利であり、監護する機会を与えられなかつた親として最低限の要求であり、親の愛情、親子の関係を事実上保証する最後のきずなども言うことが出来るけれども、面接が子の監護養育上相当でない場合には、これを制限することはもとより妨げないもの」であり、この制限は憲法 13 条に違反しないとされた。そして、原審は相手方の面接の機会を全く奪ったものではなく、不当でないとして相手方の抗告を棄却した。

(3) 最決 1984 (昭 59) 年 7 月 6 日家月 37 卷 5 号 35 頁

事案は、次のとおりである。

抗告人 X (父) は、相手方 Y (母) と協議上の離婚をしている。離婚に際して長女 A の親権者は Y となっている。

X は、Y は X と A とを少なくとも年二回面接交渉させなければならないとの審判を家庭裁判所に申し立てた。家庭裁判所は、親権者である親も子どもに対する面接交渉権を親として当然に有するものであるが、子どもの権利は子どもの福祉に適合する場合にのみ行使が許されるものであるとしたうえ、本件の事実関係の下においては、抗告人の長女に対する面会交流権の行使は、A の福祉に適合しないと判断した。そして、X の申し立ては棄却された。X は即時抗告の申立をしたが抗告審はほぼ家庭裁判所の認定判断を是認して、X の抗告を棄却する決定をした。X は、特別抗告の申立をして、X に A と面会交流させることは A の福祉に適合しないと面会交流を認めなかった原決定は憲法 13 条に違反すると主張した。なぜならば、面会交流権は、「親子という身分関係から当然に認められる自然権」として、憲法 13 条で保障されるからである。

判旨は、次のとおりである。

「所論は、協議上の離婚をした際に長女の親権者とされなかつた同女の父である抗告人に同

女と面接交渉させることは、同女の福祉に適合しないとして面接交渉を認めなかつた原決定は、憲法 13 条に違反すると主張するが、その実質は、家庭裁判所の審判事項とされている子の監護に関する処分について定める民法 766 条 1 項又は 2 項の解釈適用の誤りを言うものに過ぎず、民訴法 419 条ノ 2 所定の場合にあたらないと認められるから、本件抗告を不適法として却下し、…本件抗告を不適法として却下し抗告人に負担させることと」する。

当判決では原告により、最高裁判所において憲法 13 条と面会交流権を結びつける初めての主張がなされた。すなわち、「親子という身分関係から当然に認められる自然権」の 1 つとして面会交流権は、幸福追求権で保障されるというのである。この主張に対し、最高裁判所は原告の主張は実質的には民法 766 条 1 項、2 項の解釈適用の問題に過ぎないとしている。ここでは、面会交流の権利性については直接判示されていない。少なくとも最高裁判所は原告の主張を認めるかは民法 766 条所定の「必要な事項」又は「相当な処分」として、子どもの福祉の観点に立って子どもの監護のために必要かどうか相当かどうかということから決せられるべき事項であって、民法の解釈適用の問題であり、憲法問題ではない、とした²⁷。学説においてもこの判決を支持する見解は存在する^{28,29}。

(4) 原告の主張の問題点

ここで原告のいう面会交流権を憲法 13 条の権利として主張することは、先に述べたように民法上の面会交流「権」論争に新しい見方を提供する意義を有している。しかし、原告の主張については、以下の 2 つの問題点が存在する。

1 つ目の問題点は、原告は当然のように面会交流権を「親子という身分関係から当然に認められる自然権」であると主張した。しかし、そういった言葉で捉えることは論証が不十分ではないのかということである。わが国では、憲法上明文で「親の権利」なるものは規定されていない。にもかかわらず、面会交流権を当然のように親の自然権として捉え主張することには、前提となる正当化根拠を欠いているといわざるをえない。しかし、国内においても「親」の教育「権」を肯定する見解³⁰が存在し、また未成年者に対する親の養育権を憲法 13 条から解釈

27 清永利亮「親権者でない親と子との面接交渉と憲法 13 条」ジュリスト 828 号 (1985 年) 108 頁。

28 この指摘について、石田敏明「判批」久貴忠彦・米倉明編『家族法判例百選 [第 5 版]』(1996 年) 108 頁。

29 大村はこの判決について、「面接交渉権の法的性質について直接の判断がしめされたわけではないが、それが『子の福祉』によって否定される弱い権利であるとされたことは確かである」と評している(大村敦志『家族法[第 3 版]』[有斐閣、2010 年] 77 頁)。

30 一例として、長尾一紘『日本国憲法[全訂第 4 版]』(世界思想社、2011 年) 163-164 頁が挙げられる。

論上導き出す余地を肯定する見解³¹が存在すること、憲法 24 条の存在を考えると、自分のためではなく他人（子ども）の権利に影響を及ぼすことが時として予定される親だけが持つ権利が憲法上存在すると解釈をする余地はある。問題は、その余地について十分に論じることのないまま面会交流権を憲法 13 条から性急に導き出してしまったことにある。

2つ目の問題は、仮に幸福追求権として面会交流権が保障されるとしても、憲法 13 条という漠然とした規定によって安易に新しい人権を創設することがかえって法体系の混乱を招くことになる危険性である。この危機感をもとに 13 条の性質について「新しい人権の主張の為には、その権利の法的根拠のみではなく、権利の法的性質、その射程範囲、保護をうける程度などを精密に検討しなければならず、更に裁判によって保護を受ける為には、一般的には民法 709 条やその他の法令の規定の補充を受けつつ、権利を主張できる当事者適格、与えられる救済方法などをも明確にするという態度が望まれよう³²」とする見解が存在する。このように考えると、面会交流権を憲法上主張する場合にはその権利の法的性質、射程範囲、保護を受ける程度、法令既定の補充、当事者適格、与えられる救済方法の明確性が求められるべきである。また、面会交流は親子関係の事柄であるために 24 条との関係をもまた検討すべきであろう。

以上の 2 つの問題点から、現時点において面会交流権が 13 条のみによって保障される権利であると直ちにはいうことはできない。憲法上保障される権利であるというためには、親のみが持つ権利の規範構造や面会交流権という権利に関する具体的なイメージが必要である。

こうした論者の問題意識は、2019 年からの別居親の面会交流権の憲法上の権利性の主張をみてより確固たるものとなった。

(5) 別居親の面会交流権の憲法上の権利性が争われた事例

原告の主張は、現在わが国において面会交流支援制度が不足しているというものである。これについて、東京地方裁判所及び東京高等裁判所は次のように判断した。なお、以下では本論に直接関係ある憲法 13 条及び 24 条に関する議論のみ取り上げる。

①原告の主張

原告 X らは婚姻中または離婚後の夫婦の別居に伴い、子どもと別居することに至った親である。X らは、憲法上保障されている別居親と子どもとの面会交流権の権利行使の機会を確保するために必要な立法措置をとることは必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたって立法措置を怠ってきたことは、国家賠償法 1 条 1 項の違法な行為に該当すると主張した。

X らによれば、面会交流権は幸福追求権の 1 つである。そのうえで X らは、「憲法 24 条 2 項は、家族についても個人と個人の関係であるとして、これを尊重しなければならないと規定したものであり、婚姻中に別居した場合や離婚後の親子のかかわり方についても、個人の尊厳に

31 内野正幸『表現・教育・宗教と人権』（弘文堂、2009 年）201 頁。

32 伊藤正己『憲法入門[第 4 版補訂版]』（有斐閣、2006 年）143 頁。

立脚した法整備が行われなければならないと解される。憲法 24 条 2 項は、憲法 13 条、14 条 1 項を家族生活の中に具体化したものであるとされるから、憲法 24 条 2 項によっても、被告は別居親の面会交流を確保する法整備を整えるべき義務を負っているといえる」と主張した。

②東京地裁（東京地判 2019 [令和元] 年 11 月 22 日法教 474 号 123 頁）

（i）憲法 13 条との関連について

面会交流の法的性質についての議論の状況は、別居親が面会交流の権利を有しているかどうかや、認められるとしてもその具体的内容がいかなるものであるかについて、その議論が一義的に定まっているとは評価し難い。仮に別居親において、子どもの養育に関して人格的な利益を有するとしても、これを憲法 13 条により保障された権利と解することは困難なものというほかになく、原告らの主張は採用できない。

（ii）憲法 24 条 2 項との関連について

いわゆる夫婦同姓制度違憲訴訟（最大判 2015（平 27）年 12 月 16 日大法廷判決民集 69 卷 8 号 2586 頁）を前提とすると、憲法 24 条 2 項は、離婚や家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的に国会の合理的な立法裁量にゆだねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものと見える。全体として、原告らが主張する立法措置は、一般的な意味で面会交流の実現を促進するといえるものの、具体的な制度設計についての検討を欠くものや、その導入のデメリットについての検討を要するもの、更に、現行の調停・審判手続や民事執行手続との整合性の検討を要するものであり、この点は、原告ら（別居親）の人格的利益を基準として、立法裁量の逸脱等を検討することの困難を反映しているものといわざるを得ない。したがって、原告らの主張するような立法がなされていないことが、国会に与えられた合理的裁量を逸脱するものとは認められず、民法 766 条 1 項、2 項を中心とした現行の面会交流についての法律等の定めが、憲法 24 条 2 項に違反するものとは認められない。

③東京高裁（東京高判 2020 [令和 2] 年 8 月 13 日判時 2485 号 27 頁）

（i）憲法 13 条との関連について

原判決が説示したとおり、そもそも、面会交流の法的性質や権利性自体について議論があり、別居親が面会交流の権利を有していることが明らかであるとは認められないから、控訴人らの主張する別居親の面会交流権が憲法上の権利として保障されているとはいえない。

（ii）憲法 24 条 2 項との関連について

婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法 13 条、14 条 1 項に違反しない場合に、更に憲法 24 条にも適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものとするのが相当である。

しかるに、別居親と子との面会交流については、民法 766 条により、子どもの監護に関する

事項として、子どもの利益を最も優先して考慮して父母の協議で定めるものとされる一方で、協議により定めることができないときは、家庭裁判所がこれを定めることとされており、家庭裁判所に、監護親に対し別居親と子どもの面会交流をさせるよう命じる審判の申立てをすることができる。また、当該審判において監護親が命じられた給付の特定に欠けることがない場合には、当該審判に基づき間接強制をすることができるものとされている。

面会交流に関する以上の法制度は、別居親と子との面会交流が不当に制約されることがないようにされているものといえ、個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠くものとはいえないから、控訴人らの主張は理由がない。

④評価

この判例でも、結局のところ面会交流権の権利のイメージがつかめていないことが問題とされている。最高裁判所³³も「面会交流の権利は憲法上保障されているとは言えない」と判断し、原告側敗訴とした一、二審判決が確定した。

原告は憲法 26、13、14 条及び 24 条と様々な観点から面会交流権の憲法上の権利性を検討している。しかし、その敗因はひとえに面会交流権の憲法上の権利性の不明確さにあるといえよう³⁴。

そして、2022 年 11 月に、親及び子どもが面会交流に関する法整備を国が怠ったためで憲法違反であると主張して国に賠償を求めた。東京地方裁判所は「面会交流の実現には相手方の対応が必要で、一方の親や子ども個人の憲法上の権利と解釈するには疑問がある」として訴えを退けた。同判決は、「面会交流の実現には相手方の対応が必要で、一方の親や子ども個人の憲法上の権利と解釈するには疑問がある」と指摘し、国に立法の義務があるとはいえないと判断している³⁵。同判決は、面会交流権が従来の憲法上の権利観に馴染まないことを指摘しており、ここでも面会交流権の憲法上の権利性の不明確さが問題となる。この指摘を踏まえるならば、面会交流権については、従来の憲法上の権利とは異なる構成をとらなければならない。

このことを明らかにすることは、喫緊の課題である。

33 最二小決 2021（令和 3）年 7 月 7 日令和 2（オ）1341 号。

34 しかし、だからといって憲法学説から、「面会交流権は、実現内容・方法に具体的な形成が必要なだけで、例えば環境権のように具体的に何を求める権利なのか明確ではないというものではない」（櫻井・前掲注 26 123 頁）と指摘されるように、その権利性を否定して良いわけではない。

35 NHK 首都圏 NEWS WEB「面会交流“国が法整備怠り憲法違反” 訴え退ける 東京地裁」

11 月 28 日 18 時 51 分(<https://www3.nhk.or.jp/shutoken-news/20221128/1000087136.html>)
（最終確認日：2022 年 12 月 1 日）

4. 学説

(1) 根拠条文をめぐる争い

憲法学では、大別すると①憲法 13 条説³⁶と②憲法 24 条 2 項³⁷説がある。しかし、根拠条文をはじめ議論は流動的である。

憲法 13 条説として、米沢広一が挙げられる。米沢は、専ら離婚の場面を想定する。そして、先に挙げた 1967 年東京高等裁判所決定が「親権者とならなかった親はその子と面接することは、親子という身分関係から当然に認められる自然的な権利」であるけれども、「面接が子の監護養育上相当でない場合には、これを制限することはもとより妨げないものというべく、右の制限をしたからといって憲法 13 条に違背するものということとはできない」としたことに注目した。米沢は、「同決定の趣旨は必ずしも明確ではないが、面接交渉権が憲法 13 条によって保障されていると一応みなし」とみえると分析した。そして、他方で 1984 年最高裁判決を挙げたうえで「この点、面接交渉権を親の側から見た場合、離婚後、親権・監護権を失うことによって、憲法上の権利である親の養教育権が面接交渉権として、残存し顕在化すると考えられ」、「それ故、面接交渉権は、幸福追求権の一内実をなすと解しうる」とする³⁸。

竹中勲も、親子の面会交流権は親子の親交権の一内容を成すとして、憲法 13 条で保障されると説く³⁹。

また、棚瀬孝雄は、親の子育ての権利は国家や第三者の介入を許さないプライバシー権として憲法上保護されており、児童虐待による親権剥奪と同じような事情がない限り、面会交流を全面的に否定されることがあってはならない⁴⁰とする。

面会交流を親子の人格的利益に属するとする二宮周平⁴¹も、憲法 13 条説に分類されよう。竹中説や二宮説に同調する井上武史も、こちらに分類して良いように思われる⁴²。

更に、近年では櫻井智章が公共の福祉という根拠に基づく国家の権威要求をくつがえす「切

36 棚瀬孝雄「離婚後の面接交渉と親の権利（上）」判例タイムズ 712 号（1990 年）11-12 頁、竹中勲「自己決定権の意義」公法 58 号（1996 年）40 頁、米沢広一『子ども・家族・憲法』（有斐閣、1993 年）291-292 頁等が挙げられる。

37 横田光平『子ども法の基本構造』（信山社、2010 年）577-581、632-633 頁等が挙げられる。

38 米沢・前掲注 36 291-292 頁。

39 竹中勲『憲法上の自己決定権』（成文堂、2010 年）196 頁。

40 棚瀬孝雄「離婚後の面接交渉と親の権利（上）」判例タイムズ 712 号（1990 年）11-12 頁。

41 二宮周平「面会交流の権利性（1）（2）（3）」戸籍時報 785 巻（2019 年）2-11、2-9、2-9 頁。

42 井上武史「離婚した父母と子どもとの法的関係——夫婦の別れは親子の別れなのか？」法律時報 93 巻 1 号（2021 年）102-103 頁。ただし、井上武史はもっぱら「親の」面会交流権に着目している。また、木村草太も憲法 13 条説をとる（木村草太「子どもの利益と憲法上の権利——人間関係形成の自由の観点から」梶村太市・長谷川京子・吉田容子編著『離婚後の子どもをどう守るか——「子どもの利益」と「親の利益」』[日本評論社、2020 年] 122 頁）。

り札としての「人権」以外の権利として面会交流権をあげる⁴³。

他方で、横田光平は、自己決定権の一部としての親の権利を否定するべく、子どもを監護及び教育する親の権限の問題ないし親権制度の整備の問題（親権の制限に係る親の自由）と面会交流権を、親に認められる権利が親権＝監護教育権だけではないことを明確にするために、両者を区別するべきであると主張する。その上で憲法24条を根拠とした「人的結合それ自体への権利」の1つとしての親子の面会交流権を構想する⁴⁴。

これに対し、立法義務に対応する憲法上の権利として、憲法24条を根拠とした、子どもの人格発展の確保という要請について適切に考慮することを求める親の権利（実質的には権限）を構想する篠原永明は、面会交流権を次のように考える。すなわち、親権制度に係る親の自由と同様に時には対等な関係にない子どもの意思に反する形で実現することは変わらないため、横田のいうところの（面会交流権を含む）「子ども及び親の『人的結合それ自体への権利』」もまた「親による監護及び教育を受ける子の利益の考慮として」親権制度の整備の延長とみるのである⁴⁵。

(2) 制度重視型と権利重視型の争い

ここでの学説は、面会交流権が、もっぱら法制度に依存する制度準拠型か、そうではない権利準拠型かでも分類可能だろう。

例えば篠原永明は、前者であり、米沢広一は後者と見てよいだろう。論者は、親の権利は前者よりのものも後者よりのものもあると考えるが、面会交流に関しては親権と同様に考えるべきではなく、後者、すなわち権利準拠型ではないかと考えている。

(3) 想定場面及び本稿の視点

① 個別的検討の必要性

また、面会交流の議論は、近年、離婚の場面に集中する傾向にあるが、面接交流権の限界については、より広くそして個別具体的に考えるべきであろう。面会交流が問題になるのは離婚の場面だけではなく、まず公権力による面会交流制限を議論すべきであり、この場面についても個別具体的な限界を考えるべきである。

憲法上の面会交流権を描くことにより、従来の親権を中心とした憲法上の親の権利理解に新たな視点を加えることも期待できる。

もっとも、憲法上の親の権利の考察に面会交流権を用いることについて、面会交流権自体が特殊なものであり、考察の対象として相応しくないという批判も考えられる。しかし、本稿の

43 櫻井・前掲注26 123頁。

44 横田・前掲注37 578-588、633頁。

45 篠原永明「親権制限とその周辺：憲法24条の観点からの分析」甲南法学59巻3・4号（2019年）187頁。

目的は面会交流権自体を独立した形で個別に扱うのではなく、より大きな問題（憲法上の権利観や制度（内容形成）観、憲法と民法との連関、法律上の権利・権限と憲法上の権利・権限との連関、民法上の家族と憲法上の家族との連関、等々）との密接な関連を念頭において、面会交流権を考察することにある。すなわち、これまで親権が中心にあった親の権利のうちの限界事例ともいえる面会交流権という素材を用いることによって、上記の問題を顕在化させることができるように思われる。

②本稿の視点

以上のような問題意識にもとづき、この権利の主体を考察し、法的性質等も明らかにすることが必要である。そのうえで、個別の限界を生物学上の親の面会交流請求、公権力による親子の面会交流制限及び私人間の紛争の3点から検討する。

そして、本稿では、そのための比較憲法的対象として、面会交流制度が充実し、面会交流に関する憲法上の議論が蓄積されたドイツの議論を検討する。

5. ドイツの特徴

(1) 基本法6条2項

ドイツでは、面会交流権を含むとされる親の権利が基本法6条2項（「子どもの養育（Pflege）及び教育（Erziehung）は、親の自然的権利であり、かつ何よりもまず親に課された義務である。この義務の実行については、国家共同体がこれを監督する。」）で規定されている（なお、近年の親子関係の多様化に伴い基本法6条2項でカバーできない親は「第二の親の権利⁴⁶」である基本法6条1項⁴⁷（家族の保護）で保護される）。同項はイタリア⁴⁸とは異なり、ファシズムへ

46 Sanders, Mehrelternschaft, 2019, S. 175.

47 「(1) 婚姻及び家族は、国家秩序の特別な保護のもとにある」。

48 イタリア共和国憲法は、家族については、以下の3条の規定を設けている。

「29条

② 共和国は、婚姻に基づく自然共同体としての家族の権利を承認する。

②婚姻は、家族の一体性を保障するために法律で定める制限の下に、配偶者相互の倫理的及び法的平等に基づき、規律される」。

「30条

①子どもを養育し、訓育し及び教育することは両親の義務であり、権利である。子どもが婚姻外で生まれたものであっても、同様とする。

②両親が無能力の場合には、法律は、その責務を果たす措置を講ずる。

③婚姻外で生まれた子に対する法的及び社会的保護は法律で定める。この保護は適法な家族構成員の権利と両立するものとする。

④父の捜索に関する規定とその制限は法律で定める」。

「31条

の反省⁴⁹のみによって成立したものではない。同項は、宗教教育権をめぐる議論⁵⁰や啓蒙主義・ロマン主義等による家族の解体を阻止しようとするワイマール憲法119-122条⁵¹（特に120条⁵²）にそのルーツを有する。

(2) ワイマール憲法における親の権利

比較的最近のパウリーの研究により、中央党の議員であるバイエルレが提案したものと考え

①共和国は、経済的及び他の措置により、家族の形成及びその責務の遂行を助成する。大家族に対しては、特別に配慮を行う。

②共和国は、母性・児童・青少年を保護し、この目的に必要な施設を助成する。」

イタリアにおける家族に関する憲法条項制定の歴史的背景および憲法制定の流れについては、椎名規子「イタリア憲法の家族条項および国家と家族の関係についての家族法的考察（1）～（3・完）」専修法学論集 95 巻（2005 年）75-115 頁、96 巻（2006 年）145-179 頁、98 巻（2006 年）215-263 頁参照。

49 もっともこれが親の権利条項制定（特に「子どもの家族からの引き離し」阻止について）への大きな原動力になったことは間違いないだろう。詳細については、横田・前注 37107 頁参照。

50 横田・前掲注 37 102、7 頁

51 特に今日「第二の親の権利」とされる基本法 6 条 1 項のルーツは、ワイマール憲法 119 条にある。

「ワイマール憲法 119 条【婚姻・家族・母性の保護】

①婚姻は、家庭生活及び民族の維持・増殖の基礎として、憲法の特別の保護を受ける。婚姻は、両性の同権を基礎とする。

②家族の清潔を保持し、これを健全にし、これを社会的に助成することは、国及び市町村の任務である。子どもの多い家庭は、それにふさわしい扶助を請求する権利を有する。

③ 母性は、国の保護と配慮とを求める権利を有する。」

「ワイマール憲法 121 条【非嫡出子】

嫡出でない子に対しては、法律制定によって、肉体的、精神的及び社会的成長について、嫡出子に対すると同様の条件がつくられなければならない。」

「ワイマール憲法 122 条【児童の保護】

①児童は、酷使されないように、また道徳的、精神的又は肉体的に放任されることのないように、これを保護するものとする。国及び市町村は、それに必要な処置をとらなければならない。

②強制による保護措置は、法律の根拠に基づいてのみ、これを命ずることができる。」

52 「ワイマール憲法 120 条【子どもの教育】

子を肉体的、精神的及び社会的に有能な者になるように教育することは、親の最上の義務であり、かつ自然的権利であって、この権利・義務の実行については、国家共同体がこれを監督する」。

られる⁵³ワイマール憲法 120 条は、「家族は事実として全ての社会構造の基礎であり」、「今日

53 ワイマール憲法は 1919 年 8 月 14 日に公布されたが、憲法制定の契機は次の 2 点だったとされている。すなわち一つ目は、ドイツが第一次世界大戦に敗退したことによって、アメリカ大統領ウィルソンとの講和において、無条件降伏・憲法改正・皇帝の退位を要求されたことである。二つ目は、1918 年 11 月 4 日に皇帝ビルヘルム二世が退位し、1871 年に制定されたビスマルク憲法が事実上効力を失ったことである。これをうけて、仮の政府として 6 人の委員によって人民委員会議 (Rat der Volksbeauftragten) が形成された。人民委員会議では、憲法草案作成にあたる内務国務次官として、当時ベルリン商科大学教授であったプロイスを任命した。彼は内務省において憲法制定のための準備会議 (Vorbesprechung der Verfassungsfragen) を開催し、1919 年 1 月 3 日に憲法草案 (第一次憲法草案) を作成した。この草案には、婚姻及び家族に関する規定は入っていなかった。草案作成後、1919 年 1 月 19 日に憲法制定国民議会のための選挙が行われ、引き続き憲法制定作業が進められることになった。

国民議会ではプロイスの草案についての審議が進められ、基本権に関しては、選挙で第一党となった社会民主党のエーベルトから、基本権拡充に対する強い要請が出された。これを受けて 1919 年 1 月 20 日に出された第二次草案には、「ドイツ国民の基本権」が新たに第 2 章として設けられた。しかしながら、同草案でもフランクフルト憲法の人権宣言取入れなどによる基本権の拡充はあったものの、婚姻及び家族の規定は見られない。引き続き政府第一次草案 (第三次草案)、政府第二次草案 (第四次草案)、国民議会における第一読会という家庭を経て、基本権に関する審議が白熱したのは、憲法委員会第一読会であった。憲法委員会では草案を小委員会に付託した (倉田賀世『子育て支援の理念と方法——ドイツ法からの視点——』[北海道大学出版会、2008 年] 11-12 頁)。

こうした流れの中で婚姻、家族そして親の権利がいつ草案の中に明記されたのははっきりしていないとされていた (倉田・前掲書 13 頁、横田・前掲注 37-75 頁) が、ドイツの公法学者パウリーによれば、1919 年 5 月 5 日の第 3 回基本権小委員会において、「ドイツ人の家族生活の基礎としての、また、国民の維持及び増殖の源泉としての」婚姻の保護が明文で確認されたという (Pauly, Grundrechtslaboratorium Weimar, 2004, S. 42. この指摘について、鈴木敦「ヴァイマール憲法における婚姻・家族条項——GHQ 民生局原案への影響とその限界をめぐって——」毛利透=須賀博志=中山茂樹=片桐直人編『比較憲法学の現状と展望 初宿正典先生古稀祝賀』[成文堂、2018 年] 123 頁)。そして、実際に翌 6 日付の小委員会に関するバイエルレの提言資料の中には、「婚姻は、ドイツ人の家族生活の基礎として、また、国民の維持及び増殖の源泉として、憲法の特別の保護を受ける。家族の健全化、純潔保持及び社会助成は、ライヒにおける人口政策上の任務である。」「後継者を肉体的、精神的及び社会的に有能な者になるように教育することは、親の最上級の義務であり、かつ自然的権利である。この権利・義務の実行については、国家がこれを監督する」という文言が確認できる。したがって、親の権利のルーツであるワイマール憲法の文言の提唱者はバイエルレであるということができよう。

の婚姻及び教育改革者の混乱した、根底から覆す提案（論者注：SPD の「家族の破壊（Vernichtung）を目的とする社会改良的提案⁵⁴⁾）からして、従来のキリスト教倫理及び法慣習の根本思想を憲法上保障することが重要であると思われる⁵⁵⁾というものであったとされている⁵⁶⁾。この背景について、家族法学者の泰斗であるシュバートの解説をもって説明する。これによれば、「不可侵の基本権領域としての婚姻と家族」という観念は、「啓蒙主義、ロマン主義、そして社会主義の教義に対抗するものとして19世紀初頭以降に発展してきたものであり、このような家族保守的思考はカトリックの教義とも強く関連していたとされる⁵⁷⁾」。すなわち、啓蒙主義の個人主義や婚姻の本質を心理的な結びつきに求め婚姻法をあくまでも宣言的なものと位置づけるロマン主義は、家族の解体を招来する可能性があった。ドイツにおける旧体制の復古の段階でこの危機はすぐに把握され、新しい家族論につながった。この理論は、ロマン主義と同様に、家族関係を親密にする一方で、その崩壊の可能性を排除し、制度的に定着させようとした。重要なことは、家族が、個人の視点からは十分に説明できないと考えられていた社会的な組織体であることが再発見されたことである。家族解体の危機意識は、すぐに広まった予防接種の方式を形成し、それによると、結婚と家族は神聖なものであり、国家と社会の基礎であり、文化と道徳の基礎であるとされた。この関連でかような状況の中で、家族を憲法で保護された領域とする理論も結実した。そこでは、国家の利益は「私人あるいは家庭教育という神聖な場所を侵してはならない」とされる。そして、「自然的な家族権（Familienrecht）の保障と承認」は、市民の結合契約の主要な条項として考慮される。親の権利の制度的保障と個人の保護をもここで把握されていたとされる⁵⁸⁾。ワイマール憲法における家族及び親の権利保護の源泉はまさにここにあるといえよう。

しかし、このワイマール憲法120条は119条⁵⁹⁾とともに制憲者により描かれた消極的な指導指針を示したにすぎないと後世において理解されることになる。ワイマール憲法120条の保護

54 Forsthoff, Das Elternrecht juristisch beleuchtet, in: Christen und Nichtchristen in der Rechtsordnung, 1950, S. 74.

55 Maubach, Kulturfragen in der Deutschen Verfassung. Eine Erklärung wichtiger Verfassungsartikel, 1920, S. 40.

56 横田・前掲注37 75頁。

57 Schwab, Zur Geschichte des verfassungsrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie, in: Habschird, Gaul, Mikat (Hrsg.), FS für Friedlich Wilhelm Bosch zum 65. Geburtstag 2. 1976, S. 893 ff.; ders., „Familie“, in, Geschichte Grundbegriff, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Band 2, Klett-Cotta, Stuttgart, 1975, S. 253 ff. この指摘について、鈴木・前掲注53 124頁。

58 a.a.O., S. 898 ff.

59 ワイマール憲法119条における家族の保護の評価については、倉田・前掲注53 33-34頁参照。

法益は、現存する家族法による親の責任の議会制定法上の内容形成であった。立法者に対する拘束は「その本質の最低限」に限定されていたのである。それゆえに、同条は親に主観的権利を認めず、その法的地位はもっぱら議会制定法により決定されていた⁶⁰。つまり、立法者に対する拘束力は認められていないというのがスタンダードな理解であったとみるべきである⁶¹。

(3) ドイツを比較対象とする理由

このような特にワイマール憲法 120 条にルーツを持ちながらも、後述するように同条よりも立法者に対する強い拘束性を獲得した基本法 6 条 2 項⁶²が憲法に規定されたドイツとわが国とでは事情が異なるように見える。しかし、子どもの権利条約を批准しているという共通点や面会交流権に関する議論の蓄積、そして制度重視型と権利重視型の親の権利構想のはざまに特に面会交流については後者に傾いている点は注目に値する。これから後述するように、ドイツでは元々面会交流権は一部の学説・判例をみると親固有の権利であると理解することができた。それが生物学上の父の面会交流権立法過程を紐解くと立法者に対する配慮、すなわち制度への理解を示していた連邦憲法裁判所に対し、権利重視型の理解を示した欧州人権裁判所の判例理解に接近することにより、ますます権利重視型に傾いているように見える。こうしたドイツの動向は、同じく制度重視型と権利重視型の狭間で憲法上の親の権利構想が揺らぐわが国において面会交流権の憲法上の権利性を描くに相応しい素材である。

6. 小括

(1) 民法 766 条について

わが国では、民法 766 条に面会交流規定はあるが、権利として規定されていない。そして、面会交流を実現する手段が限られている。

この現状を解決するために、民法上複数の学説が展開されているが、その権利性を認める場合、論点は「親の権利か子どもの権利か、面会交流を求められる人的範囲はどこまでか、祖父母や兄弟姉妹などの父母以外の第三者が子に対する面会交流をする権利が認められるのか、それとも子の利益となる限りで認められる弱い権利や法的利益というべきか」というテーマにまで発展し、混迷を極めている。

そして、実務においては、一部の判例が、民法における「面接ないし交渉する権利」を認めたとされている。また、別の審判を踏まえると、面会交流は親の権利のみでならず義務であるというようにもとらえられうる。

60 Mager, *Einrichtungsgarantien. Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzmäßige Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts*, 2003, S. 19 f.

61 これに対する反対説との議論については、横田・前掲書 37 79-80 頁参照。

62 基本法 6 条 2 項の制定過程の詳細については、横田・前掲書 37 99-116 頁参照。

(2) 憲法論の必要性

このような議論の混迷を打破するためには、民法とは異なる切り口から分析すべきである。すなわち、憲法上の議論が望まれる。そして、現在裁判所は権利の内容が不明確であることを理由に憲法上の面会交流権を認めない。そこで、長期的には立法者に立法を促すこと、短期的には司法救済で個々人を救済する必要がある。そのために、本稿では制度論ではなく権利論を用いる。

また、面会交流の議論は、近年、離婚の場面に集中する傾向にあるが、面接交流権の限界については、より広くそして個別具体的に考えるべきであろう。面会交流が問題になるのは離婚の場面だけではなく、まず公権力による面会交流制限を議論すべきであり、この場面についても個別具体的な限界を考えるべきである。

憲法上の面会交流権を描くことにより、従来の親権を中心とした憲法上の親の権利理解に新たな視点を加えることも期待できる。

もっとも、憲法上の親の権利の考察に面会交流権を用いることについて、面会交流権自体が特殊なものであり、考察の対象として相応しくないという批判も考えられる。しかし、本稿の目的は面会交流権自体を独立した形で個別に扱うのではなく、より大きな問題（憲法上の権利観や制度（内容形成）観、憲法と民法との連関、法律上の権利・権限と憲法上の権利・権限との連関、民法上の家族と憲法上の家族との連関、等々）との密接な関連を念頭において、面会交流権を考察することにある。すなわち、これまで親権が中心にあった親の権利のうちの限界事例ともいえる面会交流権という素材を用いることによって、上記の問題を顕在化させることができるように思われる。

(3) 個別具体的検討の必要性

以上のような問題意識にもとづき、この権利の主体を考察し、法的性質等も明らかにすることが必要である。そのうえで、個別の限界を生物学上の親の面会交流請求、公権力による親子の面会交流制限及び私人間の紛争の3点から検討する。そして、本稿では、そのための比較憲法的対象として、面会交流制度が充実し、面会交流に関する憲法上の議論が蓄積されたドイツの議論を検討する。

本論文では、以下、次の点を論じる。

まず、2章において、ドイツの憲法上の親の権利の規範構造をめぐる最近の議論を検討することによって、ドイツの親の権利が子どもの基本権の具体化に移行しつつもなお多様であることを示す。次に、3章において、面会交流権の法的性質、主体、更に、4章で限界を検討する。最後に、5章において、日本法への示唆を考察する。

2章 憲法上の親の権利の輪郭——ドイツの学説・判例を参考に——

1. 日本国憲法における親の権利をめぐる議論

(1) 憲法上の親の権利を検討する意義

① 考察の前提

面会交流権を親の権利としてとらえるならば、憲法上の親の権利とはおよそどのようなものなのかという輪郭をつかみ、これを構想する上での課題は確認するべきであるように思われる。本章ではこのような問題意識の下、憲法上の親の権利を構想するならばそれはどのようなものなのかを検討したい。

② わが国の学説状況

わが国の憲法学説は、上の親の権利について主として学校教育との関係で語られていたために、例えば学校教育とは状況の異なる児童虐待への対処を目的とした親権制限事例等¹を想定してもなお「憲法論からの分析は過少と言わざるを得ない²」と評価されている。

また、未成年者、親との関係では子どもとされる存在について、彼らはもっぱら保護の対象ではなく、動的に自律性を備えていくという特徴をもっており、その意思を軽視してはならない。実際に児童虐待防止制度の中には子どもの意思に反しても行うことができる職権による一時保護制度が存在し、その制度目的上子どもの生命・身体の保護を優先しすぎるきらいがあるために子どもの精神的利益への配慮を指摘する声も確認できる³。こうした子どもの特性にも

※本章は、拙稿「未成年者に対する憲法上の親の権利とその限界について——ドイツの親の憲法上の権利義務理論を中心に——」中央大学院研究年報法学研究科編 44 巻（2015 年）3-21 頁、同「憲法上の親の権利の必要性と問題——ドイツにおける近年の学説状況を参考に——」憲法理論研究会編『憲法学のさらなる開拓』（敬文堂、2020 年）137-151 頁に加筆・修正をしたものである。

1 2011 年には、民法の親権制度が改正され、親権が「子の利益」のためのものであることが明示された（民法 820 条）。また、親権制限の方法として、親権喪失・管理権喪失の審判（同 834・835 条）の他に親権停止の審判が加えられた（同 834 条の 2）。その後、2016 年には児童虐待の発生予防から自立支援までの一連の対策を強化するために、児童福祉法の理念を明確化し、市町村及び児童相談所の体制の強化を行うこと等を内容とする児童福祉法等の改正が行われた。2017 年には、虐待を受けている児童等の保護についての司法関与の強化などを内容とする児童福祉法等の改正もなされた。更に、2019 年には、養子となる者の年齢の原則的上限を 15 歳未満に引き上げるとともに、特別養子縁組を 2 段階の審判手続きによって成立させるものとする、民法等の改正も実施されている。また、2022 年に民法における親の懲戒権規定が削除される等の改正も行われた。

2 篠原永明『秩序形成の基本権論』（成文堂、2021 年）188 頁。

3 一時保護制度は子どもの身体を直接的かつ長期にわたって抑える措置であるにもかかわらず、2016 年に法改正がされるまで事前・事後に裁判所が関与する仕組みが児童福祉法に存在しない

配慮した憲法上の親の権利構想が求められている。

(2) 比較法的考察の必要性

このような問題意識の下で、本章では主に基本法上明文で親の権利が定められている（基本法6条2項1文）ためその法的性質に関する議論が蓄積し、現在は連邦憲法裁判所の2013年判決以降の子どもの基本権の具体化への対応を迫られているドイツの議論状況を参考にわが国の憲法上の親の権利の法的性質や争点について考察をすすめていく。ドイツでは、わが国で研究が遅れている子どもに対する親の権利や憲法上の親の権利の限界について判例・学説の蓄積が進んでいる。また新説が、英米法の基礎法学を参考に子どもに対する親の権利やその限界について挑戦的な議論を展開している。これらの議論を検討することにより、わが国の学説状況に何らかの示唆を得られるのではないかと思われる。なお、本章では、わが国の教育法学説において議論されてきた、学校との関係における親の教育権議論については意識しつつも、面会交流権という本稿の関心上主に家族法・福祉法上想定されている親の権利を想定した判例・学説に焦点を絞り、教育法学説への言及は必要最低限にとどめる。

(3) 他国の状況

なお、他国の状況について、若干触れておく。フランスは憲法上の子どもの権利構成の途にたいたばかり⁴であり、ドイツのように憲法上の親の権利と子どもの権利との法的調整にまで議論が至っていないと分析できる。

また、アメリカでは憲法のデュー・プロセス条項をもって親の養育権を憲法上の権利の一つとして位置づけている⁵。しかし、同国に関するわが国の先行研究について、親と国家との

どころかその目的さえも明確にされていなかった。改正された児童福祉法はその目的について、「児童の安全を迅速に確保し適切な保護を図るため、又は児童の心身の状況、その置かれている環境その他の状況を把握するため」（児童福祉法33条1項）と定めており、一時保護の開始と延長の分節及び延長に関する家庭裁判所の審査が可能となった。そして、司法においても一時保護の開始については従来重視されていた子どもの生命・身体保護を重視し、一時保護の延長の可否については子どもの精神的利益の観点からも判断することが提唱されている（諸岡慧人「判批」自治研究95巻3号（2018年）138-139頁）。

4 新井誠「フランス憲法——国家による子どもの権利保護——」小山剛・玉井真理子『子どもの医療と法〔第2版〕』（尚学社、2012年）191頁。

5 詳細について、山本龍彦「アメリカ憲法——子どもの権利・親の権利・国家の役割——」小山剛・玉井真理・前掲書116頁以下参照。また、アメリカは子どもの権利条約を批准していない。その点で、わが国との共通点を欠くと言わざるをえない。なお、同国が子どもの権利条約を批准しない理由として、①社会的福祉的権利の非権利性、②子どもの権利を認めることが子どもの利益につながらず、良き家庭とも相いれないという考えの根強さ、そして③国際的な縛

関係を意識するあまり憲法上の親子関係が、フランスと同じくドイツ程進んでいないと分析されている⁶。もっとも、後述するように両者の基礎法学上の対話が試みられていることから、ドイツとアメリカの同質性と異質性については今後研究が進むとみられる。

イギリスについては、包括的な「親権」概念ないし制度は存在せず、親が一種の後見人として理解されてきたため、わが国とは法状況が異なるとみてよいだろう⁷。もっとも、1989年に立法により「親の責任」概念が登場し、法状況は変わったとされている⁸。そして、行政及び司法の関与に関する理解⁹が進んでいるがその制度やそれをめぐる議論はわが国に直接の参考にはならない¹⁰と分析されている。

イタリアは1章でふれたように憲法上家族の保護や親の権利が規定され、カトリックの国でありながら民法上子どもの実親への権利を保障するという稀有な例を示している¹¹。

(4) 本章の構成

本章の構成は、次のとおりである。まず、ドイツの親の権利の主体、法的性質及び限界についての議論を総括する。次に、特に2013年判決以降の子どもの基本権という具体化を通じて親の権利をめぐる議論に生じた変化を示す。最後に、わが国の憲法上の親の権利をめぐる議論へ

り国内の問題が決められてしまうことへの抵抗感などの存在が挙げられている（樋口範雄「アメリカ」石川稔・森田明編『児童の権利条約——その内容・課題と対応——』[一粒社、1995年]496頁）。

6 横田光平『子ども法の基本構造』（信山社、2010年）15頁。近年のアメリカ法の研究成果として、山口亮子『日米親権法の比較研究』（日本加除出版、2020年）が挙げられる。

7 青木勢津「イギリス親子法における親権」家裁月報25巻9号（1973年）1-70頁、川田昇「イギリスにおける親権法の発展——1886年未成年後見法の成立過程——」福島正夫編『家族政策と法4 欧米資本主義国』（東京大学出版会、1981年）117-159頁。

8 同概念につき、東和敏『イギリス家族法と児童保護法における子の利益原則 沿革と現代法の構造』（2008年）161頁以下参照。なお、2002年に1989年時同法は改正された。改正内容については、許末恵「イギリスの親子法の現状」『新家族法実務体系②親族〔II〕——親子・後見——』（2008年）57-72頁のうち、特に64頁以下参照。

9 橋爪幸代「要保護児童の処遇に係る行政機関及び司法機関の役割——イギリスとの比較を通じて——（二・完）」上智法学論集46巻2号（2003年）56-101頁。

10 久保野恵美子「児童虐待への対応における裁判所の役割 イギリスにおける被ケア児童との面会交流問題を素材に」岩村正彦=大村敦志編『融ける境超える法I 個を支えるもの』（2005年）211-240頁。

11 歴史的なアウトラインについて、小谷真男「親子関係をめぐる国家制定法と<私人たちの法>——19世紀イタリア法秩序の重層的構造について——（一）（二）」東京大学社会科学研究所社会科学研究47巻4・6号（1995・1996年）117-169、103-219頁参照。

の示唆を検討する。

2. ドイツの親の権利主体・法的性質・国家による介入

(1) 憲法の優位思考の展開

①ホルツハウアーの見解

ドイツの親の権利学説は特に後述する自然的権利にみるように、論者によりその理解に著しい差異がある。本論ではその理解の多様性を示すために、あえてこれを包括的に記述する。

先述したワイマール憲法 120 条の後に規定された基本法 6 条 2 項は、ワイマール憲法 120 条とは異なり、立法者による具体化が必要であるとしても、憲法上既に抽象的にはその内容が規定されているとする憲法優位思考の考えのもとに置かれることとなった。

ドイツの憲法上の親の権利は当初予定されていた婚姻により産まれた子どもの法律上の父母にとどまらず、実定憲法規定を出発点として、その趣旨の解釈あるいは体系的解釈により養親や婚外子の父母等多様な親を対象にするようになった。また、法律による具体化を前提として、その内容も抽象的に定められているとされた。基盤となったのは、先述した憲法の優位思考であると考えられる。

先行研究¹²によれば親の権利と憲法の優位思考を最初に理論上明確に結びつけたのはホルツハウアーである。ホルツハウアーは、憲法上の親の権利と民法上の配慮権（子どもを監護したり、教育や医療に関する決定を行ったりする民法上の親の権利をドイツでは「親権」ではなく「配慮権」と称する）の関係について、「親の権利」が憲法上の規範であるのに対して配慮権は法律上の制度であり、基本法 6 条 2 項 1 文の親の権利は「制度的保障 (Institutionsgarantie)」としても理解されることを確認した。そのうえで、「親の配慮」に関する法律規定が「親の権利」に関する基本法 6 条 2 項 1 文を「形成の枠」の中で具体化するものとしてとらえた¹³。彼によ

12 横田・前掲注 6 191 頁。かつてはヘーベルレに限らずフリードリヒ・クライン等により、民法上の親権諸規定は憲法上保障されるとする「民法規定の優位」思考が採用されていた。しかしその一方で、「民法上の親権諸規定は親の権利の市民的法秩序領域における具体化にすぎない」とする憲法の優位思考も次第に現れてきたが、それらの見解は憲法上の親の権利との関係での法律規定（立法者）の位置づけについて理論的に必ずしも明確にはしていなかった（横田・前掲書 6 192-193 頁）。ヘーベルレの憲法論の全体像とわが国における評価については、畑尻剛「P・ヘーベルレの憲法論とその批判」DAS研究会編『ドイツ公法の理論の受容と展開』（尚学社、2004年）143-175頁参照。

13 Holzhauser, Verwandtschaftliche Elternstellung, verfassungsmäßiges Elternrecht und elterliche Sorge, FamRZ 1982, S. 113. このホルツハウアーの見解には、所有権論やヘーベルレによるいわゆる「制度的基本権論」等において、基本法と法律の関係についての「動的」理論モデルが既に提示されていたという事情や1979年に民法の「親権」に関する諸規定が大幅に変更されたことが影響しているのではないかと推測されている（横田・前掲書 6 191 頁以下参照）。

って明確に示された「憲法優位」思考は、以降の学説においてより具体的に示されることになった。

②以降の学説

例えばシュミット・カムラーは、基本法 6 条 2 項 1 文が個人的な親の権利と並んで「親の権利」という客観的法制度を保障することを認めたとうえで、この点に関して、その内容を規定する立法者には客観法による制約のみが課されていると理解される所有権とは異なるものと理解する。そして、所有権についてそのように理解したうえで彼は「親の権利」については立法者による具体化は認めるものの、親の権利が主観的権利として基本法自体において抽象的には規定されているとしている¹⁴。

このように親の権利については憲法優位思考が次第に有力となり、立法者による具体化が必要であるとしても、憲法上既に抽象的にはその内容が規定されているとするのが通説的理解となっていく¹⁵。

今日判例・通説に完全に同調はしないがその影響力の大きさゆえに有力説と分類されるべきイエシュテットは、多少表現は異なるものの、ホルツハウアーの見解を引用したうえで憲法上の「親の権利」の内容理解が法律の内容形成において決定的な意味を有することを認めている¹⁶。すなわち、「親」概念は法により特徴づけられた制度であり内容形成された形式であるが、「親」「婚姻」「所有権」といった憲法概念は議会制定法上の内容形成に制度的保障という形態で限界を設定しかつそれにより保護された法制度の本質的メルクマールを有する¹⁷。その核の内容については、必要な箇所に触れたうえで、(7) で述べる。

(2) 権利主体

①親

基本法 6 条 2 項 1 文は制度的保障であるが、これによって確保される核の領域には、実際に子どもに対する養教育責任を行使する生物学上の親である男女がいるとされる¹⁸。しかし、生物学上の親の保護が制度的保障に含まれるかは必ずしも明確ではない¹⁹。その親が婚姻してい

14 Schmitt-Kammler, Elternrecht auf schulisches Erziehungsrecht nach dem Grundgesetz, 1983, S. 19 ff.

15 横田・前掲書 6 194-195 頁。

16 Jestaedt, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff(Hrsg.), Bonner-Kommentar zum Grundgesetz, 171. Aktualisierung, Heidelberg 2015, (75. Lfg. Dezember 1995), Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 56, 64, 65. 17 a.a.O., Rn. 56.

18 Brosius-Gersdorf, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl., 2013, Band. I, Art. 6, Rn. 147

19 a.a.O., Rn. 147.このことに関する判例・学説として、婚外子の父を基本法 6 条 2 項における「親」と認めた事案、BVerfGE 92, 158(176 f.);Burgi, § 109 elterliches Erziehungsrecht, in:

るか離婚しているか、どの範囲で養教育責任を負っているかそしてその扶養や後見状況はその主体性に影響を及ぼさない。生物学上の父であるが法律上の父でない者（いわゆる「生物学上の父」）も子どもの法律上の父になれば、親の権利主体となる²⁰。立法者は親子関係について原則として形成の自由を有し、生物学上の親とは異なる人間に子どもについての法的責任を負わせることもできる。こうした法律上の親も、基本法6条2項1文の権利主体となる。逆に、基本法6条2項1文の保護を容易に享受できる生物学上の親とは異なり、法律の帰属（Zuweisung）基準に従ってのみ親の権利主体となる。つまり、いわゆる社会的親子関係は議会制定法上の親の役割の帰属なくして親の役割を果たすことができないのである。養子、里親、ステップファミリーの親そして祖父母が基本法6条2項の親の権利主体になるかは争いがある。

②子ども

基本法6条2項には子どもの存在は規定されていない。子どもの基本権の詳細については、3. で扱う。

(3) 親の権利

①自然的権利としての親の権利

(i) 基本法成立当時の議論状況

基本法6条2項は文言上明らかに親の権利を「自然的権利」と定めているが、ここで「自然的権利」とは何かが問題となる。

この議論については、ワイマール憲法時代の「自然的権利」をめぐる議論²¹の他にも、基本法成立過程において親による学校の基本形態の決定権の根拠として親の自然権が挙げられたこと²²や、戦後の「自然法の再生」と呼ばれる法理論状況が生じていたことに留意しなければならない²³。このような状況の中、基本法成立当初は自然的権利=自然権説が盛んに唱えられていた。例えばカトリック教徒であるマウンツは、自然法論に立脚し、基本法6条の親の権利を「自然法上の教育権」と理解したうえで、条文上これと親による学校形態の決定権が結びづけられなかった点を批判的に指摘している²⁴。

(ii) 自然法論退潮に伴う自然権学説の変化

Merten, Papier(Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band. IV, 2011, Rn. 82 参照。

20 a.a.O., Rn. 147.

21 ワイマール憲法120条も親の権利を「自然的権利」と規定していたため、カトリックの「親の権利」論とこれに対する批判の間で激しい議論が繰り広げられた。詳細については、横田・前掲書676頁以下参照。

22 詳細については、横田・前掲書699-108頁参照。

23 横田・前掲注6117頁

24 Maunz, Deutsches Staatsrecht, 1951, S. 72.

1950年代になると自然法論に退潮の兆しが見え、自然権学説の様相も変化する²⁵。例えばクラインは、以下のように述べて親の権利が自然権であることを肯定したが、自然法論に立脚して親の権利を実親にしか認めない見解を批判した²⁶。彼の自然法論に関する記述は以下のとおりである。

まず基本法6条2項1文は、基本権の性質をもつ人権を規定している。基本法6条2項1文は客観法的なプログラム規定、制度的保障、原則規範、解釈基準にとどまらず公権の意味での基本権をも基礎づけている。これは明らかに親の子どもの養育と教育（をやる権利）を、国家によって与えられたものではない「自然権」として特徴づけている。親の権利は「自然権」として子どもの事柄に関して国家を含む他の因子よりも優先されるが、限界が存在する。その限界は、「子どもの養育」と「子どもの教育」の概念から内在的事物的限界、「親」という概念からの内在的人的限界、例えば（基本法6条）2項2文の11条2項との関係から生じるような「体系的物的」限界である。また、憲法から直接導き出される一般的な留保の限界が挙げられる。つまりまず親の権利は子どもを含む他人の権利によって制限され、基本法7条の国家・学校の教育権によっても制約される²⁷。

このような自然権的解釈は、いわゆる自然権論の退潮に伴い衰退し、連邦憲法裁判所もいずれか判断し難い立場をとるようになる。連邦憲法裁判所はたびたび次のように判示している。

「この『自然的権利』は国家から親に与えられたものではなく、国家によって所与の権利として認められるものである。「親は原則として国家の影響及び介入をうけることなく、自身の考えに基づいて、どのように子どもの養育及び教育を展開して親の責任を果たそうとするかを決定することができる²⁸」。

横田は、こうした連邦憲法裁判所の傾向について「『自然的権利』であることは国家介入に対する親の優位及びそれと結びついた親の権利の防御権としての性格を根拠づけ、あるいは強調しているに過ぎない²⁹」と分析している。自説もこの点について異論の余地はないと考えるが、本稿の関心上この論点をもつ今日の意義について学説をもとにもう少し考察したい。

(iii)今日の学説状況と考察

まず、今日の学説状況においてマウンツは多少表現を変えているものの、基本法6条2項がその核心において自然法を基礎とすると理解できる³⁰、としている。けれどもこの見解は、今日の少数説とみてよいだろう。

25 横田・前掲注6 119頁

26 von Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2.Aufl., 1957, S. 94-97, 146, 271ff.

27 a.a.O., S. 273.

28 生徒相談員事件、BVerfGE 59, 360(376); 民法1666条1項の合憲性が確認された事案、60, 79(88).

29 横田・前掲注6 123頁

30 Maunz, Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 1958, Art. 6 Rn. 22.

次に、論者によっては自然法論に近いと評される 31 オッセンビュールは、親の権利が連邦憲法裁判所によって「自然的権利」と表現されたことについて、これは親の教育権が「自然的」権利として根源的な権利であることを意味し、国家によって前もって与えられた権利ではなくその介入にあたっては正当化が必要だとする³²。マウンツよりも自然権論から距離をおいているが、この見解は自然権よりのものと理解するべきだろう。

それでは、自然権を否定する見解とはいかなるものなのか。まず、ベッケンフェルデは、「自然的権利」について、これは自然権ではなく自然的な親子関係を想定したものであり、その限りで国家により親の権利は作られあるいは固定されたものではないということの他にも、書かれざる保障が及ぶと理解している³³。

更に、ケスター・ヴァルチェンは、マウンツの見解を紹介した後にそれでも親の権利の自然権的性格は実体的な憲法との間で問題になるとしている³⁴。シュミット・カムラーもこれに連なる³⁵。

最後に、ロバースは、「基本法 6 条 2 項における『自然的』の性質は、(第一に) 法が原理的に親子関係を生物学的事実と結びつけかつ基本法 6 条 2 項は子どもに生を授けたもの全てに当然に通常子どもの養教育の責任を引き受けるという仮定に言及している」という通説の立場をとる。彼によれば親子関係の全ての形式を基本法 6 条 2 項は包括することになる³⁶。

なお、家族法の国際化の観点から、念のため欧州人権裁判所における「*familie naturelle*」の定義も確認しておこう。欧州人権条約 8 条は、「(1) 全ての者は、その私生活、家族生活、住居及び通信の尊重を受ける権利を有する。(2) この権利の行使に対しては、法律にもとづき、かつ、国の安全、公共の安全若しくは国の経済的福利のため、無秩序若しくは犯罪の防止のため、健康若しくは道徳の保護のため、または他の者の権利及び自由の保護のため民主的社会において必要なもの以外のいかなる公の機関による干渉もあってはならない」とする。また、同条約 12 条は「婚姻することができる年齢の男女は、権利の行使を規制する国内法に従って婚姻しかつ家族を形成する権利を有する。」としているが、これは婚姻に基づく家族のみを保護する趣旨ではない。つまり、婚外子の父や母もその保護を享受する。このことが、「*familie naturelle*」、

31 Burgi(Anm. 19) Rn. 20. もっとも、オッセンビュール自身は基本法 6 条 2 項において自然権論争をする意義を疑問視している (Ossenbühl, Das Elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, 1981, S. 46.この指摘について、横田・前掲注 6 123 頁)。

32 a.a.O., S. 47.

33 Böckenförde, Elternrecht – des Kindesrecht des Staates, in: Essner Gespräche zum Thema Staat und Kirche 14, 1980, S. 94.

34 Coester-Waltjen, von Münch/Kunig(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl., Art. 6, Rn. 69.

35 Schmitt-Kammler(Anm. 14) S. 14ff.

36 Robbers, in; von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl., Art. 6 Abs. 2, Rn. 52.

つまり「自然的家族」と称される³⁷。

わが国ではドイツの親の権利は「憲法によって表現される基本原理としての地位にまで高められ³⁸」た、あるいは、先述した通り「国家介入に対する親の優位、更に親の権利の防御権としての性格を特に強調するもの」と理解される³⁹。ただ、ドイツの現在の学説をみる限り自然権よりのものとそうではないものがあり、たとえ後者であっても前者の要素を完全に否定することは難しいように見える。その点では、オッセンビュールの見解が妥当ではないかと思われる。もっともこのような自然的権利の主な意義は、今日は婚姻と結びつかない親子関係の保護に資することであり、学説状況については国際法の類似概念との異同までも視野に入れた議論が展開されているということがいえよう。

なお、自然的権利をめぐる議論の意義についても一言づけ加えておけば、ヴァプラーによる親の権利を自然権ととらえる政治家への戒めが挙げられよう。すなわち、彼女は親の権利は制度的保障を前提とした自然的権利である⁴⁰と理解し、「自然権=自然的権利」という図式を否定する。たとえ自然的権利が自然権に接近しようとも、ここで検討したような議論を無視して政治の場で自然的権利概念が恣意的に扱われてはならない。この点にもまた自然的権利をめぐる議論を今後も展開する意義があるといえる。

こうした自然的権利である親の権利は、基本法 6 条 2 項をみると権利と義務が定められている。それではこの権利と義務は、具体的にいかなる内容・性質を有するのであろうか。

②防御権としての親の権利

権利としての親の権利は、国家が家庭教育に介入することから防御する力を親に認めている（防御権）。これは、連邦憲法裁判所も認める権利である⁴¹。この権利としての親の権利が親の人格的利益に結びつくかについて議論がある。そもそも基本権は自己のために行使するものである。しかし、親の権利の基礎づけはまず第一に養育・教育を必要とする子どもの権利ないし福祉であると理解されるために、そのような権利を親が自らの利益を守るために行使することが無条件に認められているかについては疑問である。しかし、今日でも例えばヘーフリンクのように親の権利を親の自己発展の利益に結びつける見解も存在する⁴²。

37 この類似概念の指摘について、a.a.O., Rn. 52.

38 西原博史「親の教育権と子どもの権利保障」早稲田社会科学総合研究 14 巻 1 号（2013 年）66 頁

39 横田・前掲 6 125 頁。

40 Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 150.

41 「基本法 6 条 2 項は、指針としての意味と同時に親の教育権への国家の許されざる介入に対する防御権を認め、その限りで直接適用される権利として裁判所をも拘束する」（親の学校教育権の所在が争われた事案、BVerfGE 4, 52(57)）。

42 Höfling, Elternrecht, in:Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VII, 2009, § 155, Rn. 16. 親が国家や子どもの教育奴隷になることを回避するために（Sanders,

こうした親の権利は、子どもとの関係では子どもに対して拘束力ある決定を一方的に行う法的力（Rechtskraft）が含まれていると理解されている⁴³。

この「権利」としての親の権利は、古典的な「国家との関係における自由権」でもあり、その内容として先述した防御権と自由権を有している⁴⁴。

（4）親の義務

①基本義務としての親の権利

親の教育権は加えて奉仕する基本権である。この基本権は原則として、子どもの福祉の範疇で行使される。それはひとえに親の基本権の基礎が第一に子どもの基本権、利益あるいは福祉にあるからである⁴⁵と説明される。ここでいう「子どもの福祉」は、大別すると親の権利を外から限界づける「消極的・子どもの福祉」、親の権利を方向づける「積極的・子どもの福祉」にその機能の観点から分類される⁴⁶。親の権利は子どもの養教育義務と不可分に結びつき（「親の責任」）、立法者によりその義務はより詳細に内容形成される。この義務は基本義務の1つと考えられている。そして、この義務は親に不作為の自由を認めない⁴⁷。

しかし、その義務の性質については争いがある。例えばヘーフリックは、この親の義務を国家に対する義務ととらえる。しかし、それだけではなくこの義務を子どもに対し行使する義務ととらえ、この義務は子どもの側から子どもの親による養教育を受ける権利として把握される

Mehrelternschaft, 2018, S. 134) このような理論構成に至ったと考えられる。この考えをあくまでも子どもの養教育を通じて実現される反射的利益にすぎないという見方（篠原永明「憲法と親権制度」比較法研究 31号（2019年）21-22頁）もあるが、先述した危険性を回避するため親の権利を単なる反射的利益とみなすべきではないだろう。

43 Jestaedt, Kindesrecht zwischen Elternverantwortung und Staatsverantwortung, Brühler Schriften zum Familienrecht Band 19, 2016, S. 69f.

44 Böckenförde (Anm. 33) S.94.

45 エイプリルフル判決、BVerfGE121, 69(92)等。なお、「子どもの福祉」という用語は比較的民法学上用いられることが多いが、「子どもの利益」と特に区別なく用いられているようである（篠原・前掲注2 190頁）。それは、家族法上の親権（配慮権）思想が憲法上の親の権利学説に強い影響を及ぼしたからであろう。本稿では論者と問題意識を共にするヴァプラーに倣い前者を基本的に用いるが、文献の引用においては執筆者の意図を尊重して使われている用語を表記する。また、「子どもの利益」と「子どもの福祉」の基礎法学上の関係については、3. (5)で述べる。

46 この考えの大元は、ケスターの機能による子どもの福祉の分類である。詳細については、横田・前掲注6 570-571頁参照。

47 Jestaedt(Anm. 43) S. 72.

と考える⁴⁸。イエシュテットらはこの義務を憲法上親の権利に内在する直接の限界づけ（Begrenzung）あるいは親の自由の実質的内容（保護領域）の消極的な事実上のメルクマールと理解する。そして、子どもの福祉を支援することを意図した親の行為のみが基本法6条2項1文において保護されると考える⁴⁹。つまり、子どもの福祉に反する行為は最初から親の権利の保護領域に属さないということになる。しかし、このような見解は、親の権利の実質的保護領域をいたずらに縮小させる恐れがあり、採用するべきではないだろう。

また、親の権利と子どもの福祉の関係について、連邦憲法裁判所の判例分析をもって親の義務を広範にとらえすぎているという見解もある。詳細については、判例を交えて後述する。

②特殊説の台頭及びその見直し

こうした親の権利は、先述した今日の解釈に至るまでに幾度かの変遷を重ねている。この点について、以下ではいくつかの論点について触れつつ確認する。

【親の権利の性質理解の歩み⁵⁰】

段階	内容
第一段階（親の権利の権利としての側面を強調）	<ul style="list-style-type: none"> ・親の権利の権利としての側面が強化される。 ・親の権利と子どもの権利の関係について、後者が前者を限界づけると理解される。 → ・親の権利は親自らの人格権のあらわれであると理解され、人格を自由に発展させる権利（基本法2条1項）を更に具体化したものと理解される（同質説）。
第二段階（親の権利が子どもに奉仕する側面を強調し、他の基本権とは異なるとする特殊説へと移行する段階）	<ul style="list-style-type: none"> ・親の権利の性質について、子どもに奉仕する側面が強調される。 ・子どもの側から親の権利をとらえようとしながらも、一方で第一段階の見解を引用する。 ※国家の介入に対する家族の自律が、基本法1条、2条1項といった個々の家族構成員の利益により基礎づけられる。

48 Höfling (Anm. 42) Rn. 155.このような親の義務理解が、後述するエイプリルフール判決を好意的に評価する見解につながったとみられる。

49 Jestaedt (Anm. 16) Rn. 158; Brosius-Gersdorf (Anm. 18) Rn. 65.

50 性質理解の歩みについては、主に前原清隆「親の教育権の概念規定に関する一側面——西ドイツにおける論争を契機として——」長崎紀要 30 卷 2 号（1989 年）285-307 頁、横田光平・前掲注 6 を参考にした。

<p>第三段階（特殊説が定着し、親の義務が優先して語られる一方で、親の権利が固有の権利としての側面を有するのではないかという疑問が提起される）</p>	<p>対外的意義：防御権 対内的意義：子どもの福祉が親の教育及び行為を支配する規準となる。親の権利が自己実現の基本権ではなく子どもの発達を支援する基本権である限り、親の権利は基本権であると同時に義務である（親の責任）。 ・子どもの発達に伴い、親の権利（教育権能）及びこの機能に対する国の干渉に対する防御権が徐々に弱くなる（減少説）と考えられる。 ・信託的性質への疑問から、信託的性質を否定あるいはその範囲を限定する。 →憲法上の親の権利若しくは民法上の親権について親の義務を語りつつ親固有の権利性、親の利益、親自身の自己実現の契機を強調する混合説の台頭とそれに対する積極的な根拠づけの要請。</p>
<p>第四段階（子どもの基本権が具体化される）</p>	<p>・1968年に連邦憲法裁判所により主観化した子どもの国に保護や支援を求める基本権が具体化する。</p>

ドイツの親の権利学説は、上記図の通り①親の権利の権利性を強調する段階、②親の権利の義務的側面を強調する段階、そして③親の権利の利己的側面を再び主張する段階ないし固有の権利性を模索する段階を踏んでいるが、この段階までは既にわが国において詳細な先行研究が存在する⁵¹。そのため、第三段階まではその概要を述べるにとどめ、新段階である第四段階を次節で重点的に検討する。

(i) 同質説から特殊説へ

第一段階（前掲図表参照）では、親の権利の権利的側面に注目した見解が多くみられる。例えば、ペーターゼン、フォン・マンゴルド、クラインが挙げられる。彼らは親の教育権を親自身の人格の自由な発展の権利と結びつけ⁵²、子どもの権利という観点からは、親の権利を限界づけ

51 横田・前掲書 6、西原博史『良心の自由 [増補版]』（成文堂、2001年）122-178頁、前原・前掲論文、同「学校制度と教育基本権——ドイツ連邦共和国における教育改革を素材として——1・2完」名古屋大学法政論集 106・107巻（1985・1986年）227-273、71-116頁、横田守弘「親の教育権と国家の『監視』1・2完」西南学院大学法学論集 21巻 1・4号（1988・1989年）67-95、59-86頁、「学校教育と親の基本権——西ドイツの議論を素材として——1・2完——」民商法雑誌 96巻 1・2号（1987年）1-32、179-207頁が代表的な研究業績である。

52 Peters, Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schulen in; Bettermann/Nippersey/Schuner

る「他人の権利」一般の問題として意識されるにすぎず⁵³、たとえ親の決定に危険が伴うことであろうとも、より高位の価値である国家的強制からの防御ゆえにあえて甘受されることになる⁵⁴、と理解した。その結果、子どもの権利は十分に顧慮されることはなかった⁵⁵。

第二段階（前掲図表参照）では、親の権利の義務的側面（基本義務）に注目した見解が多くみられる。例えば、クライン、シュタインが挙げられる。ここでは、シュタインの見解を確認する。

シュタインによれば、親の権利は自然権ではなく、家族の根源的権利として、あるいは人権として普遍的な、奪われることのない、放棄しえない親のわが子の教育という私的にして公的な（子どもの成熟に従ってなくなる）権利である。親は子どもの人間の尊厳により、自己の教育権を子どもの代弁者として、つまり、子どもの福祉のために信託的に行使するように拘束されている⁵⁶。彼の学説こそが信託説の源とみられ、オッセンビュールをはじめ複数の学説における信託説の基礎となる。ここでいう「信託」とは、一般に親の教育権を子から委ねられたものであるという思想を意味する⁵⁷。もっとも、「信託」概念の詳細についての理解は論者により異なる。

（ii）信託をめぐる議論から見た親の権利理解の多様化

第三段階（前掲図表参照）では、信託説の隆盛のほかに親の利己的側面に再び注目が集まり、ひいては親固有の領域へと関心が向けられる。

まず、この段階では、信託説が定着する一方で、その懐疑が確認できる。

信託説は、ベッケンフェルデ、オッセンビュール等複数の論者により親の権利に定着することになるが、その一方でフェーネマンらによる懐疑があげられた。

この信託というキーワードに着目することにより、親の権利の特殊性を論者がどのように理解を試みているかを垣間見ることができる。したがって、本稿では以下にその議論を整理する。

i) 信託説肯定派

信託説を最初に提唱したのは、第二段階で扱ったシュタインであるといわれている。

そして、オッセンビュールは、親の権利は他の基本権とは異なり外面と内面に分けられ、前者は親の教育権の防御権の内容と関係するとした。その一方で、後者は親と子どもの関係であり、シュタインの法哲学及び実体法上の根拠を用いて親には子どもの教育義務が課されている

(Hrsg.) , Die Grundrechte, Band. 4, 1 Halbband ,1960, S. 373ff.

53 von Mangoldt/ Klein (Anm. 26) S. 273ff.

54 Peters(Anm. 52) S. 373ff.

55 前原・前掲論文 50 292 頁

56 Stein, Die rechtsphilosophischen und positivrechtlichen Grundlagen des Elternrechts, in; ders/Dombois, Elternrecht, 1958, S.10f.

57 西原博史『子どもは好きに育てていい―「親の教育権」入門―』（NHK出版、2008年）100頁

とする。親の教育権が奉仕する基本権である限りにおいて親の自己実現に関する権利は主要なものではなく、むしろ子どもの発達支援に関する基本権でありいかえると基本権でもあり基本義務でもあるとしている⁵⁸。

オッセンビュールは、「信託思想」を基本法上の議論として整理し、「信託の自由」と表現した。ここにいう「信託の自由」を彼は放送の自由（基本法 5 条）の問題と積極的に結びつけた⁵⁹。

また、ベッケンフェルデは、信託という性質は子どもに対する親の義務から生じると理解し、信託という考えについて以下のように述べている。

「信託思考は、親の権利が子どものためのものであり、かつ子どものために行使されるものだというを示すものである。親の地位という自分のための権利と親の地位から生ずる、信託的に拘束された、他人のための権利との区別は、私の考えからすれば一歩進んだものであり、そして何か具体的なものをもたらすのである⁶⁰」。

もともと、ベッケンフェルデは親の権利に信託という性質が付随することを認めながらも親の権利を義務的地位に解消することは誤りであるとしている。彼によれば、「固有の権利及び固有の利益は親の教育<への (auf) >権利において認められ、義務拘束、信託的地位及び利他性は、教育権<からの (aus) >権利において認められる。憲法は、子どもの養育及び教育は権利及び義務としてかされるのは親であって他の誰でもないという親の権利を、親の利益及び要求を考慮し、それを保護する、親の主観的な固有の権利として保障する。憲法はそれに対して、教育権<からの (aus) >権利及び権限を、……子ども及びその人格発展のために認められ、存在し、子どもにとって受託者的に、その権利及び福祉に関連づけて行使しなければならないものとして保障する」。そして、国家の行為が「親の教育権への個別的な介入措置であるか、それとも親の教育権の喪失/否認であるかによって区別されなければならない。後者においては、親の教育権<からの >権利ではなく、同時にこの教育権<への >権利も関係している。後者の権利は、親の固有の、そして利己的でもある主観的権利として保護されるのであり、したがって非難し得る有責行為がなければ否認し奪うことはできない⁶¹」(<>内はイタリック体)。

これまで紹介した論者に対し、シュミットーカムラーは明確に親の権利には信託が及ぶ範囲とそうではない範囲があると主張する。

シュミットーカムラーによると、まず基本法 6 条 2 項 1 文による親の教育権の内部には親の教育権あるいは親の子どもへの人格形成作用をもたらす権利と、外側への代表権、すなわち子どもの基本権の代理が区別されるべきである、前者の親の作用権の一部は、あらゆるその中身

58 Ossenbühl(Anm. 31) S. 48 ff.

59 ここで彼のいう「信託の自由」とは、「受託者の自由」ではなく、受託者が他人の利益の範囲で活動することを意味する。

60 Böckenförde(Anm. 33)S. 68.

61 a.a.O., S. 68f.

が客観化されていない子どもの基本権の内容を決定する権限である。

次に、基本法 6 条 2 項 1 文において述べられた家族の親の教育権は、内在的な制約のみ有しているという。その他の内容上の拘束は存在せず、また、基本法 20 条の変更不可能な国家構造規定あるいは基本法の「人間像」に拘束される。

そして、シュミット-カムラーは、親の権利を防御権であると同時に制度的保障であるととらえる。彼の従来の学説と同様に親の権利は権利と義務の双方を備えており、基本法 6 条 2 項 1 文は親の権利行使について子どものために行使するという部分にのみ「信託的」地位が認められる⁶²。

このようにシュミット-カムラーは、ベッケンフェルデよりも広い範囲で親の権利の信託的性質を一部の場面で否定することになる。それに対し、信託説を完全に否定する見解も確認できる。

ii) 信託説懐疑派

例えばフェーネマンは、次のように述べている。

「広く普及した見解によれば、親の権利は子どもの受託者として行使するものであり、そのさいしばしばこれは親の権利に特有の自己本位性がないことを強調される。けれども、信託制は財産法由来の 1 つの概念であり、既にこの概念は財産法のものであり、親の権利と義務的地位には適用することはできない。なぜならば、そのことは信託者という地位に適合えないからである。(財産法の) 受託者には独立した権利としての他人の権利が委ねられているからである。それに加えて、信託が他人のためにも自分のためにも根拠づけられる」。そして、親の権利は委ねられた子どもの権利ではなく、独立した本来の権利である⁶³。

こうしたフェーネマンの信託説懐疑説は、「親の権利が子どものためのものである=親の権利は親の自己実現の余地を認めていない」という図式を否定するイエシュテットの理論⁶⁴に貢献したとみられる。

iii) 信託説をめぐる議論の多様化及び信託説の未来

今日では、信託説をめぐる議論は多様化している。また、その先に信託説の概念化をとる見解も確認できる。

例えばブルギは、フェーネマン同様親子関係に信託という概念を使用しない。彼は親の教育権は、親の自己決定の自由であるとする。しかし、これは子どもの福祉に関する自由であり、かつ子どもの利益の範疇で行使される自由権である。もっとも、「子どものため」の権利であるということは、親の教育権が「奉仕する自由、例えば基本法 5 条 1 項 2 文で述べられる放送の

62 Schmitt-Kammler (Anm. 14) S. 20.

63 Fehnmann, zur näheren Bestimmung des grundgesetzlichen Elternrechts, DÖV, 1982, S. 356 ff.

64 Jestaedt (Anm. 16) R. 28, 30. イエシュテットは信託説を肯定するが、その一方で本文で述べたような立場をとる。

自由の自由」ではないとされる。なぜならば、基本法 6 条 2 項 1 文においては、子どもそして親の三者関係が原因で構成される個人の自由権が問題になるために、補足的に客観法上の要素の根拠づけが問題になるに過ぎないからである。したがって、連邦憲法裁判所による「奉仕する自由」「信託者の」あるいは「利他的な」基本権というのは、条文解釈の拡張であり採用できないとされる。つまり、たしかに親の権利は条文上明確に子どもの養教育を義務づけられているが、子どもが関わっているために独立した基本義務の問題ではないという特性を有しており、オッセンビュールがいうような国家との外部関係における構想は問題とならず、親の権利は単に消極的な自由ではなくその義務の基準は子どもの福祉という基準であるという特性はあるが、その他の特徴づけは不要なのである⁶⁵。

このような理解は、親の権利の特殊性を基本法上の条文からシンプルにとらえたものといえよう。

その一方で、わが国では信託という概念自体についてホフマン＝リームの理論が検討されている⁶⁶。またドイツでは、民法学者のレーニツヒが関係者が他者の利益を他者のために行使しなければならぬ信託関係を連邦憲法裁判所が「他者のための権利」と表現していると主張する⁶⁷。このように、信託をめぐる議論は多様化している。その一方で、信託概念は「親の権利の比喩的描写であり、その内容は不明確⁶⁸」であることを指摘する声もある。それはすなわち親の権利論の多様化を意味するものといえる。

(iii) 特殊説と混合説の争い

また、親の義務と関連して親の権利の法的性質に関する重要な争点がある。それが、いわゆる混合説と特殊説の争いである。今日の通説は、後者であるとみられる。

特殊説とは、親の権利を他の基本権とは異なる独自の権利であると理解し、親の権利を国家に対する関係では自由権ととらえ、親の義務がその「本質を決定する構成部分」を成し、子どもとの関係においては子どもの福祉が指針となると理解する考え方である。何が「子どもの福祉」であるかについて「親の解釈優位」を設定することにより、親の自律が確保される。

混合説とは、特殊説（及びそのコローリーとしての「親の解釈優位」の考え方）を否定する考え方である。子どもの福祉を離れて独立した親自身の自己実現を保障しようとする。一部の混合説は、特殊説を親の権利の権利性を否定するもの（権利性否定説）と扱う⁶⁹。この点について、後に詳述する新説との関係からもう少し立ち入ってみたい。

65 Burgi (Anm. 19) Rn. 28.

66 波多江悟史「信託(Treuhand)の思想：ヴォルフガング・ホフマン＝リームの憲法理論」早稲田法学会誌 65 巻 1 号 (2014 年) 353-410 頁。

67 Löhnig, Früher hatten Eltern viele Kinder-heute haben Kinder viele Eltern, 2015, S. 17.

68 Schulze, Elternrecht und Beschneidung, 2017, S. 88.

69 横田・前掲書 6 575-576 頁。「特殊説」「混合説」という名称及び両者の区別は同書に従ったものである。

親の権利について特殊説が台頭し定着した 1970 年代末以降に、「家族」の観点が浮上してくるという状況を背景に、「家族」の観点、場合によっては基本法 6 条 1 項の「家族の保護」と結びつけて、それまでは、親の権利は他の基本権と同一のものであるとする同質説の立場から批判されていた特殊説が一般的に否定されるようになった。

i) シュミット・グレーザー

まず、シュミット・グレーザーは、次のように「家族」を理解したうえで、特殊説を否定する。

基本法の家族像について、①親子関係は私的法関係であること、②親子関係は最初はとりわけ閉鎖的でほとんど内向的な関係であり、子どもが成長するにつれて有機的に徐々に社会へと開かれ、この意味で、成長とは次第に社会へと出ていくこと、そして③子どもが成長するにつれて次第に社会に対して開かれる「閉鎖的な家族」の保障は、基本法によって望まれた人間の人格を保護するために不可欠である。そのうえで、国家によって占拠されず、法的に統制されない家族においてのみ、親の個性に方向づけられ、それ故他の子どもとは異なる独自の人格が発達し得るのであるとする。彼によれば、子どもの「人格は、親、場合によっては兄弟姉妹をみながら小さな共同体の温かさの中で時宜を得て隣人愛を受け、そして与え、思いやりを学び、他人に対する義務を果たす。この意味で家族は<人格の学校>であり、意見や考えの多様性に依拠した自由な社会の重要な要件としての文化的多元性の基礎である 70」(<>内はイタリック体)。

シュミット・グレーザーは家族の価値、その国家介入に対する優位を強調し、この基本的立場に基づいて以下のような見解を展開した。

前提として基本法 6 条 1 項と 2 項の関係について、彼は両者が「相互に補い確認されるものである⁷¹⁾とし、そして、「一方で原則として『国家から自由な』生活領域としての家族の保護、他方で親の教育優位の保障が同様に、子どもの養育及び教育の必要並びに個性や独創性はまさに私事において発達させられうるという事実を正当に評価している⁷²⁾」のであるとする。そして、次のように述べる。

「基本法 6 条の意味は、まさに『私事の領域』が残され、その中で家族及びその構成員ができる限り規制されずに自然のままずっとのぼされるべきであるということにある。つまり、ここでは原則として規範化されない人間の展開範囲という意味での自由『領域』の保障としての基本権の古典的理解が未だ有効である。基本法 6 条の意味及び目的は、家族自身に意味づけを委ね、どのように、そしてどのような目標に向けて子どもを教育するかを親の判断に委ねるこ

70 Schmitt Glaeser, Die Eltern als Fremde—Verfassungsrechtliche Erwägungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der elterlichen Sorge—, DÖV 1978, S. 633.

71 Schmitt Glaeser, Das elterliche Erziehungsrecht in staatlicher Reglementierung, 1980, S. 41

72 a.a.O., S. 42, 63.

とにある⁷³」。

しかし、彼は「この『親の権利』をくもっぱら>子どものために存在する権利と評価するのは適切でないだろう。」として、特殊説を否定する。つまり、特殊説のコロラリーである親の解釈優位を否定することになる。ここで彼は特殊説を「家族」の観点と結びつけて否定している。すなわち、次のように述べている。

「利己的な親の権利と子どもの利益との結合において、基本法6条2項1文の意味での基本権が<家族のための>権利であることが明らかになる。この権利は、自由主義的国家共同体及びその政府を責任をもって維持し得る次世代を確保するために基本法が望む、成長途上の人間が『家族の懷で』人格的に発達することを可能にするために必要な自由を国家に対して保障すべきである。共同体のため、子どものため、そして親のために。したがって、この基本権はその本質において親の権利だけでも子どもの権利だけでもなく、その両方である。それは家族権であり、その主張は家族の自然的な長としての親に自己の責任において委ねられている⁷⁴」(<>内はイタリック体)。

この見解は「親と子どもの間の関係に関する問題と国家に対する家族の自律の問題を混同しているように思われるが、一応『家族』の観点と結びつけて『親の権利』についての」混合説を主張するものと理解される⁷⁵。

ii) フェーネマン

次に、同じく混合説に立つのが先述した信託説を否定するフェーネマンである。彼は特殊説に対し、以下の様に反論する。

「利他的及び(否) 利他的といったカテゴリー」「の適用は親に無情な自己否定を要求することになる。それに対して、全体としての家族の福祉を考慮に入れることが適切であり、それはもちろん子ども、あるいは子どもたちのための親の『利他的な』努力の総和と同じではない。既に教育的考慮から、親は子供に家族の全構成員の利益への配慮を要求しなければならない、そうであるならば、子どもの福祉はまさに親自身の利益を尊重することを要求する。たしかにそのような公式化は利益という用語の矛盾もまさしく論証している。しかし、本質においては、自らの利益も考慮することがいかなる場合でも法的に許否されるべき親の行為ではないことは明らかである。加えて、多くの子どもを持つ親はそれぞれの子どもの利益、福祉を念頭に置かねばならず、それは子どもたち相互の関係においても互いに影響を及ぼしあうものである、ここでは親の行為の利他性を求めることでは何も得られないだろう⁷⁶」。

この見解は、「全体としての家族の福祉」という観点から混合説を導いており、その限りでシ

73 a.a.O., S. 42, 63.

74 Schmitt Glaeser(Anm. 71)S. 633.

75 横田・前掲書6 340頁。

76 Fahnemann(Anm. 63)S. 357.

シュミット・グレーザーの見解とはやや趣が異なる⁷⁷と理解される。

iii) シュミット・カムラー

更に、信託説でも触れたシュミット・カムラーの見解を参照しよう。彼の「親の権利」理解は以下のとおりである。

「基本法 6 条 2 項 1 文は、国家の妨害をうけることなく子どもに影響を及ぼす権利、本来の教育権（狭義の教育権）を親に認める。」「本来の教育権と並んで親の権利には第二の要素がある。親は、子どもの権利（とりわけ基本権）を外に向けて主張する権限をも有している。その場合には、親は子ども＜に（auf）＞影響を及ぼすのではなく、子ども＜の代わりに（für）＞一種の『受託者的』地位において行動する⁷⁸」（＜＞内はイタリック体）。

彼の場合、信託の箇所ですべてのように「子どもの権利を外へ向けて主張する権限」については「信託的」との表現が用いられている。しかし、彼によれば先ほどの要素についてのみ『信託的』との表現が用いられるべき」であって、親の権利全体については次のような見解が示されている。

「親の権利の根拠はもっぱら子どもの利益及び人格の展開である」というように、「絶対化された利他的思考は維持され得ない」。「利他性の基準は、子どもの利益が事実上客観的に決定され得る場合にのみ内容を満たされ得る。その場合には義務拘束により親の利他的行為が必要となる」。「それ以外、それもまさに子どもに世界観上教育上の影響を及ぼす領域では、利他性志向は錯覚であることが明らかになる。このような親の教育活動は、客観化可能な子どもの利益ではなく、子どもの利益についての＜親の＞考えに導かされる、教育についての考え方に同質性がないことに対応して、全て等しく『利他的』であることを求める多様な教育目標及び教育方法が存在する。このことには決して意義を唱えることができない。ただそのことは、教育権が全く親のために認められる親の『固有の権利』でもあることを示している。親は子どもの教育において、それと一緒に自らの存在をも決定的に形成している⁷⁹」（＜＞内はイタリック体）。

この箇所ですべてシュミット・カムラーは混合説を示しているが、その根拠は、子どもの福祉についての親の判断において多様な可能性が認められることである。しかし、「国家等の介入に対する関係に関する問題と子どもとの関係に関する問題が混同されているように思われるが、このことは逆に」特殊説についてはこれを親の権利の権利性を否定する権利性否定説と同視していると評される⁸⁰。その上で、混合説と実際の特殊説が実際にどれほど異なるのかが問題視される⁸¹。

iv) エーリヒゼン

77 横田・前掲書 6 341 頁

78 Schmitt-Kammler(Anm. 14)S. 20.

79 a.a.O., S. 28f.

80 横田・前掲書 6 342 頁

81 横田・前掲書 6 343 頁。

最後に、エーリヒゼンは次のような親の権利理解を示している。

「利他的な方向づけは明らかに養育及び教育の本質的特徴である。しかしそれが唯一の特徴ではない。養育及び教育は、同時にその権限を有する者に、出された任務を果たすこと、注いだ愛情が良い結果をもたらすことによって満足を与えるものである。子どもの養育及び教育は、親にも自己を実現し生活を充実させる可能性を提供する点では利己的でもある。つまり、養育及び教育によって親子相互に重要な関係が描かれるのである⁸²」。そして、「親の解釈優位」の考えは批判されるべきであり、「親の権利は本来子どもの福祉の解釈への権限とはみなされえない。子どもの福祉が判断余地を伴う不確定法概念と理解されるところでも、親の権利の憲法的保障は、その構造において、むしろ裁量、すなわち複数の可能性の間の選択を認める法規範に類似する⁸³」。ここでも特殊説が否定され、この混合説も家族の観点と結びつけられている⁸⁴。すなわち、基本法6条2項と1項の関係について以下の通りの主張が展開される。

「基本法6条2項1文の親の教育権は……基本法6条1項における家族の憲法的保障と密接に関連している。『……家族とは、親に、とりわけ子どもの養育への権利及び義務が生ずるような包括的共同体である』。このようなシステム連関——全体システムとしての家族、サブシステムとしての親子関係——は、家族にも考慮して親の権利の意味及び機能を定義することへと導く。つまり、親の教育権は多角的な関連、意味構造の中で作用する。したがって、一方的に利他的にも一方的に利己的にも定義しえないし、また、正当化もされえない⁸⁵」。

しかし、この見解も「『親の権利』と『全体システムとしての家族』との関係が必ずしも明確にされておらず、この点に関して他の諸見解との異同を精確に明らかにすることが困難である⁸⁶」と評される。

v) 混合説の課題及び補論

このように、家族の観点と結びつけて親の権利について混合説を採る見解が多々見られるが、それら諸見解において特殊説と実質的な距離はどこまであるのかが問題となる⁸⁷。

なお、これらの諸見解と趣が異なる見解としてわが国ではモリッツの見解が検討されている⁸⁸。モリッツは、次のように述べている。

基本法6条1項と2項の関係について、「家族が、基本法6条1項において明示的に保護されているように、親子の法関係にとっての制度的枠組みとなっている」。「憲法上の親の権利の定義は二次元的考慮の結果に過ぎないわけではない。むしろ基本法6条1項が一方で2項及び3

82 Erichsen, Elternrecht—Kindeswohl—Staatsgewalt, 1985, S. 32 f.

83 a.a.O., S. 43.

84 この指摘について、横田・前掲書6 344頁

85 Erichsen(Anm. 82)S. 33.

86 横田・前掲書6 345頁。

87 横田・前掲書6 345-346頁。

88 横田・前掲書6 346-347頁。

項でより詳しく述べられることのいくつかを既に述べ、他方で2項及び3項についての制度的基礎を置く限りにおいて、家族が一緒に考えられなければならない⁸⁹⁾。このように彼女は親の権利理解における家族の観点、基本法6条1項の意義を強調したうえで、「『本質を決定する構成部分』との〔親の〕義務の側面の定義は、親子関係からの親自身の利益の憲法的保護をも認める余地を残している——例えば教育による自己実現。しかしながら、義務の側面による6条2項の本質決定は、この親の利益もまた『義務』で吟味され得なければならないということを導く⁹⁰⁾。この見解は教育による親の自己実現を念頭において親自身の利益の憲法的保護が認められるとしながらも特殊説を維持する見解と評される⁹¹⁾。しかし、この見解は、これまで検討してきた家族の観点と結びつけて特殊説があたかも親の権利が権利であることを否定する学説と同一のものであるように扱ひ、そのように理解される特殊説が親の自己実現等の親自身の利益を根拠に否定する混合説と一線を画している。すなわち、モリッツは家族の観点と結びつけて親の権利をとらえ、しかも親自身の利益が保護されることを認めたいうえで、それでも特殊説を維持しているという特徴を有しているのである⁹²⁾。

こうした学説状況について、特殊説と混合説の区別はつけがたい状況にはなっているものの、両者の対立は存在すると理解できる。もっとも、どの説が妥当かというよりも場面ごとにどの考え方が適切かを検討すべきだろう⁹³⁾。

iv) 親の義務を形成した判例の流れ及びその見直し

そして、近年特殊説を形成したとされる連邦憲法裁判所の判例の流れを見直す動きがある。再構成の狙いは、親の義務の範囲を見直すことにある。そのため、この判例の流れを見直したい。

最初の判例は、1954年のものである。当時親の権利は「基本権であるとの理解が一般的になっっていく過程⁹⁴⁾」の初期にあった。

(ア) 親の学校教育権の所在が争われた事案⁹⁵⁾ (BVerfGE 4, 52)

89 Moritz, Die (zivil-)rechtliche Stellung der Minderjährigen und Heranwachsenden innerhalb und außerhalb der Familie, 1989, S. 73.

90 a.a.O., S. 135f.

91 横田・前掲書6 346頁。

92 横田・前掲書6 347頁。

93 論者のこの考えは、場面によって同質説、特殊説そして混合説を使い分けようとする横田説(4. [3] ④参照)と共通する。もっとも、後述するように、論者は場合によっては特殊説と混合説の対話が必要だと考える。

94 横田・前掲書6 136頁以下参照。

95 離婚した前夫に娘の学校決定権を認めるフレンスブルク区裁判所の決定に対し前妻が抗告し、地方裁判所及びシュレスヴィヒ・ホルシュタイン上級ラント裁判所で抗告が退けられた。そのため、前妻により憲法異議が申し立てられたと。詳細については、横田・前掲書6 137頁以下及び恒川隆生「憲法裁判における基本権保障理論の考察 基本法2条1項の解釈について(二)」

「a) 争点となっている後見人命令は、控訴人が自分の政治的見解を自分自身のために自由に表現することに影響を与えるものではなく、自分の子どもを自分の自由な選択で国が承認した私立学校に通わせるという母性的な権利に、自分の政治的見解が影響を与えるものに過ぎないのである。基本法 6 条第 2 項で教育の親権の枠内で保障されているこの権利は、基本法 2 条第 1 項で創設されている人格の自由な発展に対する権利の特別な形態とみなすことができるのか、あるいは、教育権は、子どもの福祉のために行動するという親の固有の義務のために、基本法 2 条 1 項に含まれていない独自の種類の人間の人格の活動の形態を表しているのかは、立ち入らないままにしておくことができる。なぜなら、基本法 6 条 2 項を、基本法 2 条 1 項に創設された人格権の一般的な権利の具体化であると考えたとしても、親の教育権において基本法 6 条 2 項の特別な規定に加えて基本法 2 条 1 項を適用する余地はないからである⁹⁶⁾。

この判例が出て「以降の議論においては、親の権利を他の基本権と同様の権利として理解するか……、それとも、親の義務の故にそれらとは異なる独自の権利と理解するか……という点を中心に議論が展開していくのであるが」、同判決においては、「そもそもこの問題が親の権利の法的理解において有する意味自体が重視されていなかった⁹⁷⁾」。この状況下で家族法の伝統である「子どもの福祉」概念が憲法解釈に初出したのが、同判決である。

(イ) 第一次養縁組決定 (BVerfGE 24, 119⁹⁸⁾)

続いて、いわゆる第一次養子縁組決定は、次のように判示している。

基本法 6 条 2 項は子どもの福祉に向けられた親の責任を保護し、かつ子どもは基本権主体として尊重されなければならない⁹⁹⁾。

この判決がでた当時は親の権利の法的性質について、同質説と特殊説が混在していた¹⁰⁰⁾。そ

名古屋大学法政論集 97 号(1983 年) 226 頁以下参照。

96 親の学校教育権の所在が争われた事案、BVerfGE 4, 52(56f.).

97 横田・前掲書 6 138-139 頁。

98 事案は、次のとおりである、未成年者の養子縁組については、従来民法 1747 条により親の同意が必要とされる一方で、同意権者が継続的に意思表示できない場合、行方不明の場合には同意は不要とされていた。1961 年 8 月 11 日の「家族法規定の統一及び変更のための法律」により、「親が継続的に甚だしく子どもに対する義務に違反し、あるいは親権を喪失している場合、そして、親が悪意により同意を拒絶し、養子縁組がなされないことが子どもによって過度に不利益となるであろう場合には、後見裁判所は子どもの申立てにより親の同意を代替することができる」と規定する民法 1747 条 3 項が追加されたが、この規定を違憲と判断したシュトゥットガルト上級ラント裁判所、パッサウ地方裁判所、グロナウ区裁判所がそれぞれ手続を中断して連邦憲法裁判所に違憲審査を求めたというのが本件事案である。詳細については、横田・前掲注 6 220 頁以下参照。

99 BVerfGE 24, 119(143f.).

100 横田・前掲書 6 220 頁

の状況で、連邦憲法裁判所において特殊説が明らかに採用され¹⁰¹、子どもの基本権主体性及び親の義務拘束が明らかにされた。これにより学説状況が特殊説へと傾いていくことになる。

(ウ) 国籍法事件 (BVerfGE 37, 217¹⁰²)

1974年に、連邦憲法裁判所は次のように判示した。

「しかし憲法上の審査はもっぱら母の利益及び権利への規律の影響に限定されてはならない。まず第一にドイツ国籍法4条1項は子どもの権利関係も対象とするために、少なくとも同程度に子ども自身への影響が重要となる。とりわけ基本法6条2項において保護される親の責任は

101 横田・前掲書6 221頁

102 事案は、次のとおりである。

本件は、具体的規範統制手続(基本法100条1項)により、原審の連邦行政裁判所及びフランクフルト行政裁判所から連邦憲法裁判所に移送され、併合審理されたものである。

(1) 連邦行政裁判所の原告は、1959年にスペイン人と結婚し、スペイン国籍をも有するドイツ国籍の女性とその子ども(3人)である。子どもはマドリッドで生まれ、両親と一緒に住んでおり、父親と同じスペイン国籍を有している、1964年に両親は子どものドイツ国籍の証明書の交付を行政当局に申請したが、子どもがドイツ国籍保有者でないことを理由に却下された。両親の訴えは、ミュンスター上級行政裁判所でも認められず、連邦行政裁判所での判断が仰がれることとなった。連邦行政裁判所は、ドイツ人の女性の嫡出子ではなく、ドイツ人の男性の嫡出子が出生によりドイツ国籍を取得する限りにおいて、ドイツ国籍法4条1項が基本法3条2項に一致するか否かについて、連邦憲法裁判所の判断を求めた。移送理由は、次のとおりである、①ドイツ国籍取得の定めが、専ら血統主義により、しかも父親だけと結びつけるならば、それは母親を違憲な方法で不平等に扱っている。②出生による国籍の取得が血統に結びつく限りにおいて、両親と子どもとの多面的な結合は、人間の尊厳を遵守する場合、両親を子どもの国籍の定めと法的に無関係なものとするを許さない。③男女の不平等な取り扱いを正当化する生物学上の差異は、明らかに問題とならない。このような取り扱いは、機能的、文業績な差異によっても支持されない。④二重国籍を回避せんとする国籍法の目的は、国籍法が平等権の実現を妨げる限りにおいて、後退せざるをえない。

(2) フランクフルト行政裁判所での原告である母親は、ドイツ国籍の保持者であるが、父親はユーゴスラビア国籍保持者かまたは無国籍者である。原告である子どもたちは、両親とともにベネズエラに住んでおり、この国での出生によりベネズエラ国籍を取得した。1970年に原告は自分たちはドイツ国籍を保有していることの確認を市当局に申請したが、ドイツ国籍法4条1項1文を引き合いに出されて却下された。フランクフルト行政裁判所は、本件を連邦憲法裁判所に移送したが、その理由はもっぱら上述の連邦行政裁判所の移送理由に依拠している。詳細については、古野豊秋「16 国籍の異なる両親と子供の国籍——国籍法事件——(BVerfGE 37, 217) [1974]」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 I [第2版]』(信山社、2003年) 110-114頁参照。

子どもの福祉に方向づけられかつ子どもがその個性を基本権主体として顧慮されなければならない(BVerfGE 24, 119 [143 f.]参照)、場合によっては母と子どもの利益が衝突した場合に子どもの利益が優位しなければならない¹⁰³」。

(エ) 非嫡出子の父と子どもとの関係をめぐる規定の合憲性が争われた事件 (BVerfGE 56, 363¹⁰⁴)

続いて、1981年に連邦憲法裁判所は以下の様に述べている。

基本法の親の権利は、親に国家の介入に対する防御権を与え、国家による措置は「監督任務」の枠内でのみ認められている……。しかし、立法者は、基本法6条第2項1文に基づき非婚の母と非婚の父の基本権の衡量を行う必要がある限り、その活動は、国家に対する親の教育権の優位性に影響を与えることなく、親の関係を規制することに向けられている。……基本法第6条第2項の分野における立法者の決定においては、子どもの福祉が常に照準点となり、子どもと母親、子どもと父親の間で利害が対立する場合には、子どもが優先されなければならないことが不可欠である (BVerfGE 37, 217 [252]参照)¹⁰⁵。

(オ) 生徒相談員事件 (BVerfGE 59, 360¹⁰⁶)

翌年には、連邦憲法裁判所は次のようにも判示している。

「親の権利は国家に対する関係では自由権であり、国家は原則として基本法6条2項1文により国家に認められる監督任務に基づき要求される場合にのみ親の教育権に介入し得る、子どもとの関係においては、子どもの福祉が親の養育及び教育の最上の指針でなければならない。基本法6条2項1文は――規定の文言から明らかであるが――基本権と基本義務とを共に規定している。したがって親の権利は利他的権利、奉仕する基本権、純粋な意味で委託された信託的自由と呼ばれてきた¹⁰⁷」。

同判決は初めて親の自由と子どもに対する義務の関係が明らかにされたとされる。つまり、親の権利は国家に対する自由権であるが、子どもに対してはそうではないというのである。ま

103 BVerfGE 37, 217(252).

104 事案は、3件の憲法異議申立ての併合審理であり、婚外子の父親たちが面会交流や配慮権に関して民法1705条及び1711条の基本法6条2項及び5項違反等を主張したものである。当時の法体系では婚外子は未成年である限り母親の親権のもとに置かれていた(民法1705条)。また、子どもを監護する者が子どもの面会交流を決定するとされ、共同配慮が否定されていた(同1711条)。

105 BVerfGE 56, 363(382f.)

106 事案は、教育権者に対する生徒相談員の特別の黙秘義務について定めるブレーメン学校管理法13条2項3文、同上3項、学校委員会に参加する教育権者に行政規則を遵守するよう義務づける同法21条1項2文、3文等が基本法6条2項等に違反するとして憲法異議が申し立てられたというものである(詳細については、横田・前掲書6239頁参照)。

107 生徒相談員事件、BVerfGE 59, 360(376 f.).

た、親はむしろ子どもの保護のために自らの権利を行使するのだという理解が示された。

(カ) 単独親権違憲判決 (BVerfGE61, 358¹⁰⁸)

また、同年に連邦憲法裁判所は、以下のように判示している。

「親と子どもの福祉の利害の間の争いが生じる場合には、……原則として子どもの利益が優位する¹⁰⁹」。

同判決では、初めて親子の内部関係において、原則として子どもの福祉が優位することが示された。

(キ) 諸判例の評価及びその見直し

これらの判例によれば、つまり、親の権利は国家に題する自由権であるが、子どもに対してはそうではないというのである。親が教育の自由をその自己決定の表現よりも優先することはできず、むしろ子どもの保護のためにその自由を行使する。この考えの背後には、親は原則子どもを最も重要視する人間だというものがある。親がその子どもとの内部関係で基本法 6 条 2 項 1 文によってその子どもの福祉を義務づけられていることについて、今日学説や判例は争わない。けれども、文言上必ずしも説得力はない。これについて子どもの福祉概念はこの関連では不特定であり続けている。こうした親の義務は、基本法施行前に親の養教育が結びついていたとした家族法上の伝統において定立された。結局のところ、基本法 6 条 2 項 1 文における定式化は親が通常子どもにとっての最善を望むことを前提とした教育の規範イメージによって広められた。憲法において適用された子どもの福祉概念は、それゆえ基本法 6 条 2 項 1 文における親の教育義務との関連で子どもの福祉を方向づけられた教育という規範イメージの符丁とされる。この意味で、人は親の義務を親の権利に内在する限界づけと称するのである¹¹⁰。

このような判例の流れに対し、ヴァプラーは次のように再構成を行う。ヴァプラーによれば、

108 事案は、次のとおりである。ドイツ民法は何度も大改正を経てきたが 1980 年代まで、両親離婚後の子どもや婚外子については (エ) でも触れたように、父母いずれかの単独配慮とされ、共同配慮は選択できなかった。これに対して、複数の離婚予定当事者が共同配慮を求めて争った。具体的には、①従来の住居に子どもが居住し、父母が交代で子どもと同居する離婚予定夫婦、②夫が別の女性と同居しつつ、妻子との交流を続け、子どもに関する決定を共同で行っている離婚予定夫婦、③離婚後に日常の監護は母が、学校に関する決定は父が行う合意をした離婚予定夫婦、④別離後も子育てのための共通口座を維持しつつ、積極的に面会交流を続ける離婚予定夫婦である。それぞれの事案を扱った裁判所が、民法の合憲性の判断を求める移送手続きをとり、憲法裁判所の判断を求めた。同決定の詳細については、木村草太「離婚後共同親権と憲法」梶村太市・長谷川京子・吉田容子編著『離婚後の共同親権とは何か』(日本評論社、2019 年) 32-33 頁、決定全訳については、大森貴弘「翻訳：ドイツ連邦憲法裁判所の離婚後単独親権違憲判決」常葉大学教育学部紀要 38 号 (2017 年) 409-425 頁参照。

109 BVerfGE61, 358 (372) .

110 Wapler (Anm. 40) S. 114 f.

「親の利益は子どもの利益の背後に後退しなければならない」というテーゼは判例・通説がいうよりも狭い範囲に限定される。

なぜならば、判例（ウ）において連邦憲法裁判所は母と子どもの衝突で子どもの優位を定めたが、これは内部関係ではなく、国籍法という法律上の規律の効果である。つまり立法者は親の権利の優位によりすべての親の教育を規律できるわけではない。類似して判例（エ）における子どもの利益の優位は、立法者の家族に関する判断に限定されている。つまり、立法者が親子関係について子どもの利益を特に重視することは、親と子の利害が衝突する場合に親の利害を原則後退させることと同義ではない。けれども、後の判決（カ）は違うように見える。ここでは親と子どもの福祉の利害の間の争いが生じる場合には、子どもの福祉が優位するとされる。しかし、憲法上の親の権利が常に子どもの福祉に優位するという仮定は、一般に考えられているよりもより少ない場面でのみ通用するのではないか¹¹¹というのが彼女の主張である。

(5) 実質的保障領域

親は自立して、教育目的や内容を決定することができる¹¹²。なお、ブロシウス・ガールストルフらの見解によれば、子どもの福祉の危険に該当するような親の行為に基本法 6 条 2 項の保障は及ばないことになる¹¹³。この点については、(8) で詳述する。

(6) 親の権利の時間的な保護領域の射程

親の権利は子どもが胎児のころにまで拡大しているとされている。子どもが成人すると通常親の扶養義務は終了し、その後成人した子どもと親は家族の保護（基本法 6 条 1 項）を受けることになる¹¹⁴。

(7) 制度的保障の核及び保障次元

(1)でも述べたように、親の権利は内容形成を必要とする。そして、(2)において先述したように、一部の学説は、立法者はそのさいに「自然的権利」の観点から生物学上の親を他の親より優先的に考慮しなければならないと解している¹¹⁵。

その他の制度的保障の核として、①親の責任なくして行使できない親子関係の本質的な要素¹¹⁶、②親の家庭教育を損なわないこと¹¹⁷、③第三者に対する実の親の優位及び親の権利の本質

111 Wapler(Anm. 40)S. 112 ff.

112 Brosius-Gersdorf(Anm. 18)Rn. 163.

113 a.a.O., Rn. 164.

114 a.a.O., Rn. 165.

115 a.a.O., Rn. 166.

116 Burgi(Anm. 19)Rn. 126.

117 Coester-Waltjen, in: v.Münch, /Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band. 1, 6.Aufl.,

的な構造メルクマールとしての子どもの養教育における自律¹¹⁸、④原則として婚姻に基づいて構築される個人及び家族の養教育モデル¹¹⁹、そして子どもの基本権の具体化により⑤基本法 6 条 2 項と結びつけられた 2 条 1 項による子どもの親による養教育の保障を国家に求める権利を出発点に、親に対して子どもの福祉のみに義務づけられた親の責任の自由な行使可能性を確保し、国家は子どもの養教育を確保しなければならない¹²⁰という学説も主張される。後述する子どもの基本権の具体化を踏まえると少なくとも⑤は制度的保障の核とみてよいのではないだろうか。

また、親の権利の主観的権利の保護内容を補充し強化するのが客観法上の内容であり、基本法 6 条 2 項 1 文は価値判断原則規範を含んでいる。この規定は、現実実現するかどうかわからない理想的な状況を記述することに終始するのではなく、親による子どもの養育を支持する憲法上の決定を下しており、この決定は親子関係に関する私法および公法の規定の全領域に影響を与え、すべての国家機関がこの決定を考慮することを要求している。価値判断の原則規範として、基本法 6 条 2 項 1 文は——注意義務及び支援義務として——立法者のみならず法適用する権力に対しても向けられている。行政及び司法は親による子どもの養教育に対する憲法判断を全ての法を解釈及び適用する場合に拘束力ある指針として顧慮しなければならない。議会制定法の基準は、個々のケースの特別な状況に基づいて強く解釈されるため、議会制定法について基本法 6 条 2 項 1 文の客観的な法的価値の判断を実現する任務を担うのは、特に監督者である国家及び家庭裁判所の裁判官である¹²¹。

(8) 監督任務

①親の権利への介入

通常連邦憲法裁判所や学説では、親の権利への介入は——基本法 7 条 1 項の様に衝突するものを除き——監督任務によってのみ許される¹²²。国家は監督任務に基づき、児童虐待より広く包括的な概念である、子どもの健全な発達を阻害する「子どもの福祉の危険化」（これはすなわち、消極的・子どもの福祉を意味する）を回避するために、「必要な措置」（民法 1666 条 1 項）を講ずる。同規定によれば、子どもの福祉の危険化が生じた時、危険回避措置の決定を行う権限が家庭裁判所に付与されている。また、民法 1666a 条は親子分離・配慮権剥奪について比例原則の厳格な遵守を定め、社会法典 8 編 8a 条・42 条では少年局による子どもの一時保護が規

Art. 6 Rn. 59.

118 Brosius-Gersdorf (Anm. 18) Rn. 169.

119 Robbers (Anm. 36) Rn. 141.

120 Schuler-Harms, Das elterliche Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 1 Satz 2 GG, RdJB 2016, 165.

121 Jestaedt (Anm. 16) Rn. 10

122 Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 16. Aufl., 2020, Art 6 Rn. 55-59.

定されている。基本法 6 条 3 項（「子どもは、教育権者に故障がある（versagen）場合、又は子どもがその他の理由から放置される恐れのある（zu verwahrlosen drohen）場合には、法律の根拠に基づいてのみ、親権者の意思に反してこれを家族から引き離すことが許される」）の特別な法律の留保は、親の立場への特定の介入に対し強い介入要件を規範化している。

②監督任務に関する学説

しかし、憲法上の監督任務の地位についてこれまで統一的な見解は見られない。この点についてわが国の先行研究は最近の学説も踏まえて必ずしも明らかにしているとはいえないため、詳細に立ち入りたい。

国家という共同体が親の権限を監督するという見解に対し判例や文献は、①法律の留保説¹²³、②制限説¹²⁴、③「制約」と区別されるべき「限界」¹²⁵、④子どもの福祉のための国家への特定の授権¹²⁶、⑤保護義務¹²⁷、⑥「国家の保護任務」¹²⁸、⑦「国家の義務」¹²⁹あるいはまた⑧「給付権」¹³⁰説に分類される¹³¹。それぞれ順に見ていこう。

まず、①法律の留保説について、エーリヒゼンは次のように述べている。

「[条文の文言から]『監督者』の任務はまず第一に事件を観察し、調整しかつ存在しうる危険を特定の措置によって予防することであり続けることが読み取れる。危険がより重視されるべき法益に対し生じた場合、そこで監督者がこれを防衛しかつ保護法益の損害及び侵害を防止しなければならない。それゆえ『監督する』という用語は同時に迫りくる危険からの防衛あるいは既に生じた損害の回復のために積極的な介入をする授権をも含んでいる。この場合そのような『介入』には、援助的『介入』と強制的手段の意味における『介入』の両方がある。その点で監督者という言葉は、法律用語でより一般的に使われる『監視（Aufsicht）』という言葉と同じような意味を持っている。そのような危険や損害は、子どもに対する子どもの親そして親の教育イメージによって生じうることは否定されるべきではないために、基本法 6 条 2 項

123 Erichsen, Elternrecht-Kindeswohl-Staatsgewalt, 1985, S. 47 f.

124 親の学校教育権の所在が争われた事案、BVerfGE 4, 52(57); von Mangoldt/Klein (Anm. 26) 1957, S. 124(「憲法上間接的な留保制限」)。

125 Barura, Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar 69. Erg. 2013, Art. 6 GG Rn. 96.

126 Jeand'Heur, Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes und staatliche Interventionspflichten aus der Garantienorm des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG, 1993, S. 119.

127 von Coelln, in; Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl., 2011, Art. 6 GG Rn. 69.

128 BVerfG 09.03.1999 FamRZ 1999, 641; BVerfG 03.05.1999 FamRZ 1999, 1053.

129 民法 1666 条 1 項の合憲性が確認された事案、BVerfGE 60, 79 (88)。

130 Roth, Die Grundrechte Minderjähriger im Spannungsfeld selbständiger Grundrechtsausübung, elterlichen Erziehungsrechts und staatlicher Grundrechtsbindung, 2003, S. 93; 類似する見解として、Sachs, in; ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl., 2011, m Vor Art. 1 GG Rn. 49

131 Wapler (Anm. 40) S. 123.

2文は（また）国家に対する授權根拠として、基本法6条2項1文により保護される親の権利への立法による介入も把握され得る。この文言上の解釈の帰結は、基本法6条3項を引き合いに出す制度上の解釈によって導き出される。基本法6条3項は、最も強い考えられうる親の教育への介入、つまり親の意思に反して家族から子どもを分離することに対して特定の要件を設定している。基本法6条3項は、つまりより重大な介入は、この要請を満たさなければならないことはないことから出発している。しかし、このことから、基本法第6条3項は、子どもと親の分離に関連する以外の介入を行う国家の権能を前提としており、この権能を制約するものと理解される。他の規律を欠いているために、この権能は基本法6条2項2文の国家の監督任務においてのみ（共に）含まれるのである。

基本法6条2項2文はその点で、基本法6条2項1文により保護される親の権利によって制約される立法者に対する留保を基礎づけるのである¹³²」。

次に、②制限説について1954年に連邦憲法裁判所は次のように判示している。

「けれども基本法6条2項は親権（elterlichen Gewalt）の活動を、国家による『監督』に服させる。基本法自体に設定された親の教育優位という基本権に対する制限は、子どもを保護する様々な法律に含まれる規範、とりわけ……民法1666条を正当化する¹³³」。

更に、③「制約」と区別されるべき「限界」説についてバドゥーラは次のように述べている。

「親の活動の自由は、国家との関係で基本法6条2項及び3項によって限界づけられる。つまり、これらの規範は子どもの養教育における親の固有性と自己責任という親の優位を保障するが、同時に国家を監督者として用意している¹³⁴」。

④子どもの福祉のための国家への特定の授權説について、ジャン・バドゥールは次のように述べている。

現実における変遷に基づいて婚姻や家族及び「それに従って変わっていく子どもや青少年の社会条件は、基本法6条2項2文において規定された国家の監督任務の新たな解釈が必要」である。「この規定は、もはや国家の統制及び親の権利（基本法6条2項1文）への介入に対する単なる正当化根拠としてではなく、むしろ加えて保障規範という意味で解釈されなければならない。つまり同規範は国家に子どもの福祉の危険化からの防衛及び社会の（共に）責任を持たれるべき広い展開の保障としてそのような給付をもたらすこと」を要請している¹³⁵。こうした考えから、彼は国家の監督任務の範囲を広くとらえるのである。

⑤保護義務説について、フォン・コーレンは次のように述べている。

「国家との関係において基本法上（防御権として）保護を享受する親の子どもの法的地位に

132 Erichsen (Anm. 83) S. 47 f.

133 親の学校教育権の所在が争われた事案、BVerfGE 4, 52(57).

134 Badura, in; Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 69. Ergänzungslieferung 2013, Rn 96.

135 Jeand'Heur (Anm. 126) S. 119.

影響を及ぼす効果を持った行為は、基本法 6 条 2 項の事例において国家の監督任務（基本法 6 条 2 項 2 文、3 項）の範疇で実体的に規範化された国家の保護義務を登場させる¹³⁶」。

⑥「国家の保護任務」説について、連邦憲法裁判所は次のように述べている。

「子どもの福祉は、基本法 6 条 2 項 2 文による国家の保護任務の照準点である¹³⁷」。

⑦「国家の義務」説について、連邦憲法裁判所は次のように述べている。

「親がその責任に対応しない場合、国家は基本法 6 条 2 項 2 文の監督任務により介入する。つまり国家は権限のみならず、子どもの養育及び教育の義務を確保されている。この国家の義務は、第一に子どもが国家の保護を要求する基本権主体であることから生じる¹³⁸」。

最後に⑧「給付権」説について比較的最近の学説に分類されるロースは次のように述べている。

「<給付権>として基本権はまさに未成年者の年齢並びにその性質から生ずる支援の必要性及び依存性にもとづいて、とりわけ危険にさらされた子どもの国家に対する子どもを保護しかつ生じうる危険に対し自身に補佐を求める権利を保障している¹³⁹」。

また、ロースの見解と類似していると評される¹⁴⁰ザックスは、次のように記述する。

「基本法 6 条 2 項 2 文における [国家の] 特別な保護給付が……言及されているとみなされている¹⁴¹」。

これらの学説について、①法律の留保説は監督任務が一般的な法律の留保とは異なり親の権利という法律上の包括的な内容形成を正当化せず、むしろ監督任務にとって必要な手段、つまり保護の客体である子どもが損なわれないよう配慮する手段であるという理解¹⁴²から批判される。

⑧「給付権」説については、給付権としてこの構成は並外れて給付の広い概念を主張する点にその特徴がある。しかし、このような広い給付概念は、名宛人の対象者（国家）以外にはほとんど共通点のない現象を組み合わせってしまうという欠点がある。国の行為は総じて様々な目的に向けられそして様々な方法で実現されうる。そして、例えば警察の行為は当事者が憲法上請求権を有するものではない。したがって、特に社会国家そして他の支援的な行為を包括する厳密な給付概念から出発するが、国の法益請求は考慮の外に置くべきである。この厳密な給付概念は、子どもに保護を与える国の監督任務を含まないと理解するべきである¹⁴³。

このような考えを踏まえると先述した 8 つの考えのうち、少なくとも①法律の留保及び⑧

136 von Coellen(Anm. 127)Rn. 69.

137 BVerfG, 09.03.1999 FamRZ 1999, 641;BVerfG, 03.05.1999FamRZ 1999, 1053.

138 民法 1666 条 1 項の合憲性が確認された事案、BVerfGE 60, 79(88).

139 Roth (Anm. 130) S. 93.

140 Wapler (Anm. 40) S. 123.

141 Sachs (Anm.130) R. 49.

142 Wapler (Anm. 40) S. 123.

143 a.a.O., S. 125.

「給付権」説は否定されるべきだろう。後述する最近の連邦憲法裁判所による見解を踏まえる
と保護義務説ないし保護任務説が妥当なように思われる。

また、国家の監督任務の内容が問題となる。一般には、その内容は、先述した①現在の子
どもの福祉の危機から防御をする規律と個別の措置であり、そして②子どもに対し配慮権と面
会交流権を分担する規律と個別の判断である¹⁴⁴。

しかし、後者については争いがある。例えば離婚規律権限が一般的な監督任務で正当化され
るかについては見解の対立がある。なぜならば、この規律は子どもの福祉の具体的な危険を招
かないからである。一部では法律上の規律が裁判上の個別の判断のように子どもの福祉の危機
という閾値のもと監督任務によってカバーされずむしろ私法上の事項における国家の仲裁者機
能の発露にあるのではないかという疑惑¹⁴⁵がある。しかし、国家の裁判所は、争いある当事者
の基本権に憲法の一般原則により許される場合にのみ介入する。同様に立法者にとって、潜在
的な基本権衝突を法律上規律する場合に生ずる。そのことは、既にすべての国家の権力の基本
権拘束を必要とする（基本法1条3項）。そこで、連邦憲法裁判所もいわゆる仲裁機能について
これは一般的な監督任務に結びつくものであると示していると読み取ることができると解する
べきだろう¹⁴⁶。そして、そのさいに判断基準となるのは、「より良い選択肢¹⁴⁷」（〔相対的・〕
積極的・子どもの福祉を意味すると考えられる）である。

(9) 小括

ここまでの議論を小括すると、以下のようになる。

第一に、ドイツにおいて親の権利については憲法優位思考が次第に有力となり、立法者によ
る具体化が必要であるとしても、憲法上既に抽象的にはその内容が規定されているとするのが
通説的理解となっていった。

第二に、親の権利主体は法律上の親に限られず、子どもは基本法6条2項の権利主体ではな
いと解されている。

第三に、親の権利は自然的権利であるが、これについては自然権よりのものとそうではない
ものがある。また、防御権思考等に加えてこの議論の現代的意義として、婚姻外の親子関係の
保護、国際法における類似概念との異同、そして政治の場における「自然権=自然的権利」思
考の否定が挙げられる。

第四に、親の義務は基本義務の1つとしてとして理解される。こうした親の権利理解につい

144 a.a.O., S. 168.

145 Jestardt (Anm. 40) Rn. 15 ff.; Brosius-Gersdorf (Anm. 18) Rn. 173.

146 BVerfGE 31, 194 (205); Wapler (Anm. 40) S. 150 ff.

147 Wapler, Das Kindeswohl: individuelle Rechtsverwirklichung im sozialen Kontext: Rechtliche und rechtsethische Betrachtungen zu einem schwierigen Verhältnis, in: Sutterlity/Flick (Hrsg.), Der Streit ums Kindeswohl, 2016, S. 23.

て、信託説並びに特殊説及び混合説の争いが認められる。そして、親の義務の範囲が広すぎるのではないかという批判もある点に留意が必要である。

第五に、親は自立して、教育目的や内容を決定することができる。親の養教育権の限界は、親の義務でも述べた子どもの福祉であるとされる。親の権利は子どもが胎児のころにまで拡大しているとされている。子どもが成人すると通常親の扶養義務は終了し、その後成人した子供と親は家族の保護（基本法 6 条 1 項）を受けることになる。そして、親の権利は内容形成を必要とし、制度的保障の核の内容については争いがある。

第六に、親の権利の制限については――基本法 7 条 1 項との関係を除き――争いがあるが、監督任務により介入を受けると理解するべきではないかと思われる。基本法 6 条 2 項 2 文における国家の監督任務の性質については、争いがある。

こうした憲法上の親の権利学説は、2013 年以降の子どもの基本権の具体化により若干変化しているように思われる。以下ではその変容をみる。

3. ドイツの親の権利学説の新傾向

親の権利は先述した通り①親の権利の権利性を強調する段階、②親の権利の義務的側面を強調する段階、そして③親の権利の利己的側面を再び主張する段階ないし固有の権利性を模索する段階を踏んでいるが、近年では④子どもの基本権の具体化という新たな段階に至っていると考えられる。これにより、従来の親の権利学説にも変化が出ていると思われるため、以下でこの点を重点的に検討する。

(1) ドイツ法体系における子どもの存在

ここでは、親から子どもの基本権に視点を移してその変化をみていく。

先述した通り、基本法 6 条には明文で子どもの権利は規定されていない。しかし、基本法は解釈により子どもの権利を保障してきたとされる。本項ではこの主張に従い、このあとの議論に必要なドイツ法体系における子どもの存在について簡潔にまとめる。

ドイツでは元々、子どもの自由と親の権利の関係について、基本法の下においては早くから基本権上の成年（基本権適齢、Grundrechtsmündigkeit）概念をめぐる議論を中心に理論展開がみられた。しかし、同概念及びその周辺概念の曖昧さが問題となっている¹⁴⁸。

この点について、概念整理をした例の一つを確認しよう。以降で検討するヴァプラーは、次のように子どもをめぐる概念を整理する¹⁴⁹。

①基本権主体：あらゆる子どもがあらゆる場合に出生前に包括的に認められる。

②成熟能力（Fähigkeit）：基本権を基本権の保護の範囲内で行為を行う子どもが実際に（faktisch）行使すること。基本権成熟（Grundrechtsreife）ともいう。

148 横田・前掲書 6 447-448 頁

149 Wapler (Anm. 40) S. 98.

③権能 (Berechtigung) : 基本権をあらゆる他の人間のように憲法上正当化される制約のもとにおいて制約されずに自分で行使できること。

④訴訟法上の基本権能力:実質的に正当化される基準で制約され得る行使権限としての基本権主張。

そして、彼女は、ドイツ法体系が子どもの事理弁識能力あるいは理性が欠けている状態をしばしば「未成熟」あるいは「成年に達していない」とし、必要であれば子どもを危険から保護し、親の権利が優位するとしていたと指摘する¹⁵⁰。しかし、彼女はこうした整理について子どもの自律性を損なうものだと考えているようであり、その問題意識が後述する混合説の特徴が認められる自説につながったとみられる。

(2) 国家に対する子どもの権利

①連邦憲法裁判所の立場

ドイツでは、そもそも子どもの基本権の基礎づけには争いがあった¹⁵¹。そして、1968年に第一次養子縁組決定により、以下のように国家に対する権利と位置づけられた。

「子どもは基本法 1 条 1 項と 2 条の意味における人間の尊厳と自己の人格を発展する権利を備えた存在である。人間の尊厳をその価値体系の中心とする憲法の下では、人間相互の関係秩序において、同時に義務に拘束され他人の人間の尊厳が尊重されなければ、他人の人格への権利は原則として誰にも与えられない。したがって、親の責任及びそれと結びついた権利の承認は、基本法の人間像に対応するような社会的共同社会内での自己の責任を自覚した人間になるために子どもが保護及び援助を必要とすることにより正当化される。親の責任の承認とそれと結びついた権利は、それゆえ子どもが、社会という共同体において、基本法の人間像に合致するように自身が自己に責任を持つ人格に成長するための保護と支援を必要とすることにその正当化が見いだされる……国家はこれに関して監督し、未だに自分で自らを保護することができない子どもを自分の成長が親の権利の濫用あるいは放置により損害を受けることからやむを得ない時には保護をしなければならない。この意味で、子どもの福祉は基本法 6 条 2 項 2 文による国家の任務に対する照準点である¹⁵²」。

②学説

その後この判決は定着したのだが、親による養育と教育についての子どもの基本権議論はその後も活発であった。例えばフंकは、「基本法 6 条 3 項は子どもにも、教育権者の故障あるいは他の理由から不良化するおそれのある場合以外は家族から引き離されない権利を与える¹⁵³」

150 a.a.O., S. 98.

151 詳細については、横田・前掲書 6 360 頁以下参照。

152 第一次養子縁組決定、BVerfGE 24, 119(144).

153 Funk, Trennung der Kinder von der Familie, Fragen zum Geltungsbereich des Art. 6 Abs 3 des Grundgesetzes, FamRZ 1969, S. 69 f.

とした。これは後述する親による養教育の保障を国家に求める権利について、基本法 6 条 3 項を根拠に主張したものとみることができる。

また、ツアハーは、次のように述べている。

「基本権の名宛人は、『子ども』から『親』、つまり『子ども』の『教育権者』及び『子ども』自身である（基本法 6 条 2 項 1 文）。なぜならば基本法 6 条 1 項 3 文において保障される自律性は、『子ども』に関する事項でもあるからである。親には権限と義務（基本法 6 条 1 項 1 文）が、いいかえれば教育権が直接与えられている（基本法 6 条 3 項）。子どもの権利はそれに対して原則親の権利によってカバーされる」。

また、彼は脚注において、「基本法 6 条 2 項の子どもの権限に対し、けれども基本法 6 条 3 項からの子どもの権利の観点から開放されている」とし、子どもの権利と基本法 6 条 3 項の繋がりを示す¹⁵⁴。

このように、子どもの権利理解は第一次養子縁組決定を経てもなお争いがあった。その一方で、連邦憲法裁判所は「夫婦財産契約」事件において子どもは親に対し養教育を請求する権利を有しているのかという問題について、一般的には子どもの養教育についての親の権利が国家に対する基本権（防御権）であると同様に、親による養教育についての子どもの権利も基本権（給付請求権）として国家に対立するものと理解され、このような子どもの権利は基本法 2 条 1 項によって保障されるという理解が示された¹⁵⁵。このように多少の揺らぎはあるが基本的に学説のように基本法 6 条を根拠とした子どもの権利論に連邦憲法裁判所は一貫して同調することはなかった。

(3) 親に対する子どもの権利？

①親子間への基本権効力に関する議論

また、親子間に基本権の効果が及ぶかは早くから議論されていた¹⁵⁶。これについては、①直接効力説②間接効力説③無効力説が存在する。①については、ニッパードアイ¹⁵⁷、そして何より

154 Zacher, in Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band. VI, 1989, § 134, Rn. 53. その他の学説については、横田・前掲書 6 361 頁以下参照。

155 BVerfGE 103, 89(107ff.).分析について、古野豊秋『憲法における家族』（尚学社、2010 年）66-67 頁参照。

156 2008 年エイプリルフル判決以前までの学説状況の記述については、横田・前掲書 6 433-447 頁に依拠している。

157 ニッパードアイの見解は次のとおりである。

「多くの基本権規定——とりわけ 2 条 1 項にも当てはまる——は、基本権としての性質と並んで、法秩序全体、したがって私法にも直接適用される原則規範という重要な機能を有する。広義の『基本権』のこのような『絶対的』効力は、客観的法規範としての基本権規定から、その具体的内容、本質及び我々の社会における機能に応じて引き出される追加的な——つまり公法

もクリューガーの見解が有名である。クリューガーは、子ども自身による子どもの基本権の行使と親の教育権の関係について、直接効力説か間接効力説かは出発地点が根本的に異なるにもかかわらず、議論はここで周辺化されるべきであると主張する¹⁵⁸。②が今日の有力的な見解であり、デューリッヒに代表される。デューリッヒは私的自治を根拠として直接効力説を批判した¹⁵⁹うえで、次のように主張した。「個々の基本権は、基本法1条1項及び2条1項で宣言的に認められ、憲法に先行する〈価値体系〉の現象形態であり、それは、特有の危険のために国家の方向から、多様な価値の実定法上の基本権によって保護される」との基本権理解を前提として、「〈第三者〉の方向においては基本権の『絶対的効力』は基本権によって個人の自律及び自己責任のために相対化される」。「したがって、私人相互の法関係は、まさしく憲法によって特別法（まさに『私法』に服する——つまり他人の権利への私人の攻撃を防御する法においても（そもそも刑法が介入しない限り）。第三者の方向からの攻撃を防御するための規範的〈手段〉とは、その助けを借りて特別の私法上の保護規範がない場合に客観的私法がその〈保護委託〉（基本法1条1項2文）を果たすのであるが、その〈価値充填が可能であり、かつ必要とされる一般条項〉である。その適用という方法は、一方で、第三者法関係における私人の処分の自由を基本権として承認することにより法論理的及び法体系的に不可欠となる〈私法の独自性〉を守り、他方で、当然に必要とされる〈法道徳における法全体の統一〉を守る」、すなわち、「憲法の基本権部分の価値体系が私法において実現されなければならない」が、「私法における基本権の侵入地域は……私法上の価値充填が可能であり、かつ必要とされる規範」であり、こうして基本権へと形成された価値内容で私法上の概念及び一般条項を充填することが主張され

上の権限と並ぶ——法効果である。それは法共同体員の（単なる）客観的法的拘束あるいは個人の主観的私権としても効果を現しうる」論拠とされるのは基本権の意味変容、社会国家原理などである。もっとも「あらゆる基本権が私法関係に適用されなければならないわけではなく、「この問題は、それぞれ個別の基本権規範について、その具体的内容、本質及び今日の我々の社会における機能を考慮して慎重に吟味されなければならない。」とはいえ、「直接あるいは憲法規範の内容から明らかになる制限的指示がないならば、原則規範は市民の私法関係にも妥当する」のであり、「その場合には当該規範の〈保護目的〉及び〈規律内容〉が正当に評価されなければならない」。したがって、「個人と〈社会的権力〉との関係が問題となる場合」や「一方が他方に対して〈経済的〉あるいは〈その他の権力的地位〉を有する場合には個々の私人相互の法関係についても基本権を適用し得ることが肯定されなければならない」（〈〉内はイタリック体）（Nipperdey, Freier Entfaltung der Personlichkeit, in: Bettermann und Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte a.O IV 2. Halb., 1962, S. 748-750.）そして、この直接効力説は親子関係にも適用されるとした（a.a.O., S. 107）。

158 Krüger, Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt, FamRZ 1956, S. 239.

159 Dürig, von Mangoldt/Klein: Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., 1957, S. 127 f., 377.

ることとなる¹⁶⁰。

② 間接効力説と親子

このような間接効力説はいわゆるリュート判決¹⁶¹においてもとられ、間接効力説が一般的には有力になっていく。もっとも、本稿が主眼とする親子関係について、デューリッヒもリュート判決も「私人の意思の支配」という意味での私的自治を根拠とするものであるとすると、例えば不法行為あるいは身分関係に起因するような契約外における私人の権利領域への侵害においては問題にならないという指摘があった¹⁶²。そこで、クーンは、次のような見解を示している。

親子間の「内部関係における基本権の適用」については、「未成年者の基本権はたしかに国家に対して無制限に妥当するが、しかしそれでも未成年者は基本権によって保障される行為自由をほとんど享受していないということが考慮されなければならない。未成年者の行為自由は基本権に拘束される国家よりもむしろ基本権に直接は拘束されない親によって制限される、それによって、基本権的価値が保護を必要とする方向は公権力から私人に移る」。そして、「親権と公権力との間には相違だけではなく共通点もある」。「双方同様の権力、すなわち一方的に服従者の協力がなくともお一般的に根拠づけられ、個別事例において形成される法的権力を、広範囲に及ぶ事実上の貫徹力を与えられて行使する」。「その場合、未成年者は国家の措置よりもはるかに強く親権の措置に服従させられ、その限りで保護の必要性はより大きい。ところが、まさしく『高権的権力』の優位こそが他律的行為態様と自律的行為態様の相対的で自由権の適用のための主たる理由である。このような事実を私法における間接的第三者効力の理論も自由権の価値決定をできる限りひきうけることによって考慮し得るし、しなければならない」。具体的には、「子どもの基本権と親の基本法上の地位」という「対立する利益を家族法諸規定によって調整するのは第一次的に立法者の任務であるが、そのさい、立法者が憲法の価値決定に拘束されることには変わらない」。そして、「これらの私法規定」は「憲法適合的に適用される」。すなわち、「親権は特別規定鮭ではなく一般条項によっても限定される」が、「民法1666条は親権の限界を超える場合に未成年者に法的反射によって保護を与える。この一般条項は基本権の価値決定にとっての『侵入地域』でなければならない。民法1666条1項1文の意味での子どもの精神的あるいは身体的福祉」の危険は、ここでも決定的な基本法の規準により、とりわけ親が親権を超過して基本権的に保障される未成年者の決定の自由に介入する場合に依存せざるを得ない¹⁶³」。

160 Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in:Maunz(Hrsg.), vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung,Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, S, 176 f.

161 リュート判決、BVerfGE 7, 198.

162 Reinicke, Der Zugang des Minderjährigen zum Zivilprozess, 1989, S. 158;横田・前掲書 6 436 頁。

163 Kuhn, Grundrechte und Minderjährigkeit, 1965, S. 60 f., 64-44.

このようなクーンの見解は、たしかに間接効力説として親子関係において基本権的価値が保護を必要とする根拠は示されているが、直接効力説が否定される理由は示されていない。仮に親子関係について私的自治=「私人の意思の支配」を主張することが理論的に困難であるならば、それにもかかわらず間接効力説を維持するためには別の説明（例えば「家族の保護」等）が必要となる¹⁶⁴。

その後、1980年代になると「国家の基本権保護義務」論の立場から、デューリッヒが述べるような裁判所が第三者の行為態様を違法と取り扱う時には保護義務をも履行しなければならないのではないか¹⁶⁵という問題意識を国家の保護義務論からとらえる立場が登場する。例えばイエシュテットは、「基本権はもっぱら国家に向けられているので、基本法6条2項1文はあらゆる人に対して作用する絶対的な法的地位を認めるものではない。しかし、その実質的保障内容は、基本権に義務づけられる国家が、あらゆる人、すなわち（学校以外の）私的共同教育者とも比べて親の優位を法律により効果的に形成し、保護するように解釈される。いいかえるならば、基本法6条2項1文は、たしかにそれ自体は私法秩序の意味における絶対的権利ではないがそれは法律に媒介された絶対的法的地位を親に与えるよう立法者を義務づけている¹⁶⁶」と述べている。

こうした国家の基本権保護義務論と親子関係との関係理解はその後有力となっていったとみられる。

③ 無効力説

もっとも、無効力説の存在も無視できない。ペータース¹⁶⁷、エッケハルト・シュタイン¹⁶⁸ら

164 横田・前掲書6437頁

165 Dürig, in: Mauz/Dürig/Herzog/Scholz/Lerche/Papier/Randelholzer/Schmidt-Assmann, Grundgesetz Kommentar: Art. 1. 1958, Rn. 102.

166 Jestaedt (Anm. 16) Rn. 276 ff. 同様の指摘及びカナーリスとの関係について、横田・前掲注6439頁

167 ペータースは、「基本権には第三者効力はないので、親が自らに対する子どもの対抗的な権利に拘束されず、それゆえ、基本権規定において現れる価値観も親子関係にはかわらない」との見解を示している（Peters, Elternrecht, Erziehung, Bildung in; Bettermann-Nipperdey-Schuner (Hrsg.), Die Grundrechte a. a. O IV 1. Handband, 1960, S. 372）が、これは無効力説に分類される（横田・前掲注6439-440頁）。

168 「憲法制定者が基本権によって子どもと親の間で生じる紛争をも解決しようとしたとは言えない。憲法は原則として国家の構成と関連する問題のみを規律する。ここの憲法規範が狭義の国家の領域を超えて一定の社会的権力関係にも適用されうるという問題は全く正当である。しかし、親に対する子どもの『基本権』を認めること、及びその逆は国家の構成の問題からはるかに離れているので、簡単には憲法制定者がこれに関して決定したということとはできない。いずれにせよ基本法にはそのような憲法上規律される領域の拡大についての手がかりはない」

は親子関係において基本権の効力を認めない見解を採用している。今日（2010年代以降）でも、例えばシュルツは、①たとえ親子の基本権衝突から出発したとしても、その解決に際し常に国家に相当な裁量の余地を認めることに疑問を持つべきである、②親子の基本権衝突のさいに衡量を行うことは許されざる国家のイデオロギー化を親の教育判断にもたらすという危険がある、③結局のところ親子の衝突は衝突する利益が互いに区別されるべきである、そして④基本法 6 条 2 項は子どもの福祉という重要な観点をも有しているが、親の基本権が子どもの人格発展に奉仕するために行使するという理屈と親の権利が子どもの一般的人格権に対抗するという理論は矛盾するという理由¹⁶⁹を挙げているが、これも間接的第三者効を批判する点で無効力説に分類される余地がある。このような無効力説全般については、①基本権が人間生活の全領域について妥当する価値秩序をも同時に規定することを見落としており、基本権は親が子どもを教育することができるか否か、いつまで教育することができるか、そしてその場合にいかなる限界を守らなければならないかといった問題に対してまったく中立であるというわけではない¹⁷⁰等といった批判が展開される¹⁷¹。

④ 連邦憲法裁判所判例の展開

以上のような学説の議論状況に対し、その後展開した子どもの権利強化論¹⁷²に影響をうけたのか、2008年の連邦憲法裁判所判決において、親に対する子どもの基本権構想（エイプリルルール判決、BVerfGE 121, 69）が突きつけられた¹⁷³。面会交流を望まない親にサンクションをもってこれを強制する法律の合憲性について判断した同判決は、次のように判示した。

「子どもは固有の尊厳と権利を有する。基本権主体として、子どもは国の保護を求めそして自身の基本法上保障された基本権の保障を求めることができる。……親の責任及びそれとむすびついた権利の承認は、基本法の間人像に対応するような社会的共同体社会内での自己の責任を自覚した人間になるために子どもが保護及び援助を必要とすることにより正当化される、この権利（Recht）はそれゆえ親の子どもに保護と支援を子どもの福祉のために与えるという義務と直接結びつけられる。そのさいに、この義務は、子どもが引き合いに出されるに過ぎないというわけではなく、子どもに対しても存在するのである。なぜならば、子どもは権利行為の対

（Stein, Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule, 1968, S. 28 f.同様の指摘について、横田・前掲注 6 440 頁）。

169 Schulze (Anm. 69) S. 88.

170 Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, 3.Aufl., 1980, S. 59.

171 その他の批判については、横田・前掲注 6 440-441 頁参照。

172 論者は、基本法改正に際して、国家目標を多数定めて国家目標のインフレ化に陥るよりはむしろ子どもの権利を明文化するべきであると主張する（Hohmann-Dennhardt, Kinderrechte ins Grundgesetz – warum?, FPR 2012, S. 185-187）。

173 同判決を下した裁判官の中には、子どもの権利強化論者である Hohmann-Dennhardt がいた。

象ではなく、権利主体でありかつ基本権主体であるからである。子どもに対し、親は子どもの福祉に合致した行為をする義務を負っている¹⁷⁴⁾。

この判決は、あたかも親に対する子どもの養教育の権利を認めたような文言が認められるため、基本権の第三者に対する直接の効力を認めたという分析も確認できる¹⁷⁵⁾。しかし、直接国家権力を拘束するものとして理解される基本法1条3項との矛盾や、基本法6条2項1文の文言上、親に対する子どもの養教育の権利は基本上のものとは学説上認められなかった。

(4) 子どもの基本権名宛人修正及びそれにより生じた問題

①司法の場における動き

そして、この傾向は2013年の連邦憲法裁判所判決により国家に対する権利へと是正（生活パートナーシップ継養子縁組判決¹⁷⁶⁾）されたと考えられる。同判決は次のように述べている。

基本法6条2項1文と結びついた2条1項から、子どもは親の養育・教育を国家が保障することを求める権利を有する。そして、その権利から、国家には親の養育・教育を保障する子どもに対する義務の領域において、基本法上の保護義務が課せられる。しかしその保護義務に基づき、実効的な保護を実現するためにいかなる措置が要請されているかの判断は、まず立法者が行うべきことになる¹⁷⁷⁾。

そして、この判決により第一次養子縁組において明らかにされた子どもの基本権が具体化されたといえよう。この子どもの権利として、先述した子どもの親による養教育の保障を国家に求める権利（基本法6条2項と結びつけられた2条1項¹⁷⁸⁾）他にも国家による保護を求める子どもの請求権（基本法6条2項2文と結びつけられた基本法2条1項及び2条2項1文¹⁷⁹⁾）もその一部と考えることも可能であろう。

②子どもの基本権カタログ創出の試み

更には、憲法への子どもの権利条約編入案に対抗する形で、基本法の解釈から導き出される子どもの権利の体系化の試みがなされている。

すなわち、政治の場では、「子どもの権利」をそれ自体として憲法テキストでもって保障すべ

174 エイプリルフル判決、BVerfGE 121, 69(93 f.).

175 高橋大輔「子どもの交流権の強制執行」筑波法政47号（2009年）86頁

176 生活パートナーシップ継養子縁組判決、BVerfGE 133, 59(73).同判決の詳細については、春名麻季「生活パートナーシップ関係の下での継養子の可否（BVerfGE 133, 59）〔2013〕」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例IV』（信山社、2019年）参照。

177 BVerfGE 133, 59(73).

178 BVerfGE133, 59(73).

179 BVerfG-K 03.02.2017 NJW 2017, 1295 (1296f.) .

きだとするいわゆる「子どもの権利の憲法条項化」を目指す動きがある^{180,181}。この基本法案は複数にわたるが、本質的には、子どもの人格発展、暴力からの保護を求める子どもの権利、参加権及び子どもの福祉原則（Kindeswohlprinzip）を求めるという点で共通していると分析されている¹⁸²。

この試みは、今まで成功したためしがない。そして、2021年基本法改正案（「子どもの権利を明確に確立するための基本法改正に関する法律案¹⁸³」）も頓挫している。この改正法案については、①子どもの権利条約4条による締約国の子どもの権利実現義務をドイツは果たしていないという立場から、基本法改正に賛成する立場¹⁸⁴、②これまでの親の権利・子どもの権利や②連邦憲法裁判所に関する研究¹⁸⁵を基に反対する立場¹⁸⁶、そして③基本法から子どもの基本権カタログが導き出されるという観点から反対する立場がある。まず、①の立場は、子どもの権利条約における権利とその中心的な原則は、ドイツではほとんど実現されていないという認識から出発する。たしかに連邦憲法裁判所は基本法解釈により、子どもの権利保護を試みてきた。

180 この動きは、さかのぼれば1994年の憲法改正のプロセスでも主張されている。詳細については、結城忠『ドイツの学校法制と学校法学』（信山社、2019年）265頁以下参照。その後の憲法改正をめぐる2012年までの議論状況については、荒川真理「ドイツにおける『子どもの権利憲法条項化案』棄却の論理」筑波大学教育制度研究紀要7巻（2012年）95-108頁参照。

181 ドイツは子どもの権利条約を批准するにあたり、解釈宣言という形で、条約と国内法の矛盾を回避しようとした。これは、子どもの権利条約解釈上の疑念や不明確性を除去しようとするものであり、条約の迅速な批准を実現するという目的のために作成された。詳細については、岩志和一郎「ドイツ」石川稔・森田明編『児童の権利条約』（一粒社、1995年）477-490頁参照。そして、2010年に解釈宣言にあった子どもの権利条約留保事項の撤回がなされた（BGBl. 2011 II S. 600）。

182 Wapler, Verfassungsrecht, in: Richter/Krappmann/Wapler (Hrsg.), Kinderrechte, 2020, S. 90.

183 この法案（BT-Drucks. 54/21）は、基本法6条2項に、①子どもの基本権の承認（2項3文）、②子どもの福祉という原則（2項4文）、③子どもの聴聞権（2項5文）及び④親の権利と義務には影響が及ばない（2項6文）という4つの要素を盛り込むというものであった。詳細については、https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2021/0001-0100/54-21.pdf?__blob=publicationFile&v=1, last visited, 28 July 2022.

184 https://kinderrechte-ins-grundgesetz.de/wp-content/uploads/2018/02/DKHW_Gutachten_KRiGG_Hofmann_Donath.pdf, last visited, 28 July 2022.

185 詳細については、イエシュテット「連邦憲法裁判所という現象」鈴木秀美ほか監訳/イエシュテットほか『越境する司法』（風行社、2014年）65-128頁参照。

186 Jestaedt, "Kinderrechte im Grundgesetz" statt "Kinderrechte ins Grundgesetz". Zwischenstand in einer ungeschlossenen Debatte, Jamt Heft 7/8 2021, S. 358-362.

しかし、何十年にもわたって培ってきたドグマティックは複雑で誰にでも理解できるものではなく、そのため、憲法に子どもの基本権を追加することが救済策と見なされるべきである、というのである。次に、②について、子どもの権利条約における子どもの権利及びその基本原則である子どもの福祉原則は、既に連邦憲法裁判所判例及び学説で受け入れられていると主張する見解が存在する。最後に、③については、後述する研究成果から、基本法改正をする必要はない、と主張される。このような複数の立場があるが、親の権利の空洞化を懸念する基本法改正反対派の危機感を考慮するならば、さしあたり基本法から本当に子どもの基本権保障は導き出すことはできないのか、という観点から考察を進めるべきであろう。

なお、子どもの権利条約の国内における取扱いについては、後述する。

③子どもの基本権カタログ

先述した観点から考察を進めるために、基本法改正に強い反対の意思を示すヴァプラーの所論を参考に、以下では基本法における子どもの権利保障の在り方についてみる¹⁸⁷。

(i) 生命、身体の不可侵性及び健康に関する権利

子どもの権利条約によれば、子どもは、生命への権利（子どもの権利条約 6 条）に加えて、包括的な健康への権利（24、25 条）及び暴力からの保護を求める権利（19 条）を有している。そして、国家は、これらの権利に対する配慮義務がある（8、23、19 条 1 項）。

基本法において合致する保障は生命及び身体への不可侵（基本法 2 条 2 項 1 文）に認められる。そして、生命、身体の不可侵性、私生活における暴力からの保護（2 条 2 項 1 文、6 条 2 項 2 文による国家の監督任務）、健康への権利（6 条 2 項 1 文の親による養教育の一部、3 条 [法律の前の平等、男女同権、差別的取扱いの禁止]）に細分化される¹⁸⁸。

(ii) 人格発展及びアイデンティティ育成

第二に、子どもの「発達」に関連して条約法上は広く理解され（子どもの権利条約 6 条 2 項）、そして人格発展及びアイデンティティ育成の精神的・肉体的過程に関係する。これらのうち、多くの権利は、基本法上の子どもの自由な人格の発展（基本法 2 条 1 項）や一般的人格権（1 条 1 項と結びついた 2 条 1 項）から導き出される。そして、アイデンティティ（基本法 1 条 1 項と結びついた 2 条 1 項）、教育（Bildung）（教育の機会均等、3 条 1 項 3 項と結びついた 2 条 1 項）、意見表明の自由（5 条）、集会結社の自由（8 条 1 項、9 条 1 項）、そして信教の自由（4 条）に細分化される¹⁸⁹。

(iii) 参加を求める権利

第三に、子どもの権利条約 12 条 1 項の意見表明権は、子どもに関する判断への子どもの参加

187 彼女の＜子どもの権利は基本法において十分に保障されているか＞という研究成果は、基本法における子どもの基本権解釈について、彼女とは厳密には異なる立場をとるイエシュテットも認めているところである（a.a.O., S. 260）

188 Wapler(Anm. 182)S. 75ff.

189 a.a.O., S. 77ff.

を求める一般的な権利を含む。

これに対して、基本法は、裁判所で聴聞を受ける権利を含んでいる（基本法 103 条 1 項）。子どももこの基本権主体である。聴聞を受ける権利は次の 3 つの要素に分類される。まず、当該人は、十分な情報に基づいて意見を述べることができるよう、手続の状況について知らされなければならない。次に、彼らは自分の意見を伝える権利を有する。最後に、裁判所はこの見解をその判断のさいに考慮しなければならない。同項の内容及び射程は子どもの権利条約の保障と合致する。同項は、行政手続には妥当しない。しかし、公的な手続で話を聞くという、同様に広範囲な権利が、基本法 20 条 3 項¹⁹⁰に由来しているのである。年齢や成熟度に適した子どもの意思とその意見の考慮は、連邦憲法裁判所によれば、子どもの人格権いいかえれば一般的人格権（2 条 1 項または 1 条 1 項と結びついた 2 条 1 項）に基づいて、あらゆる場合に個別の判断で必要である。この点は、主に連邦憲法裁判所部会決定で明らかにされている¹⁹¹。しかし、家族法以外の分野では、この判例法はほとんど受け入れられていない。なお、子どもの政治参加も意見表明・プレス自由、集会・結社の自由と同様中心的な権利であり、子どももこの保護領域に含まれる（5、8、9、21 条 [政党の憲法的地位]）と理解されている¹⁹²。

（iv）平等原則

子どもの権利条約 2 条 1 項は、複数のメルクマールから独立して子どもを尊重することを保障している。

基本法は、差別からの保護について 3 条で定めており、歴史的に特に問題となった男女差別（同条 2 項）のほか、非嫡出子の保護のような子どもに特有の差別禁止規定をもおいている（6 条 5 項¹⁹³）。もっとも、障害者の権利条約との関連で、基本法の平等原則に合理的配慮をどのように取り入れるべきかについては、今後考えていかなければならない課題である。

（v）子どもの福祉原則

子どもの福祉原則（子どもの権利条約 3 条 1 項）によれば、子どもの福祉は子どもの衡量判断において常に優先されて考慮されなければならない。つまり、締約国において子どもに関する判断のさいに他の利益に対して子どもの利害を適切に代表することを、集団的な（政治的、立法的な）判断のさいにも個別の措置にも保障している。

更に子どもの権利条約 3 条 1 項は、裁判上有効な直接適用される規範である。確かに同原則から直接的な法的効果は生じない。なぜならば、これは単に衡量判断のさいに一つの基準を提

190 「20 条【連邦国家、権力分立、社会的連邦国家、抵抗権】

③立法は憲法に適合する秩序に、執行権及び裁判は法律および法に拘束されている」。

191 BVerfGK9, 274(281);10, 519(524);15,509(514f.).

192 Wapler (Anm. 182) S. 86ff.なお、ドイツにおける生徒の政治的基本権の詳細については、結城・前掲注 180 554 頁以下参照。

193 「⑤嫡出でない子どもに対しては、法律制定によって、肉体的及び精神的成長について、ならびに社会におけるその地位について、嫡出子に対すると同様の条件が作られなければならない」

供しているにすぎないからである。けれども子どもの福祉原則は、子どもの条約に適合した衡量を求める主観的な請求権を付与している。

基本法の条文において、子どもの福祉原則について合致する文言は存在しない。けれども子どもの利害を国家の判断で考慮せよという一般的な義務は、あらゆる個人が等しい価値を持つという一般的な原則から導き出される。この思想は、ドイツの憲法秩序の基本原則に属するものであり、例えば人間の尊厳（基本法1条1項）の保障においてそして一般的な平等原則（3条1項）で、そのような表現がみられる。しかし、基本法には、この一般原則を子どもやその他の特に弱い立場にある集団に対して、具体的に表現したものは含まれていない。それでもなお、子どもの福祉原則はドイツにおいて既に現在直接有効であるため¹⁹⁴、基本法に編入する必要はない¹⁹⁵。

(vi) ドイツにおける子どもの基本権保障に関する問題点

以上のようなドイツにおける子どもの基本権保障に問題がないとはいえない。この点について、ヴァプラーにより、子どもの裁判に参加する機会の保障が指摘されている。ドイツにおいて現在では、家族法、福祉法、学校法などの子ども関連の法律分野において、子どもが自らの事項に関する判断に関与できるようになっている。しかし、他の領域、特に子どもの裁判参加の実践には改善の必要性があるとされる。子どもの権利条約における子どもの意見表明権が憲法でどのように解釈され、議会制定法律で実施されているかという問題は、ドイツにおける子どもの権利条約の実施に不可欠な試金石となっている¹⁹⁶。なお、比較的子どもの意見表明権が保障されているとされる家族法の領域でも、子どもは面会交流を申し立てることはできるが面会交流排除の申し立てはできないというような制度のありようは問題になり得る。また、憲法異議における子どもの手続能力は、法律上規律されていない¹⁹⁷。

④子どもの基本権具体化により生じた問題

ここまで、主に連邦憲法裁判所の判例及びヴァプラーの所論を通じて見てきたように子どもの基本権が具体化する一方で、従来は、子どもの福祉に資する場合、国家は親の権利に監督任務に基づき介入をすると考えられてきた。

子どもの基本権の具体化を支持する通説及びこれを支持しない有力説（イエシュテット）は、子どもの保護を求める権利と自由権を区別し、子どもが自分で決定した行為を前提とする権利は親の解釈優位にあり、基本権衝突はこの領域では発生しないと考えた。しかし、子どもの保護を求める権利は民法上の子どもの福祉の危機（民法1666、1666a条）と同一の内容たる客観

194 連邦行政裁判所は2010年代に、子どもの福祉原理はドイツにおいて議会制定法の次元で直接効力を有するとの判断を示している（BVerwG, 10.02.2011, Az. 1 B 22/10）。

195 Wapler (Anm. 182) S. 89ff.

196 Wapler (Anm. 182) S. 94.

197 Wapler (Anm. 182) S. 109f.

的な内容を有し、この範囲で子どもの基本権を尊重するべきであると考えられていた¹⁹⁸。

(5) 子どもの福祉の法的内容理解とこれによる国家介入閾値の明確化——ヴァプラーを中心に——

①子どもの福祉の法的内容をめぐるイエシュテット説

この現状について、子どもの基本権の具体化という判例の傾向を子どもの一般的人格権の具体化として歓迎するが、基本的にはその子ども観からして判例・有力説とは相いれない新説により、①保護と自由の分離可能性及び②客観的内容の定義が問題視される¹⁹⁹。ここで、「客観的内容」たる「子どもの福祉の危機」ないし「子どもの福祉」とは何か、そして子どもの（基本）権とどのような関係なのかが問われる。

有力説は、次のように理解する。すなわち、憲法上の概念であり、親の権利ドグマーティクを中心を占める子どもの福祉は子どもという特定の状況下での人間の尊厳の特別な適応（Adaption）であり、自己決定の保障により実現される成人の福祉とは区別される²⁰⁰。判例の立場は明らかではない。

②子どもの福祉の法的内容をめぐるヴァプラー説

これに対し、新説（ヴァプラー）は、判例・通説及び有力説は子どもの保護の側面のみを重視し、自律の側面を顧みなかったと主張する。そして、人間の尊厳（基本法 1 条 1 項）と一般的人格権（基本法 1 条 1 項と結びついた 2 条 1 項）において示された基本法の個人主義が子どもにも妥当しかつ子どもにはまさに子ども期特有の特性を尊重せよという請求権を基本法は認めているという前提から、福祉概念の検討を行う²⁰¹。新説は、有力説のように一般的な福祉概念と子どもの福祉概念の区別を是認せず、一般的な福祉概念の中に子どもの福祉を包括する。彼女によれば、福祉とは、「個人の利益の十分な実現」と定義される。自律した個人には原則として自己の判断が優位することが認められるが、自己決定の優位は一定の条件の下制約が認められ、制約された個人は自己決定の優位が原則として認められない。そのため、他者による福祉の内容の決定が優先される。制約された自律能力を有する個人は、自己の利害を最大限尊重せよと求める倫理上の請求権を有している。これらの個人の言葉によるあるいは言葉によらないシグナルが個別の利害状況に反映されない場合、彼らは善き生をおくるにあたり必要な最低条件である、肉体の維持と精神的、肉体的、そして社会的な発達の援助という基礎処置（Basisversorgung）を倫理上求めることができる²⁰²。

198 Wapler(Anm. 40) S. 178.

199 a.a.O., S. 178f.

200 Jestaedt(Anm. 16)Rn. 35.

201 この構想は、「リベラル、ヒューマニズム、あるいは規範的一個人主義」と称される（Wapler [Anm. 40] S. 306）。

202 a.a.O., S. 160ff.

ヴァプラーによれば、子どもの福祉は、「子どもという個人の利益（利害）の十分な実現」と定義づけられる。この子どもの福祉概念は基本法の規準に合致し、基本法の人間の尊厳と人格権の尊重（基本法1条1項と2条1項）から導き出される。包括的な、子どもにとっての最善を追求せよという意味での子どもの福祉（[絶対的・]積極的・子どもの福祉）は、国家によるあらゆる教育を方向づけるが、国家は親に対し、同様の方法で包括的な子どもの善き生を義務づけることはできない（基本法6条2項）。したがって、包括的な善き生としての子どもの福祉概念理解に加えて、子どもの福祉の侵害あるいは手続法上の審査を法により段階化する必要がある²⁰³。

ヴァプラーによれば、憲法上の親子関係について、親は子どもの福祉を実現するための権限を有し、子どもに対し子どもの福祉を援助する存在ではあるが、子どもに対する基本義務は存在しない。親の自律は、子どもの福祉にとって不可侵な条件（民法1666、1666a条）が保障されている限りにおいて確保される²⁰⁴。この条件が保障されていない場合に、国家が監督任務に基づいて介入する。

【子どもの福祉にとって不可侵な条件 205】

- ①衣食住という実質的な世話。
- ②子どもの健康の維持。
- ③身体的、精神的あるいは情緒的な完全性に対する干渉からの保護。
- ⑤ 長期間あるいは子どもを支える社会的関係。
- ⑤子どもが後に自分のライフスタイルを自分で選択し、生計をたてる・政治的共同体に参加するというような能力を得ることができるような適切な教育及び機会。
- ⑥ 子ども自身の利益を適切に顧慮し、成長に適した行為の余地を保障し、そして自分の利害に関する判断に子どもを適切な形式で参加させ、意見表明をさせるという子ども個人の人格に対する基本的な尊重。

彼女によれば、国家が必要最低限度の保護を与えるために親子関係に立ち入る基準（消極的・子どもの福祉）の客観的内容の描写の試みであり、子どもは基本権をもってこのような最低水準の保護を求めるとされる。もっとも、彼女の理論を学校教育との関係でどのように理解すべきかについては別途議論を要する。なぜならば、彼女の理論を全て受け入れるならばホームスクーリングを認める余地がないようにも取れるからである。この点について、彼女は就学拒否は一定の要件の下で認められると主張する。その背景には多様な家族を認めながらもその中で子どもが自らの選択肢を狭めないことに学校教育の意義を見出すリベラル社会における寛容性の在り方がある。そもそもその思想を受け容れられない立場は、彼女の理論を受け入れがたいだろう。

また、理論上の問題、とりわけ親子関係と憲法の関係について彼女の立場は国家の保護義務

203 a.a.O., S. 493ff.

204 a.a.O., S. 514f.

205 a.a.O., S. 515ff.

と子どもの基本権の結びつきを強固にするものであるが、これについて無効力説の立場やイエシュテットのよう連邦憲法裁判所の見解に懐疑的な立場からは批判がされるであろう。

とはいえ、これまでのドイツの子どもの福祉の在り方や親の権利学説に対し、彼女の試みが一石を投じたことは紛れもない事実である。

(6) 混合説の健在及び子どもの意思の扱い

①混合説の健在

ヴァプラー説について、本稿ではもう一つの特徴を指摘しておきたい。それは、彼女の学説が混合説の健在をなお示し、かつたとえ子どもの福祉に適わなくても子どもの意思を尊重すべき場面での子どもの意思の扱いを描写していることである。また、部分適齢の放棄も主張している点にその特徴がある。

従来、親の権利学説（特に特殊説）において①親子関係は子どもの福祉を基底とした信託説等特別な関係にあると理解され、②親の自由は子どもの成長とともに減退し（減少説）、そして③親の自律を確保するべく親の解釈優位が主張されてきた。けれども、この理解については修正が施されることになる。

例えば先述した減少説は民法上の親の義務という観点からとらえると、現行ドイツ民法 1626 条 2 項に明記されているが、そこでは次のように規定されている。すなわち、親は子どもの監護・教育に際して、①子どもの自律・自己責任的な行動への伸長し増大しつつある能力と欲求を考慮しなければならず、また、②子どもに直接関わる事項に関してはできる限り子どもと話し合い、合意を得るように努めなければならないということを意味する。この場合重要なことは、親の「伸長しつつある子どもの自律性の尊重義務」及び「子どもとの相談・合意義務」には、子どもの権利条約上の子どもの意見表明権（子どもの権利条約 12 条 1 項）が実体法上の手続法上もこれに対応しているということである。「自己の意見を形成する能力のある子ども」は、「その子どもに影響を及ぼす全ての事項について、自由に自己の意見を表明する権利」を有し、その意見は「子どもの年齢及び成熟度に従って相応に考慮される²⁰⁶」。今日、ドイツの学説・判例によれば親の権利と子どもの人格的自律権との間には一般的には上述したような法原則が妥当していると解されているが、基本的人権の種類や性質ないし対象となる事柄や権益のいかんによっては、更に「いわゆる意思能力（Einsichtsfähigkeit）のある未成年者の法理」の適用を視野に入れてアプローチすることが入用かつ有益であるとされている。これは端的にいえばいわゆる「高度に人格的な事柄」ないしは自己の人格権に深く触れ、強くかかわる事項については、当該事項に関し、子どもが相応な判断力・弁識力を備えているとみられる場合には、他者による規制を排して、子ども自らが自律的にこれを決定することができ、したがって、ここ

206 Mündler, Beratung, Erziehung und Recht, 1991, S. 34f. 同理論の検討について、結城・前掲注 180 778 頁。

においては、子どもの自己決定権が親の教育権を原則的に凌駕するというものである²⁰⁷。

また、例えばイエシュテットは次のように理解していた。すなわち、部分成年規定等で「親子関係が個別事例において年齢及び発達に応じた年齢及び発達に応じた規定によって制御されることが、子どもの発達及び成熟過程の特性に合っている。しかしながら、これは憲法によって統一的に考えられる、家族における教育（法）関係を原子化すること（Atomisierung）『養育及び教育』という包括的な複合体を、多少なりとも互いに調整され、あるいはまったくつながりのない個々の権限及び義務へと分解することには至り得ない。子どもの発達及び発展についての親の包括的責任は維持されていなければならない²⁰⁸」。しかし、他方で「[ドイツの民法の]成年規定は、子どもの理解力及び判断能力が、同時に子どもの教育の必要性の減少を伴って増大するというところにあらわれる未成年者の発達及び発達の進行的性格を考慮しなければならない。したがって、成年について統一的で硬直した年齢限界を定め、あるいは成年を完全成年としてのみ理解し、これを成年年齢で初めて生じさせるというような規律構想は、親の権利によってはもはや擁護されないだろう。……それは親の権利による正当化が欠けているため、自らの人格を自由に発展させる子どもの基本権（基本法1条1項と結びついた2条1項）の侵害であろう。未成年者が理解力及び判断力において次第に成長することに対しては、むしろ未成年者が年齢段階に応じて特定の領域ごとに成年になる（部分若しくは領域的成年）、つまり未成年者の意思が親の意思に反して押し通されることが対応する²⁰⁹」。

こうした形で、親の権利学説のいわゆる減少説でも親の包括的責任は維持され、かつ子どもの発達に応じた部分的な段階的成年が求められるというように修正が施されてきたのである²¹⁰。

このように「親の権利が優位する局面においても様々な理論構成の下に子どもの自由が尊重されるようになる一方で、子どもの自由を制約する親の最終的決定権限は否定され得ず」、またそれゆえに親の権利が他の基本権とは異なるとする特殊説が否定されるわけではなく「むしろ親の最終的決定権限の故に」特殊説が導かれることになる²¹¹、と理解されるようになった。

②子どもの意思の扱い

しかし、ヴァプラーはこのような特殊説について、自説から修正を求めている。その見解に

207 詳細については、結城・前掲書778-780頁参照。この理論によれば、対象となる事柄が子どもの人格権に触れ、その核に近いものであればあるほど（いわゆる人格に近い権利）、これに関する決定に際して子ども自身の意思や意見表明権は法的重みを加え（親の単独決定権の制限・親による決定に際しての子どもの参加権の保障）そしてまさしく子どもの「人格権の核」に触れる事柄については、子どもがそれに要する判断力を有していれば、これに関しては子どもの意思こそが決定的であるということが帰結されることになる。

208 Jestaedt (Anm. 16) Rn. 149.

209 a.a.O., Rn. 150

210 詳細については、横田・前掲書6530頁

211 横田・前掲書6547頁

ついで、わが国でも難問とされている子どもの意思の扱いについて重要な示唆を含むため、以下で彼女の見解を引用する。

基本法は、明らかに法と国家のリベラルな理論に基づいており、全体の憲法秩序の出発点は、人間の尊厳（基本法 1 条）と自由な発展の権利（基本法 2 条 1 項）である。このアプローチから、個人の自由の制限は常に正当化を必要とする。自由主義秩序の中心にあるのは、このように、正義の原理に基づいて他の自己決定者との取り決めに臨もうとする自己決定者である。この「リベラルな個人」像のもとでは、それぞれ自己意識をもつ複数の個別的な主観の間の関連を問題にする間主観性と相互ケアの領域全体を結果的に多くのリベラルな概念の中でフェードアウトさせるか、あるいは政治的・非政治的領域に追放することになる。法規範の次元では、自立した意思決定をする能力がほとんど否定されてしまうため、子どもたちは最初から不安定な状況に置かれ、かつ彼らの生活状況は、実際には、親との密接な社会的関係によって、相当な範囲が決定される。このように、彼らの生活状況は、非対称的なケア関係によって特徴づけられる²¹²。

非対称的なケア関係には様々な種類がある。自己決定に基づいてライフスタイルを決定する能力のある人間のみが顧慮される古典的なリベラル思考にとどまるならば、親子関係は「信託モデル」そして「支配モデル」としてとらえられる。前者の信託モデルは、マウラーに代表されるような子どもの権利の代行者として親をとらえるモデルである。これは子どもの意思が反映されない可能性が高い。後者の信託モデルは、今日みられるような子どもの利益のために親が奉仕するモデルであるが、これは親の自律が損なわれるおそれがある²¹³。

それゆえに、他の親子関係のモデルが模索されるが、ドイツの代表的な思想家であるアクセル・ホネット²¹⁴の承認論には同意できない。彼の理論では親子関係について子どもを愛情と配

212 Wapler(Anm. 148) S. 28 f.

213 a.a.O., S. 29ff.

214 「承認論」で知られているアクセル・ホネットの理論の概要について、本稿では糠塚康江の説明を参照する。糠塚によれば、「私的領域で関係形成を行うためには、＜私＞が他者に働きかけ、＜私＞を受け入れてもらわなければならない、＜私＞と＜私＞の相互承認がなければ関係性を構築できない」。ここでいう「承認」とは、「『つながりの相手として認められること』、すなわち『自分の価値をきちんと肯定的に評価され、存在を受け入れられる』『受け身の経験』をいう [引用者注：ここでは藤野寛『「承認」の哲学——他者に認められるとはどういうことか』（青土社、2016年）41-50頁が引用されている]をいう。承認された経験が、自尊感情を獲得する基礎になる。以下、藤野の読解を介してであるが、ホネットによれば、承認には、①愛、②人権尊重、③業績評価、の三つの型がある。①愛は、限られた相手・対象に向けられるもので、構築する関係の親密度の濃淡により、『承認』の閾値は異なるが、徹底した差異性の承認になる。」そして、「ホネットは母子関係の内に相互関係の内に愛という相互承認の形のいわば原型のごときものを見出す。愛の経験を拒まれる幼児もいるが、男女を問わず、すべての子ども

慮の中に組み込みそのニーズが満たされているかをみるが、これは家庭内での親子の対立可能性を看過している。子どもの自律性は、社会環境との相互作用の中で発達していく。同時に、子どもは独立した個人であり、他人とは利害関係が異なるため、他人と対立することもある。親と子どもの権利の対立や、無定形な家族の集合体への合併は、この緊張の場を十分に説明することも、解決することもできない。むしろ必要とされるのは、人間の決定と行動の主観を超えた起源を認識しつつ、他者からの解放と他者に対する自由のための空間を個人に残すような関係的な自律の概念²¹⁵である²¹⁶。

子どもの人格や自律性は、他者との対立・社会的な関係の中で形成される。人が自分自身をどのように見ているのか、良い人生をどのように想像しているのか、ニーズを明確にし、願いを表現し、目標に向かって努力する方法は、孤独な思考の中だけではなく、社会的な相互作用の中でも構想されている。このためには、国家や第三者による妨害的な介入からの保護が必要である。親子関係は、そのようなプライベートでインタラクティブな空間として理解され、外部からの制約やコントロールから独立した創造的な場として親子が利用できるものでなければならぬ。しかしその一方で、子どもは適応的選好形成²¹⁷のような影響をも親から受けることを考慮する必要がある。不利な社会的条件や不公正な社会的条件の下で行われた決定は、反映された選択の結果である可能性があり、したがって、関係者の個人的な責任が反映されている可能性がある。選択肢の減少につながる自由の外部条件の欠損は、個人を制限するが、決して個人の自己決定の能力を奪うものではない。これらの要素に鑑みると、子どもの意志の発達について、①生まれ育った環境によって開かれた選択肢以外の選択肢を子どもが認識していない可能性があり、②更に、「両親を失望させたくない」という衝動に左右される可能性がある。この場合、彼らは特定のライフプランのために決断を下すのではなく、自らの主要な社会的関係に影響を与える中で最低限のマイナスの影響しかもたらさない選択をせざるを得ない。③最後に、子どもの選択には、「このライフプランであればこの社会での生活を最もスムーズに乗り切ることができる」という見識に基づいている可能性がある。合理的な大人であれば、これらの判断はすべて自己決定であると受け入れられ、一人ひとりが、限られた経験と知識の地平線の

が母子関係における愛を経由して大人になる。母と繋がり、母から支えられる経験から、子どもは、孤独に耐えうる個人になる」(糠塚康江「私的領域の変容と縮小社会における憲法学の課題」)——自律する<私>/つながる<私>/ささえる<私>——」公法研究 82 巻 [2020 年] 60-61 頁。

215 関係的な自律論は、人間の相互依存性と傷つきやすさに着目し、一定の依存関係や社会的環境の中で育まれるものとして自律を捉える。

216 Wapler(Anm. 40)S. 34 f.

217 ここでは、センの適応的選好形成が参照されている。センの適応的選好形成の詳細については、神島裕子『ポスト・ロールズの正義論——ポッゲ・セン・ヌスbaum——』(ミネルヴァ書房、2015 年) 143-144 頁参照。

中で、自分の選択をしていこう。多くの人は、自分にとって大切な人間関係を維持するために、人生の重要な決断を他人の期待に基づいて行っている。外部からの意思決定の可能性の欠如は、当事者個人の自律性の欠如として論じられるのではなく、政治的な問題として論じられることになるだろう。決定者が問題となっている決定に関連する重要な情報を欠いていたのでは、十分な自己決定とはいえない。成人で責任のある人が、副作用が命に関わることを知らずに医療行為に同意した場合、その同意には関連する情報が不足している。自立性がない、判断を迫られている場合や、判断プロセスが操作されている場合の信憑性がない場合も同様である。子どもの場合、人生経験が少なく、物質的・感情的な要素に左右されるという点で、物事は更に複雑になっている。このように、彼らの知識やスキルは社会環境に大きく影響され、同時に、彼らは自分の意思決定をこの環境の希望や期待に、あるいは思春期には、この環境ではなく、仲間のグループに方向づけるリスクが高くなる。このような事情がある場合に限って、そもそも、決定、特に通常は既に高度な洞察力を持っている若年者の決定を、親、他の法定後見人、または国家機関による外部審査の一般的な留保の下に置くことが正当化される。これらの違いを親権争いの問題に関連づけると、片方の親またはもう片方の親と一緒に暮らすことを好むという子どもの意見は、同等の方法で異なる衝動に支えられているかもしれない。親のどちらかが口に入れたものを子どもが認知的に再現するだけであれば、その表現は外部から誘導されたものであり、真実の意思表示ではない。子どもが目に見えて、一緒に暮らしている親を怒らせたり、失望させたりすることを気にしている場合は、意見の独立性が問われることがある。一方で、学校や友達に近くに住みたい、自分の部屋や庭、ペットに愛着があるなど、ある場所に住みたいと思う動機がある場合は、決断するさいに考慮しなければならない配慮のある選択といえるだろう²¹⁸。

おそらくこうした考えを背景に、ヴァプラーは、子どもの手続において①子どもの意思が認められ次第考慮に入れ、②子どもが自分で決定しその決定にあたり十分な情報を得る限り第三者が子どもの意思を上書きできず決定的なものとして扱う、③それ以外の場合は、子どもの意思を考慮した協議を必要とする²¹⁹ことを提唱する。ただ、それ以外にも子どもの依存性等複数の特性を彼女が考慮していることは、先ほどの彼女による説明から明らかである。

また、彼女は子どもの権利条約の憲法編入に反対する立場から、基本法条の解釈から様々な子どもの基本権が導き出されることを示している。その中で宗教適齢²²⁰の存在に疑念を唱えた

218 a.a.O., S. 36ff.

219 Wapler(Anm. 40)S. 530 ff.

220 ドイツでは、14歳未満の子どもは親の宗教教育権のもとにある(子どもの宗教教育に関する法律[以下「RKEG」とする]1条)。この子どもの宗教教育に関して、特別規定である「子どもの宗教教育に関する法律」が適用される。この創設につき、宗教領域に関わる自己決定は人格の核心に関わる事項であり、これに基づく教育問題には立法論(de lege ferenda)が寄与すると考えられているのである。子どもの意思との関連では、宗教教育の変更時には、後見裁

り年齢にとらわれない子どもの意思の尊重を徹底している点に特徴があり、この点は先の「いわゆる意思能力 (Einsichtsfähigkeit) のある未成年者の法理」の適用を視野に入れたアプローチの先をいくものと評価できよう。

③ヴァプラーによる「子どもの福祉基底型の受託モデル」の否定

そのうえで彼女はリベラル社会において家族の多様性を受け入れることの重要性とヌスバウムのケイパビリティ・アプローチのように未来志向型の子どもの福祉構想²²¹を行う重要性を説

判所にて 10 歳以上の未成年者の意見聴取が必要とされる (RKEG 2 条 3 項 5 文、3 条 2 項 5 文)。そして、12 歳以上になると未成年者の意思に反する宗教観の変更は禁止される (RKEG 5 条 2 文)。まだこれらの段階では、未成年の子は、「部分的成年」(Teilmündigkeit) として捉えられているが、14 歳以上の未成年者になると、「宗教的成年」(Religionsmündigkeit) として、自らの宗教観につき自己決定することができる (RKEG 5 条 1 文)。そのため、14 歳以上の子は、宗教教科の授業、礼拝や宗教的儀式への参加についても自ら決定することができ、例えば、別の宗派に改宗する場合や無宗教に転身する場合には、宗派の脱退の権利も有する (佐々木健「ドイツ親子法における子の意思の尊重——憲法と民法の協働の視点から——」立命館法學 [2008 年] 288 頁)。

221 マーサ・ヌスbaum は、アリストテレス研究でよく知られた哲学者であり、センと並んでケイパビリティ・アプローチを発展してきたことでも知られている。彼女のアプローチは、政治哲学において展開されており、人間の全般的な能力の発達には「閾値 (それ以下では人間らしさを失ってしまう境界)」レベルで保障されるべきであり、また政治の目的は市民が善き人間生活をおくるために必要不可欠とする条件を分配することであるとした、アリストテレスの見解に依拠するものとなっている。また、彼女のケイパビリティ・アプローチは、「人間の尊厳としてふさわしいと人生の直観的な観念として知らされるもの」(Nussbaum, "Women's Bodies: Violence, Security, Capabilities," *Journal of Human Development* [Vol. 6, No. 2, 2005], 5) としてとらえている。このようなヌスbaum のアプローチは、人々の福祉 (福利) を把握するための評価基準として資源 (及び効用) よりもケイパビリティの方が優れているとする点でセンのアプローチと同じであるが、特定のケイパビリティの閾値の保障を正義の判定基準とし、またその内容が直観的な観念によって知らされるとする点でセンとは異なる。彼女は「人間の尊厳の尊重が要請する最低限のものとして、全ての国家の政府が尊重し施行すべき基本的な憲法原理を哲学的に支援するという目標のもとに、人間の中心的ケイパビリティの普遍性を「標榜」している (神島・前掲注 217 179-180 頁)。その中心的ケイパビリティとは、①生命、②身体健康、③身体不可侵性、④感覚・想像力・思考力、⑤感情、⑥実践理性、⑦連帯、⑧ほかの種との共生、⑨遊び、⑩自分の環境のコントロール (政治的なコントロール及び物質的コントロール) である (同書 192-193 頁)。こうしたケイパビリティ・アプローチは、先述したヴァプラーの子どもの福祉にとって不可侵な条件にも影響を及ぼしているとみられる。

く²²²。

そして、リベラル社会における親子関係は受託的構想（判例・通説）に該当せず、親の権利と子どもの福祉の関係について、先述した親の解釈優位理解（ここで彼女はイエシュテットを挙げる）は不適切であると主張する。なぜならば、前者は親の自由な私生活の形成を利己的な自己実現と解するおそれがあり、後者は親子の利益の独立性を否定し、両者の区別を困難にするからである。

しかし、両者は互いを補う存在であり、「子どもの福祉基底型の受託モデル」と彼女に称される。このモデルでは親が複数の選択肢のうち子どもの福祉に適した選択をしていると考えることにより、親子の利益衝突を回避し、国家の監督任務による統制を子どもが受忍できずそのために子どもの福祉が危険化する場合に限定する。しかし、彼女は例えば子どもがペットを望んだ場合、「子どものためにペットを飼った方がいいのか」というように親に子どもの福祉について解釈の自由を認めるのではなく、「私達はペットが飼いたいのか」というように（自分を含む）家族にとって最善の選択をするという親の判断の自由を認めるべきであると考え。すなわち、親の判断は先述した子どもの福祉の不可侵条件に抵触しない限り確保され、国家はその限りにおいて親子の利益衝突に関与しない²²³。

こうした彼女の思想は、特殊説の修正を迫るものであり、先述したシュミット・グレーザーにみられるような家族の自律の観点と結びついた混合説を示しているように思われる。更にいえば、彼女の思想は近年のトレンドである子どもの自律の尊重について、配慮した判断を求めつつ親の自律を確保しようとしている。

補論一ドイツにおける子どもの意思の聴取制度

ここまで出てきた子どもの意思について、ドイツでは具体的にいかなる制度がもうけられているのか。この点は、後の面会交流制度にもかかわってくるため、ここで補論として説明をもうけておきたい。

(1) 新配慮法の成立と手続法の改正

ドイツでは1979年配慮法により、支配権的な「親の権力 (elterliche Gewalt)」を廃止し、親の義務性を強調して子どもの福祉に重点を置こうとする「親の配慮 (elterliche Sorge)」へと改正された。新配慮法は、子どもが基本権主体であるという見方を強め、子どもの福祉を指導理念としつつ自立した個人へと成長する形での親の配慮の行使を定めた。手続法においてもこの趣旨を汲むために、事案解明の目的のみならず、子どもの基本権保障の目的から、旧非訟事件手続法 50b 条において子どもの聴聞規定が定められていたが、2009年の家事事件手続法改正に伴い、家事事件手続法 159 条に子どもの意見聴取義務が定められた。また、子どもの権利条約

222 Wapler(Anm. 40) S. 41f.

223 Wapler(Anm. 40)S. 26f.,43f.

批准により子どもの手続法上法的地位を更に向上させるべく、1997年親子関係法改正法は子どものための手続保護規定を新設した。それが子どもの身上に関する手続のため選任される、いわば子どものための弁護士である「手続保護人」の制度である。この手続保護人規定は、先述した家事事件手続法改正に伴い、手続保佐人へと名称を変えたうえで、旧規定では不明だった手続保護人の法的地位と具体的職務につき細かな修正が加えられることになった²²⁴。

子どもが手続能力を有するとされ14歳以上であるとき、裁判所は子どもの監護養育又は財産管理に関する事件においては、適切な方法で、必ず子どもの意見を聴取することとされている（家事事件並びに非訟事件手続に関する法律(FamFG)159条1項1文）。また、子どもが14歳未満であっても、親権・監護権又は面会交流権の帰属・行使等について決定する際に、子どもの親との結び付き及び意思が重要である場合には、子どもの意見を聴取すべきであるとされる（同2項）。これらの手続に関する事項は、第一審の家庭裁判所のみならず、控訴審においても妥当する。ただし、子どもの意見聴取は、重大な事由があるときには、行われないことと定められている（同3項1文）。

裁判所は、子どもの利益に鑑みて必要があると判断すれば、子どもの手続補佐人を選任する義務を負う（FamFG158条1項）。一般に、子どもの利益が法定代理人の利益と深刻に対立する場合には、必ず子どもの手続補佐人を選任する必要がある（同2項1号）。どのような場合に、手続補佐人を選任する必要があるかについては、解釈の幅があり、実務上、必ずしも手続補佐人が有効に活用されないおそれがある。そこで、現行FamFG158条4項は、この点を考慮して、裁判官は、子どもの利益を確定し、それを裁判手続において実現しなければならないと明記している。その帰結として、子どもの意見聴取は、手続補佐人の面前で行わなければならない（同159条4項3文）。また、裁判官は、子どもに対して、裁判手続の対象、進行の手順、及び予想される決定について情報提供しなければならないとされている。手続補佐人は、子どもの利益のために、上訴する権限をもつほか、裁判所の命令で追加的な役割を負うこともある（同文）²²⁵。

224 佐々木健「ドイツにおける手続保護人(Verfahrenspfleger)制度と子の意思の尊重」家族＜社会と法＞（2009年）25巻165頁、同「ドイツ手続保佐人制度の運用と日本法への示唆」二宮周平ほか編『子どもと離婚——合意解決と履行の支援——』（信山社、2016年）255-256頁。手続保護人制度については、岩志和一郎「ドイツにおける『子どもの代弁人』」法律時報81巻2号（2009年）46頁以下、佐々木健「ドイツ親子法における子の意思の尊重——家事事件における子の意見聴取と手続保護人(Verfahrenspfleger)について——（1）・（2）完」立命館法学302・306（2005・2006年）286頁以下、128頁以下参照。手続保佐人制度の概要について、岩志・前掲論文46頁以下参照。

225 <https://www.moj.go.jp/content/001348073.pdf>（最終確認日：2021年11月14日）

(2) ドイツの家裁制度

なお、ドイツの家裁制度の違いを簡単に付言する。わが国における家裁調査官はドイツには存在しない。法改正前のドイツ家裁実務では、家裁命令に基づきでいうところの児童相談所に相当する少年局や専門鑑定人による子どもの福祉の観点や専門鑑定によって推定される子どもの利益が手続へ持ち込まれることはあっても、子どもが調査対象である側面が強調されていた。しかし子ども自身が積極的に自己の利益を主張できないならば、手続の客体としての存在に留まり得るのである。この状況を改善し、意見表明という基本的な権利行使が発達上十分にできない者についても実質的な手続保障を充実すべく、人間の尊厳や人格権といった基本権、子どもの権利条約に掲げる意見表明権保障の観点から、先述した子どもの意思代弁人としての手続保護人制度が設置されているのである²²⁶。

こうした制度が存在するのではあるが、ドイツの手続法には子どもの権利条約に照らして問題があるとするのがヴァプラーの見解である。なぜならば、ドイツの法制度には、例えば面会交流を申し立てることはできるが面会交流排除の申立てはできないというような制度のありようや憲法異議における子どもの手続能力が法律上規律されていない等の問題点が存在するからである²²⁷。

こうしたドイツの傾向は、子どもの基本権の具体化という新局面においてなお親の権利学説は特殊説に支配されず混合説が健在であることを示しているといえよう。また、子どもの福祉とは独立した子どもの意思の扱いはドイツでも大きな課題になっていると読み取ることができる。

4. おわりに

(1) ドイツの親の権利論の概要及びわが国とドイツの差異

まず、ドイツの親の権利はかつてのワイマール憲法規定とは異なり、制度的保障でありながらも親の権利の防御権及び親の優位を強調するような自然的権利と理解されている。また――その義務の性質や監督任務の範囲については争いがあるが――、国家は親が子どもの養教育責任を果たさない場合に監督任務に基づきその権利に介入すると理解されている。

次に、ドイツの親の権利学説は、①親の権利の権利性を強調する段階、②親の権利の義務的側面を強調する段階、そして③親の権利の利己的側面を再び主張する段階ないし固有の権利性を模索する段階を踏んでおり、今日では連邦憲法裁判所により④子どもの基本権の具体化に至っていると考えられる。その結果、子どもの福祉の客観的な法的内容や親の権利学説を修正する試みが行われている。しかし、結局のところこれまでの学説を完全に否定するのではなく、場面ごとに使い分けたり、特殊説において子どもの福祉判断でヴァプラーの子どもの意思を子

226 佐々木健「ドイツにおける手続保護人（Verfahrenspfleger）制度と子の意思の尊重」家族<社会と法> (25) (2009年) 165頁。

227 Wapler(Anm. 182) S. 110.

どもに関する手続で受け入れる基準（①子どもの意思が認められ次第考慮に入れ、②子どもが自分で決定しその決定にあたり十分な情報を得る限り第三者が子どもの意思を上書きできず決定的なものとして扱う、③それ以外の場合は、子どもの意思を考慮した協議を必要とする）を採用することにより、従来の学説との対話可能性を模索したりした方が良いのではないだろうか。また、従来アメリカ法の親の権利論をも参照してきたわが国の観点からすると、ドイツの一部の学説が基礎法学の次元で英米法を参考にしている点は興味深い。

（2）わが国とドイツの差異

しかし、このようなドイツの議論をわが国に無媒介に導入して良いというわけではない。なぜならば、わが国は、後述する憲法条文構造の他にも憲法と民法の関係について争いがあるからである。

そもそもわが国では憲法と民法の関係について、大別すると①憲法と民法を本来異質な法ととらえる立場（異質論）、②憲法と民法を融合するものととらえる立場（融合論）、③憲法と民法の関係を上位法と下位法の関係としてとらえる立場（規範階層的重層論）、④憲法と民法は、憲法を基礎に置きつつ、互いに協働しながら国家・社会の基本法を重層的に構成しているとみる立場（憲法基底的重層論²²⁸）がある。そして最高裁判所の立場については、いわゆる夫婦同氏制最高裁判決において「法制度と人権の問題に関連して特定の見解を示したわけではないが、その基本的な見方には、上記のうち憲法基底的重層論の考え方と共通する部分もあるように思われる²²⁹」という指摘がある。

論者も憲法基底的重層論が妥当ではないかと考える。すなわち、山本敬三が主張するように、民法は国家法としての性格を持つ以上、国家の基本法としての憲法による拘束を受けるので、国家と社会の単純な二分論に基づいて民法と憲法を振り分けることはできない。そのため、国家と社会を構成する法（constitution）を考えるのであれば、憲法が、国家・社会のいずれの体制も規定しているとみるべきであるとされる。このような国家・社会の基本法としての憲法は、国家の基本組織を規定し、その活動を規制する法とされる。そして、日本国憲法は、そうした国家の活動に関する根本原理として個人に基本権を認め、国家の運営を国民の民主的決定に委ねるといった基本決定をしている。ここから、国家には、3つの責務が課されることになる。第一は、国家自身による侵害からの基本権（憲法上の権利）の保護である（介入禁止）。国家は、侵害を正当化するのに足りるだけの十分な理由がない限り、個人の基本権を侵害してはならない。第二は、他の市民による侵害からの保護である。国家は、個人の基本権を他人による侵害

228 各説の詳細については、山本敬三「GCOE 全体研究会 憲法・民法関係論の展開とその意義——民法学の視角から——」新世代法政策学研究 5 卷（2010 年）20-28 頁参照。

229 調査官解説「民事関係 1 民法 750 条と憲法 13 条 2 民法 750 条と憲法 14 条 1 項 3 民法 750 条と憲法 24 条[大法廷平成 27.12.16 判決]（最高裁判所判例解説：平成 26 年 9、10 月分平成 27 年 11、12 月分）」法曹時報 68 卷 12 号（2016 年）244 頁。

から保護しなければならない（国家の基本権保護義務）。この国家の義務の根拠として、基本権を「国家からの自由」に限定する立場を突き詰めれば、国家は不要となるはずであり、国家に存在意義を認めるのであれば、少なくとも個人の基本権を他人による侵害から保護することを国家の最低限の任務と認める必要があるという根拠が示される。第三は、国家の基本権支援義務である。国家は、個人の基本権がより一層実現できるよう様々な給付を提供したり、各種の制度を整備したりすべきである。

以上の3つの国家の責務を基礎として、民法には、次の3つの役割が課されているとされる。

第一の役割は、憲法のもとで概括的な方向が示されるにとどまっている基本権の内容を、市民相互間で問題となる状況に即して具体化し、その内容を特定することである。憲法29条に基づく財産権、憲法13条の幸福追求権を具体化することが示される。

第二の役割は、基本権を他人による侵害から保護するための制度（不法行為法、物権的請求権、合意の瑕疵に関する制度、不当利得制度等）の整備である。

第三の役割は、個人の基本権をより良く実現できるよう支援するための制度（代理制度、家族制度）の整備である。

このように、基本権の保護・支援を民法の目的とするこの見解においても、民法には憲法のみならず独自の独自性があるとされる。すなわち、基本権の内容の具体的な形成及び基本権の保護や支援の方法には様々な可能性があるため、基本権の保障体制をどのような枠組みで構成し、その内容をどのような方針で形成するかについて、多くの基本決定をする必要がある。この基本決定を、私法の領域において行う法が民法である、とされる²³⁰。

こうした憲法と民法理解の関係を踏まえると、国家の介入禁止から、憲法上第一に親の権利は国家に対する防御権を核として構成されると思われる。そして、親による子どもの基本権侵害や一方の親による親の基本権侵害から国家は保護をしなければならない。そのうえで、個々の親や子どもの基本権をより良く実現できるよう支援するための制度の整備が民法に求められている。

そして、ドイツの議論は少なくとも親の権利の暫定的な視点の形成には役立つと思われる。この点を、以下で詳述する。

(3) 日本法への示唆

ドイツとは異なり根拠条文が存在しないわが国において、憲法上の親の権利（教育権）をめぐる学説は流動的である。ここではドイツの議論をわが国の議論において参照する意義を強調するために、わが国の憲法上の親の権利学説への暫定的な示唆を導き出したい。

230 このような山本敬三の主張の詳細については、前掲論文の他「憲法・民法関係論の展開とその意義——民法学の視角から（1）・（2）——」法学セミナー646号53巻10号（2008年）17-2頁、53巻11号44-48頁、「基本権の保護と私法の役割」公法研究65号（2003年）100頁等参照。

① 親権の法的性質をめぐる議論

そもそも国では、親権の法的性質に関する争いがあり2011年には民法で義務が先行する形で再規定された。しかし、それでもなお親権の法的性質については争いがあり²³¹、面会交流権同様また異なる切り口を憲法学の議論は提供する。

② 憲法学説状況

親の教育権の体系的な整理の先駆者である米沢広一によれば、(学校教育を主に想定すると)親の権利学説は①権利性不要説、②13条説、③23条説、④24条説、そして⑤26条説等多岐にわたる。そして、旭川学テ最高裁判決は、親の教育の自由が憲法上保障されていることを前提としていると理解される²³²。

子どもを教育する権利は第一義的に親にあり、裁判で争う場合にも、子どもの権利と親の教育の自由は一体のものとして扱われることが多い。しかし他方で、親の教育の自由には「①他者(子ども)をコントロールする権利」、②親と子どもは別個の人格を有し、「親は子どもの判断そのものを代替しているわけではなく、そして、「③親の教育の自由は親の自己実現のためだけではなく、子どもの教育を受ける権利から派生したという側面を有する」等の点からの限界が存する²³³。

こうした憲法上の親の権利のイメージは、ドイツの親の権利ともある程度合致する。このようなイメージはその後、西原博史や横田光平によって具体化されていくがその過程で争点が複数生じた。ここではその争点を両者の議論を通じてみていこう。

③ 西原説

まず、西原博史による親の権利理解を確認する。なお、西原は主に学校教育を想定した議論

231 大別すると、①親権の義務あるいは職分としての側面を重視し、親としての独自の権利という側面を否定する見解(米倉明「親権概念の転換の必要性」星野英一ほか編『現代社会と民法学の動向：加藤一郎先生古稀記念(下)』[有斐閣、1992年]396頁以下と②親権に残る権利としての側面を——特に对国家の関係で——意識する見解(大村敦志『家族法〔第3版)』[有斐閣、2010年]117頁以下)がある。では、2022年10月15日閣議決定された民法における懲戒権規定が削除されれば、親権は権利ではなくなるのだろうか。たしかに一部の理解(最三小判平29年12月5日民集71巻10号1803頁調査官解説[田中寛明・最判解民平成29年587頁])では、「同規定が削除されれば、親権が変容し、[引用者注：親権者の]妨害排除請求権が否定される解釈につながる可能性が示唆されているとも解される」(久保野恵美子「児童虐待への民事法的対応——親権法改正について——」法律時報94巻11号[2022年]26頁)。しかし、久保野恵美子が指摘するように(同論文26頁)、近時の傾向である親権が子どもの利益によって制約されることの明確化や同規定削除が、従来の親権が権利か義務かという性質論に影響を与えることはないと考えらるべきであろう。

232 米沢広一『憲法と教育15講〔第4版)』(北樹出版、2016年)171頁。

233 前掲書 173頁。

²³⁴を展開しているが、ここでは掲げた問題意識の都合上児童虐待を想定した論文²³⁵を用いる。

まず、民法学における親権の限界を定め、親権制限措置を授けられた国家は、単に第三者のうちの一人としてそこに係るわけではない。民法における親権保障の裏に、憲法上の基本的人権たる親の教育権が不文ながら存在している。日本国憲法も、憲法 26 条 2 項で親が子どもを保護する関係を「当然の前提」としており、その意味で近代法に共通する親権の存在を踏まえている。問題は、その对国家的な防御権としての実質が「どの基本的人権によって保障されているか」である。

親の教育権の根拠条文は、①憲法 13 条と②憲法 24 条に分類される。前者は、理論の分岐はあるものの²³⁶「子どもを養育し、宗教的・道徳的価値観を伝え」ることが最狭義の自己決定権に係る問題として、親自身の人格の発露という観点において位置づけられる。そして、親の教育権は価値伝達をあくまで個人の人格との関係でとらえるべきであり、憲法 19 条における思想・良心の自由と連続したものと位置づけながら 13 条及び 19 条を親の教育権の根拠ととらえる²³⁷。

④ 横田説

このように親の教育権を理解する西原に対して、横田光平は自己決定権を根拠とした親の権利を否定するべく憲法 24 条を根拠とした内容形成を必要とする親の教育権を描き出す。横田は、これまでの憲法学説が特に子どもに対する親の義務を視野に入れた親子関係をも視野に入れた親の権利学説を構築していないとし、その観点からドイツの民法・憲法学説が考察対象となる²³⁸。その結果、特殊説が導き出されるが、一方で特殊説と同質説の両立可能性を追求する²³⁹。

⑤両者の差異及び考察

両者の決定的な違いは①根拠条文や、②国家の介入に対し親の権利のみを用いることで個人の自律を保護するかそれとは別に子どもの権利も用いるかといったものが挙げられる。

234 西原・前掲注 51 122-178 頁。

235 西原・前掲書 311 頁、内野正幸『教育の権利と自由』（有斐閣、1994 年）107 頁以下。

236 親の価値観伝達などといった要素を親個人のもので位置づける西原説のほかに、「家族の形成」という最小単位のコミュニティ形成に向けられたものと位置づける考え方（佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』（有斐閣、2002 年）147 頁、竹中勲「親密な人的結合の自由」法学教室 176 号（1995 年）49 頁、米沢・前掲注 215 168 頁以下）がありうると西原は指摘する。また、近年では中原茂樹が、竹中と同様に子どもを監護及び教育する親の自由を、憲法 13 条から導きだされる「親密な交わり・人的結合に関する自己決定権」ないし「親密な人的結合（に対する権利）」として保護する（中山茂樹「憲法と家族：何が憲法上の問題となるのか」比較憲法学研究 31 号 [2019 年] 99-101 頁）。

237 西原・前掲注 51 72 頁。

238 横田・前掲注 6 15 頁。

239 横田・前掲注 6 576-579 頁。

①についてたしかに流動的な親の権利学説の中で多数説といえるのは憲法 13 条説であり、そのバラエティも豊富である。しかし、仮に 13 条説を採用したとしても憲法 24 条が何も示していないという理解は誤りだろう。親の権利は原則として内容形成を必要とするもののその存在は否定できず、これに対し憲法学が何を要請しているかを解明しなければならない。

そのさいに、憲法 24 条の存在は無視できない。憲法 24 条の法的性質については、①平等権と解する立場²⁴⁰（通説的見解）、②制度的保障とする立場²⁴¹、③自由権的人権とする立場²⁴²、④国務請求権とする立場²⁴³、⑤社会権的把握をする立場²⁴⁴、⑥自由権と社会権双方の性質を有すると解する立場²⁴⁵、⑦公序と解する立場²⁴⁶、そして⑧制度設営義務を遂行するよう請求する

240 この通説的見解は、更に次の 2 つに分類できる。まず、一つ目は、平等の具体化とする平等権の特別則であるとする見解である（芦部信喜『憲法〔第 7 版〕高橋和之補訂』〔岩波書店、2019 年〕127 頁、浦部穂法『憲法学教室〔全訂第 3 版〕』〔日本評論社、2016 年〕109-110 頁、内野正幸『憲法解釈の論点〔第 4 版〕』〔日本評論社、2005 年〕50 頁等）。もう 1 つが、平等権であるという理解を基軸とするが、24 条を 13 条と 14 条の 2 つの特別則とする見解である（佐藤功『日本国憲法概説〔全訂第 5 版〕』〔学陽書房、1996 年〕188 頁、浦田賢治＝大須賀明編『新判例コンメンタール・日本国憲法 2』〔三省堂、1994 年〕〔大山儀雄執筆〕55 頁、小林孝輔＝芹沢斉編『基本法コンメンタール〔第 5 版〕憲法』〔日本評論社、2006 年〕〔武田万里子執筆〕184 頁、芹沢斉＝市川正人＝阪口正二郎編『新基本法コンメンタール憲法』〔日本評論社、2011 年〕〔武田万里子執筆〕211 頁、辻村みよ子『憲法〔第 7 版〕』〔日本評論社、2021 年〕170-171 頁）。同見解については、憲法 24 条を 13 条と 14 条の家族生活への投影であると把握する立場から、13 条がすべて 14 条に収束されると考えることは適切か、という疑問が示されている（植野妙実子『憲法 24 条 今、家族のあり方を考える』〔明石書店、2005 年〕37 頁）。

241 田口精一「家族生活における基本原理」田上穰治『憲法の論点』（法学書院、1965 年）141 頁、奥平康弘『憲法Ⅲ——憲法が保障する権利』（有斐閣、1993 年）29 頁。同説の問題点として、制度的保障の実質的意味や制度として保障する婚姻形態が挙げられる。また、婚姻や家族に関わる権利の存在が見えにくくなる、と指摘されている（植野・前掲書 37 頁）。

242 依静夫『日本国憲法概論』（三和書房、1953 年）63-64 頁、種谷春洋「婚姻の自由」田上穰治『体系憲法辞典』（青林書院、1977 年）347-349 頁。

243 宮沢俊儀『法律学全集 憲法Ⅱ』（有斐閣、1959 年）408-409 頁、佐々木惣一『改訂日本国憲法論』（有斐閣、1978 年）434 頁、田畑忍『日本国憲法条義』（有斐閣、1961 年）148 頁、橋本公亘『日本国憲法〔改訂版〕』（有斐閣、1989 年）213 頁。

244 小林孝輔「家族生活における個人の尊厳と両性の平等——憲法の家族観」法学セミナー増刊『日本の家族』（1979 年）287 頁、鶴飼信成『憲法』（岩波書店、1956 年）143 頁。

245 利谷信義「日本の家族」法学セミナー増刊『日本の家族』（1975 年）10-11 頁、影山日出弥「第 24 条」有倉良吉編『基本法コンメンタール憲法（新版）』（日本評論社、1977 年）110 頁。

246 樋口陽一『憲法』（創文社、1996 年）259 頁、同『国法学〔改訂版〕』（有斐閣、2007 年）

権利と解する立場²⁴⁷等がある。そのうち⑧説をもって、②説の側面も否定できないが、実務的には請求権的性格までも認めるべきではないかと思われる。憲法24条は「両性の本質的平等」及び「個人の尊厳」に立脚した立法を求めているため、憲法24条の親及び子どもの個人の尊厳から立法者に対する何らかの要請を導き出すことが素直な解釈と言えよう。また、親の権利学説一般に対しては、憲法上の親の権利・利益について個別に検討しなければならないものの、――少なくとも親の固有の利益が認められるような――子どもを養教育する自由について、憲法24条2項と結びついた13条を根拠に主張するというアプローチを検討すべきである。

②については、親と子どもの権利はやはり別のものとして扱わなければならない場面があることに留意すべきだろう。

⑥近時の学説

横田説と西原説に加えて、近年篠原説が確認できる。篠原永明は、憲法24条2項の個人の尊厳、すなわち子どもの尊厳を実現することを要求することが親の権利であると理解する。もっともここでの親の権利は伝統的な権利観には合致しないいわば理念的な権利といえ、特殊説のうち親自身の権利を実質的には権限ととらえるものであり、子どもの福祉に服する範囲は横田説と比較すると広範である²⁴⁸。

また、子どもの権利研究を行う木村草太は子どもの個人の尊重に基づき、子どものために何が最善かという視点から親権制度が構築されるべきだとし、かつ子どもの生存権・教育を受ける権利の具体化法として親権制度をとらえようとする。その結果、「子どもの権利の具体化法」として親権制度をとらえ、離婚後の共同親権制度も親の感情的満足や国家の都合ではなく、子どもの権利をより良く実現するために何が最善かを考えて構築しなくてはならないとする²⁴⁹。

⑦主な論点の検討

これらの学説をみると、子どもの側からの再構成が迫られているとはいえ親の教育権ないし権利自体の存在は否定できない²⁵⁰が、問題はその法的性質及び限界であることがうかがえる。

145頁。同説についても、制度保障説への批判がある程度あてはまる（植野・前掲書○37頁）。

247 長谷部恭男『憲法の理性 [増補新装版]』（東京大学出版会、2016年）133頁。

248 1章4. 参照。

249 木村草太「離婚後共同親権と憲法――子どもの権利の観点から」梶村太市・長谷川京子・吉田容子編著『離婚後の共同親権とは何か――子どもの視点から考える――』（日本評論社、2019年）28-31頁。もっとも木村説は面会交流権と親権を横田説同様区別する（木村草太「子どもの利益と憲法上の権利」梶村太市・長谷川京子・吉田容子編著『離婚後の子どもをどう守るか――「子どもの利益」と「親の利益」――』（日本評論社、2020年）122頁）。

250 もっとも、権利性否定説も健在である（齊藤愛『異質性社会における「個人の尊重」――デュルケム社会学を手がかりにして』（弘文堂、2015年）202-203頁、君塚正臣「社会権としての『教育を受ける権利』の再検討――その過拡大再考の提言』横浜国際社会科学研究所15巻5号 [2011年] 11頁等）。これらの学説は親権の義務性を強調する民法学説と親和的であ

こうした比較的最近主張された学説も踏まえると本稿で扱った論点との関連で、①親の権利は全て子どもの福祉ないし利益により基礎づけられるのか、つまりいわゆる特殊説で説明できるのか、②ここで想定される未成年者像、③信託的性質、④親の権利の内容形成はもっぱら立法裁量に委ねるべきなのか、そして⑤子どもの意思の扱いが問題となるだろう。

①については、全ての場面でこの理論が通用するとは思えない。横田説が目指すように、少なくとも特殊説が通用しない場面があるという認識は必要である。ヴァプラー説が特殊説への警鐘を鳴らしたのもそのような趣旨であると受け取ることもできよう。そう考えると、篠原永明のように親の権利がすべて特殊説で説明できると解するのは難がある。

②について、未成年者は保護が必要な存在と一義的にとらえるべきではない。しかし、その自律性を判断するにあたっては、ヴァプラーが指摘するような特性（適応的選好形成等）を顧慮する必要がある。

もっとも、この点について、わが国では18歳成人を契機に、自律と保護の対立関係を前提とした未成年者像の見直し自体が行われている点に注意を要する²⁵¹。

③について、ドイツの信託説を直ちに受け入れるのではなく果たしてわが国にその理論が馴染むのかを検討しなければならない。例えば本稿でも触れたベッケンフェルデの信託説が憲法24条2項に規定のない「親」「子ども」関係の理論的考察において参考になると判断した古野豊秋のように、わが国の憲法学説に信託説は親和的であるかを考えなければならないだろう²⁵²。

るが、それゆえ子どもとの関係と区別して国家との関係を問うべきである（横田光平「子どもの法の基本構造と憲法上の親の権利」法律時報90巻9号〔2018年〕117頁）。

251 例えば、自律と保護が対立関係に立つのは、両者が「責任」をめぐる綱引きをしているためである（一般に、自律は自己決定と自己責任を要素とし、保護は自己決定に伴う責任ないし不利益を防ぐものであると理解されている）という仮定から出発する見解がある。この見解は、自律を「自己決定」に純化させ、保護を「自己責任」の免除に純化させた場合、責任をめぐる自律と保護の綱引きは消滅し、自律と保護の対立関係も解消すると主張する（堀口悟郎「18歳成人と『子どもの人権』」憲法理論研究会7月16日ミニシンポジウム〔於 zoom〕）。

252 古野豊秋『憲法における家族』（尚学社、2011年）138頁。古野は、また次のようにも述べており、この点はわが国において信託説を導入するかを考えるうえで重要な文言であると思われるので以下で引用する。

「親と子どもに関するわが国古来の伝統的な考えの背景には、『子どもは天からの授かりもの』という親の側の一方的な受益的なとらえ方が潜んでいる。このようなとらえ方によっては、親の都合で子どもを扱うことに何らの制約も存在しないことになる。しかし、わが国の憲法が13条1項で『個人の尊重』を挙げていることからすれば、『子ども』も人格の主体であり、個人として尊重されるべきである。この点からすれば、親と子どもの関係をベッケンフェルデのように信託的な関係にとらえる考え方には参考とされるべきものがある。このような『信託的な関係』によっては、子どもは『天からの授かりもの』ではなくて、『天からの預かりもの』という

わが国において、子どもは親の親権に服し、成長とともに自分で判断し行動したいと望む者とされる²⁵³。このような「子ども」という存在を親権という名のもとに支配することを正当化しながらも、子どもを個人として尊重することの一つの説明として信託説を採用することには意義があるかもしれない。とはいえ、現在のドイツにおいて信託説に疑問を投げかける見解が存在することは本稿で明らかにしたとおりであり、信託説を受け容れるならばこの点も考慮しなければならない。仮に信託説を支持するとしても、同説が子どもの権利論と両立するかという点は別に議論しなければならない所である²⁵⁴。この点について、ヴァプラーの議論を採用するならば、少なくともドイツにおける従来の信託説は採用できず、(政治的地位を含む)子どもの権利思想と両立する範囲で信託説を用いなければならないということになる。すなわち、子どもが自分で基本権を行使できる段階においてはもはや信託説は通用せず、かつその段階は個別の場面でフレキシブルに設定することになる。

④について、たしかに親の権利は内容形成が必要とされる。しかし、憲法 24 条の 法的性質でも触れたように、その内容は憲法においてある程度指針を読み取ることが可能であると考えられる。そのさいに、特に憲法 24 条 2 項の「個人の尊厳」から何を読み取るかについて、ドイツの議論は参考になるのではないだろうか。たしかにドイツの「人間の尊厳」と日本の「個人の尊厳」概念の異同は問題になる²⁵⁵。しかし、子どもの「人間の尊厳」ないし「個人の尊厳」について、親子間への国家の介入基準を見出そうとしたヴァプラーの議論は基礎法学に遡り普遍性を獲得しようとしたものとみられるため、たえずすべてではなくとも一部は参考になりそうである。

⑤について、横田は特に裁判所による積極的・子どもの福祉の判断にあたり第三者として判断をする裁判所は消極的・子どもの福祉の場合以上に子ども本人の意思を尊重すべきであるとする。通常子どもの意思は子どもの福祉に合致するが、一方で子どものみが面会交流を望む場合のように子どもの意思と子どもの福祉が合致しない場合もある²⁵⁶。ここで、子どもの意思の取り扱いについてドイツのヴァプラー説が大いに参考になり得る。

ことになろう」。

なお、憲法 24 条における子どもの「個人の尊厳」から信託的思想を導き出す見解として、法学協会編『注解日本国憲法上巻』(有斐閣、1948 年) 238-239 頁。「個人の尊重」と「個人の尊厳」の関係については、後に考察する。

253 内野正幸『表現・教育・宗教と人権』(弘文堂、2009 年) 201 頁。

254 特に完全信託説を想定した上でのこの指摘について、大江洋「親の正義論」岡山大学法学会雑誌 67 巻 3・4 号 (2018 年) 550 頁。

255 わが国の学説状況の詳細については、玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』(尚学社、2013 年) 32 頁以下参照。

256 横田光平「子どもの意思・両親の権利・国家の関与」法律時報 83 巻 12 号 (2011 年) 14-15 頁。

具体例として、先述した面会交流の場面を想定しよう。子どものみが面会交流を望む場合、後述する連邦憲法裁判所は、別居親による拒否については、具体的な個別の事例において強制された面会交流が子どもの福祉になお奉仕し得るであろうことを推測させる十分な根拠が存在しない場合は、その面会交流を強制することはできないという（4章3.（2）③参照）。これに対し、ヴァプラーは、子どもと親の受け入れ可能な関係を前提とし、あるいは少なくともそのように発展するという全ての者の意思の合致が必要であるという²⁵⁷。両者は突き詰めれば大した違いはないかもしれないが、子どもの福祉という概念の不明確性を払拭するためには後者を支持すべきではないか。

なお、日本では、「必要性の共同体である『伝統的家族』が、選択される関係」「に変化し、交渉に基づく多様な関係から成りたる暫定的な家族」である、いわゆる「家族の個人化²⁵⁸」と、それに巻き込まれる子どもの主観の関係がようやくクローズアップされつつある印象を受ける²⁵⁹。それだけに、子どもの主観に注目するドイツの研究は、「家族の個人化」を志向する日本の憲法上の親の権利学説にとって重要である。

⑧自説の問題点

なお、自説の重大な問題として、消極的・子どもの福祉と積極的・子どもの福祉という二分法が果たして憲法解釈に馴染むのかという問題がある。たしかに親の権利の濫用に対抗する概念というのであれば、消極的・子どもの福祉（＝子どもの基本権）で十分であり、積極的・子どもの福祉の必要性が問われよう。しかし、ドイツでみたように少なくとも機能の観点から、消極的・子どもの福祉と積極的・子どもの福祉は区別されるべきであり、いわば経済的自由の消極目的規制と積極目的規制とパラレルにとらえることもできるのではないだろうか。

（4）小括

①日本の憲法学説状況

日本の憲法学説は、憲法上の親の権利について、従来主として学校教育との関係で議論されていた。そのため、例えば学校教育とは状況の異なる児童虐待への対処を目的とした親権制限事例を含む親の権利に関する議論については、議論が途上にある。また、未成年者、親との関係では子どもとされる存在について、彼らはもっぱら保護の対象ではなく、動的に自律性を備えていくという特徴をもっており、その意思を軽視してはならない。

②ドイツを検討する意義と現状

このような問題意識の下で、本章では主に基本法上明文で親の権利が定められている（基本法6条2項1文）ためにその法的性質に関する議論が蓄積し、現在は連邦憲法裁判所の2013年判決以降の子どもの基本権の具体化への対応を迫られているドイツの議論状況を参考に、日本

257 Wapler (Anm. 40) S. 260.

258 野辺陽子編『家族変動と子どもの社会』（新曜社、2022年）4-5頁。

259 社会学の観点からこのことを指摘する研究成果として、前掲書が挙げられる。

の憲法上の親の権利の法的性質や争点について考察をすすめた。

まず、ドイツでは、日本で研究が遅れている子どもに対する親の権利や憲法上の親の権利の限界について、判例・学説の蓄積が進んでいる。ここで後述する新説との関連で注目すべきなのは、ドイツの親の権利が他の基本権とは異なるとする特殊説と、混合説の対立を基軸に展開し、特殊説が通説的地位を獲得してきたようにみえることである。

また新説（ヴァプラー説）が、英米法の基礎法学を参考に子どもに対する親の権利やその限界について挑戦的な議論を展開している。この試みにより、まず、親の権利を限界づける子どもの福祉概念の法的内容が明らかになった。ヴァプラーによれば、子どもの福祉は、「子どもという個人の利益（利害）の十分な実現」と定義づけられる。この子どもの福祉概念は基本法の規準に合致し、基本法の人間の尊厳と人格権の尊重（基本法 1 条 1 項と 2 条 1 項）から導き出される。包括的な、子どもにとっての最善を追求せよという意味での子どもの福祉（[絶対的・]積極的・子どもの福祉）は、国家によるあらゆる教育を方向づけるが、国家は親に対し、同様の方法で包括的な子どもの善き生を義務づけることはできない（基本法 6 条 2 項）。したがって、包括的な善き生としての子どもの福祉概念理解に加えて、子どもの福祉の侵害あるいは手続法上の審査を法により段階化する必要がある。

ヴァプラーによれば、憲法上の親子関係について、親は子どもの福祉を実現するための権限を有し、子どもに対し子どもの福祉を援助する存在ではあるが、子どもに対する基本義務は存在しない。親の自律は、子どもの福祉にとって不可侵な条件（民法 1666、1666a 条）が保障されている限りにおいて確保される。この条件が保障されていない場合に、国家が監督任務に基づいて介入する。すなわち、子どもの福祉にとって不可侵な条件とは、①衣食住という実質的な世話、②子どもの健康の維持、③身体的、精神的あるいは情緒的な完全性に対する干渉からの保護、④長期間あるいは子どもを支える社会的関係、⑤子どもが後に自分のライフスタイルを自分で選択し、生計をたてる・政治的共同体に参加するというような能力を得ることができるよう適切な教育及び機会、そして⑥子ども自身の利益を適切に顧慮し、成長に適した行為の余地を保障し、そして自分の利害に関する判断に子どもを適切な形式で参加させ、意見表明をさせるという子ども個人の人格に対する基本的な尊重である。

以上の条件は、国家が必要最低限度の保護を与えるために親子関係に立ち入る基準（消極的・子どもの福祉）の客観的内容の描写の試みであり、子どもは基本権をもってこのような最低水準の保護を求めることができるとされる。

また、ヴァプラーは先述した特殊説に対立する混合説の健在を示し、子どもの意思の扱いに関する試論を展開した。すなわち、彼女は、子どもの手続において①子どもの意思が認められ次第考慮に入れ、②子どもが自分で決定しその決定にあたり十分な情報を得る限り第三者が子どもの意思を上書きできず決定的なものとして扱う、③それ以外の場合は、子どもの意思を考慮した協議を必要とすることを提唱する。

③日本の親の権利学説への示唆

日本においては、子どもの側からの再構成が迫られているとはいえ親の教育権ないし権利

自体の存在は否定できないが、問題は根拠条文のみならず、その法的性質及び限界であることがうかがえる。根拠条文については、少なくとも親固有の利益が見いだされる領域においては、憲法 24 条と結びついた 13 条を根拠に主張するべきではないだろうか。

また、日本の比較的最近主張された学説も踏まえると本稿で扱った論点との関連で、①親の権利は全て子どもの福祉ないし利益により基礎づけられるのか、つまりいわゆる特殊説で説明できるのか、②ここで想定される未成年者像、③信託的性質、④親の権利の内容形成はもっぱら立法裁量に委ねるべきなのか、⑤子どもの意思の扱いが問題となるだろう。

①については、全ての場面でこの理論が通用するとは思えない。横田説が目指すように少なくとも特殊説が通用しない場面があるという認識は必要である。

②について、未成年者は保護が必要な存在と一義的にとらえるべきではない。しかし、その自律性を判断するにあたっては、ヴァプラーが指摘するような特性（適応的選好形成等）を顧慮する必要がある。

③について、ドイツの信託説を直ちに受け入れるのではなく果たして日本にその理論が馴染むのかを検討しなければならない。

④について、たしかに親の権利は内容形成が必要とされる。しかし、憲法 24 条の法的性質からうかがえるように、その内容は憲法においてある程度指針を読み取ることが可能であると考える。そのさいに、特に憲法 24 条 2 項の「個人の尊厳」から何を読み取るかについて、ドイツの議論は参考になるのではないだろうか。

⑤について、横田は特に裁判所による積極的・子どもの福祉の判断にあたり第三者として判断をする裁判所は消極的・子どもの福祉の場合以上に子ども本人の意思を尊重すべきであるとす。通常子どもの意思は子どもの福祉に合致するが、一方で子どものみが面会交流を望む場合のように子どもの意思と子どもの福祉が合致しない場合もある。ここで、子どもの意思の取り扱いについてドイツのヴァプラー説が大いに参考になり得る。

④面会交流権の検討へ

本稿では以上のような親の権利の輪郭をつかんだうえで、面会交流権の具体的な検討に入る。

なお、ここで強調しておきたいのは、ドイツの基本法 6 条は権利としての側面と内容形成を必要とする側面を有し、日本の親の権利学説も同様に考えるべきであるということである。実際に日本の親の権利学説も前章で見た面会交流権と同様、例えば西原説は権利重視型で篠原説は制度重視型と言うように分類が可能である。しかし、どちらを重視するべきなのかは本章で検討したドイツ学説をみる限りでは定かではない。

このように考えると、憲法上の親の権利は制度重視型か権利重視型か一義的に決めてはならない。まず、憲法上の親の権利の中にある個別の権利・利益について、中間の視座から分析を開始すべきである。そして、親の権利の 1 つである面会交流権はそもそもいづれなのかから分析を始めるべきだろう。

3章 憲法上の面会交流権の法的性質と主体

2章での検討により、本稿では権利重視型と制度重視型の「憲法上の親の権利」について、中間の立場から個別に検討していくべきとの視座を得た。また、親の権利の法的性質について、ドイツでは特殊説と混合説（そして同質説）が存在している。

本章では引き続きドイツを参考に、面会交流権が「憲法上の親の権利」において権利よりの議論であることを確認する。そのうえで、次章と共に日本の問題状況についての示唆を導き出す。

1. 権利の法的性質

(1) ドイツの面会交流制度¹

ドイツでは子どもとつながりのある人物との接触は、子どもの将来の成長にとって重要な影響を及ぼすと考えられ、複数の法領域をまたいだ制度が構築されている。

① 歴史的沿革

ドイツ民法は、1900年の施行以来、離婚後の非監護親には子どもと直接面会交流する権利を認めていたが、非嫡出子の父には面会交流を認めてこなかった。

1969年になって初めて「非嫡出子の法的地位に関する法律」が非嫡出父子間の交流について規定を置き（民法旧1711条）、非嫡出子の身上監護権者（通常母）が、父子の交流の可否及びその範囲を決定できるとした。同法では非嫡出子の子どもと面会交流する権利は認められなかったが、後見裁判所が面会交流について「子どもの福祉に仕する」と判断した場合には、監護権者の意思に反しても面会交流に関して独自の決定をすることができた。

この法状況は、2章でも触れた1998年の「親子関係法改正法」による民法改正まで続いた。同法により、婚外子と婚内子の概念区別は廃止され、両者の間の法的差異は広く除去された。同法は、父母婚姻中の共同配慮（共同監護）と共に、離婚後及び非婚父母にも共同配慮の途を開き、全ての子どもに父母2人によって養育される権利を保障したのである。

そして、面会交流についても新たな視点から改正が行われた。すなわち、父母との面会交流は原則として子どもの福祉に適うものであり、父母との面会交流は子どもの権利とされた（民法1626条3項1文、1684条1項）。それに対応して父母は婚姻関係や監護権の有無にかかわらず子どもと交流する義務を負い権利を有する（同1684条2項）。ここで、非婚の父にも初めて面会交流権が認められた。しかし、面会交流権者の拡大は現実には子どもとの面会交流をめ

※本章2.(1) - (3)については、拙稿「憲法上の親の面会交流「権」——ドイツの生物学上の父の面会交流「権」を参考に——」大学院研究年報法学研究科篇46巻（2017年）21-46頁、「家族法の国際化とその憲法上の限界——ドイツにおける家族法の欧州化を手がかりに——」法学新報124巻11=12号（2018年）149-177頁を加筆・修正したものである。

1 本項を執筆するにあたり、主に高橋紀子「ドイツにおける面会交流制度」棚村政行編著『面会交流と養育費の実務と展望 [第2版]』（日本加除出版、2017年）263-277頁を参考にした。

ぐる紛争の増加と激化を招き、場合によってはかえって子どもの福祉を害することになる。そこで、民法は紛争の予防と解決のために家庭裁判所に交流の範囲、交流権の行使方法、そして交流の制限と排除（禁止）に関する決定権限（同 1684 条 4 項）を付与する^{2,3}。

②面会交流権者の範囲

既に述べたように、1998 年の「親子関係法改正法」は父母双方との面会交流は原則として子どもの福祉に必要であることを宣言し（民法 1626 条 3 項 1 文）、それまで「親の権利」として位置づけられていた面会交流権を子どもの権利として構成し（同 1684 条 1 項）、それによって国内法を子どもの権利条約 9 条 3 項の「父母の一方又は双方から分離されている子どもが定期的に父母のいずれとも人的な関係及び直接の接触を維持する権利」と合致させた。

このように 1998 年法は、父母との交流は子どもの権利であるとする一方で、父母は相互に婚姻関係や配慮権の有無にかかわらず子どもと交流する義務を負い権利を有すると定め、それまで配慮権をもたない親だけに認めてきた面会交流権を全ての親に認めた。同時に民法 1685 条 1 項と 2 項⁴において祖父母並びに兄弟姉妹、親のいずれかの現在または過去の配偶者並びに生活パートナーにも一定の条件（相当期間子どもと家族としての共同生活を過ごし、子どもの福

2 民法 1684 条は、以下のように規定する。

「民法 1684 条

- (1)子どもはあらゆる親と交流する権利を有する。あらゆる親は子どもとの交流を義務づけられかつその権利を有している。
- (2)親は、子どもと他方の親との関係を害し、または教育を妨げる行為は全て行ってはならない。前文は子どもが他の者の下にいるときに準用される。
- (3)家庭裁判所は交流権の範囲と交流権の行使について決定することができる。またこれを第三者に対してより詳細に規制することができる。家庭裁判所は命令により、関係者に対して前項で定められた義務の履行を促すことができる」。
- (4)家庭裁判所は、子どもの福祉のために必要な限りにおいて、交流権または交流権に関する以前の決定の執行を制限し、または排除することができる。交流権またはその執行を相当長期間もしくは永続的に制限または排除する決定は、そうしなければ子どもの福祉が脅かされるときに限り、下されることができる。家庭裁判所はとりわけ、協力の用意のある第三者が立ち会う場合に限り交流を命ずることができる（以下略）。

3 高橋・前掲注 1 263-264 頁

4 「民法 1685 条【子どもと他の関係者との交流】

- (1) 祖父母及びきょうだいは、その交流が子どもの福祉に資する場合に子どもと面会交流をする権利を有する。
- (2) 前項のことは、子どもの関係者が子どもに対し実際に責任を担いあるいは担っていた（社会的・家族的関係）場合にも妥当する。実際の責任を引き受けるとは、通常個人が子どもと長年家庭という共同体で共に暮らすことが想定される」。

社にかなう限り)で面会交流権が認められる(詳細については、後述する)。面会交流には直接に会うことのほか、手紙やプレゼントの交換やメールでのやり取りも含まれると解されている⁵。

③家庭裁判所の交流決定の権限

父母が最後まで自主的に面会交流ルールを定めることができない場合には、父母は家庭裁判所に面会交流についての具体的なルールを定めるように申立てをすることができる。

家庭裁判所は、父母の申立てに基づく交流自体を対象とする手続以外にも、別居や離婚時の配慮権に関する手続の中でも配慮権の制限や剥奪手続に伴う親子分離においても職権で面会交流の範囲について裁判し、交流権の行使方法を詳細に取り決めることができる(民法1684条3項)。また、子どもの福祉に必要であれば、交流の場所・時間・回数・方法などを一時的に制限するか禁止することも、交流についての以前の決定の執行を一時的に制限するか禁止することができる(同4項1文)。更に、面会交流により子どもの福祉が脅かされるおそれがある場合には、面会交流権や面会交流の執行を長期間又は永続的に制限するか全面的に禁止することもできる(同4項2文)。

以上のほかに、家庭裁判所は面会交流に関して以下のことを命じることができる。すなわち、面会交流が円滑に実行されるように一定期間第三者が面会交流に立ち会い支援する面会交流支援(民法1684条4項3文)、繰り返される重大な義務違反への対応としての交流保護(同3項3文)、父母の一方に前項を義務づける命令、第三者に対する命令である。なお、上記の裁判所の決定は、子どもの福祉に後々まで影響を及ぼす十分な根拠がある場合は、いつでも申立てに基づいて変更することができる(同1696条1項1文)⁶。

④交流支援・保護

面会交流支援者の範囲の拡大は、同時に子どもとの面会交流をめぐる紛争の増加と激化を招き、場合によってはかえって子どもの福祉を害することが予想された。そこで、1998年法は、父母が自主的に面会交流の取り決めをして面会交流を実行できるようになるための道慣らしと紛争激化の予防のために、家庭裁判所に親子の面会交流のさいに「協力の用意のある第三者の立ち会いを命じることができる」権限を与えた(民法1684条4項3文)。これが面会交流支援である。

また、2009年の「家事事件並びに非訟事件手続に関する法律(FamFG)」の制定に伴う民法改正で、裁判所による面会交流決定や当事者による面会交流の取り決めの履行確保のために面会交流保護制度が導入された⁷。

② 児童並びに少年援助法による交流支援

日本の児童福祉法に相当するドイツの「児童並びに少年援助法(社会法典8篇)」も、国家が

5 高橋・前掲注1 264-265頁。

6 高橋・前掲書 265-266頁。

7 高橋・前掲書 266-267頁。

家族に提供するサービスの一環として面会交流支援規定をおく。また、家事事件並びに非訟事件手続に関する手続法（家事事件手続法）も優先的かつ迅速な手続きの保障（同 155 条）、裁判外の合意を目指す家庭裁判所の努力（同 156 条）、交流実行のための裁判所の仲介（同 165 条）、そして直接強制力の行使可能性（同 90 条）を定めている⁸。

このようなドイツの面会交流制度の中心には、基本法 1 条 1 項及び 2 条 1 項の基本権主体である子どもが存在する。そして、介入を正当化しそして先述した家庭裁判所の判断基準となるのは、「子どもの福祉」概念である⁹。

③ ハーグ条約実施状況

ここで、日本も批准しているハーグ条約についても、説明する。なお、ドイツは EU 構成国であり、その点でハーグ条約に優先して適用される EU 法が存在する。

EU 構成国間の構成国間の子の返還事件には、Brussel II bis 規則¹⁰がハーグ条約に優先して適用される。同規則は、ハーグ条約を補充又は強化する特則をおいている。面会交流に関しては、同規則は監護及び面会交流事件の国際裁判管轄並びに外国裁判の承認執行についても規定しており、EU 域内事案では、同規則がハーグ条約に優先して適用される。このような EU 法とドイツ家族法の関係については、後述する。

ドイツにおけるハーグ条約の実施は、2005 年 1 月 26 日「国際家族法における特定の法準則の実施に関する条約」（IntFamRVG）によっている。

2007 年以降、ドイツでは、司法局の一部局である連邦司法局が、①子の迅速な返還を確保するなど条約の目的を達成するため、他の締約国の中央当局と相互に協力し、②国内における権限のある当局の間の協力を促進する役割を担う中央当局に指定されている。

ハーグ条約 21 条によれば、子どもと異なる国に所在する親は、締約国の中央当局に対して、子どもとの接触の権利の行使を確保するよう求めることができる。この規定の理解は、締約国によって分かれており、ドイツでは、ハーグ条約に基づく裁判所に対する面会交流申立手続は定めず、あくまで中央当局に対する面会交流援助申請だけを認めている。ただし、この規定は、ドイツではほとんど適用されておらず、実効性は低いという。

ドイツの中央当局は、ソーシャルワーカーを配置しており、面会交流援助申請がなされると、その職員が少年局及び子どもの監護親と連絡を取り、任意の面会交流が実現するよう努力している。少年局は、施設や幼稚園等で付き添い付きの面会交流を行うこともある。高葛藤事案で任意の面会交流が実現しなければ、中央当局は、家庭裁判所に面会交流の申立てをする（民法 1684 条 3 項 1・2 文）。面会交流保佐人が指名されることもある（同 3 文）。ただし、家庭裁判所の手続においても、親及びその代理人並びに子どもの手続保佐人は、できる限り合意で面会

8 高橋・前掲書 267 頁以下参照。

9 Heilmann, Die Gesetzeslage zum Sorge- und Umgangsrecht, NJW 2012, 16.

10 わが国から見た同規則の概要については、岡野祐子『EU 国際裁判管轄規則——外なる視点からの検討——』（関西学院大学出版会、2021 年）109-134 頁参照。

交流が実現するよう努力している。面会交流は、子どもの返還のように 1 回限りで決着がつくわけではなく、長期間にわたって円満に行う必要があるため、慎重さが求められる。

2017 年のハーグ国際私法会議による特別委員会においても推奨されたように、子どもの返還申立事件が継続した後、手続のいかなる段階においても、裁判官は、申立人（LBP）と子どもの面会交流が可能か否かを審査する運用がなされている（IntFamRVG38 条 2 項）。裁判官は、保全処分として、必要に応じて付添付き又は面会交流保佐人付きの面会交流を命ずることもできる（同 15 条）。ただし、子どもの返還申立事件の期日前に LBP と子どもの面会交流を実施するか否かについては、事案によっても裁判官によっても運用が異なっている¹¹。

（2）面会交流権の法的性質

①1971 年の連邦憲法裁判所の判決

初めて面会交流権と基本法 6 条 2 項との関係を明らかにした 1971 年の連邦憲法裁判所の判決は、日本でしばしば問題になるような離婚後の別居親（非配慮権者）と子どもとの面会交流（当時「面会交流権」は、“Verkehrrecht”と呼ばれていた）を同居親が拒否した事例である¹²。この事例では、面会交流実現のために同居親に対し、国家が子どもと別居親と交流させることを義務づけることができるのが争点とされた。これに対し、連邦憲法裁判所は親の権利は 2 人の親に帰属し、これは離婚後も変わらず尊重しなければならないこと、争う親の権利利益の均衡について国家はこれを決定する権限を与えられていること、そして国家は基本法 6 条 2 項における「監督任務」をもって子どもの福祉が危険にさらされあるいは危険が存在するときは親の権利に対する規制を行うとした。この中で連邦憲法裁判所は、非配慮権者の面会交流権もまた基本法 6 条 2 項の保護のもとにあり、2 人の親はそれぞれの権利を尊重しなければならないことを明言した。この判決により、非配慮権者たる親の面会交流権が親の権利により根拠づけられることが明らかになった¹³。

② 学説の評価

この面会交流権について、例えばベッケンフェルデは基本法 6 条 1 項の「家族の保護」に焦点をあてずに「親の権利」理解をしようと試みる¹⁴が、その中で「親の教育への権利」の 1 つ

11 大谷美紀子・西谷祐子編著『ハーグ条約の理論と実務——国境を越えた子の奪い合い紛争の解決のために——』（法律文化社、2021 年）212-223 頁。

12 これより以前には、1960 年代に連邦通常裁判所民事部が基本法 6 条 2 項により親の面会交流権が保障されることを明らかにしている（BGHZ42, 364）。

13 後見裁判所が配慮権を持たない親と子どもの面会交流を実施するために配慮権者に義務を負わせることが基本法 6 条に反しないとされた事案、BVerfGE 31, 194.

14 Böckenförde, Elternrecht — des Kindes-Recht des Staates, in: Essner Gespräche zum Thema Staat und Kirche 14, 1980, S. 68.

15として面会交流権を理解する。これに対し、オッセンビュールは「親の権利」理解において「家族の保護」に焦点を当て、内容は必ずしも明確ではないが「子どもと一緒にいる権利」を描いている¹⁶。両者は6条1項2項解釈についてのアプローチは異なるものの、基本法上親の面会交流権は保障されると考えている。

ここで注目したいのは、前者のベッケンフェルデの議論である。前章でも述べたが、彼の見解について今一度確認したい。ベッケンフェルデは、親の権利を義務的地位に解消することは誤りであるとし、親の権利を専ら利他的に理解することを否定する。親の権利については固有の権利（及び固有の利益）と義務的地位が存在し、前者を彼は「親の教育への権利」、後者を「親の教育からの権利」と称する。そして、後者についてはいわゆる信託的地位が妥当するが前者については親の固有の利益もかかわるとした。このように考えると、後者への国家の介入を子どもの福祉と関連づけて正当化することは許されるが、前者について子どもの福祉を一律に用いることは時として不適切な結果を招きかねない。このような自説を土台にベッケンフェルデは1971年の判決について非配慮権者たる親の交流権が子どもの福祉及び利益から導かれているとして、上述し2つの要素が考慮されていないとした¹⁷。こうしたベッケンフェルデの議論に鑑みると、憲法上の親の面会交流権は親自身の権利ともいえそうである。そのため、以下では面会交流権は子どもの権利ではなく、親自身の権利でもあるという理解の下で議論を進めたい。また、基本法6条2項は1項の特別規定と考えるべきだろう。また、2003年には面会交流に関する法制度の外にあった生物学上の父の憲法異議申立てにより、面会交流権が明確に権利として認識されるに至った（詳細については、2(2)で述べる）。

③ 親の人格的利益の保護と親の意思に反する面会交流の強制——親の事実上の固有の利益の優先?——

先述した学説を参考に、親の権利がその基礎づけゆえに他の基本権とは異なり「信託的」、「子どものために」あるいは「奉仕する」ために行使されるのみならず自分のためにも行使されると考えたでしょう。そのさいに、子どもの福祉が親の権利の縮減を要請する場面では、少なくとも親の人格的利益の保護が要請される¹⁸と考えるならば、国家が面会交流を望まない親に、子どもとの面会交流を強制することができるのかが問題となる。2008年に連邦憲法裁判所はエイプリルフール判決において、親が面会交流を拒絶しているのであれば、強制執行によって行われる面会交流は原則として一般的に子どもの福祉に合致せず、親の一般的人格権に対する介入は正当化されないとした¹⁹。これは、親の事実上の固有の利益の優先とも言えそうであ

15 a.a.O., S. 68f.

16 Ossenbühl, Das Elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, 1981, S. 53f.

17 Böckenförde(Anm. 12)S. 68.

18 特にこの点を指摘する見解について、Schuler-Harms, Das elterliche Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 1 Satz 2 GG, RdJB 2016,S. 161.

19 エイプリルフール判決、BVerfGE 121, 69 (98 ff.) .同判決の詳細については、高橋大輔「<

る。

以上の2点から、面会交流権は親自身の権利と言えるのではないだろうか。

④子どもの面会交流権

なお、同判決で連邦憲法裁判所は、子どもの親による養育・教育を受ける権利（基本法6条2項1文）²⁰を提唱した。この権利は、親の権利に本質的に結びつく親の義務と合致する。そして、面会交流を拒否する親に対し執行罰を課す規定（非訟事件手続法33条3項と結びついた同条1項1文）について、その立法目的の正当性は認められた²¹。しかし、この子どもの面会交流権理論は、2章で述べたように親に対する子どもの権利として構成されるため受け入れられない。親とは別に認められるべき子どもの面会交流権は、国家に対する権利である。

⑤子どもの福祉

また、第2章に鑑みれば、憲法上の親の権利は子どもの福祉に方向づけられるが、親の面会交流権を外から限界づける消極的・子どもの福祉に相当する部分については子どもの基本権と合致する。より良い選択肢を追求する（相対的・）積極的・子どもの福祉はこの子どもの基本権に合致しないが、子ども自身の意思が重要なファクターとなる。

より良い選択肢を考える積極的・子どもの福祉の扱いは今日どうなっているのだろうか。ここでは、前章で触れたヴァプラーの論考をもとに考えてみよう。

積極的・子どもの福祉が問題になる場面では、親と子どもの絆の質が重要であると考えられ、その点で専門家の重要性が認知されている。

問題は、考慮しなければならない意思とはどのようなものかということである。2章でも触れた通りヴァプラーは、①子どもの意思が認められ次第考慮に入れること、②子どもが自分で決定しその決定にあたり十分な情報を得る限り第三者は子どもの意思を上書きできず決定的なものとして扱うこと、そして、③それ以外の場合は、子どもの意思を考慮した協議が必要という3つの事項を挙げる²²。ここでの子どもの意思について、彼らの知識やスキルは社会環境に大きく影響され、同時に、彼らは自分の意思決定をこの環境への希望や期待に、あるいは思春期には、この環境ではなく、仲間のグループに方向づけるリスクが高くなる。このような事情がある場合に限って、そもそも、若年者の決定を、親、他の法定後見人、または国家機関による外部審査の一般的な留保の下に置くことが正当化される。これらの違いを親権争いの問題に関連づけると、片方の親またはもう片方の親と一緒に暮らしたいという子どもの意見は、先述

研究ノート「子どもの交流権の強制執行」筑波法政47巻（2009年）81-86頁参照。

²⁰ エイプリルフル判決、BVerfGE 121, 69 (92ff.). この権利の批判については、ミヒャエル・ケスター（佐藤啓子訳）「第3章 子の諸権利」新井誠編『ドイツとヨーロッパの私法と手続法』（日本評論社、2013年）36頁以下参照。

²¹ エイプリルフル判決、BVerfGE 121, 69 (92ff.). しかし、この手段は「強制手段の適切さ」を欠くために正当化はされなかった。

²² Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 530ff.

したような異なる衝動に支えられているかもしれない。親のどちらかが口にしたことを子どもが認識的に再現するだけであれば、その表現は外部から誘導されたものであり、本物の子どもの意思ではない。子どもが目に見えて、一緒に暮らしている親を怒らせたり、失望させたりすることを気にしている場合は、意見の独立性が問われることがある。一方で、学校や友達の近くに住みたい、自分の部屋や庭、ペットに愛着があるなど、ある場所に住みたいと思う動機がある場合は、決断するさいに考慮しなければならない配慮のある選択と言えるだろう²³。彼女のこのような見解については、面会交流についても同様のことがいえるだろう。つまり、子どもの意思には環境などの影響を受けやすいためこのような事情がある場合に限って、他者による留保の下にその意思を置くことが正当化される。しかし、子どもが例えば同居親の意向を気にしながら自分の意思を口に出している場合や、面会交流に関する希望に何らかの動機づけがある場合は、それは考慮しなければならない意思といえよう。

(3) 小括

ドイツでは、子どものために手厚い面会交流制度が用意され、憲法上の面会交流権は第一に子どものための権利とされながらもそれでも親自身の権利と構成する余地がある。このような面会交流制権は、基本的には子どもの福祉によって方向づけられる。しかし、事実上親の固有の利益が優先されるように、特殊説が通用しない場面がある。

日本でも、同様に考えられないだろうか。なお、日本でもドイツでも面会交流権は、時間を積み重ねた親子のものということが前提とされていると考えられるため²⁴、本稿でもこの前提の下で議論を進めていく。

2. 権利の主体

(1) 問題の所在

面会交流権の憲法上の権利性を考察するにあたり、この「権利」の主体は、どこまで広がるのかという疑問が生ずる。権利主体は、まず第一に「親」と考えられるが、「親」とは非

23 Wapler, Das Kindeswohl: individuelle Rechtsverwirklichung im sozialen Kontext: Rechtliche und rechtsethische Betrachtungen zu einem schwierigen Verhältnis, in: Sutterlity/Flick (Hrsg.), Der Streit ums Kindeswohl, 2016, S. 36ff.

24 横田は、親子の「絆」という情緒的表現を法学的に分析するにあたり、「親の権利」が「利他的権利」とされるとされる場合に、「他」が「特定の」他者である点が改めて強調されるべきであるとしている。そして、更にこの「特定性」は鈴木博人が語るように（鈴木博人「親権概念の再検討 ドイツ親子法との比較の観点から——」法律時報 75 卷 9 号（2003 年）28-32 頁）、「継続=時間」と結びつくものであるとした。そして、これが面会交流権を含む「(特定の他者との) 人的結合それ自体への権利」の一内容であると説明している（横田光平『子ども法の基本構造』[信山社、2010 年] 583-584 頁）。

監護親はもとより法律上の親である者及び親たりうる者（祖父母、養親等）に分類できよう。これらの「親」のうち、面会交流権者としてどのようなものが想定されるのかが問題となる。この点について、日本の議論は過少なように思われる。

そこでここでは以上の問題意識を前提に、日本で問題となる①生物学上の父、②祖父母、そして③養子縁組に出された子どもの実親について考察する。

そのために、ドイツにおける生物学上の父の面会交流「権」を比較対象とする。生物学上の父は社会的家族の福祉を考慮するドイツの面会交流制度において、長らくその面会交流「権」が認められていなかったが、欧州人権裁判所によりその制度が批判された結果、彼の「権利」は民法で認められるに至った。しかし、この権利を、法律上の父と同じように基本法上基礎づけることは、過去の連邦憲法裁判所の決定を見るに容易ではない。生物学上の父の面会交流権の立法過程と生物学上の父の面会交流「権」の根拠条文に関する議論を参考にすることにより、本稿の目的達成のための手がかりを得ることができるだろう。

(2) ドイツにおける生物学上の父の面会交流権及びそれに伴う問題

①法における生物学的父子関係の取り扱いの変遷

(i) 「支払いの父」からの変化

少なくとも1970年代以降にはドイツでは家族というものの社会的現実が決定的に変化し、もはや法律上婚姻した男女のカップルが子どもを産み、育てるような共同体だけが憲法的意味での「家族」（基本法6条1項）ではないとされるようになった。そして欧州人権裁判所による欧州人権条約8条の解釈が基本法6条解釈にも影響を与えているという（詳細については後述する）²⁵。また、母子関係と父子関係の区別という一見個人主義化の傾向を示しながらも、いわゆる「社会的家族」の絆の保護に一定の価値を認めている。従来ドイツはわが国と同様に、「婚姻＝法律婚」との理解から法律婚から生じる親子関係を基軸に、法規定を整えていた。この時、法律婚から外れた父子関係、つまり婚外子と父との関係の法的な血族関係それ自体が否定され（旧民法1589条2項）、父子関係の法律関係は子どもに対する扶養義務に限定されていた（旧民法1708条以下：いわゆる「支払いの父」）。また、法的身分関係を発生させる認知訴訟も存在していない。そしてナチス時代に、裁判所は血縁ないし血統関係の重要性にかんがみて、婚外子とその父の間の血縁関係存否の訴えを身分訴訟として認めた。この判例は、ナチス的理屈づけのために戦後否定されるが、婚外子の人格的利益尊重を理由として再び学説・判例で支持されるようになった。しかし、民法が、父の扶養義務を身分関係の効果として構成していないために、互いに矛盾する身分判決と扶養判決が法的に併存することになった。そして1961年の暫定的な処置を経て、1969年によりやく婚外子と父との父子関係は「婚外子の法的地位に関する法律」により、これまでのいわゆる血縁主義から転換を果たした。つまり、彼らの間に、法的

25 春名麻季「子の出生と父の権利についての憲法問題」常磐会学園大学研究紀要8号（2008年）125頁。

身分関係（父性の承認もしくは確認によって認められる）が肯定されることになった。

（ii）婚外子と婚内子との区別の解消

しかし包括的な強制権限を備えた糾問的な身分訴訟手続の発展と児童少年局の調査活動により、現在もなお常に生物学的出自に特別な重要性が置かれている²⁶。その後1997年に、立法者は親子関係法改正法を制定した。これは子どもの福祉を最大限尊重することを目的としていた。この法により、先述したように、婚外子と婚内子との区別はなくなった。

現在ドイツではわが国とは異なり、婚姻に基づく親子関係の決定方法については、出生主義が採られ、原則として子どもの出生時に母と婚姻していた男性が父とされる（民法1592条1項）。婚外子の父もまた、父性の承認（同1592条2号）、あるいは裁判の手続（同条3号）で、法律上の父となることができる。この制度において、法律上の父になることができない父（生物学上の父）の法的地位が問題となった。1997年の民法大改正議論において、父子関係の否認権者の候補として子どもの生物学上の父の存在も議題に上がっているが、この時には、社会的家族（その中で、父は単なる「支払いの父」ではない²⁷）の福祉に反する、という理由で見送られている。この親子関係法改正法で、親の権利を前面に押し出していた旧民法の面会交流規定が、先述した形で改めて子どもの権利を中心に規定されることとなった。

②生物学上の父の面会交流権の問題点

しかし、先述した規定では、生物学上の父が面会交流をすることは困難である。先述したように、婚外子の父も、法律上の父となり基本法6条2項により面会交流権を主張することができる²⁸。けれども、もしすでに法律上の父が存在した場合、生物学上の父は自らの父性を確立

26 婚外子と父との関係に関する民法制定からの判例や学説の動向を踏まえた歴史的経緯について詳細は、木村敦子「法律上の親子関係の構成原理—ドイツにおける親子関係法の展開を手がかりとして—（一）（二）（三）（四）（五）（六）（七）」法律論叢167巻1号、167巻2号、168巻6号、170巻3号、174巻6号、176巻4号、178巻6号、（2010、2011、2014、2015、2016年）、1-38頁、23-57頁、1-21頁、1-23頁、29-59頁、1-20頁、1-33頁、トビアス・ヘルムス著／野沢紀雅ほか訳『生物学的出自と親子法—ドイツ法・フランス法の比較法的考察』（中央大学出版部、2002年）22頁以下、田村五郎『非嫡出子に対する親権の研究』（中央大学出版部1981年）、岩志和一郎「ドイツにおける家族法改正の動向」白鷗法学8号（1997年）161-176頁、同「ドイツの新親子法（上）（中）（下）」戸籍時報493、495、496号（1998、1999年）2-8、17-30、26-34頁参照。本稿における記述は特に野沢紀雅「比較法的検討—ドイツ」『家族〈社会と法〉』28号（2012年）52頁以下を参考にした。

27 三宅利昌「血縁上の父による法律上の父子関係の否定について」創価法学34巻2号、2004年、103頁

28 1995年に連邦憲法裁判所は「法律上の父とみなされるかぎりにおいて」婚外子の父も基本法6条2項の主体であるとした（婚外子の父を基本法6条2項における「親」と認めた事案、BVerfGE 92, 158 [175f.]）。

できず、民法 1684 条の権利主体となることはできない。そして、民法 1685 条の条件を満たさない場合も想定される。そして実際に、これらの条文に該当しない生物学上の父が 2003 年に憲法異議を提起した。

③連邦憲法裁判所の決定（生物学上の父が父性否認権と面会交流権を主張した事案、BVerfGE 108, 82）

（i）決定概要

連邦憲法裁判所は、2003 年に 2 件の憲法異議の訴えを併合審理して判断を下した。これらの憲法異議は、生物学上の父は（認知に基づくほかの男性の）法律上の父性を否認する権利を認められるかという問題と生物学上の父は、婚姻に基づき母の夫の子どもと推定される子どもと交流する権利を認められるべきかという問題を扱った（本稿ではこの後の議論に関係のある箇所のみ記述する）。そこで、この判決において連邦憲法裁判所がドイツの親子関係の決定方法と基本法 6 条との関係、同条における生物学上の父の地位についてどのように述べているかを概観する。

この事案は、異議申立人 X が既婚女性との間でもうけた子どもとの密接な関係（争いあり）を主張し、女性によって接触を断たれた子どもとの面会交流が実現しなかったため、憲法異議を提起したものである。ここで彼は以下のように主張している。生物学上の父の面会交流請求権は、欧州人権条約 8 条 1 項からまた基本法 6 条 2 項からも導き出されうる。親の権利は自然的権利であり、民法上の認知の有無に左右されることなく、親として当然に共有する権利である。したがって、生物学上の父は、親の権利の主体である。生物学上の父に面会交流権を与えないことは、基本法 6 条 2 項の定める親の権利の侵害である。子どもの福祉と、法律上の親並びに生物学上の父の基本法上の地位を比較衡量すると、少なくとも基準に従った交流が行われる限り、子ども及び生物学上の父の交流への利益が優先する。更に交流請求は基本法 6 条 1 項からもたらされる。なぜならば、家族概念に生物学上の父と生物学的子どもとの彼らの親密かつ集中的な（intensiv）関係も属しているからである。これに対し、連邦憲法裁判所は以下のように判示した。

子どもの生物学上の父も基本法 6 条 2 項 1 文の保護のもとにあるが、彼は生物学上の父であるというだけで法律上の父と並んで親の権利主体になれるわけではない。基本法 6 条 2 項 1 文の定める親の権利が負担義務を伴う権利である以上、親の責任を負うものだけが親の権利をもつことができる。しかし、生物学上の父と法律上の父の両者に母と共同で親の責任を担わせることは、基本法 6 条 2 項 1 文が基礎としている親の責任の概念に適合しない。家族生活の変化もまた、子どもを同時に 2 人の父の責任の下に置くことを求めない。基本法 6 条 2 項 1 文が、まず第一に親に子どもに対する責任を委ねるのは、2 人の親が親の責任を共同で果たすことが、通常、子どもの利益を最も保護することにつながるという考慮にもとづいている。しかし、これは、2 人の父と 1 人の母で構成される共同体には当てはまらない。この場合、親の責任を共同で果たすことが子どもの福祉にかなうということとはできない。なぜならば、そうすることによって、親たちの中で役割の衝突や権限争いが生じかねず、子どもの成長に悪影響が生じうる

からである。いずれにしても、2人の父と1人の母に共同で親の責任を委ねても、その責任を子どものために効果的に果たすことは期待できない。子どものために親の責任を担う法律上の父は、基本法6条2項1文の定める親の権利を有するものであり、たとえほかの男性が子どもの生物学上の父であることが明らかとなっても、そのことだけによって、親の権利及び親の地位を失うことはない²⁹。しかし生物学上の父も基本法6条2項1文によって法的に父としての地位を取得しうるための手続へのアクセスが認められなければならない。もっとも、現行規定（民法1600条）が生物学上の父を法的な父性否認の権利者から排除していることは直ちに違憲とされるべきではない。なぜならば、立法者が父として法的に承認されることを望む生物学上の父の利益よりも現存する社会的な家族としての絆の保持という子どもやその法的配慮権者の利益を優先するという決定を下したとしても、それは憲法上問題がないからである。しかし、子どもの利益の観点から、子どもが法律上の父と社会的—家族的関係を形成していないような場合にまで、生物学上の父に父性否認権を認めていない民法1600条は、その限りで基本法6条2項1文に反する³⁰。子どもの生物学上の父も、また「少なくとも長期にわたり実際に子どもに対する責任を負っていたことに基づく社会的結合が子どもとの間に存在するときは、基本法6条1項の保護をうける家族を形成する」。ただ、基本法6条1項は、子どもと親との関係を保護するのであって、個々の家族構成員それぞれ自体を保護するわけではない。それゆえに、当該基本権規範は、他の家族構成員の利益にかない、家族の関係の保護に奉仕するような権利のみを、個々の構成員に付与しうるに過ぎない。面会交流権も、親子の間に存在する社会的関係を保持するために、子どもの福祉に奉仕する限りで認められる。民法1684条、1685条も一般的に生物学上の父が子どもとの面会交流権が認められるように解釈することはできない。そして、民法1685条の面会交流権を認められうる人的範囲は限定され、その結果生物学上の父が子どもとの間に社会的な家族のつながりが存在し、または存在した場合であっても、彼を面会交流権者に含めていない限りで民法1685条は基本法6条1項に違反する³¹。

(ii) 評価とその後の法改正

まず、連邦憲法裁判所は、生物学上の父も基本法6条2項1文の保護範囲に含まれ、少なくとも手続法上父性を審査し、確認してもらう可能性が同文によって保障されているが、法律上の父と並ぶことはできないとした。

次に、生物学上の父の面会交流の利益は、基本法6条1項でむしろ保護されるが、そのためには（現在あるいは過去に存在した）社会的—家族的関係が必要であるとした。ただし、ここで連邦憲法裁判所は親の子どもとの面会交流権を親の自然的権利（異議申立人の主張）ではなく、家族の保護（基本法6条1項）にとって必要とされるために認められる権利として家族法

29 BVerfGE 108, 82(99ff.).

30 BVerfGE 108, 82(104ff.).

31 BVerfGE 108, 82(111ff.).

上具体化されるべきものと考えている³²。そしてその結果、子どもと過去に社会的・家族的関係を有していた生物学的父は救済されることになった。しかし、生物学上の父は、その血縁のみで面会交流「権」を主張することはできないことが明らかにされた。ここで連邦憲法裁判所は、制度よりの立場を示していると言える。

その後民法 1685 条は、「(2)子どものために実際上の責任を負いまたは負っていた（社会的・家族的関係）子どもと親密な関係を持つ者にも〔前項の規定は〕妥当する。当該関係人が比較的長期間にわたり子どもと同居生活をしてきた時は、通常、実際に責任を負っていたものと認められる」という規定に改正された。

ここでいう「社会的・家族的関係」については、民法 1600 条 3 項において解釈の指針が示されている。すなわち、社会的・家族的関係の存在が認められるのは、法律上の父が子どものために現実の責任を負っている場合であるとされる（同条同項 1 文）。更に、法律上の父が子どもの母と婚姻しているとき、または子どもと比較的長期間にわたって家族的共同体において一緒に暮らしているときは、通常、実際に責任を引き受けている（*Ü b e r n a h m e*）ことが推定される（同条同項 2 文）³³。

しかし、この指針をもってしても「社会的・家族的関係」が曖昧であり、また同関係が存在する場合には生物学上の父と子どもの関係には注目しないことが問題視されている。そのため、家族法学者の中には、法律上の父と子どもとの間に社会的・家族的関係が存在する場合には、生物学上の父と子どもとのかわりに何らの意味も認めないことを疑問視し、例えば「母が新しいパートナーと婚姻し、家族的な共同体において共同生活をしている場合でも、子どもと生物学上の父との間に濃密な関係があったのであれば、それを考慮して、生物学上の父に否認権を認めるべき」とする見解³⁴がある。また、「たしかに、子どもにとって社会的・家族的関係は重要であるが、社会的・家族的関係の存続可能性についての予測は極めて不確かである。その点で、法律が、子どもと法律上の父の間に社会的・家族的関係が存在する場合には、生物学上の父に否認の可能性を拒み、生物学上の父も子どもと社会的家族的関係を有しているかどうかや、同価値の関係を有しうるかどうかについて全く考慮されないことは、矛盾している³⁵」と指摘する見解など、生物学上の父と子どもとの間の関係にも目を向けるべきとする見解がある。

この規定では子どもと社会的・家族的関係を過去にも現在にも持たない生物学上の父は面会交流をすることができない。この場合、生物学上の父が面会交流をするためには、民法 1600 条

32 春名・前掲注 25 129 頁。

33 詳細と社会的・家族的関係に関する下級審の判断については、山下裕貴子「ドイツ親子法における社会的家族的関係の意義」同志社法学 70 巻 5 号（2019 年）109-147 頁参照。

34 Helms, Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht, FamRZ 2010, S.6.

35 Coester-Waltjen, Statusrechtliche Folgen der Stärkung der Rechte der nichtehelichen Väter, FamRZ2013, S. 1689.

により法律上の父子関係を否認しなければならない。しかし、そのためには法律上の父と子どもとの間に社会的・家族的関係が存在しないことが必要である（同条 2 項）³⁶。このようなドイツの制度をもとにしたドイツ裁判所の判断に対し、欧州人権裁判所が異議を唱えた。

④ 欧州人権裁判所による生物学上の父の面会交流権

(i) Anayo/Deutschland 事件

i) 欧州人権条約 8 条

欧州人権条約 8 条は、「(1)全ての者は、その私生活、家族生活、住居及び通信の尊重を受ける権利を有する。(2)この権利の行使に対しては、法律に基づき、かつ、国の安全、公共の安全若しくは国の経済的福利のため、無秩序若しくは犯罪の防止のため、健康若しくは道徳の保護のため、または他の者の権利及び自由の保護のため、民主的社会において必要なもの以外のいかなる公の機関による干渉もあってはならない」と定めている。この条項は一方で防御権を形成し、つまり締約国による介入を前にした時の個人の基本権を保護するが、他方で締約国に個人の私生活や家族生活の保護をすることを義務づける^{37, 38}。ここでいうところの「私生活」とは、多様な領域にわたる概念であり、概念を限定した定義づけは不可能であるとされる³⁹。生物学上の父と子どもとの関係は、「自己決定された生活形成 (Selbstbestimmte Lebensgestaltung)」のうちの「親子関係」に属することになる⁴⁰。しかし、この条文で言うところの「家族生活」

36 法律上の父子関係否認要件における「社会的・家族的関係」の定義づけに関する判例・学説については、山下祐貴子「ドイツにおける父子関係の成否と社会的家族的関係」同志社法学 68 巻 2 号 (2016 年) 715-774 頁参照。

37 Pätzold, Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8), in: Karpenstein / Mayer (Hrsg.), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: EMRK, 2. Aufl. 2015, Rn. 4.

38 欧州人権裁判所はいわゆるマルクス判決において、①欧州人権条約 8 条によって保護される「家族生活」には非婚姻家族も含まれること（このことは 8 条の文言が「すべての者」で始まることと、14 条が出生による差別を禁止していることによって裏づけられると解される）、②「家族生活」には少なくとも祖父母と孫のような近親者が含まれる、③「尊重」という意味は、国家に対して干渉しない消極的義務を課すだけでなく国民が正常な家族生活を送ることができるようにする積極的義務を課している、という 3 つのことを確立した（三木妙子「欧州人権裁判所に現れた家族」三木妙子/勝方恵子/岩志和一郎/菊池馨実/弓削尚子/棚村政行『家族・ジェンダーと法』(成文堂、2003 年) 19-20 頁)。この判決の詳細については、戸波江二「非嫡出子に対する不利益取り扱いと家族生活の尊重—マルクス判決—」戸波江二ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』(信山社、2008 年) 362-368 頁参照。

39 Pätzold (Anm. 37) Rn. 5.

40 a.a.O., Rn. 17.

に属するかについては、後述する Anayo/Deutschland 事件で明らかにされた⁴¹。また、同条の意味する「家族」は、法律上の家族に限定されない。そのため、以前より欧州人権裁判所は非婚姻家族の父と子どもとの家族生活が「家族」に属するとし、ドイツ国内における婚外子の父を対象とした面会交流制限事例について厳しい態度で臨み、複数の事例において 欧州人権条約違反を認定してきた⁴²。

これらの欧州人権裁判所の判決の国内法解釈における取り扱い方法について、連邦憲法裁判所は欧州人権裁判所の判決・決定を一定程度尊重するというかたちでの調整ルールを、いわゆる「ヨーロッパ人権裁判所の正当な評価 (EGMR-Würdigung)」決定で明らかにしている (評価については、後述する)⁴³。

41 a.a.O., Rn. 18.

42 詳細については、高橋由紀子「ドイツの婚外子の父の交流権」帝京法学 25 巻 1 号 (2007 年) 81 頁以下参照。

43 「ヨーロッパ人権裁判所の正当な評価 (EGMR Würdigung)」決定とは、婚外子の父 (トルコ国籍) が別れたドイツ人女性との間にもうけた子どもが養子に引き取られたことを知り、養親 (児童福祉局など含む) との裁判を通じ、その婚外子の配慮権と面会交流権を求めた事案である。異議申立人の配慮権裁判と面会交流権を 1 年間排除した上級ラント裁判所の判決が欧州人権条約 8 条違反であると欧州人権裁判所は判断した (EGMR 26.02.2004 Nr. 74969/01 – Görgülü/Deutschland)。しかしその後、上級ラント裁判所は司法権の独立を理由に欧州人権裁判所の判断を軽視し、区裁判所による面会交流権付与決定を破棄した。この破棄について連邦憲法裁判所は、基本法の法治国家原理との結びつきで基本法 6 条の親の面会交流権を侵害するものとした (BVerfGE111, 307)。連邦憲法裁判所は、欧州人権裁判所の裁判の拘束作用について、以下のように述べる。

「欧州人権裁判所の裁判の拘束作用は、国家機関や関連法のその時々管轄領域に左右される。行政官庁や裁判所は、欧州人権裁判所の裁判を引き合いに出して、法治国家的権限秩序ならびに法律および法への拘束 (基本法 20 条 3 項) から離れることはできない。だが、欧州人権条約の諸保障や人権裁判所の諸裁判を方法的に主張可能な法律解釈の枠内で考慮に入れることもまた、法律および法への拘束の一部である。それゆえ、人権裁判所の判決との根本的取組みを欠いたりすることも、その裁判の上位法に反する型にはまった『執行』も、法理国家原理と結びついた基本権を侵害しうるものである」 (BVerfGE 111, 307 [323])。

「人権裁判所の判決に配慮する場合には、国家諸機関は、国内法秩序へのその影響を、自分たちの法適用に取り入れなければならない。このことは、とりわけ、国内法システムの一部をなし、様々な立場にある基本権的地位を相互に調整しようとする意図のもとで、国内法で起こる法的な様々な出来事の間での均衡が図られる部分システムが問題となる場合に、あてはまる」 (BVerfGE111, 307 [327])。

欧州人権条約の自由と欧州人権裁判所によるその解釈は、キルヒホフによれば「憲法上要請さ

ii) Anayo/Deutschland 事件

Anayo/Deutschland 事件⁴⁴とは、双子の生物学上の父（この事実については争いがない）である申立人が、ドイツの区裁判所において面会交流を許可されたにもかかわらず、交際相手でありかつ子どもの母が抗告をしたためその許可が棄却され、連邦憲法裁判所でも彼の主張は認められなかった事案である。欧州人権裁判所は、申立人と子どもとの間に「家族生活」があるかについて、以下のように述べている。

欧州人権条約8条は、「家族生活」のみならず「私生活」をも保護し、通常「家族」でない関係は「私生活」概念に属するという前提から出発している。そのため、（欧州人権条約締結国による）父子関係事項において、父とその法律上あるいは推定上の（vermeintlich）子どもとの関係についての判断は、「家族生活」にかかわりうることは既に確立した判例である。そして、〔父子関係事項については〕同条における彼の個人的なアイデンティティと言う重大な側面を持つことは疑いのないことである。本件においては、申立人に彼の子どもとの交流を拒否したカールスルーエ上級ラント裁判所の判決が、同条の意味における彼の子どもとの「家族生活」を軽視するものであったかが審査される。申立人が子どもの生物学上の父であることに争いはないが、彼が子どもとの間で同条の意味におけるかつて存在した「家族生活」として考慮されるような親密な人的関係があるかという審査において、彼らがともに暮らした期間はなく、彼は子どもに会っていないため当該親子関係は「家族生活」とみなされるために必要な条件をたえず満たしていない。しかし、生物学上の父であり、法律上の父でない者とその子どもとの間で意図される家族生活は両者の関係がいまだ確立していない状況の責を父が負わない場合、例外的に欧州人権条約8条で保護される。申立人は自分が子どもに対し重大な利益を有し、かつ子どもに対し責任を引き受ける意思があることを示していた。そのため、当裁判所は彼と子

れ、基本法の国際法に友好的な解釈をするための補助」とし作用し、それゆえ結局のところ条約に関する欧州人権裁判所の見解の引継ぎは「方法論上支持できかつ基本法の諸基準と両立する限りで考慮される」にすぎないという（Kirchhof, Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte, NJW 2011, S. 3683）。

この判決についての詳細は、根森健「ヨーロッパ人権裁判所とドイツの裁判所との基本権保障における調整—「ヨーロッパ人権裁判所の正当な評価（EGMR-Würdigung）」決定—（BVerfGE111, 307）」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、2008年）217-225頁、同「ヨーロッパ人権条約とドイツ基本法の基本権保障との関係—ドイツ連邦憲法裁判所『ヨーロッパ人権裁判所の正当な評価（EGMR-Würtigung）』決定の解説と試訳」白山法学4号（2008年）95-140頁、門田孝「ドイツにおける国際人権条約の履行—欧州人権条約に関する連邦憲法裁判所2004年10月14日決定を中心に—」法律時報80巻5号（2008年）61-65頁、同「欧州人権・基本権保障の中のドイツ連邦憲法裁判所」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法3 国際人権法の国内的实施』（信山社、2011年）196-198頁参照。

44 EGMR21.12.2010Nr. 20578/07—Anayo/Deutschland.

もとの意図された関係を、同条で保護される家族生活に属すると判断する。それとは別に、交流権は彼の「私生活」の問題となる⁴⁵。

ドイツ裁判所は彼と子どもとの交流を拒絶することによって、彼の同条の権利に介入している。その介入は、「法律上予定され」た（民法 1592 条 1 項と結びついた 1684、1685 条）ものでありかつ同条 2 項の意味における正当な目的、つまり子どもの権利の保護を追求していた。交流権の拒絶が「民主的社会において必要」かを決定するために、欧州人権裁判所は、正当化のために挙げられる根拠が反論の余地なく十分なものであるか否かを審査し、そのさいに子どもの福祉が圧倒的に重要である。ドイツ裁判所は、本件で単に申立人がドイツ法によって交流権が与えられるかのみを確認し、生物学上の父の子どもとの交流が子どもの福祉に奉仕するものであるかの衡量を怠っているため、正当化のために挙げられる根拠は「十分」ではなく、制限は正当化されない⁴⁶。

(ii) 評価

この判決で、欧州人権裁判所は、面会交流権は「家族生活」のみならず（たとえそれが否定されたとしても）生物学上の父の「私生活」の問題であり、ドイツ裁判所による生物学上の父と子どもとの面会交流拒否は、彼の欧州人権条約 8 条により保障された権利への介入であるとした。そして、その交流が子どもの福祉に奉仕するものかの衡量を怠っているため、この制限は正当化されないとした。この Anayo/Deutschland 事件に続く Schneider/Deutschland 事件⁴⁷ は本質的には同じ根拠で同じ結論を導き出しているといわれる⁴⁸が、初めて推定上の生物学上の父のみを欧州人権条約 8 条 1 項の保護領域に入れたためにその人権の人的適用領域を広げたものと評価されている⁴⁹。また、Kautzor・Ahrens/Deutschland 事件⁵⁰においても、欧州人権裁判所は、Schneider/Deutschland 事件を挙げて欧州人権条約 8 条は加盟国に生物学上の父に彼の子どものとの関係を、特に交流権の保障によって構築することを許すことが子どもの福祉において要請されているかを審査することを義務づけていると解釈できるとした⁵¹。更に、そのことは特定の状況下で、生物学上の父を自称する者と子どもとの接触が子どもの福祉に奉仕することから出発する場合には生物学上の父子関係の確認が交流手続に必要とされることも意味するとした⁵²。ここで欧州人権裁判所は、ドイツ連邦憲法裁判所よりも権利よりの立場を示し

45 EGMR21.12.2010Nr. 20578/07 – Anayo/Deutschland, Rn. 58-62.

46 EGMR21.12.2010Nr. 20578/07 – Anayo/Deutschland, Rn. 63-73.

47 EGMR15.09.2011 Nr.17080/07 – Schneider/Deutschland.

48 Löhnig/Preisner, EuGHMR und deutsches Kindschaftsrecht, FamRZ 2013, S. 490.

49 a.a.O., S. 490.

50 EGMR, 05.11.2013 Nr. 23338/09 – Kautzor/Deutschland.

51 EGMR, 05.11.2013 Nr. 23338/09 – Kautzor/Deutschland, Rn. 76-84.

52 この事件は主に生物学上の父が法律上の父子関係の取消しを求めた事案であり、欧州人権裁判所は結論としてこの要求を認めてはいない。

ているといえよう。

⑤立法者の対応

(iv) で挙げた欧州人権裁判所の判決による批判により、「生物学上の父であるが、法律上の父でないものの権利の強化に関する法律」(BGBI. I S. 2176)が成立した。これは、新たに生物学上の父の法的地位を強化し、同時に生物学上の父の彼の子どもとの交流可能性を維持・発展させかつ一定の要件の下で子どもの個人的な関係についての回答請求権を与えることを目的⁵³としていた。その結果民法 1686a 条が追加され、更に家事事件手続法 167a 条が置かれることとなった(2013年7月4日、2013年7月13日施行)。新たに成立した規定は、以下のとおりである。

「民法 1686a 条

(1) 他の男性が父となっている場合には、子どもに対して真摯な関心を持つことを示した生物学上の父は、

1. 子どもの福祉に奉仕する限りで子どもとの交流を求める権利、及び

2. 正当な利益を有し、かつこれが子どもの福祉に反しない限りで、親のいずれからも、子どもの心情に関する情報を求める権利を有する。

(2) 前項一号による子どもとの交流を求める権利に関しては、民法 1684 条 2 項から 4 項までの規定を準用する。家庭裁判所は、同法 1666 条 1 項の要件を具備していない場合に限り、1684 条 3 項 3 文から 5 文までの規定による交流保護を命ずることができる。」

「家事事件手続法 167a 条

(1) BGB1686a 条による交流権あるいは回答権を求める訴えは原告が宣誓に代えて子どもの母と妊娠期間中に同衾したことを保証できる場合にのみ許される。

(2) 交流あるいは回答権を民法 1686a 条によって行う手続において生物学上の父子関係〔の確認〕が必要である限りにおいて、何人も鑑定、特に出自鑑定を受忍しなければならない

(以下略)」

生物学上の父が面会交流をするための要件は、①原告が生物学上の父であり、他の法律上の父が存在すること、②生物学上の父が子どもに対し真摯な関心を示していること(ernsthafte Interesse am Kind)⁵⁴、③交流における子どもの福祉性(Kindeswohllichkeit)である。更に家事事件手続法 167a 条についてはあてもなく申立をすることで社会的家族に不和をもたらす者や親の責任をあらかじめ放棄した者であり、匿名の精子提供者等については除外されると解釈さ

53 詳細については、BT-Drucks. 17/12163, S. 9f. 参照

54 これは欧州人権裁判所が、生物学上の父によって成立する家族生活と彼の望みが欧州人権裁判所 8 条に含まれるためには、家族生活が確立できていないことについて彼にその責任がないことを条件としていることに由来する(Lang, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters, FPR 2013, 234)。

れている⁵⁵。この解釈により、生殖補助医療の関係者は一部除外されることになる⁵⁶。なお、今回追加された父子関係確認規定について、子どもがこれを援用することは連邦憲法裁判所によって2016年に否定されている⁵⁷。この条文により、生物学上の父には、子どもの福祉に奉仕するという条件付きで面会交流「権」が与えられることになった。ドイツにおける親子関係を規律する法体系は、これまで血縁上の近親関係と実際に引き受けられた社会的責任という2つの指導原理(Leitprinzip)の妥協を目指してきた。そして、今回の立法は子どもの福祉に奉仕する限りで生物学上の父に「権利」を認めた。これはこれまでこの妥協の中で血縁主義を伝統としながらも社会的家族に根拠づけられた子どもの福祉を比較的優先してきた立法者が、欧州人権裁判所の影響により今回は血縁(遺伝)に根拠づけられた子どもの福祉と衝突し、これを立法指針として採用したことをもまた意味していると考えられる^{58, 59}。

⑥ドイツにおける国際法の影響

ここで、わが国とは一部勝手の異なる国際法とドイツ家族法との関係を確認する。この作業を通じて、ドイツ家族法の国際化の一部はドイツ特有の現象とみられること、そしてわが国も批准している子どもの権利条約の現状を示す。

基本法は25条において「開かれた国家」性を明らかにしている。そのような基本法の姿勢とほぼ同義の概念として、「国際法親和性⁶⁰」という概念が用いられる。国際法親和性原則の内容

55 この解釈は、既に存在した民法1600条(父子関係の取り消し権限)解釈を基にしている。同条と精子提供者の地位について実際に争われた事件の先行研究については、渡邊泰彦「同性の両親と子(その4)」産大法学49巻4号(2016年)937頁以下参照。

56 Hammer, in: Prütting / Helms (Hrsg.), FamFG Kommentar, 2013, § 167a, Rn. 8.

57 独立した父子関係否認規定の合憲性が問題となった事案、BVerfGE 141, 186 (200ff.) .

58 子どもの福祉は親の権利や家族の制度的保障の側面でのその権利を内容形成する立法者に対し、立法の指針基準を設定する。欧州人権裁判所における子どもの福祉観の影響は今日のドイツではもはや無視できないものとなっている(Kötzur, in: Stern/ Becker [Hrsg.], Grundrechte-Kommentar 2. Aufl., 2015, Art. 6, R. 69)。

59 そのため、今回の法改正は「ヨーロッパ人権裁判所の判決……の影響」でありかつ「血縁事実を重視するドイツ法の立場を示すものである」と表現される(床谷文雄「ドイツ」床谷文雄編『親権法の比較研究』[日本評論社、2014年]131頁)。

60 同概念は、「国内法領域において国際法の規律に従うことを促進しかつ容易にすることを目指すところの指導原則」と説明される(齊藤正彰『多層的立憲主義と日本国憲法』[信山社、2022年]5-6頁)。この言葉は、「国際法調和性」あるいは「国際法友好性」と訳されることもある(同書5-6頁)。しかし、本稿では「(国内法の)国際法への親近性と、国際法への接近という動きを伴う意味内容を現しうる」(山田哲史『グローバル化と憲法』[弘文堂、2017年]245-246頁)のために、山田哲史による訳に従う。基本法の「開かれた国家」性と国際法親和性の異同を含む国際法親和性原則の紹介・検討については、同書352-440頁参照。

は、「広い意味での国際法親和的解釈にほぼ収斂⁶¹」する。

しかし、この国際法親和性原則にとどまらず基本法は欧州法に対し開かれていること、つまり、いわゆる「欧州法親和性原則」を定めているということが既に連邦憲法裁判所により宣言されている⁶²。ドイツはEUの構成国でありかつ欧州人権条約の締約国である。そのため、ドイツ法、ひいてはドイツ家族法は連合法（狭義の欧州法）のみならず欧州人権条約をはじめとするその他の欧州機関の法により形成される広義の欧州法⁶³の影響を主に受けている。

(i) 欧州人権法

広義の欧州法の一部である欧州人権条約は、第二次世界大戦の反省を契機として国境を越えた人権保障を目的としてつくられた条約であり、締約国は同条約の定める権利及び自由を保障する義務を負う（1条）。加えて欧州人権裁判所が国家または個人による条約違反の申立（32ないし34条）を審理し、締約国は自国が当事者であるいかなる事件についても、欧州人権裁判所の確定判決に従うことを約束する（46条1項）。

しかし、本来欧州人権条約のドイツの国内法体系における法的効力の序列は連邦法律と同格であり、その位置づけは高いものではない（この点は、後述する子どもの権利条約と変わらない）。

それでも、欧州人権裁判所判決のドイツ国内における効力には議論の余地が存在した。この問題にとって——本稿のテーマである家族法にとっても——重要な決定が連邦憲法裁判所による「欧州人権裁判所の評価」（EGMR-Würdigung）決定⁶⁴である。同決定では欧州人権条約のドイツ国内法における位置づけ及び意義について、そしてドイツにおける欧州人権裁判所判決の効力が争われることになった⁶⁵。そこで、連邦憲法裁判所はドイツの裁判所が欧州人権条約の規定を考慮すべきであるが、同条約の効力は、あくまでも基本法の枠内で及ぶものであるとした⁶⁶。ここで連邦憲法裁判所は、国際法親和性原則は、「ドイツ憲法の最後の言葉」を放棄するものではない⁶⁷としている。

また、連邦憲法裁判所はドイツにおける欧州人権裁判所判決の効力についても、国内機関は

61 山田・前掲書 436 頁

62 リスボン条約判決、BVerfGE 123, 267(354)参照。

63 「欧州法」の厳密な定義については、Streinz, Europarecht, 11 Aufl., 2018, S. 1 参照。

64 詳細については、脚注 43 参照。

65 本件の事案の詳細については、根森・前掲注 43 97–104 頁参照。

66 BVerfGE 111, 307(315f).

67 「基本法は、ドイツを平和で自由な国家間の法共同体に適応しようと努めているが、ドイツ憲法の最後の言葉の中に含まれている主権を放棄するものではない。その限りでは、立法者は、国際条約法を順守しないという方法によってしか憲法の基本原則に対する違反を防ぐことができないときに限り、例外的に国際条約法を順守しない場合であれば、国際法親和性という目標に矛盾するものではない」（BVerfGE 111, 307 [319]）。

欧州人権裁判所の判決を顧慮することが要請される⁶⁸とした。ただし、それはあくまでも基本法 20 条 3 項にいう「法律及び法に拘束される」ことの内容として理解されているのであり、人権裁判所の判決に直接的な国内的効力が認められているわけではない⁶⁹。加えて、この顧慮義務について国家機密に対しては、欧州人権条約及び欧州人権裁判所を顧慮するにあたり国内法秩序への配慮⁷⁰も強調されていることとといった、慎重な「留保」が付されている。

欧州人権条約規定及び欧州人権裁判所の判決の国内的効力については、その後も第二次保安拘禁決定⁷¹が出されている。これら 2 つの判例はいずれも欧州人権条約が基本法解釈において異議をもつ理由として、基本法 1 条 2 項における不可侵不可譲な「人権」へのコミットを引き合いに出す⁷²。このような国際法親和性原則の特殊形態は「人権法親和性」と呼ばれ、後述する今日の欧州人権条約に対する連邦憲法裁判所の態度を説明する一つの手がかりとなる⁷³。

(ii) EU 法

68 BVerfGE 111, 307(327).

69 門田・前掲注 43 209 頁。

70 BVerfGE 111, 307(327).

71 同決定は、欧州人権裁判所による欧州人権条約の解釈が、憲法の解釈にあたっても補助として援用されるべきことを明らかにした。更に、「解釈支援としての欧州人権条約の援用の枠内で、連邦憲法裁判所は、欧州人権裁判所の判断を、それが同一の訴訟対象に関係していない場合であっても、顧慮する。このことは、具体的に判断された個別事案を超えて、欧州人権条約の解釈について、欧州人権裁判所判例に備わっている、少なくとも事実上の方向づけ機能及び指導機能に基づくものである。」とした (BVerfGE 128, 326(366 ff.))。同決定の概要については、宮地基「18 保安拘禁に関する規定の遡及適用」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 IV』(信山社、2018 年) 90-94 頁参照。

72 「ヨーロッパ人権裁判所の正当な評価 (EGMR-Würdigung)」決定、BVerfGE 111, 307(319); 保安拘禁に関する規定の遡及適用決定、128, 326(269 f.)。同旨の指摘について、山田・前掲注 60 402 頁。また、欧州人権条約規定及び欧州人権裁判所の判決の国内的効力との関係で国際法親和性原則から導き出される具体的な要請の内容については、齊藤正彰「憲法の国際法調和性と多層的立憲主義」北星学園大学経済学部北星論集 52 巻 2 号 (2013 年) 305 頁参照。その後もドイツでは、いわゆる管理ストライキ禁止事件において、基本法規定と欧州人権裁判所の衝突が起こっている。詳細については、三宅雄彦「職業官僚制における地位と実体：官吏ストライキ禁止をめぐるドイツ基本法 33 条 5 項と欧州人権条約 11 条の衝突」駒澤法学 19 巻 1 号 (2019 年) 23-67 頁参照。

73 もっとも、ヒルグラーバーは、同項の前国家的な人権という自然法上の理念という性質と欧州人権条約の人権が必ずしも一致しないのではないかという根本的な問題を提起している (Hillgruber, Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren, 2011, S. 807f.)。

連合法は、独自の法領域（地域国際法）を構成し、原則として構成国の国内法に優先する。そもそも EC（後の EU）は基本権カタログをもうけていなかったが、欧州司法裁判所は設立条約の個別的規定に基本権保障の手がかりを見出し、また「法の一般原則」に基づく基本権保障という解釈を通じて基本権カタログの欠缺を補充した⁷⁴。そして、1992年に採択された EU 条約は、6条1項で「構成国に共通する諸原則」である「自由、……人権及び基本的自由の尊重」に基礎を置くこと、同条2項で欧州人権条約により保障され、構成国共通の憲法上の伝統に由来する「基本的権利」を「共同体の一般原則として」尊重することを宣言した。今日では2009年改正による同条約6条3項において、欧州人権条約が「連合法の一般原則」を構成することが定められている。1992年のマーストリヒト判決以降、連邦憲法裁判所は連合法による基本権保障を尊重してその国内的効力を原則として承認するが、連合法の基本法適合性審査を放棄したわけではなく、基本権保障は欧州司法裁判所との「協力」の下に行われていると考えていた⁷⁵。そして、2000年に EU 基本権憲章がニース欧州理事会の会合において公表され、それを自らの一部として採用していた「欧州憲法条約」が挫折した後、リスボン条約に合わせて技術的修正がなされ、その後2009年に同条約発効と共に法的拘束力を有するに至った。そして、欧州司法裁判所が実効的な法的保護を提供しているため、今日では原則として連邦憲法裁判所が連合法の基本法適合性について審査することはない。

（iii）家族法の欧州化の限界

以上のようなドイツ法と欧州法との関係において、特に構成国の法に対し優位する連合法上のアプローチによりドイツ家族法はどのような影響を受けるのだろうか。この点について、本稿ではルドルフ・シュトラインツの「家族法の欧州化——連合法上のアプローチと憲法上の限界——⁷⁶」をもとに考察する。

i) 論文の背景

シュトラインツによりこの論文が書かれた背景としては、次の4点が挙げられる、まず、先述した「連合法の一般原則」や欧州人権条約内で定められた人権に相当する基本権は、同様に解釈・適用されなければならないが、より厚く保障することは妨げられないと定めている EU 基本権憲章52条3項により構成国のみならず、EU 自体に対し欧州人権条約との結びつきが存在していること⁷⁷が挙げられる。次に、人の国境を越えた移動が構成国の異なる家族法の規律

74 詳細について、門田・前掲注43 196-198頁参照。

75 EC そして EC 法による基本権保障と連邦憲法裁判所の態度の変遷については、門田・前掲注41 196-203頁参照。

76 Streinz, Die europäisierung des Familienrechts- Unionsrechtliche Ansätze und verfassungsrechtliche Grenzen, in; Hilbig-Lugani, Jacob, Masch, Reuß, Schmid(Hrsg.), Festschrift für Dagmer Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag, 2015.

77 EU の欧州人権条約への加入の試み及びそれに対する欧州司法裁判所の判断については、中西優美子「欧州人権条約加入に関する EU 司法裁判所の判断：Opinion

により妨げられぬよう、EUによる人の移動に伴う婚姻、離婚、出産等への対応を目的とした「一つの欧州家族法」をつくろうとする動きが存在していること⁷⁸が挙げられる。更に、欧州統合に伴う憲法原理それ自体の変化の補正⁷⁹が行われていること、最後に、構成国の民法秩序を存続させつつその近似化を進めてもなお、欧州化には連合法上の義務づけを超えた連合域内への影響力が存在していること⁸⁰が挙げられる。EUが他人の国境を越えた行動が構成国の異なる家族法の規律により妨げられぬよう規律を行う場合、家族法特有の繊細さゆえに特に実体家族法の欧州化の憲法上の限界が問題となる。

シュトラインツは、「一つの欧州家族法」を目指す連合法のアプローチについて、それが国際手続法や抵触法の領域で成果を収めていると認めながらも、実体家族法もまたそのアプローチの影響を受けているとする。そして、「一つの欧州家族法?」⁸¹という問いに対する答えは、「欧州法の規準、規準が適用される前提条件と憲法上の限界の間の緊張関係の調整」に見出さざるを得ないとしている⁸²。この言葉の意味について、以下で詳しく見ていく。

(ii) 連合法上のアプローチ及び構成国の家族法への影響

シュトラインツは、「連合法上のアプローチ」と題して次の6点を挙げている。

- ①EU 運営条約 81 条という特別な権限根拠による司法協力を通じた構成国の法条文の平準化。
- ②域内市場における物（商品）、人、サービス及び資本の自由の移動という4つの基本的自由のみならず連合市民権から導き出される「第5の基本的自由」による影響。
- ③個人の不平等な取り扱いが連合法上禁止されていること。
- ④連合市民権とそれに基づく権利、特に②とも関連する経済的な関連（EU 運営条約 21 条）のない移動の自由が、家族法に及ぼす更なる影響。

2/13:ECLI:EU:C;2014:2454(2014年12月18日欧州司法裁判所意見)一橋法学14巻3号(2015年)1213-1241頁参照。なお、現段階においてEUの欧州人権条約の拘束力は生じていない。EUによる基本権保障強化のあゆみと欧州人権条約の関係の詳細については、福王守「ドイツ基本法における『国際法への有効性原則』」駒沢女子大学研究紀要19号(2012年)28-32頁参照。

⁷⁸ この試みの例として、後述する規則が挙げられる。

⁷⁹ この概要については、三宅雄彦「ドイツの憲法変動論」憲法問題28号(2017年)64-66頁参照。

⁸⁰ Streinz, Grundlagen der Europäisierung der Zivilrechtsordnung, in; Brenreuther(Hrsg.), Festschrift für Ulrich Spelleberg zum 70. Geburtstag, 2010, S. 745-763.全訳については、ルドルフ・シュトラインツ(新井誠訳)『シュトラインツ教授論文集ドイツ法秩序の欧州化』(中央大学出版、2014年)220-247頁参照。

⁸¹ この問いは、民事法の泰斗であるケスター・ヴァルチェン自身が著した家族法の教科書で発したものである(Gerunhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl., 2010, § 2 Rn. 14f.参照)。

⁸² Streinz(Anm. 76)S. 271.

⑤EU 基本権憲章が、家族に関する権利を含み（7、9、21、23、24 及び 25 条）、かつ欧州司法裁判所が家族法に関連する権利の領域にまで、EU 基本権憲章の適用領域を開く可能性があること。

⑥家族に関する権利（8、12 条）及び欧州人権条約において認められる権利を差別なく保障する義務（14 条）を扱った欧州人権条約の影響力。

以上の 6 点の関係は必ずしも明らかにされていないが、構成国の家族法が連合法上のアプローチによりどのような影響を受けるのかが明らかにされている。これら 6 点の詳細は以下のとおりである。

（i）①について

EU は EU 条約及び EU 運営条約により、構成国から付与された権限の範囲のみにおいて行動することができ（権限付与の原則：EU 運営条約 5 条 2 項）、EU の各機関は両条約において自己に付与された権限の範囲内で行動することができる（EU 条約 13 条 2 項）。換言すれば、EU が立法あるいは第三国と国際条約を締結する場合には、EU に権限が付与されているという根拠、つまり法的根拠が必要となる。法的根拠条文は、法行為決定機関のみならず EU の法行為手続をも指定し、これらの条文を基礎に EU が法行為を採択する場合、その法は第二次法と呼ばれる。家族法の欧州化に対する特別な権限根拠は、EU 運営条約 81 条である（規定内容の詳細については、後述する）。同条により EU は国境を越える民事事件において裁判と裁判外の判断の相互の承認原則に基づく司法協力を展開する。この協働作業は、構成国の法条文の平準化のための「措置」命令も含むため、EU 運営条約 288 条において認められた法設定形式（規則、命令、決定）が使えるようになる⁸³。

家族法の分野における規制の例としていわゆる Brussel II a 規則、Rom III 規則及び理事会規則（EG）2009 年 4 号が挙げられる。しかし、構成国を拘束する規則を成立させることは容易ではない。EU 運営条約 81 条で規定された措置は国際手続法と抵触法に限定されており、EU に実体家族法を規律する権限は存在しない（同条 3 項）が、実体家族法にとって、基本的自由と連合親権の影響及び欧州人権条約の影響力は、相当なものである⁸⁴。

（ii）②について

かつて欧州司法裁判所はドイツで開業しようとしていたギリシャ人が身分登録簿に自身の名をドイツ法に従いアルファベットで表記するよう官庁に命じられた問題について、彼の使命件について開業の自由（EU 運営条約 49 条）に照らして判断し、結論としては連合法違反ではないとした⁸⁵。この経済的な不利益の確認は、Garcia-Avello 事件⁸⁶において放棄された。そして

83 a.a.O., S. 275.

84 a.a.O., S. 277f. そして、面会交流を論ずるにあたって重要なのは Brussel II bis 規則である（1 [1] ⑥ 参照）。

85 EuGH 30.3.1993 C-168/9 – Konstantinidis.

86 EuGH 2.10.2003 C-148/02 – Garcia-Avello.

ついに移動の自由を妨げられない「第 5 の基本的自由」を認めた判例が出た。これが、Grunkin-Paul 事件⁸⁷である。この事件について欧州司法裁判所は、子どもがデンマークにおいて適法に獲得した父母の結合性である名字を名乗ることをドイツ官庁が認めないことが、経済的な不利益に関係なく E U 運営条約 21 条における移動の自由を妨げるものであるとみなした⁸⁸。

(iii)③について

条約における平等な取扱いの要請も、家族法に影響を及ぼす。そもそもたしかに、家族内の身分関係の規律は、構成国の権限の範疇にあるが、このことは構成国に対し、他の個人と比較される状況にある個人の不平等な取り扱いという連合法上の禁止を配慮することを免除することはない。その場合、婚姻と生活パートナーシップとの一般的な比較が問題となることはなく、むしろ具体的な状況の比較が問題となる。連合法上は義務づけられていない生活パートナーシップを構成国の国内法が婚姻と同等の立場に置く場合、特定の条約の適用領域において、問題となる生活パートナーシップの個人を婚姻している個人よりも劣ったものとして取り扱ってはならない。なぜならば、そのことは性的な思考に基づいた直接差別を意味しているためである。生活パートナーシップを一般に予定するか否かは、構成国に委ねられたままである。しかしこれが実現した暁には、平等な取り扱いの観点から、矛盾のないものでなければならない⁸⁹。

(iv)④について

②の Grunkin-Paul 事件において明らかになった連合市民権が家族法に更なる影響を及ぼすこと、すなわち姓の承認拒否が移動の自由 (E U 運営条約 21 条) を妨げることは、後述する Sayn-Wittgenstein 事件で裏づけられた⁹⁰。

(お)⑤について

法的拘束力を有し第一次法の地位を有する E U 基本権憲章も、家族に関する権利を含んでおり、これらの権利は構成国に「連合法を実施する時に」(51 条 1 項 1 文)のみ義務づけられている。すなわち E U 基本権憲章は、構成国に対しては、構成国が連合法を実施する時にのみ適用されることを意味するために、この「構成国が連合法を実施する時のみ」という文言の解釈が問題となった。しかし、欧州司法裁判所は、当裁判所に持ち込まれた事案に対し連合法の「適用領域」は開かれているとした (Frasson 事件⁹¹)。ここで示された適用領域は広範だった。

87 EuGH 14.10.2008 C-353/06 Rn. 21 –Grunkin-Paul.この事件の詳細については、西連寺隆行「E U法の最前線 (110) 氏名の承認拒否と E U市民の移動・居住の自由 C-353, 06, Grunkin [2008] ECR I-未掲載 [2008 年] 10 月 14 日先決裁定」貿易と関税 57 巻 6 号 (2009 年) 71 –75 頁参照。

88 Streinz (Anm. 76) S. 178 f.

89 a.a.O., S. 279.

90 a.a.O., S. 280.

91 EuGH 7.5.2013 C-617/10 – Åkerberg Fransson.

まさに、家族法のような繊細な領域において、その適用領域の厳密な定義づけが要求された。既にこのための最初のアプローチは、欧州司法裁判所の判決において存在する⁹²。

(v⑥)について

欧州人権条約8条（私生活と家族生活の尊重を求める権利）及び12条（婚姻をする権利）について、並びに全ての欧州人権条約において認められているような権利を差別なく保障する義務（14条）について扱った欧州人権裁判所の裁判の成果は、「欧州家族憲法」と称されていた。欧州人権裁判所が締約国でありかつ同時にEUの構成国でもある28の国全てが保証しなければならない最低限の水準を要請する限り、「欧州家族憲法」は、先述した当該諸権利に関して家族法の強調に貢献する。もっとも、欧州人権裁判所は、欧州司法裁判所が認めるそれよりも広い評価の余地を認めている。そのため連合法の規準は欧州人権裁判所の規準を超えることになる。この場合、欧州司法裁判所は28の構成国の法秩序を、欧州人権条約は47の締約国の法秩序を顧慮しなければならない。たしかに、同性のカップルの承認のように法が発展しているにもかかわらず確固としたコンセンサスが欠如している問題については、構成国は裁量の余地を有していなければならない。しかし、締約国の評価の余地をもってしても、欧州人権条約違反を回避できないとされた欧州人権条約裁判所判例も存在する、その例として、Menesson事件⁹³が挙げられる⁹⁴。

(iii) 家族法の欧州化の憲法上の限界

このように、構成国の家族法は、連合法上のアプローチ（i～viの影響を受けることになる。これらのアプローチを通じた家族法の欧州化に対する憲法上の限界（なお、ここでいう「憲法上の限界」とは、構成国の憲法上の限界を指すと思われる）を、シュトライイツは2つ

92 詳細については、中西優美子「EU基本権憲章における構成国によるEU法の『実施』の意味（Shiragusa事件）（2）EU法における先決裁定手続に関する研究（9）Case S-206/13 Siragusa v. Regione Sicikia [2014] ECR I-nyr [欧州司法裁判所2014. 3. 6先決裁定] 自治研究91巻1号（2015年）91-101頁。

93 EGMR 26.6. 2014 Nr. 65192/11 – Menesson/Frankreich. フランス法は代理母の利用を禁止していたため、子どもを望む夫婦は代理母制度が存在する国に渡航し子どもをもうけていた。申立人は外国（USA）において適法な代理母制度を利用し子どもをもうけた夫婦である。アメリカでは代理懐胎を望む親と子どもとの間に親子関係が認められた。しかし、フランス当局はこれを認めなかったために、子どもはフランス国民になることが認められなかった。欧州人権裁判所はこれを、もはや締約国の評価の余地によってカバーすることはできないとみなした。この事件の詳細については、建石真公子「ジェンダーと文化多様性 第1章「生殖補助医療における『国際人権規範』と『文化の多様性』」北村泰三・西海真樹著『文化多様性と国際法』（中央大学出版、2016年）202-213頁参照。

94 Streinz (Anm. 76) S. 281.

挙げている。一つ目は、ドイツのリスボン判決⁹⁵をはじめとする連邦憲法裁判所の裁判である。リスボン判決では、先述した EU 運営条約 81 条で規定された家族法（EU の事項における連邦議会及び連邦参議院の権利の拡張及び強化に関する法律）の合憲性が問題となった。EU 運営条約 81 条は、「国境を越える関連を有する」家族に関する特別立法手続（理事会の全会一致）について、条約改正手続を通常立法手続（特定多数決）事項へ移行することを認めた「橋渡し条項」（3 項 2 文）を定めている。そして、この採択手続に構成国の国内議会も関与することを認めている（3 項 3 文：拒否権）。このような EU 運営条約 81 条 3 項は、構成国の家族法にとって「安全装置」としての重要な役割を果たしている。この拒否権に関連してドイツの拡張法では特定多数決への意向の場合における連邦議会と連邦参議院の関与を規定してはいた。しかし、両機関が EU での提案に反対する場合に限って、それぞれ評決の過半数ごとの拒否権が認められるに過ぎなかった（同法 1 条 § 4 6 項）。リスボン判決において連邦憲法裁判所は、マーストリヒト判決において展開した「国家結合（Staatsverbund）理論⁹⁶」という概念を、次のような形で具体化した。すなわち、国家結合とは、「緊密で、継続的なものとされる主権の存する国家間の結びつき」を意味するが、「その結合は、条約を基盤として公権力を行使する。その権力の基本秩序は、けれども、もっぱら構成国の意の下にあり、そこでは、構成国の国民——つまり、国籍をもつ市民が、依然として民主的正当化の主体である⁹⁷」。連邦憲法裁判所は、それゆえ、欧州の統合の実現は、「構成国において経済的、文化的そして社会的生活関係を政治的に形成するための余地がもはや十分には存在しないように実現されてはならない。⁹⁸」とした。そのことは、「特に、市民の生活環境とりわけ基本権により保護された自己責任及び個人的・社会的安全という指摘な範囲を形成する領域について並びに特に文化、歴史及び言語上の前提理解に依拠し、かつ政党政治及び議会により組織され政治的に開かれた場で論証的に展開される政治的意思決定の領域」に妥当する⁹⁹。これによれば、それゆえ、「重要な保護領域」に、「家族関係及び教育（Bildung）の形成」も属する¹⁰⁰。このような判断に基づき、連邦憲法裁判所は EU 運営条約 81 条 3 項のいわゆる「橋渡し条項」決議に関する国内議会の関与を定めた付随立法を、連邦議会及び連邦参議院の関与権が必要な範囲内で定められていないために違憲であると判断した。

この違憲判決をうけ、新たな付随立法である「EU の事項における連邦議会及び連邦参議院の統合責任の引き受けに関する法律（欧州統合責任法）」（BGBl. I S. 3022）が成立した。これによれば、理事会におけるドイツ代表者（EU 運営条約 16 条 2 項）の同意あるいは棄権（棄権

95 リスボン判決、BVerfGE 123, 267.

96 マーストリヒト条約判決、BVerfGE 89, 155(184).

97 リスボン判決、BVerfGE 123, 267(267 f., LS2a).

98 リスボン判決、BVerfGE 123, 267(267 f., LS3).

99 リスボン判決、BVerfGE 123, 267(267 f., LS3).

100 リスボン判決 BVerfGE 123, 267(358).

は結果的に、同意と同じ効果を持つ。EU 運営条約 238 条 4 項参照) は、基本法 23 条 1 項 2 文に適した方による授権を必要とする (欧州統合責任法 4 条 2 項)。

シュトラインツは、リスボン判決は EU への高権移譲の限界という問題を提起したと評価している¹⁰¹。もっとも、欧州統合において構成国に留保されるべき権限として本判決が挙げる家族・教育関係がなぜ EU への権限移譲から除外されるのかは本判決からは必ずしも明らかではない¹⁰²。この問題について、例えば連邦憲法裁判所の裁判官であるブリッツは、リスボン判決は補完性の原則 (EU 条約 5 条 3 項¹⁰³) を明らかにしたものであると分析している¹⁰⁴。また、ヘーベルレは基本法 6 条 1 項の「家族」概念は開かれた概念であり、今日では「子どもが存在するいたるところに家族が存在する」とされること、決定的な (「政治的な」) 要素は憲法国家の発展史において看過されるべきではないことを述べ、まさに連邦憲法裁判所はリスボン判決をはじめとしてその点について重大な原則判決を下した¹⁰⁵と評価している。シュトラインツ自身はリスボン判決が示しているように、「家族に関する法律」は、「登録された生活パートナーシップに関する法律」 (以下では、「生活パートナーシップ法」とする) の問題について次のように述べている。

家族法に関して連邦憲法裁判所は、生活パートナーシップ法が憲法上許されるとして以来、欧州の傾向に倣っている。立法者の形成の自由が制約されるのは、婚姻とは異なる生活形式、つまり生活パートナーシップ制度の創設によって、婚姻と比較可能な状況において、生活パートナーシップを婚姻と異なるように取り扱ってはならないという帰結が基本法 3 条 1 項から導き出される場合に限られる。この時、連邦憲法裁判所は、欧州司法裁判所及び欧州人権裁判所

101 Streinz (Anm. 76) S. 282.

102 この点を批判する門田孝は、次のように述べる。

「本判決による留保事項の列挙は、憲法原理に沿った法解釈ではなく、むしろ政策判断ないし政治的ご都合主義の所産であって、裁判所は、現に構成国が排他的若しくは支配的に権限を保持している事項を単に列挙したにすぎず、この解釈によると現在の立法権の配分を将来にわたって固定化してしまいかねない。」(門田孝「ドイツ憲法判例研究 (165) 欧州統合に対する憲法的統制——リスボン条約判決」自治研究 91 巻 1 号 (2015 年) 148 頁)。

103 補完性の原則とは、マーストリヒト条約による EC 条約の改正により、当時の EC の権限が拡大され、EC の活動範囲が広がることになったことに対して構成国が現在の EU の隠れた権限拡大を防ぐために権限に関する原則を導入又は強化したうちの一つである。同原則は EU が構成国国家、地域・地方レベルでの決定を尊重することを意味する (中西優美子『EU 法』[新世社、2012 年] 8、107 頁)。

104 Britz, Vom kulturellen Vorbehalt zum Kulturvorbehalt in der Bundesverfassungsgerichtlichen Demokratietheorie des Lisabbon-Urteils?, EuR-Beih, 2010, S. 151.

105 Haberle, Intergretationskraft der Verfassung, in: Kube (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag. Band. I 2013, S. 162.

の判決に立ち入る。その結果、家族法は、構成国における重大な差異を考慮して、構成国に広い裁量の余地を与えている欧州法の規準の範囲で、民主的に正当と認められる立法者によって展開される。その時、この立法者は、広い形成裁量を認める基本法 6 条の制度的保障と原則規範の範囲で、緊密なそして激しく相対立する、政治的かつまた法学上の議論に従い家族法を展開することになる。そのことは、連邦憲法裁判所がリスボン判決において要求したことに合致する¹⁰⁶。

シュトラインツの挙げる家族法の欧州化に対する憲法上の限界の 2 つ目は、連合法上の概念である、構成国の憲法において表現された国家のアイデンティティ（国家的アイデンティティ）である。その具体的な内容は、構成国の自己理解から生じ、国家の憲法によりその輪郭が描かれる。国家のアイデンティティは、構成国の政治的または憲法的な基本構造に固有のものであるとされる。そして、その対象は構成国の国家組織法のみならず、政治、社会、そして文化の特性にまで及ぶ¹⁰⁷。EU はこの構成国の憲法において表現された国家のアイデンティティの尊重義務を負う（EU 条約 4 条 2 項）。この尊重義務が問題になるのは、移譲された権限が過剰に行使され、あるいは特に基本的自由と差別禁止といった連合法自体が、構成国の権限の範疇にある家族法に影響を与えるときである。

先述したリスボン判決において、連邦憲法裁判所は、主権的国家の喪失につながるような授権は基本法によっては不可能であることを明確にし、そのさいに構成国こそが条約の主人であることを確認した。また、EU が権限付与の原則や憲法アイデンティティを侵害する場合には、連邦憲法裁判所が権限踰越コントロールに加え、基本法における憲法アイデンティティコントロールを行い、EU の法行為を審査することを宣言した¹⁰⁸。この「ドイツ連邦憲法裁判所の投げかけた EU 法へのアイデンティティコントロールというボールに対して、欧州司法裁判所が応えた¹⁰⁹」とも見える欧州司法裁判所の先決裁定、Sayn-Wittgenstein 事件¹¹⁰では、先述した EU 条約 4 条 2 項が援用された。元々オーストリアでは、1919 年に「貴族、世俗騎士団及び夫人団並びに一定の照合及び位階の廃止に関する法律（以下では「貴族廃止法」とする）」によって、貴族姓が廃止されている。同法は、現行のオーストリア憲法 149 条 1 項により、憲法法律として憲法の地位が認められ、改姓手続等で憲法と同等とされている。本件の原告であるオーストリア人は、移動先であるドイツでの養子縁組によって、貴族姓を取得した。その姓はいったんオーストリアの身分登録簿に登録されたが、後にオーストリアの管轄官庁は、貴族廃止法に基づいて身分登録簿に記載された原告の貴族姓を訂正した。この処分が、欧州市民の自由に

106 Srreinz (Anm. 76) S. 283 f.

107 Streinz, EUV/AEUV-Kommentar, 2. Aufl., 2011, EUV Art. 4 Rn. 14.

108 中西優美子「EU 法の最前線 (118) ドイツ連邦憲法裁判所による EU リスボン条約判決 [BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 2009.6.30]」貿易と関税 58 巻 2 号 (2010 年) 68 頁。

109 中西康「EU 法の最前線 (153) 氏名と EU 市民権」貿易と関税 61 巻 1 号 (2013 年) 86 頁。

110 EuGH 22.12.2010 C- 208/09-Iloka Sayn-Wittgenstein/Kandeshauptmann von Wien.

移動する権利（EU 運営条約 21 条）の違法な制限にあたるかどうか争われたが、欧州司法裁判所は、氏名法を含む家族法について構成国——本件ではオーストリア——が、憲法において表現された自国のアイデンティティを適用することを受け容れた^{111,112}。

ここまで見てきたように家族法の欧州化——その中で構成国の家族法は特に連合市民権と欧州人権条約でも保障される平等な取扱いの要請を受ける——は進展しているにもかかわらず、シュトライントは家族法が依然として法文化の違いによって特徴づけられる事項の一つであることを強調している¹¹³。

(iv) 子どもの権利条約

欧州人権条約と EU 法はドイツ特有の問題と位置づけて差し支えないように見えるが、子どもの権利条約をはじめその他の国際法の扱いについてはどうなっているのだろうか。この点について、本稿ではわが国でもドイツでも「憲法上の親の権利」にとって重要な子どもの権利条約をめぐる議論をもって確認したい。

ドイツでは 2 章で見たように、憲法改正のプロセスをもって「子どもの権利 (Kinderrecht)」それ自体を憲法テキストに編入しようとする動きがある¹¹⁴。その議論とも関連して、「現行憲法 (de constitutione lata) あるいは将来の憲法に従う形で (de constitutione ferenda) 憲法改正いいかえれば 1989 年の子どもの権利条約による憲法理解が生じる¹¹⁵」かが問題になる。連邦憲法裁判所の見解は一貫しないながらも、欧州人権条約よりは弱い形で憲法理解に影響を与えるものとして子どもの権利条約が解釈あるいは適用される傾向はあるとされている¹¹⁶。

そもそもドイツにおいて、条約の効力は、次のように解されている。

111 本件の概要については、中西・前掲注 108 91-86 頁参照。なお、EU 市民の氏に関する欧州司法裁判所の判例の展開については、林貴美「EU 国際私法における承認原則」国際私法年報 18 号 (2016 年) 4-10 頁参照。

112 しかし、シュトライント自身は、この事例は特殊な事例であるとして、一般化することについては慎重な態度をとる (Streinz [Anm. 76] S. 285)。

113 Streinz (Anm. 76) S. 285.

114 詳細については、結城忠『ドイツの学校法制と学校法学』(信山社、2019 年) 265 頁以下参照。

115 Jestaedt, Kindesrecht zwischen Elternverantwortung und Staatsverantwortung, Brühler Schriften zum Familienrecht Band 19, 2016, S. 89.

116 a.a.O., S. 89.

条約は、基本法 59 条¹¹⁷に基づく変形を通じてのみ効力を有する¹¹⁸。そして、一部の連邦憲法裁判所決定は、この理解に基づいて、子どもの権利条約における保障を遵守する国家の義務を導き出し、基本法の基本権並びに憲法原則の内容及び範囲を決定するための解釈補助となることを強調している¹¹⁹。

ここで挙げた連邦憲法裁判所部会の判断は、犯行時に少年であった憲法異議申立人を、精神

117 「59 条【国際法上の代表権、条約締結権】

①連邦大統領は、国際法上連邦を代表する。連邦大統領は、連邦の名において、外国と条約と締結する。連邦大統領は、[外国の]使節を信認し接受する。

②連邦の政治的関係を規律し、または、連邦の立法の対象に係る条約は、それぞれ連邦の立法について権限を有する機関の、連邦法律の形式での承認または協力を必要とする。行政協定については、連邦行政に関する規定を準用する」。

118 畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判 [第 2 版]』(信山社、2013 年) 79 頁。

119 Bender, in: Hofmann (Hrsg.), *Ausländerrecht* 2. Aufl., 2016, Vorbemerkung vor § 1 AufenthG, Rn. 21. もっとも、この見解はドイツ憲法学の多数説と目すことはできないと思われる。多数説は、欧州人権条約及び欧州人権裁判所判例の判例についてのみ、連邦憲法裁判所は「基本法の国際法親和性」に言及し、「基本法上基本権並びに憲法上の原則の内容及び範囲を決定するための解釈の補助として、用いることができる」としてきたととらえる (Jestaedt [Anm. 16] S. 359)。このような見解の相違は、前説が連邦憲法裁判所部会決定 (BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats] Beschluss vom 05.07.2013 - 2 BvR 708/12) に注目しているのに対し、後者はいずれも基本法解釈における欧州人権条約及び欧州人権裁判所の判例の位置づけが問題となった一連の判例 (BVerfGE 111, 307(315 ff.); 128, 326(366 ff.); 148, 296(350 ff.)) に注目したことに端を発する。

病院に継続して収容したこと¹²⁰に関するものであり、刑法 63 条¹²¹及び 67d 条¹²²の合憲性が争点となったものである。同部会は、刑法 63 条及び 67d 条が基本法 104 条 1 項と結びついた 2 条第 2 文に違反しないと判断する過程で子どもの権利条約 37(a)条（「締約国は、次のことを確保する。(a) いかなる児童も、拷問又は他の残虐な、非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは刑罰を受けないこと。死刑又は釈放の可能性がない終身刑は、18 歳未満の者が行った犯罪について科さないこと」。）に言及した。

「当裁判所は、立法府が、囚人の自由に対する主張の重さに鑑み、刑法 63 条に基づく措置の執行について、原則として基本法 104 条 1 項と結びついた 2 条 2 文におうじた特別規定を設けていると既に判断している……。

異議申立人の見解とは相反するが、これらの条文に反することは、子どもの権利条約 37 条 (a) から少年受刑者について生じることはない。

子どもの権利条約は、1992 年 2 月 17 日の連邦議会の決定により、法律としての地位を有する……。基本法の基本権と憲法上の原則の内容と範囲を決定するための解釈の補助として、用

120 ドイツ刑法では、少年、つまり所為時に 14 歳には達していたが 18 歳に至っていなかった者（少年裁判所法 1 条 2 項）は、「その者の倫理的・精神的発育が、所為の不法を洞察しその洞察に従って行動するのに十分である場合に」のみ答責性を認められる（少年法 3 条 1 文）。少年の弁別能力あるいは行動制御能力が欠けているために少年の責任が欠如する場合、あるいは、裁判官がその可能性を排除できなかった場合には、教育のための処分をいい渡すことができる（同法 3 条 2 文）。たとえ少年が刑法上答責的とされても、その所為は、専ら少年のために用意された法効果をもたらす。裁判所は処分について、精神病院送致、禁断治療施設（Entziehungsanstalt）送致、保護観察と免許剥奪（刑法 61 条 1、2、4 及び 5 号）のみを少年については命じることができる（同法 7 条）。

121 「刑法 63 条 [精神病院への収容]

何人も責任能力欠如（20 条）または限定責任能力（21 条）の状態では違法行為を行った場合、裁判所は、行為者とその行為を総合的に判断した結果、その状態から重大な違法行為が予想され、その結果被害者が精神的・身体的に著しく傷つき、または著しく危険にさらされ、あるいは重大な経済的損害が生じており、そのため一般社会にとって危険であることが判明した場合には精神病院への入院を命ずる。犯した違法行為が前文の意味における重要な行為でない場合、裁判所は、犯罪者がその状態の結果としてそのような重要な不法行為を犯すと予想することを正当化する特別な事情がある場合にのみ、このような命令を行う。」

122 「刑法 67d 条 [収容期間]

- (1) 保護施設への入所は、2 年を超えないものとする。期間は、収容開始時からとする。
(中略)
- (2) 最長期間の定めがない場合又は期間が満了していない場合において、裁判所は、保護観察に付された者が矯正施設の外においてもはや著しい違法行為を行わないことが予想されるときは、保護観察に付された処分の執行を更に停止しなければならない（以下略）。

いることができる（さらなる参考文献として、BVerfGE 111, 307 [317] ; 128, 282 [306] ; 326 [368] を参照）。しかし、そのためには、基本法の記述と子どもの権利条約の記述を型どおりに並列化するのではなく、方法論的に正当化され、基本法の規定と両立する限りにおいて、それらの評価を取り入れる必要がある（BVerfGE 111, 307 [317] ; 128, 326 [371f.] 参照）。

同決定は、欧州人権条約とドイツ連邦憲法裁判所の関係に言及した著名判決である「ヨーロッパ人権裁判所の正当な評価（EGMR-Würdigung）」決定（BVerfGE 111, 307）等を引用し、子どもの権利条約にも欧州人権条約と基本法解釈の関係がそのままあてはまると解釈したようである。しかし、その後同決定に続く連邦憲法裁判所判決は確認できない。それゆえ、同決定はあくまでも例外と位置付けることとらえることもできよう

けれども、同決定は、わが国の先行研究において明らかにされたドイツの「憲法解釈において『国際法親和的解釈』が可能となる場合は、決して多くなく、実際上は、人権法、とりわけ欧州人権条約に限定される¹²³」傾向を示しながらも、欧州人権条約でなく、日本も批准している子どもの権利条約の司法機関における取扱いを示した貴重な事例である。

（v）小括及びわが国とドイツの差異

ドイツでは家族法が連合法上のアプローチにより欧州化しているが、欧州法学者により少なくとも①連邦議会の政治的形成的自由の維持（高権移譲の限界）、②構成国の国家のアイデンティティという憲法上の限界が示されている。また、家族法は依然として一国の法文化の違いによって特徴づけられる事項の一つであることが強調されている。その一方でドイツでは、「EUの優等生」「欧州人権条約の遵守の優等生」として、欧州法の規準を司法アプローチ及び立法アプローチ¹²⁴に取り入れている。ここで取り扱う生物学上の父の面会交流権は、立法アプローチの典型例といえよう。このような傾向に対し、基本法 6 条における「婚姻」や「家族」像の変容が危惧され、とりわけ、いわゆる 2 人親原則の崩壊が危惧されることになろう（詳細については、後に述べる）。

こうしたドイツの議論はドイツが EU の構成国であり、かつ欧州人権条約の締約国であるというわが国とは異なる状況にあることを示している。また、広渡清吾が指摘しているわが国とドイツの家族法を比較するさいの留意点も考慮しなければならない。すなわち、わが国の戦後家族法改革は、日本国憲法が規定した個人の尊厳と男女の本質的平等の原理を理念的に体现し、

123 山田・前掲注 60 409 頁。

124 この例として、生活パートナーシップをめぐる事案が挙げられる。連邦憲法裁判所は、生活パートナーシップの公務員の遺族年金事件において、平等審査の審査密度を上げるさいに、欧州法の規準を用いた（BVerfGE 124, 199 [222]）。ここでは、この審査基準の厳格化をもたらす根拠として、欧州共同体設立条約 13 条及び EU 基本権憲章 21 条 1 項が、性的な指向を差別禁止の領域に含めていることや、欧州人権裁判所が、性的な指向に基づく区別をするにあたっては、性別に基づく区別とまったく同様に正当化するものとして「確固たる根拠」を要求していることが挙げられた。

そこにおいて社会の実情よりも法の在り方が先行し、法によって家族の実情を改革するという関係がみられた。これに対しドイツの場合は、戦後家族法改革に手がつけられず、戦後社会の進展に伴い法制度と現実の矛盾が生じ、これによって新しい家族法を求める社会的エネルギーが蓄積され、次第に家族法改革を促していった。わが国の家族法規定はかつてドイツよりも先進的であったにもかかわらず「社会の具体的な矛盾とそこから生ずるエネルギーが立法者を動かし、家族法を改革するという経路」を経験したことがないために社会変化に応じた家族法改革が立ち遅れた状態にあるのに対し、ドイツは先述した事情により社会変化に応じた家族法改革が進展しているのである¹²⁵。

もともと、子どもの権利条約のように、わが国も批准している国際人権法についてもドイツでは連邦憲法裁判所において基本法解釈補助となる可能性が示唆されていることは注目すべきであろう。実際にわが国において、国際人権条約に関してここまで見てきたドイツの国際法親和性原則に基づいて展開されてきた内容を憲法 98 条 2 項の「誠実に遵守すること」の具体化として引き受けることができるとする見解¹²⁶もある。しかし、仮にドイツを比較対象にするとしても、両国の統治構造等の差異に着目する必要性が示唆されており¹²⁷、今後の議論の行方に注目したいところである。

家族法の欧州化が進むドイツと比較すると、再婚禁止期間¹²⁸・夫婦同姓制度違憲訴訟¹²⁹における 2015 年最高裁判所判決の多数意見にみるように、わが国の司法機関（特に最高裁判所）が家族法に関して憲法解釈をする際にドイツ程積極的に国際人権法を取り上げないことや立法機関が国際人権法を立法化しない現状¹³⁰は消極的と映るかもしれない。しかし、この点については、先述したドイツとわが国の違いを考慮しなければならない。こうしたドイツの家族法の欧

125 広渡清吾「『憲法 13 条個人の尊厳と家族像——選択的夫婦別姓・相続分差別決定と家族の形』について——ドイツ法の視点からのコメント」日本女性法律家協会会報 52 号（2014 年）34 頁参照。

126 斎藤・前掲注 60 7 頁

127 近年の研究成果としては、山田・前掲注 60、手塚崇聡『司法権の国際化と憲法解釈』（法律文化社、2018 年）、そして松田浩道『国際法と憲法秩序』（東京大学出版会、2020 年）が挙げられる。

128 最大判 2015（平 27）年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2427 頁。

129 最大判 2015（平 27）年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2586 頁。

130 先に挙げた 2 つの判決とは異なり、非嫡出子相続分違憲決定や国籍法違憲判決は、国際人権法に言及し注目を集めた。しかし、これらの判決において「人権条約や条約機関の勧告等が参照されているのは、主として立法事実の変化を基礎付ける事情としてであって、立法府や裁判所を拘束する法規範としてではない。国際人権法が法規範ではなく、立法事実として扱われているのである」（曾我部真裕「『人権法』という発想」法学教室 482 号 [2020 年] 76 頁）。なお、最高裁判所が行っているとされる「参照」という用語の多義性については、手塚・前掲注 127 6-8 頁を参照。

州化が、憲法上の面会交流権の権利重視の傾向に影響を与えているということもできよう。

なお、かような考察をもって、わが国における憲法解釈への国際人権法の取入れに消極的になることはない。たしかにドイツでは、ドイツ家族法の変容に対し憲法上の限界が示唆されているが、欧州法と直接かかわりのないわが国でかような限界が存在するのかについては慎重に検討しなければならない。

なお、わが国の司法機関における子どもの権利条約の扱いについて、昨年名古屋地方裁判所が、「子どもの権利条約 3 条 1 項を直接引用して、『子どもの最善の利益』の内容を説き起こし、児童福祉法以下の国内法令の解釈基準として子どもの権利条約を稼働させた¹³¹⁾」。最高裁判所の「参照」とは異なり、「直接適用」ともとれる手法をとったこの判断は、同条約のうち自動執行性を有するとされる 3 条 1 項の司法機関における取扱いという問題を提起している。「子どもの最善の利益」(=[絶対的・]子どもの福祉)原則は裁判所で直接適用できる、とするのが子どもの権利委員会の見解である¹³²⁾。しかし、わが国の司法機関におけるその直接適用の作法すら、学説・判例では確立されていない¹³³⁾。自動執行性について明確な判断を示したさいこうさいはん令は存在せず、裁判例についても十分な概念設定や基準設定を行っているものは、少数にとどまる。

けんぼうがくせとうを見るとドイツの国際法親和性原則をけんぼうかいしゃくにおけらう国際法適合的解釈の義務化に結び付ける見解が確認できる。齊藤正明は、憲法 98 条 2 項によってさいばん所は憲法解釈に当たっても国際人権条約を顧慮する義務をおっているとすもつとも、この見解については憲法 98 条 2 項を根拠にするのならば、こりよのたいしょうがア何故国際人権条約にげんて栄されるのかめいかくではない(内野)という批判がある。また、齊藤は憲法 99 条の憲法尊重擁護義務もひきあいにださいいて、憲法の規定に矛盾するのではない限りにおいて憲法の規定に矛盾するのではない限りにおいての顧慮を求めるのであるが、このような限定は妥当である反面、誰がどのようにはんだんするのかがアという問題も含む広い意味での範囲確定の問題が付随的に生じることになる(山田)。

以上のような問題に一定の回答を与えうるのが、佐藤工事の議論であり、齊藤も後にこれを援用している。佐藤は、憲法 98 条 2 項に加えて憲法 11 条を援用する

ただし、児童福祉法改正をはじめ立法による条約の取入れは進んでいる。この点は積極的に評価した上で、司法機関での条約の取扱いが課題となる。

以上の点を踏まえて、生物学上の父の面会交流権の立法化の流れを見ていこう。

131 丹羽 徹・清田 雄治「名古屋地方裁判所 2021 年 3 月 30 日建築工事差止等請求事件判決：子どもの権利条約の幼稚園児への適用事例」龍谷法学 55 巻 2 号 (2022 年) 498 頁。

132 詳細については、佐々木幸寿「『子どもの最善の利益』の概念」東京学芸大学紀要総合教育科学系 71 巻 1 号 (2020 年) 1-16 頁参照。

133 そもそもわが国の司法機関において、条約の自動執行性を扱った事例はごくわずかである(山田・前掲書 60 199-210 頁)。学説の詳細については、前掲書 201 頁以下参照。

④ 生物学上の父の面会交流権は親の権利として根拠づけられるか

(i) 2003年決定の評価

2003年の連邦憲法裁判所は、生物学上の父の面会交流「権」は、基本法6条2項よりむしろ6条1項の問題であるとした。そして、生物学上の父が子どもと社会的・家族的関係が存在し、あるいは存在していた場合であっても、彼を面会交流権者に含めていない限りで、民法1685条は基本法6条1項に反するとした。民法は親子法関係法改正前に、「父との直接の (persönlich) 交流が子どもの福祉に奉仕する場合、後見裁判所は父に直接交流権限を付与することを判断することができる」(旧民法1711条2項。ここでは生物学上の父が子どもと社会的関係を有するあるいは有していたことが条件とされる)¹³⁴と規定し、2003年の連邦憲法裁判所決定はこの以前の法的状況の復活を暗示しているとヘッセは評価する¹³⁵。

(ii) 生物学上の父の面会交流権の根拠条文をめぐる問題

しかし、生物学上の父の面会交流権に関する今回の立法(民法1686a条)は基本法、特に6条2項による基礎づけは可能なのか。つまり(「第2の親の権利」とされる¹³⁶)基本法6条1項における「家族」概念に加えて特に子どもと社会的・家族的関係を有したことがない生物学上の父の面会交流「権」は、基本法上、特に親の権利(子どもの扶養を中心とした本質的な義務と結びつく権利)(6条2項)として根拠づけられるのかが問題となる。なぜならば、今回の立法により6条2項の権利主体として、面会交流「権」を付与された生物学上の父と法律上の父という2人の父が並ぶのか、ということが後述する複数の論者によって問題提起されることとなったからである。

(iii) 基本法6条1項説

基本法上の、特に社会的・家族的関係を有したことがない生物学上の父の面会交流「権」の根拠条文については――過去の面会交流権に関する学説と直接この問題を取り扱った文献を総合すると――現段階で①基本法6条1項、②2条1項、そして③2条1項と6条2項が確認できる。

まず①については、現在の問題を取り扱っては いないが、明確に血縁関係を親の個人的かつ自然的権利である(非配慮権者の)面会交流権の基礎としたエングラの説が挙げられる¹³⁷。そして、より最近の基本法6条1項における「家族」概念についての議論をみると、「家族」概念は基本法上定義づけられず、連邦憲法裁判所が提唱した「社会的・家族的関係」の存在の有無にかかわらず、欧州人権裁判所の考えを基礎として生物学上の父と子どもとの関係を基本

134 連邦憲法裁判所は旧法民法1711条2項について、基本法6条1項に反しないとしている(BverfGE 108, 82 [112ff.])。

135 Hesse, FamRZ 2003, S. 825.

136 Sanders, Mehrelternschaft, 2018, S. 175.

137 Engler, Zum Erfordernis der elterlichen Einwilligung in die Adoption, FamRZ 1969, S. 63ff.

法 6 条 1 項の保障対象とする見解が存在する¹³⁸。たしかに基本法 6 条 1 項における「家族」概念は「婚姻」概念と分離し、子どもを含む生活そして教育共同体へとその対象は広がりつつある。しかし、たとえ「婚姻」概念を離れて「家族」概念を広く開放的に規定したところで、基本法 6 条 1 項における同概念は「医学上客観的に定まる血縁や、「婚姻」のように法化された客観的諸要件によってではなく、「一緒に生活している」という事実によってより強く決まる」ことになることが既に指摘されている¹³⁹。また、「家族」概念に言及する他の学説をみると、必ずしも血縁が特別視されているわけではないことが分かる。例えばロバースは、多くの見解が婚外子の父と子どもとの関係が基本法 6 条 1 項により保護されるかという問題について、血縁関係ではなくむしろその父子の間に実際に家族関係として特徴的な関係性が存在するか否かに照準を合わせるべきであるとしていることを指摘する。しかしまた、憲法が簡単にはく奪されてはならない当事者の法律上の責任関連性を根拠づけることにより、その父子は基本法 6 条 1 項における「家族」を形成することになるとしている¹⁴⁰。このように、子どもとの社会的一家族的関係を持たない生物学上の父が血縁のみをもって基本法 6 条 1 項を根拠とし面会交流「権」を主張することについては、たとえ基本法 6 条 1 項における「家族」が拡大傾向にあることをもってしても、論者によりその結論に差が出てくるといえよう。この対立については、基本法 6 条 1 項解釈における欧州人権裁判所の諸判決の取り扱いについての考え方も大きく影響すると思われる。この疑問を追求するためには、更にそれぞれの論者の考える基本法 6 条 1 項で保護される「家族」が果たす機能（たとえば教育機能、援助共同体の機能）、「家族」に関するドイツの国民意識により注意し議論を展開するべきである。また、基本法における最新の「家族」概念に関する議論をも視野に入れる必要がある。特に婚姻及び家族概念をどう把握すべきか、という問題は、立法者による内容形成及び憲法裁判所による憲法解釈に依存しているため、

138 Brosius-Gersdorf in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl., 2013, Band. I, Art. 6 Rn. 106. ここでは生物学上の父も法律上の父として承認されることや子どもに対する養育と教育責任を行使することの利益を享受する限りで、生物学上の父も家族基本権を援用することができるかと解するべきと主張されている。

139 その原因としてドイツの社会的変化のみならず、欧州人権条約 8 条と 12 条の区別が挙げられる。この考えは 8 条の構成メンバーとなる「個々人にとってのコミュニケーションと連帯のための共同体」としての「家族」をも基本権の保護領域として保障することが重要との判断を前提としている。詳細については、春名麻季「人権論から見た家族・親子制度の規定的原理について (2) 一憲法秩序における『人間の尊厳』原理の規範的一場面一」四天王寺大学紀要 57 号 102 頁、井上典之「平等保障による憲法規範の変容？」(松井ほか編『自由の法理 阪本古稀記念論文集』[成文堂, 2016 年] 675-676 頁) 参照。

140 Robbers, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG-Kommentar Band I, 5. Aufl., Art. 6 Abs. 1 Rn. 90. 68) .そのほかに 6 条 5 項もまた婚外子の父と子どもとの関係を「家族」として保護することに貢献している (a.a.O., Rn. 90)。

実際には婚姻及び家族をめぐる生活現実の急激な変化に留意し、その「動態性」を論じる余地が生じている。ベームによれば、婚姻及び家族制度については、立法者による内容形成が要請されているため、「動態的な解釈」が措定されている。先に取り上げた諸判決は、その中における「外的な動態要因」の一つとして記述されている¹⁴¹。

(iv) 基本法 2 条 1 項説

次に、今回の立法を批判することを目的とした② 2 条 1 項説が挙げられる。この説を主張するのは、ペシエルグートツァイトやラングである。彼らは、先述した連邦憲法裁判所決定をもとに、基本法 6 条 2 項の主体に法律上の父と社会的・家族的関係を持たない生物学上の父が並び立つことはないとする。そして、今回成立した条文が父子関係に関する規定に反することを理由とし、法律上の父が既に存在している場合、父子関係の取消しを行っていない社会的・家族的関係を持たない生物学上の父は基本法 6 条 2 項により面会交流権を主張することはできず、基本法 2 条 1 項によってのみ可能であるとした¹⁴²。この主張に対しては、イエシュテットの人的保障領域と実質的保障領域を区別し、今回の立法は生物学上の父に後者を開放したにすぎないという反論¹⁴³が挙げられる。

(v) 基本法 2 条 1 項と 6 条 2 項を結び付ける説

最後に、③基本法 2 条 1 項と最近の連邦最通常判所民事部の決定により基本法 6 条 2 項をその根拠としながらも、今回の立法についてもはや議会制定法では結論を出すことができないとする見解がある。これは②の主張者も引用するレーニツヒ¹⁴⁴の見解である。もともと彼は民法

141 Böhm/Germann, *Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie?*, VVDStRL 73, 2013, S. 248. もっともここでの主眼は同性間の生活パートナーシップ法導入（2001 年以降）における連邦憲法裁判所の判例理論変遷であり、本稿におけるテーマではない。ベームは婚姻と家族についての基本権ドグマティクは、新たな内実の受容へと開かれ、動態的なものと解している。そして、動態的な基本権ドグマティクの限界について今後も争う余地のあることは間違いないものの、婚姻と家族について、公法がその将来形成能力を有することは疑いないとする。ベームによる婚姻と家族概念に対する連邦憲法裁判所の判例理論変遷についての報告は、生活パートナーシップ導入以来の歩みについて「きわめて楽観的な立場に終始している」。この立場に対する連邦憲法裁判所の動向に懐疑的なゲルマンの見解も注目すべきである。詳細については、松原光宏「公法による将来形成——教育・財政・婚姻及び家族——」自治研究 90 巻 7 号（2014 年）24 頁以下参照。

142 Peschel-Gutzeit, *Der doppelte Vater – Kritische Überlegungen zum Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters*, NJW 2013, S. 2468; Lang, (Anm. 52) FPR 2013, S. 235f.

143 Jestaedt, in: Dolzer/Kahl/Waldhoff u. a. (Hrsg.), *Bonner-Kommentar zum Grundgesetz*, 171. Aktualisierung, Heidelberg 2015, (75. Lfg. Dezember 1995), Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 56, 64, 65.

144 レーゲンスブルク大学に所属する民事法専攻の研究者であり、家族法学の泰斗であるシュ

1685 条の対象となる者の面会交流権の基本法上の根拠条文は、基本法 2 条 1 項及び 1 条 1 項（一般的人格権）であると考えている。なぜならば民法 1685 条の対象者は、信託的特性をもった法律上の親子関係の外にいるからである¹⁴⁵。親の信託的地位は、法律上の子どもに対する親の義務からもたらされ、かつ憲法上保護される親の責任を根拠とすれば親の面会交流権（と同時にそれに合致する面会交流義務）とその他の者の面会交流権の根拠条文は異なることになる。しかし、民法 1686a 条は、この理解の例外として位置づけられる。レーニツヒは、最近の連邦通常裁判所民事部（詳細については後述する）を基に、この生物学上の父の面会交流「権」が基本法 2 条 1 項のみならず 6 条 2 項からも導き出されるが、なおも生物学上の父の地位は「特権的」であるとしている¹⁴⁶。民法 1686a 条による生物学上の父の権利について、一方で彼は法律上の親ではなく配慮権のある親でもない。他方でまた、彼には、実際に交流接触をするに至った場合基本法 6 条 2 項 1 文の保護領域が開かれる。その結果、生物学上の父の交流権は、一般的人格権のみからは導き出されない。生物学上の父について、基本法は、法律上の父親の権利と同様に基本法 6 条 2 項 1 文から面会交流権を導き出すが、両者の権利については明らかな違いがある。非配慮権者である法律上の父は、交流権のみならず、その親の責任から、民法 1684 条 1 項により義務をも負っている。更に、法律上の父は、民法 1601 条による扶養義務を負うが、生物学上の父はこのような負担を負わないし、生物学上の父と子どもとの間に相続関係も存在しない¹⁴⁷。

(vi) 子どもの基本権による根拠づけの試み

これら 3 つの見解に加えて、④子どもの親による養育・教育を受ける権利の観点から、潜在的な法律上の親になる資格があるにもかかわらず法律上の親になることができない者に対し、

バーブの弟子でもある。ハビリタチオンは、「信託」をテーマとしている。

145 信託的性質を債務法ドグマティークと結びつけるレーニツヒは、家族法の問題にこれを用いてある関係者が他の関係者の利益を擁護（かつ通常場合によっては自分の利益の背後に後退）しなければならない性質を有する債務関係が信託関係であるとする。義務とみなされる配慮権を有する子どもの法律上の親は、子どもの信託者である。憲法の観点からは、親の権利が「基本権カタログにある他の自由権とは親の自己実現の意味における自由ではないということにより本質的に〔異なり〕、むしろ子どもの保護のために行使される」からである。私法上の観点からは、法律上の親が配慮権を行使する場合子どもの福祉に拘束されるという理由で、いい換えると親の配慮権はつまり子どもの利益において他者のために行使されなければならないからである。つまり法律上の親子関係においては信託特性を持った法律上の債務関係が重要である。そして、この法律上の関係の外に置かれる「他の親像」は信託的関係の枠外に置かれることになる（Löhnig, Früher hatten Eltern viele Kinder heute haben Kinder viele Eltern, 2015, S. 17ff.）

146 a.a.O., S. 28f.

147 a.a.O., S. 29.

親に特徴的な権限を認めることは可能であるとする見解もある¹⁴⁸。この見解を主張するブリッツは、後述する2014年の連邦憲法裁判所の決定についても評釈をしている。彼女は、連邦憲法裁判所が法律上の父になることができない生物学上の父が子どもとの交流そして子どもについての回答請求を望むことについて、これを原則憲法上承認されるべきと考えたうえで、生物学上の父の「権利」についての基本法における根拠条文を明らかにしていないことについて、これについては、基本法6条2項における親の権利は問題とならないとする。なぜならば、同決定は、2003年に連邦憲法裁判所が提示した子どもの福祉から基本法6条2項1文において付与される親の権利の意味における親の責任が、2人そしてはやそれ以上の人間に留保されない、という方針を放棄していないからである¹⁴⁹。そして、欧州人権裁判所の諸判決は、生物学上の父の面会交流「権」のきっかけとはなっていないとする¹⁵⁰。

この議論については、面会交流権が親の利益でもあり子どもの利益でもあると考えるならば、生物学上の父の面会交流権は第2の親の権利である基本法6条1項あるいは人的保障領域と実質的保障領域を分離したうえで生物学上の父に対する実質的保障領域の具体化（イエシュテット）と考えることは可能であろう。

ここで頻出するいわゆる「2人親原則」について、生物学上の父の面会交流権を憲法上親の権利と位置づけることに消極的な立場が考えるようにいわば制度的保障の核とすることは、危うくなったといえる。

その一方で、子どもの権利による基礎づけが考えられる。もっとも、そのさいに生物学上の父の面会交流権はこれまで構想されてきた子どもと一定の時間の下に積み重ねられてきた面会交流権とは性質を異にするものと位置づけられなければならないだろう。

こうして一応の憲法の基礎づけが、生物学上の父の面会交流権においては可能となった。このような欧州人権裁判所判決への接近は、面会交流権が制度重視型から権利重視型に接近している一つの事例ととらえられよう。

148 Britz, Das Grundrechte des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung, JZ 2014, S. 1070ff. 親の子どもに対する責任の担保の観点から見れば、親の一方的な意思によりこの世に投げ出された子どもは絶対的に依存できる存在があり、かつその生育について責任を担保する親子関係の下に置かれることが必要である（広渡清吾『ドイツ法研究』日本評論社、2016年、376頁）。それゆえ子どもの絶対的依存者は法的に確実にされなければならないその結果、子どもの権利の観点から国家が生物学上の親が法律上の親へとアクセスする機会を確保する必要性が認められる。

149 Britz, Ausgewählte Verfassungsfragen umgangs- und sorgerechtlicher Streitigkeiten beim Elternkonflikt nach Trennung, FF 2015, S. 391f.

150 a.a.O., S. 391.

(3) 2人親原則の「崩壊」と同原則の位置づけ

ここで、学説が言うところの2人親原則が未だに憲法上有効か否かを考察したい。なぜならば、わが国においても複数の親に親の権利を認める場合、同原則を憲法上位置づけることは必要な否かを考察することは、ドイツ同様親子関係が多様化している日本社会にとって必要であるからである。この点は特に面会交流権のように複数の親に認められる可能性の高い権利を構想する場合に必須であろう。

① 2人親原則の「崩壊」

ドイツでは複数の親に親の権利を承認したい者により、2人親原則の「崩壊」が喧伝されている。そして、生物学上の父の面会交流権がその一因とみなされている。なぜならば、生物学上の父の面会交流権を立法者が承認したことにより3人の親による争いが発生しているからである。この点をもう少し詳しく見ていこう。

(i) 「2人親原則」の出現

ここではその「2人親原則」の成立及び動揺を改めて整理したい。

今日ドイツの複数の親子関係において、時には3人以上の親が子どもと法律上の親子関係を形成することを望むケースがみられる。そのさいに障害となる2人親原則は、家族法及び憲法の両面で展開された。特に先述した2003年及び2013年の連邦憲法裁判所による判断とその後の展開が注目されている。

(i) 家族法の展開

民法が成立・施行された1900年以来配慮権法、出自法及び養子法の領域において同等の民法上の権利を有する2人の親による親子関係へと家族法は移行していった。具体的には、親の権力や養子縁組において最大4人の親が権利・義務を有していた状況を排除し、婚外子については当初その母のみが親であるとされていた状況が1970年の婚外子法により変化した。養子については完全養子縁組の導入に伴い1977年に養子は養家族に完全に統合するものとされ、生物学上の親はそのためあらゆる親の地位を失い、養子法においても2人親原則が貫徹されることになった。

1998年の子ども関係法改正法により、2人親原則は特に生殖補助医療に対しても要請されるようになった。社会的、遺伝子的そして懐胎によって成立した親子関係の事例において少なくとも全員に法律上の親の地位につく機会はあるが、最大2人のみが法律上の親になることが要請された。そのさいに、「分娩=母」ルールにより分娩した女性と嫡出推定あるいはわが国でいうところの認知（父子関係の承認）による社会的父が、法律上の親を決定するにあたり優先されることになった¹⁵¹。

(ii) 憲法の展開

2003年に連邦憲法裁判所は、生物学上の父であるが法律上の父ではない者（以下では「生物学上の父」と表記する）が法律上の父子関係の否認と面会交流を主張した事案において、複数

151 a.a.O., S. 194.

の親の民法上の権利衝突により子どもの利益ないし福祉に害が及ぶことを回避するため、1人の子どもにつき親の権利主体は2人であることを以下にみる通り明言した¹⁵²。この記述をもう一度確認する。

「a) 基本法6条2項1文は、子どもに対する義務負担のない親の権利を認めていない。親の権利は、最初から、その本質的要素として、子どもの養育および教育の義務負担を伴うものである。親の権利を要求する者は、子どもに対する権利だけを請求できるものではなく、義務も負担しなければならない。基本法6条2項1文の定める親の権利が義務負担を伴う権利のみを認めるものである以上、親の責任を負う者だけが親の権利を持つことができる。血縁上の父と法律上の父の両者に母と共同で親の責任を担わせることは、基本法6条2項1文が基礎としている両親の責任の概念に適合しない。家族の生活関係の変化もまた、子どもを同時に2人の父親の責任の下におくことを求めない。法律上の父子関係と血縁上の父子関係が合致しないことは、家族の構造の変化に起因する新たな現象ではない。それは、むしろ、父子関係を特定の社会的事情に基づいて推定し、その推定を根拠として法律上の父子関係を決定するという法制度に起因することである。

基本法6条2項1文が、まず第一に両親に子どもに対する責任をゆだねるのは、両親が親の責任を共同で果たすことが、通常、子どもの利益を最も保護することにつながるという考慮に基づいている (BverfGE103, 89 [108] 参照)。しかし、これは、2人の父親と1人の母で構成される共同体には当てはまらない。この場合、親の責任を共同で果たすことが子どもの福祉に適うということとはできない。なぜなら、そうすることによって、親たちの間で役割の衝突や民法上の権利争いが生じかねず、子どもの成長に悪影響が生じうるからである。いずれにしても、2人の父親と母親に共同で親の責任をゆだねても、その責任を子どものために効果的に果たすことは期待できない」。

連邦憲法裁判所はこの決定で家族法上の出自は生物学的出自に方向づけられていることを明らかにしたが、立法者は法律上父の地位を定めるにあたり常に遺伝子上の出自に依拠しなくても良いとした。その結果、法律上の親子関係と生物学上の親子関係が存在することになるが、連邦憲法裁判所によれば生物学的な親子関係のみが基本法6条2項の親の権利の主体となるわけではない。なぜならば、同文は子どもに対する責任を負っていない親を排除しているからである¹⁵³。そのために、基本法6条2項における親の権利は人的保障領域と実質的保障領域に区分され、前者については1人の子どもにつき2人に限定され後者は複数の親に開かれているものであると学説が広く理解するに至った¹⁵⁴。

そして、2013年に連邦憲法裁判所は異性の親のみならず同性の親も基本法6条2項の親の権

152 BVerfGE 108, 82(101).

153 BVerfGE 108, 82 (101).

154 Sanders(Anm. 136) S. 345 ff.

利主体となりうることを認めた¹⁵⁵が、2人親原則を維持した¹⁵⁶。これは、登録された生活パートナーシップの下での養子制度の利用を定めた当時の生活パートナーシップ法9条7項が、家族共同体の養子に関する民法1742条を準用していなかったために、生活パートナーシップの当事者の一方の養子が他方と養子縁組（継養子縁組）することができないことが、基本法に違反するのではないかが問題となった事案である。そのさいに連邦憲法裁判所は、基本法6条及び3条1項の事項による違憲審査を行った。基本法6条に関連する事項とは、①親による養育及び教育を国家が保障することを求める子どもの権利、②親の基本権、③家族基本権である。そして、基本法3条1項の平等原則の違反に関して、④生活パートナーシップの当事者の一方の養子に対する、夫婦の養育及び生活パートナーシップの当事者の一方の実子と比較した不平等扱いの問題（一般平等原則違反）、⑤嫡出子と嫡出でない子の不平等扱い、⑥実親の生活パートナーと養親の生活パートナーの間の不平等が問題になった。このうち、本判決は、④の平等原則をもとに違憲判断を導き出している。本稿の関心から、このうち①～③を以下でみていく。

まず、同判決は、①において基本法6条2項1文と結びついた2条1項により、子どもは、親による養育・教育を国家が保障することを求める権利を有するとした。そして、その権利から、国家には親の養育・教育を保障する子どもに対する義務の領域において基本法上の保護義務が課せられるが、その保護義務に基づき、実効的な保護を実現するためにいかなる措置が要請されているかの判断は、まず立法者が行うべきであり、立法者による継養子の否定は、子どもの前述した権利に対する介入になることを認めた。しかし、養親の生活パートナーは子どもの日常生活の事柄について共同決定する権利（生活パートナーシップ法9条1項）や緊急の場合に子どもの福祉に必要なあらゆる法的行為を行う権利（同法9条2項）を有するとされていることを考慮すれば、生活パートナーに認められている「親に類似する」責任の範囲は、価値に親の権利を前提とした場合の法的責任にまでは行きつかないものの、そのことは立法者の裁量の範囲内であってそれだけを取り上げれば、基本法6条2項1文と結びついた2条1項により子どもに認められる権利は、生活パートナーシップの下での継養子の否定によって侵害されるわけではないとした。

次に、同判決は②において、法律上子どもの親として承認されている2人の者は、基本法6条2項1文の意味における親であるとして、子どもの福祉のために保障される親の権利の国家からの保護の必要性にとって、同性か異性かは問題にならないとした。しかし、生物学的な、あるいは今まで議会制定法上の親子関係になかった者は、子どもとの社会的な親子関係におい

155 同性の親を基本法6条2項の主体として認めるべきかについて学説では見解が別れていた。例えばイエシュテットは、基本法6条2項の「自然的権利」は基本法が異なる性の親のみを許していることを意味していると主張していた（Jestaedt, Elternschaft und Elternverantwortung unter dem Grundgesetz, in: Max-Emanuel/Umbach [Hrsg.], Planung-Steuerung-Kontrolle, FS für Richard Bartlsperger zum 70. Geburtstag, 2006, S. 79）。

156 BVerfGE 133, 59(78).

て生活をしているという理由だけで基本法6条2項1文による憲法上の意味での親になるわけではない。なぜならば、出自によって基礎づけられる子どもとの親子関係を持たない者は、養子等法制度の適用をまって初めて親となるのであり、それ以前は子どもとの社会的な絆があっても、それは憲法上の親としての地位を基礎づけるものではないからである。たしかに、基本法は、社会的な親子関係に意義を認めるが、生物学的なつながりとは別に社会的な親であるということだけを取り上げれば、憲法上も親であるということの十分な要件ではなく、それゆえにそれは養子を持つ権利を導くような憲法の意味での親の地位を基礎づけるものでもない。

更に、同判決は③について次のように述べている。

生活パートナーがもう一方のパートナーの実子または養子と社会的な家族共同体で生活している場合、彼らは、基本法6条1項によって保護される基本法上の意味での家族を形成している。しかしながら、基本法6条1項によって保障される家族基本権は、登録された生活パートナーシップの下での継養子の否定によって侵害されてはいない。というのも、継養子の可能性の排除は、一方の生活パートナーの養子との他方のパートナーの共同生活を否定するものではなく、家族としての共同生活の方法を自ら決定する自由を否定するわけでもないからである。立法者は、基本法6条1項によって、法的な意味での家族の内容形成に際して事実上予め存在する家族としての共同体を全て詳細に描き出すよう義務づけられているわけではなく、また、事実上の親子関係があるすべての場合に完全な親の権利を付与するよう義務づけられているわけでもない。

以上で見た通り、この判決では実体的基本権の内容、とりわけ親の養育・教育義務の領域での子どもの権利や事実上の親（社会的親）の、そして家族の概念を拡張するという判断を示す¹⁵⁷一方で、2人親原則を維持した¹⁵⁸。

(ii) 2人親原則の崩壊？

先述した2013年判決において、連邦憲法裁判所は<親の性別を問わず>親の責任を担う者は2人に限定するとした。しかし、社会的親と子どもは家族の保護を定めた基本法6条1項で保護されるとし、同項は「第二の親の権利¹⁵⁹」と称されるに至った。けれども、この「2人親原則」は、とりわけ生物学上の父の民法上の権利拡大に伴い崩壊しているのではないかという疑惑をもたれている。

生物学上の父の嫡出否認権に関する議論状況は2で見えてきたとおりであるが連邦憲法裁判所決定の後に生物学上の父による民法1686a条による面会交流の申し立てに対し、2016年に連邦通常裁判所民事部は3人の親の民法上の権利衝突問題として事案を処理した¹⁶⁰。

¹⁵⁷ 春名・前掲注139 117頁。

¹⁵⁸ この判決が出た後にゲルマンは、国法学者大会において2人親原則を基本法上の「指導像を特徴づけるメルクマール」と明言している（Böhm/Germann(Anm. 141) S. 287 ff.）。

¹⁵⁹ Sanders(Anm. 136)S. 175.

¹⁶⁰ BGHZ 212, 155 (163) .

また、養親の生活パートナーシップが子どもを養育・教育することを可能にする小配慮権の挿入（生活パートナーシップ法 9 条 1 項 2 項）及び継親が子どもの日常生活に関する事項について配慮権者と共同決定権を有すると定める民法 1687b 条の存在もある。そのため、もはや親の権利主体は 2 人に限定されないのではないかという 2 人親原則の崩壊が主張されるようになった¹⁶¹。

そして、2017 年には、連邦司法・消費者保護省が設置したワーキンググループが、法律上の父子関係の否認権や生殖補助医療で誕生した子どもの親子関係規律に関する提案をも含む広範囲に及ぶ血縁法の改正提案（Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, Empfehlung für eine Reform des Abstammungsrecht）をとりまとめて公表した。また、2017 年の同性婚の制度化により、ドイツ親子法は大きな転換期を迎え改めて親子法に対し憲法が何を要請するのかが問われている。

② 子どもの基本権の具体化と親の権利の実質的保護領域拡大の基礎づけ

更に、先述した 2013 年の連邦憲法裁判所判決で注目すべき点は、基本法 6 条 2 項と結びついた 2 条 1 項による子どもの親に養育及び教育の保障を国家に求める権利を明らかにしたことである¹⁶²。この判決は、子どもの自身の人間の尊厳及び人格の自由な発展を求める権利（基本法 1 条 1 項及び 2 条 1 項）の具体化と考えられる。

この子どもの基本権は、国家による親からの事実上あるいは法律上の分離に対する防御権ととらえられる。また、法律上の親子関係形成について子どもの親を法律上の親として帰属させ、法律上の親ではない親には民法上親に認められる権利を認めあるいは分担することを国家に要求することができる¹⁶³。そのため、具体化された子どもの権利は、先に挙げた生物学上の父の面会交流権等親の権利の実質的保護領域拡大の基礎づけに用いられたと考えられる。同基本権はその後複数回連邦憲法裁判所の判決¹⁶⁴で用いられており、2019 年には再び継養子縁組について、同制度が婚姻をしていない者とそのパートナーの子どもを除外していることの合憲性が争

161 Sanders(Anm. 136)S. 196.ここで指摘されているのは、家族内部の事実上の繋がりをも保護し、その結果 2 人の親に親の権利主体を制限していないというヨーロッパ人権裁判所の影響である。

162 BVerfGE 133, 59(75 f.).

163 Britz, Das Grundrechte des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung, JZ 2014, 1069 f.

164 一例として、子どものドイツ国籍及び自身の滞在権取得を目的とした外国人の母が、報酬とひきかえにドイツ人の男性に不実の認知をしてもらうという偽装認知対策として規定された官庁による父子関係の否認規定を子どもの法律上の父を奪うために子どもの基本権侵害を認めた事例（BVerfGE 135, 48）が挙げられる。同判決の詳細については、拙稿「官庁による父子関係の否認と子の国籍」自治研究 95 巻 6 号（2019 年）146-154 頁参照。

われた事例¹⁶⁵でも用いられた。これらの判例を踏まえると、この基本権は定着したとみてよいだろう。この子どもの基本権の具体化は、複数の親子関係を憲法上保護しようとする場合に、この問題について当事者である人間の尊厳や子どもの人格の自由な発展を中心に考えようとする意識のあらわれとみられる。

以下ではこのような動向を背景に、ドイツの複数の親子関係（*Mehrelterschaft*）に直面し「2人親原則」の崩壊・維持を主張する見解をみていく。

（i）2人親原則の位置づけ

憲法上の親の権利学説では、2人親原則の崩壊を主張する見解と、2人親原則を維持する見解に大別される。両者の主張を比較的最近の学説であるザンダース及びヴァプラーの見解を中心に検討することにより、2人親原則が要請される根拠をみる。なお、前者についてはドイツの現状説明も含めるため、紙面を割いて説明する。

i) 2人親原則の崩壊を主張する見解の問題意識と主張内容——ザンダースを中心に——

ドイツでは生物学上の父や同性の親の他にも生殖補助医療による子どもを望む親（*Wunschelter*）や養親と実の親の関係も問題となっている。これらの問題状況を確認したうえで、2人親原則の崩壊とこれを維持する見解の主張内容をみる。

（ア）生殖補助医療により子どもを望む親

ドイツでは従来の養子縁組や生物学上の父と法律上の父のような古典的な複数の親子関係に加えて、生殖補助医療により生ずる新たな複数の親子関係において2人親原則を維持する場合誰を親にするべきかが問題となっている。

（あ）精子提供

婚姻をしている女性が精子提供により子どもをもうけた場合、嫡出推定により子どもは原則として夫の子どもとなる（民法 1592 条 1 項）。もっとも夫あるいは母は父性を否認することができない（民法 1600 条 5 項 1 号）。子どもが父子関係を否認した場合は、夫は生殖補助医療への同意をもって親であるとされた事実を覆されることになりその瞬間に追加的に遺伝子上の父が法律上の父の候補となる。同様のことは母のパートナーが婚外子を認知した場合にもいえる（民法 1592 条 2 号）¹⁶⁶。

レズビアンカップルに対し、精子提供をした男性の扱いはどうなるのか。かつては精子提供をした男性は民法 1592 条 3 号によりその意図にかかわらず父になると解されていた¹⁶⁷。つまり当該男性は子どもの扶養義務を負うことになり、子どもを望んだレズビアンカップルは継養子縁組を利用するほかなかった。この状況は2018年に施行された「非配偶者間精子使用の場合における血縁を知る権利について規定する法律¹⁶⁸」によって変化する。同法に含まれる民法

165 BVerfG26.03.2019 NJW 2019, 1793.

166 Sanders(Anm. 136)S. 210.

167 BGH24.08.2016 NJW 2016, 3174(3175).

168 同法の詳細については、泉眞樹子「ドイツにおける生殖補助医療と出自を知る権利——精

1600 d 条 4 項は法的父子関係の確認について非配偶者間での精子提供者が排除されると規定した。これにより、精子提供者は自らの生殖細胞の関与により産まれた子どもまたはその親によって法律上の父としての身分を請求されることはなくなり、親の配慮権、扶養権及び相続権の領域における請求権は認められなくなる。もっとも、精子提供を望んだ子どもの母のパートナーの不在や継養子縁組が成立しない場合には子どもは親を失うことになる¹⁶⁹。

また、精子提供者による嫡出否認権、面会交流権及び精子提供に同意した子どもの母のパートナーの扶養義務も問題となる。

(い) 代理母

代理母については、子どもと代理母が遺伝子上つながりを持つことを防ぐため子どもを望む母の卵を利用し、卵が利用できない場合には提供者の卵を利用する（そのため、卵提供者とこれにより産まれた子どもの関係も問題となる）。ドイツ法は代理母を禁止しているが、子どもを望む親が処罰されることはほとんどないため、海外で代理母により子どもをもうける事例が相次いでいる。しかし、現行法上いわゆる「分娩=母」ルールにより子どもの法律上の母は代理母となる（民法 1591 条 1 項）。つまり、卵提供者も子どもを望んだ母も、法律上の母となることはできない。けれども、外国法では子どもを望んだ親と子どもが法律上の親子になることはできるため、その関係をドイツ法が公序に反しないとして受け入れることができるかという国際私法上の問題が生じる。

ここで注目すべきは、2014 年の連邦通常裁判所民事部判決¹⁷⁰である。同判決は、外国の裁判所の判断について、2 人の子を望む親のうち 1 人が子どもと遺伝子上繋がっている場合にはドイツ法はこれを承認することを明らかにした。少なくともドイツ法によって継養子という手段と同様の結果が得られる事例では、判決の承認の結果は公序に違反しないとしている。もっとも、同裁判所は子どもを望む親と子どもとの間に遺伝子的結びつきが欠けている場合に異なる判断を下すかは保留している。

同裁判所によれば、当事者の基本権の観点からみれば家事事件手続法 109 条 1 項 4 号により本質的な問題はドイツ法の本質的な基本原則と承認が両立するかである。子どもを望む親は基本法 2 条 1 項及び 6 条 1 項により保護される利益、つまりその家族を法律上承認することを求めている。たしかに代理母契約は代理母の人間の尊厳を侵し、子どもが意思に反して引き離されることもあるかもしれない。しかし、この事例では法的な代理母関係が終了し、代理母は子どもを自由な意思で子どもを望む親に委ねている。そのことは、ドイツ法においてまた完全に異質ではなく、その形態は子どもが直接産まれたら養親の下へ行き後に養子になることと同様と考えられる。

また、同裁判所によればこの事例は子どもの福祉が重要となる。母が子どもを自由意思で譲

子提供者登録制度と血縁関係に関する立法——」外国の立法（2018 年）33-45 頁。

¹⁶⁹ Sanders(Anm. 136)S. 211-212.

¹⁷⁰ BGH10.12.2014NJW 2015, 479.

渡したならば、子どもの親による養育・教育の保障を国家に求める権利（基本法 6 条 2 項と結びついた 2 条 1 項）を満たさなければならない。この権利は子どもを望む親の子どもであるという子どもの法的身分が定まることにより満たされる。同裁判所はこの子どもの基本権に加え、代理母に関する欧州人権裁判所の諸判決¹⁷¹等を、子どもを望む親と子どもの法律上の親子関係を承認する論拠とした。

他方でブラウンシュウィク上級ラント裁判所は、子どもの福祉は原則として代理母により産まれた子どもと子どもを望む親の間に法律上の親子関係を承認することを要請していないとして、外国法による子どもを望む親と子どもの間に法律上の親子関係を認める判断を承認しなかった¹⁷²。

このように代理母により産まれた子どもの親が誰になるかは不確定である。また、先に挙げた 2 つの判決は、遺伝子的な親ではないが、子どもを望んだ親（*Initiativelter*）である個人の地位をどうするかという問題を提起する。

（イ）養親と実の親の関係

養子は古典的な複数の親子関係であり、一部の例外を除き子どもは養親の家族に統合されることになる（民法 1741 条）。ドイツの養子縁組には複数の方式があるが、特に実親に対し養親の身元が知らされる開放型養子縁組において、実の親が面会交流権（民法 1684 条）や子どもに関する情報提供（民法 1686 条）を要求できるかが問題となっている。生物学上の父については少なくとも面会交流・情報提供を認める民法 1686 a 条が存在するため、実の母についても同条が類推適用できるのではないかという疑問も生じている¹⁷³。この論点について、実の親を面会交流権者から一律に排除することは基本法 6 条 1、2 項およびヨーロッパ人権条約 8 条に違反するのではないかという声もある¹⁷⁴。

ii) 2 人親原則を否定する見解——ヴァブラーの見解を中心に——

ここまで述べた問題状況を背景に、今日のドイツでは 2 人親原則を否定する学説が複数確認できる。

例えばブロシウス・ガールスドルフは、2003 年連邦憲法裁判所決定に対抗する立場をとり、基本法 6 条 2 項の権利主体を一組の親のカップルに制限する必要はないと主張している。そして、親はその点で異なる養教育権の観点を共有しそれゆえ異なる措置で基本法上の保護を享受するとし、生物学上の父の面会交流権がその証であると断言する¹⁷⁵。

シューラー・ハルムスも、認知や出自を基に 3 種類の親子関係を法律上認めることが可能で

171 いわゆる Menesson 事件（脚注 93 参照）等がここで挙げられている。

172 OLG Braunschweig, 12.04.2017 FamRZ 2017, 972.

173 Sanders(Anm. 136)S. 253.

174 Maurer, in: Maurer(Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB 8 Aufl., 2020, Vorbem § 1741 ff., Rn. 40.

175 Brosius-Gersdorf (Anm. 138) Rn. 150.

あり、制度的保障の核の分析から、憲法上の親の権利は人的範囲の制約を定めていないという立場をとっている¹⁷⁶。

この流れに連なるのが、ザンダースである。以下では親子法を定める立法者に対する基本法の指導像を述べるだけでは満足せず、複数の親同士の衝突を回避する方法も模索する彼女の主張について詳細をみていく。彼女は子どもの親は原則2人であるという前提に立ちながらも、親同士で合意が成立しているにもかかわらず彼らの合意により成立した内容の実現を阻む法制度の改革を要請している。そして、家庭裁判所の決定により複数の親の合意のうえで等しい権利を持つ複数の親子関係を認めるような法制度を構想する。

これまで2人親原則が支持されてきた理由として、同原則が制度的保障の核であること及び3人以上の親の衝突が子どもの福祉にとって有害であると考えられてきたことが挙げられる。これらの根拠について、ザンダースは、まず、親の権利の制度的保障の核に「2人親原則」は存在しない¹⁷⁷と主張する。なぜならば、基本法の施行以来法律上の親の数を含む親の権利理解は繰り返し変遷しているため、「2人親原則」がドイツの伝統であり、制憲者の意思であるとはいえないからである¹⁷⁸。

次に、ザンダースによれば複数の親が親の権利主体となることは、必ずしも子どもの福祉にとって有害であるとはいえない¹⁷⁹。なぜならばたしかに3人以上の親がいる場合潜在的な衝突の可能性は否めないが、複数の親子関係のなかには――先述した代理母の関与や生殖細胞の提供のように同意のうえで成立した親子関係や、養子縁組のように後から実親の同意を得られる親子関係のように――衝突可能性の低い親子関係が存在するからである。また、人類学や発達心理学の観点からより多くの親による世話が子どもの福祉に必然的に有害であるとはいえない¹⁸⁰。したがって、全ての事例について一律に親の責任を担う親を2人に限定し、そして他の親を親の権利主体として認めないという民法及び憲法の結論について、彼女は十分な議論が尽くされているとはいえないと主張する¹⁸¹。

以上の理由から、彼女は2人親原則の放棄を主張する。

(iii) 複数の親子関係を規律する立法者に対する憲法上の要請

2人親原則を放棄するとしても、同原則の論拠となった親同士の衝突可能性が完全に否定されるわけではない。ザンダースもこの点を認め、複数の親子関係を認める立法に対する基本法の指導像を述べるだけでは満足せず、複数の親同士の衝突を回避する方法も提唱しようとしている。

176 Schuler-Harms(Anm. 18)S. 170.

177 Sanders(Anm. 136)S. 366 ff.

178 a.a.O., S. 366ff.

179 a.a.O., S. 368ff.

180 a.a.O., S. 453.

181 a.a.O., S. 370.

i) 基本法上の指導像

まず、基本法上の指導像について、ザンダースは次のように述べる。

親とは、子どもと何らかの結びつきのある者全てであり、国家による恣意的な親の選出の禁止は禁じられている。そして、子どもの基本権や親の基本権を保護しかつ子どもの福祉を支援しなければならない立法者は親子関係の内容形成について相当な形成裁量の余地を有しているが、民法上の親の権利と義務が認められるべき親の数が増えるほどその余地は狭くなる。基本法上の親子関係の内容形成において重要かつ出発点となるのは、①子どもの親による養育・教育の保障を国家に求める権利（基本法6条2項と結びついた2条1項）、②子どもの出自を知る権利（基本法1条1項と結びついた2条1項）¹⁸²及びその③家族関係の保護を受ける権利（基本法6条1項）である。そして、家族内部での親同士の衝突は子どもの福祉にとって有害になりうるために、親子関係について法律による内容形成を行う場合、その衝突可能性を最小化することが求められている¹⁸³。

ii) 複数の親同士の衝突を回避する方法

次に、複数の親同士の衝突を回避する方法として、ザンダースは、①親の地位の放棄の承認、②親同士に協力をする能力及びその用意があるという証明が可能である場合にのみ等しい権利を複数の親子関係に認める、そして③子どもの養育・教育を担う主な親（*Haupteltern*）と副次的な親（*Nebenseltern*）の区別を提唱する。

①について、ザンダースは親の地位の放棄は基本法上原則として許され、子どもの権利を侵害しない限りで、立法者は他の親に有利なように現存する親子関係を放棄できるようにすべきであると主張する。憲法の次元では子どもの養育・教育について不作為の自由は許されないため、判例・通説は、基本法6条2項による親の権利の放棄は不可能であると理解している。例えば、*ブロシウス・ガールズドルフ*は、民法上の親の権利を後に撤回することが可能な状態でその行使を第三者に委ねる限りにおいて、実の親による第三者への任意の配慮権の委（移）

182 ドイツではわが国と比較すると出自を知る権利に関する判例・学説が蓄積されている。連邦憲法裁判所は、子どもの出自を知る権利は一般的人格権の保護領域に含まれてるとしている。なぜならば、人格の発展にとって自己の出自を知ることは相当に重要であり、国家の援助によってのみその情報を得られるからである。そして、情報が隠されることからの個人の保護の必要性を考慮する憲法上の国家の義務が課せられることになる（BVerfGE 117, 202 [227] ; BVerfGE 141, 186 [204]）。しかし、この保護は絶対的なものではなく、一般的人格権は対立する基本権との調整が必要である。そのため、立法者はそのような出自の解明手続を整備することを禁じられてはいないが、導入することを義務づけられているわけではない（BVerfGE 141, 186(204ff.))。同判決の詳細については、武市周作「ドイツ憲法判例研究(204)子の出自を知る権利：独立した出自の解明手続[連邦憲法裁判所第一法廷 2016.4.19 判決]」自治研究 94 巻 5 号（2018 年）149-157 頁参照。

183 Sanders(Anm. 136) S. 359.

譲は憲法上の親の権利とこれに対応する親の義務に反しないとする文脈において、「基本法 6 条 2 項 1 文は親の権利を行使しないという消極的な基本法上の自由を保障しない」としている¹⁸⁴。その論拠は連邦憲法裁判所によるいわゆる第一次養子縁組決定である。同判決は、次のように判示している。

「基本法 6 条 2 項 1 文において権利と義務は不可分に互いに結びついている。すなわちここでいう義務は権利を限界づける制限ではなく、むしろ親の権利の本質的に内在する構成要素であり、その点で『親の責任』と称される……基本法 6 条 2 項 1 文はこれによればどのように親が子の自然的な責任を果たすかについて親の自由な発展を保護している。すなわち、基本法 6 条 2 項 1 文は親に対しこの責任を撤回することまで保護していない¹⁸⁵」。

しかしザンダースによればこの箇所では連邦憲法裁判所は、単に子どもの放置は親の教育の自由に含まれないということを明言したに過ぎない。そのため、親子関係の放棄は適法であり、例えば精子提供事例では民法上の親の権利を放棄する可能性を認めることによって親同士の衝突可能性を最小化できると主張する¹⁸⁶。

②についてザンダースは、親同士の衝突可能性を回避するために同等の権利を持つ複数の親子関係について親が協力をする能力とその用意ができていくという証明が必要であるとしている。なぜならば親が子どもの福祉に関する妥協を考えているような事例については、複数の親子関係について法律上の承認を拒否する理由はないからである¹⁸⁷。

③について、面会交流権者の主体拡大を定めた民法 1686 a 条、1685 条 2 項そして継親が子どもの日常生活に関する事項について配慮権者と共同決定権を有すると定めた民法 1687 b 条の挿入をもって、既に立法者は子どもの福祉の危機のない範囲で完全な権利を持つ親（主要な親）と不完全な権利を持つ親（副次的親）が並び立つ可能性を開いているとザンダースは考える。このアプローチは、複数の親子関係の法律上の内容形成に有用であり、親の取り決めがされていない範囲で、つまり子どもの全ての親は主要な親と副次的親に分類されることになる¹⁸⁸。

(iv) ザンダース説の評価

子どもは遺伝子上の親、子どもを懐胎した母、生殖補助医療を望んだ親、そして社会的親を有している可能性があり、現行法制度はこのうち 2 人のみを民法上完全な親の権利を行使できる親として認めることになる。つまり、現行制度では、親の権利主体は 2 人に限定され、その代わりに親に特有の権利が一部のみ実質的保障領域として親の基本権主体になることができな

184 Brosius-Gersdorf, Biologischm genetische, rechtliche und soziale Elternschaft. Herausforderungen für das Rechte durch Fragmentierung und Pluralisierung von Elternschaft, RdJB2016, S. 147.

185 第一次養子縁組決定、BVerfGE 24, 119(143f).

186 Sanders(Anm. 136) S. 363.

187 a.a.O., S. 431.

188 a.a.O., S. 537.

かった親に開かれる。そして、その基礎づけとして子どもの基本権が用いられることがある。しかし、これでは生殖補助医療により誕生した子どもと子どもを望んだ親が「分娩=母」ルール等民法上の親子関係決定方法により法律上の親子関係を形成できない。また、ある要件を満たしていないために、法律上の親になることを望んでいるにもかかわらず、その願いが受け入れられない親（例：法律上の父と子どもに社会的・家族的関係があるために父子関係の否認権を行使することができない生物学上の父）の救済が困難である。最近では特にコマザー（mit-Mutter）問題が世間の関心を集めているようである。このような現在のドイツの情勢を踏まえると、2人親原則に疑いをもつ彼女の学説の存在は無視できないだろう。

彼女の見解は、子どもの基本権を出発点として従来の親の権利に対しその制度的保障の核から2人親原則を放棄したうえで、複数の親が子どもの養育・教育にかかわるような親子法制度をつくるうえでの指針を提唱している。そのなかで、これまで当然のように親の制度的保障の核とされた「2人親原則」への疑いが向けられ、不作為は許されないとされた親の義務の内容をはじめとする憲法上の親の権利構想の再考が迫られる。その結果、例えば生物学上の父と法律上の父が存在している事例では時として2人の父と1人の母が子どもに対する完全な親の責任を負う可能性が開かれる¹⁸⁹。

彼女の主張については、たとえ合意があったとしても、将来衝突する可能性のある3人以上の親が同意をもって法律上の親の地位につくことが果たして本当に子どもの福祉にとって有害でないのか疑問の余地があるが、そこは立法者の判断に委ねるべきということになるだろうか。そこで、——本稿の課題である複数の親子関係を前提とした法形成について子どもがいかなる権利ないし利益を有するのかについてより一層明らかにするためにも——、2人親原則を維持する見解を検討する。

（v）2人親原則を維持する見解

2人親原則を維持する説として、ケスター・ヴァルチェン、ヘーフリンク、そしてヴァプラーが挙げられる。

ケスター・ヴァルチェンは、憲法上の親の集団（K r e i s）から、立法者は形成の余地の範囲内で親の権利主体を2人選ばなくてはならないとしている。この場合立法者は例えば社会的親子関係と生物学的親子関係の間でいずれを重視するかというような、変遷する社会的評価を顧慮することができる¹⁹⁰。

ヘーフリンクは、遺伝子的な親、子どもを産んだ母そして法律上の親がすべて基本権主体であるが、全員が子どもとの関連で等しい権利を有しているわけではないと考える。彼は、親の権利の地位の制約には、常に子どもの福祉の観点からの制約が必要であり、その点で特に基本法6条2項の実質的保障領域が重要になるという。そして、この立場は連邦憲法裁判所2003年

189 a.a.O., S. 432.

190 Coester-Waltjen, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, 6. Aufl., 2012, Art. 6, Rn. 75.

決定が一人の父と母に基本権主体を制約したものとは異なる立場であると明言する¹⁹¹。この見解は彼自身が言う通りケスター・ヴァルチェンの立場である。

このような2人親原則を維持する見解を支持するヴァプラーは、連邦憲法裁判所と同様に親同士の役割と権利衝突回避の必要性を主張している。彼女は、3人あるいは4人の親は2人よりも衝突可能性が大きいと考えている。そこで、親同士の衝突可能性を最小化するために配慮権と面会交流権を議会制定法上の次元で段階化する多段階モデルが考えられる。彼女は、子どもに対する「潜在的には終身存在する総責任」を2人以上の人間に割り当てることを諫めている。なぜならば、自然的な生殖から出発し、多くの親に責任を委ねる場合、子どもに対する責任が分散するおそれがあるからである。子どもの利益やそれと結びついた子どもの福祉の観点から、子どもは完全に子どもに対し責任を感じそして自らが信頼している者を親として求めている。また、社会的関係及び家族構造において、継続性と安全性を必要としている。しかし彼女は、憲法に内在するものとして2人親原則を設定することについては難色を示している。なぜならば、同文は子どもと個別の親との関係を保護するが、親の集合体を保護しているわけではないからである。しかし、最終的に議会制定法上親を2人に限定することは合憲であるとする¹⁹²。彼女の立場はケスター・ヴァルチェンやヘーフリンクのように2003年決定との対決を明示するものではないため、上述した2人よりは連邦憲法裁判所の立場に近いように思えるが、ヘーフリンク同様<一人の子どもに父及び母>という親子像は描かず親の性別には触れていない。その点では、ヘーフリンクの思想に近い印象をうける。しかしその一方で、ヘーフリンクよりも子どもの基本権を中心とした親子関係理解を採用する。

③ 若干の検討

現在ドイツでは、2人親原則の崩壊を主張する見解とこれを維持しようとする見解に別れている。しかし、2人親原則はザンダースやシューラー・ハルムスが主張するように、厳密に言えば制度的保障の核とは言えないだろう。それどころか、生物学上の父の面会交流権を契機の1つとして「崩壊」の危機を迎えている。まさに、面会交流権の権利の重視化がかような事態を招いたともいえよう。

ただ、ヴァプラーらが言う通り現段階で立法者が一人の子どもにつき法律上の親を2人に限定していることは、親同士の衝突可能性を最小化する方法が確立されるまでは子どもの福祉の観点から正当化されると考えるべきではないかと思われる。換言すれば、複数の親を基本法6条2項の親としてその主体性を認めるならば、その衝突可能性を最小化することが立法者に要請されると解するべきである。

191 Höfling, Elternrecht, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band. VII, 2009, § 155, Rn. 74 f., 90.

192 Wapler (Anm. 121) S. 187.

(4) 祖父母の面会交流権

①ドイツの法制度

先述したように、ドイツでは民法 1685 条 1 項において祖父母の面会交流権を認めている。ここでいう「祖父母」とは、法律上の祖父母であり、すなわち〈子どもの法律上の親〉の法律上の親を指す。それ以外の祖父母は同項に該当しないが、社会的・家族的関係があれば、民法 1685 条 2 項 1 文で面会交流権を主張することができる。

子どもと接触する祖父母の権利は、親の権利の枠組みの中でのみ効力を持つ。つまり、民法 1685 条 1 項は、面会交流が子どもの福祉に奉仕する場合にこの権利を認めている。この規範的な法的概念を具体化するために、民法 1626 条 3 項に言及することができる。子どもが祖父母との関係を維持することが、子どもの成長に寄与することになり、子どもの最善の利益につながる。立法者の見解によれば、この面会交流権は、主に面会交流権を持つ祖父母の利益ではなく、子どもの利益のためのものである。祖父母がその権利を主張する場合、祖父母は、祖父母との面会交流の保障を求める子どもの親に対する権利を行使する手助けをしているに過ぎない。家庭裁判所の介入は、民法第 1666 条の閾値を超えた場合にのみ行われる¹⁹³。

このような背景から、立法者は民法 1685 条 1 項において、祖父母と接触する子どもの対応する権利を規定しなかったことは理解できる。親と子どもが面会交流に賛成しているにもかかわらず、祖父母が接触を望んでいない場合、面会交流権の受託者としての性格から、原則として、子どもの福祉にかなう方法で子どもが面会交流できるようにする義務が生じる。確かに、ここでは、片方の親との接触の場合以上に、強制的に行われる接触にどのような意味があるのかという疑問が生じるが、立法者もこのように考えているため、面会交流の義務を明示することを控えている¹⁹⁴。

それでは、この面会交流権は、基本法上どのようななかかわりを持つと理解されているのだろうか。換言すれば、祖父母の面会交流権は、憲法上保障されるのだろうか。

②連邦憲法裁判所及び連邦通常裁判所民事部の見解

2014 年に、連邦憲法裁判所は祖母が自分の孫娘の後見人に自分を指名するよう求めた事案において、基本法 6 条 1 項は近い血縁、とりわけ祖父母と孫を保護しているが、上述の 2 人親原則のこともあり、祖父母は基本法 6 条 2 項の親の権利主体にはなれないと判示した¹⁹⁵。このことから、祖父母は基本法 6 条 1 項により面会交流権を主張できるようにも思われる。

なお、連邦通常裁判所民事部は民法 1685 条が直接面会交流権限者の固有の基本権地位により導かれるものではないとしているが、これは上記連邦憲法裁判所の見解に矛盾するとの指摘

193 Löhnig, Das Umgangsrecht der Großeltern aus § 1685 I BGB Dogmatische Sturkture und Praxis, NZFam 2017, S. 1031.

194 BT-Drucks. 13/4899, 68.

195 BVerfGE 136, 382(386f.).

196がなされている。

更に、EU 法においては 2018 年に欧州司法裁判所が 2003 年 11 月 27 日の規則 (EC) No.2201/2003 の第 1 条 II (a) の「面会交流権」に祖父母と孫の面会交流を含むと判示し、祖父母の面会交流権の保護を行っている¹⁹⁷。

(5) 養子に出される子どもと実親の面会交流

①法制度

ドイツの養子縁組は、完全養子縁組であり、養子縁組が成立すると実の親との法的関係が断絶する¹⁹⁸。親子関係が断絶する時、断絶した親は面会交流の機会を失う。そのため、養子縁組の手続には慎重であるべきであるが、かつて婚外子の父親は基本法 6 条 2 項における「親」とされず、養子縁組手続に参加することができなかった。そのため、対象となる民法 1747 条 2 項の規定の違憲性が争われることになった。その判決において、連邦憲法裁判所は実親の面会交流の利益に言及しているため、以下で詳しく述べる。

②婚外子の父を基本法 6 条 2 項における「親」と認めた事案 (BVerfGE 92, 158)

事案は、次のとおりである。異議申立人 ABC は、3 人の婚外子の父親である。彼らはいずれも子どもの母と別居した後には子どもの母によって交流が拒絶あるいは困難な状況にあった。子どもの母は、別の男性と結婚し、母単独であるいは共同での養子縁組を後見裁判所に申し立てていた。当時子どもの福祉に奉仕する場合には、子どもを養子に出すことが認められていた。そのさい母の同意のみが必要とされ、民法 1747 条 2 項の規定により、婚外子の父は原則養子の同意権を阻止することができないとされていた。裁判所での養子縁組手続に父が参加して意見を述べることができるかについては児童並びに少年援助法にも規定がなかったため、父の一人 A は裁判所で意見を聴取されなかった。そこで、A は基本法 6 条 2 項違反を理由に憲法異議を申し立てた。

連邦憲法裁判所は、次のように判示した。

この問題の違憲審査基準は、基本法 6 条 2 項 1 文である。これまで連邦憲法裁判所によって審議されたことがあるが、婚外子の父が一般に親の権利の主体であるかどうかの問題は肯定されるべきである。

基本法 6 条 2 項 1 文によれば、子どもの養教育は、「親の」権利と義務である。そこではまず子どもがその婚姻によって結びつけられた親から成りたつ家族という共同体の中で育っていくというごく普通のケースが想定されている。連邦憲法裁判所は、既に親の権利が婚外子の母に

196 Löhnig (Anm. 193) S. 1031.

197 EuGH, 31.05.2018 - C-335/17, NJW 2018, 2034.

198 高橋由紀子「ドイツ養子法における非嫡出子の父の法的地位」岩志和一郎『家族と法の地平：三木妙子・磯野誠一・石川稔先生献呈論文集』（尚学社、2009 年）218 頁。

も存在することを認めている。「親」という概念は、しかし一般的な語句に従えばまた婚外子の生物学上の親も含んでいる。婚姻での親の結びつきは、文字の意味でも保障給付の意味での基本権主体関係の前提でもない。そしてのちの判決において婚外子の父には基本法 6 条 2 項 1 文の意味における親の地位を結局彼が子どもの母と共同生活をしていて、かつそのために彼による親の責任の維持にとっての前提が存在する場合には改めて論ずる余地はない。(婚外子の父が母と同居し、親の責任を引き受ける前提が存在するときは父にも基本法 6 条 2 項 1 文が定めている親の地位を父にも認めてきた)。

基本法 6 条 2 項 1 文は、親の権利を親に分配する。つまり 2 人の人間の共同の権利である。そのことは生物学上の 2 人の親が基本法の保護領域に含められるという解釈を意味する。もっとも、養教育の権利の共同行使は最小基準として父母間の合意と父母それぞれが子どもと社会的関係を築いていることを前提とする。これらが欠けるときは、個別の親の権限は広く父母のどちらか一人に割り当てられる。しかし、婚外子の親の権利がはじめから他方を完全に排除して一方にだけ割り当てられるのは正当化されていない。今日では、多くの婚外子の父は何らかの方法でこの発達に関与しているからである。また、父子間または父母間の関係の密接さに応じて婚外子の父を親の権利の保護領域に含めるかどうか区別することは実務的ではない。状況は変わりやすく、当事者間の関係は時の経過とともに変化することがあり得るからである。

したがって婚外子の父は全て子どもの母と同居しているか、共同でこの教育任務を引き受けているかに関わらず、法的な父と承認される時は基本法 6 条 2 項 1 文の親の権利の主体であると解することが最も憲法に合致する。しかし同時に立法者には、父母双方の具体的な権利義務を創設するさいに、父がその婚外子の発展に寄与するか、異なる実務上の関係を考慮に入れる権限が認められる¹⁹⁹。

全ての血縁上の父母を基本法 6 条 2 項 1 文の保護領域に含めたからと言って、全ての父母に子どもとの関係で同じ権利を認められなければならないというわけではない。どのように法律上の権利を創設するか立法者の権限に委ねられている。そこで、具体的に民法 1747 条 2 項の検討に入る。

母もしくはその配偶者による養子縁組は、全ての権利義務と共に婚外子の父の法的地位を喪失させる。特に交流申立てと子どもとの人的関係を維持または復活する法的可能性を完全に奪うことになる。母もしくはその夫による養子縁組を通じた実父の親の権利への重要な干渉は正当化されるか。まず将来の父との交流可能性が完全に排除されることは通常は子どもの福祉に合致しない。いずれにしても婚外子の父に親の権利を主張する可能性を認めないことによって、母が自己の婚外子を養子とすることを容易にすることは子どもの福祉の確保のために必要ではない。他方、里親家庭での望ましい子どもの保護を達成するために当該規定は必要ない。子どもの福祉の確保のためには、実父の利益を比較衡量して養子縁組判決への子どもの利益が優越することが明らかな場合にのみ母の婚姻相手による養子縁組を認めれば十分である。したがっ

199 BVerfGE 92, 158 (176ff.) .

て、養子縁組が母又はその配偶者による限りにおいて、民法 1747 条 2 項は基本法 6 条 2 項 1 文に合致しない²⁰⁰。

③評価

この判決により、連邦憲法裁判所は養子縁組手続に実親を参加させるよう要求することによって、実親が面会交流権を喪失することを防止しようとしている。

また、ドイツでは、養子縁組の利用促進を実現させるための今後の課題として、実親子の断絶効の緩和（オープンアドプション形式の法定化、交流権の付与等）という法的課題が提示されている。実務においては養育環境及び法的帰属を養子縁組により確保し、かつ実親子の接触・面会の機会を提供するものとして、ハーフアドプションやオープンアドプションが実施されてきている²⁰¹。

3. わが国においてドイツの議論が参考になる場面

(1) わが国の現状

ドイツのようなパッチワーク・ファミリーが多数を占める国家における議論がわが国においてどの程度有用かという指摘もあろうが、わが国でも、近年「生殖補助医療の提供等及びこれにより出生した子の親子関係に関する民法の特例に関する法律」（2020（令和二）年法律第七十六号）が成立している。また、特別養子縁組のハードルが下がっていることを考えると、今後親子関係の多様化がますます進むと考えられる。また、社会の変化に伴って新たに現れた親子関係を法に取り込むことへの法学上の関心も高まっている²⁰²。この点を踏まえて、以下において本章で検討したドイツの議論が参考になる場면을挙げる。

(2) わが国の面会交流実務への示唆

まず、わが国では DNA 父子鑑定事件²⁰³以降の法律上の父の面会交流事例²⁰⁴のように、生物

200 BVerfGE 92, 158 (179 ff.).

201 喜友名菜織「特別養子縁組における実親の位置づけと調和的解決への模索: ドイツにおける運用・議論状況を手掛かりに」家族<社会と法> 36 卷 (2020 年) 142 頁。

202 近年の研究としては、例えば山口真由『アメリカにおける第二の親の決定』（弘文堂、2022 年）が挙げられる。

203 最一小 2014（平 26）年 7 月 17 日判決民集 68 卷 6 号 547 頁。本件は、夫とは別の男性を妊娠した妻が、民法 772 条によって嫡出推定された子どもの法定代理人として親子関係不存在確認の訴えを起こした事案である。最高裁判所では、「民法 772 条 2 項所定の期間内に妻が出産した子から、科学的証拠により生物学上の父でないとして親子関係不存在確認を請求できるか」が争点となった。2014 年 7 月 17 日最高裁第一小法廷が判決を下し、破棄自判して、訴えを不適法として却下した。

204 前述した事件の後、法律上の父が、妻と子どもの実の父と暮らす子どもとの面会交流を望

学上の親子関係のみ有する父はおろか一度法律上の子どもとの関係を築いたにもかかわらず面会が認められない場合がある。大阪家庭裁判所は、本件において子どもが現在母と生物学上の父の下で平穩に暮らしていることや、子どもが法律上の父によって育てられていたとの認識がなく彼らが「愛情で結ばれている」こともないことをあげている。しかし、法律上の父であり原告である X は、子どもが 2 歳 4、5 カ月まで父としてふるまっており、そのような過去をもって X と子どもが「愛情で結ばれてい」ないと果たして断言できるだろうか。本稿が依拠する原則として面会交流権が親子の一定の関係性を基礎としているという立場からは、このような審判の結論に疑問を感じざるを得ない。

(3) 面会交流権主体を拡大するさいの留意事項

また、最高裁判所は父母以外の第三者に、——たとえ事実上子どもを監護してきた者であっても——民法 766 条に基づく審判の申立権を認めていない²⁰⁵が、これについては多様化する親子関係への対応が迫られているというべきである。しかし、面会交流権の主体拡大を考える際に面会交流権の法的性質もさることながら無秩序に広げることが子どもの利益にかなうのか、むしろ逆の作用を起こすのではないかを考え、そのことが憲法 24 条の「個人の尊厳」から導き出される可能性がある。親と対立する子どもの憲法上保護されるべき利益として、①子どもが現在生活している家族の継続性・安定性、②親の責任が分散せず、完全な責任を有する親がいること、③親同士の衝突可能性を最小化することが考えられる。また、④出自を知る権利、⑤聴聞を受ける権利（意見表明権）というような権利も考慮しなければならない。これらの考慮要素は、ドイツ以外の他国（アメリカ、カナダ、ニュージーランド等）を参考にした「2 人親」(Co-Parenting) 規範への問いかけ²⁰⁶に重要な示唆をもたらすだろう。

(4) 祖父母の面会交流権

次に、わが国では祖父母の面会交流権について民法学説ではとりあげられており、当初は、法的性質に関する議論の中で言及されていた。民法学説において面会交流権を自然権ととらえる論者は、「権利性は弱いとしても、直系尊属である祖父母または兄弟姉妹についても面接権を認める余地があるものとする」としている²⁰⁷。その一方で、「面接交渉権」を親権の一権能

んだ審判である（大阪家審 2015（平 27）年 3 月 13 日平 26 年（家）第 7727 号）。

205 最決令和 3 年 3 月 29 日裁判所時報 1765 号 4 頁、裁決令和 3 年 3 月 29 日裁判所時報 1765 号 3 頁。

206 詳細については、有田啓子『『二人親』規範を問う』二宮周平編『LGBTQ の家族形成支援』[2022 年、信山社] 323 頁以下参照。

207 森口静一・鈴木経夫「監護者でない親と子の面接」ジュリスト 314 号（1965 年）76 頁。ほかに、田中裕通「面接交渉権の法的性質」判例タイムズ 747 号（1991 年）323 頁、子どもの権利として父母以外の「面接交渉権」を構成するものとして、花元彩「面接交渉権の法的性質に

と解釈する論者は、「直系尊属である祖父母や兄弟姉妹は法律上の権利としては、面接・交渉することはできない」とする²⁰⁸。その後、規定を欠くことを理由に、父母以外の者の「面接交渉権」を否定し、事実上の問題として解決されればよいという論者も現れた²⁰⁹。しかし、比較的最近では『面接交渉』はそもそも実体的権利か手続的権利かという点について見解が分かれるものの、父母以外の者の『面接交渉』事態については認める論調が優勢になりつつあるように思われる²¹⁰。実際に――実現はしなかったものの――、「民法改正委員会家族法作業部会」が示した改正提案にも祖父母と第三者の面会交流に関する規定が盛り込まれていた²¹¹。公表された裁判例では、東京高裁1977年（昭52年）12月9日決定において子どもの引き渡しの経過措置として、祖父母に孫との面接交渉を認めたものがある。

しかし、このような民法学説とは異なり憲法学説ではその関心が離婚の場面に集中していることもあり、祖父母の面会交流権自体がさほど議論の対象になっていない印象をうける。けれども現実には祖父母と孫の面会交流が問題になることは少なくないため、憲法上の面会交流権を論じるのであれば、祖父母の存在にも触れなければならないだろう。

(5) 養子縁組に出された子どもの実親の面会交流権

最後に、養子縁組に出された子どもと実親の面会交流について父母の離婚後に、監護親の配偶者との間でいわゆる連れ子養子縁組がされた場合において、非監護親と子どもとの面会交流を巡って紛争が生じたときは、民法766条の射程内にあるものとして、非監護親は面会交流を求めることができると解されているものと考えられる。実際に実務的にも、民法766条2項に基づき、家事審判を行っているものと思われる。これに対し、父母の離婚の有無は問わず、連れ子養子縁組以外の縁組がされた場合において、実親が子どもと面会することを求めることができるか否かという点については、現行法上何らの規律がない。このため、面会交流権の主体拡大を考えるとまたドイツの議論が参考になり得る。また、法制度上特別養子縁組のハードルが下がったようにわが国でも今後養子縁組制度の積極的な活用が期待されている。その一方

関する一考察――アメリカにおける継親子間の訪問権を中心に」関西法学52巻3号（2002年）187-189頁。

208 佐藤義彦「離婚後親権を行わない親の面接交渉権」同法110号（1969年）56頁。ほかに、「面接交渉」は本質的に親の権利とするものとして、野田愛子「面接交渉権の権利性について」最高裁判所事務総局家庭局編『家庭裁判所の諸問題（上）』（最高裁判所事務総局、1969年）206頁。

209 北野俊光「面接交渉権」村重慶一編『裁判実務体系（25）人事訴訟法』（青林書院、1995年）196頁。

210 栗林佳代『子の利益のための面会交流：フランス訪問権論の視点から』（法律文化社、2011年）75頁。

211 この指摘について、前掲書75頁。

で、ドイツでは立法のみならず司法も養子縁組を望む者に対する障害を取り除く傾向が強い²¹²。その際には、必ずかつての法律上の親と子どもとの面会交流が課題として残る。養子縁組制度の差異²¹³をもってしてもなお、ドイツの議論展開には引き続き注目すべきだろう。

なお、特に①については必ずしも時間を積み重ねた親子関係に限らないため、通常の面会交流権とは異なる法的性質及び限界が認められるべきである。この点に留意しつつ、次節では面会交流権の限界についてみていく。

4. 小括

(1) 前章の検討

前章の検討により、本稿では権利重視型と制度重視型の「憲法上の親の権利」について、中間の立場から個別に検討していくべきとの視座を得た。また、親の権利の法的性質について、ドイツでは特殊説と混合説（そして同質説）が存在している。

(2) ドイツにおける面会交流制度と面会交流権主体の拡大

本章では引き続きドイツを参考に、面会交流権が「憲法上の親の権利」において権利よりの議論であることを確認し、わが国の問題状況についての示唆を導き出すことを試みた。その結果、以下のことが判明した。

まず、ドイツでは手厚い面会交流制度が用意されており、連邦憲法裁判所も離婚した別居親の面会交流権が基本法上保障されていることを明らかにしていた。そして、学説及びその後の判例を踏まえると、少なくとも事実上の親の面会交流に関する固有の利益は認められる。また、子どもの面会交流権も認められる。

次に、ドイツでは、面会交流権の主体が問題となる。従来法律上の親の権利と限られた者の権利とされてきた面会交流権は、主に生物学上の父の面会交流権の議論をきっかけに主体の拡大傾向がみられる。これは、欧州人権法による影響が大きい。

(3) 2人親原則の崩壊？

現在ドイツでは、生物学上の父の面会交流権を契機に、これまで基本法上の要請とされてきた、1人の子どものつき親を2人に限定する2人親原則の崩壊を主張する見解とこれを維持しようとする見解に別れている。しかし、2人親原則はザンダースやシューラー・ハルムスが主張するように、厳密に言えば制度的保障の核とは言えないだろう。それどころか、生物学上の父の面会交流権を契機の1つとして「崩壊」の危機を迎えている。まさに、面会交流権の権利

212 近時の例としては、非婚の家族にのみ、連れ子養子縁組を除外することは、一般的な平等取扱いの要請に反するとした連邦憲法裁判所判決（BVerfGE 151, 101）が挙げられる。

213 詳細については、鈴木博人『親子福祉法の比較法的研究 I』（中央大学出版部、2014年）85頁以下参照。

の重視化がかような事態を招いたともいえよう。

ただ、ヴァプラーらが言う通り現段階で立法者が1人の子どもにつき法律上の親を2人に限定していることは、親同士の衝突可能性を最小化する方法が確立されるまでは子どもの福祉の観点から正当化されると考えるべきではないかと思われる。換言すれば、複数の親を基本法6条2項の親としてその主体性を認めるならば、その衝突可能性を最小化することが立法者に要請されると解するべきである。

(4) 祖父母の面会交流権及び養子縁組に出された子どもの実親の面会交流権

更に、ドイツでは、祖父母の面会交流権や養子縁組に出された子どもの実親の面会交流権が憲法上議論されている。前者については、連邦憲法裁判所の見解によれば、祖父母は基本法6条1項により面会交流権を主張できるようにも思われる。後者については、過去に連邦憲法裁判所は養子縁組手続に実親を参加させるよう要求することによって、実親が面会交流権を喪失することを防止しようとしている。また、養子縁組の利用促進を実現させるための今後の課題として、実親子の断絶効の緩和（オープンアドプション形式の法定化、交流権の付与等）という法的課題が提示されている。実務においては養育環境及び法的帰属を養子縁組により確保し、かつ実親子の接触・面会の機会を提供するものとして、ハーフアドプションやオープンアドプションが実施されてきている。

(5) わが国への示唆

ドイツのようなパッチワーク・ファミリーが多数を占める国家における議論がわが国においてどの程度有用かという指摘もあろうが、わが国でも近年立法を見る限り、親子関係の多様化への対応を迫られている。

また、社会の変化に伴って新たに現れた親子関係を法に取り込むことへの法学上の関心も高まっている。この点を踏まえて、以下において本章で検討したドイツの議論が参考になる場面を挙げる。

まず、わが国では、生物学上の親子関係のみ有する父はおろか一度法律上の子どもとの関係を築いたにもかかわらず面会が認められない場合がある。本稿が依拠する原則として面会交流権が親子の一定の関係性を基礎としているという立場からは、このような審判の結論に疑問を感じざるを得ない。

また、最高裁判所は父母以外の第三者に民法766条に基づく審判の申立権を認めていないが、これについては多様化する親子関係への対応が迫られているというべきである。しかし、面会交流権の主体拡大を考える際に面会交流権の法的性質もさることながら無秩序に広げることが子どもの利益にかなうのか、むしろ逆の作用を起こすのではないかを考え、そのことが憲法24条の「個人の尊厳」から導き出される可能性がある。

次に、わが国では祖父母の面会交流権について民法学説ではとりあげられており、当初は、法的性質に関する議論の中で言及されていた。しかし、このような民法学説とは異なり憲法学

説ではその関心が離婚の場面に集中していることもあり、祖父母の面会交流権自体がさほど議論の対象になっていない印象をうける。けれども現実には祖父母と孫の面会交流が問題になることは少なくないため、憲法上の面会交流権を論じるのであれば、祖父母の存在にも触れなければならないだろう。

最後に、養子縁組に出された子どもと実親の面会交流について父母の離婚後に、監護親の配偶者との間でいわゆる連れ子養子縁組がされた場合において、非監護親と子どもとの面会交流を巡って紛争が生じたときは、民法 766 条の射程内にあるものとして、非監護親は面会交流を求めることができると解されているものと考えられる。実際に実務的にも、民法 766 条 2 項に基づき、家事審判を行っているものと思われる。これに対し、父母の離婚の有無は問わず、連れ子養子縁組以外の縁組がされた場合において、実親が子どもと面会することを求めることができるか否かという点については、現行法上何らの規律がない。このため、面会交流権の主体拡大を考えるとときまたドイツの議論が参考になり得る。

これらの点に留意しつつ、次節では面会交流権の限界についてみていく。

4章 権利の限界

1. 問題の所在

面会交流権の限界については、親の権利を外から限界づける消極的・子どもの福祉と子どもにとってより良い選択肢を追求する積極的・子どもの福祉に区分し、限界づける構想がある¹。すなわち、「民法 766 条 2 項に定める面会交流等の家事審判においても明文の定めはないものの、子どもの福祉が優先的判断基準となると考えられるが、この判断基準は民法 819 条項及び 5 項に定められる離婚時の親権者指定の場合と同様に『積極的・子どもの福祉』（比較基準）である。」しかし、民法 766 条 2 項の場合、父母の一方の主張が——たとえ子どもの意思に沿っていても——「消極的・子どもの福祉」に反することもある²。これに対して、公権力による面会交流制限は、——私人間の争いを捌く家庭裁判所が拠り所とする相対的な比較判断は不適切である以上おそらく「消極的・子どもの福祉」が判断基準となるのであろうが——、その具体的内容がさほど明らかになっていない印象をうける。

こうした学説をみると、面会交流の限界についてはそのより具体的な内容を個別の場面で明らかにするべきだと思われる。特にこれまでの親の権利論では法律上の親子関係の面会のみが考察対象とされてきた印象をうけるため、特に本稿で重点的に検討した生物学上の父の面会交流の限界も明らかにするべきだろう。以下では、わが国でも問題になり得る公権力による面会交流の制限、私人間の面会交流紛争そして生物学上の父の面会交流制限という 3 つの場面の限界について検討する。

2. 公権力による面会交流の制限

(1) 序論

本節では、現在のわが国においても公権力による親子の面会交流制限に対して何らかの明確な基準を設定することが必要かつ重要であるという問題意識のもとで、どのような明確な基準を設定することが可能かまたその基準はどのような法的性格をもつべきかを具体的に考察するための前提作業を行う。そのさいに、基本法から面会交流制限に対する憲法上の基準を導いているドイツの法状況を、両国の法制度の違いに留意しつつ検討したい。

そこでまず 2 項で公権力による親子の面会交流制限に関する現在の問題状況と、これに対処するために憲法上明確な基準を設定することの必要性を明らかにする。次に 3 項では、連邦憲法裁判所の重要判例およびコロナ禍における面会交流規制を対象とする最近の行政裁判所の判

※本章 2 節は、拙稿「公権力による面会交流制限の限界：ドイツの学説・判例を参考に」法学新報 127 巻 7=8 号（2021 年）543-571 頁を加筆・修正したものである。また、本章 4 節は、拙稿「憲法上の親の面会交流『権』——ドイツの生物学上の父の面会交流「権」を参考に——」大学院研究年報 法学研究科編 46 巻（2017 年）21-46 頁に加筆・修正をしたものである。

1 横田光平『子ども法の基本構造』（信山社、2010 年）568 頁。

2 横田光平「児童虐待への国家介入：分析的考察」法律時報 90 巻 11 号（2018 年）42 頁。

例を分析して、子どもの保護を目的として分離された親子の面会交流規制についてどのような基準が妥当であるかを検討する。最後に、4項では、ドイツの憲法上の面会交流権の議論が一わが国とドイツの差異を考慮してもなお一わが国の公権力による親子の面会交流制限の問題を考えるうえでも重要な意味をもつことを確認したい。

(2) 問題状況

①公権力による親子の面会交流規制の現状

従来の憲法学説は面会交流について主に離婚の場面を想定しており³、児童の保護を目的とした、公権力による面会交流規制に関する憲法上の議論は少ない⁴。

わが国では公権力による親子の面会交流規制について、一時保護された子ども（児童福祉法 33条1項）の面会制限、里親委託・施設入所措置（児童福祉法 27条1項3号）をとった子どもの面会制限、そして先述した措置に親権者が同意しなかった場合に行われる児童福祉法 28条の審判中の面会交流制限が挙げられる。これらのケースでは、面会交流が行政処分よりも「指導⁵」という任意処分形式で行われることが多いが、両親は子どもを奪われないためにこの指導に従わざるをえないために事実上前者と同視できるのではないかという指摘がある⁶。

たしかに面会交流を児童虐待防止法 12条における行政処分として制限するならば不利益処分（子どもにとっては利益処分とされる）として手続保障がなされるにもかかわらず、「指導」というあいまいな手法で子どもと父母の面会を制限することが多く認められることは適正な状態ではない⁷とも言えよう。もっとも、現行制度における行政処分としての面会通信制限規定は、「児童虐待を受けた児童」と「児童虐待を行った保護者」との間のみを面会通信を制限する非常に限定的なものであり、その他にも面会交流制限をすべき人物が存在することを考慮すれば指導による面会通信制限手法の存在意義自体は法改正がされるまで否定するべきではない。そうだとすると、その指導が何らの明確な基準もなく恣意的に行われてよいということにはならないであろう。また、先述した曖昧な状態で面会交流が規制されることを子どもないし親子の権利保障の観点から問題視し、イギリスをはじめ諸外国の制度を参考に、将来的には面会交流

3 例えば米沢広一『子ども・家族・憲法』（1993年、有斐閣）290-292頁。

4 例外として、横田光平（『「関係」としての児童虐待と「親によって養育される子どもの権利」ジュリスト 1407号 [2010年] 87-94頁ほか）が挙げられる。

5 厚生労働省「子ども虐待対応の手引き（平成25年8月改正版）」（最終確認日：2020年8月20日）114頁。この「指導」の根拠条文は明らかではないが、児童福祉法 12条、11条1項2号二に定める「児童及びその保護者につき……必要な指導」などの面会交流に限らない一般抽象的な「指導」に含まれると推測されている（久保建二『児童相談所における子ども虐待事案への法的対応 [改訂]』[日本加除出版、2018年] 128頁）。

6 久保・前掲注5 129-130頁。

7 久保・前掲注5 129-130頁。

制限について司法審査が必要であるという主張も見られる⁸。

②近時の判例動向

2021年には宇都宮地方裁判所が施設入所措置中の児童の親に対する面会制限について、親による国家賠償請求を一部認容した⁹こともあり、今後ますますこの問題への関心は高まっていくであろうことが予想される。実務の現状や憲法上の議論の意義を確認するために、同判決及び控訴審について、以下で検討する。

(i) 事実

事案は次のとおりである。

被告Y県の所管するP児童相談所の所長Bは、匿名の虐待通告を受け2017年1月27日に、児童福祉法33条1項に基づき、原告X1(父)・X2(母)らの子どもAについての一時保護決定を行う、X1に通知した。原告らは明らかに長時間勉強させる等一定の虐待の事実を認め、入所同意とその撤回に揺れたが、P所員の説明に応じて、3月22日、同意書に押印した。Bは同日31日に一時保護を解除した上で児童福祉法27条1項3号に基づきAについてQ児童養護施設(「本件施設」)への入所措置決定を行った。Bは原告らに対し、一時保護決定後、児童福祉法12条2項(2019年改正前のもの。現12条3項)及び11条1項2号ニに基づき面会通信制限をする旨の指導(本件指導)を行い、これはX1については2019年12月4日、X2については2019年2月5日までわたった。

入所措置後の経緯は、以下のようなものである。

入所後、Aは原告ら特にX1との面会に消極的な姿勢であった。入所後、Aは原告ら特にX1との面会に消極的な姿勢で会った。このためP職員らは、早期の再統合に向けての支援プログラムに着手することができなかった。2017年10月に原告らは代理人として弁護士Cを選任し、Cは2018年5月9日に本件指導の中止等の求め等を示した内容証明郵便を発送した。これに対して、同月18日にBは事実上、本件指導の中止要請には応じられないことを明らかにした。

X1・X2らは、2018年7月31日、本件指導が違法であることを主張し、国家賠償法1条1項に基づき損害賠償を請求した。争点は、児童相談所長が本件指導の継続を受忍させたこと

⁸ 磯谷文明「児童虐待ケースにおける面会交流」子どもの虹情報研修センター紀要7号(2009年)11-12頁。面会交流に限らず司法が虐待に関与する制度は直ちに導入できないといわれている。なぜならば、裁判所や児童相談所のマンパワーが不足しているため、諸外国のように司法が機動性をもって行政権と協力して児童の保護にあたるのが困難であるからである(水野紀子「児童虐待への法的対応と親権制限のありかた」社会保障45巻4号368頁)。そのため、外国の制度を直接参考にするのではなく、わが国の今後の制度設計を考えるにあたり参考になる部分を考察する研究成果がみられる(久保野恵美子「児童虐待への対応における裁判所の役割——イギリスにおける被ケア児童との面会交流問題を素材に——」東北法學68巻6号[2004年]1-39頁)。

⁹ 宇都宮地判2021(令和3)年3月3日判時報2501号73頁。

は、国家賠償法1条1項の適用上「違法」なものか、という点であった。

(ii) 1審の判断

1審(宇都宮地判令和3年3月3日判時報2501号73頁)は、X1については請求を棄却したが、X2については請求を一部認容した。同裁判所は行政指導は原則として任意の協力の下に行われるべきであると述べた。そのうえで、「[[児童福祉]法11条1項2号二、12条2項所定の行政指導としての面会通信制限は、児童虐待防止法に基づく面会通信制限等(行政処分)による当該保護者と児相等関係諸機関との間の不要な対立・紛争を回避しつつ、親子関係の再統合に向けた環境調整を柔軟かつ可及的に速やかに実現するために実現するための手法として位置付けられるべきものであり、また、そのようなものとして運用されているのが実際である。このような観点からいうと、虐待を受けた児童の保護者は、上記行政指導としての面会通信制限に協力するか否かを決定するかを決定する権利を有するとしても、その権利の行使の在り方は無制約なものではなく、児童に対する虐待を防止し、虐待を受けた児童の保護、自律の支援及び親子の再統合という観点からの内在的な制約を有しているものというべきである」、とした。その上で、次のように述べている。

「以上によれば、いったん本件指導(行政指導)を前提に被虐待児童の保護者たる原告らと本件児相との間で親子関係の再統合を目指して協議などが行われている場合でも、その進捗状況やかかる協議等を取り巻く客観的な状況の変化により、保護者である原告らにおいて、本件児相所長に対し、行政指導としての本件指導にはもはや協力できないとの意思を『真摯かつ明確に表明』(任意性)し、直ちに本件指導の中止を求めているものと認められる時には、他に上記『特段の事情が存在』するものと認められない限り、本件指導が行われていることを理由に原告らに対し上記面会通信制限の措置を受忍させることが許されず、本件児相所長の対応は、国賠法1条1項の適用上『違法』との評価を免れないものと解するのが相当である(最高判昭60年7月16日第三小法廷判決・民集39巻5号989頁・なお上記最高裁判決と本件とでは事案を異にするが、その基礎にある内在的論理は本件事案の判断枠組みを検討するに当たっても妥当するものと解されるので、参照判例として引用した)」。

同裁判所は以上の見地の下に本件指導について判断し、2018年5月9日付内容証明郵便による行政指導の中止の求めにより、いずれの原告についても本件指導への不協力の意思が真摯かつ明確に示されたとして。その上で、上記「特段の事情」の存否について、X2については認めず遅くとも2018年5月18日以降の本件指導は違法であるとした。他方でX1については、相当長期にわたる虐待を行っており「Aに対して面会通信を求める権利を大きく制限されてもやむを得ない立場にあった」上、内省が不十分であること、A自身がX1を一貫して拒絶していること等を考慮して、面会を実現すると親子関係の再統合の可能性を妨げる状態が続いていることから、「本件指導への協力を受忍させることを相当とする格別の事情が存在するものといわざるを得ない」とした。

(iii) 2審の判断

このような宇都宮地裁の判断に対し、X1・X2は控訴を行った。控訴審において東京高等裁

判所は、X1 のみならず X2 についても控訴を棄却した。

ここでは行政指導の国賠法上の違法性を判断する判断枠組みは変わらないが、あてはめ部分の評価が異なっているように見られる。すなわち、X1 については、原審と同様の理由で「本件指導への協力を受忍させることを相当とする特段の事情が存在する」評価した。その上で、X2 について次のように述べている。X2 には、X1 の A に対する虐待を放置し、本件入所措置後も A の心情を思いやらない自己本位な行動をしており、このような X2 の態度は A に対する「虐待の責任を認識し、自らの課題に向き合うといった姿勢からは程遠」く、他方で A が控訴人らが本件指導への不協力の意思表示を表明した時点で控訴人らに会いたくないという意思表示をしていた。そのうえで、次のように結論付けている。

「これらの諸事情に照らせば、家族の再統合にとって親子の面会通信が重要な役割を果たすことを踏まえても、控訴人 X2 の面会通信を求める権利利益の保護の要請は後退すると言わざるを得ず、A の意思に沿わない形での控訴人 X2 との面会通信を認めることにより、A を精神的に不安定な状態に陥らせかねるなどして、かえって親子の再統合の実現を妨げ、児童の健全な成長発達という法の目的に背く結果になりかねない。かかる事態は社会通念に照らし客観的に見て到底是認し難いものというべきであるから、控訴人 X2 についても、本件指導への協力を受忍させることを相当とする特段の事情が存するものといわざるを得ない」。

(iv) 評価

これらの判決のうち、宇都宮地裁判決は、従来実務で行われていた行政指導を違法と判断した法的枠組みを提示した点で、重要な意味を持つと評価されている¹⁰。ただし、同判決は引用するいわゆる品川マンション事件（最判昭 60 年 7 月 16 日三小判民集 39 卷 5 号 989 頁¹¹）との「内在的論理」の共通性が本当に見いだせるかという疑問も提起されている。すなわち、「品

10 渡部朗子「判批」判例地方自治 482 号（2021 年）68 頁

11 品川マンション事件とは、建築主がマンションの建築確認申請をしたところ、付近住民の反対を理由に東京都の担当職員から話し合いによる円満解決をするよう行政指導を受け、当初はこれに従ったものの解決に至らず、ある時点から建築確認留保を背景とする行政指導にもはや従わないこととした事案である。本件では、最終的に建築確認処分がされたが、建築主は、法定期間を超えた処分の留保は違法である等として、工事遅延等の損害賠償請求をした。

最高裁は、任意の同意があることが明確でなくても、法の趣旨目的に照らして社会通念上合理的と認められるときは確認留保は違法でないとする。その上で、建築主が行政指導に不協力・不服従の意思を表明している場合には、「建築主が受ける不利益と行政指導の目的とする公益上の必要性とを比較衡量して、右行政指導に対する建築主の不協力が社会通念上正義の観念に反するものといえるような特段の事情が存在しない限り、……確認処分を留保することは違法」であり、いったん行政指導に応じた場合であっても「行政指導にはもはや協力できないとの意思を真摯かつ明確に表明し、当該確認申請に対し直ちに応答すべきことを求めているものと認められるとき」は、前期特段の事情が認められない限り、それ以降の行政指導を理由とする確認処分の留保は違法になる、とした。

川マンション事件では民民紛争の回避は行政指導の継続によらなければ達成し得ない（建築確認を指定しまうと損なわれる）目的であったが、本件では A の精神的安定は面会通信制限処分によっても達成できる。いいかえると、『特段の事情』において本件指導の公益性を考慮するとしても、『再統合を面会が害することを防ぐ』ことは本件指導継続固有のものとは言えないのではないか¹²⁾という指摘がなされている。ただ、行政処分としての面会通信制限は、要件・対象が限定的であるが故に実務において使い勝手が悪いとの報告¹³⁾も確認できる。それゆえ、本件においては面会通信制限処分による目的達成が困難であったという事情があったのではないかと推測できる。

いずれにせよ宇都宮地裁判決による法的枠組みを用いても、あてはめによって結論が分かれることが分かる。東京高裁は当事者である子どもの意思をより重視したともとらえられるが、親子の再統合における面会交流の重要性に鑑みて、現行制度の見直しはもとより、司法の場において当事者の権利利益の調整をいかにかはかるかが問題となる。

行政法の枠組みのみならず本論のような憲法学の次元での面会交流権の検討は、かような具体的な事案の検討にとって意味があると言えよう。

③ 憲法上の議論の問題点

②で見た通り、訴訟において現段階では面会交流権の権利性の主張は困難である¹⁴⁾。なぜならば、1章でも触れたように、面会交流権の権利性について民法は通説を形成することができていないからである。そのため、民法における議論の膠着状態について新しい切り口を提供するためにも憲法上の面会交流権議論をより一層展開することが考えられる。しかし、そのさいには、他の法分野との関係及び法分野ごとの議論への配慮が求められる¹⁵⁾。

このような問題状況において、面会交流権の権利性が民法でも通説が形成されていない現状に鑑みて裁判上の救済において新たな視点を提供するという意味でも、また、少なくとも今後の法制度形成にあたり考え得る一つの指針としても、面会交流制限に対する明確な基準を憲法によって設定する試みには意味があるように思われる。

本節では以上のような問題意識の下、公権力による子どもの保護を目的とした親子の面会交流制限に対し、何らかの明確な基準を設定するために、そのための議論の端緒として、先述したわが国の現状と比較可能性のある場面において違憲審査基準。が厳格化しつつあるドイツの

12 堀澤明生「判批」法学セミナー308号（2022年）131頁

13 大畑亮祐「児福法27条1項3号措置中又は一時保護中の子どもと保護者との面会交流～実務運用・裁判例を踏まえた法解釈の検討～」2022年1月25日児童福祉法研究会報告レジュメ8頁（於 zoom）。

14 面会交流制限規定やこれに基づく行政処分の違法性を争った訴訟として、さいたま地判2019（平31）年3月27日判例地方自治461号34頁等が確認できる。

15 民法と憲法の協働という形で複数の法領域への配慮を示した研究成果として、横田・前掲注1が挙げられる。

議論が参考になるかを検討する。

(3) 子どもの保護を目的として分離された親子の面会交流規制基準の考察——基本法 6 条 3 項の適用及びコロナ禍における面会交流規制を中心に——

ここでは、公権力による面会交流規制について、今日憲法学者により注目される判例¹⁶及びコロナ禍における面会交流規制に関する判例を検討する。これらはいずれも、面会交流排除を基本法 6 条 2 項のみならず 3 項の対象とする。

基本法 6 条 3 項は、「子どもは、教育権者に故障がある (versagen) 場合、又は子どもがその他の理由から放置される恐れのある (zu verwahrlosen drohen) 場合には、法律の根拠に基づいてのみ、親権者の意思に反してこれを家族から引き離すことが許される」と規定する。同項は、基本法 6 条 2 項 2 文の監督任務の特別規定 (制限—制限) と解されている¹⁷。そして、この規定は親子分離という国家の措置に対する教育権者の防御権を規定し、立法者に対して同項の条件のもとにおいてのみ親子分離を認める旨を定めている¹⁸。

同項によれば親子分離は、①「教育権者に故障がある」又は②「子どもがその他の理由から放置される恐れのある」場合でなければならない。すなわち親子の分離を正当化するためには①客観的に持続した、特に恒久的な親の養育義務の不履行が必要であり、そのような不履行は、その時々親の過失のみが立証される場合には存在しない。必要とされるのは、教育権者側に重大な故障があり、それによって子どもの福祉が身体的、精神的、情緒的な面で永続的に危険にさらされたというような客観的事実である¹⁹。このような子どもの身体的、精神的、情緒的福祉の損害ないし危険性は、「すでに当該子どもに損害が生じている場合、または相当の危険性が合理的な確実性をもって予見できる場合」に想定される²⁰。また、②子どもの福祉の危険化が親子分離以外の方法で解消することができない場合には、教育権者の過失は問われない²¹。このような分離にあたっては十分に特定された法律上の授權が必要である。

これらの要件が満たされているかについて、憲法裁判所による審査の基本的な範囲を超えて、

16 Britz, Ausgewählte Verfassungsfragen umgangs- und sorgerechlicher Streitigkeiten beim Elternkonflikt nach Trennung, FF 2015, S. 389.

17 在ドイツ外国人を家族にもつ外国人の追移住権事件、BVerfGE 76, 1(48)。本稿では判例やこれを支持する見解 (例えば、Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, S. 150; Uhle, in: Epping/Hillgruber, BeckOK, GG, 2018, Rn. 63) に従う。

18 第一次養子縁組決定、BVerfGE 24, 119 (136, 138 f.); Uhle, in: Epping/Hilgruber Beck-Online Kommentar, Grundgesetz 2018, Rn. 63.

19 民法 1666 条 1 項の合憲性が確認された事案、BVerfGE 60, 79 (91).

20 子どもの福祉の危険化が継続している場合に親の配慮権を剥奪することの憲法適合性が問われた事案、BVerfG (K), 23.04.2018FamRZ 2018, 1084 (1086).

21 Uhle (Anm. 18) Rn. 63; 民法 1666 条 1 項の合憲性が確認された事案、BVerfGE 60, 79(88).

原審（一般の裁判所）の（法律）解釈や事実の認定・評価の誤りにまで及ぶような厳格な審査が行われる²²。同項の規範内容に関連する論点で後の判例と関連するものとして、「教育権者」の定義と分離の内容が挙げられる。学説では「教育権者」とは、子どもの実父母だけでなく、配慮権を有するすべての者を含むとされる²³。また、分離の概念は主に事実上子どもを育てることに対する国家の影響力を確立するために、（家庭内の）家族共同体から子どもを排除することと判例・学説は理解している²⁴。つまり、たとえ一方の親が面会交流を制限されていても、もう一方の親が子どもと生活している場合は基本法 6 条 3 項の対象にならない²⁵。そして、連邦憲法裁判所によれば同項は、分離行為のみならず分離状態の維持にも適用される²⁶。

こうした要件を満たす分離は厳格な比例審査の下、より穏当な手段がないかが審査される。比例の原則は、国家が可能な限り、その目的を達成するために、親子の再統合を支援し、それを目的とした措置をとることを義務づけている²⁷。そして、分離する期間はなるべく短い方が望ましい。そして、2010 年代の連邦憲法裁判所の判例をみると、その分離状態の維持に面会交流排除も含まれるとする判断が確認できる。

（4）里親に託置されている子どもと親の面会交流排除事例

①制度概要

ドイツでは公的な教育援助が里親養育（社会法典 8 編 33 条）や施設養育（同 34 条）の形で行われ、元の家から分離して子どもが他者養育されている場合であっても、親子の再統合のために子どもと元の家族との関係を助成する必要がある（同 37 条 1 項 3 文）。面会交流権は民法上第一に子どもの権利とされ、親の配慮権の帰属とは独立しているため、たとえ配慮権が剥奪された親でも親子への援助計画の中で親子の接触の機会が設けられる²⁸。

また、民法 1684 条 4 項の規定（家庭裁判所による面会交流の制限・排除）はこの場面でも用いられる。子どもは親と分離した場合、施設あるいは里親に託置される。そして、里親託置における面会交流排除に対し憲法訴訟が提起されている。

22 a.a.O. Rn. 64a.連邦憲法裁判所と一般裁判所との関係について、畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判 [第 2 版]』（中央大学出版部、2013 年）100 頁参照。

23 a.a.O., Rn. 64b.

24 後見裁判所が配慮権を持たない親と子どもの面会交流を実施するために配慮権者に義務を負わせることが基本法 6 条に反しないとされた事案 BVerfGE 31, 194 (210).

25 後見裁判所が配慮権を持たない親と子どもの面会交流を実施するために配慮権者に義務を負わせることが基本法 6 条に反しないとされた事案、BVerfGE 31, 194 (210).

26 実父母の意思に反して里親のもとに子どもをひきつづき託置する原審判断の合憲性が問われた事案、BVerfGE 68, 176 (187).

27 民法 1666 条 1 項の合憲性が確認された事案、BVerfGE 60, 79 (93).

28 岩志和一郎編著『児童福祉と司法の間の子の福祉』（尚学社、2019 年）70 頁

②児童の保護を目的として分離されている親子の面会交流に関する判例

本件は里親の下で養育され、面会交流を拒否している息子との面会交流を排除された親 X が面会交流を排除した原審に対する憲法異議を申し立てた事案である。連邦憲法裁判所第 1 法廷第 2 部会は、当該面会交流排除決定は結論として基本法及び欧州人権条約に反しないとしたが、そのなかで面会交流排除が許される要件について次のように示した²⁹。

まず、面会交流をめぐる私人同士の紛争と面会交流排除による子どもの親への帰還を困難にする措置は区別され、後者は基本法 6 条 2 項のみならず 6 条 3 項の問題でもあり、厳格な比例性の要請を遵守することが求められる。次に、面会交流の制限又は排除は、子どもの精神的または身体的発達に対する具体的な危険を回避するために、子どもの保護が個々のケースの具体的な状況に応じてこれを必要とすることを前提とする。更に、面会交流の制限又は排除は、特に、子どもが重大な理由でこれを希望し、強制的な面会交流が子どもの福祉を損なう場合に検討されるが、その一方で、親の面会交流権の憲法及び（欧州人権条約をはじめとする）人権上の意義を考慮しなければならない。つまり、手続法上の観点から子どもに関する手続の形成は子どもの福祉の危険化を判断するために可能な限り信頼できる根拠に基づいたものであり、その形成が子どもの実体的な基本法上の地位の実現に資することに適合しかつ相当でなければならない。最後に、この違憲審査基準に照らすと、原審が民法 1684 条 4 項の規定に従い面会交流による子どもの福祉の危険化の有無を審査し、面会交流排除の期間を必要な範囲に限定しているために原審の判断は比例原則の要請を満たしている。

③ 評価

親の権利学説は、親同士の地位の衡量と本件のような面会交流排除を区別しており、本決定もそれにならっている。また、民法学ではこれまでの連邦憲法裁判所が面会交流の制限・排除と期間に応じて親の面会交流権への介入の程度を区別していないことを問題視されていた³⁰が、同決定は基本法 6 条 3 項の適用をもって介入の程度を区別しようと試みている。ここでは国家と親の関係を、親と面会したくない子どもの利益を代表する国家と子どもと面会したい親の人格的利益を主張する親の問題と捉えるべきかと思われる。そして、子どもの意思が決定的なファクターになるとみられる。

親の面会交流権は子どもの福祉により制限される。しかし、親自身の利益も含まれるため、子どもの福祉の具体的内容を考えなければならない。そのさいに、今回のケースはいわゆる消極的・子どもの福祉の問題であり、子どもの基本権=子どもの福祉を代表する国家と親との衝突と構成される。

29 BVerfG 29.11.2012 NJW 2013, 1867 (1868 ff.) .ドイツの里親制度の詳細については、鈴木博人『親子福祉法の比較法的研究 I 養子法の研究』（中央大学出版部、2014 年）315 頁以下参照。

30 Veit, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck-Online Kommentar, BGB, 55. Edition, § 1648 Rn. 48.1.

(5) コロナ禍における面会交流規制

① コロナ禍と面会交流

現在コロナ禍はドイツの親子の面会交流にも影響を及ぼしている。特にその影響が顕著であったのは、ロックダウン時であった。

しかしたとえロックダウン時でも面会交流は親子にとって特別な意義があり、基本法 6 条の観点から抽象的かつ一般的な危険性をもって面会交流を過度に制約してはならない。そのため、コロナ禍による面会交流制限の場面でも、面会交流制限の限界が問われる。

そして、ロックダウン時に、一部の行政裁判所はラントによるコロナ感染対策を目的とした面会交流制限について憲法判断を行った。

② 2020 年 4 月 16 日付のハンブルグ行政裁判所決定³¹

ロックダウンのさいにドイツでは連邦国家として、感染症制圧のための命令及び禁止を内容とする命令が各州政府に授権された（感染症予防法 32 条 1 項）。これをうけて成立した 2020 年 4 月 2 日づけのハンブルク州の新型コロナウイルス拡散封じ込めを目的とした命令は、150 ユーロの過料（制裁金）をもって（過料カタログと結びつけられた同命令 33 条 2 項）15 条 1 項において面会目的での児童保護施設（社会法典 8 編 42 条）への立ち入りを禁じた。しかし、同命令はその例外を規定していなかった。そこで、児童保護施設に入所している子どもの親が同命令 15 条により児童保護施設に適用される社会法典 8 編 42 条に基づく児童保護施設への面会および立ち入り禁止が彼女に適用されない旨の仮命令の訴えを起こした。

ハンブルク行政裁判所は親の主張を認めた。同裁判所はこの面会交流排除規定を基本法 6 条 3 項が想定するような親子分離であるとした。そして、①当該命令が同項の（議会制定）「法律」に該当せず、②施設に託置された子ども及び職員の健康保護という抽象的な規制目的は教育権者の故障や施設にいる子どもがその他の理由から放置されるおそれのある場合には結びつかないため、基本法 6 条 3 項の要件を満たさないと判断した。

そして、児童保護施設において、例外なく面会を禁止することは、子どもの年齢、以前の親子関係の質及び接触の頻度等に応じて区別することなく、親子の接触を完全に断絶させることにつながるため、基本法 6 条 2 項における親の基本権を侵害するものであると判断した。更に、同裁判所は、本件命令が病院や公の宿泊施設でも面会を個別に認めているにもかかわらず、児童保護施設については、同様の規定が存在しないことを問題視した。

③ 評価

ハンブルグ行政裁判所決定はロックダウン時という異常事態にだされたものであり、今後類似のケースが発生するとは、議会統制が執行権に及んでいるとされる現在では考え難い。しかし、コロナ感染防止を目的とした公権力による親子の面会交流規制に関する憲法判断に関し、参照する余地はあるだろう³²。

31 VG Hamburg 04.04.2020, FamRB 2020, 293.

32なお、本件と類似するがハイリスク患者のコロナ感染症防止を目的としたラントによる医療

この判断枠組及び結論について、一部の評釈では原告である母の居住指定権及び教育権が数年前にはく奪されているため基本法6条3項を適用する余地はあるのか疑問が付されている³³。もっとも、まさに親の権利への強度の介入であるにもかかわらず、例外的に面会交流が認められる余地のない点が本件では問題視されるべきであり、結論自体は妥当である。

④小括

ドイツでは公権力による親子の面会交流規制の一部が、基本法6条3項における親子の分離の維持であるとみなされつつある。その結果、違憲審査基準が厳格化することが期待されている。実際に、里親のもとにいる子どもの面会交流排除や児童福祉施設に入所している子どものコロナ感染防止を目的とした面会交流規制が同項の対象となり得る。前者については、既に基本法6条3項を面会交流排除に用いた事例として注目されているが、後者についてはロックダウン社会における特殊なケースともとらえられうる。しかし、今後もコロナ感染防止を目的とした公権力による親子の面会交流規制に関する憲法判断に関し参照する余地はあるだろう。

このような判例の動向に対し、これを子どもの基本権、子どもの福祉の法的内容及び子どもの意思の尊重をもって補充する動きがみられる一方で、基本法6条3項の射程を問う見解も確認できる。

(6) わが国への示唆

①ドイツにおける面会交流権をめぐる特徴及びわが国との差異

ここまで検討したドイツの議論は、以下のとおりである。

まず、ドイツの面会交流権は子どもの保護を目的とした公権力の面会交流制限に対し、防御権として活用されている。この傾向は基本法6条2項のみならず、制限—制限規範である6条3項の活用を試みる連邦憲法裁判所の判例に顕著にあらわれている。そして、その場面として、里親のもとにいる子どもとの面会交流排除及びロックダウン時の面会交流規制が挙げられる。

次に、ドイツの子どもの保護を目的とした公権力による面会交流制限、特に長期間にわたる制約や排除は具体的な子どもの福祉の危険化が必要とされる。そしてその措置の憲法適合性を判断するにあたり、基本法6条3項が適用される。具体的には面会交流の制限又は排除は、特に、子どもが重大な理由でこれを希望し、強制的な面会交流が子どもの福祉を損なう場合に検討されるが、その一方で、親の面会交流権の憲法上・人権上の意義を考慮しなければならない。つまり、手続法上の観点から子どもに関する手続の形成は子どもの福祉の危険化を判断するために可能な限り信頼できる根拠に基づいたものであり、その形成が子どもの実体的な基本法上の地位の実現に資することに適合しかつ相当でなければならない。また、たとえロックダウン時であっても施設に入所している子どもと親子の面会交流制限について基本法6条3項の適用

施設での面会交流規制では基本法6条3項は適用されなかった (VG Gelsenkirchen, 29.04.2020 - 20 L 516/20 参照)。

33 Wiesner, Anmerkung, ZKJ 2020, S. 237.

は阻まれず、例外なき面会交流制限は許されない。

ドイツの最近の動向はわが国の公権力による親子の面会交流制限にとって、憲法上明確な基準を設定するうえで参考になり得る。すなわち、憲法上の親の面会交流権は、親の人格的利益を考慮し、①子どもの意思が不明な場合は、国家と親の間での子どもの利益に関する判断の衝突の問題ととらえ、②子どもの意思が明らかな場合は子どもの権利と親の権利の衝突とし、その調整役として国家があらわれると思われる。そして、例えば里親家庭の自律性といった他者の存在も考慮に入れながら、判断を下すべきではないか。

もっとも、ただちに直接司法救済の場で参考にするのではなく、将来の法形成や司法救済の場面においてわが国の面会交流権の憲法上の権利性をめぐる議論の中でドイツの議論のどの部分が参考になるかを考察しなければならない。

②活用場面と今後の課題

(i) 活用場面

ドイツの議論を参考にすると、今後議論が望まれる問題として、施設にいる子どものほかに①里親のもとにいる子ども及び②コロナ禍における親子の面会交流規制が挙げられる。

(ii) 里親家庭における子どもとの面会交流

まず、わが国でも里親家庭に子どもがなじむために一定の期間面会交流を制限し、その後も子どものために面会交流を制限する必要性は否めない。憲法による解決が必要とされる際には、親の面会交流権、子どもの面会交流権、そして里親家庭の自律を考慮したうえで明確な基準を設定することが望ましい。そのために、まず憲法以外の法分野における親権者と里親の関係の検討が求められる³⁴。また、ドイツでは再統合支援という役割が里親に求められているが、わが国の里親に明確に求められている役割は何かも明らかにしなければならない³⁵。

ここで、両国の里親の相違点を簡潔に述べたうえで、最近のわが国における研究及び判例動向について述べておきたい。

まず、わが国とドイツの里親制度については、行政法・福祉法に分類される児童福祉法に置かれており、親権者と意見が対立する場面も想定して、里親がとる児童等の福祉のために必要な措置を親権者は不当にさまたげてはならないとされ、里親が児童の福祉に必要な措置をとることができるに至った。何が不当かはガイドラインを策定してそれによることとされている。さらに、児童などの生命または身体の安全を確保する必要があると認められるときは、親権者の意に反してでもこれをとることができるとした。これらは親権制限につながる内容を持っているが、民法には里親の権限については規定が設けられていない。親権者が児童などに対する決定を争う場合には行政訴訟によるか、損害賠償請求の民事訴訟によることになるであ

34 考察例として、横田光平「里親委託の両義的性格に関する法的考察——行政法学と民法学の協働——」法と政治 72 卷 1 号 (2021 年) 611-643 頁。

35 ドイツとわが国における里親制度の相違点について、鈴木・前掲注 29 320-322 頁参照。

ろうと推測されている³⁶。

これに対して、ドイツ法では法律に配慮権者の配慮権を司法判断なく制限する規定は置かれていない。配慮権者の同意を得られない場合は、民法の配慮権制限規定の問題にされる。つまり、ドイツ法では、配慮権制限は民法の問題であり司法判断に委ねられる³⁷。

福祉法上の里親制度は、ドイツでは教育援助として、配慮権者が受けるべき権利を持つ援助として位置付けられている。里親制度は、配慮権者、多くの場合実親の元に子どもを帰すことを目指す制度と位置付けられていると言える。また、里親制度は、子どもを実親のもとに帰すことを目的にした制度なのかどうか不明である³⁸。

この点について、横田光平は、近時の判例を参考に里親には、私的側面と公的側面があると分析する。横田によれば社会福祉法人の設置する児童養護施設での子どもの被害に対して損害賠償が請求された事案に係る最判平19年1月25日民集61巻1号1頁が、里親の公的側面を考察する上で参考になる。同判例は、児童福祉法における都道府県、児童養護施設と子ども、保護者の関係に関わる法規定のあり方を確認した上で、子どもへの不法行為につき都道府県と子どもとの関係としてとらえる。ここで児童福祉施設入所と里親委託は区別されず、共に公権力の行使として行政活動の一環に位置づけられ、都道府県と子どもが向き合うことになる。つまり、児童福祉法上の社会的擁護の法的仕組みの下では、都道府県と子ども、保護者の関係を中心とする理解がなされる³⁹。

この考察を参考にするならば、里親には公的側面が存在し、ドイツと比較するとわが国では親権者が児童などに対する決定を争う場合には行政訴訟による可能性が高いということになる。また、里親と行政の関係も公的側面に属することになる。とはいえ、里親にも里親と子どもの関係のように私的側面があることも横田は指摘する。その上で、たとえ「里親家庭の自律と言っても社会的擁護であるがゆえの制約があることは繰り返すまでもなく、実親との関係においても親子再統合に向けた面会交流など、里親には、子どもとの直接的な関係の形成と、子どもと実親の関係への配慮を両立させることが求められる⁴⁰」と述べている。このような考察を踏まえるならば、里親家庭に自律が認められるにしても（特に再統合の場面において）それには限界があるとみるべきだろう。

(iii) コロナによる面会交流制限

次に、たとえコロナ禍であっても、親子の面会交流規制は慎重に行わなければならない。もともと、ドイツのような法規命令ではなく、わが国ではこの場合も任意処分で面会交流制限が行われる可能性が高い。しかし、今後面会交流制限を強化する可能性は否めない。仮に規制を

36 前掲書 321 頁。

37 前掲注書 321 頁

38 前掲書 321 頁

39 横田・前掲注 34 617-620 頁。

40 前掲論文 629 頁。

行うならば、子ども（及び職員）の健康保護という目的を達成するための必要最小限の制約として、多様な面会交流形式を活用することによりたとえ対面形式ではなくとも可能な限り面会交流を実現しなければならない。憲法上の面会交流権を構想することにより、このような主張を裏づけることができよう。そして、ドイツの判例を見る限り、年齢や障害等の事情により対面形式での面会交流によってのみ親とのつながりを感じることができる子どもの存在も考慮し、面会交流規制が強化される場合は、その制限の例外を認めなければならない。この点もまた、憲法上明確な基準を描くにあたり参考になりうる。

そして、ドイツでの議論を参考にするならば、面会交流権を憲法上の権利として構成することで、少なくとも立法論としては面会通信制限処分の、実務に即した要件明確化が要請される。その一方で、司法の場で、当事者同士の権利利益の調整が問題となる。2 (2) ②で検討したような事例の場合、子どもの意思は明確であるため、その意思が重視されることをドイツの判例は示唆している。そのため、東京高裁の判決が結論としては妥当ということになるだろう。もっとも、親の人権が本当に司法の場で考慮されていたのかについては別の問題であり、宇都宮地裁が示した判断枠組みについては、先述した憲法の観点から見直す余地がある。

3. 私人間の紛争における面会交流の限界

(1) 問題提起

1 章でも触れたように、現在わが国では面会交流をより積極的に行うべきという主張がなされている。2019 年から行われた憲法上の面会交流権を主張する訴訟（詳細については、1 章参照）で、婚姻中または離婚後の夫婦の別居に伴い、子どもと別居することに至った親である原告らは次のように主張した。すなわち、憲法上保障されている別居親と子どもとの面会交流権の権利行使の機会を確保するために必要な立法措置をとることは必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたって立法措置を怠ってきたことは、国家賠償法 1 条 1 項の違法な行為に該当する。

このような面会交流をめぐる紛争においては、(i) 同居親による拒否、(ii) 別居親による拒否、そして (iii) 子どもによる拒否というように場面に応じて面会交流権の限界をも明らかにしなければならない。そのため、引き続きドイツの議論を参考に考察を進める。

(2) 私人間の面会交流紛争に関する判例

①同居親による面会交流拒否——1971 年連邦憲法裁判所の判例——

事案は、次のとおりである。

X (母) は最初の結婚で 1962 年に A (父) との間に B (息子) をもうけた。その後 1963 年に両者は離婚した。X は息子に対する親権 (Gewalt) を担っていた。1966 年に X は 2 番目の婚姻を C とした。X は息子と暮らしている。X と A は B との交流について合意に至らなかった。ミュンヘン区裁判所は、1969 年に A と B との新たな交流取り決めに宣言した。その結果、X には A と B を交流させることが義務づけられた。この交流規則を履行しなかったため、X には秩

序罰がかけられた。X によって自身と子どもの名においてミュンヘンラント裁判所に申立てが行われ、1962 年に判決が下されたが訴えは認められず、上級ラント裁判所でも同様であったために、X は憲法異議を申し立てた。

争点は、基本法に照らして後見裁判所が民法 1634 条によって離婚した非監護者の親とその子どもとの人的交流を規制し同時に交流の実行に関する命令を行う、つまり配慮権ある親 A に、子どもをもう一方の親 B に委ねることを義務づけることが許されるかが問題となった。端的に言えば、身上配慮を担当しない親がその子どもと個人的に交流する権限について定めていた民法 1634 条の規定が離婚後身上配慮を行う親とそうでない親との間で配慮を行わない親と子どもとの交流の在り方について同意をみない場合には後見裁判所がこれについて定め得ることになるので、同規定が配慮を行う親の教育権の侵害になるのか否かが争われた。

判旨は、次のとおりである⁴¹。

親権も面会交流権 (Verkehrrecht) も、ともに自然的親の権利及びこれと結びついた親の責任から導き出される。親の責任は、配慮を行わない親にも原則として存続する。この責任から、離婚に伴う子どもの発達への障害を可能な限り緩和し、子どもの利益に即した合理的な解決を行う親の義務が導き出される。しかし、もし親の間で意見が一致しない場合には、法秩序と法的平穩を維持するという国家の任務から、国家が対立する親の利益の調整について自ら決定を行う権限が導かれ、また、基本法 6 条 2 項にいう監督任務から、子どもの利益のために明確な規律をするよう配慮する義務が導き出される。したがって、一方の親にのみ親権を、他方の親には面会交流権を与えることは基本法に反しない。また面会交流権行使について親が一致しない場合に、国家が面会交流権を具体化し、必要な場合に他方の親の意に反してそれを実現するよう面会交流権を持つ親を援助することも、基本法に反しない。そのさい国家は、ともに親の教育権によって保護された親の法的地位の間の調整を行うのであって、教育主体としての親の優位を侵すものではないから、教育権への介入の差異に必要とされる厳格な条件には拘束されない。もちろん、国家の措置は目的にとって必要なものでなければならず、また、子どもの福祉を志向するものでなければならない。民法 1634 条はそうした方向での解釈が可能である⁴²。

②評価

この判決によれば、たとえ親権者が反対していても子どもの福祉に合致する場合は面会交流を親権者はさせなければならないということになる。そして、そのさいに、親は子どもの利益に即した合理的な解決を行わなければならない義務を負い、これが基本義務によるものであると解される。

41 同判決の詳細については、横田守弘「親の教育権と国家の監視 (一)」西南学院大学法学論集 21 卷 1 号 (1988 年) 82-83 頁等。

42 BVerfGE 31, 194(205 ff.).

③別居親による拒否（エイプリルフール判決⁴³）

事案は、次のとおりである。

異議申立人 X は既婚者の男性であり、妻との子どものほかに婚外子 A がいる。X は A を認知しているが、A との交流を拒んでいる。そのため、A は X との交流を求めて上級ラント裁判所に提訴した。上級ラント裁判所は A の訴えを認め、X が A との面会交流を拒んだ場合、非訟事件法 33 条 1 項及び 3 項による執行金をかす旨を命じた。これに対し、X は同条に基づいて執行金をかすという手段に関して人格権侵害を主張し、連邦憲法裁判所において憲法異議の訴えを行った。これに対し、連邦憲法裁判所は次のように判示した（2 章でふれた子どもの基本権に関する箇所については、省略する）。

X に執行金による心理的圧迫を与えることは、人格保護の基本権への介入である。しかし、子どもの福祉の範囲内であれば、交流義務を負わせることによる親の人格権に対する介入は合憲である⁴⁴。けれども、親が交流を拒絶しているのであれば、強制執行によって行われる交流は、一般的に子どもの福祉にはならないのであり、親の人格権に対する介入は正当化されない。むしろ、子どもの福祉になるであろうと推測できる根拠のある場合に限り、例外的に親に対する交流の強制執行が許されるにすぎない⁴⁵。

④評価

連邦憲法裁判所は、2 章でふれた子どもの基本権のほかに、親の面会交流義務の内容形成についても評価をしている。同判決では子どもは面会交流を求め権利を有するが、別居親による拒否の場合強制的な手段による請求権の行使は、例外的に子どもの福祉に合致する場合のみであり、通常は回避しなければならないと判示した。

この決定は、子どもが父親の意思に反して面会交流権を行使できないことを意味するのではない。むしろ、（強制的な）面会交流の実施が子どもの福祉につながるかどうかは、個々のケースで検討されるべきであるとされる。その際、同裁判所は、面会交流によって子どもの福祉が危険にさらされるかどうかを検討する必要はもちろんなく、むしろ子どもの福祉が促進されるかどうかを検討する必要があることを認識していなかった。連邦憲法裁判所は、子どもの面会交流権を強制的に行行使する例として、死にかけている子どもが父親に会いたがっている場合や、すでに人格が成熟している子どもが 1 回限りの接触で初めて父親を知りたいと思っている場合を挙げている⁴⁶。

しかし、この決定は、通常のケース、すなわち父親が子どもとの間に感情的な結びつきを確立しておらず、そうしたいとも思っていない場合には、そのような結びつきを司法の助けを借

43 同判決の詳細については、高橋大輔「子どもの交流権の強制執行」筑波法政 47 卷（2009 年）79-93 頁参照。

44 BVerfGE 121, 69(90 ff.).

45 BVerfGE 121, 69 (98ff.).

46 この指摘について、Huber, Anmerkung, FPR 2008, 244.

りて強制することはできないということも意味している。面会交流を拒否する父親の態度は、非情に見えるかもしれないが、強制的に面会交流を強要された場合に、子どもが親の拒絶を経験するだけでは、子どもの福祉が促進されないことは明らかであるとされる。最初は面会交流を拒否していた親が、司法的に強制された接触の過程で、子どもへの関心を発見し、持続的な関係を築く可能性は、理論的な可能性にとどまると思われる。したがって、フーバーが指摘するように、ここで親の面会交流義務は「いわゆるシグナリング効果をもつプログラム規定⁴⁷⁾」にすぎないという様相を呈している。

こうした判例に対して、別居親同様子どももその意思に反する面会交流を回避できるようにすべきであるという主張も見られる⁴⁸⁾。下記の2016年の判決はこのような見解に対応しているといえよう。

⑤子どもによる拒否

事案は、次のとおりである。

娘が産まれた直後から父母は不仲となり、以来、父は繰り返し娘との面会交流を求めてきたが母が応じなかったため、何度も家庭裁判所で交流手続が継続された。娘は、8歳の時から12歳の現在まで断固として父との交流を拒否し、更に18歳になるまでの交流禁止命令を求めた。家庭裁判所と上級地方裁判所は、娘の強い拒絶の意思から交流を認めると子どもの福祉の危険があるとして無期限の交流禁止を命じた。連邦憲法裁判所での本件の争点のなかからここでは2つ取り上げる。①父との交流が子どもの福祉の危険となるか、②基本法6条2項で保障された親の基本権への強い介入の前に、より穏当な手段がなかったか、であった。

①については、父母の長期にわたる激しい葛藤が子どもの拒絶の意思を強めてきたこと、幼い時からすでに何度も裁判所での交流手続にさらされてきた12歳の子どもの持続的な拒絶の意思は十分尊重されるべきで、原則としてこのような意思を考慮しないことは子どもの福祉の危険につながると判断された⁴⁹⁾。

②については、より穏当な措置としての交流支援や交流保護は、子どもの拒絶の意思を翻意させるのに適切ではない。むしろ、このような強制措置をとることは子どもの拒絶する姿勢を強化するだろう。また、子どもは母と確固とした愛着関係を築いているので母の配慮権はく奪の措置はとるべきではない。母に交流妨害を理由とする秩序手段をかすことは、子どもに家族システムへの脅威と受け取られる。そして、交流禁止を期限付きにすると父が再び裁判所に交流許可の申立てをすることが予測されるので、交流の無期限禁止は許されるとされた⁵⁰⁾。

47 Huber, Anmerkung, FPR 2008, 244. この点を強く批判する見解として、Rauscher, Anmerkung, JZ 2008, S. 950.

48 Lore Maria Peschel-Gutzeit, Umgangspflicht – Eine Naturalobligation?, NJW 2008, S. 1922-1925.

49 FamRZ 2016, 1917(1919).

50 FamRZ 2016, 1917(1919 f.).

⑥評価

このケースは、子どもの福祉の危機判断において子どもの意思は重視される傾向にあることを示している。また子どもの父への基本権介入が比例原則に反しないかの判断においても、交流支援措置が子どもの意思を翻意するどころかむしろ逆効果であると判断し、原審の子どもの意思を尊重する判断を支持している。こうした連邦憲法裁判所の姿勢や 2 章で見た子どもの意思の重視をみる限り、面会交流の場面においても子どもの意思はますます尊重されていくことになるのではないかとと思われる。

(3) 日本法への示唆

私人間の紛争という三者関係の争いにおいては二面関係とは異なり、親権者の存在がある。そのため、親権者の意思に反する面会交流の限界が問題となる。

私人間の紛争における面会交流の是非は積極的・子どもの福祉により決められる。そして、たとえ親権者が反対していても子どもの福祉に合致する場合は面会交流を親権者はさせなければならない。

別居親による拒否については、連邦憲法裁判所は、具体的な個別の事例において強制された面会交流が子どもの福祉になお奉仕し得るであろうことを推測させる十分な根拠が存在しない場合は、その面会交流を強制することはできないとしている。しかし、ヴァプラーの論説を踏まえるとそのさいには 2 章との関係から当事者の合意を得ることが望ましいと考える。

子ども自身の拒否は、公権力による面会交流制限同様近年重視されつつあり、子ども自身の意思が今後ますます重要なファクターになるとみられる。

前述した判例を契機に面会交流制度の見直しの機運が高まっている今日において、以上のようなドイツの議論は立法者に対し憲法上の指針のありようを示しうる。すなわち、面会交流権の議論をするさいに特に 3 面関係の場合はパターン分けをしてどのような場合に面会交流の限界が認められるのかを明らかにしなければならない。ドイツはこの点を考えるうえで参考になる。

4. 生物学上の親による面会交流請求

(1) 問題提起

先述したように、面会交流権は憲法上の親の権利を拡大させる可能性を秘めている。そのため、わが国においても今後生物学上の親による面会交流請求が生じてもおかしくない状況にありその限界を検討することには意義が認められる。

(2) 生物学上の父による面会交流請求の限界

①家事事件手続法 167a 条における出自鑑定制度

先述した生物学上の父に面会交流権を認める立法で家事事件手続法 167a 条は、父子関係を証明する出自鑑定について、関係者の受忍義務を定めている。生物学的父が、子どもとの面会交

流を望む時の裁判所による出自鑑定命令（家事事件手続法 178 条）について、これが基本権への介入となるために、十分な法律の根拠が必要であることは、今回の法律施行前に連邦憲法裁判所が明らかにしている。その中で、十分な法律の根拠なく介入されている基本法上の権利として、異議申立人の法律上の親の権利（基本法 6 条 2 項、子どもの配慮を担い、また子どもの遺伝的なデータを収集し利用することを許可するかについての判断が保障されている）、子どもの自己情報決定権（基本法 1 条 1 項と結びついた 2 条 1 項）、法律上の母の私的領域と内密領域の尊重（基本法 1 条 1 項と結びついた 2 条 1 項⁵¹が挙げられている⁵²。今回成立した法律により、この判決で言うところの十分な法的根拠がもうけられたことになる⁵³。そして、この面会交流・回答請求に伴う出自鑑定自体が関係者にかかる負担の存在については、2014 年に連邦憲法裁判所が言及するところとなった。

②連邦憲法裁判所による判断

事案は次のとおりである。異議申立人 X1、X2、そして X3 は民法 1686a 条による面会交流手続と回答請求手続における出自鑑定の実施命令に対し憲法異議を提起した。X1、X2 は 2011 年 2 月に生まれた異議申立人 X3 の法律上の親であり、彼らは家計を共にしてきた。X3 の生物学上の父であると称する原告は、X3 との面会交流と子どもの人的関係についての回答請求を要求した。原告と X1 が妊娠期間中に同衾し、原告が X3 に生後一か月以内に同伴者付きの面会交流を許されているということについては争いがない。ドレスデン上級ラント裁判所は本件について、家事事件手続法 167a 条によって書面上の遺伝子鑑定の実施を原告が X3 の生物学上の父であるかを明らかにするために命令した。異議申立人らは、裁判所によって命令された専門家による鑑定に協力することを拒否することを宣言した。彼らは更に「認諾（Anerkenntnis）」という方法で、「父子関係の付随確認なく原告の回答請求を求める訴えを聞き届ける」と主張した。上級ラント裁判所は中間判決で、出自鑑定への参加を拒否することは違法であると判断した。X らはこの判断に対し、憲法異議を提起した。彼らは、出自鑑定の実施がその他の諸要審査よりもより深刻なものであるととらえているためその他の諸要件を出自鑑定よりも先に審査すべきと主張している。これに対して、連邦憲法裁判所は、X らの基本権への介入を正当化する。

51 この判決を取り扱ってはいないが、女性の内密領域の保護に関する事例研究として、實原隆志「女性の内密領域の保護と裁判所による法の継続形成の限界」自治研究第 92 巻 6 号（2016 年）142-149 頁が挙げられる。

52 この事案では原審が「生物学上の父であるが、法律上の父でないものの権利の強化に関する法律」施行前に家事事件手続法 178 条を用いて子どもの出生鑑定命令に対する抗告を不適法としたが、連邦憲法裁判所はその意見を採用しなかった（BVerfG, 23.05.2013 FamRZ 2013, 1195 参照）。

53 そのため、民法 1686a 条は家事事件手続法 167a 条によって手続上脇を固められている（flankieren）と評されている（von Collen, in: Sachs [Hrsg.], GG-Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 6, Rn. 103）。

理由は以下のとおりである。

たしかに、生物学上の父子関係の出自鑑定の実行命令は、基本法 6 条 1 項によって保護される家族生活への介入を意味する。現存する家族が法律上の父と（子どもとの間に）生物学上の父子関係が欠けていることが明らかになる可能性と対峙することは、関係者から家族関係と妨げられる家族生活全てを奪い取ることになる。法律上の父が子どもの生物学上の父ではないことを出自解明が確立する場合、家族生活への負担は特に大きい。けれどもこの介入は、民法 1686a 条と家事事件手続法 167a 条という法律上の介入権限が具体化された憲法に内在する、現存する家族保護の制限である。当該条文は、原則として憲法上承認されるべき法律上の父子関係の取消しができない推定上の生物学上の父の面会交流と回答請求という望みを具体化したものである。立法者は、欧州人権裁判所の判断に対する応答で、推定上の生物学上の父に対し面会交流と回答請求の実行のために、民法 1600 条 2 項 2 文により法律上の父子関係の取消しが考慮されないような場合に子どもの出自鑑定を可能とした。もっとも、家庭裁判所は、民法 1686a 条の個別の構成要件を明らかにする順番について、自由に決定してはならない。なぜならば、比例原則により関係者らは必要でない基本権介入という負担をかけられてはならないからである。特に、裁判所は裁判手続をもつばら当該実施可能性の吟味（Praktikabilitätserwägung）のみから順番を決め（wählen）てはならない。出自鑑定が与える家族への影響を考慮し、家族の基本権における不要な介入回避のため、出自鑑定は第一に裁判所がその他の生物学上の交流そして回答請求の諸要件が存在することを認定して初めて行われることが要請されている。これに対し、その他の請求要件の解明が関係者にとってはるかに負担をかけるものであるならば、逆に、出自鑑定を優先させることが要請されうる。家族生活への侵害という評価においては、特に原告の生物学上の父子関係の可能性が関係者同士で争われているか否かという状況に意義がある。民法 1686a 条と家事事件手続法 167a 条による文言は、これらの憲法上の比例原則要請を尊重することを妨げない。今回の事例のように、原告と子どもとの間に生物学上の父子関係が存在することの具体的な可能性について争いが無い場合は、家族生活への侵害は受忍できないほど大きいとはみなされない⁵⁴。

③評価

この決定において、連邦憲法裁判所は、該当条文について憲法適合解釈をする中で、新しい法律は原則として憲法上認められるべき生物学上の父の子どもとの面会交流という望みによる基本法 6 条 1 項の家族の基本権の内在的制約であるとした。そして、この請求を認めるための諸要件認定の順番について、裁判所が自由に決めてはならないとした。もともと連邦憲法裁判所は、民法 1686a 条における審査の順番は、裁判所の裁量に属するという認識でいた。もちろんこの裁量は憲法に適合する形で行使され⁵⁵、裁量行使決定の背後にある憲法上の衡量とは、基本法 6 条 1 項によって保護される現存する家族の出自の解明においてこれと結びついた負担

54 BVerfG 19.11.2014 MNW 2014, 1192(1193f.).

55 Opitz, Anmerkunng, NZFam 2015, S. 141.

を負うことになる家族生活と、欧州人権裁判所の判決により強調された生物学上の父の交流と回答請求を求める権利である。実はすでに、連邦憲法裁判所は、行政による父子関係取消し規制の合憲性の判断においてそのような衡量枠組みをうちだしている⁵⁶。そして、今回の判決とその評釈を見ると、両者の衝突調整手段を探る手掛かりは、当事者、特に子どもの負担にあるとみることができる⁵⁷。つまり、当事者のうち特に子どもにとってより負担の少ない手段を裁判所が選択することが憲法上の要請であるとされる。ただし、一般には生物学上の父との面会交流の子どもの福祉性審査（家庭裁判所や関係官庁による子どもの聴聞）よりも出自鑑定の方が子どもにとっての負担が少ない、という考えがあるようである⁵⁸。以上の2件の事例が示しているように、ドイツでは子どもと社会的・家族的関係を有したくない生物学上の父が望む面会交流を実施するための出自鑑定が問題視されている。子どもの出自鑑定については、一方で真実の父子関係の解明が子どものアイデンティティの発展にも役立つとも考えられるが、他方で子どもの出自解明が及ぼす家族生活への影響が懸念されるべきであろう。今回の立法は、法律上の父と子どもとの親子関係を取り消す効果はない。また後者の事例において出自鑑定が社会的家族の平穏な家族生活に及ぼす影響については、すでに法律上の父が自分と子どもとの間に親子関係がないことについて争いが無いという事実をもとに基本権侵害であるとは認定されなかった。

以上のように、生物学上の父の面会交流権の対抗的利益として、法律上の親の権利（基本法6条2項、子どもの配慮を担い、また子どもの遺伝的なデータを収集し利用することを許可するかについての判断が保障されている）、子どもの自己情報決定権（基本法1条1項と結びついた2条1項）、法律上の母の私的領域と内密領域の尊重（基本法1条1項と結びついた2条1項）そして家族基本権（基本法6条1項）が考えられる。そして、親の権利の問題としてとらえる場合特にここでは中間の子どもの福祉が問題とされるとされる⁵⁹。ただ、結局のところ、これは積極的・子どもの福祉に帰するともとらえられよう。連邦憲法裁判所2014年決定によれば、子どもにとってより負担の少ない手続が基本法上要請される。

(3) わが国への示唆

ドイツでは、生物学上の父の面会交流権の対抗的利益として、法律上の親の権利（基本法6条2項、子どもの配慮を担い、また子どもの遺伝的なデータを収集し利用することを許可するかについての判断が保障されている）、子どもの自己情報決定権（基本法1条1項と結びついた

⁵⁶ Hilbig-Lugani, Anmerkung, FamRZ 2015 S. 212.

⁵⁷ a.a.O., S. 212f.

⁵⁸ a.a.O., S. 212f.

⁵⁹ ヴァプラーは、この中間の子どもの福祉基準について、子どもの福祉に「不利益」ではない限り認めるべき基準と表現している（Wapler [Anm. 17] 2015, S. 281）。なお、ここでは兄弟や祖父母の面会交流も想定されている。

2条1項)、法律上の母の私的領域と内密領域の尊重(基本法1条1項と結びついた2条1項)そして家族基本権(基本法6条1項)が考えられる。そして、親の権利の問題としてとらえる場合特に子どもの福祉は消極的・子どもの福祉と積極的・子どもの福祉の中間と学説では、とらえられる。しかし、これは結局のところ積極的・子どもの福祉に帰するともいえよう。そして、連邦憲法裁判所2014年決定によれば、法律上の家族の解体に繋がりがねない出自鑑定を他の審査よりも後にするというように子どもにとってより負担の少ない手続が憲法上要請される。

こうした限界は、わが国において憲法上の生物学上の父の面会交流権の限界を考えるうえで参考になると思われる。

5. 小括

(1) 公権力による面会交流制限の類型化

わが国では、児童の保護を目的とする、行政処分としての公権力による親子の面会交流制限が存在する。しかし、同処分の実務における使い勝手が悪いために、実務上親子の面会交流制限の大半は行政指導という形で行われている。ところが、この行政指導が国家賠償法上違法なものではないかと懸念されており、実際に訴訟が提起されているが、裁判所によって判断が分かれている。

そこで、この問題を憲法上の面会交流権という観点から検討し、憲法上何らかの基準を導き出す必要が生ずる。そのために、ドイツの議論を参考にする。

まず、ドイツの面会交流権は子どもの保護を目的とした公権力の面会交流制限に対し、防御権として活用されている。この傾向は基本法6条2項のみならず、制限一制限規範である6条3項の活用を試みる連邦憲法裁判所の判例に顕著にあらわれている。そして、その場面として、里親のもとにいる子どもとの面会交流排除及びロックダウン時の面会交流規制が挙げられる。

次に、ドイツの子どもの保護を目的とした公権力による面会交流制限、特に長期間にわたる制約や排除は具体的な子どもの福祉の危険化が必要とされる。そしてその措置の憲法適合性を判断するにあたり、基本法6条3項が適用される。具体的には面会交流の制限又は排除は、特に、子どもが重大な理由でこれを希望し、強制的な面会交流が子どもの福祉を損なう場合に検討されるが、その一方で、親の面会交流権の憲法上・人権上の意義を考慮しなければならない。つまり、手続法上の観点から子どもに関する手続の形成は子どもの福祉の危険化を判断するために可能な限り信頼できる根拠に基づいたものであり、その形成が子どもの実体的な基本法上の地位の実現に資することに適合しかつ相当でなければならない。また、たとえロックダウン時であっても施設に入所している子どもと親子の面会交流制限について基本法6条3項の適用は阻まれず、例外なき面会交流制限は許されない。

ドイツの最近の動向はわが国の公権力による親子の面会交流制限にとって、憲法上明確な基準を設定するうえで参考になり得る。すなわち、憲法上の親の面会交流権は、親の人格的利益を考慮し、①子どもの意思が不明な場合は、国家と親の間での子どもの利益に関する判断の衝突の問題ととらえ、②子どもの意思が明らかな場合は子どもの権利と親の権利の衝突とし、そ

の調整役として国家があらわれると思われる。そして、例えば里親家庭の自律性といった他者の存在も考慮に入れながら、判断を下すべきではないか。

もっとも、ただちに直接司法救済の場で参考にするのではなく、将来の法形成や司法救済の場面においてわが国の面会交流権の憲法上の権利性をめぐる議論の中でドイツの議論のどの部分が参考になるかを考察しなければならない。そして、ドイツの議論を参考にすると、今後議論が望まれる問題として、施設にいる子どものほかにも①里親のもとにいる子ども及び②コロナ禍における親子の面会交流規制が挙げられる。

(2) 私人間の面会交流紛争の類型化

現在わが国では面会交流をより積極的に行うべきという主張がなされている。2019年から行われた憲法上の面会交流権を主張する訴訟（詳細については、1章参照）で、婚姻中または離婚後の夫婦の別居に伴い、子どもと別居することに至った親である原告らは次のように主張した。すなわち、憲法上保障されている別居親と子どもとの面会交流権の権利行使の機会を確保するために必要な立法措置をとることは必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたって立法措置を怠ってきたことは、国家賠償法1条1項の違法な行為に該当する。

このような面会交流をめぐる紛争においては、①同居親による拒否、②別居親による拒否、そして③子どもによる拒否というように場面に応じて面会交流権の限界をも明らかにしなければならない。そのため、引き続きドイツの議論を参考に考察を進める。

①については、私人間の紛争という三者関係の争いにおいては二面関係とは異なり、親権者の存在がある。そのため、親権者の意思に反する面会交流の限界が問題となる。

私人間の紛争における面会交流の是非は積極的・子どもの福祉により決められる。そして、たとえ親権者が反対していても子どもの福祉に合致する場合は面会交流を親権者はさせなければならない。

②別居親による拒否については、連邦憲法裁判所は、具体的な個別の事例において強制された面会交流が子どもの福祉になお奉仕し得るであろうことを推測させる十分な根拠が存在しない場合は、その面会交流を強制することはできないとしている。しかし、ヴァプラーの論説を踏まえるとそのさいには2章との関係から当事者の合意を得ることが望ましいと考える。

③子ども自身の拒否は、公権力による面会交流制限同様近年重視されつつあり、子ども自身の意思が今後ますます重要なファクターになるとみられる。

前述した判例を契機に面会交流制度の見直しの機運が高まっている今日において、以上のようなドイツの議論は立法者に対し憲法上の指針のありようを示しうる。すなわち、面会交流権の議論をするさいに特に3面関係の場合はパターン分けをしてどのような場合に面会交流の限界が認められるのかを明らかにしなければならない。ドイツはこの点を考えるうえで参考になる。

(3) 生物学上の父の面会交流権の限界

また、ドイツでは、生物学上の父の面会交流権の対抗的利益として、法律上の親の権利（基本法 6 条 2 項、子どもの配慮を担い、また子どもの遺伝的なデータを収集し利用することを許可するかについての判断が保障されている）、子どもの自己情報決定権（基本法 1 条 1 項と結びついた 2 条 1 項）、法律上の母の私的領域と内密領域の尊重（基本法 1 条 1 項と結びついた 2 条 1 項）そして家族基本権（基本法 6 条 1 項）が考えられる。そして、親の権利の問題としてとらえる場合特に子どもの福祉は消極的・子どもの福祉と積極的・子どもの福祉の中間と学説では、とらえられる。しかし、これは結局のところ積極的・子どもの福祉に帰するともいえよう。そして、連邦憲法裁判所 2014 年決定によれば、法律上の家族の解体に繋がりにかぬない出自鑑定を他の審査よりも後にするというように子どもにとってより負担の少ない手続が憲法上要請される。こうした限界は、わが国において憲法上の生物学上の父の面会交流権の限界を考えるうえで参考になると思われる。

以上の考察を経て、次章では、結論を述べる。

5章 結論

2章では、ドイツの親の権利をモデルに、憲法上の親の権利の概要を述べた。3・4章では面会交流権について、これまでのわが国の親の権利学説では必ずしも明確にされていなかったその①法的性質、②主体及び③限界について、ドイツの議論を参考に検討した。また、その過程でドイツの面会交流権をめぐる議論が権利重視型の傾向を強めていることも指摘した。

以下で、結論を述べる。

1. 面会交流権の法的性質

本稿では親の権利の1つとして面会交流権を考えたが、これは親権と全く同一の法的性質を有するかと考えられるかは、疑問である。面会交流権は、親の権利カタログの中でも特に親の権利として認識されるべきではないかと考えられる。

この点について、ドイツでは、子どものために手厚い面会交流制度が用意され、憲法上の面会交流権は第一に子どものための権利とされながらも、同時に、親自身の権利と構成する余地がある。このような面会交流権は、原則として子どもの福祉によって方向づけられるが、親固有の利益を尊重する傾向がみられる。

わが国では篠原永明のように面会交流権と親権を区別しない考え方もある¹。しかし、ドイツの議論を参考にすれば、そうではなく、面会交流権は親の権利カタログの中でも特に親固有の利益が認められることから、横田光平のように²両者を区別するべきではないかと思われる。

2. 面会交流権の主体

面会交流権の主体としては、法律上の親や子どもがまず想定される。しかし、この権利の人的保障範囲は立法者により広げることができる³。具体的には、祖父母、養子縁組に出された子どもの実親、祖父母、生物学上の親といった親になり得る者が考えられる。そのさいにその親同士の衝突可能性を最小化すること等が憲法24条の子どもの個人の尊厳、すなわち憲法上の要請として考えられる。なお、憲法24条には、男女とその子という家族関係が憲法24条の規定

1 篠原永明「親権制限とその周辺」甲南法学 59 卷 3・4 号（2019 年）188 頁。

2 横田光平『子ども法の基本構造』（信山社、2010 年）577-581 頁。

3 そのさいに、憲法 24 条における「家族」像が問題となる。これについて、最高裁判所は法律婚を起点とする（巻美矢紀「憲法と家族」論ジュリ 18 卷（2016 年）93 頁以下）。その一方で、学説は、①法律上の家族とする見解（米沢広一「憲法と家族法」ジュリ 1059 号（1995 年）8 頁）、②憲法上の家族を想定すること自体を否定する見解（安念潤司「人間の尊厳と家族の在り方」ジュリ 1222 号（2002 年）25 頁）、③子どもを軸とする親密な集団（齊藤笑美子「家族と憲法」『憲法問題』21 号〔2010 年〕115-116 頁）とする見解が確認できる。これについて、論者は②に共感をおぼえる。

する〈公序〉であることを指摘する声⁴もあるが、今日の家族の多元性を考えるとかような見解は妥当ではない⁵。

また、面会交流権は本来子どもと積み重ねた時間を基礎としているが、そうではない親の面会交流権にはまた異なる法的性質・限界が認められるべきである。

この主体についてドイツでは面会交流権の主体の拡大が進んでおり、その議論は①生物学上の父、②祖父母、そして③養子に出された子どもと実親の面会交流という各場面で展開されている。

3. 限界

限界については、公権力による面会交流制限（二面関係）、私人間の面会交流紛争（三面関係）、そして生物学上の父の面会交流権という3つの局面が想定される。

すなわち、ドイツの議論によれば、公権力による面会交流制限（二面関係）については、親の人格的利益を考慮し、①子どもの意思が不明な場合は、国家と親の間での子どもの利益に関する判断の衝突の問題ととらえ、②子どもの意思が明らかな場合は親と面会したくない子どもの権利と面会したい親の人格的利益を主張する親の問題と捉えるべきかと思われる。そして、手続法上の観点から子どもに関する手続の形成は子どもの福祉の危険化を判断するために可能な限り信頼できる根拠に基づいたものであり、その形成が子どもの実体的な基本法上の地位の実現に資することに適合しかつ相当でなければならない。

私人間の紛争という三者関係の争いにおいては二面関係とは異なり、監護親の存在がある。そのため、監護親の意思に反する面会交流の限界が問題となる。ドイツの判例によれば、私人間の紛争における面会交流の是非は積極的・子どもの福祉により決められる。そして、たとえ親権者が反対していても子どもの福祉に合致する場合は面会交流を親権者はさせなければならない。別居親による拒否については、判例によれば、具体的な個別の事例において強制された面会交流が（積極的）子どもの福祉になお奉仕し得るであろうことを推測させる十分な根拠が存在しない場合は、その面会交流を強制することはできない。しかし、この点に関してはヴァプラーが提唱するように、当事者の意志の合致が望ましいと考える。子ども自身の拒否は、ドイツの判例では近年重視されつつあり、面会交流を拒否する子ども自身の意思は尊重される傾向にある。

生物学上の父の面会交流権の制限については、ここでの子どもの福祉は消極的・子どもの福祉と積極的・子どもの福祉の間ととらえられるが、結局は積極的・子どもの福祉に帰すると解すべきである。そして、連邦憲法裁判所2014年決定によれば、法律上の家族の解体に繋がりにかねない出自鑑定を他の審査よりも後にするというように子どもにとってより負担の少ない手続が憲法上要請される。

4 辻村みよ子『女性と人権』（日本評論社、1997年）226頁。

5 野崎綾子「正義論における家族の位置」国家113巻11＝12号（2000年）1039頁。

なお、子どもの面会交流権や意思の扱いについて、パターナリズムとの関係が問題となる。

子どもの福祉判断にとって増大する子どもの意思の意義について、大江洋は「リベラル・パターナリズムを受ける権利」と「子ども自身の自己決定権」は「保護や文脈付与等の大人の側の援助が必要であるという点を共有し」ているとした。そのうえで、後者の権利は「おとなの有する自己決定権と全く同じ性質ではなく、＜自律能力のある陶冶に資する子ども自身の自己決定＞という側面がある」とする。「具体的には、子ども自身が当該介入に対して明確な反対の意思を示した時（たとえば、習い事に対して猛然と“反抗”する時）や、その子どもの重大なターニング・ポイント（たとえば、両親の離婚、深刻な病気治療の時）において、子どもが理解し得るような説明（文脈付与）を行い同意を図っていくべきである⁶⁾」。したがって、面会交流に関する子どもの意思についてもそのような扱いが必要であると言える。

4. 義務者と義務内容

以上が、序論で提起した問題に対する結論となる。

しかし、面会交流権は、他の権利とは異なり、他者との関係が切り離せない為に義務を伴う。そこで、ドイツの議論を参考に、以下で当事者の義務内容を挙げる。

義務者と義務内容については、以下のことが確認できる。

まず、同居親は、面会交流を正当な理由なく妨げてはならない。このことは、2章で検討した信託説から導き出される。この信託説は、倫理的な義務として憲法に由来する。

次に、別居親は、ドイツの判例を参考にすればその面会交流が子どもの福祉に反しないかぎり面会交流請求に応じる義務を負う。しかし、学説の言う通りその場合でもなお当事者の合意が必要であると考えべきであり、仮にその義務を民法で実現するならば、その規定はシグナリング効果をもつプログラム規定でなければならない。

これらの義務を、少なくとも私法上の義務として定めることを憲法は禁止していないとみるべきである。それどころか、親や子どもの面会交流権から、立法者は、上述した内容の立法義務を負うと解する余地がある。たしかに面会交流権の核は防御権であるが、2章で述べた憲法と民法の関係上国家は個人の基本権をより良く実現できるよう支援するための制度の整備を行わなければならないし、憲法24条による制度設営請求権からもこのことは要請される。

最後に、行政は、特に親子の再統合の際に正当な理由なく面会交流を妨げてはならない。

5. 私人間の面会交流紛争に関する試論

最後に、以上のような結論を踏まえて、わが国の最近の事例について付言する。

序論において言及し、1章3(3)において詳しく紹介した事例（東京地判2019〔令和元〕年11月22日法教474号123頁）、東京高裁（東京高判2020〔令和2〕年8月13日判時2485

6大江洋「権利の多層性に関する一考察」東京大学大学院法学政治学研究科本郷法政紀要3号（1994年）57-58頁。

号 27 頁))における原告の主張は、以下のようにまとめることができる。

①裁判所と民間の第三者機関との直接的な連携に関する法的整備、②面会交流調停の申立時や、面会交流を命ずる審判の確定前に、暫定的な面会交流を実施できる制度に関する法的整備、③同居親が面会交流を反故にした場合に、柔軟に間接強制を認め、養育費や婚姻費用の支払停止等により面会交流の執行を確保するための法的整備が必要不可欠である。

原告が主張するこれらの制度の個々の具体的内容はさておき、裁判所において原告の主張するこれらの制度に関する立法義務が検討されなかったのは、裁判所も指摘するように原告の主張する面会交流権の法的性格が不明確であったことが大きな要因と考えられる。

そこで、本稿において検討した「憲法上の親の権利」、「憲法上の親の面接交流権」の議論を踏まえれば、面会交流をめぐる紛争処理（予防）制度については、①ますます増大していく子どもの意思の重視を重視する制度、②間接強制の前に離婚時の取り決めを当事者にさせる制度作りが要請され、そして、中長期的には③面会交流は——共同親権制度⁷をとらずとも——民法の中でより適切な立法が行われるべきではないかと考えられる。

すなわち、まず、①については、家事事件手続法 65 条が、家事審判の手続における子の意思の把握及び考慮について、「家庭裁判所は、親子、親権又は未成年後見に関する家事審判その他未成年者である子（未成年被後見人を含む。以下この条において同じ。）がその結果により影響を受ける家事審判の手続においては、子の陳述の聴取、家庭裁判所調査官による調査その他の適切な方法により、子の意思を把握するよう努め、審判をするに当たり、子の年齢及び発達の程度に応じて、その意思を考慮しなければならない」と定める。同条の規定は、同法 258 条 1 項により、家事調停の手続における子の意思の把握等について準用される。同規定は、子の意思の把握の方法として、子の陳述、調査官による調査、その他の適当な方法をあげているが、特に一定の審判事件（子の監護に関する処分の審判（子の監護に要する費用の分担に関する処分の審判を除く、家事法 152 条 2 項）、親権喪失、管理権喪失または親権停止の審判及びこれらの審判の取消しの審判（家事法 169 条 1 項 1 号及び 2 号）、親権又は管理権を辞するについての許可の審判（同項 3 号）、親権又は管理権を回復するについての許可の審判（同項 4 号）、未成年後見人または未成年後見監督人の専任の審判（家事法 178 条 1 項 1 号））については、子どもが 15 歳以上の場合には、必ず、子の陳述の聴取をしなければならないと規定する。この点について、実務では子の監護に関する処分の審判手続とは異なり調停手続においては必ずしも常に子の意思の把握と考慮が確保されていないという指摘⁸もあり、家事調停手続から始まることが多いとされる面会交流事件では、より一層の子どもの両親に合意によって子どもに影響する決

7 同制度については、2022 年に自民党法務部会が共同親権制度を提言し、法制審部会が中間試案のたたき台を公表した。そして、現在法務省がパブリックコメントを募集している。

8 大谷美紀子「家事事件手続における意見を聴かれる子どもの権利の保障」松川正毅編『木内道祥先生古稀・最高裁判事退官記念論文集：家族と倒産の未来を拓く』（金融財政事情研究会、2018 年）69 頁。

定がなされる場合にも子どもの意思の把握と考慮がなされるべきである。こうした親の面会交流権を制限する子どもの福祉を子どもの主観に開かれたものにするのは、子どもの意見表明権という観点からも重要であると考えられる。

次に②については、そもそも実効性が弱いとされる間接強制を行う前の段階——すなわち離婚時において——簡便である協議離婚手続で面会交流に関する取り決めを行う制度が必要ではないだろうか。

最後に③について、長中期的には、たとえプログラム規定にすぎないものであっても同居親及び別居親について、面会交流に関する権利義務を民法上、明確に規定することが望ましい。

たしかに、このような私人間の面会交流をめぐる紛争処理制度に関する試論の内容は、憲法上の面会交流権から直ちにかつ論理必然的に導かれるものではない。しかし、以上みたように、憲法上の面会交流権の主体・法的性質・限界に関する議論が、私人間の面会交流をめぐる紛争処理制度を考える際にも一定の指針を与えてくれることは明らかである。

6. 今後の課題

本稿は、主にドイツを参考に憲法上の面会交流権の根拠条文、主体、法的性質及び限界を考察したが、以下でいくつかの課題を提示する。

まず、2章でみたように、ドイツの親の権利に関する学説は英米法との接続が試みられている。それに伴い、例えば「信託」のように、親の権利や子どもの権利をめぐる用語の多義化が想定される。そのため、今後はドイツ法のみならず英米法も参照しながら、各国の法文化に配慮しつつ前述した多義化に対応したい。

次に、わが国の問題状況について、本稿では公権力による面会交流制限について主に児童福祉法・児童虐待防止法上の問題を想定した議論を展開した。しかし、在監者の面会交流制限事例のように、その他にも公権力による面会交流制限は想定できる。そのため、このような面会交流制限事例を想定して、個別に限界を考察する。

最後に、本稿では主に子どもの権利について、国際人権法との関りの記述は必要最小限度にとどめた。しかし、国際結婚の増加や下級審における子どもの権利条約の活用状況を踏まえ、国際人権法、特に子どもの権利条約をめぐる立法機関及び司法機関の動向に目を向けて考察を続けたい。