

判例研究

里親移転拒否事件：(2023 年 8 月 28 日・ドイツ 連邦憲法裁判所第一法廷第二部会決定)

辛 嶋 了 憲

I 事実

本件は、ある里親が子の他の里親への移転を拒否し、自身の家庭への滞在を請求した事案である。

1. 事案の概要

X は 2018 年 9 月に出生した。X の実父は X が胎児の時点で死亡している⁽¹⁾。X の実母は X 妊娠時に麻薬を使用していた (Drogenkonsum)。実母の中毒性薬物依存 (Suchtmittelabhängigkeit)⁽²⁾ の影響のため、X は出生後四週間以上にわたり、モルヒネ硫酸塩による治療が行われた。上記事実により、X には「いくつかの領域における発達に遅れがある」⁽³⁾。

2018 年 11 月、X は上記治療終了後「保護され、当初は担当里親 (Bereitschaftspflegefamilie)⁽⁴⁾ の下にいた」。2019 年 3 月以降、X は、担当里

(1) AG Regensburg Beschl.v.15.3.2023–205 F 345/23, BeckRS 2023, 23389, Rn.2 [以下、本文にて AG, 欄外番号と示す]。

(2) Suchtmittel の訳語については佐藤輝幸「オーストリアにおける不能犯について」法学志林 116 (2・3) (2019) 80 頁参照。

(3) FamRZ 2023, S.1714 (Rn.2f.) [以下、本文にて、BVerfG, 欄外番号と示す]。

(4) トビアス・パウアー [略]「ドイツ青少年研究所の匿名出産及び赤ちゃんポストに関する調査一要約 (2011)」同 [編]「ドイツにおける「赤ちゃんポスト」・「匿名出産」に関する資料集」熊本大学文学部パウアー研究室 (2014) 36 頁では「緊急里親家庭」という訳語が当てられている。

15 - 里親移転拒否事件：(2023年8月28日・ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷第二部会決定) (辛嶋)
親とは異なる里親家庭（以下、Aとする）で生活を始める。なお、「2019年6月5日のレーゲンスブルク区裁判所の決定により、母親の親としての監護権は剥奪され、後見人に移された」(AG, Rn. 2)。

当初、Xは託児所に預けられていたが、「2021年9月以降、統合幼稚園(Integrativer Kindergarten)⁽⁵⁾に通う」ようになった。幼稚園では「日常的にXと他の子供の衝突が生じ」、更には「Aと幼稚園の職員との対立が生じていた」(AG, Rn. 3)。

青少年保護所(2023年2月17日及び同年3月10日)はX及びAに対して以下のように評価する。

「AはXの特性及び必要な事柄を理解していないようである。それによって子は過剰な要求に陥っている。……Aが幼稚園や他の専門家の報告を人格的な批判と理解しているようである。これにより、里親との建設的な共同作業は更に困難になった。……A自身の精神的な問題に基づき、Aは、子の特別な要求と必要な事柄による負担に耐えることはできない。更にAは、幼稚園で、そしてXの面前で、『これ以上は無理だ。施設に預ける』と幾度も述べた」(AG, Rn. 5: OVG, Rn. 10)。

同年2月17日に付された後見人の見解も同様のものであった⁽⁶⁾。

2023年2月8日時点では「AはXの別の里親家庭への移転に同意」していた。しかし、その後「AがXを後見人に引き渡すことを拒絶したため」後見人はXの引渡命令を求めた(OLG, Rn. 15)。

民法典1632条4項第1文は「子が長期間にわたって家庭養育(Familienpflege)の下で生活し、そして、両親が子を里親(Pflegeperson)か

(5) 統合幼稚園とは、「統合のための場所(Integrationsplätze)を有する幼稚園」であり、「障害を有する子、障害の可能性のある子、障害がない子が、共に監護され、共に日々を過ごす」幼稚園である(<https://www.bezirk-oberbayern.de/index.php?NavID=2378.61> [最終閲覧日：2024年10月15日。以下、同様])。

(6) OLG Nürnberg Beschl. v. 12. 5. 2023-10 UF 316/23, BeckRS2023, 22511, Rn. 14. [既述のように、本文にてOLG, 欄外番号と示す]

ら連れ出そうとするとき、連れ出しにより子の福祉が危険に晒される場合及びその限りで、家庭裁判所は職権により、もしくは、里親の申立により、子を里親の下に居続けさせることを命令できる」、と定める⁽⁷⁾。同法に基づき、2023年2月16日に「AはXのA家庭における滞在の命令を申請した」。他方で、「後見人はAの申請の却下と、Xの後見人への引渡請求した」(AG, Rn. 1)。

2023年2月17日・レーゲンスブルク区裁判所の決定により、「Xの里親家庭における滞在の命令に関するAの提案は却下され、Xの後見人への引き渡しが命じられた」(AG, Rn. 6)。同日よりXは「新しい里親家庭の下にいる。その里親は原審手続(Ausgangsverfahren)における専門家の評価に基づくと各々の職業的背景に基づき、子の障害(Störungsbild)を熟知している」(BVerfG, Rn. 4)⁽⁸⁾。

以上が本件事案の概要である。

2. 連邦憲法裁判所に至るまで

連邦憲法裁判所に至る過程を簡単に確認しよう。2023年3月15日・レーゲンスブルク区裁判所決定は、「XのAの家庭における滞在に対するAの申請の却下」という結論を下す(AG, Tenor1)。Xの実母親⁽⁹⁾及びAは上記区裁判所の決定に対する抗告を行なった(OLG, Rn. 1)。しかし、2023年5月12日・

(7) Beck-Online Die DATENBANK (<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-100-G-BGB-P-1632>)より訳出に際して、鈴木・後掲注16) 85頁参照。

(8) Ausgangsverfahrenの訳語は八木敬二「消費者裁判手続特例法に基づく被害回復裁判手続の独自性と発展性(4・完)」成蹊法学99号(2023) 188頁。

(9) Xの実母は2019年6月5日の時点ですでにXの「親としての監護権を完全に喪失した」。Xの母親は権利侵害がないため「家庭事件及び非訟事件の手続に関する法律(FamFG) 59条1項の意味における異議申立の権限を有さない」(OLG, Rn. 29)。そのため、Xの母親の訴えは却下された(OLG, Tenor1)。同法律については、東京大学・非訟事件手続法研究会「『家庭事件及び非訟事件の手続に関する法律』仮訳」56頁以下(法務省HP：<https://www.moj.go.jp/content/000012230.pdf>)。

13 - 里親移転拒否事件：(2023年8月28日・ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷第二部会決定) (辛嶋
ニュルンベルク上級ラント裁判所決定もAの異議申立を棄却した (OLG,
Tenor 2)。Aはこの上級ラント裁判所決定に関して、「Aの家庭における子へ
の具体的な危険が差し迫っていることを確定しなかったことの異議を申し立
てた」。この時、Aは「基本法6条1項及び3項⁽¹⁰⁾並びに、基本法20条3項
違反を主張」した (BVerfG, Rn. 6)。

かくして、議論の場は連邦憲法裁判所に移る。以下、2023年8月28日・
連邦憲法裁判所第一法廷第二部会決定 (以下、本決定) の判断内容を確認する。

II 決定要旨

① 「憲法異議の根拠が連邦憲法裁判所法23条1項第2文及び92条に由来
する要請を満たさない」。同法「93a条2項に基づく受理の根拠が存在しない」⁽¹¹⁾。
「憲法異議が裁判所の決定に対して向けられている場合、通常、裁判所の決定
及びその根拠付に関する詳細な論証が必要である。この時、その都度の示さ

(10) 本件で問題となる基本法6条1項、2項第1文、3項は次のように定める。「(1) 婚
姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」。「(2) 子どもの養育及び教育は、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……」。「(3) 子
どもは、親権者に故障がある場合、又は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、一の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」(初宿正典 [訳] 『ドイツ連邦共和国基本法 [第2版]』
(信山社、2024) 3頁以下)。

(11) 条文はそれぞれ次の通り、連邦憲法裁判所法23条1項「裁判手続を開始する申立て
は、書面で連邦憲法裁判所に提出しなければならない。申立てには、理由を付さな
ければならず、必要な証拠方法を示さなければならない」。同法92条「訴願の理由には、
侵害されたとされる権利、及び訴願人が侵害と思料した機関又は官庁の作為又は不
作為を記載しなければならない」。同法93a条2項「憲法訴願は、次に掲げる場合には、
裁判をするために受理しなければならない。a) 憲法訴願が憲法上の原則に関わる重
要性を有するときb) §90第1項に掲げる権利の実現のために適切であるとき。訴願
人が本案についての裁判を拒否されたため重大な不利益を被ったときも、この場合に
あたりうる」(それぞれ、初宿正典・須賀博志 [編訳] 『原典対訳：連邦憲法裁判所法』(成
文堂、2003) 29、69、71頁)

れている基本権がどの程度侵害されそうなのか、そして、問題となっている諸措置がどの憲法上の要請と衝突しそうなのかについても説明しなければならない……」。「憲法異議申立人たちはこれらの要請を満たしていない」。「憲法異議申立人は、どの根拠に基づき仮の命令手続（Anordnungsverfahren）における結論の衡量に対する前提が存在していないのか、そして、上級ラント裁判所の該当する衡量が諸基本権を侵害しているかについて、応じていない」（BVerfG, Rn. 7ff.）。

②民法典 1632 条 4 項第 1 文について、通説曰く、「原則里親からの子の連れ出し（Wegnahme）は、連れ出しによる子の福祉の危険の発生が十分確実に排除できるときにのみ、生じ得る……」。判例によると「連れ出しにより差し迫る子の福祉の危険性に関する必要な予測は次のように区別される。当該子が従来の里親から血縁上（又は法律上）の親に戻るか、あるいは、里親の変更を試みるか、である……。後者の場合、変更により子の福祉への危険発生の可能性が存在する時にはもう滞在・送還命令を出すことができる……。勿論、変更によっても、従来の里親の下での滞在によっても、子の福祉の危険の発生可能性が問題になる場合に、民法 1632 条 4 項の専門法上の理解に基づく、衡量を行わなければならない。このとき、従来の里親からの引離し（Herausnahme）により生じ得る危険が、滞在の場合に予測される相当な危険に比すると低くなるか否かが重要であると言われている……。しかし、このような状況でも、民法典 1666、1666a 条に基づく監護権を、子の別離により、親から引き離すことに関して必要であるのと同様には、従来の里親における具体的な子の福祉の危険発生を確定する必要はない。民法 1632 条 4 項にとって重要なのは、差し迫った、または、既に行われた里親からの引離しにより生じる子の福祉の危険発生である」（BVerfG, Rn. 12）。

③「民法典 1632 条 4 項第 1 文のこの解釈は、本件に関して判断すべき里親から別の里親への子の移転に関して、憲法異議申立人である里親が拠り所に行ける基本法 6 条 1 項に基づく家族の基本権に照らして、異論なきものであ

る。連邦憲法裁判所は、既に、基本法6条2項第1文に拠る基本権の担い手である両親と、通常そうではない里親という異なる基本権上の地位に基づき……、民法典1632条4項第1文において重要な危険発生の子の要請の際に区分しなければならない、と判断した……。里親間の子の移転に関して、重要な、子の福祉に該当する諸根拠が存在しなければならない……。この観点に基づく、里親の変更の場合も、従来の里親家庭での滞在でも、滞在命令あるいは帰還命令の発布を子の福祉に向けられた衡量に依存させることは、基本法6条1項と一致する。民法典1632条4項は、立法者が尊重にふさわしいと認めた里親の地位の強化というよりも (vgl. BT-Drs. 8/2788, S. 40)、寧ろ、子の福祉の実行に資するものである……。「憲法上望ましい子の福祉への調整は、従来の里親との子の育まれた結びつきを含めること、そして、この里親からの別離による子の福祉への差し迫った危険を顧慮することを、要求する……。原則、子の福祉は、下記の場合のみとその里親との育んだ結びつきが存在する際に、この子をこのような里親家庭から引離すことを要求する。すなわち、従来の [子とって：筆者注] 重要な人間との別離の結果として、子の身体的・精神的・心的な侵害が、子の基本権上の地位の顧慮の下、甘受できる場合である……。専門法において、両面において有り得る子の福祉への危険発生の場合に関して、危険発生可能性の間の衡量は、通常、—親と里親そして子の利益の現存する衝突状況の解決の場合に—憲法上要請される子の福祉への志向に一致する……。「民法典1632条4項の解釈及び適用の場合、確かに、里子及び(従来の)里親から成る里親家庭が基本法6条1項により保護されていることを顧慮しなければならない……。里親からの子の引離し (Herausnahme) に関する判断の場合の基本法6条3項に由来する要請の顧慮……は、原則、監護権の保有者ではない里親の憲法異議の場合には、当然、例外的な事案においてのみ顧慮され得る。このことは例えば、何年にもわたる継続的な養育や他の重要な事情の場合にのみ、可能である……。専門裁判所が従来の里親での滞りの場合に子の福祉の危険を確定した時、基本法6条

3項の顧慮の下評価すべき例外的事案を考慮しない。このとき、子の福祉に向けられた、その都度の危険発生可能性の衡量だけで良い。専門裁判所により、手続きの形成への憲法上の要請の維持の下、従来の里親の滞在の事案において、変更の場合よりも危険発生の可能性が高いと評価されるとき、通常、滞在命令の拒絶は家族の基本権（基本法6条1項）を侵害しない」（BVerfG, Rn. 13ff.）。

④「この基準に拠れば憲法異議の根拠付からは憲法異議申立人の基本法6条1項に由来する基本権への侵害の可能性は生じない」（BVerfG, Rn. 16）。

Ⅲ 検討：下級審決定との比較

本来、基本法6条に関する事項や先例との比較検討が必要だが、文字数の都合で、本稿では本決定に関する言及に留める。この点については改めて別に論ずることにしたい。

本稿筆者が本決定を紹介する理由は次の通りである。後述（おわりに）するように、日本の憲法訴訟では、家族における「子」⁽¹²⁾が重要な役割を担っているように思われる。家族が問題となる事例では、事案に存在する特殊な事情が重要である。それ故、個別の事案分析が、「子の福祉」、ひいては憲法学における家族の在り方等を論ずる準備として肝要であろう。更に本決定の特徴として次の事が挙げられる。「部会は憲法異議を総じて許容できないと考え、連邦憲法裁判所法93a条2項⁽¹³⁾に基づく受理要件を否定した」（①）。にもかかわらず、部会は「極めて詳細に、かつ、徹底的な根拠付において、民法典1632条4項の言及された問題に応じ」、「基本法6条を背景にして、上級

(12) ドイツの「子の自由」を検討する文献として横田光平『子ども法の基本構造』（信山社、2010）98頁以下。

(13) 連邦憲法裁判所法93a条による連邦憲法裁判所の受理要件については畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判 [第2版]』（中央大学出版部、2013）323頁以下（小野寺邦広）。

9 - 里親移転拒否事件：(2023年8月28日・ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷第二部会決定) (辛嶋ラント裁判所の決定の評価を詳細に補足する)⁽¹⁴⁾ (②～③)。「基本法6条の文脈における里親家庭の地位 (Status) に関して更に明らかに」した⁽¹⁵⁾。

すなわち短い部会決定ではあるが、本決定から憲法上の里親の法的地位の相違 (③) など本邦が学べることが多いと思われるため、本決定を紹介する。前述した Hufen の指摘を見ると、連邦憲法裁判所の決定の前提には上級裁判所の決定があるようである。そのため以下では両決定を比較して分析する。

1. 前提：法制度の確認

本件で中心となるのは民法典 1632 条 4 項第 1 文である⁽¹⁶⁾。同条文の立法目的は後述 1985 年 3 月 8 日・ハム上級ラント裁判所が論じているように、「都合の悪い時期に、里子の引離しを防ぐ」ことにある⁽¹⁷⁾。1979 年 4 月 27 日の法務委員会資料を見てみよう。立法者が念頭に置いているのは、例えば既に「子が実親から疎遠な状況であり、里親家庭に関係性 (Bezugswelt) を見出し、都合の悪い時期に引離すことにより人的な、特に精神的な福祉が危険に晒されている」事例である。この時、実の親の「身上監護権 (Personensorgerecht)」の行使は劣後する⁽¹⁸⁾。このような「都合の悪い時期に実の親が里親から引離しを要求することにより子の福祉が危険に晒されることの回避」が同条文の目的である⁽¹⁹⁾。

条文の文言を確認しよう。同条の文言上は、滞在命令を発する条件について

(14) *Friedhelm Hufen, Grundrechte : Wechsel der Pflegefamilie, JuS 2024, S. 280.*

(15) *Hufen, Fn. 14, S. 281.*

(16) 同法を含むドイツの里親の法的地位について、プロイセン一般ラント法の条文から現在の法律、裁判例などを詳細に分析した文献として鈴木博人『親子福祉法の比較法的研究Ⅱ：里親の法的地位に関する日独比較研究』（中央大学出版部、2024）55頁以下、1632条については同書82頁以下。

(17) *BeckOK BGB/Veit, 71. Ed. 1. 1. 2023, BGB § 1632, Rn. 69.*

(18) *BT-Drs. 8/2788, S. 40.*

(19) *BT-Drs. 8/2788, S. 52.* より詳細には鈴木・前掲注16) 90頁以下参照。

て、「両親」が主体となって「子を里親から連れ出すこととしている。本件では、子を連れ出そうとしているのは、Xの実親ではなく、後見人である。故に、そもそも同法の適用事案かが問題となりそうであるが、「親が子を連れ出すことを要求する時のみならず里親または後見人がこれを要求する場合にも、民法典 1632 条 4 項第 1 文が適用される」⁽²⁰⁾。例えば、1985 年 3 月 8 日・ハム上級ラント裁判所は民法典 1632 条 4 項の目的から、このことを導く。曰く、「民法典 1632 条 4 項の保護目的は、都合の悪い時期に、生まれた関係性の破壊から子を守ることである。この保護目的が後見人または里親に対しても適用を要するような事情は想定し得る」⁽²¹⁾。

また、民法典 1632 条 4 項は、「子を連れ出そうとするとき (wollen)」と定めている。そのため、本条文が予定しているの是一見すると予防的措置のみのように思える。しかし、例えば、1996 年 4 月 30 日・バイエルン上級ラント裁判所は同条文について「里親にいる子の滞在の終了が、滞在命令に関する手続きと直接に（特に時間的に）関連している場合、裁判官は、滞在命令の発付を里親への子の返還命令に組み合わせることができる」、と論じる⁽²²⁾。すなわち、同条文は「引離しに対して予防的な (präventiv) 保護を行うのみならず、……権利保護が予防的には達し得ない場合に事後的な (nachlaufend) 返還請求 (Rückführungsanspruch) も保障する」⁽²³⁾。

2. ニュルンベルク上級ラント裁判所決定との比較

(1) 2023 年 5 月 12 日・ニュルンベルク上級ラント裁判所決定の確認

(20) Alexander Witt, Anmerkung, FamRZ 2023, S. 1717. A. Witt は同評釈執筆当時、ハンブルク上級ラント裁判所裁判官である。

(21) OLG Hamm, Beschluß vom 8. 3. 1985 - 15 W 64/85, NJW 1985, S. 3029 (3030).

(22) BayObLG Beschl. v. 30. 4. 1996 - 1Z BR 36/96, BeckRS 1996, 3647, Rn. 8.

(23) Witt, Fn. 20, S. 1717. präventiv 及び nachlaufend の訳語は薄井一成「行政組織法の基礎概念」一橋法学 9 (3) (2010) 881 頁参照。

7－里親移転拒否事件：(2023年8月28日・ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷第二部会決定)(辛嶋)

ニュルンベルク上級ラント裁判所の判断は下記の通りである。

「民法典 1632 条 4 項に基づき、家庭裁判所は長期、里親家庭 (Familienpflege) の下で住む子が、子の福祉が里親からの引離しにより危険に晒されるとき、そして、その限りで、両親の引渡し請求にもかかわらず、従来の里親のもとで滞在することを命ずることができる」(OLG, Rn. 33)。「里親が実の両親 (Herkunftseltern) とは異なり基本法 6 条 2 項の保護を引き合いに出すことができないときでさえ、里親と子の関係は基本法 6 条 1 項及び 3 項の保護の下にあることを顧慮しなければならない。[子にとって：筆者注] 直接に重要な人間 (Bezugsperson) からの里子の別離は、子にとって相当に精神的な負担であり、深刻な影響を及ぼす将来的なリスクに結びつく……。子の福祉は、里親と子の結びつきを子の更なる滞在に関する判断に含めることを要求する。里親からの子の引離し及び、従来の里親との関係の断絶が子の福祉への危険を示す時、民法典 1632 条 4 項に基づく決定の原因となる」(OLG, Rn. 34)。「実の親へ子を戻すことではなく、里親の変更が予定されている場合、従来の里親家庭からの子の引離し、そして、別の里親家庭に連れて行くことにより子の福祉が危険に晒されることを、十分確実に取り除かなければならない……。反対に、子が身体的・精神的・心的福祉において継続的に危険に晒されるとき、従来の里親での滞在やそこに戻すことは除外される……。決定において、裁判所は比例原則を顧慮しなければならない、関係者の諸基本権を一致させなければならない。この関連において行われる利益衡量の際に、子の人格 (Individualität) を含めなければならない。更に、衡量において、「従来の里親の人格」、「里親家庭の状況」、「子と里親の間の育んだ結びつき」そして「里親の養育能力」を考慮要素として挙げる (OLG, Rn. 35)。「子は国家の保護への基本権上の要請を有する。国家は、基本法 6 条 2 項に基づき、国家に与えられている監視職務 (Wächteramt) ⁽²⁴⁾ の範囲で子の養育を確保する

(24) 篠原永明「親権制限とその周辺」甲南法学 59 (3・4) (2019) 181 頁の訳語。

義務を有する。裁判所が（従来の）里親へ子を戻すことを決定した場合に、危険発生の予測を行わなければならない。従来の里親家庭に戻す際、子が身体的・精神的・心的な福祉において継続的に危険に晒される根拠が存在する場合、裁判所は従来の里親に戻す場合に子の福祉への危険が実際には差し迫っていない理由に関して理解できる（nachvollziehbar）根拠を述べることができるときに子の保護の要請に応える。「これに照らすと、迅速手続にて行なった概略的な審査に基づく、区裁判所の決定は結論において異議を唱えることはできない」。(a) 本件の引き離しは、4 年以上にわたる里親と子の「結びつきの崩壊（Bindungsabbruch）」の可能性がある（OLG, Rn. 36ff.）。他方で、(b) A と幼稚園の職員・専門家との間の衝突が存在している（OLG, Rn. 39ff.）。(c) A は「障害に精通しておらず」、X の養育は過剰な負担になり得る。他方、新たな里親は「職業上子の障害をより適切に心得、最善の養育を遂行することができる専門的な里親」である（OLG, Rn. 43f.）。以上を踏まえると、「迅速手続にて行われた暫定的な評価に基づく、新しい里親家庭の専門的な能力が X のために役立つことは、X の福祉により一致している。結びつきの崩壊という形での子の引離しに結びついた不利益な効果は、以前の里親の問題を有する状況の顧慮においても、寧ろ、補われている」（OLG, Rn. 45）⁽²⁵⁾。

(2) 比較

上級ラント裁判所と本決定はそれぞれ里親と子の関係について基本権に言及しているが、相違がある。これを確認しよう。

(25) また、「本案事件手続（Hauptsacheverfahren）終了前に、従来の里親に X を現在戻す」ことの可否に関する論点の箇所では、「X が専門的な里親に適切に慣れた。そこで子の福祉に適合せずに監護され、世話をされ、養育される根拠は存在しない」ことが論じられている（OLG, Rn. 51）。本案事件手続の訳語は東京大学・非訟事件手続法研究会・前掲注 9）48 頁に依拠。

前者は「里親と子の関係は基本法6条1項及び3項の保護の下にある」ことを示す。本決定は「里子・里親から成る里親家庭が基本法6条1項」の保護下にあることを示す点では上級ラント裁判所と共通している。しかし、本決定曰く、里親家庭の場合「基本法6条3項に由来する要請」は原則として生じない(Ⅱ③)。「里親は基本法6条2項に由来する監護権の担い手ではないからである」⁽²⁶⁾。

仮に例外的な場合として基本法6条3項の要請が生じる時、基本法6条1項の場合よりも「厳格な審査尺度」が求められる。すなわち「問題となる決定が、基本権の意義に関する根本的に誤った見解に基づくか否かのみならず、個別の解釈の誤りや、事実の確認・評価における明白な誤りに基づくか否かについても、連邦憲法裁判所は再審査する」⁽²⁷⁾。本決定は里親においてこの厳格な審査尺度が要求される場合として、「何年にもわたる継続的な養育や他の重要な事情の場合」を挙げる(Ⅱ③)⁽²⁸⁾。本決定のこの点につき、「新しい重要な観点」であり⁽²⁹⁾、本件の先例である1988年10月12日・連邦憲法裁判所第一法廷決定(以下、1988年決定という)⁽³⁰⁾とは「一線を画する」、と指摘される⁽³¹⁾。1988年決定は「養育関係が長期間継続し、里親と里子との結合が生じている場合には養育家族もまた基本法6条1項の保護を受けるので、「社会的」家族からの子どもの引離しについて決定する際にも、基本法6条3項を全く無視してはならない」と論じていた。その上で、1988年決定の事案では「養育関係が比較的短期」であったこと等から、「基本法6条1項および3項から生じる彼ら〔里親：筆者注〕固有の基本権は侵害されていない」と

(26) *Hufen*, Fn. 14, S. 281.

(27) 以上、*Wolfgang Keuter*, Anmerkung, NZFam 2023, S. 1026.

(28) Vgl. *Keuter*, Fn. 27, S. 1026

(29) *Witt*, Fn. 20, S. 1717.

(30) 飯田稔「子どもの引渡し手続と里親・里子の基本権」ドイツ憲法判例研究会〔編〕『ドイツの憲法判例Ⅱ〔第2版〕』(信山社、2006)209頁以下。

(31) *Witt*, Fn. 20, S. 1717.

判断した⁽³²⁾。つまり、従来、基本法 6 条 3 項の要請発生の条件として里親・里子の養育関係の時間的継続性が重要な要素であった⁽³³⁾。同様に、宇多も 1988 年決定に先立つ、「民法 1632 条 4 項の基本法適合性が争われた」1984 年 10 月 17 日・連邦憲法裁判所第一法廷決定を踏まえて「基本法上の家族の保護にとって、長期にわたる監護とそこから生じる家族としての結びつきが重要な意味を持つとの理解がうかがえる」と示す⁽³⁴⁾。

確かに、本決定は基本法 6 条 3 項の要請がなされる条件の一つとして時間的継続性を挙げている。しかし、「専門裁判所が従来の里親家庭での滞在における子の福祉の危険を確定した場合、基本法 6 条 3 項の顧慮の下評価すべき例外的事案は考慮されない」(II③)と論じ、時間的継続性という要素を考慮しない類型、すなわち、時間的継続性が仮にあったとしても、里親・子関係の保護の密度が薄くなる類型を創出する⁽³⁵⁾。この類型の存在により、「長期間の養育関係の場合ですら引離しに関する子の福祉の潜在的な危険で十分であり、「里親変更の好機とリスクという子を中心にした衡量が重要となる」⁽³⁶⁾。そのため、主に引離しが子に対して危険を生じさせているか否か (II②)、すなわち、「子の身体的・精神的・心的な侵害が……甘受できる」範囲内か否かを審査すれば足りる (II③)。この時上級ラント裁判所が行なっているような、従来の里親家庭と子の関係の年数も、従来の里親家庭における里親の負担・能力等の考慮も、新しい里親家庭が専門知を有しているか否かの考慮も不要である (2 (1) a, b, c)。無論、同裁判所のような濃い審査密度も不要である。

(32) 飯田・前掲注 30) 210 頁以下。

(33) 飯田・前掲注 30) 214 頁参照。

(34) 宇多鼓次朗「憲法上の概念の解釈における変化に関する一考察 (2・完)」阪大法学 73 (3) (2023) 169 頁以下。

(35) Vgl. Keuter, Fn. 27, S. 1026.

(36) Witt, Fn. 20, S. 1717.

3 - 里親移転拒否事件：(2023年8月28日・ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷第二部会決定) (辛嶋)

本決定で「連邦憲法裁判所は里親の諸権利の更なる強化に境界を示し」、「同時に、純粹に子を中心に置く里親変更の結果の衡量を審査の前面に出すことで子の権利を強化する」⁽³⁷⁾。確かに、基本法6条1項は里親と子の家族関係を保護している(Ⅱ③、Ⅲ2(1))。しかし、ここで中心となるのは、里親ではなく、子、なのである⁽³⁸⁾。本決定は、この考えをヨリ強く示すものである。

おわりに

日本の「最高裁判所も家族制度について重要な憲法判断を下すようになってきて」いる⁽³⁹⁾。平等原則をめぐる重要な判例である、尊属殺人違憲判決(昭和48年4月4日・最高裁大法廷判決(刑集27(3)265頁))、国籍法違憲判決(平成20年6月4日・最高裁大法廷判決(民集62(6)1367頁))、婚外子相続分差別違憲決定(平成25年9月4日・最高裁大法廷決定(民集67(6)1320頁))はいずれも、家族における子が各事件の中心的存在であった。また、本稿執筆時、令和6年6月21日・最高裁判所第二小法廷判決に接した。第二小法廷が重視したのは「子の福祉及び利益」であった⁽⁴⁰⁾。宇多はドイツにおいて「基本法6条1項の家族概念解釈は「子に対する監護及び教育の責任を実際に引き受けていることを重視する思考」をいわば「核」として、社会変化を受容し」、家族という「共同体の範囲が拡大した」、と言う。日本において家族形態が多様化した際に、核となる思考は一体何か、憲法学の観点から、検討する必要がある⁽⁴¹⁾。憲法学の観点から「家族」を考える際に、「子」、「子の福祉及び利益」を検討しなければならない。

(37) Witt, Fn. 20, S. 1717. もっとも、子の福祉への危険性の存在を「厳格な審査」の適用の可否の指標にするのではなく、「厳格な審査の範囲における考慮する」要素の一つにすべきという指摘もある (Keuter, Fn. 27, S. 1026)。

(38) 宇多・前掲注34) 180頁以下参照。

(39) 宍戸常寿「判例講座・憲法人権 第8回 法の下での平等(2)(家族生活と平等)」警察学論集76(1)(2023)81頁以下。

(40) 裁判所 HP: https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/104/093104_hanrei.pdf

本稿は、先行研究が既に示してきたドイツの家族法において「子の福祉」が現在でも鍵概念となっているということを連邦憲法裁判所の判例紹介を通して再度確認したに留まる。他の先例等も合わせた検討は別に行うこととしたい。日本では、里親の「法的地位の保障の議論がこれまで十分になされてきてはいない」こと、「現行法上、明確に里親の法的地位を保障した規定はないことが指摘されている⁽⁴²⁾。このような日本の議論状況に、本稿の判例紹介が少しでも寄与できていれば幸いである。

※ 本研究は JSPS 科研費 24K16245 の助成を受けたものである。

※ 校正に際して、一橋大学大学院博士後期課程の岡田聖貴氏からご助言をいただいた。篤く御礼申し上げます。本稿における誤り、誤字等は本稿筆者の責任である。

(41) 宇多・前掲注 34) 181 頁。宇多は「日本国憲法 24 条の解釈論として家族概念について検討するに際して、子に対する責任の引き受けを重視する思考を導く可能性もある」と論じる(同 183 頁)。

(42) 鈴木秀洋「子どもの権利向上の視点からの「家族」支援法制の考案」二宮周平・風間孝〔編〕『家族の変容と法制度の再構築』(法律文化社、2024) 334 頁。