

憲法と親の概念

赤 川 理

はじめに

ドイツ連邦共和国基本法（以下、特に断らない限り、「基本法」と表記する。）6条2項は、「子どもの養護及び教育は、親の自然の権利であり、何よりもまず彼ら〔親〕に課せられた義務である。その活動については、国家共同体が監視する」^(注1)と定める。つまり、ドイツにおいては、憲法上「親（Eltern）」という概念が登場する。そこで、この憲法上の親の概念について、どのように考えるかという問題が提起されることになる。具体的には、憲法上の親の概念は、民法上の親の概念とどのような関係にあるのかということが問題になる。本稿においては、この問題についての Matthias Jestaedt の議論^(注2)を紹介・検討することにした。

(注1) 以下、〔 〕は本稿筆者が指示語の内容などを補ったことを示している。基本法6条2項の訳を作成するにあたっては、石川健治訳・解説「ドイツ」高橋和之編『[新版]世界憲法集』第2版(2012)170頁を参照した。

(注2) 本稿においては、主に以下の論文を取り上げる。Matthias Jestaedt, Eltern im Sinne des Grundgesetzes und des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Verfassungsrechtliche (Vor-) Fragen der Elternstellung in der Kinderwunschmedizin, in: Dagmar Coester-Waltjen, Volker Lipp, Eva Schumann, Barbara Veit (Hg.), „Kinderwunschmedizin“ - Reformbedarf im Abstammungsrecht?, 2015, SS.23-46. (以下、「Jestaedt, ①」と表記する。) ; Matthias Jestaedt, Eltern im Rechtssinne: Identität und Differenz des Eltern-Begriffs von GG und BGB, in: Katharina Hilbig-Lugani, Peter M. Huber (Hrsg.), Moderne Familienformen, Symposium zum 75. Geburtstag

von Michael Coester, 2019, SS.13-35. (以下、「Jestaedt, ②」と表記する。)

第一章 基本法6条2項1文における人に関する保護領域と事物に関する保護領域の区別

基本法6条2項は、「子どもの養護及び教育は、親の自然の権利であり、何よりもまず彼ら〔親〕に課せられた義務である。その活動については、国家共同体が監視する」^(註1)と定める。Jestaedtによれば、「……基本法6条2項は、1文と2文において、明らかに、保護領域と（書かれた）「制約」を区別する。基本法6条2項1文は、保護領域に関してだけである……」^(註2)。それでは、基本法6条2項1文は、どのように理解されるべきだろうか。

Jestaedtによれば、基本法6条2項1文は、人に関する保護領域と事物に関する保護領域の区別を、はっきりと表現している^(註3)。Jestaedtによれば、人に関する保護領域と事物に関する保護領域というこの「……二つの保護領域の次元を明確に区別することは常にきわめて容易であるわけではない……」^(註4)が、この区別はドグマティック上効果の大きなものである^(註5)。

Jestaedtによれば、「基本法6条2項1文による親の権利の保障の保障構造にとって」^(註6)、「人に関する保護領域と事物に関する保護領域の区別は……根本的であり、進路を定めるものである」^(註7)。「誰が^s（どの人が^s) 保護されるのか？」という人に関する保護領域に向けられた問いに、基本法6条2項1文は、「親」と答える。「何が^s（どのような行いが^s) 保護されるのか？」（「どのようなことへ〔どのような行為へ〕義務づけられるのか？」）という実質的な保護（そして義務）領域に焦点をあてた問いに、基本法の規定は、「子どもの養護及び教育」と答える」^(註8)。

つまり、Jestaedtによれば、人に関する保護領域と事物に関する保護領域の区別は、基本法6条2項1文を理解する上で、きわめて重要なものである。また、Jestaedtによれば、人に関する保護領域において保護されるのは（基本法6条2項1文の意味における）「親」であり、事物に関する保護領域において保護されるのは「子どもの養護及び教育」である、というのである。

それでは、人に関する保護領域と事物に関する保護領域を区別することは、具体的にはどのような意義を有するのだろうか。Jestaedtによれば、「人に関する保障次元と事物に関する保障次元を区別することは、三つの直接に法実践にかかわる帰結を有する」^(注9)。

三つの帰結のうちの第一はこうである。「第一に、事物に関する保護領域への介入は、教育されるべき、あるいは、養護されるべき子どもとの関係において親の身分（Elterneigenschaft）を有するところの教育する人、あるいは、養護する人の負担になる措置が問題になるときだけ、正当化を必要とする。当該者が親でないならば、彼ら〔当該者〕に単純法律の法秩序が教育権及び養護権を割りあてようと、彼ら〔当該者〕は基本法6条2項1文を自分のために持ち出すことはできない。親（Eltern）でなければ、親の権利の保障はない。人に関する保障の次元と実質的な保障の次元が重なってはじめて、介入の事例において、介入する国家の負担になる正当化メカニズムが作動する」^(注10)。

つまり、Jestaedtによれば、基本法6条2項1文をみずからのために援用できるのは、人に関する保護領域によって保護されている（基本法6条2項1文の意味における）「親」だけだという帰結が生じることになる。

三つの帰結のうちの第二はこうである。「第二に、逆に、あるいはあるか

もしれない介入のための正当化が、事物に関する保障領域に見いだされると
いう指摘の下でも、親の身分 (Elterneigenschaft) は、否認されることはでき
ない。彼ら〔親〕から、場合によっては教育責任及び養護責任が部分的
に、あるいはその上、完全に剥奪されるとしても、親は親であり、親は親の
ままである。親の身分 (Elterneigenschaft) の剥奪は、親によって行使され
た、あるいは、行使されるべき子どもの養護及び教育への国家による監視と
かかわるところの基本法6条2項2文による監視人職務と一致しない」^(註11)。

つまり、Jestaedtによれば、基本法6条2項1文の意味における親は、事
物に関する保護領域について制約されるとしても、すなわち、「子どもの養
護及び教育」について制約される (たとえば、親が子どもを虐待するという
理由で、子どもの養護及び教育に関する親の権利及び義務が制約されるとい
うことが考えられよう。) としても、人に関する保護領域における保護は失
わない、という帰結が生じることになる。そうだとすると、基本法6条2項
1文の意味における親は、一度人に関する保護領域によって保護されるとい
うことになれば、その保護を失うことはない、ということになる^(註12)。

三つの帰結のうちの第三はこうである。「そして、最後に第三〔のものは
こうである〕。親・子ども関係 (Eltern-Kind-Verhältnis) における国家の措
置によって不利になる人が、基本法6条2項1文の意味における親の一方
(Elternteil) であるという理由で、人に関する保護領域が開かれているな
らば、その人に親の責任 (「子どもの養護及び教育」を求める権利及び義務)
が与えられないことができるのは、介入の正当化が見いだされるときだけ
である。すなわち、国家の親の権利への介入が、基本法6条2項2文による監
視人職務に (また、たとえば、基本法2条2項1文に基づく保護義務のよう
な、それ〔監視人職務〕と並行する子どもの基本権とともに)、もう一方の
親 (des anderen Elternteils) の親の基本権に、基本法7条1項に基づく学
校の教育委託に、あるいは、他者の衝突する基本権に根拠を見いだすときに

限られる〔*〕。しかし、これはまた、逆に、ある人が人に関する保護領域の中にいるという確認、すなわち、〔ある人が〕基本法の意味における親の一方（Elternteil）であるという確認は、それ自体としてとらえると、当該の親の一方に子どもに関係する権利（及び義務）を単純法上割りあてることが憲法上要求されると証明するには、不完全であり、また、それとともに十分でないということの意味する。これは、このような法的地位を認めないことのための憲法上有効な正当化が見いだされないときだけ、そして、その限りで、事実その通りである」^(注13)。

つまり、Jestaedtによれば、人に関する保護領域において保護されている親については、事物に関する保護領域の制限が行われるのは、すなわち、親の責任が制約されるのは、憲法に定められたこと（監視人職務（基本法2条2項1文に基づく保護義務のような、監視人職務と並行する子どもの基本権をとまなう場合も）、もう一方の親の親の基本権、学校の教育委託、他者の基本権は、いずれも基本法上に根拠を有することである。）が根拠になるときだけである、というのである。そうだとすると、ある人が人に関する保護領域によって保護されている場合でも、国家による制約に憲法上の根拠があれば、事物に関する保護領域の制限が行われうる、つまり、ある人が人に関する保護領域によって保護されているからといって、事物に関する保護領域においても保護されているとは限らない、ということになる。

Jestaedtによれば、以上のことから、「……親の身分（Elterneigenschaft）は、事物に関する保護領域に先行して、あるいはいずれにせよ、原則的に、事物に関する保護領域とは独立に決定されなければならないということが帰結する」^(注14)。

つまり、Jestaedtによれば、これまでの議論によって、人に関する保護領域の判断は、事物に関する保護領域に関する判断より前になされなければなら

らない^(注15)、あるいは、人に関する保護領域の判断は、事物に関する保護領域とは独立して行われなければならない、ということが明らかになったというのである。

Jestaedt は、人に関する保護領域と事物に関する保護領域には、違いがあるという。Jestaedt によれば、事物に関する保護領域は、段階的な判断が可能であるのに対して、人に関する保護領域はそうではない^(注16)。子どもの養護及び教育に関する権利及び義務は、事物に関する保護領域の問題であるのだが、これは、分割可能であり、割りあて可能であり、それとともに段階づけ可能である^(注17)。ところが、人に関する保護領域に関しては、そうではない。「存在するのは、親か、親でない者だけである」^(注18)。基本法においては、段階づけられた親の身分は考えられない^(注19)。

これまで紹介したところから、Jestaedt の議論において、基本法6条2項1文における人に関する保護領域と事物に関する保護領域の区別が重要視されていることを見て取ることができた。しかし、以上に紹介した限りでは、Jestaedt の議論において、基本法6条2項1文における「親」の内容は、示されていないままである。そこで、基本法6条2項1文の意味における「親」、つまり、人に関する保護領域において保護される「親」とは、具体的には、どのような内容を持つ概念か、ということが問題になる。

(注1) 基本法6条2項の訳について、本稿「はじめに」(注1)参照。

(注2) Jestaedt, ①, S.30.

(注3) Jestaedt, ①, S.27.

Jestaedt, ①と、Jestaedt, ②においては、「personell」という言葉と、「persönlich」という言葉が用いられている(たとえば、Jestaedt, ①, S.27.において「personell」が用いられている。Jestaedt, ①, S.28.において「persönlich」が用いられている。Jestaedt, ②, S.30.において、「personell」

が用いられている。Jestaedt, ②, S.31.において「persönlich」が用いられている。)が、保護領域との関連において用いられる限りでは、二つの言葉に大きな意味の違いはないと考えたので、本稿では、保護領域との関連で用いられているときは、どちらの言葉も「人に関する」と訳すことにした。

(注4) Jestaedt, ①, S.27.

(注5) Jestaedt, ①, S.27.

(注6) Jestaedt, ①, S.28. Vgl. Jestaedt, ②, S.31.

(注7) Jestaedt, ①, S.28. Vgl. Jestaedt, ②, S.31.

(注8) Jestaedt, ①, S.28. Vgl. Jestaedt, ②, S.31.

(注9) Jestaedt, ①, S.28. Vgl. Jestaedt, ②, S.31.

(注10) Jestaedt, ①, S.28. Vgl. Jestaedt, ②, S.31.

Jestaedt, ①においては、「親 (Eltern) でなければ、親の権利の保障はない。」となっているが、Jestaedt, ②においては、「親の身分 (Elterneigenschaft) がなければ、(基本法上の) 親の権利の保障はない。」となっている。

また、Jestaedt, ②においては、「人に関する保障の次元と実質的な保障の次元が重なってはじめて、介入の事例において、介入する国家の負担になる正当化メカニズムが作動する。」という文はない。

(注11) Jestaedt, ①, SS.28-29. Vgl. Jestaedt, ②, S.31.

Jestaedt, ①においては、「……親は親であり、親は親のままである。」となっているが、Jestaedt, ②においては、「……憲法の意味における親は、憲法の意味における親であり、憲法の意味における親のままである。」となっている。

また、Jestaedt, ②においては、「親の身分 (Elterneigenschaft) の剥奪は、親によって行使された、あるいは、行使されるべき子どもの養護及び教育への国家による監視とかかわるところの基本法6条2項2文による監視人職務と一致しない。」という文はない。

(注12) Vgl. Jestaedt, ①, S.25.

(注13) Jestaedt, ①, S.29. Vgl. Jestaedt, ②, S.32.

Jestaedt, ①においては、「……その人に親の責任（「子どもの養護及び教育」を求める権利及び義務）が与えられないことができるのは……」となっているが、Jestaedt, ②においては、「（「子どもの養護及び教育」を求める権利及び義務）」という文言がない。

また、〔*〕の箇所は、Jestaedt, ②においては、Jestaedt, ②の注59がついている。Jestaedt, ②の注59においては、Jestaedt 自身のコンメンタールが、次のように記載されている。「親の責任の制約、すなわち、親の責任への介入を場合によってはすることのできる場所の法的権原について立ち入って。Jestaedt, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 183. Aktualisierung 2017, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn.155-170.」（Jestaedt, ①と Jestaedt, ②において、Jestaedt 自身のコンメンタールが参照される際、表記に違いがみられる（Jestaedt, ①と Jestaedt, ②の公刊時期の違いによるものと思われる。）が、Jestaedt 自身の個所に関しては同じものである。本稿第二章（注4）、第三章（注23）、第四章（注4）、第四章（注7）参照。）

また、ここで引用した最後の文において、Jestaedt, ①においては、「für die Vorenthaltung derartige Rechtspositionen」となっているが、Jestaedt, ②においては、「für die Vorenthaltung derartiger Rechtspositionen」となっている。この部分は、Jestaedt, ②にしたがって訳した。

(注14) Jestaedt, ①, S.29. Vgl. Jestaedt, ②, S.32.

Jestaedt, ②においては、この文の最後に、Jestaedt, ②の注60がついている。

(注15) Vgl. Jestaedt, ①, S.24.

(注16) Jestaedt, ①, S.29. Vgl. Jestaedt, ②, SS.32-33.

(注17) Jestaedt, ①, S.29. Vgl. Jestaedt, ②, S.32.

(注18) Jestaedt, ①, S.29. Vgl. Jestaedt, ②, S.32.

Jestaedt, ①においては、「Es gibt」となっているが、Jestaedt, ②におい

ては「es gibt」となっている。

(注19) Jestaedt, ①, S.29. Vgl. Jestaedt, ②, S.32.

第二章 基本法6条2項1文における「親」の概念

1 基本法の規制理想と制憲者意思の核心的要素

基本法6条2項1文の基本権の主体は、「親」である^(注1)が、Jestaedtによれば、基本法は、誰が基本法6条2項1文の意味における「親」かということについての法的定義を何ら与えていないということが確認されなければならない^(注2)。

そこで、連邦憲法裁判所の判例を参照することが考えられるが、Jestaedtによれば、連邦憲法裁判所の判例は、限定的にしか役立たない^(注3)。「というのは、〔連邦憲法〕裁判所は、長い、内容豊富で、また、詳細な親の権利の裁判を展開したにもかかわらず、そして、一度ならず、基本法上の親の権利の保障の目的論を指摘したにもかかわらず、それ〔連邦憲法裁判所〕は、これまで、基本法の意味において、誰が親であるか、また、何が親の身分(Elterneigenschaft)をなすのかを、普遍妥当的に、また、平面全体をおおるように(flächendeckend)定義することを恐れてしり込みしたからである(Jestaedt, ①の注17)」^(注4)。

そこで、Jestaedtは、こう述べる。「(解釈の)熟慮の出発点は、基本法上の親理解が、実の母(die leibliche Mutter)と実の父(der leibliche Vater)が、婚姻に基づいた家族共同体において、その子どもと生活し、これ〔子ども〕を共同で養護及び教育するという規制理想(Regelungsideal)に基づいて—あるいはより精確には、マックス・ウェーバーの意味における理念型に基づいて—方向づけられていることである(Jestaedt, ①の注21)」^(注5)。

Jestaedt, ①の注21には、多くの連邦憲法裁判所の判例があげられているので、連邦憲法裁判所の累次の判例から規制理想というものが抽出できると、Jestaedt は考えていることになるとと思われる。

そして、Jestaedt によれば、「連邦憲法裁判所は、この規制理想の中核を、確立した判例において繰り返される憲法の期待の形において定式化する。「制憲者は、子どもに生命を与えたところの者が、本性から、その〔子ども〕の養護及び教育に対する責任を引き受ける準備があり、また、その使命を授かっているということから出発する」(Jestaedt, ①の注22)」^(註6)。

つまり、基本法には規制理想が存在するというわけであるが、Jestaedt によれば、基本法6条2項の親理解は、この理想的状況に限定されない^(註7)。第二次世界大戦後の現実には、このような理想的状況の家族ばかりではなかったことに制憲議会は目を閉ざさなかった^(註8)し、(1) 養子の制度でもって、身体的な血統に基づかない親であることが存在すること、(2) 親であることは、親の婚姻も、生活された家族共同体も前提としていないことは、初めから疑問の余地がなかった^(註9)。

こうして、Jestaedt によれば、基本法6条2項の意味における親であることには、理念型の要素のすべてが存在しなければならないわけではないので、「制憲者の規制理想」^(註10)に基づいて、「基本法の親概念の憲法改正によってのみ修正可能な同一性を刻印づける構造」^(註11)を読み取ることができる。つまり、基本法の制憲者意思のうち、これだけではなくてはならないという核心的要素が抽出できるというわけであるが、それはどのようなものかという点、Jestaedt によれば、「……親は、父と母として、一親等の共通の子孫 (die gemeinsame Abkömmlinge 1. Grades) を、言うなれば、子ども (Kinder) を有するところの異なった性の人たちである」^(註12)ということになる。

2 基本法6条2項1文における「親」の概念は複線的なものとしてとらえられる

こうして、Jestaedtによれば、制憲者の規制理念の核心的要素は、「……親は、父と母として、一親等の共通の子孫（die gemeinsame Abkömmlinge 1. Grades）を、言うなれば、子ども（Kinder）を有するところの異なった性の人たちである」^(注13)と定式化されることになる。多くの判例に共通する要素を探した結果、内容が極限まで縮減されているように思われる。

この定式化においては、「一親等の共通の子孫（die gemeinsame Abkömmlinge 1. Grades）」^(注14)とされていたが、これを、Jestaedtは、「子孫であること（Abkommenschaft）」^(注15)と言い換えた上で、「子孫であること（Abkommenschaft）」^(注16)とはどのようなことかを問題にする。Jestaedtによれば、これについて、まず、「実の子孫であること（die leibliche Abkommenschaft）」が考えられている^(注17)。その理由は、ひとつは、基本法6条2項1文が、親の養護及び教育権限が親の「自然の権利」とみなされるということを強調するからである^(注18)。もうひとつは、連邦憲法裁判所が、親を「子どもに生命を与えたところの（Jestaedt, ①の注25）」者としてとらえているからである^(注19)。

それでは、考慮されるのは、実の子孫だけなのであろうか。Jestaedtによれば、「しかし（indes）、実の子孫であることと同様に、「法的に（だけ）（(nur-) rechtliche）」子孫であることは、尊重される。それは－いわば、前者〔実の子孫であること〕の「模倣」において、あるいは、また、前者〔実の子孫であること〕の機能的等価物として－解消不可能性（Unauflöslichkeit）及び無条件性（Unbedingtheit）、転嫁不可能性（Unabwählbarkeit）及び排他性（Ausschließlichkeit）の上に置かれた二世代による包括的な保護及び配慮共同体の中に存在する」^(注20)。

Jestaedtによれば、「それ〔連邦憲法裁判所〕が、「確かに、基本法6条2項1文は、生殖の上に根拠づけられた実の親であること（einer auf Zeugung begründeten leiblichen Elternschaft）から出発するが、しかし、この帰属を超えて、親・子ども関係（die Eltern-Kind-Beziehung）を、養護及び教育を必要とするその子どもに対する親の包括的責任関係として、その〔基本法6条2項1文の〕保護の下に取り入れる（Jestaedt, ①の注26）」と判示するとき、連邦憲法裁判所は、そのように理解できる」^(註21)。

つまり、Jestaedtによれば、基本法6条2項1文の「親」の概念は、「実の親であること」と、「法的（にだけ）親であること」の二つがあるという、複線的構造になっているというのである。そして、「……解消不可能性（Unauflöslichkeit）及び無条件性（Unbedingtheit）、転嫁不可能性（Unabwählbarkeit）及び排他性（Ausschließlichkeit）の上に置かれた二世代による包括的な保護及び配慮共同体……」^(註22)ということが、「実の親であること」と、「法的（にだけ）親であること」の共通項として、重要だというのである。

Jestaedtによれば、上述の制憲者の規制理念の核心的要素は、こうした複線的な親の定義に移行することが可能である^(註23)。Jestaedtによれば、「基本法6条2項1文の意味における親は、直接的な子孫（子ども）（Abkömmlinge（Kinder））を有する（「実の親」）（„leibliche Eltern“）か、あるいは、実の親ではないが、子どもに対して、前に挙げられた標準〔「……解消不可能性（Unauflöslichkeit）及び無条件性（Unbedingtheit）、転嫁不可能性（Unabwählbarkeit）及び排他性（Ausschließlichkeit）の上に置かれた二世代による包括的な保護及び配慮共同体……」（Jestaedt, ①, S.36. Vgl. Jestaedt, ②, S.28.）ということ〕に合致した、包括的な、人に関する法上の血統関係、保護関係、配慮関係に立つところの者（「法的に〔だけ〕親」）である（Jestaedt, ①の注27）。ひとは、基本法を一見すると、実

の親であることの「優位 (Führung)」(Jestaedt, ①の注28)の下に複線的親概念について語るができるだろう^(注24)。

そして、Jestaedtによれば、「したがって、親の地位を有すること (die Innehabung der Elternstellung) にとって特徴的なのは、それが、解消不可能で (unauflöslich)、無条件的で (vorbehaltlos)、任意的ではなく (nicht-dispositiv)、排他的である (exklusiv) ことである。これは (das)、実の親の地位には、「自然に」必然的にあてはまり、法的に (だけ) 親の地位 [にある者] (die (nur-) rechtliche Elternstellung) には、少なくとも、理念によればあてはまる^(注25)。

Jestaedtはこう述べる。「そのために、もう一度思い出したい。法的に (だけ) 親であることは、(1親等) の実の血統の上に基礎づけられないところの、解消不可能性 (Unauflöslichkeit) 及び無条件性 (Unbedingtheit)、転嫁不可能性 (Unabwählbarkeit) 及び排他性 (Ausschließlichkeit) の上に置かれた二世代による包括的な保護及び配慮共同体を意味する。立法者は、前に挙げられた条件を満たすところの、法的地位の具体的な形態づけにおいて「自由」である。……^(注26)。

こうして、Jestaedtによれば、基本法6条2項1文の意味における「親」であることは、複線的な構造を持つのであるが、そうした複線的な親概念にとって、結局は、Jestaedtのあげる四つの条件 (解消不可能性、無条件性、転嫁不可能性、排他性) を満たすことが必要であることになる。そして、四つの条件を満たせば、立法者には、親の法的地位の具体化において自由な余地があるというのである。そして、本稿第一章で紹介したことからすれば、事物に関する保護領域、つまり、親の責任、あるいは、親の果たす機能は分解されることがあるとしても、人に関する保護領域、つまり、親であることは分解されることはないというのである^(注27)。

(注1) Jestaedt, ①, S.33.

(注2) Jestaedt, ①, S.33.

(注3) Jestaedt, ①, S.33. Vgl. Jestaedt, ②, SS.14-15.

(注4) Jestaedt, ①, S.33.

Jestaedt, ①の注17においては、Jestaedt 自身のコンメンタール (Jestaedt, ①の注3も参照すると、Matthias Jestaedt, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 170. Aktualisierung Dezember 2014, Art. 6 Abs. 2 und 3 (Stand: 74. und 75. Lfg. Dezember 1995), Rn.54. のことである。) の参照が指示され、「1995年に強調された所見はそのときから、本質的なことは何も変化していない。」と記載されている。本稿第一章(注13)参照。

(注5) Jestaedt, ①, S.34. Vgl. Jestaedt, ② S.26.

Jestaedt, ①の注21においては、連邦憲法裁判所の判例として、BVerfGE 31, 194, 205; 56, 363, 382; 61, 358, 372; 84, 168, 179; 92, 158, 176f.; 108, 82, 101; 133, 59, Rn.53. が記載されている。

Jestaedt, ②においては、「(解釈の) 熟慮の出発点は、基本法の親理解が、実の母 (die leibliche Mutter) と実の父 (der leibliche Vater) が、婚姻に基づいた家族共同体において、その子どもと生活し、これ〔子ども〕を共同で養護及び教育するという規制理想 (Regelungsideal)、あるいはまた、通常事例 (Regelfall) に基づいて方向づけられていることである (Jestaedt, ②の注46)」(Jestaedt, ②, S.26.) となっている。

Jestaedt, ②の注46においては、Jestaedt, ①の注21とほぼ同じ内容 (ただし、「BVerfGE 133, 59, 78f., Rn.53」となっており、「78f.」が付け加えられている。) が、事件をあらわす言葉を付け加えて、記載されている。

(注6) Jestaedt, ①, SS.34-35. Vgl. Jestaedt, ② S.26.

Jestaedt, ①の注22においては、「BVerfGE 24, 119, 150. Vgl. auch BVerfGE 56, 363, 384; 75, 201, 219; 79, 51, 63f.; 99, 216, 232.」と記載されている。Jestaedt, ①の注22に対応する個所に、Jestaedt, ②においては、

Jestaedt, ②の注47があるが、そこでも、同じ内容が、事件をあらわす言葉を付け加えて、記載されている。本稿筆者は、BVerfGE 24, 119 (Rn.70.)を見た。

(注7) Jestaedt, ①, S.35. Vgl. Jestaedt, ②, S.26.

(注8) Jestaedt, ①, S.35. Vgl. Jestaedt, ②, SS.26-27.

(注9) Jestaedt, ①, S.35. Vgl. Jestaedt, ②, S.27.

(注10) Jestaedt, ①, S.35. Vgl. Jestaedt, ②, S.27.

(注11) Jestaedt, ①, S.35. Vgl. Jestaedt, ②, S.27.

(注12) Jestaedt, ①, S.35. Vgl. Jestaedt, ②, S.27.

(注13) Jestaedt, ①, S.35. Vgl. Jestaedt, ②, S.27.

(注14) Jestaedt, ①, S.35. Vgl. Jestaedt, ②, S.27.

(注15) Jestaedt, ①, S.36. Vgl. Jestaedt, ②, S.27.

(注16) Jestaedt, ①, S.36. Vgl. Jestaedt, ②, S.27.

(注17) Jestaedt, ①, S.36. Vgl. Jestaedt, ②, S.27.

(注18) Jestaedt, ①, S.36. Vgl. Jestaedt, ②, S.27.

(注19) Jestaedt, ①, S.36. Vgl. Jestaedt, ②, S.27.

Jestaedt, ①の注25においては、「BVerfGE 24, 119, 150.」と記載されている。Jestaedt, ①の注25に対応する個所に、Jestaedt, ②においては、Jestaedt, ②の注49があるが、そこでも、同じ内容が、事件をあらわす言葉を付け加えて、記載されている。本稿筆者は、BVerfGE 24, 119 (Rn.70.)を見た。

(注20) Jestaedt, ①, S.36. Vgl. Jestaedt, ②, S.28.

Jestaedt, ②においては、「実の子孫であることと同様に、「法的にだけ」 („nur-rechtliche“) 子孫であることは、尊重される。それは—いわば、前者〔実の子孫であること〕の「模倣」において、あるいは、また、前者〔実の子孫であること〕の機能的等価物として—法によって (von Rechts wegen)、解消不可能性 (Unauflöslichkeit) 及び無条件性 (Unbedingtheit)、転嫁不可能性 (Unabwählbarkeit) 及び排他性 (Ausschließlichkeit) の上に

置かれた二世代による包括的な保護及び配慮共同体の中に存在する」(Jestaedt, ②, S.28.) となっている。

まず、Jestaedt, ①においては、「法的に(だけ)」(„(nur-) rechtliche“) となっているが、Jestaedt, ②においては、「nur」が括弧「()」に入っていない。

次に、Jestaedt, ②においては、「indes」という言葉がない。

そして、Jestaedt, ②においては、「法によって(von Rechts wegen)」という言葉がある。

(注21) Jestaedt, ①, S.36. Vgl. Jestaedt, ②, S.28.

Jestaedt, ②においては、「それ〔連邦憲法裁判所〕が、2003年のその〔連邦憲法裁判所の〕推定上実の父であるが、法的な父でない者に関する決定において、「確かに、基本法6条2項1文は、生殖の上に根拠づけられた実の親であること(einer auf Zeugung begründeten leiblichen Elternschaft)から出発するが、しかし、この帰属を超えて、親・子ども関係(die Eltern-Kind-Beziehung)を、養護及び教育を必要とするその子どもに対する親の包括的責任関係として、その〔基本法6条2項1文の〕保護の下に取り入れる(Jestaedt, ②の注51)」と判示するとき、連邦憲法裁判所は、そのように理解できる」(Jestaedt, ②, S.28.) となっている。

Jestaedt, ①の注26においては、「BVerfGE 108, 82, 106.」と記載されている。Jestaedt, ①の注26に対応する個所に、Jestaedt, ②においては、Jestaedt, ②の注51があるが、そこでも、同じ内容が、事件をあらわす言葉を付け加えて、記載されている。本稿筆者は、BVerfGE 108, 82 (Rn.71.)を見た。

ここで用いられている「帰属」(Zuordnung)という言葉は、ある子どもの親が誰であるかを確定させることを意味している、と本稿筆者は理解した。

(注22) Jestaedt, ①, S.36. Vgl. Jestaedt, ②, S.28. 本章(注20)参照。

(注23) Jestaedt, ①, S.36. Vgl. Jestaedt, ②, S.28.

(注24) Jestaedt, ①, S.36. Vgl. Jestaedt, ②, S.28.

【Jestaedt の本文について】

Jestaedt, ②においては、「基本法6条2項1文の意味における親は、直接的な(実の)子孫(子ども)((leibliche) (Abkömmlinge (Kinder)))を有する(実の親であること)((leibliche Elternschaft))か、あるいは、(必ずしも)実の親ではないが、子どもに対して、前にあげられた標準[「……解消不可能性(Unauflöslichkeit)及び無条件性(Unbedingtheit)、転嫁不可能性(Unabwählbarkeit)及び排他性(Ausschließlichkeit)の上に置かれた二世代による包括的な保護及び配慮共同体……」(Jestaedt, ①, S.36. Vgl. Jestaedt, ②, S.28.)ということ]に合致した、包括的な、人に関する法上の血統関係、保護関係、配慮関係に立つところの者(法律上の親であること)((gesetzliche Elternschaft))である(Jestaedt, ②の注52)。ひとは、基本法を一見すると、実の親であることの「優位(Führung)」(Jestaedt, ②の注53)の下に基本法の複線的親概念について語るができるだろう(Jestaedt, ②, S.28.)となっている。

まず、Jestaedt, ①においては、「直接的な子孫(子ども)(Abkömmlinge (Kinder))を有する(「実の親」)((„leibliche Eltern“)か)となっているが、Jestaedt, ②においては、「直接的な(実の)子孫(子ども)((leibliche) Abkömmlinge (Kinder))を有する(実の親であること)((leibliche Elternschaft))か)となっている。

次に、Jestaedt, ①においては、「実の親ではないが)となっているが、Jestaedt, ②においては、「(必ずしも)実の親ではないが)となっている。

そして、Jestaedt, ①においては、「(法的に[だけ]親)」となっているが、Jestaedt, ②においては、「(法律上の親であること(gesetzliche Elternschaft))」となっている。

さらに、本注で引用した最後の文において、Jestaedt, ①においては、「複線的親概念)となっているが、Jestaedt, ②においては、「基本法の複線的親概念)となっている。

【Jestaedt の注について】

Jestaedt, ①の注27は、「完全にこの意味において、連邦憲法裁判所は、基本法6条2項の意味における親関係を、それが、「[すなわち、身体的] 血統」に基づくか、「それとも […] 単純法上の帰属」に基づくか、によって区別する。BVerfGE 108, 82, 100, 103; 133, 59, Rn. 58.」となっている（[]内は Jestaedt による。）。

Jestaedt, ①, の注27に対応する個所に、Jestaedt, ②においては、Jestaedt, ②の注52があるが、そこでも、ほぼ同じ内容が（事件をあらわす言葉を付け加えている点と、「BVerfGE 133, 59, 81, Rn. 58」となっている点（「133, 59」について「BVerfGE」と「81」が付け加えられている）が異なる。）記載されている。本稿筆者は、BVerfGE 108, 82-122. と BVerfGE 133, 59 (Rn.58.)を見た。本稿筆者が見た限りでは、「[すなわち、身体的] 血統」に基づくか、「それとも […] 単純法上の帰属」という Jestaedt の記述は、直接的には、BVerfGE 133, 59 (Rn.58.) に由来するのではないと思われる。

Jestaedt, ①の注28は、「ここで、「優位 (Führung)」は、誤解を避けるために付け加えると、すなわち、優位 (Vorrangigkeit)、あるいは、価値が高いことを含意しているのではなく、法的に（だけ）親であることに対して、実の親であることが手本の性格を有することを、概念上もたらそうとしたものである」となっている。

Jestaedt, ①の注28に対応する個所に、Jestaedt, ②においては、Jestaedt, ②の注53があるが、そこでも、ほぼ同じ内容が（「Elternschaft」の位置が異なる。）記載されている。

(注25) Jestaedt, ①, S.37. Vgl. Jestaedt, ②, S.29.

Jestaedt, ②においては、「したがって、親の地位を有すること (die Innehabung der Elternstellung) にとって特徴的なのは、それが、法によって (von Rechts wegen)、解消不可能で (unauflöslich)、無条件的で (vorbehaltlos)、任意的ではなく (nicht-dispositiv)、排他的である (exklusiv) ことである。これは (Das)、実の親であること (die leibliche

Elternschaft) にとって、「自然に」必然的にあてはまり、法律上の親の地位 (die gesetzliche Elternstellung) には、少なくとも、理念によればあてはまる」(Jestaedt, ②, S.29.) となっている。

まず、Jestaedt, ②においては、「法によって (von Rechts wegen)」という言葉が加えられている。

次に、本注による引用の最初の文から次の文に移るところにおいて、Jestaedt, ①においては、「; das」となっているが、Jestaedt, ②においては、「. Das」となっている。

そして、本注による引用の最後の文において、Jestaedt, ①においては、「法的に (だけ) 親の地位 [にある者] (die (nur-) rechtliche Elternstellung)」となっているが、Jestaedt, ②においては、「法律上の親の地位 (die gesetzliche Elternstellung)」となっている。

(注26) Jestaedt, ①, S.37.

(注27) 本稿第一章参照。Jestaedt, ①, S.29. Vgl. Jestaedt, ②, SS.32-33.

第三章 憲法上の親概念は私法に付従するという同一性テーゼをとることはできない

Jestaedt は、憲法上の親概念が、私法 ([民法典]) によって定まるという考え方のことを「同一性テーゼ」^(註1) と呼ぶ。Jestaedt によれば、「憲法上の親概念に内容的な独自の位置が与えられるかどうかから、路線は定まる。それは、親の基本権が、私法付従的に (privatrechtsakzessorisch) 設計されているとき、その限りで、すなわち、基本法6条2項による親の身分 (die Elternerschaft) が、民法典 (BGB) によって規定されているとき、その限りで、特に問題にならない。それによれば、憲法上の親概念の内容的な独自の位置は、その規定が、法律の具体化の中に汲みつくされないときだけ問題になる。憲法上の親概念の私法付従性のテーゼは、家族法の定めが、誰

が、ある子どもの親、母、あるいは、父であるかを、そして、なぜそうなのかを、憲法上の衡量を引き合いに出すことなく、注釈し、分析するときも、たやすく説明される」^(註2)。

つまり、親の基本権が私法（民法典）にしたがって設計されているとき、このことを Jestaedt は、「同一性テーゼ」^(註3)と呼んでいる。このとき、憲法上の親の概念には、独自の位置はないことになる。

このような「同一性テーゼ」を志向する論者として、Jestaedt は、Gabriele Britz をあげる。Jestaedt は、2016年のドイツ法学者大会における Britz の報告を引用する^(註4)。以下においては、Jestaedt が引用している箇所を中心に、Britz の報告自体を見てみよう。

Britz によれば、「連邦憲法裁判所の判例によれば、親の基本権の主体は、まさに、単純法が親の地位（den Elternstatus）を割り当てるところの者であるのだから、基本権主体性は、親の立場の（der Elternposition）単純法上の配分のために、憲法上の標準として、実りが少ない」^(註5)。

Britz によれば、「彼ら〔実の親〕は法的な親でもあるのでない限り、〈実の親〉（die leiblichen Eltern）は、この構成によれば、親の基本権のオリジナルな主体としてみなされることすらない」^(註6)。ところが、Britz はこうも述べる。「しかし、親の基本権における基本権主体性が、法律付従的であるとしても、誰に彼〔単純法立法者〕が親の権利を単純法上割りあててるかについて、基本法は単純法立法者の思い通りにさせるわけではない。単純法立法者は、ここで任意にふるまうことはできない」^(註7)。

そして、Britz によれば、「中心的な憲法上の帰属の標準を、そのとき－ドグマティック上一目で見抜くことはできないが－実の血統が形成す

る」^(註8)。ところが、Britz は、こうも述べる。「立法者が法的な親であることを、原則的に、可能な限り、実の血統と一致するように規律しなければならないことは、彼〔立法者〕にここで何らの規律の余地が残されていないことを意味するのではない。立法者が特定の状況について、子どもの福祉に目を向けて、実の血統から逸脱するところの帰属を許したり、実の血統から逸脱するところの帰属を行ったりするならば、憲法上異議を唱えられない」^(註9)。

Jestaedt は、Britz の同一性テーゼを紹介した上で、同一性テーゼを批判する^(註10)。Jestaedt は、「基本法の親概念は法律付従性があるという読み方」^(註11)は、「基本法6条2項の人に関する保護領域に関する」^(註12)これまでの連邦憲法裁判所の判例を説明できない^(註13)というのである。

Jestaedt は、三つの論拠を挙げるが、そのうち第三の論拠が結局は決定的であると思われるので、ここでは、(Jestaedt が人に関する保護領域と事物に関する保護領域を区別することの意味を検討したいので、それに最も関わる) 第三の論拠について紹介する^(註14)。

第三の論拠は、実の父であるが、法的な父でない者に関する2003年の決定に矛盾する、というものである^(註15)。「確かに、そこでは、事実こう言われている。「子どもの実の父であることは、この者を、それだけで、むろん、なお、基本法6条2項1文の親の権利の主体にしない」(Jestaedt, ②の注32)。そして、「実の父であることも、法的な承認を必要とする。それでもって、それから、親の権利が主張されることができのために」(Jestaedt, ②の注33)」^(註16)。

しかし、Jestaedt によれば、そこで連邦憲法裁判所が考えているのは、人に関する保護領域のことではない^(註17)。「……そうではなくて、どの範囲において、親の基本権の事物に関する保障内容が、地位を要求する者に与えら

れるか、換言すれば、どの範囲において、事物に関する保護領域が、人に関する保護領域によって包括されるところの人のために争われるか、が考えられている」^(註18)。

Jestaedt は、こう述べる。「そこで、第一法廷は、完全に明確に定式化する。「子どもの実の父であるが、法的に父でない者も、基本法6条2項1文の保護のもとにある」(Jestaedt, ②の注34)。「親概念は、語の使用によれば、親の家族状態に左右されずに、親と子ども間の関係の密接さに左右されずに、子どもの実の親も含む(参照 BVerfGE 92, 158 [177f] .)」(Jestaedt, ②の注35)。この関連において、その時、[第一] 法定も要求を立てる。「それゆえ、立法者は、親の法的地位の割り当てを子どもの血統に基づいて設置することを要請されている(参照 BVerfGE 79, 256 [267])」(Jestaedt, ②の注36)^(註19)。

Jestaedt は、つづけて、こう述べる。「のちの決定において、それ[第一法廷]は、「生物学的に父であることと法的に父であることの一致を可能な限り達成するという基本法6条2項1文に含まれた要請」(Jestaedt, ②の注37)について語る。- 連邦憲法裁判所は、確かに、また、法律上根拠づけられた親であることは、憲法の意味において存在するが、しかし、実の親であること(die leibliche Elternschaft)は、それ自体、基本法6条2項の人に關する保護領域を開くことを明らかにした。「確かに、基本法6条2項1文は、生殖の上に根拠づけられた実の親であること(einer auf Zeugung begründeten leiblichen Elternschaft)から出発するが、しかし、この帰属を超えて、親・子ども関係(die Eltern-Kind-Beziehung)を、養護及び教育を必要とするその子どもに対する親の包括的責任関係として、その[基本法6条2項1文の]保護の下に取り入れる」(Jestaedt, ②の注38)。それ[連邦憲法裁判所]は、以下のことについて語る、「親であることは、血統の上に、あるいは、法の割り当ての上にだけ根拠づけられる」(Jestaedt, ②の注39)。

そして、それをすべて常になお満たさないところの者のために、〔第一〕法廷は、もう一度まさるものがない明確性において定式化する。「基本法6条2項1文の保護は、法的な親であること〔それでもって、民法の意味における「法的な親」としての地位が考えられている、M.J.〕を前提としない。子どもがその血統であるところの男性は、子どもの父である。彼が法秩序〔ここで考えられているのは法律であって、当然基本法それ自体ではない、M.J.〕によって、そのようなものとして承認されていないとしても。この血統に依拠した親であること以上のことを、基本法6条2項1文は、その〔人に関する、M.J.〕保護領域への親の引き入れのために、前提としていない〕(Jestaedt, ②の注40)〔^{註20}〕。

Jestaedtによれば、連邦憲法裁判所の判例も人に関する保護領域と事物に関する保護領域の区別を前提としていっていると考えられるところ、同一性テーゼでは、それを読み解くことができないというのである。つまり、Jestaedtにとって、最も重要な批判のポイントは、同一性テーゼが、人に関する保護領域と事物に関する保護領域の区別を理解していない（とJestaedtには思われる）ことにあると思われる。

同一性テーゼからのありうる反論に対して、Jestaedtは再反論する〔^{註21}〕。ここでは、二つの再反論のうちの「決定的」〔^{註22}〕なものについて、注目したい。「もう一つは－それが結局は決定的だが－「親の基本権における基本権主体性は法律付従的である」(Jestaedt, ②の注44)という言明は、それが事物に関する保護領域にも関係するときでも、正しくないだろう。正しくは、基本法の意味における親は、他の、基本権が拘束していない私人に対して、直接には、基本法6条2項1文の事物に関する保護領域に依拠することができない。親の権利は、この関係において、法律に媒介されてのみ－すなわち、単純法の形態づけを経由して作用する (Jestaedt, ②の注45)。これに対して、国家に対して、憲法上の親は、親に憲法によって与えられた親の責任

を主張するために、法律を必要としない。むしろ、逆に国家がそうであり、国家が親に憲法的意味において、親の責任を縮減されていない程度において与えることを欲しないならば、正当化を必要とする、それは、法律の留保のゆえに、法律の根拠を必要とする。両者は一方で、私人に対する関係における基本権保護の法律媒介化、他方で基本権介入の際の法律の必要性－親の基本権の特殊性ではない。すなわち、ひとは、基本権保護それ自体の法律付従性について語るができるだろう。それは、もちろん、憲法と法律の関係における決定づけの方向を逆立ちさせるだろう」^(注23)。

つまり、Jestaedtによれば、事物に関する保護領域のことを主張する場合でも、基本権に拘束されていない私人に対抗するためには、法律によらなければならないということである。そうだとすると、結局、基本法と民法の関係はどのようになるのであろうか。それが次の問題である。

(注1) Jestaedt, ②, S.18.

(注2) Jestaedt, ②, SS.18-19.

(注3) Jestaedt, ②, S.18.

(注4) Jestaedt は、Jestaedt, ②の注13によると、Britz の未公開のマニュスクリプトから引用している。本稿筆者は、公刊された Gabriele Britz, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft - Verfassungsrechtliche Leitlinien, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016, Band II /1, P11-P23. を見た。

(注5) Britz, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft - Verfassungsrechtliche Leitlinien, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016, Band II /1, P14-P15.; Vgl. Jestaedt, ②, S.19.

(注6) Britz, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft - Verfassungsrechtliche Leitlinien, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016, Band II /1, P15.; Vgl. Jestaedt, ②, S.19.

本注において引用した個所において、〈 〉内は、「die leiblichen Eltern」のうち、「leiblichen Eltern」が、Britz においては斜体であることをあらわしている。この部分は、Jestaedt の引用 (Jestaedt, ②, S.19.) においては斜体ではない。

Britz, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft - Verfassungsrechtliche Leitlinien, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016, Band II /1. においては、本注において引用した個所の末尾に、Britz の注10がついている。Britz の注10においては、「BVerfGE 92, 158, 178; 108, 82, 101.」と記載されている。

(注7) Britz, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft - Verfassungsrechtliche Leitlinien, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016, Band II /1, P15.; Vgl. Jestaedt, ②, S.19.

Jestaedt, ②においては、「しかし、「親の基本権における基本権主体性」のこれでもって主張された私法付従性にもかかわらず、「誰に彼〔単純法立法者〕が親の権利を単純法上割りあてるかについて、基本法は単純法立法者の思い通りにさせるわけではない (Jestaedt, ②の注16)」(Jestaedt, ②, S.19.) となっている。

(注8) Britz, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft - Verfassungsrechtliche Leitlinien, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016, Band II /1, P16.

(注9) Britz, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft - Verfassungsrechtliche Leitlinien, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016, Band II /1, P.17.; Vgl. Jestaedt, ②, S.19., Jestaedt, ①, S.44.

Jestaedt は、本注において引用した Britz の議論については、次のような形で引用する。「さらに引用すると、「中心的な憲法上の帰属の標準を、そのときードグマーティク上一目で見抜くことはできない [ママ] が-実の血統が形成する」(Jestaedt, ②の注17)。立法者が、子どもの福祉に目を向けて、

実の血統から逸脱するところの帰属を許したり、実の血統から逸脱するところの帰属を行ったりするならば、もちろん、憲法上異議を唱えられないだろう〔と Britz はいう〕(Jestaedt, ②の注18)」(Jestaedt, ②, S.19. []内は、Jestaedt による ([sic] と書かれている))。

(注10) Jestaedt, ②, SS.19-25.

憲法上の親概念を民法上の親概念とは異なるものとして位置づける議論が、「差異テーゼ」(Jestaedt, ②, SS.26-29.)である。

(注11) Jestaedt, ②, S.22.

(注12) Jestaedt, ②, S.22.

(注13) Vgl. Jestaedt, ②, S.22.

(注14) Jestaedt, ②, SS.22-24.

第一の論拠は、2013年2月19日の第一法廷の判決 (Jestaedt ②の注25によれば、BVerfGE 133, 59. のことである。)を説明できない、というものである (Jestaedt, ②, S.22.)。第二の論拠は、「……婚外子の父の憲法上の地位に関する事件 (1981、1988、1991及び1997 (Jestaedt, ②の注27))における、実の父ではあるが、法的に父でない者に関する事件 (2003 (Jestaedt, ②の注28))における、最後に、承継的養子に関する事件 (2013 (Jestaedt, ②の注29))における連邦憲法裁判所の詳細な衡量は、憲法上の親概念が、構造的に法律付従性を有するとするならば、まったく説明できない」(Jestaedt, ②, S.22.)というものである (Jestaedt, ②, SS.22-23.)。

Jestaedt ②の注27においては、「BVerfGE 56, 363ff.」「BVerfGE 79, 203ff.」「BVerfGE 84, 168ff.」「BVerfGE 92, 158, 177.」が、事件をあらわす言葉を付け加えて、記載されている。

Jestaedt ②の注28においては、「BVerfGE 108, 82ff.」が、事件をあらわす言葉を付け加えて、記載されている。

Jestaedt ②の注29においては、「BVerfGE 133, 59ff.」が、事件をあらわす言葉を付け加えて、記載されている。

(注15) Jestaedt, ②, SS.23-24.

Jestaedt, ②の注31においては、「BVerfGE 108, 82ff.」が³、事件をあらわす言葉を付け加えて、記載されている。

(注16) Jestaedt, ②, S.23.

Jestaedt ②の注32においては、「BVerfGE 108, 82, 99」が、事件をあらわす言葉を付け加えて、記載されている。本稿筆者は、BVerfGE 108, 82 (Rn.54.)を見た。

Jestaedt ②の注33においては、「BVerfGE 108, 82, 103 (ähnlich auch 101)」が、事件をあらわす言葉を付け加えて、記載されている。本稿筆者は、BVerfGE 108, 82 (Rn.64.)を見た。

(注17) Jestaedt, ②, S.23.

(注18) Jestaedt, ②, S.23.

(注19) Jestaedt, ②, SS.23-24.

Jestaedt ②の注34においては、「BVerfGE 108, 82, 99」が、事件をあらわす言葉を付け加えて、記載されている。本稿筆者は、BVerfGE 108, 82 (Rn.54.)を見た。

Jestaedt ②の注35においては、「BVerfGE 108, 82, 100」が、事件をあらわす言葉を付け加えて、記載されている。本稿筆者は、BVerfGE 108, 82 (Rn.55.)を見た。

Jestaedt ②の注36においては、「BVerfGE 108, 82, 100」が、事件をあらわす言葉を付け加えて、記載されている。本稿筆者は、BVerfGE 108, 82 (Rn.55.)を見た。また、Jestaedt ②の注36には、関連する決定として、「BVerfGE 79, 256ff.」も、事件をあらわす言葉を付け加えて、記載されている。

(注20) Jestaedt, ②, S.24. Vgl. Jestaedt, ①, S.44.

Jestaedt ②の注37においては、「BVerfGE 117, 202, 234」が、事件をあらわす言葉を付け加えて、記載されている。本稿筆者は、BVerfGE 117, 202 (Rn.79.)を見た。

Jestaedt ②の注38においては、「BVerfGE 108, 82, 106」が、事件をあらわ

す言葉を付け加えて、記載されている。本稿筆者は、BverfGE 108, 82 (Rn.71.)を見た。

Jestaedt ②の注39においては、「BVerfGE 108, 82, 102 m.w.N.」が、事件をあらわす言葉を付け加えて、記載されている。本稿筆者は、BVerfGE 108, 82 (Rn.60.)を見た。

Jestaedt ②の注40においては、「BVerfGE 108, 82, 101」が、事件をあらわす言葉を付け加えて、記載されている。[]内は、Jestaedtによるものである。本稿筆者は、BVerfGE 108, 82 (Rn.57.)を見た。

(注21) Jestaedt, ②, SS.24-25.

(注22) Jestaedt, ②, S.25.

(注23) Jestaedt, ②, S.25.

Jestaedt, ②の注44においては、Britz の論文があげられている。対応する箇所については、Vgl. Britz, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft - Verfassungsrechtliche Leitlinien, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016, Band II /1, P.15.

Jestaedt, ②の注45においては、Jestaedt 自身のコンメンタールが、次のように記載されている。「これについて、代表して。Jestaedt, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 183. Aktualisierung 2017, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn.12 und 97.」 本稿第一章 (注13) 参照。

第四章 憲法と民法の関係

1 憲法・基本法と民法・私法の関係

Jestaedt は、憲法・基本法と民法・私法の関係について、どのように考えているのだろうか。基本法1条3項が、「以下の基本権は、直接に適用される法として、立法、執行権、裁判を拘束する。」^(註1)と定めていることを踏ま

えて、Jestaedt は、次のように述べる。「ここでは、一方で、民法典、あるいは、通常裁判権の裁判のような、基本法1条3項によって基本権に拘束づけられた国家権力が責任を負っているところの私法と、他方で、とりわけ契約のように、それについて、基本権に拘束づけられた、それ自身基本権を与えられた私人が責任をもって署名するところの私法は、区別されるべきである、という指摘で満足しなければならない。前者の場合において、「私法の」基本権拘束は問題にならないし、後者において、それ〔基本権拘束〕は問題にならない。」^(注2)。

Jestaedt の言いたいことは、こういうことであろう。私法といっても、国家権力が責任を負っているところの私法と、私人が責任を持つ（契約のような）私法は区別がなされるべきである。私法の中でも、前者、すなわち、民法典、通常裁判権の裁判（これには親の権利に関する裁判も含まれると考えられる。）のような国家権力が責任を負っているところの私法は基本権に関わる。なぜなら、基本法1条3項によって、民法典、通常裁判権の裁判を取り扱う国家権力自体が基本権に拘束されているのだから、ということだろう。

こうして、基本法1条3項により、民法典、通常裁判権の裁判のような国家権力が責任を負っているところの私法は、基本権・憲法と関係することになる。これに加えて、親の基本権について定める基本法6条2項には、固有の事情がある。

Jestaedt は、こう述べる。「他のすべての者に先立って、親にその子どもの養護及び教育を、その権利及び義務として割りあてるところの基本法6条2項1文は、まさに基本権と私法の関係に対するパラディグマとみなすことができる。というのは、それをもって、輪郭が描かれた、すべての他の共同教育者に対する親の優位は、基本権に拘束づけられた国家権力に－立法者を

先頭に「二重の規範命令を送るからである」^(註3)。Jestaedtによれば、基本法6条2項1文は、親の優位を定めており、基本権に拘束づけられた国家権力に二重の規範命令を送る、というのである。

それでは、二重の規範命令とは、どういうことであろうか。Jestaedtは、こう述べる。「一方では、国家が、「親の責任」に介入することが許されるのは、国家の監視人職務が子どもの福祉の侵害のゆえに活発化するときか、さもなければ、憲法レベルの他の利益が〔親の責任の〕制約を正当化することができるときだけである。もう一方では、基本法が、すべての共同教育者に対して、すなわち、すべての私的な共同教育者に対しても、親に認めたとこの責任の優位が、基本権に拘束づけられた私人に対しても、実効的に効果を発揮することを彼ら〔親〕に許すところの（抽象的・一般的、あるいは、具体的・個人的）規範を親のために準備することを国家は義務づけられている（Jestaedt, ②の注12）」^(註4)。

Jestaedtの言いたいことは、こういうことであろう。基本法6条2項1文の二重の規範命令とは次のようなものである。第一の規範命令は、国家が「親の責任」に介入することができるのは、他の憲法レベルの利益（国家の監視人職務は基本法6条2項2文に定められているという意味で、憲法レベルの利益であると考えられる。）が、「親の責任」を制約することを正当化するときだけである、ということである。第二の規範命令は、親の優位が実効的に効果を発揮するような規範を、国家は定立しなければならない、ということである。

そうだとすると、第二の規範命令は、立法者に向けられたものだと考えられる。それでは、立法者は、この義務をどのように果たすのか。Jestaedtは、こう述べる。「現行の家族法において、立法者は、それをとりわけ、彼〔立法者〕が、親の配慮（die elterliche Sorge）を、絶対的な、すなわち誰

に対しても作用する法的力として設置したことによって履行する。そこにおいて、二重のことが示される。〔すなわち〕民法は、一面では、まったくもって相当の部分、基本権を実現する法である—そしてこれは、他面で、もともとの立法者の規制の動機が、主として、基本権請求の満足へ向けられていないときであっても〔そうである〕^(注5)。

つまり、Jestaedtによれば、立法者は、第二の規範命令が命じることを、親の配慮の作用を全方向的にすることによって果たしている。親の配慮の作用が全方向的になるということは、すべての人に対して親が優位することになり、したがって、親の優位を実現するものだと考えられるからである。そうだとすると、民法は、親の配慮の作用を全方向的にすることによって、基本法6条2項1文に定められた基本権を実現することになっており、民法と基本法は、基本法6条2項1文の親の優位というパラディグマによって関係づけられている、というのであろう。

Jestaedtによれば、憲法・基本権・基本法と民法・私法は、以上のような関係を有する。この関係について、Jestaedtが述べるところをもう少し見てみよう。

2 憲法上の親・子どもレジームと法律上の親・子どもレジームの区別

Jestaedtは、憲法上の親・子どもレジームと法律上の親・子どもレジームは区別されるべきであると考えていると思われる^(注6)。Jestaedtによれば、「親（であること）(Eltern (schaft))と親の権利（親の法的地位）(Elternrecht (sstellung))が区別なしに話されることは珍しくないのではあるが、〈法律〉(Gesetzesrecht)、とりわけ民法に基づく親の身分(Elterneigenschaft)と〈憲〉法(Verfassungsrecht)に基づくそれ〔親の身分〕の間も、〈法律〉(Gesetzesrecht)(BGB、RKEG、SGB VIII等)に基づく親の権利及び義務の地位と〈憲〉法(Verfassungsrecht)(とりわけ基本

法6条2項、3項)に基づくそれ〔親の権利及び義務の地位〕の間も、要するに、法律に基づく親レジームと憲法に基づくそれ〔親レジーム〕の間も、明確にきっぱりと区別されるべきである (Jestaedt, ①の注3) ^(注7)。

Jestaedt は、つづけてこう述べる。「両者〔憲法上の親レジームと法律上の親レジーム〕はいろいろな点で－それも、保障の「高さ」(法律レベル対憲法レベル)が異なっていることとはかかわりなく－完全に等しいわけではないので、このことは重要である。典型的な親に与えられる法的地位を民法典(BGB)の規定によって割りあてられる者全員が、そのことだけで、基本法6条2項の意味における親の一方(Elternteil)になるわけではないし、その後、憲法の保障によって、国家の介入から保護されるのでもない (Jestaedt, ①の注4)。そして、単純家族法が親であること(親の身分)(Eltern (eigen) schaft)を与えないでおく者全員に、そのことだけで、憲法上の親であること(親の身分)(Eltern (eigen) schaft)が否認されてはならない。とりわけ、民法(BGB)1591条及び1592条のような民法上の規定から、事情を抜きにして、基本法6条2項1文に基づく親の身分が押し量られることはできない。」 ^(注8)。

Jestaedt によれば、法律は憲法とまったく同じでなければならないわけではない。「法律がその規制のアンサンブルにおいて、憲法の準則を十分尊重し、また、実現しなければならないことは－すなわち、後者〔憲法〕は、前者〔法律〕の尺度である－第一に、法律は、尺度となる憲法と構造上同一の規制技術、また、規制構想を使用しなければならない、また、第二に、法律は、尺度となる憲法と意味上同一の概念、また、構造要素を使用しなければならないということと同じ歩みを (pari passu) 意味するものではない。民法典(BGB)と基本法が、「親」という同一の概念を使用するときに、それらは、これを、必ず、そして、どのような事情の下でも、意味的に同一であり、また、効果も同一の態様において行わなければならないのではない。法

律は、必ずしも、憲法の保障構造を一つ一つ法律の保障構造に模倣して写し取らなければならないのではない。むしろ、憲法の保障がその規制内容に応じて－異なった方を向いていても、憲法の優位は、満足させられている。憲法上の命令、禁止、憲法上の授権は－法律に置き換えられて、それでもって実効化される」^(註9)。

Jestaedtによれば、憲法上の親レジームと民法上の親レジームが違うことは十分ありうることであり、立法者の形態づけの余地は、そこに存在する。「憲法の優位は、憲法においても法律においても使用された概念、構想、構造が、必ず完全に等しい態様において理解されることと同じことを意味するのではない、という指摘は、立法者の形態づける力のゆるがせにできない部分は、憲法の平面上と法律の平面上で保障レジームが相違していることからまさに、供給されるという理由でも、重要である」^(註10)。

つまり、Jestaedtによれば、民法上の親レジームが憲法上の親レジームが異なったからといって必ず違憲になるというわけではない^(註11)し、むしろ両者が異なっていることには一定の意味があることになる。

3 基本法と民法典は規律設計が異なっている

こうして、Jestaedtによれば、憲法上の親・子どもレジームと民法上の親・子どもレジームは、区別されなければならない。そして、Jestaedtによれば、憲法上の親・子どもレジームと民法上の親・子どもレジームは、規律設計において異なっている^(註12)。

Jestaedtによれば、第一の相違はこうである。「民法典が、1591条及び1592条において、母と父に対して、それぞれ、より一般的な帰属標準に立ち戻ることを原則において遮断するところの、完結的で、直接に包摂能力のある法的定義を立てているのに対して（Jestaedt, ②の注54）、基本法は、6条

2項1文において、「親」という概念でもって、上述のように、解釈が必要な、また、さらなる法律上の具体化も必要な用語を選択する。それは、通常事例から出発する。それ〔通常事例〕に基づいて、法律上の形態づけに対する憲法上の構造要求が定式化される」^(注13)。

つまり、Jestaedtによれば、民法典の親・子どもレジームは母と父について、民法典だけで完結した定義を用いているのに対して、基本法の親・子どもレジームは、「親」という、解釈や法律上の具体化を必要とする概念を用いている、というのである。

Jestaedtは、より射程の長い意義をもつ^(注14) 第二の相違について、こう述べる。「親であること（Elternschaft）と、親の法的地位（Elternrechtsstellung）を区分することは、「法的な親」という家族法上の概念において、ヘーゲルの意味において、止揚されている。親としての身分と親としての法的な力は、「法的な親」という地位に、切断不能に、つながり合っている。一般私法において、法的人格は、「完全権利能力」として考察されるように、家族法において、「法的な親」は、「完全に親の権利能力があるもの」としてあらわれる」^(注15)。

つまり、家族法（民法典）においては、人に関する保護領域と事物に関する保護領域の区別がなく、法的な親という概念において結びついているということであろう。

これに対して、基本法においては、人に関する保護領域と事物に関する保護領域の区別がある^(注16)。Jestaedtによれば、家族法においては、オールオアナッシングモード（Alles-oder-nichts-Modus）が機能する^(注17)。つまり、法的な親であれば、親としての法的な力、権利義務を有するが、法的な親ではないということになれば、親としての法的な力、権利義務を有さない、と

いうことであろう。これに対して、憲法においては、「精確には、実効的な事物的基本権保障内容の関連では」^(注18)、人に関する保護領域と事物に関する保護領域を区別することによって、むしろ柔軟な対応が可能である^(注19)。

ここで、Jestaedt の議論は、基本法6条2項1文の人に関する保護領域と事物に関する保護領域の区別に再び接続する。本稿第一章において紹介したことを、再び紹介すると、Jestaedt によれば、事物に関する保護領域は、段階的な判断が可能であるのに対して、人に関する保護領域はそうではない^(注20)。つまり、子どもの養護及び教育に関する権利及び義務は、事物に関する保護領域の問題であるのだが、これは、分割可能であり、割り当て可能であり、それとともに段階づけ可能である^(注21)。ところが、人に関する保護領域に関しては、そうではない。「存在するのは、親か、親でない者だけである」^(注22)。基本法においては、段階づけられた親の身分は考えられない^(注23)。

つまり、Jestaedt によれば、基本法においては、人に関する保護領域と事物に関する保護領域が区別されているので、事物に関する保護領域については、程度づけるモード (Mehr-oder-weniger-Modus) になる^(注24)。基本法6条2項1文の人に関する保護領域は、オールオアナッシングモード (Alles-oder-nichts-Modus) であるが^(注25)、事物に関する保護領域は、程度づけ可能であるので、民法典とはその点で違いがあり、むしろ、基本法の方が柔軟に対応できる側面があるということになる。

Jestaedt はこう述べる。「この並行性が欠けていることの最も直接的な帰結は、むろん、ひとが「法的意味における親」について語るとき、ひとが、家族法の意味における「法的な親」について考えているのか、それとも、憲法の意味における親について考えているのかを、事物において、用語法において誤解のないように区別する必要性である。というのは、前者〔家族法の

意味における「法的な親」において、親の法的な力は、配慮権及び交流権について、扶養法及び相続法等々において、原則的に一緒に考えられているが、これに対して、後者〔憲法の意味における親〕においては、なおそうではなくて、なお特別の確定を必要とするからである。しかし、基本法上の規律状況と、家族法上の規律状況の相違は、用語法上の誤りの源であるだけでなく、一看過されることはできないが、立法者の形態づけの力のゆるがせにできない部分を供給する」^(註26)。

つまり、憲法の親の権利レジームと民法の親の権利レジームは、ともすると、区別があいまいになってしまうのであるが、きちんと区別しなければならないということであろう。また、このことは、立法者の形態づけの力にかかわることでもあるということであろう。

Jestaedtによれば、「一方で、憲法は、民法よりも多くの人に、「法的意味における親」という資格を割りあてる。それは、基本法6条2項の人に関する保護領域の帰結である。それ〔憲法〕は、そのために、しかしまた、現行の家族法が予定するよりも、より多く、親の権利の権限の段階づけ、より多くの親の権利の状況を許す。それは、事物に関する保護領域の制約の正当化の帰結である。家族法の意味における親との関係において、憲法の意味における親のより多い数は、基本法が、実の母も、実の父も、それぞれ広く理解された意味において、これ以上の前提条件なしに、親として承認する状況に基づいたものである。とりわけ、彼ら〔親〕に対して、立法者は、基本法6条2項1文によって方向づけられた、自分の子どもの「養護及び教育」に向けられた権利（及び義務）を完全に差し控えたり、あるいは、縮減したりすることを正当化する義務の中に立つ。……憲法上有効な正当化の根拠は、国家の監視人職務に、あるいは、他者の衝突する基本権に、とりわけ他の親の一方と子どもの〔基本権に〕、還元されなければならない。」^(註27)。ここには、Jestaedtの考え方が端的にあらわされているように思われる。

(注1) 基本法1条3項の訳は、石川健治訳・解説「ドイツ」高橋和之編『[新版]世界憲法集』第2版(2012)169頁にしたがった。

(注2) Jestaedt, ②, S.17.

(注3) Jestaedt, ②, S.17.

(注4) Jestaedt, ②, SS.17-18.

Jestaedt, ②の注12においては、Jestaedt自身のコンメンタールが、次のように記載されている。「(主として)立法者のこの秩序づけ・形態づけ任務について、Jestaedt, in: Kahl / Waldhoff / Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 183. Aktualisierung 2017, Art. 6 Abs. 2 und 3 (Stand: 74. und 75. Aktualisierung 1995) Rn.12ff., s. ergänzend zum Familienrecht Rn.273ff., insbes. 277ff.」本稿第一章(注13)参照。

(注5) Jestaedt, ②, S.18.

(注6) Jestaedt, ①, S.25.; Jestaedt, ②, S.29. Vgl. Jestaedt, ②, S.21.

Jestaedtは、Jestaedt, ①においては、「親(・子ども)レジーム」(Jestaedt, ①, S.24.)、「親・子どもレジーム」(Jestaedt, ①, S.24.)、「親レジーム」(Jestaedt, ①, S.25.)という言葉を使っている。また、Jestaedt, ②においては、「親・子どもレジーム」(Jestaedt, ②, S.29.)、あるいは、「親の権利レジーム」(Jestaedt, ②, S.33.)という言葉を使っている。

ここで、Jestaedtの議論の趣旨から考えると、「親レジーム」とは、親に関わる法体系のことをあらわしており、「親・子どもレジーム」とは、親と子どもに関わる法体系のことをあらわしており、「親の権利レジーム」とは、親の権利に関する法体系のことをあらわしていると考えられる。

それを踏まえた上で、本稿では、Jestaedtの議論を引用・紹介するときは、原則的に、それぞれの個所において使われていた表現にしたがう。

(注7) Jestaedt, ①, S.25.

〈 〉は、「Gesetzesrecht」の「Gesetzes」が斜体であること、「Verfassungsrecht」の「Verfassungs」が斜体であることをあらわしている。

Jestaedt, ①の注3においては、Jestaedt 自身のコンメンタールが、次のように記載されている。「これについて、Matthias Jestaedt, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 170. Aktualisierung Dezember 2014, Art. 6 Abs. 2 und 3 (Stand: 74. und 75. Lfg. Dezember 1995), Rn.273ff., bes.274ff.」

本稿第一章（注13）参照。

（注8） Jestaedt, ①, S.26.

（注9） Jestaedt, ①, SS.26-27.

（注10） Jestaedt, ①, S.27.

（注11） Vgl. Jestaedt, ②, S.33.

（注12） Jestaedt, ②, S.29.

（注13） Jestaedt, ②, SS.29-30. Jestaedt, ②の注54においては、民法（BGB）1754条1項と2項が参照されている。

（注14） Jestaedt, ②, S.30.

（注15） Jestaedt, ②, S.30.

（注16） Jestaedt, ②, S.30.

もう一つの点として、保護領域、介入、正当化の区別もあげられている（Jestaedt, ②, S.30.）。

（注17） Jestaedt, ②, S.31.

（注18） Jestaedt, ②, S.31.

（注19） Jestaedt, ②, S.31.

（注20） Jestaedt, ①, S.29. Vgl. Jestaedt, ②, SS.32-33. 本稿第一章（注16）に対応する本文参照。

（注21） Jestaedt, ①, S.29. Vgl. Jestaedt, ②, S.32. 本稿第一章（注17）に対応する本文参照。

（注22） Jestaedt, ①, S.29. Vgl. Jestaedt, ②, S.32.

Jestaedt, ①においては、「Es gibt」となっているが、Jestaedt, ②においては「es gibt」となっている。本稿第一章（注18）に対応する本文参照。

(注23) Jestaedt, ①, S.29. Vgl. Jestaedt, ②, S.32. 本稿第一章(注19)に対応する本文参照。

(注24) Jestaedt, ①, S.29. Vgl. Jestaedt, ②, S.32.

(注25) Jestaedt, ①, S.29. Vgl. Jestaedt, ②, SS.32-33.

(注26) Jestaedt, ②, S.33. Vgl. Jestaedt, ①, S.27. 本章(注10)に対応する本文参照。

(注27) Jestaedt, ②, SS.33-34.

おわりに

以上に紹介した Jestaedt の議論を振り返ってみたい。

Jestaedt は、基本法6条2項1文の構造から、人に関する保護領域と事物に関する保護領域の区別を導き出した^(注1)。しかし、基本法6条2項1文の人に関する保護領域によって保護される「親」という概念は、解釈によって明らかにされなければならなかった^(注2)。そこで、Jestaedt は、制憲者の規制理想などを手掛かりにしながら、基本法の制憲者意思のうち、これだけはなくはないという核心的要素を抽出した^(注3)。それは、Jestaedt によれば、「……親は、父と母として、一親等の共通の子孫 (die gemeinsame Abkömmlinge 1. Grades) を、言うなれば、子ども (Kinder) を有するところの異なった性の人たちである」^(注4) ということである。

Jestaedt のこの作業のポイントは、「一親等の共通の子孫 (die gemeinsame Abkömmlinge 1. Grades)」^(注5) という概念を、基本法6条2項1文の「親」概念から導き出したことにあると思われる。Jestaedt のこの作業は、考えてみれば、奇妙な操作であるように見える。そもそも、基本法6条2項1文には、「子ども (der Kinder)」という言葉がある^(注6) ので、わざわざ Jestaedt のような操作をする必要はないように見える。

奇妙に見える点は、それだけではない。そもそも、「子ども」がいるから「親」である。人は誰でも誰かの子どもだが、「親」であるとは限らない。基本法の規定以前の問題として、「親」であるからには、「子ども」がいて当然である。したがって、Jestaedt の作業は、基本法の規定以前のことを導き出したにすぎないようにも見える。それにもかかわらず、Jestaedt がこのような作業を行ったのは、基本法6条2項1文の「親」概念から、「子ども」に関する概念を導き出すことに意味があったからであろう。Jestaedt の論文（Jestaedt, ①と Jestaedt, ②）の問題意識が、憲法・基本法の親概念と私法・民法典の親概念の関係について考えるということであったためでもあろうが、あくまで、基本法6条2項1文の「親」概念から出発することが、議論を組み立てる上で、不可欠だったのだらうと思われる。

Jestaedt が、基本法6条2項1文の「親」という概念から導き出した概念が、「Abkommenschaft」^(注7) という概念である点も注目される。Jestaedt は、まずは、「Abkömmlinge」という言葉を用いて、すぐに「Kinder」とも言い換えている^(注8)。「Abkömmlinge」は、「Abkommenschaft」という概念に置き換えられる^(注9)が、ここでは「Kinder」「Kindschaft」といった言葉に置き換えていない点も興味深い。

Jestaedt が基本法6条2項1文の「親」概念から議論を組み立てたことは、本稿で取り上げた範囲における Jestaedt の議論において、「子ども」に関する概念（「Abkommenschaft」）が抽出された^(注10)にもかかわらず、「子ども」の方向から見る議論は、それほど強く出てこないままになっているように見える、ということにも関わっているように思われる。

Jestaedt は、「子ども」に関する概念を抽出したのであるから、この概念を起点に議論を展開して、「子どもの権利」、「子どもの福祉」という概念を導き出して、議論を整理するという道筋もあり得たと思われるが、本稿で取

り上げた範囲において、Jestaedt の議論は必ずしもそのような方向には進まなかったように思われる^(註11)。

Jestaedt の議論においては、規制理想という概念が登場した^(註12)。規制理想という概念が必要なのは、実の親と法的親と社会的親が一致している理想状況^(註13)を制憲者が知っていたことに思いをいたすことによって、実の親の「優位」^(註14)を導き出すことがねらいだったのではないかと考えられる。このことは、人に関する保護領域と事物に関する保護領域の区別によって、ひとたび基本法6条2項1文の「親」になれば、その保護が失われないようにすることと通底するものがあるのではないかと思われる^(註15)。

また、Jestaedt は、なぜ、「……親は、父と母として、一親等の共通の子孫 (die gemeinsame Abkömmlinge 1. Grades) を、言うなれば、子ども (Kinder) を有するところの異なった性の人たちである」^(註16)という、内容を極限まで縮減した定義を作ったにもかかわらず、親概念の「複線性」という議論^(註17)に進むのであろうか。親概念の「複線性」が必要だったのは、親概念の「複線性」を認めることによって、規制理想が必ずしも妥当しない現実^(註18)との調和をはかるためではないかと思われる。

人に関する保護領域や事物に関する保護領域の議論をしなくても、民法が、憲法上の親の範囲を（人に関する保護領域であれ、事物に関する保護領域であれ）制限しすぎるのであれば、裁判所がその規定を違憲と判断すれば良いだけであるように見える。それにもかかわらず、Jestaedt の議論は、民法上の親レジームが憲法上の親レジームが異なったからといって必ず違憲になるというわけではない^(註19)という仕掛けも用意して、民法上の親レジームのある程度の自律性を確保しつつ、基本法6条2項1文における人に関する保護領域と事物に関する保護領域の区別を主張して、ひとたび基本法6条2項1文の「親」になれば、その保護が失われないようにする^(註20)ことには、

結局、「自然の」「親」の憲法上の「優位」^(注21) という発想が背後にあるのではないかと推察される。その一方で、現実には、親の責任を十分果たすことができない親がいることを踏まえて、事物に関する保護領域を段階づけ可能とする^(注22) ことによって、親の機能を分解し、親以外の人にも子どもの養護及び教育に関する機能を分担してもらうことができるようにしよう、その際には民法上の親レジームの自律性が役に立つだろう、ということなのではないか。

こうして、本稿では、本稿で取り上げた範囲における Jestaedt の議論を、基本法6条2項1文の人に関する保護領域と事物に関する保護領域の議論から始まって、再び、基本法6条2項1文の人に関する保護領域と事物に関する保護領域の議論に戻ってくるという構造をしているものとして、スケッチしてみた。こうしてみると、本稿で取り上げた範囲における Jestaedt の議論は、基本法上の議論として自己完結しているようにも見える。しかし、Jestaedt は、解消不可能性、無条件性、転嫁不可能性、排他性という、四つの条件を議論に持ち込んでいた^(注23)。本稿筆者の見るところ、この四つの条件は、結局は実の親が持っている特徴を抽出したもののように思われる。あるいは、この四つの条件は、実は、実の親子関係が持っている特徴と位置づけることができるかもしれない。ここにおいて、Jestaedt の議論には、基本法の外からの視点、支点が観取されるように思われる。

以上のように理解できる Jestaedt の議論は、わが国の議論にとって、すぐに参照できるというわけではないかもしれない。まず、Jestaedt の議論の背景には、保護領域・介入・正当化という三段階審査がある^(注24) と考えられる。

また、基本法6条に「親」という言葉が用いられている点において、わが国と事情が異なる。日本国憲法上は、(憲法26条において、「その保護する子

女」という言葉は用いられているが、)「親」という言葉は用いられていない。それでは、憲法上の親ということについて考える必要はないのだろうか。

旭川学力テスト事件最高裁判決（最大判昭和51年5月21日刑集30巻5号615頁）においては、「……子どもはその成長の過程において他からの影響によつて大きく左右されるいわば可塑性をもつ存在であるから、子どもにどのような教育を施すかは、その子どもが将来どのような大人に育つかに対して決定的な役割をはたすものである。それ故、子どもの教育の結果に利害と関心をもつ関係者が、それぞれその教育の内容及び方法につき深甚な関心を抱き、それぞれの立場からその決定、実施に対する支配権ないしは発言権を主張するのは、極めて自然な成行きといふことができる。子どもの教育は、前述のように、専ら子どもの利益のために行われるべきものであり、本来的には右の関係者らとその目的の下に一致協力して行うべきものであるけれども、何が子どもの利益であり、また、そのために何が必要であるかについては、意見の対立が当然に生じるのであつて、そのために教育内容の決定につき矛盾、対立する主張の衝突が起こるのを免れることができない。憲法がこのような矛盾対立を一義的に解決すべき一定の基準を明示的に示していないことは、上に述べたとおりである。そうであるとすれば、憲法の次元におけるこの問題の解釈としては、右の関係者らのそれぞれの主張によつて立つ憲法上の根拠に照らして各主張の妥当すべき範囲を画するのが、最も合理的な解釈といふべきである。」(刑集30巻5号635頁)と判示された。

そして、上の判示に続けて、「そして、この観点に立つて考えるときは、まず親は、子どもに対する自然的関係により、子どもの将来に対して最も深い関心をもち、かつ、配慮をすべき立場にある者として、子どもの教育に対する一定の支配権、すなわち子女の教育の自由を有すると認められるが、このような親の教育の自由は、主として家庭教育等学校外における教育や学校

選択の自由にあられるものと考えられる……」(刑集30巻5号635頁-636頁)と判示されている。

以上の判示は、憲法上の根拠条文を示してはいないものの、「親の教育の自由」は、「憲法上の根拠」を有すると読むことができるように思われる。しかも、「子どもに対する自然的関係」ということも言われている。たとえば、旭川学力テスト事件最高裁判決のこの判示について考える際に、本稿において紹介した Jestaedt の議論を参考にする余地もあるのではないかとと思われる。

「自然的関係」ということに関連すると思われることとして、Jestaedt は、「実の親であること (Leibliche Elternschaft)」^(注25) について、こう述べる。「実親性 (Leiblichkeit) は—上述のように—自然の事実と結びついており、法的な構成と結びついていない。その限りで、立法者による形態づけのために余地はないように見える。実親性は、まったく意義と同一の構想ではないことをひとが認識するとすぐに、これは変わる—実の子であること (leibliche Abkommenschaft) は、二種類の形態の下であられる可能性がある。〔すなわち〕配偶子を与えた形態において、そして、(分娩 (des Gebärens) を含む) 懐胎 (des Austragens) の形態において」^(注26)。

この点は、生殖補助医療にも関わる重要な問題である^(注27)と考えるが、本稿では、Jestaedt の議論が、基本法6条2項1文における人に関する保護領域と事物に関する保護領域の区別から出発し、基本法6条2項1文の「親」概念から、「子孫であること (Abkommenschaft)」^(注28) の概念を導き出し、基本法6条2項1文における人に関する保護領域と事物に関する保護領域に議論が戻るという構造をしていながら、つまり、一見すると、基本法の議論の中で完結しているようでありながら、四つの条件という基本法上どこに根拠を求めるべきか不明確なものを導入していること、をあとづけることが主

目的であったため、この点を含む生殖補助医療の問題については、触れることができなかった。今後の課題としたい。

(注1) 本稿第一章参照。

(注2) 本稿第二章参照。Vgl. Jestaedt, ①, S.33.

(注3) 本稿第二章参照。

(注4) Jestaedt, ①, S.35. Vgl. Jestaedt, ②, S.27.

(注5) Jestaedt, ①, S.35. Vgl. Jestaedt, ②, S.27.

(注6) 基本法6条2項1文について、本稿「はじめに」(注1)参照。

(注7) Jestaedt, ①, S.36. Vgl. Jestaedt, ②, S.27.

(注8) Jestaedt, ①, S.35. Vgl. Jestaedt, ②, S.27.

(注9) Jestaedt, ①, S.36. Vgl. Jestaedt, ②, S.27.

(注10) Jestaedt, ①, S.36. Vgl. Jestaedt, ②, S.27.

(注11) もちろん、「子ども」からの観点がまったく出てこないわけではない。Vgl. Jestaedt, ①, S.29, S.41, S.46., Vgl. Jestaedt, ②, S.32. また、あくまで、本稿で取り上げた範囲における Jestaedt の議論についての話である。Jestaedt の考え方を知るには、Jestaedt の他の論文など、Jestaedt の議論全体を検討する必要があるのは言うまでもない。

(注12) Vgl. Jestaedt, ①, S.34. Vgl. Jestaedt, ② S.26.

(注13) Jestaedt, ①, S.35. Vgl. Jestaedt, ② S.26.

(注14) 本稿第二章参照。Jestaedt, ①, S.36. Vgl. Jestaedt, ②, S.28.

(注15) 本稿第一章参照。

(注16) Jestaedt, ①, S.35. Vgl. Jestaedt, ②, S.27.

(注17) 本稿第二章2参照。

(注18) Vgl. Jestaedt, ①, S.35. Vgl. Jestaedt, ②, S.26.

(注19) 本稿第四章2参照。Vgl. Jestaedt, ②, S.33.

(注20) 本稿第一章参照。

(注21) 本稿第二章参照。Jestaedt, ①, S.36. Vgl. Jestaedt, ②, S.28.

(注22) 本稿第一章参照。

(注23) 本稿第二章2参照。Jestaedt, ①, S.36. Vgl. Jestaedt, ②, S.28.

(注24) Vgl. Jestaedt, ②, S.30.

(注25) Jestaedt, ①, SS.38-40.

(注26) Jestaedt, ①, S.38.

(注27) Vgl. Jestaedt, ①, S.32, SS.40-46.; Vgl. Jestaedt, ②, SS.27-28.

(注28) Jestaedt, ①, S.36. Vgl. Jestaedt, ②, S.27.

本研究は JSPS 科研費 JP20K01293の助成を受けたものです。