

平成 23 年（家イ）第 1225、1226 号 養育計画審判事件

千葉家庭裁判所調停係 御中

2012 年 11 月 7 日

## 意見書

岡田 健一郎  
高知大学人文学部・社会経済学科講師（憲法担当）

## 1、はじめに

日本の民法では離婚後の夫婦と子に関して単独親権制度が採用されており、その結果、親権を持たない側の親（以下、非親権者）が面会交流などにおいて著しく不利に扱われることが多い。裁判所も概ね結果としてこの事実を追認しているように思われる。このように、法制度上の単独親権制度を前提として法解釈・適用を行う判断枠組を本意見書では「単独親権ドグマ」と呼ぶことにする。

いくつかの裁判所は、この単独親権ドグマを前提としつつ、その範囲内で非親権者の地位・権利を幾分か改善するような法解釈・適用を行ってはいるが、単独親権ドグマを前提とするがゆえ、どうしてもそこには限界というものが存在する。

この点につき本意見書は、いわば親権に関する法的判断の土俵とでも呼ぶべき単独親権ドグマそのもの合憲性を疑う理由があると考え。加えて、裁判所が単独親権ドグマを前提に法を解釈・適用することもまた、憲法に反する可能性があると考え。

本意見書は「単独親権ドグマの憲法上の問題点」及び「憲法上の権利としての面会交流権」という憲法上の二つの観点から、親権問題を判断するための枠組を検討する。そして、小学校へのアクセスを理由に申立人（宗像充）を不利に扱うことは、憲法上疑義があるという結論を述べる。

## 2、単独親権ドグマの憲法上の問題点

まずは単独親権ドグマの憲法上の問題点に関し、以下ではいわゆる婚外子相続分差別事件と国籍法事件を素材に検討する。

### （1）婚外子相続分差別事件——立法事実の変化

民法 900 条 4 項ただし書を根拠に、婚外子の法定相続分を婚内子の 2 分の 1 とすることが憲法 14 条 1 項等に反するかという問題は、長年繰り返し裁判で争われてきた。そのリーディングケースである 1995 年の判決<sup>1</sup>において、多数意見は相続分差別が憲法に反しないと結論づけた。多数意見の論理は、民法が法律婚主義と一夫一婦制を採用していることを根拠として、法律婚の保護という目的のために婚外子の差別をほぼ無限定に認める、というものである。ほとんどの憲法学

---

<sup>1</sup> 最大決 1995（平成 7）年 7 月 5 日民集 49 卷 7 号 1789 頁。

説は多数意見を批判し、相続分差別を違憲と考える反対意見を支持している。この問題に関しては未だ判例変更がなされていないものの、近年の事件では合憲と違憲の差が縮まっており、遠くないうちに判例が変更される可能性は高いと思われる。

そして本件反対意見の有力な根拠の一つが、立法事実の変化である。すなわち——民法で相続分差別が定められた当時においては、婚内子を保護するという立法目的に合理性は存在したかもしれない。だが、国内・国外共に、事実婚の増加などといった人々のライフスタイルの変化に伴い、もはや立法目的を根拠づける立法事実は存在しない。したがって、婚外子差別は違憲である——というものである。最高裁は近年、この「立法事実の変化」論を積極的に用い始めているように思われる。その典型が、2008年のいわゆる国籍法違憲判決である。

## (2) 国籍法違憲判決——立法事実の変化に基づく違憲判決

その国籍法違憲判決<sup>2</sup>では、外国籍の母から生まれ出生後に日本国籍の父から認知を受けた子のうち、準正によって婚内子の身分を取得した子には届出による日本国籍の取得を認め、他方、認知を受けたにとどまる子には帰化要件の緩和のみ定めていた国籍法3条1項(平20法88による改正以前のもの)の合憲性が問題とされた。そして最高裁は同条同項のうち、上記の認知を受けた子に対し準正を要求する部分を違憲無効と判断し、原告らに国籍を認めることとした。そこで重視されたのが「立法事実の変化」論であった。すなわち——国籍法の改正時には、子と国家の結びつきの指標として準正を用いることに合理的関連性は存在した。しかし、国際化に伴い準正を国籍付与の要件にする合理的関連性は失われた——というのである。

そして翻ってみれば、単独親権の合憲性についても立法事実は明らかに変化しつつある。離婚はもはや稀有な出来事ではない。離婚後も子を共同で育てたいと願う親は顕著に増加しているし、社会全体の意識も変わりつつある。日本でも民法820条が改正されて「子の利益のために」親権を行使すべきことが明文化され、民法766条には離婚後の子の監護につき面会交流などが明記されるに至った。海外に目を転じて、共同親権を採用する国は増加している。またこれに関連して、「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する1980年10月25日条約(いわゆるハーグ条約)」への日本加盟も時間の問題となりつつある。したがって単独親権の

---

<sup>2</sup> 最大判2008(平成20)年6月4日民集62巻6号1367頁。

合憲性を支える立法事実が確実に揺らいでいる<sup>3</sup>。それゆえ、親権や面会交流に関する諸法令の解釈・適用に際しては憲法上の配慮が不可欠なのである。次節ではその点をもう少し具体的に見ていこう。

### 3、憲法上の権利としての面会交流権

憲法学の立場から子どもの権利を研究している横田光平は、ドイツの憲法判例・学説を検討した上で、「面会交流は、『子どもと同居する親権（監護）者に対する』他方の親の権利であり、『親権者及び非親権者たる親に対する』子どもの権利である（それぞれ国家に向けられた憲法上の権利でもある）」と述べている<sup>4</sup>。注目すべきは、面会交流が憲法上の権利でもあると指摘している点である。従来、面会交流に関する権利は専ら民法上の権利義務関係として捉えられてきたように思われる。確かに、憲法上の権利の名宛人を国家と考えるならば、そのように捉えられるのも無理はない。だが、ここで横田は、非親権者は子と面会交流を行うことを国家（すなわち議会、政府、そして裁判所）に対し憲法上の権利として要求でき、逆に、国家は非親権者が子と面会交流を行うことを保障する憲法上の義務を負う、と説いている。言い換えれば、国家は非親権者が子と面会交流するための法制度をつくる義務、そして、もし面会交流が親権者によって妨害された場合はそれを排除する義務を負うというのである。

ひと昔前であれば、これはドイツという海外の話に過ぎない、と一蹴することもできたろう。だが、前章で見た通り単独親権を支える立法事実は崩れ始めている。もはや単独親権ドグマに基づいて法的判断をすることは許されず、共同親権に準じた法制度の解釈・適用が求められるといえよう。それゆえ、憲法 24 条 2 項や子どもの権利条約 9 条 3 項に基づき、面会交流を憲法上の権利として保障することには十分理由があると考えられる。そして、裁判所が非親権者と子の面会交流を適切に保障しない場合は憲法違反と評価されよう。

### 4、結論

---

<sup>3</sup> 参照、「特集：親権をめぐる動向——民法改正とハーグ条約加盟へのうごき」ジュリ 1430 号（2011 年）、「特集：子ども・親・国家——『子の利益』を中心として」法時 83 卷 12 号（2011 年）など。

<sup>4</sup> 横田光平「子どもの意思・両親の意思・国家の関与」法時 83 卷 12 号（2011 年）15 頁（脚注 41）。

申立人は、二人の子との面会交流の時間拡充などを求めている。これまでの経緯を見ると、裁判所は申立人の訴えに対し専ら単独親権ドグマに立って判断を下してきたと言わざるを得ない。親権を持つ親が不当に面会交流およびその拡充を拒むことは、近年の民法改正を踏まえれば親権の濫用と評価されるし、そのような親権濫用を裁判所が追認することは、非親権者が国家に対して持つ憲法上の権利への直接的な侵害となる。立法事実の変化を踏まえれば、本件においては申立人に対し共同親権に準じた面会交流の拡充を認めることが合理的な判断であり、ましてや裁判所が面会交流を現状のままとどめる（あるいは制限する）ことは、憲法上疑義があると言わざるを得ない。

また、本件では申立人が子の学校に連絡を取って行事へ参加しようとしたことも論点の一つとなっているが、面会交流権の重要性などを踏まえれば、申立人による学校へのアクセスも尊重されるべきであろう。まして、申立人の学校へのアクセスを理由に裁判所が面会交流を現状のままとどめる（あるいは制限する）ことは、憲法上許されないと考える。

以上。