

付属書類①

令和6年（ネオ）第75号 上告提起事件

令和6年（ネ受）第88号 上告受理申立て事件

（控訴審 令和5年（ネ）第3714号 損害賠償請求控訴事件）

（第一審 令和元年（ワ）第31444号損害賠償請求事件）

## 意見書

最高裁判所 御中

令和6年3月25日

関西学院大学法学部 教授

山口亮子 

はじめに

人は婚姻し、子をもうけ、親になり、子を養育する自由を有する。これは自然的な権利であり、この基本的な権利は、憲法に基づき保障されるものと捉えられる。原告はこれを養育権<sup>1</sup>と称している。

人がもつこの憲法上の養育権は、具体的には民法において規律されるものであり、父母固有の権利・義務としてとらえることができる<sup>2</sup>。ただし、民法上その全ては明示されておらず、民法においては親権が子に対する養育の権利・義務として規定されているにすぎない。しかも、親権を持つ親は限定的である。

民法が規定している親子関係および親権は、父母による婚姻関係を基礎としているため、父母が婚姻していない状態で子が生まれると、事実上の母子関係は分娩の事実により生じ法的関係も成立するが、父子関係は血縁関係があっても、父による認知がない限り法的親子関係は成立しない。さらに、父母は実親子関係および法的親子関係があっても、当然に親権を有するわけではなく、婚姻していない限り父母が等しく親権を有することはできず、未婚および離婚という婚姻外関係にあれば、一方しか親権者となりえない（民 819 条）。このように、親権は、婚姻制度に依存して法が制限的にしか認めないものとなっている。

親権は、子の監護及び教育をする権利義務である（民 820 条）と規定されているが、子に関わる全ての内容が親権に含まれるかに関しては、必ずしも明らかではない。なお、現実社会では、多様な家族の形態があり、複雑な人間関係があるため、親子、父母間の相互関係、および子の利益との関係の程度に応じ、未婚時や離婚時には、親権の行使には一定

---

<sup>1</sup> 本件訴状（令和元年 11 月 22 日）8 頁。

<sup>2</sup> 山口亮子『日米親権法の比較研究』（日本加除出版、2020 年）259 頁以下。

の制約があることは許容されざるを得ない。しかし、自然的関係に基づき、親が子を養育するという憲法上の権利である親固有の権利・義務は、婚姻の有無により消滅するものではないため、民法上もそれは婚姻の有無にかかわらず存続すると解する必要がある。本意見書では、親固有の権利・義務を憲法上の親の権利ととらえ、それが民法上どのように存在しており、婚姻外において制限されているのかを明らかにし、そのような法制度が憲法違反に当たるとする主張を行う。以下では、国家と親との関係、国家と子との関係、そして親と子との関係を紐解きながら、親固有の権利・義務について検討を行う。

## 1. 国家と親の関係

### (1) 憲法上の権利としての養育権

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<sup>3</sup>。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<sup>4</sup>。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

---

<sup>3</sup> 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？」片桐直人・上田健介編著『ミクロ憲法学の可能性—「法律」の解釈に飛び込む憲法学』（日本評論社、2023 年）68 頁、竹中勲『憲法上の自己決定権』（成文堂、2010 年）195 頁。

<sup>4</sup> 本件「第 1 審訴状」（令和元年 11 月 22 日）12 頁、令和 5 年（ネ）第 3714 号損害賠償請求控訴事件「控訴理由書 1」（令和 5 年 8 月 23 日）1 頁以下。

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<sup>5</sup>。

## (2) 親の権利と親権の相違

先にも述べたように、原告は、「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」を「養育権」といい、これを自然権として憲法13条の幸福追求権に基づく基本的人権であると主張する。すなわち、民法上定められる親権の上位概念として、親には憲法上の権利があることを主張している。この観念はすでにドイツ法において同様な法的構成があることを、鈴木博人教授が本事件の意見書において示している<sup>6</sup>。本意見書においては、アメリカ法からその理論を検討する。

---

<sup>5</sup> 令和元年（ワ）第31444号損害賠償請求事件「準備書面6」（令和5年3月2日）44頁以下。

<sup>6</sup> 鈴木博人「意見書」（2021年10月29日）1頁は、ドイツ法の基本法のいう親の権利は、「親の配慮権」をも包含する上位概念であり、親として固有にもつ、基本上保障された権利とする。

アメリカ法においては、「parental rights」が憲法上の「親の権利」として判例法上存在する。これは、家族法上の親権（アメリカ法では監護権〔custody〕という）と区別される。すなわち、親は憲法上保護される権利をもち、それは家族法を規定する州（アメリカ合衆国では、家族法は各州法で制定されるため、家族を規律する権限は国家ではなく州にある）により容易に介入されてはならないということであり、判例により親には婚姻関係にかかわらず、子を養育する憲法上の権利が認められている<sup>7</sup>。これに対し、州法においては、子に対する監護権として、婚姻外では親の共同監護および単独監護を選択的に認めている<sup>8</sup>。親と子に対する個々の私法上の権利である監護権は、父母間や親子間の状況により細かく規定され、無制限ではなく、子の利益を基準として制約が加えられざるを得ない。

アメリカ法が示唆することは、親の子に対する権利義務は、国家に対するものと子に対するものとが区別されており、国家と親の関係では、

---

<sup>7</sup> 合衆国最高裁判所は、人には、婚姻し家庭をもうけ、子を育てる権利があり、それは合衆国憲法第 14 修正が保護する自由に当たると述べ、小・中学校で英語以外の言語教育を禁じる州法、または私立学校への通学を禁じる州法は、そのような親の権限を侵害すると判示した。Meyer v. Nebraska, 262 U. S. 390 (1923); Pierce v. Society of Sisters, 268 U. S. 510 (1925). そして、未婚の母が死亡した後に、未婚の父に聴聞の機会を与えず、子を州の後見下に置くことを定めた州法、または未婚の父に子の養子縁組の同意権・拒否権を認めない州法に対し、合衆国最高裁判所は、未婚の父と未婚の母を異なって扱うことは合衆国憲法の平等保護条項に反しており、未婚の父の子に対して養育権を侵害することは実体的または手続的デュー・プロセス条項に反しているとして、違憲とする一連の判断を下した。Stanley v. Illinois, 405 U. S. 645 (1972); Quilloin v. Walcott, 434 U. S. 246 (1978); Caban v. Mohammed, 441 U. S. 380 (1979); Lehr v. Robertson, 463 U.S. 248 (1983). 山口・前掲注(2) 8-14 頁。

<sup>8</sup> 山口亮子「アメリカにおける別居・離婚後の子の養育の取決め」ケース研究 349 号(2024 年) 27 頁。

親固有のものである「親の権利」が憲法上保護され、国家により制定される法律は、親の権利をむやみに侵害してはならず、親の権利が侵害されるときには憲法違反を主張できるということである。ただしそこには、国家・親・子という関係の一つを占める「子どもの利益」が存在するため、私法上、親の権利が調整される場合が生じてくる。

## 2. 国家と子との関係

日本法においては、国家と子との関係は明確に示されていないが、英米法では国親主義（パレンス・パトリエ [parens patriae]）という教義により、国家は子の利益を擁護する立場に立っている<sup>9</sup>。すなわち、国家には子の最善の利益のために行動する義務があり、父母の意見の不一致において子の利益が侵害されているときに、その教義は国家が家族に介入できる根拠となる。日本法でも、家庭裁判所は後見的機能を持つと解されており、子の利益を擁護する機関と捉えることができよう。そして、国家に子の利益を守る責務があることは、わが国においても異論のないことであろう。

親の憲法上の養育権は国家に対する親の権利として存在するが、子の監護をその主たる内容とする「親権」は、親と子といった私人間における権利義務であり、また父母と子という三者関係の中にある権利義務であるため、伸縮可能なものとならざるを得ない。そのため、婚姻外においては、共同親権だけではなく単独親権が選択肢として認められる必要性はある。そしてその父母と子の関係において、子の利益が害されているときに国家が登場して子の利益を擁護する必要がある。そこに、親権が制限的である意義がある。しかし、親固有の権利は、国家から制限さ

---

<sup>9</sup> 山口・同上7頁。

れるものではない。

では、何が親の固有の権利であり、それが民法上どのように存在しているかを以下において検討していく。

### 3. 親と子の権利・義務

#### (1) 民法上における単独親権制度による親権の状態

現行民法は、婚姻外においては単独親権として父母の一方しか親権を有しないように定めているため、他方親は非親権者となる。この単独親権がどのような状態となるかについては、現在以下の説により説明することができる。

##### (ア) 親権喪失説

婚姻中の共同親権から単独親権へ変わるとき、一方親の親権はなくなるとするのが通説である<sup>10</sup>。未婚による場合には、初めから親権はない。法的親子関係があれば、親権はなくとも、相続関係と扶養関係はあるが、親権がない状態というのは、子に対する監護教育の権利義務、財産権、および法定代理権がないということである。

##### (イ) 親権行使停止説

非親権者の権利の状態は、単に親権の行使が停止しているものという説がある。この説は親権を帰属と行使に分け、非親権者の状態とは、親権は帰属しているものの、その行使が停止している状態であるとする<sup>11</sup>。

---

<sup>10</sup> 我妻榮『親族法』(有斐閣、1961年)320頁。

<sup>11</sup> 於保不二雄「父母の共同親権と親権の行使者」『民法著作集Ⅱ 家族法』(新青出版、2005年)349頁(初出は全国連合戸籍事務協議会編『身分法と戸籍』〔帝国判例法規出版社、1953年〕)

民法上、未成年者の親でありながら親権が行使できない状態であっても、父母共同親権の原則は維持され、親権行使のみが停止することは、以下のように説明できる。すなわち、離婚後の非親権者は、親権者変更審判により親権者となり親権行使が復活する。子を普通養子縁組へ出した後の実親は、普通養子縁組が離縁されることにより養親子関係が消滅し、当然に親権行使を回復する。子の出生前の離婚または未婚の父、およびこれらの場合に父を親権者と定めた場合の母は、婚姻により共同親権者となる。親権喪失および親権停止を審判された親、または親権を辞退した親は、親権喪失・親権停止の審判の取消し、親権辞退事由の消滅により親権は回復することになる。

#### (ウ) 親固有の権利義務存続説

単独親権により一方親の親権がなくなっても、親固有の権利・義務はなくならないとするのがこの説である<sup>12</sup>。

親権とは、未成年者に対して親が持つ権利・義務であり、民法が親に与えたものである。他方これと異なり、父母は、自然的関係に基づき子に対し、憲法上の養育権として父母固有の権利・義務を有する。したがって、非親権者でも親固有の権利・義務がある。日本民法ではそれを全ては明文化していないが、民法上考えられる親固有の権利・義務として、次のものを挙げることができる。

- ① 15歳未満の子の普通養子縁組の代諾権・同意権（民797条1項、2項）

---

<sup>12</sup> 山口・前掲注(2) 295頁以下。



これは、明治民法から存在していた<sup>13</sup>。現行民法では、15歳未満の子を養子にする際には、法定代理人が子に代わって承諾する権利（代諾権）がある（民797条1項）。すなわち、それは親権者に限られている。しかし、明治民法は、代諾権者を婚姻関係にかかわらず父母と規定しており、父母固有の権利と捉えていた。現代の学説も、普通養子縁組の代諾権を父母固有の権利と解するべきと主張している<sup>14</sup>。また現行法上、離婚後の非親権者は子の養子縁組に全く関与できないが、民法797条2項は、離婚後親権者の他に監護者と指定された者、および親権停止された親に養子縁組の同意権があるとしており、これは親固有の権利・義務に基づくものと捉えられ、婚姻外の親にもこれが認められなければならない。これについては、(2)(イ)①で詳説する。

## ② 特別養子縁組の同意権（民817条の6）

親権喪失の効果とは異なり、法的親子関係の終了となる特別養子縁組では、婚姻外の非親権者、親権喪失者、親権停止者にも特別養子縁組に同意する権利が、父母固有の権利として法律により原則として保障されている。

## ③ 扶養義務（民877条1項）

---

<sup>13</sup> 明治民法から父母の権利としていたものとして、父母の婚姻同意権がある。これは、2018年の民法改正（平成30年法律第59号）による成年年齢の引き下げにより、2022年4月1日に削除されたが、旧規定も親権者ではなく、婚姻の有無にかかわらず父母の同意としており、学説も離婚後の父母および親権喪失した父母もこれに含まれると解していた。我妻・前掲注（10）33頁。

<sup>14</sup> 川井健「代諾縁組」中川善之助教授還暦記念『家族法大系Ⅳ親子』（有斐閣、1960年）180頁、石川稔『子ども法の課題と展開』（有斐閣、2000年）295-296頁。

扶養義務は、親権の有無にかかわらず、親が未成熟子を扶養する義務である。父母間において離婚後の養育費が取り決められる（民 766 条 1 項、2 項）のも、非親権者に扶養義務があるからである。

#### ④ 面会交流権（民 766 条 1 項、2 項）

面会交流は、父母の別居および離婚後、別居親が子の監護のために適正な措置を求める権利として認められている<sup>15</sup>。2011 年に民法 766 条に面会交流が明文化された際の立法担当者は、親は親権喪失・停止後においても、面会交流調停を申し立てることができる<sup>16</sup>と解しており<sup>16</sup>、これも親固有の権利であると把握することができる。

次に、民法上これらの権利義務があるにもかかわらず、非親権者となることで、これらの権利がどのように侵害されるのか、確認していく。

### （2）単独親権の手続的・実質的問題

#### （ア）非親権者となる手続

日本民法は父母の婚姻状態に応じて親権の有無を決めているため、婚姻外である未婚および離婚の時には、一方の親は親権を持たない。すなわち、通説に従うと、親権喪失の状態と同じになる。

親権喪失は、虐待又は悪意の遺棄があるとき、その他親権の行使が著しく困難又は不相当であることにより子の利益を著しく害するときに、家庭裁判所がその審判を行う。親権喪失は親権の全部を剥奪するものであり、国家が親子関係に安易に介入すべきではないことから、その判断

---

<sup>15</sup> 杉原則彦「最判解説民事篇」平成 12 年度（下）511 頁。

<sup>16</sup> 飛澤知行編著『一問一答平成 23 年民法等改正一児童虐待防止に向けた親権制度の見直し』（商事法務、2011 年）47 頁。

は慎重に行われる<sup>17</sup>。親権喪失が確定した場合は、未成年者の戸籍にその旨が記載され（戸籍法施行規則 35 条 5 号）、事実上の効果は非常に大きい。

これに対し、未婚ならびに協議離婚および裁判離婚による離婚手續によって、他方親は自動的に非親権者となる。日本民法が夫婦同姓を強いることにより婚姻が妨げられている事実婚の親、自由意思により事実婚を選択する親の一方は、親権を持ってない状況にさらされている。

また、日本の離婚は協議離婚による離婚が約 90%を占めており、そこでは不本意に非親権者とならざるを得ない者が発生する。協議離婚以外で、裁判所において親権者指定されるときには、一般に父母の親権者としての比較衡量による審査が行われるが、必ずしも他方が不適合であると判断されるわけではなく、単独親権者を決めるために、監護親として優位な親が指定されるにすぎない。すなわち、離婚により一律に他方親の親権はなくなり、またその際に、親権者として不適合であるという要件は必要ではない。したがって、この点において、現行法の単独親権制度には、適正な手続なく権利が失われるという問題点がある。

#### （イ） 単独親権の効果

民法は離婚後に単独親権としているため、親権者となったものは単独で親権の行使ができる。これに対し非親権者は、①子の普通養子縁組について、代諾および同意ができない、②特別養子縁組の際には、親固有の権利としてこれに同意する権利を有する、③扶養義務はあるにもかかわらず、子の監護教育、医療等の決定に関わることができない、④面会

---

<sup>17</sup> 家庭裁判所は、資料収集や調査官調査をして事件本人の陳述聴取を行い、その審理期間の平均は 127.8 日（約 4 か月半）とされている。田中智子「親権喪失宣告等事件の実情に関する考察」家月 62 卷 8 号（平 22 年）3 頁、12 頁。

交流権があるにもかかわらず、子の転居に関与できないため、容易にそれが侵害される危険性にさらされる。上記に示した①②③④の親の固有の権利があるにもかかわらず、民法上の権利義務が制限されることにより、①③④については、その固有の権利義務が侵害されることとなる。

#### ① 15歳未満の子の普通養子縁組の代諾権・同意権

現行法は、15歳未満の者の養子縁組時に非親権者に代諾権はないと規定する（民797条1項）。そして、非親権者が民法766条の適用により離婚後の監護者に指定されていない場合<sup>18</sup>は、15歳未満の者の養子縁組の同意権もない（同条2項）。15歳未満の子が養子縁組されるのは、多くは親権者が再婚するときであり、親権者は非親権者に通知や同意も得る必要もなく、配偶者と子を縁組させることができる。養子縁組により養親が親権を持ち、実親と共同親権者となることにより、非親権者は親権者変更の申立てによって単独親権者になることを判例は認めていない<sup>19</sup>。

親権が停止している親、および離婚時に監護者に指定された親に、養子縁組の同意権があるとしている（民法797条2項）根拠は何に基づくのであろうか。

親権を停止されたものに養子縁組の同意権があるのは、親権を帰属と行使に分けて考え、親権停止状態は、親権は消滅せず帰属していると解することにより、同意権は潜在的な親権に基づくとも考えられる。しかし、そうであれば、同じく同意権がある離婚後指定された監護者にも親権が潜在しているととらえる必要があるが、民法は親権者ではないもの

---

<sup>18</sup> 司法統計年報によると、離婚後に監護者が指定される割合は0.5%である。

<sup>19</sup> 最決平成26年4月14日民集68巻4号279頁は、子が実親と養親の共同親権に服する場合に、親権のない実親は民法819条6項に基づく親権者の変更をすることはできないとする。

が監護者に指定されるとしている。

親権停止が規律化された 2011（平成 23）年民法改正において、法制審議会では、親権停止は親権喪失と同様に親権がない状態であると説明していた<sup>20</sup>。未成年後見人が選任され得ることからも、親権停止と親権喪失はその効果が同じといえる。したがって、親権のないものにある養子縁組の同意権は、父母固有の権利に基づくものと捉えるべきことになる。そうであれば、親権喪失したものや、離婚後に監護者と指定されていない非親権者にも同意権があるべきことになる。現行法では、未婚および離婚後の非親権者にはこの権利が付与されてないため、憲法上保護される父母固有の権利である養育権が侵害された状態ということが出来る。

なお、法制審議会家族法制部会が発表した、民法等改正に係る「家族法制の見直しに関する要綱案」（2024（令和 6）年 1 月 30 日）（以下、要綱案という）では、離婚後においても父母双方が親権者であれば、養子縁組の代諾者となり得るとし、監護者や親権停止されたものは同意権をもつとするが、非親権者には代諾権も同意権も認めていない。これは、養子縁組の同意権を父母固有の権利として捉えていないためである。

## ② 特別養子縁組の同意権

子は特別養子縁組されると、普通養子縁組とは異なり、親子の法的関係は終了する。そのため、親権のない婚姻外の父母に固有の権利として特別養子縁組の同意権がある。すなわち、これが民法上父母固有の権利として存在しているものである。

## ③ 扶養義務

---

<sup>20</sup> 「児童虐待防止のための親権制度研究会報告書」（2010 年）10 頁。

親の責務の一つとして、親による扶養義務がある。民法は親子間の扶養義務を規定している（民 877 条 1 項）。すなわち、親権と扶養は別物であり、親権がない親も、親固有の権利・義務として、未成熟者に対し扶養義務を有する。しかし、その扶養の目的は、子の生活であり子の養育である。扶養義務を負う親が子の監護教育および医療等の決定に法的に関与できないことに対してはどのような問題が生じるであろうか。

離婚後に別居親が子に対して支払う養育費は、一般に標準算定方式に従うが、私立学校、塾、大学等の費用の加算については、義務者が承諾した場合には当然にそれを支払わなければならない<sup>21</sup>。その承諾においては、子がどのような教育を受け、どのような進学をするかを父母は協議する必要がある、非親権者の義務の遂行には、子の教育の内容も把握しておくことが必要となっている。子の利益のためには、父母双方が扶養義務を果たし、その扶養の内容についても協力し、合意しておかなければならない。しかし、扶養義務だけを課し、子の養育、教育に関わる権利を認めていない法制度には、不備がある。権利がなくとも任意に子の教育にかかわることができるとの反論はあり得るが、法が子の監護教育から全く非親権者を排除していることが問題なのである。

また、憲法は親の教育権を保障している。すなわち、近代以降の世界の法思想には、親の教育権が「自然権」であり、憲法に明示の有無にかかわらず、親としての個人に固有のものとして存在するという共通の理解があるとされる<sup>22</sup>。親が人格に基づく決定権として、子どもに対する道徳的な働きかけを行う部分において、その根拠は、憲法 19 条の思想・良

---

<sup>21</sup> 松本哲泓『〔改訂版〕婚姻費用・養育費の算定—裁判官の視点にみる算定の実務—』（新日本法規、2020年）136頁以下。

<sup>22</sup> 西原博史『子どもは好きに育てていい「親の教育権」入門』（NHK出版、2008年）102頁

心の自由に求められる<sup>23</sup>。それは、親が教育のあり方を決めることが、親にとっても子どもにとっても社会にとっても極めて重要だからという考えが土台となっている<sup>24</sup>。したがって、基本的に親が子を教育する自由を、法は親の婚姻関係の有無によって制限することはできない。では、子を教育する自由とは具体的に何であろうか。

民法が定める親権の内容は範囲が広く、子に関わる全てのことが親権ないし法定代理と把握されるのかは必ずしも明確ではない。そこで近年、法制審議会家族法制部会は、父母が持つ親権中の監護の内容を、①子に対する重要決定事項と、②日常的決定事項に分ける試みを行っている<sup>25</sup>。①には転居、海外渡航、予防接種、生命に関わる医療行為、手術の同意、宗教の選択、進学、転校、退学、就労先に関する選択等が挙げられ、②には食事、衣類の提供、しつけ、髪型、染髪の可否などが挙げられている。このように親権の内容を分けて考えると、この中に、親固有の権利義務に含まれるものと、親権、監護権に含まれるものが見えてくる。

現行民法は、子の養育・教育に関する権利を親権として規定しているため、親権を持たない者は、一律的に無制限に子の養育・教育に関わることができない。しかし、自然的親子関係に基づく父母固有の権利・義務の一つである扶養義務とも関わるものには、子の養育に関する重要事項

---

<sup>23</sup> 同上 107 頁。

<sup>24</sup> 同上 100 頁。川田昇『親権と子の利益』（信山社、2005 年）50-51 頁は、親に権利がある根拠は、多様な価値観を持つそれぞれの親が子の養育を判断することが、子の利益になるからであるとする。大村敦志『民法読解親族法』（有斐閣、2015 年）251 頁は、社会は、子を親に委ねることが良い結果をもたらす（ことが多い）と信じていると指摘する。またアメリカ法でも、適格な親は子の最善の利益になるよう行動することを推定し、そのため憲法上親の権利を保障している。Parham v. J.R., 442 U.S. 584, 602 (1979); Troxel v. Granville, 530 U.S. 57, 66 (2000).

<sup>25</sup> 法制審議会家族法制部会参考資料 6（2021 年 8 月 31 日）2-7 頁。

である教育の決定、および医療の決定等にかかわる権利が含まれると解される<sup>26</sup>。少なくとも、親は子に対する重要な法的決定であるそれらの権利・義務を持つとしたうえで、私法上の人間関係のなかで調整に付されるべき余地を含んでいる。

日本民法は、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。

#### ④ 面会交流権

親は固有の権利として面会交流権を有している。面会交流権がどのような権利であるかは、これまでも学説・判例で論じられてきた。学説では、親の権利であるとともに子の権利であるとする複合的権利説が、現在の到達点と考えられている<sup>27</sup>。すなわち、子は親から愛情をもってしつけを受ける権利があり、それは親の義務性の反面として承認されるものとする考え方である。判例では、面会交流は、父母の別居および離婚後、別居親が子の監護のために適正な措置を求める権利として認められている<sup>28</sup>とされている。

---

<sup>26</sup> 親固有の権利を国家に対する権利として捉えると、学校や病院等子に関わる機関が持つ個人情報、親権にかかわらず親固有の権利であるにとらえるべきである。すなわち、学校や医療等が持つ子どもの情報は、親の憲法上の知る権利に当たる。これはすでにアメリカでは連邦法 Family Educational Rights and Privacy Act (FERPA) で認められている親の権利である。また、山口明子「親の「子どもの情報を知る権利」について - 親は法定代理人でよいのか -」大阪高法研ニュース第 171 号 (1997 年) 参照。

<sup>27</sup> 二宮周平「面会交流の権利性—人格権的構成 (1) (2)」戸籍時報 785 号 3-10 頁、同 787 号 2-5 頁。

<sup>28</sup> 杉原・前掲注 (15) 511 頁。



したがって、離婚後の非親権者、親権喪失されたもの、親権制限されたものが子と会い、交流することが認められている<sup>29</sup>。しかし、現実には、親権者の意向により親子の面会交流が阻害されることが多々生じている。それは、親権者は子の居所指定権を持つため、非親権者に通知せず、子を連れて自由に転居できるからである。親権者が同意なく子を転居されてしまえば、実質的に子との交流が阻害される。

面会交流権が親固有の権利として保障されるためには、民法の居所指定権は親権にかかわらず父母双方にあるべきであり、または少なくとも、子の転居に際しては父母間で合意することや、面会交流を阻害しないための方策を置く必要がある。しかし、民法上何の手当てもされていないため、親固有の権利は実質的に侵害されている。

なお、要綱案では、離婚後の共同親権を定める際に監護者を定めることを必須とはしなかったが、もし一方が監護者となることを求めて、それが認められた場合には、居所の指定を監護者の権利に含めるとした。このことにより、監護者ではない共同親権者、および非親権者には居所指定権がないことになり、別居親と子との面会交流が突然絶たれてしまう恐れが生じる。これについても、面会交流権を父母の固有の権利として捉えていないことによる弊害である。

おわりに

日本民法は、親固有の権利義務を明記していないため、親権以外に親が持つ権利義務に対して無自覚であった。要綱案では、父母の責務等を明確化するとしているが、現行法通り親の扶養義務を確認するのみであり、憲法に基づく父母固有の権利義務があることは検討しなかった。

---

<sup>29</sup> 飛澤・前掲注(16)。

本意見書では、親には親権以前に固有の権利義務があり、それは憲法に基づくものであり、民法で保障されるものであることを主張してきた。民法が規定する親権を持つものは極めて限定的であり、また親権の内容も広く、必ずしも明確ではない。

そこで、本意見書は、婚姻の有無、親権の有無にかかわらず親が持つ固有の権利義務とは、普通養子縁組の同意権、特別養子縁組の同意権、扶養義務および子の養育に関する主要な事項である教育決定と医療決定にかかわる権利、そして面会交流権と面会交流を阻害されない子の居所決定にかかわる権利であることとえらえる。現行法における単独親権制度では、親権を持たないものは完全に排除されている。したがって、現行の単独親権制度が憲法違反であることを主張する。

以上