

# 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判決を契機に——

中岡 淳

## 目次

- 一、はじめに
- 二、東京高裁令和三年一〇月二八日判決
  - (1) 事案の概要
  - (2) 主文
  - (3) 判決理由
- 三、親権法の制度形成とその憲法による統制
  - (1) 適用条文の相互関係と判断枠組
  - (2) 親権法の制度形成の際の考慮事項
- 四、「親権」の憲法上の権利としての性格
  - (1) 衡量を内在化した権利
  - (2) 「親権」の切り札的性格の前提とその問題点
  - (3) 親権に関する本判決の立論の再評価
- 五、おわりに

## 一、はじめに

本稿は、裁判上の離婚の場合に父母の一方のみを親権者として指定する民法八一九条二項の憲法適合性について争われた東京高裁令和三年一〇月二八日判決（以下、「本判決」）を契機に、いわゆる「親権」の憲法上の権利としての性格について若干の検討を加えようとするものである。離婚後の非親権者の権利に関しては、既に共同親権に先行するかたちで、面会交流に関する立法不作為を問う裁判例が存在し、この間、令和三年七月七日付で、最高裁第二小法廷において「面会交流の権利は憲法上保障されているとは言えない」とする原告側の上告を退ける判決が下された<sup>①</sup>。しかし、「家族の形成・維持にかかわる事柄」が個人の人格的自律に関わるものとして憲法一三条後段の「幸福追求権」規定の下に保障されると考えてきた憲法学の立場からすると、子と関わる親の憲法上の権利の存在それ自体を否定する裁判所の姿勢に

は疑いの念を禁じ得ない。そこで、以下本稿では、「親権」の憲法上の権利性を否定した本判決の立論が、実際には、その立論の論理からすると、その権利性を一概に否定する必要は無かったことを明らかにし、今後も増え続けるであろう親の権利をめぐる裁判において、その権利性を正面から認めたいという憲法判断が示されることを企図して、親権に関する憲法解釈の一つの方向性を提示することにした。

まず、本判決の事案の概要と判決理由を簡単に紹介したうえで(二)、そこでの立論を議論のたたき台に、親権制度の立法裁量の統制の際に援用し得る各憲法条文の相互関係と、そこから展開し得る判断枠組みについて考察する(三)。その考察を踏まえて、最終的に、親権が果たして「憲法上の権利」であり得るのか、あり得るのであれば、それは、どのような保障内容を備えたものなのか、という問いについて筆者の試論を提示する(四)。

## 二、東京高裁令和三年一〇月二八日判決

### (1) 事案の概要

民法八一九条二項(以下、「本件規定」とする)は、「裁判上の離婚の場合には、裁判所は、父母の一方を親権者と定める」と規定している。そのため、父母が婚姻中であれば共同して親権を行使する(八一八条三項)が、離婚後は父母どちらか一方の単独親権となり、その結果、他方の親は親権者の地位を失うこととなっている。

原告は、配偶者との間の離婚訴訟において、同配偶者との間に出生した二人の子の親権を争ったが、同訴訟において敗訴が確定したため子の親権者としての地位を失った。そこで原告は、裁判上の離婚の場合に父母の一方にしか親権を認めない本件規定が憲法一三条、一四条一項若しくは二四条二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、本件規定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一条一項の違法があると主張して、被告である国に対し、慰謝料及び遅延損害金の支払いを求めて出訴した。第一審(東京地裁令和三年二月一七日判決裁判所ウェブサイト)が原告の請求を棄却したため、原告が控訴したのが本件である。

### (2) 主文

控訴棄却。

### (3) 判決理由

以下では、判決理由のうち、本件規定の憲法適合性の判断に当たる部分の要旨のみを記す。それぞれ、項目(a)～(c)が憲法一三条、項目(d)～(h)が憲法一四条、項目(i)が憲法二四条二項の適合性審査である。(なお、以下の判決理由は、東京高裁判決の補正箇所以外は、基本的に地裁判決から引用したものである)。

(a) 憲法一三条の保護範囲に「親権」は含まれない

「原告が本件において問題とする『親権』は、民法八一九条二項の

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」。

民法上の親権に関する各規定の在り方をみると、「(前略)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、憲法一三条で保障されていると解することは甚だ困難である」。

(b) 親と子が親による子の養育から得られる「人格的利益」

ただし、「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、独自の意義を有するものといえることができ、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るということができる」。

しかし、上述の人格的な利益と親権との関係をみると、「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と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、親権が憲法一三条で保障されていると解することが甚だ困難である」という前記の判断を左右するものではない。

(c) 親権制度の内容形成の際に「考慮されるべき要素」

なお、「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ことから、我が国の憲法上の解釈としては、後述するとおり、憲法二四条二項の『婚姻及び家族に関するその他の事項』に当たると、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」。

(d) 憲法一四一条一項の審査枠組と区別の確認

『憲法一四一条一項は、法の下の平等を定めており、この規定は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべきである』。「本件規定は、裁判上の離婚をした場合に、父又は母の一方を親権者と指定することで、他方の母又は父の親権を失わせるものであり、本件規定の下では、婚姻中に共同親権者となっていた父母が裁判上の離婚をした場合に、裁判所が父母のいずれか一方を親権者と定めることとなるため、本件規定が、裁判上の離婚をした父と母との間において、親権の帰属及びその行使について区別をしているということができ、また、本件規定の下では、子が、婚姻関係にある父母であればその共同親権に服するが、父母が裁判上の離婚をすると、父母のいずれか一方の単独親権に服することとなるため、本件規定が、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において、親権の帰属及び行使について区別をしているということができる。そうすると、このような区別をすることが事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものと認

められない場合には、本件規定は憲法一四一条一項に違反すると解される」。

(e) 国会の親権制度の内容形成権限と要考慮事項

「一方、憲法二四一条二項は、『婚姻及び家族に関するその他の事項に關しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない』と規定するところ、この『婚姻及び家族に關するその他の事項』には、親に対し、どのような形で子の監護及び教育に關する権利等を付与するかということについての法律を定めること、すなわち、親権制度の法整備も含まれていると解される。ここで、婚姻及び家族に關する事項は、国の伝統、国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれに時代における夫婦、親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによつて定められるべきものである。したがつて、その内容の詳細については、憲法が一義的に定めるのではなく、法律によつてこれを具体化することがふさわしいものと考えられ、憲法二四一条二項は、このような観点から、婚姻及び家族に關する事項について、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たつては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきである」という要請、指針を示すことによつて、その裁量の限界を画したものと解される」。

さらに前記説示のとおり、「親及び子は、子が親から養育を受け、又はこれをするに關してそれぞれ家族の根幹に関わる人格的な利

益を有するというのができ、親権の在り方が、当該人格的な利益に  
関係し、一定の範囲で影響を及ぼし得るものであるから、親権制度に  
関する具体的な法制度を構築するに当たっては、当該人格的な利益を  
いたずらに害することがないようにという観点から考慮されるべき要  
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解され  
る」。

(f) 審査基準

そうすると、本件規定が、国会に与えられた上述の裁量権を考慮し  
てもなお、「その事柄の性質に照らし、そのような区別をすることの  
立法目的に合理的な根拠が認められない場合、又は同立法目的と区別  
の具体的な内容との間に合理的な関連性が認められない場合には、当  
該区別は、合理的な根拠に基づかない差別として憲法一四一条一項に違  
反すると解される」。

(g) 目的審査

「民法の定める親権制度が『子の利益』のためのものであること」  
を明示する民法七六六条一項や民法八二〇条等の「民法の諸規定から  
すると、本件規定の趣旨は、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解される」。「この  
ような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」。

(h) 手段審査

通常、別居し、また、人間関係も良好なものではない状況となるこ  
とが想定される離婚に至った子の父母が、「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ふ実際論は、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、親及び子の持つ上述の「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」。さらに、「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〔以下略〕」。

(i) 憲法二四條二項（及び一項）適合性

上述の憲法一四條一項の適合性審査に関する説示によれば、本件規定が憲法二四條二項の「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」。

(j) 結論

「以上のとおり、本件規定が憲法一三条、一四條一項若しくは二四條二項又は自由権規約、児童の権利に関する条約若しくはハーグ条約に違反することが明白であるとは認められないから、本件規定を改廃する立法措置をとらない立法不作為について、国家賠償法一条一項の違法は認められない」。

### 三、親権法の制度形成とその憲法による統制

#### (1) 適用条文の相互関係と判断枠組

まず、本判決が言及した憲法条文の相互関係と違憲審査の判断枠組から確認しよう。本判決では、憲法一三条、憲法一四條一項、憲法二四條二項（及び同条一項）の観点から、本件規定の憲法適合性の審査が行われている。しかしながら、本判決は、一三条（及び二四條一項）を根拠に原告が主張する非親権者の「親権」は、同条後段の「幸福追求権」規定の保護範囲には含まれないとし、結局のところ、一四條一項の平等原則を通じた親権制度に関する立法裁量の統制の枠組みの中に一三条及び二四條二項の要請を組み込むかたちで審査を行った。もとより、この種の婚姻や家族に関する立法者の制度形成を前提とした平等審査は、本判決が引用するところの再婚禁止期間違憲判決や夫婦同氏制合憲判決の思考枠組に通底するものと言えるが、その審査の実態は、次の二点で、両判決の審査の過程をそれぞれ取捨選択して展開したものとなっている。

第一に、本判決の違憲審査の大枠は、憲法一四條一項の適合性審査という主題のもとに、憲法二四條二項の観点から、離婚後の共同親権を認めない立法者の制度設計の是非を問うものとなっている。この大枠において、本判決は、同じく平等審査の中で二四條の趣旨を考慮した再婚禁止期間違憲判決の論証過程と軌を一にする。しかし第二に、

本判決には、原告の主張する権利の憲法上の権利性を憲法一三条の審査で否定しつつ、それを「人格的な利益」として再定義し、なお憲法二四条二項の審査の際に考慮すべき事項として位置付ける、夫婦同氏制合憲判決に見られた審査手法も看取することができる。つまり、本判決は、違憲審査全体のマクロな視点において、再婚禁止期間違憲判決と類似の一四条一項の平等審査を展開しつつも、その審査の中核を成す二四条二項のミクロな視点においては、夫婦同氏制合憲判決で見られた憲法上の権利とまでは言えない法的利益の「落穂拾い」<sup>3)</sup>を行っている。

もっとも、このような審査を経て、本判決は、最終的に本件規定の一三条及び二四条二項適合性の審査を一四条一項の平等の審査に一元化して判断を下しているが、その平等審査の実態は、憲法二四条二項の下での親権制度に関する立法裁量の逸脱・濫用の検討である。裏を返せば、国籍法違憲判決で見られたような平等審査を嚴格化する要素が事案に看取されない限り、二四条二項なしで、一四条一項の形式的平等の観点から、これほどの審査密度を備えた違憲審査の判断枠組が構築され得るのかは疑わしい。そうすると、家族法の憲法適合性審査において二四条のみで事案を処理することができるのであれば、二四条の審査と内容が重複する一四条の審査は過剰となる。原告の主張する「裁判上の離婚をした父と母」との間での差別的取扱いは、二四条二項の「両性の本質的平等」の問題に還元し得るし、「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」との間での差別的取扱いは、子の親たる地位を誰に割り当てるのかという同項の「家族」制度

の問題として処理し得る。この点で、一四条一項の審査に二四条の趣旨を組み込んでいられるにもかかわらず、更に二四条二項の審査に関して紙幅を費やした本判決は、適用条文の相互関係に無自覚な点があると云わざるを得ない。

## (2) 親権法の制度形成の際の考慮事項

いずれにせよ、本判決の審査の主眼が憲法二四条二項の観点から親権制度の構築に係る立法裁量の限界を問うことにあるとすると、ここでもまた、最高裁が夫婦同氏制合憲判決等で提示した「考慮事項調整型の統制枠組み」<sup>5)</sup>が妥当するものと解される。すなわち、「憲法二四条二項の規範内容として、国会は、『個人の尊厳』や『両性の本質的平等』などの考慮事項を適切に調整して、合理的な婚姻・家族制度を形成しなければならぬ」という立法義務を觀念し、考慮事項に着目して制度形成の統制を行うという枠組み<sup>6)</sup>である。そこで、以下では、本判決が二四条二項適合性審査に際して、具体的に、どのような考慮事項を考慮し、それら考慮事項の調整をどのように行ったのかを考察し、その審査の帰結の妥当性を評価することにした。

まず、裁判所による親権制度の裁量統制の分析にあたっては、同裁判所が憲法二四条二項の観点から、どのような考慮事項を制度形成の際に立法者が必ず考慮すべき事項（以下、「義務的考慮事項」として挙げているのかを特定することが肝要である。何よりもまず、同項の「個人の尊厳」と「両性の本質的平等」という「要請、指針」が、親権制度の内容形成の際の義務的考慮事項であることには疑いの余地は

ないだろう。しかし、これらの「要請、指針」は、法律による内容形成において常にその文字通りの意味において現れるわけではなく、その制度の立法目的や保護法益に即したかたちで考慮され得る。特に、憲法二四条の規律対象には「婚姻及び家族」という横と縦の関係が含まれるところ、婚姻とは異なり本来的に対等な関係とは言えない親子関係の法的規律においては、より弱い立場にある子の観点から上記「要請、指針」が要考慮事項としてどのように具体化されているのかを觀察することが重要であろう。

この点、本判決は、「民法の定める親権制度が『子の利益』のためのものであること」を強調したうえで、「親による父又は母による子の養育」には、「子にとってはもちろん、親にとっても、〔中略〕これを行うことについてそれぞれ人格的な利益を有するということができ」とし、当該人格的利益は「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」ことから、「憲法二四条二項の『婚姻及び家族に関するその他の事項』に当たると、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」とした。つまり、親権制度に関する要考慮事項としては、まずもって、「子の利益」が挙げられるが、親が子を養育する「人格的な利益」や子が親から養育されることとの「人格的な利益」も重要視される。これを二四条二項の文言に引き付けて整理するならば、これらの三つの諸利益は、それぞれの家族構成員の個人の人格形成やその発展に関わるといふ点で、「個人の尊厳」の要請の具体化として位置付けることがで

きるだろう。

それに対して、「両性の本質的平等」の要請は、婚姻中の父母の親権に関しては、昭和二二年の民法改正の際に父の単独親権から父母の共同親権へと改められることで具体化されている<sup>53</sup>が、離婚後の親権者の指定が問題となる本判決において、この要請は特に考慮されていない。これは、民法八一九条二項が、形式的には、父母間に差異を設けることなく、父母の一方を単独親権者と定めていることから、その文面においては夫婦間の別異取扱いは存在しないとの想定に依拠しているからであろう。ただし、このような想定が妥当するのは、子の出生後に父母が離婚した場合のみである。出生前の離婚に関して、同条三項は、母を親権者とし、出生後の協議により「父を親権者と定めることができる」とするが、そもそも懐胎の事実を父母が知らない場合には協議がなされることは期待し得ないのであるから、出生前の離婚の場合に一律に母の単独親権とすることは、憲法二四条二項の「両性の本質的平等」との観点で問題となり得ないわけではない。このような「母親優先のルール」は、八一九条四項の父の認知の場合にも看取できる。本件のように父母の共同親権が両者の離婚によって単独親権となる場合はさておき、それ以外の場合には「両性の本質的平等」が問題となり得ることに留意する必要があるだろう。

以上を整理すると、本判決は、離婚後の親権者の指定に関して、①「子の利益」、②親が子を養育する「人格的な利益」、③子が親から養育されることとの「人格的な利益」のみを憲法二四条二項の義務的考慮事項として位置付けたと言える。そして、これらの考慮事項の調整の

結果、本判決は、離婚後の親権者を父母の一方とする本件規定によって、非親権者の人格的利益(②)が「一定の範囲で制約」を受けるとしても、本件規定の立法目的は「子の利益」(①)の「最大化を図る点にある」こと、さらには、離婚後に非親権者になったとしても、上記②及び③の利益は「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」ことから、結果的に、二四条二項によって画された立法裁量を逸脱・濫用するものとは言えないと評価した。とりわけ、本判決においては、離婚後の共同親権を認めない立法の違憲性を支える有力な対抗利益が上記②の利益であったところ、本判決が「実際論」として繰り返し強調するように、通常、離婚した父母の人間関係が必ずしも良好ではない状態においては「実効的な親権の行使による子の利益の確保」がより重要となることから、現に本件規定によって既に確保されている「子の利益」(①)を不安定にしてまで、非親権者の②の利益を優先的に考慮する必要はないと判断したものと思われる。

#### 四、「親権」の憲法上の権利としての性格

##### (1) 衡量を内在化した権利

言うまでもなく、上述のように、「親権」の憲法上の権利性を否定し、親権に関する立法者の内容形成権限を前提に、憲法二四条二項の観点から、その裁量統制を試みるという本判決の手法に対しては、夫婦同氏制合憲判決に対して向けられていたのと同様の批判が学説から向け

られる。すなわち、婚姻の自由と同様に<sup>9)</sup>、親権もまた国家に対する防衛権であり、そうである以上、まずは「親の子を養育する憲法上の権利」に対する「侵害」の正当性が問われるべきであるという批判である<sup>10)</sup>。このように指摘する際、多くの学説は、「親権」ないしは「親の子を養育する憲法上の権利」の条文上の根拠を憲法一三条の「自己決定権」に求めている<sup>11)</sup>。そして、この種の権利論からすると、本件の離婚後単独親権制度は、離婚後に非親権者である親の権利を剥奪するものであることから、「親権剥奪が憲法上許されるといえるためには、「中略」親権剥奪という国家介入が正当化できるかどうかの問題となる<sup>12)</sup>」。つまり、批判的見解によると、いわゆる憲法上の権利としての「親権」は、国家からの自由として、例外的にのみ国家による干渉を許容する防衛権として観念すべきものであるとされる。

しかし、親権の権利性をめぐっては、既に民法学説において賛否両論の議論が提示されてきたことは言うまでもなく、憲法上の権利論としても、「親権」を国家の介入を原則として排除する防衛権として構成することが適切であるかは慎重な検討を要する。確かに、本判決も含め、親の権利に関する近時の裁判例が、その憲法上の権利性を否定的に捉える判断傾向を示しており<sup>13)</sup>、その理由が学説において当該権利の権利性に関する定説の不在にあるとするのであれば、それは人権擁護の責を負う裁判所の姿勢としては安直に過ぎると言わざるを得ない。しかし他方で、憲法学説の側においても、憲法上の「権利」概念を、防衛権、とりわけ「法制度がなくともその対象が差し当たり観念可能な、自然的自由」を中心に構成し過ぎてきた嫌いがあり、そのこ

とが婚姻の自由や親の権利などの憲法上の権利性に対する裁判所の消極的な姿勢を招いた点もないわけではないと思われる。<sup>15</sup> とりわけ、水野紀子が指摘するように、「親権は、複数の権利と義務がひとまとまりとなったもので、それらの権利義務はつねに子の利益のために認められるものである」<sup>16</sup>。そうすると、親権を憲法上の権利として構成するとしても、その権利概念は自らの内にその権利の主体となる親の利益が「子の利益」という他者の利益によって調整される契機を含んでいなければならないであろう。そして、その権利概念内部での利益調整ないしは比較衡量のあるべき帰結が憲法上一義的には導かれないからこそ、法律による親権概念の具体化が必要とされるのである。<sup>17</sup>

とはいえ、憲法上の権利を語る際に他の法益との衡量の余地を初めから内在させた権利概念を展開することは、憲法学説にとっても必ずしも馴染みのない主張ではない。例えば、違憲審査基準論に依拠する学説は、表現の自由のような重要な権利であると雖も、その制約は、いわゆる厳格審査基準においても「やむにやまれぬ政府利益」に基づくものである限り、正当化され得ると考えてきた。これは、憲法上の権利それ自体が決して他の利益との衡量に開かれていないわけではないことを意味する。他方で、学説の中には、「憲法上の権利が権利である限りは切り札として衡量を拒否することも必要となる」<sup>18</sup> という想定に依拠して、「憲法上の権利」としての特性を政治的社会的な利益との衡量不可能性に見出す主張も見られる。このような立場を徹底すると、究極的には子の利益との調整を必要とする「親権」は、憲法上の権利と観念し得ないことになるであろう。それに対して、「あらゆる

調整を拒否する『切り札』としての性格を持つものしか『憲法上の権利』に値しないというわけではない」<sup>19</sup> のであれば、なお、衡量内在的な権利規範であるところの「親権」も、憲法上の権利として成り立ち得る。

## (2) 「親権」の切り札的性格の前提とその問題点

はたして、親権は、他の利益との衡量を排除する「切り札」としての性格を有するのか。それは、如何なる意味で「切り札」として機能することを予定した権利であるのか。その日本における提唱者である長谷部恭男は、「切り札」としての性格を有する権利の特徴を次のように説明する。すなわち、『切り札』として機能することを認められた権利であるためには、いかなる個人であっても、もしその人が自律的に生きようとするのであれば、多数者の意思に抗してまでも保障してほしいと思うであろうような、そうした権利でなければならない」という。それとは反対に、「広範な立法による制約を前提とすることではじめて成り立つ」ような自由は、『切り札』としての権利ではありえない<sup>20</sup>。以上を前提とするならば、親権が「切り札」としての権利の側面を持つというためには、その権利行使が子という他人格に支配的な影響を及ぼすものであるにもかかわらず、それでもなお、なぜ、子を養育する親の権利が親の自律的な生にとって不可欠または重要であると言えるのかを説明しなければならない。

この問いに関する可能的解答としては、次の二つが想定できる。第一の解答は、子の存在が子どもをもうけるか否かの親の選択に依存し、

その選択の結果として、この世に子が誕生する以上、子を養教育する権利が、子の出産という親の自律的な選択の連続線上で当然に親に認められて然るべきだということである。この解答は、子の養教育に関わる親の権利を親子関係の成立に伴って生じる「自然的権利」として捉える理解と親和的であろう。<sup>(21)</sup> それに対して、第二の解答は、親の子に対する自然的関係からだけでなく、親が子の養教育を通じて得られる自己充足と自己実現にも価値があるとして、子の養教育に親の権利としての固有性を見出すものである。<sup>(22)</sup> 親の権利の憲法条文上の根拠を二三条後段の「自己決定権」に求める見解は、およそ、この種の想定に依拠しているものと思われる。<sup>(23)</sup>

しかし、いずれの解答も、憲法上の権利としての親権に切り札的性格を認めるべきとする論拠としては不十分である。まず、親権の正当性を子を産むという親の自律的な選択の連続線上に捉える第一の解答は、その選択が、親によつて産み落とされ、養われる子にとっては左右し得ないものであるという点で一方的であり、親と子の非対等性を前提にしか成立しない自律的な決定という点で不適切である。まさに、「新しい生命にとつて、出生はこの世への強引な拉致<sup>(24)</sup>」であると言われるように、親による子を産むという選択は、その選択の帰結が自己完結し得ない、この世に産み落とされた子に対する責任を伴った選択なのである。とりわけ、子を産んだ親が自らの子を十分に養育する力がない場合に、親権停止や養子縁組制度等の国家的措置を通じた国家介入には子の生命・健康の保護という正当な理由が存するため、親は、その国家介入を親権の切り札的性格を援用して拒絶することができな

い。また次に、親の自己充足及び自己実現を強調する第二の解答も、そこでの自己充足や自己実現といった親の利益が養教育を受ける子の利益を害さない限りでしか認められない点で、同じく親権の切り札的性格を貫徹することができないだろう。むしろ、場合によっては、親子の人格的対等性を確保する法的規制として親権停止や親権剥奪の条件が明文化されることで、国家が介入し得る場合が限定され、団体としての家族の自律性が尊重され得る。<sup>(25)</sup> このように、憲法上の権利である以上、その権利規範には切り札的性格が認められるべきだという説明は、親権のような権利内容の把握の段階で他者の利益との調整を必要とする権利について、その権利の切り札的性格を強調しようとすればするほど憲法上の権利としての性格を見出すことが困難になるといふパラドクスに陥る。

### (3) 親権に関する本判決の立論の再評価

以上を踏まえると、親権を憲法上の権利として構成するには、そこに切り札としての性格が看取し得ないとしても、親権を具体化する法律を拘束する何らかの規範的意義が当該権利に認められなければならない。衡量を内在化させた権利という本稿の構想からすると、その規範的意義は、子の養教育をめぐる親同士もしくは親と子の諸利益の比較、衡量の指針の提示という要請に求められる。この衡量の指針の提示という要請の中心的な役割を担うのが、憲法二四條二項である。すなわち、憲法二四條二項は「具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、同条一

項も前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことよって、その裁量の限界を画し<sup>(26)</sup>ていると解されるところ、ここでの「個人の尊厳と両性の本質的平等」が、まさに親権の法律による具体化の際の衡量の指針となる。そして、この「要請、指針」に不適合な親権制度の内容形成は憲法違反なのであるから、少なくとも、憲法上の権利としての親権は、二四条二項を根拠として、この「要請、指針」に適した親権制度を構築せよという客観法上の義務に対応した主観的権利として構成し得る。

とはいえ、憲法上の権利としての親権を請求権的に捉える本稿の権利構想に対しては、憲法上の「親の権利」を防御権的に構成すべきとする立場からの批判が想定されよう。例えば、横田光平は、民法上の「親権」と結び付いた憲法上の「親の権利」が親の自己決定ではなく子どものための「利他的性格」を有する権利であるとしても、「親の義務のみが一方的に強調されて安易に国家介入が認められるべきではなく、憲法上の『親の権利』の存在を前提として、防御権としての『親の権利』を十分に踏まえた解釈が導かれるべきである」とする<sup>(27)</sup>。しかしながら、親権が場合によっては対抗利益となり得る子の利益との調整を必要とする権利規範であることを踏まえると、その利益調整を行う法律と親権の関係を「原則としての自由、例外としての制限」という防御権的構成の下で捉えるのは適当でないように思われる。むしろ、「子の監護及び教育に関する親（と国家）の権限の具体的内容及び射程を定める法律の中から、何故、憲法上の『原則』にかかる部分と『例外』となる部分を切り分けることができるのかということこそが、本

来、説明を要する事柄」であろう<sup>(28)</sup>。

もつとも、憲法上の権利としての親権がまずは請求権的に構成されるべきであるとしても、このことは親子関係に関わる全ての権利が防御権として構成し得ないということを意味するわけではない。家族法が親に認めている法律上の権利のなかには、「面会交流権のように「親権そのものではなく、むしろ親であることの権利」もまた看取し得る<sup>(29)</sup>。この点、横田も指摘するように、「離婚後の非親権者たる実親にも特別養子縁組への同意権、婚姻同意見を認めるのが民法学の通説」であり、「憲法学的観点からも、民法理論に対応するべく、民法上の『親権』と結び付いた『親の権利』とは区別されるものとして憲法上の権利たる『子どもとの人的結合それ自体への権利』を観念すべき」であろう<sup>(30)</sup>。憲法学において、このような権利は「親子の親交権」として憲法一三条で保障されると解される<sup>(31)</sup>。

ただし、この親子の親交権に対する国家の介入もまた、それが親子関係法の文脈を超える場合（例えば、親子関係の規律とは無関係な外的理由によって親権が制約される場合）には防御権的構成の下で把握されるべきであるが、その文脈に留まる限り、親子の親交権も法的な親子関係の成否や親権法と連動するかたちで規律されることから、まずは「制度形成を要する権利」として捉えることが適当であろう<sup>(32)</sup>。

この限りで、本判決が「親である父又は母による子の養育」に親及び子の双方にとって「人格的な利益」があるとし、それを親権制度の内容形成の際の要考慮事項としたこと、さらには、当該利益が離婚後に親が非親権者になった場合にも「失われるべきものでもない」とした

ことは、上述の親権または親子の親交権の性格からすると、妥当な解釈であると思われる。

## 五、おわりに

これまでの本稿の考察をまとめると、次のようになる。本判決は、「憲法が定める他の人権」との異質性、および、その権利内容の詳細の不明確さを根拠に、「親権」の憲法上の権利性を否認した点で「憲法上の権利」概念を過度に限定して捉えている嫌いがあるが、離婚後に非親権者となる者の子の養育教育から得られる「人格的な利益」を憲法二四条二項の下での立法裁量統制における要考慮事項とした点で、親権制度の憲法的統制の一つの模範を示すものとして一考の価値があると言えよう。もともと、親権または親子の親交権が、規範内在的に、子の利益や父母の一方との対抗利益との調整を必要とする権利規範であったとしても、とりわけ有権解釈機関たる裁判所が、それらの憲法上の権利性を否定することには慎重であるべきである。親権のように衡量を内在させた権利もまた、「憲法上の権利」として語り得るのであるから、裁判所は、その権利性を認めたいうえで、権利の性質に応じた裁量統制の枠組みを展開していくべきであろう。

## 注

(1) 「面会交流」「憲法保障せず」確定 別居親の上告退け 最高裁「時事通信社

二〇二二年七月八日。

(2) 代表的なものとして、佐藤幸治『日本国憲法論「第二版」』（成文堂、二〇二〇年）二一四―二一五頁。

(3) 蟻川恒正「判解」水野紀子・大村敦志編『民法判例百選三 親族・相続（第二版）』（有斐閣、二〇一八年）一五頁。

(4) 最大判平成二〇年六月四日民集六二巻六号一三七二頁を参照。

(5) 篠原永明「憲法と親権制度——ドイツ法を参考に」比較憲法学研究三二号（二〇一九年）一八頁。

(6) 篠原永明「親子関係法の制度形成——嫡出否認違憲訴訟大阪高裁判決を参考に——」小山剛編集代表『憲法の規範力と市民法』（信山社、二〇二〇年）二二二頁。

(7) 篠原・前掲注六、二二二―二二三頁。

(8) 規定の変遷については、水野紀子「児童虐待への法的対応と親権制限のあり方」季刊社会保障研究四五巻四号（二〇一〇年）三六二頁、大村敦志『民法読解 親族編』（有斐閣、二〇一五年）二二二頁以下を参照。

(9) 婚姻を「前国家的な人権の問題」または「社会で自生的に成立する人間の営み」と捉え、法制度によっても侵害されてはならない自由の領域が婚姻の自由には残されていると考えるものとして、高橋和之『夫婦別姓訴訟——同氏強制合憲判決に見られる最高裁の思考様式』世界二〇一六年三月号、また同様の立場として、巻美矢紀「憲法と家族——家族法に関する二つの最高裁大法廷を通じて」長谷部恭男編『論究憲法 憲法の過去から未来へ』（有斐閣、二〇一七年）三四四、三四七頁を参照。

(10) 巻美矢紀「判批」法学教室四八九号（二〇二二年）一六六頁（親の子を養育する憲法上の権利は、明文はないが、アメリカの判例等をふまえた有力説によれば、広義のプライバシー権、あるいは一般に人生の重要な構成要素であることから自己決定権として、憲法一三条後段により保障されると解されている。親権制度につき選択肢は複数あり得ることから立法裁量が認められるとして

- も、その憲法上の限界として、本規定が上記の憲法上の権利を侵害するかが、まず問われるべきである(2)を参照。また、憲法上の親の権利(及び「親によって養育される子の権利」)を防御権として構成するものとして、横田光平「子どもの意思・両親の権利・国家の関与——「子の利益」とは何か」法律時報八三卷二二号(二〇二二年)一一頁を参照。
- (11) 巻・前掲注一〇)、一六六頁の他、代表的なものとして、竹中勲『憲法上の自己決定権』(成文堂、二〇一〇年)一九五頁、井上武史「離婚した父母と子どもとの法的関係——夫婦の別れは親子の別れなのか?」法律時報九三卷一号(二〇二二年)一〇〇頁を参照。
- (12) 井上・前掲注一一)、一〇〇頁。
- (13) さしあたり、ドイツ法との比較も踏まえた離婚後の共同親権に関する最新の学説の整理として、稲垣朋子「離婚後の共同親権の具体的検討に向けて」二宮周平編集代表『現代家族法講座 第三巻 親子』(日本評論社、二〇二二年)二〇九頁以下を参照。
- (14) 別居親の子との面接交渉権に関する立法不作為が問われた東京地判令和元年一月二二日判決、および、その控訴審に当たる東京高判令和二年八月一三日判決に関しては、櫻井智章「判批」法学教室四七四号(二〇二〇年)一三三頁、井上武史「別居後の親子の面会交流権と憲法——面会交流権不作為違憲訴訟の検討」法と政治七二卷一号(二〇二二年)二九三頁以下、同「親子の法的関係と憲法理論」曾我部真裕ほか編『大石眞先生古稀記念論文集 憲法秩序の新構想』(三省堂、二〇二二年)四三六頁以下を参照。
- (15) ドイツの基本権論の分析を踏まえて、憲法上の権利を個人の对国家防御権と捉える伝統的な基本権理解から、私人だけでなく国家権力によっても実現されるべき「価値」、共同体における秩序形成の「指導原理」として再構成することを試みる論考として、『秩序形成の基本権論』(成文堂、二〇二二年)、特に序章及び第一部を参照。
- (16) 水野・前掲注八)、三六二頁。
- (17) この点に関連して、民法の親権規定を子どもの権利を実現する「権利具体化法」として捉えるものとして、木村草太「離婚後共同親権と憲法——子どもの権利の観点から」梶村太市ほか編『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、二〇一九年)二六頁以下も参照。
- (18) 川岸令和「比較衡量論——憲法上の権利の理解の深化に向けて」山本龍彦・大林啓吾編『違憲審査基準——アメリカ憲法判例の現在』(弘文堂、二〇一八年)一一九頁。もとより、「切り札」としての権利の日本における提唱者である長谷部恭男は、憲法上保障された権利には、「切り札」としての人権と、公共の福祉にもとづく権利の二つの種類のものがある」ことを指摘している。この説明からすると、その権利が衡量の対象となる「公共の福祉に基づく権利」としか理解できない場合にも、その権利を「憲法上の権利」と呼んでも差し支えないであろう。長谷部恭男『憲法(第七版)』(新世社、二〇一八年)、一一三—一四頁を参照。
- (19) 櫻井智章「判批」法学教室四七四号(二〇二〇年)一三三頁。
- (20) 以上につき、長谷部恭男「国家権力の限界と人権」同『憲法の理性』(増補新装版)『(東京大学出版会、二〇一六年)七八—七九頁。
- (21) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Elternrecht—Recht des Kindes—Recht des Staates, in: Krauschmidt/Marré (Hrsg.), Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 14 (1980) S. 54 ff. また、米沢広一『憲法と教育—五講(第四版)』(北樹出版、二〇一六年)一六九頁の次の指摘も参照。「親の子どもを教育する自由は、親子関係から当然に生じる自然法上の権利とみなされてきた」。
- (22) さしあたり、戒能民江「親の教育権」川井健ほか編『講座現代家族法 第四巻 親権・後見・扶養』(日本評論社、一九九二年)二五頁以下(「子どもの人格形成・発展に自己の影響を与え、次代の人格を形成することで、親は自己充足と自己実現をはかる」、米沢広一「子ども・家族・憲法」(有斐閣、一九九二年)三一—三三頁(「自己の信念や価値観を子どもに伝え、子どもの要求に応え、子どもの可能性を実現させることは、親の人生を充実したものに

- する)、竹中勲「親密な人的結合の自由」法学教室一七六号(一九九五年)五三頁(親は「養教育を含む『子どもとの親密な人的結合』行動を通して自己の考え方、情操、生き方、ライフ・スタイルを豊かにすることができる)を参照。
- (23) 例えば、巻・前掲注一〇)、一六六頁、竹中勲「憲法上の自己決定権」(成文堂、二〇一〇年)一九二頁。
- (24) 水野紀子「婚姻の意義を考える」法学教室四九〇号(二〇二一年)九二頁。また、西山千絵「婚姻・家族・女性／男性——不平等の現在」論究ジュリスト三六号(二〇二二年)五八頁の次の指摘も参照。「母／養親の自己決定に基づいて『子』となった者は、一部の養子を除けば、自律的決定によって実子／養子(多くは特別養子)となるわけではない。」
- (25) 日本家族法の弱者保護機能の弱さを指摘し、夙に家族への支援という意味での公的介入の必要性を説いてきたのは、水野紀子教授である。この点に関しては、さしあたり、水野紀子「家族の自由と家族への国家介入」法律時報八九巻九号(二〇一七年)五三頁を参照。
- (26) 最大判平成二七年一月一六日民集六九巻八号二五九二―二五九三頁。
- (27) 横田光平『子ども法の基本構造』(信山社、二〇一〇年)五六四頁以下、特に五六七頁を参照。
- (28) 篠原永明「憲法と親権制度——ドイツ法を参考に」比較憲法学研究三一号(二〇一九年)一七頁。
- (29) 北川善太郎『親族・相続(第二版)』(有斐閣、二〇〇一年)一一六頁。
- (30) 横田・前掲注二七)、五七八―五七九頁を参照。
- (31) さしあたり、曾我部真裕「個人の尊重と生命、自由及び幸福追求に対する権利(2)」法学教室四八五号(二〇二二年)七七頁を参照。
- (32) そもそも、親の憲法上の権利といっても、国家も含めた第三者に対して親がどのような権利を有しているかという親権の保障内容の問題(the problem of what authority the legal parent wields)と、どのような主体に親たる地位

が割り当てられるべきかという親権の適用範囲の問題(the question of who is a legal parent)は区別して議論されるべきであると思われる。親権の自由権的または自己決定権的性格を強調する文脈でしばしば引用されるアメリカ法においても、この両者の問題は意識的に区別して論じられている。See, e.g., Emily Buss, Essay, “Parental” Rights, 88 VA. L. REV. 635, 640 (2002). この点も含め、アメリカ法の議論も踏まえた親の憲法上の権利に関する考察については、別稿を予定している。

(33) この点、曾我部・前掲注三二)、七八頁も、「二三条による親子の親交権の保障は、法制度を形成する際の重要な考慮要素となるべきものである」ことを指摘する。そうすると、親交権の一つと目される面会交流権も、憲法二四条二項の下での親子関係法の内容形成の際の要考慮事項となると、本判決とは異なり、人格的利益としての面会交流権を制度形成の際の要考慮事項として考慮しなかった東京地判令和元年一月二二日(LEX/DB3570637)及び東京高判令和二年八月一三日(LEX/DB2571093)の立論には疑問が残る。

※本研究はJSPS科研費21K20088の助成を受けたものです。

