

憲法上の親の権利の性質とその侵害

—— 自然的親子権訴訟一審判決の批判的検討を中心に ——

大 森 貴 弘

Eingriffe in das verfassungsrechtliche Recht der Eltern: Zur Entscheidung
erster Instanz über das Recht auf die natürliche Eltern-Kind-Beziehung

OHMORI Takahiro

2023年11月2日受理

抄 録

本稿の考察の対象は、離婚に伴って子の親権を失った原告たちが子との関係を危殆化された精神的被害につき国に慰謝料等を要求する国家賠償訴訟である。一方の親である原告たちは協議離婚または裁判上の離婚において他方の親が親権者と定められたことにより親権を失った。そこで、離婚後単独親権を強いた民法819条1項及び2項が、憲法13条、14条1項、24条2項、26条及び日本が批准した諸条約に違反し、上記民法規定を改廃しない立法不作為に国家賠償法1条1項の違法があるとして国家賠償訴訟を提起した。一審判決では人権侵害が認められず、請求は棄却された。筆者は上記判決を批判し、人権侵害の存在を論証しつつ、憲法上の親の権利が義務と権利の両側面を有し、この意味で民法上の親権と同質性を有することを明らかにする。

キーワード：親の権利、子どもの権利、単独親権、共同監護、連れ去り

目次

はじめに

一、事実の概要

二、裁判官による明白な事実誤認

三、憲法上の権利としての親の教育の自由 —— 最高裁判例との関係で ——

四、一審判決による人権侵害の隠蔽・不可視化

1、人権侵害の隠蔽・不可視化

2、憲法上の権利に対する侵害とは如何なることか

五、一審判決による差別の是認とその正当化

六、権利か、義務か、責任か —— 権利の性質について

おわりに

はじめに

2023年8月29日、法務省は本邦における離婚後共同親権の法制化に向けて、要綱案を発表した。それによると、離婚に際して「父母間の協議がまとまらない場合は家庭裁判所が親子や父母の関係を考慮して親権者を指定できる」¹という。これは夫婦の離婚に際し、家庭裁判所の判断によって離婚後共同親権とするか、単独親権とするかを選択しうる、いわゆる選択的共同親権を意味している。法務省の担当者は「今後の議論次第で要綱案の記載は変わる可能性がある」と説明しているとのことで²、未だ内容は流動的ではあるが、本邦への離婚後共同親権の導入に大きな一歩を踏み出したという点では、一定の積極的意義を認めることができる。

これに対して本稿筆者は、かつて日本への原則的共同親権の導入を提言したことがある。これは、「ドイツのように婚姻中の共同親権が離婚後もそのまま続き、申立がない限り変更されない制度」³を意味している。選択的共同親権では、家庭裁判所が離婚後の親権の態様を決めることになるが、現在の家庭裁判所は別居後に子どもを現に監護している親に親権を与える傾向が強く（いわゆる「連れ去り得」或いは「連れ去り勝ち」）⁴、最近では全国紙の一面で取り上げられるほど社会問題化している⁵。選択的共同親権が導入されたからと言って、上のような家庭裁判所の傾向が抜本的に変更されるかについては不明な点も残る。本邦の離婚の9割は協議離婚で占められており、裁判離婚において家庭裁判所が離婚後共同親権の決定を渋るならば、従来の問題が温存される可能性もある。本稿筆者がドイツ式の原則的共同親権の本邦への導入を提言してきた所以である。

近年、離婚後に子どもと会えない親たちが、民法の単独親権の違憲性を主張する国家賠償訴訟や自由な面会交流を求める国家賠償訴訟などの訴訟を次々に提起している⁶。こうした訴訟の続発は離婚後の別居親の約7割が子どもと会えなくなるという悲痛な親子断絶の状況に対し⁷、国が永らく有効な対策を講じなかったことの当然の帰結である。

憲法学の観点から見れば、上記の国賠訴訟は憲法上の親の権利や親の教育権を考えるとあたって、絶好の素材を提供するものである。本稿筆者は、上記の諸国賠訴訟の

¹ 「法務省が共同親権導入案 離婚後、父母双方または一方に」日本経済新聞 2023年8月30日付（朝刊）2面。

² 前掲注1。

³ 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）35頁。

⁴ 「連れ去り得」或いは「連れ去り勝ち」と呼ばれる司法実務については、前掲注3、36頁でも言及しておいた。

⁵ 飯田憲・山本将克「「子 連れ去り勝ち」の絶望」毎日新聞 2023年10月18日付（朝刊）1面、6面。

⁶ 共同親権国賠を支える会のウェブサイト「親権関係国賠訴訟」のページによると、近年の国賠訴訟は8件にのぼる。

⁷ 厚生労働省の「令和3年度 全国ひとり親世帯等調査結果報告」によると「親子交流（面会交流）の実施状況は、「現在も行っている」と回答したのは、母子世帯の母では30.2%となっており、父子世帯の父では48.0%となっている」（73頁）。父子世帯の実施率が比較的高いが、母子世帯が圧倒的に多いために、面会交流が現に行われている割合は結局のところ約3割強であり、約7割弱ほどの離婚世帯で面会交流が実施されていない。

うち作花共同親権訴訟と呼ばれる離婚後単独親権の違憲を主張する訴訟について既に詳細な検討を加えた⁸。この訴訟は最高裁で棄却となったが、その後続く国賠訴訟に貴重な成果と教訓を残した。本稿は、かかる検討を踏まえつつ現在も係争中である多くの国賠訴訟のうち特に自然的親子権訴訟に着目し、その一審判決を批判的に検討する。そして、かかる作業を通じて憲法上の親の権利と民法上の親権との連関について、本稿筆者の積極的な見解を提示したい。

なお、本稿筆者は自然的親子権訴訟のために意見書を執筆しており、その後も原告や代理人とコミュニケーションをとる機会があった。それゆえに、原告側にコミットする立場から、本稿が書かれていることを付記しておく。このため準備書面等の原告側主張に本稿筆者の考えが反映していることがある。

一、事実の概要

自然的親子権訴訟（以下、本件と言う）⁹は、離婚訴訟に伴って子の親権を失った原告たちが子との関係を危殆化された精神的被害について国に慰謝料等を要求する国家賠償訴訟である。一方の親である原告たちは協議または裁判上の離婚において他方の親が親権者と定められたことなどにより自身が親権者でなくなったことにつき、離婚後単独親権を強いた民法819条1項及び2項の規定が、憲法13条、14条1項、24条2項、26条又は日本が批准した諸条約に違反すると主張する。そして、上記民法規定を改廃する立法措置をとらない立法不作為に国家賠償法1条1項の違法があると主張する。当該訴訟の一審判決では、「親子はそれぞれ、自然的親子関係をみだりに妨げられないことについて人格的利益を有する」¹⁰と判示されたものの、原告たちの請求は棄却された。その後、原告たちは原判決を不服として控訴した。執筆時現在、東京高等裁判所に係属中である（令和5年（ネ）第3026号）。

なお、本件は先行する作花共同親権訴訟と類似の訴訟であるが、作花共同親権訴訟では親権が基本的人権であるとの主張が展開されたのに対して、本件では憲法上の権利としての自然的親子権が民事法に反映されたのが親権である、との把握に基づき、両者が区別と連関において把握されている¹¹。前者につき「自然的親子権とは、生まれながらに親と子が物理的にも精神的にも代えがたい存在としてお互いを認め合い、その親子独自の関係を築いていくことについて、みだりに妨げられない権利」¹²との

⁸ 大森貴弘「作花共同親権訴訟の成果と教訓——憲法上の親の権利の確立のために——」常葉大学教育学部紀要43号（2023年）13頁以下。

⁹ 事件番号は令和2年（ワ）第26602号。本件の訴状、準備書面、判決については共同親権国賠を支える会のウェブサイトよりダウンロードできる（2023年10月29日現在）。なお本稿では、上記サイトから入手した書面を使用し、引用の際にはこれらの書面に記載された頁数を示す。

¹⁰ 東京地判令和5年4月21日（事件番号：令和2年（ワ）第26602号）32頁。

¹¹ 本件の訴状【公開版】15頁。民法の注釈書にも同様の把握が見られる。「親が親権者としてその子に対し有する監護教育権は、民法などによって創設されるものとしてよりも前国家的・始源的な自然権に由来するものと見てよく（教育権につき、田中耕太郎・教育基本法の理論〔昭36〕154）、民法は私法上の立場においてこの権利を宣言しているものと見てよいであろう。」於保不二雄・中川淳編『新版 注釈民法（25）親族（5）〔改訂版〕』有斐閣、2011年、76頁〔明山和夫・國府剛執筆部分〕。

¹² 準備書面(1)【公開版】26頁。

明確な定義が与えられており、「自然的親子権の法的性質は自由権である。」¹³とされる。

憲法学の伝統的な用語に従えば、憲法上の「親の権利」¹⁴と言うべきであるが、あえて「自然的親子権」という新しい用語が選択されたのは、一つには伝統的な親の権利が、近年では児童の権利に関する条約に見られるように子どもの権利の観点から捉え返され変容を受けているという事情があり、他方では日本においては親の権利を主張することが「親のエゴだ」という批判を呼び起こしやすいことに対する配慮があるのではないかと推測される。

二、裁判官による明白な事実誤認

本件の一審判決は鈴木わかな裁判長が単独で署名しているが、右陪席・崇島誠二裁判官と左陪席・中根佑一朗裁判官との合議により下されたものである。それにも拘わらず、そこには看過しえない重大な事実誤認が堂々と記されている。詳述すると、判決において憲法 14 条違反を審査する文脈で民法 819 条の立法の経緯が記述されているが、そこに次のような文章がある。

「親権制度について、昭和 22 年法律第 222 号による改正（以下「昭和 22 年民法改正」という。）前の民法 877 条は、「子ハ家ニ在ル父ノ親権ニ服ス」と定め、子は父の単独親権に服することが原則とされ、「独立の生計」を立てていない者は成年者であっても親権に服する旨が定められていた。これに対し、昭和 22 年民法改正後の民法では、父母の婚姻中は共同して親権を行使する、親権に服する対象を親権者が監護及び教育の義務を負う未成年の子のみとするという規定に改められるとともに父母の離婚後はいずれか一方を単独親権者とする規定が設けられ、以後、現在に至るまでこれらの規定の内容は変更されていない。

上記立法の経緯によれば、民法は、戦前の「家」を単位として家父長制を採用していた家族制度の下における父の単独親権等の規定を、昭和 22 年民法改正により、同年に施行された日本国憲法 24 条 2 項所定の個人の尊厳と両性の本質的平等という基本的原理に基づき父母の婚姻中の共同親権等の規定に改めたときに、父母の離婚後はいずれか一方を単独親権者とする規定を設け、現在に至るまで維持している。」¹⁵

¹³ 前掲注 12、28 頁。

¹⁴ ドイツ連邦共和国の基本法 6 条 2 項において「親の権利 (Recht der Eltern)」の文言が見られ、アメリカでは合衆国憲法に明文の規定こそないが、親の権利 (Parental rights) が憲法上の権利 (人権) として認められている。

¹⁵ 前掲注 10、37-38 頁。

さらに、この記述を受け、「我が国における議論、検討等の状況」を論じる文脈で次のような文章がある。

「我が国においては、昭和22年民法改正以降、一貫して離婚後の単独親権の法制度が維持されており、離婚後の共同親権の法制度の経験がないことから、いまだ同制度の導入に慎重な意見もあり、また、同導入に当たっては、離婚後の親権行使の態様や親権制限の在り方等、検討すべき課題も少なくない」¹⁶

本件の一審判決は、明治民法と現行民法の間に施行されていた法規範である「日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措置に関する法律(昭和二十二年法律第七四号)」(略称「**応急措置法**」)の存在を明白に無視しており、明治民法から直接、一律単独親権を定めた現行の条文へと改正されたかのように判示している。しかし、このような記述は法制史上の史実を見落としたことによる謬論にすぎない。

現行民法819条制定前の1947年4月に成立した応急措置法第6条1項及び2項は、**離婚後の共同親権を許容する条文**であった¹⁷。この件について、民間法制審議会家族法制部会の「中間試案」には次のように書かれている。

「日本の民法制度において、戦後のわずかな時期ではあるが、離婚後共同親権制を採用していた例がある。

具体的には、日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措置に関する法律(昭和22年法律第74号。以下「**応急措置法**」という。)第6条第2項で、「父母が離婚するとき…親権を行う者は、父母の協議でこれを定めなければならない。」として、「親権を行う者は、父母の協議でその一方に定める」旨規定せずに、離婚後、父母が共同で親権を有することを可能としていた例がある。

この規定が離婚後共同親権制を可能とした規定であることは、**応急措置法**が失効し、現行民法が施行される際、「新法施行の際、現に、婚姻中でない父母が、共同して未成年の子に対して親権を行つている場合には、新法施行後も、引き続き共同して親権を行う。但し、父母は、協議でその一方を親権者と定めることができる。」(民法の一部を改正する法律(昭和22年法律第222号。以下「**民法改正法**」という。)第14条)とし、**応急措置法**に基づき、離婚後も共同で親権を行使していた父母に対する経過措置が設けられていたことから明らかである。

¹⁶ 前掲注10、40頁。傍点による強調は引用者。

¹⁷ 応急措置法6条1項は「親権は、父母が共同してこれを行う。」と定め、同2項「父母が離婚するとき、又は父が子を認知するときは、親権を行う者は、父母の協議でこれを定めなければならない。協議が調わないとき、又は協議することができないときは、裁判所が、これを定める。」、同3項「裁判所は、子の利益のために、親権者を変更することができる。」との条文が続く。応急措置法については、国立公文書館デジタルアーカイブにて条文を参照した。

なお、この法律は、昭和 23 年までの時限法であり、その後、民法改正法により、離婚後単独親権制（民法第 819 条第 1 項等）に改められた。¹⁸

この点について専門書を紐解いてみても「応急措置法では、協議をしなかったときだけでなく、協議によって離婚や認知の後も父母による親権の共同行使が可能であるとしている」と明確に書かれている¹⁹。1946 年 11 月 3 日に日本国憲法が公布され、同憲法の施行を目前に控えた 1947 年の 4 月に上記の応急措置法が制定され、日本国憲法の男女平等を実現すべく婚姻中の共同親権を定め、かつ離婚後の共同親権をも許容する形で日本国憲法と同日に施行されたのが史実である。その後の 1947 年 12 月に離婚後の共同親権を許容しない現行民法 819 条が成立したことによって一律単独親権へと改められた。しかし、これはなぜか。「それは〔当時の〕起草委員が、家の代わりに氏（とそれに結びつく共同生活）によって民法の改正を図ろうとしたことに起因している」²⁰。つまり、当時の GHQ 主導の占領政策の下で戸主と家督を中心とする伝統的な家制度の否定を受け入れざるを得なかった起草委員が、せめて家制度に伴う氏だけでもと残したのが離婚後単独親権である。これにより、離婚後の子とその親権者とは家制度の残滓である氏を同じくする集団に属することができたのである²¹。翻って離婚後共同親権を許容した応急措置法のもとでは離婚後に父母の一方と子とが氏を共有しない事例が発生していた。これにより親権者が氏を共有する集団の外部にも存在することになり、氏を中心とする集団（戸長と家督を廃止され残滓となった“家”）が揺るがせにされる、と感覚されたのである。即ち、現行の離婚後単独親権こそが、明治民法の家制度の残滓なのであり、封建遺制であると断じてよい。

本件一審判決の誤謬は次のようにまとめることができる。

- (1) 現行民法規定の前に施行された応急措置法に関して無知であること。
- (2) 応急措置法のもとで離婚後共同親権が許容され、これを選択した者もいたという史実を無視するがゆえに、わが国に「離婚後の共同親権の法制度の経験がない」という誤った判示がなされていること。（言うまでもなく、わが国は離婚後共同親権の経験を有している。）
- (3) 離婚後単独親権が、家制度を克服した日本国憲法の定める男女平等を体現したものであるかのように描き出していること。（現行民法の一律単独親権強制は家制度に含まれる氏を残そうとしたことによる。）
- (4) 応急措置法の段階で許容されていた離婚後共同親権を否定することにより離婚時に父母のいずれかの親権を剥奪する形に法改正されたのが現行民法 819 条の

¹⁸ 民間法制審議会家族法制部会「父母の離婚後等における子に関する事項の決定に係る規律案（中間試案）」（2022 年）4 頁。次の URL にて参照しうる。

<https://www.moj.go.jp/content/001386806.pdf>（2023 年 10 月 30 日閲覧）

¹⁹ 許末恵『親権と監護』（日本評論社、2016 年）165 頁。

²⁰ 前掲注 19、264 頁。亀甲括弧は本稿筆者による挿入を示す。

²¹ 家制度に伴う氏と離婚後単独親権の関係につき参照、前掲注 19、263-264 頁。

規定であるとの認識が欠落していること。(これについては重要なので後に再び触れる。)

本件の一審判決は、上記のような重畳した誤謬により、誤った結論を導き出していると言わなければならない。特に法制史上の史実を誤認している点は看過しえない重大な過誤である。

三、憲法上の権利としての親の教育の自由 — 最高裁判例との関係で —

本件の一審判決は、憲法 26 条によって保障される親の教育の自由について次のように判示している。

「憲法 26 条によって原告ら主張に係る親の子に対する公教育及び私教育への関与をみだりに妨げられない権利が保障されるとしても、同権利が本件規定によって侵害されるということとはできない。」²²

上記判決文では、憲法 26 条によって親の教育権が保障されているという前提にたった文章とも解しうるが、「保障されるとしても」という文言は、仮に保障されるとしても…というニュアンスを含んでいるとも解しうるのであり、憲法 26 条により親の教育権が保障されているのか否かという点について、一審判決がいかなる立場を採っているのか、判然としがたい。権利性が曖昧なところに、権利への侵害が存しないと結論が結びつけられていると言える。

本件の準備書面を検討すると、被告・国側の代理人は、親の教育の自由が憲法上の権利又は自由として保障されたものではない、との主張を繰り返していた²³。当然、原告側代理人からは的確な反論がなされ、国側代理人は有効な再反論をしえないでいた。この経緯からすれば、裁判官は親の教育の自由が憲法上の権利であることを認めるべきであったが、そうすると、権利性が明確となり、権利侵害を否定する判決の結論に不利だと思ったのであろうか、親の教育権が憲法上の権利であることを曖昧化する上記のような判示を行ったと言える。

しかしながら、かつて最高裁判所は 1993 年の判決で憲法 26 条に言及しつつ次のように述べていた。

「憲法上、親は家庭教育等において子女に対する教育の自由を有し、教師は、高等学校以下の普通教育の場においても、授業等の具体的内容及び方法においてある程度の裁量が認められるという意味において、一定の範囲における教育の自由が認められ、私学教育の自由も限られた範囲において認められる

²² 前掲注 10、46 頁。

²³ 国側の第一準備書面 25 頁。

が、それ以外の領域においては、国は、子ども自身の利益の擁護のため、又は子どもの成長に対する社会公共の利益と関心にこたえるため、必要かつ相当と認められる範囲において、子どもに対する教育内容を決定する権能を有する。』²⁴

上記最高裁判例の「憲法上」という言葉に注目すべきである。明らかに、親は憲法上で子女に対する教育の自由を有していると、最高裁は判示している。確かに親の教育の自由については、「家庭教育等において」という限定が付されてはいる。しかし、かかる限定が付されているからと言って、親の教育の自由が憲法上の権利であることを否定することはできない。一般論としても、憲法上の権利は公共の福祉等によって制約や限定を受けることは当然にも予定されている。憲法上の権利といえども無制限ではないのは自明のことであり、憲法上の権利にも制限や限定はついて回る。被告である国側が主張するように権利への限定を度外れに強調して憲法上の権利であることを否定することはできない。親の教育の自由を認めた1976年（昭和51年）の旭川学テ最高裁判決も親の教育の自由を限定するが、かかる限定の存在は、親の教育の自由が憲法上の権利であることを否定する証左にはなりえない。なお、上に引用した1993年の最高裁判例には、その同じ段落において次の文章が続く。

「以上は、当裁判所の判例（最高裁昭和43年（あ）第1614号同51年5月21日大法廷判決・刑集30巻5号615頁）の示すところである。』²⁵

上の文章に言う大法廷判決とは、まさに旭川学テ最高裁判決であり、最高裁も旭川学テ判決が憲法上の親の教育の自由を認めたものと理解していることを示している。翻って本件の一審判決は、親の教育の自由が憲法26条によって保障される憲法上の権利であることを明白に判示しなかったが、この点についても最高裁判例に沿って明確な判示を行うべきであった。

なお本稿筆者も、親の教育の自由は憲法26条によって保障された人権として把握しており、親の教育の自由はより広義の憲法上の親の権利の一環であると理解している²⁶。従来、国賠訴訟では親の教育権の根拠として旭川学テ最高裁判例が引用されることが多かったが、今後は、親の教育の自由が憲法上の権利であることを明示した上記の最高裁判例が併せて引用されるべきであろう。これにより、被告・国側からの詭弁（親の教育の自由は憲法上の権利ではない…云々）を効果的に封じることができるようになる。

²⁴ 最判平成5年3月16日。傍点による強調は引用者。

²⁵ 前掲注24。

²⁶ 旭川学テを引きながら憲法上の親の権利が憲法26条と結びついた憲法13条によって保障されると論じるものとして参照、前掲注8、26-28頁。

四、一審判決による人権侵害の隠蔽・不可視化

1、人権侵害の隠蔽・不可視化

本件の一審判決は、憲法 13 条適合性の審査に際して、自然的親子関係をみだりに妨げられないことを人格的利益として認めながらも²⁷、かかる人格的利益への侵害の存在を否定してみせる²⁸。また、憲法 26 条適合性の審査に際しても、「仮に非親権者が一方的に子の教育から排除されるということ自体が生じたとしても、同事態は、父母の一方のみが親権者と認められること自体によって生じるものとはいえず、親権者による親権の濫用的行使に起因するもの」²⁹と判示し、やはり人権侵害を認めていない。

より詳しく判旨を検討すると、一審判決は「上記人格的利益が侵害されるかという問題は、本件各規定〔民法 819 条 1 項及び 2 項〕に基づき非親権者となった者の上記人格的利益が、自身の親権を失うとともに元配偶者のみが親権を有することによって侵害されるかという問題にほかならない」³⁰と問題を立てる。この問題提起を受けてさらに一審判決は「民法は、親権について専ら子の利益を凶る観点からその内容を規定しており、子の利益を離れた親権の行使や親権の不行使は、予定していない。」として、現行民法の正当性を力説する。そのうえで「原告らの主張に係る実態〔親子断絶による艱難辛苦〕は、父母の一方のみが親権者となること自体によって生じるものとはいえず、専ら親権者による親権の濫用的行使に起因するものであり、本件規定の効果としてもたらされるものとは認めがたい」³¹という。

こうして、現行民法 819 条の規定は正しいものとされ、原告らが被った親権剥奪による制約や不利益は上記民法規定が原因でもなく、原告らから親権を奪う決定をした裁判所の責任でもないことになる。こうして、すべての責任は、親権を濫用して別居親と子を分離した同居親にあることになる。つまり、一審判決は親権剥奪による制約や不利益の責任が親権を濫用した同居親にあるとし、立法府や裁判所の責任を免じているわけである。現行民法 819 条の規定は無謬であり、悪いのはすべて親権を濫用した同居親だということである。

かかる一審判決の判旨を見るにつけ、本稿筆者は「悪しき概念法学」という感を禁じ得ない。ここで言う概念法学とは「制定法の無欠陥性と論理的完結性とを仮定し、法令の条文を忠実に検討し、法概念の体系を形式論理によって構成することを法学の任務とする立場」³²を意味している。一審判決は、現行民法 819 条は子どもの利益のために制定された正当なものとしており、親権剥奪によって別居親が蒙る制約や不利益を全く指摘していない。まさに制定法の無欠陥性に基づき、形式論理による裁断に

²⁷ 前掲注 10、32 頁。

²⁸ 前掲注 10、35 頁。

²⁹ 前掲注 10、45 頁。

³⁰ 前掲注 10、32 頁。亀甲括弧は本稿筆者による挿入。

³¹ 前掲注 10、35 頁。亀甲括弧は本稿筆者による挿入。

³² デジタル大辞林（小学館）の「概念法学」の項目より。

よって現在の日本で社会問題化している親子断絶の不利益は親権を濫用した同居親によるものと断じ、国や裁判所の責任を免じている。この立場によると、親子断絶による艱難辛苦は私人間の問題、つまり同居親と別居親の間の問題にすぎないということになる。こうなれば、国や裁判所による人権侵害は無かったことになり、不可視化・隠蔽されることになる。

果たして国による人権侵害は本当に無かったのであろうか。この問題を考えるにあたっては、若干迂遠ながら憲法上の権利に対する侵害とは如何なることなのかについて、根本的に掘り下げる必要がある。

2、憲法上の権利に対する侵害とは如何なることか

本件における人権侵害の有無を検討するにあたっては、まず第一に憲法上の権利に対する侵害とは如何なることかについて検討し、次に本件において原告らが被った艱難辛苦が上記の侵害に該当するか否かを考察することが有益である。この作業を通じて、本件の原告たちが被った精神的苦痛がまさに国による人権侵害であることが浮き彫りになるはずである。

まず、公法の侵害の概念に関して、わが国では明治憲法の時代から現代にいたるまで侵害留保説が通説であり、かつ実務においても広く用いられている。そして、この侵害留保説は元来ドイツの学説をわが国に輸入したものである。したがって、わが国の公法において侵害の概念を論ずるにあたり、ドイツの公法学を参照しても不自然ではないであろう。そこで、現代ドイツにおいて、憲法上の権利に対する侵害が何を意味しているのかについて以下で検討する。

現代のドイツの国法学（憲法学）において最も有名な教科書はピエロートとシュリンクによるものであり、今日では新たな執筆者を加え、版を重ねている。幸いにも邦訳書があるので、ここから引用を行う。

もともと人権侵害を意味する「侵害」とは、ドイツ語の Eingriff の訳語であった³³。今日では Eingriff は「介入」と訳される傾向にあるが、日本語にどのように訳されようとも、もともとはドイツ語の Eingriff の概念であることに変わりはない。上述のピエロートとシュリンクらの教科書では Eingriff を「介入」と訳したうえで、次のように述べている。

「国家の側からの介入 Eingriff や制限 Beschränkung、制約 Einschränkung、干渉 Beeinträchtigung、縮減 Verkürzung、限定 Begrenzung は、各人が基本権の保護領域に属する行為・態度をとることを国家によって阻まれるときに常に存在する。介入は、個別的に（行政行為、判決）または一般的に（法律、法

³³ 例えば参照、鶴澤剛「オットー・マイヤーの《自由権》論——《自由と財産》定式の今日的意義について考えるために（その一）——」金沢法学 53 巻 2 号（2011 年）233 頁。侵害留保説に関連してドイツ語の Eingriff が「侵害」と訳されている。

規命令、条例・内部規則)行われる。それは、法律によってのみ実現されることもある。たとえば、法律が行政に対して、各人のあれこれの行為・態度を禁止することを授權するとき、法律は、各人にどのような介入をなしうるかをすでに決定してはいるが、行政はまだそれを行ってはいない。さまざまな概念が使われているが、同義である。』³⁴

基本権(憲法上の権利のこと)の保護領域に属する行為・態度をとることを国家によって阻まれるとき常に介入 Eingriff(「侵害」とも訳される)が存在する。このように介入・侵害(Eingriff)という概念は相当広い射程を持つ。上記引用に見られるように、さまざまな概念が使われるが同義であるとされ、これらの諸概念は Eingriff として一括されることもある。

翻って、本件の事案に見られる原告らの艱難辛苦が、上記の介入・侵害に該当しないかが問題となる。現行の民法819条が制定される以前の法状態では、応急措置法が施行されており、その6条は離婚後の共同親権を許容する条文であったことは既に述べた。現行の民法819条1項・2項は、かかる法状態を、離婚後共同親権を不可能ならしめる法状態へと変更したのであり、このこと自体によって以後の離婚では別居親は一律に親権を剥奪されることとなり、子どもの監護教育に制約を受けることとなった。その立法目的は単独親権者が子どものために適時適切な判断を行うこととされ、裏を返せば非親権者の親を排除することで単独親権者による素早い判断を可能にしようとする意図であった(判断からの排除)。これは明らかに親の権利の保護領域に属する行為・態度への制約であり、法律による一般的な介入・侵害に該当する。また、この条文が施行されて以降、裁判所は離婚に際して父母の一方にしか親権を認めず、他方が有していた親権を剥奪してきたのであって、これは裁判所による個別的な介入・侵害に該当する。

なお、民法819条が制定された1947年当時は、離婚に際して父が親権を取ることが多く、親権を剥奪された母は氏を共有する集団と言う意味での“家”から(時に暴力的に)追い出され、子との面会交流もままならず多くは泣き寝入りをしていた。民法819条による親権剥奪は多くの場合、血と涙と母子の今生の別れを伴っていた³⁵。かかる親権剥奪は、憲法上の親の権利の保護領域に属する行為(監護教育等)を国家によって阻まれること(介入・侵害)に該当するものである。当時から75年以上が経った今日では、離婚後に親権を失うのは父親のほうが多いが、事態は改善しているわけ

³⁴ ボード・ピエロート／ベルンハルト・シュリンク／トルステン・キングレーン／ラルフ・ポッシャー(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)76-77頁。太字は邦訳書のもの。傍点は本稿筆者。

³⁵ 今日では、離婚に際し母親のほうが親権を持つことが多いが、戦後の民法改正直後は父親が離婚後の親権を持つことが多かった。離婚後に母親が親権を持つようになるのは1960年代中頃からである。参照、コリン・P・A・ジョーンズ『子どもの連れ去り問題：日本の司法が親子を引き裂く』(平凡社、2011年)157頁。次のURLの図5-2参照、https://www.mhlw.go.jp/www1/toukei/rikon_8/repo5.html (2023年11月2日閲覧)

ではない。離婚後に非親権者が子と会えなくなる割合は約7割にのぼり³⁶、離婚後共同親権を採る諸外国に比しても本邦の過酷な親子断絶の状況は目を覆うばかりである。これに関連して、2019年（令和元年）の本邦の自殺死亡率（10万人あたりの自殺者死亡者数）は16.0であるところ、離別男性の自殺死亡率は101.0と実に6倍以上にのぼっている³⁷。この自死の多くは親子断絶に起因するものであろうことは容易に推測しうる。

このように、憲法上の権利に対する侵害ないし介入とは如何なることかについて根本的に省察するなら、本件において原告らが蒙った艱難辛苦は紛れもなく国による人権侵害なのである。一審判決は、悪しき概念法学を思わせる概念操作によって人権侵害を不可視化・隠蔽しつつ、同居親による親権濫用の問題に切り縮めることによって、立法府や裁判所を免罪するものである。一審判決は、現行民法819条の施行前の法状態を明治民法が妥当する法状態であると誤認しているため、離婚後共同親権を許容する法状態（応急措置法）から一律単独親権を定めた現行の民法819条へと、離婚後共同親権が禁止される形で別居親の権利が縮減・剥奪されたこと（当然にも介入・侵害にあたる）について認識さえできない水準に墮している。

上記のような介入・侵害（Eingriff）が存在することを前提として、立法目的が正当であるか否か、立法目的とその達成手段との間に比例性があるか否かが検討されなければならない。一審判決は、既に見たように、そもそも憲法13条と26条の適合性審査を行うにあたって、民法819条の離婚後単独親権の一律強制と別居親からの親権剥奪が憲法上の親の権利への介入・侵害であることを認めていないため、立法目的とその達成手段の比例性についての審査を何ら行っていない（ただし後述するように憲法14条の適合性審査の文脈では立法目的とその達成手段について論じてはいる）。一審の裁判官にとっては、離婚後単独親権を定めた民法819条は何ら人権への介入・侵害ではないため、その立法目的と達成手段との比例性については検討しなくても良いというわけである。驚くべき手抜きと言う他はない。「悪しき概念法学」を思わせる概念操作によって明らかな介入・侵害を認めることなく、立法目的と達成手段との比例性の検討もなしに以上終わりというわけである。

一審判決は侵害の有無については有を無と言いくるめる強弁を行って人権侵害の存在を不可視化しており、誤判としか評価のしようがない。

五、一審判決による差別の是認とその正当化

一審判決に僅かに積極的意義があるとすれば、それは憲法14条に関して「法的な差別取扱い」を認めている点である³⁸。これは誤判のなかの真理と言える。これについて、一審判決は次のように判示している。

³⁶ 前掲注7。

³⁷ 厚生労働省自殺対策推進室の公表データによる。次のURLを参照、<https://www.mhlw.go.jp/content/r3h-1-1-07.pdf>（2023年10月30日閲覧）

³⁸ 前掲注10、36頁。

「原告らは、婚姻中の父母は審判によってのみ親権を喪失し又は停止されるのに対し、離婚後の父母は本件各規定によってその一方が必ず親権を喪失するのであって、婚姻中の父母と離婚後の父母との間に差別が存すると主張する。

これにつき、民法 834 条は、親権の行使が著しく困難又は不適當であることにより子の利益を著しく害する場合に、審判をもって親権を喪失させ、同法 834 条の 2 第 1 項は、親権の行使が困難又は不適當であることにより子の利益を害する場合に、審判をもって親権を停止させることを定めているところ、民法上他に婚姻中の父母の親権を喪失又は停止させる規定がないことから、婚姻中の父母が親権を喪失又は停止されるのは上記各場合に限られる。その一方、本件各規定は、上記各場合に限らず離婚の一事をもって父母のうち一方のみを親権者と定めるよう求め、それによって必然的に他方の親権を喪失させるものであるから、婚姻中の父母と離婚後の父母との間で親権の喪失につき別異に取り扱い、法的な差別取扱い（以下「本件差別取扱い」という。）をするものということができる。」³⁹

上に言う差別取扱いは、“婚姻中の父母”と“離婚後の父母”との間の差別取扱いを問題にしたものである。（離婚後の“父”と“母”との間の差別を問題とするものではない点に注意する必要がある。）かかる差別を認めたのは、一審判決の唯一の慧眼と言っても良い。本件の前にも、上記差別を憲法 14 条違反として主張する訴訟は存在していたのであるが、不当にも裁判所によって差別が取り上げられることは無かった。本件の一審判決は、上の差別を一応は認める形となった。これは本件誤判の光明面である。もっとも、結局のところ、上の差別は正当化されてしまうのではあるが…。

一審判決は上記差別に係る憲法 14 条の適合性審査の文脈においてのみ、立法目的の正当性とその手段の相当性について検討を行っている。そこでは民法 819 条の立法目的について次のように判示されている。

「本件各規定〔つまり民法 819 条 1 項・2 項〕の立法目的は、父母の離婚後、親権者によって、子の監護及び教育をはじめとする親権の行使が、専ら子の利益の観点から適時かつ適切になされるようにする点にあるものと解することができる。」⁴⁰

一審判決は上記のように立法目的を確定させ、この立法目的と上記の差別取扱いとの合理的関連性の有無について、次のように判示している。

³⁹ 前掲注 10、36 頁。

⁴⁰ 前掲注 10、39 頁。亀甲括弧は本稿筆者による挿入。

「父母が婚姻中と同様に共同親権を行使し、子の監護及び教育に関わる事項を決定することとした場合、父母の不和や連絡不良などといった父母に関する事情により、子の利益に重点を置いた協議、検討に支障を来し、適時かつ適切に上記決定をすることができなくなり、子の利益が害されるという事態を招くおそれがある。」⁴¹

このように一審判決では、子の利益が害されるという「おそれ」があるというだけで、立法目的との間に合理的関連性を認める論拠としている。言うまでもなく、上のおそれは抽象的に想定されただけのものである。（なお、作花共同親権訴訟の一審判決も「恐れ」に言及していた。本件の一審判決はそれを踏襲したのであろう。）本件の一審判決はさらに続けて次のように述べている。

「離婚後の父母が婚姻中と同様に共同親権を行使するとした場合、上記の父母に関する事情により、親権の行使につき適時かつ適切に子の利益にかなう決定をすることができなくなることによる弊害は看過し難いものといえる。」⁴²

ここでは「おそれ」は「弊害」となっており、あたかも現実に何らかの害悪が生じるかのように判示されているが、いかなる弊害があるのか、具体的には何ら明確にされていない。要するに裁判官の頭の中で抽象的に想定された「弊害」にすぎないのである。上に述べた通り、わが国は1947年の応急措置法のもとで既に離婚後共同親権を経験したというのが史実である。このとき、看過しがたい「弊害」でも起きたのであろうか。一審判決には何ら具体的な記載がない。もっとも、一審判決は1947年の応急措置法のもとで離婚後共同親権が許容されていたという史実を見落としているのであるから、この批判は過ぎたものではある。

さらに言えば、現在のわが国でも、外国法により離婚後共同親権とされた者が日本に帰国した際に国内で例外的に離婚後共同親権が認められることがある（本件の訴状に記載の通り）。このように、例外的にはあれ、わが国でも離婚後共同親権が認められているところ、何らかの看過しがたい「弊害」でも起きたのであろうか。これについても一審判決は黙して語らない。訴状記載の事実を完全に無視して判決文を書いているのであり、審理不尽は覆うべくもない。

そもそも離婚後共同親権のもとでも、子の監護にあたって日常的な些事にあたる事項については、父母が話し合っただけで決める必要はない。子どもの食事や衣服について逐一話し合う必要がないことは言うまでもないことであろう。こうした監護に係る日常的な些事については、そのときどきで子を監護している親が即時に決定すればよいことである（外国でも共同親権はこのように実践されている）。問題となるのは、学校選択についての問題や医療に係る治療方針の決定といった重要事項の決定をどうする

⁴¹ 前掲注10、41頁。傍点は本稿筆者による。

⁴² 前掲注10、41-42頁。

か、という点であろう。

こうした点についても、離婚後共同親権のもとで父母が話し合える状況にあるのであれば、話し合うことが望ましい。学校選択については、受験や入学までに相応の時間的猶予が存するのが通常であるし、話し合いの余地はありうるであろう。仮に父母の不和により、話し合いが不可能である場合であっても、入学にあたって問題が生じるとは考えられない。なぜなら、現行の民法 825 条の存在があるからである。この条文には「父母が共同して親権を行う場合において、父母の一方が、共同の名義で、子に代わって法律行為をし又は子がこれをするに同意したときは、その行為は、他の一方の意思に反したときであっても、そのためにその効力を妨げられない。」と規定されており、父母の一方によって子の在学契約などの法律行為が有効に成立するからである⁴³。もっとも、民法 825 条には但書があり、そこには「ただし、相手方が悪意であったときは、この限りでない。」とある。ここに言う相手方とは、契約の相手方であるから、在学契約の場合は学校であり、悪意とは父母の他方の意思に反したことを知っていることである。よって、在学契約にあたり、学校側が父母の他方の意思に反した意思表示であることを知っているときには、当該契約は効力を妨げられることになるが、このような場合は極めて稀な場合であり、通常は起こり得ない。本稿筆者も大学の教員ではあるが、上記のように在学契約にあたって学校側が悪意であるというような事例は寡聞にして知らない⁴⁴。

さて次に、離婚後共同親権のもとで子どもに医療を受けさせるにあたり、治療方針を父母で決定するという場面を考察してみよう。このような医療の場合でも、時間的猶予があるのであれば、父母が話し合って治療方針について合意することが望ましい。とは言え、この場合でも父母の不和によって合意を見ないことはありうるであろう。その場合は、どうするのか。まず医療における契約は準委任契約となるため、法律行為を定めた民法 825 条は適用がない。しかし、なお若干の時間的猶予があるなら、民法 834 条の 2 の親権停止で対応することができるであろう。父母の一方が医師の勧めに反して治療方針に強硬に反対しているような場合には、当該の親の親権を一時的に停止し、その間に治療を行うことが考えられる（実際に親がエホバの証人の信者であり、子の輸血に反対しているような場合にこの方法が採られる）。では、今すぐ処置をしなければ子どもが死んでしまうというような緊急時にはどうするのか。この場合に依拠されるのは民法 698 条である。医師や病院は緊急時や何らかの事情で親権者に連絡が取れない場合は民法 698 条に言う「緊急事務管理」として、親権者の同意、署名がなくても適切な医療行為を行うことができる⁴⁵。実際の医療実務でも、緊急時には上のような対応が採られている。

⁴³ 離婚後単独親権のもとでも民法 825 条により在学契約などの法律行為が有効に成立する点については、別稿にて既に述べておいた。前掲注 8、29 頁。

⁴⁴ この点については、本件の証人尋問の際にも本稿筆者により述べられている。大森貴弘の「証人調書」(非公表) 8 頁。

⁴⁵ この点については、既発表の拙稿にて述べておいた。前掲注 8、29 頁。また、本件の証人尋問でも述べた。前掲注 44、9 頁。

このように具体的に見ていくなれば、離婚後共同親権によって父母が子のために適時適切な判断ができないことによる「弊害」なるものは実際にはほとんど存しない。上記の民法 825 条、834 条の 2、698 条などを根拠として、離婚後の父母の不和による「弊害」が存しないことについては、本件の証人尋問でも、そして準備書面でも主張された⁴⁶のであるが、一審判決はこれについて何ら答えていない。作花共同親権訴訟一審判決に言う「恐れ」をまたぞろ持ち出して正当化を試みているが、作花共同親権訴訟の原告側は民法 818 条 3 項但書に依拠した反論に留まっていたのであって、本件での上記主張とは異なる。しかるに、一審判決は上記の主張について何ら返答しえず、「弊害」について看過しがたいなどと判示しているが、強弁にすぎない。

まとめると、本邦は 1947 年の応急措置法の下で離婚後共同親権を実践した経験を有しており、かつ、外国で離婚後共同親権を認められた者が国内に帰国した場合にも、国内で離婚後共同親権を認めている。このように限定的なものではあれ、わが国は離婚後共同親権の経験を有しているのであるが、一審判決が言う「弊害」なるものは寡聞にして知らない。裁判官が抽象的に想定した「弊害」を基準にして、差別を正当化することは許されない。

六、権利か、義務か、責任か — 各権利の性質について

原告たちは自然的親子権を「生まれながらに親と子が物理的にも精神的にも代えがたい存在としてお互いを認め合い、その親子独自の関係を築いていくことについて、みだりに妨げられない権利」と定義し⁴⁷、その法的性質を自由権としている⁴⁸。そして、かかる憲法上の権利たる自然的親子権を民事法に反映させた概念が親権だと主張する⁴⁹。

ところが一審判決では、被告である国側の主張に引っ張られたこともあってか、民法上の親権について「親権は、行使の有無や方法が基本的に帰属者の自由意志に委ねられる権利とは明らかに性質を異にし、子を自立した社会人として育成すべく養育保護する**職分**であり、そのために親に認められた特殊の法的地位であると解される。」⁵⁰と判示し、自由権たる自然的親子権に比して民法上の親権の異質性を強調している。一審判決は親権について「子の監護教育をする権利を有し、義務を負う」と謳った民法 820 条を引用しているものの、上記の判決文では権利としての性質が後景化され、**職分**や**法的地位**としての性質が強調されている。もっとも、民法 820 条には親権の権利性が明文で規定されているのであり、法的地位とは権利と径庭のない概念であるから、上記の職分は権利と義務の両方を包含しつつも、**義務**の側面を強調する用語であると理解してもよいであろう。実際にも一審判決は「上記職分を免除する」⁵¹とか「子を

⁴⁶ 準備書面(4)【公開版】8-9頁。

⁴⁷ 前掲注 12、26頁。

⁴⁸ 前掲注 12、28頁。

⁴⁹ 前掲注 12、29頁。

⁵⁰ 前掲注 10、33頁。傍点による強調は引用者。

⁵¹ 前掲注 10、34頁。

養育保護する職分を否定又は免除するものではなく⁵²とかと判示しているが、上記引用文中の「職分」を「義務」という言葉に変換しても意味が通ることからも「職分」という文言が親権の義務的側面を強調する用語であることが分かる。このように一審判決は自由権たる自然的親子権に対して職分（義務）たる親権を対置することで、両者の異質性を強調した形となり、ここにおいて原告側の主張と一審判決にはずれ違いが見られる。

先行する作花共同親権訴訟においても、親権を基本的人権だと主張する原告代理人が「日本では親権は「親の子どもに対する権利」と考えられがちだが、欧米では「子どもを監護・養育する義務」と捉えており、両親が親権を持つのは当然との考え方が支配的だ」と論じたところ、裁判所から、義務として把握される親権が基本的人権（つまり権利）として把握できるのか、との反論を被ることになった⁵³。それゆえ、憲法上の親の権利と民事法上の親権の各々の法的性質を如何に把握するのかが重要な論点をなす。ここにおいて、自然的親子権（伝統的に表現すれば憲法上の親の権利）と民法上の親権を異質のものとして捉える一審判決の捉え方は妥当なのかが問題となる。この点については、比較法的観点から諸外国において憲法上の親の権利と私法上の親権との関係が如何に把握されているかを参照することが有益であろう。ここではドイツ連邦共和国とアメリカ合衆国について瞥見することにした。

まずはドイツ連邦共和国であるが、現行のボン基本法（憲法）6条2項には憲法上の親の権利が明文で規定されている。この条文には「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」との文言が見られる⁵⁴。このようにドイツでは、憲法上の親の権利を「何よりもまず義務」であるとするが、同時に権利としても規定している。たしかに義務と権利を二律背反として捉える伝統的な見方によれば、矛盾した規定であるかのようにも見える。しかし、子どもの育成及び教育を親の義務として把握したとしても、この義務を如何に果たすのかについては親に一定の自由が認められるのであり、かかる自由は国家からの防御権（換言すれば、自由権）として把握される。このように、ドイツでは憲法上の親の権利は義務と権利の両方の性質を併せ持っている。（なお付記すれば、1919年に成立したヴァイマル憲法120条においても、「子を肉体的、精神的及び社会的に有能な者になるように教育することは、両親の最高の義務であり、かつ自然の権利であって、この権利・義務の実行については、国家共同体がこれを監督する。」⁵⁵と規定されており、既にヴァイマル憲法時代から親の権利には義務と権利の両方の性質を持つことが明文で規定されていた。）他方で、民法上の親権（今日のドイツでは配慮権 *Sorgerecht* と言う）はどうか。ドイツ民法典（BGB）1626条1項1文には「親は、未成年子を配慮する義務を負い、権利を有する（親の配慮）。」⁵⁶との文言があり、やはり親権（配

⁵² 前掲注10、35頁。

⁵³ この点については、既発表の拙稿にて述べておいた。前掲注8、18頁以下。

⁵⁴ 高田敏・初宿正典『ドイツ憲法集〔第5版〕』（信山社、2007年）215頁。

⁵⁵ 前掲注54、138頁。

⁵⁶ FamR-Familienrecht, 17. Aufl., München, Beck, 2016, S. 84.

慮権)は、義務と権利の両方の性質を持っている。憲法上の親の権利と民法典上の親権(配慮権)は、前者を具体化したものが後者とされ、区別と連関において把握されるが、義務と権利の側面を併せ持つという点では両者は法的性質について同質性を有する。

次にアメリカ合衆国ではどうか。山口亮子はアメリカ合衆国における憲法上の親の権利について次のように述べている。

「合衆国憲法に親の権利は規定されていない。しかし今日、判例法上親の子どもに対する権限は、合衆国憲法第14修正により保護される自由であることが広く認められている。その根拠となったのが、1923年の *Meyer v. Nebraska* (以下、*Meyer* 判決という)、およびその2年後の *Pierce v. Society of Sisters* (以下、*Pierce* 判決という)である。」⁵⁷

このように、アメリカでも憲法上の親の権利は広く認められている。そして、上記引用文中に見られる2つの判例については「いずれの判例も、国家に対する親の自由権を認めたものとされ、後にこれが親の憲法上保護される権利を宣言した根拠判例とされるに至っている」⁵⁸ という。特に上に言う *Pierce* 判決では憲法上の親の権利の法的性質について言及されている。この判決では「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」⁵⁹ と判示されている。アメリカでも同様に憲法上の親の権利は義務と権利の両方の性質を有しており、かつ自由権とされている。これに比して家族法上の親権についてはどうか。アメリカで親権に相当する用語に *custody* があるが、この用語は「監護」とも訳される⁶⁰。アメリカでは州ごとに家族法の規定が異なるが、例えばカリフォルニア州の家族法典3002条は「共同親権〔*joint custody*〕」は、身体的共同監護および法的共同監護を意味する」と規定しており、さらに同3003条では、「法的共同監護〔*legal joint custody*〕」は両親が子の健康、教育、および福祉に関する決定を行う権利と責任〔*the right and the responsibility*〕を共有することを意味する」と規定されている⁶¹。ここで言う「責任」の原語は *responsibility* であるが、英米法の辞典を見ると「義務」「責務」「義務遂行能力」などの訳語がある⁶²。したがって上に言う「責任」は義務を含むと理解してよい。よって、アメリカでも家族法上の *custody* (親権/監護)は権利と義務の両方の性質を有すると言うことができる。

結論として、ドイツでもアメリカでも、憲法上の親の権利は権利と義務の両方の性

⁵⁷ 山口亮子『日米親権法の比較研究』(日本加除出版、2020年)8-9頁。

⁵⁸ 前掲注57、9-10頁。傍点による強調は引用者。

⁵⁹ *Pierce*, 268 U.S. at 535. 訳文は前掲注57、9頁。ただし傍点の強調は引用者による。

⁶⁰ 田中英夫編『英米法辞典』(東京大学出版会、1991年)143頁、224頁。小山貞夫編『英米法律用語辞典』(研究社、2011年)162頁、278頁。

⁶¹ 訳文は親子断絶防止法全国連絡会『親子断絶防止法制定を求めて』(非売品、2016年)221頁。亀甲括弧による挿入及び傍点による強調は引用者。

⁶² 前掲注60・田中、727頁。前掲注60・小山、964頁。

質を有するのであり、これを具体化した私法上の親権（Sorgerecht / custody）についても同様に権利と義務の両方の性質を有すると言える。この意味においては、両権利は同質性を有する。

翻ってわが国の民法 820 条は親権が権利であり、かつ義務であることを明文で定めており、親権が権利と義務の両側面を有していることは明らかである。本件に言う自然的親子権についても、自由権の法的性質を持つものとは言え、その義務的性質を内在しているものとも考えることもできる。なぜなら親に対する子の権利は、これに対応する親から見れば義務ないし責任となるはずだからである。自然的親子権が権利と義務の両方の性質を有するとすれば、民法上の親権も同じく権利と義務の両側面を持つのであるから（民法 820 条）、この意味で両者は同質性を持つのであり、わが国においても憲法上の権利である自然的親子権が民事法において反映されたものが民法上の親権であると理解することに何ら問題はない。この点、本件の一審判決は民法上の親権について「義務」と互換的な「職分」としての性質を面的に強調するが、裁判所が条文から離れた解釈を披歴すべきではないであろう。

おわりに

本件の一審判決についての問題性について縷々述べてきたが、以上で検討が尽くされたわけではない。特に一審判決は「原告らは〔…〕非親権者が親権者の意向によって親子の関係から容易に排除されてしまうという事実上の排他的効果が生じていると主張する」⁶³と原告の主張をまとめている。確かに離婚に際し一方の親が親権を剥奪されることに伴って生じる諸結果には事実上のものもあるであろうが、決してそれに尽くされるものではなく、法律上の事柄もある。それにも拘らず、一審判決は事実上の事項のみに切り縮めている。まして原告側の準備書面では「原告らは、「いずれか一方を親権者と定める」こと自体を問題とし、それを憲法違反と主張する以上、「その結果」を問題とする被告とは議論がかみ合っていない」⁶⁴と主張されていた。本稿でみたように 1947 年の応急措置法で離婚後共同親権が許容されていたところ、かかる法状態から一律単独親権を定めた民法 819 条が制定されたことで一般的侵害が生じ、その後、離婚時に同条文が適用されることにより一方の配偶者が親権を剥奪されたことにより個別的侵害が生じたこと、これらは「事実上」の事柄ではなく、法的な事柄なのである。一審判決は、問題の核心を的確に捉えていない。これは、1947 年の応急措置法の存在に無知であることの論理的帰結でもある。

本件ではわが国が批准した諸条約の違反についても争われているが、紙幅が尽きたこともあり、本稿では立ち入らない。本件の一審判決は作花共同親権訴訟の判決を踏襲して書かれたようで、諦念的な裁判所の態度も同断である。両判決ともに人権侵害を看取し、解決に導こうという気概に欠けており、本稿筆者はかかる水準の司法を擁

⁶³ 前掲注 10、35 頁。亀甲括弧内は引用者による省略。傍点による強調は引用者。

⁶⁴ 前掲注 12、15 頁。

した国に暮らしていることに愕然とする。法制史上の史実や過酷な人権侵害から目を覆った本件の一審判決は明らかな誤判であるから、控訴審または上告審で訂正されるべきである。

なお本稿執筆過程において、最高裁にて違憲判決が出されたとの報道があった⁶⁵。トランスジェンダーが戸籍上の性別を変えるのに、生殖機能をなくす手術を要件とする性同一性障害特例法の規定が憲法13条に違反して無効と判示された⁶⁶。最高裁で憲法13条違反が明確に判示されたのは史上初のことである。この判決で最高裁は憲法13条違反を審査する直前の箇所で「現在では、欧米諸国を中心に、生殖能力の喪失を要件としない国が増加し、相当数に及んでいる」と判示し、諸外国の立法例を参照している。本件（自然的親子権訴訟）の控訴審や上告審においても同様に諸外国の立法例が重視されるべきである。

本件の訴状には親権に係る諸外国の立法について「アメリカでは1979年（カリフォルニア州の共同監護法）、フランスでは1987年、イギリス（イングランド・ウェールズ）では1989年、韓国では1990年、ドイツでは1997年、ブラジルでは2014年に離婚後共同親権等への法改正を行っている」と記載されている⁶⁷。さらに、ドイツやルクセンブルクでは離婚後単独親権法制に違憲判決が下されてもいる⁶⁸。今や、G7に集う先進7ヶ国中で離婚後単独親権を墨守する国は、日本一国となった。

⁶⁵ 「性別変更「手術要件」は違憲 生殖機能の喪失 最高裁「過剰な制約」日本経済新聞 2023年10月25日付（朝刊）、1面。

⁶⁶ 最大判令和5年10月25日。判決文は次のURLにて参照しうる。
https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/446/092446_hanrei.pdf（2023年11月2日閲覧）

⁶⁷ 前掲注11、13頁。

⁶⁸ BVerfGE 61, 358ff. 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、409-425頁。