

アメリカ憲法における親の権利と地位

植 木 淳

目次

はじめに — 日本の家族制度と「親の権利」

第1節 アメリカ憲法と「親の権利」

第2節 親の地位 — 親とは誰か？

第3節 親権の独占性批判 — 親は2人までか？

おわりに — 日本への示唆

はじめに — 日本の家族制度と「親の権利」

筆者は、2021年に執筆した論稿で、「婚姻の権利」（憲法24条1項）は「親密な結合の自由」（憲法13条）と本質的な緊張関係を有するものであり、婚姻制度は「配偶者の保護」あるいは「子の親の推定」という目的の範囲内で制度化される必要があると論じたが¹、婚姻の目的に「子の親権の共同行使」が含まれるか否かに関しては論じきれなかった。その後、2024年改正民法は、「父母は、婚姻関係の有無にかかわらず…その子の利益のため、互いに人格を尊重し協力しなければならない」とした上で（改正民法817条の12第2項）、父母の婚姻解消後の子及び婚姻外で出生して父が認知した子に関しても親権の共同行使を可能にするなど（改正民法

1 植木淳「日本国憲法と家族制度」名城71巻1号1頁以下（2021年）18頁（同『平等原則と差別禁止法理』（成文堂・2023年）340頁）。

819条1項及び4項)、「親権と婚姻の関係を相対化」するものとなった²。

2011年民法改正により親権者は「子の利益」のために監護・教育の権利・義務を負うことが明記され(民法820条)、2024年民法改正により「親権」は「その子の利益のために行使しなければならない」とされた(改正民法818条1項)。そのような動向を前提に、近年の法改正は、共同親権や面会交流権を通じて婚姻関係を問わずに「父母が適切な形で子の養育に関わり、その責任を果たすこと」が「子の利益」にとり重要であり³、父母の協働により「子は、父母は離婚しても自分のことを大切に思ってくれていると実感でき、子の安心に繋がる」ことを重視するものであると考えられる⁴。その一方で、戦後の民法改正により離婚後の単独親権制度が採用された際に論じられたように「父母が協議しなければ、親権を行使し得ない」ということは、子にとって甚しく不利益な場合はありうるのであり⁵、面会交流に関しても「それで良好な父子関係が形成される」という想定を「根拠なき楽観論」として批判する見解もある⁶。それ以上に問題なのが、「子の利益」を重視する立場に立つとしても、そこに「含まれる内容は、さまざまなものがあり、どれが考慮されるべき利益であり、どれが考慮する必要がない利益なのかということについて、それほど自明ではない」ということである⁷。

これに対して、共同親権や面会交流権を「親の権利」として論じる方向

-
- 2 石綿はる美「家族法改正における親権・監護権の規律の見直し」ジュリ 1603号 66頁以下(2024年) 69頁。
 - 3 北村治樹「改正民法(家族法制)の概要」ひろば 77巻 5号 6頁以下(2024年) 7頁。
 - 4 二宮周平「離婚後の選択的共同親権制」戸籍 853号 2頁以下(2024年) 3頁。
 - 5 我妻栄『改正親族・相続法解説』(日本評論新社・1953年) 107頁。同様の指摘をする近時の論稿として、木村草太「子どもの利益と憲法上の権利」梶村太市ほか編『離婚後の子どもをどう守るか』120頁以下(日本評論社・2020年) 121-122頁。
 - 6 長谷川京子「面会裁判が子どもを壊す」梶村ほか前掲(5) 66頁以下 69頁。
 - 7 窪田充見「面会交流の現状と課題」家庭の法と裁判 13号 4頁以下(2018年) 7頁。なお、ドイツ法を参照して「子どもの権利」あるいは「子どもの福祉」について詳説したものとして、横田光平『子ども法の基本構造』(信山社・2010年) 参照。

性もありうる。例えば、二宮周平は、面会交流権を「子の人格権」として論じるとともに、「子の成長を見守り、関わることは、親のアイデンティティであり、まさに親の人格的生存にとって不可欠のことである」ため「憲法で保障される人格権と解釈することができる」と論じている⁸。この点、1990年の論稿で、棚瀬孝雄が、アメリカでは『子の利益』よりも実はもっと一貫して強く裁判所の判断を支配しているのは、『親の権利』という考え方であると指摘して、面会交流権を権利として確立するには、日本のように「子の福祉を前面に押し出すだけの非権利的なアプローチでは明らかに不十分」であり、「とにかく『権利なのだから認めよ』という個人のイニシアティブによって現実に鋭角的に切り込んでいける権利論が必要」であると論じていたことが興味深い⁹。現実には、「子の利益」は「それぞれの家族の状態や個々の子により異なってくるものであるから、そのような子の利益を土台に制度を議論しても平行線のままとなる」とすれば¹⁰、共同親権や面会交流権を論じる中で憲法上の「親の権利」に踏み込む議論が展開されているのは必然的なものであるようにも思われる¹¹。その一方で、棚瀬は、アメリカでは、伝統的な婚姻家族に含まれない「親」（内縁の夫、婚前の同棲関係、人工授精の精子提供者、婚外懐胎子の実父）にまで「親の権利」が拡大するとともに、その権利主張のためには「実際に子供の出生に関心をもち、その後も親としての接触を持つよう努めてきたという

8 二宮周平「面会交流の権利性（3・完）」戸籍789号2頁以下（2021年）4頁。

9 棚瀬孝雄「離婚後の面接交渉と親の権利（上）」判タ712号4頁以下（1990年）5頁、15-16頁。

10 山口亮子「離婚した父母と子どもとの法的関係」法時93巻2号109頁以下（2021年）111頁。

11 この点、横田光平はドイツにおける「親の権利」の性質に関する「特殊説」を前提にしなから、「親権＝監護教育権」とは別の「子どもとの人的結合それ自体への権利」の可能性を論じる（横田前掲（7）578頁）。なお、近時の判例として、離婚後の単独親権を定める民法819条の規定が憲法13条、憲法14条1項、憲法24条2項に反するとして、当該規定を改廃しない立法不作為の国賠法上の違法性が主張された事案がある（東京地判2021年2月17日訟月67巻9号1313頁）。

『親らしさ』の証明が要求されてきている」ことも指摘していた¹²。それは、血縁関係や婚姻関係により自動的かつ恒久的に「親」が確定するわけではないことを意味しており、「親の権利」論の前提を覆すものでもありうる。現実には、アメリカでは、合衆国憲法修正 14 条 1 節のデュープロセス条項を根拠に「親の権利」が認められてきたが、家族形態の多様化を反映して、親権の独占性に対する批判とともに、憲法上の権利を有する「親とは誰か」に関する問い直しが行われてきた。そのような議論を参照・検討することは、日本の親子法制が転換期にある中で、憲法論として「親」及び「親権」を検討するために有益であると思われる。

第 1 節 アメリカ憲法と「親の権利」

1. 家族法の憲法化

アメリカの家族制度は州により形成されるが、家族構成員の権利が合衆国憲法による保護の対象とされることにより「家族法の憲法化」といわれる現象が生じており¹³、そこでは修正 14 条 1 節のデュープロセス条項及び平等保護条項が大きな役割をはたしている¹⁴。第一に、デュープロセス条項に関連して、1920 年代には実体的デュープロセス理論の影響の下で Meyer 判決及び Pierce 判決が「親の権利」を承認し、実体的デュープロセス理論が修正された後も、連邦最高裁は「州が介入できない家族生活の私的領域」に関する憲法上の保護を承認した。その後、1960 年代以降の連邦最高裁は、憲法上の保護を拡大させ、婚姻、生殖、中絶、拡大家族の同居、養育、性交渉などに関する個人の自律の権利を認めるようになった。第二に、平等保護条項に関連して、連邦最高裁が家族法における人種・性別・嫡出性による差別を違憲にするようになるとともに、各州法における

12 棚瀬前掲 (9) 11-12 頁。

13 樋口範雄『アメリカ家族法』(弘文堂・2021 年) 2 頁。

14 アメリカにおける親の権利に関する連邦最高裁判例の研究として、米沢広一『子ども・家族・憲法』(有斐閣・1992 年)がある。また、近年の動向に関する詳細な研究として、山口亮子『日米親権法の比較研究』(日本加除出版・2020 年)、山口真由『アメリカにおける第二の親の決定』(弘文堂・2022 年)などがある。

男女別の養育義務年齢・婚姻可能年齢、妻のみに認められる遺族年金、監護権に関する母優先原則、共有財産に関する夫の独占的処分権など「多くの伝統的家族法原則が廃止された」。その意味で、「憲法原理の進展が、ジェンダー平等、伝統的な婚姻家族と非婚家族との厳格な区別の緩和、個人が自己の人生を定義することを可能にさせたこと、など家族法原理における大きな変化を推進させてきた」¹⁵。

上記のような「家族法の憲法化」の各側面に関しては、それぞれに異なる立場から「家族生活と家族法を悪い方向で壊してしまった」との批判がなされる。第一に、家族単位での自律あるいはプライバシーを承認することは「外部からの監視と介入から家族を隔離する」ものとなり、家族内の「既存の権力の不均衡を強化」して「脆弱な集団に不利あるいは有害な効果さえある」との批判がある。第二に、逆に、「個人の自己実現の強調」は「家族の絆を弱体化させる」ものであるとの批判がある。第三に、「子に関連する家族法の憲法化は、家庭裁判所の裁判官の裁量を拘束して、伝統的に子の『最善の利益』に向けられてきた方向を危険にさらすことになる」との懸念がある。第四に、「憲法化」は「社会的討議」を妨げるものとして民主主義の観点から問題があり、特に「エリートによる法創造」は「特定の専門的知見を要さない問題に関わる家族法の領域では特に正当化されない」などと説かれる¹⁶。

2. 親の権利

「連邦最高裁の先例は、家族制度がわが国の歴史と伝統に深く根差しているがゆえに、憲法は家族の聖域を保護しているとの判断を確立させてきた」¹⁷。そこで、最初に憲法上の権利として承認されたのが「親の権利」であり、親は子の監護・養育・教育に関する強い決定権を有すると考えられ

15 David D. Meyer, *The Constitutionalization of Family Law*, 42 FAM. L.Q. 529, 532-533, 538, 571 (2009).

16 *Id.* at 553-559.

17 *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U.S. 494, 503 (1977).

てきた。例えば、1923年の *Meyer v. Nebraska* は、「その子の人生の段階に応じて教育を行うのは親の自然な義務」であり、学校・教師に子を教えさせる「親の権利」は修正 14 条の保障する自由に含まれるとして、外国語教育を禁止する州法は親の権利を侵害するものであり違憲であると判断した¹⁸。その後、1925年の *Pierce v. Society of Sisters* は、「子を養護し子の運命を左右する者は、子に義務を負うことを認識させ準備させる、高次の義務を伴う、権利を有している」と論じ、公立学校への就学強制は「その監督の下で子の養育と教育を決定する親及び保護者の自由」の侵害であると判断した¹⁹。また、1944年の *Prince v. Massachusetts* は、自らが監護していた 9 歳の姪とともに路上で宗教的文書を頒布していた叔母を州法により処罰することは修正 1 条に反するとはいえないとしながら、「子の監護、養育、養護は、第一次的には子に対して義務を準備させることを含む主要な機能と自由を有する親に属するものであり、それを州は提供することも侵害することもできない」と論じている²⁰。その後、非婚の血縁上の父に子の養子縁組に関する同意権を認めない州法を違憲とした 1972 年の *Stanley v. Illinois* は、「連邦最高裁は継続的に家族の重要性を強調」しており、「子をもうけて育てる権利は『本質的』な『人間の基本的な市民権』であり、『財産権以上に重要な権利』である」と論じている²¹。

特に現代家族法にとり重要なのは、親は子と親以外の者との関係を統制する権利を有していると考えられることである。例えば、2000 年の *Troxel v. Granville* は、未婚のまま子を養育していた父と母が別離し、母が子を養育していたが、父と父方の祖父母も継続的に子と面会していたところ、父の死亡後に母が祖父母の面会回数を制限しようとしたため、祖父母が面会交流権を求めた事案であった。本件に関して O'Connor 相対多数意見は、裁判所が子の利益になると判断した者には親の意向にかかわらず

18 262 U.S. 390, 400 (1923).

19 268 U.S. 510, 534-535 (1925).

20 321 U.S. 158, 166 (1944).

21 405 U.S. 645, 651 (1972).

に面会交流権を認める州法は、子の利益に関する判断を親ではなく裁判官に委ねるものであり、本件のように事実審裁判所が「子の最善の利益」に関する親の決定に特別の配慮を行わずに判断している事例に適用される限りでデュープロセス条項に反すると判断した²²。また、Souter 同意意見は、当該州法が「何人でも」「何時でも」面会交流の訴えを認めていることは親の権利を過度に広範に制限するものとして文面上違憲であると判断している²³。

3. 「親の権利」の根拠と限界

Troxel 判決 O'Connor 相対多数意見は「子の養育・監護・監督に関する親の利益」は「連邦最高裁の承認してきた基本的な自由の利益の中で恐らく最も古いものである」と論じている²⁴。このように親権を重視する姿勢を支持する議論には、「子の最善の利益」を判断・決定する最も適切な者は親であるとの想定がある。この点、Martin Guggenheim は、「子の個別的な利益を保護するために最も重要な方法は子たちに関する個別の決定を行う親たちの権威を最大化することである」として、親ではなく裁判官に決定権限を与えている州法及び州裁判例を批判する²⁵。Guggenheim が強調するのは、現実の世界では、子どもたちは口やかましく親たちに自らの利益と関心を伝えており、それは親たちの選択に大きな影響を与えているのであって、子の意向は親の判断を通して日常的に考慮されているということである²⁶。そのような見解によれば、Troxel 判決は、面会交流権に関して、「その子に会ったこともない当該事件担当の事実審裁判官の感覚よりも、子の利益に関する母の感覚を優先させたもの」として支持され

22 530 U.S. 57, 67-73 (2000).

23 *Id.* at 76-77 (Souter concurring).

24 *Id.* at 65.

25 Martin Guggenheim, *The (Not So) New Law of the Child*, YALE L. J. F. 942, 943, 947 (2018).

26 *Id.* at 951.

ることになる²⁷。また、Gregg Strauss は、憲法上の親の権利の制約には厳格審査基準が適用されるため、子に対する身体的・精神的被害を防止するなどの「必要不可欠な政府利益」に「密接に適合する」ものでない限り制約されないとした上で²⁸、その権利制約を正当化するものとして主張される面会交流の否定による現実的害悪の証拠は希薄であると指摘する²⁹。

これに対して、David Meyer は、Troxel 判決のような面会交流に関する事例に関して「非親との交流を断絶させる強い親の特権は、例えば、その非親が長らく子の主要な養育責任を担ってきたような場合には、悪い方に作用しうる」と論じる。その上で、Meyer は、O'Connor 相対多数意見が法令違憲ではなく適用違憲の判断をしたことは、「人々とその親密な関係は複雑で多様なものである」ため「それら全てに厳格に画一的規範を適用することは我々の社会が維持した方が良い絆まで断絶させる危険がある」と考えて、下級裁判所が事例に応じた判断を行う余地を残したものであったと理解する³⁰。また、Anne Dailey と Laura Rosenbury は、「子の成長に対する大人のコントロール」を正当化してきた体制を「権威的枠組」(authorities framework)として批判し、親の権利を制限してでも、「子の現在の利益」(親及び他人との関係性、新しい知見との接触、アイデンティティの表明、人格の統合性とプライバシー、市民生活への参加)が保障されるべきであると論じる³¹。特に「親子関係を越えた広い範囲の関係性は、子の現在及び将来の幸福にとり必要なものであるがゆえに、法による支持に値する」のであり、州により親子関係が妨げられてはならないのと同時に、親により子と他人との関係性が妨げられてはならないとする。また、子に対する責任に関して「親と州との協働関係」が促進されるべき

27 *Id.* at 947-949.

28 Gregg Strauss, *What Role Remains for De Facto Parenthood?*, 46 FLA. L. REV. 909, 972 (2019).

29 *Id.* at 927-930, 971-977.

30 Meyer, *supra* note 15, at 547-548.

31 Anne C. Dailey & Laura A. Rosenbury, *The New Law of the Child*, 127 YALE L. J. 1448, 1451, 1480, 1484-1506 (2018).

であるとして、親の宗教的信念による子の医療拒否などに関しては州が介入する必要があること、学齢期以降は就学義務を課して親の反対を越えてでも新しい知見に触れることを保障する必要があることなど、「権威的枠組」の下では自明視されてきた親の権利が制限されるべきことを主張している³²。

上記の議論から明らかなように、「親の権利」を重視する議論は、州（政府）による介入から「家族」を守ることを意図するものであるが—先述の「家族法の憲法化」に対する第一の批判にあったように—「親の権利」を強調することに対しては、「脆弱な集団に不利あるいは有害な効果さえある」との批判が向けられる。その一方で、親の支配に対して「子の権利」を重視する議論は、州（政府）の積極的介入を許容・要請するものであるため—先述の「家族法の憲法化」に対する第二の批判にあったように—「家族の絆を弱体化させる」ものとなりかねないばかりか、立法者・行政官・裁判官の有する親規範に適合しない親子関係を排除することにより「家族の多様性」を害する可能性もある³³。しかし、現代のアメリカの家族法における問題は「親の権利」の前提として「親とは誰か？」が自明ではないことである。そこで、次節では、親の地位に関する判例・学説の展開を紹介・検討する。

第2節 親の地位 — 親とは誰か？

1. 親の地位に関する判例展開

法律上の親の地位は州法により創設されるとはいえ、「憲法上の基本的な実体的デュープロセスの権利が親の地位に内在している」ことからすれば³⁴、憲法上の「親」を定義する基準が必要となる³⁵。この点、伝統的には、

32 *Id.* at 1508-1523.

33 See Douglas NeJaime, *The Constitution of Parenthood*, 72 STAN. L. REV. 261, 376-377 (2020).

34 Dara E. Purvis, *The Constitutionalization of Fatherhood*, 69 CASE W. RES. L. REV. 541, 547 (2019).

35 Michael J. Higdon, *Constitutional Parenthood*, 103 IOWA L. REV. 1483, 1489

婚姻している男（夫）と女（妻）が自然生殖により子をもうけることを前提として、男（夫）が父となり、女（妻）が母となることが自明視されていた。しかし、現代では、①男女が未婚のまま子をもうける例が増加したこと、離婚が増加して離婚後に再婚あるいは同棲した相手と共同で子を養育する例も増加していること—さらには、再婚・同棲相手との関係が破綻した後に血縁上の親ではない側が子を養育することもあること—など、婚姻関係と親子関係が相対化していること、②生殖補助医療により、夫以外の男性の精子提供で妻が懐胎・出産する場合や、夫の精子で代理母が懐胎・出産する場合（サロゲートマザー）、あるいは、夫の精子と妻の卵子で作られた受精卵を代理母の胎内に移植して出産する場合（ホストマザー）が生じるなど、「血縁上の親」「出産した親（母）」と「親となる意図を有する者」が同一でない場合があること、③同性カップルが、一方が他の異性との間にもうけた子あるいは生殖補助医療によりもうけた子を共同で養育する場合など、性別と親子関係が相対化していること、④貧困・遺棄・犯罪による収監などを理由として法律上の親による養育が困難になり祖父母あるいは兄弟などが事実上の養育を行うことがあるなど、法律上の親と現実の養育者が同一ではない場合があること、など、「親とは誰か？」が自明ではない状況が拡大している³⁶。

この点、従来の家族法では、母子関係は出産により自動的に確定するものであるのに対して、父子関係は母の婚姻関係により定められる—「母の夫」が父となる—とされ、未婚の母が出産した子（婚外子）には法律上の父は存在しないとされてきた³⁷。しかし、1960年代後半以降、嫡出性による差別に厳格度の高い審査基準が適用されるようになるとともに³⁸、未婚

(2018). この点、Dara Purvis は、家族法上の親の地位は、国籍取得に関する事例あるいは相続に関する事例にも重大な影響があることを指摘する (Purvis, *supra* note 34, at 563-585)。

36 See Higdon, *supra* note 35, at 1486-1487.

37 NeJaime, *supra* note 33, at 281.

38 Levy v. Louisiana, 391 U.S. 68 (1968) は、母の死亡事故に対する非嫡出子の損害賠償請求の権利を否定することは平等保護条項に反するとした。また、

の血縁上の父の権利が認められるようになる。例えば、1972年のStanley v. Illinois では、婚外子は母の死亡後は後見人に委託されるとする州法の規定により子と同居していた血縁上の父から聴聞の機会もなく子を奪うことは憲法違反であると判断された。同判決は、デュープロセス条項は「家族の単位の統合性」を保障しており、本件における血縁上の父が子の監護を継続する利益は「承認可能であり実質的なものである」と論じたのである³⁹。次に、1979年のCaban v. Mohammed は、未婚のまま共同で子を養育していた血縁上の父と母が離別した後に、その後の母の婚姻相手と子との養子縁組に関して、血縁上の父が拒否権を行使できないことの合憲性に関して、未婚の母には養子縁組の拒否権を認めながら未婚の父には同じ権利を認めないという性別による区分は平等保護条項に反すると判断した⁴⁰。

上記の各判決は、婚姻関係にない血縁上の親の権利を認めた判決であるが、連邦最高裁は血縁関係だけを重視しているわけではない。例えば、1978年のQuilloin v. Walcott では、認知をしていない未婚の血縁上の父が母の婚姻相手と子との養子縁組を拒否できないことの合憲性が争われたが、Marshall 法廷意見は、本件における「未婚の父は一時的にも子の現実的あるいは法的監護を行わなかったし、それを求めることもなかった」のに対して、「本件養子縁組の結果として既に存在する家族の単位の完全な承認が与えられる」のであり、それは血縁上の親を除く「関係する全員に望まれている結果」であるとして、血縁上の父の主張を認めなかった⁴¹。また、1983年のLehr v. Robertson では、未婚の血縁上の父は、出生証明書への父としての記載あるいは母子との同居などの要件を充足しない限り、母の婚姻相手と子の養子縁組に関して告知・聴聞の機会を保障さ

Glon v. American Guarantee & Liability Insurance Co., 391 U.S. 73 (1968) は、非嫡出子の死亡事故に対する母の損害賠償請求権を否定することは平等保護条項に反するとした。

39 405 U.S. 645, 649, 651-652 (1972).

40 441 U.S. 380, 388-394 (1979).

41 434 U.S. 246,255 (1978).

れないとされていることの合憲性に関して、Stevens 法廷意見は「家族関係の重要性」は「親密な日常的関係による感情的紐帯から生じる」のであり「単なる血縁上の関係だけでは憲法上の保護に値しない」として、血縁上の父が子との関係を構築してこなかった本件事情の下では憲法上の手続保障を求める権利は生じないと判断した⁴²。この点、Qullion 判決が「子の法的監護」は「婚姻関係の中心的側面」であり「父は婚姻関係が破綻した場合でも婚姻中に出生した子の養育に関して完全な責任を負うことになる」と論じていること⁴³、あるいは、Lehr 判決が合衆国憲法は「特定の正式な家族関係に大きな保護を与えている」と論じていることは⁴⁴、婚姻中心的な親子関係論を前提としているようにも思われる。その一方で、Qullion 判決が同事案における血縁上の父が「子に対する日常的な後見、教育、保護、養育に関する重要な責任を担ったことがなかった」ことを重視していること⁴⁵、あるいは、Lehr 判決が「連邦最高裁は子の福祉を最優先の利益として強調し、親の権利は親が負う責任と表裏一体であると論じてきた」と強調していることからすれば⁴⁶、連邦最高裁は現実の養育関係を重視した親子関係論を展開しているようにも思われる⁴⁷。

それでも、連邦最高裁は、現実の養育関係により親子関係あるいは親子類似の関係が承認されるとの立場を肯定しているわけではない。例えば、1977年の *Smith v. Organization of Foster Families for Equality & Reform* (OFFER) は、子を里親の家庭から連れ去る手続の合憲性に関して、家族関係にとり「親密な日常的交際による感情的紐帯」は重要であり「子が幼少から里親の養育を受け、自然の親を知ることなく、同じ里親の養育

42 463 U.S. 248, 261 (1983).

43 *Qullion*, 434 U.S., at 256.

44 *Lehr*, 463 U.S., at 257.

45 *Qullion*, 434 U.S., at 256.

46 *Lehr*, 463 U.S., at 257.

47 その意味で、連邦最高裁は、非婚の血縁上の父は「親としての責任に対する完全なコミットメントを証明する」ことにより「デュープロセス条項の下での実体的保護を得る」とする「血縁プラス」法理を採用していると理解されている (Higton, *supra* note 35, at 1498-1499)。

の下で7年間を過ごしたような場合には、里親の家庭が里子の精神生活において自然の家庭と同じ地位を占めるものであり、自然の家庭と同じ社会的機能を果たしていると考えるのが自然である」とまで論じながら、里親と子の関係は州が関与した合意に依拠するものであり「里親家庭と自然の家庭には重要な差異がある」として手続の違憲性を認めなかった⁴⁸。

その後、1989年の *Michael H. v. Gerald D.* は、妻が夫とは別の男性（血縁上の父）との間で子をもうけたが、子とともに夫との関係も維持していたという事情の下で、血縁上の父の面会交流権が保障されるか否かが争われた。これに対して、Scalia 相対多数意見は、本件における血縁上の父と母の関係性は「我々の社会における歴史的慣行の下で保護されるべき家族の単位として扱われてきた」ものではなく、逆に、「我々の伝統」は本件の血縁上の父のような主張から「婚姻家族を保護してきた」と論じる。その上で、「女性と他の男性の婚姻中に生まれた子に関して、血縁上の父に親の権利を主張する特別な権限を認めた法源も先例も存在しない」のであり、「血縁上の父」と「婚姻している夫」の主張が対立した場合に後者を優先することは憲法違反ではないと論じるなど、婚姻中心的な親子関係論を展開している⁴⁹。

さらに、近年の同性婚承認後の動向にも婚姻中心的な親子関係論が見られる。2015年の *Obergefell v. Hodges* は、「婚姻の権利」は「子と家族を保護し、養育、生殖、教育という関連する権利からも有意義」であるとした上で、それは同性カップルにも妥当するものであるがゆえに同性婚禁止は「婚姻の権利の中心的な前提と矛盾する」と論じ、同性婚の権利を認めるものであった⁵⁰。その後、2017年の *Pavan v. Smith* は、異性婚の場合には妻（女性）が出産すると夫（男性）の名が出生証明に記載されるにもかかわらず、女性同士の婚姻の場合には一方配偶者が生殖補助医療により出産しても他方配偶者の名が出生証明に記載されないことは、*Obergefell*

48 431 U.S. 816, 844-845 (1977).

49 491 U.S. 110, 124-125, 129 (1989).

50 576 U.S. 667-668 (2015).

判決が「同性カップルを異性カップルと同じ条件での婚姻から排除してはならない」としたことと整合するものではなく、憲法違反であると判断している⁵¹。

2. 憲法上の親の地位—血縁・婚姻・養育

連邦最高裁は、親子関係は「伝統的に統合家族 (unitary family) の中で発展した関係性に認められるもの」であると論じているものの⁵²、「親はどのように定義されるのか」という基本的問題に関して体系的に回答してこなかった」と指摘される⁵³。この点、連邦最高裁は、「血縁関係の重要性は、血縁上の父に対して子との間の関係性を発展させるといふ他の男性の有しない機会を与えることにある」に過ぎず、親子関係を形成できなかった血縁上の父には基本的権利の保障は及ばないとしている⁵⁴。その一方で、連邦最高裁は、「我々の社会における家族の基盤は血縁関係ではなく婚姻関係である」とするとともに⁵⁵、婚姻による嫡出推定は「コモンローの基本原理」であり子の権利保護と家族の平和のために必要であると論じるなど⁵⁶、婚姻中心的な親子関係論に立っているようにも思われる。

この点、Michael J. Higdonは、「当該個人が、子と血縁関係がある場合と、子の出生前にその子の親になる意図があった場合に、憲法上の親としての資格を有する」とする「血縁プラス意図」基準を提唱する。同基準によれば、血縁関係がない場合でも、(1) 本人に子の親となる意図があり、(2) 他に血縁と意図の両方を充たす2人の人間がいなく、という条件があれば、法的な親となる資格が生じる。例えば、同性カップルが生殖補助医療によりもうけた子に関して、カップルの片方あるいは双方と血縁関係がない場

51 137 S. Ct. 2075, 2078 (2017).

52 *Michael H.*, 491 U.S., at 123.

53 Higdon, *supra* note 35, at 1492.

54 *Lehr*, 463 U.S., at 262

55 *OFFER*, 431 U.S., at 843.

56 *Michael H.*, 491 U.S., at 124-125.

合でも共同で親になることとなる⁵⁷。このように、Higdon は、「確立した家族の単位の保護」という目的に照らして「近代的な憲法上の親の定義の要素として意図的な親であることが求められる」とした上で⁵⁸、それに加えて、「血縁プラス意図」基準により親と推定される場合でも「個人が完全な憲法上の親の権利を有するか否かに関しては、親機能の遂行が決定的な役割をしめる」のであり、州には親の役割を果たさない親の子のために別の親を発見するという選択肢も認められていると論じる⁵⁹。

これに対して、血縁を基準にした「親の権利」を主張する Gregg Strauss は、州法は憲法上の制約なく自由に「親」を定義できるわけではなく、「財産権」は州法により定義されるが憲法上の取用条項とデュープロセス条項による制約を受けるのと同様に「親」の定義にも憲法上の制約があると論じる。そこで、第一に、「州は特定の個人を親として承認しなければならない」のであり、具体的には「血縁上の父」「出産した母」「血縁上の母」という「三類型に該当する成人が、州法の規定にかかわらず、憲法上の親としての権利を有する」とする。その上で、第二に、それとは別の「新しい親の類型を認めることは既存の憲法上の親の権利を制限するものとなりうるため、それが合憲か否かは、その正当化事由が既存の親の権利と整合しているか否かによる」として、「州は確立した親権と整合する範囲内でのみ新しい類型の親を承認することができる」と論じる⁶⁰。その上で、Strauss は、継親や祖父母などの養育者が「事実上の親」として認められる可能性に関して、第一に、既存の親の同意は当該親の権利制限の根拠となりうるが、養育に関する同意と法的な親と認める同意を混同してはならないのであり、子の養育を任じたことにより親としての特権を譲渡したことはならないと論じる。第二に、事実上の養育により生じた親子類似の関係を維持することは子の福祉のために必要であるとの議論に対

57 Higdon, *supra* note 35, at 1527-1528.

58 *Id.* at 1531.

59 *Id.* at 1534-1537.

60 Strauss, *supra* note 28, at 955-956, 959.

して、「親の権利」は、「子の福祉」のための手続的権利ではなく、身体的・心理的害悪から子を保護するなどの必要不可欠な利益に密接に適合する場合にのみ制限されうる実体的権利であるとした上で、関係断絶による害悪に関する実証的証拠は存在しないと論じる⁶¹。

その一方で、血縁と婚姻は親子関係の決定的要素でないと論じる Douglas NeJaime は、親子関係を決定するのは親となる「意図」(intent) と親としての「機能」(function) であるとして、このような「意図・機能的親子関係論」は「血縁、性別、性的指向、婚姻関係など親子関係の伝統的指標の重要性を最小化させる」ものとなると論じる⁶²。その上で、NeJaime は、連邦最高裁の判例理論を再読して、血縁上の父の権利を保障した Stanley 判決及び Caban 判決と血縁上の父の権利を否定した Qulloin 判決及び Lehr 判決の分岐点は、本人が養育責任を遂行していたか否かによるものであったと指摘する。その一方で、Qulloin 判決及び Lehr 判決は「母の新しい婚姻家庭を保護」することにより「婚姻を養育に適切な場として提示したもの」であり、Michael.H 判決は「血縁上の父でない場合でも、婚姻関係における父を法律上の父と認めた」ものであるなど、連邦最高裁は婚姻中心的な親子関係論を採用しているようにも思われる。それでも、NeJaime は、連邦最高裁は、「統合家族」(unitary family) を重視しており、「婚姻家族は必然的に『統合』家族となる」がゆえに保護の対象となるのであって、「非婚家族も婚姻同様の外観と行為により『統合』家族となる」ものとして保護の対象たりうると論じるのである⁶³。

3. 小括 — 親とは誰か？

連邦最高裁は「通常の意味の『家族』には血縁的關係が含まれる」が

61 *Id.* at 960, 967-968, 971-977.

62 Douglas NeJaime, *Marriage Equality and the New Parenthood*, 129 HARV. L. REV. 1185, 1197-1198 (2016).

63 NeJaime, *supra* note 33, at 282-296, 297, 299, 300.

「血縁は家族の存在を決定する唯一の要素ではない」と明言しており⁶⁴、現代のアメリカでは「親を血縁により理解すること」は「不正確であり時代遅れである」と評価されている⁶⁵。それでも、Strauss が、事実上の親子関係を重視する立場を批判して、血縁上の親子関係を重視するのは、「我々の社会では、子は監護養育者が継続的で愛情のある養育と支援をすることのみによって発達可能である」ことから、「親の義務の内容は、当事者の表明した意図によってではなく、子の必要性に適合するように形成される公的な家族法によって特定される」べきであるという立場を前提にしている⁶⁶。この点、たしかに、伝統的に親の権利と義務は表裏一体のものと捉えられ、家族法はそれを望まない者に対しても親としての義務を課すものであることからすれば、第一次的には血縁上の親を「親」として養育義務を負わせることは合理的であるようにも思われる。しかし、必ずしも、親の「権利」と「義務」を一体のものとして捉える必要はなく、「親の地位」と「子に対する経済的責任」とを分離させて、既存の親に対して経済的義務を負わせながら他の者が親としての権利を行使することを認めるべきであるとする議論もありうる⁶⁷。少なくとも血縁上の親が子の養育を行わない場合にまで、血縁関係だけを根拠に憲法上の権利主張を認めなければならぬとはいえない。

これに対して、連邦最高裁は婚姻により親子関係が特定されるという立場に重点を置いているように思われる。そのような立場は、婚姻こそが養育の基盤になるという理解を前提にしていると考えれば、現実の養育関係

64 *OFFER*, 431 U.S. 816, 843-845 (1977).

65 Courtney G. Joslin & Douglas NeJaime, *Multiparenthood*, 99 N.Y. U. L. REV. 101, 166 (2024).

66 Gregg Strauss, *Parentage Agreements Are Not Contracts*, 90 FORDHAM L. REV. 2645, 2670, 2672 (2022). この点、Strauss は、親子関係を養子縁組、任意認知、生殖補助医療など合意により形成される契約類似の関係として捉える見解がみられることを批判して、「親権は本質的に公的な地位」であり、「親の権利」は「約束や同意のような契約原理からは正当化されない」と論じる (*Id.* at. 2664, 2672)。

67 Susan Frelich Appleton, *Parents by the Numbers*, 37 HOFSTRA L. REV. 11, 35-38 (2008).

を重視する立場との懸隔が大きいわけではない。さらに、従来婚姻による嫡出推定は、母を自然の親とした上で、父に関してのみ婚姻関係により特定するという性区分を含むものであったが、同性カップルが生殖補助医療により子をもうける事例—Pavan 判決のように「女性の同性婚カップルが生殖補助医療で子をもうけた場合でも出産母の配偶者が第2の親になりうる」とされた事例—を考えれば、それを「ジェンダー中立的に適用することは容易に可能」である⁶⁸。

それでも、婚姻中心的親子関係論に対しては、婚姻と養育を結び付けなければならないという必然性はなく、「婚姻推定は非婚家族の犠牲の上に不必要に婚姻家族を特権化するものである」との批判がある⁶⁹。この点、NeJaime は、先述のように、連邦最高裁は「統合家族の保護」という観点から婚姻中心的親子関係論を採用していると考えつつ、それでも連邦最高裁の「憲法判例は親子の承認に関する拡張的アプローチのための手段と論理を提供した」のであって、それが現代の「家族法の機能的展開」につながっていると論じる。そして、それは家族生活の現実に対応して、婚姻や血縁などの基準を充たさない関係性を排除することなく、現実の家族関係を承認する法の枠組を発展させるものであるとするのである⁷⁰。

その一方で、親の地位は現実の養育関係により決定されるとの議論は、伝統的な血縁・婚姻に依拠した「親の権利」を否定するものであると同時に—養育関係が変化するものであることを考えれば—究極的には「親」と「親以外の養育者」との区別を認めないということにまで行きつくこ

68 Purvis, *supra* note 34, at 596. この点、Purvis は、従来婚姻による嫡出推定制度に関して、未婚の父と未婚の母を区別する根拠とされてきた母子関係の自明性及び父子関係の非自明性は、卵子提供および代理出産の登場と遺伝子検査の簡易化により覆っており、「妊娠した女性が第一の親であり、その他の者は追加的ルールにより追加される者であるとの観念は、医学的にも社会的に維持できないものとなっている」と論じる (*Id.* at 585-586)。

69 Clare Huntington, *Postmarital Family Law*, 67 STAN. L. REV. 167, 225 (2015). その意味で、Huntington は、「立法者も裁判所も、現実の家族の状況と関係なく、婚姻を相互関係と密接性を推定する十分条件とみなしている」ことを批判する (*Id.* at 179)。

70 NeJaime, *supra* note 62, at 319, 334.

とになる。その意味で、本節で検討した「親とは誰か？」に関する議論は、次節で検討する「親は2人までか？」あるいは「親とは何か？」に関する議論に展開することとなる。

第3節 親権の独占性批判 — 親は2人までか？

1. 親権の独占性批判

現代のアメリカ家族法では、「親とは誰か？」の自明性だけでなく、「親とは何か？」の自明性も揺らいでいる。この点、1984年のKatharine T. Bartlettの論稿は、従来、親の地位が「僅かな例外を除けば、独占的な地位」と捉えられてきたことを批判するものであった。Bartlettによれば、「親は、子を監護する権利、訓育を行う権利、教育・医療に関する決定を行う権利、宗教教育を行う権利を有する」とされ、州（政府）・子・第三者に対して親権の独占性が機能してきた。また、親の地位の移転を意味する養子縁組には既存の親の同意あるいは裁判所の命令が必要とされる一方で、養子縁組が成立した場合には養親が親の全ての権利と義務を負うことにより、親権の独占性は維持されることとされてきた。その一方で、近年では、子の健全な成長には継続的な人間関係が必要であると考えられており、離婚・遺棄などにより現実の養育関係が変化しているにもかかわらずに独占的親権を重視することは「親たちとの継続的な接触を維持する子の必要性を無視する」ものとなっている⁷¹。具体的問題として、第一に、子の親と再婚した継親は原則的には子との間で法的な権利義務関係を有しないとされてきたことが問題であるが、それを解決するために継親と子が養子縁組をすることは逆に他方の親と子の関係を断絶させるという問題が生じる。第二に、未婚の血縁上の父は、子に対する権利を確立することが容易ではないばかりか、母との関係が終了し母のその後の婚姻相手が子を養子とすれば、親としての地位を失うことになる。第三に、祖父母を中心とする親族など

71 Katharine T. Bartlett, *Rethinking Parenthood as an Exclusive Status*, 70 VA. L. REV. 879, 884, 893-895, 902, 911 (1984).

による養育が行われた場合でも、親は子の監護権を回復することができ、その後は祖父母などの養育者と子との関係は断絶することになる⁷²。

これに対して、Bartlett は「養育者との親密な関係を維持する子の必要性」を重視する「機能的アプローチ」として、「自然の親あるいは法律上の親との関係性を断つことなく事実上の親関係を承認する」ための「非独占的親権概念」を提唱する。例えば、継親に関しては、継子との親子関係を確立するために養子縁組が望ましいものの、それが法律上の親と子の関係断絶にならないような制度が構築されるべきである。また、養子縁組が行われない場合にも、実親との死別あるいは離婚に際しては状況に応じて継親に監護権行使の可能性が認められるべきである。このように、非独占的親権概念は「多様な子の監護の形態」を許容する柔軟性を有するものであり、「子の利益」を重視する判断の基盤になるとされるのである⁷³。

2. 複数親の可能性

Bartlett の非独占的親権理論は、伝統的には父と母の 2 人に限定されていた「親」の地位を 3 人目以降の者にも認める「複数親」(multiple parenthood) の可能性を示唆するものとなる。この点、Bartlett は、当該成人が 6 か月以上にわたり子の身体監護を行っていること、親の地位を求める動機が真に子への関心にあること、身体監護が親の同意あるいは裁判所の命令で開始されたこと、などの条件により、既存の親とは別に親の地位を認める複数親は望ましいものになると論じる。そして、その場合には、裁判所が監護及び面会交流に関する決定を行うことになるが、ここでは「親の権利」よりも「子の福祉」に焦点が置かれるべきであるとす⁷⁴。さらに、Bartlett は、その後の論稿において、「子の最善の利益」を基準とした監護権の分配に関して検討する。現実には、「子の最善の利益」基準は明確性を欠くものであるため、親たちに予測可能な指針を与えず、

72 *Id.* at 912-939.

73 *Id.* at 944, 951-958, 962.

74 *Id.* at 946-948.

逆に監護権に関する法的紛争を生じさせている。また、同基準は裁判官の有する親規範に適合しない親を排除するものともなるため、親の自律性と家族の多様性を害するものとなる。また、同基準によれば「子の利益」を評価する時点により結論が異なることになる。例えば、離婚後の子の監護に関して、離婚時の評価としては共同監護が望ましいとしても、それを認めることは婚姻中に育児を放棄している親に利益を与えることになる⁷⁵。この点、Bartlett は、American Law Institute による「家族解消の法原則」(ALI 原則) が、「離婚時には監護権はそれぞれが子の養育に費やした時間の概ねの割合に応じて配分されなければならない」としていることを支持して、上記基準は「現実の養育形態を優先する」ものであり「親が結論を予測することを容易にする」ものとなると論じる⁷⁶。

近年では、Courtney G. Joslin と Douglas NeJaime が、裁判例の分析を通じて、複数親承認は必ずしも最近になり生じた劇的な変化ではなく、従来から子の主要な養育者として第3の親の存在が認められており、それは混乱と紛争をもたらすものではなく、子の安定と安全に貢献するものであったと指摘している⁷⁷。Joslin と NeJaime によれば、同性カップルが生殖補助医療で子をもうけることにより子の出生の時点で3人以上の親が登場するような事例は複数親の典型例ではなく、子の出生後に血縁上の親と親密な関係になった者が3人目の親として登場する事例が典型的であり、それ以外には祖父母などの親族が養育する事例などがある。そして、それらの場合でも3人以上が継続的に養育することは少なく、殆どが2人以上で養育が行われている。そこで主要な養育者として3人目の親が登場

75 Katharine T. Bartlett, *Preference, Presumption, Predisposition, and Common Sense*, 36 FAM. L. Q. 11, 13-15 (2002).

76 *Id.* at 17-19. さらに、ALI 原則は、監護権決定に関して「親の人種、性別、宗教、性的志向、婚姻外の性的交渉、経済状況を含む考慮してはならない要素の考慮を禁止する」こと、「親が子を虐待している場合」には「子と他方の親を被害から守るために必要な範囲でその親の接触を制限する」こと、「血縁上の親に加えて、子に有益と考えられる養育を継続している者を承認する」こと、などを規定するものとして意義があると論じる (*Id.* at 21-25)。

77 Joslin & NeJaime, *supra* note 65, at 108-109.

することは、当事者による「選択」や「計画」の所産ではなく、それなくしては子の養育が困難であるという「必要性」に迫られたものであり、そのような現実的必要性に基づいて多くの州裁判所が、複数親を許容する明文上の根拠がない場合でも、既存の親との関係に加えて機能的親と子との関係を保護してきたのである⁷⁸。

複数親に対する批判として、第一に、複数の親による監護権をめぐる紛争が子に悪影響を与えるという懸念に関して、Joslin と NeJaime は、現実には養育責任を行使しようとする者が多すぎるのが問題なのではなく、少なすぎるのが問題であると論じる。第二に、複数親の容認は既存の親あるいは血縁上の親の地位を脅かすという懸念に関して、その前提には親が子の監護を行うという想定があるが、現実には親が養育を行わない家族が多く存在するのであり、そのような状況で3人以上の親を認めることは子の養育者を確保しながら血縁上の親との関係を絶たないためにも必要であると論じる⁷⁹。その意味で、Joslin と NeJaime は、複数親の承認は、現実には親としての養育責任を担っている人と子の関係を保護するために必要であるが、その場合でも不必要に既存の親との関係を終結させることは望ましくないことからすれば、「制定法による明文の根拠を通じてであれ、機能的親法理を通じてである、複数親の承認の可能性のための制度がなければ、子の利益が害される結果になる」と論じるのである⁸⁰。

3. 「親ではない養育者」の承認

複数親の承認は「必然的に法律上の親の基本的権利に影響を与える」のに対して⁸¹、事実上の養育者を「親」とはしないまま法的な承認と保護を与えるというアプローチもありうる。この点、Susan Appleton は、「親」という名前と地位に象徴的価値を認めた上で、それと従来は親の権利・義

78 *Id.* at 124, 136, 165.

79 *Id.* at 178-182.

80 *Id.* at 186.

81 Higton, *supra* note 35, at 1540.

務とされてきたものを切り離して考えるべきであると論じる。その上で、「親」に子との優先的関係性を認めながら、親の機能を階層的に配分することが望ましいとする⁸²。

また、Melissa Murray は、伝統的な親権の独占性と家族のプライバシーは、州（政府）を含めた外部からの介入を抑制するものであったが、それは家族内で行われてきた他者による養育の実態を不可視化させるものでもあったと指摘する。Murray によれば、従来から親たちは核家族の外部から養育を援助してくれる「養育ネットワーク」に依存してきたが、多くの場合、事実上の養育を行う者は「養子縁組や法的後見などを通じて実際に親になる関心を有しない」ものであった。それでも、従来の家族法では、「親」と「他人」を厳然と区別する二元論が採用されてきたため、法的に親になる意思のない養育者の地位を一例えば、継親が事実上の養育者となっている場合でも一承認する余地がないことが問題であった。具体的には、州あるいは使用者による育児の支援は「親」のみを対象として事実上の養育者を無視するものとなっており、例えば、家族・医療休業法（FMLA）は育児・介護の休業を認める対象を「配偶者、子、あるいは両親」に限定してきた⁸³。

これに対して、Murray は、「家族とは誰か？」ではなく「家族がどのように機能するか？」が問題であるとして、「親」の概念を拡大することではなく、「親ではない養育者」の立場を承認するべきであると論じる。規範的問題として、養育を「親の仕事」とすることから「養育に関する親と非親の相互依存性」を承認する立場に転換することが「家族及び被養育者の利益となる」。その上で、「養育ネットワーク」の承認は、それに依存する親たちの罪悪感や不安感を払拭するものになるとともに、養育の社会的役割を明確化して養育者に尊厳を付与するものになる⁸⁴。これに対して、

82 Appleton, *supra* note 67, at 58-59.

83 Melissa Murray, *The Networked Family*, 94 VA. L. REV. 385, 390-394, 396-399, 405-408 (2008).

84 *Id.* at 410-413, 438.

複数親など「親」を拡大させる議論は、親の地位の性格を本質的に変更するものになるばかりか、複数の親に子の利益に関する決定権を与えることにより生じる紛争に関して州（政府）が介入することを余儀なくさせるものとなる。また、そのような議論は「親」と「他人」の二分論を維持するものであり、それよりも親と他人との連続性を承認する理論的枠組を発展させるべきであると論じるのである⁸⁵。

4. 小括 — 「親」とは何か？

伝統的な「親の権利」を重視する議論からは、既存の親の意向に反して複数親を容認すること—あるいは、事実上の養育者の権利を承認すること—は許されないと考えられる⁸⁶。これに対して、David D. Meyer は、伝統的理論では権利主張者が「親」として憲法上の基本的権利を有しているか否かの判断に重点がおかれていたのに対して、近年の家族法判例では憲法上の権利の保持者の特定から利害関係者相互の利益衡量に重点が移行していると指摘する。その意味で、今日の裁判所は、監護権紛争を「家族の相互交流と相互理解の状況に関する密接かつ詳細な調査」が必要な「憲法上の利益の複雑な対立」と捉えていると論じるのである⁸⁷。また、Clare Huntington は、アメリカにおいて家族制度は「文化戦争」の中心であったが、現実には州の立法者や裁判官は「抽象的理念や政治的イデオロギーの問題を素通りして、理論と政策が家族と子の幸福を促進するものであるか否かに焦点をあてる」という「プラグマティズム」に基づくアプローチを採用してきたと指摘する⁸⁸。そのようなプラグマティズムからすれば「子

85 *Id.* at 442-447.

86 この点、Joslin と NeJaime は、親たち自身が親を独占的・固定的地位とは考えておらず、現実の必要性から意図的に他者と親としての権利と義務を分かち合うこともあると論じているが（Joslin & NeJaime, *supra* note 65, at 170）、Strauss は子の養育を任せることと親の地位を譲渡することは異なると論じる（Strauss, *supra* note 28, at 968）。

87 Meyer, *supra* note 15, at 563-564, 568.

88 Clare Huntington, *Pragmatic Family Law*, 136 HARV. L. REV. 1501, 1503, 1507 (2023). Huntingtonによれば、プラグマティズムには、①抽象的理念と

の福祉」のために「子には継続的な養育者と強い安定した肯定的な関係性が必要であること」「子には医療と教育が必要であること」「家族には基礎的な資源が必要であること」などの広範に共有された合意に基づいて政策が形成されるべきものとなる⁸⁹。その意味でも、事実上の養育者を保護する機能的親理論は、婚姻と血縁を根拠とする抽象的理念と支配的規範を克服するものであり、親子類似の関係を承認しないことは子の福祉を害するという観点から支持されるべきものとなる⁹⁰。

現実には既存の親とは別の者が事実上の親として主要な養育者となる場面があるとすれば、「複数親の承認は子にとっての全ての親子関係を法が保護することを認めるものとなる」⁹¹。その一方で、従来の「親の権利」を前提に3人以上の「親」を登場させることは親権の独占性批判という出発点に反する結論ともなりかねないものである。その意味では、伝統的には「包括的・排他的・不可分一体的」な「権利と責任の束」とされてきた「親権」は、現実には分割・移譲可能な複数の部分によって構成されており、養育機能の「アウトソーシング化」もみられる状況を踏まえて⁹²、「子の利益」のために親の機能と権利が配分されなければならないとの考え方が説得的であるように思われる。

おわりに — 日本への示唆

本稿で紹介・検討したアメリカの判例・議論は日本では「親子関係が認められれば、それにまつわる効果全体が発生する」のに対して、「アメリカにおける親子関係は、監護権や扶養義務という個別の効果に向けて争

政治的イデオロギーではなく問題解決に焦点をあてること、②経験的知見と実証的証拠を重視すること、③文脈志向の決定をすること、などの特質があるとされる (*Id.* at 1543)。

89 *Id.* at 1543.

90 *Id.* at 1554.

91 Joslin & NeJaime, *supra* note 65, at 169.

92 Appleton, *supra* note 67, at 22-25.

われる」ことを前提としていることなど⁹³—日本の家族法制度とは大きく前提が異なっているものの、転換期にある日本の家族法制に関して憲法学から考察するに際して参照すべきところも多いように思われる。

日本国憲法には「親」という文言は存在せず、「憲法研究においても民法研究においても、憲法が親権をどうとらえているのかについての検討は手薄であった」との指摘もある⁹⁴。それでも、従来から代表的な憲法学説は憲法 13 条の保障する人格的自律権には「家族の形成・維持にかかわる事柄」が含まれると解しており⁹⁵、さらに「親の子どもを養教育する自由」は「憲法 13 条後段により保障される」とする見解も有力であった⁹⁶。また、最高裁は、「親」は「子どもに対する自然的関係により、子どもの将来に対して最も深い関心をもち、かつ、配慮をすべき立場にある者として、子どもの教育に対する一定の支配権、すなわち子女の教育の自由を有する」と論じている⁹⁷。これらの学説及び判例の動向からすれば、日本国憲法上「親の権利」が存在すると論じられることは自然であるようにも思われる⁹⁸。

しかし、「親の法的地位」は「子の意思に反してでも、自らの決定に従

93 山口真由前掲 (14) 360 頁。

94 山口前掲 (10) 112 頁。その前提として、「憲法上の『親の権利』と民法上の『親権』の理論的關係を考察する」必要がある (横田前掲 (7) 561 頁)。

95 佐藤幸治『日本国憲法論 (第 2 版)』(成文堂・2020 年) 212 頁。

96 竹中勲『憲法上の自己決定権』(成文堂・2010 年) 195 頁。また、旧優生保護法における優生手術の合憲性に関して「子を産み育てるかどうかを意思決定する権利」が「人格権の一内容を構成する権利として尊重される」とされた裁判例もある (仙台地判 2021 年 5 月 28 日判時 2413-2414 号 3 頁)。

97 最大判 1976 年 5 月 21 日刑集 30 卷 5 号 615 頁。

98 米沢広一は「親の養教育権」の根拠として「子どもが自律能力ある成人へと成長していくためには、国家ではなく自律した親の下での継続的な養教育が不可欠である」こと、「親は子どもの個性や要求を熟知しており、子どもの意向を最も反映させやすい立場にある」こと、などを指摘していた (米沢前掲 (14) 249 頁)。また、近時の論稿において、中岡淳は、親権の利他的性格を認めながらも、国際人権条約などを参照して、「子の養教育に関する親の第一次的な権限主体性を否定することには慎重であるべきであろう」と論じている (中岡淳「憲法上の権利としての親権と国際人権」憲法研究 15 号 79 頁以下 (2024 年) 88 頁)。

い子の監護及び教育」を行う権限を含むものである以上は「個人の自己決定権や『自由』の射程を超える問題」であるばかりか、「そもそも『親』が誰かは法律の定めなくして確定し得」ないものである⁹⁹。その意味で、憲法上の「親の権利」に関して論じるに際しては、「親とは誰か」、「親の地位と権利の内実は何か」、が検討される必要がある。そこで、第一に、子の親を特定するに際しては、①血縁を重視する立場、②婚姻を重視する立場（従来の異性婚間の自然生殖を前提とすれば出産した母の配偶者が父となるとする立場であるが、同性婚・生殖補助医療の承認・進展により性中立的な婚姻推定制度を構築する可能性もある）、③現実の養育を重視する立場がありうる¹⁰⁰。この点、養育義務者の特定に関して血縁及び婚姻を重視することは必要であるとしても、親としての地位の保障に関して重視されるべきは現実の養育関係であり、「現実の家族生活」が存在すれば「婚姻していなくても」「血縁がなくても」「そこに親密圏が法的に構築される可能性は開かれている」と考えられるべきである¹⁰¹。この点、従来の嫡出推定制度は、婚姻に単なる推定以上の効果を与えており¹⁰²、別に血縁関係も現実の養育関係もある男性が存在する場合でも懐胎時における母の夫を父とすることにより「子の利益」に反する状況が生じる事例もあった¹⁰³。これに対して、2022年民法改正により母・子などの嫡出否認権（民法774条）が認められたことは、直接には血縁主義を強化したものであるとはいえ、母の懐胎時の夫とは別の血縁上の父が養育している状況では現実の養育関係を保障するものとなりうる。また、子の嫡出否認権行使に21歳未満という年齢要件に加えて「父と継続して同居した期間が3年を下回る」（民法778条の2第2項）という要件を設定したのは「『社会的親子関係』

99 篠原永明『秩序形成の基本権論』（成文堂・2021年）204頁。

100 大村敦志『家族法（第3版）』（有斐閣・2010年）92-97頁参照。

101 齊藤笑美子「親密圏と『権利』の可能性」ジェンダー法学会編『固定された性役割からの解放』83頁以下（日本加除出版・2012年）92頁。

102 窪田充見『家族法（第4版）』（有斐閣・2019年）171頁。

103 最判2014年7月17日判時2235号14頁、最判2014年7月17日民集68巻6号547頁など参照。

形成への配慮」によるものであると考えられる¹⁰⁴。さらに検討課題になるのは、「親子という関係には、『生物学的親子』『社会的親子』『法的親子』があるにもかかわらず「父や母の地位を占める者が『1人』でなければならない必然性はあるのだろうか」という問いである¹⁰⁵。現実には、「父母単独では、監護を十分担えないため、第三者がこれを補うことも多い」のであり、「子に対する不適切な監護状態がある場合には父母以外の第三者に監護者指定の申立てを認める必要性は否定できない」ことからすれば¹⁰⁶、「血縁上の親」あるいは「法律上の親」（嫡出推定により父となった者）とは別に「社会的な親」の存在を承認する必要がある¹⁰⁷。

第二に、親の権利に関して、2024年民法改正以前は、父母の離婚後の子は父又は母の単独親権となること、婚姻外で出生した子は原則として母の単独親権となること（協議により父の単独親権とすることもできること）、が規定されていた（民法819条）。これに対して、従来から「共同親権の可能性を開く必要があるという点では学説は一致している」などとされ¹⁰⁸、各種の法改正提案が行われてきた¹⁰⁹。また、憲法学でも、親権の憲法上の権利性を説きつつ、単独親権制度は「子の利益を著しく害するかが問われることなく、父母の離婚という理由だけで、一方の親権が

104 常岡史子「嫡出否認権者の拡大の意義」民商159巻1号52頁以下（2023年）56頁。

105 阿部純一「嫡出推定・嫡出否認の未来」法セミ799号6頁以下（2021年）13頁。

106 中山直子「親権者（監護者）指定基準の再検討及び離婚後の共同親権（監護）に向けての一考察」岡孝先生古稀記念論文集『比較民法学の将来像』47頁以下（勁草書房・2020年）59-60頁。

107 父母以外の第三者は事実上子を監護してきた者であっても子どもの面会交流を求める審判を申し立てることはできないとされてきたが（最決2021年3月29日判時2535号29頁参照）、2024年改正民法766条の2第1項は家庭裁判所が「子の利益のため特に必要があると認めるとき」は「子の監護について必要な事項として父母以外の親族と子どもの交流を実施する旨を定めることができる」と規定した。

108 田中通裕「親権法の立法課題」法時83巻12号24頁以下（2021年）26頁。

109 共同親権をめぐる民法学説の議論動向に関しては、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『現代家族法講座第3巻親子』209頁以下（日本評論社・2021年）参照。

剥奪される」ものであり「合理性は認められない」と論じる見解があった¹¹⁰。その一方で、「子どもの重要事項を共同で決定する」には「協力関係が必要」であるところ、婚姻中の父母には同居・協力・扶助義務（民法752条）があるのに対して、未婚あるいは婚姻解消後の父母には「親権を共同で行使する前提」としての「協力関係」がない—ただし、婚姻外でも「子育てを共同で行う」との真摯かつ積極的な合意が存在する父母に共同親権を認めないことは平等原則違反になりうる—ことを指摘する見解があった¹¹¹。次に、面会交流権に関しては、2011年改正民法766条により「父又は母と子との面会及びその他の交流」が協議事項として明記され、2024年改正民法817条の13では婚姻中別居の場面における親子交流を父母の協議事項とするなど、実定法上の権利として捉えられるようになってきている¹¹²。また、従来から憲法学説でも、憲法上の「親の子どもを養育する自由」から面会交流権を含む「親子の親交権（親子の親交の自由）」が保障されると論じる見解があった¹¹³。この点、「親権の独占性」を疑問視する立場からは、監護親が他の者を排除して子を独占する権利を認めることには否定的であらざるをえず、「子の利益」に必要な限りで複数の者が親権を行使すること、あるいは、親権者以外の者が面会交流をすることは認められるべきといえる。その一方で、そのような立場は、法律上の親であることだけを根拠に子に対する権利を主張することにも懐疑的であらざるをえないのであり、それまで養育に関与しなかった親あるいは将来的にも養育に有意な関与をすることが見込めない親に対して一個別の事情に基

110 井上武史「離婚した父母と子どもとの法的関係」法時93巻1号98頁以下(2021年)100-101頁。

111 木村草太「婚姻と憲法」法教501号10頁以下(2022年)13頁。

112 面会交流権をめぐる民法学説の議論動向に関しては、栗林佳代「離婚後の親子の交流（面会交流）の保障」二宮周平編『現代家族法講座第2巻婚姻と離婚』309頁以下（日本評論社・2020年）、二宮周平「面会交流の権利性（1）（2）」戸籍785号2頁以下（2021年）、787号2頁以下（2021年）参照。

113 竹中前掲(96)196頁。近時の業績として、吉岡万季『憲法上の面会交流権』（信山社・2024年）、櫻井智章「面会交流権の憲法上の権利性」法教474号123頁（2020年）、井上武史「別居後の親子の面会交流権と憲法」法と政治72巻1号293頁以下（2021年）など参照。

づいて「子の利益」を考慮した結果としてではなく一憲法上の「親の権利」として面会交流権が保障されると解することはできないと考えられる。

最後に、憲法制定者が、「親」という文言をもちいていないことに一例えば、憲法 26 条 2 項でも「国民」が「その保護する子女に普通教育を受けさせる義務を負ふ」と規定していることに一何らかの含意を見出すこともできるように思われる。この点、憲法 24 条には「家族が将来世代育成の場であること」に鑑み「親による監護及び教育を通じて子の人格を発展させる環境を整備するという要請」が含まれているとする見解がある¹¹⁴。その一方で、家族社会学の立場からの「明治以降になってからも、さまざま擬制的オヤたちや、奉公先の主人夫婦、若者宿、娘宿の同輩集団など、おおぜいの人たちが 1 人の子の成長にかかわって」いたのであり、「子育てから何から、人の生活の主要な部分のすべてについて、家族が責任を負うという幻想」は「家族の戦後体制」の産物であったという指摘は傾聴に値する¹¹⁵。その意味で、「家族の戦後体制」の確立以前に制定された日本国憲法は、「親の自明性」及び「親権の独占性」を前提としない解釈論に開かれているというべきであり¹¹⁶、それは現代における家族の多様化に適合した解釈を可能ならしめるものであるように思われる。

114 篠原前掲 (99) 210 頁。

115 落合恵美子『21世紀家族へ (第4版)』(有斐閣・2019年) 90頁。

116 憲法制度議会において、憲法 26 条 2 項に関して、「保護する人のない児童」の教育保障につき、田中耕太郎文部大臣は「事実世話をして居る者」、「工場主」、「孤児院の院長」などが保護責任を負うと答弁している (清水伸編著『逐条日本国憲法審議録第 2 巻』(有斐閣・1962年) 620-621 頁)。