

■ [2022.4.15] 論考／婚姻中共同親権は形式に過ぎず「幻」だった

婚姻中共同親権は形式に過ぎず「幻」だった

＜男女平等の対話を実現する親権制度に改革を！＞

75年前の戦後民法改正時点からわかっていた親権制度の致命的欠陥について

松村直人*

文献監修：古賀礼子**, 松野絵里子***

Joint custody during marriage in Japan is just a formality and an "illusion".
Reform the custody system to achieve equal dialogue between men and women.

The fatal flaw in the custody system that was known from the time of the postwar civil law reform 75 years ago.

Naoto Matsumura*

Document Supervision: Reiko Koga**, Eriko Matsuno***

*子育て改革のための共同親権プロジェクト 代表 / 婚姻中共同親権の制度欠陥国賠 原告

**稲坂将成法律事務所 弁護士 / 共同親権国賠 代理人

***東京ジェイ法律事務所 弁護士 / 婚姻中共同親権の制度欠陥国賠 代理人

概要 日本では子どもの親権制度について、父母の婚姻中は、父母が共同して親権を行使することとなっていることはご存知だろう。さらに、憲法 24 条において「父母が同等の権利を有する」(1 項)、「家族に関する(中略)法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」(2 項)と定められているため、法的には、子の養育に関して婚姻中の父母は対等な権利と責任を保有しているものと信じられているはずである。しかしながら、さまざまな理由から父母が別居をする際に、裁判所での手続きを経た男女の平等が保障されているとはとてもいえない状態となっている。つまり、憲法 24 条 2 項でいう、両性の本質的平等に立脚して、民法において婚姻中の共同親権を定めているにも関わらず、婚姻中の男女の地位の不平等が常態化している。本問題の直接的な法的要因はなんなのか、そしてどうしてこのような民法が作り出されてしまったのかを調査し、考察した。

キーワード：親権制度、婚姻中共同親権、単独親権制度、自力救済、男女平等の子育て

1. はじめに

民法 818 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」と定められ、婚姻中は共同親権が原則となっている。それにも関わらず、現実の子育てに際して、どれほどの父母が、共同親権を意識しているだろうか。父母の合意の有無について配慮した子育てをしているだろうか。子の養育に関し父母が共同で親権を行使することとされていても、例えば子どもの進学にあたり、私立学校を受験し入学させるかどうか、父母の意見が大きく分かれるようなこともあるだろう。感染防止対策としてのワクチンについて、子どもに接種するかどうかや、家でただただ元気のよい子どもを学校から発達障害と指摘されたときに療育機関や支援級に通わせるかなどともとても悩ましい問題であるゆえ、父母の意見が一致しないことが起こりうるのも自然なことである。社会的に見ても、どちらが正解といった答え

があるわけもない。

特に悩ましい事態が発生するのは、さまざまな理由から夫婦が別居を考えるときである。子どもがどこに住むのか、子どもの養育分担時間をどうすればいいのかという問題が生じる。ひとまずお互い冷静になるためにも、一時的に別居することが、離婚を前提にする場合に限らずありうるかもしれないが、現状日本には、このような別居に関する規定は存在しない。民法 752 条で(婚姻中の)夫婦の同居義務が定められるものの、揉めることが容易に想定される別居に関する規定が存在しないのである。実力行使で子どもの居所を移転させるか、他方の親を追い出し、監護状態(子育て)を独占するようなことがあっても、特に規制されることもなく、裁判所における親権者指定あるいは監護者指定手続きに際して、実力行使の結果による現状を追認する判断が行われることさえある。

このような子育てをする父母の素朴な悩みを、私たちは

どう解決したらいいのだろうか。父母の意見に相違がある場合には、即離婚をするしかないといった主張をする一部の学者もいるようだが、そもそも私たちはそういった形の解決策を望んでいるのだろうか。

本論考では、婚姻中の共同親権下において、子の養育について、一般人から見た法制度の現実と問題点、そしてどうして現状の問題が起きているのかといった歴史的背景を調査し、さらには一般人の私たちが何を求めて行くべきかを考察した。

2. 法と社会的手続きの状況

* 親権を共同行使するにあたって、父母の意見が不一致となった場合の調整規定がなく、法治国家が原則禁止している実力行使（自力救済）が家庭内で事実上容認されている。

* 憲法 24 条の「父母の同等の権利」（1 項）、「個人の尊厳と両性の本質的平等」（2 項）の要請から、婚姻中の共同親権を定めたにも関わらず、実力行使が容認されることで、結局父母間の不平等が是正されないことになる。

民法 818 条 3 項では、「親権は、父母の婚姻中は、父母が共同して行う。ただし、父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が行う。」とあり、婚姻中は共同親権を原則とする一方で、但し書きによる、単独での親権行使が広く容認されているほか、意見不一致があった場合にどのように解決すべきかという調整規定が存在しない。

養育監護の内容として、親権の行使を要する場面も現実の生活において多々あり、受験・進学、ワクチン接種や手術行為、子育ての場所、養育分担時間（週末や長期休暇中に旅行に行くのか、塾に行くかなど）、宗教といった親子にとって大事な事柄について、父母間で意見が相違することは起こりうる。話し合いを通して折り合いがつけばいいが、実際には、話し合いを経ても父母間の意見の溝が埋まらないということは起こりうる。その時の解決方法については、民法や、家事事件手続法においてさえも規定が一切ない。法の定めがないため当然支援機関や裁判所などの公的機関で解決する手続きもなく、誰も助けてくれない状態に陥ってしまう。このような状態に陥った際に、十分な話し合いもなく、他方の親の同意なく実力行使で子の居所を移転させる「子連れ別居」や「昼逃げ」も見られる。別の言い方をすると「子の連れ去り」や「実子誘拐」と呼ばれ、こうした強引な手法により、深刻な対立を父母間に生み出すことになる。このような実力行使は、法治国家では原則禁止されているが、日本では家庭の中での自力救済が事実上容認されてしまっている。その実力行使に対して事後的に家庭裁判所における手続きを通じて、救済を求める場合もあるが、その方法の一例として「監護者の指定・子の引渡し請求事件」においても、本来、子の利益の観点から審理すべきであるにも関わらず、

司法も消極的にしか機能しないため、虐待など養育環境が劣悪な場合を除き、現状維持となることもある（「継続性の原則」と呼ばれる）。これは、父母の意見が一致しない場合の調整規定がないほか、調整に際して基準となるべき子の利益の内容も不明確であるため、父母間の実力行使を是正するための国家権力による介入が機能しえないことも遠因となっている。

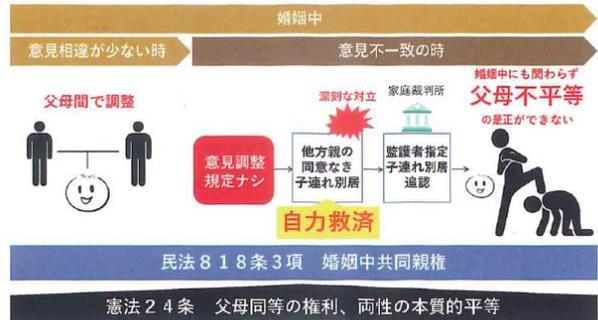


図 1 家庭内の自力救済を容認する流れ

なお、父母の意見が一致しない場合でも、共同の名義とした行為については、善意の第三者との関係では、有効となるため（民法 825 条）、結局は、父母の一方の意思決定のみで事実上有効に親権を行使することができてしまう。あるいは、黙示でも同意しているものと扱われることもある。それもあってか、社会の中には婚姻中共同親権下にも関わらず、父母の一方が明確な同意をしているのか確認することもなく一方の親のみで有効に手続きができる事象が溢れている。むしろ二人の親の同意サインが必要な手続きをみかけることもない。進学にあたっての保護者欄、パスポート取得時の法定代理人、医療行為の同意者といった手続きは、通常一方の親の同意で済ませることができる。

婚姻中共同親権を原則とする定めは、現実はどう機能しているというのか。社会状況を俯瞰的にとらえると、婚姻中共同親権は“建前”や“形式”に過ぎず、かつて明治時代には、婚姻中か否かを問わず、父親の単独親権を原則としていた名残が今も続いているに過ぎないのではないかと。共同親権で具備すべき調整規定がないという致命的な欠陥を抱えていることが浮き彫りになっていく。

3. 法欠陥を生み出した歴史

3.1 公文書からわかること

* 1947 年の第 1 回国会質疑で、婚姻中共同親権下の父母の意見不一致時の調整規定が外された説明がある。
* 1957 年当時の法制審議会の記録においても、父母の意見不一致時の調整規定が課題として挙げられていた。

戦後民法の改正に向けた手続きとしては、1946 年 7 月か

ら行われた記録がある。民法改正の要綱案が作成された後、改正案が作成され、1947年7月の閣議決定ののちに、国会に提出された。

まず本論考の前提となる、婚姻中共同親権が定められた趣旨であるが、1947年8月29日参議院司法委員会において司法省（現法務省）民事局長の奥野健一は、「(明治民法の親権制度は) 両性の平等ということからして適当ではないと考えまして、夫婦が婚姻中の場合であれば、共同して父母が親権を行う」ことにしたと述べており、憲法24条を満たすためであったことがわかる。

次に父母の意見不一致時の規定であるが、要綱案検討のごく初期の時点で既に考えられていた。1946年7月20日付の民法改正要綱案（幹事案・C班案）には「第八百七十七条（中略）親権ハ父母共同シテ之ヲ行フ（父母ハ協議シテ親権ヲ行フ者ヲ定ムルコトヲ得協議調ハサルトキハ裁判所之ヲ定ム）」¹¹とある。本幹事案を作成した長野は回想資料にて「父母が共同して親権を行うということになると（中略）子に二本の手綱をくつつけるわけですから、両方にひっぱられたのでは子供がたまらん（中略）具体的にはこうしたいじゃないかという趣旨で書いたのです。」¹¹と述べており、親権の行使にあたって父母の意見が一致しない時の課題認識を持っていたことがわかる。ただ、その後の要綱案そして改正案そのものには、婚姻中共同親権下での父母の意見不一致時の調整規定は消されてしまった。

その理由が民法改正に向けた第1回の国会質疑の中で垣間見られる。1947年8月29日参議院司法委員会において奥野は、父母の意見の不一致時の扱いについて、「夫婦間の父母の間の適当な処理に任すという意味で、『父母が共同してこれを行う』というだけ」にしたと民法818条3項の制定理由を述べている。さらに、その説明の中では意見不一致の規定があった当時のスイス民法の事例を紹介している。つまり、父母の意見不一致があった場合の調整規定を意図的に外したことがわかる。

そして民法825条（父母の一方が共同の名義でした行為の効力）は善意の相手方が迷惑をするからという理由で、父母の意見不一致時に父母の一方の意思決定のみで同意をできるようにしたと奥野は説明している。

さらに、1957年の文書「法制審議会民法部会小委員会における仮決定及び留保事項」では、「父母の意見が一致しない場合につきこれを解決するための救済規定を設けるべきか。」と明記されており、法務省としても問題の高まりを認識していたことが分かる。

3.2 民法立法者による回想資料からわかること

*** 民法改正時点で規定を作らなかったのは母が父に従うことを前提としていたため。GHQも父母の意見不一致時の規定がないことに疑問を呈していた。**

た。

*** 1957年の法制審議会においても問題となり、規定を設ける気持ちで一致していた。**

戦後民法の改正を行った民法学者の我妻栄、司法省民事局長の奥野健一らによる、民法改正過程、そして1959年の法制審議会の回想録が残されている。

3.2.1 戦後民法の改正時点

○戦後における民法改正の経過（1956年）¹¹

「(奥野) 意見が一致しなかったら父にするかというようなことがあって、そういうめんどうくさいことをとるので、わざわざそこを全然書かなかったのですが、一致しなかったらどうするのだということを司令部でも一応は問題にしたのです。」

「(我妻) もっとも、わが国の法律としても父母の意見が一致しないときは家庭裁判所が決定する、というような規定が必要なのかもしれません。ただ、実際問題として、父の意見を抑えるために、母が敢然として家庭裁判所に申請することを期待しうるかどうか」

○法律時報 第31巻「(座談会) 親族法の改正」(1959年)¹²

「(小澤) あのとときは、一致しないことはまずなかるう。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こうなんだ」

「(我妻) 子の財産を売るという場合に、父親が売るとしても母が売らないといえればできない。しかし実際は、反対しても父親はやるだろう。」

「(小沢) 司令部自体も、その規定（意見不一致時の規定）がなくてもすむというのが、非常にふしぎそうな様子でしたね。それでいいのかという……。」

これらの記載だけを見てもわかるが、戦後民法の改正時点において、母が父に従うことを前提とし、意図的に父母の意見不一致時の規定を外した。そして、GHQの指摘があっても規定を入れなかったことがわかる。

3.2.2 1959年の法制審議会時点

○法律時報 第31巻「(座談会) 親族法の改正」(1959年)

「(我妻) 一番大きな問題は、意見が一致しないときにどうするかということなんです。」

「(唄) (法制審議会の) 小委員会で何か救済規定を設けようというふうな気持ちでは一致していた」

「(小沢) 新民法になってからだいぶ年数もたったわけですが、いまになって考えれば、何か手当をしておかなければいけないという気がするのです。」

「(我妻) 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」

「(中川) 子供のことで人さまに手数をかけるなんていうおやじは情ない奴だという、そういう考え方が根本の一つある」

これを見ると、戦後民法改正から10年が経ち、父母の意見不一致時の規定について問題認識が高まっていたことがわかる。当時の法制審議会においても規定を設けようとしていた。その一方で男性が家族を養う・管理する、女性の意思の尊重に関する記述があり、法とは離れた「性別役割分業」の思想が見え隠れする。

3.3 1960年代以降の民法学者の指摘

* 民法学者は共同親権にも関わらず、父母の意見不一致時の規定がない問題を繰り返し指摘し続けていた。

1959年の法制審議会以降も繰り返しこの点が、民法学者から指摘されてきた。例を示す。

○1960年代

「父母の意見が一致しない場合については民法に規定がなく、したがって父母の一方が反対する場合は、親権行使が不能となる。」(於保不二雄:「注釈民法(23)親族(4)」p.24, 有斐閣コンメンタール, 1969)

○1990年代

「父母の意見が一致しない場合には、これを調整する制度が民法上設けられておらず、親権を行使することができない。立法論上、問題となる点である。」(高木多喜男・松倉耕作:「条解民法III 親族相続法 改訂版」p.234, 三省堂, 1990)

「従来、ともすれば、父親と母親は一体として「親」とのみ捉えられがちであったが、妻の自律意識が強まってきている今日、子どもの養育に関して、父親と母親の意見が一致しないことも十分ありうる。今後、この問題は更に顕在化が予想される。この点、民法学説上、立法上の不備が指摘される」(米沢広一:「子ども・家族・憲法」p.294, 有斐閣, 1992)

○2000年代

「共同親権に改正すると同時に共同親権者間の合意ができない場合における決定手続を立法した西欧諸国法と異なり、両親の不一致の場合の手当てを欠いている。」(水野紀子:「親権法」『特集: 家族法改正—婚姻・親子法を中心に』, ジュリスト No.1384, p.58, 2009.9.1)

○2010年代

「親権の行使について父母の意見が一致しない場合に関しては、規定がない。(中略) 家庭裁判所が父母の一方に決定権を付与するなど、意見調整の規定が必要である。」(二宮周平:「家族法(第4版)」p.211, 新世社, 2013)

「共同行使とは双方が同意しなければ有効な行為を行えないという趣旨であると解される(中略)。協議に関する定めは民法・家事事件手続法に置かれていないが、立法論としては問題があろう。」(大村敦志:「民法読解 親族編」p.236, 有斐閣, 2015)

このように民法学者も、共同親権下の父母の意見不一致時の立法不備を認識し、指摘し続けたにも関わらず、制定から75年経った現在も調整規定は設けられていない。

3.4 1980年代以降遅れをとった日本

* 各国は1980年代以降、共同親権制度に転換するとともに、父母の意見不一致時の規定を作り上げてきた。

大村は「日本の家族法は1970年代までは習俗をリードする存在であった。しかし、その後は習俗の変化に置いて行かれている。」*3と述べ、水野も「この共同親権への改正は、比較法的に見てもごく早い時期に属する」*4と述べているとおり、戦後民法において婚姻中の共同親権の規定を設けたことは、世界に先駆けたことであった。

ただ、その後各国は1990年の子どもの権利条約の発効タイミングと前後して、婚姻時に限定することなく共同親権の選択を可能とする共同親権制度に転換を進めた。例としては、米国は州ごとに1980年代から、イギリスは1991年、ドイツは1998年、イタリアは2006年という具合である。

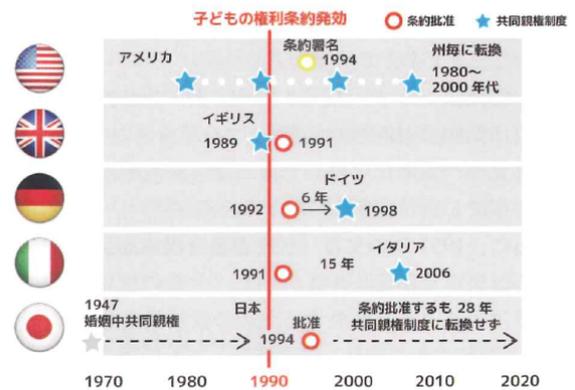


図2 各国が共同親権制度に転換した時期*5

父母の意見不一致時の規定に関して比較すると、第1回国会でも引き合いに出されたスイス民法(1907年)では、「婚姻中父母ハ共同シテ監督権ヲ行フ 父母意見一致セサルトキハ終局の決定権ハ父に属ス」*6とあるように、当時は父母の意見が一致しない場合の最終決定権は父にあると

いったシンプルな規定であった。

その後、各国は共同親権制度への転換にあたって、意見不一致時の規定を工夫して作り上げてきた。法務省が実施した「父母の離婚後の子の養育に関する海外法制について(2020)」⁷⁾によれば、調査対象の24カ国中インドとトルコを除く22カ国が共同親権制度を採用しており、そのすべての国で父母の意見不一致の規定があることがわかる。

4. あるべき規定の姿

*** 共同親権制度各国は、裁判外での調整のほか、裁判所における調整など工夫して規定を設けている。**

憲法24条のいう「父母の同等の権利」「個人の尊厳と両性の本質的平等」に基づき、夫婦である父母が対等な関係で家庭を運営するには、父母二者間の意見不一致時の調整規定が不可欠である。男女平等の子育てを実現していくという実質を伴うためにも、共同親権制度として完成するには、調整規定の存在が前提となる。

共同親権各国ではこの調整規定をどのように定めているのだろうか。上羅⁸⁾は、各国における意見調整の機能について類型化して説明している。大きな枠組みとしては、「①裁判外での調整」を行い、調整がつかない場合は「②裁判所における調整」を行うとされている。さらにその中身についても類型化されており、「①裁判外での調整」では、「①-1 相談サービス・カウンセリング」、「①-2 養育計画の作成」、「①-3 メディエーション」、「①-4 ワンストップサービス」が挙げられている。「②裁判所における調整」では、「②-1 裁判官の介入型」と「②-2 決定権の移譲型」に分けられている。ただ、こういった類型について各国がすべて実現をしているわけではなく、例えばフランスでは「②-1 裁判官の介入型」にあたる調整がされており、ドイツでは「②-2 決定権の移譲型」にあたる調整がされていると紹介している。つまり、各国はこのような裁判外、そして裁判所における調整を行う調整規定を設けていることになる。

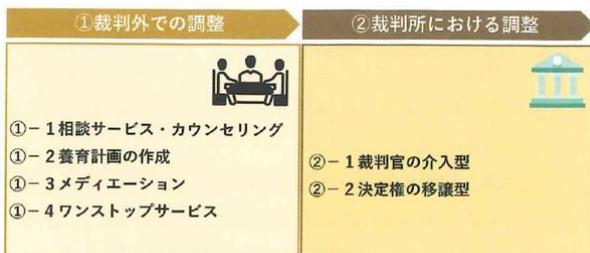


図3 上羅が整理した意見調整のあり方の類型

また上羅は、問題を抱える父母に対して種々のサービスを適切な処方箋として与えられるワンストップサービスの

機能が重要との指摘をしている。そして、父母が納得しなから子の将来を決めることができ、合意できない場合には裁判所による介入を受けることができる。このような基盤があることではじめて、共同親権制度が円滑に機能すると述べている。

また古賀⁹⁾は、親権制度と意見調整機能との関係についてモデル化して示している。現状の日本の婚姻中共同親権(単独親権制度)では、婚姻関係それ自体を、それ以外の男女関係と区別して尊重するだけにとどまり、実質的な家庭内における父母間意見調整を国が支援することを控えるため、結果的に自力救済を容認してしまっている。共同親権制度の各国では、国が父母間の意見調整機能を用意し、自力救済の禁止を徹底している。

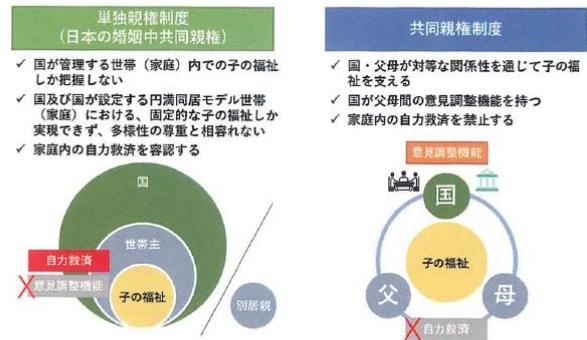


図4 古賀が整理した親権制度と意見調整機能との関係

日本において裁判所というのはどうも一般市民からすると縁遠く、なるべく関わりたくない存在と思う人もいるだろう。それ自体が、家庭や世帯という国家と切り離された空間における自律の現れである一方で、同時に法規範に沿った規律が及ばない事態にも陥りやすく、その最たる例が、家庭内における暴力に対してさえ有効な公的介入が機能しにくい問題とも隣接する。子の最善の利益を確保するには、子の利益概念こそが規範として定立した上で、父母の自律的な選択を尊重する仕組みの確立が重要になる。ただ、各国の状況を知るにつれ、共同親権制度を整備している各国においては裁判外の調整サービスもちろん、裁判所も、父母それぞれを親として尊重しながら、二者の意見を調整する機関として有機的に機能しており、それゆえ、感覚的ではあるがもっと市民にとって身近な場所であるのかもしれない。

もちろん、裁判所が養育事項を具体的に決定することは、かえって、家族の自律性を損ないかねない。そこで、各国の共同親権制度が採用しているのは、例えば、特定の養育に関する事項に、裁判所が決定権者を父母の一方に付与する方式等、親による自律的な養育を尊重する中で、現実的な解決を図るといった工夫である。多様性を尊重する配慮の中で、養育事項に関してはそもそも、唯一の正解が単純に決まるものばかりとも限らない。子の福祉・利益を害することが明らかでない虐待等を防止することは当然としても、進学先の決

定等、多角的な観点から慎重に吟味して決定すること自体に意義がある。そうした積極的な子の福祉の実現は、まさしく、父母の各々の意見を尊重し、調整することによってこそ、はじめて到達しようという理解もあわせて浸透していることが、共同親権制度の国々の実情である。そうした、子の最善の利益に関する理解が付与されているからこそ、それが婚姻中に限定することなく、すべての子どもが平等に享受すべきものという観点から、共同親権を離婚後等婚姻外においてさえも選択できるまで、制度化されている。日本においては、婚姻外の共同親権の選択肢がないという点に限らず、婚姻中共同親権と呼びながら、肝心の父母間の意見調整機能自体が欠落しているという問題も前提として放置され続けていたのである。

5. 考察

本論考では、父母が子育てをする中で意見不一致がある場合、何が起きるのかを紹介させていただいた。そして歴史を振り返ると75年前の1947年の戦後の民法改正時点からこの問題を民法学者は指摘し続け、法務省も認識していた。それにも関わらず、問題が放置され続けてきたことがわかった。

2021年の内閣府調査「離婚と子育てに関する世論調査」^{*10}によれば、父母が結婚している間は、双方が親権者となることを77.4%が「知っている」と答えており、国民の大多数が婚姻中の共同親権を知っている。しかしながらその親権の「内容も含めて知っている」と答えたのは47.9%であり30%近く数が減る。そういった中、本論考で述べたような婚姻中の共同親権下における父母二者の意思決定の考え方、そして父母の意見が不一致の際に何ら法的な解決手続きがないという事実について、戦後の民法改正時点から問題視されていることを知っている方はどの程度いるのだろうか。

2021年8月に報道された内閣府人事局の調査^{*11}によれば、2020年度第1四半期に子どもが産まれた男性国家公務員の99%が育休の取得をしたとのことだ。男性が子育てをすればするほど子育てにこだわりが出てくるだろう。さらに中学受験を描いた人気漫画「二月の勝者」において『父親の経済力』、『母親の狂気』^{*12}と表現されるまでに過熱した中学受験において、小学校低学年から受験塾に通うかどうかといった判断や、5歳～11歳を対象とした感染防止対策のワクチンを接種するかどうかといった判断、発達障害を教育機関から指摘されたときに療育施設や支援級に通わせるかといった判断のように、低年齢の子どもに対する、正解がない重要な判断が父母に求められるような社会環境もある。このような環境下に置かれれば、子育てにこだわりのある父母であれば、意見の不一致が生まれることは当然のことだろう。

このように父母の意見不一致時の調整規定が存在しない

ことは、「子の連れ去り」という深刻な社会問題を生み出している大きな要因であり、婚姻中共同親権下における致命的な欠陥といえる。つまり、婚姻中共同親権と呼ぶものがあったとしても、実質的な保障はなく「幻」に過ぎないともいえる。日本に住み続けている私たちはそもそも父母が対等な立場で子を養育する真の共同親権を知らないのである。

男女ともに働き子育てをすることが当たり前の世の中になった今、男女平等の対話を実現するための父母間の意見不一致時の調整規定を盛り込む親権制度改革は待たなしである。そして、男女平等の社会と子育てを目指すのであれば、私たち一般国民は「真」の共同親権制度への法改正をすることを求める必要がある。

【おわりに】

現在進行中の法制審議会家族法制部会の部会長大村敦志は著書『民法改正を考える』で次のように述べている。「家族法改正にしても、国民の潜在的な関心を掘り起こし、かつ、その意見を聞く機会を積極的に設ける必要がある。たとえば、公式・非公式（政府・政府外）の説明会や中央・地方での公聴会を開くことが望まれる。そのためには、メディアの協力が求められることはもちろんである。メディア自身が積極的に議論のきっかけを提示することも強く期待される。裁判員制度の導入の際に見られたような、息の長い報道体制が望まれる。」^{*3}。私たちは、今まさに審議中の、時代にあった民法の改正を実現するために、メディアが果たす役割を期待したい。

本論考を作成するまでに携わっていただいたすべての方々、そして過去本課題を検討されてきたすべての方々に謝意を表します。

寄 稿

●弁護士 稲坂将成／共同親権国賠 代理人

親が子の世話をする、親が子の学校と連絡をする、親子と一緒にでかける等々、すべて普通の親子の行動です。これを法的にみたととき、親は一体どのような法的な根拠をもって各行動をしているのでしょうか。普段このようなことは意識しませんし、何となく「親権者」だから、などと思っています。では、そうであるとすれば、親権者でない親はどうでしょうか、あるいは、親権者であれば上記行動をとることは本当に可能なのでしょうか。

日本では、上記の行動の法的根拠はまったく曖昧で、実は誰もよく分かっていません。そのため、日本の親は、婚姻中であろうとなかろうと、親権者であろうとなかろうと、とても不安定な立場に置かれています。本論考ではこのことが分析的に考察されています。

「真」の共同親権とは、現状の幻の共同親権を離婚後も

広げるという話ではありません。必要なのは、親子が親子であるための法律の基盤です。

12) 高瀬志帆：「二月の勝者」(小学館)，第1巻1話表紙，2018.2.14

文 献

- 1) 奥野健一・小澤文雄・来栖三郎・中川善之助・長野潔・村上朝一・横田正俊・我妻榮：「戦後における民法改正の経過」(日本評論社)，pp.31, 166-167, 221, 1956
- 2) 我妻榮・中川善之助・奥野健一・小澤文雄・村上朝一・唄孝一：「(座談会) 親族法の改正「法制審議会民法部会小委員会における仮決定及び留保事項(その二)」に関連して」(日本評論新社)，法律時報，第31巻，第11号，pp.84-85, 1959
- 3) 大村敦志：「民法改正を考える」(岩波書店)，pp.140-141，2011.10.21
- 4) 水野紀子：「親権法」『特集：家族法改正—婚姻・親子法を中心に』，ジュリスト No.1384 p.58，有斐閣，2009.9.1
- 5) 日弁連法務研究財団 離婚後の子どもの親権及び監護に関する比較法的研究会(編)：「子どもの福祉と共同親権：別居・離婚に伴う親権・監護法制の比較法研究」，日本加除出版，2007.11.7 をもとに作成
- 6) 内務省社会局：「欧米各国児童保護ニ関スル法規」，p.368，1925
- 7) 法務省民事局「父母の離婚後の子の養育に関する海外法制調査結果」2020.4
https://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00030.html
- 8) 上羅翔太：「日本における婚外子の共同親権制度の導入—子の権利の視点から—」，立命館法政論集，13，pp.73-111，2015
<http://www.ritsumeai.ac.jp/acd/cg/law/lex/hosei-13/uera.pdf>
- 9) 古賀礼子：「議事録を読もう8」，子育て改革のための共同親権プロジェクト 法制審議会家族法制部会 第8回会議事録を読もうの会，2022.2.1 をもとに作成
<https://youtu.be/JfBGqG7HS7M>
- 10) 内閣府「離婚と子育てに関する世論調査」2022.2
<https://survey.gov-online.go.jp/r03/r03-rikon/index.html>
- 11) 内閣人事局「(報道資料) 男性国家公務員の育児に伴う休暇・休業の取得促進に係るフォローアップ」2021.8
https://www.cas.go.jp/jp/gaiyou/jimu/jinjikyoku/pdf/210827_followup.pdf

参 考

■参考1 現行規定

●憲法

第24条 婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。

② 配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。

●民法

(未成年者の婚姻についての父母の同意) ※2022年4月削除
第737条 未成年の子が婚姻をするには、父母の同意を得なければならない。

2 父母の一方が同意しないときは、他の一方の同意だけで足りる。父母の一方が知れないとき、死亡したとき、又はその意思を表示することができないときも、同様とする。

(同居、協力及び扶助の義務)

第752条 夫婦は同居し、互いに協力し扶助しなければならない。

(親権者)

第818条 成年に達しない子は、父母の親権に服する。

2 子が養子であるときは、養親の親権に服する。

3 親権は、父母の婚姻中は、父母が共同して行う。ただし、父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が行う。

(父母の一方が共同の名義でした行為の効力)

第825条 父母が共同して親権を行う場合において、父母の一方が、共同の名義で、子に代わって法律行為をし又は子がこれをするに同意したときは、その行為は、他の一方の意思に反したときであっても、そのためにその効力を妨げられない。ただし、相手方が悪意であったときは、この限りでない。

■参考2 第1回国会会議録

●参議院 司法委員会 第20号 昭和22年8月29日

(奥野健一) 現行法の八百七十七條によりますと、「子ハ其家ニ在ル父ノ親權ニ服ス」というふうになつて「父カ知レサルトキ、死亡シタルトキ、家ヲ去リタルトキ又ハ親權ヲ行フコト能ハサルトキハ家ニ在ル母之ヲ行フ」ということで、第一次的に父が親權を行い、第二次的に母が行うということになつておりますが、これはやはり両性の平等ということからして適当ではないと考えまして、夫婦が婚姻中の場合であれば、共同して父母が親權を行うということにいたしましたのが八百十八條の第三項であります。勿論子供が養子であるときは養親の親權に服しますが、そうでないときは、実父母の親權に服する、而も父母が共同して行うのでありますが、然らば父母の間でその方法等について意見が纏らなかつたらどうするかというような問題も実はあるのであります。この点についてスイス民法等は意見が不一致のときは父の意見で決めるということになつておりますが、それはむしろ却つて適当ではないというので、意見の不一致のようなこともあるかもしれませんが、そこは夫婦間の父母の間の適当な処理に任ずという意味で、「父母が共同してこれを行う」というだけにいたしまして、ただ「父母の一方が親權を行うことができないとき、事実上不可能であるとか或いは親權或いは管理権が喪失しておるような場合は「他の一方が行う」ということにいたしましたのであります。

次に八百二十五條というのは新しい規定でありまして、只今御説明申しましたように、親權は父母共同して行うことになる、その結果子供に代つて法律行為を親權者が行うという場合、或いは子供の法律行為に同意を與えるというような場合は父母が共同してやるということになりますので、多く父母共同の名義で以て子供に代つて法律行為をするというようなことにならうと考えるのであります。この場合に夫婦の一方が、勝手に共同名義を利用して、子供に代つて法律行為をやつたというような場合に、他の一方は、自分の意思に反して他の一方が共同名義を利用したんだ、自分の意思を無視したのであるから、その法律行為は無効であるというようなことを言い出さないと限らないのでありますと、そうしますと、善意の相手方が非常に迷惑をいたしますので、相手方の保護ということを考えまして、そういう場合にでも善意の相手方に対しては効力が妨げられない、有効であるという規定を設けたのが八百二十五條であります。

■参考3 法制審議会民法部会小委員会における仮決定及び留保事項（1957年）

(親權)

第三十九 親權という概念ないし制度の存廃について、左の諸案あり、なお検討する。

(一) 親權を存続する案

甲案 現行法どおりとする案

乙案 現行第七百六十六條の監護權を強化する案

丙案 親權は身上監護權を本質的内容とするものとし、必要ある場合には財産管理權を親權者以外の者に行わせることができるものとする案

(二) 親權という概念ないし制度を廃止する案

丁案 親權という統一的概念を廃止し、身上監護權と財産管理權とに分ける案

戊案 親權という制度を廃止し、後見制度に統一する案

(共同親權)

第四十 父母婚姻中における共同親權の原則（第八百十八條）は維持するが、左の諸点につき、なお検討する。

(イ) 養親と実親とが婚姻中の場合においても共同親權とする旨の規定を設けるべきか。

(ロ) 父母の意見が一致しない場合につきこれを解決する救済規定を設けるべきか。

(ハ) 受動代理等については、単独で足りるものとする旨の規定を設けるべきか

(離婚又は認知の場合の親權者)

第四十一 第八百十九條については、次の諸点につき、なお検討する。

(イ) 共同親權とすることも可能にすべきか。

(ロ) 身上監護に関する権利義務と、財産管理に関する権利義務とを審判（協議又は審判）で父母に分属させることを可能にすべきか（第三十九参照）。

(ハ) 親權者たる父母の一方が死亡した後においても、他の一方を親權者とすることを可能とすべきか。