

離婚後の共同親権制度導入に関しての 原則的考察

—— 裁判例を通して ——

鈴木 博人

- I. はじめに
- II. 東京地裁令和3(2021)年2月17日判決の検討
- III. 共同親権(養育権)国家賠償請求訴訟意見書
- IV. 終わりに

I. はじめに

私は、2005年から2007年にかけて、日本弁護士連合会家事法制委員会の活動の一環として行われた「親権制度の比較法調査研究会」の活動に参加した¹⁾。研究活動を総括する座談会で、離婚後単独親権制度は、離婚後の親権帰属がオール・オア・ナッシングなので、親権者の決定をめぐる夫婦(父母)間の紛争が激化するということが指摘されている。また、オール・オア・ナッシングで父母の一方を親権者に決めるので、父母のどちらがいかという観点から裁判所の調査が行われ、現状で特に問題がなければ現

1) この研究会の活動の成果は、財団法人日弁連法務研究財団 離婚後の子どもの親権及び監護に関する比較法的研究会編『子どもの福祉と共同親権 別居・離婚に伴う親権・監護法制の比較法研究』日本加除出版(2007年)にまとめられている。

状迫認という結論になるという²⁾。そこでは、将来どのような親子関係を構築していくのが望ましいかという観点からの調査はまったく行われなことも指摘されている。さらには、単独親権という実体法のあり方が、紛争のあらわれ方を規定しており、それが子の奪い合いを生んだり、訴訟では相手方の悪口を言い合うという紛争を引き起こしているのではないかという。そして、親権を争うような事件では、調停なり訴訟の手續に集中するので、離婚後の子どもと親の関わり方をどう作り上げていったらいいかという視点をもつことが難しいという。そうした中、離婚後に親(父母)がどう子どもと関わるのかを支援する制度・仕組みが、日本ではきわめて貧弱であるということも指摘されている³⁾。ここで指摘されている状況は、現在でも大きな変化がないといえる。

他方で、学界では、家族法全体の改正の必要性につき、例えば日本家族〈社会と法〉学会では、家族法の各領域ごとの改正提案作成作業が行われた⁴⁾。また、「父母の離婚に伴う子の養育への深刻な影響や子の養育の在り方の多様化等の社会情勢に鑑み、子の利益の確保等の観点から、離婚及びこれに関連する制度に関する規定等を見直す必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」との諮問に基づき、法制審議会家族法制部会第1回会議が2021年3月30日に開催され、以後の会議においては、離婚後共同親権に関する議論も行われ、「家族法の見直しに関する中間試案(案)」にもいくつかの案が提示されている⁵⁾。離婚後の親権法制が最終的

2) 前掲(注1)『子どもの福祉と共同親権』第4章座談会「親権法改正に向けて——論点整理と法改正の展望」244-245頁、増田勝久発言。

3) 前掲(注1)『子どもの福祉と共同親権』245-246頁、谷英樹発言。

4) 日本の離婚後共同親権法制をめぐる議論を総括している最近の論考としては、稲垣朋子「離婚後の共同親権の具体的検討に向けて わが国とドイツにおける議論を踏まえた課題」二宮周平編集代表『現代家族法講座第3巻 親子』日本評論社(2021年)209頁。

5) 「家族法の見直しに関する中間試案(案)」に至るまでも案が提示されているが、中間試案(案)の最後のものは、第19回会議(2022年8月30日)の部会資

にどのような形になるかは別にして、離婚後共同親権が選択肢の一つとして具体的に議論されるに至っているのはこの間の大きな動きである。

また、立法作業とは別に、現行の離婚後単独親権法制が憲法違反であるという訴訟が数件提起されている。そのうちの1件はすでに判決が出され、控訴審、上告審も終結している。

具体的な立法提案がすでにいくつもなされているところではあるが⁶⁾、本稿では、Ⅱ章で現行離婚後単独親権法制が憲法違反であるとする裁判例を紹介し、そこでどのような主張がなされているのかを見ていくことにしたい。すでに判決が出されて、それが公表されているのは、上記東京地裁令和3(2021)年2月17日判決(平成31年(ワ)第7514号)である⁷⁾。Ⅲ章では、別の訴訟で筆者が提出した意見書を掲載する。

料19-1である(第19回会議については、https://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900001_00153.html(2022年10月13日最終確認)。

6) なお、2022年8月8日に、手づくり民法・法制審議会「〈呼称〉大鹿民法草案(正式名称:改正手づくり家族法草案)」という改正提案が公表されている。有志の当事者7名が、上記「手づくり民法・法制審議会」の構成員と記されている(3頁)。https://k-kokubai.jp/wp-content/uploads/2022/08/%E5%A4%A7%E9%B9%BF%E6%B0%91%E6%B3%95%E8%8D%89%E6%A1%88_20220807_2215-1.pdf(2022年10月13日最終確認)。

7) 東京地裁判決令和3年2月17日(東京地裁平成31年(ワ)第7514号)訟務月報67巻9号1313頁。控訴審、上告審は判例集等未登載。ただし、事件を担当した作花知志弁護士ウェブサイト(<https://www.oyako-time.com>)に各審級の判決が公開されている(2022年10月13日最終確認)。本件東京地裁判決に関する解説:巻美矢紀「裁判上の離婚に伴う親権者指定の合憲性」法学教室489号166頁、西村枝美「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規定の合憲性」ジュリスト1570号14頁。憲法上の論点についてはこれらを参照。

Ⅱ. 東京地裁令和3（2021）年2月17日判決の検討

本件が提起されるに至った事情、事実関係は複雑なものではない。しかし、民法819条2項、ひいては離婚後単独親権制度の不当性・違憲性を争うケースであるため、判決理由は複雑かつ長いものになっている。したがって、判決の論理構造を解説するという意味も含めて、【判旨】では、煩をいとわず、判決の流れに則しつつ、筆者による項目立てをして紹介することにする。筆者の項目立て、コメントの部分は〔 〕で示す。

【事件の概要】

離婚訴訟で、配偶者との間に出生した子について、親権者とされなかったX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民法819条2項の規定が、憲法13条、14条1項もしくは24条2項または日本が批准した国際条約に明白に違反しているとして、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項の違法があるとして、被告である国に対して165万円を請求した事件である。

【判旨】

原告の請求を棄却する。

(1) 国家賠償法上の違法性

判例にしたがうと、法律の規定が憲法上保障・保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法に違反することが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたって、法律の改廃等の立法措置を怠る場合には、例外的に、国会議員の立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上違法とされることがある。そこで、本件については、民法819条2項が憲法上保障・保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反することが明白であるか否か、そ

して、それを国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠っているとイえるかを検討することになる。

(2) 憲法13条について

判決は、親権の性質について述べた上で、その性質からすると、親権は憲法13条によって保障されるものではないとする。すなわち、「親権者たる親は、子について、当該子にとって何が適切な監護及び教育であるか、親権を行うに当たって考慮すべき「子の利益」が何かを判断するための第一次的な裁量権限及びそれに基づく決定権限を有するが、これらの権限は、子との間でのみ行使され、親とは別人格の子の自律的意思決定に対して一定の制約をもたらし得る形で行使されるものであるばかりか、その権限の行使に当たっては、「子の利益」のために行使しなければならないという制約があり、それが親自身の監護及び教育の義務にもなっている。そうすると、親権は、あくまでも子のための利他的な権限であり、その行使をするか否かについての自由がない特殊な法的な地位であるといわざるを得ず、憲法が定める他の人権、とりわけいわゆる精神的自由権とは本質を異にするというべきである。また、親権を、その行使を受ける子の側から検討をしても、子は、親権の法的性質をどのように考えようとも、親による親権の行使に対する受け手の側にとどまらざるを得ず、憲法上はもちろん、民法上も、子が親に対し、具体的にいかなる権利を有するかも詳らかでないから、子において、原告が主張するような、父母の共同親権の下で養育される権利、ひいては成人するまで父母と同様に触れ合いながら精神的に成長する権利を有するものとは解されず、親権の特殊性についての上記判断を左右するものではない。そうすると、このような特質を有する親権が、憲法13条で保障されていると解することは甚だ困難である」と。

子にとっての親により養育される人格的利益と親にとって子を養育する人格的利益については、次のようにその存在を認めている。すなわち、「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うことが出来る」と。

[子及び親の人格的な利益について]

「しかし、これらの人格的な利益と親権との関係についてみると、これらの人格的な利益は、離婚に伴う親権者の指定によって親権を失い、子の監護及び教育をする権利等を失うことにより、当該人格的な利益が一定の範囲で制約され得ることになり、その範囲で親権の帰属及びその行使と関連するものの、親である父と母が離婚をし、その一方が親権者とされた場合であっても、他方の親（非親権者）と子の間も親子であることに変わりがなく、当該人格的な利益は、他方の親（非親権者）にとっても、子にとっても、当然に失われるものではなく、また、失われるべきものでもない。慮るに、当該人格的な利益が損なわれる事態が生じるのは、離婚に伴って父又は母の一方が親権者に指定されることによるのではなく、むしろ、父と母との間、又は父若しくは母と子の間に共に養育をする、又は養育を受けるだけの良好な人間関係が維持されなくなることにより生じるものではないかと考えられる。

そうすると、親及び子が、親による子の養育についてそれぞれ上記の人格的な利益を有し、親権の帰属及び行使がそれに関連しているからといって、親権が憲法13条で保障されていると解することが甚だ困難であるという……判断を左右するものではない」というのである。[子及び父母の人格的利益が確保されるかどうかは、離婚後単独親権かどうかによるのでは

なく、父母の関係が悪くなる=良好な人間関係を維持できるかどうかによるのであって、親権の帰属や行使がそれと関連しているかもしれないが、それをもって親権が憲法13条の保障対象とはいえないとの趣旨のようである。親権と親の権利とが密接に関連はしているが別のものであるという理解が欠けている。この点は、原告側の主張についても同じことを指摘できる。]

[憲法24条2項に基づき考慮される事項との関係]

ただし、「離婚に伴う親権者の指定によって親権を失い、子の監護及び教育をする権利等を失うことにより、親及び子がそれぞれ有する上記の人格的な利益に対する一定の範囲での制約については、当該人格的な利益が、憲法が予定する家族の根幹に関わる人格的な利益であると解されるから、我が国の憲法上の解釈としては、……憲法24条2項の「婚姻及び家族に関するその他の事項」に当たる、親権制度に関する具体的な法制度を構築する際に考慮されるべき要素の一つとなり、国会に与えられた裁量権の限界を画すものと位置付けるのが相当である」とする。

[旭川学テ事件判決との関係]

旭川学テ事件判決や諸外国の法制度及び裁判例を日本法上の親権が憲法13条で保証されている根拠とするXの主張については、「旭川学テ事件判決は、子の教育について国家の干渉を制限する観点から、親に一定の決定権能がある旨を判示したもので、それを超え、親権が憲法13条により保障された権利であるという判断を示したのではなく、その趣旨を含むものとも解されない。また、諸外国の法制度及び裁判例の状況は、……親権制度の在り方に関する議論の上で参考にされるべき事情とはなり得るにせよ、我が国の憲法の解釈に直ちに影響を及ぼす事情であるとはいえない」とする。

以上縷々述べられたことから民法819条2項が憲法13条に違反することは明白であるとはいえないと結論する（著者注：判決の論理からすると、憲法13条に反しないとか、憲法13条の保障対象外となるように思われるが、そうは言わ

ず、憲法13条に違反することは明白であるとはいえないという曖昧な言い回しになっている）。

（3）憲法14条1項違反について

〔憲法14条1項適用の基準〕

民法819条2項は、「親権について、裁判上の離婚をした父と母との間で、これを行することができる者と行することができない者を生む点で差別的取扱いを定めており、また、父母が婚姻関係にある子と父母が裁判上の離婚をした子との間で差別的取扱いを定めていると」するXの主張についての判決の見解が示される。確かに民法819条2項は、婚姻関係にある父母の下では子は共同親権に服するが、父母が裁判上離婚した子はそうではないので、これらの取扱いの違いが、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものと認められないときには憲法14条1項に違反することになる。

〔憲法24条2項との関係で生じる国会の立法裁量〕

ここで判決は、別異の取扱いが合理的な根拠に基づくかどうかという基準だけではなく、憲法24条2項により、婚姻及び家族に関する事項は、伝統や国民感情を含む種々の社会的要因を踏まえて、総合的な判断に基づき法律によってその内容の詳細が具体化されるとし、具体的な制度構築は国会の合理的な立法裁量に委ねられているとする。ただし、その際に、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚することが国会の立法裁量の限界を画しているとする。さらに、前項（2）で示したように、親権の在り方は、家族の人格的利益に関係するので、親権制度の具体的な内容の構築に当たっては、この人格的利益をいたずらに害さないようにすることが国会の立法裁量権の限界を画するものに加えられるとする。

〔原告提起の個別論点の検討と国会の立法裁量による事項の列挙〕

〔民法819条2項、ひいては離婚後単独親権制度の目的・趣旨〕

親権制度は全体として「子の利益」のためのものである。そのことを前提にすると、民法819条2項の趣旨は、「離婚した父母が通常別居すること

となり、また、父母の人間関係も必ずしも良好なものではない状況となるであろうという実際を前提とし、父母が離婚をして別居した場合であっても、子の監護及び教育に関わ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、その一方のみを親権者と指定することを定めるとともに、裁判所が後見的な立場から親権者として相対的な適格性を判断することを定める点にあるとする。以上の「趣旨に照らせば、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うことが出来るから、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」とする。

[一方の親の排除が目的ではないのか]

Xは、819条2項の趣旨が、「離婚をした元配偶者と関わる必要性という親の不都合を回避する点に」にあり、「その立法目的に合理性がないと主張するが、本件規定により離婚後の親権者が親権の行使について他方の親と協議する必要がなくなるものの、親権者は、子の利益のために子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負うとされるなど、親権制度が「子の利益」のためのものであることが明示されている民法の諸規定の規定振り、及びその在り方を踏まえると、本件規定の立法目的が親の不都合の回避にあるといえないことは明らかである」とする。[親権の適時、適切な行使を可能にすることが本規定の目的ということ。ただし、現実問題として、離別した親（配偶者）を排除しようとする傾向も存在する。本判決は、それは819条2項が理由でそうなるわけではないというのである。]

[819条2項が離婚後単独親権とすることにより、国会の立法裁量権を考慮しても、離婚後の父母の取扱いを異ならせることが、合理的なものであるかの検討]

「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も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係で合理的な関連性を有すと認められる。

そして、親及び子は、子が親から養育を受け、又はこれをするということについてそれぞれ人格的な利益を有すということができ、当該人格的な利益は、本件規定によって親権を失い、子の監護及び教育をする権利を失うことにより、一定の範囲で制約され得ることとなるが、親である父と母が離婚をし、その一方が親権者とされた場合であっても、他方の親（非親権者）と子の間も親子であることに変わりがなく、当該人格的な利益は、他方の親（非親権者）にとっても、子にとっても、当然に失われるものではなく、また、失われるべきものでもない。そして、離婚をした父と母が、その両者の人間関係を、子の養育のために一定の範囲で維持したり、構築し直したりすることも可能であると考え、そうであれば、本件規定により親権を失ったとしても、子の養育に関与し続けることが可能なものとなり、人格的な利益の制約が限定的なものにとどまると考えられる一方、そのような人間関係を維持したり、構築し直したりすることができない場合には、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適時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、結局、子の利益を損なう結果をもたらすものといわざるを得ない。そうすると、本件規定が離婚をした父又は母の一方の親権を失わせ、親権者に指定されなかった父又は母及び子のそ

れぞれの人格的な利益を損なうことがあり得るとしても、一般的に考えられる子の利益の観点からすれば、そのことはなおやむを得ないものと評価せざるを得ない」という。

[外国法、例えば離婚後も共同親権（親の配慮）法制であるドイツ法では、子に関する事項について父母の意見が合致しないときには家庭裁判所が判断すると民法に規定されている。これに対して日本法では、裁判所が判断するのは、父母のいずれに判断を委ねるのが適切かであって、適切とされた者に親権行使を委ねるという形になっている。ドイツ式、日本式どちらの方が、相対的に、当事者である父母の納得を得られるのかは検討する必要がある。]

[離婚後もうまくやっっていける元夫婦でも共同で親権を行使できないのは不合理ではないか]

「本件規定の立法目的が、通常、離婚をした父母が別居することとなり、また、当該父母の人間関係も必ずしも良好なものではない状況となるであろうという実際論を前提とすると解される以上、離婚をする夫婦にも様々な状況があり得、立法目的が前提とした元夫婦像にそのまま当てはまらない元夫婦も実際には相当数存在し得ると考えられるから、離婚をする夫婦にいわゆる共同親権を選択することができることとすること」は、「立法政策としてあり得る」が、そのような「立法政策を実現するためには、離婚後の父及び母による子の養育のあるべき姿という観念論、諸外国の状況、我が国が締結している各条約の趣旨等ばかりでなく、それとともに、我が国における離婚の実情、親権の行使の実情及びこれらを含めた親権の在り方に対する国民の意識等、更に単独親権制度を採用していることによって生じている種々の不都合、不合理な事態を踏まえ、共同親権を認めることとした場合に離婚後の父及び母による子への養育に及ぼす実際の効果を、それを認めた場合に生じ得る障害に照らし、子の利益の観点から見極める必要があると解されるところ、本件証拠関係をもってしては、現段階において、国会、政府はもちろん、国民一般においても、その見極め等がされ

ている状況にあるとは認められない。

そうすると、子にとってはもちろん、親にとっても、子が親から養育を受け、又はこれをする事についてそれぞれ人格的な利益を有すということができ、これらの人格的な利益が、本件規定により親権を失い、子の監護及び教育をする権利を失うことにより、制約され得ることとなるが、そのような事情を考慮しても、我が国の家族制度の根幹をなす親子の在り方、その中で親権の内容をどのようなものとして捉えるか、それらを踏まえ、離婚後の子に対する共同親権を、又は共同親権の選択を認めるか否かについては、国家機関による親子関係への後見的な助力の在り方を含め、これを国会による合理的な裁量権の行使に委ね、その行使を待つ段階にとどまるといわざるを得ない」。

[離婚後共同親権を行える元夫婦に共同親権行使を可能にする制度は構想可能であるが、そのような制度の導入は国会の立法に委ねるべきであり、それまで、上記のような元夫婦及び子の権利が制約を受けるのはやむを得ないということである。]

[コミュニケーション手段の発達により、子のために実効的に親権行使をできるようになっているとXは主張]

「情報伝達手段の発達をもって、立法目的との関係で本件規定の合理性は失われたということとはできない」。

離婚後の父母の協力関係が見込める場合にまで、裁判上の離婚をした父母の一方の親権を全面的に喪失させることに合理性はなく、単独親権者が死亡したときなど子の福祉の保護に欠ける期間が生じてしまうのではないかという主張がXにより行われた。この点については、「離婚後の父母に任意の協力関係が望める場合があり得、また、離婚後に単独親権者となった父母の一方が死亡した場合等に、原告が主張するような不都合が生じることになる（ただし、後見人が選任され、又は親権者変更の申立てが認められるまでの間であり、同不都合は父母ともに死亡した場合等に結局は生じるものである。）」が、これも国会による立法によるべきであるという。

本件規定は、親権者に指定されるために、子の連れ去りを助長したり、親権者指定をめぐる争うため離婚裁判を長期化させたり、親権者の下で子の虐待が行われたときなど子を保護する権利を奪われるという指摘がXからなされた。これに対して、判決は親権者変更の申し立て制度があるので、非親権者も完全な無権利者ではないということ、虐待事例等で適切な子の保護が行えないとすると、それは、虐待保護法制に問題があるのだという。結局、「父と母との間に争いがある限り、所を変えて紛争が継続するだけではないかと考えられ」、「本件規定によって原告が主張するような不合理な事態が生じているということは、国会において、親権制度の在り方を検討するに際し、検討されるべき事情の一つとなるべきもの」とされた。

[本件規定が「ひとり親」という呼称を生んで、離婚した父母の子に対する差別を助長しているのではないか]

「父母が離婚をしたとしても、子にとって父と母が存在することによって変わるわけではないのであって、「ひとり親」との呼称は、人それぞれの使い方にも寄ろうが、現在における一般的な使用法は、子と共同生活を送り、その中で実際面での養育に当たっている親が一人であることを指す言葉ではないかと解され、これは、親たる父又は母の一方が子と同居することがなくなったという状況に対して使われるもので、何も本件規定によって親権者が父母のうち一方であるという状況に限って使われるものではないのではないかと考えられる。そうすると、このような呼称を使用することが適切か否かは別として、本件規定を改廃し、離婚をした父母の双方を親権者とする事となったからといって、父母が離婚をし、同居生活が解消されるという状況が生じる限り、その呼称に直ちに変化が生じると認めることは困難であり、本件規定が裁判上の離婚をした父母の子に対する差別、偏見を助長しているものと断ずることもできない」。

[要するに、本件規定と「ひとり親」差別には因果関係はないということであろう。]

[民法768条ただし書きにより、親権を失った父母の一方は、養子縁組代諾

権もなく、それどころか自らが知らないうちに、親権者たる他方配偶者の再婚に伴い連れ子養子縁組されてしまうことを防げない。これは、子が虐待の危険にさらされた場合にも実子の利益保護を行えない事態を招いている]

親権を失った父母の一方も、面会交流等を通じて実子を見守り、必要ならば親権者変更の申立ても行えるので、実子の保護が不可能になっているわけではない。また再婚家庭での虐待のようなことは、離婚後共同親権にしたとしてもどこまで実効的な解決が可能かは不明である。「養子縁組について権限のある当局の関与を求める旨の児童の権利に関する条約の規定及び児童の権利委員会の勧告も、締約国である我が国に対してそれに沿った検討を促す趣旨のものというべきである」という。これも国会の立法裁量に委ねられる問題とする。

[連れ子養子縁組に関する問題の重要性が理解されているとは言い難い。虐待事例ではなくても、再婚家庭での親子関係の構築の問題や再婚夫婦が離婚したときに養子となった子の処遇等問題は山積している。また、養子縁組には、親権者同意ではなく、親としての同意権が設定される必要もある。これら問題の提起は、一層、国会の裁量に委ねられるべきとされてしまう可能性が大きい。]

このほか、国連の児童の権利委員会の勧告、国会両院の法務委員会の離婚後共同親権制度の可能性の検討を求める附帯決議等は、それらにより819条2項が合理性を欠くことにはならないし、それらの検討は国会の裁量に委ねられるとする。

「Xは、外国で離婚をした父母が離婚後も共同親権者として戸籍に記載され得るのに対し、本件規定により日本で裁判上の離婚をした父母がいずれか一方しか戸籍上の親権者となることができないことが差別的取扱いであると」するが、「離婚後の共同親権制度を採用している外国で離婚をした父母が離婚後も日本の戸籍上で共同親権者として記載されるのは、当該外国法に基づく判決が、民訴法118条が定める要件を満たして承認された

結果にすぎず、本件規定がその文言上、外国で離婚をした父母と日本で離婚をした父母との間で法的な差別的取扱いを定めているわけではなく、本件規定自体に父母が離婚をした地による形式的な不平等が存在するわけではない」という。

以上、細かな項目も含めて検討した結果、819条2項は、憲法14条1項に違反するとはいえないと結論づけている。

(4) 憲法24条2項について

(3) で縷々述べたことを踏まえると、「本件規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるとは認められない」とした。

[24条1項との関係]

「Xは、親権が、両性の本質的平等を定めた憲法24条1項によっても保障されていると主張するが」、24条1項は、「婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであり、その婚姻生活の維持も、当事者間の平等を基本とし、当事者の相互の協力により維持されなければならないという趣旨を明らかにするものと解され、少なくとも同項が、離婚後の父と母の双方に親権を保障するものと解することは困難である」とした。

Ⅲ. 共同親権（養育権）国家賠償請求訴訟意見書

本章は、共同親権（養育権）国家賠償請求訴訟（東京地裁令和元年（ワ）第31444号）で意見書として提出したものである。Ⅱ. の訴訟で論じられた論点と必ずしもすべてが一致するわけではないが、婚姻していないときには、それが未婚であっても、離婚であってもすべて単独親権という現行819条の矛盾点を中心に書いたものである（もちろん、それだけではないが）。その意味では、現行法の矛盾点なので、矛盾点の解消を、婚姻外単独親権制度の中で行うという道と、婚姻外単独親権制度を共同親権制度（婚姻中も婚

姻外もという意味である）に変更することによって行う道との両方があることになる。ただし、本意見書は、矛盾点の解決を、婚姻外単独親権制度を共同親権制度に変更することによって解決することの方が理論的整合性があるという立場から書かれている。事件自体がⅡ.で扱った東京地裁判決事件と全く同じというわけではないので、かみ合わない点もあるがご容赦いただきたい。また、内容の一部をより明確にするための補充を行い、その他に誤字・脱字を修正・補充し、文体の一部を本稿に合わせて、読みやすいように変更した。

なお、本意見書をこのような形で公表することについては、弁護団の了承を得ていることを申し添えておく。

1. 問題の所在

1.1 用語についての前提理解

本意見書でとりあげる問題を議論する前提として、家族法という術語を、日本では、民法典第4編親族（以下親族法と称する）と同第5編相続（以下相続法と称する）の両方を含んだものとして使うことが多いが、理論的にも比較法的に見ても、この使用法は誤りである。家族法とは親族法を指し、相続法は含まない。ここでも家族法という術語は、日本民法では、親族法のみを指すものとして使用する。

また、本意見書では、ドイツ法を比較法の対象として参考にする箇所がある。ドイツ民法では、「親権」という用語を1979年改正法により「親の配慮」という用語に変更している。該当する部分には括弧書きでその旨を示しているところもあるが、本意見書のかぎりでは、「親の配慮」部分は、「親権」と読み替えていただいてもかまわない。なお、ドイツ法では、基本法（憲法）6条2項に「子どもの保護及び教育は、親の自然の権利であり、まずもって親に課された義務である。この義務の遂行については、国家共同体がこれを監視する」⁸⁾という条文が存在する。基本法のいう親の権利は「親の配慮権」も包含するその上位概念であり、親として固有にもつ、

基本法上保障された権利（配慮権を剥奪されていても存在する）であることに留意されたい。

1.2 親権が婚姻に紐づけられていることから生じる矛盾

現行家族法は、親権の共同性をすべて婚姻に紐づけている（819条1項～5項）。親権の共同性とは、親権者としての法的地位をもちうる父母の平等性と言い換えることもできる。また、親権は義務的権利と言われるが、その法的性質は、親の私法上の義務というのが支配的見解である（私法義務説は、明治民法時から立法者により唱えられていた）。親の私法上の義務に対応する権利者たる子は、法的権限をもった父母双方から等しく身上および財産上の配慮を受ける権利をもつ。親の側から見れば、父母双方が平等に子の身上および財産上の配慮を行う義務があるということを意味する。日本法でも、子の養育費の分担義務については親権の有無、婚姻しているかどうかではなく、親子関係の存在そのものから生じるとされていることに、親の配慮義務の本質が顔を出しているということが出来る。別言すれば、子の経済的監護（扶養）を除く親の配慮義務の有無を、婚姻しているかどうかによって区別するという現行日本法の仕組み自体が、親の子に対する配慮義務という親権の基本構造からずれたものになっていると評することができる。義務的権利である親権の特殊性は、その義務を義務であるにもかかわらず、自ら積極的に負うことに人の親としての喜びを見出す者が数多くいるという点にある。この喜びを優先的に享受することができるという意味では親権は権利である。この時の権利主張の相手は、子ではなくて、第三者である。父母の間では、この権利は平等に、したがって共同して保持し、また行使することになる。本来、婚姻しているか否かでこの権利構造が崩されること自体おかしいといえる。

8) ここでの条文訳は、高橋和之編『新版 世界憲法集』岩波書店、2007年、168ページによる。

私法義務説は、親・子・国家社会三者の関係に関する次のような理解を基礎に置いている。親・子・国家社会の三者は、親と子の関係、親と国家社会との関係、子と国家社会という相互関係に立っている。

親は、国家社会に対して、子を養育する環境整備、養育支援を求める権利をもつ。同時に、正当かつ合理的な理由なくして国家社会が、子に関する親の監護権、教育権に立ち入ったり、これらの権利を制限しないことを求める権利を有する。親は、国家を含めた第三者に対して、子の性格、特性、心身の調子を最もよく理解している者として優先的な決定権をもっているという限りで、親権は親の権利であるということが出来る（なお、ここでいう親=父母とは実父母とは限らない。養父母であることもある。事実上の親はどうなるのかという問題もあるが、本意見書の主旨からはずれる問題になるので、ここでは論及しない）。とはいえ、親の権利は無制限、無制約なものではない。国家社会は、親が子の適切な養育を行う意思をもたなかったり、適切な養育を行えないとき、あるいは親が権限を濫用して子の福祉を侵害するときに親子関係に介入する権利（子に対しては国家社会の義務になる）をもつ。この介入には、人がもつ権利の制限は必要かつ最小限にという比例原則が適用される。

子と国家社会との関係では、子は国家社会に対して、良好な環境で育つ（養育される）ことを求める権利を有する。こうした子の権利に対応する義務を国家社会は負うことになる。このことは児童福祉法が、1条〔児童福祉の理念〕および2条〔児童育成の責任〕で規定している。親・子・国家社会の三者の関係では、子のみがそれぞれの関係において相手方に義務を負わないことになる。

こうした三者の関係構造は、子が育つには、その発達にとって、特定の養育者（大人であるが一人に限定されるわけではない）との間に心理学的親子関係が存在することが重要であるという心理学的知見とも合致する。この心理学的結びつき、換言すれば、親子としての絆は、親子相互の働きかけの関係であるから、子にとって愛情を感じて信頼感・充足感をもたらすと

同時に親にとっても同様の充足感をもたらすものである。この親と子の相互関係は、子と親双方にとって、侵害されてはならない法的利益である。子の視点から見れば、父母が離婚しても、子にとっては父母双方が親であることに変わりはないということであり、親の視点から見れば、子を養育する喜びが離婚を理由に奪われてはならないということである。家族保護条項をもたない日本国憲法において、この法的利益が憲法13条に基づけられるゆえんといえる。

以上のような構造を根底にもつ親権理解を踏まえると、離婚あるいは認知の場合の単独親権法制の下では、次に挙げるような諸点について、理論的な不整合や未成年の子の福祉を危うくする問題が生じていることが見えてくる。

2. 非親権者で非監護者である父母の一方の親権——継親（連れ子）養子縁組（民法798条ただし書きをめぐって）

798条の前身となる明治民法843条は、

「養子ト為ルヘキ者カ十五年未滿ナルトキハ其家ニ在ル父母之二代ハリテ縁組ノ承諾ヲ為スコトヲ得

継父母又ハ嫡母カ前項ノ承諾ヲ為スニハ親族会ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」と規定し、「家ニ在ル父母」の承諾を15歳未満の子の養子縁組の要件としていた。原則として父しか親権者になりえなかった明治民法の下で、養子縁組を承認（代諾）するのは「家ニ在ル父母」として、親権の範囲としてではなく、親たる地位を持つ者として父母が代諾権をもっていたが、第2次大戦後の民法改正で、親の資格としてではなく、法定代理人として代諾させるという形に変更した⁹⁾。現行法では、797条1項が15歳未満の子の代諾養子縁組を規定している。15歳未満の子の養子縁組は代諾養子縁組という構成はそのままにして、代諾権者を「父母」から「法定代理人」

9) 中川善之助責任編集『註釋親族法（上）』有斐閣、1952年、374ページ。

に変更したものである。明治民法のいう「家ニ在ル父母」がない場合、15歳未満の子の養子縁組はできないということになるので、その点では、例えば、「法定代理人」が代諾権者になることによって、父母のいない乳幼児のように、まさに養子縁組を必要とする子が養子として養親家庭に受け入れられる道がよりしっかりと確保されたことになる。養子縁組の同意権者（代諾権者ではない）としての「父母」は1987（昭和62）年の特別養子制度の制定に伴って再び固有の縁組同意権をもつ存在として登場するまで、養子法から姿を消すことになった。ただし、特別養子制度創設前でも、養子縁組成立に父母の同意を不要とすることは問題であると指摘されていた¹⁰⁾。

一方、離婚後単独親権制度（819条1項・2項）の下では、父母が離婚した子の法定代理人は、父母いずれか1名ということになる。ただし、代諾養子縁組が明治民法の下で濫用されて、芸妓養子のように、子の福祉を害するものが養子縁組という形式で行われたことから、未成年養子縁組には家庭裁判所の許可が必要とされた(798条)。ところが、未成年養子縁組でも、「自己又は配偶者の直系卑属を養子とする場合は、この限りでない」（798条ただし書き）として家庭裁判所の許可は不要とされた。自己又は配偶者の直系卑属の養子縁組について、家庭裁判所の許可を不要としたのは、このタイプの養子縁組では、明治民法下でのように、養子となる子が食いものにされることはないと考えられたからだという¹¹⁾。本条によると、離婚して15歳未満の子の単独親権者となった親が再婚したとき、または、婚外で出生した15歳未満の子の単独親権者となった親が婚姻したときは、前者では再婚相手の配偶者が単独で、後者の場合には、子の単独親権者とその再婚配偶者が夫婦共同養子縁組を家庭裁判所の許可なしに、また、非親権者である他方の親の同意を得る必要なしに養子縁組することができる。

10) 例えば、我妻栄『親族法』有斐閣、1961年、274ページ。『新版注釈民法（24）親族（4）』有斐閣、1994年、248ページ（中川良延）。

11) 前掲（注10）『新版注釈民法（24）』248ページ。

親権者になっていない親でも、子を監護している者はいる（親権と監護権の分属）。この場合には、15歳未満の子の養子縁組に際して、代諾者（法定代理人）は、この監護者の同意を得なければならない（1987年改正により新設）。また、親権の一時停止（2011年の親権法改正で新設された834条の2）中の親がいる場合にも、その者の同意を得なければならない。

したがって、離婚、婚姻の取消し、認知の場合に、非親権者で、子を監護していない親は、自らの子が、親権者でかつ監護者である方の親が他の者と婚姻して、子を連れ子として、子の継親と養子縁組することを止めることはできないし、その継親養子縁組を制度の上で知る機会すら与えられていない。

このような仕組みについては、家庭裁判所の許可からはずしたことについて、また、監護権を持たない非親権者たる親には養子縁組の代諾権は認められないのかということを通じて非親権者の親の権利に関する問題提起が古くからなされてきた¹²⁾。

離婚や認知等の際に親権者にも監護者にもならなかった親についても、有力な学説には単なる無権利者とはいえないとして理論構成するものが見られる。この学説では、親権者（親権者たりうる資格）と親権行使者（親権を行使しうる資格）とを区別する。前者は権利能力に該当し、後者は行為能力に該当すると構成する。父母は常に親権者で、例えば離婚後や非嫡出子に対して父母の一方が親権を行使するときも、養子縁組が行われて養親が親権者になる（継親養子縁組のときは、実父母の一方とその再婚配偶者とが親権者になる）としても、実親もしくは非親権者とされる父母の一方は、親権者たる資格を保有しており、特別な事情によって、その行使能力を制限または停止されているものと解すべきとする。これを潜在親権とか睡眠親権

12) 例えば、我妻前掲（注10）『親族法』274ページ。石川稔「継親養子縁組と親権者の変更——非親権者たる親の権利と代諾権」『上智大学法学部創設25周年記念論文集』1983年、141ページ（本論文は、石川稔『子ども法の課題と展開』有斐閣、2000年、264ページ以下に所収。以後引用は、同書による）。

とする¹³⁾。

非親権者でかつ非監護者について、上記のような理論構成をするのには、潜在親権を前提にしないと説明できない取扱いがあることが例示されているほか、親権者変更制度(819条6項)をその根拠に挙げることもできる。すなわち、819条6項は、子の親族の請求に基づいて、家庭裁判所は、子の利益のため必要があると認めるときは、親権者を他の一方に変更できるとしている。請求権者は子の親族とされているが、変更できるのは、親権者でない父母の一方に決められている。子の利益を保護するためには、例えば、後見人選任という方法も考えられるが、そのためには、親権者の親権が剥奪されている(834条)ことが前提になる。非親権者で非監護者である父母の一方が、私人として行うことが可能な子の保護方法としては、834条による親権喪失にまでは至らないが、子の利益のために必要があるというときに、819条6項の親権者変更制度を利用できる、もしくは、親権喪失か親権者変更かを選択的に利用できるといえる(もちろん、双方の要件は異なるので、常に両者を選択的に利用できるということではなく、仮に834条の要件も満たしているような場合が前提となる)。親権者変更制度で、非親権者でかつ非監護者である父母の一方が、変更される親権者とされているのは、制度的に潜在親権を前提としているとしか言いようがない¹⁴⁾。

ところが、継親養子縁組が行われると、親権者変更は認められないのが判例法の示すところである(例えば、最高裁判所決定平成26年4月14日・平成25年(許)第26号市町村長処分不服申立ての審判に対する抗告審の取消決定に対する許可抗告事件)。このことから、すでに継親養子縁組が行われている場合

13) 於保不二雄「父母の共同親権と親権の行使者」全国連合戸籍事務協議会編『身分法と戸籍』1953年、帝国判例法規出版社、167ページ、『新版注釈民法(25)親族(5)[改訂版]』有斐閣、2004年、13ページ(山本正憲)。

14) 同様の問題意識をもつものとして、川田昇「親の権利と子の利益」『親権と子の利益』信山社、2005年、6ページ、特に7ページ(初出は、谷口知平ほか編『現代家族法大系3 親子・親権・後見・扶養』有斐閣、1979年、227ページ)。

だけではなく、親権者変更の申立てがなされると、継親養子縁組が対抗的に行われるということにもなる（何と云っても、届出だけで可能なのだから）。これは、離婚後も含む婚姻外では単独親権とすることが、子の利益、子の福祉を損ねる制度構成につながっているということの意味する。

継親養子縁組については、非親権者であっても監護者である父母の一方の同意を要件としている。2011年の親権法改正に伴い、養子となる者の父母が親権を停止されている（834条の2）ときも、その父母の同意を得るものとされている。これは、親権停止は2年を超えない範囲で行われ、再び親子統合を目指す制度なので、親権を停止されている間に養子縁組が行われてしまうと、834条の2の制度目的に反するからとされている。本意見書の主張は、これに加えて、継親（連れ子）養子縁組には非親権者で非監護者である者の同意も必要だとするものである。現在行われている法制審議会家族法制部会では、連れ子養子縁組も含む未成年養子縁組も検討項目に挙げられている。しかし、法制審議会での議論を整理するために行われた「家族法研究会」の報告書を見る限りでは、離婚後共同親権との関連については何も言及されていない。

3. 面会交流中の子の面倒見の法的根拠

面会交流権の法的性質に関しては、日本では、現在においてもなお見解が統一されたとはいえない状況である。児童の権利に関する条約9条3項（「締約国は、児童の最善の利益に反する場合を除くほか、父母の一方又は双方から分離されている児童が定期的に父母のいずれとも人的な関係及び直接的接触を維持する権利を尊重する」）が、面会交流は子の権利であると明記していても、現行民法766条の文言は、権利条約に即したもにはなっておらず、権利性そのものを認めないという主張も存在する¹⁵⁾。

15) 学説の整理や近時の判例の動向については、栗林佳代「離婚後の親子の交流（面会交流）の保障 子の権利・利益の観点から」二宮周平編集代表『現代家法講座第2巻 婚姻と離婚』309ページ以下を参照のこと。

ここでは、別居中もしくは離婚後面会交流を行っている最中に、非同居者である非親権者は、いかなる権限をもって子と過ごしているのかということを検討する。

親権の内容は、大別すると監護および教育権（身上配慮権）と財産管理権から構成されている。監護といっても、(イ) 事実上の監護（身辺の監護）、(ロ) [法律] 行為的監護、(ハ) 経済的監護に細分できる。身上監護、財産管理（財産（上の）監護と言い換えてもいい）には、上記（イ）～（ハ）の要素をもつ監護が重複して関わるものとそうでないものがある。職業許可権のような身上監護は、（イ）と（ハ）が主として関わるといえる。乳幼児の身の回りの面倒見のような主として（イ）のみが関わるものもある。財産管理権についても代理行為を伴わないものと、相続や損害賠償金の受領のような代理行為を要するものがある。

共同親権であるか単独親権であるかを問わず、子が父母の一方の下で普段過ごしている場合には、身上監護はさらに細かく分けて考えなくてはならない¹⁶⁾。①きわめて重要な案件に関するもの（婚姻中であろうと離婚後であろうと共同親権であれば、父母相互の了解・合意を要するもの）、②日常生活で生起する案件で、子が普段過ごす方の親が単独判断する権限をもつもの、③実際の面倒見に関する案件で、子が普段過ごす方の親が単独判断する権限を有するものである。①と②の区分はケースによっては判断に迷う。例えば¹⁷⁾、父母が別居していて、共同配慮権（共同親権）を保有している、母の下で暮らしている10歳の娘の場合に、a) インフルエンザを抗生物質を使って治療していいか、b) ツェッケン（脳炎・髄膜炎を発症させるダニ）の予防接種を受けさせるか、c) 先延ばしすることができる扁桃切除を受けさせるか、d) 心臓手術を受けさせるか、という場合、a) は日常生活で生起する案件であり、d) は、きわめて重要な案件であるということとは

16) この区分は、明文をもって民法に規定しているドイツ民法（1687条）の類型化を参考にしているが、同じことは日本法でも当然考えられなければならない。

17) Schwab, D., Familienrecht, 28. Aufl., 2020, C.H. Beck, S. 410, Rn. 925.

わかる。しかし、b)やc)はきわめて重要な判断を要する案件かは分明ではない。面会交流時には、上記③の実際の面倒見に関連することは常に起こる。②の日常生活で起きることに判断を下すということは、そういうこともありうるかもしれない（面会交流中に遊園地の遊具から子どもが落ちて負傷したというようなとき）。

いずれにせよ、現行法上、非親権者でかつ非監護者である親は、面会交流中、身上監護権を行使していることになる。このときの法律構成は、面会交流時には親権のうち身上監護権が復活するというのだろうか？ ここでも潜在親権論に立って、面会交流時には、身上監護権が顕在化するというのだろうか？ 潜在親権論は、親権があるという分類になるのか、ないという分類になるのかと問われれば、「ある」の範疇になる。非親権者で非監護者である者にも、実は親権は「ある」ということになる。そうすると、単独親権といいながら、非親権者にも親権があるということを前提にしないと論理構成できないことになる。

4. 離婚後共同親権制度不存在の違憲性

これまで見てきたように、父母が婚姻していなければすべて単独親権という現行の親権制度については、離婚に伴い単独親権なのだけでも、非親権者でかつ非監護者にされている親にも、実は親権がないわけではなくて（親権は保持しているのであって）、それが潜在化しているだけなのだという法律構成が有力な学説によって行われてきた。これは、そうでもしない限り、現行制度の整合性を説明できないためであった。

離婚後単独親権になるということのすべてが、子の利益・子の福祉に反するというわけではない。しかし、離婚後はすべてが単独親権でなくてはならないということになると、話は違ってくる。

民法766条は、1項で、協議離婚をするときには、子の監護をするべき者、監護費用の分担、その他の子の監護についての必要な事項は、父母の協議で定めるとしている。この監護は、第三者に委託するという形も認められ

る。では、共同監護はどうであろうか。例えば、現行750条の制約がある一方で、子に嫡出性を付与したいために婚姻し、子の出生後に旧姓使用のために離婚したが、父母および子が同一家庭で共同生活を営んでいる場合、離婚の際の協議で共同監護を取り決めることは可能であろう¹⁸⁾。この時の権利関係はどのようになるのだろうか。潜在的にはともかく形式的には、親権者は父母の一方となる。監護については、同等の権限を有する（共同監護）のだから、親権と監護権の単純な分属というわけではない。100%の監護権を親権者たる親と非親権者たる親が保有するということになる。これは、共同監護とはいえるし、このような取り決めを行うこと自体は、可能である。この父母が監護権の共同だけではなく、共同親権を求めた場合に共同親権を認めないということに合理的な理由があるのだろうか。以下検討を加える。

単独親権（親の配慮）法制をとっていたドイツでは、連邦憲法裁判所が、親の配慮を共同で行使する能力とその意思がある離婚したカップルに共同配慮を認めないのは、基本法（憲法）違反とした¹⁹⁾。

日本法は、婚姻中の父母にしか共同親権を認めないが、上述のカップルにとっては、離婚後全てのケースで単独親権というのは、社会的機能としては、離婚に対する制裁の意味合いを持つことにもなりうる（親権を父母双方が保有したいと言いながら、婚姻しないお前たち自身が悪いのだ、親権が欲しければ婚姻しろというように）。子が成年に達するまでは離婚しないでおくという事例の中にも、これに該当するものがありうる。

18) 古い文献になるが、我妻前掲（注10）142ページ以下が示す離婚後の監護形態は、監護者が指定されたときは、自動的に親権者が別にいるという類型と父母以外の第三者を監護者に指定するという類型であって、父母が同時に監護者になるという類型は考えられていないようである。

19) 詳しくは、大森貴弘「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ページ。ドイツ法の立法的推移については、鈴木博人「ドイツ1」前掲（注1）『子どもの福祉と共同親権』第3章「別居と離婚をめぐる親権・監護法制の国際比較」129ページ。

離婚する夫婦（父母）には、離婚後共同親権、共同監護を行う能力、必要、意思のある者がおり、そうした父母が離婚後も共同親権であり続けるのが子の最善の利益にかなうケースが存在する。父母のうちどちらか一方のみを親権者とし他方は非親権者としなければ（つまり、共同親権のままであれば）離婚が認められないのが現行法である。この制度の下では、子にとっても、父母自身にとっても、父母が婚姻しているかないかという社会的身分による差別的取扱いを受けることになる。

現行制度の下では、当事者が合意したとしても、父または母のどちらかは、親権者になることができない。父母が婚姻していない（未婚でも離婚でも）子は、共同親権者をもつことができないというのは、婚姻中の父母をもつ子と婚姻していない父母をもつ子を差別的に取り扱っていると言わざるを得ない。2013（平成25）年法94号による改正前900条4号ただし書きの違憲性を判断した最高裁判所平成25年9月4日大法廷決定（平成24年（ク）第984号・第985号：遺産分割審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件）は、その理由3（4）で、900条4号ただし書きの合理性をめぐって、「子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許され」ないとしている。このことは、父母離婚後の子が共同親権者をもてないということ、父母が婚姻していないと子は共同親権者をもてないということにもあてはまる。父母が婚姻しているか否か、離婚しているか否かで、子が共同親権者をもつことができないというのは、婚外子（非嫡の子）、父母が離婚した子という社会的身分による差別的取扱いに該当し、憲法14条1項に抵触すると言わざるを得ない。

他方、親の立場からすると、親権者になりたくてもなれないのは、父の場合もあるし母の場合もある。父母のうち父のみがとか母のみが親権者になれないというわけではないので性別による差別的取扱いが制度的に行われているわけではないが、どちらかは必ず親権者になれないのである。これは婚姻しているかないかという家族法上の身分に基づく差別的取扱いで、その上、この取扱いは、本意見書で例を挙げて述べてきたように、実

質的に親としての地位自体を侵害するものである。そうすると、子にとってのみではなく、子の父母にとっても、婚姻しているかないかという社会的身分による差別的取扱いを、現行民法の離婚・認知の時の単独親権制度は規定していることになり、憲法14条1項に抵触する。

以上のような婚姻しているかどうかにより親子関係に関する権利義務関係を差別的に取り扱う制度を法制度として認容し続けることは憲法24条2項に抵触する。

親権は子に対しては義務的性格をもつものであるが、対第三者に対してはあたかも財産法上の所有権に比肩する効力をもつ（例えば、子の引渡し請求権）。日本の現行制度では、父母の一方は、離婚するとこの権利を喪失することになる。子の視点から見ると、父母2名の法定保護者が、父母が離婚すると選択の余地なく、自動的に1名に減員される。共同配慮法制を採用したドイツ法では、単独親権とするには、民法1671条に基づき、父母は一時的でない別居をしているときに、親の配慮の全部または親の配慮の一部を、自分に委ねるように家庭裁判所に申し立てることによる（同条1項）。この申立ては、①申立てを行ったのではない他方の親が同意したか（ただし、子が満14歳に達しているときは、親の配慮の一方への委譲に反対していない場合）、②親の配慮を他方の親に委譲することが子の福祉に最も良く合致するときに認められる（同条2項）。そのほかに、家庭裁判所が職権で親の配慮権制限（親権制限）を行った場合である（民法1666条）。ドイツ法は、このように、単独配慮（単独親権）は認めるが、それは、子を含む当事者が同意するときか、配慮権者の配慮権が制限されるときである。これは権利論の視点から見ると権利（ここでの権利は離婚後の親権ということになる）制限は、必要に応じて最小限のものでなければならないという比例原則に関わる問題である²⁰⁾。離婚すると、当事者の意思も問わず、また、民法

20) 比例原則は、ドイツ警察行政に発する原則であるが、ドイツ民法は、比例原則を家族法に明文をもって規定している（民法1666a条）。比例原則は、日本法でも、「法治主義に根拠を有する不文の法として定着し、それが、現行憲法の

766条により共同監護という監護方法を取り決めることができるにもかかわらず、自動的に父母のうち一方の親権が失われる離婚後単独親権制度は、権利制限という観点から見て、現在においてはもはや比例原則に違反する制度になっているといえることができる。

IV. 終わりに

本来であれば、ここから本稿で扱った二つの訴訟の論点比較および検証、さらに、本稿冒頭で言及した商事法務研究会の家族法研究会、法制審議会での議論や報告書、中間取りまとめ（案）、これまでに提案されている個人または学会等団体による立法提案との比較検討を行わなければならない。しかし、すでに紙幅を大幅に超過しており、それらの作業は今後に持ち越すことにする。

本稿は、以上のような意味から、今後の検討のための資料的な意味での論考であり、筆者の研究覚書とでもいう位置づけのものであるということをごここに記して、一まず筆を擱くこととする。

（本学法学部教授）

下でも引き継がれていると解されて」いる（塩野宏『行政法Ⅰ〔第6版〕』有斐閣、2015年、93ページ）。