

離婚後単独親権制度の違憲性

—— 憲法上の親の権利への侵害に抗して ——

大 森 貴 弘

Verfassungswidrigkeit der Gesetzgebung zur alleinigen
elterlichen Gewalt nach Scheidung:
Gegen den Eingriff in das verfassungsrechtliche Recht der Eltern

OHMORI Takahiro

2021年11月5日受理

抄 録

離婚後、一方の親に単独で親権を帰属させる民法819条は、他方の親が有する憲法上の親の権利を侵害し、かつ憲法14条の平等原則にも反し、憲法違反である。民法819条の立法目的は子の利益の確保及び両性の本質的平等とされるが、当該目的達成の手段として離婚時に一方の親の親権を喪失させることは必要がなく過剰介入である。海外法制に見られるように離婚後も両親の共同親権を維持し、どうしても話し合いによって子の養育方針が一致しない場合等に、初めて単独親権に移行する等の、より穏当な他の手段がありうる。ドイツ連邦憲法裁判所が述べているように、たとえ離婚後の共同親権が一時的なものに終わったとしても、この間に実現された共同養育が子の発達にとってかけがえのない経験となり、その後も心の支えとなることはある。民法819条はこの可能性を始めから排除し、離婚に際し一方の親の親権を喪失させるが、立法目的達成の手段としては比例性を欠く。

キーワード：単独親権、離婚後共同親権、親の権利、面会交流権、民法819条

目次

はじめに	2
第1、憲法上の権利としての親の権利	3
1、幸福追求権を巡る判例と学説の状況	3
(1) 最高裁判例	4
(2) 人格的利益説（通説）	4
2、人権としての親の権利	5

(1) 私生活上の自由への該当性……………	5
(2) 人格的自律にとっての親の権利の必要性……………	6
(3) 既存の判例の批判的検討——判例変更の必要性——……………	7
第2、離婚後単独親権制度の違憲性……………	10
1、親の権利に対する侵害……………	10
(1) 立法目的の正当性についての検討……………	10
(2) 立法目的達成手段の比例性の検討……………	12
2、予想される反論への再反論……………	12
3、平等原則（憲法14条1項）違反……………	14
(1) 立法目的の正当性についての検討……………	14
(2) 立法目的達成手段の比例性についての検討……………	14
4、国際的人権水準からの乖離……………	14
(1) ドイツ連邦共和国……………	14
(2) アメリカ合衆国……………	15
(3) 欧州人権裁判所……………	16
おわりに……………	16

はじめに

現在、本邦では民法上の離婚後単独親権制度を憲法違反と主張する複数の憲法訴訟が提起されている。本稿筆者は、これら憲法訴訟のうち幾つかの訴訟の代理人より、意見書の執筆を依頼された。本稿は、それらの依頼に応じて執筆した意見書を大幅に加筆・訂正したものである。

本邦では毎年20万組ほどの夫婦が離婚するが、そのうち約6割に子どもがいる。複数の子をもつ夫婦も多いことから、親の離婚に巻き込まれる子の数は毎年15万人ほどである。既に離婚後共同親権が導入されている諸外国と異なり¹、本邦では未だに離婚後単独親権が墨守され、協議離婚が多いことや面会交流は家事審判事項であって憲法上の問題ではないとする最高裁判例²が存在していることもあってか、離婚後の面会交流は3割程度しか実施されていない³。離婚後に子と離れて暮らす親の面会交流権が憲法で保護され、離婚後は9割が共同親権に移行するドイツと比較しても⁴、本邦における親子断絶の深刻さは際立っている。

¹ G20のうち、離婚後共同親権を導入していないのは、トルコとインド、そして日本のみである。G7加盟国では日本以外の全加盟国が離婚後共同親権を導入している。

² 昭和59年7月6日の判例である。参照、家裁月報37巻5号。

³ 厚生労働省「平成28年度全国ひとり親世帯等調査結果」では「母子世帯の29.8%、父子世帯の45.5%が面会交流を実施」とある。同調査では母子世帯の数が123.2万、他方の父子世帯の数が18.7万である。実施率の低い母子世帯が6.6倍も多く、計算すると全体の実施率は約3割である。約7割が実施されず、親子断絶が多発している。

⁴ ドイツの連邦憲法裁判所判例では、面会交流権が基本法6条2項によって保護される旨、明確に判示された。Vgl. BVerfGE 31, 206.

本稿では、親の権利が日本国憲法 13 条により保障される基本的人権であること、現行の民法 819 条が、離婚後の父母につき単独親権を採用していることが基本的人権としての親の権利を侵害し、違憲であるとの立場から、まず、親の権利が憲法 13 条の幸福追求権の一環として成立するものであることを述べ、次にこの人権は本邦では新しい人権として把握されるものの、海外諸国では既に確立して久しい基本的人権であることを比較法的観点から明らかにしたい。(本稿は、元来が裁判所に提出するための意見書であったという性格から、憲法学の論文としては、やや基礎的にすぎる事項も省略せずに記載してあるが、上の経緯を了解されたい。)

第 1、憲法上の権利としての親の権利

親の権利とは、人類が存在し、子孫を残し、維持していくために必要不可欠な親子関係を法的に確認したものであり、憲法上の人権ないし基本権であるとされる。そして、この内容の一部を民事法に反映させ、具体化させた概念が「親権」とされる⁵。すなわち、最高法規としての憲法上の権利として親の権利が認められ、これを下位法において具体化したものの一つとして民法上の親権が把握されている。両者は区別と連関において把握される。

たしかに、親の権利は日本国憲法上で明文の規定はないのであるが、新しい人権の根拠とされる憲法 13 条の幸福追求権によって人権として成立しうる。以下、この点を論証する。

1、幸福追求権を巡る判例と学説の状況

本稿に言う親の権利のように日本国憲法に明文の規定がない新しい人権が主張され、裁判所がこれを認める必要があるとき、その根拠として持ち出されるのは「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」を定めた憲法 13 条である。ジョン・ロックの思想に起源を持つとされる憲法 13 条が新しい人権の根拠となることについては、以下に見るように、判例と学説が一致して認める支配的見解である。

(1) 最高裁判例

この点で、リーディング・ケースとなるのは、京都府学連事件最高裁判例⁶である。この事件において、最高裁は憲法 13 条が国民の私生活上の自由を保護する趣旨であることを認め、この自由の一つとして「何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由を有する」と判示した。その他にも、最高裁は前科紹介事件において、「前科・犯罪経歴は人の名誉・信用にかかわり、これをみだりに公開されないのは法律上の保護に値する利益である」と述べ⁷、さらに「北方ジャーナル」

⁵ 憲法上の親の権利を具体化したものは民法上の親権に尽くされるのではなく、面会交流権等も含む。この点については、後述する。

⁶ 最(大)判昭和 44 年 12 月 24 日刑集 23 卷 12 号 1625 頁。

⁷ 最判昭和 56 年 4 月 14 日民集 35 卷 3 号 620 頁。

事件では「人格権としての名誉の保護（憲法一三条）」と述べている⁸。その他、住基ネット訴訟においても最高裁は、憲法13条が「個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由を有するものと解される」と判示している⁹。このように、親の権利のような憲法に明文規定のない新しい人権について、憲法13条がその根拠となることは、最高裁の確立した判例と言いうる。

(2) 人格的利益説（通説）

次に、憲法13条の幸福追求権について、通説となっている人格的利益説について述べていきたい。憲法学の通説的なテキストとなっている芦部信喜の『憲法』では次のように述べられている。

「社会の変革にともない、「自律的な個人が人格的に生存するために不可欠と考えられる基本的な権利・自由」として保護するに値すると考えられる法的利益は、「新しい人権」として、憲法上保障される人権の一つだと解するのが妥当である。その根拠となる規定が、憲法一三条の「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」（幸福追求権）である」¹⁰

これに続く箇所では、幸福追求権に関して、さらに次のように述べられている。

「幸福追求権は、個別の基本権を包括する基本権であるが、その内容はあらゆる生活領域に関する行為の自由（一般的行為の自由）ではない。個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体を言う（人格的利益説）。」¹¹

ここで芦部は、本邦学会で少数説となっている一般的行為自由説を否定し、幸福追求権を「個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体」と把握する人格的利益説を採用している。

芦部は前掲書において「人格的利益」の内容を詳細には語っていないため、この点については同じく人格的利益説を採る佐藤幸治の『日本国憲法論』を参照するのが有益である。佐藤は、自説を「一般に人格的利益説と呼ばれる」¹²としながら、憲法13条に言う幸福追求権を「基幹的な人格的自律権」¹³と捉え、その具体的内容を明らかにしている。佐藤の挙げる具体的内容は多岐に渡るが、それらの内容の一つ、人格的自律権に関するものとして家族関係を挙げている。これについて佐藤は言う。

⁸ 最（大）判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁。

⁹ 最判平成20年3月6日民集62巻3号665頁。

¹⁰ 芦部信喜『憲法 第七版』（岩波書店、2019年）120頁。

¹¹ 芦部・前掲注10・121頁。

¹² 佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂、2020年）197頁。

¹³ 佐藤・前掲注12・197頁。

「家族関係は、世代を追って文化や価値を伝えていくという意味で、社会の多元性の維持にとって基本的な条件である。そしてそれは、個人の自己実現・自己表現という人格的価値を有するが故に、基本的には、人格的自律権の問題と解される。この問題は、14条、特に家族生活と個人の尊厳・両性の本質的平等に関して定める憲法24条の法的性格・内実をどう捉えるかに関係してくるが、24条の解釈が未だ必ずしも定まっていない中で、家族の形成・維持にかかわる事柄の根本は人格的自律権（自己決定権）にあることをまずは確認しておきたいと思う。」¹⁴

このように、本邦の通説である人格的利益説に拠ると、家族関係は世代を追って価値を伝えるという意味で社会の基本的条件であり、人格的自律権の問題とされる。そして、この権利は憲法13条の幸福追求権の一環として保障されることになる。

2、人権としての親の権利

幸福追求権に関する最高裁判例及び通説を検討したこれまでの叙述に踏まえて、親の権利が憲法上の人権として認められる点について述べていきたい。

(1) 私生活上の自由への該当性

複数の最高裁判例において、憲法13条が「私生活上の自由」を保障していると判示されていることを既に確認した。即ち、憲法13条で保障される憲法上の権利と言いうるためには、問題とされる法益が「私生活上の自由」に該当することが必要となる。よって、親の権利の法益が「私生活上の自由」に該当するかが問題となる。

親の権利とは、親が子に自らの価値や文化・考え方を伝え、他方で子は両親から愛情を受けつつ、自身の生き方に重大な影響を受ける、こうした自然の関係を内容とするものである。

このような関係は、主として私生活において行われるものであることは現代においては争いがないであろう。プライバシーの観念は17世紀のイギリスで発生した後、1890年代のアメリカにおいて「一人で放っておいてもらう権利」として法的に確認されたと言われている。

人類が発生した太古の昔においてはプライバシーの観念はなく、親が子を育て、子が親に育てられる自然的養育関係は「私生活」とは言い得なかったであろう。そもそも太古にはプライバシーや「私生活」の観念はもちろん、公と私の区別すら存在しなかった。しかし、プライバシーの観念が発達し、それが法定されるに至った現代においては、親子間の養育は主として家庭内で「私生活」として営まれることについて、争いはないであろう。

この点につき、旭川学テ事件最高裁判決において次のように判示されている点が注

¹⁴ 佐藤・前掲注12・214-215頁。

目される。

「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われるものと考えられる」¹⁵

この引用箇所より前の文章において、子どもの教育は親がこの自然的関係に基づいて行う養育・監護の作用の一環として現れるとも判示されており¹⁶、上記引用箇所の「家庭教育」の文言ともあいまって養育・監護・教育などの自然的な親子関係が主として家庭内の私生活において行われることは最高裁判所も認めていると言っている。

よって、本件訴訟に言う親の権利の保護法益は、最高裁判例に言う「私生活上の自由」に該当すると言うことができる。

(2) 人格的自律にとっての親の権利の必要性

人格的利益説（通説）によれば、家族関係が人格的自律権（自己決定権）として保護されることは既に見た。

ここでは、親の権利が、どのように人格的自律に関わるのかを敷衍してみたい。この点を考えるにあたって、第一に念頭に置くべきは、親の権利はアイデンティティ形成の基礎をなすということである。

まず、子どもの立場に立ってみれば、一方の親（別居親）との関係を断たれ、当該親からの養育を受けられない状況に追いやられることは、当該親の価値や考え方を受け継ぐことが不可能となり、さらには当該別居親の親である祖父母との関係をも断たれることで、自らの出自を知ることが不可能となってしまう。このことが子どものアイデンティティの形成に甚大なダメージを与えることは言を俟たない。

次に、親の立場に立ってみても、やはりアイデンティティの問題を避けることができない。人は子をもうけ、育てることで親としてのアイデンティティを獲得する。わが子を手を抱き、オムツを替え、ミルクを飲ませる等の触れ合いを通じて親になったことを実感するであろう。ところが、連れ去り被害者や親子関係を断たれた多くの別居親たちに見られるように、配偶者によって突発的に子を連れ去られたり、子との面会交流を拒否されたりすると何が起こるであろうか。記憶力が未発達な幼少の子は、1ヶ月も会わなければ引き離された親の顔を忘れてしまう。たとえ久しぶりに面会交流が実現したとしても、その子は久しぶりに会った親を他人として怖れるようになり、ときに泣いたりもする。こうなれば、親としてのアイデンティティは崩壊に至る。たとえ、ここまでに至らなくとも、子と長らく会えないこと自体がアイデンティ

¹⁵ 最大判昭和51年5月21日刑集30巻5号。

¹⁶ 前掲注15。

ティ喪失の恐怖感を呼び起こす。また、子どもがある程度、成長していた場合には、別の問題も起こりうる。すなわち、子を連れ去った親が、子と断絶させられた他方の親の悪口を子に吹込み、真に受けた子が別居親を嫌うようになる疎外と呼ばれる現象が起こりうる¹⁷。この場合にも、別居親の親としてのアイデンティティは崩壊の危機に瀕する。このように、親子間の養育・被養育関係を断絶させられることは、子にとっても、別居親にとっても、双方ともにアイデンティティの危機を生じさせるのであり、人格的自律と無関係と言うことはできない。

このように親子間の養育関係は、子や親のアイデンティティの基礎として意義を持ち、親の権利も家族関係を保護法益とする人格的自律権の論理的帰結として理解することができる¹⁸。

(3) 既存の判例の批判的検討——判例変更の必要性——

本稿では、憲法13条を根拠として親の権利が導出される。この権利は従来あまり主張されてこなかった新しい権利であるが、面会交流権を含む権利である¹⁹という意味においては、部分的に従来主張されてきた権利と同一の内容を含んでいる。

この面会交流権については、既存の判例との抵触関係が問題となる。例えば、面会交流（以前は面接交渉と呼ばれた）をめぐる1984（昭和59）年7月6日の最高裁判例は、面接交渉は親子という身分関係から当然に派生する自然権であり、それを全面的に否定することは憲法13条に照らし許されないという別居親の主張を斥けている。この判例では「面接交渉させるかどうかは子の監護に関する処分（家事審判事項）であり、子の福祉に反するとして面接交渉を認めなかったとしても憲法違反の問題は生じない」と判示した²⁰。

当時の最高裁は、面接交渉（面会交流）は自然権であり、憲法13条で保障されるとの主張を、憲法上の権利ではなく家事審判事項だとして切って捨てており、面会交流の全面否定について比例原則を適用して判断すべしとする主張すら行っていない。当時は、既に憲法13条によって私生活上の自由が保護されるとする京都府学連事件最高裁判決が存在しており、少なくとも面会交流が上記の私生活上の利益に該当しないかどうか、全面的な面会交流の制限が比例原則に反しないか否か等を検討すべきであった。

さらに近年では、面会交流権を確保するための立法措置を怠ってきた立法不作為に対して、東京地裁に賠償請求訴訟が提起された²¹。2019（令和元）年11月22日出

¹⁷ ドイツ連邦憲法裁判所は、面会交流権が可能にする事柄として、疎外の防止を挙げている。Vgl. BVerfGE, 31, 206.

¹⁸ 本稿が裁判所提出用の意見書であったことから、判例の立場を踏まえて人格的自律説に依拠して執筆した。しかしながら、一般的行為自由説を採っても、アイデンティティが13条で保障されるという結論は異ならないであろう。本稿は両説の当否を扱ったものではないため、この問題にはこれ以上深入りしない。

¹⁹ ドイツの連邦憲法裁判所は、面会交流権が基本法6条2項の親の権利によって保護されると判示している。前掲注4。

²⁰ 前掲注2。

²¹ 平成30年（ワ）7263号。

された東京地裁の判決は、「別居親の面会交流権が憲法上保障されている権利であって、その行使の機会を確保するために原告らが主張する立法措置を執ることが必要不可欠であって、それが明白であるとは認められない」と判示した。

この東京地裁の判決は、面会交流権を憲法上の権利として認めなかったという点では、35年も前の上述の最高裁判決を踏襲したものである。この判決の原告たちの主張は、憲法13条だけでなく、26条、98条2項、14条1項、24条2項と多くの憲法条文に渡るが、ここでは原告たちの13条に関する主張につき、東京地裁が反論している箇所に限って検討してみたい。

上記の東京地裁の判決では、面会交流権が憲法13条により保障された権利とする理解を否定する論拠は不分明に思われ、判決が批判対象としているO教授の意見書を参照しえないこともあって、正確な理解が困難である。が、理解可能な論拠を抽出すると、主として①面会交流の法的性質についての議論が様々であり具体的内容が一義的でないこと、②別居親による面会交流をどのような内容（頻度・時間・場所等）で、どのような方法で実現すべきかは、具体的な状況等により異なり、全面的に制限すべき場合も存することは諸外国の制度においても共通するのであるから、面会交流権について具体的な内容を特定することは困難だ、というものである。

しかしながら、①について判決が挙げているのは、家族法学者が主張している諸々の解釈学説や面会交流原則否定論など、家族法学上の議論である。このような家族法上の面会交流権とはひとまず区別される上位法としての憲法において、面会交流を保護領域に内包する13条の親の権利は、その最高法規性から、家族法の議論に理念的な方向づけを与えるものであるはずである。即ち、面会交流をも保護する憲法上の親の権利の具体化として、家族法上の面会交流権が精緻に構成されるべきものである。家族法の学説に諸説あるから、憲法上の権利の具体的内容が一義的でなくなる、とする東京地裁の議論は理解しがたい。さらに私見によれば、最高裁判所をはじめとする諸々の裁判所が面会交流を家事審判事項としか見ておらず、憲法問題になりうることを否定しているがゆえに、本邦で面会交流原則否定論などという国際的な人権水準に悖る説が大手を振って主張されるのであって、諸説が存在していることを以て裁判所が判断しない、というのは責任放棄であろう。

②について。別居親による面会交流の具体的内容（頻度・時間・場所等）や方法が特定しえないことを以て、面会交流を憲法で保護された権利と言えないという東京地裁の判示については、それでは何故、諸外国では面会交流が憲法で保護されているのか、と反問しなければならない。ドイツの連邦憲法裁判所は、面会交流権が基本法6条2項に言う親の権利によって保護されると判示しているし²²、アメリカ合衆国でも、訪問権（visitation）すなわち面会交流権について、「子どもと交流することは親の権利として確立しているとともに、子どもの利益にかなうものとして立法上保護されている。」²³ ここで言う「親の権利」とは、判例法により合衆国憲法第14修正に基づ

²² 前掲注4。

²³ 山口亮子『日米親権法の比較研究』（日本加除出版、2020年）20頁。

いて認められる憲法上の権利である²⁴。このように、憲法上の権利は、理念としての抽象度を有していても良いのであり、面会の頻度・時間・場所などの細部に渡る具体的内容が特定されずとも、権利として認めても良いのである。憲法から家族法へ、家族法から個別の決定へ、という形で具体化されていけばよいのであって、憲法上の権利に個別的な具体性は必要がない。この場合、憲法13条の幸福追求権の一環として特定しうる程度の具体性で足りる。

また、東京地裁の判決は、面会交流の全面的制限という選択肢が諸外国の制度にも共通することを根拠に、面会交流権を憲法上の権利として認めないという。しかし、諸外国では、面会交流が例外的に全面的に制限される場合が存することを認めながらも、面会交流を憲法で保障された親の権利の保護法益として認めてきたのではなかったか。このことは、権利制限の原則としての比例原則を念頭におけば、容易に理解することができる。面会交流を憲法上の親の権利で保護された法益と認めたととしても、それは無制限ではない。比例原則により、制限される場合がありうる。ごく簡単に概略を例示すると、以下のような段階が考えられる。

- a. 別居親に何の問題もなければ、頻回の面会交流を認める。
- b. 別居親に若干の問題があれば、監視などの制限付き面会交流を認める。
- c. 別居親に著しい問題があり、子どもの生命に危険が及ぶのであれば、全面的に面会交流を禁止する。

上のように、面会交流を憲法上の親の権利として認めつつも、比例原則に照らして、同居親の問題性の度合いに応じて制約を加えれば良いのであって、面会交流を全面的に制限すべき場合（上のcの場合）があることを論拠に、面会交流が憲法で保護される権利であることを否定する東京地裁の論拠には理由がない。極めて荒い議論であり、産湯とともに赤ん坊を流す、との誹りを免れない。

この東京地裁の決定は、1984年（昭和59年）に出された最高裁判決の立場を踏襲したものであると思われるが、最高裁判決が出されてから東京地裁の上記判決が出されるまで35年もの時間が経過している。その間にも、国内外の状況は大きく変化している。国際的な人権水準の向上や時代の変化に合わせて、本邦の判例にも変更が迫られているというべきである。

第2、離婚後単独親権制度の違憲性

離婚後単独親権制度は、ドイツ連邦憲法裁判所やルクセンブルク憲法院が違憲判決を下していることに見られるように、その違憲性が問題となる。ここでは、日本国憲法に照らして、その違憲性を問題にしてみたい。

²⁴ 「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。」山口・前掲注23・8-9頁。

1、親の権利に対する侵害

民法 819 条に定められた離婚後単独親権の強制によって、一方の親には（民法上の）親権の剥奪を通じて（憲法上の）親の権利に対する過剰な介入・侵害が行われることになる。この違憲性を、比例原則に照らして検証してみたい²⁵。

(1) 立法目的の正当性についての検討

そもそも離婚時に一方の親の親権剥奪によって単独親権にする目的とは何であるのか。現在、争われている憲法訴訟の国側準備書面などを見ると、離婚後の父母において単独親権制度を定める民法規定の立法目的は、子の利益の確保及び両性の本質的平等にあると解されるという。字面だけを形式的に見るなら、「子の利益の確保及び両性の本質的平等」という文言は正当であるかのようにも見える。

しかしながら、その根拠について実質的な検討を加えるなら、必ずしも正当とは言えないことが分かる。上記準備書面は、離婚後も共同親権が継続するなら父母間で子に関して適時に適切な合意を形成することが困難となり、かえって子の利益が害されるおそれがある、という。しかし、諸外国の立法例を見ると、日本以外の先進国（ここでは G7 を念頭に置く）は離婚後共同親権を法制化している。そこでは、子が父の監護下にある場合は監護に関する日常的事項は父が決定でき、子が母の監護にある場合は監護に関する日常的事項は母が決定できる、とすることで合意の形成を原則的に不要としている例が見られる。例外として長期にわたる子どもの治療法や進学先の学校の決定といった重要事項について合意が必要となるが、合意できない場合は家庭裁判所の審判や親権停止・剥奪制度、緊急時には子の意思を尊重する等と定めることで、養育方針を一義的に決定しうることは諸外国の立法例を見ても明らかである。

離婚後共同親権を採用すれば、父母間で適時に適切な合意を形成することが困難となり、かえって子の利益が害されるというのであれば、なぜ、日本以外の先進国では全て離婚後共同親権が採用されているのかと反問しなければならない。本邦の離婚後単独親権制度こそが、離婚後の別居親と子どもとの生き別れを助長しており、子どもの情緒の安定や自己肯定感の育成、出自を知りアイデンティティを形成する等の子どもの利益に真っ向から反するものであるとすることができる。

もう一つ、離婚後単独親権の立法目的の根拠として挙げられていた「両性の本質的平等」についても、実質的に検討するなら、正当とは言い難い。離婚後に親権者が父母のいずれかに定められるならば、他方の親は民法上の親権を失い、それによって憲法上の人権である親の権利に重大な侵害を被る。このことが憲法 14 条で禁止された性別による差別に該当しないのは、父母のどちらか一方を親権者と定めることとしているから、換言すれば離婚後はどちらの性も親権者となりうるのであるから、性別による差別に当たらない、という趣旨であろう。しかしながら、子どもの親権が争われ

²⁵ 比例原則とは、ドイツの連邦憲法裁判所が違憲審査を行う際に用いられる一般的な違憲審査基準であり、基本権への介入について目的の正当性と介入手段の必要性や目的と手段の均衡などを検証するものである。本邦でも、最高裁判決等において違憲判断の基準として採用されていると見ることができる。

た場合、離婚裁判において圧倒的割合で母親に親権が付与されるのが日本の司法実務である²⁶。実質的に見れば、男女が平等に扱われているとは言えないであろう。この点、諸外国では、男女の平等や親の権利を憲法上の権利とする考えのもとで、離婚後も両親に子の養育の責任を持たせる立法例が当たり前である。両者を比較して、どちらが両性の本質的平等を実現しているであろうか。先進国で唯一の遺制として、圧倒的多数の事例において女性が単独で親権を得るに至る本邦の単独親権法制こそが「両性の本質的平等」に反しているように思われる。

このように離婚後単独親権の立法目的の正当性には重大な疑義があるのであるが、本稿筆者は、立法目的とその達成のための手段が比例性を欠くことこそが憲法違反を決定づける重大な事柄と考えるため、ここでは問題の指摘に留め、上記の比例性について検討する²⁷。

(2) 立法目的達成手段の比例性の検討

立法目的が正当であるとして、当該目的を達成する手段として一方の親の親権を喪失させることが果たして適切であろうか。歴史を振り返ってみると、明治民法の時代には婚姻中にも共同親権を否定し、父のみを親権者としていた。その理由として挙げられたのが、共同親権では父母間で意見の対立が生じたとき決定に至らないというものであった。そして、このような論拠は、戦後民法によって婚姻中の共同親権が法制化されることで基本的には誤りであることが暴露された。今日では、本邦を除く先進国のすべてが離婚後共同親権を法制化しており、一部の高葛藤事例を除けば、離婚後も共同親権に基づく共同養育が奏功している。よって、目的達成の手段として離婚後に一方の親の親権を一律に喪失させることを定める現行民法 819 条の規定は、過剰な介入である。離婚後も共同親権を継続するなら父母は協調しえず決定に至らない、とする論拠は、一般的に虚偽であり、「人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚する」と謳った日本国憲法前文の趣旨に反する相互不信の価値観に基づくものである。

次に介入の必要性についても検討を加える。離婚後の一律の単独親権化は、止むにやまれぬものであり、必要性があるのか？ これについても否である。今日のドイツでは、離婚時に親権の変更は行われず、婚姻中の共同親権が離婚後もそのまま維持される。養育方針の一義的決定は父母の話し合いで行われ、どうしても話し合いにより方針の一致を見ないような場合に、父母の一方からの申請によって裁判所が一方の親への単独親権の移譲を決定することができる。このような方法によれば、他方の親の親権を剥奪するという手段もあくまでも例外に留まるのであり、介入も必要最小限で済む。かかるドイツの法制を見ても分かる通り、離婚時に親権に変更を加えることは

²⁶ 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）156 頁以下。

²⁷ この点に関して、「明示的に目的違憲とした判例は存在せず、違憲審査は、立法目的と立法手段の関連性を問う手段審査を中心に行われてきた。」との指摘がある。伊藤健「目的審査に関する違憲審査基準(一) -- "compelling" と "important" の実質的区別に向けて --」法学論叢 181 巻 2 号 (2017 年) 160 頁。

必須ではなく、その必要性は認められない。

一方の親の親権を全面的に剥奪することで憲法上の親の権利に全面的に制約を加える手段は余りにも過剰な介入であり、必要性も認められないものであって、立法目的を達成するための手段としては比例性を欠いている。このことは、民法 819 条に定められた離婚後単独親権制度が立法裁量の範囲を逸脱していることをも意味している。

このように、比例原則に照らせば、民法 819 条が定める離婚後単独親権制度は憲法 13 条に違反し、法令違憲であることが看取できる。

2、予想される反論への再反論

上の見解への予想される反論として、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との主張がありえよう。これについては、ドイツの連邦憲法裁判所が次のように答えている。(以下の引用文中で「親の配慮権 (Sorgerecht)」とは、日本の民法で言う「親権」に相当する用語である。)

「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」²⁸。

上の判示は、なぜドイツでは離婚後に原則として共同親権が維持される制度が採られるのかを理解するために、極めて重要である。例えば、この制度のもとで離婚後も両親がそのまま保持することになった共同配慮権（本邦で言う共同親権）が、両親間の争いが再び激化したことにより 3 年間で破綻し、結局は一方の親の申立てによって裁判所がこの親に単独配慮を移譲することになったということもありうるであろう。ところが、この場合でも、両親が葛藤をかかえつつも何とか子のために協調して共同配慮を行った 3 年間こそが、子のかけがえのない思い出となり、この経験が子の心を支えるものとして、その後の人生に積極的な影響を与え続ける、ということもありうる。一般的に言って、人は争っても再び協調しうる。離婚後は両親の間柄が多少なりとも他人行儀なものに戻るがゆえに、葛藤が落ち着くことが普通である。例外的に争いが非和解的に亢進したとき、初めて裁判所が一方の親への単独配慮の移譲を決定すれば良いのである。一方の親の身体的な故障やネグレクト等の特段の事由がないかぎ

²⁸ BVerfGE 61, 376. 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) 421 頁。訳文は少し変更した。

り、離婚の時点から単独親権を強制して一方の親を親権行使から排除することは、憲法上の親の権利を侵害するのみならず、親と子の双方に内在する愛の欲求を抑圧するものであり、両親から守られつつ養育と愛情を受けるといふ子の福祉にも反する。

上述の判旨は、ドイツにおいてのみ妥当するわけではない。それは「人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚する」と謳う日本国憲法前文の趣旨とも見事に合致する考えであり、本邦にも妥当する。世界中の先進国が離婚後共同親権を法制化し、離婚後の両親が協調して子の養育を行っている今日、日本の親たちだけが離婚後に協調しえないとするのは、一種のマゾヒズムであり、一般論としては誤りである。

3、平等原則（憲法 14 条 1 項）違反

さらに、民法 819 条が定める離婚後単独親権の法制度のもとで、離婚時に一方の親のみが親権を剥奪され、他方の親のみが親権を保持することが、それぞれの親を法的に異なって取り扱うことになるため、平等原則を定めた憲法 14 条 1 項に抵触するのではないかが問題となる。平等原則違反についても、異なった法的取り扱い（法的な差別的取扱い）の目的の正当性や、目的達成の手段の必要性や比例性などが検討されなければならない。

(1) 立法目的の正当性についての検討

憲法 13 条から導出される親の権利について述べた箇所ですら既に触れたとおり、離婚後単独親権は「子の利益の確保及び両性の本質的平等」を立法目的としているという。一見すると、もっともらしい文言であるが、実質的に検討するとその正当性は大いに疑わしい。この点、上の箇所ですら述べたことが——必要な修正を加えて——そのまま当てはまるのであり、ここでは繰り返さない。以下では、目的達成の手段が比例性を欠くことについて論証する。

(2) 立法目的達成手段の比例性についての検討

ひとまず立法目的が正当であるとして、この目的達成の手段として一方の親の親権の完全な喪失という方法が必要とは言えない。ここでも両親の親権を維持したまま、話し合いによって養育方針の一義的決定を達成すればよく、例外的に話し合いによって養育方針の一致を見ない場合に、一方の親の申請によって単独親権に移行する方式（ドイツ方式）も可能などである。このように、より穏当な他の手段がありうるどころ、これを選択せず、一方の親の親権を維持しつつ、他方の親の親権を全面的に喪失させるといった民法 819 条の規定は比例性を欠いており、合理的な理由もない。

よって、上記のような異なった法的取り扱いについては、親権を剥奪される親の平等を侵害するものであり、憲法 14 条 1 項にも反する。

4、国際的人権水準からの乖離

本邦の離婚後単独親権制度の違憲性を裏づけるものとして、国際的な人権水準から

の乖離を指摘したい。日本国憲法は国際協調主義を採用するとともに、人権という人類普遍の価値を共有しているはずである。そうであれば、海外諸国の人権水準を確認することも必要であろう。海外諸国では、子どものための親の権利が基本権ないし人権として保障されているが、以下ではドイツ連邦共和国、アメリカ合衆国、そして欧州人権裁判所について言及したい。

(1) ドイツ連邦共和国

ドイツでは親の権利 (Recht der Eltern) が憲法上の権利として明文で認められている。実際、ドイツのボン基本法 6 条 2 項には「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」²⁹ との文言が見られる。面会交流権もこの権利の保護法益として保障されている。民法上の親権に相当する権利は、配慮権 (Sorgerecht) として用語上も区別されている。

1982 年には連邦憲法裁判所が、離婚後単独親権を定めた当時の民法規定を憲法違反と判示し、1998 年に親子法改正法 (1997 年制定) が施行され、離婚後共同親権 (共同配慮権) が法制化された。離婚後に一方の親によって申請があった場合に裁判所の決定を経て単独親権が採用されることもあるが、例外に留まる。統計によると、9 割以上が離婚後も共同親権を維持し続けている。

上記の 82 年の違憲判決において、連邦憲法裁判所は「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、基本的な考えである」と判示している³⁰。基本法の 6 条 2 項の文言も、親の権利を親に課せられた義務とも規定しているが、子に対する親の義務を子どもから見れば、親に対する子どもの権利ということにもなる。

(2) アメリカ合衆国

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。根拠となるのは、合衆国憲法第 14 修正のデュープロセス条項である³¹ (面会交流権は実体的デュープロセスと言われる権利に含まれ、この権利は日本国憲法の 13 条の幸福追求権に相当する)。アメリカにおける親の権利は、判例法によって確立されたものであり、初出は早くも 1923 年の Meyer 判決に見られる。

アメリカでは、もともと面会交流権を「訪問権 (visitation)」と表現するが、近年では別居親に宿泊を含む複数日の子どもとの交流が認められることから「養育時間 (parenting time)」という言葉が用いられることもある。「アメリカでは、非監護親の訪問権を合衆国最高裁判所で確認したことはないものの、子どもと交流することは

²⁹ 高田敏／初宿正典 編訳『ドイツ憲法集 [第 6 版]』(信山社、2010 年) 215 頁。

³⁰ BVerfGE 61, 371. 邦訳については参照、大森・前掲注 28・418 頁。

³¹ 山口・前掲注 23・8-9 頁。

親の権利として確立しているとともに、子どもの利益にかなうものとして立法上保護されている。」³² 特にニュージャージー州の最高裁判所は、親の訪問権（面会交流権）について、「自分の子どもと関わり育てる親の権利は合衆国憲法第1修正、第9修正および第14修正によって保護される基本権」と判示している³³。このように、アメリカにおいても面会交流権が憲法上の親の権利によって保護される法益として認められている³⁴。

なお近年、ノースダコタの「州最高裁判所は、訪問権は単に非監護親の特権ではなく子どもの権利である」³⁵と判示しており、面会交流権は親の権利というだけではなく、子どもの権利としても把握されている。

(3) 欧州人権裁判所

欧州人権条約第8条には、私生活及び家族生活の尊重を受ける権利が定められている。そして、欧州人権裁判所の「1988年の *Berrehab v. the Netherlands* 判決 (21 June 1988) では、離婚を理由とする在留許可の不更新によって面接交渉権が行使できなくなることが条約8条違反とされ、これ以降、出入国管理の分野における外国人の権利を8条を媒介として保護しようとする「間接的保護」の手法が定着することになる。」³⁶

このように、欧州人権裁判所の判例においても、面会交流権が欧州人権条約8条によって保障されていることが分かる。ここでも、離婚した一方の親の面会交流権が、単なる家族法上の権利ではなく、人権によって保護されていることが看取できよう。この欧州人権条約は、ロシアを含めたヨーロッパ全域の国々が批准しており、そこでは、面会交流が人権条約によって保護されている。

おわりに

以上の考察から明らかなように、本邦の現行民法が採用する離婚後単独親権制度は憲法13条および14条に違反する違憲立法であり、速やかな改正が必要である。ドイツの単独親権違憲判決が、その後の共同配慮の法制化を促したように、本邦の裁判所にも離婚後単独親権を定めた民法819条を違憲とする判決を期待する。その際、憲法上の親の権利によって面会交流も保護されることが明示されるべきである。

既に縷々述べたように、ドイツもアメリカも親の権利を憲法上の権利として認めて

³² 山口・前掲注23・20頁。

³³ 山口・前掲注23・133頁。

³⁴ この点につき、山口亮子も次のように述べている。「アメリカでは、面会交流権は親の憲法上の権利であり、国家の介入を排除する親のプライバシー権から構成される権利としている。離婚という夫婦間の法的関係解消があっても、親子の関係から導かれるこの権利は、子への有害性が証明されない限り確保されるべき権利であり、親権者により否定されないのはもちろん、国家からも原則として否定されるべきではない権利とされている。」山口・前掲注23・318頁。

³⁵ 山口・前掲注23・151頁。

³⁶ 馬場里美「外国人の在留と私生活・家族生活の尊重 犯罪を犯した外国人の追放と家族生活・私生活の尊重——ブルティフ判決——」戸波江二ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社、2008年）354頁。

おり、そしてこの両国に加えて欧州人権条約締約国のすべてにおいて面会交流が人権条約によって保護されている。かかる国際的人権保障の水準に比して、本邦には面会交流が家事審判事項にすぎず憲法問題ではないとした最高裁判例があり、これを踏襲して面会交流権は憲法上の権利ではないと判示した東京地裁判決があるが、国際的な人権水準に悖るものであり、判例変更の必要性を認める。先進国中、面会交流は憲法問題ではないなどという主張をする裁判所を持つ国は日本だけであり、彼我的人権水準の落差に愕然とする。本邦の裁判実務には、可及的速やかな是正が求められる。

なお、このことは国際社会からの要請でもある。実際、2018年3月にはEU26ヶ国から本邦宛に子どもの連れ去り・引き離しに抗議する書簡が届けられ³⁷、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共同養育や面会交流に必要な法改正を促す勧告が行われている³⁸。さらに2020年7月に欧州議会本会議で日本国内の親による子の連れ去り行為の頻発が指摘され、本邦に対して離婚後共同親権の法制化を求める決議が採択された³⁹。2021年9月には米下院外交委人権小委員会で開かれた国際結婚破綻時の子ども連れ去りに関する公聴会にてスミス共同委員長が子どもを取り戻すため日本に対し厳しい措置を取りやすくする新たな法案を準備していると明らかにした⁴⁰。このように、国際社会からの要請も年々強まっている。

既に述べたとおり、世界の国々では離婚後も両親が子を育てる離婚後共同親権が一般的である。実際、先進国（日本以外のG7加盟国）は既に離婚後共同親権を法制化しており、今やG20中で離婚後単独親権制度を墨守する国はインドとトルコと日本のみ。東アジアにおいては、北朝鮮と日本の二国のみが離婚後単独親権制度を墨守する国となっている。

本邦には、わが子と断絶させられた親たち、親と断絶させられた子どもたちが多数存在しており、全国に当事者の団体が結成され、そのなかには国際結婚によって日本人と結婚したが、その後離婚し、子どもと会えなくなった外国人の団体までもが存在している。そして、支援する弁護士たちと当事者たちによる集団訴訟として複数の憲法訴訟が提起されている。他方で現在、法務省の法制審議会にて離婚後共同親権の立法に向けた議論が進められているというが、なお実現には遠く、実現したとしても、現在の当事者が救済される法制度になるか否かも不明なままである。立法による解決が、どの程度の射程をもち、どの程度の実効性を持つのか。これもまた、不明なままである。こうした事実からも分かる通り、いま、司法による救済が待望されている。結婚して子どもをもうけても、離婚すれば親権を奪われ、子と会えなくなる可能性があるとあっては、結婚やリプロダクションへのインセンティブも働きにくく、少子化

³⁷ EUから送られた書簡については、法務省が仮訳を公表している。以下URL参照、<https://www.moj.go.jp/content/001257587.pdf>（2021年11月5日閲覧）

³⁸ https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/JPN/CRC_C_JPN_CO_4-5_33812_E.pdf（2021年11月5日閲覧）

³⁹ この決議につき、外務省欧州局政策課による仮訳がある。以下のURLを参照のこと。<https://www.moj.go.jp/content/001347789.pdf>（2021年11月5日閲覧）

⁴⁰ 時事通信 2021年09月30日配信記事。

も是正されにくいであろう。司法による救済がなされ、本邦の人権水準が国際的なそれにキャッチアップすることは、子どもの福祉を促し、その健やかな成長に資するものともなるであろう⁴¹。

以 上

⁴¹ 本稿はもともと裁判の意見書として執筆されたものであるため、可能なかぎり判例や通説を踏まえて論旨を展開した。親の権利についても、憲法13条で保障されるとの多数説を踏襲している。もっとも、憲法上の親の権利は他の人権規定からも導出可能ではないかと言う点は検討する余地がある。親の権利が憲法13条以外の人権規定から導出可能であることが判明したとしても、憲法13条と他の人権規定との関係について補充的保障説を採るのでなければ、矛盾が生じることはないはずである。この点は、別稿で述べたい。なお、補充的保障説について参照、芦部・前掲注10・121頁。