



Title	憲法上の概念の解釈における変化に関する一考察（2・完）：基本法6条1項の家族概念解釈の変化を対象とした構造と動態の分析
Author(s)	宇多，鼓次朗
Citation	阪大法学. 2023, 73(3), p. 104-77
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/92719
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

憲法上の概念の解釈における 変化に関する一考察（2・完）

——基本法6条1項の家族概念解釈の変化を対象とした
構造と動態の分析——

宇 多 鼓次朗

はじめに

第1章 家族概念解釈の端緒（以上、72巻2号）

第2章 2000年代以降における家族概念解釈の変化とその根拠

第3章 子に対する責任を家族概念解釈の中心とする根拠

おわりに（以上、本号）

第2章 2000年代以降における家族概念解釈の変化とその根拠

第1節 同性登録生活パートナーとその子どもからなる家族の包摂

連邦憲法裁判所はいまや、基本法制定当時には想定されていなかった家族形態も基本法上の家族概念に包含される、との判断を下している。本節において取り上げる「同性の両親と子どもからなる生活共同体」がそれである。

（1）連邦憲法裁判所判例による婚姻と同性生活パートナーシップとの平等化

ドイツでは従来、異性愛者を典型とする異性ペアと同性愛者を典型とする同性ペアとで、婚姻や家族形成に関して異なる法的取扱いがなされてきた。そこでは、婚姻は当然に男女によるものとされ、家族も父母と子どもからなると想定されていたがために、同性の両親とその子どもからなる家族は想定されていなかった。しかしながら今世紀に入り、2001年に同性ペアを法的に保護する登

録生活パートナーシップ法が制定されると、同性の登録生活パートナーと異性の夫婦との別異取扱いについて、基本法3条1項の一般的平等原則の観点の下で、その基本法適合性が争われるようになった。

とりわけ、官吏の遺族年金に関する登録生活パートナーシップと婚姻との別異取扱いの基本法適合性が問題となった2009年7月7日の連邦憲法裁判所第一法廷決定（以下、「2009年決定」という）⁽⁷¹⁾以降、連邦憲法裁判所は、種々の法分野における異性間の婚姻と同性間の登録生活パートナーシップとの別異取扱いを基本法3条1項違反とする判例を積み重ねてきた。⁽⁷²⁾

（2）「同性の両親と子どもからなる家族」の承認と社会的家族関係の重視

そのような判例の傾向の中で、連邦憲法裁判所が同性の両親と子どもからなる共同体であっても基本法6条1項の家族に含まれるとの判断を示したのが、2013年2月19日の第一法廷判決（以下、「2013年判決」という）⁽⁷³⁾である。同判決では、夫婦間で一方配偶者の養子を他方配偶者がさらに養子縁組することは可能とされていたのに対し、登録生活パートナーシップにおいては一方パートナーの養子を他方パートナーがさらに養子縁組することは不可能とされていたことが、違憲とされた。本判決では、違憲という判断が下されたのは基本法3条1項の一般的平等原則についてのみであったが、この平等審査に先立って、両親による監護及び教育の国家的保障に対する子の権利（基本法6条2項1文と結びついた2条1項）や親の権利（基本法6条2項1文）とともに、基本法6条1項の家族の基本権の侵害についても審査されている。

ここで基本法6条1項解釈の出発点とされるのは、「両親と子どもからなる実際の生活・教育共同体は、基本法6条1項によって家族として保護される」⁽⁷⁴⁾ということである。連邦憲法裁判所はまず、家族の基本権が「家族的結合の持つ特殊精神的社会的な機能を保護すること」を目指すために、基本法上の家族には、法的な親子関係の存在に依存しない「社会的家族」が含まれることを示す。⁽⁷⁵⁾そのうえで、「同性カップルが継続的に、子とともに実際の親子関係の中で共同生活を営んでいる場合、家族の存在は否定されえない……。このような家族に対して家族の基本権の保護を否定することは、社会的家族共同体の保護を指向する家族の基本権の意義に反する」⁽⁷⁶⁾として、社会的家族共同体が実際

に存在する限り、同性の両親とその子からなる家族であっても基本法上の家族に含まれるとしたのである。

本判決は、このように同性ペアとその子からなる共同体が基本法6条1項の家族の保護を受けることは認めながらも、本件において立法者は家族の法的な保護の内容形成に際して認められる裁量の限界を越えてはいないとして、家族の基本権に対する侵害を否定する⁽⁷⁷⁾。そのうえで、登録生活パートナーの一方の養子が他方パートナーによって養子縁組され得ないことが、養子縁組され得る、婚姻関係にある夫婦の一方の養子、並びに一方登録生活パートナーの実子との比較において、基本法3条1項の一般的平等原則に反するとして、違憲という結論を導いた⁽⁷⁸⁾。そのため本判決は、異性間の婚姻と同性間の登録生活パートナーシップとの別異取扱いを一般的平等原則違反とする、2009年決定以来の判例の延長に位置付けられることが多い⁽⁷⁹⁾。

しかしながら、基本法6条1項における家族概念の解釈という観点においても、本判決は意義を有していると考えられる。先述の通り、連邦憲法裁判所は登録生活パートナーと婚姻との別異取扱いを一般的平等原則違反とする判例を積み重ねてきた。しかし、従来の判例においては、登録生活パートナーとその子どもからなる共同体が基本法6条1項の家族に該当するかは問題となっておらず、そのような共同体を基本法6条1項の家族とする解釈を連邦憲法裁判所が示したのは、本判決が初めてであった。そして、基本法上の家族概念を同性ペアとその子どもからなる共同体をも含むように拡大する解釈を示した本判決の基礎にあったのは、社会的家族共同体の存在という、実際の家族関係を重視する思考であった⁽⁸⁰⁾。

このように同性の両親とその子からなる共同体も基本法上の家族に含まれるとの見解は、学説においても広く肯定されている⁽⁸¹⁾。また、そのような共同体が基本法上の家族として認められる主たる根拠は、学説においても2013年判決と同様に、実際の家族関係に求められる。Franziska Kramerによれば、同性の登録生活パートナーとその子が社会的家族共同体をなしている場合、そのような共同体は、「ただ、家族としての実際の共同生活を、そしてその共同生活で果たしている家族の機能のみを理由として、憲法上保護に値するとみなさ

れ」⁽⁸²⁾、基本法6条1項の家族に含まれるという。

第2節 「両親とその子ども」に当たらない共同体への拡大

連邦憲法裁判所判例や学説における家族概念解釈の変化は、同性の両親とその子どもからなる共同体のような、基本法制定当初想定されていなかった共同体へと拡大しただけではない。基本法上の家族概念の解釈は、従来は家族には含まれないとされていた共同体、すなわち、語義において「両親と子どもからなる共同体」には当たらない、より広範な共同体をも基本法上の家族として認めるように拡大した。

（1）小家族への限定

先述の通り、連邦憲法裁判所によると基本法6条1項の家族に当たるのは「両親と子どもからなる包括的共同体」であるとされる。このことから、従来、基本法上の家族は両親と子どもからなる小家族に限定され、より広範な、三世代以上からなる大家族はそこに含まれないと解されていた。

このような解釈の端緒を示しているのが、1978年5月31日の第一法廷決定（以下、「1978年決定」という）⁽⁸³⁾である。同決定では、夫の出生時の氏が婚氏となり、妻が自らの出生時の氏を婚氏とすることはできないとされていたことが、基本法3条2項の男女同権原則に反するとされた。同決定において連邦憲法裁判所は、基本法6条1項が家系の識別可能性を維持することを要求するものであるとすれば、そのことによって基本法3条2項の男女同権の射程は限定される、という解釈を否定するにあたって、「基本法6条1項は〔二世代よりも〕多くの世代の大家族を含まない。基本法6条1項の意味における家族が意味するのは、むしろ原則として、家庭共同体へと統合された緊密な家族であり、このような家族というのは両親とその子ども⁽⁸⁴⁾である」と述べた。

また、少年福祉法における教育のための金銭援助が孫を育てている祖父母に対して支給されないことの憲法適合性が争われた1981年11月10日の連邦憲法裁判所第一法廷決定⁽⁸⁵⁾では、「連邦憲法裁判所の判例は、この憲法規範〔基本法6条1項〕の意味における家族を両親と子どもとの間の包括的な共同体としてのみ理解していた」のであり、このような連邦憲法裁判所の判例からは、より広範な家族は「基本法6条1項の保護領域に入らない」ということが帰結される

と述べられた⁽⁸⁶⁾。

これらの判例において小家族以外の三世代以上からなる大家族が原則として家庭共同体へと統合された緊密な家族ではないとされる根拠は、その判示からは明らかでない。この点、1978年決定の上記引用部分の直後で参照が指示されている Erna Scheffler の学説は、ヨーロッパでは小家族が支配的な家族構成であったという歴史的解釈とともに、基本法6条2項及び3項との関連を指摘する。すなわち、子どもに対する親の権利義務を定め、また、子どもは例外的な場合にしか教育権者の意思に反して家族から引き離されないということを保障する基本法6条2項及び3項によって、同条1項の家族が小家族であることが証明されていると述べるのである⁽⁸⁷⁾。これは、親子関係を規律する基本法6条2項以下との体系的連関から、基本法は同条全体の基礎として両親と子どもからなる小家族を想定していると解釈するものと理解できる⁽⁸⁸⁾。

(2)「祖父母と孫からなる共同体」の包含

しかしながら、いまや連邦憲法裁判所は、基本法上の家族を両親と子どもからなる小家族に限定しない解釈をとっている。このような解釈を明示したのが、祖母による孫の後見を否定した家庭裁判所の決定が争われた2014年6月24日の第一法廷決定（以下、「2014年決定」⁽⁸⁹⁾）である。

同決定は、祖父母とその孫との間の家族的結合が基本法6条1項に基づく家族の保護に含まれ得るかについて判断するにあたってまず、「基本法6条1項は家族を、第一に、子どもとその両親の実際の生活・教育共同体として保護する」と述べることで、両親と子どもからなる小家族を基本法上の家族の中心に据える。この際、子どもの身体的精神的発達が両親による教育の中に基礎を有することを理由として、「家族的結合は両親と成長過程にあるその子どもとの共同生活の中において、特別の意義を有する」と述べる。しかしながらさらに続けて、基本法上の家族の保護は子の発達可能性の保障を目的とするのみならず、それを越えて「一般に特殊家族的な結合の保護を目標とする」⁽⁹¹⁾と述べる。そのうえで、「強度な家族的結合は、成長過程にある子どもと両親との間の関係において生じるのみならず、より多くの世代の大家族の構成員の間であってもあり得る。特別な愛情や親しさ、相互の家族的責任や配慮・援助の用意は、

とりわけ孫と祖父母との間の関係において……効果を發揮する。近親者の間に家族的な連帯によって特徴づけられた緊密な結合が実際に存在するならば、そのような結合は基本法6条1項の保護に含まれる⁽⁹²⁾」と述べる。このようにして、特殊家族的な連帯を保護することが基本法上の家族保護の目的であるとの解釈に基づき、そのような連帯が実際に存在しているのであれば、三世代にわたる大家族である祖父母と孫からなる共同体も、基本法上の家族に含まれるとの判断が示されたのである。

また、2014年決定では、1978年判決が参照指示していた Scheffler の学説において基本法が小家族を想定しているとの解釈の根拠とされた基本法6条の体系的連関が、反対に、基本法上の家族が小家族に限定されないことの根拠とみなされている。すなわち、同条3項は子を「親」から引き離すことではなく、「家族」から引き離すことを規律しているのであり、このことで以て「憲法制定者が家族の下に子どもとその両親の共同体よりも多くのものを理解していたことを示唆している⁽⁹³⁾」と述べられている。ここでは、Scheffler の学説と同様に基本法6条の体系的連関を考慮しながらも、「親」の権利を規定する同条2項と「家族」からの引き離しについて規定する同条3項との文言の差異に注目することによって、それとは異なる解釈が展開されている。また、そのような文言の差異に注目することにより、基本法上の家族を「両親と子どもからなる共同体」に限定しない解釈が、憲法制定者の意思にも沿う、と主張されている。

基本法上の家族概念を両親と子どもからなる小家族に限定しない見解は、学説においては2014年決定以前から既にみられた。例えば、同決定でも引用されている Thorsten Kingreen の学説は、両親以外の「他の親族が両親の代わりを引き受けており、さらに子どもと家庭共同体を築いている場合は特に」、基本法6条1項の家族は小家族に限定されるべきでないと述べる⁽⁹⁴⁾。また、Frauke Brosius-Gersdorf も、大家族においては子の監護及び教育を祖父母が果たすことによって国家の負担が軽減されることを指摘して、憲法上の家族概念を大家族へと拡大する可能性を示唆し、「大家族が小家族に比肩する任務を実際に引き受けており、また対応する負担軽減機能や生殖機能を果たしているならば、大家族は憲法上の家族とみなされ得るであろう⁽⁹⁵⁾」と述べる。このよう

に、学説においては2014年決定以前からすでに、特に実際の家庭状況を重視する傾向が看取できたといえる。⁽⁹⁶⁾

もっとも、同決定以前は、家族概念を拡大して解釈するような学説に対して批判もあった。Jörn Ipsen は、感情面での特別な紐帯に着目して家族概念を拡大することに対して、家族概念の拡大によって憲法上の保護が低減する危険性を指摘するとともに、国家秩序は感情的な結合を保護するわけではない、と批判する。⁽⁹⁷⁾

しかしながら、2014年決定以降、学説の多くは実際の家族的結合を重視して大家族も基本法上の家族に含まれると解しており、⁽⁹⁸⁾またそのような学説は、「祖父母とその孫は、その共同体において、教育の、また成長に付随する任務がその祖父母によって引き受けられている限りで、基本法6条〔による保護〕に含まれる」⁽⁹⁹⁾として、教育や子の成長に付随する任務が祖父母によって引き受けられているということを重視する。

以上のような判例、学説の変化からは、基本法上の家族概念の解釈に際しての重点が、歴史的解釈や基本法の基礎に置かれていると考えられる想定から、現実の状況へと変化した様が見て取れる。つまり、西洋の伝統的家族観に基づく小家族の想定から、実際の家族的結合へと、家族概念解釈の際の重心が移行したと考えられる。また、従前の判例を変更した連邦憲法裁判所の2014年決定は、その解釈が文言に忠実であり、ひいては憲法制定者の意思にも適うという形で、新たな解釈を基礎づけている。

第3節 子に対する責任を実際に引き受けていることの重視

同性登録生活パートナーと子どもからなる共同体や祖父母と孫からなる共同体を基本法上の家族とする解釈の変化は、社会的家族共同体（結合）の実際の存在を重視することで導かれていた。このような解釈の端緒は、従来の連邦憲法裁判所判例において確立された家族概念解釈、すなわち、子に対する責任の実際の引き受けを重視する家族概念解釈に見られる。

子に対する責任の実際の引き受けを重視する家族概念解釈は、連邦憲法裁判所の1984年10月17日の第一法廷決定において既にみられる。⁽¹⁰⁰⁾同決定では、里親に監護されている子の実親が里親の下から子を返還するように求める際、家庭

裁判所は、里親の下から子を引き離すことが子の福祉を危殆化すると判断する場合には、子を里親の下に留めるよう命じることができる、と規定する民法1632条4項の基本法適合性が争われた。ここで同裁判所は、同規定は「子とその里親との間には、長期にわたる監護関係の結果として、発達した結びつきが成立していることがあり得る、ということを経点としている……。このような前提の下で、子と里親からなる里親家族もまた基本法6条1項によって保護されるのであり、その結果、基本法6条3項は『社会的』家族からの子の引き離しに関する決定に際して、里親の側についても、全く考慮せずにおくことを許さない⁽¹⁰¹⁾⁽¹⁰²⁾」と判示した。この判示は、家族として基本法上保護されることが既に判例上明らかにされていた里親家族について、その保護が「長期にわたる監護関係の結果として発達した結びつきが成立していることがあり得る」ことを前提としているとするものであり、ここからは、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。

さらに、2003年4月9日の第一法廷決定⁽¹⁰³⁾では、子に対する責任の実際の引き受けを基本法上の家族概念の中核に据える理解がより明確になっている。同決定において連邦憲法裁判所は、法的には父親でない生物学上の父親とその子との面会交流を、それが子の福祉に資する場合であっても不可能とすることが基本法6条1項に反すると判示する中で、基本法6条1項の家族について、先例を参照指示しながら以下のように述べる。⁽¹⁰⁴⁾すなわち、「基本法6条1項は両親と子どもからなる共同体を保護する。⁽¹⁰⁵⁾この際、子が両親の血を引くか、また、子が婚内子として生まれたか婚外子として生まれたかは、重要でない」として、さらに、「家族とは、子どもとその子どもに対して責任を負う両親との間の実際の生活・教育共同体である⁽¹⁰⁶⁾」と定式化するのである。

このような、子に対する責任の実際の引き受けを重視する理解、およびそれに基づく「両親と子どもからなる実際の生活・教育共同体」との定式は、今日の連邦憲法裁判所判例⁽¹⁰⁷⁾においても見られ、また、学説においても受容されている。⁽¹⁰⁸⁾

第4節 他の形態の家族

以上のように、家族概念解釈の拡大の基礎には、子に対する責任を実際に引き受けているという、家族としての生活実態を重視する思考があったと考えられる。しかし、そのような生活実態が存在するというのみを以て基本法6条1項の家族と認められるのかについては、争いもある。⁽¹⁰⁹⁾ 先述の2013年判決を下した連邦憲法裁判所判事の一人である Gabriele Britz は、従来の連邦憲法裁判所判例における家族概念解釈の説明として、当事者全員の間に社会的な関係しか存在しない場合について同裁判所が基本法6条1項における家族と認めた例はないという。Britzによれば、これまでの連邦憲法裁判所判例において家族とみなされてきたのは、「生物学的な、かつ／或いは法的に規整された親族関係又は法的に規整された監護関係に基づく関係のみ」であり、2013年判決で問題となった事例においても、子と、既に養親となっている一方登録生活パートナーとの間には養親子関係が成立しており、「全ての関係者の間に単に社会的な関係しか存在しない」わけではない、⁽¹¹⁰⁾ というのである。また、Matthias Jestaedt は、「いかなる立法上の承認もない、単に社会的な親子関係は、基本法6条1項の意味における家族共同体を基礎づけるには十分でない」⁽¹¹¹⁾ という。

しかしながら、このように社会的な家族関係のみで基本法上の家族と認められるかについては争いがあるにせよ、家族概念解釈において子に対する責任の実際の引き受けという生活実態を中核に据えることについては判例及び学説で一致しているといえる。先述の2013年判決において連邦憲法裁判所は、基本法6条1項における家族は「社会的家族」であり、「法的な親族関係の存在には依存しない」⁽¹¹²⁾ ことを明言しており、Britz もこの点は認めている。⁽¹¹³⁾ Jestaedt も、家族の存在にとって根本的なのが、「実際に営まれている、両親と子どもからなる監護・教育共同体」であることは肯定している。⁽¹¹⁴⁾

以上のように子に対する責任の実際の引き受けを中核に据えて家族概念を解釈するのであれば、子の成長が家族の解体につながるとも考え得る。子に対して親が監護及び教育の責任を負う必要は、子の成長と共に低減していく。親は、幼児期の子どもに対して負う監護及び教育の責任と同程度の責任を、成人した子どもに対しても負うわけではない。故に、基本法6条1項における家族概念

の解釈が子に対する責任のみによって規定されているとすれば、子どもが成人した場合には、もはや基本法6条1項の意味における家族は存在しないとも解し得ると思われる。

しかしながら、連邦憲法裁判所判例及び学説によれば、家族の機能は子の監護及び教育に尽きるわけではなく、「基本法6条1項の保護領域には、両親と成人した子どもとの間の関係も含まれる⁽¹¹⁵⁾」とされている。1989年4月18日の連邦憲法裁判所第二法廷決定（以下、「1989年決定」という）は、成年養子縁組によって親子となった共同体が基本法6条1項の家族に含まれるかについて判示するにあたり、家族が子の成長とともに以下のように形を変えることを示している。すなわち、「基本法6条2項と結びついた同条1項は、家族をまず初めに、そしてとりわけ第一に [zunächst und zuvörderst]、生活・教育共同体として保護する。子どもの身体的、精神的発達⁽¹¹⁶⁾は、家族及び親の教育の中に本質的な基礎を見出す。……子の行為・判断能力の成長とともに、親の責任と配慮権とは後退する。生活共同体はこのことによって、単なる世帯共同体となり得る。この世帯共同体は、共に住むことによる連帯を維持するが、しかし、その他の点では家族の構成員各々に対して自身の生活の独立した形成を委ねる。世帯共同体の解体によって、家族はさらに単なる面会共同体 [Begezugsgemeinschaft] へと変化し得る。この共同体の下では、両親と子は折に触れて付き合うのみである。成年同士の家族において、扶養あるいは援助が世帯共同体の中で引き続き果たされているならば、法に基づいて、世帯共同体あるいは生活共同体が継続する（民法1612条2項、1618a条を参照⁽¹¹⁷⁾）」。この1989年決定に先立って成年の子どもとその両親からなる共同体も基本法6条1項の家族に当たるとの解釈を示していた1981年2月5日連邦憲法裁判所第二法廷決定⁽¹¹⁸⁾は、「基本法2条1項によって保障される、私的領域における〔人格〕発展の自由に対する尊重の要請は、婚姻及び家族の憲法上の保障によって特段に強化される⁽¹¹⁹⁾」と述べる。ここからは、基本法6条1項における家族概念が、同法2条1項の人格発展の自由と結びつくことによって、成年同士の共同体をも含むように拡大したと考えられる。この点で、基本法6条1項の家族概念解釈の展開は、子に対する責任の引き受けのみによって規定された単線的なものではなく、同

法2条1項の人格の発展との結びつきによって規定された径路も存在する、複線的なものであるといえる。⁽¹²⁰⁾

とはいえ、親が保護すべき子のいない家族をも基本法6条1項の家族に含めるこのような解釈は、子に対する責任の実際の引き受けを家族概念解釈の中心に据えることと矛盾するというわけではない。先述の1989年決定も、「基本法6条2項と結びついた同条1項は、家族をまず初めに、そしてとりわけ第一に、生活・教育共同体として保護する。子どもの身体的、精神的発達、家族及び親の教育の中に本質的な基礎を見出す。責任を伴う親子関係としての家族は、成長過程にある子の原則的な保護の必要性によって確定される⁽¹²¹⁾」と述べている。学説も、1989年決定の示した上記のような時間の経過による家族の展開を認めながら、「家族の基本権の中心には、監護及び教育共同体がある⁽¹²²⁾」としている。

第5節 法概念の構造に基づく分析

以上のように、基本法上の家族概念解釈は、「両親と子どもからなる包括的な共同体」という定式を出発点として、現在では、「子に対する責任を実際に引き受けている」多くの共同体を含むように拡大した。しかしながら、この拡大は社会状況という抽象的な事実の変化を拠り所として一時点において急激に生じたものではなく、連邦憲法裁判所判例や国法学説の蓄積に基づいて漸進的に生じてきたものであった。

このような家族概念に含まれる共同体の範囲の漸進的な拡大は、連邦憲法裁判所判例や国法学説において、問題となっている共同体が基本法上の家族概念に包摂されるか否かの判断が積み重ねられることにより、抽象的であった家族概念が具体化されていった結果であると解される。

家族概念に限らずほとんどの概念には、当該概念に包摂されることが明確な領域と不明確な領域とがある。ドイツでは法理論上、法概念の明確な領域である概念核と不明確な領域である概念量とが区別されている。「ごく僅かな例外を除き、あらゆる語は多義的である。より確実な意味の核 [Bedeutungskern] は、徐々に薄れゆく意味の暈 [Bedeutungshof] に取り囲まれている⁽¹²³⁾」と述べた Philipp Heck に由来するこのような概念核と概念量との区別は、法の解釈・適用という法律家の作業において日々確認されているものであり、

「多様な法的思考方法を理解するために不可欠の鍵」⁽¹³⁵⁾ともいわれる。

家族概念解釈についても、連邦憲法裁判所判例や学説は当初、「両親と子どもからなる包括的な共同体」という抽象的・一般的な定式を示す一方、具体的にどのような共同体が基本法上の家族概念に含まれるのかについては、継親と連れ子、養親と養子、里親と里子並びに婚外子とその親からなる共同体を列挙するのみで、基本法上の家族に当たる共同体をそれらに限定していたわけではなかった。これは、それらの共同体が当時基本法上の家族概念に包摂されることの確実な共同体であるとみなされていた、つまり、家族概念の概念核とみなされていた一方で、その他にいかなる共同体が同概念に包摂されるかは曖昧であったことを示していると考えられる。連邦憲法裁判所判例や学説において基本法上の家族に含まれる共同体が列挙された際に、そのような共同体がなぜ基本法上の家族に含まれるのかを根拠づける積極的な論証があまりなされなかったのも、その当時においてそれらの共同体が、基本法上の家族に包摂されることについて疑義がなく、自明なものとされていたためと考えられる⁽¹³⁷⁾。

このような概念核と概念量との区別を前提としながら法概念一般についてさらにその構造を法理論的に分析する Dietrich Jesch は、概念の意味内容が変化していく構造を説明している。そこでは、概念量は包摂によって充填されていくものとされる。曰く、「概念量の外縁は確実に限界づけることができず、〔概念への〕包摂あるいは〔概念からの〕除外によって初めて……より詳細に確定される」⁽¹³⁸⁾。このように考えると、家族概念の解釈において、「子どもに対する実際の責任の引き受け」という観点に基づき、基本法制定当初は想定されていなかった同性の生活共同体も同概念に含まれると解されるようになったことは、「両親と子どもからなる包括的な共同体」という定式の下では同概念に包摂されるか否かが曖昧であった共同体が、連邦憲法裁判例及び国法学説によって同概念に包摂され、家族概念の概念量が充填されて解釈が具体化されていったものと整理することができる。

とはいえ、このことから、家族概念解釈における拡大に見える現象は、単に抽象的であった家族概念が具体化したにすぎず、そこに解釈の変化はない、と判断することはできない。従来は基本法上の家族には当たらないとされていた

祖父母と孫からなる共同体をも含むよう、家族概念の解釈は変化しているからである。このような家族概念解釈も「両親と子どもからなる包括的共同体」の具体化にすぎない、とは考え難い。

ここで注目されるのは、基本法制定当時には家族として想定されていなかった同性のペアとその子どもからなる共同体が、また、基本法上の家族には含まれないとされていた大家族が、今日においては「明らかに」基本法上の家族に含まれると解されるようになってきていることである。

同性のペアとその子どもからなる共同体は、判例によって家族として認められる以前から、学説によって家族とみなされるべきことが主張されていたのであり、連邦憲法裁判所も2013年判決の段階では、それが基本法6条1項の家族概念に含まれると解することに疑念を抱いていなかったように見える。2013年判決では、「同性カップルが継続的に、子とともに事実上の親子関係の中で共同生活を送っているなら、家族の存在は實際上否定され得ない……。その家族に家族の基本権による保護を拒むということは、社会的な家族共同体の保護に向けられた家族の基本権の意義に矛盾するであろう⁽¹²⁹⁾」と述べられている。同判決が引用する学説は、子を含む同性生活パートナーの共同体について、以下のように述べる。すなわち、「それが長期にわたり、また『包括的な共同体』を営む同性の結びつきに含まれるならば、現実において家族の存在は否定されえない。しかも、基本法6条1項の意味において家族概念が否定され得るのは、家族が婚姻に基づく結びつきでしかない場合のみである。それゆえ、〔同性のペアの一方である父の配慮権をその者の性的指向に基づいて否認することが差別的取扱いであって、欧州人権条約8条及び14条に反するとした〕欧州人権裁判所に従えば、同性の共同体と子どももまた、基本法6条1項の家族概念から排除され得ないだろう⁽¹³⁰⁾」と。

また、従来は基本法上の家族に当たらないとされていた祖父母と孫からなる共同体についても、2014年決定が判例を変更する以前から、学説においては、「例えば、祖父母が実際に、両親の代わりに自身らの孫の面倒を見ている場合に、〔両親と子どもからなる核家族と〕同様に子の世話をするそのような共同体が基本法6条1項の保護に含まれないとする事は、不可解である⁽¹³¹⁾」との指摘

がなされており、両親以外の親族が子と社会的な家族関係にある場合には基本法6条1項の保護に含まれるとして、1978年決定は批判されてきた。

このような判例及び学説からは、基本法6条1項の家族概念について今日では、子に対する実際の責任の引き受けが重視されることの論理必然的な帰結として、同性ペアとその子どもからなる共同体や祖父母と孫からなる共同体もまた同概念に当然に包摂されるとの解釈が確立されていることがうかがえる。

Jeschによれば、法概念一般の構造として、概念量だけでなく概念核もまた変化し得る。曰く、「統一的な実践や確立した判例の経過の中で、核領域（疑いのない事例）は拡大する。ゆえに、概念核と概念量との境界は固定されていない。この境界はより長期にわたる法適用の経過の中で外側へとずれる。つまり、核領域は拡大させられる。しかしながら、新たに〔概念に〕含められる事例が概念の核領域に数え入れられるのは、『通常の分別のある全ての者』がその事例を、所与の状況の下で即座に『疑いなく』当該概念に分類するであろう場合のみである⁽¹³²⁾」という。包摂の蓄積の中で、概念量が充填されるのみならず、概念核までも変化し得る、と言うのである。

このように考えれば、家族概念の解釈の変化も、子に対する責任を実際に引き受けているという家族の機能を中核に据える解釈を梃子として、従来は家族概念に包摂されることが想定すらされていなかった同性ペアとその子どもからなる共同体や、従来は家族概念に包摂されないとされていた祖父母と孫からなる共同体までもが、家族概念の明確な内容として認識されるに至り、同概念の概念核に含まれるようになったものと解し得る。

それでは、連邦憲法裁判所や国法学説においてこのような変化をもたらした、子に対する実際の責任の引き受けという家族の機能を中核に据える家族概念解釈は何によって基礎づけられるのか。次章ではこの点を検討する。

第3章 子に対する責任を家族概念解釈の中心とする根拠

第1節 家族の前提としての子の存在

先述の通り、今日では多様な共同体が基本法上の家族と認められているが、

家族概念解釈においては一貫して、子に対する責任の実際の引き受けが重視されてきた。このような解釈の前提として、基本法上の家族と解される多様な共同体の共通点となっているのが、「子の存在」である。⁽¹³³⁾先述の通り、学説の多くが参照する連邦憲法裁判所の確立した判例は、家族を「両親と子どもからなる包括的な共同体」と定式化し、子の存在を家族の前提とする。しかし、連邦憲法裁所はこの定式の根拠について判決の中で明らかにしている。そのため、基本法6条1項の家族が子の存在を前提とすると解する根拠について検討する必要がある。

基本法6条1項における家族の前提として子の存在が必要であるかどうかについては、子のいない夫婦が同条項にいう家族に当たるか、というかたちで問題とされてきた。基本法制定過程の議論では、子の存在は必ずしも家族の必要条件とは観念されていなかったと考えられる。このことは、「婚姻から生じる家族」という文言を「婚姻と共に生じる家族」へと変更した、先述の原則問題委員会第29回会議における審議に表れている。先述の通り、この変更の趣旨は、子のいない夫婦が劣った夫婦とみなされることを避けるという点にあり、家族の定義を巡って議論されたわけではない。しかしながら、この審議の過程で Hermann von Mangoldt が「夫婦は家族共同体であり得るが、家族は夫婦と子どもでもあり得る」⁽¹³⁴⁾と述べていることから、「婚姻で以て生じる家族」という定式の下では子のいない夫婦も家族とみなされ、子の存在は必ずしも家族のメルクマールとはされていなかったことがわかる。⁽¹³⁵⁾

それにもかかわらず、今日の学説のほとんどは、基本法6条1項にいう婚姻と家族とを子の有無によって区別する。⁽¹³⁶⁾ここでその根拠とされるのが、基本法6条1項において並列して規定される婚姻と家族との区別の論理的必要性である。子の存在は家族の前提であって子のいない夫婦は家族ではないとする学説は、子のいない夫婦も家族に含まれるとすると婚姻と家族という二つの制度は概念上トートロジーとなると説明する。⁽¹³⁷⁾その論拠としては、子のいない夫婦も家族であるとすれば婚姻と家族とを構造上境界付けることが困難となること、そして、子のいない夫婦も家族であると解したとしても、家族の保護のために国家が行う子に関連する措置は子のいない夫婦には与えられ得ないということ

憲法上の概念の解釈における変化に関する一考察（2・完）

が挙げられる⁽¹³⁸⁾。つまり、子がいなくともあらゆる夫婦が家族であるとするれば、婚姻の保護は家族の保護に解消されることとなる。その結果、基本法6条1項の定める婚姻の保護は不要な規定となり、意味を失う。そこで婚姻の保護が家族の保護に解消されないよう、婚姻と家族との区別が論理的に必要とされ、子の存在が婚姻と家族とを区別する分水嶺とされるのである。このように、基本法6条1項の論理解釈の帰結として、子の存在が家族の前提とされている。

第2節 基本法6条の中心にある子に対する責任

さらに、子に対する「責任の引き受け」という家族の機能について学説において語られる際に言及されるのが、基本法6条1項と同条2項以下との体系的連関である。子に対する責任という観点は、基本法6条2項以下の条文の解釈においても重要な位置を占めている。

基本法6条2項は、「子どもの監護及び教育は、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。この義務の履行については、国家共同体がこれを監視する」と規定し、子に対する監護及び教育に関する親の権利義務を定める。また、同条3項は「子どもは、教育権者に故障がある場合、または子どもがその他の理由から放置される虞のある場合には、法律の根拠に基づいてのみ、教育権者の意思に反して、これを家族から引き離すことが許される」と規定し、家族からの子の引き離しを法律の要件の下に限定する。基本法6条3項は、同条2項2文に規定されている国家の監視義務を具体化するという点で2項の特別法であり、また2項は、1項が定める一般的な家族保護の中でも特に親の権利義務について規定するという点で1項の特別法である、と解されている⁽¹³⁹⁾。

基本法6条2項における子の監護及び教育は、親の自然的権利であると同時に「義務」でもあるとされる。そのため、同条同項1文からは、子の監護及び教育を行わないという消極的な親の権利は導かれない⁽¹⁴⁰⁾。連邦憲法裁判所判例によれば、「基本法6条2項1文における権利と義務は固より解き難く相互に結びついている。つまり、義務は権利を限界づける制限なのではなく、『親の権利』の本質を規定する構成要素なのであり、この『親の権利』はその限りで、適切にも『親の責任』と称することができる⁽¹⁴²⁾」とされる。このように、基本法

6条2項が保障する子の監護及び教育に対する親の自然的権利は、親の責任を内包し、子の保護のために保障されるものであり、基本法6条2項における「親の権利」の解釈においても、同条1項の家族概念解釈と同様に、子に対する親の責任という観点が中心を占めている。

もっとも、判例及び学説によれば、2項における権利義務の主体である「親」の範囲は、1項における「家族」内の親の範囲よりも狭く解されている。つまり、1項における家族が社会的家族共同体と解されるのに対して、法的な承認のない社会的な家族共同体における親子関係だけでは、2項の親には当たらないとされる⁽¹⁴³⁾。先述の2013年判決も、登録生活パートナーの一方が基本法6条2項における親の権利の主体として他方パートナーの養子を養子縁組する権利を主張できるかについて判断するにあたり、「社会的な親子関係だけでは、原則として基本法6条2項1文の意味における親の地位を何ら基礎づけることはなく、また養子縁組の権利を成り立たせることもない」と述べ、⁽¹⁴⁴⁾「憲法上の親の権利の主体であり得るのは、子に対して血縁……或いは通常法律に基づく割り当て〔Zuordnung〕によって基礎づけられた親子関係にある者である⁽¹⁴⁵⁾」とする⁽¹⁴⁶⁾。

しかし、基本法6条1項の家族を基礎づける社会的家族共同体は、同条2項の親の権利にとって何ら意味を持たないというわけではない。連邦憲法裁判所は2003年4月9日の決定において以下のように述べる。曰く、「基本法6条2項1文は、確かに生殖に基づく血縁上の親子関係を出発点としているが、しかし、この割り当てを越えて、親が監護及び教育を要する自身の子どもに対して有する包括的な責任関係としての親子関係を保護の下に置く。それ故に、両親と子どもとの間の社会的、人格的結合もまた、親の権利に対応して子に対する責任を負うことができるための前提条件である……。血縁と社会的家族的責任共同体は、同等に、基本法6条2項1文の内容をなす。両者を一致させるよう立法者は努めねばならない⁽¹⁴⁷⁾」。2013年判決においても、「社会的な親子関係は親の役割を法律上割り当てるために憲法上必要な条件であり得る⁽¹⁴⁸⁾」⁽¹⁴⁹⁾ということは認められている。また学説においても、「両親として法的に承認されるべき者を決定する際、立法者は広範な内容形成の余地を有し、立法者はこの余地を、

血縁並びに社会的家族的な責任共同体の存在を指向して利用せねばならない⁽¹⁵⁰⁾とされている。このように、誰が基本法６条２項の「親の権利」を有するかについては、血縁或いは法律による指定によって確定されるという点で、基本法６条１項における家族のように子に対する責任を実際に引き受けている者と必ずしも一致しないものの、誰が親の権利を有するかを定める法律の制定に際して立法者は、子に対する責任を実際に引き受けているのが誰かという観点を考慮せねばならないのである。

また、基本法６条５項は「婚外子に対しては、法律制定によって、肉体的及び精神的発達について、並びに社会におけるその地位について、婚内子に対すると同様の条件が作られなければならない」と規定している。同項は、婚外子は実際上しばしば婚内子に比して不利な生活状況に直面するという認識を背景とするものと解されている⁽¹⁵¹⁾。婚外子と婚内子の平等を定める５項と、婚姻及び家族の特別の保護を定める１項との関係について、学説では、「本規定の中心にあるのは婚外子の福祉であるため、５項と１項において宣言された婚姻及び家族の保護との間には何ら矛盾はない⁽¹⁵²⁾」とされている。ここでも、子の福祉の重視という観点が、１項と５項とに共通するものとして捉えられていることがうかがえる。

このように、子に対する責任や子の福祉を重視する観点は、基本法６条１項の家族概念の解釈のみならず、同条全体に通底するものとして、同条の体系的連関によって基礎づけられているのである。

おわりに

（１）まとめ

以上、基本法６条１項における「家族」という概念について、そこに包摂される共同体の解釈がドイツ連邦憲法裁判所判例及び国法学説においてどのように変化してきたのかを検討してきた。同概念の解釈は「両親と子どもからなる包括的な共同体」という定式を端緒としながら、判例及び学説における家族概念への事例の包摂の蓄積の中で、同概念に含まれる共同体が例示されることで

不明確であった内容が明確化していくと共に、基本法制定当初は想定されていなかった同性のペアと子どもからなる共同体や、以前は家族には含まれないとされていた祖父母と孫からなる共同体もまた、同概念に包摂されるように変化してきた。この変化は、子に対する責任の実際の引き受けという家族の果たす機能を重視する思考に沿って、概ね一貫した解釈の径路に沿って展開されてきたものといえる。

このような変化をもたらす解釈の径路は、家族形態の多様化や家族に対する意識の変化といった社会一般における抽象的な変化によって直接生じたものではなく、基本法6条の体系的連関を基礎として、判例及び学説における家族概念への事例の包摂の蓄積の中で確立されたものであった。つまり、巨視的に見れば家族の多様化という抽象的一般的な社会変化に応じて変化を遂げてきた基本法6条1項の家族概念の解釈も、微視的に、個々の解釈においていかなる根拠づけの下に変化を遂げてきたかを観察すれば、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共同体の範囲が拡大したことによって生じたものとして捉えられる。確かに、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共同体の範囲が拡大したことは、家族形態の多様化の一部として、また、社会一般における家族に対する意識の変化を背景としたものとして捉え得る。しかしながら、家族形態の多様化や家族に対する意識の変化のような抽象的一般的なレベルで社会変化を認定することは容易ではない。このことからすれば、⁽¹⁵³⁾より具体的かつ特定化された形で、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共同体の範囲が拡大したと捉える方が、憲法解釈事実に変化があったか否かの認定も容易になると考えられる。

以上の事柄を本研究の問題意識に沿って整理すれば、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、社会変化を受容してきたといえる。また、このような思考は基本法6条1項の体系的解釈を基礎として解釈の蓄積の中で形成されてきた、ということからすれば、条文の「体系的解釈」と「解釈の蓄積」という要素は、他の概念の解釈における社会変化の受容の仕方について検討するにあたっても一つの検討視角となり得るものと思われる。

（2）日本国憲法24条解釈への応用可能性

本稿において示された基本法6条1項の家族概念の解釈の変化、すなわち、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一貫した径路に沿って家族概念解釈が変化してきたという事例は、従来あまり論じられてこなかった憲法24条の固有の適用領域たる「家族」の範囲について検討する際にも、示唆を与え得るものと思われる。

確かに、基本法6条1項と日本国憲法24条との間には、文言及び制定の背景に差異がある。とりわけ、家族の「保護」という点において両規定は大きく異なる。基本法6条1項は先述の通り、国及び市町村の任務として家族の助成を定めるヴァイマル憲法119条2項を前身とするものであり、条文上も明示的に家族の「保護」を規定している。これに対して、日本国憲法24条の条文にはそのような文言はない。また、学説では、同条の制定過程においては、「左派議員」による社会国家的な家族保護論⁽¹⁵⁵⁾もみられたが、「右派議員」による天皇制に基礎づけられた日本型家制度擁護論⁽¹⁵⁶⁾とともに排除され、結局、左右両派の攻勢に対する妥協として、家制度の否定による近代化・民主化が志向された、と理解⁽¹⁵⁷⁾されている。加えて、日本国憲法24条が個人の尊厳に言及することは、「近代西欧家族の『個人』が実は家長個人主義……とすべきものだったことへの、批判的見地を含んでいる」とされ、「家族の問題について『個人』を徹底的に貫こうとすれば、24条は、……ワイマル憲法の家族保護条項とは対照的に、近代家族解体の論理をも包含したものとして読むことができる」と指摘⁽¹⁵⁸⁾されている。このようなことからすれば、家族の保護を規定する基本法6条1項の解釈論が日本国憲法24条の解釈論としてそのまま妥当すると考えるのは適切ではない。

とはいえ、本稿でみたように一貫して子に対する責任を重視して展開してきた基本法6条1項の家族概念解釈論は日本国憲法24条の解釈論にも示唆を与え得ると考えられる。近時の我が国の憲法学においては、憲法上の家族モデルについて検討する試みがなされている。そしてそのように憲法上の家族モデルを検討する試みの中では、夫婦同氏合憲判決で婚姻及び家族に関する事項は「それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的

な判断を行うことによって定められるべき⁽¹⁶⁰⁾」と述べられていることからすれば、最高裁は「夫婦とその子からなる集団」を憲法上の家族として想定している、とも指摘されている⁽¹⁶¹⁾。加えて、日本国憲法24条1項の「『夫婦が同等の権利を有すること』『両性の本質的平等』の保障が夫婦関係に及ぶことから推して考えるならば、……〔本条項の〕『個人の尊厳』はとりわけ親子関係で意味を持つものと解される。本条項によれば、親子関係立法は、子どもの福祉と並んで、親が子どもの自律的能力を育成し、さらに成長段階に応じて子どもの自律性を尊重するような内容を含むべきである⁽¹⁶²⁾」とも指摘されている。子の自律的能力の育成や自律性の尊重のためには、その前提として、子の監護及び教育が責任ある形で引き受けられていることを要すると考えれば、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ろう。

この点で、家族に関連する我が国の判例や学説、また、日本国憲法24条の立法委託を受けて制定されてきた家族法制の展開を検討する中で、同条における家族概念の解釈として、ドイツ基本法6条1項の家族概念の解釈指針、すなわち、子の存在を前提とし、子に対する監護及び教育の責任の実際の引き受けを重視する思考が導かれる可能性を検討する余地はあろう。

もっとも、本稿における検討が示している通り、基本法6条1項における家族概念の解釈の変化は、解釈の蓄積の中で生じたものである。判例及び学説における憲法上の家族概念の解釈の蓄積がドイツと日本とで異なる以上、ドイツにおける変化が日本においてもそのまま妥当するとはいえず、日本国憲法24条における家族概念の解釈を別個に検討する必要がある。しかし、本稿の主眼はあくまでも、法概念解釈の動態に関する法理論的研究の一環として、解釈に変化のみられる基本法6条1項の家族概念に関して、その展開を検討することにある。そのため、日本国憲法24条の解釈論についての立ち入った検討はここでは行わない。

(3) 今後の課題

また、先述のとおり、本稿における基本法6条1項の家族概念解釈の変化の検討は、それとは異なる様相を呈する同条の婚姻概念解釈の変化との対比の一

環であり、婚姻概念解釈の変化についての検討が残されている。基本法6条1項の婚姻概念に関しては、とりわけ近時、本稿第2章第1節（1）において言及した婚姻と登録生活パートナーシップとの平等化や2017年の民法改正による同性婚の法制化が基本法と適合するか、という形で議論されている。しかし、本稿における検討においてみられた家族概念解釈の変化のメカニズムからすれば、婚姻概念の変化についても、近時の議論にとどまらず、基本法制定以降の解釈の蓄積を検討し、同概念の解釈に「核」は有るのか、有るとすればそれはいかなるものか、といった点を明らかにする必要がある。本稿によって得られた「体系的解釈」と「解釈の蓄積」という検討視角から基本法制定以降の婚姻概念解釈の変化について検討し、家族概念解釈の変化と対比させることで、両概念の解釈における変化の様相の差異がいかなる要因から生じているのかを明らかにすることについては、今後の課題として別稿を予定している。

(71) BVerfGE124, 199. 邦語による同決定の評釈として、井上典之「遺族扶助における生活パートナーの排除と一般平等原則」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例IV』（信山社、2018年）111-114頁も参照。

(72) Vgl. BVerfGE 126, 400; BVerfGE 131, 239; BVerfGE 132, 179. これらの判例の展開については、井上典之「平等保障による憲法規範の変容？——ヨーロッパ統合に導かれるドイツ基本法の「家族」についての変化」松井茂記ほか編『自由の法理』（成文堂、2015年）665-689頁、村山美樹「婚姻の意味変化について——ドイツにおける生活パートナーシップと平等」中央大学大学院法学研究年報44号（2014年）425-436頁、三宅雄彦「婚姻概念における憲法変遷と制度保障——ドイツ「万人のための婚姻」法をめぐる」駒澤法学21巻3号（2022年）43-86頁も参照。

(73) BVerfGE 133, 59.

(74) BVerfGE 133, 59, 82.

(75) BVerfGE 133, 59, 82.

(76) BVerfGE 133, 59, 84.

(77) BVerfGE 133, 59, 84 ff.

(78) BVerfGE 133, 59, 86-98.

(79) 邦語によるそのような整理として、春名麻季「生活パートナーシップ関係の下での継養子の可否」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(70)117-118頁、井上・前掲注(71)682-683頁。

- (80) Vgl. *Matthias Jestaedt/Philipp Reimer*, Anmerkung, JZ 2013, S. 470; *Uhle*, Fn. 48, Rn. 17.
- (81) Vgl. *Leonie Viktoria Böcking*, Der besondere Schutz der Ehe gem. Art. 6 Abs. 1 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2017, S.81; *Hans. D. Jarass*, § 6, in: *ders/Pieroth GG* 16. Aufl. 2020, Rn 8; *v. Coelln*, Fn. 49, Rn. 17.
- (82) *Kramer*, Fn. 55, S. 183 f. なお、基本法 6 条 1 項の家族として憲法上の保護を受ける理由を、実際上の共同生活で以て果たしている家族の機能「のみ」とする点には、学説において異論もある。この点については、後述（第 2 章第 4 節）を参照。
- (83) BVerfGE 48, 327.
- (84) BVerfGE 48, 327, 339.
- (85) BVerfGE 59, 52.
- (86) BVerfGE 59, 52, 63.
- (87) *Erna Scheffler*, Ehe und Familie, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte, 4. Bd., 1. Halbbd., S. 251 f.
- (88) Vgl. auch *Ipsen*, Fn. 25, Rn. 72.
- (89) BVerfGE 136, 382.
- (90) BVerfGE 136, 382, 388 f.
- (91) BVerfGE 136, 382, 388.
- (92) BVerfGE 136, 382, 389.
- (93) BVerfGE 136, 382, 389.
- (94) *Thorsten Kingreen*, Das Grundrecht von Ehe und Familie (Art. 6 I GG), Jura 1997, S. 401(402).
- (95) *Frauke Brosius-Gersdorf*, Demografischer Wandel und Familienförderung, 2011, S. 205 f. なお、Brosius-Gersdorf はここで、子の監護及び教育とともに、年齢の祖父母の監護を子や孫が引き受けることによって国家の負担が軽減されるという点や、祖父母が子の監護及び教育の一部を引き受けることによって、両親がさらに子を産むことを促進するという点にも言及している。
- (96) Vgl. auch *Dagmar Coester-Waltjen*, Art. 6 (Ehe und Familie, Elternrecht, Mutterschutz, uneheliche Kinder), in: *von Münch/Kunig*, GGK I, 5. Aufl. 2000, Rn. 11; *Heinhard Steiger*, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel, in: VVDStRL 45(1986), S. 79. なお、Steiger はここで、状況によっては祖父母が親の役割や機能を果たし得るとして、家族概念を両親と子どもに限定することを批判するが、この親の役割や機能については、感情的な親密さと物的な援助の両面を

指摘している。

- (97) *Ipsen*, Fn. 25, Rn. 70 f.
- (98) Vgl. *Volker Epping/Sebastian Lenz/Philipp Leydecker*, Grundrechte 9. Aufl., 2021, Rn. 506; *Uhle*, Fn. 48, Rn. 14a.
- (99) *Friederike Dräfin Nesselrode*, Das Spannungsverhältnis zwischen Ehe und Familie in Artikel 6 des Grundgesetzes, 2007, S.128 f.
- (100) BVerfGE 68, 176.
- (101) BVerfGE 68, 176, 187.
- (102) 基本法 6 条 3 項は、「子どもは、教育権者に故障がある場合、または子どもがその他の理由から放置される虞のある場合には、法律の根拠に基づいてのみ、教育権者の意思に反して、これを家族から引き離すことが許される」と規定している。
- (103) BVerfGE 108, 82.
- (104) BVerfGE 108, 82, 111-115.
- (105) ここでは、先に見た1959年判決と1964年決定とともに、1989年1月31日の第一法廷判決（BVerfGE 79, 256）が参照指示されている。
- (106) BVerfGE 108, 82, 112.
- (107) Vgl. BVerfGE 151, 101. 邦語による同決定の評釈として、村山美樹「非婚カップルによる連れ子養子縁組の可否」自治研究99巻6号（2023年）142-149頁も参照。
- (108) Vgl. *Böhm*, Fn. 28, S. 227; *Epping/Lenz/Leydecker*, Fn. 98, Rn. 506.
- (109) Vgl. *Brosius-Gersdorf*, Fn. 38, Rn. 112.
- (110) *Gabriele Britz*, Der Familienbegriff im Verfassungsrecht, NZFam 2018, 292. なお、Britz のこの論述はあくまでも、それまでの連邦憲法裁判所判例において全ての関係者の間に単に社会的な関係しか存在しない場合に、そのような関係が家族とみなされたことはないということを説明するものである。そのため、Britz 自身が単に社会的な関係のみでは基本法 6 条 1 項の家族には当たらないと考えているのかについては、定かではない。
- (111) *Jestaedt*, Fn. 40, Rn. 49.
- (112) BVerfGE 133, 59, 82 f.
- (113) *Britz*, Fn. 110, S. 292.
- (114) *Jestaedt*, Fn. 40, Rn. 47.
- (115) BVerfGE 57, 170, 178. Vgl. auch *Uhle*, Fn. 48, Rn. 19.
- (116) BVerfGE 80, 81. 邦語による同決定の評釈として、横田守弘「国家の家族保護義務と外国人の滞在許可——青年養子縁組事件」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年）217-221頁も参照。

- (117) BVerfGE 80, 81, 90 f.
- (118) BVerfGE 57, 170.
- (119) BVerfGE 57, 170, 178.
- (120) 基本法上の家族の解釈における一般的人格権（基本法2条1項）や一般的平等原則（同法3条1項）との連関について、春名麻季「人権論から見た家族・親子制度の基底的原理について（3・完）——憲法秩序における「人間の尊厳」原理の規範的一場面」四天王寺大学紀要58号（2014年）59-76頁も参照。
- (121) BVerfGE 80, 81, 90.
- (122) *Brosius-Gersdorf*, Fn. 38, Rn. 124.
- (123) 青井秀夫『法理学概説』（有斐閣、2007年）390頁参照。
- (124) Vgl. *Karl Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl., 2018, S.159; *Dietrich Jesch*, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 1957, S. 171 f.
- (125) *Philipp Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112(1914), S.173. 翻訳として、法学理論研究会訳「ヘック・法解釈と利益法学（三）」法政研究43巻3・4号（1977年）417頁も参照。
- (126) *Franz Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, S. 199.
- (127) Jesch は、法概念について、当該概念に包摂されることが疑いのない事例からなる概念核については、法律家は一般にあまり注意を向けない、と述べている（*Jesch*, Fn. 124, S. 176）。
- (128) *Jesch*, Fn. 124, S. 177.
- (129) BVerfGE 133, 59, 84.
- (130) *Klaus Stern*, Der Schutz von Ehe, Familie und Eltern/Kind-Beziehung, in: *ders./Sachs/Dietlein* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2006, § 100, S.402 f.
- (131) *Viola Schmid*, Die Familie in Artikel 6 des Grundgesetzes, 1989, S. 365. Vgl. auch, *Kingreen*, Fn. 94, S.402.
- (132) *Jesch*, Fn. 124, S. 183.
- (133) *Schüffner*, Fn. 41, S. 149; *Stefan Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2. Aufl., 2017, S. 506.
- (134) *Pikart/Wegner* (bearb.), Fn. 39, S. 828.
- (135) Vgl. *Matthias Pechstein*, Familiengerechtigkeit als Gestaltungsgebot für die staatliche Ordnung : Zur Abgrenzung von Eingriff und Leistung bei Maßnahmen des sog. Familienlastenausgleichs, 1994, S. 53.

- (136) Vgl. *Böhm*, Fn. 28, S. 227; *Brosius-Gersdorf*, Fn. 38, Rn. 110; *Kramer*, Fn. 55, S. 183 f. なお、欧州人権条約 8 条 1 項は「すべての者は、その私的及び家族生活 の尊重を受ける権利を有する」と規定しているが、ここでの「家族生活」は子のいないパートナー関係をも含み、この点で基本法上の「家族」とは異なる (vgl. *Marauhn Thilo/Judith Thorn*, Privat- und Familienleben, in: *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl., 2013, Rn. 42)。
- (137) *Schüffner*, Fn. 41, 149 ff. Vgl. auch *Kramer*, Fn. 55, S. 179.
- (138) *Schüffner*, Fn. 41, 149 ff.; *Pechstein*, Fn. 135, S. 100.
- (139) *Friederike Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 105. 学説の中には、2 項と 3 項とをまとめて、1 項の特別法として、親の権利義務について定めるものと解する見解もある。そのような見解として、*Uhle*, Fn. 48, Rn. 46 も参照。
- (140) 「監護」とは、子の健康面への配慮のような、子に対する身体面や情緒面の世話を指す。これに対して「教育」とは、精神面や社会面で、子に対して知識を与え、社会的な能力を養成する行為を指す。しかし、基本法 6 条 2 項において両者は、共に家族の文脈の中に位置付けられているがために明確に区別されてはいないとされている (*Wapler*, Fn. 139, S. 110 f.)。
- (141) *Wapler*, Fn. 139, S. 112.
- (142) BVerfGE 24, 119, 143.
- (143) 篠原永明は、この点で基本法 6 条 2 項における Elternrecht は「伝統的な意味での権利 (Recht)、すなわち、『固有の利益のために法規範を作動させる能力』とは言い難く、「まさに、将来世代育成のために親に割り当てられた『権限』と理解することが適切であろう」と述べる (篠原永明『秩序形成の基本権論』(成文堂、2021年) 191頁)。
- (144) *Epping/Lenz/Leydecker*, Fn. 98, Rn. 518.
- (145) BVerfGE 133, 59, 81 f.
- (146) BVerfGE 133, 59, 81.
- (147) BVerfGE 108, 82.
- (148) BVerfGE 108, 82, 106.
- (149) BVerfGE 133, 59, 81.
- (150) *Epping/Lenz/Leydecker*, Fn. 98, Rn. 518.
- (151) *Brosius-Gersdorf*, Fn. 38, Rn. 224; *Uhle*, Fn. 48, Rn. 73.
- (152) *Uhle*, Fn. 48, Rn. 73.
- (153) 家族形態の多様化や家族に関する意識の変化を認定することの困難性を表しているのが、最高裁国籍法違憲判決 (最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁) である。同判決では、多数意見は「我が国における社会的、経済的環境等の

変化に伴って、夫婦共同生活の在り方を含む家族生活や親子関係に関する意識も一様ではなくってきており、今日では、出生数に占める非嫡出子の割合が増加するなど、家族生活や親子関係の実態も変化し多様化してきている」(1373-1374頁)と評価している。これに対して、反対意見は「家族生活や親子関係に関するある程度の意識の変化があることは事実としても、それがどのような内容、程度のものか、国民一般の意識として大きな変化があったかは、具体的に明らかとはいえない。実態の変化についても、家族の生活状況に顕著な変化があるとは思われないし、また、統計によれば、非嫡出子の出生数は、国籍法3条1項立法の翌年である昭和60年において1万4168人(1.0%)、平成15年において2万1634人(1.9%)であり、日本国民を父とし、外国人を母とする子の出生数は、統計の得られる昭和62年において5538人、平成15年において1万2690人であり、増加はしているものの、その程度はわずかである。このように、約20年の間における非嫡出子の増加が上記の程度であることは、多数意見の指摘と異なり、少なくとも、子を含む場合の家族関係の在り方については、国民一般の意識に大きな変化がないことの証左と見ることも十分可能である」(1400-1401頁)と指摘している。

- (154) 前掲注(38)参照。
- (155) 日本国憲法24条の制定過程における社会国家的観点からの家族保護条項に関する議論については、清水伸編著『逐条日本国憲法審議録 第2巻』(有斐閣、1962年)488-498頁を参照。
- (156) 日本国憲法24条の制定過程における天皇制に基礎づけられた日本型家制度擁護論の観点からの家族保護条項に関する議論については、清水・前掲注(155)511-516頁を参照。
- (157) 憲法24条の制定過程に対する学説のこのような理解については、辻村・前掲注(31)82-83頁参照。
- (158) 樋口陽一『憲法〔第4版〕』(勁草書房、2021年)279頁。
- (159) 例えば、篠原永明は、特定の人的結合関係を憲法上の家族モデルとして想定することへの批判に対し、「憲法24条が明示的に……一定の人的結合関係を他の人的結合関係と区別し、それを特別に保護すべきことを定めている以上、憲法上の『家族』モデルを特定する必要性を否定する立場は、少なくとも現行の憲法24条の解釈論としては支持できない」と述べ、憲法上の家族モデルについて検討する必要性を主張する(篠原永明「『婚姻の自由』の内容形成」甲南法学57巻3・4号(2017年)629-630頁)。
- (160) 最大判平成27年12月16日民集69巻3号2593頁。
- (161) 篠原・前掲注(159)618頁。また、篠原はこのように「夫婦とその子からなる集団」を憲法上の家族モデルとして想定することを根拠づけるにあたって、憲法

憲法上の概念の解釈における変化に関する一考察（2・完）

24条が親密性に基づく人的結合関係や基礎的な生活共同体のうちでも「両性」すなわち男女の人的結合関係にのみ注目しているのはなぜか、という観点からすれば、「婚姻する男女の間には子どもが生まれることが想定されており、憲法上、家族には、構成員間の扶養等が期待できる基礎的な生活共同体としての機能に加え、将来世代の育成の場としての機能も期待されているということが、容易に想起できる」と指摘する（篠原・前掲注(37)45-46頁）。

（162） 渡辺ほか・前掲注(29)487頁〔宍戸〕。

〔付記〕 本研究は JSPS 科研費22J12359の助成を受けたものである。