

# 翻訳：面会交流権が憲法で保護されると判示した ドイツ連邦憲法裁判所の判例

大 森 貴 弘

Japanische Übersetzung : Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts  
über das vom Grundgesetz geschützte Verkehrsrecht

OHMORI Takahiro

2021年11月5日受理

## 抄 録

離婚後にミュンヘンで子と同居する母に対して、ベルリンで別居中の実父と子との面接交渉及びそれに伴う子の父への引渡しを義務づけた裁判所の諸命令が、基本法(憲法)によって保護される諸々の基本権(親の権利、平等権、良心の自由及び人間の尊厳)を侵害すると主張する憲法異議の訴えが母から申立てられた。連邦憲法裁判所第一法廷は、母の訴えを棄却し、配慮権を持つ母は憲法上の親の権利の排他的担い手ではなく、一方の親の教育権も、他方の親の面接交渉権とともに基本法6条に定められた憲法上の親の権利によって保護される権利であり、前者は後者によって制約されるがゆえに、子の引渡しを義務づける裁判所の諸命令は基本法に違反せず、さらに申立人(母)のその他の基本権も侵害されないと判示した。

キーワード：憲法上の親の権利、面接交渉権、親権、人権、基本権

離婚により別居した父と離れて暮らす子との面接交渉<sup>1</sup>に関するドイツ連邦憲法裁判所の決定(BVerfGE 31, 194 ff.)は、日本の司法実務にとっても参照に値する重要な判例と思われるため、ここに訳出する。

【凡例】 亀甲括弧は訳者による挿入・補足である。イタリックによる強調には傍点を付した。脚注は訳者によるものである。

<sup>1</sup> ドイツ語の Verkehr は「交通」あるいは「交流」の意味をも持つが、「面接交渉」を意味する法律用語でもある。日本では2011年の民法766条の改正以降、従来の「面接交渉」に代わって「面会交流」の語が盛んに用いられている。ドイツでも近年では面会交流を表す用語として Verkehr よりも Umgang がよく使われている。ここに翻訳する決定は1971年のものであり、やや古いことから、あえて「面接交渉」という古い語感の訳語を採った。なお、タイトル部分に「面会交流」の語を使ったのは、本訳稿を現代に問う含意からである。厳密には訳語の不統一となるが、上の趣旨を了解されたい。

後見裁判所が離婚して配慮権を持たない<sup>2</sup>一方の親とその子との人的な面接交渉を規律するにあたって民法 1634 条 2 項により同時に面接交渉権の実施のための命令を発するとき、即ち配慮権を持つ片方の親に子を他方の親に引き渡すことを義務づけるとき、基本法 6 条には違反しない。

a) 1970 年 2 月 16 日のバイエルン最高裁判所の決定— BReg. 1 Z 4/70 —、b) 1969 年 12 月 19 日のミュンヘン第一地方裁判所の決定— 13 T 542/69 —、c) 1969 年 10 月 30 日のミュンヘン区裁判所の決定— X b 3919/68 —に対するマリア・D 婦人—代理人；エド・デリアン弁護士、8 München 2, Blütenburgstraße 6—の憲法異議の手續における

1971 年 6 月 15 日の第一法廷の決定  
— 1 BvR 192/70 —

## 主文

憲法異議は棄却される。

## 理由

### A.-I.

憲法異議は、離婚して配慮権を有しない片方の親とその子との間の人的な面接交渉を後見裁判所が規律する際に民法 1634 条 2 項により同時に面接交渉の実施のための命令を発すること、即ち配慮権を持つ片方の親に対して子を他方の親に引き渡すことを義務づけることが憲法と合致するののかという問いに関連している。

民法 1634 条は次のように謳う。

- (1) 子の身上のための配慮に権限を持たない片方の親は、その子と人的に面接交渉をする権能を保持する。
- (2) 後見裁判所はその面接交渉を詳細に規律することができる。後見裁判所が一定の期間または継続して面接交渉を排除することができるのは、これが子の福祉に

<sup>2</sup> 原文は nichtsorgeberechtigten であるが、用語中の *sorge* は当時のドイツでは邦語の「監護」に近い意味を持ち、*elterliche Gewalt*（親権）とは区別と連関において理解されていた。1980 年に配慮権の新規定に関する法律が施行されて *elterliche Gewalt* の用語は廃止され、*Sorge* の用語は派生語の *Sorgerecht*（配慮権）として本邦に言う「親権」に近い意味に再定義された。このように概念規定に変遷があるため翻訳が難しいが、本訳稿では *Sorge* を「配慮」と訳すことにする。（意味を取って「監護」とも訳しうるが、近年、*Sorgerecht* を「親権」と訳す向きもあるようであるから、概念の混淆を避けたい。）

とって必要な場合である。

## II.

1. 異議申立人は最初の結婚で1962年生まれの息子 Marc をもうけている。この婚姻は1963年に夫婦の双方の責任で離婚となった。息子に係る親権は異議申立人に移譲された。1966年に異議申立人は二回目の婚姻において一人の弁護士と結婚した。異議申立人は、彼と息子の Marc そして二回目の婚姻で出生した娘とともにミュンヘンで暮らしている。異議申立人の前の夫は再婚しなかった。彼は西ベルリンで高等学校上級教諭として生活していた。異議申立人とその現在の夫は Marc とその父との絆をできるだけ完全に断ちたかった——その子を異議申立人の二回目の婚姻でつくられた家族に完全に順応させ、Marc とその継父との間に本当の父子関係を打ち立てるためである。Marc を養子にしようとする継父の試みは、その子の父の異議により失敗に終わった。

同様に憲法異議申立人とその離婚した夫は、Marc と夫との人的な面接交渉について合意できなかった。その結果、何度も後見裁判所による規律が民法1634条2項により必要となった。とりわけ、ミュンヘンの区裁判所は1969年の夏に暫定的規律として、父がミュンヘン滞在中に息子を一日の間、引き取ってもよい、と命じた。それに対する母の異議は引き続き成功しなかった。即ち、彼女のさらなる異議は、バイエルン最高裁判所によって1969年8月13日の決定（BayObLGZ 1969, 194 = FamRZ 1969, S. 551）を以て棄却された。異議申立人の憲法異議は決定に至らなかった。なぜなら、連邦憲法裁判所法93a条2項によって招集された裁判官委員会はこの憲法異議を明らかに理由がないと看做したからである（1969年8月18日の決定—1 BvR 482/69-）。

2. いまやミュンヘン区裁判所は1969年10月30日の争われた決定の中で父と子との面接交渉を包括的に新しく規律し——1969年に関する例外規定を除いて——次のように決定した。

I. 父の面接交渉権は…次のように新しく規律される。

- a) 父は、その子 Marc、1962年6月8日生まれ、を一年に一度、それも7月25日から8月12日までベルリンに引き取る権利がある。
- b) 父はさらに、その子 Marc を一年に二度、それもクリスマスないしオースター前の最後の日曜日にミュンヘンで引き取る権利がある。
- c) …
- d) 母は面接交渉日…8時に子を支度させ父に引き渡す義務を負う。父は最後の面接交渉日…19時まで子に子を母のもとに送り帰す義務を負う。

II. 双方の親には、他方の親に対抗して子に影響を与えることが禁止される。

III. この規律に対する有責の違反に対しては、1000 ドイツマルクまでの秩序罰または子の強制的な引き取りによって処罰される。

結局のところ、法的根拠として民法 1634 条、〔上記規律中の〕I の d) による命令の基礎として特に民法 1634 条 2 項 1 文<sup>3</sup>が示され、さらに次のように述べられる。面接交渉権はその権利者に、自らの子の発達を継続的に確信し、血縁的諸関係を断絶させない可能性を与えるべきである。さらに両当事者の愛の欲求が考慮されるべきである。この点を顧慮すると当該面接交渉規律は適切である。母によって望まれた面接交渉の制限は、管轄の青少年局の見解に照らしても、支持されえない。父は落ち着いた思慮深い印象を醸し出しており、誠実に子の発達に関心を持っている。その結果、面接交渉規律による子の福祉の危殆化は問題にならない。子を父のもとに訪問しうよう支度させることは母の任務である。

この決定に対抗して異議申立人が自己及び子の名において提起した異議を、ミュンヘン第一地方裁判所は 1969 年 12 月 19 日の争われた決定によって理由がないとして棄却し、とりわけ次のように述べた。母の法見解とは反対に、後見裁判所によって発せられた面接交渉規律は配慮権を有する片方の親の意思に反してでも緊急に貫徹されなければならない。たとえ親の個人的聴聞や青少年局の態度表明がどうであろうと、区裁判所が発した命令は子の福祉にも親の正当な利益にも適合している。その際、重要な考えは、一方では配慮権を有する母の教育権への介入をできるだけ少なくすることであり、他方では両親の間に現存する緊張関係によって子の父親像が傷つけられないことである。子の側で既に始まっている父親からの疎外は予定されている訪問によって除去されう。察するところ疎外は本質的に、面接交渉権に関する人間的かつ法的な考量を受け付けようとしないう母親の頑固な態度に拠っている。母親は自らが子を他方の親の愛の中でも育てなければならないことを理解したがらず、彼女の再婚の後には、もはや父のために子の生活領域に入り込む隙を与えまいと考えている。それに対して、父は両親間の関係に負担をかけ子を害するあらゆることを回避しようとしている。

区裁判所の決定の I の d) における命令は地方裁判所によって追認されたが、異議申立人はこれにも反対し、さらなる異議を申し立てたが、バイエルン最高裁判所は 1970 年 2 月 16 日の争われた決定によって理由がないとして棄却した。その決定は、第一に 1969 年 8 月 13 日の同裁判所の既述の決定を引き合いに出すが、この決定で詳述されているのは、一般に実務で支持される解釈において民法 1634 条も、特に民法 1634 条 2 項 1 文に基づいて命令された、配慮権者による面接交渉権を有する片方の親への子の引渡しも、基本法 6 条には違反しない、ということである。面接交渉権は配慮権を持たない片方の親の利益に奉仕するだけでなく、通常は同時に子の福祉にも奉仕する。双方の愛されたいという欲求への配慮と並んで、配慮権を持たない片方の親が子の発達を確信し、配慮権者の何らかの故障に際して対策となる相応の措置を取ることがきくことは、子どもの利益にもなるのである。とりわけ継続的な人的接触

<sup>3</sup> この条文については本訳稿中の A.-I. にて既出。

は、民法 1696 条によって配慮権の規律が変更されうるという点でも、そして配慮権を有する片方の親の死亡によって親権が法律により他方の親に移譲されることを顧慮しても、子の利益に合致する。これらの理由から、面接交渉を確保し規律するための裁判所による命令は基本法 6 条 2 項 2 文に言う「国家の監視職務」<sup>4</sup>によってカバーされている。子が人間的な面接交渉の履行という目的のために配慮権を有さない片方の親に引き渡されなければならないという命令は、基本法 6 条 3 項<sup>5</sup>のもとで下されているのではない。というのも、この措置は親の教育行為を国家の教育的影響に有利となるよう抑圧しようとするものではないし、面接交渉権の履行を可能とし確保しようとするものだからである——たとえ必然的にそのことと母の教育行為の一時的な制限が結びついているとしても。面接交渉権は、固有の自然的な親の権利としての、配慮権を有する親の教育権と対立し、この権利を制限する。民法 1634 条 2 項に言う面接交渉を詳細に規律する後見裁判所の権能は、その法律の規定が意味を持つべきとすれば、発せられた規律を緊急時に当事者の意思に反してでも貫徹する法を含まなければならない。

補足すると、その争われた決定において次のように述べられている。面接交渉権が民法 823 条 1 項に言う絶対的権利であるか否かは未決定のままであろう。いずれにせよ、民法 1634 条 1 項は、配慮権を有する片方の親に抗して面接交渉の実行を可能とする、面接交渉権を持つ親の請求権をも含んでおり、その際、この請求権の範囲が争いとなった場合にはそのつど後見裁判所によって決定されるべきである。面接交渉の方法に関する判例において発展した諸原則によると、常に個別事例のその時々状況が考慮されなければならない、その際、とりわけ子の福祉が決定的である。これらの諸原則と、地方裁判所に追認された後見裁判所の面接交渉規律は適合している。

### III. [異議申立人の主張]

憲法異議によって異議申立人は基本法 1 条 1 項、3 条 1 項、4 条 1 項及び 6 条 1 項から 3 項に由来する自身の基本権が侵害されたと非難している。彼女は、彼女が自分の子を定期的に決められた時間に父による迎えのために支度させて父に引渡すことによって義務付けられる限りで、争われた決定を破棄することを提起し、そして彼女の訴訟代理人の専門雑誌への発表 (vgl. FamRZ 1969, S. 365 ff. und NJW 1968, S. 2149) に関して次のように述べた。

争われた決定の根底にある、一般的な実務と一致する民法 1634 条の解釈及び適用は単純法に照らして不正であるだけでなく、憲法違反でもある。それがもたらす結果は、専門心理学の認識が証明するように、離婚に至った婚姻から生まれた子どもが常

<sup>4</sup> ドイツの基本法 6 条 2 項の条文 (邦訳) は次の通りである。「子どもの育成及び教育は、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。」高田敏／初宿正典 編訳『ドイツ憲法集 [第 6 版]』(信山社、2007 年) 215 頁。

<sup>5</sup> ドイツの基本法 6 条 3 項の条文 (邦訳) は次の通りである。「子どもは、親権者に故障がある場合、又は子供がその他の理由から放置されるおそれのある場合には、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。」高田／初宿・前掲注 4・215 頁。

に両親間でやり取りされ、それによって子どもの発達に深刻な害が生じうる、ということだ。親権の排他的担い手として異議申立人は、自身の息子をそのような害から守る義務があり、それゆえに子がその父と面接交渉すべきか否か、そして、どのように面接交渉すべきかを自身で決定できなければならない。

正しい憲法適合的解釈によって民法 1634 条 1 項は確かに配慮権を持たない片方の親に国家に対する防御権の意味で子との面接交渉を求める絶対的な権利を与えている。しかしながら、この公法的権能は、たとえその規定の文言が明らかにしているとしても、貫徹しえない。むしろその権能の行使は配慮権を有する片方の親との民法的取決めが前提とされる。後者がその合意を拒否するなら、彼は民法 1666 条の前提のもとでのみ面接交渉を我慢することを強制されうる。それによると子の福祉は面接交渉を強制的に要求しなければならない。この前提はここでは存在しない。それに対して、面接交渉権が基本的に常に他方の親の意思に反して貫徹されうるのであり、子の福祉の危殆化によってのみ排除されうるという従来の解釈は基本法 6 条 2 項 1 文に違反する。配慮権を有する片方の親は憲法規定の意味で完全な縮減されない親の権利の排他的担い手である。この権利は彼に既に子の誕生以来、当然与えられるものであり、民法 1671 条による決定によって初めて彼に移譲されるのではない。この決定は、他方の親から親権が剥奪されるという意味のみを持っている。既に存在する婚姻において一方の親の親権は他方の親の親権によっては制限されないのだから、一方の親の親権は、配慮権を持たない片方の親のもとに以前の親権の残余物として存続する面接交渉権によっても制限されえない。それに照らすと、異議申立人にもみ息子を教育する権利がある。異議申立人のみが第三者との息子の交流について決定し、息子を養育し、そして息子のその時々滞在を決定する権利を持つ。これらすべての諸権利を侵害するのが争われた命令なのである。それによって後見裁判所は基本権 6 条 2 項に含まれる補充性原則に違反し、異議申立人の教育の権利の本質的構成要素を奪い取っている。こうして配慮権を持たない片方の親の自己本位の利益に奉仕するために国家の権力的手段が投入されるとき、後見裁判所は同時に子の福祉にも反している。子の引渡しを求める請求権も民法 1631 条、1632 条によると親権の保持者にのみ認められている。

異議申立人はその子を繰り返しかつ部分的には週の長さで取り去られることになるのだから、基本法 6 条 3 項に対する違反までもが存在する。というのも、当該条文によると、そのような引き離しは教育権者に故障がある場合<sup>6</sup>、または〔子が〕放置さ

<sup>6</sup> 原文の Erziehungsberechtigten を「教育権者」と直訳した。これに関連してボン基本法の既存の邦訳では、6 条 3 項に言う Erziehungsberechtigten が「親権者」と訳されてきた。邦語で「教育権者」の文言が、学校教育の内容を決定する権限を持つ者という意味で使われることが多いという事情からであろうか。ただし基本法では、6 条 2 項の親の権利 (Recht der Eltern) を享有するがゆえに教育権を持つ者を 3 項で Erziehungsberechtigten と表記しており、これは民法上の親権 (elterliche Gewalt) を持つ者 (親権者) という意味ではない。憲法上の概念と民法上のそれを区別するためには、両者を訳し分ける必要があろう。なお、前者を「親権者」と訳す例として、高田／初宿 編訳・前掲注 4・215 頁、樋口陽一／吉田善明 編『解説 世界憲法集 第 4 版』(三省堂、2001 年) 194 頁(初宿正典による翻訳部分)、永田秀樹／倉田原志／丸山敦裕 訳『現代ドイツ基本権〔第 2 版〕』(法律文化社、2019 年) 470 頁。なお、今日のドイツでは、elterliche Gewalt (親権) の概念は廃止され、Sorgerecht (配慮権) の文言が再定義の

れる危険がある場合にのみ許されるのだからである。

裁判所の命令に応じた面接交渉権の貫徹は異議申立人によって新しく創設された家族の領域への介入を継続して父に許し、この家族における子の調和的成長を阻害するのであるから、基本法6条1項に違反する。

争われた諸決定が私たちの法秩序の教義学的基礎とは反対に確かに面接交渉の権能を的確に絶対的権利と特徴づけるが、そこから（相対的）請求権、つまり配慮権を持たない父の請求権を異議申立人に対抗して構成しようとするとき、それは恣意的であり、基本法3条1項<sup>7</sup>に違反する。上記憲法規定は、離婚して単独で配慮権を持つ母としての異議申立人が、非婚の母よりも不利に立たされることによってさらに違反される。というのも、非婚の母は、民法1711条により原則として配慮権を持たない父と子の面接交渉について自身で決定し、虐待の場合にのみ後見裁判所の規律に服するのだから。

教育の決定は同時に良心の決定であるのだから、父と子の面接交渉について最善の教育的知恵と良心によって決定する異議申立人の権利が侵害されるとき、基本法4条1項<sup>8</sup>に由来する異議申立人の基本権が侵害される。

結局のところ、異議申立人が、子の福祉に資するものへの自身のより良い洞察に反して、子を単なる客体とし、かつ極めて非人間的なやり方で第三者の利益の充足のための手段として利用した諸措置に加担せざるをえないとき、人間の尊厳も侵害される。子を他方の親の愛の中で教育することを異議申立人に無理強いすることも要求することもできない。

#### IV. [連邦政府及びバイエルン州政府の見解]

憲法異議に関して連邦政府の名において連邦司法大臣が、バイエルン州政府の名においてバイエルン首相が発言する。彼らは憲法異議を理由がないと看做している。

##### 1. 連邦司法大臣は特に次のように述べた。

基本法6条2項1文で保障された親の権利は、親の婚姻の存続に左右されない。もし離婚の結果として親権が一方の親にのみ移譲されなければならないとしても、——当該両親に憲法で保障される——法的地位の間には子自身の基本権（vgl. BVerfGE 24, 119 [144]）を考慮しつつ解消すべき緊張関係が発生する。この意味で民法1634条1項は、子の福祉が侵害されてはならないという決定的な前提のもとで両親の利益の均衡を可能にする。この規定に関する判例はこの基本法上の要請を考慮に入れている。同じことは争われた諸決定にも当てはまる。

基本法6条3項、1条1項及び4条1項に由来する諸基本権には抵触しない。

上で使用されている。とは言え、本邦の民法では未だに「親権」という概念が残存しており、憲法上の概念に「親権者」の訳をあてることには難点が残る。

<sup>7</sup> 基本法3条1項の条文（邦訳）は次の通り。「すべての人は法律の前に平等である。」高田／初宿・前掲注4・214頁。

<sup>8</sup> 基本法4条1項の条文（邦訳）は次の通り。「信仰、良心の自由、並びに宗教及び世界観の告白の自由は、不可侵である。」高田／初宿・前掲注4・214頁。

民法 1711 条 1 項の特別規定は、非婚の母の親権に関する別様の形成に対応しているのであって、それは非婚の子どもの特別な事実状態を考慮するものである。

2. バイエرن首相は特に次のように述べた。

支配的見解によると独自の権利として直接に自然的な親の権利から生じる面接交渉権は、配慮権を有する一方の親の教育権と同様に基本権 6 条 2 項の保護に服する。両者の法的地位は、たとえ様々な強さで対立するとしても同ランクである。それゆえ、配慮権を有する片方の親の親権は他方の親の面接交渉権によって負担を加えられるのであって、この面接交渉権を具体化する後見裁判所の命令は他方の親の法的地位を侵害しえない。

嫡出および非嫡出の子における面接交渉権または訪問権の異なった規律は、平等原則を侵害しない。多数の事例で非婚の父たちは、嫡出の子どもの離婚した父たちに比べて自身の子どもの絆がはるかに薄いのであって、それに加えて離婚した父たちは——非婚の父とは異なり——民法 1696 条にいう配慮権決定の変更による場合や、民法 1681 条にいう母の死亡の場合に、いつでも子どもの親権を引き受けることができる。

## B. [連邦憲法裁判所の見解]

憲法異議には理由がない。

### I.

争われた諸決定は基本法 6 条には違反しない。連邦憲法裁判所は 1968 年 7 月 29 日の同裁判所の決定 (BVerfGE 24, 119) において親とその子どもに係る家族法上の諸関係についてのこの規定の意味を詳しく扱い、特に憲法規範の 1 項、2 項および 3 項における諸規定相互の関係、親の権利の限界および基本法 6 条 2 項 2 文に言う国家の監視職務の機能およびその制限を論じた。そこで展開された諸原則によると、その解釈における民法 1634 条は——それが争われた裁判所決定の基礎をなし、かつ判例および法律文献一般において支持されているように——、憲法により異議を唱えることはできない。その規定のもう一つ別の解釈が考えられるか否か、又は当該規定自体が見直しを要するものであるか否かについては、連邦憲法裁判所は審査する必要がない (vgl. BVerfGE 18, 85 [92 f.] und 315[325]; 21, 209 [216])。

1. 離婚に至った婚姻から生まれた子との人的な面接交渉に関する民法 1634 条 2 項による諸規律は親子関係に関わりを持つ——それも民法 1671 条により身上配慮を含む親権を移譲された片方の親との子の関係においても、他方の配慮権を持たない親と子の関係においても、関わりを持つのである。それら [諸規律] は、離婚した一方の配偶者が新たな結婚によって創設した家族関係に介入するものではない——たとえそれら [諸規律] が家族生活に事実上の影響をもたらすとしても。むしろ、それら [諸規律] は離婚によって解消された家族共同体の余韻に、即ち子の両方の親への継続的帰属に関わりがある。それゆえ、基本法 6 条に内在する審査基準として基本法 6 条 2



項および3項の特別規定のみが考慮されるのであり、これに対して基本法6条1項の一般規範が考慮されることはない(vgl. BVerfGE 24, 119 [135 f., 138 f.] )。

2. 基本法6条2項は違反されない。

a) 上記条文〔基本法6条2項〕により両親は自分自身の観念によって自由に、基本法7条の留保のもとで<sup>9</sup>他の教育の担い手たちに優位して、自らの子どもの養育および教育を形成する権利と義務をもつ。かかる親の責任を如何に果たすのかについての両親の自由な決定は、基本権によって国家の介入から保護されている——そのような介入が基本法6条2項2文の意味で国家共同体の監視職務によって裏付けられない限りで(vgl. BVerfGE 4, 52 [57]; 7, 320 [323]; 24, 119 [138, 143 f.] )。

このように輪郭を与えられた親の権利は「親たちに」即ち両方の親に共同して賦与されている。憲法規範は、子が婚姻によって結ばれた両親と一つの家族共同体の中で共に生活し、父と母がその子を共同で養育し教育しているという通常事例から出発する。憲法規範は、婚姻が離婚によって解消され、両親による親の責任の共同遂行が従来のやり方でもはやできないとき、親の権利及び義務が如何に配分されるべきかに関して何も述べていない。たしかに子に対する持続的責任から離婚した両親の義務が生じるのであり、かかる義務とは、規律通り子の発達にとって離婚と結びついた害悪をできるだけ緩和しなければならないこと、かつ子の養育及び教育並びに今や別れた親と子のさらなる人的諸関係のための理性的な、子の利益に対応した解決を見出さなければならないこと、である。そのような合意が成立しないなら、法秩序及び法的平穩を守る国家の一般的任務から帰結されるのは、国家が両親の衝突する利益の調整について自ら決定することができる、ということである。それに加えて基本法6条2項2文にいう国家の「監視職務」が国家に義務付けるのは、離婚した配偶者たちの紛争によって福祉が危殆化されている、又は危殆化されるおそれのある子のために、明確な規律を調達しなければならないということである。かかる紛争事例のために立法者によって予定された規律——すなわち他方の親がその子と人的に面接交渉をする権利だけを保持するのに対して、今や原則として一方の親のみが親権を持つべきとする規律——は、憲法によって異議を唱えられるべきではない。それは、両親の離別および両親間に存する緊張のゆえに、両親の一方のみが子の養育と教育に関する必要な諸決定を下すことができ、対応する親の諸機能を実行することができるはずだという考えに依拠している。しかしながら、他方の親とその子との絆と結びつきは、引き続き適切に尊重されるべきである。それに照らせば、面接交渉権は配慮権を持たない片方の親に次のことを可能にするべきである。すなわち、子の身体と精神の状態や子の発達を実見と話し合いを通じて持続的に確信させること、子との血縁的諸関係を維持すること、疎外を防止すること、である。そして面接交渉権によって両当事者の愛の欲求が顧慮されるべきである(BGHZ 42, 364 [371]; 51, 219 [222]; vgl. auch Schwoerer in Staudinger, Kommentar z. BGB, 10./11. Aufl., Bd. IV 3 a, 1966, § 1634 Anm. 10 mit

<sup>9</sup> 基本法第7条は学校制度および宗教教育に関する条文である。条文の邦訳につき参照、高田／初宿・前掲注4・215-216頁。

weiteren Nachweisen)。

面接交渉権を昔の支配的見解によって身上配慮権の残余部分として理解するのか (vgl. Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, 1964, S. 591 und die weiteren Nachweise bei Schwoerer, a.a.O., § 1634 Anm. 2 und 3) 或いは今日支配的な見解によって面接交渉権を直接に自然的な親子関係から導き出すのか (vgl. BGHZ 42, 364 [370]; 51, 219[221]; Schwoerer a.a.O., § 1634 Anm. 4 mit weiteren Nachweisen) はともかくとしても、この権利〔面接交渉権〕も他方の親の親権と同じく基本法6条2項の保護のもとにある。両者の法的地位は自然的な親の権利およびそれと結びついた親の責任から生じるのであり、この親の責任は配慮権を持たない親の側にも原則的には存続する。両者の法的地位は両親によって互いの関係において尊重されなければならない。配慮権を持たない片方の親が他方の親の教育権に介入してはならないのと同様に (vgl. Schwoerer, a.a.O., § 1634 Anm. 13 mit weiteren Nachweisen)、配慮権者は、子と配慮権を持たない親との人的な面接交渉を許し、かつ可能にしなければならない。異議申立人の見解とは逆に、この点に親の権利への許されざる侵害は原則として存在しない。なぜなら、憲法で許容された単純法の規律によると、親権は始めから他方の親の面接交渉権の留保によってのみ配慮権を有する片方の親に認められるのだからである。もはや婚姻の存続中に、父または母は単独かつ無制限には養育と教育について決定できないのであて、これに関して互いに意思疎通しなければならない、ということすら異議申立人は認めない (vgl. § 1627 BGB und dazu BVerfGE 10, 59 [66 ff.])。民法1671条によって彼らのうち一方に親権が移譲されると、同時にその者は確かに全体として離婚前より強い立場を保持する。しかしながら、親権はその限界を面接交渉権とそこから否応なく生じる諸結果の中に見出す。即ち、子の滞在と養育に関する決定及びかかる出会いが子に及ぼしうる事実上の教育的影響の受忍に関する諸結果の中に〔親権は自らの限界を見出すのである〕。

異議申立人によってこれに対抗して提起された抗弁は結局のところ、申立人自身の法的立場とその離婚した夫の法的地位との基本的に不正な見方に依拠している。子の両親に対する諸関係やこれらと結びついた親の権利は、民法にいう親権において汲み尽くされるものではない。自らの子どもに関する親権または配慮権を自身の故障のゆえに剥奪された親でさえ、それによって憲法上の保護を求めるあらゆる請求権を未だ失ってはいない (vgl. BVerfGE 24, 119 [114 ff., 150 f.])。このことは、自らの子に関する親権から排除されている離婚した父たちまたは母たちに、なおいっそう当てはまる。なぜなら、憲法によって前提とされた両方の親による共同の養育と教育が離婚ゆえにもはや不可能だ、というだけの理由で親権から排除されたのだから。親権に関する必要な特別規定を顧慮せずとも、彼ら〔離婚して親権を失った親たち〕の親の地位だけでなく、原則として彼らの子に対する親の責任までもが離婚にも拘らず存続する。このことは、持続する扶養義務と並んで何よりも次の点に表現されている。即ち、彼ら〔離婚して親権を失った親たち〕は、最初に親権を移譲された片方の親に故障または不足がある場合、民法1678条2項、1679条2項、1681条、1696条の諸前提の

もとで子の養育と教育を再び自分で引き受ける権利と義務がある、という点に〔表現されている〕(vgl. BayObLGZ 1969, 194 [195 f.]). 従って、異議申立人の見解とは逆に、その離婚した夫は息子との関係では「第三者」ではなく、家族法上及び憲法上で依然として息子の父なのである。

b) これに照らせば、面接交渉権の行使に関して両親の不一致がある場合に国家が面接交渉権を持つ片方の親に手を貸し、その権利を具体化し、緊急時には他方の親の意思に反してさえ貫徹するとしても、憲法によって異議を申し立てることはできない。これに抗して憲法異議の中で述べられた諸々の抗弁は徹底さを欠いている (vgl. auch Schworer, FamRZ 1969, S. 367 ff.). バイエルン最高裁判所は、実務において全員一致の解釈と調和しつつ的確にも次の前提から出発する。すなわち、まさに紛争事例のために設けられた民法 1634 条の規定は、面接交渉権の行使が配慮権を有する片方の親の気持ちに左右されるときには意味をなさない、という前提から〔出発する〕(BayObLGZ 1969, 194 [199]).

国家の活動はこの場合、教育の担い手に比した両親の優位を侵害せずに、両者の自主的な、かつ親の権利によって保護された親の法的地位の間に均衡をもたらすことに向けられているのだから、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 (vgl. BVerfGE 7, 320 [323]; 24, 119 [138, 142 ff.]). 国家による措置の諸限界は第一にそれらの目的から生じる。つまり、親権の保持者に課される諸々の行為義務および受忍義務は、面接交渉権の保持と具体化のために必要とされる範囲を越え出てはならない。しかしながら、さらに本質的なことは、均衡させられるべき諸々の法的地位が権利者の親の責任から生じ、それに対応して強い義務的拘束によって形作られているということであり (vgl. BVerfGE 24, 119 [143 f. mit weiteren Nachweisen])、ならびに国家の活動が決定的に子の利益によって命じられているということである。それゆえ、連邦憲法裁判所の判例において国家共同体の「監視職務」のために発達した一般的諸原則に言う子の福祉 (vgl. BVerfGE 10, 59 [84]; 24, 119 [144]) が後見裁判所の決定の照準点をなす。この点で未考慮のままにできないのは、裁判所による面接交渉の規律とその強制的貫徹は子にとって既に両親の離別ゆえに生じた諸々の困難を増加させることも稀ではなく、その結果、多くの医師、教育学者及び青年心理学者が子のつつがなき発達のためにこれに反対して憂慮を表明すること、である (vgl. z.B. Haffter, Kinder aus geschiedenen Ehen, 2. Aufl., 1960, S. 74 ff., 117 ff.). この観点がその重要性を持つのは、上述の諸困難がたいいて面接交渉の事実それ自体からは生じず、当事者の大人たちの非理性的な行動から生じることを憂慮するときである。というのも、彼ら〔当事者の大人たち〕は、所与の状況を受け入れる態勢がなく、子にとっては不可避免的に自分たちの生活共同体の破綻と結びついた不利益を分別ある協働によって可能な限り低減することをしないで、自分たちの諍いを子に背負わせるのだから。しかるに、この問題性にも拘らず、配慮権を持たない片方の親との関係を人的な面接交渉によって絶やさないことも原則として子の利益になるのであり、面接交渉の制限または排除が命じられるのは個別事

例の状況に応じて子の保護がこれ〔面接交渉の制限または排除〕を子の身体的又は精神的発達を危殆化を防止するために要求する場合のみである、という意味に法律による規律が解釈されるとき、憲法によって異議を申し立てることはできない。配慮権を持たない親の継続的な親の責任から生じる、子との継続的な接触の一般的な根拠と並んで、逆に配慮権をもたない片方の親と子の関係を妨害することも子の発達に有害に作用しうるといことが、なお指摘されよう。しかし、とりわけ親の利益を考慮しない裁判のこのような出発点に際しても子の福祉が面接交渉の規律のための最高の規準であり続ける (vgl. BGHZ 51, 219 [225])。

争われた諸決定はこれらの諸原則に適合し、それゆえに基本法 6 条 2 項から生じる限界を踏み越えていない。判決を下した諸裁判所は本件のすべての特殊性と取り組み、両親の利益、両者の人格及び態度の入念な評価、並びに子の利益の詳細な考慮の後で、面接交渉の規律は子を危殆化せず、それどころか子の福祉に適合しさえするとの結論に達した。基礎に置かれた事実認定と個別に行われた衡量の事後審査は連邦憲法裁判所の案件ではない (vgl. BVerfGE 4, 52 [59f.]; 18, 85 [92 f.])。

3. そもそも面接交渉権の行使のための子の一時的な引渡しがこの憲法規範に言う「引き離し」と看做されうるかという問題に逢着することなく、基本法 6 条 3 項は、民法 1634 条及びこの規定に基づいて下された後見裁判所の諸命令によって違反されない。というのも、この憲法規範は基礎的傾向において国民社会主義〔ナチズム〕の時代の経験によって動機づけられ、全体主義的国家において通例となっている国家による強制的教化の目的のために子どもをその親から「連れ去る」ことに反対しており、かつ、それ〔この憲法規範〕は親子関係の原則的存続に伴う国家の部分的な介入を対象としているのだから (vgl. BVerfGE 24, 119 [139 ff.])。ここに提示されたやり方の面接交渉の規律は、憲法制定者によって拒否されたそのような措置ではないということは自明のことである。上記の叙述によると、子は、国家または国家に任命された第三者による教育に服させるために教育権者から連れ去られてはいない。国家は、一方の当事者が自らの親の権利を行使してよい程度、及び他方の当事者がこれを受忍し可能としなければならない程度を決定するというやり方で、ある意味、相争う両親の間の仲裁人としてのみ活動する。

## II.

他の基本権への違反も存しない。

1. 基本権 3 条 1 項<sup>10</sup> に由来する異議申立人の基本権は、1969 年 8 月 19 日の非嫡出子法 (BGBl. I S.1243) の版における民法 1711 条によって非嫡出子とその父との人的な面接交渉が嫡出子とその配慮権を持たない父との間の面接交渉と異なって規律されていることによって侵害されていない。それによると、非婚の父には面接交渉権が与えられておらず、むしろ子の身上への配慮が与えられている者——だから通常は

<sup>10</sup> 条文の邦訳は前掲注 7 を参照。



本判例は、ほぼ半世紀前の決定であり、比較的古いものであるから、ここで当時の法状態について若干説明しておきたい。当時のドイツ民法 1671 条は離婚に際して次のように定めていた。即ち「親権 (elterliche Gewalt) は、通常は一方の親に単独で移譲されるべきである。」<sup>12</sup> この条文中の「通常は」の文言で分かるように未だ例外が許容されていたが、原則として離婚後単独親権を定めていた<sup>13</sup>。1977 年には婚姻法改革により離婚に関して有責主義から破綻主義へと移行したが、本訳稿の判例は 1971 年のものであるから、ドイツが未だ有責主義を採っていた時代である。

かかる法状態は、現在の本邦の法状態と類似している。すなわち、本邦の現行民法は未だ離婚後単独親権制度を採っており、実務上はともかく、法文上では未だ有責主義を脱していない。ここに、本邦でドイツの上記判例を検討する現代的意義がある。本邦の離婚後単独親権法制は、ドイツに比べて半世紀以上の遅れをとっていることを確認せざるをえない。

本判例の意義は多岐に渡るが、単独配慮権を持つ異議申立人による主張、即ち「配慮権を有する片方の親は憲法規定の意味で完全な縮減されない親の権利の排他的担い手である」との主張が斥けられている点が注目される。ドイツでは基本法 6 条 2 項により親の権利、すなわち憲法上の親の権利が明文で規定されているが、この権利は基本権であって、離婚による親権 (elterliche Gewalt) や配慮権 (Sorgerecht) の喪失によって奪われることはない。これについて、連邦憲法裁判所は次のように力強く判示している。「子の両親に対する諸関係やこれらと結びついた親の権利は、民法にいう親権において汲みつくされるものではない。自らの子どもに関する親権または配慮権を自身の故障のゆえに剥奪された親でさえ、それによって憲法上の保護を求めるあらゆる請求権を未だに失ってはいない〔…〕。このことは、自らの子に関する親権から排除されている離婚した父たちまたは母たちに、なおいっそう当てはまる。」このように憲法上の親の権利は、離婚後に親権や監護権を失った片方の親から奪われることなく存続する。離婚後も、双方の親が憲法上の親の権利を引き続き享受することになる。

次に重要なのは、離婚後の一方の親に認められる面接交渉権 (面会交流権) が、基本法 6 条 2 項の保護のもとにあると判示されている点である。このことを、今日のドイツ国法学の三段階審査に即して言い換えれば、面会交流権は基本法 6 条 2 項の親の権利の保護領域に該当するものであり、この権利に対する侵害があるとき、正当化事由がないかぎり基本権侵害で違憲となる、ということである。つまり、特別な正当化事由なしに面会交流権を否定する立法を定めたり、判決を下したりすれば、憲法違反となりうる。一方の親が持つ親権も、他方の親の面会交流権によって制約を受ける

<sup>12</sup> なお、ドイツでは 1998 年に離婚後共同親権を法制化している。これに関して参照、大森貴弘「ドイツにおける離婚後共同親権法制化への歩み——本邦における立法化への提言——」常葉大学教育学部紀要 41 号 (2021 年) 21 頁以下。

<sup>13</sup> 後の 1980 年に配慮権の新規律に関する法律が施行され、例外なき離婚後単独親権が法制化されたが、これは 1982 年に連邦憲法裁判所によって憲法違反と判示された。これについて、参照、大森貴弘訳「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 頁以下。

のであり、配慮権者は面会交流およびそれに伴う諸々の義務や影響を受忍しなければならない。これについて本判例は「配慮権者は、子と配慮権を持たない親との人的な面接交渉を許し、かつ可能にしなければならない」と述べている。そして、面接交渉権が可能にすることとして、①子の身体と精神の状態や子の発達を実見と話し合いを通じて持続的に確信させること、②子との血縁的諸関係を維持すること、③疎外を防止すること、の三点を連邦憲法裁判所は挙げている。

さらに憲法上の親の権利の特質として、この権利が親の義務や責任と結びついていることが挙げられる。基本法6条2項において既に親の権利が義務であることが明文で定められているのであるが、これについて本判例では「上記条文〔基本法6条2項〕により両親は自分自身の観念によって自由に、基本法7条の留保のもとで他の教育の担い手たちに優位して、自らの子どもを形成する権利と義務をもつ。かかる親の責任を如何に果たすのかについての両親の自由な決定は、基本権によって国家の介入から保護されている」と判示されている。つまり親には、子を形成する義務や責任があるが、この責任を如何に果たすのかは自由であり、かかる自由は防御権としての親の権利によって国家の介入から守られる。（このように、憲法上の親の権利は義務や責任と結びつくとされるが、これは特殊ドイツ的な話ではない。例えば、アメリカで親の権利を認めた1925年のPierce判決では、「子どもを養育し、その運命を決定する者は、子ども自身が将来担うべき義務を認識させ、その準備をさせる高度の義務を伴う権利を有している」と判示され、アメリカにおいても親の権利は義務を伴うことが明らかにされている<sup>14</sup>。さらにロシア連邦憲法においても、「子どもについての配慮およびかれらの養育、それは、両親の平等な権利でありかつ義務である」（38条2項）と定められており<sup>15</sup>、イタリア共和国憲法においても「子供を育て、教え、学ばせることは両親の義務であり、権利である。」（30条1項）と定められている<sup>16</sup>。さらに、ポルトガル共和国憲法においても「親は、子の教育及び扶養の権利及び義務を有する。」（36条5項）とある<sup>17</sup>。このように、比較憲法的には親の権利に義務が伴うと論ずることは珍しいことではない。それゆえ、親の権利は義務や責任として把握すべきであって、自由を核心とする人権の観念には馴染まない等と批判するとすれば、国際的な人権水準の観点からすれば的外れとなるであろう。）

こうして、親の権利は、一方では親の義務や責任と結びつく二面性を有しており、他方では民法上の親権や面会交流権を保護領域として持つ、という構造が浮き彫りになる。このように、本判例は、憲法上の親の権利の構造を示すものとしても意義を持っている。そして、連邦憲法裁判所は憲法上の親の義務の内容として、①子の発達にとって離婚と結びついた害悪をできるだけ緩和しなければならないこと、②子の養育及び

<sup>14</sup> この判例に言及する邦語文献として参照、山口亮子『日米親権法の比較研究』（日本加除出版、2020年）9頁。

<sup>15</sup> 樋口／吉田・前掲注6・358頁（新美治一の翻訳部分）。

<sup>16</sup> 樋口／吉田・前掲注6・161-162頁（井口文男の翻訳部分）。

<sup>17</sup> 国立国会図書館調査及び立法考査局『各国憲法集（8）ポルトガル憲法』（2014年）37頁（佐藤美由紀による翻訳）。

教育並びに今や別れた親と子のさらなる人間的諸関係のための理性的な、子の利益に対応した解決を見出さなければならないこと、を挙げている。また、親の責任は離婚にも拘らず存続するのであるから、離婚後に子と別居した親が面会交流権を行使して子との面会交流を求めることを通して、子が片親疎外に陥ることを防止したり、同居の親やその再婚相手によって虐待されることを抑止したりする等、子への害悪をできるだけ緩和していくことは憲法上の親の義務を果たすこととなる。連邦憲法裁判所は、離婚した父を「憲法によって依然として息子の父である」と判示しており、憲法上の父が観念されている。この点、上に列挙された義務は、憲法上の父の義務であるということもできる。(同様に、憲法上の母の義務もありうるであろう)。他方で、離婚後に子と同居する親が、子に別居親の悪口を吹き込んだり、虐待などの特段の事情なしに面会交流を拒否したりするのであれば、上記①及び②で示された親の義務を放棄したことになり、まさに親失格の謗りを免れない。

本邦では、親の権利について憲法に明文の規定がない。しかし、世界の国々が憲法上の親の権利を認めているところ、本邦でのみ認められないとする見解は採用しがたい。本邦においても、憲法上の親の権利は基本的人権として認められると解される。学説の多くは親の権利が憲法 13 条によって保障されるとするが、①親の権利が親の義務と結びつく二面性を有すること、②旭川学テ判決では憲法 26 条に関連して親の教育権が論じられていることからすれば、26 条によって保障されていると考えることもできるように思われる。もっとも、13 条の解釈にあたって補充的保障説<sup>18</sup>を採らなければ、13 条と 26 条によって競合的に保障されていると解したり(競合的保障説)、26 条と結びついた 13 条によって保障されていると解したり(融合的保障説)、といった理解が生じよう。

さらに本邦の判例に着目してみると、「面接交渉させるかどうかは子の監護に関する処分(家事審判事項)であり、子の福祉に反するとして面接交渉を認めなかったとしても憲法違反の問題は生じない」と判示した最高裁判例<sup>19</sup>が存在しており、最高裁は自ら面接交渉が憲法問題なることを否定している。近年になって提起された国賠訴訟などでも、この立場は変更されていない。ドイツでは、半世紀以上も前に面会交流権が憲法で保障されると判示されたというのに、彼我の落差が痛ましい。本邦の最高裁が面会交流権を憲法で保障された権利と認めなかったことの社会的後遺症は大きく、本邦では未だに面会交流原則否定論などの国際的な人権水準に悖る言説が吹聴され、離婚により一方の親と離れて暮らす子の 7 割が別居親との関係を断絶させられ<sup>20</sup>、

<sup>18</sup> 補充的保障説とは、憲法 13 条と他の人権規定とのに関して「個別の人権を保障する条項との関係は、一般法と特別法との関係にあると解されるので、個別の人権が妥当しない場合にかぎって一三条が適用される(補充的保障説)」と説く学説を指す。芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法 第七版』(岩波書店、2019 年) 121 頁。

<sup>19</sup> 昭和 59 年 7 月 6 日の判例である。参照、家裁月報 37 卷 5 号。

<sup>20</sup> 厚生労働省「平成 28 年度 全国ひとり親世帯等調査結果」では「母子世帯の 29.8%、父子世帯の 45.5% が面会交流を実施」とあるが、このことは、裏を返せば、母子世帯の 70.2%、父子世帯の 54.5% が面会交流を実施していないことになる。同調査では母子世帯の数が 123.2 万、他方の父子世帯の数が 18.7 万である。実施率の低い母子世帯が 6.6 倍と圧倒的に多く、計算すると全体の実施率は約 3 割となる。約 7 割が実施されず、親子断絶が多発している。



しかも離別を経験した男性の自殺率が通常の6倍以上にまで達している<sup>21</sup>。世界の国々が離婚後共同親権へと歩を進め、離婚後の親子の絆をつないできたこととは対照的に、本邦でこんなにも悲惨な現実があるのは最高裁をはじめとする裁判所が憲法上の親の権利やこれによって保護される面会交流権を無慈悲に否定してきたことの結果ではなかろうか。近年では、下級審によって養育が親子の権利として認められるなど親の権利に関連する判決において変化の兆しがみられるが<sup>22</sup>、最終的には憲法の番人たるべき最高裁の判例変更によって是正されるべきことを期待する。この点で、本訳稿が本邦での裁判・実務に一石を投じることになることを願ってやまない。

---

<sup>21</sup> 厚生労働省自殺対策推進室の統計によると、2015年時点の自殺死亡率は10万人あたり18.9人であるが、離別を経験した男性に限ると10万人あたり118人であり、実に6倍以上に達している。むろん離別を経験した男性の自殺の全てが親子断絶によるものとは限らないが、親子断絶による自殺者も相当数含まれていると言えよう。

<sup>22</sup> この点で注目すべき判決として、参照、東京地裁平成31年(ワ)第7514号、東京高裁令和3年(ネ)第1297号。