

## 翻訳：ドイツ連邦憲法裁判所の離婚後単独親権違憲判決

大 森 貴 弘

Japanische Übersetzung: Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts  
über Verfassungswidrigkeit der Ausnahmelosigkeit des alleinigen Sorgerechts

Takahiro OHMORI

2017年9月8日受理

### 抄 録

ドイツでは、かつては日本と同じく離婚後単独親権を民法で定めていた。しかし、1982年に連邦憲法裁判所は、離婚後の例外なき単独親権を定めた民法1671条4項1文の規定が、親の権利を定めた基本法6条2項1文の権利を侵害すると判示した。これ以後、ドイツでは離婚後の例外なき単独親権は違憲となり、個別事例での対応が続いていたが、1998年に親子法改正法（1997年制定）が施行され、離婚後共同親権（共同配慮権）が法制化された。

キーワード：単独親権、共同親権、憲法違反、ドイツ、民法

ドイツ連邦憲法裁判所の離婚後単独親権違憲判決（BVerfGE 61, 358 ff.）は、日本の司法実務にとっても参照に値する重要な判決と思われるため、ここに訳出する。

【凡例】 亀甲括弧は役者による挿入・補足である。脚注は訳者のもの。

離婚した夫婦の子どもに対する共同配慮権<sup>1</sup>は、この夫婦がその子の福祉についての責任を引き続き一緒に担う意欲があり、かつそれに相応しい場合でさえ認められないという民法1671条4項1文の規定は、基本法6条2項1文の親の権利を侵害している。

<sup>1</sup> Sorgerecht は、親権、監護権、養育権、配慮権などの様々な訳語がある。「BGB 制定時より、elterliche Gewalt という用語が用いられていたが、1979年改正により、elterliche Sorge という用語に変更」とある。以下の pdf 文書を参照のこと。http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000060310.pdf (2頁。2017年3月5日閲覧)。Sorge(recht) という語を本訳稿では、「配慮(権)」と訳すが、上述のように親権と同様の意味で使われることに注意すべきである。なお、基本法6条2項にいう権利を指す場合には、「親の権利」と訳し、それぞれ訳し分ける。

1982年6月8日の口頭弁論に基づく1982年11月3日の第一法廷判決

— 1 BvL 25, 38, 40/80 und 12/81 —

(一部略)

### 主文

1979年7月18日の親の配慮権の新規定に関する法律<sup>2</sup> (Bundesgesetzbl. I S. 1061) 1条20号の版における民法1671条4項1文は、基本法6条2項1文と一致しえず、それゆえに無効である。

### 理由

#### A.

共同の弁論と決定のために併合された訴訟の対象は、次の疑問である。つまり、離婚した夫婦から生まれた子のための親の配慮〔権〕は、一方の親のみに委ねられねばならないということが基本法と適合するの否か、という疑問である。

#### I.

離婚によって、またも、将来的に誰が共通の子どもの身上配慮〔権〕を受け持つべきか、という問いが提起された。

1. 1946年2月20日の婚姻法74条4項(管理委員会法16号—KRABl. 1945/48 S. 77)によると、離婚における一方配偶者の単独または圧倒的な有責は、当該配偶者に配慮〔権〕が委ねられることはない、ということ为原则として帰結した。これに対して、1957年7月18日の市民法の領域における男女の同権に関する法律(BGBI. I S. 609) —〔第一次男女〕同権法—の版における民法1671条3項は、一方の配偶者が単独で有責の場合にのみ規則的に、親権の移譲を拒否する事由を見出した。それ以外の場合、裁判所は共同関係を考慮しつつ子の福祉に対応した取り決めを定めなければならなかったのであり、その際には、親の共同の提案に優先権が与えられることになっていた。民法1671条4項は、補足して次のように定めていた。

親権(elterliche Gewalt)は、通常、一方の親に単独で移譲されるべきである。子供の福祉に必要なら、一方の親に身上の配慮〔権〕を、他方の親に子の財産の配慮〔権〕を移譲することができる。

1976年6月14日の婚姻法および家族法改正のための第一法律<sup>3</sup> (BGBI. I S. 1421)によって、離婚法における有責主義から破綻主義への移行に対応する形で、親権の移

<sup>2</sup> 「親として配慮する権利の新規制法」とも訳される。渡辺中「婚外子に対する親としての配慮権(Sorgerecht)」『ドイツの最新憲法判例』(信山社、1999年)201頁。

<sup>3</sup> この法律の訳語は、榊原豊「西ドイツ離婚法における破綻主義規定の評価をめぐって(その1)」中京法学14巻1号(1979年)、75頁に拠る。

譲に際して離婚において有責でない一方の親が従来有した優位性が無くなった。民法 1671 条 4 項の文言は改正されずに残った。

1979 年 7 月 18 日の親の配慮権の新規定に関する法律 (BGBl. I S. 1061) によって民法 1671 条は次のような表現を含んでいた。

#### 民法 1671 条

(1) 親の婚姻が解消されると、家庭裁判所は、共同の子に対する親の配慮〔権〕が、いずれの親に帰属するべきかを決定する。

(2) 裁判所は、子供の福祉に最善の形で適合する取り決めを定める。この際、特に子の両親および兄弟姉妹との愛着が配慮されるべきである。

(3) 裁判所が両親の一致した提案から逸脱すべきであるのは、この逸脱が子の福祉のために必要なときのみである。年齢満 14 歳に達した子が、別の提案をしたとき、裁判所は 2 項に拠って決定する。

(4) 親の配慮〔権〕は、一方の親に単独で移譲されるべきである。子の財産的利益に必要であれば、財産の配慮〔権〕は全部又は部分的に他方の親へと移譲される。

(5) 裁判所は、子の福祉にとっての危険を回避するため必要であれば、身上の配慮〔権〕と財産の配慮権を後見人又は保佐人に移譲できる。裁判所は、子の福祉のために必要があるとき、養育料支払い請求権の行使のために、子に保佐人を選任するものとする。

2. a) 離婚した両親に共同配慮権までもが認められうるのか、という疑問は、同権法の版における民法 1671 条 4 項の施行以来、争いがあった。今のところ支配的な見解によれば、そのような可能性は、それをよしとする夫婦の共同提案がなされた場合ですら、問題外であった (vgl. Dölle, Familienrecht, 1965, § 97 III 5. mit Rechtsprechungs- und Literaturnachweisen)。理由として、本質的には、民法 1671 条 4 項の文言が同 2 文及び 1 文の脈絡との関連で、このこと〔離婚後共同配慮権〕を許容していないことが、指摘された。さらに、共同配慮権は、両親の紛争に関与してはならない、かつ実験の対象であってはならない子の福祉と相容れない、との反論が持ち出された。

文献において支配的見解への批判がいや増しに行われるようになった後 (vgl. Schworer, in Staudinger, BGB, 10./11. Aufl., § 1671 Anm. 79; Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, 1977, Rdnr. 187 m. w. N.)、まず最初に幾つかの区裁判所及び地方裁判所が離婚した両親の共同配慮権の権限の存続に賛成を表明した (LG Mannheim, FamRZ 1971, S. 185; AG Tübingen, DA Vorm. 1976, S. 424; LG Wiesbaden, FamRZ 1977, S. 60)。その後、特に第一次婚姻法改革法によって民法 1671 条の、有責を問題としない版が施行された後、諸々の上級地方裁判所さえもが、そのような取り決め〔共同配慮権〕がそれら〔上級地方裁判所〕の評価により当該子の福祉に適うとき、離婚した両親に共同配慮権を認めた (OLG Düsseldorf, FamRZ 1978, S. 266; Schleswig-Holsteinsches OLG, DA Vorm. 1978, S. 796 ; KG, FamRZ

1979, S. 340; Hans. OLG Hamburg, MDR 1979, S. 582.)

b) 親の配慮権の新規定のための立法手続きにおいて実施された公的な有識者の聴聞に際して (vgl. Zur Sache, Themen parlamentarischer Beratung, 1/78, Elterliches, Sorgerechts, Bonn 1978)、離婚した両親の共同配慮権の問題も取り扱われた。その際、有識者の一部がこの〔離婚後共同配慮権〕の可能性に賛意を表明した。つまり、両方の親が十分に教育能力を有し、子に同じく強い情緒的結びつきを持ち、その責任をさらに担いたいと欲するとき、これ〔離婚後共同配慮権〕は子の利益となるというのだ (BTDrucks. 8/2788, S. 63)。それにも拘らず、法務委員会は、法律となった同委員会の議決勧告において、離婚した両親の共同配慮権に反対を表明した。その際、法務委員会にとって決定的だったのは、この取り決め〔共同配慮権〕には実務的な需要が存せず、離婚の時点における一方の親への子の帰属によって明確な諸関係が作り出されるなら、子の利益となる、ということであった (BTDrucks., a.a.O.)。

c) 離婚した両親の共同配慮権に反対する一義的な立法者の決定の後ですら、見解の争いは文献や判例において継続した。その際、その規定〔離婚後共同配慮権に反対する規定〕は、それが憲法違反と看做される場合、基本法6条2項1文によって保障された親の権利に違反するとして異議を唱えられた (vgl. Diederichsen, in Palandt, BGB, 41. Aufl., § 1671 Anm. 2 m. w. N.)。

同様に〔ベルリンの〕地方上級裁判所も民法1671条4項1文を憲法違反と看做した (FamRZ 1980, S. 821)。つまり、離婚後の両親に共同で親の配慮権を移譲することの例外なき禁止は、基本法6条2項に基本権として保障された、子どもの育成及び教育に関する親の権利に抵触する、というのだ。国家が、監視権<sup>4</sup>の行使において、親の権利及び親の責任に一般的な禁止をもって介入してよいのは、子の福祉の危殆化を回避するのに個別の措置が不十分なきのみである。しかしながら、離婚後の両親が共同配慮〔権〕を保持したとして、子の福祉が常に危険にさらされる、という点につき、経験則は無いのだという。

ベルリンの訴訟のために連邦憲法裁判所へ移送することが問題外であることを顧慮して、〔ベルリンの〕地方上級裁判所は憲法違反と認識された規定を適用せず、決定されるべき事件において、親としての配慮〔権〕が離婚した人々に共同に帰属する、と確認したのである。

## II.

1. a) ケーニヒシュタイン区裁判所— 1 BvL 25/80 —へ提起された第一審手続の当事者たちは、1975年に婚姻を結んだ。この年、彼らの息子も誕生した。

合意のうえでの離婚に向けられた彼らの申請の枠組みの中で、その夫婦— 妻はエ

<sup>4</sup> ドイツ基本法6条2項に基づく用語だと思われる。同条文には次のようにある。「子供の育成及び教育は、親の自然的権利であり、かつ、何よりもまず親に課せられた義務である。この義務の実行については、国家共同体がこれを監視する。」

ジプト学者、夫は鉱物学士である——は、その子に対する親としての配慮〔権〕を自分たちに共同で移譲することを提案した。理由として、彼らは次のように述べた。その子は、彼らの別離後も引き続き彼らとともに共通の一世帯用住宅で生活しており、彼らに交代で世話されている。このような生活形成は、子の将来のためにも望ましいと彼らには思えた。この子は、その誕生以来、彼らに交代で世話をされ、それゆえ彼ら双方の中に同じ愛着対象者を見出し、彼らに同じ愛情をもって依存しているという。彼らは、こうしてその子に環境や生活態度における変動を免れさせようと欲したのであり、その子にとって彼らの別居は従来の生活住居を基礎とすることで著しい変化を伴わないものであった。配慮権の共同行使と結びついた交代での養育は、職業的な点においても実現されうる、と言うのである。

第一審手続にて意見聴取された管轄の青少年局は親の配慮〔権〕の夫婦双方への共同移譲に賛成した。

b) 区裁判所は、その婚姻を1980年2月12日の確定判決によって解消し、年金分割を行った。同時に区裁判所は、親としての配慮権の取り決めについての手続を分離し、停止した。区裁判所は、その案件を民法1671条4項1文の憲法適合性審査のために連邦憲法裁判所へと移送した。

区裁判所は、職権により親の配慮〔権〕の取り決めを定めるに際して、離婚した夫婦の提案に対応し、彼らに配慮権を共同で委ねたいと思ったのだが、しかるに、このことは民法1671条4項1文によって阻まれているように見えた。区裁判所は、この規定を基本法6条2項に反するがゆえに違憲であると看做した。その規定は、婚姻の解消後も基本法により保護された親の権利は引き続き両方の親に帰属するというを十分に顧慮していなかった。たしかに親の権利は、国家の監視権の行使という枠組みの中で子の福祉を理由として制限されうるものであり、このことは許容される。配慮権を離婚後は片方の親に単独で移譲すること、このことを処理すべき多くの事案において好ましいと思わせる、幾つかの一般的な考慮も存在するという。しかしながら、親双方が共同で親の権利を持つことを例外なく制限することは、基本法と一致しないとされる。子の福祉の具体的諸点が、両親によって提案された親の配慮権の共同行使に反しない、というケースが——第一審手続が証明したように——考えられうる、というのである。

2. a) ビーレフェルト区裁判所— 1 BvL 38/80 —の移送の基礎となった手続で、両当事者——ギムナジウム教師と女性教員<sup>5</sup>——は1965年に結婚した。その婚姻によって、1966年と1967年に二人の子ともが生まれた。1976年の夏に夫は夫婦の住居を去り、それ以来、別の女性と一緒に生活している。このこととは関わりなく、父とその妻子との接触はとぎれなかった。子どもの事柄についての決定は依然として両親により共同で行われた。

<sup>5</sup> Lehrerin (女性教員) という言葉は、主として小学校の教員に用いられる言葉だという。参照、上野ひる美「ドイツにおける教師養成制度」奈良教育大学教育研究所紀要 35 (1999)、66頁。



夫によって1980年に提起された離婚手続において、その夫婦は合意の上、自分たちに子どもに係る共同配慮権を委ねるよう、申請した。彼らは比較的長期間継続した別離生活の間に双方ともに自分たちの子どもに対する共同の責任を受け入れ十分に担ってきたし、葛藤や未解決の紛争は彼らから見て存在していない、ということを示唆した。こうして、父は子どもと接触を保ち、子どもと何かを企てるために定期的に何度も毎週のように離婚した妻の住居に来ていたという。

b) 区裁判所はその婚姻を1980年6月10日の判決をもって終結させ、年金分割を実施し、子どもに対する親の配慮〔権〕を仮命令の方法で暫定的に妻に委ねた。同時に裁判所は、親の配慮〔権〕の決定的な取り決めのための手続を停止し、その事案を民法1671条4項1文の憲法適合性審査のために連邦憲法裁判所に移送した。

区裁判所は、共同配慮権の移譲について合意された両親の提案を聞き届けたかったのだ。しかしながら、それには、異議を唱えられた〔民法〕規定が立ちふさがっており、その規定を区裁判所は基本法6条2項1文に違反するがゆえに憲法違反だと看做していた。つまり、離婚後の親の配慮権から一方の親を全面的に排除することは、国家の監視権によってカバーされない、というのだ。国家の監視権は比例原則を考慮すれば、子の福祉のために要請されるような介入のみを正当化する。しかしながら——第一審手続におけるように——、子の片方の親への一方的・法的な帰属は、依然として存在する自然な親子関係に十分な法的承認を与えないがゆえに子の福祉に甚だしく反する、といった個別事例が考えられる。子の片親への帰属によって、次のような危険が発生する。つまり、両当事者間で親の配慮〔権〕の問題における見解の相違ははるかに頻繁に裁判所で争われるようになるに違いない——それも両親がなお正式に親の配慮権の同等な担い手であるような場合よりもはるかに頻繁に争われるに違いないのである。配慮権に関する「必要な」決定が延期されるだけであり、配慮権の手続きの結果は、子のさらなる発達という観点において決して最終的なものと看做されえない、ということ指摘することによって、異議申し立てされた〔民法〕規定が正当化されることもない。結局のところ、法定の決定の併合が回避されかねない危険は、家庭裁判所<sup>6</sup>が紛れのない訴訟規定により、あらゆる事例で配慮権に関する決定を行うことを義務付けられることによって予防される。この手続きは職権探知主義によって決せられるのだから、その事案に取り組む裁判所は当該子どもの状況に関して正確なイメージを得ることができ、それゆえに、子の福祉によって要請される配慮権に係る取り決めに定めることができる、ということも保障される、というのだ。

3. a) ベルギッシュ・グラートバッハの区裁判所での第一審手続—1 BvL 40/80—において、両当事者——弁護士と〔女性〕支配人——は、1962年に結婚した。その婚姻によって1965年に息子が生まれ、そして息子は1979年の夫婦の離別以来、母の世帯で生活している。

<sup>6</sup> Familiengericht (家庭裁判所) は、裁判所構成法により区裁判所の部 (Abteilung) として設置されている。

夫によって提起された離婚手続きにおいて両当事者は、息子に係る親の配慮〔権〕は両親に移譲され、面会交流権の明文の取り決めを見合わせることにつき、合意のうえ裁判所に提案した。理由として、彼らは、この提案が子の福祉に最善の形で適合する、と述べた。こうすることで息子は、両親から人格形成のための最大の支援を期待することができ、特に両親と特別な信頼関係を保持することができる、という。母親が息子を身上の点で養育し、他方で父親が学校関係の面倒をみるべきことが計画されていた。

管轄の青少年局は親の配慮権を両親に移譲することに賛成していた。聴聞の時点でほぼ15歳であった息子は、これまで実施された取り決めが機能しており、息子は両親と良好な接触を保持している、との見方を擁護した。例えば、息子は学校が休みの間、母よりも父と過ごすことが多かった。息子の生活状況は、そもそも両親の離別以来、本質的に変わっていなかった、というのである。

b) 区裁判所は1980年8月15日の判決によってその婚姻を解消し、両当事者の間では年金分割を行わないことを確認し、そして同時に、子に係る配慮権を仮に母親に移譲した。区裁判所は親の配慮〔権〕の取り決めに関する併合の手続きを停止し、連邦憲法裁判所に民法1671条4項1文の憲法適合性の問題を移送した。

区裁判所は、息子が反論しなかった両親の共同提案に従い、親の配慮〔権〕を両親に共同で移譲する意向である。というのも、このことが——詳述された諸理由によって——子の福祉に最善の形で適合するのであり、そのような取り決めは本件における裁判所の確信によれば十分に実行可能であるのだから。

しかしながら区裁判所は、適合する決定が民法1671条4項1文の一義的な文言によって妨げられていると見る。区裁判所は、その規定をまずもって基本法6条2項に違反するがゆえに違憲だと看做している。離婚した両親の共同配慮権を全面的に排除することは、基本法6条2項2文によって正当化されない。その〔民法〕規定は、憲法の比例原則と一致しえない。立法者は、裁判官——その〔裁判官の〕決定の余地は、そうでなくとも親の配慮権の新規定に関する法律によって著しく拡大されてしまったのだが——に子の福祉を志向した配慮権の取り決めのための包括的権限を認めることができた。

その他にも、区裁判所は、審査に付された〔民法の〕規範によって基本法6条1項において表現された憲法制定者の基本的価値決定までもが侵害されているとみている。両親の血筋に基づき、かつ、両親による元来の養育と教育に基づき、両親に対して、自己の人格を極めて深く決定する愛着を持つ子にとって、基本法6条1項の保護は、この愛着が可能な限り維持されるところにまで及ばねばならない。別れた両親が子を共同で教育し養育することが、片方の親に帰属することよりもその子にとって心理的に良い場合には、養育と教育が権利として片方の親にのみ単独で帰属してしかるべきとする強制的な規定は、配慮権を持たない親と子の自然に与えられた愛着とともに、まさしく憲法によって保障された基礎的な家族関係を破壊するものとなろう。このことは、いずれにせよ特別な正当化事由なしには受け入れられない。

4. a) ヴァイプリングゲン区裁判所— 1 BvL 12/81 —に提起された手続において、両当事者——〔男性〕支配人と〔女性〕事務員——は1969年に婚姻を結んだ。この婚姻により1974年に息子が、1975年に娘が生まれたが、この二人の子どもは1978年のその夫婦の離婚以来、母親のところで生活している。

1980年に夫によって提起された離婚手続きにおいて、夫婦は合意のうえで、両方の子どものため共同による親の配慮権を移譲するよう申請をした。理由として、彼らは次のように主張した。子どもの将来と関わりのある全決定は共同で議論され、下されてきた。面会交流権は別居生活の間、硬直した取り決めによってではなく、その都度ケース・バイ・ケースで難なく実施されてきた。子の養育費は、なお存在する夫婦共同の口座から母親が自分自身と二人の子どものため必要な分だけ金を下ろすという方法で、規律されているという。

管轄の青少年局は共同配慮権の移譲に対する憂慮を主張しなかった。

b) 1981年2月19日の判決によって区裁判所は、その婚姻を解消し、年金分割を実施し、子どもに対する親の配慮〔権〕を仮命令の方法で妻に移譲した。1981年5月7日の決定によって区裁判所はその手続きを親の配慮権の規定を理由に停止し、その案件を民法1671条4項1文の憲法適合性を審査するため連邦憲法裁判所に移送した。

家庭裁判所は、両親の共同配慮権が子どもの福祉に役立つであろうと確信していた。同様に家庭裁判所は、妨害する民法1671条4項1文の規定を基本法6条2項に違反するがゆえに憲法違反であると看做している。親の権利の共同の行使がゆくゆくは当該子の不利に働くのではなく、むしろ有利に働くであろう諸事例は全くもって想定可能であるにも拘らず、立法者は、国家の監視権の行使にあたって許されない方法で一律に親の権利を侵害したというのだ。

そのうえ家庭裁判所は、審査に付された〔民法の〕規範を〔法の前の平等を定めた〕基本法3条1項と合致しないと看做す。この点につき家庭裁判所は、——現在婚姻中の場合とは異なって——離婚後は親の権利の侵害が子の福祉を保護する義務によって正当化されることなく行われている、と異議を唱える。

### III. 〔連邦政府の見解〕

1. 連邦政府の名で立場を表明した連邦法務大臣は、民法1671条4項1文の規定を基本法6条2項と一致していると看做す。立法者の決定は、子の福祉と親の責任の衡量に依拠している、という。

立法者は、法秩序と法的平穩を保持するという普遍的な任務に基づいて、典型的な生活実態を志向しつつ、離婚した夫婦から生まれた子どものために明瞭な規定を調達する権限があるのであり、かつ、このことは基本法6条2項2文に言う監視権からも義務付けられている。その際、立法者には比較的広い内容形成の余地が与えられる。つまり、立法者は離婚した両親相互の関係を規律するのであるが、しかしその際、教



育権における親の国家に対する優位を侵害していない。

連邦憲法裁判所はその「交通法決定」(vgl. BVerfGE 31, 194 [205])において、離婚した親の紛争によって子の福祉が危殆化され又は危殆化されるとき、一方の親に配慮権を割り当て、他方の親が個人的な面会交流の権利を保持することに異議を唱えていない。しかし、両親の間に紛争が存しない場合であっても、両親の離婚に起因する配慮権の分割は合憲である。離婚後も存続する両親の責任は、配慮権の分割や面会交流権についての共同提案が極めて広範囲に裁判所の決定へ影響を有する場合に、考慮される。

このような立法による基本決定から逸脱した、例外的事例——例えば、第一審手続の基礎となっているような——のための規定は、要請されていない。子にとって重要な親の責任は配慮権が他方の親や第三者に対して保障する法律上の諸権利とは独立して存在している。親の責任の行使について両親の合意があっても、共同配慮権を承認しなければならないわけではない。配慮権の分割を勧告する際とは異なり、配慮権を引き続き両親に委ねる提案の際には、両親が事実、離婚によって変化した状況によって順応したことが明らかになることはない。さらに、第一審手続の基礎にある特異な様相の生活諸関係の場合でも、基本法6条2項が前提とするような家族共同体はもはや存在しないということ、このことが見落とされてはならない。結局、これらの事例において継続的な配慮権決定が下されうるかどうかは疑わしいように思える。諸条件の比較的長期の継続は離婚した夫婦においては当然にも疑わしく、共同の配慮権行使に関して合意した意思は長きにわたって保持されないように思える。

それに加え——法務大臣はこう懸念する——離婚した両親の共同配慮権の承認は、さらなるネガティブな諸結果へと至るかもしれない。その種の例外規定は、離婚時の典型的状況に相応しい法律上の規定を空洞化させることになる吸引効果を持つ危険がある。その場合、決定は個別事例の集中的な調査の後でのみ下されう。しかし、このことは、多くの事例において一方の親への迅速な、子の利益に合致した一義的な帰属が行われないという結果を伴う。配慮権がもはや共同で行使されえないとき、配慮権決定が適時変更されることは保障されないだろう。というのも、職権による定期的な監視は可能でもないし適切でもないのだから。さらに、両親が自発的な合意と一致した行動によって事実上、共同配慮権を委ねた場合と類似した状態を招来する、という事情が加わる。そのような協調は、本件のような稀有な例外事例において両親に要求しうるものなのだから。子に係る全ての重要問題を一致して決定しようとする親の態勢は、配慮権の一方の親への移譲によって妨げられない。

2. ケーニヒシュタイン区裁判所の移送の基礎にある第一審手続の両当事者は、移送裁判所〔区裁判所〕の見解に従った。

#### IV. [有識者の見解]

1. 口頭弁論において、ラインラント・プファルツ小児神経医学センター及びマイ

ントの社会小児科学研究所の長であるペヒシュタイン教授並びにミュンヘンの国立幼児教育研究所の長であるフテナキス教授は、有識者として離婚した両親の共同配慮権の問題領域から様々な問題について聴聞された。両教授は、離婚後も両親に共同で親の責任を負わせる可能性を開くことに賛成した。

2. さらに、口頭弁論において次の者が発言した。連邦政府に賛成して、参事官ハイデ博士。ヴァイプリングェン区裁判所の第一審手続きの申立人に賛成して、シュトレースナー弁護士。ヴァイプリングェン区裁判所の第一審手続きの相手方に賛成して、シュスター弁護士、社団法人ドイツ児童保護連盟の代表として区裁判所裁判官プレシュティエン及びドイツ裁判官連盟の家族法委員会の委員長として〔ベルリンの〕上級地方裁判所の裁判長ミュラー・ヴェーバー。

## B. [連邦憲法裁判所の見解]

離婚した夫婦から生まれた子に対する配慮権を強制的に片方の親へ移譲することを定めており、かつ、子のための配慮権が離婚後の父と母に引き続き共同で与えられることを例外事例においてさえ許容しない民法 1671 条 4 項 1 文の規定は、基本法 6 条 2 項 1 文の親の権利と一致しない。

### I.

1. 親の権利の憲法による保障は、第一に子の保護に向けられている。これが依拠するのは、子の福祉は通例、別の或る人物や研究所にとってよりも両親にとってこそ大切な存在であるという、基本的な考えである。親の権利は国家との関係では自由権であって、ゆえに国家が両親の教育権に対して介入することが許されるのは、原則として基本法 6 条 2 項 2 文によって国家に与えられる監視権がこれを命じるときにのみである。子との関係において、その子の福祉は親による育成と教育の最高の指針でなければならない。基本法 6 条 2 項 1 文は — そして、このことは明確に規定の文言に表れている — 基本権と基本義務を同時に定めている。それゆえ親の権利は、受託者の権利、奉仕する基本権、本当の意味で委ねられた受託者の自由であると呼ばれたのである (vgl. BVerfGE 59, 360 [376 f.])。それによると、憲法によって保障された親の権利は、両親が自分たちの教育権を子の福祉のために行使する用意があり、能力があることを前提とする。つまり、このような前提のもとでのみ、親の権利と結びついた責任が対応させられるということを出発点とすることができる (BVerfGE 56, 363 [382])。

2. 基本法 6 条 2 項 1 文は、子が婚姻によって結びつけられた両親と一つの家族共同体の中でともに生活し、父と母がその子を共同で育成し教育しているという、通常の事例から出発している (BVerfGE 31, 194 [205])。未成年の子が調和のとれた共同体の内部で父と母によって教育され世話されることにより最善の形で保障されるの

は、その子が自己責任による人格へと成長し、一つの共同体の中で生活することができるということ、これである (vgl. BVerfGE 24, 119 [144])。有識者ペヒシュタイン教授が詳述したように、今日、家族的社会関係の持続が成長過程の人間の安定的で健康な社会心理的発達のための決定的な基礎と看做されているということは、子どもに関する全ての学問領域における認識と合致する。

3. 子の母と父への情緒的愛着は両親の別離や離婚と無関係に存続しうる。たとえ両親が従来のやり方で親の責任を共同行使することがもはや不可能であるとしても、それでも両親は、通常、両親の別離に伴う子の発達にとっての害悪を可能な限り減少させ、子の育成と教育並びに両親と子のさらなる人間関係にとって理性的な、子の利益に合致する解決を発見する義務を有している (vgl. BVerfGE 31, 194 [205])。それゆえ、このように理解され存続する親の権利の行使に際して別居又は離婚した両親は、子どもに両親の紛争を背負いこませないように努力しなければならない。これには、一方の親が子と他方の親との関係を害しうるようなあらゆることを止めることも含まれる (参照、民法 1634 条 1 項 2 文)。こうして離婚した両親は、子の発達にとって有益な家族への愛着が残余の中で維持され続ける、ということ達成しうるのである。

しかしながら離婚によって、権利と義務とを付与された夫婦の生活共同体だけでなく、子の両親との家庭的共同生活も終局的に廃止される。離婚後、両方の親と緊密な接触を保持している子でさえ、もはや両親と常に一緒に生活するのではないし、面会交流権が寛容に形成された場合ですら子のそのときどきの滞在場所に対応して母または父のところで生活することになるのである。離婚は、その後、離婚した両親が自分たちの存続する親の責任を履行する事例においてさえ、親子関係に影響を及ぼす。

離婚と結びついたこのような諸結果に鑑み、立法者は憲法上異議を唱えられない方法で次のように命じることができたのである。すなわち、共通の子どものための配慮権に関する家庭裁判所の決定が離婚と併合して例外なくなされなければならず (民法 1671 条 1 項、民事訴訟法 621 条 1 項 1 号、同 623 条 1 項 1 文、同 3 項 2 文)、決して紛争事例に限定されるべきではない、と。その際、諸々の裁判所が子の福祉にとって必要な場合にのみ民法 1671 条 3 項 1 文によって両親の一致した提案から逸脱すべきであるという限りで、この規定は基本法 6 条 2 項 1 文を考慮していることになる。というのも、婚姻の挫折と離婚の後で配慮権者につき両親が合意によって決定するということは、通常、存続する親の責任の行使に賛成することになるのだから。

## II.

離婚した両親が、自分たちのうち誰が共通の子に対する親の配慮権を行使するべきかについて一致できないとき、既に法秩序及び法的平穩を守る国家の一般的任務から、国家が両親の相反する利益の調整のために決定する権限を持つということが推論される (BVerfGE 31, 194 [205])。紛争事例において国家が活動的になることによって志向されているのは、離婚した両親が有する両者固有の、かつ、親の権利によって保障

された両者の法的地位の間の均衡を、教育の担い手としての彼らの優位を侵害することなく、企てることであるのだから、国家は親の教育権への介入のために存在しなければならない厳格な諸前提に縛られてはいない（BVerfGE a.a.O. [208]）。

しかしながら、両親が子のための共同責任を離婚後に引き続き担う気がある諸事件においては、国家によって両親の相反する利益を調停する必要はない。両方の親がさらに十分に教育能力があり、他の点で子の福祉のために片方の親に配慮権を移譲することが好ましいと思わせる理由が存しないなら、国家でさえもその監視権の行使において片方の親を子の育成と教育から締め出し、その親を面会交流権に制限する権限はない。同様に国家が離婚後における共同の親の責任の存続を例外なく締め出すなら、このことは基本法6条2項1文によって保障される親の法的地位への介入であり、この介入は特別な正当化事由を必要とする。

この点では、婚姻に拠らない生活共同体の中で成長する子を持った両親の場合とは異なる諸前提が存在する。この場合、国家が婚姻によらない父に配慮権への法的な参画を拒否し、未成年の非嫡出子を単独で母による親の配慮に属させるとすれば、国家は両親が共に結婚することを自覚的に拒否しているがゆえに、両親を義務付ける形成の余地の限界内に留まっている（BverfGE 56, 363 [385 f.]）。いずれにせよ立法者は、婚姻に拠らない両親のために共同配慮権の可能性を開く規定を創設することを憲法によっては義務づけられない。これに反して、結婚した両親は子の誕生とともに民法1626条1項1文により子のための共同の身上配慮〔権〕を獲得するのであるが、この配慮権を両親は離別まで通常は共同責任において行使するのであって、〔違憲〕審査に付された〔民法〕規定により離婚によって片方の親から剥奪される。

### III.

この規定の例外の無さを正当化する事由は認識しえない。

1. このことは、まず第一に子の発達と教育における継続性の観点のもとで妥当する。教育には——少年精神医学および少年心理学において承認されているように——著しい意義が与えられている（vgl. Arntzen, *Elterliche Sorge und persönlicher Umgang mit Kindern aus gerichtspsychologischer Sicht*, München 1980, S. 18; Ell, *Trennung – Scheidung – und die Kinder?*, Stuttgart 1979, S. 62 ff.; Goldstein/Freud/Solint, *Jenseits des Kindesewohls*, Frankfurt 1974, S.33 f.; Lempp, *NJW* 1963, S. 1659 [1662]）。立法者も離婚した両親の共同配慮権に反対する決定の際に継続性の観点を顧慮しようとした。その際、立法者は、共同責任の行使についての両親の合意は長続きしないであろうし、その結果、配慮権の一方の親への移譲が延期されることになるだけだ、ということから出発した。しかし、そのような延期によっては教育の継続性にとって何ら得るものがないという。教育の継続性は、明確な諸関係を創設することによってのみ、つまり離婚時点において子を一方の親に帰属させることによって保障される、という（BTDrucks. 8/2788, S. 61）。しかし、立



法者のこのような考量は、その規定が例外を許さないことを根拠づけることができない。

a) 共同の身上配慮〔権〕の行使につき離婚した両親がなした合意の安定性に関する疑問は立法手続きにおける有識者の聴聞において解決されなかった。口頭弁論においてペヒシュタイン教授は、その疑問に対して、離婚した両親は——たとえ数に限りがあるにしても——長期的に親の配慮〔権〕をよく行使しうる、という趣旨の解答をした。

確かに、夫婦の関係は離婚後、子の教育や育成における責任ある協働をもはや不可能にするように展開しうるのであり、その結果、子を一方の親へ帰属させる裁判所の決定が必須となる、ということは排除されえない。しかしながら、そのような場合においても、両親がなお親の責任を共同で引き続き担うことができた子の人生の時期こそが子の発達にとって決定的だと判明し、その限りで子にまつわる両親の共同の努力がポジティブに作用した、ということがありうる。それゆえ、親の配慮〔権〕の共同行使によって保障された親による時限的な教育の継続も子の福祉のためになりうるのである。

その他、子の配慮権が片方の親に始めから単独で移譲される諸事件においてさえ、新たな諸決定が必要となることは珍しくない。その原因は、成長しつつある子にとって重要な生活関係の発展に関する診断の困難さや規律の期間の長さにある (vgl. Fehmel, FamRZ 1980, S. 758 [760])。立法者は規律の期間の長さを考慮に入れ、民法 1696 条の中で、親の配慮〔権〕が存続している間、後見裁判所<sup>7</sup>および家庭裁判所が子の利益にとって好ましいと看做すときにはいつでも命令を変更しうる可能性を開いた<sup>8</sup>。

b) しかしながら、継続性の原則によれば、将来に向けて子が両親の離婚後に可能な限り統一的で一貫した教育を受けられるよう保障する配慮権上の解決のみが配慮されるべきではない。むしろ、配慮権決定の時点で存在する、子の両親や兄弟姉妹への感情的な愛着も考慮されるべきである (vgl. BVerfGE 55, 171 [184])。立法者もそのことを前提とし、民法 1671 条 2 項後半において子の愛着への配慮を明文で命じたのである。なぜなら、片親のみと不完全な家族へ移行することが子に及ぼす有害さは子の諸々の愛着ができるだけ毀損されないときに最少となるからだ (BTDrucks. 8/2788, S. 61)。

もっとも、子は父と母に同様に強い感情的関係を持っており、子の利益は幼少期のあいだ解消しえない親子関係を志向しているのに、子はそれでも一方の親に有利に決

<sup>7</sup> Vormundschaftsgericht (後見裁判所) は、「行為能力剥奪・制限の宣告、後见人・後見監督人の選任・監督など後見事務を行う裁判所」であり、区裁判所が対外的に後見裁判所という名のもとにこれらの事務を行う、とされる。山田晃『ドイツ法律用語辞典 改訂増補版』(大学書林、1993 年)に掲載の Vormundschaftsgericht の項目を参照のこと。2009 年には Betreuungsrericht と改称された。後者は、「成年後見裁判所」「世話裁判所」「ケア裁判所」等、様々に訳されている。

<sup>8</sup> 当時のドイツ民法 1696 条には、「親の配慮〔権〕が持続している間、後見裁判所及び家庭裁判所は、子のために好ましいと看做すときにはいつでも、その命令を変更することができる。」と定められていた。



断すべきであるとすれば、そのような〔愛着の〕毀損は不可避である。その点では、— フテナキス教授が詳しく述べたように — 離婚した両親の共同配慮〔権〕は子にとって最大限の継続性を許すのである。

2. a) 離婚後は双方に子に対する共同配慮〔権〕を委ねて欲しいという夫婦の望みに潜んでいる事実こそぐわぬ動機の危険によっても、親の配慮権を片方の親へと例外なく移譲することは十分に正当化されない。

立法手続きにおいて、次のような憂慮が表明された。すなわち、離婚しようとする両親にとって共同配慮権の可能性は、離婚併合手続<sup>9</sup>をすり抜けて離婚手続きを早めるために、この問題で合意があることを裁判所に信じ込ませようとする大きな誘因となるかもしれない、と (BTDrucks. 8/2788, S. 63)。さらには、連邦法務大臣は態度表明において次のように指摘した。すなわち、両親が争いを恐れ、遂には紛争をも避けようとし、その限りで彼らの決定が子の福祉のほうを向いていない、このゆえに両親は裁判所に共同配慮権を委ねるよう提案することがありえるだろう、と。文献では、両親の表向きの合意が結果として経済的・精神的または情緒的に負けている一方の親の抑圧に拠っているとき、共同配慮権についての両親の合意は子どもの重荷となりうる、という点にさらなる危険が見出されている (Klußmann, FamRZ 1982, S. 118 [122])。

子の福祉のためには、配慮権に関する〔作為的に〕操作された決定は避けなければならない。しかし、この種の考量は離婚した両親の共同配慮権を予めかつ例外なく拒否するに至ってはならない。両親の利益と子の福祉との間に起こりうる葛藤に際しては、たしかに子のほうに優位が与えられねばならない (vgl. BVerfGE 37, 217 [252])。しかしながら、その種の紛争は個別事例において解決されねばならない。このことは、起こりうる基本権侵害を甘受することでのみ濫用を予防しうる法律上の規定によって妨げられてはならない (vgl. BVerfGE 29, 104 [118])。

b) 裁判所は民法 1671 条 2 項前半によって、子の福祉に最善の形で適合する取り決めを定めなければならない。この基準を考慮しつつ離婚併合手続 (民事訴訟法 621 条、623 条) において離婚後に未成年の子に配慮する権利及び義務を誰が有すべきかを明らかにする裁判官の困難な任務は、一方の親だけが又は両方の親が配慮権の担い手として考慮されるかということと関わりなく存在する。手続の簡素化という理由から、裁判官は共同配慮権についての親の提案に対し、子の福祉を顧慮して審査するという義務を果たすことなく対応することで良しとしうる、という抗議 (Klußmann, a.a.O. [121]) には憲法上の意義が認められない。その他、民法 1671 条 2 項という重要な規定に対して同様に異議が唱えられるだろう。というのも、ここにおいても裁判

<sup>9</sup> Scheidungsverbund (離婚併合手続) とは、離婚に際して併合して (im Verbund) 判断される諸事項に関する手続を意味する。具体的には、年金分割、子のための配慮権、離婚後の扶養請求、子の扶養、家財の配分および婚姻住居の割り当て、夫婦財産制に基づく請求を指すという。これにつき参照、オリバー・フランツ・ケストラー (神谷遊 訳) 「ドイツにおける離婚訴訟の実際とその課題」 広島法律大学院論集 2 号 (2006 年) 116 頁。

官は両親の一致した提案に満足してはならないのだからである。

3. 離婚した両親の共同配慮権に反対して主張される残る憂慮も、異議を唱えられた〔民法〕規定を正当化しえない。

a) 共同配慮権に反する決定は、両親が実際に自分たちの望む結果を私的な形成を通じて簡単に達成しうるということによって特に根拠づけられる (BTDrucks. 8/2788, S. 63)。親の配慮権を行使する一方の親は他方の親をこの行使にのみ参加させる必要があるという。その場合、他方の親は共同親権者 (Miterziehungsberechtigter) であろうし、すべての子に関する事柄において協働することができよう。なるほど、一連の事例では配慮権を有する一方の親の委任を必要とすることになる。しかし、その発行とそれの呈示は要求しえない負担ではない。

子の両親が離婚したとき日常生活の諸々の必要事が共同の配慮〔権〕を要求しないということ (vgl. Dieckmann, NJW 1981, S. 668) は、民法 1671 条 4 項 1 文の憲法適合性の問題にとってともかく意味がない。これに拠って、両親が自分たちの親の権利への介入の効果を適切な措置によって中立化しうること、つまり法律の予定したことと異なって行動しうることを共同配慮権の一般的排除の理由とするのであれば、このようなことは憲法より優先して存在する正当化事由ではない。

b) 連邦法務大臣によって危惧された、離婚した両親の共同配慮権の許可に伴う「吸引効果」は、対応する法的規定に拠って夫婦が離婚手続きの中で子のための共同配慮権の申請を益々行うようになるだろうという点にのみ存在しうるだろう。しかし、このような申請の著しい増大に際しても、共同の親の責任の存続が子の利益になる場合にのみ、それらに対応すべきであろう。法務大臣とともに、以下のことが予見しうる。すなわち、その際、事情によっては、子が一方の親へ帰属することが重要とされる場合よりも配慮権決定を長く延期できる裁判官によって個別事例を詳細に審査することが必要だということが予見しうるのである。このことは、いずれにせよ夫婦のうち誰が離婚後に配慮権を引き受けるべきかにつき合意がある場合と比べると妥当である。争いも珍しくない配慮権手続において子のために求められる配慮権に係る諸関係の素早い解決は同様に達成されえないのだが、これと関わりなく、長い訴訟手続きの継続は異議を唱えられた〔民法〕規定を正当化するのに相応しくない。同じことは、夫婦の離婚における典型的な状況にとって通常は適切な解決である目下存在する規定が両親の離婚後の共同配慮権が法律上可能となることで空洞化されることになるかもしれない、との抗弁にも当てはまる。そのような空洞化に現存する諸規定の解釈によってさえ対処できない場合、適切な規定によって共同配慮権の移譲が例外に留まるよう努力することは、立法者の裁量に任されている。

c) 離婚した夫婦に共同親権を委ねる可能性を開くにあたって予想される「空洞化効果」と確実に対立するのは、連邦司法大臣の次のような考量である。〔彼は、〕人生経験によれば離婚後の共同配慮権を実践するための諸前提が存在する事例の数は非常にわずかにすぎないだろうし、これらの事例は憲法上の推論を引き出すには相応しく

ないのであり、それゆえに、立法者はそれらを典型的な規定において無視してもよい、と言うのだ。

ペヒシュタイン教授が口頭弁論において詳述したように、一方の親への配慮権の移譲は長引く離婚手続の多くにおいて適切な解決である。それに適合するのは、子の福祉のために夫婦の申請による型どおりの配慮権決定が回避されうることである。共同配慮権の移譲は、むしろ、夫婦が子の育成と教育を引き続き、たとえ離婚に拠って変化された形であっても、子の福祉のために共同で行使することができるという裁判官の確信を前提とする。このような前提のもとでは、たとえ共同配慮権を法律によって可能にしたとしても、離婚後の両親に子のために共同の責任が認められるような決定は例外であり続けるだろうという想定が当然かもしれない。しかしながら、このことは民法 1671 条 4 項 1 文の例外なき規定を正当化しない。類型化する規定は、それと結びついた基本権侵害がさほど強烈でないときのみ許される (vgl. BVerfGE 45, 376 [390])。ここでは、そこから出発することはできない。その際、親の権利への介入は離婚によって通常引き起こされる子の害悪をできるだけ低く保つべきだとする離婚した夫婦の義務との密接な関連において見出される (vgl. BVerfGE 31, 194 [205])。親が離婚を主として自分たちの事柄として扱うことができ、その結果、両親と子の諸関係ができるだけ濁りなく維持され続ける限り、彼らはこの義務を履行している。それゆえ、このような諸事例において離婚した親の共同配慮権を拒否することにより、不利益を受けることになる<sup>10</sup>のは第一に子なのである。たとえ合法化されて存続する共同の親の責任が離婚した夫婦から生まれた子の発達に有利な影響を及ぼすということを抑えめに評価するにしても、こうした事情で、問題状況の必須な類型化を持ち出すことは正しくないのである。そうした類型化は、他の点でも、親の離婚によってそれだけでなくとも傷つけられた子が持つ、子の福祉に準拠した取り決め (vgl. BVerfGE 55, 171 [179]) を求める基本権上の請求権に十分な考慮を払っていない。

d) 結局のところ、離婚した両親が子に対して持つ共同配慮権の前提が事後的に欠けたとき、配慮権決定が時宜を得て改定されることは保障されえないとの懸念も、異議を唱えられた〔民法〕規定を正当化できない。たとえ子を一方の親に帰属させたとしても、子のために緊急に配慮権決定を訂正する必要があると思わせる関係の変化は排除されえない。しかし、配慮権なき一方の親が——理由のいかんを問わず——自らの子の運命に関心を持たず、他の点では配慮権の剥奪のための諸条件がない場合、同様に元来の決定に留まることになる。それゆえ、離婚した両親の共同配慮のもとにある子の福祉が、元来の配慮権決定の必要な改定が個別事例において行われなからといってより高い程度で危険にさらされるなどということは、明らかなことではないのである。

<sup>10</sup> betroffen. 通常の辞書には「狼狽している」等の意味が載っているが、法律用語としては「不利益を受ける」との意味がある。参照、山田・前掲注 7、betroffen の項目。

(署名あり) ベンダ博士                      ベーマー博士                      ズイーモン博士  
                    ファラー博士                      ヘッセ博士                      カッツェンシュタイン博士  
                    ニーマイヤー博士                      ホイスナー博士

**【訳者解説】**

本訳稿は、ドイツ連邦憲法裁判所判例（BVerfGE 61, 358 ff.）の邦訳である。

この判例以前は、ドイツでも現在の日本と同じく離婚後単独親権が法制化されていたが、この判例に拠って単独親権を定める民法 1671 条 4 項 1 文が基本法（憲法）6 条 2 項に違反しており、憲法違反と判示された。それ以後は、個別の申立てに基づく裁判例による対応が行われていたが、1998 年に親子法改正法（1997 年制定）が施行され、離婚後共同配慮が法制化された。

現在では、ヨーロッパ全域、アメリカ合衆国、ロシア、中国、韓国等でも離婚後共同親権が導入されている。今や日本は先進国で離婚後単独親権を取る唯一の国となった。わが国はハーグ条約に批准した後も、子どもを連れ去った配偶者が継続性の原則により親権を得る「連れ去り得」と言われる司法実務が横行しており、基本的人権を顧みない裁判実務には抜本的な改革が必要である。

諸外国に目を転じると、ドイツでは子を育成する親の権利は自然権とされ、憲法でも明文化されており、アメリカでは平等原則と適正手続により親の権利が人権として認められている。日本国憲法には親の権利についての明文の規定はないが、親子の自然的関係を論じた最高裁判決（旭川学テ判決）が存在していることや人権の普遍性等を根拠として、憲法上認められうると解される。

今や北朝鮮とともに離婚後単独親権を墨守する日本の裁判実務に対して、本訳稿が一石を投じることになることを願ってやまない。

