

# 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——

大 森 貴 弘

Schritt zum gemeinsamen Sorgerecht nach Scheidung in Deutschland:  
Hinweis zur Legislation in Japan

OHMORI Takahiro

2020年11月6日受理

## 抄 録

第二帝政期のドイツ民法は、婚姻中の親権を父親のみに認めた。ヴァイマル期には憲法に親の権利が定められたが、後のナチス政権によって空文化された。戦後、ボン基本法も親の権利を定め、後に民法も婚姻中の親権は夫婦共同で行使すると定めたが、合意しない場合に夫に決定権を与えたため、憲法裁判所により違憲とされた。1982年に同裁判所は、子を持つ夫婦が離婚した場合に例外なく一方の親に単独で親権（配慮権）を与える民法規定が、他方の親の権利を侵害し、憲法違反と判示した。後に、婚姻中の共同親権（共同配慮）が離婚後も継続することを原則とする改正民法が施行された。翻って本邦では離婚後の単独親権と共同親権の選択制の導入が検討されている。だが、選択制では一方の親に親権喪失が強制されかねず、憲法上の親の権利が過剰に侵害される。離婚後共同親権は選択制ではなく、原則化する必要がある。

キーワード：親の権利、子どもの権利、共同監護、共同養育、連れ去り

## 内容

はじめに

### 一、単独親権違憲判決に至る歴史的経緯

- 1、第二帝政期：民法典における親権
- 2、ヴァイマル期：憲法上の親の権利
- 3、ナチス期：国家による強制的教化
- 4、ボン基本法制定と連邦憲法裁判所の動向
- 5、戦後の民法典（BGB）改正の主な動向

### 二、連邦憲法裁判所における離婚後単独親権違憲判決の画期的意義

- 1、事件の概要

- 2、連邦憲法裁判所の判断とその画期的意義
  - 3、木村草太の判例解説に対する批判的検討
- 三、ドイツにおける離婚後共同配慮と本邦への示唆
- 1、ドイツにおける離婚後共同配慮法制
  - 2、本邦における離婚後共同親権法制化への示唆
- おわりに

## はじめに

近年、本邦では子どもの人権、特に生存権や尊厳に係る重大事件が頻発している。一例を挙げると、2017年4月には、兵庫県伊丹市で父子が死亡する事件が起こった<sup>1</sup>。父親は前年11月に離婚しており、これにより別居となった長女との面会交流が同11月から翌年1月までの間、月1回の頻度で行われていたという。しかし、その後、面会交流調停が申立てられ、頻度について調整が難航したためか、面会交流が行われなくなったという<sup>2</sup>。父親は親子断絶の寂しさからか精神を病み、会社を休んで通院するようになった<sup>3</sup>。そして、同年4月23日、約3ヶ月の親子断絶を経てようやく行われた面会交流の日に娘との心中に至ったものと見られる。当初行われていた面会交流がその後も継続されていれば、親子断絶による父親の精神状態の悪化は生じず、それゆえに事件も発生しなかったはずである。伊丹事件は、まさに親子の断絶が生んだ悲劇であり、「親子断絶の問題を告発した事件」<sup>4</sup>とすることができる。

この事件から1年も経たない2018年3月2日には、東京都目黒区で5歳女兒が度重なる虐待によって死亡し、実母とその再婚相手である継父が逮捕される事件が起こった（後に両者は保護責任者遺棄致死罪で有罪判決を受けている）。度重なる虐待に対して女兒は、覚えたての平仮名を使って許しを請うていたという。生き別れとなった実父と女兒との面会交流が継続されていれば、このような悲劇は未然に防止された可能性もあり、改めて親子断絶の問題が告発される形となった。この事件を受け、上川陽子法務大臣（当時）は、読売新聞社のインタビューに応え、次のように語っている。「親は子どもを監護する義務がある。しかし、子どもがSOSの声を上げられない中で、命が失われたり、痛めつけられたりしている。」「人格がある一人の人間として、しっかり向き合っていくことが、子どもの健やかな成長につながっていく。表に出せない子どもたちのSOSを聞ける社会でなければならない。そのための親権制度の見直しを検討したい。」<sup>5</sup>そして同日には、政府が面会交流を促して子どもの健全育成を図るため、離婚後共同親権の法制化を検討しているとの報道がなされた<sup>6</sup>。これにより、近い将来に離婚後共同親権が内閣提出法案として国会に上程される可能性がある

<sup>1</sup> この事件については、大森貴弘「離婚後の子育て 共同親権で親子の関係守れ」朝日新聞2017年9月21日（朝刊）17面にて言及した。

<sup>2</sup> 毎日新聞2017年5月23日（朝刊）29面。

<sup>3</sup> 前掲注2。

<sup>4</sup> 前掲注1。

<sup>5</sup> 読売新聞2018年7月15日（朝刊）4面。

<sup>6</sup> 前掲注5、1面。

ことが明らかとなった。

その後も、2019年9月20日には埼玉県さいたま市で小学生の男児が、母親の再婚相手である継父に殺されて遺棄される事件が起こった<sup>7</sup>。無職の継父は、「本当の親じゃないくせに」との男児の発言にカッとなったのだという<sup>8</sup>。犠牲となった男児は、母親の愛情を巡って継父とライバル関係にあったのではないかと推測する精神科医もいるようである<sup>9</sup>。この推測が当たっているか否かはともかく、無職の継父は、もともと子殺し (Filicide) を発生させる高いリスク・ファクターを有していたと言えることができる。海外の子殺し (Filicide) の研究によると、子殺し (Filicide) の発生率は失業率と相関があり<sup>10</sup>、しかも継父による子殺し (Filicide) は特異的に高い発生率を示すという<sup>11</sup>。さいたま市の事件についても、男児と実父との間に宿泊を伴う面会交流が実施される等、実父宅で過ごす時間が長く設定されていれば、継父との間に諍いが起きるリスクは下げられたはずである。子どもの命を守るためにも、子どもからの SOS をキャッチしうる面会交流の一層の充実が是非とも必要である。

上記のように、現行民法の採用する離婚後単独親権の弊害が子どもを虐待・殺害等の重大なリスクに晒している。離婚後共同親権の法制化とそれに基づく共同養育の充実が喫緊の課題として要請されている所以である。2018年3月にはEU26ヶ国から本邦宛にEU市民が関わる事案での「日本国内」における子どもの連れ去り・引き離しに抗議する書簡が届けられ、2019年2月には本邦に対して国連の児童の権利委員会から、父母による児童の共同養育を実現するため、離婚後の親子関係について定めた法令を改正するとともに、子どもと離れて暮らしている親と子どもとの定期的な人的関係、及び直接の接触を維持することを確保すべきとの勧告が行われる等、国際社会からの要請も強まっている。今やインドでも単独親権の合憲性が審査されるとのニュースもあり、アジアにおいても本邦は北朝鮮とともに離婚後単独親権を墨守する国となっている。

2019年10月23日の衆議院法務委員会において、離婚後の単独親権について憂慮しているかとの串田誠一議員の質問に応じて、河井克行法務大臣(当時)は次のように答えた。「〔国連の〕児童の権利委員会〔から〕今年の2月に父母による共同養育を実現するために勧告がありました。今、御指摘頂いた通り離婚後の親子関係を定めた法令を改正するとともに、子どもと離れて暮らしている親と子どもとの定期的な人的関係及び直接の接触を維持することを確保すべきである。いわゆる面会交流というものも含まれていると思いますけれども、これにつきましては今、串田議員が御指摘を

<sup>7</sup> 日本経済新聞 2019年9月20日(朝刊)43面。

<sup>8</sup> 朝日新聞 2019年9月20日(夕刊)13面。

<sup>9</sup> 片田珠美「さいたま小4殺害、義父が逮捕…義父と息子、母親の愛情奪い合うライバル関係だった可能性」Business Journal 2019年9月19日:[https://news.infoseek.co.jp/article/businessjournal\\_1196461/?p=2](https://news.infoseek.co.jp/article/businessjournal_1196461/?p=2) (2019年10月23日閲覧)

<sup>10</sup> Katsuhiko Yasumi (2018), Filicide in Japan. In T. Brown et al. (eds.), *When Parents Kill Children*, Palgrave Macmillan, p.71.

<sup>11</sup> Thea Brown, Danielle Tyson & Paula Fernandez Arias (2014). Filicide and Parental separation and divorce. *Child Abuse Review*, Vol.23, pp.82-83.

された通りでありまして、真摯に受け止めたいというふうに考えております。」(亀甲括弧は引用者による補足。)

法務省のこの立場は、後任の法務大臣にも引き継がれている。上に見たような国際的状況にある本邦にとって、離婚後共同親権の法制化は喫緊の課題である。

以下、本稿では、本邦における離婚後共同親権の法制化を展望するにあたって、まずドイツ連邦憲法裁判所の離婚後単独親権違憲判決に至るまでの歴史的経緯を振り返る。次に、ドイツにおける単独親権から共同親権への移行過程について、連邦憲法裁判所の離婚後単独親権違憲判決の意義を中心に検討を加える。最後に、本邦における離婚後共同親権法制化にあたっては、協議離婚の場合も含めて離婚後は共同親権に移行することを原則とし、例外として一方の親の申請により単独親権への移行を裁判によって認容する制度にすべきことを提言する。なお、本稿では「親権」ないし「配慮権」は民法上の権利を意味する用語として、「親の権利」の用語は憲法上の基本権ないし人権を意味する用語として使い分けていることに留意されたい。

## 一、単独親権違憲判決に至る歴史的経緯

ここでは、ドイツ連邦憲法裁判所が1982年に離婚後単独親権違憲判決を下すまでの歴史的経緯をごく簡単に振り返ることにする。

### 1、第二帝政期：民法典における親権

ドイツでは第二帝政期の1896年に民法典(BGB)が公布され、1900年に施行された。制定当時の条文には次のようにあった。

1626条「子は未成年の間は親権(elterlicher Gewalt)に服する」

1627条「父は親権に基づいて子の身上及び財産について配慮する権利を有し義務を負う。」

1631条「子の身上についての配慮は子を教育、監督し、居所を決定する権利及び義務を含む。」<sup>12</sup>

上記のようにBGB制定当初から親権(elterliche Gewalt)が義務を伴うものであり、しかも子が未成年の間しか親権が及ばないとされたことが分かる。ローマ法以来のpatria potestas(家父長権/家長権)は子に対する包括的な支配権であり、子の年齢に関係なく存続するものとされたが、上記のドイツ民法典の諸規定は、patria potestasの否定としての意義を持つ。もっとも、親権と言うが、原則として父の単独の権利・義務とされている点には、留意する必要がある。この点は、patria potestasと共通する要素である。

<sup>12</sup> 制定当時のドイツBGBについては邦語文献に限っても汗牛充棟の業績があるが、紙幅の関係上列挙は省略する。なお本文の引用する訳文は横田光平『子ども法の基本構造』(信山社、2010年)47頁に従った。

## 2、ヴァイマル期：憲法上の親の権利

その後、1919年に制定されたヴァイマル憲法120条には「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、両親の最上の義務であり、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、国家共同社会がこれを監視する」<sup>13</sup>とあり、民法上の親権と区別された、憲法上の親の権利が登場する<sup>14</sup>。

この権利については、「「自然的権利」という表現にもかかわらず、その文言において必ずしも親の権利を十分に保障する形で規定されておらず、むしろ広範な国家介入の余地を残すものであったと言えよう」と評されている<sup>15</sup>。

さらにヴァイマル憲法120条における親の権利は、当時の他の基本権規定と同じく立法に対する拘束力が認められていなかったこともあり、同条についての理論展開もBGB上の親権についての理論状況に特に影響を及ぼさなかったとされる<sup>16</sup>。とは言え、親の権利が憲法上に明文で規定されたことには、少なからぬ歴史的意義を認めることができる。

## 3、ナチス期：国家による強制的教化

ナチスは1933年の「民族と国家を保護するためのライヒ大統領令」§1において、ヴァイマル憲法に定められた多くの基本権を停止した。120条の親の権利については除外されていたものの、1936年にはヒトラーユーゲント法が制定され、青少年の参加が義務づけられた。これにより、10歳から18歳の青少年の全員がヒトラーユーゲントへ参加することとなり、放課後に民族主義的・軍国主義的な教化が組織的に行われることになった。これは、親の権利に対して憲法より下位の法律による全面的な国家介入が行われた例である。

ナチスは最上位規範たる憲法の規範を下位の法律によって否定する手法、すなわちカール・シュミットの言う憲法破毀(Verfassungsdurchbrechung)を多用したが<sup>17</sup>、ヴァイマル憲法120条もご多分に漏れず、親の権利も下位法によって破毀されることとなった。

## 4、ボン基本法制定と連邦憲法裁判所の動向

ヴァイマル期からナチス期を経て、第二次大戦後の1949年にボン基本法が制定された。その6条2項には次のように規定された。

6条2項「子どもの育成及び教育は、親の自然的権利であり、かつ、何よりもまず親に課せられた義務である。この義務の実行については、国家共同体がこれを監視す

<sup>13</sup> 引用した訳文は、高田敏／初宿正典 編訳『ドイツ憲法集〔第5版〕』（信山社、2007年）158頁に拠った。

<sup>14</sup> 本稿では、親が有していた民法上の権利 *elterliche Gewalt* を「親権」とし、改正後の民法上の権利である *elterliche Sorge* を「親の配慮」、さらに親が有する基本法上の権利である *Recht der Eltern* については「親の権利」と訳し分ける。

<sup>15</sup> 横田・前掲注12・76頁。

<sup>16</sup> 横田・前掲注12・80頁、85頁。

<sup>17</sup> この概念を詳述する文献として参照、岩間昭道『憲法破毀の概念』（尚学社、2002年）。

る。』<sup>18</sup>

議会評議会（憲法制定会議）において親の権利が基本法上に定められるに至る審議過程で、ナチスのヒトラーユーゲントへの反省というモメントが極めて重要な役割を果たした<sup>19</sup>。親の権利が、青少年に対する民族主義的・軍国主義的教化に対する防壁と理解されたのである。

ボン基本法制定から5年後の1954年に連邦憲法裁判所は、基本法6条2項の権利について、次のように判示した。「基本法6条2項は——指針としての意味とともに——いずれにしても同時に親の教育権への国家の許されない介入に対する防御権を保障しており、その限りで直接妥当する権利として裁判所をも拘束する。折にふれて学説上主張される、社会秩序の規律としての6条規定は単にプログラム規定あるいは制度保障（Institutsgarantie）の性質を有するにすぎないとの見解は、このような一般的な形式においては正当なものと認められ得ない」<sup>20</sup>。このように、連邦憲法裁判所は親の権利を国家からの防御権として認め、単なるプログラム命題あるいは制度保障と看做す旧来の理解を退けている<sup>21</sup>。

1958年の連邦憲法裁判所決定では、上の1954年の判決が引用されて親の権利が国家介入に対する親の防御権であることが確認された後、このことが立法介入にも妥当するとされ、続いて親の権利に対する国家介入に比例原則が実質上適用されているとみることができる<sup>22</sup>。後の判例を検討するにあたって、この決定において親の権利への立法介入に対して実質的に比例原則が適用されたことには留意する必要がある。

## 5、戦後の民法典（BGB）改正の主な動向

戦後直後かつボン基本法制定前の1946年2月20日の婚姻法74条4項（管理委員会法16号—KRABl. 1945/48 S.）によれば、離婚における一方配偶者の単独または圧倒的な有責は、当該配偶者に親権が移譲されないということを原則としていた。つまり、有責でない親は親権獲得に優位性を持っていた。

1949年にボン基本法が成立した後、原則として父親のみに親権を認めていた民法1627条は、基本法3条2項違反を理由として、基本法117条により1953年3月31日をもって失効することとなった。そして「同年4月1日以降は、実務上、婚姻中の父母共同親権が実現された」<sup>23</sup>。

その後、1957年には男女同権法による民法改正が行われた。新たに民法1627条には「両親は親権を自らの責任において相互に協力して子の福祉のために行使しなければならない」と規定され、親の使用収益権規定が削除された<sup>24</sup>。もっとも、この改正

<sup>18</sup> 引用した訳文は、高田／初宿・前掲注13・215頁に拠った。

<sup>19</sup> 横田・前掲注12・137-138頁。

<sup>20</sup> BVerfGE 4, 57.

<sup>21</sup> もっとも、基本法6条2項が単なる制度保障に過ぎないとする理解が退けられているだけであり、6条2項の権利が制度保障の性質をも内包することまで否定されているのではない。

<sup>22</sup> 横田・前掲注12・149頁。

<sup>23</sup> 稲垣朋子「ドイツにおける離婚後の共同配慮の基本構造」国際公共政策研究19巻2号（2015年）、20頁。

<sup>24</sup> 横田・前掲注12・250頁。

には、親権行使に関して夫婦間で合意が得られない場合に原則として父親に決定権を認める規定(1628条)、子の法定代理権を原則として父親にしか認めない規定(1629条)に見られるように、男女間の不平等が残存していた。1959年に連邦憲法裁判所は、これらの規定が無効であることを宣言した<sup>25</sup>。また、上記同権法による民法1671条3項は、離婚に際して一方の配偶者が単独で有責の場合のみを、通常は当該配偶者への親権の移譲を拒否する事由と定めていた。また、民法1671条4項は離婚に際して「親権(elterliche Gewalt)は、通常は一方の親に単独で移譲されるべきである」と定め、離婚後単独親権を定めていたが、「通常は」の文言で分かるように、未だ例外が許容されていた。

1961年には「家族法規定の統一、及び変更のための法律」により、養子縁組についての新たな条文が民法に追加された。この条文につき、具体的規範統制によって連邦憲法裁判所に憲法判断が求められたが、合憲判決が下された。

1977年には婚姻改革法により1565条1項1文が施行され、離婚に関して有責主義から破綻主義へと移行した。これに伴って離婚時の単独親権者の決定において有責性を考慮しないことになり、有責でない一方の親が有していた優位性が無くなった。離婚後の単独親権を定める民法1671条4項1文は、改正されず、そのまま離婚後の親権を「通常は(in der Regel)」<sup>26</sup>父母のいずれか一方に委ねるべきものと定めていた。

1980年に親の配慮権の新規定に関する法律が施行された。これにより民法上の用語がelterliche Gewalt(親権)からelterliche Sorge(親の配慮)へと変更された。また、この改正により民法1671条4項1文にあった「通常は(in der Regel)」という文言を削除したため、離婚後の共同親権(共同配慮権)を例外なく排除するものとなった。この点が、後に連邦憲法裁判所で争われることとなる。

## 二、連邦憲法裁判所における離婚後単独親権違憲判決の画期的意義

上のような経緯を経て、1982年に連邦憲法裁判所は、子のいる夫婦が離婚した場合に一方の親に例外なく単独配慮(権)<sup>27</sup>を与える当時の民法1671条4項1文の規定が、基本法6条2項1文に定められた親の権利を侵害すると判示した<sup>28</sup>。

### 1、事件の概要

この判決には、本稿筆者による既発表の全訳があるので、詳細はこの全訳に譲り<sup>29</sup>、ここでは概略のみを述べるに留める。

<sup>25</sup> BVerfGE 10, 59ff. *Horst Sacker*, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl., 1977, S.87ff. その邦訳として参照、ホルスト・セッカー(生天目忠夫 訳)『概観ドイツ連邦憲法裁判所』(信山社、2002年)105頁以下。この判例について邦語で解説した文献としてさらに参照、小林武「親権における父の最終決定権および単独代理を定めた男女同権法の合憲性——最終決定権(Stichentscheid)判決——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』(信山社、2003年)、94頁以下。

<sup>26</sup> この in der Regel の文言を「原則として」と訳す例として参照、稲垣・前掲注 23・20 頁。

<sup>27</sup> ここで言う配慮 Sorge とは旧来の用語を使えば親権のことである。

<sup>28</sup> BVerfGE 61, 358ff.

<sup>29</sup> 大森貴弘 訳「翻訳:ドイツ連邦憲法裁判所の離婚後単独親権違憲判決」常葉大学教育学部紀要 38 号(2017年)409頁以下。

この判決は、連邦憲法裁判所の具体的規範統制手続によるものである。つまり、次の①～④の4つの具体的な事件において、離婚後の例外なき単独配慮権を定める民法1671条4項1文が、基本法6条2項違反と看做されたため、その合憲性審査のために事件が連邦憲法裁判所に移送されたのである。

①ケーニヒシュタイン区裁判所から移送された事件では、妻・エジプト学者と夫・鉱物学士の夫婦が、離婚後に子に対する親の配慮権を共同で保持することを裁判所に提案した。この提案によると、別居後も子は共用の一世帯用住宅で生活しており、夫婦に交代で世話され、双方に同じ愛情を持って依存していた。この事案では、管轄の青少年局も親の配慮権の共同行使に賛成していた。

②ビーレフェルト区裁判所から移送された事件では、夫・ギムナジウム教師と妻・小学校教師の夫婦が、離婚後に二人の子に対して共同配慮権の保持を認めるよう申請した。夫は夫婦の住居を去り、別の女性と一緒に生活していたが、にも拘らず父と妻子の接触はとぎれなかった。子の事柄についての決定は依然として両親により共同で行われていた。

③ベルギッシュ・グラートバッハ区裁判所から移送された事件では、夫・弁護士、妻・支配人の夫婦が離婚するにあたり、子に係る親の配慮権が両親に共同で保持されることを提案した。母が息子を身上の点で監護し、父が学校関係の面倒を見るべきことが計画されていた。管轄の青少年局も親の配慮権の共同行使に賛成していた。

④ヴァイプリングェン区裁判所から移送された事件では、夫・支配人と妻・事務員の夫婦が、離婚手続きにおいて、離婚後の親の配慮権の共同保持を申請した。理由として、子の将来に関わりのある全決定は共同で議論され下されてきたこと、別居後も面会交流が柔軟に実施されてきたこと、養育費は夫婦共同口座から必要な分だけ金を下ろすという方法で規律されたことが挙げられている。管轄の青少年局も離婚後の共同配慮権行使に憂慮を表明しなかった。

上記の①～④の事例において、ドイツの4つの裁判所は、離婚事案に際して夫婦に離婚後の子に対する共同配慮権を認める決定をすべきと考えたが、これは離婚後の例外なき単独配慮権を定めた当時の民法1671条4項1文によって阻まれていた。4つの裁判所は当該条文を基本法6条2項違反と看做し、その合憲性審査のために、事件を連邦憲法裁判所に移送した。

## 2、連邦憲法裁判所の判断とその画期的意義

上記の具体的規範統制手続における連邦憲法裁判所の結論は、次のようなものである。「離婚した夫婦から生まれた子に対する配慮権を強制的に片方の親へ移譲することを定めており、かつ、子のための配慮権が離婚後の父と母に引き続き共同で与えられることを例外事項においてさえ許容しない民法1671条4項1文の規定は、基本法6条2項1文の親の権利と一致しない」<sup>30</sup>。子を持つ夫婦が離婚する際に、例外なく

<sup>30</sup> BVerfGE 61, 371. 邦訳・前掲注29・418頁。



単独親権を強制する当時の民法 1671 条 4 項 1 文を連邦憲法裁判所は峻厳と違憲無効とした。まさに憲法の番人たるの面目躍如である。

続けて連邦憲法裁判所は次のように述べている。「親の権利の憲法による保障は、第一に子の保護に向けられている。これが依拠するのは、子の福祉は通例、別の或る人物や研究所にとってよりも両親にとってこそ大切な存在であるという、基本的な考え方である」<sup>31</sup>。ここでは子の福祉が他の誰でもなく、両親によってこそ尊重されるのだという基本的な考えが明らかにされている。その後の個所では「子の福祉は親による育成と教育の最高の指針」との文言も見られる。連邦憲法裁判所は子の福祉を親による育成の導きの糸と捉えている。

このような親の権利に対して国家による介入が許されるのは如何なる場合か。連邦憲法裁判所は「親の権利は国家との関連では自由権であって、ゆえに国家が両親の教育権に対して介入することが許されるのは、原則として基本法 6 条 2 項 2 文によって国家に与えられる監視権がこれを命じるときのみである」と判示している<sup>32</sup>。つまり、虐待等の子の福祉を危険にさらす特段の事情がある場合のみ、国家は監視の任務を果たすため介入することが正当化される。同時期（1982 年）の連邦憲法裁判所の判例から、この介入の正当化には比例原則が用いられることが明らかにされている<sup>33</sup>。国家介入は比例原則により厳格に審査される。

ここまでの展開から、当時の民法による離婚後単独配慮の強制が非配慮権者となった一方の親が有する憲法上の親の権利への国家介入として把握されていることが看取しえよう。憲法上の親の権利は民法上の配慮権（親権）と区別される基本権（日本式に言えば人権）であり、離婚により消滅するものではない。

さらに「このように理解され存続する親の権利の行使に際して別居又は離婚した両親は、子どもに両親の紛争を背負いこませないように努力しなければならない。これには、一方の親が子と他方の親との関係を害しうるようなあらゆることを止めることも含まれる」<sup>34</sup>との判示が続く。つまり、離婚後の共同養育や面会交流において、一方の親が他方の親と子との絆を裂くような行為は権利の濫用であって許されないとの判示である。親との交流は子の権利でもあることから、人権保障の観点から蓋し当然である。このような判断には、「今日、家族的社会関係の持続が成長過程の人間の安定的で健康な社会心理的発達のための決定的な基礎と看做されているということは、子どもに関する全ての学問領域における認識と合致する」<sup>35</sup>との前提がある。

続いて「両親が子のための共同責任を離婚後に引き続き担う気がある諸事例においては国家によって両親の相反する利益を調停する必要はない。両方の親がさらに十分に教育能力があり、他の点で子の福祉のために片方の親に配慮権を移譲することが好ましいと思わせる理由が存しないなら、国家でさえもその監視権の行使において片方

<sup>31</sup> BVerfGE 61, 371. 邦訳・前掲注 29・418 頁。

<sup>32</sup> BVerfGE 61, 371f. 邦訳・前掲注 29・418 頁。

<sup>33</sup> BVerfGE 60, 95. 横田・前掲注 12・413 頁。

<sup>34</sup> BVerfGE 61, 373. 邦訳・前掲注 29・419 頁。

<sup>35</sup> BVerfGE 61, 372. 邦訳・前掲注 29・419 頁。

の親を子の育成と教育から排除し、その親を面会交流権に制限する権限はない」<sup>36</sup>との判示があり、重要である。虐待等の子の福祉を危険にする事由がない限り、一方の親を配慮権（親権）から排除し、基本権を全面的に侵害する必要は無い。むしろ婚姻中の共同配慮権（親権）が婚姻後も継続することとなれば、裁判所等の国家機関による親の権利への介入は最小限の極めて軽微なものとなり、基本権保障に資することになる。

もっとも、離婚後の共同親権は親同士の争いを生み、子どもにとって有害となるのではないかとの疑問がありえよう。連邦憲法裁判所は、この疑問にも次のように明快に答えている。「確かに、夫婦の関係は離婚後、子の教育や育成における責任ある協働をもはや不可能にするように展開しうるのであり、その結果、子を一方の親へ帰属させる裁判所の決定が必須となる、ということは排除されえない。しかしながら、そのような場合においても、両親がなお親の責任を共同で引き続き担うことができた子の人生の時期こそが子の発達にとって決定的だと判明し、その限りで子にまつわる両親の共同の努力がポジティブに作用した、ということがありうる。それゆえ、親の配慮権の共同行使によって保障された親による一時的な教育の継続も子の福祉のためになりうるのである」<sup>37</sup>。この判示も意義深いものである。例えば離婚後の両親による共同配慮権の行使が、両親の不和の再燃により5年間しか続かず、裁判所の決定により結局は単独配慮となってしまう事例もありうるであろう。しかしながら、この場合でも、幼い子にとっては両親が融和して共同配慮を行使しえた5年間がかけがえのない思い出となり、この経験がその子にポジティブに作用することは十分にありうるのである。人は争っても再び融和しうる。争いが非和協的となったときに初めて裁判所が介入して単独配慮を決定すれば良いのである。虐待等の特段の事由がないかぎり、離婚の時点から単独親権を強制して一方の親を権利行使から排除することは当該親の人権を侵害するのみならず、両親から愛情を受けるべき子の福祉にも反する。

以上、連邦憲法裁判所の離婚後単独親権違憲判決の重要箇所を瞥見してきた。既に看取しうるように、この判決は、後の親子法改正法による離婚後共同配慮権法制（1998年施行）を切り拓く画期的な意義を有している。

### 3、木村草太の判例解説に対する批判的検討

本稿筆者は2017年に上記判例の全訳を公表したが、その後、本稿を執筆するまでの間に、木村草太によって上記判例の解説が公表された。ここでは、その解説を批判的に検討する。これにより、上記判決の意義がより鮮明になるであろう。

木村は上記判決を、次のように解説している。「共同配慮とすべきは、それが「子どもの福祉のために最善」である場合に限られるとする」<sup>38</sup>。「具体的には、離婚手続

<sup>36</sup> BVerfGE 61, 374. 邦訳・前掲注 29・420 頁。訳文は少し変更した。

<sup>37</sup> BVerfGE 61, 376. 邦訳・前掲注 29・421 頁。訳文は少し変更した。

<sup>38</sup> 木村草太「離婚後共同親権と憲法——子どもの権利の視点から」梶村太市ほか『離婚後の共同親権とは何か——子どもの視点から考える』（日本評論社、2019年）34頁。

を焦っている場合や、一方の親が強要している場合など、子どもの福祉以外の理由で、両親が共同配慮の形式的な合意をしたにすぎない場合には、裁判所は、それを見抜き、共同配慮の決定をしてはいけないとも強調する」<sup>39</sup>。木村によれば、連邦憲法裁判所が判決文中で「共同配慮の決定をしてはいけないと」強調したことになっている。

しかし、連邦憲法裁判所は本当にそのように述べたのであろうか？ 実際には上記判例で連邦憲法裁判所は次のように判示した。「子の福祉のためには、配慮権に関する〔作爲的に〕操作された決定は避けなければならない。しかし、この種の考量は離婚した両親の共同配慮権を予め例外なく拒否するに至ってはならない。両親の利益と子の利益との間に起こりうる葛藤に際しては、たしかに子のほうに優位が与えられねばならない。」「しかしながら、その種の紛争は個別事例において解決されねばならない。」<sup>40</sup> つまり、当事者夫婦が子の福祉を考慮せず、単に離婚訴訟を早めたり、紛争を避けたりしたいがために共同配慮が提案された場合でも、裁判所は配慮権の考量において共同配慮を予めかつ例外なく拒否してはならず、個別的な判断によって決定しなければならないと判示しているのである。裁判所がこの衡量の結果、やはり共同配慮権のほうが子どもの福祉に適うと判断することは何ら排除されていない。上記の判例は、例え両親が子の福祉を考慮しない例外的な場合であったとしても、「共同配慮の決定をしてはいけない」などと禁止していない。これが共同親権を限定的に捉えた木村の意図的なミスリードでないとするれば、上記判例を誤読していることになる。

また、上に見たような事例、つまり当事者である夫婦が離婚訴訟を早めたり、紛争を避けたりしたいがために子の福祉と無関係に離婚後の共同配慮が提案するような事例は、当時あくまで例外に起こりえたのであって**通常の事例ではない**。こうした場合に限り、裁判所は子の福祉に必要な限りで両親の提案から逸脱した決定をなしうるのであって、通常事例では両親の一致した提案から逸脱した決定をすることは許されていない。このことは、当時の民法 1671 条 3 項に明確に書いてあることである。念のために引いておこう。

民法 1671 条 3 項「裁判所が両親の一致した提案から逸脱すべきであるのは、この逸脱が子の福祉のために必要なときのみである。年齢満 14 歳に達した子が、別の提案をしたとき、裁判所は 2 項に拠って決定する。」<sup>41</sup>

木村は、「婚姻関係にない父母」<sup>42</sup>の共同親権を認めるべきなのは、「裁判所などの第三者から見てもそれ〔共同配慮：引用者注〕を認めることが子の福祉にかなうと評価できる場合に限定せねばならない」<sup>43</sup>などという**一般的なルール**を上記判例から得た示唆などと主張し、**原則化**している。しかし、上に引いた当時の民法規定から明ら

<sup>39</sup> 木村・前掲注 38・34 頁。

<sup>40</sup> BVerfGE 61, 378. 前掲注 29・422 頁。亀甲括弧は引用者の補足。

<sup>41</sup> なお、2 項は以下の通り。「裁判所は、子の福祉に最善の形で適合する取り決めを定める。この際、特に子の両親および兄弟姉妹との愛着が配慮されるべきである。」

<sup>42</sup> 木村は、婚外子の父母と離婚後の父母を「婚姻関係にない父母」として一括りにして表現している。いずれにせよ、木村の言う「婚姻関係にない父母」には文脈上、離婚後の父母は含まれているように読める。木村・前掲注 38・35 頁。

<sup>43</sup> 木村・前掲注 38・35 頁。

かなように、夫婦が子どもの福祉を考慮しなかったり、虐待を行っていたりという例外的な事例においてのみ裁判所が子どもの福祉のために必要な決定をするが、通常の事例では裁判所は両親の提案から逸脱することなく決定するのである。つまり、両親の決定が尊重されるのが通常の事例であり、そこからの逸脱のほうが例外とされ限定されているのは条文から明らかである。例外的事由がない限り、通常は両親の愛情を受けることこそが子の福祉に適うと判断されるのであり、子の福祉の内容については親の解釈が優位するのだからである<sup>44</sup>。明らかに木村は原則と例外を取り違えている。

上記判例においても、「子の福祉は親による育成と教育の最高の指針」とされていたことは既に見た。通常事例において、子の福祉が何であるかは親が判断するのであり、親の権利行使に内在する指針である。「このような親の第一次決定権限は、子どもの利益は親によって最も良く守られるという考慮に基づくものである」<sup>45</sup>と連邦憲法裁判所も別の事例にて判示している。裁判所が親の提案にとって外在的な子の福祉を持ち出して決定するのは、上に述べた例外事例においてのみである<sup>46</sup>。通常事例では、それ以上の介入は行われぬ。この点に関する限り、裁判所の負担が軽減できることもまた明らかであろう。

木村の発想には、裁判所が共同親権を付与すべきか否かを判断するに際して、最初に(1)共同配慮権が認められない段階があり、(2)裁判所が子の福祉に適う等の条件を満たした際に初めて裁判所によって禁止が解除され、(3)共同配慮権が形成される、という考え方がある。これは民法のような下位法レベルの判断である。裁判所の国家介入によって初めて権利が形成されるとしている点で、全面的な国家介入を召喚する主張でもある<sup>47</sup>。これを、民法ではなく憲法上の権利の観点から見れば、最初の段階(1)での共同配慮が認められぬ状態とは憲法上の親の権利が全面的に不存在ないし否定された状態である。そして、(2)裁判所の決定のような国家介入によって子の福祉に適う等と認められて初めて権利が発生し、(3)具体的に内容形成されて行使可能となる、と。この主張はドイツ国法学の憲法判断の基底にある三段階審査を無視した解釈でしかない。三段階審査に即して言えば、自由権であり、国家に対する防御権である親の権利の保護領域に子への配慮が該当するものであり(第一段階)、国家

<sup>44</sup> 子どもの福祉に関する「親の解釈優位」については、Fritz Ossenbühl, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, 1981, S. 64 ff. 西原博史「親の教育権と子どもの権利保障」早稲田社会科学総合研究 14 巻 1 号 (2014 年) 71 頁。横田・前掲注 12・230 頁、565 頁。

<sup>45</sup> BVerfGE 34, 184.

<sup>46</sup> 子どもの福祉が親の自由を外から限界つける場合には「消極的・子どもの福祉」と呼び、親の自由の限界内で親の自由を導く場合には「積極的・子どもの福祉」として両者を区別する見解もあるが、示唆的である。この区別につき、横田・前掲注 12・220 頁。

<sup>47</sup> 木村の発想は日本の一部に見られる面会交流原則禁止論と瓜二つである。この説によれば、抽象的な権利としてさえも認められていないとされる別居親の面会交流権が、裁判官の判断を介して初めて形成され、その限りで別居親が権利を行使しようとされる。しかしながら、今やドイツ連邦憲法裁判所においても、ヨーロッパ人権裁判所においても、別居親の面会交流権は基本権ないし人権として認められている。こうした国際的な人権保障の水準からすれば、本邦の一部論者が未だに固執している面会交流原則否定論は人権に悖る主張であり、時代錯誤の誹りを免れない。実際、本稿で批判対象としている木村の論文は、面会交流原則否定論の主張者によって肯定的に引用され、面会交流原則否定論を正当化する論拠として利用されている。梶村太市「民法と調停・審判等の双方からみた離婚後共同親権立法化の危険性」梶村太市ほか編著『離婚後の共同親権とは何か』(日本評論社、2019 年) 164 頁。

の監視任務が要請されるような例外事例でのみ当該権利への介入が存在する（第二段階）。この介入が正当化されるか否かは比例原則によって審査される（第三段階）と理解するのがオーソドックスな理解である<sup>48</sup>。最初に自由から出発するのが憲法学の発想であるところ、木村は権利の不存在ないし否定から出発し、その解除により初めて権利が形成されるとする逆の発想に立つものである。これが憲法学の権利論たりうるか否かは疑問なしとしない。

また、木村による上記判例の理解は、離婚後は原則として共同配慮となる後のドイツにおける親子法改正法（1998年）と整合しない点にも矛盾がある。裁判所が子どもの福祉に適うと判断した場合にのみ初めて共同配慮が形成されるとする木村の判例理解が正しければ、上記法制は立法裁量の枠を逸脱して違憲立法となったはずである。が、現在に至るもそのような判例はなく、統計によれば今や離婚後の父母の9割以上が離婚後に共同配慮権を保持するに至っている。共同親権を限定すべきと理解した木村の解説とは正反対の法状態が現出しているのが分かるであろう。

### 三、ドイツにおける離婚後共同配慮と本邦への示唆

ここでは、ドイツにおける離婚後共同配慮法制の概要を述べ、本邦での共同親権法制化へ向けた示唆を得たい。

#### 1、ドイツにおける離婚後共同配慮法制

1998年の親子法改正法の施行によって改正されたドイツ民法1671条1項は、「親の配慮が共同で帰属している父母が一時的ではなく別居しているときは、父母のいずれも、家庭裁判所が親の配慮又はその一部を自己に単独で移譲することを申し立てることができる」と定めた<sup>49</sup>。申立を行わない限り、別居しようが離婚しようが両親の共同配慮が維持される。憲法レベルで見ると、申立がない限り、自由権としての憲法上の親の権利には何らの国家介入も行われぬ。

単独配慮への申立が認容されるのは、同条文で「1. 父母の他の一方が同意するとき。ただし、子が14歳に達しており、かつ、移譲に反対しているときは、この限りでない。2. 共同配慮の廃止及び申立人への移譲が子の福祉に最もよく適合すると期待されるとき。」とされている。このように、別居又は離婚した父母は自らの同意なく親の配慮権を剥奪されるようなことはない。ただし、子の福祉が危険にさらされるような場合には、例外として共同配慮が廃止されたり、申立人に単独で配慮権が移譲されたりすることになる。虐待等の事例に対処するためには、このような例外もやむを得ないところだろう。

<sup>48</sup> ドイツ国法学の三段階審査につき参照、Bodo Pieroth/ Bernhard Schlink/ Thorsten Kingreen/ Ralf Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 2013. その邦訳：ボード・ピエロート／ベルンハルト・シュリンクほか（永田秀樹／倉田原志／丸山敦裕『現代ドイツ基本権〔第2版〕』（法律文化社、2019年）。参照に値する邦訳書だが、憲法上の親の権利が「親権」と訳されている特に点に注意が必要である。憲法上の親の権利は民法上の親権とは区別される概念だからである。三段階審査に関する邦語文献として、さらに参照、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、2001年）。

<sup>49</sup> 稲垣・前掲注23・20頁。

子は自ら単独配慮を求める申立をすることができない。これは子を独占せんとする一方の親に教唆された子が単独配慮を求めて申立を行うような事態を防止する意味で是認しうる。さらに、子による反対意見の表明が可能とされている（2項1号）。これは、子は自分のことについて意見を言う機会を保障されるとする、児童の権利条約12条の趣旨とも合致する条文である（ドイツは1992年に同条約を批准している）。もっとも子の意見表明は拒否権を意味するものではなく、裁判所の審理において考慮されることになる。

さらに父母は、親の配慮を自己の責任において、かつ、双方合意のうえ、子の福祉のため行使しなければならない（1627条1文）と定められている。翻って憲法上の親の権利もまた、子の福祉を考慮して行使されるべきものとされており、この民法上の規定は、憲法上の親の権利の内容形成としても意義を持つ。さらに父母の意見が異なるときは、一致するよう努めなければならない（同条2文）と規定し、父母の対立ではなく、その融和が促されている点が人倫に適っている。

「親の配慮が共同で帰属している父母が一時的ではなく別居している場合は、その規律が子にとって重大な意味を有する事項における決定の際には、双方の合意を必要とする。」が（1687条1項1文）、「父母の一方は、他の一方の同意を得て、又は裁判上の決定に基づいて子が通常居住するときは、日常生活に関する事項について単独で決定する権限を有する。」のである（同2文）<sup>50</sup>。このように、重大事項以外では普段同居している親が決定しうるのであるから、決定に当たって父母が対立し論争するような機会は余りないのが実状である<sup>51</sup>。

協議離婚が広く認められている本邦とは異なり、ドイツでは裁判による離婚のみが認められる点は、親子法改正法施行後も同様である（1564条）。また、離婚手続でよく問題になる子に対する配慮権の帰属や面会交流・養育費の取り決めについては、夫婦間の諸権利義務とともに、申立書に記載することになっている（FamFG133条1項2号）。また、離婚の諸効果については、付随事件として、離婚と同一の手続に併合されるのが原則である（FamFG137条1項・2項）。もっとも、従来行なわれていた離婚手続と親の配慮の帰属決定との強制併合は、1998年の親子法改正法の施行によって廃止された<sup>52</sup>。これにより、離婚に際して配慮権の帰属を裁判で争う必要がなくなり、離婚手続に要する日数が短縮されるとともに、裁判所の負担も大幅に軽減された。離婚に際して裁判所の国家介入が最小限になるようデザインされていると言える。

もっとも、ドイツの共同配慮にも問題がないわけではない。かの国でも配慮権や面

<sup>50</sup> ここに引用した条文の訳は、稲垣・前掲注23・21頁から引用した。ただし、引用に当たり若干補正した箇所もある。

<sup>51</sup> 「離婚後の共同親権制度とは、「離婚した父母双方に、子どもに関する決定の拒否権を持せる制度と」理解すべきだ」とする理解があるが、子どもにとって重要な決定についてはともかく、全体として見れば的外れな理解であることが看取できよう。このように共同親権を融和と協調ではなく、拒否権を本質とするものと理解する文献として参照、木村・前掲注38・28頁。

<sup>52</sup> 稲垣・前掲注23・22頁。

会交流権に関して裁判所の手続を利用する件数が増えており、共同親権の理想と実状の乖離が語られることがある<sup>53</sup>。しかし、離婚後単独親権を墨守する本邦でも面会交流調停の件数は増加しているのであるから、ドイツにおける件数増加は共同親権の帰結ではなく、両者に因果関係は認められない。これは、少子化の影響や男女ともに子育てに参加するようになった意識の変化が大きいであろう。この点は、両国に共通する現象である。

## 2、本邦における離婚後共同親権法制化への示唆

日本の司法実務では、離婚調停で親権の帰属が決まらなければ必ず調停合意が不成立となり、その後も離婚訴訟で親権が延々と争われることになる。離婚訴訟が終わっても、同居親が面会交流を渋るような場合には争いはさらに面会交流調停・審判へと継続し、延々と続く争いは子どもの健全な発達に悪影響を及ぼしかねない。裁判手続中は別居親と子を会わせまいとする同居親も多く、幼児健忘により子は別居親の顔すら忘れ、忘れられた別居親は親としてのアイデンティティを喪失させられる。このような人格を毀損する人権侵害を防止するには裁判手続の迅速化が不可欠であり、そのためには離婚に際して親権の帰属を争わなくて済むドイツの法制度が示唆に富む。

本邦への離婚後共同親権の導入にあたっては、選択的共同親権が検討されているとの報道もある。しかるに本稿筆者は選択的共同親権の有効性には疑問を禁じ得ない。まず、選択的共同親権を導入すれば、子と別居親を会わせたくないとする同居親は離婚後共同親権に同意せず、非妥協的に拒否する者が出るのが予想される。同意なしを理由に共同親権が否定されて単独親権が採用されるのであれば、同意しない同居親に共同親権の拒否権が付与されることになる。融和ではなく非妥協的態度やゴネ得が法律で促されることになる。これに対して、別居親が争うなら裁判手続の短縮も望めない。また、一方の親が正当な理由もなく離婚後共同親権を拒否するなら、他方の親は非親権者となるが、このことは同時に非親権者の持つ憲法上の親の権利への全面的な侵害となり、人権保障上も問題である。本稿筆者は憲法上の親の権利が日本国憲法のもとでも認められると解する立場をとっている<sup>54</sup>。選択的共同親権を採る法律で親の権利への全面的な侵害を認めるなら、上記の人権侵害は私人間のそれではなく、立法による侵害となる。予め人権侵害を織り込んだ違憲立法を行ってはならない。また、不満を持った別居親は面会交流調停・審判へと進み、争いは果てしもなく続く。これでは離婚後共同親権を法制化しても実益は少ない。よって、本稿筆者は、本邦での共同親権法制化にあたっては、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を採用すべきことを提起したい。申立があったときに初めて共同親権を維持するか、単独親権を採用するかを裁判所が判断すれば

<sup>53</sup> 稲垣・前掲注 23・23 頁。

<sup>54</sup> 日本国憲法における親の権利については、13 条を根拠とする説、24 条を根拠とする説、13 条及び 19 条を根拠とする説など、様々な学説が存在する。この点につき参照、西原・前掲注 44・72 頁。

良い。選択的共同親権に対比して、原則的共同親権とでも呼ぶべきであろうか。

選択的共同親権では、離婚に際する子の連れ去りを防止することができない。単独親権を望む親は、定石通り離婚に際して子を連れ去って、子と同居し監護する実績を積みつつ、共同親権を選択せずに拒否し続けておれば、単独親権を獲得できるのだからである。こうして、子どもを連れ去った側が「監護の継続性」や「主たる監護者」などを論拠に単独親権を得る「連れ去り得」あるいは「連れ去り勝ち」と呼ばれる司法実務も残存することになる<sup>55</sup>。しかし、ハーグ子奪取条約に批准して久しい本邦にとって、このような法状態は早々に克服すべき桎梏ではないのだろうか。

たとえ選択的共同親権を法制化したとしても、一方の親が頑なに拒否しただけで、何ら落度がない他方の親が親権喪失となるのであれば、民法834条と比べ著しく衡平を欠くことにもなる。同条は、虐待又は悪意の遺棄があるときや親権の行使が著しく困難又は不相当であることにより子の利益を著しく害するときに限って親権喪失を定めている。(それも2年以内にその原因が消滅する見込みがあるときは適用除外となる。)他方、離婚に際して何ら落度の無い一方の親が、虐待や悪意の遺棄を行った親と同じ親権喪失の扱いを受けるのであれば、これは相対的平等を定めた憲法14条に反する差別的取り扱いではないのか。こうした取扱いに果たして合理的根拠があるのだろうか。このように考えていくと、選択的共同親権の法制化は違憲立法の誹りを免れない。

このように選択的共同親権では、離婚後に共同して子を養育する父母の融和が促されにくい。この点、離婚後に原則として共同親権が保持される制度であれば、離婚後とりあえずは共同養育に取り組むことになる。たとえ、この共同養育が3年で破綻し、裁判所の決定によって単独親権へと変更されるようなことになったとしても、この3年間に子にとってかけがえのない大切な時間となり、思い出や経験となり、それが子の発達に良い影響を及ぼすこともある。このことは既述のドイツ連邦憲法裁判所の判示の中でも言及されていた。離婚後の共同養育がたとえ一時的なものに終わったとしても、共同養育に向けた融和の努力が無に帰すとは限らない。それは子の心と発達を支えるものとなりうるのだ。選択的共同親権では、融和を始めから拒否する権利を同居親に与えるがゆえに、上のような一時的な共同養育が子に有用な影響を与える可能性を早々に摘んでしまう。このことが子の福祉に反することは言うまでもない。このように考えるならば、選択的共同親権よりも、原則的共同親権を法制化したほうが、親にとっても子にとってもメリットが大きい。本稿筆者が原則的共同親権を支持する所以である。

最後に離婚後共同親権一般に反対する者への反論を記しておく。反対派の中には、共同親権の下では夫婦の方針の分裂が子の不利益になると主張する者もいる。しかし、このような論拠は使い古された説得力に乏しいものである。明治民法では、婚姻中も

<sup>55</sup> このような行為は海外では実子誘拐罪などの犯罪行為であるが、本邦の司法実務では野放しである。この問題については、コリンP・A・ジョーンズ『子どもの連れ去り問題』(平凡社、2011年)を参照のこと。



単独親権が定められ、基本的に父親が親権者であった（母親は父親が死亡したときの親権者となれた）が、この婚姻中単独親権を正当化する理由も、父母の方針の分裂が子の不利益になるというものであった。戦後の本邦では婚姻中の共同親権が法制化されたが、父母の方針の分裂が子の不利益になるといった問題が噴出したわけではなく、明治時代の論拠は虚偽だと分かった。今、本邦において離婚後共同親権が検討される時、父母の方針の分裂が子の不利益になるとの明治以来の古典的反論が再提出されるが、外国では父母の融和により共同親権が現に実践されているのではないか。日本人の男女だけが融和できないとするのは自虐的に過ぎる。

本稿では、離婚後に子の親権者となった親が再婚した場合に、その再婚相手（子どもが養子になった場合は養親）から虐待を受けたり、殺害されたりするリスクが比較的高いことについて言及した。離婚後の共同親権が法制化され、別居した親が子と定期的に会う面会交流が充実すれば、このような悲劇を防止し、子どもの命を守ることにもつながるはずである。

## おわりに

最後に、ドイツでのその後の展開についても軽く触れておきたい。1998年に離婚後共同親権が法制化された後、2001年に生活パートナーシップ法が施行された。この法律は、同性のパートナー同士の生涯に渡る対等な関係を構築することを企図しており、一方のパートナーが子のための配慮権を単独で有しているときは、他方のパートナーも子の日常生活に関する事柄について共同で決定する権限を有すると定められた（9条1項）。これも、子のための配慮権に関する法状態の変更例の一つである。同法は2002年に連邦憲法裁判所に持ち込まれたが、基本法6条1項は、婚姻と同様の権利及び義務を生活パートナーに対して法律で定めることを妨げるものではないと判示し、生活パートナーシップ法を合憲と判示した<sup>56</sup>。これを受けて2005年に生活パートナー法が改正され、婚姻と生活パートナーとの差異は小さくなった。その後、2009年に連邦憲法裁判所は、公務被用者の遺族年金に関連して、婚姻と生活パートナーシップの平等な取扱いを求める判決を下した。これを受けて税法等の分野で生活パートナーシップと婚姻を平等化する法律改正が続いた。2013年に連邦憲法裁判所は、一方の生活パートナーの養子と他方の生活パートナーとが養子縁組できないことを争う事件において、当該養子と生活パートナーの平等権の侵害であると判示した。2014年には一方の生活パートナーの養子と他方のパートナーとの養子縁組を可能とするよう生活パートナーシップ法自体が改正された。このように、連邦憲法裁判所と立法府が連携しつつ、子の配慮に関する法状態も更新されている。

なお、本稿ではドイツの基本法6条2項に定める親の権利について多くの個所で論及した。日本では、親の権利を主張するのは親のエゴイズムを通すかのように主張されることがあり、子の権利と対立関係において捉える向きもある。しかし、ドイツ基

<sup>56</sup> 渡辺富久子「ドイツの生活パートナーシップ法—婚姻との関係をめぐって—」外国の立法：立法情報・翻訳・解説270号（2016）、30-40頁。

本法が定める親の権利とは、第一に子の利益のための権利とされ、子の福祉を実現する義務と結びついている。すなわち、親の権利は両親から愛されるべき子の権利を保障するものでもあり、両者は対立・矛盾の関係に立つわけではない。本邦で安易に子の権利や子どもの人権を主張する者の中には、あたかも子ども自身が人権について主張し、親の権利に対抗しうるかのごとき前提で議論する者もいる。が、——成年に近い子ならともかく——幼い子どもにはどだい無理な話であり、子どもの権利と親の権利は相互対抗的に把握するよりも、むしろ相互補完的・融和的に捉えることを原則とすべきである。例えば2歳の子どもが人権享有主体として自覚できるのか、はたまた裁判所に訴えて親を相手に権利を主張・貫徹できるのかを考えれば、このことは明らかであろう。ドイツでは、子どもが何歳に達すれば基本権の主張ができるのかという点につき、基本権適齢という概念で議論されている<sup>57</sup>。本邦でも、この種の議論を深めるべきである。

なお、親の権利は日本国憲法に明文の規定はなく、認められないとの主張もありうる場所であるが、既に多数の学説で承認されており、旭川学テ最高裁判決においても、親の教育の自由という形で認められているところである。学説では、親の権利は憲法13条、24条で認められるとするものが多い。本稿筆者も以前は13条によって保障されるものと解していたが、近年では旭川学テ判決を根拠に憲法26条によって認められると解している。条文解釈の詳細については、今後の課題とし、別稿にて述べたい。

本稿で縷々明らかにしてきたように、離婚後単独親権は、離婚時に例外なき国家介入を行い親権に関する権利状態の変更を強制するものである。明らかに親の権利への国家介入であるが、ドイツの法制度を見ても分かる通り、離婚時に親権を一方の親に帰属させるべく国家権力が介入することは必須ではない。単独親権を強要する本邦現行民法のような例外なき国家介入は比例原則に照らせば必要性を欠き、憲法違反の誹りを免れない。一方の親が子に虐待を行っていたり、他方の親に対するDVを行ったりと言う例外的事例に限って、裁判手続による単独親権への変更が許容されようが、通常の事例では原則として離婚後も共同親権が維持されるべきである。

近年本邦では毎年約20万組以上が離婚し、その6割に未成年の子がいる。民法819条によって離婚後は例外なく単独親権が強制されるため、親権を失って子と会えない別居親は6割以上に及び、毎年約15万人の子どもが別居親との絆を断たれている。翻って離婚後の共同親権を原則化したドイツでは近年、離婚後は9割以上が共同親権を維持するに至っている。こうして離婚後の親子断絶が無くなれば、子と生き別

<sup>57</sup> 基本権適齢の概念について解説しつつ、「通説や憲法裁判所の判例によれば、未成年者は人権の受益者ではあっても、担い手（主体）ではないとされる」と論じる文献として、古野豊秋『憲法における家族』（尚学社、2010年）11頁。未成年者に関連して親の権利について論じるものとして参照、吉岡万季「未成年者に対する憲法上の親の権利とその限界について——ドイツの親の憲法上の権利義務を中心に——」大学院研究年報（中央大学 法学研究科篇）44号（2014年）。子どもの権利に関して親の権利を論じた重要な文献として参照、Ernst-Wolfgang Böckenförde, Elternrecht — Recht des Kindes — Recht des Staates: Zur Theorie des verfassungsrechtlichen Elternrechts und seiner Auswirkung auf Erziehung und Schule, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 14, 1980, S. 54 ff.

れとなるリスクも消失するためプロダクションに関しても社会全体に安心感が広がる。付随して出生率も上昇に転じ、少子化も底を打ったと言われている。これに比して数多の親子断絶と子どもの殺害事件が頻発している本邦の現実を見ると、その落差が痛ましい。

今や本邦でも、全国の地方議会において離婚後共同親権の導入を要請する請願が続々と成立しており、その機運は醸成されてきている<sup>58</sup>。かけがえのない親子の絆を守り、子どもの福祉と未来を守るためにも、速やかに現行の離婚後単独親権法制を撤廃し、共同親権の原則化を実現すべき時期が到来したと言うべきである。

---

<sup>58</sup> 本稿執筆時現在で 40 以上の地方議会で離婚後共同親権の立法化を要請する請願が成立している。