

# 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 ——

大 森 貴 弘

Resultat und Belehrung des Prozesses über das gemeinsame Sorgerecht:  
Zur Festigung des verfassungsrechtlichen Elternrechts in Japan

OHMORI Takahiro

2022年11月4日受理

## 抄 録

本稿が考察の対象とするのは、離婚訴訟に伴って子の親権を失った原告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。原告は裁判離婚の場合に裁判所が父母の一方を親権者と定めるという民法819条2項の規定が、憲法13条、14条1項若しくは24条2項又は日本が批准した条約に違反し、民法819条2項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し、離婚後単独親権に関する違憲判決を獲得することを目指し提訴に至った。一審・控訴審・上告審ともに棄却という結果に終わったが、一審では親による子の養育が人格的な利益であると判示された。本稿では当該訴訟の主張・争点を跡づけ考察しながら、本稿筆者の見解、即ち民法上の「親権」と憲法上の「親の権利」を区別すべきこと、親の権利は憲法26条と結びついた憲法13条により根拠づけられること等が明らかにされる。

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、訴状における主張の構造と特質

1、親権を基本的人権とする主張

2、二段構えの論理構造

- 3、立法事実としての条約・事実としての外国法
  - 4、親権の複合的性格と権力分立
- 三、本件訴訟における重要争点
- 四、一審及び控訴判決の重要部分
  - 1、親権は基本的人権ではない
  - 2、立法目的と達成手段の合理的関連性
  - 3、親による子の養育は人格的な利益を有する
- 五、問題の所在と検討
- 1、民法上の親権と憲法上の親の権利の区別と連関
  - 2、旭川学テ判決と憲法 26 条
  - 3、過剰介入について
  - 4、諦念的な裁判所の態度
- おわりに

## はじめに

2022年8月30日、法制審議会家族法制部会で検討中の離婚後共同親権の中間試案が、自民党の意向を受けて正式決定を延期されるというニュースが報道された<sup>1</sup>。この中間試案には離婚後共同親権を法制化する選択肢も示されたが、監護権を除く親権を共同化するという選択肢が目につき、さらに単独親権の維持という択肢も含まれる等、問題のあるものであった。とりわけ、パブリック・コメントに付すには選択肢が複雑に分岐し、分かりにくいことを自民党議員から指摘されてのことであった。

それから約1ヶ月後には、離婚後単独親権の違憲を主張する作花知志代理人による国家賠償訴訟（作花共同親権訴訟<sup>2</sup>）が最高裁により棄却され、確定したとのニュースが報道された<sup>3</sup>。本稿筆者は、かつて憲法上の親の権利を基本的人権と主張する見解を新聞紙上に公表したこともあり<sup>4</sup>、この訴訟には多大な関心を寄せていた。そのため本稿では、この作花共同親権訴訟（以下、本件訴訟と略記する）を検討することで今後の同種の憲法訴訟のために教訓を引き出すことができればと考えている。

一般に判例を検討する際には判例を学説によって批判する方法、判例を歴史的文脈においてその意義を究明する方法等がありうるところであるが、本件訴訟に関しては最高裁で確定する前の時点で既に一審判決に基づく複数の判例評釈が公表されていることもあり<sup>5</sup>、本稿では上の方法には拘らず、本稿筆者の関心に照らして重要と思わ

<sup>1</sup> 「共同親権の中間試案先送り 法制審、自民異論受け」時事通信社、2022年8月30日。

<sup>2</sup> 「作花共同親権訴訟」の名称は、訴訟の情報を公開している次のウェブサイトによる。<https://www.oyako-time.com/>（2022年11月3日閲覧）なお、同ウェブサイトには「離婚後単独親権違憲訴訟」の名称も見られる。同種の訴訟は複数あるため、区別のためには前者の名称が便宜ではある。

<sup>3</sup> 「民法の「単独親権」、合憲判断が確定 最高裁」日本経済新聞 2022年10月1日付（夕刊）7頁。

<sup>4</sup> 大森貴弘「共同親権で親子の関係守れ」朝日新聞 2017年9月21日付（朝刊）17頁。

<sup>5</sup> 卷美矢紀「裁判上の離婚に伴う親権者指定の合憲性」法学教室 No.489（2021年）166頁。西村枝美「裁

れる点を中心に自由に論評し、憲法上の親の権利に関する私見を述べていきたい。作花共同親権訴訟の場合は、訴状や準備書面、判決文がインターネット上で公表されているため<sup>6</sup>、本稿では判決だけではなく訴状や準備書面をも検討の対象とした。

本稿筆者は日本国憲法においても基本的人権としての親の権利が認められると考えており、本稿が今後も続く単独親権違憲訴訟や、近い将来の離婚後共同親権法制化に何らかの示唆を与えることができればという実践的な関心を有している。かかる関心から、本稿では、今後の議論の進展に有益と思われる点を中心に論じることにした。その上で、その後に提起された単独親権の違憲を主張する他の訴訟（自然的親子権訴訟、養育権訴訟）についても若干、言及することにした。

## 一、事実の概要

本件訴訟は、離婚訴訟に伴って子の親権を失った原告が、子ども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の賠償金を要求する国家賠償訴訟である。原告は「裁判上の離婚の場合に裁判所が父母の一方を親権者と定めるという民法819条2項の規定が、憲法13条、14条1項若しくは24条2項又は日本が批准した条約に違反することが明白であるから、民法819条2項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し<sup>7</sup>、離婚後単独親権に関する違憲判決を獲得することを目指している。

本件訴訟は、過去に実際に違憲判決を勝ち取った作花知志弁護士が手がけるものであること、提訴にあたって記者会見が行われて広く報道されたことから、注目を集めた。また、主に離婚後に子どもと離れて暮らしている別居親当事者やその団体からも期待を集めた。

## 二、訴状における主張の構造と特質

### 1、親権を基本的人権とする主張

訴状を読むと、基本的人権としての親権は憲法24条2項や憲法13条を根拠として保障されている、との主張が展開されている<sup>8</sup>。この点について、本件訴訟に先立つ2017年9月21日に本稿筆者は朝日新聞紙上に「共同親権で親子の関係守れ」と題する記事を公表し、「基本的人権である親の権利」について言及したことがある<sup>9</sup>。本稿筆者のこの記事は、ウェブ上でも閲覧可能であるため、あるいは本件訴訟の作花知

判上の離婚の場合に裁判所が父母の一方を親権者と定める規定の合憲性」ジュリストNo.1570（2022年）14頁。本件訴訟に関する論文として参照、中岡淳「離婚後単独親権制度と親の憲法上の権利——東京高裁令和三年一〇月二八日を契機に——」三重大学法経論叢39巻2号（2022年）27頁。

<sup>6</sup> 本件訴訟の書面については執筆時現在、次のURLよりダウンロードできる：  
<https://www.oyako-time.com/docs/>（2022年11月2日閲覧）

<sup>7</sup> 東京地方裁判所令和3年2月17日判決（事件番号：平成31年（ワ）第7514号）2頁。

<sup>8</sup> 本件訴訟の訴状4頁。

<sup>9</sup> 前掲注4。

志代理人にも参照の機会があったかもしれない。親の持つ権利が基本的人権であるという点では、作花と本稿筆者の見解は一致するが、本稿筆者は憲法上の権利である親の権利を、民法上の権利である親権と文言上も区別するため、憲法上の権利については、あえて親の権利という文言を用いている。また、当時国会上程が予定されていた親子断絶防止法案を憲法上の親の権利の具体化と論じていることから分かるように、憲法上の親の権利は下位法において種々の形で具体化されるものと把握しており、民法上の親権のみを想定するものではなかった。本稿筆者は、憲法上の親の権利を面会交流権も含めた広範な権利として把握している<sup>10</sup>。インターネット上では、本稿筆者の見解と作花の見解を同一視する向きもあるようであるが、上のような違いがある。

本件訴訟の代理人が憲法上の親の権利をあえて「親権」の名で呼ぶ理由については本稿筆者には不明であるが、推測すると、裁判官に対して民法上の親権と憲法上の権利との同一性を強調し、以て親権を基本的人権として認めさせるために、あえて「親権」という文言を採用したのかもしれない<sup>11</sup>。

さらに訴状では、親権が基本的人権であることの論拠として旭川学テ最高裁判決の「子どもの教育は、その最も始源的かつ基本的な形態としては、親が子との自然的関係に基づいて子に対して行う養育、監護の作用の一環としてあらわれるのである」との文章を含む箇所が引用されている<sup>12</sup>。

本件訴状では、さらなる論拠として本稿筆者が公表した「翻訳：ドイツ連邦憲法裁判所の離婚後単独親権違憲判決」の訳者解説から引用を行い、親権が基本的人権であることが主張されている<sup>13</sup>。もっとも、既に述べた通り、本件訴訟の原告代理人が引用している箇所において本稿筆者は、親の権利を民法上の親権と同一の内容だと主張していたのではない。過去に違憲判決を勝ち取った実績のある作花知志代理人に引用されることは光栄とするところではあるが、本稿筆者による親の権利の理解とは若干の径庭があることを指摘しておきたい。

## 2、二段構えの論理構造

次に訴状の論理構造として、二段構えの構造であることが指摘できる。まず、親権は基本的人権であることを前提に民法 819 条 2 項の違憲性が主張される。たとえ親権が基本的人権であることが否定されたとしても、人格的利益に該当するならば、憲法

<sup>10</sup> ドイツの連邦憲法裁判所も面会交流権を憲法上の親の権利の保護領域に含まれるものと判示している。Vgl. BVerfGE 31, 194 ff. 参照、大森貴弘訳『翻訳：面会交流権が憲法で保護されると判示したドイツ連邦憲法裁判所の判例』常葉大学教育学部紀要 42 号（2022 年）237 頁以下。

<sup>11</sup> ドイツのボン基本法 6 条 2 項に „Recht der Eltern“（親の権利）の文言が見られ、この文語は文献では „Elternrecht“ と略称で表現されることもある。Dazu vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 18. Aufl., 2002, Rd. 645. そして、これらは民法上の „elterliche Gewalt“（親権）、今日の用語で言う „Sorgerecht“（配慮権）とは区別と連関において把握される。もっとも、従来の邦語文献において憲法上の権利である „Elternrecht“ を「親権」と訳す例が無かったわけではない。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）246 頁。しかし、上記の理由により適訳とは言い難い。

<sup>12</sup> 前掲注 8、4 頁。

<sup>13</sup> 前掲注 8、4-5 頁。

24条に基づく立法裁量の限界をなすことが主張される。この意味で、訴状の論理は二段構えの構造をなしている。訴状の該当箇所を引用すると、次の通りである。

「民法820条により、親の未成年者子に対する親権は「権利」であることが明記されているのであるから、仮に親の未成年者子に対する親権が基本的人権でないと解釈されたとしても、離婚後単独親権制度を規定した民法819条2項は、①親の未成年者子に対する親権という人格的利益を侵害するものであり、②親の一方のみが未成年者子の親権者となり、もう一方の親は未成年者子に対する親権を全て失うことで、両性の実質的な平等を損なうものであり、③未成年者子を連れ去った親が継続性の原則により親権を得る「連れ去り得」と言われる行為が横行しており、それは民法819条2項の離婚後単独親権制度を前提とした行為であるところ、それは離婚後単独親権制度という婚姻制度の内容により、婚姻を継続すること自体が事実上不当に制約されることを意味している」<sup>14</sup>

そして上のような主張は、憲法24条に関連して「憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量に限定的な指針を与えるものといえる。」と判示した夫婦別姓訴訟の最高裁判決<sup>15</sup>及び同趣旨の下級審判決<sup>16</sup>に依拠して行われている。

たとえ親権が基本的人権であることが裁判所によって否定されたとしても、人格的利益には該当することを認めさせれば、一定の成果である。本件訴訟は上述のような二段構えの論理構成をとる。そして、後述のように、かかる論理構成は一定の成果をもたらすことになる。

### 3、立法事実としての条約・事実としての外国法

本件訴訟では、原告代理人の作花知志が過去に最高裁で違憲判決を勝ち取ったときに使用した、事実としての条約という手法が縦横に駆使されている。わが国が批准した条約や外国法を裁判で主張する場合、憲法98条2項の条約の誠実遵守義務に依拠して遵守すべき規範として条約を引用するだけでは、条約の国内効力の問題などに論点に移行し、結局のところ奏功しないのが常である。そこで、本件訴訟の代理人であ

<sup>14</sup> 前掲注8、7-8頁。

<sup>15</sup> 最高裁大法廷平成27年12月16日判決（平成26年（オ）第1023号）。

<sup>16</sup> 無戸籍児問題についての嫡出否認制度違憲訴訟における大阪高等裁判所平成30年8月30日判決（大阪高等裁判所平成30年（ネ）第247号）。

る作花知志は、条約を単に規範としてではなく憲法解釈に影響を与える立法事実として主張し、事実認定において裁判所に認めさせるという手法を取っており<sup>17</sup>、この手法が本件にも活用されている。

また同様に外国法についても、わが国の憲法解釈に影響を与える立法事実として主張して裁判所に認めさせるという手法が採られている。作花が本件訴状において「諸外国の立法の動向が、日本国憲法の解釈に影響を与える立法事実である」<sup>18</sup>と主張するとき、依拠するのは女性の再婚禁止期間違憲訴訟の最高裁大法廷判決であり、そこには「再婚禁止期間に係る諸外国の立法の動向は、我が国における再婚禁止期間の制度の評価に直ちに影響を及ぼすものとはいえないが、再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高まっていることを示す事情の一つとなり得る」<sup>19</sup>との判示が見られる。

こうした手法は、比較法を重視する法学の成果を、実際の憲法訴訟に反映させる手法として極めて重要であり、今後の憲法訴訟においても活用されるべきものであると思われる。

#### 4、親権の複合的性格と権力分立

本件訴訟の訴状において作花知志代理人は「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」<sup>20</sup>と論じている。これが後に、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、との反論を被るものになってしまう。

なお、私見によると、親権が義務としても把握されるという点では、日本でも同じであり（民法 820 条）、諸外国でも概ね同様であろう。ただし、親権を親の責任と言い換えている国は、英・豪・カナダ（の一部の州）、イタリアといった一部の国々に留まるのではないと思われる。ドイツでも民法上の親権は *Sorgerecht*（配慮権）とされているし、アメリカでも *custody*（親権、監護権）の用語が用いられている。親権に義務が含まれることは是認しうるとしても、欧米では親権を義務と捉えているとの性急に一般化した認識を開陳してしまったことが、後に裁判所から義務と人権を同一視できるのかとの反論を被る一因になってしまった点は惜まれる。

その他、訴状には「国家の三権分立制度は、国家権限を 1 つに集中させると、必ず弊害が生じるという人類の経験と理念に基づくものである。親権制度も同様であり、世界中のほとんどの国が離婚後共同親権制度を採用していることは、両親による共同親権こそが未成年者子の利益を生むという、人類の経験と理念に基づいている結果なのである。」との指摘がある。この指摘も意義深いものである。わが国で採用されて

<sup>17</sup> この方法に関して参照、作花知志「国内裁判所における人権条約と個人通報制度——事実としての条約——」国際人権 23 号（2012 年）56 頁。

<sup>18</sup> 前掲注 8、13 頁。

<sup>19</sup> 最高裁大法廷平成 27 年 12 月 16 日判決（平成 25 年（オ）第 1079 号）。

<sup>20</sup> 前掲注 8、27 頁

いる現状の離婚後単独親権制度は、一人の親権者に独断での決定を許すものであり、国の政治になぞらえて言えば独裁に該当する。これに対して、共同親権を権力の分散として把握した視点は一つの卓見である。もっとも、上の引用では両親間の権力分立のみが語られているように思われる。そこで、本稿筆者は上の見解をさらに発展させ、母の権利、父の権利そして子の権利という形で、父母子の三者による三権分立を構想できないかと考えている。

### 三、本件訴訟における重要争点

一審での争点は多岐にわたるが、ここでは違憲判決を獲得するために重要と思われる若干の争点に絞って論じることにした。

#### 1、親権は基本的人権か

親権が基本的人権であるとの訴状の主張について、被告国は答弁書において「訴状の記載によっても、民法 820 条は親の未成年者子に対する親権が基本的人権であることを前提とした規定であるとする根拠は明らかでない」との反論を行った<sup>21</sup>。

これに対して原告側代理人は、準備書面（1）においてドイツ、イタリア、ポルトガル、ロシア、アメリカの各国において、「親の子に対する権利」<sup>22</sup>が憲法上の権利として認められていることを主張し、外国法の存在が日本国憲法の解釈に意味を与える立法事実であることを既に述べた女性の再婚禁止期間違憲訴訟の最高裁判決に依拠して主張した。他にも旭川学テの判示や訴状でも引用された本稿筆者による翻訳の訳者解説の一節<sup>23</sup>、その他の下級審判決など多くの論拠が挙げられている。

論拠とされた下級審の判例のうち、「子を産み育てるかどうかを意思決定する権利（リプロダクティブ権）は、これを希望する者にとって幸福の源泉となり得ることなどに鑑みると、人格的生存の根源に関わるものであり、上記の幸福追求権を保障する憲法 13 条の法意に照らし、人格権の一内容を構成する権利として尊重されるべきである」と判示した仙台地裁令和元年 5 月 28 日判決は、本稿筆者には説得的な論拠であると思われる。そこには「子を産み育てるかどうかを意思決定する権利（リプロダクティブ権）」<sup>24</sup>が明記されているのだからである。

ただし、私見によれば原告代理人の権利主張にも弱点が無いわけではない。上述の諸論拠は、いずれも日本国憲法の明文から法解釈を通じて権利を導出するという論拠を欠いているからである。日本国憲法が親の権利の明文規定を持たないなかで、日本国憲法の既存の条文から如何に親の権利を導出するのか、この点については後に再び検討したい。

<sup>21</sup> 本件訴訟の答弁書 4 頁。

<sup>22</sup> 本件訴訟（一審）の原告準備書面（1）5 頁。

<sup>23</sup> 前掲注 22、7 頁。

<sup>24</sup> 前掲注 22、7 頁に引用されている。

後に検討する立法目的と手段の合理的関連性と言った違憲審査基準にしても、争われた権利が憲法上の権利であることが認容されてこそ真価を発揮するのであるから、権利性の主張は最も重要な論点であると思われる。

## 2、立法目的と手段の合理的関連性

原告代理人は訴状において「現行の民法819条2項は、明らかに離婚後の親の不都合（未成年者子の親権行使のために、離婚した元配偶者と関わることで生じる不都合）を防ぐための制度」<sup>25</sup>であると論じている。若干、分かりにくいのが、これが原告代理人の主張する同条文の立法目的ということなのであろうか（一審判決はそう認定している）。そもそも立法目的については、①立法時に国会で論じられた立法目的を国会議事録等に依拠して同定すべきであるとする説や、②裁判時の書面上で主張された立法目的に依拠して立法目的を同定すべきであるとする説、③法律の条文に立法目的が書かれている場合は、これに依拠して立法目的を同定すべきとする説等々、諸説あるため、明確な同定が難しい場合もあるのであろう。

続けて訴状においては「民法819条2項は、立法目的において「未成年者子の福祉や未成年者子の保護」という親子法の理念と矛盾し、かつ手段においても必要以上に親の未成年者子に対する親権を全面的に失わせ、親から未成年者子への保護権を否定し、親と未成年者子との交流を否定するものである」と主張されている<sup>26</sup>。

これに対して被告国は次のように反論している。

「仮に、離婚をする場合に、父母の双方を親権者と定めるとすると、子の教育や医療など、親権者が決定すべきこととされている事項について、父母の間で適時に適切な合意を形成することができず、子自身の利害が害されるおそれがある。離婚した夫婦間の紛争がそのまま離婚後に持ち越された場合には、このようなおそれは特に大きい。したがって、裁判離婚後共同親権制度については、かえって子の福祉に照らして望ましくない事態が生じるおそれがある。

しかるに、本規定は、裁判上の離婚をする父母について、裁判所が後権的立場から親権者としての適格性を吟味し、その一方を親権者と定めることにより、子の監護に関わる事項について、適時に適切な決定がなされ、これにより、子の利益を保護することにつながるものであり、十分な合理性を有するものである。」<sup>27</sup>

こうした被告国の主張は、結果的に一審判決で認容されることとなる。本件訴訟は後に一審判決を経て控訴審へと進むが、原告代理人は控訴理由書において、上の主張

<sup>25</sup> 前掲注8、12頁。

<sup>26</sup> 前掲注8、12頁。

<sup>27</sup> 本件訴訟（一審）の被告による第1準備書面4頁。



に対して次のような反論を試みている。

「民法818条3項は、「親権は、父母の婚姻中は、父母が共同して行う。ただし、父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が行う。」と規定しており、それは離婚前の夫婦（父母）にも適用されて、離婚前で共同親権状態の父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が行うと規定していることで、「子の監護及び教育に関する事項について親権者が適時に適切な判断をすることを可能とすること、すなわち、子の利益のために実効的に親権を行使することができるようにすること」は、既に現在の離婚前の共同親権の法規定の内容として、保障されていることだからである。付言すると、離婚前の夫婦（父母）の関係が良好ではない場合、つまり両者の任意の協力関係が望めない場合においても、民法818条3項但書の「父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が行う。」の規定が柔軟に運用されていることは明白である（例えば、離婚後単独親権制度（民法819条2項（本件規定））を前提にした一方配偶者による子の連れ去りが多発していることは、控訴人が既に引用した複数の国会議員の質問で取り上げられていることであるが〔…〕、そのような子の連れ去り後かつ離婚成立前の親権行使は、民法819条3項但書によって行われているのだと考えられる。）。とすると、離婚後共同親権制度が採用された場合も同様の運用が可能なのである」<sup>28</sup>

要するに、現行の民法818条3項の但書の場合に、既に他の一方の親権者によって親権行使が可能なのであるから、親権者である父母の合意が期待できないことを理由に離婚後単独親権を採る民法の規定は理由を欠くとの主張である。原告代理人によるかかる反論も控訴審判決では認容されなかった。この問題については、後に再び検討したい。

#### 四、一審及び控訴判決の重要部分

本件訴訟は、結果的には一審・控訴審・上告審のすべてにおいて棄却という結果に終わった（その理由としては、泉徳治のような平等原則に依拠した違憲判決に積極的な最高裁判所の裁判官が退官するなどして最高裁からいなくなったことが挙げられよう）。ここでは、一審及び控訴審判決に現れた多岐にわたる論点について、本稿筆者が特に重要と思われる点に絞って記載する。

<sup>28</sup> 本件訴訟（控訴審）の原告による原告控訴理由書34頁。なお、引用文中の〔…〕は本稿筆者による省略を示す。

## 1、親権は基本的人権ではない

一審判決は、憲法13条違反に関して親権が基本的人権であるとの原告代理人の主張について検討を加えている。一審判決は、原告の主張を要約的に述べた後で、次のように反論している。

「原告が本件において問題とする「親権」は、民法819条2項の規定に基づき裁判所が親権者を定めることにより父又は母の一方に帰属することとなる「親権」、すなわち、民法上の「親権」であるから、以下、その点を踏まえつつ、また、具体的な法制度を離れて権利利益を抽象的に論ずることも相当でないから、具体的な法制度である「親権制度」との関係で検討する。」<sup>29</sup>

原告代理人は、親権が憲法上の基本的人権であると主張することによって、民法上の親権と憲法上の人権の同一性を表現しようとしたのかもしれない。しかし、皮肉なことに、民法上の権利と憲法上の権利を「親権」という同一の文言で表現したために、一審判決ではすぐさま民法上の親権へと話題が推移し、「具体的な法制度を離れて権利利益を抽象的に論ずることも相当でない」と判示し、すぐさま憲法判断回避の姿勢を鮮明にしている。そして、民法上の親権の内容について「子の監護及び教育をする権利（820条）」や「子の居所の指定（821条）」等を無味乾燥に列挙し、親権の義務的性格や子の利益のために行使する制約があることを指摘する<sup>30</sup>。その上で、親権は「あくまでも子のための利他的な権限であ」と判示し、親権が憲法13条で保障される権利であることを否定する<sup>31</sup>。

このように、憲法13条に関連して、親権は憲法上の権利性を否定されたのであるから、13条違反に関するかぎり立法目的の正当性も目的と達成手段の合理的関連性も何ら検討されていない。

## 2、立法目的と達成手段の合理的関連性

既に見たように、原告代理人は、民法819条2項が離婚後に父母の一方にのみ親権を認め、他方の親には親権を認めていないことが、憲法14条の平等原則に違反すると主張する。これに対して一審判決は、違憲審査基準の一つである合理的関連性の基準を適用して判断している。

まず、裁判離婚後単独親権制度（民法819条2項）の立法目的について、一審判決は次のように判示している。（以下の引用文中の「本件規定」とは民法819条2項を指している。）

<sup>29</sup> 前掲注7、23頁。

<sup>30</sup> 前掲注7、23-24頁。

<sup>31</sup> 前掲注7、24-25頁。

「本件規定の立法目的は、適格性を有する親権者が、実効的に親権を行使することにより、一般的な観点からする子の利益の最大化を図る点にあるといえることができるから、本件規定の立法目的には合理性が認められるというべきである。」<sup>32</sup>

そして、上記のように同定された立法目的と、達成手段との合理的関連性については次のように判示している。

「子の父母が離婚をするに至った場合には、通常、父母が別居し、また、当該父母の人間関係を必ずしも良好なものではない状況となることが想定され、別居後の父母が共同で親権を行使し、子の監護及び教育に関する事項を決することとしたときは、父母の間で適時に意思の疎通、的確な検討を踏まえた適切な合意の形成がされず、子の監護及び教育に関する事項についての適切な決定ができない結果、子の利益を損なうという事態が生じるという実際論は、離婚をするに至る夫婦の一般的な状況として、今日に至るもこれを是認することができる。このような事態を回避するため、父母のうちに相対的に適格性がある者を司法機関である裁判所において子の利益の観点から判断し、親権者に指定するという本件規定の内容は、実効的な親権の行使による子の利益の確保という立法目的との関連で合理的な関連性を有すと認められる。」<sup>33</sup>

一審は、離婚後の父母が人間関係の悪化によって適時に意思の疎通ができず、的確な検討を踏まえた適切な合意が形成されないと諦念的に判示している。このような一審の判示に対しては、原告代理人は控訴審における控訴理由書において民法 818 条 3 項但書を根拠として反論を試みたことは既に述べた。すなわち、「父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が行うことができる」との民法 818 条 3 項但書によって、離婚後共同親権の下でも夫婦の合意が形成されないという問題について対処しうる、と主張したのである。

かかる原告代理人の主張に対して、控訴審判決は次のように判示している。

「控訴人は、父母の婚姻中、親権の行使について両者の任意の協力が望めない場合は、民法 818 条 3 項ただし書により単独での親権行使が可能であるから、離婚後に父母間の任意の協力が望めない場合も同様の運用が可能であり、離婚後共同親権制度を採用したうえで、父母間の意見が一致しない場合の手続を法律で規定すればよく、そのような立法の

<sup>32</sup> 前掲注 7、30 頁。

<sup>33</sup> 前掲注 7、30-31 頁。

不備を根拠として本件規定の合理性は肯定されないなどと主張する。しかし、単に婚姻中の父母間で任意の協力が見込めず、親権を共同行使できないにすぎない場合には、民法818条3項ただし書の適用はないと解されている上、同居協力義務を負う婚姻中の場合と、婚姻関係が破綻するなどして離婚した場合を同列に論じることはできず、離婚後共同親権制度の導入によって様々な課題が生じると考えられ、同制度の是非は、正に立法裁量に属する事項であって、本件規定が憲法13条に違反することが明白であるとはいえない。」<sup>34</sup>

一部の民法の解説書には、別居のような事実上の離婚についても民法818条3項が適用されると述べているものもあるようであるが、本件の控訴審判決はこれを否定している。さしあたり模範六法を参照すると、民法818条3項但書が適用される場面とは、民法834条の親権喪失、同834条の2の親権停止、同837条の親権又は管理権の辞任、同7条の後見開始、同11条の保佐開始が挙げられている。(他にも、親権者が逮捕・勾留・収監された場合も親権の行使が事実上、不可能になると思われる。)これを見る限り、確かに民法834条が適用される場面に婚姻中の別居の場合は含まれていないようでもあり、この点に関しては控訴審の判決は理由があるようにも見える。もっとも、控訴審判決のように父母の意見が一致しがたいから離婚後単独親権に合理性があるとの結論に対して、本稿筆者は賛成しているのではない。かかる結論に対しては別の論拠に基づいて反論を展開する必要があると考えている。この点については、後に検討することにした。

### 3、親による子の養育は人格的な利益を有する

一審判決において原告側の主張は棄却されてしまったのであるが、そうした中でも成果と言っているのは、一審判決が親による子の養育に関して次のように判示し、「人格的な利益」であると認めている点である。

「親である父又は母と子とは、三者の関係が良好でないなどといった状況にない限り、一般に、子にとっては、親からの養育を受け、親との間で密接な人的関係を構築しつつ、これを基礎として人格形成及び人格発達を図り、健全な成長を遂げていき、親にとっても、子を養育し、子の受容、変容による人格形成及び人格発展に自らの影響を与え、次代の人格を形成することを通じ、自己充足と自己実現を図り、自らの人格をも発展させるという関係にある。そうすると、親である父又は母による子の養育は、子にとってはもちろん、親にとっても、子に対する単なる養育義務の反射的な効果ではなく、独自の意義を有すものということがで

<sup>34</sup> 東京高等裁判所令和3年10月28日判決(事件番号:令和3年(ネ)1297号)7頁。

き、そのような意味で、子が親から養育を受け、又はこれをするに  
ついてそれぞれ人格的な利益を有すといえることができる。」<sup>35</sup>

原告代理人である作花知志も自身のブログにおいて親による子の養育を「人格的な利益」とした一審の判示を「原告に対するプレゼントだった」と評している<sup>36</sup>。さらに同ブログには「東京地裁令和3年2月17日判決が「人格的利益」とあえて表現してくださったのは、高裁での控訴審や最高裁での上告審において、原告側がその主張ができるようにとの配慮のように感じています」ともつづられている<sup>37</sup>。結果的に本件訴訟は、控訴審においても上告審においても棄却という結果に終わったが、一審判決が親による子の養育を人格的な利益と判示した点は、特筆すべき成果と言ってよい。今後の同種訴訟においても、橋頭保として活用しようと思われる。

なお、憲法13条についての通説である人格的利益説によれば、親による子の養育は人格的利益と認められたのであるから、憲法13条で保障される権利であると言えそうである<sup>38</sup>。しかしながら一審判決は、一方では親による子の養育を「人格的な利益」と認めつつも、他方では離婚に伴って親権を失った親と子とは親子であることに変わりがなく、養育に関わる人格的な利益は離婚によって当然に失われるものではないこと等を理由として、当該利益が憲法13条によって保障される権利であることを否定している。結局のところ一審判決は、親による子の養育は人格的な利益ではあるが、親権は憲法13条の権利ではないという結論に至ることになる。

## 五、問題の所在と検討

以下では、本件訴訟に係る諸問題に関して検討を加え、時に本稿筆者の積極的な見解を対置していきたい。

### 1、民法上の親権と憲法上の親の権利の区別と連関

本件訴訟の代理人の主張の特徴の一つは、親権が憲法で保障される基本的人権であると主張する点である。既に述べたように、本稿筆者は本件訴訟の提起に先立って憲法上の親の権利を基本的人権とする見解を新聞紙上に発表している<sup>39</sup>。そこでは、民法上の親権と区別された憲法上の権利を「親の権利」と表現していた。ドイツでも民法上の親権に相当する「配慮権 (Sorgerecht)」と、憲法上の権利である「親の権利 (Recht der Eltern また Elternrecht)」とは、文言上でも区別されている。アメリカ

<sup>35</sup> 前掲注7、25頁。

<sup>36</sup> 「弁護士作花知志のブログ」2021年2月27日付記事。次のURL参照：  
<https://ameblo.jp/spacelaw/entry-12659354310.html> (2022年11月4日閲覧)

<sup>37</sup> 前掲注36。

<sup>38</sup> 人格的利益説について参照、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第七版』（岩波書店、2019年）121頁。  
佐藤幸治『日本国憲法論【第2版】』（2020年、成文堂）197頁。

<sup>39</sup> 前掲注4。

においても、憲法上の親の権利（Parental rights）は、法律上の親権（custody または legal custody）と文言上区別されている。本件訴訟においても民法上の親権と憲法上の親の権利を文言上で区別すべきではなかったか。思うに本件訴訟の代理人は、親権を憲法上の基本的人権であると論じることで、日本国憲法に明文で規定されていない憲法上の親の権利の不明確さを補い、両者の同一性を強調することで裁判所に基本的人権として認めさせようとする意図があったのかもしれないと推測される。しかしながら、両者を「親権」という同一の文言で表現したがために、一審判決では「親権」という文言を捉えて即座に民法の話に引きずり下ろされている<sup>40</sup>。また、憲法上の親の権利の内容は、民法上の親権の内容に具体化された内容に尽きるものではない。例えば、ドイツでは憲法上の親の権利は面会交流権その他の利益を含む広範な内容を持っている<sup>41</sup>。また、アメリカにおいても親の権利は広い内容を持っている<sup>42</sup>。わが国においても、憲法上の親の権利は民法上の親権よりも広くてより抽象的な内容を持っていると理解すべきではないだろうか。そしてこの親の権利の一部が民法上の親権として具体化されており、他の部分は面会交流権その他として具体化されると理解すべきではないかと思われる<sup>43</sup>。民法上の親権は、憲法上の親の権利の一部が下位法に具体化されたものとして、区別と連関において把握すべきである。

歴史的に見れば、民法上の親権→憲法上の親の権利という時間的順序に従って権利が確立される。しかしながら、ひとたび憲法上の親の権利が確立されるなら、論理的には憲法上の親の権利→民法上の親権（或いは配慮権）という形で具体化されるのであり、この場合、憲法上の親の権利が論理的に先行する。このように法制史的な発展過程と、法論理的な順序は必ずしも一致しない。ドイツでもアメリカでも 20 世紀の初頭に憲法上の親の権利が確立されたのであり<sup>44</sup>、この意味で基本的人権と言うことができる。

## 2、旭川学テ判決と憲法 26 条

本件訴訟では旭川学テ最高裁判決を引用しながら、憲法 26 条ではなく 13 条に依拠して親権が人権である旨の主張がなされている点に若干の違和感を覚える。本件訴訟の訴状で引用された同判決の箇所については、被告国の代理人から教育基本法に関する箇所からの引用であるとの指摘がなされた。しかしながら、親の権利の内容をなす親の教育権について旭川学テ最高裁判決は、次のように述べている。

<sup>40</sup> 前掲注 7、23 頁。

<sup>41</sup> 例えば、ドイツのボン基本法 6 条 2 項に定められた親の権利の保護領域には面会交流権その他の利益が含まれている。参照、前掲注 10。

<sup>42</sup> アメリカの親の権利については、山口亮子『日米親権法の比較研究』（日本加除出版、2020 年）を参照。

<sup>43</sup> 本稿筆者は、かつて国会日程が検討された親子断絶防止法案を憲法上の親の権利を具体化するものとして論じたことがある。前掲注 4。

<sup>44</sup> アメリカ合衆国では 1923 年の Meyer 判例において親の権利が成立し、ドイツでは 1919 年に成立したヴェイマル憲法の 120 条において（プログラム規定ではあるが）、親の権利が明文で規定された。比較憲法学の観点から見れば、親の権利の歴史は約 100 年ほどと古く、基本的人権と称することを妨げない。

「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持ち、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以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。」<sup>45</sup>

最高裁は明確に「親の教育の自由」を認めており、そして上記引用箇所は「憲法と子どもに対する教育権能」という小見出しの下で憲法 26 条に触れつつ記述されているのである。よって、最高裁が（国の有する教育内容決定権に制約を受けることを前提としつつも）子どもに対する親の教育の自由を憲法 26 条から導出される権利として判示していることは明らかである<sup>46</sup>。この点について、近藤敦も「教育の自由は、日本国憲法に明文の規定はないものの、憲法 13 条、23 条または 26 条に基づくとして、憲法上の権利であると一般に考えられている」と述べている<sup>47</sup>。

本件訴訟の原告代理人は、旭川学テ最高裁判決を再三にわたって引用しながら、基本的人権として把握されるという「親権」の根拠を憲法 26 条ではなく、あくまでも憲法 13 条であるとし、旭川学テ最高裁判決は傍証のような形で利用するにとどまっている。しかしながら、本稿筆者の積極的見解を披歴するとすれば、**憲法上の親の権利は憲法 26 条と結びついた憲法 13 条によって保障されると解される**。「憲法 26 条と結びついた憲法 13 条」という表現は、ドイツの連邦憲法裁判所判例に見られる表現に倣っているが、より端的に「憲法 26 条、13 条によって保障される」と述べることもできよう<sup>48</sup>。

このように理解する利点として、憲法 26 条が 2 項の義務規定を含んでいる点が挙げられる。「すべて国民は、法律の定めるところにより、その保護する子女に普通教育を受けさせる義務を負ふ。」とする義務規定は、主要には普通教育を受けさせる親の義務を規定しているのであるが、本稿筆者の解釈によれば「保護する子女」の箇所は「保護すべき子女」または「保護しなければならない子女」という形で規範的に解釈しうるのであり、当該箇所においては子女を保護する義務をも定めていると解される。26 条の文言は入れ子構造になっており、二つの義務を一つの条文で定めている。これは日本国憲法における第 5 の義務と言える<sup>49</sup>。

既に見たように本件訴訟の判決では、親権の義務的性格、利他的な権限の性格が指

<sup>45</sup> 最大判昭和 51 年 5 月 21 日。傍点による強調は引用者。

<sup>46</sup> 同様に解する文献として参照、吉田嘉高「憲法十三条の幸福追求権と親の教育権—最高裁学テ判決をめぐって—」教育財政研究 6 卷（1977 年）31 頁。

<sup>47</sup> 近藤敦「教育をめぐる権利と義務の再解釈：多様な教育機会の確保に向けて」名城法学 66 卷 1-2 合併号（2016 年）321 頁。

<sup>48</sup> 憲法 13 条とその他の人権規定の関係について補充的保障説を採るなら、このような表現は取り得ないが、ドイツの連邦憲法裁判所のように融合的保障説を採れば、かかる表現が可能となる。なお、融合的保障説について、近藤敦「自国に入国する権利と在留権：比例原則に反して退去強制されない権利」名城法学 64 卷 4 号（2015 年）32 頁。

<sup>49</sup> 従来、日本国憲法が定める義務は、古くは勤労・納税・教育を受けさせる義務の三大義務であるとされ、近年では 12 条の自由及び権利の保持義務を加えて 4 つであるとされてきた。

摘され、憲法 13 条で保障される人権との違いが協調されることで基本的人権としての親権という主張が否定される形となった。この点、憲法上の親の権利を憲法 26 条と結びつけた憲法 13 条によって保障されると理解すれば、義務的性格は子女を保護すべき 26 条の義務規定に由来すると理解される。そして、子を保護する親の義務を果たす場面で、いかに義務を果たすのかという点に自由（すなわち権利）が観念される<sup>50</sup>。他方で下級審において憲法 13 条によって保障されると判示されているリプロダクティブ権（子を産み育てる権利）からも根拠づけることが可能となる。結果として、日本国憲法の条文から解釈を通じて親の権利を導出することが可能となる。子の権利は、上記の親の義務を果たすことを要求する権利として把握される。こうして、父母および子の三者の権利とその抑制と均衡が観念されることになる。

### 3、過剰介入について

既に述べたとおり、本件訴訟の一審判決は、民法 819 条 2 項の立法目的を「適格性を有する親権者が、実効的に親権を行使することにより、一般的な観点からする子の利益の最大化を図る点にあるということが出来る」と判示している<sup>51</sup>。このように把握された立法目的に関して正当でないと反論することも可能であろうが、明示的に立法目的が正当性を欠くことを理由に違憲判決を下した例は（少なくとも最高裁判例に関する限り）存在しないようである<sup>52</sup>。ゆえに立法目的の不当性を強調しても、成果は乏しいように思われる。

立法目的が正当であるとしても、親権を全面的に失わせ、未成年者への保護権を否定するという手段を採る点に関して、人権への過剰介入が存する。この手段審査における違憲性を強調するために、あえて立法目的への批判を控え、立法目的と達成手段の比例性を集中的に論難するという訴訟戦術もありうるように思われる。

一審判決は、離婚後の夫婦が良好な人間関係を保てないことが想定されるとし、共同親権のもとで子の監護教育について共同決定するとすれば、父母間で意思の疎通に支障をきたし、適切な合意形成がされず、結果として適切な決定ができずに子の利益を損なう事態が生じるという実際論を是認し、もって裁判所が適格性のある者を単独親権者として指定することは、上述の立法目的を達成する手段として合理的な関連性を有すると判示している<sup>53</sup>。

しかし、過去の人事訴訟の判例には、父親に何ら問題が無いにも拘らず、子を連れ去って別居した母（精神病と傷害罪の前科がある）に親権を認めた例すら存在しており、最初に子を連れ去った親に子の親権を認める「連れ去り得」あるいは「連れ去り

<sup>50</sup> ドイツの親の権利も同様に理解されている。Vgl. BVerfGE 24, 143f.

<sup>51</sup> 前掲注 7、30 頁。

<sup>52</sup> 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。」と指摘されている。伊藤健『違憲審査基準論の構造分析』（成文堂、2021 年）13 頁。

<sup>53</sup> 前掲注 7、31 頁。



勝ち」と言われる裁判実務は目に余る有様である<sup>54</sup>。適格性のある者を単独親権者として指定しているなどと判示しても説得力に欠ける。離婚後単独親権者となった親が適時に適切な判断をすることを想定した本件訴訟の一審判決には、離婚後に単独親権者となった者が常に正しい決定を下せるとの暗黙の想定がある。言うまでもないことであるが、必ずしも正しい決定が下されるとは限らない。

本件訴訟の控訴審において原告代理人は「父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が行う」と規定する民法 818 条 3 項但書に依拠して反論を試みるも、控訴審判決において否定されたことは既に見た。これについて、本稿筆者は民法 825 条に依拠した反論が有効だったのではないかと思われる。というのも、仮に原告の主張が認容され、離婚後単独親権を定めた民法 819 条 2 項が違憲無効となった場合は、原則として婚姻中の共同親権が離婚後も継続する法状態が現出するはずである。このとき、共同親権に関わる民法 825 条が離婚後にも適用されることになるはずである。この民法 825 条には次のように規定されている。「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ことに同意していたときは、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。ただし相手方が悪意であったときは、この限りではない。」

一審判決は、離婚後に共同親権になれば、子のための適時の適切な決定が下されない恐れがあるとするが、学校選択に際する在学契約については、上記の民法 825 条が適用されることになるのであるから、一審判決が言う「恐れ」は基本的には存しない。適時の決定が下されずに子どもの利益が害される場合というのは、別居親と同居親の合意がなされておらず、これについて相手方の学校が悪意であったというような極めて稀な例外的事例に限られよう。他の法律行為についても同様である。

子に医療を受けさせる際の準委任契約については、片方の親が子どもに適切な医療を受けさせまいと反対しているような場合には民法 834 条の 2 によって親権停止で対応することもできるし、医師や病院は「緊急時や何らかの事情によって親権者に連絡が取れない場合は、民法第 698 条の「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<sup>55</sup>。

本件訴訟の一審判決は、「他方親からの同意が適時に得られないことにより親権の行使が不可能となったり、同意をしないことにより親権の行使がいわば拒否権として作用するといった事態さえ招来しかねず」と判示しているが、そのような事態は極めて限られた稀な例外であり、かかるレアケースを一般的な事態であるかのように論じ

<sup>54</sup> 全家庭裁判所における子の引渡し調停・審判の手続きにおける認容率は 2020（令和 2）年で 10.7%にすぎない。最高裁判所事務総局「子の監護に関する処分事件の事件動向について」（家族法制部会参考資料 2-11）4-(2)。次の URL を参照のこと：<https://www.moj.go.jp/content/001347793.pdf>（2022 年 11 月 4 日閲覧）

<sup>55</sup> 管見の限り、大和市立病院は民法 698 条の緊急事務管理として処理することを病院長名義で明言している。次の URL を参照：

<https://www.yamatocity-mh.jp/patient/miseinen/>（2022 年 11 月 4 日閲覧）

るのは針小棒大な主張である。このように考えると、一審判決の説示は説得力に欠けると言わざるを得ない。

そもそも離婚に際して一方の親の親権を奪う必要性はなく、本件訴訟の原告代理人が主張するように、親権の停止その他のより制限的でない諸手段で処理しうるところ、上記のような針小棒大な主張に基づいて一律に一方の親の親権を剥奪することは人権としての親の権利への過剰な介入であり、かかる意味で離婚後単独親権は憲法違反なのである。

#### 4、諦念的な裁判所の態度

既に引用したように、裁判所は父母が離婚をするに至った場合には、父母の人間関係は良好でなくなり、共同で親権を行使するには意思疎通、的確な検討を踏まえた適切な合意の形成がなされない、と諦念的に判示している<sup>56</sup>。しかしながら、離婚後共同親権の法制化が離婚後の父母の協調と合意を促す面もあるはずである。この点につき、本稿筆者は既発表の論文の中で次のように述べた。

「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。」<sup>57</sup>

本件訴訟の一審判決は「拒否権」について言及するが、現状の離婚後単独親権のもとでは、単独親権者となった同居親こそが別居親との話し合いや、別居親と子どもとの面会交流において拒否権を有しているのではないのか。一審判決は、かかる現実に存する拒否権については諦念的に是認しており、他方で離婚後共同親権のもとでの別居親による架空の拒否権を指弾しているのであるから、その判旨は本末転倒である。

離婚後の父母の人間関係が悪化し、コミュニケーションの問題を生じることについて一審判決は諦念的な態度をとるが、そもそも法規範の機能は事実には抗して、諸事実を望ましい方向へと経路化 (Kanalisation) することに存するのである。司法機関である裁判所が否定的な事態について諦念的な態度を採るのは無責任である。しかも、このような裁判所の諦念的な態度は「人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚する」と謳った日本国憲法前文の理念とも矛盾するものである。

<sup>56</sup> 前掲注7、30-31頁。

<sup>57</sup> 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)36頁。

### おわりに

既に述べたように、本件訴訟の訴状・準備書面・判決はウェブサイト上で公表されている。本件訴訟は最高裁で棄却されたとは言え、これらの文書は極めて示唆に富み、離婚後単独親権の違憲性に関して有効な論拠の武器庫として熟読玩味される価値がある。しかし、量も膨大で主張の繰り返しが多くあるため、全文書の通読はやや敷居が高い。本稿が本件訴訟において展開された重要な論拠を提示し、さらに発展させる一助となれば幸いである。

なお、本稿筆者は、憲法上の親の権利と民法上の親権を等しく「親権」の文言で表現する本件訴訟の原告代理人の主張に違和感を表明したが、本件訴訟に続く同種の訴訟である自然的親子権訴訟、養育権訴訟（ともに離婚後単独親権の違憲性を主張する訴訟であり、現在裁判所に係属中である）においては、親権ではなく、それぞれ自然的親子権、「養育権」の名称が使用されている。このように、わが国の憲法訴訟においては親の権利の名称を使用することが避けられるようであるが、これは親の権利を主張することが「親のエゴである」との批判を招き、或いは子どもの権利 vs 親の権利という形で親の権利を子どもの権利と対立するものとして把握する論者から思わぬ批判を被ることを危惧してのことであろうか。とは言え、本稿筆者からすれば、人権の普遍性に鑑みて堂々と親の権利を主張しても良いように思われる。子どもの権利を定めた児童の権利条約にしても、第5条において子に対する親の権利を規定しているのであって、子どもの権利と親の権利を対立するものとして捉える見方は、わが国が批准している児童の権利条約第5条と矛盾するものである。上記のような批判者には啓蒙を以て応えれば良いように思われる。

本稿は作花共同親権訴訟を検討するだけに留まらず、日本国憲法における親の権利について、条文上の根拠や法解釈について概略を述べたが、より詳細な論証については今度の課題とし他日を期したい。本稿が今後も続く離婚後単独親権違憲訴訟や、現在の法制審家族法制部会で議論されている離婚後単独親権の法制化、ひいては憲法上の親の権利の確立のために少しでも資するところがあればと願いつつ筆をおく。

