

令和5年（ネ）第3714号 損害賠償請求控訴事件

控訴人 宗像充外10名

被控訴人 国

## 控訴理由書 1

令和5年8月23日

東京高等裁判所第16民事部ホ係 御中

控訴人訴訟代理人弁護士 稲坂将成



同 古賀礼子



同 富田隼



第1 養育権が憲法13条の幸福追求権として保障されること

1 「親権」の人権性は本件の争点ではないこと

「親権」は現行民法が規定する具体的な法的地位であり、原告は「親権」自体を人権であると主張しているわけではない。原告が憲法13条により保障される人権であると述べるのは、親が子を養育する権利である「養育権」であり、これは具体的な法制度以前に存在する自然権である。

しかし、原審は、「このように、親権は、専ら子の利益を図るために行使することが予定されている上、権利であると同時に義務であるとされており、これを行使しないという事態は予定されていない。そうすると、親権派、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地位であると言わざるを得ず、親権者自身の自己実現に資するものであることを考慮しても、憲法上の他の人権とは性質を異にするものというほかない。このような親権の特質によれば、親権が憲法13条で保障されているものと解することはできない。」(原判決14頁)として、なぜか争点ではない「親権」の人権性を論じている。

そして、原告の論旨としても、原審の論旨としても、「親権」の人権性は原告の主張する養育権の人権性の帰結と、まったく結びつきのないものとなっているのであり、原審の当該判断は単に原告の主張の論旨を逸らしたものであるといえる。親権の人権性判断は、控訴人の主張する養育権判断の前提でもない。仮に親権の人権性を問題にするのであれば、その基礎として養育権の人権性を論じるのであれば分かるが、その逆は論理的にありえないからである。

本来養育権との関係で「親権」を論じるのであれば、憲法上の人権として養育権を認めた上で、具体的な法制度である「親権」制度がこれを侵害するものであるか否かという侵害論において問題となるのであり、原告の論旨はまさにこれである。

邪推と言われるかもしれないが、原審があえて「親権」の人権性を論じたのは、原告の具体的な論旨を逸らして、他の関連する裁判事件に強引に寄せようとする姿勢である。また、下記の原審による「養育権」の人権性否定は、憲法論・人権論として成り立たないあまりにも内容が希薄なものであるが故、無関係の「親権」の人権性という一般

論で判断のボリュームをもたせようとしたものと考えられる。

2 (1) では、控訴人の主張する養育権の人権性について原審はどのように判断したか。

まず、上記のとおり原審は控訴人が主張する養育権の人権性について、原判決が判断している部分のごくわずかである。憲法13条の人権性に関して、原判決が判断している部分は。原判決第3、1(2)であり、これは原判決の13頁10行目から15頁2行目にかけての記述である。しかし、この中で控訴人の主張する養育権の人権性に関する判断が記載された部分は、原判決の14頁17行目から19行目及び22行目から26行目だけであり、その他は前述のとおり、本件で控訴人が一切主張していない「親権」の人権性判断に割かれている。

そして、上記原審が養育権について判断した部分の記載は、「原告らの主張する養育権と言う基本的人権を保障することを文言上明らかにした憲法の規定は見当たらず、原告らの主張する養育権という権利の内容を直ちに一義的に特定することは困難である」「原告らの主張する「子を養育する意思と能力を有する親が、子の監護及び養育する権利」であるという養育権の外延が明らかではなく、その権利の内容を直ちに一義的に特定することが困難であることからすれば」である。

このように、原審は、本件の重要かつ基本的な争点である養育権の人権性について、極めて薄弱な理由で触れており（これが憲法論としての理由になっていないことは以下で述べる）、争点として正面から向き合うこと自体を避けている。控訴人としては、本件訴訟提起時点から一貫して、養育権の人権性を正面から検討していただくようお願いしてきたが、原審はこの点に向き合わなかったのである。

このような「本件の」重要な議論を逸らし他の関連裁判の争点に寄せる原審の姿勢を指摘するために、あえて上記のとおり、争点でない親権の人権性判断と養育権の判断について、記載の分量も含めて指摘しておく。

(2) さて、ここから養育権の人権性に関する原審の指摘について検討する。

まず、原審の「原告らの主張する養育権と言う基本的人権を保障することを文言上明らかにした憲法の規定は見当たらず」との部分については、本件は憲法13条の幸福追求権としての人権性が争点であるから、無意味な不要な記載である。この意味でも、原判決の養育権の人権性に関する実質的な判断はさらに薄いものといえる。

結局、原判決は、「養育権の外延が明らかではなく、その権利の内容を直ちに一義的に特定することが困難であること」だけが人権性否定の唯一の説明なのである。

この点、人権性の判断においてかかる枠組みはない。「外延」も「一義的」も単に被控訴人が憲法学上の根拠もなく述べているだけである。対立当事者である被控訴人であっても、親の養育行為と人格との深いかかわりを否定すべくもないため、根拠もなく「外延」「一義的」という人権論の要件ではないものを無理やり持ち出しているだけなのである。原審も同様に親の養育行為の人格的利益性を否定できないため（原判決16頁ではむしろ積極的に人格的利益性を認めている。）、何らの理論上の根拠もないままに、被告独自の「外延」「一義的」という枠組みを採用してしまったのである。

人権性の判断枠組みにおいて「外延」「一義的」という要件は存在しない。存在しないどころか、その議論すらない。これはどの基本的な研究者の説明でも同様であると思われるが、代表的な『憲法 第

7版』(芦部信喜著、高橋和之補訂) 121頁(甲80)においても「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)。」との記載がある。ここでは「個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利」としており、「外延」「一義的」などという議論も問題意識も存在しない。それも当然であり、他の基本的人権である表現の自由も、憲法13条で保障されるとされるプライバシー権もその概念には広い幅があり、一義的とは言い難く、外延は極めて曖昧である。比較の問題とすること自体ナンセンスではあるが、これらの人権に比しても、親の子に対する養育行為の方がはるかにその行為としての範囲は分かりやすい。原判決16頁においても、「親が子を監護し養育することは、」「子との親密な人的結合を通じた相互作用により、自らの究極的な価値観を吟味する契機となり得る点において、親自身的人格的利益の一部を構成するすともいうことができる。」として、親の「監護」「養育」という行為について、ここまでの評価を加えられるほど、その行為の何たるかを捉えているのではないか。あとは端的に同行為の人権性を判断すればよいだけなのである。繰り返すが、控訴人代理人が一貫して述べているのは、憲法上の人権は、それが人格的行為であり自然権であるからこそ、その行為は抽象的な部分があり、このことが人権性を否定する理由にはなりえない。その上で、具体的な立法等による人権侵害の有無の議論(争点)の中で必要な限りにおいて、その人権の守備範囲が問題となるのであれば、それを問題とすればよいと、控訴人代理人は述べているのである。

この点に関し、憲法13条の幸福追求権に関する基本的な議論も

参考になる。『注釈日本国憲法(2) - 10条-24条』(出版日2017年1月、有斐閣出版、(該当部分)著者土井 真一)(甲81)。同書籍の99頁から107頁あたりをご覧いただきたい。ここでは、憲法13条の人権性の考え方と人権侵害性判断の考え方がリンクしたものであるという控訴人代理人の指摘と類似の議論が展開されている。正確には同書自体を参照にさせていただきたいが、まず、そもそも、憲法13条の幸福追求権の保障範囲について、一段階画定論なる説があるとのことである。同説は一切の行為自由が保護範囲に含まれるとした上で、人権侵害の合憲性議論の中で妥当性を図るというものである。この説は通説的ではなく、やはり保護範囲を一定程度限定すべきという二段階画定論が一般的なようであり、その中で、人格的生存に必要な利益を保護範囲とする考え方と、一般的な行為自由の考え方があるようである。さて、ここで注意すべきは、これらの保護範囲限定論は、厳格な違憲審査基準を用いるかどうかなどで人権の範囲を限定すべきであるか否かという議論であり、一段階画定論にしても、人格的利益説にしても、その行為の外延や一義性議論の対象にすらなっていないようである。一段階画定論に対する批判の内容をみても、「一応の自由といえども、憲法上の保障が推定されるだけの内実を備えるものでなければならないのであって」とあるように、けっして保障される権利としての抽象性が問題とされているわけではなく、むしろ、抽象的な自由(行為)が存在することを前提として、抽象的に自由(行為)を捉えたまま当該自由(行為)の「内実」を評価する考え方を採っているように思われる。このような文脈で人格的利益説が説明されているのであるから、人格的利益説の考え方からも、「外延」や「一義性」によって権利保障の範囲自体を限定するという議論自体が的外れであり、とんでもない

人権の取りこぼしである。これはいずれの論の研究者からみても、まったく筋違いの話であろう。

たとえば、いわゆるハンセン病訴訟の熊本地裁平成13年5月11日判時1748号30頁では、「らい予防法(昭和28年法律214号、平成8年法律28号廃止)におけるハンセン病患者の強制隔離規定(同法6条・15条及び28条)は、憲法22条1項の居住移転の自由を包括的に制限するものだが、それだけでは正当に評価し尽くせず、学業中断や失職、結婚や家庭形成や出産の機会喪失をもたらすなど、その人権の制限が、人としての社会生活全般にわたるから、より広く憲法13条に根拠を有する人格権そのものに対する制限だととらえるのが相当であるところ、同規定は、同法の制定時から既に、これら人権に対する公共の福祉による合理的な制限を逸脱しており、遅くとも昭和35年には、その合理性を支える根拠を全く欠く状況に至っており、その違憲性は明白になっていたというべきである。」として、むしろ、憲法13条で保障される権利の内容側からの特定ではなく、ある立法が人格的利益に関する行為を侵害するといえるものであれば、同侵害立法に関する憲法13条を根拠とする人権の侵害立法として違憲審査が可能であることが示されている。なお、本判決は国側の控訴なく確定しているようであり、同判決については、成文堂発行『日本国憲法論 第2版』(佐藤幸治著)(甲82)でも憲法13条に関する197頁の記載で言及がなされている。同書212頁においては、自己決定権について、「抽象的にいえば、個人が自己の人生を築いていくうえで基本的重要性をもつと考える事柄・・・、より具体的にいえば、①自己の生命・身体の処分にかかわる事柄、②家族の形成・維持にかかわる事柄、③リプロダクションにかかわる事柄・・・が考えられる・・・。」と挙げ

た上で、さらに、214頁において、「②の事柄についてであるが、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ゆえに、基本的には、人格的自律権の問題と解される。」と指摘している。

- (3) 親が子を養育する、この行為自体は誰もが理解できるものである。他の基本的人権との比較としても、容易に理解しやすい行為である。その上で、養育権の人権性は、端的に、誰もが基本的には理解できる親が子を養育する行為、これが人格的生存に関連する利益であるか否かで判断すればよい。

この点の答えは出ている。原判決16頁でも、憲法14条違反の判断の前提として、「国家が親権制度を構築するに当たっては、子の利益、特にその人格を發展させ、その手段として教育を受ける環境の整備を求める利益と、子が自律的人格として有する尊厳の確保という要請を調和的に達成することが求められているが、これに加えて、親が子を監護し養育することは、子の最善の利益に従って行動すると推定される親の監督下に置かれることによって、子の利益となるだけでなく、子との親密な人的結合を通じた相互作用により、自らの究極的な価値観を吟味する契機となり得る点において、親自身の人格的利益の一部を構成するすともいうことができる。」としている。前記のとおり、憲法13条に関する人格的利益説も、合憲性判断に値する程度の内実を備えることを求めているのであって、過剰に人権判断を制限する趣旨ではまったくないのである。その中で、原審ですらもここまで明確に、究極的な価値観を吟味する契機であり人格的利益と述べている親の養育行為について、これを憲法上の人権から取りこぼすことはあり得ないのであり、その根拠も皆



無であろう。

なお、令和5年7月31日付大阪地方裁判所判決（令和3年（ワ）第11934号損害賠償請求事件）では、次のようにして、養育権の人権性を認める判断がなされている。以下同事件判決書（甲83）18頁を引用する。

「(3) 憲法13条、31条による立法措置の要請について

ア 子どもの養育は、子どもが将来成熟した大人となり、共同社会の一員としてその中で生活し、自己の人格を完成させ、自己実現を図る基礎となる能力を身に付けるために必要不可欠な営みであり、その最も原初的かつ基本的な形態は、子が親との自然的な関係に基づいて親から受ける養育である。他方、親にとって子を養育することは、子どもがその人格を完成させ、自己実現を図る基礎となる能力を身に付けるための責務であるにとどまらず、子と自然的な関係に基づいて自己の人生をどのように築き上げるかという親自身の自己実現ないし自己表現に密接に関連するものである。したがって、国家から不当に介入されることのない自由権としての「子が親に養育される自由」「親が子を養育する自由」はいずれも個人の人格的生存に不可欠な利益というべきであり、憲法上の権利として保障される人格権の一内容として、憲法13条によって保障されると解するのが相当である。」

## 第2 現行の単独親権制の立法目的について

### 1 違憲審査の考え方

まず、原審は親の養育権の人権性を認めていないため、憲法14条違反に関してのみ、「本件差別的取扱い」として合憲性判断を行っている。

この点、親の養育権侵害に関する合憲性判断を行うべきという控訴人の主張は、原審と同様であり、以下現行の単独親権制の合憲性判断は、基本的には両者を合わせた議論として述べる。

原審は、合憲性判断の前提として、上記「国家が親権制度を構築するに当たっては、子の利益、特にその人格を発展させ、・・・、親自身の人格的利益の一部を構成するするともいうことができる。」の記載を行っている。同記載は、憲法判断でいうところの違憲審査基準の定立であり、憲法学上このような「人格的利益をいたずらに害することがないようにすべき」という合憲性判断は当然厳格な違憲審査基準が妥当するとされる。

この点、違憲審査の枠組について、原審は「本件差別的取扱いが憲法14条1項に反するか否かは、本件差別的取扱いの立法目的に合理的な根拠があり、かつ、その区別の具体的内容が上記の立法目的との関連性において合理性を有するものであるかどうかという観点から判断するのが相当である」としている。この表現のように、実務上は、違憲審査基準としてどの程度厳格な枠組みを採用したのか表現上は判別し難いものとなっているが、要するに人格的利益を制約する立法については、「立法目的に合理的な根拠」「具体的内容が上記の立法目的との関連性において合理性を有するものであるかどうか」というそれぞれの判断において、単に表面的な一応の説明で終わるのではなく、その内実を厳格に吟味することが求められることは言うまでもない。

## 2 原審が「措定」した立法目的の確認

原審は、「以上の民法の諸規定や親権行使の性質等に照らすと、本件差別的取扱いの趣旨は、夫婦関係諸規定の適用がない法律婚の関係にない父母の関係は多様であり、本件法律関係と同様の関係を典型的に期待することはできず、実際にも、離婚した父母は通常別居し、両

名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るものの、そのような父母の人間関係が良好でない場合であっても、法律婚の関係にない父母の一方を親権者として、親権者が適時に適正な判断をすることを可能とし、もって子の利益を確保しようとする点にあると解される。」とした（原判決17頁）。

以上が原審の判断する立法目的であるが、これはまさに何の根拠もない「措定」と言わざるを得ない。興味深いことに、原審は、原判決19頁において原告の立法目的に関する指摘について「措定」という言葉で整理しており、原審の定立した立法目的は、この表現がまさに妥当する。原審や被控訴人が打ち出す単独親権制の立法目的は、何らの根拠もなく定立してしまった根拠のないものと言わざるを得ない。

この点、控訴人は、原審の訴訟活動を通じて、立法の経緯や研究者の論文、被告に対する求釈明及びこれに対する反論等を通じて、真に現行の単独親権制の立法目的を明らかにすることを求めたが、原審はこれらの訴訟経過を無視して何の根拠もなく被控訴人の述べる立法目的だけを結論ありきの姿勢であえて盲従しているだけである。

以下のとおり、あらためて、単独親権制の立法目的を検討していただきたい。

### 3 単独親権制の真の立法目的

人権を制約する立法目的が後付けであることは基本的にあり得ない。あえて本件養育権侵害及び本件差別的取扱いをしてまで保護すべき利益が立法者の意図として存在していなければならないはずである。

原審審理過程でも整理した立法の経緯を踏まえた単独親権制の目的を述べる。

明治民法では、父が認知すれば原則として当然に子は父の家に入り（明治民法733条）、父の親権に服する（明治民法877条）とされ

ていた。これに対し、現行法への改正の動きは、家制度を廃止するとともに、両性の本質的平等を目指したものである。このことは間違いない（第92回帝国議会衆議院日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措置に関する法律案他二件委員会議事録（甲38）からもうかがわれる。）。ただし、両性の本質的平等という目指す方向性がありながら、親権者を父とする点については改善はなされたものの、事務上の便宜から、婚姻時の父母の調整規定は用意せず、かつ、非婚時を単独親権とする方向で調整された。このことは、現行法施行前においては、一時的に施行されていた日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措置に関する法律（以下、「応急措置法」、とする、）の内容及びこれに関する議論からも分かる（応急措置法に関しては、大村敦志著「民法読解親族法」318頁～320頁（甲32-2）や、小澤文雄法律時報19巻5号53頁56頁～57頁「民法の応急的措置に関する法律」（甲39）も参考になる。）。

応急措置法は非婚の父母においても親権を共同行使することが可能な内容となっていた（家庭裁判月報7号（甲40））。応急措置法下では、父母の協議で親権者を定めることができたが、その定めをしなかった場合は父母の共同親権となるものとされていた（「親族、相続、戸籍に関する訓令通牒録」第一巻65頁（甲41-1））。応急措置法の趣旨について、「応急措置法第六条が「親権は父母共同してこれを行う」と規定したのは新憲法の施行に伴いその精神に従い旧来の家族制度にとらわれた親権制度を打破して苟も保護を要する子供に対しては原則として全ての親に親権を与え、専ら子の利益の中心にことを考えようとしたのであるからそれは両性の本質的平等旧来の家制度の打破、従ってその下に不利益を被っていた者の救済という新憲法の理念の一つを体現しようとする目的を持つものである」と説明されている（家庭

裁判月報4巻11号(甲42))。なお、同資料では、応急措置法の施行前に離婚した母でも共同親権者となり得るかという議論の中で、上記理念から当然に遡及適用を相当とする意見として記載されている。また、「親族、相続、戸籍に関する訓令通牒録」第一巻106頁(甲41-2)にも、応急措置法施行前に離婚又は認知されたことによって従来親権を行わなかった者も同法施行後は「家制度の下に制約されていた両性の平等がここで回復されたのである」とされている。ここでいう「回復」との言葉は、本来親としての地位が得られるべきはずの者(母)が、家制度及び男女不平等の法制度の中でその地位が奪われていたということのあらわれである。個人の尊厳と両性の本質的平等という現行法の理念に従うと、この地位が「回復」したという位置付けになるのである。

上記応急措置法の内容及び上記説明からは、家制度の打破(個人の尊厳)及び両性の本質的平等の帰結が共同親権であったということが出来る。子が父母のいずれかの「家」に入るという制度からの脱却という意味においても、両性が等しく扱われるという意味においても、父母それぞれが共同親権者として扱われることは整合的であり応急措置法はその理念に対して素直な立法であったといえる。

しかし、応急措置法の後、施行された改正民法は、上記理念が後退した。応急措置法が同法施行前に離婚した母であっても、同法施行後は憲法の理念に則り母の親権が「回復」という運用がなされていたのに対し、非婚時一律単独親権となったことは、理念の後退と言わざるをえないであろう。この後退こそまさに人権の制約立法である現行の単独親権制の「立法過程」にはほかならない。では、この「立法過程」において、いかなる目的で人権制約をすることとなったのであろうか。揺るがない事実として、この「立法過程」には、子の利益確保

などの議論は一切存在しないのである。何らの積極的な理由なく民法施行の流れの中で、応急措置法で目指されていた両性の本質的平等を後退させたのである。その主な理由は、善意的に解釈をしたとしても「事務上の便宜」であったと言わざるをえないであろう。応急措置法と現行法の関係について「元来戦後の民法改正事業は、日本国憲法の施行と同時に実施することを目標として進められていたのであり、それが実現されないで中間に応急措置法が施行されたについては、その事情、その政治的背景、応急措置法と改正民法との間の理念の異同等につき或はなんらかの疑義があるかも知れない。しかしながら改正民法の施行が当初の予定より遅れたのは直接には事務上の理由によるもので特にこれを遅らせようとする政治的理由を伴ったものではなく、又応急措置法は改正民法とその理念を全く同じくするものであつて両者の間に差異はない。」（「身分法の現在及び将来」19頁（甲43））と記載されている。何と、親としての権利と両性の本質的平等を回復させる形で共同親権を定めた応急措置法と現行民法は理念に全く差がない、とされているのであつて、その差は「事務上の理由」でしかないとされている。これこそが、現行の単独親権制の目的を示していると思われるのである。では、「事務上の理由」とは何か。

これについては改正民法を立法した法制審議内のメンバーが含まれる座談会（甲34）の内容からもうかがうことができる。まず、改正民法（現行法）に共同親権中の父母間の意見が一致した場合の手当がないことについて、我妻氏は「それはそれですまないというのがほんとうだろうが、日本の場合はすんでいるのだね。」「ひにくない方をすれば、何とか手当をしなければならぬ事情になったということは、それだけ母の意思が重んじられるようになったことだから社会の進歩だ、非常に喜ぶべきことだといえる」「多くの場合、父親のいうことに

きまるだろうということじゃないですか。」などと述べている（座談会 84頁（甲34））。これは、共同親権下の父母間の意見調整について、本来手当てが必要であるが、実際の規定の仕方などをはっきりと決められない中、当時父親に事実上の決定権があることを実際上の解決として手当てを欠いたままとしたということである。また、非婚父母の場合の親権の帰属については、共同親権を可とすべきとの意見もあったようである。ここでいう共同親権とするかどうかという議論は、当時は母に権利の道を開くか、という意味と同義と考えられていた。このことは、前記明治民法から応急措置法立法の運用をみても明らかであるし、座談会においても唄氏が「あまりに形式的に整え過ぎて母の権利の強化に道を開きすぎると却って実際上は利用されなくなって画に書いた餅になる、ということをお妻先生は大分心配されていましたね。」と発言している（同文献87頁）。前記憲法の理念及び応急措置法の理念に照らすと、当然、母親に権利の道を開くことが望ましい。同座談会でも立法過程において、非婚の場合の共同親権が検討されたようである。ただし、その具体的な内容として、「身上監護権と財産管理権を分ける」ことや「共同親権にしうるのは、家庭裁判所を通ったときだけにしよう」などの案も検討されたが、結局応急措置法と異なり非婚時一律単独親権の現行法が立法されたのである。付言すると何より、婚姻時の共同親権ですら父母の意見の調整に本来必要な手当てを用意せずに家庭の中での事実上の力関係（立法当初は「父親のいうことにきまる」と想定されていた）に委ねていたのであるから、家庭を異にする場合もある非婚の父母においては、単独親権は一種の「解決策」という側面もあったと思われる。上記議論をみれば分かるのは、憲法が施行され家制度の打破と両性の本質的平等が目指されたものの、我が国の当時の実態として家や氏と子どもの養育を結び付ける実態や

父親が事実上決定する実態があり、これに追従する意識や時間的制約の中での現実的な立法における議論が煮詰まらなかったことから、事務上の便宜のために、父母の意見の調整を欠き、非婚の場合を一律に単独親権とする現行法が立法された。つまり、応急措置法から現行法への立法過程の中での議論(これこそが単独親権制立法の議論である)においては、積極的な子の福祉実現の議論や両性の平等実現の議論などはどこにもないのであり、ただ、実態に追従する意識や具体的な制度内容が煮詰まらなかった過程があっただけである(我妻榮著「改正親族相續法解説」107頁(甲44)に実際論の言及がある。)。これが事務処理上の理由と説明されたものである。上記のように、改正民法(現行法)は、両性の本質的平等と家制度の打破を目指して立法されたものの、事務処理上の便宜から応急措置法が目指した理念から相当の後退をみせた。これが現行法の位置付けである。このような立法の経緯や説明を踏まえた現行法の捉え方としては、許末恵教授の「親権と監護—民法第766条、第818条及び第819条の成立—第4章 戦後の民法改正・終章 今後の課題」(甲35)も参考になる。

なお、当時の立法に関する各資料全体を通じて分かることは、家制度の打破(個人の尊厳)と両性の平等を推し進めようとするGHQとの様々なやりとりの中で、日本の立法者たちが憲法の理念自体は表面上否定しないながらも、従来<sup>の</sup>氏・家の制度や男女の関係を事実上維持しようとしていた姿勢もうかがわれる。つまり、実際は理念に対する「抵抗」の中で現行法が施行されたともいえる。父母の婚姻と親子の関係を切り離した共同親権の方向性と、父母の法律婚と親子を密接に関連付けた単独親権制との比較においては、後者の方が、個人の尊厳よりも家や家庭という「単位」に重きを置いた制度であることは言うまでもない。この点、本件で被控訴人も原審審理過程の途中まで、



現行の単独親権制の立法目的について「婚姻制度の意義」という言葉を明確に用いており、ここには親子それぞれの人格的利益や個人の尊厳への配慮よりも、家や家庭という「単位」で子を養育するという意識が強く顕れているといえるだろう。この点、控訴人及び裁判所からの求釈明の審理過程が進む中で、「人権制約の立法目的」という視点で見たときに、同意識の顕われである「婚姻制度の意義」というフレーズは大きな問題があることが被控訴人にとっても浮き彫りになったのであろう。これは、立法過程における上記家制度の「抵抗」と意識が非常に似通っていると思われ、実は現行の単独親権制の目的は被控訴人が（途中まで）述べていた「婚姻制度の意義」、すなわち家・家庭という「単位」優先と捉えることが実態に適っていると思われる。ただ、この点は、あくまで立法当時の立法者の表面的な説明に則り、事務上の便宜、のためにやむなく応急措置法の理念が交代した現行法が走り出したことを立法目的と善意解釈的に設定することも一つの考え方であるということである。いずれにしても、この立法過程において、人権制約とトレードオフの関係になるものとして「子の利益」が議論された形跡は一切ないのであり、原審の「措定」した単独親権制の立法目的は、完全に誤っている。

上記事務上の便宜を立法目的として走り出した現行法が、立法当時はともかく、その後現在まで正当であり続けるはずがないであろう。立法者自身、男女同権（性と権利の結びつきの解消）が進む中で、現行法では立ちいかないことを理解していたのである。原審も認めている親子の人格的利益を制約するための立法目的として事務上の便宜が正当であり続けることはない。この意味で、現行の単独親権制は、養育権の侵害立法及び差別的取扱いであるという人権制約的性質に気が付いた時点で、すでに人権を制約してまでの目的が皆無の立法である

ということができる。

- 4 原審が「措定」した立法目的は機能としても完全に不全であること
- 上記立法の過程から離れて、仮に立法当時意識されていなくても、同法の内容が実際上有している「機能」を、後付けでこれを目的と置き換えることができるとしたらどうか。被控訴人や原審の措定した「法律婚の関係にない父母の一方を親権者として、親権者が適時に適正な判断をすることを可能とし、もって子の利益を確保しようとする」との立法目的はまさにこれである。この点、このような後付けの立法目的の定立は、立法技術的な問題、国民の民主制の観点から、極めて大きな問題である。立法過程の中で、ある立法の人権制約的側面を意識しながら、立法目的を合理的範囲で達成するよう調整することは、まさに立法技術であり、かつ、同調整行為につき立法府のみが民主的正當性を存するからである。後付けの立法目的の定立は、当然この価値を損なう危険性や問題点を有するものであり基本的に認められないが、仮にこの後付けを認めるのであれば、当該立法が当該「機能」を真に有しているかを、当該「機能」との関係で、不十分、行き過ぎなどの機能不全がないが十分に吟味することは最低限必要である。

この点、原審の措定した立法目的の機能として原審は、「以上の民法の諸規定や親権行使の性質等に照らすと、本件差別的取扱いの趣旨は、夫婦関係諸規定の適用がない法律婚の関係にない父母の関係は多様であり、本件法律関係と同様の関係を典型的に期待することはできず、実際にも、離婚した父母は通常別居し、両名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るものの、そのような父母の人間関係が良好でない場合であっても、法律婚の関係にない父母の一方を親権者として、親権者が適時に適正な判断をすることを可能とし、もって子の利益を確保しようとする点にあると解される。」とし

ているが、現行の単独親権制が真に適時・適切な判断による子の利益の確保という機能を有しているとはまったく思われない。そもそも、このことは、家事実務を当事者あるいは法律家として経験した者であるならば、実体験として感じているはずであり、原審は、その体験から目を逸らして現行法を正当化しようとしているに過ぎない。

原審は、「夫婦関係諸規定」の適用があれば、あたかも共同親権状態での共同親権行使が正常に機能するかのような言い方をしている。これは驚くべき実態無視である。控訴人訴訟代理人としては、せめて法律婚であり共同親権状態である父母同士は、互いの夫婦としての地位が尊重されその中で親子として地位が適切に調整される実務があれば、と切望している。そうであつたらどれだけありがたいか。しかし、実際は、婚姻中で共同親権状態であっても、他方親の事実行為の前にほとんど救済を受けられず、親としての対等な地位を失うのである。実際、現行法で共同親権状態に適用する法律として「夫婦関係諸規定」をどう使うのであろうか。法が直接機能する場面は、当事者間での事実上の調整ができず裁判所が調整に介入する場面であるが、家事事件手続法別表第二においても、婚姻中の夫婦関係に関しては、夫婦間の協力扶助に関する処分（民法752条）、婚姻費用の分担に関する処分（民法760条）だけ家庭裁判所の審判事項として挙げられているに過ぎない。このうち親権者としての地位を調整し得るとすれば民法752条であるが、同条の調停・審判の申立てなど、むしろ異例のものとなっており、その中で互いの親権者としての地位を対等に調整する仕組みにはなっていない。そして、酷いことに、婚姻中であつても、親子の関係の救済は、面会交流や子の監護者指定など、婚姻中以外に適用される（準用含む）民法766条の類推適用である。この意味で、「夫婦関係諸規定」は何ら適時・適切な解決になっていないのであり、

むしろ共同親権の調整規定を欠く中で、共同親権を含む夫婦の法的地位を無視して、事実上一方の親権行使を否定することで強引に解決していると言わざるをえない。

結局、現在、父母それぞれが真に親としての地位が確保されながら、適時・適切な決定ができているとすれば、それは単に事実上父母間にかかる合意形成ができている場合であろう。これは婚姻中と非婚であるとを問わないことを被控訴人自身も主張している。ここには当然「夫婦関係諸規定」なども一切機能していない。

以下、現行の単独親権制がいかに適時・適切な決定機能からほど遠いもの述べる。

原審の理屈に立つと、父母が婚姻中の共同親権下にある子は、適時・適切な決定ができないままの状態が続くことになる。原審は、原審自体が認めた人格的利益を制約してまでも本件差別的取扱いをする目的があるというのであり、その目的が子の利益のための適時・適切な決定であるというのである。そうであれば、原審の理屈として、子にとって適時・適切な決定による子の利益の確保は極めて重要な利益であり、逆にこれが確保されないことの害は大きいということになる。しかし、原審は、原判決20頁から21頁にかけての記載において「原告らは、仮に本件差別的取扱いが「子の利益の確保」を意図して立法されているものであるとしても、子の監護又は養育についての意見が一致しない父母の下においては、父母の意思決定のための離婚をすることとなると相当の時間を要すること、子是对立状態にある父母のもとで成長するまでの過程のほとんどを過ごすことになることなどから、本件差別的取扱いは上記目的との関係で合理性を欠く制度であると主張する。」

「しかし、仮に離婚後の父母にも共同親権を認める制度を採ったとしても、別居することが通常である離婚後の父母のいずれが子と同居し

て監護を行うのかが争われ得るのであるから、離婚の条件をめぐる交渉が有意に短縮するかは定かではないし、原告らが指摘する子に対する悪影響は、親権制度につきいかなる立法をするかによらず、高葛藤状態にある父母の下で成長期を過ごす子には一般的に発生し得る事態であると解されるから、本件差別的取扱いが不合理であるということとはできない。」と述べている。同記載は、議論の方向性を見失った、率直に申し上げて意味不明の記載である。控訴人としては、婚姻中共同親権を含む現行の単独親権制について、被控訴人が適時・適切決定な機能があると主張するから、これに異を唱えているだけである。これに対して、なぜか、原審は、いわゆる共同親権制であっても、現行の共同親権状態であっても、「高葛藤状態にある父母の下で成長期を過ごす子には一般的に発生し得る事態であると解される」としている。つまり、(実際はそうではないことを繰り返し述べたが)「共同親権」状態が適時適切な決定を阻害しているものであるとして、結局、子が適時適切な決定ができない婚姻中の父母の子の当該利益を無視し見捨ててしまっているということになる。結局、自らの主張する立法目的を現行法が果たすことを諦めてしまっているのである。この点において、原審の説明はもはや意味不明であり、やはり現行法は適時・適切決定の機能などないと言わざるをえない。何度も述べるように、すべての子が適時・適切な決定を受けられることを目指すにあたって、これを阻害しているのは、単に父母の地位の調整規定が整備していないことに尽きるのである。結局、適時・適切な決定の可否は、単独親権制の「機能」ではない。適時・適切な決定ができないことは親子の地位の調整規定の整備を怠っていることの害悪であり、その怠っている結果としての単独親権制維持でしかない。

また、真に、適時・適切な決定が親子の人格的利益を制約してでも

得なければならない利益であり、単独親権制にこの適時・適切決定機能があるというのであれば、むしろ単独親権制を解消することは立法政策としても大きな問題があるはずである。しかし、原審は「諸外国において、法律婚の関係にない父母にも共同して親権を行うことを認める立法例がみられることは、法律婚の関係にない父母と親権との関係については、本件差別的取扱いとは異なる立法政策があり得るものであり、国民的な合意が形成されれば本件差別的取扱いを変更することも考えられることを示唆するものではある」としている（原判決20頁）。この指摘をする時点で、適時・適切な決定を確保するための法制度として単独親権制が必ずしも適当な制度でない可能性があること、少なくとも単独親権制以外の方法が存在することを認識していることになる。この点は、後述の手段審査においても極めて重要であるが、手段審査以前に、そもそも単独親権制が適時・適切な決定の合理的な「機能」を有すること自体が極めて疑わしいということになる。

以上のとおり、原審が「措定」した立法目的は機能としても完全に不全であることは明らかである。ここには2つの意味がある。一つとして、繰り返し述べるように、原審の立法目的の定立が根本的に誤りであることである。そして、もう一つは、仮に原審のような立法目的の定立を認めるとしてもその目的の正当性・合理性が皆無であることである。

### 第3 原審の措定した立法目的と現行の単独親権制の合理的関連性

以上、原審の措定した立法目的自体が誤りであり、かつ正当性がないことを説明したが、以下、仮に原審の「法律婚の関係にない父母の一方を親権者として、親権者が適時に適正な判断をすることを可能とし、もって子の利益を確保しようとする点にあると解される」との目的定立を前提とし

た手段としての関連性を検討する。

この点、単独親権制について目的と手段との間に合理的関連性がないことはあまりにも明白であり、鈴木証人やその他証拠でも明確に意見されている。その指摘は原審での主張と基本的に同様であるが、以下、原審を踏まえ2つの視点から指摘する。

#### 1 類型的線引きによる人格的利益制約

原審は、「他方、子の父母が離婚するに至った場合には、父母が別居し、両名の人間関係が必ずしも良好なものではない状況となることから、そのような両名が共同で親権を行使し、子の養育に関する事項を決するものとしたときは、類型的に、両名の間で十分な意思の疎通をし、的確な検討を踏まえて、適時に適切な合意を形成することができず、子の利益を損なうおそれがあるものと認められる。また、法律婚に至らない父母については、父母間・親子間において良好な関係を築いており、法律婚の関係にある父母に合理的に期待される状況と同様の状況にある者から、父母の関係が破綻し、日常的なコミュニケーションが図れない者まで、多様な関係性が想定される場所、夫婦関係諸規定の適用がなく、本件法律関係と同様の関係を類型的に期待することはできないから、そのような父母が共同で親権を行使し、子の養育に関する事項を決するものとしたときは、両名の間で十分な意思の疎通をし、的確な検討を踏まえて、適時に適切な合意を形成することを類型的に期待することはできない。そこで、親権者が適時に適切な判断をすることができず、子の利益が損なわれる事態を回避するために、法律婚の関係にある父母は原則として共同して親権を行うことができるとする一方、法律婚の関係にない父母は必ずその一方が単独で親権を行うものとする本件差別的取扱いは、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にお

いて合理性を有するものと認められる。」と述べる（原判決17～18頁）。

以上、原審の説明は養育権侵害・平等権侵害のいずれの人権制約論として、その体をなしていないものと言わざるをえない。

原審は、要するに、単なる「類型」で人権を制約してしまってもよい、と言っているのである。そもそも、前記のとおり法律婚の父母も意見が対立した状態で「婚姻関係諸規定」が親権行使と関係でまったく機能していない一方で、非婚の父母にも事実婚のケースや父母としての関係のみで適切な関係を保つケースなどもけっして少数ではないから、「類型」論としても原審の捉え方は乱暴であり正しいとはいえないが、いずれにしても、類型論で人権を制約することは、典型的な不当な差別であり典型的な人権侵害である。

むしろ、平等原則を含む基本的人権は、類型論や偏見あるいは世間の慣習などからも侵害されないための最後の砦の役割を有するのであるから、人権制約の判断にあたって、まさか「類型」論で正当化してしまうのであれば、もはや基本的人権など存在しないに等しい。原審の目的手段の合理性判断の拠り所は、ほぼ「類型」論一本に頼っているところ、これが誤りである時点で、目的手段の関連性が皆無であることが示されているといえる。

なお、百歩譲って、類型論的人権侵害が許され得るケースとして、目的を達成するためには類型論による以外の手段が存在しない場合が考えられるが、原審も認めるように本件人権制約立法である単独親権制の場合、他の手段が政策としていくらかでも存在するのである。現行の「夫婦関係諸規定」が本当に役に立つと言うのであれば、立法府としては「夫婦関係諸規定」の中で父母の関係規律に必要な部分を父母間にも用意すればよいし、司法としても婚姻の規定を非婚の父母に類



推適用も可能である（むしろ逆に婚姻中の父母にも非婚の父母の規律を類推適用しているあり様であるが）。また、養育権が存在しないと言うのであり、平等原則違反だけの問題であれば、非婚、婚姻中とを問わず、すべて一律単独親権にしてしまうことも許されることになる。このように、非婚の父母のみ一律単独親権という類型論による人権制約は、個人の尊厳を後退させる手段であるにもかかわらず、当該手段を採る必要性もないのであって、合理性を欠くどころか、むしろ積極的に不合理を突き詰めた立法であるとすらいえる。

## 2 実質的な合理性

単独親権制が合理的な線引きでないことは、あまりにも明白であり、このことが真に伝わらないとすればもどかしい限りである。実際は伝わらないというよりも、あえて結論を維持するために目を逸らしていると思われるが、あらためて正面から論理的に検討していただきたい。

この点も原審から繰り返し述べており、証人の証言や各証拠からも証明されているが、ここでは非婚の父母間の子と、法律婚の父母の子が現行法でいかなる状況におかれるか、という視点で、合理性とかけ離れた状況に気づいていただきたい。

### (1) 非婚の父母間の子の状況

まず、親による親権行使は子の利益のためになされ子にとって基本的に利益である。「親権は子の利益のために行使されるものであり、基本的に子の利益である」（これを命題①とする）。前記引用の原判決16頁においても「国家が親権制度を構築するに当たっては、子の利益、特にその人格を発展させ、その手段として教育を受ける環境の整備を求める利益と、子が自律的人格として有する尊厳の確保という要請を調和的に達成することが求められているが、これに加えて、親が子を監護し養育することは、子の最善の利益に従って行動すると推定され

る親の監督下に置かれることによって、子の利益となる」などと述べられている。この点、親権帰属が原則父母（実親）であることの本質的な根拠については、実は諸説あると思われるが、原審は親が子の利益に従って行動するという推定論を用いている。同推定論は合理的説明の一つであると思われ、すくなくとも、上記の本命題は証明されたあるいは争いが無いということはできる。

命題①から言えることは、子にとって、父母がそれぞれ親としての責務を果たし親権を行使する状況は基本的に望ましいということである。原審判決では触れられていないが、被控訴人も当該状況を「慎重熟慮」という表現でその価値を認めている。このような子にとって重大な利益を合理的理由なく奪うことは許されず、父母の関係に関わらず可能な限り当該保護状況を確保してあげることも重要である。

そうであれば、いたずらに親子の具体的状況や父母間の具体的状況や意思によらず、非婚である時点で、一律に子が父母から養育及び養育判断を受ける利益を奪うことは不合理な制度は、親にとっても子にとっても過度に広汎な乱暴なものであり、不合理である。

## (2) 婚姻中の父母間の子

現行法の下で婚姻中共同親権状態にある父母の意見が異なる場合適時・適切な決定ができない。原審は、「夫婦関係諸規定」の適用などと曖昧でまったく具体性を欠く説明でごまかしているが、実際は、父母の意見が異なった場合「夫婦関係諸規定」が、共同親権者間の意思決定との関係においては全く役に立たないことは前記のとおりである。原審も、前記引用のとおり、原判決20頁から21頁にかけての記載において「原告らは、仮に本件差別的取扱いが「子の利益の確保」を意図して立法されているものであるとしても、子の監護又は養育についての意見が一致しない父母の下においては、父母の意思決定のため

の離婚をすることとなると相当の時間を要すること、子は対立状態にある父母のもとで成長するまでの過程のほとんどを過ごすことになることなどから、本件差別的取扱いは上記目的との関係で合理性を欠く制度であると主張する。」「しかし、仮に離婚後の父母にも共同親権を認める制度を採ったとしても、別居することが通常である離婚後の父母のいずれが子と同居して監護を行うかが争われ得るのであるから、離婚の条件をめぐる交渉が有意に短縮するかは定かではないし、原告らが指摘する子に対する悪影響は、親権制度につきいかなる立法をするかによらず、高葛藤状態にある父母の下で成長期を過ごす子には一般的に発生し得る事態であると解されるから、本件差別的取扱いが不合理であるということとはできない。」と述べている。これは結局、婚姻中の父母の意見が対立した場合、当該状態に子が置かれ続けることになるのであり（当然適時・適切な決定状況とは言い難い）、当該状態にあることも一般的であって、見逃してもよいと言っているのである。さらに、被控訴人の説明や、前記立法の経緯である改正民法（現行法）に共同親権中の父母間の意見が一致した場合の手当がないことについて、我妻氏は「それはそれですまないというのがほんとうだろうが、日本の場合はすんでいるのだね。」（座談会 84 頁（甲 34））という点からも、「現行法の下で婚姻中共同親権状態にある父母の意見が異なる場合適時・適切な決定ができないこと」（命題②とする）は証明されたといえる。

繰り返すが、原審は適時・適切な決定による子の利益確保という利益を殊更に強調している。しかし、一方で、上記命題②のように「現行法の下で婚姻中共同親権状態にある父母の意見が異なる場合適時・適切な決定ができない」という状況が続くことを単独親権制は一切解決できていないのである。この意味で、仮に適時適切な決定との関係

で父母の法律婚状況に置かれ続けた子の視点からみると、現行法は逆に制約範囲が狭きに過ぎるとも言える。

(3) 合理性を完全に欠くこと

以上を踏まえると、現行の単独親権制は原審の指定した目的からみても、制約の仕方も制約の範囲も不合理であり、目茶苦茶である。このことは、原審の指定した目的自体が後付けの誤りであることに起因しており実は目的論とリンクする話であるが、この点は置くとしても、原審の指定した目的と単独親権制による人権制約という手段は合理的関係性などないことは明らかである。

以 上