

氏名 (生年月日)	ヨシ オカ マ キ 吉 岡 万 季 (1989年3月9日)
学位の種類	博士 (法学)
学位記番号	法博甲第151号
学位授与の日付	2023年3月16日
学位授与の要件	中央大学学位規則第4条第1項
学位論文題目	憲法上の面会交流権 ——憲法上の親の権利との関連で——
論文審査委員	主査 橋本 基弘 副査 鈴木 博人・松原 光宏・廣澤 明

内容の要旨及び審査の結果の要旨

1. 本論文の概要

(1) 吉岡万季氏について

吉岡万季氏は、2011年3月に中央大学法学部法律学科を卒業後、2012年4月に中央大学大学院博士前期課程公法専攻に進学し、2015年4月からは同後期課程に進学、現在中央大学法学部任期制助教を務めている。この間、明治学院大学などでティーチングアシスタントを、埼玉大学などで非常勤講師を歴任してきた。

吉岡氏の修士論文は、「未成年者に対する親の権利とその限界について」と題して、中央大学大学院研究年報法学研究科編44巻3号(2014年)に掲載されている。また、「憲法上の親の面会交流権ードイツの生物学上の父の面会交流権ー」中央大学大学院研究年報法学研究科編46巻に、「公権力による面会交流制限の限界」が法学新報127巻7号に掲載されるなど、研究者として、その業績を重ねてきている。

本論文は、これらの延長線上にあるものであり、吉岡氏の面会交流権研究の到達点を示すものと言える。その概要は以下のとおりである。

(2) 本論文の概要

①序論

まず、序論では、憲法上の面会交流権を検討する必要性及びそのアプローチ方法が示されている。これまで、親と子どもの「面会交流権」を、権利として保障するかどうか、保障するとしても、

その権利の性格をどう捉えるのかは、必ずしも明確にされてこなかった。

とくに、わが国では、民法 766 条が、離婚の際に別居親と子どもの面会交流について協議するよう定めている。しかし、その権利性ははっきりとしない。それゆえ、面会交流を望む別居親と面会交流を拒む同居親が対立した場合、ごく一部の手段を除き、面会交流を実現する手段は限定されている。この現状を解決するために、民法上複数の学説が展開されているが、決め手となる学説は、まだ明らかにされていない。

この状況に対して、憲法論が求められるのではない。ただし、憲法解釈論上、面会交流権の根拠条文を憲法 13 条に求めるものもあれば、24 条に求めるものもある。また、親権と面会交流権は同じ法的性質を有するものなのか、などについて意見の一致を見ていない。その結果、裁判所は権利の内容が不明確であることを理由に憲法上の面会交流権を現段階では認めていない。たとえば、積極的な面会交流支援制度構築を国家は怠ったとする別居親による立法不作為の訴えは、退けられている。それゆえ、面会交流権をめぐる問題については、民法学だけではなく憲法学からのアプローチが必要であるように思われる。

もっとも、家族法については憲法 24 条 2 項が「法律でこれを定める」としているため、立法裁量が機能する余地は広い。しかし、そこには当然、憲法上の枠があるはずで、その解明は憲法学の責務である。また、憲法上の面会交流権を想定することによって、少なくとも従来親権を中心とした憲法上の親の権利理解に新たな視点を加えることが期待できる。

さらに、面会交流が問題になるのは離婚の場面だけではない。広く公権力による面会交流制限が問題となる場面をも含めて、個別具体的な限界を考えるべきではなかろうか。

以上のような問題意識にもとづき、吉岡氏は、面会交流権の主体、法的性質、限界を明らかにしようと試みる。そのため、本論文では、比較研究の対象として、ドイツの議論を検討する。その理由は次の点による。

ドイツでは、基本法 6 条 2 項において、親の権利が明文で規定されているため、親の権利の法的性質に関する議論が蓄積している。また、子どもの権利条約を批准しているという日本との共通点がある。また、ドイツにおける近年の議論は、面会交流権が、もっぱら内容形成に依存し、制度からはじき出された者の司法的救済を困難にする制度重視型ではなく、権利重視型に移行していることを示しているなど、憲法論として学ぶところが多い。

②各章の概要

ア) 第 1 章

まず、第 1 章では、考察の前提として、序論で述べたような日本における面会交流権をめぐる問題状況を指摘する。すなわち、日本では面会交流に関する積極的な国家による支援を求める声があるが、そもそも面会交流権の法的性質が民法上も憲法上也定まっていない。そして、その状況を打破するための処方箋の一つとして、ドイツを対象とする比較憲法的考察がいかに必要かつ重要かを

述べる。

イ) 第2章

本論文の中心となる、第2章では、面会交流権を検討する前提として、日本における「憲法上の親の権利」に関する学説状況を確認したうえで、ドイツにおける「親の権利」の主体・法的性質・限界に関する学説・判例を検討する。その上で、日本の憲法上の親の権利学説への示唆が述べられている。その内容は以下のとおりである。

(a) 日本の状況

そもそも日本において、憲法上の親の権利については根拠条文・法的性質・限界をめぐる争いがある。日本の憲法学説は、憲法上の親の権利について、従来主として学校教育との関係で議論されていた。そのため、例えば学校教育とは状況の異なる児童虐待への対処を目的とした親権制限事例を含む親の権利に関する議論については、十分に詰められているわけではない。

このような問題意識の下、本章ではドイツの議論状況を参考にする。それは、ドイツにおいては、基本法上明文で親の権利が定められている（基本法6条2項1文）ためにその法的性質に関する議論が蓄積し、現在は子どもの基本権の具体化への対応を迫られているためである。その上で、日本の憲法上の親の権利の法的性質や争点について検討される。

(b) ドイツの親の権利主体・法的性質・国家による介入

ドイツでは、子どもに対する親の権利や憲法上の親の権利の限界について、判例・学説の議論が進んでいる。ここで後述する新説との関連で注目すべきなのは、ドイツの親の権利が、他の基本権とは異なり、子どもの福祉を基盤とすると考える特殊説と、特殊説の特徴を否定する混合説の対立を軸に展開し、特殊説が通説的地位を獲得してきたようにみえるとの整理が行われている点である。

(c) ドイツの親の権利学説の新傾向

次に、新説（ヴァプラー-Wapler 説）が、英米法の基礎法学を参考に子どもに対する親の権利やその限界について挑戦的な議論を展開していることなどが解明される。この試みにより、まず、親の権利を限界づける子どもの福祉概念の法的内容が明らかになった、との評価が下される。

さらに、ヴァプラーによれば、国家が必要最低限度の保護を与えるために親子関係に立ち入る基準（消極的・子どもの福祉）の客観的内容の描写の試みをすることにより、子どもは基本権をもってこのような最低水準の保護を求めることができる、という。

最後に、ヴァプラーは先述した特殊説に対立する混合説の健在を示し、子どもの意思の扱いに関する試論を展開した。すなわち、彼女は、彼女の手続において①子どもの意思が認められ次考慮に入れ、②子どもが自分で決定しその決定にあたり十分な情報を得る限り第三者が子どもの意思を上書きできず決定的なものとして扱う、③それ以外の場合は、子どもの意思を考慮した協議を必要とすることが提唱されている。

(d) 比較法的視点

日本においては、子どもの側からの再構成が迫られているとはいえ親の教育権ないし権利自体の存在は否定できないが、問題は根拠条文のみならず、その法的性質及び限界であることがうかがえる。根拠条文については、少なくとも親固有の利益が見いだされる領域においては、憲法 24 条と結びついた 13 条を根拠に主張するべきではないだろうか、との結論が得られている。

そして、次章以降では、以上で述べたような憲法上の親の権利の輪郭をつかんだうえで、面会交流権の具体的な検討に入る。

ウ) 第 3 章では、ドイツの学説・判例を参考に、憲法上の面会交流権の法的性質・主体を検討する。なお、面会交流権主体については、生物学上の父、祖父母、養子に出された子どもの実親が想定されている。

まず、権利の法的性質については、ドイツでは手厚い面会交流制度が用意されており、連邦憲法裁判所も離婚した別居親の面会交流権が基本法上保障されていることを明らかにしていた。そして、学説及びその後の判例を踏まえると、少なくとも事実上の親の面会交流に関する固有の利益は認められる。また、子どもの面会交流権も認められる、という。

次に権利の主体については、以下のような議論が展開されている。

ドイツでは、面会交流権の主体が問題となる。従来法律上の親の権利と限られた者の権利とされてきた面会交流権は、主に生物学上の父の面会交流権の議論をきっかけに主体の拡大傾向がみられる。これは、欧州人権法による影響が大きいとされる。

現在ドイツでは、生物学上の父の面会交流権を契機に、これまで基本法上の要請とされてきた、1 人の子どもにつき親を 2 人に限定する 2 人親原則の崩壊を主張する見解とこれを維持しようとする見解に別れている。しかし、2 人親原則は、厳密に言えば制度的保障の核とは言えないだろう。それどころか、生物学上の父の面会交流権を契機の 1 つとして「崩壊」の危機を迎えているといえるのではないか。

ただ、現段階で立法者が 1 人の子どもにつき法律上の親を 2 人に限定していることは、親同士の衝突可能性を最小化する方法が確立されるまでは、子どもの福祉の観点から正当化されると考えるべきではないか。換言すれば、複数の親を基本法 6 条 2 項の親としてその主体性を認めるならば、その衝突可能性を最小化することが立法者に要請される。

さらに、ドイツでは、祖父母の面会交流権や養子縁組に出された子どもの実親の面会交流権が憲法上議論されている。前者については、連邦憲法裁判所の見解によれば、祖父母は基本法 6 条 1 項により面会交流権を主張できるようにも思われる。後者については、過去に連邦憲法裁判所は養子縁組手続に実親を参加させるよう要求することによって、実親が面会交流権を喪失することを防止しようとしている。また、養子縁組の利用促進を実現させるための今後の課題として、実親子の断絶効の緩和（オープンアドプション形式の法定化、交流権の付与等）という法的課題

が提示されている。

これらを踏まえ、吉岡氏は、わが国においてドイツの議論が参考になる場面を明らかにする。ここでは、「ドイツのようなパッチワーク・ファミリーが多数を占める国家における議論が日本においてどの程度有用かという指摘もあろうが、日本でも近年立法を見る限り、親子関係の多様化への対応が迫られている」との見解が示されている。そして、「また、社会の変化に伴って新たに現れた親子関係を法に取り込むことへの法学上の関心も高まっている」との見方が示されている。ドイツの議論は、わが国における面会交流権の議論にも有益な視点を提供するというのである。この見方は、わが国の学説に対する、以下のような評価に裏打ちされている。

まず、日本では、生物学上の親子関係のみ有する父はおろか一度法律上の子どもとの関係を築いたにもかかわらず面会が認められない場合がある。本稿が依拠する原則として面会交流権が親子の一定の関係性を基礎としているという立場からは、このような審判の結論に疑問を感じざるを得ない。

また、最高裁判所は父母以外の第三者に民法 766 条に基づく審判の申立権を認めていないが、これについては多様化する親子関係への対応が迫られているというべきである。しかし、面会交流権の主体拡大を考える際に面会交流権の法的性質もさることながら無秩序に広げることが子どもの利益にかなうのか、むしろ逆の作用を起こすのではないかを考え、そのことが憲法 24 条の「個人の尊厳」から導き出される可能性がある。

次に、日本では祖父母の面会交流権について民法学説ではとりあげられており、当初は、法的性質に関する議論の中で言及されていた。しかし、このような民法学説とは異なり憲法学説ではその関心が離婚の場面に集中していることもあり、祖父母の面会交流権自体がさほど議論の対象になっていない印象をうける。けれども現実には祖父母と孫の面会交流が問題になることは少なくないため、憲法上の面会交流権を論じるのであれば、祖父母の存在にも触れなければならないだろう。

最後に、養子縁組に出された子どもと実親の面会交流について、父母の離婚の有無は問わず、連れ子養子縁組以外の縁組がされた場合において、実親が子どもと面会することを求めることができるか否かという点については、現行法上何らの規律がない。このため、面会交流権の主体拡大を考えるとまたドイツの議論が参考になり得る。

エ) 4 章では、同様の手段で面会交流権の個別の限界を、公権力による親子の面会交流制限、私人間の紛争、及び生物学上の親の面会交流請求に類型化して明らかにする作業が展開されている。

面会交流をめぐる紛争においては、①同居親による拒否、②別居親による拒否、そして③子どもによる拒否というように場面に応じて面会交流権の限界をも明らかにする必要がある。そこで、吉岡氏は、再びドイツの議論を参考に考察を進めている。

まず、公権力による面会交流の制限が検討される。ドイツの面会交流権は子どもの保護を目的とした公権力の面会交流制限に対し、防御権として活用されている。この傾向は基本法6条2項のみならず、制限 — 制限規範である6条3項の活用を試みる連邦憲法裁判所の判例に顕著にあらわれている。そして、その場面として、里親のもとにいる子どもとの面会交流排除及びロックダウン時の面会交流規制が挙げられる。

また、ドイツの子どもの保護を目的とした公権力による面会交流制限、特に長期間にわたる制約や排除は具体的な子どもの福祉を危険にさらすおそれがある。したがって、その措置の憲法適合性を判断するにあたり、基本法6条3項が適用される。具体的には面会交流の制限又は排除は、特に、子どもが重大な理由でこれを希望し、強制的な面会交流が子どもの福祉を損なう場合に検討されるが、その一方で、親の面会交流権の憲法上・人権上の意義を考慮しなければならない。

これらの検討からは、わが国において、公権力による親子の面会交流制限を考える上で、重要な示唆が得られる。すなわち、憲法上の親の面会交流権は、親の人格的利益を考慮し、①子どもの意思が不明な場合は、国家と親の間での子どもの利益に関する判断の衝突の問題ととらえ、②子どもの意思が明らかな場合は子どもの権利と親の権利の衝突とし、その調整役として国家があらわれると思われる。

次に、私人間の紛争における面会交流の限界が検討される。ここでは、私人間の紛争という三者関係の争いにおいては二面関係とは異なり、親権者の存在がある。そのため、親権者の意思に反する面会交流の限界が問題となる。

私人間の紛争における面会交流の是非は積極的・子どもの福祉により決められる。そして、たとえ親権者が反対していても、子どもの福祉に合致する場合は面会交流を親権者はさせなければならない。

別居親による拒否については、連邦憲法裁判所は、具体的な個別の事例において強制された面会交流が子どもの福祉になお奉仕し得るであろうことを推測させる十分な根拠が存在しない場合は、その面会交流を強制することはできないとしている。しかし、その際には、当事者の合意を得ることが望ましいと考える。

子ども自身の拒否は、公権力による面会交流制限と同様、近年重視されつつあり、子ども自身の意思が今後ますます重要なファクターになるとみられる。

面会交流制度の見直しの機運が高まっている今日の日本において、以上のようなドイツの議論は立法者に対し憲法上の指針のありようを示しうる。すなわち、面会交流権の議論をするさいに、特に3面関係の場合はパターン分けをして、どのような場合に面会交流の限界が認められるのかを明らかにしなければならない。

さらに、生物学上の親による面会交流請求が検討される。ドイツでは、生物学上の父の面会交流

権の対抗的利益として、法律上の親の権利（基本法6条2項）、子どもの自己情報決定権（基本法1条1項と結びついた2条1項）、法律上の母の私的領域と内密領域の尊重（基本法1条1項と結びついた2条1項）そして家族基本権（基本法6条1項）が考えられる。そして、親の権利の問題としてとらえる場合、限界として積極的・子どもの福祉が考えられる。そして、連邦憲法裁判所2014年決定によれば、子どもの福祉の具体的内容として、法律上の家族の解体に繋がりがかねない出自鑑定を他の審査よりも後にするというように子どもにとってより負担の少ない手続が憲法上要請される。

吉岡氏は、これらの検討から、「こうした限界は、日本において憲法上の生物学上の父の面会交流権の限界を考えるうえで参考になると思われる」と結論づけている。

オ) 結論

5章結論では、ドイツの議論から得られる、日本法への示唆が明らかにされる。すなわち、ドイツの議論を総括し、親の面会交流権の根拠条文、法的性質、主体及び限界を明らかにする。その上で、私人間の面会交流紛争に関する試論及び今後の課題が述べられている。

まず、ドイツでは、子どものために手厚い面会交流制度が用意され、憲法上の面会交流権は第一に子どものための権利とされながらも、同時に、親自身の権利と構成する余地がある、という。次に、主体についてドイツでは面会交流権の主体の拡大が進んでいることが指摘される。最後に、限界については、①公権力による面会交流制限（二面関係）、②私人間の面会交流紛争（三面関係）、そして③生物学上の父の面会交流権という3つの局面で議論が展開されている。

これらを踏まえ、わが国において親の面会交流権の法的性質、主体及び限界についての検討が行われる。その概要は、以下のとおりである。

- ・まず、親の面会交流権としては、憲法24条と結びついた13条が考えられる。また、子どもも面会交流権の主体となる。
- ・次に、親権と面会交流権を憲法上の権利として構想する場合に両者が同一の法的性質を有するか否かという争いがある。論者はこれについて、両者は異なる性質を有すると考える。
- ・更に、面会交流権の人的保障範囲は立法者により広げることができる。そのさいに、多様な親同士の衝突可能性を最小化すること等が、憲法24条の子どもの個人の尊厳、すなわち憲法上の要請として考えられる。
- ・最後に、限界についての議論は、①公権力による面会交流制限（二面関係）、②私人間の面会交流紛争（三面関係）、そして③生物学上の父の面会交流権の場面に分類できる。
- ・また、当事者の義務者と義務内容についても、ドイツの議論は、わが国においても十分参考に値する。

今後の課題として、吉岡氏は、以下のように述べている。

- ・まず、ドイツ法のみならず英米法も参照しながら、各国の法文化に配慮しつつ、親の権利や子

どもの権利をめぐる用語の多義化に対応すること。

- ・次に、在監者の面会交流制限例のような、その他の公権力による面会交流制限事例を想定して、個別に限界を考察すること。
- ・最後に、国際人権法、特に子どもの権利条約をめぐる立法機関及び司法機関の動向に目を向けなければならないこと。

2. 本論文の評価

(1) 本論文の意義

従来、その規定の必要性が論じられてきながら、2011年（平成23年）改正によって、ようやく実現したのが面会交流権であった（民法766条1項）。

すなわち、「父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者、父又は母と子との面会及びその他の交流、子の監護に要する費用の分担その他の子の監護について必要な事項は、その協議で定める。この場合においては、子の利益を最も優先して考慮しなければならない。」との定めが置かれたのである。

しかし、この規定は、面会交流を求める資格を権利として定めたわけではない。むしろ、面会交流が協議によって定められることを明らかにしたに過ぎない。ここから、面会交流を権利として構成する必要性の有無、その権利の性格に関する議論が生まれる。

すなわち、766条に規定されている面会交流の法的性質については、それが権利なのかどうか、権利というのであれば、誰の誰に対する権利なのか、原則として実施されるべきなのかについて激しい対立があり、混迷を極めている。家裁実務では、その法的性質が何であるかはさておき、原則として離婚後面会交流は実施という傾向がある。この傾向についても実務家、研究者の間で賛否が分かれているのが実情である。

他方、現行日本法は、離婚後（のみならず、父母が婚姻していない非婚、未婚であると）、子の親権者は父母の一方の単独親権になるという制度を採っている（民法819条1～4項）。離婚後単独親権制度であっても離婚後共同親権制度であっても（とはいえ、イスラム教国等を除き、いわゆる先進国では、ほとんどの国で離婚後共同親権制度を採用している）、親子間の面会交流（権）が重要であることには変わりはない。日本での問題は、離婚後、別れた相手（元配偶者）に子を会わせたくない監護親と結局子と会えなく/会わなくなってしまう非監護親という状況が生まれていることにある。

このような事情の下、共同親権の実現や子との面会交流の実現を求める当事者がしばしば主張するのが、離婚後非親権者かつ非監護者であっても、「親としての権利」はあるということである。このとき口にされるのが、ドイツ基本法6条、とりわけ2項である。ドイツ基本法6条のような家族保護条項をもたない日本法（日本国憲法）において、ドイツ基本法6条の論理をどのように読み込むかで、日本国憲法13条や24条の解釈が展開されていると評することができる。

この問題に関して、すでに民法では盛んな議論が行われてきた（たとえば、二宮周平「民法766

条の解釈論—第三者の監護者指定と祖父母と孫の面会交流—」立命館法学 2021 年 5・6 号 (399・400 号)；高田恭子「面会交流の法的性質—英国における司法手続きの分析から—」立命館法学 2016 年 5・6 号 (369・370 号))。また、面会交流権の実現を図る立法の不作为を争った、東京地裁判決（東京地判令和元年 11 月 22 日判決）、その控訴審である、東京高裁判決（東京高判令和 2 年 8 月 13 日）によって、この問題に対する関心の高まりが見て取れる。

憲法学においても、吉岡氏が触れているように、いくつかの論考が公にされ、憲法からのアプローチも緒に就いたところである（井上武史「別居後の親子の面会交流権と憲法面会交流立法不作为違憲訴訟の検討」法と政治 72 卷 1 号（2021 年 5 月）295 頁）。

吉岡氏の論文は、このような状況を踏まえ、ドイツの学説や裁判例をとおして、わが国における面会交流権のあり方を議論した労作であると言える。

(2) 本論文における比較法研究の特質

吉岡氏は、わが国における面会交流権の検討に当たり、ドイツの学説および判例に比較の視座を求めた。これは、面会交流権の形成において、ドイツが豊富な研究と実務を提供していることによる。

この点、すでに、佐々木健「ドイツ法における親子の交流と子の意思—PAS（片親疎外症候群）と子の福祉の観点から—」立命館法学 2009 年 5・6 号 (327・328 号)347 頁が 2000 年代前半までの問題状況について詳論している。また、最近では、大森貴弘「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 Japanese Übersetzung : Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts über das vom Grundgesetz geschützte Verkehrsrecht」常葉大学教育学部紀要（報告）第 42 号 2022. 3. 237 頁～253 頁に掲載され、また、西谷祐子「離婚後の子の養育への父母の関与の在り方に関するドイツの法制度等—共同親権を中心に—」と題する報告も行われているところである（<https://www.moj.go.jp/content/001354873.pdf>）。面会交流権の検討に際して、ドイツに対する関心は、高まりを見せている。

吉岡氏の問題関心と類似の先行研究には、本論文でも参照されている横田光平『子ども法の基本構造』信山社、2010 年がある。同書の叙述も詳細であるが、日本語の文章として非常に難解である。これに対して吉岡論文は、時系列に沿って丁寧に学説の推移を整理し、さらに上記横田氏の著書が扱った後の学説・連邦憲法裁判所判決の推移がフォローされている。その整理・分析は詳細でかつ網羅的である。

吉岡論文は、これら研究を踏まえ、より包括的に比較憲法的研究を行うものであって、その学術的価値は高い。具体的には、下記の点において、本論文が博士学位論文の水準に達しているものと評価できる。

(3) 本論文の博士論文としての評価

①問題意識の明確性

吉岡論文において特筆すべきは、その問題意識の明確さにある。わが国の法制度の現状（法改正を含む）、あるいは学説の到達点を踏まえ、今何を論じるべきなのかが明確に示されている。たとえば、次のような記述は、面会交流権をめぐる議論の方向性を見定める点で、きわめて示唆に富む。

「面会交流権について考察する作業の前提として、面会交流権を含めた親にのみ認められるであろう憲法上の権利・利益の集合体である憲法上の親の権利とはおよそどのようなものなのかという輪郭をつかみ、これを構想する上での課題は確認するべきであるように思われる。本章ではこのような問題意識の下、憲法上の親の権利を構想するならばそれはどのようなものなのかを検討したい。けれども、日本の憲法学説は憲法上の親の権利について主として学校教育との関係で語られていたために、例えば学校教育とは状況の異なる児童虐待への対処を目的とした親権制限事例等を想定してもなお「憲法論からの分析は過少と言わざるを得ない」と評価されている。また、未成年者、親との関係では子どもとされる存在について、彼らはもっぱら保護の対象ではなく、動的に自律性を備えていくという特徴をもっており、その意思を軽視してはならない。実際に児童虐待防止制度の中には子どもの意思に反しても行うことができる職権による一時保護制度が存在し、その制度目的上子どもの生命・身体の保護を優先しすぎるきらいがあるために子どもの精神的利益への配慮を指摘する声も確認できる(30頁)。」

問題に関する論述が詳しく述べられている論文は多いが、論ずべきテーマ、そのための戦略まで自覚的に設定されているものは少ない。吉岡論文が成功しているとは評価できるのは、「何をどのように論ずべきなのか」があらかじめ、明確に設定されているところにある。

これはまた、「なぜドイツを研究対象にするのか」に関する明確な視座の視点にも表されている。吉岡氏は、面会交流権を憲法として検討する際、アメリカやイギリス、あるいはイタリアのような国を参照することも可能であると述べる。しかし、研究の進度や学説の多様性から考えると、ドイツに焦点を合わせることが重要であると述べる(31-32頁)。この点、たとえば、これまでドイツを中心に検討してきたとの事情から、自ずとドイツ法研究に向かう研究とは、その姿勢を異にしている。

②論点抽出の明確さ

このような問題意識を踏まえ、吉岡氏は、ドイツの判例や学説を網羅的に検討する。そして、この部分こそが本論文の白眉ともいえるべきである。権利の性格を検討するには、その主体は誰か、その内容をどう捉えるべきか、その限界をどう設定するのが鍵を握る。吉岡論文は、これらをそれぞれ具体的に詳論している点で、この問題に関する研究の中に期を画するものとなっている。とり

わけ、権利の性質論をめぐる学説の分析は圧巻であって、その資料的価値はもとより、今後、この分野の研究において参照されるべき価値を持っているといえるであろう。

また、吉岡論文は、わが国の憲法（民法）学説を縦横無尽に渉猟しつつ、ドイツの学説や判例と見事に対照させ、この問題へのアプローチを提示している。この手際の良さも特筆に値する。網羅的であって、非常に周到な論述が展開されており、吉岡氏の研究能力の高さを実証しているかのようである。

③参照される資料の周到さ

吉岡論文は、面会交流権に対する憲法上の位置づけについて、わが国とドイツの学説、裁判例を包括的に渉猟した。さらに、これらを明確に分類し、考え方の対立を鳥瞰的に提示して見せている。とりわけ、ドイツにおける学説をその流れとともに整理した箇所は、この分野におけるひとつの到達点を示したものと評価することができるであろう。引用についても、あるいは脚注についても的確であって、博士学位論文の水準を満たしていると評価できる。

④独創性

上記①～③と重複するが、本論文は、ドイツの憲法、民法学説を大量かつ精緻に紹介・分析しており、博士論文に要請される「先行研究の網羅的精査」、「研究テーマに関する十分な比較法的研究の実施」の要件を満たしていると評価できる。とりわけ、日本の先行研究では、まだ十分に扱われていないヴァプラーの新学説に注目し、ドイツの親の権利学説は、吉岡氏の言う第4段階（子どもの権利が具体化される段階）に至っているとの仮説を提示している点は、博士学位論文の要件である独創性を満たしていると評価できる。

この点に関連して、吉岡氏が、親の権利の性質についての理解を4段階に分けて分類した点が注目される。つまり、第1段階は、親の権利の「権利」としての側面が強調され、第2段階として、親の権利が子どもに奉仕する側面があることを協調し、他の基本権とは異なるとする特殊説へと移行し、さらに第3段階として、第2段階の特殊説が定着し、親の義務が優先して語られる一方で、親の固有の権利としての側面もあるのではないかとの疑問が提起され、第4段階として、子どもの基本権が具体化される、との発展史を提起した点は、これまでの学説にはなかった視点であり、吉岡氏の独自性が発揮されていると見ることができる。

(4) 本論文の課題

①論文全体の構成について

論文の表題が、吉岡氏が本論文で目指していることである。すなわち、面会交流権を憲法上独立して位置づけようというのである。もちろん副題にあるように憲法上の親の権利との関連で面会交流権を独自のものとして位置付けようというのである。ただし、この試みは、結局は面会交流権議

論なのか、基本法6条の親の権利論なのか判然としないところが見られる。また、論文の後半部分、とくにドイツの新しい学説の展開や離婚後に限らない面会交流の態様を紹介・検討する部分になると、扱う間口を広げすぎたという感がある。新規の展開で扱っていることは、それ自体独立した論文で扱えるような大きなテーマであるときえ言える。

このことを反映してか、本論文の冒頭で示された日本の問題状況への解答を与えるという意味での結論部分では、ドイツでの新規の現象や面会交流の行われる場面の拡大ということの紹介、分析に引きずられてか、日本の法状況に対応した的を絞った主張、結論といった面が弱まっているように感じられる。この点は、論文の全体的な構成という点ではやや惜しまれるところである。結局、新しい現象、学説をできるだけ紹介し、検討したいという吉岡氏の意気込みが出たけれども、本論文の前半部分および日本法の問題提起部分と、ややかみ合わなかったところがあるということだと考えられる。

従来からの親の権利論（Ⅰ）及び（ドイツ連邦憲法裁判所の近年の判例理論である）子供の保護請求権論を探究し、面会交流権をめぐる（各論的）議論（Ⅱ）について、改めてⅠに定礎させるパートこそ、この論文のハイライト、独自性をなし、評価されるべき箇所かと思われる。もっとも、Ⅰは教育も含む広範な射程を持つうえ、Ⅰ及びⅡの理論的な関係性については、必ずしも明確に描かれていない。ドイツ及び日本、各々の社会的背景の相違を意識しつつ、面会交流に関する代表的な事例の解決の方向性について一立法論にせよ、解釈論にせよ—Ⅰ及びⅡの関係性を踏まえつつ、各々、慎重に探究するというアプローチに与すれば、より説得力を備えるものと考えられる（比較法研究の方法とも関連する）。

②記述について

一般的に、記述の重複が少なくない。序章・第一章間、小括等は一例であり、論旨が乱れる一因となる。特にドイツの議論の紹介のうち、問題解明に直接寄与しない事項については、註の利用等、本文を割かない方がよいであろう。今後、文章を削る作業が必要かと思われる。

現代の比較法研究にあつては、外国法を参照する場合にあつても、異なる社会的背景のもとではあるが、相互に解決すべき共通問題を抱えており、従つてまた、解決の方向性も各々異なりうる、そのように考えることが適切かと思われる（参照、井田良「刑法学と比較法研究—極私的方法論的遍歴」比較法ニューズレター63号（2022）1頁）。繰り返される、ドイツから日本が「示唆をうける」というアプローチでは、二国間の差異を乗り越えることも難しい。結論の項では、国家相互の区別はかなり曖昧である。

また、文献引用上、著者のファースト・ネームについては、少なくとも初回は揭示すべきであり、連邦憲法裁判所の事件名の表記についても、慣例に従つたほうがよいであろう。また、「特殊説」、「混合説」という表記、横田氏の著作に由来すると思われるが、適切とは言い難く、内実を踏まえた言い換えが望ましい。ドイツの連邦憲法裁判所にあつては、二つの法廷共、報告者にかかわらず、徹底した討議及びコンセンサスを目指す文化が顕著である。「ブリッツ・コート」等、特定の裁判官

と結びつけられた呼称は、適切ではないであろう。今後、本論文を公にする際、十分な注意が求められる。

③今後の課題

本論文は、研究対象を深く掘り下げるため、たとえば教育の場面における親、子どもの権利については自覚的に検討から外すという戦略をとっている。しかし、親の権利、子どもの権利に関する学説史の全体像を探るには、教育法の先行研究にも目を配る必要があるのではないだろうか。わが国の学説について言えば、1970年代の堀尾輝久による先駆的研究にも着目する必要があるのではないだろうかとの意見が提起された。

また、先述の発展段階論についても、わが国の位置づけをどう評価するか、とりわけ、この段階論を日本の学説に当てはめた場合、どの段階にあると考えるべきかに関する疑問も提起された。今後の検討課題といえる。

憲法上の親の面会交流権につき、「①子どもの意思が不明な場合は、国家と親の間での子どもの利益に関する判断の衝突の問題ととらえ、②子どもの意思が明らかな場合は子どもの権利と親の権利の衝突とし、その調整役として国家が現れる」という基準が設定されている。この基準は、面会交流権のみならず親の権利と子どもの利益－権利の関係一般を律する原則になり得ると思われ、一層の考察が求められる。また、①の場合(年少者)には、親に第一次的判断権が認められ、「子どもの福祉にとって不可侵な条件」(74頁)が保障されていない時に限り、国が介入でき、また、②の場合(年長者)には、人格的事柄に関しては子どもの自己決定権が親の教育権に優越するという理論(76頁)が成り立つのではないかと、との疑問も提起された。いずれも今後の課題として、吉岡氏に検討を深めてもらいたい。

さらに、面会交流権を憲法上の権利として確定するにしても、そのことが民法766条の解釈にどのような影響をもたらすのか、との疑問には、十分な回答が与えられていない。また、ドイツ法の基礎として説かれる「適用の優位」及び「妥当性の優位」の区別に照らすと、面会交流をめぐる事件の解決には、第一次的には、憲法ではなく、私法規範が適用される。また、「妥当性の優位」を前提としても、民事裁判所による私法の解釈及び適用には、憲法上の裁量が容認される。こうした枠組自体については、日本法にも妥当するはずではないかと、との根本的な疑問についても、十分な答えが提示されているわけではない。

最後に、「憲法上の権利」を論じるのであれば、親、子供、家裁(議会)の間において、いわゆる法的三極関係を構想することが必要である。親の防御権と並び、子供の保護請求権の基礎づけ、家裁の民法解釈を統制する基準として比例性原則といった論点の検討が必須であるはずのところ、本稿には、親の権利以外は見当たらず、「憲法上の権利」といっても、レトリックの域を超えていないとの印象も残る。

これらもまた、本論文全体を公にするまでに、一定の答えを用意すべきであるとともに、吉岡氏のライフワークとして研究を進めていくことを求めたい。

結語

このような課題はあるものの、上記の理由から、審査委員の全員一致で、吉岡氏の論文は、博士学位を付与するに十分な水準に達しているとの結論に達した。

以上

審査委員	鈴木博人(副査)
	橋本基弘(主査)
	廣澤明(副査)
	松原光宏(副査)