

令和6年（ネ受）第88号 上告受理申立事件

上告受理申立人 宗像充外10名

相手方 国

上告受理申立て理由書

令和6年3月31日

最高裁判所 御中

上告人ら訴訟代理人弁護士 稲坂将成

同 古賀礼子

同 富田隼



目次

はじめに	3
第1 憲法第13条違反があること	4
1 本件第1審からの主張	4
2 原審の判断	7
3 養育権は憲法13条の人権として保障されること	8
第2 憲法14条1項違反であること	19
1 差別の存在	19
2 原審の判断	21
第3 侵害の合憲性	21
1 はじめに	21
2 違憲審査の基準について侵害判断の基準	22
3 原審の行った違憲審査の内容	25
4 現行法が不合理な人権侵害であること	31
5 単独親権制は違憲である	43
第4 単独親権制を是正しない立法不作為は国賠法上違法であること	43
第5 結語	44

はじめに

本件訴えは、現行法の単独親権制が憲法13条違反であること及び憲法14条違反であることを前提とし、同立法（これを改正しない不作為）にかかる国家賠償請求訴訟である。しかし、原審は、同憲法違反を認めず故に原告らの請求を認めなかった。原審の判断は、憲法13条及び憲法14条に違反し、結果、国家賠償法1条1項に違反している。同違反は法令の解釈に関する重要な事項を含むものである。

また、原審は、上告受理申立人らが憲法13条によって保障されると訴えている養育権について、憲法13条による保障、すなわち人権性を否定した。この点、後述のとおり、東京高等裁判所令和5年（ネ）第3026号損害賠償請求控訴事件の令和6年2月22日判決は、「親の子を養育監護等する自由」が憲法13条によって保障されるものとして、明確にその人権性を肯定している。親の養育権の人権性については、未だに最高裁判所の判例がないと思慮されるところ、上記東京高等裁判所令和5年（ネ）第3026号損害賠償請求控訴事件の令和6年2月22日判決との関係で、本件原審には判例違反が存することになる。当然、高等裁判所の憲法の人権性に関する判断が分かれている点も、法令の解釈に関する極めて重要な事項を含むものである。

最高裁判所が見解を示すことは必須である。

最高裁判所において本申立てを受理し、正しい判断を求める。

以下詳細な理由を述べる。

以下の理由は、本申立てが受理された上での主張も兼ねるため、上告受理申立人らを「上告人ら」、本申立ての相手方を「被上告人」と述べる。

第1 憲法第13条違反があること

1 本件第1審からの主張

子を養育する意思と能力を有する親が子を監護・養育する権利は(以下、養育権、という。)、自然権であり、憲法13条の幸福追求権として憲法上保障される基本的人権である。親が子を養育し子が親から養育を受けることは人が人として行うごく自然な人格的な行為であるから、同自然的な関係が憲法上保障されることは言うまでもない。

以下では、訴状から説明していることをあらためて述べる。

親の養育行為は親子という自然的関係に基づく親子間の活動であり、それ故、親の養育権は親子が親子である権利である。「子」という日本語は、「親」と対になる意味での「子」と、幼い者という意味での「子」の意味がある。この両者は意味が全く異なるものでありながら、偶々同じ単語が使われているため、子の権利の文脈では混同されがちである。本訴訟において特に意識すべきであるのは主に前者の意味であり、子が子であることの権利、すなわち、親子が親子であることの権利である。ただし、親子という意味での「子」は、養育を受ける時期においては幼く自身の権利主張が困難であることがあり、また、親子関係は特に子が成長する過程において重要な利益であるから、この意味での後者の意味での子の利益も親子の権利は包含することになる。

養育の意思と能力を有する親が子を養育し子がその親から養育を受けることは、親子という自然的関係に基づいた極めて人格的な活動である。これが基本的人権として保障され、不当に侵害を受けないことは、自然権として当然のことである。

最高裁大法廷昭和51年5月21日判決(旭川学テ判決)は「子どもの教育は、子どもが将来一人前の大人となり、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、実現していく基礎となる能力

を身につけるために必要不可欠な営みであり、それはまた、共同社会の存続と発展のためにも欠くことのできないものである。この子どもの教育は、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」と判示した。同判決の論理は、子どもの教育の基本的形態は親が子に対して行う形態であると述べており、これは親子の自然的関係に基づく養育・監護作用の一環であるからであるというものである。「教育権」の主体や捉え方については理解が必ずしも一義的ではないかもしれないが、すくなくとも、親子が自然的関係に基づいて養育・監護を行うことは当然の前提となっている。日本でも、親子間の養育関係はまさに自然権的に捉えられているのである。

この点につき、日本以外の例に目を向けてみる。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<報告>425頁（甲13）においても、「諸外国に目を転じると、ドイツでは子を育成する親の権利は自然権とされ、憲法でも明文化されており、アメリカでは平等原則と適正手続により親の権利が人権として認められている。日本国憲法には親の権利についての明文の規定はないが、親子の自然的関係を論じた最高裁判決（旭川学テ判決）が存在していることや人権の普遍性等を根拠として、憲法上認められうると解される。」と指摘されている。同指摘にあるように、まさに前述した親子の自然的関係に直結した養育活動は、国や民族、文化に左右されない普遍的な人権であるといえる。加えて、同じく指摘されているように、日本においても、前述の旭川学テ判決の論理のように親子の養育関係を自然権的に捉えていることも、同普遍的権利が存在することと矛盾しない。

次に「児童の権利に関する条約」について言及する。「児童の権利に

関する条約」は、18歳未満のすべての人の基本的人権の尊重を促進することを目的として、1989年の国連総会で、全会一致で採択されたものである。そのため、条約の内容は、18歳未満の者の基本的人権に関連するものであるといえる。2019年8月現在、同条約は、署名国・地域数140、締約国・地域数196のようであり、日本は、1990年9月21日に条約に署名し、1994年4月22日に批准しているようである。同条約第7条1項で「児童は、出生の後直ちに登録される。児童は、出生の時から氏名を有する権利及び国籍を取得する権利を有するものとし、また、できる限りその父母を知りかつその父母によって養育される権利を有する。」と規定され、同条約第8条1項は「締約国は、児童が法律によって認められた国籍、氏名及び家族関係を含むその身元関係事項について不法に干渉されることなく保持する権利を尊重することを約束する。」とし、同条2項で「締約国は、児童がその身元関係事項の一部又は全部を不法に奪われた場合には、その身元関係事項を速やかに回復するため、適当な援助及び保護を与える。」と規定する。また、同条約第9条1項に「締約国は、児童がその父母の意思に反してその父母から分離されないことを確保する。ただし、権限のある当局が司法の審査に従うことを条件として適用のある法律及び手続に従いその分離が児童の最善の利益のために必要であると決定する場合は、この限りでない。このような決定は、父母が児童を虐待し若しくは放置する場合又は父母が別居しており児童の居住地を決定しなければならない場合のような特定の場合において必要となることがある。」とある。上記同条約7条をみると、氏名・国籍を有する権利と同じ条文の中で、児童が父母を知り父母に養育される権利を規定している。氏名の保有など人としてごく基本的な地位と合わせて父母から養育を受ける権利を規定していることは、これがすべての

人に与えられた基本的人権であることが前提となっていると考えられる。また、上記同条約9条1項によると、父母の意思に反して児童が父母から分離されることについて、司法審査を前提とした法及び手続に従うことが求められている。このように権利の制約について厳格な手続を要求されているのは、父母から養育を受ける権利が基本的人権であるからにはほかならない。上記のとおり、同条約は、多数の国・地域が署名又は締結する基本的人権に関するものである。そのため、同条約について日本が批准しているかどうかや日本国内での効力にかかわらず、児童が父母から養育を受ける権利は国・地域を問わず人が本来的に享有しているべき基本的人権であることは疑いようがない。そして、いうまでもなく、未成熟の子が父母から養育を受けることと、父母が未成熟の子の養育をすることは、行為として同一の行為であり切り離せないものである。

以上のことから、親の養育権は、自然権であり基本的人権である。

この点は、本件でも、研究者の鈴木博人氏等も明確に意見している（鈴木証人尋問、甲48（中央大学教授鈴木博人意見書）、甲32（常葉大学准教授大森貴弘意見書））。さらに、本書提出に合わせて、関西学院大学山口亮子教授の意見書も提出する。同意見書でも、親の子を養育する自由が憲法上の人権であると明確に意見されている。

2 原審の判断

原審は、上告人らの主張する養育権の人権性について次のように否定した。

「しかしながら、控訴人らは、控訴人らが主張する養育権の外延が明らかでないことを原判決より指摘されているにもかかわらず、依然として「子を養育する意思と能力を有する親が、子を監護及び養育する権利」というだけで、その外延を明らかにできていない。」「子の監

護及び養育といっても、その具体的内容については、子と同居し生活を共にすること、子に毎日の食事を与え、睡眠をとらせること、子に監護養育を受けさせること、子の生活のために必要な費用を負担すること、子の日々の生活に必要な事項を決定すること、子の進学先や医療方針を選択決定すること、子の財産を管理することなど、幅広く多様なものが想定できるところ、一般的に子の監護及び養育といった場合の中核部分が何であるのかについて世間一般の共通認識があるものとは解されない。控訴人らの主張内容から帰納的に考察すれば、非婚時単独親権制によって侵害が観念されることとなる非親権者の利益一般を指しているようにも解されるが、そのように理解をしてみてもその具体的な範囲が直ちに明らかになるものではないし、他方で、控訴人らが、父母の婚姻中であっても子の監護及び養育について父母間の意見の調整規定がないために養育権が侵害されているとも主張していることを考慮すれば、養育権がいかなる権利であるのかについての控訴人らの主張は判然としないといわざるを得ない。そうすると、控訴人らが主張する養育権の外延は明らかでないという他なく、そのような権利が憲法上の権利であるということとはできない。」

以上が原審判決の5頁で述べられている。

3 養育権は憲法13条の人権として保障されること

(1) 原審が、親が子を養育する権利である養育権の人権性を否定した主な理由は、「外延が明らかではない」ことである。

この点に関する上告人らの主張は憲法判断にあたってのごく基本的な主張であるが、原審は、悉くここから目を逸らし、「外延」という元々被上告人(国)が無理やり持ち出した人権排除の理屈を何の論理性も法的根拠もなく踏襲してしまった。

そして、もう一点、上記「外延」という根拠のない人権制限の在り

方は、ある行為や自由の人権性の問題とこれに対する侵害の問題をあえて混同させることで成り立っている。後述のとおり、憲法13条の幸福追求権は「個人的人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体」と言われており、当該人格的生存に不可欠な利益を内容とする行為や自由は、これらが人格的利益を内容とした自然的なものであるからこそ、多分に抽象的で幅のある行為や自由として観念されるものなのである。憲法上に明文規定のある思想及び良心の自由（憲法19条）や表現の自由（憲法21条1項）もまさに同様である。他方で、具体的な立法等により同行為が制約されているか否か、どのように制約されているか及び同制約が正当化されるか否かは次の段階の問題である。養育権について言えば、たとえば、ある一人の親が子と寝食をともにする形で自らの子を養育する行為は養育権の保障の範囲に含まれると考えられるが、これが子の成長過程を通じて毎日寝食をともにする状態までが求められるものではないと言え、具体的な立法に基づき国や他の私人がこれを一定程度制約することは、必ずしも養育権の侵害にあらず、あるいは、正当化される制約にとどまると理解することができる。肝心なのは、以上のような議論はあくまで人権性を肯定した上で、当該人権の制約の有無やその正当性・合理性の議論であり、「同議論が想定されるが故に人格的な行為・自由の人権性を否定する」という話ではないのである。原審の「外延」論はまさにこの点を混同させることで、明らかに人権として保障されるべき養育権の人権性を否定する誤った枠組みである。

今一度繰り返す。人権性の判断において「外延性」「一義的」などという枠組みはない。「外延」も「一義的」も単に被上告人が何の根拠もなく一審から述べ続けているだけである。対立当事者である被上告人であっても、親の養育行為が人格的生存と深いかわりをもつこ

とを否定すべくもないため、後述のいわゆる人格的利益説という基本的な考え方を捨てて、なぜか根拠もなく「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。実際には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。これはどの研究者の基本的な説明でも同様であると思われるが、たとえば、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前記のとおり、抽象的で幅があり、少なくとも行為・自由の総体としての人権性の有無を検討する段階では、多分に観念的であるともいえるからである。また、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。他の基本的人権を例にした上記説明を上告人らが一貫して主張しており、「外延」論が成り立たないことを明白に示しているといえる。

しかし、この点が明白であるからこそ、原審は驚くべき強引な説明を行った。原審は、「この点について、控訴人らは、表現の自由や憲法13条で認められるプライバシー権もその内容が一義的ではなく、その外延が極めて曖昧であるから、外延が曖昧であること等を理由に

養育権の人権性を否定することはできない旨を主張するが、人がみだりに公開されることを欲しない私事が何であるかについては社会通念上一定の共通認識が形成されているものと解されるから、プライバシー権の内容が一義的でなく、その外延が極めて曖昧であるとはなどとはいえず、また、表現の自由についても同様に解されるから、上記主張は当たらない。」と言うのである（原判決5頁から6頁）。ここはもはや理解しがたい意味不明な説明としか言いようがない。まず、そもそも憲法13条で保障されるプライバシー権とは何であるのか。これ自体が議論のあるところであり、原審は外延が曖昧でないとは言いながら、その行為・自由の「外延」を説明できていない。このようにはっきりと説明されていないものの、原審によれば「人がみだりに公開されることを欲しない私事」に関する権利であるかのようなのであるが、そもそも、プライバシー権には、私事をみだりに公開されない権利に加えて、（裁判例上も議論のあるところではあるが）自己情報コントロール権なども憲法上の権利として含まれるのかがまさに問題となっているとおりに、まさに「外延」の大枠そのものが問題になっている人権なのである。あろうことか、プライバシー権自体を問題としていない本件裁判で、原審は、傍論で乱暴にプライバシー権の外延を決めてしまったともいえるのである。また、たとえプライバシー権の内容を前者の人がみだりに公開されることを欲しない私事に限ったところで、これがいったい何でありどの範囲であるのか、いかなる場合にこれが制約されたといえこれが正当化されるのか（このような議論も人権性の判断に混同させてしまうのが外延論である）、非常に幅広い理解があり得る。いったいどこが「一義的」なのか。外延は曖昧である。これは表現の自由も同様であるが、原審は何の説明もなく表現の自由を「一義的」であるとしたのである。憲法論としてあまりにも酷い。

結局、原審の言う「外延」や「一義的」という線引きは憲法論として誤りであるだけでなく、上記プライバシー権や表現の自由の例との比較をみれば、線引きとしてまったく無意味であることも浮き彫りになっている。そして、その無意味さの正体は、原審のいうような「社会通念上の共通認識」に過度に引っ張られた恣意的な人権性判断にあると言える。つまるところ、原審は「社会通念上の共通認識」を人権と解しているが、多数決で人権を語るのであれば、もはや人権の砦としての司法の自己否定である。

さて、一方で原審は親の養育行為が行為の総体としてどのようなものであるかを、はっきりと捉えている。先に引用したとおり、「子と同居し生活を共にすること、子に毎日の食事を与え、睡眠をとらせること、子に監護養育を受けさせること、子の生活のために必要な費用を負担すること、子の日々の生活に必要な事項を決定すること、子の進学先や医療方針を選択決定すること、子の財産を管理することなど、幅広く多様なものが想定できる」と。また、第1審判決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。」としている。原審は「人格的利益の一部」を重要な利益に読み替えているが、かかる行為の総体についての利益性をしっかりと評価しているのである。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。

なお、控訴審で指摘したとおり、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。

(2) 以上、原審の判断は枠組み自体が誤りである。あらためて、最高判所において、親が子を養育する行為について、その人権性を明確に認めていただきたい。

この点、原審でも指摘したとおり、親の養育権の人権性を肯定した裁判例はすでに存在する。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。」と述べられている。同判決の事件は、その後控訴審判決がなされているが（大阪高等裁判所令和5年（ネ）第1913号損害賠償請求控訴事件令和6年2月7日判決）、「憲法13条の保障する「子が親に養育される自由」「親が子を養育する自由」とするなどして、養育権の人権性を認めた第一審判断を維持している。

同重要な裁判例を指摘しているにもかかわらず、原審判決はいっさい上記裁判例に触れなかった。上記裁判例と「外延」や「一義的」はいったいどのような関係にあるのかの議論もしなかったのである。「外延」や「一義的」で説明しようのない同裁判例について、控訴審で国側（被控訴人側）は、相当無理のある反論を行っている。控訴審の答弁書5頁の記載によると、「当該事件の原告である母は、当該事件の原告である子の親権者であり（甲83・1

頁)、非親権者、別居中の親権者あるいは未成年者の子がいない親(あるいはその相続人ら)である本件の控訴人らとは事情が異なっている」と述べる。そのため、本件で控訴人が主張する養育権の人権性が否定されるというのである。(親権ではなく)親としての養育権を問題としているにもかかわらず、親権者であるか否かで人権の享有主体性が変わる、さらには、別居によって人権が失われると述べているのである。何と「別居」が憲法上の人権の上位概念に位置付けられるという恐るべき強引な反論である。このような無茶な反論しかせざるを得ない程度に、養育権の人権性はすでに明白であったのである。そのため、原審はこれを否定するために、上記議論自体から目を逸らしてしまった。

さらに、本件と同様に現行の単独親権制について、親子の養育関係に関する人権性が問題となった東京高等裁判所令和5年(ネ)第3026号損害賠償請求控訴事件の令和6年2月22日判決では「このように考えると、子が親から養育監護を受け、親と関わることは、子の生存や人格の形成、発達及び成長並びに自立に不可欠であるから、そのうち、それを国から妨げられない自由権は人格権の一種として、憲法13条によって保障されており、かつ、それが私人間の関係で保護される利益も、憲法13条によって尊重されるべき利益であると解される。さらには、親が子を養育監護し、子と関わることを妨げられないこと(親の子を養育監護等する自由)も、親自身の自己実現及び人格発展に関わる重大なものであるから、人格的な権利利益として、憲法13条によって保障されていると解すべきである(大阪地方裁判所令和3年(ワ)第11934号令和5年7月31日判決参照)」として、前記大阪地裁の裁判例を参照にしながら、親の養育権の人権性を肯定して

いる。これは、まさに本件で上告人らが主張する子を養育する意思と能力のある親が子の養育を妨げられないという親の養育をする権利そのものである。

以上の裁判例は、「外延」や「一義的」という議論を持ち出すことなく、端的に、「子が親から養育を受け」ること及び「親が子を養育」することという極めて一般的で自然的な行為・自由を捉え、これを評価している。人権性判断として至極基本的なあり方である。

また、原審は、前記「外延」論に加えて、親の養育行為に義務的側面が存することを人権性否定の論拠としているが、これも元々無理がある。義務的側面を有することは（同義務が権利に内包されると解したとしても、権利と義務が併せて存在すると解したとしても）、人権性を否定する根拠にはけっしてならない。本件でも鈴木証人が説明しているドイツ基本法（憲法）6条2項も義務的側面を明確に打ち出しながら親の監護・教育が自然的権利であることを規定している。人権論として当然のことであるが、人権たる権利・自由とは、何も子に対する権利ではなく、国家や他の私人に対する権利である（あまりにも基本的なことである）。冷静に考えれば分かる。親の養育権の人権性がないのであれば、親としての不適合性がないにもかかわらず適正手続によらずに国家から子との養育関係を奪われるかもしれないのであり（現状の単独親権制がまさにこれである）、また子との養育関係を他者に奪われても救済がなされないかもしれない。そのような中で、養育が義務であることだけが強調されることは、非人道的であって、また親が養育の義務を全うすることもできない。親の養育行為の人権性を否定することなどあり得ないのである。もちろん、前記養育権の人権性を肯

定した裁判例も、親の養育は義務であることも理解しつつ、その人権性を肯定したのである。

本件においても、養育権は憲法13条の人権として保障されると明確に判断いただきたい。いずれにしても、本件では不当に人権性が否定されており、親の養育権の基本的人権性という基本的かつ極めて重大な問題において、我が国では高等裁判所の判断が分かれているという事態が生じている。現在行われている民法改正の議論や改正後の運用も見据えても、最高裁判所においてこの問題の明確な判断を行う時が来ている。

- (3) その上で、現行の単独親権制は、親の養育権を明確に侵害するものである。

民法は、「親権の効力」として、「親権を行う者は、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」とし(民法820条)、「子は、親権を行う者が指定した場所に、その居所を定めなければならない」(民法822条)。同規定によると、「親権」は、子の監護、教育のあり方を決定し、監護の中心的な要素である居所も決定するものであるから、親が子を養育する義務を果たしかつ養育する喜びをえるために、国家との関係においても、私人間の関係においても、基本的かつ不可欠な法的地位であるといえる。

しかし、民法818条第1項は「子は、父母の親権に服する。」としながら、同条3項において、「親権は、父母の婚姻中は、父母が共同して行う。」としており、非婚の父母のいずれか一方は親権者となることができないようになっている。なお、ここでいう「非婚」とは、法律婚状態にないことを指し、未婚、離婚後、事実婚等を含む(本件において「非婚」とはこの意である。)。前述のように親権が子を養育するための不可欠な地位であることからすると、

非婚の父母は単に非婚という理由だけで養育権を侵害されていることになる。そのため、民法818条第3項の「父母の婚姻中は、」の部分及び同規定を前提とする民法819条は養育権を侵害する規定ということになる。

そして、他の規定や現状の運用を踏まえても、単独親権制が親の養育権を侵害するものであることは、本件の訴状及びその後の議論の中で説明したとおりである。この度提出する山口亮子教授の意見書においても、この点が明確に意見されている。本件訴状においても、親権を有しない親の法的地位はその他法制度や現実の運用を踏まえても子を養育する地位が奪われたものであることを指摘しており、親権が（親権喪失・停止手続のような）親としての非適格性を要件とする適正手続なく奪われる現行の単独親権制は明確な養育権侵害立法であると主張している。山口亮子教授の意見書でも、「人は婚姻し、子をもうけ、親になり、子を養育するという自由をもち、これは国家によって保障されなければならない。人が親になる自由を享受する権利は、日本国憲法13条に基づく幸福追求権と捉えることができる。そして、国家が法律を制定する際には、親の権利という憲法上保護される権利を尊重し、それを侵害してはならない。原告はそれを自然権であり、憲法13条による幸福追求権であるとする。本意見書もこの主張を取る。親は国に対し、幸福追求権として親の権利を主張することができ、国家は、それを私法上で保障する責務がある。」「次に、国家が憲法上の親の権利を立法により介入しうるかについて検討する。国家の介入には2つの方向性がある。1つは、禁止行為により親の権利を制限することである。日本民法が婚姻外において単独親権を定めていることは、積極的に一律に一方の権利を認めないという禁止事項

であり、そこで法は積極的に親の養育権を侵害するという介入を行っている。他方もう1つは、何らの立法を定めずに家族に介入せず、弱者を放置することである。単独親権という立法を放置していること、また婚姻外において父母双方に子の養育可能な制度を策定しないことが、親の養育権を侵害することに当たる。法がなくとも、自律的に婚姻外で子を養育することができるとする主張もあるが、問題は、法が婚姻外において他方の養育権を禁じ、放置していることが、婚姻している親子の関係と、婚姻外の親子の関係を差別するという憲法14条違反を生ぜしめているという点で問題となる。」として、現行法が国家による禁止事項及び弱者放置と不介入で親の人権を侵害している形を分析的に捉えている（併せて憲法14条違反の点も引用した。）。その上で、「婚姻外においては、一律的に一方親のみが子に対して子を教育する権利義務を持ち、婚姻外の父母は子の人生の重要事項に全く関わることを許さず、他方をはじめから排除するという単独親権制度をとっていることが、憲法違反となる」として、現行の単独親権制は養育権を侵害する立法であることが明確に指摘されている。なお、本書では養育権侵害が憲法上到底正当化されないものであることは後述するが、同意見書でも「憲法違反」とはっきりと意見されているものである。

第2 憲法14条1項違反であること

1 差別の存在

民法818条第3項の「父母の婚姻中は、」の規定は、基本的人権又は人格的利益である親の養育権について、他方親と婚姻中の者と他方親と非婚の者（未婚、離婚、事実婚を含む）に不当な差別を与えるも

のであり憲法14条1項の「差別」にあたること

(1) 区別の内容

本訴訟で主張するのは、非婚の父母と婚姻中の父母の区別である。本書で述べる「非婚」は前述のとおり、法律婚状態にないことを指す。

非婚の父母は父母の一方しか親権者となることができない(民法818条3項、同法819条。)。これに対して、婚姻中の父母は原則として父母双方が共同で親権者となり(民法818条3項)、父母の意に反して親権を喪失又は停止されるのは、親権喪失の審判(民法834条)・親権停止の審判(民法834条の2)の場合である。

(2) 差別の存在

上記区別は、憲法14条1項の「差別」である。非婚の父母はその養育の意思や能力などの個別的な特性にかかわらず、必ず、父母の一方は親権を奪われた状態である。これに対し、婚姻中の父母は、「虐待又は悪意の遺棄」等「親権の行使が著しく困難又は不適當」であるときだけ意思に反して親権を喪失する可能性があり、また、「親権の行使が困難又は不適當」なときだけ親権を一時的に停止される可能性がある。婚姻中の父母の親権は、極めて厳格な要件と手続保障に保護されている。加えて、同規定により親権を停止された親であっても、前述の代諾養子縁組の同意権を有する(民法797条2項)。以上は非婚の父母と婚姻中の父母の間の明白な差別である。なお、非婚の父母のうち親権を有する親も法的には差別されていることを付言する。非婚の親は、たとえ、自らが親権を有していても他方親との共同親権保有は選択の余地すらないのであり、また、親権者指定・親権者変更などの民法819条各号の手続きにより法律上は常に父母間で親権は択一的な緊張関係にあるといえるからである。

次に、上記差別はいかなる権利・利益について差異を設けるもので

あるか。まず、上記差別は、非婚の父母と婚姻中の父母の間で、「親権」について差別するものであることは明らかである。本書では先に、親権の制約それ自体が基本的人権である養育権の侵害にあたるか否かという点について、両可能性を含めて論じているが、この点がいずれであっても、本項の平等権との関係では問題とならない。本項で主張する人権は平等権であり、差異を設けられている権利自体が必ずしも人権である必要はないから、親権という親子の基本的関係にかかわる重大な権利を区別している時点で憲法14条1項の「差別」である。また、前述の養育権についても、養育権自体が人権であるか否か、養育権の絶対的な侵害が存在するか否かは、本項の平等権の結論を左右しない。養育権という明らかに人格に関わる人権又は利益を、親権の区別という形で「差別」していることもまた明白である。

2 原審の判断

本件第1審も原審は、上記差別の存在についてははっきりと認めた。同差別的取り扱いの合憲性について以下で主張する。

第3 侵害の合憲性

1 はじめに

憲法13条によって保障される養育権の侵害についても、憲法14条1項違反の差別的取扱いについても、現行の単独親権制という立法（これを改定しないという不作為）による人権制約であるから、併せて違憲性について主張する。

もちろん、最終的な判断において、制約の正当性や合理性の判断の在り方が養育権侵害の問題であるのか平等原則違反の問題であるかによって結論が異なる可能性はあるが、前者は親の養育権という自己実現等の人格的価値を有する極めて重要な人権の制約であり、また後者

も親子の養育という人権（又は重要な人格的利益）に関する差別的取扱いの問題であるから、違憲性の基準としては基本的に同様に考えるべきである。また、本件第1審も原審も養育権の人権性を認めていないため、違憲性判断としては、憲法14条1項の問題として差別的取扱いだけを論じている。そのため、議論としては現行の単独親権制という同様の条文により発生している両人権侵害の違憲性を併せて主張する。

2 違憲審査の基準について侵害判断の基準

原審は、基本的に第1審を踏襲しており、一部読み替えを行っているだけである。

違憲審査の基準に関して、原審が第1審を読み替えた判断は次のとおりである。

「憲法14条1項は、法の下での平等を定めており、問題となる規定が、事柄の性質に即応し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（最高裁昭和37年(オ)第1472号同39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁、最高裁昭和45年(あ)第1310号同48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265頁等参照）。」「婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や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、それぞれの時代における夫婦や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って定められるべきものであるから、憲法24条2項は、婚姻及び家族に関する事項について、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、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものと見える（最高裁平成25年(オ)第10

79号同27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2427頁参照)。「また、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もなり得る点において、親自身の重要な利益であることは否定できない人格的利益の一部を構成するともいうことができる。そこで、このような親の利益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ことも、上記立法裁量の限界を画する一要素であると解される。そうすると、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。」

以上、読み替え前の内容も訂正線で分かる形で引用した。

さて、原審も、本件人権侵害との関係で、親権制度構築にあたって、親が子を養育する権利の重要性を述べている。これが、「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もなり得る」の部分である。このような価値を有する親の利益を制約する立法は、厳格な違憲審査を受けることは当然であろう。

原審及び第1審の判断は自ら親の行為の自己実現の価値をはっきり認め、さらには子の利益・人格発展を通じての国家としての価値まで認めている。それにもかかわらず、後述のとおり、実際の違憲審査のあり方は、平等原則違反の問題として緩やかな審査基準を用いても正当化できないような無理のある判断を行っている。この点を原審において上告人らは指摘したところ、上記「読み替え」が行われたのである。実際に原審が行っている判断が極めて「緩い」ものであることが分かっているからこそである。だから、「人格的な利益」を後退させるかのように重要な利益という言葉が用いられたのであろう。

しかし、前記のとおり自己実現等の親にとっての重要な価値を認めているのであれば、それは誰がどう考えても人格的な利益であろう。もし1審や原審のような緩い基準で正当化したいのであれば、いっそ、親固有の利益などないのだ、あるいは、子の福祉は国家が判断するのだなどと言い放った上で、現行の差別的取り扱いを正当化した方がよほど「論理としての整合性」は確保できたであろう。しかし、当然、そのような親の利益自体を否定する方向性は、人としての常識や昨今の他の裁判例などと踏まえても不可能であることは分かっており、原審も苦肉の策のように言葉の多少の後退という小手先の「読み替え」をしたのである。

いずれにしても、原審の捉え方を踏まえても、親の養育権も、これに関する差別的取扱いを受けないことも、かけがえのない人格的利益であり、これを制約する立法については、厳格な違憲審査が必須である。

3 原審の行った違憲審査の内容

本件差別的取扱いの違憲審査についても、原審が読み替え前の第1審の内容が分かる形で引用する。引用が長くなるが確認のため関連箇所をすべて引用する。上告人らの主張として次「4」の項目から行う。

「エ 前記(2)のとおり、民法は、親権に関し、子の監護及び教育をする権利は、「子の利益のために」行使されなければならないこと及び親権者の義務でもあることを明記し、財産管理についても、子の利益に反するおそれのある行為については親権の効力を制限し、「子の利益を著しく害するとき」又は「子の利益を害するとき」は、親権喪失、親権停止、管理権喪失の審判ができるものとして、専ら子の利益を図るために親権が行使されることを確認している。そして、親権を行う者は、専ら子の利益を図るために、子の日常的な世話に関する側面から、成年に達するまでの長期的な教育方針の決定に関する側面まで、軽重様々の判断を適時かつ適切にすることが求められる。また、民法は、法律上の夫婦については、嫡出推定の制度を設け、妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定するほか（同法772条1項）、同居協力扶助義務（同法752条）や婚姻費用分担義務（同法760条）などを規定して（以下、これらの規定を「夫婦関係諸規定」という。）、法律婚の関係にある父母は、共同生活を営むなどして相互に協力扶助しながら、夫婦間に生まれた子を育てるべき法律関係（以下「本件法律関係」という。）にあるものとしている。」

「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一般的類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、親権者が適時に適切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。このような本件差別的取扱いの趣旨に照らすと、本件差別的取扱いの立法目的は、親権者が実効的に親権を行使することにより、子の利益を図る点にあるといえ、合理的な根拠に基づくものと認められる。」

「オ 前記エのとおり、法律婚の関係にある父母については、夫婦関係諸規定が適用され、本件法律関係にあるものとされており、実際上も、夫婦及び子が同居して、相互に協力して子の養育に関与し、子の養育に関する事項に必要な判断を適時かつ適切に行うことが合理的に期待される状況にあるものといえることができる。他方、離婚するに至った父母については、別居しているだけでなく子の父母が離婚するに至った場合には、~~父母が別居し、両名の人間関係も必ずしも良好なものではない状況となる~~ことが通常想定されることから、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~~ところ~~、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一般的に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において合理性を有するものと認められる。たしかに、前記ウのとおり、親が子を監護し養育することは、親自身の重要な利益であり人格的な利益の一部を構成し、このことは、法律婚の関係にない父母についても変わらないから、法律婚の関係にない父母が子の養育のためにその関係性を一定の範囲で維持し、父母のいずれもが子の養育に関与し続けることができるようにすることが、子にとっても、法律婚の関係にない父母にとっても望ましいと考えられるところ、法律婚の関係にない父母の一方にのみ親権を認めたとしても、父母間にこのような関係性が維持されている場合には、非親権者である親の人格的な利益の制約は限定的なものに止まるものと考えられる。他方、法律婚の関係にない父母において、このような関係性が維持できない場合に、共同して親権を行うものとする、父母の一方からの同意が適時に得られないことにより適時に親権を行使することが妨げられたり、同意が得られないことにより親権を行うこと自体ができないといった事態が生じ、子の利益が損なわれるおそれがあるといわざるを得ない。そうすると、本件差別的取扱いにより、法律婚の関係にない父母の一方は親権者となることができず、その人格的な利益が制約されることがあり得るとしても、子の利益を確保するためにやむを得ないものであって、法律婚の関係にない父母の一方の人格的な利益をいたずらに害するものではないというべきである。」

「カ 以上によると、本件差別的取扱いは、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものであって、憲法14条1項に違反しない。」

「キ 原告らは、民法が、法律婚の関係にない父母の法律上又は事実上の配偶者であった親権者が、自らの監護する子につき代諾による養子縁組を行うなど重大な決断を行うに際して、非監護親の関与を排除することにより慎重熟慮を図らずに適時適切に親権を行うことを優先させていることや、諸外国において、我が国と異なり、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などから、本件差別的取扱いの立法目的として「子の利益の確保」を措定することは正当ではないと主張し、これに沿う証拠を提出する（甲48、証人鈴木）。たしかに、民法第四編親族のうち、第四章親権ではなく、第三章親子第二節養子に設けられた民法797条1項は、養子となる者が15歳未満であるときの代諾権者を法定代理人とし、この法定代理人には親権者も含まれるものの、同条2項は、養子となる者の父母でその監護をすべき者であるものが他にあるときはその同意を得なければならないものとして、親権者ではない監護者にも養子縁組が子の利益に合致するかどうかの判断の機会を与え、親権者のみの意思で子の監護に関する父母の合意が変更されるのを防止することとしている。このように、同条は、15歳未満の者を養子とする縁組という具体的局面における関係者の利益状況を踏まえて、所要の手続を定めたものと認められ、同条の規定内容をもって、親権の帰属に係る本件差別的取扱いの立法目的の認定が左右されるものとは認められないし、本件差別的取扱いの立法目的が、親権者が実効的に親権を行使することにより、子の利益を図る点にあるという前記エの認定と矛盾するものとも認められない。また、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ものの、前記エのとおり、本件差別的取扱いの立法目的が、親権者が実効的に親権を行使することにより、子の利益を図る点にあることと矛盾するものとはいえないし、前記オのとおり、本件差別的取扱いの内容が、立法目的との関連において合理性を有することと直ちに矛盾するものということもできない。」

「さらに、控訴人らは、本件各規程の立法過程において子の利益が議論された形跡はなく、事務上の便宜から非婚時単独親権制が立法されたと主張するが、証拠（甲34）によれば、本件各規程の立法過程において、子の利益の観点から離婚時には単独親権とすべきことが積極的に議論されていたことが認められることから、控訴人らの上記主張はあたらない。」

「ク 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、父母が意思決定のために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も主張する。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。

「ケ 原告らは、本件差別的取扱いは、父母が法律婚の関係にあるか否

かによって、生活等の実態を類型的に推測するとの立場に依拠するものであり、不合理であると主張する。しかし、本件差別的取扱いが制定されて以降の家族の在り方に関する社会状況等の変化を踏まえ、立法論としては、父母が法律婚の関係にあるか否かを基準とする本件差別的取扱いを見直すことの当否を含め議論の余地があり得るとしても、父母が法律婚の関係にあるか否かによって、夫婦関係諸規定の適用の有無が異なり、本件法律関係又はこれと同様の関係を類型的に期待することができるか否かが異なることからすると、実効的な親権の行使による子の利益の確保の観点から、父母が法律婚の関係にあるか否かを基準として、親権の帰属の在り方を異ならせることにはなお合理性があるといえることができる。

「コ 原告らは、明治民法の改正において、父母間の意見調整の方法についての立法の必要性が認識されたにもかかわらず、父母間の意見調整の方法についての立法が現在においてもされていないことは、本件差別的取扱いの不合理性を基礎付けるものと主張する。しかし、現行法においても、婚姻中の父母について親権の共同行使が事実上困難であるような場合には、父母の一方は、民法766条の類推適用により、家庭裁判所に対し、子の監護権者を指定するための調停・審判を申し立てることができ、父母の一方による親権行使が子の利益を侵害するものである場合には、親権停止・親権喪失等の申立てを行うことができるし、婚姻中の父母の意見が一致しない場合を直接規律する定めを欠くことが、父母が法律婚の関係にあるか否かを基準として親権の帰属を定める本件差別的取扱いの合理性を失わせるものと認めることはできないから、原告らの主張は理由がない。」

「サ 原告らは、現行の親権制度が子の成長・発育や家庭環境を悪化させるものと主張し、これに沿う証拠として、父母の一方が他方と別居す

る場合における子の成長等に関する研究をした北九州市立大学文学部教授Pの陳述書及び研究結果（甲61、62）並びに同人の証言がある。しかし、同人の研究によっても、現行の親権制度が子の成長・発育や家庭環境の悪化に及ぼす因果関係は必ずしも明らかではなく、原告らの主張は理由がない。」

「シ なお、原告らは、父母の間に生じる子の養育に関する意見の対立を調整する仕組みを一切用意しないという意味において、法律婚の関係にある父母を規律する仕組みも含めた非婚時単独親権制そのものが不合理な差別であるとも主張する。しかし、かかる主張は、法律婚の関係にある父母と法律婚の関係にない父母との間の本件差別的取扱いとは異なる対立項を主張するものと解されるが、いかなる差別的取扱いを主張するものかが不明瞭であり、これにより現行の親権制度が憲法14条1項に違反するものとは認められない。」

4 現行法が不合理な人権侵害であること

(1) まず、上告人らは、何度も現行の単独親権制の立法目的について、実際は、単なる立法時の妥協的便宜であり、ほぼ目的が「存在しない」ことを訴えている。被上告人や原審が述べる理由は、完全な後付けの措置であり、それ故極めてその「目的」のためにも不合理なのである。この点のズレについては、控訴理由書で詳細に主張しているが、基本的な主張をあらためて述べる。

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。

第1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、従つ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现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えることができる。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って、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ない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、ということを我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、従来の氏・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、本件で被上告人(国)も第一審審理過程の途

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、上告人ら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上告人（国）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上告人（国）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合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後退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、第1審及び原審の「措定」した単独親権制の立法目的は、完全に誤っている。

上記上告人らの指摘について、原審は、「控訴人らは、本件各規程の立法過程において子の利益が議論された形跡はなく、事務上の便宜から非婚時単独親権制が立法されたと主張するが、証拠（甲34）によれば、本件各規程の立法過程において、子の利益の観点から離婚時には単独親権とすべきことが積極的に議論されていたことが認められる」とまで言い切ってしまった。あまりにも酷い強引な理解である。「証拠（甲34）」は現行法の立法者たちの考えが「座談会」として残されたものであるが、原審はいったいこのどこを読んで子の利益のための単

独親権を読み取ったのであろうか。たしかに、甲34には、子と離れて暮らす親に親権を認めることが「実際問題としてかえって困るだろうというのが、基本的な考えだったわけです」という我妻氏の発言も記録されている。しかし、何度も指摘しているとおり、これはまさに共同親権の行使の在り方である調整規定を一切欠いている中で、「父のいうことにきまる」事実上の力関係に委ねる共同親権であることを前提としたものであるし、座談会の会話全体として、非婚時の共同親権が採用されなかったことにつき、積極的な子の利益のための議論などなかったことは明らかである。むしろ、父母の意見の調整規定を欠くことにつき、小沢氏は「あのときは、一致しないことはまずなかろう。まあ一致しないときには、それはその事態が子のために利益でないものだからできないということだけでけっこうなんだというようなところまで、しいて徹底して考えたのですけれども」などとして、(共同親権のもとで)意思決定を単独で行えないことについての慎重熟慮機能を見出している発言もあったのである。最終的には、離婚後の共同親権を認める方向も意見として出されており、それが身上監護権と財産管理権を分ける方法などが議論されていたが、結局、「最後はいささかお手上げになった」「簡単のようで、その技術的細目は大へんだ、こりゃもうこの案はだめかなあ、と思いました。」(唄氏の発言)となっている。このように全体として立法時の過程を見れば、子のための単独親権制が「積極的に」議論された形跡は一切ない。当時の男性(父親)が決めるという実態や立法に相当の検討を要するという便宜から現行法が走り出していることは明らかである。

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、立法当時とはともかく、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。

(2) 次に、原審のこのような立法目的が仮に認められるとしても（これが後付けであるが故）、完全に合理性を欠いているものである。

まず、原審は、前記のとおり「法律婚の関係にある父母については、夫婦関係諸規定が適用され、本件法律関係にあるものとされており、実際上も、夫婦及び子が同居して、相互に協力して子の養育に関与し、子の養育に関する事項に必要な判断を適時かつ適切に行うことが合理的に期待される状況にあるものということができる。」「他方、離婚するに至った父母については、別居しているだけでなく子の父母が離婚するに至った場合には、父母が別居し、兩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通常想定されることから、そのような兩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、兩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どころ、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典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一般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において合理性を有するものと認められる。」としている。

さて、同理屈は何重の意味でも不合理である。

まず、実態として、「一般的」であろうと「類型的」であろうと、法律婚の有無が子の養育の分担や意思決定の過程における合理的な線引きとはなりえない。故に第1審も原審も、この「一般」や「類型」の根拠を示していない。そもそも、人として（異性として）の父母の関係性の良好さや望ましさと、親としての関係性の良好さや望ましさは一致しない。想像してみれば分かる。例を挙げればきりが無いが、たとえば、互いに考え方や性格の異なる男女が関係性の良好な法律婚のパートナーとなることもある。パートナーとしては、互いの考えや性格を尊重し合ってそれぞれ独自の生き方をすればよく、それがかえって互いの苦手な分野を補うなどの分担につながることもある。しかし、このようなパートナーが、こと二人の子どもに関する決定、いわば非両立な要素の存する決定を迫られたとき、その決定には困難を伴うこともあろう。良好な関係の父母であっても子の決定には困難が伴うこともあるのである。一方で、たとえば、単に性交渉等によって子をもうけただけであり、当初から当該男女にはほとんど父母としての関係性しか存しない場合もある。しかし、このような父母が必ずしも父母としての協議や協力ができ

ないともいえず、むしろ互いに対する感情が希薄な分、かえって協議がスムーズな例もあるかもしれない。上記は父母の事実上の関係性の観点からみても言えることであり、婚姻関係以前に、父母間の人としての関係性と親としての関係性は必ずしも結びつくものではないということである。さらにいえば、これを事実婚や婚外のパートナーもある中で、これを「法律婚」の有無によって一般化することはほぼ不可能であるともいえよう。

また、実態としてではなく、法律婚という法律関係が父母間において適時・適切な決定をもたらすというのであれば、これも完全に誤りである。原審及び第1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。これは驚くべき法律及び実態無視である。上告人らとしても、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。そうであっ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

い。そして、酷いことに、婚姻中であっても、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、離婚後の単独親権を前倒しする形で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。

さらに、（どう考えても無理があることは上記のとおりであるが）仮に法律婚の父母とそうでない父母である種の一般化ができるものであるとしても、一般論や類型論で、人権や人格的利益を制約するなど法的に完全に誤りであり、とんでもないことである。親の養育権は憲法13条によって保障される基本的人権であるから、一般論でその例外的な者を無視して制約することなど許されず、特に、憲法14条1項の平等原則の問題としては、このような一般論による少数者の権利侵害こそまさに保障され不可侵とされるべきはずの基本的人権なのである。ここに重大な誤りがあることにきつと原審も気が付いている。それ故、「類型的」を「一般的」と読み替えるといういかにも小手先の変更を行った。ただ、いずれでも基本的に同じである。類型も一般も仮にそのような類型が存在するあるいは一般的な様子が存在するとしても、そのその例外が必ず存在する概念なのである（例外も相当数あるからこそ、「全て」という言葉を使わず、一般や類型という言葉を用いる）。また、原審が同読み替えを行った意図は不明であるが、「一般」が仮に（「類型」と異なり）例外が存在しない意味であるというのであれば、実態の捉え方が当然誤っていることになる。以上のように、原審の述べる人権侵害の合理性は認められない。

実際、現行の単独親権制は慎重熟慮を欠いた実力行使に任せる制度で

あり、そこには「適切」な決定の機能などあるはずがない。また、適時性にしても、婚姻中共同親権の父母が、親権者としての対等な調整が受けられない中で、離婚後の単独親権に至るまでの間、親権の争いで長く父母も子も紛争下に置くか、あるいは、事実上の早い者勝ちの実力行使という紛争により単独親権を前倒しにするかである。これらの事態が頻発していることは、上告人らの主張・供述や研究者等の意見によっても明らかあるし、裁判所にとってはもはや公知の事実と言ってもよい。どこに適時・適切な機能があるのか。

現行の単独親権制の合理性は皆無である。

5 単独親権制は違憲である

よって、現行の単独親権制は、親の養育権を不当に侵害し、かつ、法律婚の父母と非婚の父母を不合理に差別するものであり、憲法13条及び憲法14条1項に違反し違憲である。

第4 単独親権制を是正しない立法不作為は国賠法上違法であること

以上の通り、現行の単独親権制は憲法13条及び憲法14条1項に違反したものであるところ、これを是正しない立法府には立法の不作為が存在する。

同立法不作為は、同項の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである。国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するための立法措置をとることが必要不可欠であり、それ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これを怠っているからである。

これは訴状以降述べたとおりである。もともと単独親権制には積極的な目的がなく、立法時においてすでに父母の親権行使の調整が求められることは意識されていた。それでも、母の親権者指定の逆転や児童の権利条約

批准、ハーグ条約批准の流れなど、我が国の親子に関する法制度が国際的にも問題視されてすでに久しい。現在（事実審口頭弁論終結時）において、違憲性の放置が正当な理由なく長きにわたっていることは明らかである。

現在行われている離婚後の父母も共同親権としうる方向性での法改正の議論は、上記の我が国の人権侵害の問題の改善を目指してのものであると理解すべきである。そして、同理解が確認・共有されてはじめて、今後の法改正の内容もその運用も、親子の養育関係という人権を土台としたまっとうなものとなる。ようやく、未完成の親子法が一つ完成するのである。そのためにも、従前の明らかな人権侵害状況から目を背けず、現行の単独親権制の違憲性と上告人らの権利の救済を最高裁判所において明示していただきたい。

第5 結語

よって、本件申立てを受理の上、申立ての趣旨のと通りの裁判を認める。

以上

付属書類

- ①「意見書」（関西学院大学法学部教授 山口亮子） 1 通
- ②「東京高等裁判所令和6年2月22日判決書
（令和5年（ネ）第3026号損害賠償請求控訴事件）」 1 通