

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

上 羅 翔 太

(法学専攻 研究・コース

推薦教員：二宮周平)

はじめに

第1章 日本親権法の沿革

第1節 戦前の親権法

第2節 戦後の親権法

第3節 児童の権利条約の批准後

第2章 親権概念の転換

第1節 ドイツ

第2節 フランス

第3章 婚外子の親権

第1節 ドイツ

第2節 フランス

第3節 婚外子の共同親権類型

第4章 父母間の調整規定

第1節 親権の共同行使態様

第2節 裁判外での調整

第3節 裁判所における調整

第5章 婚外子の親権制度改正案

第1節 3つの改正私案の検討

第2節 私見

おわりに

はじめに

2013年9月4日、最高裁大法廷は、婚外子の法定相続分差別規定（民法900条4号ただし書）を違憲と判断した。これにより婚内子・婚外子の法定相続分を平等とする民法改正が実現した。同条ただし書は、相続分だけでなく婚外子の社会的な劣位を象徴する規定でもあったため、不平等条項

が削除されたことの意義は非常に大きい。しかし、まだ残された法の課題があり、相続分平等化の後にも、民法における婚内子・婚外子の法的差異は、父子関係の成立および否定、親権、氏に関して存続している¹⁾。

に関して、現行民法においては、婚姻内で生まれた未成年の子は父母の共同親権に服する（818条3項）。婚外子の場合には、原則的に母が親権者となり、父が認知した場合に、父母の協議または審判によって、父を親権者に定めることができる（819条4項）。しかし共同親権が成立するのは両親が婚姻している子についてのみである。両親が婚姻していない子は一方の単独親権とならざるをえない。そのため婚姻していない父母が共同親権を持つ道はひらかれていない。しかしたとえ親が婚姻していないとしても、親であることには変わりなく、子は双方の親から監護・養育を受けることができるべきではないか。両親が婚姻している子は両親から監護・養育を受ける権利があるのに対し、たまたま両親が婚姻していないからといって双方親から監護・養育を受けることができないのは子の福祉を損なうのではないか。このような観点から婚外子の共同親権のあり方について検討したい。

本稿の結論としては、全ての子は父母双方によって監護され教育される権利を持つとの考えから、婚外子の共同親権を原則化し、その共同行使を円滑化するため、父母の合意形成を促進する裁判外の調整規定を整備し、最終的に合意形成がうまくいかなかった場合に、裁判での調整を行うことができるような制度づくりをすべきと考える。

以下では、まず第1章で日本親権法の沿革を見ることで、子の権利の考えが親権法の中でどのように評価されてきたかを確認する。第2章では、ドイツ・フランスの親権概念がどのように変化してきたかを確認し、その転換の原因を考える。第3章では、ドイツ・フランスの婚外子の親権制度がどのように確立されていったかを概観し、各国の婚外子の共同親権の類型を俯瞰することで、婚外子の共同親権のあり方を考える。第4章では、

父母間の調整規定の方法を、各国の離婚後の親権行使の調整規定を参考にしながら確認する。第5章では、日本における婚外子の親権制度改正案を比較検討した上で、私見を述べる。

第1章 日本親権法の沿革

第1節 戦前の親権法

明治民法において、親権はまず877条で「子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス 但独立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限ニ在ラス 2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権ヲ行フコト能ハサルトキハ家ニ在ル母之ヲ行フ」と規定され、879条において「親権ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ監護及ヒ教育ヲ爲ス権利ヲ有シ義務ヲ負フ」と規定された。

明治民法制定時の議論で問題となったのは、879条の「義務」という文言であった。起草代表者の梅謙次郎に対し、穂積八束らは提案条文から親の「義務」という文字を削除すべきと論じた。穂積らの主張の理由としては、子は親に服従するという権力関係にあり、親が子を教育する義務があるとしてもそれは国家に対するものであり、子に対するものではないというものであった²⁾。これに対し梅は、親権を民法で規定する以上権利よりも義務の方が主であり、親には必ず教育する義務があり、それは国家に対してではなく子に対してであろうと明言した³⁾。採決の結果、義務削除論者が少数であったため、原案通りに成立した⁴⁾。

梅は、後の民法要義においても、親権は子に対する義務であると説明した（私法義務説）⁵⁾。

しかし、その後の学説では、親権は国家に対する義務だと説くもの（公的義務説）が現れてくる。

奥田義人は、親権の性質を法律上の権利義務の集合であるとし、親権の目的として、公益の保護、子の利益の保護、親の利益の保護をあげる。公益の保護について、国家は父または母に子を監護教育し財産を管理する義

務を負わせているとし、子の利益の保護について、父又は母は自らの利益を考慮できない子の代わりに利益を保護し、親権は子の利益を保護することが目的のひとつだとしている。親の利益の保護について、子が完全に発達するか否かは親の利益に重大な影響を与え、親権は親の利益の保護を目的とするため、親権を行うことは親の権利であるとした⁶⁾。

穂積重遠は、879条の規定は義務の方面から論じ、国家社会人類に対する義務と観念すべきとし、親権は親の利益のための権利義務ではないため、親権は多少の制限干渉および援助を国家から受けるとした⁷⁾。

谷口知平は、子の保護監督という親権制度の目的から、直接に国家に対する義務を認めるべきとする⁸⁾。

以上のように、明治民法において親権は、子の監護及び教育を為す権利であり義務であると規定されたが、その義務が誰に対するものなのかが議論的となった。起草代表者の梅謙次郎は国家に対する義務でなく子に対する義務であると論じ、義務という文言が削除されることなく原案通りに成立することとなった。しかしその後、親権は国家社会に対する義務であるという議論が盛り返し、通説化していった。穂積重遠が親権を国家社会に対する義務と位置づけたのは、子の監護教育は、次世代の国民の発育に国家が一定の責任を引き受け、親権に対する干渉や援助をするに至ったためであり、「親権の社会性」を示すための構成であったと指摘される⁹⁾。その意味では、公的義務説は「子の権利」を否定しておらず、むしろ子の保護の文脈で説かれてきたものであり、その点においては私法義務説も公的義務説も同じ立場に立つものであると考えられる。

第2節 戦後の親権法

戦後改正された民法において親権は、818条で「1. 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」と定められた。戦後の

民法改正においては、憲法の男女平等の要請から親権の行使の態様が問題となった。従来親権は父がまずこれを行い、それから母が行うとなっていたが、これが憲法に違反するということになり、男女平等の原則から共同行使となった。

学説においては、私法義務説を採るものが支配的になっていく。

柚木教授は、親権を子に対する純然たる私法上の義務と解し、子の請求権を認めることは、子の人格の尊重から導きだされる結論だとする¹⁰⁾。

山木戸教授は、親権の義務性は民法の規定する限り子に対する私法的性質をもち、子が親権者に対して引き取り・養育などを求める請求権をもつことも無意味でないことから、私法義務説に賛成する¹¹⁾。

磯野教授は、子の人権に対する侵害があれば、その権利の回復・実現を請求することができることが子の権利保護のために必要だとする。親の義務が国家に対するものであれば、子に対する第一次的権利主体が国家となり、国家によるパターンリズムをも認めることになり、国家の権力が無限に個人の生活領域に入ってくることを危惧する¹²⁾。

中川良延教授は、子の権利は、基本的に憲法13条により、個別的には26条1項により保障されており、その権利は私人に対しても主張しうる。そこで民法820条の「義務」は子の権利に対応する義務ということになり、子は自らその権利を行使実現できないため、法は親を義務の第一次的な履行者としているとする。子の権利の侵害が国家によるときは親が子の権利を代行し、侵害が親によるときは子はその回復・義務履行を親に請求でき、さらに国家機関がそれを支持援助すると構成した¹³⁾。

有地亨教授は、子は学習権の主体であり、親は子を将来の社会の担い手として教育する義務を負い、その意味で民法820条は親の子に対する法的責任を定めたものであると論じた¹⁴⁾。

米倉教授は、820条の文理から親権者はその子に対して監護・教育の義務を負うべきであり、公的義務説がとられるなら、民法になぜ公法関係についての規定を導入しなければならないのか疑問であるとする¹⁵⁾。

一方、公的義務説をとる青山教授は、親権は権利であるとしても子に対する支配権ではなく、親の個人的利益のための権利と解すべきでもないとする。そして親権の第一次的性質は、家族の存在意義から、国家・社会に対する義務であるとし、権利と解する場合でも、この義務を何人にも妨げられずに行うことができる権利として解すべきであるとする¹⁶⁾。

また子と社会双方に対して義務を負うとする折衷説もある。我妻教授は、近代法においては親権の内容は子の保育・監護・教育という職分だとする。この職分とは、他人を排斥して子を保育・監護・教育する任に当たることのできる権利であるが、その内容は親の利益ではなく子の福祉をはかることであり、その行使は子および社会に対する義務であると説明する¹⁷⁾。

他に、中川善之助教授は、身分法は統体法的権利であり常に権利であると同時に義務でもあるとし、親権については特にその性質が強いとする。親権は何人よりも先に子の監護教育をなすべき義務であり、何人よりも先にこれをなしうる権利なのだ¹⁸⁾と説明する。

以上のように、戦後になると公的義務説が批判され、私法義務説が展開されていくことになる。特に注目すべきは中川良延教授の見解である。中川教授は公的義務説を批判し、子を権利客体と見るのではなく、権利主体性¹⁹⁾と見ることによって、親権の支配的性格を再検討しようとした。このように見ることによって、子自身が親により監護教育される権利を持ち、ひいては父母双方により監護教育される権利を持っているのだという考えに結びつけることができる。このような考えは、以下で見る児童の権利条約の枠組みによってさらに強化されることになる。

第3節 児童の権利条約の批准後

1989年に国連で採択され、1994年に日本が批准した「児童の権利に関する条約」は、子の権利の保障、特に子の権利行使主体性を認めたことで、日本の親権法に影響を与えることとなった。

批准された本条約は子に権利享有主体、権利行使主体としての地位を保

障し、子は親を知り、親により養育される権利を有するとしたことに意義がある¹⁹⁾。

本条約では、子の保護の第一次的責任が親にあることが明記され（18条）、締約国は親の義務と権利を尊重する（5条）とされる。その場合の国の義務は、親による保護が期待される場合は、二次的なものであり、親の保護が期待できない場合は子の保護の一次的責任を負うことである²⁰⁾。このように親はその第一次的責任を全うするため、国から不当な干渉を排除することができ、国に対して援助を求めることもできるが、その際の親の権利行使は子の最善の利益基準によって判断される²¹⁾。

子は人権主体であるが、未成熟な段階では自ら権利を行使することはできない。そのため第一次的に親が権限を行使して子の養育の義務を負い、それがなされない場合は、子は親に対して義務を果たすよう求めることができる。しかし未成熟な子はそのような請求ができないため子の権利の視点から親権法を検討する際は、親権法と手続法・社会法を連動させ、子の権利の確保を図るシステムが構築されるべきだと指摘される²²⁾。

学説においては親権を義務のみと捉える説が現れる。米倉教授は、親権の性質について820条は権利と義務を全一体としてとらえ、親権は義務である旨を定めているものとする²³⁾。

また有地教授は、親権には親の子に対する権利という意味は含まれておらず、親が子に対する義務を履行するについて他人から不必要に干渉されない法的地位と解されているとする²⁴⁾。

しかし、近時の大多数の学説は親権を権利と義務両方の性質を持つと捉え、親権の権利性は承認されるべきだとする。

田中教授は、親権者が家長や国家・教会の介入を排して子の教育を担うとされるに至った歴史的意義があるため親権の権利性を全く否定することはできないとする²⁵⁾。その上で、児童の権利条約にみられる子の権利主体性の承認の観点から、私法義務説をとり、その義務に対応する子の権利を承認することが重要であるとする。そこでは子の人権を享有し権利を行使

する主体として位置づけることが必要とされる²⁶⁾。

棚村教授は、世界人権宣言、児童の権利条約の規定から、子の養育は第一次的には親の権利であると承認されており、親権を義務のみであると解すと特別法によって国家の介入によって制限されてしまう懸念もあるため、親権については、子の利益保護の徹底と親の義務を強調したうえで、国家や対第三者との関係では子の利益のために親の権利も存すると考えるべきだとする²⁷⁾。

平田教授は、親権は、子に対する養育義務を履行するための、子の福祉に関する裁量義務であると説明する²⁸⁾。

窪田教授は、親権の権利性は社会や国家との関係における権利としての性格を持ち、なにが適切な監護かということについての親権者の裁量の範囲内の監護・教育については、国家や社会は介入すべきではないとする²⁹⁾。

本山教授は、児童の権利条約を引きつつ、近時では親権の義務性が強調されるようになってきていることから、親権は子を適切に養育する親の権利・義務であり、同時に親から適切な養育を受ける子の権利・義務だと構成する³⁰⁾。

これらの学説から、今日では親権は子の権利を起点とし、児童の権利条約の観点から、子の権利主体性を尊重するための親と国のあり方が規定されるべきである。条約の枠組みでは子には成長発達する権利があり、それに対応して子の養育には親が第一次的責任を負う。親はその責任を果たすため国の不当な介入を排除できるが、国に援助を求めることもできる。親が養育の責任を果たせない場合は、国が子の権利を守るため介入することを認める。ここでの養育責任は父母双方が負うものであり、婚外子についても例外ではない。

条約18条1項1段は「締約国は、児童の養育及び発達について父母が共同の責任を有するという原則についての認識を確保するために最善の努力を払う」と規定する。岩志教授は、民法は父母の婚姻中は父母の共同親権とするが、離婚後・婚外子の場合は強行的に単独親権としており、その整

合性については検討の余地があると指摘し、条約は父母を第一次的な養育責任者と位置付け、それは父母の婚姻・離婚によって変わらないにもかかわらず、一律に養育の共同性を否定することは父母から養育を受ける子の権利を否定することにつながるとする³¹⁾。このように考えることで、婚外子が父母双方から監護教育を受ける権利を保障することができるのではないだろうか。

以上、日本における親権法の沿革を見てきたが、次に諸外国における親権概念の転換をドイツとフランスを例に見ることで、日本の状況と比較検討したい。

第2章 親権概念の転換

第1節 ドイツ

1896年に制定された BGB 親権法では、第4編第2章第4節第2款に親権の規定が置かれ、1626条で「子は、未成年である間は、親権に服する」と定められていた。親権は婚姻から生まれた子のための制度であり、原則として父のみに帰属していた。母は、身上監護の権利義務を有していたが、法定代理権を有しなかった（1634条）。母が親権を有するのは、父が死亡したとき、死亡宣告を受けたとき、父が親権を喪失し婚姻が解消したとき（1684条）、婚姻継続中に父が事実上親権行使を妨げられているとき、父の親権が停止しているときのみに限られていた（1685条）。第二次大戦後、基本法および男女同権法によって、婚内子については父単独親権から父母共同親権への転換が図られたが、離婚後は原則父母いずれかの単独親権にとどまった³²⁾。

ドイツ親権法に大きな転換をもたらしたのは、1979年の「親の配慮に関する法の新規整のための法律」であった。これにより、親権は子を保護するための義務的性格へと位置づけられた。そのことを表すために、従来の「親権」(elterliche Gewalt)という用語から、「親の配慮」(elterliche

Sorge) という新しい用語へと変更がなされた。1626条1項は「父および母は、未成年の子を配慮する権利と義務を有する。親の配慮は、子の身上と子の財産を配慮する権利と義務を有する」と規定した³³⁾。

親の配慮へと転換が図られた背景として、子はその成長に伴って憲法上の基本権の担い手となりうるのだという主張があった。これを前提にすると親権の基礎には、子が自己責任を果たす人格へと発達を遂げるために必要な保護や援助を求める権利が存在し、親権は子の成長発達権を支援する義務を親に課すものである。このような内容を表すのに親権という用語は不適切であり、親の義務性を正確に表せる語として「親の配慮」という用語が採用されることとなった³⁴⁾。

1997年12月16日の「親子関係法の改正のための法律」は、婚内子と婚外子という概念区分を廃止し、離婚後の父母の共同親権を導入し、婚外子について父母の配慮表明による共同配慮制度を導入した。また親の配慮の義務性を強調するために、「父母は、未成年の子について配慮すべき義務を負い、権利を有する」(1626条1項)と規定された³⁵⁾。

これら一連の改正の原動力として、ボン基本法による憲法要請と、それを具体化してきた連邦憲法裁判所の裁判が挙げられる。子は基本法2条1項に保障される一個の自由な人格発展の権利を持った個人であり、親の養育権もその個人としての子との関係で捉えられるべきとされる。1979年の配慮権法は、親の配慮を「自立し、かつ責任を意識して行動するための子の能力の増大と、欲求の増大とを考慮に入れて、子のために配慮する親の義務であり権利である」(1626条)と明示しているが、これは子を独立した人格として尊重する趣旨である。

ドイツ親権法の変遷の過程で見られるのは、基本法6条2項を基礎に親の養育権の優先を認めつつ、子自身が一個の人格へと成長する権利の主体であり、親の配慮はそのような子を保護・教育・監督する親の義務であるという位置づけである。一種プログラムの的に子の権利と認められることで、その保護の必要性が前提となり、実現のためのシステム作りの要請が出て

くるのだとされる³⁶⁾。

第2節 フランス

1804年のナポレオン法典は、9章に親権の規定を置いた。372条では「子は、その成年又はその未成年解放まで、その父母の権威のもとにとどまる」と規定されたが、373条では「父のみが、この権威を婚姻中行使する」と定められた。ここでは親権の絶対性が承認され、父が排他的・恣意的に親権を行使することができた。19世紀末になると社会的・経済的变化に伴い親権の濫用・不行使が増大し、国家の親権への介入の要請が高まった。そこで1899年に失権制度が導入され、さらに「危険にさらされている青少年の保護に関する」1958年オールドナンスにより育成扶助が導入され、子の利益への配慮が強化された³⁷⁾。

フランスの親権法は、1970年6月4日法律70-459号により、大きく改正される。これまで親権は「父権 (puissance paternelle)」と呼ばれていたが、この改正により「親権 (親の権威) (autorité parentale)」へと変更された。また婚姻中の親権行使における父の優位性が廃止され、父母が平等に扱われることになった。さらに離婚後の親権行使についての明文規定が設けられ、離婚後は子を監護する父母の一方に親権行使が委ねられた (373-2条)³⁸⁾。

1970年法の主要な目的は、親権行使における父母平等の実現であった。その他にも父母が離婚・別居した子、自然子の親権規定を改善し、親権に対する制限の規定を改善することも目的とされた。用語の変更がそれを端的に表しており、「paternelle」から「parentale」への変化は婚姻中の親権行使の父母平等化に対応している。また「puissance」から「autorité」への変化は、支配権的意味合いをなくし、権利と義務を包括する「職務」的概念に置き換えることを意味する。これらは1970年法が子の利益保護を徹底させることを目的としたことを表している。これを受けて、371-2条は親権の目的を「子をその安全、健康及び精神において保護する」とし、規

定し、親権が支配的権力ではなく保護の職務であることを宣言している。そして父母の親権の内容を子に対する「監護、監督及び教育の権利・義務」と規定した³⁹⁾。

1987年の法改正により、離婚後の父母共同親権が導入された。287条では「親権は、未成年子の利益にしたがって、あるいは裁判官が両親の意見を受けた後に両親によって共同で、あるいは両親の一方によって行使される。親権の共同行使の場合には、裁判官は、子が通常の居所を有するところの親を指定する」と規定され、373-2条では「父母が離婚し、又は別居している場合には、親権は、あるいは両親によって共同で行使され、あるいは裁判所がそれを委ねた父母の一方によって行使される」と規定された⁴⁰⁾。

この改正の背景として、離婚の激増と両親が離婚した子の増加が挙げられる。離婚が増加する中、多数の父が子の監護を奪われる事態となり、父の多くが離婚後も子との関係の継続を求めた。このような「新しい父」は離婚後の子の監護が母に独占される現実に不満を持ち、父の権利拡大を目指す社会運動が展開された。このような流れで、離婚後も父母がともに子に関わりあうことができる制度が目指されていった⁴¹⁾。

1987年法により離婚後の親権の共同行使が立法的承認を得たことは、父の権利拡大という側面が一つの契機となった。しかし親権の共同行使は「子の権利」の視点から考慮されるべきであり、議会での議論もそれが基礎とされた。そこでは、「両親の子の傍らにおける存在が子の発達にとってかけがえのない要素」であり、子は両親への権利を有すると指摘されている。つまり1987年法は「子の権利」が親権の共同行使の承認の出発点としているのである⁴²⁾。

続く1993年法では、1987年法によって実現された離婚後の親権の共同行使をさらに推し進め、児童の権利条約に合致するように、離婚後の親権の共同行使が原則化された。すなわち新287条においては、「親権は、両親によって行使される」と規定され、単独行使は例外となった⁴³⁾。

2002年法は、真に子の権利を向上させるため、子の利益を目的とする親権の強化が図られた。371-1条3項では家族の調和のなかで子の成長に応じた子の権利を認め、373-2-7条では離別後の事態に対応するため広い自由裁量を両親に認めた。また2002年法以前は、親権は明確に定義されておらず、監護権・指導権などの個々の属性から定義づけたり、子の身上および財産に関する権利の総体であるなど、説明がわかれていた。2002年法は371-1条1項で「親権は、子の利益を目的とする権利および義務の総体である」と定義した。そして同2項において「親権は、子を安全と健康と精神において保護するために、および、子の教育を確保し、子の発達を可能とするために、その人格に払われるべき敬意において、子の成年到達または解放まで両親に属する」と規定し、保護と教育という2つの側面から具体化した。さらに行使について、372条1項は「父母は、共同で親権を行使する」と定める。ただし同2項で「父母のうち的一方に関する親子関係が、すでに他方に関して親子関係が立証された子の出生から1年を超えて立証されたときには、この他方のみが依然として親権の行使を有する。子の2番目の親に関して親子関係が裁判によって宣告されたときも同様である」とされ、単独行使となる可能性が残されている。しかしその場合でも、父母の共同の申述または家族事件裁判官の決定により親権を共同行使とすることができる（同3項）。さらに373-2条は「両親の離別は、親権行使の帰属に関する準則に影響を及ぼさない」と定める。これらにより原則として、親権はすべての子について両親に帰属し、共同で行使される⁴⁴⁾。

以上のように、ドイツの親権法は、当初父のみが親権を有する規定であったのが、男女平等の観点からはじめの変革を遂げていく。それまで支配権的性格を有していた親権は「親の配慮」へと名称が変更され、子には成長発達する権利があり、親の配慮はそれを支援する義務であるという考えへと転換が図られた。さらに離婚後の共同配慮が導入されるが、これらの改革は子の権利主体性を認め、親の配慮はそれを保護・監督する義務で

あるという考えのもとになされてきた。一方、フランスの親権法は、同じく男女平等の観点から出発し、父の優位性を廃することから変化し始める。同時に親権が有していた支配権の性格を取り去り、親権は子の利益を保護する職務的概念へと転換していく。そして更なる子の利益強化と、父の権利拡大のため、離婚後の共同親権の導入へといたる。

ドイツとフランスで共通しているのは、男女平等の視点と子の権利・保護の視点である。言い換えると父母双方が平等に子にかかわることができるようにされ、同時に子が父母双方を求めることができるようにされたということである。親権から支配権の意味合いが排除されたことで、子の権利が出发点とされ、子が父母双方から監護・教育を受ける権利を持つという考えへと変わっていったのである。この変化は婚外子についても同様に生じることとなる。

第3章 婚外子の親権

第1節 ドイツ

1896年の BGB においては、1707条において「非嫡出子に対する親権は母に帰属しない。母は子の身上を監護する権利を有し義務を負うが、子を代理する権利を有しない。子の後見人は、母に監護権が帰属する範囲において補佐人の法的地位を有する」と規定された。婚外子の母には、子に対する身上監護権は認められ、子の教育・職業・居所に関する決定の権利などは母に帰属した。しかし母は法定代理権を持たず、財産管理権も認められなかった。これらをもつのは子の後見人であり、後見人は母の補佐人として身上監護権の行使を援助し、監督した(1689条)。子の後見人となるものは、1922年7月9日のライヒ児童福祉法により、子の出生と同時に出生地の少年局が自動的に後見人となった(同法35条)。このような後見主義をとった理由として、婚外子の母には好意と十分な真剣さが欠けており、子に対して献身的な愛情をいだいておらず、無関心にふるまうなど、起草

者による母に対する差別的見解があった⁴⁵⁾。

他方で1896年法は、婚外父子の法的血族関係を否定した。1589条2項は、「非嫡出子とその父は〔法的〕血族とはみなされない」と規定していた。法的血族関係が否定されたため、それを前提とした民法の諸規定は婚外父子に適用されず、婚外父子の家族法的権利義務関係が排除された。このように婚外子の父の親権取得の可能性は言及されなかったが、父の親権取得の道が閉ざされていたわけではなく、婚姻準正、嫡出宣告⁴⁶⁾、養子縁組を選択することによって親権者となることは可能であった。起草者の考えとして、「婚姻にもとづく出生によって媒介された結合」こそが家族法的権利義務の倫理的前提であり、婚外父子の場合にはそれがなく、「夫婦間の強いきずなど、これによって基礎付けられた家族生活」があってはじめて権利義務が保証されるが、婚外父子には同じくこの保証が欠けている、というものがあつた⁴⁷⁾。

1961年の家族法変更法により、1896年民法の婚外関係の規定も改正された。ここでは婚外子の母の親権問題についてとりあげられた。母が親権も代理権ももたないという1707条の原則は維持されたが、信頼できる母のために、1707条2項に「後見裁判所は、申し立てにもとづき、子に対する親権を成年の母に移譲することができる。裁判所は個別的事務もしくは一定の範囲の事務を移譲から除外することができる」という規定が追加された。これについて連邦政府は、婚外子の母に一律に完全な親権を与えることは、すべての婚外子の母が必要な資格をそなえているわけではないためゆきすぎであり、そのため後見裁判所の参加を規定したと説明する⁴⁸⁾。

1969年法では、1705条で「非嫡出子は、未成年のあいだ母の親権に服する」と規定された。そして特定重要事務の処理のため子に自動的に監護人が付された（1706条）。ここでの特定重要事務とは、父性確認、その他子の親子関係または氏の確認・変更に関するすべての事務（1706条1号）、扶養請求、扶養に代わる決済金の請求、これらの請求権の処分、子を有償で養育している第三者への扶養義務者の給付からの支払い（1706条2

号)、父・父の血族が死亡した場合に子に帰属する相続権・遺留分権に関する取り決め(1706条3号)であった⁴⁹⁾。

1969年法ではさらに1589条2項が廃止され、婚外父子は法的血族関係に立ち、血族に係る民法の諸規定が適用されることとなった。しかし父への親権付与はいまだ認められなかった。もっとも子の監護権者の意味または後見裁判所の決定にしたがい、父は子と交流することができ、また後見裁判所は父に、子の身上・財産問題について意見を陳述する機会をあたえることができた⁵⁰⁾。

1997年の「親子関係法の改正のための法律」は、婚内子と婚外子という概念区別の廃止を行った。この改正により、1626条a1項に、「子の出生時に親が婚姻していなかったときには、以下のいずれかの場合に、親に共同で親の配慮が帰属する。1 親が配慮を共同で行うことを希望する旨意思表示したとき(配慮表明)。2 親が婚姻をしたとき。ただし、婚姻が後に無効と宣言されたときにも適用される。」との規定が置かれ、未婚の親についても共同配慮が可能とされた。それ以外の場合には「母が親の配慮を有する」(1626条a2項)とされた。この配慮表明を導入した背景として、未婚の男女間には必ずしも確固とした非婚生活共同体があるとは限らず、不安定な関係の中に生まれてくる子について親のいずれかの意思に反して共同配慮を認めることは、子に紛争の種を背負わせる危険があるという判断があった。配慮表明は、親が共同生活をしているかどうかに関わらず認められ、裁判所による事前審査も必要とされない。これは共同生活できない親に共同配慮の道を閉ざさず、婚姻外に生まれた子にのみ裁判所の判断を介在させるという新たな法的差別を作らないという要請に応えるものである⁵¹⁾。

この改正の背景として、家族のあり方の変化、法の不統一状態、国際的動向、判例による改正の要請、があげられる。について、婚姻せずに同棲するカップルは以前は多くなく、婚姻関係にない両親の共同監護は考えられなかったが、ここ30年間で非婚カップルの数は約10倍に

増え、共同監護への要求が高まったとされる。 について、東ドイツでは非婚カップルが多く、婚外子の差別も早くから撤廃されていたが、西ドイツでは職権監護制度が設けられていた。ドイツ再統一後に旧東ドイツ地区でこれを強行することはできなかったため法の不統一状態が生じており、これを解消するためにも法改正が必要となった。 について、1992年に発効した児童の権利条約によって、婚外子差別撤廃のため、あらゆる立法的行政的措置をとることが義務付けられた⁵²⁾。 について、連邦憲法裁判所は出自及び監護に関する訴訟事件においてたびたび法の違法性を指摘しており、立法的措置を執ることを要請していた。1991年5月7日の決定（BVerfGE 84, 168）では、1738条が、婚外子に対する父の「嫡出宣言によって母は親の監護を行使する権利および義務を失う」と規定していることについて、基本法6条に反し、違憲と判断された⁵³⁾。

2013年の改正では配慮表明制度に一定の修正がなされた。従来の制度においては、父母の一方が共同配慮に反対する、特に原則的に配慮権者となる母が反対する場合に、婚外子の父が共同配慮権者となることができなかった。そこで2009年12月3日ヨーロッパ人権裁判所判決は、配慮表明制度のヨーロッパ人権条約8条（私生活及び家族生活の尊重）との関連における14条（差別の禁止）への違反を指摘し、続く2010年7月21日連邦憲法裁判所決定において、基本法6条2項に基づく婚外子の父の親の権利を侵害すると判示された。そこで今回の改正では従来の配慮表明制度を維持しつつ、裁判所による共同配慮の移譲手続きが新たに導入された（BGB 1626a条1項3号、2項）。

共同配慮の移譲手続きは父母の一方の申立てに基づく。ここでは父だけでなく母も家庭裁判所に申立てを行うことができる。これは母が申立てをすることにより、共同配慮に積極的でない父を共同配慮に引きこむことが可能になるからであると説明される。父母の一方により申立てがなされた場合、他方が態度表明を行うための猶予期間が設けられている（FamFG 155a条2項2文）。

共同配慮の申立てがなされた場合、共同配慮の移譲を阻止しうる理由の有無により2つの手続が用意されている。父母の一方による共同配慮の申立ての際に、父母の他方が沈黙している場合、父母の他方が共同配慮の移譲を阻止しうる理由を提出しない場合、及びそのような理由がその他明らかではない場合には、共同配慮が子の福祉に反しないことが実体法上推定され(BGB 1626a 条2項2文)、家庭裁判所は「簡易な手続」により審査を行う(FamFG 155a 条3項)。ここでは家庭裁判所は書面による手続により判断を下し、口頭による討論や少年局の審問、父母の本人審問なども予定されていない。他方、共同配慮を阻止しうる理由が存在する場合は、裁判所は職権探知主義が妥当する通常の手続による(FamFG 155a 条4項)。ここでは裁判所は子の本人審問だけでなく、子の父母の本人審問も行わなければならない。また共同配慮の移譲に際しては、家庭裁判所は「移譲が子の福祉に反しない」という消極的な子の福祉審査を行う(BGB 1626a 条2項1文)。これは原則父母双方が親の配慮を共同して引き受けるべきという改正法の理念による⁵⁴⁾。

第2節 フランス

ナポレオン法典は、383条で「第376条、第377条、第378条及び第379条は、適法に認知された自然子の父母に共通である」と定め、懲戒権の規定が自然子にも適用されると規定した。そのため自然子も親権のもとに置かれると推論されたが、その親権の帰属や内容については不明確であった⁵⁵⁾。

そこで1907年の自然子の保護と後見に関する法律は、ナポレオン法典を次のように改正した。改正383条は「適法に認知された自然子の親権は、父母のうち最初にその子を認知した者によって行使される。父母の同時認知の場合には、父のみが親権に結びついた権威を行使する。親権の帰属する父母の一方が先に死亡した場合には、生存者が当然にそれを授けられる。裁判所は、何時にても、子の利益が要求するなら、親権を法律によって授けられなかった父母の一方に委ねることができる。これらの留保のもと、

また財産管理についての389条に述べられることを除き、自然子の親権は、嫡出子の親権のように取り扱われる」と規定し、出来る限り自然子と婚内子の同一化を図ろうとした⁵⁶⁾。

1970年法は親権の行使における父母の平等の実現と、父母が離婚・別居した子、自然子についての親権の規定を改善することを目的としていた。本法では自然子の親権の規定について、単独認知の場合と両親の認知の場合に分けられた。単独認知につき、373条は「自然子については、親権は、子が父母の一方のみによって認知された場合には、子を任意に認知した父母の一方によって行使される」と規定した。両親の認知につき、374条2項は「父母の両者が子を認知した場合には、親権は、全体として母によって行使される」とした。これは1907年法では父優位の制度となっていたものを、現実には多くの場合母が単独で子を養育しているという批判に応え、母優先の原則を確立したものである。しかし議会において自然子の両親が同居して生活しているケースにおいては母による単独親権行使は対応し得ないという批判がおり、374条2項に「但し、裁判所は、一方若しくは他方又は検察官の請求に基づいて、親権が父のみによって、又は父母によって共同で行使されることを決定することができる。後者の場合には、子が婚内子であるかのように、372条から372-2条が適用される。」との但書が追加された。これにより父母の親権共同行使が制度として認められることとなった。このような1970年法については、自然子と婚内子の平等および男女平等の理念を後退させ、現実を優先させたとの評価がなされている⁵⁷⁾。

1987年法は、自然子の親権について、従来から認められていた父母による親権の共同行使をより容易にすることが目的とされた。このため法は、両親に合意がある場合に後見裁判官への「共同の申述」によって親権の共同行使を可能とし、そこでは子の認知と両親の合意のみが要件とされ、すべての自然子の両親に適用されるとした。この背景として、1975年には411,000組であったユニオン・リープルが1981年には710,000組に増加し、

それともない自然子の出生数も1975年の53,000から1982年の113,000へと増加したことがある。このようにユニオン・リーブルが普遍化したことにより、自然子も父の愛情を得て父母と共同生活をおくるケースが増大し、母による単独親権行使がこのような現実には適合しないことから、これに対応する親権行使の形態が求められるようになった⁵⁸⁾。

1993年法は、民法典の条文を社会実態に適合させ、フランス法を児童の権利条約の規定に適合させることを目的としていた。自然子の出生率は1970年の6.8%から1990年には30%以上となり、多様な家族モデルの平等化が要請され、児童の権利条約における子の権利主体性の承認はフランスの親子法・親権法の体系的見直しを迫った。そこで自然子について1993年法は、自然家族における親権の共同行使を一般化し、自然子の両親への権利を認めようとした。改正された372条2項において「自然子の両親が、子が1歳の年齢に達する前に双方とも子を認知し、同時の認知又は2番目の認知の時に共同で生活する場合においては、親権は、同様に共同で行使される」と規定された。これは条件付きではあるが自動的に親権の共同行使が認められる制度が導入されたといえることができる。また、372条のなかに婚内子と自然子双方の親権についての規定が置かれたことにより、自然家族と嫡出家族を同列に扱うという配慮が反映されている⁵⁹⁾。

2002年法では、婚内子・婚外子問わず共同親権が原則とされ、すべての子について親権が両親に帰属し(373-1条)、共同で行使される(372条, 373-2条)。婚外子については、「すでに一方の親との親子関係が立証されている場合、他方の親が子の出生から1年以内に親子関係を立証しなければ、親権は、一方の親の単独行使となる」(372条2項)と規定されているが、その場合でも父母の共同の申述または家族事件裁判官の決定により親権を共同行使とすることができる(同条3項)⁶⁰⁾。

フランスでは婚姻件数が年々減少しており、これは正式結婚以外に、内縁関係、同棲関係、契約に基づくPACS関係など男女の生活形態の多様化に起因している。離婚は年間12万件にのぼり、婚外子は約30万人にのぼ

る。しかし、両親が別れた子のうち80%が母親に託され、25%が父親に会うことさえできない現状がある。この背景には70年法で婚外子の親権に関して、「……両親の一方が子を認知した場合、親権は全体として母親によって行使される」（民法典374条）としたことの影響があると言われる。今日ではこの規定が拡大解釈され、子の養育・監護は母親の経験主義に基づくことが自然とされるようになった。しかし、離婚・内縁関係の解消において、子を引き取った母の負担が大きいことが指摘されてきた。そこで2002年法では、子が両親により養育される利益のために両親の共同の原則の適用を可能とすること、親権の行使条件の調和を図り、両親の関係の如何を問わず、子間の平等を確立すること、1970年6月法で定められた親権の改革、1990年にフランスが批准した国連の「児童の権利条約」の適用が目的とされた⁶¹⁾。

以上のように、当初ドイツでは、はじめ母のみが制限された監護権を持っていたが、その制限が緩和されていき親権を有するにいたるなど、母の権利向上が課題であった。それが児童の権利条約批准、判例の動向、東西ドイツ統一、非婚カップルの増加を機に、婚内子と婚外子の区別が廃止され、共同配慮も導入されるにいたる。そして直近では裁判所による共同配慮移譲手続きが導入された。これは共同性に一定のハードルを設けていたのを、男女平等、ひいては父の権利向上のため、制限が緩和されるようになったといえる。

フランスでは、父のみが親権を持つという規定であったが、母が親権を持つという規定へと転換し、父優位から母優位の制度となる。それと同時に共同行使の可能性を認め始める。これ以降、共同行使が簡易化され、児童の権利条約にいう子の権利主体性の承認から共同行使の一般化がなされ、共同行使の原則化へといたる。このようにフランスでは婚外子の親権は共同行使の原則化の歴史をたどってきたといえる。

このように両国が婚外子の共同親権を制度化してきたのは、非婚カップ

ルの増加，男女平等，児童の権利条約を背景とする子の平等の理念を反映するためであったと考えられる。

第3節 婚外子の共同親権類型

ドイツとフランス以外にも婚外子の共同親権（監護）を可能とする国々がある。ここで各国の婚外子の共同親権法制を俯瞰すると，以下のように原則共同親権型，共同表明型，申立・裁判所判断型の3つに類型化することができる。

(1) 原則共同親権型

婚外子の親権について，原則共同親権となる類型であり，上記のフランスとイタリアがその代表例である。イタリアでは2013年の改正まで父母による同居が共同親権の要件とされていたが，改正により婚姻外で生まれた子の認知が，父母双方により行われる場合は，親責任（親権）は父母双方に帰属する（316条4項）とされ，同居の有無の要件は取り除かれた⁶²⁾。

(2) 共同表明型

父母が共同で共同配慮の意思表示を表明した場合に，裁判所の審査なしに共同配慮となる類型である。ドイツでは，父母による共同の配慮表明がなされたとき，婚姻したとき，父母の一方の申立てにより家庭裁判所が共同配慮の決定をしたときに，共同配慮となる（1626a条）。家庭裁判所は，父母の一方の申立てにより，子の福祉に反しない限り，親としての配慮またはその一部を父母共同のものとする。父母の他方が共同配慮への変更に反対する事由をあげず，他にそのような事由がない場合は，親としての共同配慮は子の福祉に反しないと推定される（1626a条2項）。

(3) 申立・裁判所判断型

婚外子の親権は母親に単独で帰属するが，父母双方または父が申立て，裁判所が認めた場合に共同親権となる類型である。

ニュージーランドでは，子の母は常に後見人となる。父は，子の母がその子を懐胎したときから出産するまでの間に子の母と婚姻またはシビル・

ユニオンの関係にあった場合、デ・ファクトカップルとして同居していたなどの場合に後見人となる（養育法17条）。子の母の配偶者等でなかった父は、家庭裁判所に子の後見人としての指定を申し立てることができ、裁判所は、子の最善の利益に反しない限り、その者を後見人として指定しなければならない（養育17条-20条）⁶³⁾。

スウェーデンでは、婚姻していない親の場合、母親の単独親権となるが、両親が共同親権を望む場合、両父母双方の申立てにより、共同監護が子にとって相容れないものでない限り、裁判所は共同監護を認めなければならない。また婚姻していない両親が、共に父性確定の承認のために社会福祉委員会に報告し、税務当局での登録を行った場合にも共同親権は認められる（親子法6章4条）⁶⁴⁾。

フランス・イタリアでは両親の婚姻・同居の有無に関係なく子の身分の平等化が図られており、子の親権について一貫した簡潔な制度がとられている。その背景として、父母双方による認知を父母の共同性の担保とする制度となっていることがあるように思われる。一方ドイツでは、両親の共同の配慮表明が必要となるが、一方が拒否した場合、家庭裁判所に申し立てることとなるため、ニュージーランド・スウェーデンのような申立・裁判所判断型に移行することになる。ドイツにおいては、1896年民法以降、婚外子の親権については後見主義的立場をとり、婚外子の母への不信感と婚外子の母の権利保障が繰り返し問題となってきた。そのためドイツにおいては婚外子の共同親権を認める際に、非婚関係が不安定であるため後見主義的立場から共同配慮表明という制度を設け、また認知について母の承諾を必要として母の意思を重視するにいたったと考えられる。

第4章 父母間の調整規定

第1節 親権の共同行使態様

父母間で親権の共同行使が実現した場合に問題となるのが、親権の共同行使の方法である。特に父母が別居している場合、どのような行為を単独で行うことができ、どのような行為が共同で行う必要があるのかを決定する必要がある。また共同で行うべき行為について父母が一致できないと、重要な問題について決めることができなかつたり、一方の独断で決定すると子の利益を損なう可能性がある。そこでどのようにして共同行使の調整を行うのかという調整規定も必要となる。そこで以下では諸外国の調整規定について見ていくが、婚外子の共同親権の場合についての判例等の資料が乏しいため、離婚後の共同親権行使の規定を参考にしたい。

まず何を共同で行うべきかについての規定を、ドイツとフランスを例に見る。

ドイツでは、共同配慮の場合、子の福祉のため父母は意見一致に努める義務がある（1627条）。重要事項について意見が一致しないときは、父母の一方の申立てにより、家庭裁判所は、当該事項についての配慮権行使を父母の一方に委ねることができる（1627条）。重要事項以外の日常生活事項は、原則として同居の親が単独で決定する権限を有する（1687条）。

重要事項としては、日常の監護の領域における基本決定、居所の定め、氏の定め、学校教育、宗教教育、職業訓練、緊急事態を除く外科的侵襲、子の転校の決定、関係者との面会交流、子の財産の運用と利用などがあげられる。日常生活事項については1627条において「しばしば生じるものであり、子の発育に重大な変更を及ぼす効果を生じない」という基準が示されている。例として、軽い病気の治療、日常的な病気の予防、学校への病気の欠席届、特別行事への参加、贈与された金銭の管理などの比較的重要でない財産管理事務などがあげられる⁶⁵⁾。

フランスでは、親権の共同行使において、日常的行為については、両親の一方が単独で親権を行使しても、善意の第三者との関係では、他方の同意を得て行使するものとみなされる（372-2条）。民法典には日常的行為の範囲は明記されていないが、学説では、日常的行為を子の将来にとって重大性をもたない行為であるとする。例として、学校の欠席届、バカンスの許可、団体への加入、軽微な手術、身分証書の申請、日常的な検査や治療などがあげられる。一方、重要な行為は、学説において、子の過去を断絶し、子の将来を拘束する行為で、子の基本的な権利に関係するものだとされる。これには教育機関への登録、長期間の入院、重大な治療、重大な外科手術などが含まれる⁶⁶⁾。

これら重要な行為において父母が一致しない場合には、裁判所に申し立てることになるが、多くの国で裁判前に父母間の意見を調整する制度がとられている。

第2節 裁判外での調整

(1) 相談サービス・カウンセリング

ニュージーランドでは、当事者による解決を円滑にするため、家庭裁判所や民間団体により、パンフレット、親支援プログラム、カウンセリング等の支援が行われている。当事者間に紛争が生じた場合、当事者は家庭裁判所の登録官にカウンセリングを請求することができる。このカウンセリングは家庭裁判所保有のリストに登録された専門カウンセラーにより原則公費負担で行われる⁶⁷⁾。

(2) 養育計画の作成

アメリカでは、共同監護において、何について共同で行うか、子の監護に関し、父母双方がどのように関わりあうかを個々に取り決める養育計画（parenting plan）の作成が行われている州が増えている。一般的に、子の主たる住居、親との交流の日時、休暇中の過ごし方などの配分が決定される。養育計画を定める一般的意義として、計画作成を通じて親同士が

子について考え対話を深める効果があること、詳細な取決めを作成することで、未決事項を巡る紛争を低減させる効果があることがあげられる⁶⁸⁾⁶⁹⁾。

(3) メディエーション

オーストラリアでは、1991年の調停および仲裁法によりメディエーションの制度が導入された。これにより当事者の合意をコンセント・オーダーとして文章化し、法的拘束力を与えるという紛争解決が可能になり、判決という形によらず、紛争を解決するための制度として機能している⁷⁰⁾。

フランスでは、裁判官は親権行使の態様について決定する前に、両親が自発的合意にたどり着けるようメディエーションを受けることを勧めることができる(373-2-10条)。裁判官は両親の合意を得た後、メディエーターを指名することができ(373-2-10条2項)、両親にメディエーションの目的と手続きについて知らせるメディエーターに会うことを命ずることができる(373-2-10条3項)⁷¹⁾。

フランスにおいて、メディエーションは「多様化した発展が進む中で家事事件において、家族の断絶や別離状態に置かれている者の自治や責任で展開される家族関係の構築若しくは再構築のプロセスであり、「公正で、独立しており、資格を備え、かつ判断を下す権限を有しない第三者である家事事件メディエーターが、非公開の面接や当事者間の意思疎通の構築によって、当事者間の紛争の管理を促進する」ものと定義されている⁷²⁾。メディエーターの資格を有する者は、法律と社会心理学について長期間教育を受け、国家免許を保持していなければならない⁷³⁾。メディエーションの目的として、自分の考えを説明すること、対話を修復すること、夫婦関係と親子関係を区別すること、親責任の共同行使にあらゆる意義を与えること、持続可能な解決を導くこと、の5つがあげられている⁷⁴⁾。

（4）ワンストップサービス

ドイツにおいては、コッヘム・モデルと呼ばれる家族紛争解決モデルがある。1992年にコッヘム・ツェル郡の区裁判官であるユルゲン・ルドルフ氏が、裁判官・弁護士・少年局職員・相談所スタッフ・鑑定人などを集め「別居または離婚に関する研究チーム」を作り上げた。これは親の配慮や面会交流に関する手続の迅速化と両親の合意を得るために集中して努めることを目的としており、子の利益を中心に、法律家以外の専門家を参加させることで、両親が子の問題に目を向け、議論することができるようにした。離婚しようとする両親は、離婚を申し立てる前に弁護士事務所を訪れる。弁護士は、両親に少年局との相談や相談所へ行くことを勧める。弁護士が離婚事件を申し立てる際は、申立書に簡潔な内容のみを記載し、家庭裁判所は申し立てから14日以内に裁判期日を開く。このことが少年局に報告され、少年局は家族とコンタクトを取り、両親の相談を受け、裁判外の合意を締結するよう勧める。取り決めに合意しない場合、両親は相談所へ行き、14日以内に相談期日が設けられる。相談所へ行かない場合は、裁判所が少年局と相談期日を取り決め、少年局員が両親を相談所へ連れて行くこともある。それでも取り決めに合意しない場合、裁判所の手続へと移行する。このようなコッヘム・モデルの要素は2009年の家事事件手続法（FamFG）に法的制度として導入されている⁷⁵⁾。

オーストラリアでは、両親の合意による解決を支える組織として、「家族関係センター（Family Relationship Centre、以下 FRC）が全国65か所に設置されている。ここでは、親・子のニーズの把握、情報の提供、親への教育的なカウンセリング、メンタルヘルスへの対応、法律相談、無料のメディエーション、トレーニングのためのセミナーの実施などが行われている。訪れた人に対し、アドバイザーが個別相談することにより、その人に何が優先的に必要なかを把握することができ、さまざまな機関へ橋渡しの役割を担っている⁷⁶⁾⁷⁷⁾。

スウェーデンにおいては地方自治体であるコミューンが大きな役割を果

たしている。コミュニケーションには監護、居所及び面会交流に関し、契約に至るように援助する義務がある（親子法6章17a条）。またコミュニケーションは監護・居所・面会交流の問題において両親が契約に至るよう援助しなければならず、コミュニケーション当局または適切な専門家によって家族が共同対話を提供されることを確保しなければならない（社会サービス法5章3条）⁷⁸⁾。

この役割を行うのがコミュニケーションに置かれる家族法事務所である。公的機関であり、社会福祉学の高等教育課程を修了した社会福祉学士の資格を持つ職員で構成される家族法事務所は、離別した子の養育に関する協調的対話、裁判所からの請求に基づく情報提供、裁判所からの委託調査、父性推定の確定、養子縁組の親の適格審査、コンタクトパーソンの斡旋、契約書の作成の業務を行う。協調的対話においては、まず親から連絡が入ると問題について尋ね、協調的対話が必要とされれば説明が行われる。一方親から連絡があったことを他方親に通知し、協調的対話について説明したのち、面接が行われる。双方親と一緒に面接を行うことが目標とされるが、別々に会うこともある。3回から5回ほどの面会でケースが終了し、合意に達することが多いとされる⁷⁹⁾⁸⁰⁾。

以上のように、各国でさまざまな父母間の合意を促進する制度がとられているが、これら制度は単独で実施されているわけではなく、複数を組み合わせることで機能させている。そこで重要となってくるのが、ハブとしての役割を果たすワンストップサービスである。ドイツでは裁判所、オーストラリアでは家族関係センター、スウェーデンではコミュニケーションがそれぞれハブとして機能している。問題を抱える父母に対し適切な処方箋を与えることができるワンストップサービスの機能が、父母間の調整においては重要であると考えられる。このような裁判外での合意形成の取り組みが奏功しなかった場合に、裁判所における調整へと移行する。

第3節 裁判所における調整

(1) 裁判官の介入型

フランスでは、子の利益の保護の観点から、家族事件裁判官の幅広い介入権限が認められおり（373-2-6条1項）、親権に関するすべての問題に対してなされうる。親権の行使態様について両親に不一致がある場合は、裁判官にその態様を定めるよう申し立てることができる（373-2-8条）。その際の考慮事項として、両親の以前の慣行、両親の以前の協定、子の感情、両親の適性、鑑定の結果、社会的調査・反対調査による情報が定められている（373-2-11条）⁸¹⁾。

(2) 決定権の移譲型

ドイツでは両親が親の配慮につき合意できない場合に、それを取り決めることが子にとって重大な意義を有するときは、申立に基づき、家庭裁判所が親の一方に決定を委ねることができる（1628条）。決定を委ねる要件として 親としての配慮の個別の事項または特定の種類の事項において父母の合意の努力が功を奏しなかったこと、 意見の相違が配慮の個別の事項または指定の種類の事項に関すること、 問題の事項が子にとって重大な意味を有する事項であることがあげられる⁸²⁾⁸³⁾。

決定を委ねる際、家庭裁判所は特別な実体的な権限を持たず、決定する権限を付与する権限を有するのみである。もし実体的判断を行った場合、1628条に違反するだけでなく、基本法6条2項1文の親の権利に違反することとなる。BGB 1628条は基本法6条2項の親の権利の保持のもと、裁判所に両親の不一致の場合に一方親に決定を移譲する権限を与えるのみであり、裁判所が自ら実体的判断を下す場合は、その法的権限に違反し、基本法6条2項1文の親の権利に干渉するとされる⁸⁴⁾。

決定を委ねるための基準は子の福祉である。子の福祉は、どちらの親に決定を委ねるべきかの基準であるだけでなく、裁判所がそもそも移譲すべきか否かについての基準でもある。子と同居していない親に権限を移譲することは子の福祉に反しないとされる。子の予防接種に際し、世話をして

いる母が1回目の接種には同意したものの、2回目の接種を拒否したケースにおいて、世話をする一方親(母)の態度が定まらない一方、世話をしていない親(父)は更なる予防接種を命ずる第一審の決定により遅滞なく数回の予防接種を実行し、問題に対し明確な態度を示していることにより、世話をしていない親に決定が委ねられた⁸⁵⁾。

また裁判所は、移譲の結果に関係する世話をする一方親の利益の具体的な考慮に関与することができることとされる。離婚手続きが継続中であり別居している夫婦の間の障害を持つ子の転校に関する問題で、子と同居する母は特別学校への転校を主張するが、同居していない父が転校に反対するケースにおいて、母が学校への送り迎えを行い、学校用具を用意し、宿題の面倒を見る一方、父は子らの扶養料を支払うのみであることから、母が子らの人格と発達への影響をよりよく評価することができるとし、単独で日常的に子を扶養している母親の利益をも考慮し、母親に決定を委ねた⁸⁶⁾。

子にとって重大な意味を有する事項であるかどうかは、その事項が子に及ぼす影響によって決まる。学校教育や職業教育、宗教、氏の選択などは重大な意味を有する事項であるとされる⁸⁷⁾。子の外国への旅行が問題となったケースで、父は母が子をアラブ圏へ連れ去るおそれがあると主張したが、父はもともとこの旅行には反対しておらず、母方の家で子らの面倒をみることができると遠方の外国旅行の危険が明白に減少され、母がアラブ文化をよく知っていることから、父により主張された連れ去りの危険はないとし、母に決定権限を委ねた。ここでは幼い子の親密でない文化圏への旅行も重大な意味を有する事項であると判断された⁸⁸⁾。

このようにフランスでは、裁判官に幅広い権限が与えられ、親権の行使態様について裁判官が決定することができる。一方ドイツでは、憲法上の親の権利に干渉するため、裁判官にそのような権限はなく、父母のどちらかに決定を委ねる権限しかもたない。これら一連のプロセスを経て、父母の親権行使の態様が最終的に決定されていくこととなる。

第5章 婚外子の親権制度改正案

第1節 3つの改正私案の検討

これまでに婚外子の共同親権化について構想が公にされているものを紹介し、検討する。

まず許教授は、家族のあり方の多様化を前提として、親権は子の保護を法的に安定させることを意図していることから、親でない者が養育している場合にも、それを法的に確保する必要があるとの理念から、以下の改正案を提示する。

まず親権の帰属と行使を区別し、帰属の段階では父母共同親権を原則とする。非婚の父については、行使の段階で適切な配慮がなされ、任意認知について母（または子）の承諾を必要とする改正を行う場合は、認知した父を帰属の段階で親権者とするに問題はないとする。親権の行使の段階では、婚姻の有無・父母の同居の有無とは関係なく親権の共同行使を認める。日常的な事項については実際に世話をする親による行使を認めれば足りるが、子の養育に関する重要事項については共同行使を原則とすべきとし、その例として未成年の子の婚姻に対する同意、15歳未満の子の氏の変更、15歳未満の養子縁組の承諾などをあげる。その場合の父母間の調整に関しては、家庭裁判所の調停により父母の合意が得られるよう働きかけ、その上で家庭裁判所の判断にゆだねる手続きが必要だと指摘する。さらに父母間で監護について問題が生じた場合に、総合的な判断が可能となるような規定を整備すべきだとする⁸⁹⁾。

次に犬伏教授は、子の利益の観点から、子には父母双方から養育を受け権利が保障されるべきであり、父母の婚姻と子の養育を関連させることには正統性がないとの理念から、以下の改正案を提示する。ここでも親権の帰属と行使は区別され、帰属の段階では父母共同親権を原則とする。非婚の父についても、法的親子関係が存在する者の間の養育関係をできるだ

け一律平等に扱うシンプルな立場をとり、許教授と同様、認知の段階で子（あるいはさらに母）の承諾を必要とするとの改正がなされれば、認知した父を親権者とし、後は親権行使の調整の問題とすべきだとしている。親権の行使については、原則として父母は親権を共同で行使するが、日常的な事項については単独行使を認める。父母間に意見の不一致がある場合は、家庭裁判所の関与を認め、意見が一致しない事項について適切に判断しうる父母の一方に決定権を与えとする⁹⁰⁾。

第三に水野教授は、婚外子にも共同親権の道を開き、子の育成に両親を関与させることで親権紛争の沈静化を図り、親権行使に関する紛争に対応する手段を設け、不適切な親権行使に対する制約・監督手段を設けることを目的とし、以下の改正案を提示する。他の2案と異なり、本案では原則として親権の帰属と行使を区別しない。その理由として、現行法との乖離が大きいこと、婚外子の父が親権を持たないほうがよい場合もあること、親子関係があることは親権者になることと同一視できないと思われてきたことなどをあげる。そのため婚外子の親権は、父が母の同意を得て戸籍に共同親権行使の届出をしたときに限り共同となり、届出がなされない場合は母のみを親権者とする。これは父の認知に母の同意が不要な現行実親子法の下では、婚外子の父を自動的に親権者とすることへの危惧があるためである。非婚の母が不当に同意を拒否した場合には、父は裁判所の判断を求めることができる。

親権の行使の不一致の場合には、裁判所が決定権限を父母いずれかに定めることにとどまらず、態様全体について決定できるとする⁹¹⁾。

三者の改正案を見ると、それぞれ婚外子にも共同親権を認める方向で一致している。親権の帰属については、許・犬伏両教授は親権の帰属と行使を分離し、原則父母共同親権とするが、水野教授は帰属と行使を区別せず、母の同意を共同親権の要件としている。これは現行法の立場から一方的認知のケースを危惧しているものであり、一方的認知を防ぐ認知法改正を前提としている許・犬伏両教授の案とは隔たりは大きくないと考えられる。

第2節 私 見

それでは日本において婚外子の共同親権制度を導入するとすれば、どのようなものであるべきか。これまでの議論を参考にしながら以下で考えたい。

まず、第1章で見たように、現在の日本の親権制度は子の権利を出発点としている。子の権利主体性が承認され、それに対応して親にはそれを保護する義務が生じる。そして児童の権利条約の観点からこの義務は父母双方が共同して負うこととなる。これは父母の婚姻のいかんを問わない。つまり全ての子は父母双方によって監護され教育される権利を持つのである。また、第2章、第3章で見たように、ドイツ・フランスでも親権から支配権的性格を取り去り、子の権利を出発点とすることで、子が父母双方から養育されることを保障する制度へと変化していった。婚外子についてもそれは同様であり、共同親権が認められるようになった。このように子の権利主体性を承認し、子が父母双方から養育される権利を持つのであれば、婚外子についても共同親権とすることができるよう制度化することは必要なことではないだろうか。

では婚外子の共同親権はどのような形態が望ましいのか。それは第5章で見た、許・犬伏案に言う、親権の帰属と行使を分離し、帰属の段階では原則共同親権となる制度であると考ええる。確かに現行法との乖離や一方的認知の問題はあるかもしれないが、認知に母の承諾を必要とする制度に改めるのであれば、子が父母双方から養育されることを保障するという理念を最大化することができる原則共同化へと進むべきではないだろうか⁹²⁾。こうして共同化された場合に問題となるのは、共同行使の父母間の調整である⁹³⁾。

父母が同居している場合には問題にならないが、別居の場合には、どのような行為を共同で行い、単独で行使してもかまわないのはどのような場合かということを決める必要がある。そこで第4章第1節でみたように、日常的行為と重要な行為に切り分け、重要な行為については共同で行うこ

とを要するが、日常的行為については子と同居する親が決定する権限を持つとするべきであろう。

それでは重要な行為について父母間で一致できない場合にはどうすればいいだろうか。まず第一に求められるのは、父母間の合意の努力を促進することである。父母間の対話を促し、父母自身に決定させることで、お互いに納得のいく結果になるとともに、それが子の利益にもつながるのではないか。父母間の合意を促進する制度として、第4章第2節では相談サービス・カウンセリング、養育計画の作成、メディエーションをあげたが、最も重要であるのはワンストップサービスの存在であると考ええる。問題を抱えた父母が、ワンストップサービスを展開する機関を訪れば、問題についての情報を受け取ることができ、専門家による相談を受けることもできる。その相談を通じて、この父母がメディエーションの措置にふさわしいと判断されれば、メディエーションへと移行することができる。このようなワンストップ的サービスを展開する場所が日本にはまだない。明石市の取組みも協議離婚の利用者が対象である。しかし、理想を述べれば、裁判所よりも身近であり、福祉との連携も可能である基礎自治体が望ましい。実際にどのように制度設計していくかは更なる検討が必要である。

以上のような父母間の合意形成措置がうまく働かなかった場合に、裁判所による調整が開始される。日本では家事事件は調停前置であるため、ここで再度合意形成を試みることができ、それでも合意ができない場合には、裁判官による調整が開始されることになる。第4章第3節ではフランスの裁判官の介入型とドイツの決定権の移譲型をあげたが、決定権の移譲型のほうが望ましいのではないか。裁判官が幅広い介入権限を持って決定するよりも、子の事情について少なからず理解している父母のどちらかに決定させるほうが子の利益にもつながると考えるからである。移譲の基準については、父母のこれまでの親権行使の態様、父母間の合意事項、子の意思などが考えられる。このような調整規定がそろふことによって、共同親権の枠組みが機能し、ひいては子の利益につながると考えられる。

お わ り に

日本では、親権法における子の権利の重要性が古くから説かれてきたにもかかわらず、婚外子の権利については親権法において疎外されてきたような印象を受ける。近年では離婚後の共同親権の議論とセットとなって婚外子の共同親権について改正案が出されるようになってきたが、婚外子の法定相続分差別規定が廃止された今、婚外子の権利について今一度捉えなおすべきと考える。確かに、日本の婚外子出生率は相対的に低く、フランスでは婚外子出生率が50%を超え、ドイツでも30%を超えている。日本では2012年の婚外子出生率は2.23%であり、婚外子出生率の推移を見ると、1970年から1985年までは1%前後を推移していたが、その後微増し、2004年には2%台に入った。また婚外子の父母の関係性も多様であり、安定的な関係を持つ事実婚や、一方と別居しているが良好な関係を築いている状態、母が父を拒む関係など様々である。このように見ると、ドイツ・フランスと比べて、実際の婚外子の共同親権に対する要請は大きくないかもしれない。しかし、だからといって婚外子の父母を求める権利が実現されなくて良いというわけではなく、やはり理念的な側面から共同親権化は実現されるべきであろう。そのため、これからはすべての子が父母双方により監護・養育を受ける権利を持つことを出発点として、婚外子の共同親権を認め、その上でどのような法制をとりうるかを考える必要があるのではないか。

その上で重要なのは、親権の共同行使をいかに調整するかということである。これは離婚後の共同親権の場合についても同様であるが、まず父母の合意形成を促進するような環境を整えることが求められる。この時に、父母が種々のサービスを利用しやすくするようなハブ機能を担うワンストップサービスが重要になってくると考えられる。父母が納得しながら子の将来について取り決めることができ、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ようになる。このような基盤があることではじめて、共同親権の制度が円滑に機能するものであると考える。

- 1) 榎原富士子「婚外子について残された課題」自由と正義65巻3号(2014)31, 33頁。
- 2) 法典調査会編『法典調査会議事速記録第7巻』(巖松堂書店, 1937)第151回49-50, 53-54, 56丁。
- 3) 前掲注(2)51-54丁。
- 4) 前掲注(2)61丁。
- 5) 梅謙次郎『民法要義巻之四』(有斐閣, 1899)350頁。
- 6) 奥田義人『民法親族法論』(有斐閣, 1898)335頁以下。
- 7) 穂積重遠『親族法』(岩波書店, 1933)549頁以下。
- 8) 谷口知平『日本親族法』(弘文堂, 1935)409頁以下。
- 9) 川田昇『親権と子の利益』(信山社, 2005)45頁。
- 10) 柚木馨『親族法』(有斐閣, 1950)206-207頁。
- 11) 中川善之助編『注釈親族法(下)』(有斐閣, 1952)43頁[山木戸克己]
- 12) 磯野誠一「家庭生活をめぐる国民的権利」法律時報35巻4号(1963)38頁。
- 13) 中川良延「親権と子どもの教育を受ける権利」北大法学論集14巻3・4号(1964)438-444頁。
- 14) 有地亨「父母の監護教育権と公教育」『現代家族法大系3 親子・親権・後見・扶養』(有斐閣, 1979)243頁以下。
- 15) 米倉明「親権概念の転換の必要性 親権は権利なのか義務なのか」星野英一・森島昭夫編『現代社会と民法学の動向』(有斐閣, 1992)373頁。
- 16) 青山道夫『家族法論』(法律文化社, 1958)190頁。
- 17) 我妻栄『親族法』(有斐閣, 1961)316頁。
- 18) 中川善之助『親族法下巻』(有斐閣, 1958)471頁。
- 19) 永井憲一「批准された『子どもの権利条約とは』」法学セミナー476号(1994)25-26頁。
- 20) 樋口範雄「子どもの権利の法的構造 国の役割とそのしくみを含んで」石川稔・森田明編『児童の権利条約 その内容・課題と対応』(一粒社, 1995)25頁。
- 21) 中村恵「親の養育責任と国の援助義務」石川稔・森田明編『児童の権利条約 その内容・課題と対応』(一粒社, 1995)264頁。
- 22) 岩志和一郎「児童の権利条約からみた親権法」法と民主主義447号(2010)14頁。
- 23) 米倉明「親権概念の転換の必要性 親権は権利なのか義務なのか」星野英一・森島昭夫編『現代社会と民法学の動向』(有斐閣, 1992)364-367頁。
- 24) 有地亨『新版家族法概論[補訂版]』(法律文化社, 2005)189-190頁。
- 25) 田中通裕「親権法改正への課題」石川稔・中川淳・米倉明編『家族法改正への課題』(日本加除出版, 1993)394-395頁。
- 26) 島津一郎・松川正毅編『基本法コンメンタール第四版 親族』(日本評論社, 2001)205頁[田中通裕]
- 27) 棚村政行「日本法の問題整理」家族 社会と法 24号(2008)64-65頁。

日本における婚外子の共同親権制度の導入（上羅）

- 28) 平田厚『親権と子どもの福祉』（明石書店，2010）18頁。
- 29) 窪田充見『家族法』（有斐閣，2011）270-271頁。
- 30) 前田陽一・本山敦・浦野由紀子『民法 親族・相続（第2版）』（有斐閣，2012）161-162頁 [本山敦]
- 31) 岩志・前掲注(22)11-12頁。
- 32) 床谷文雄 = 本山敦編『親権法の比較研究』（日本評論社，2014）120-121頁 [床谷文雄]
- 33) 床谷 = 本山・前掲注(32)122頁 [床谷文雄]
- 34) 鈴木博人「親権概念の再検討」法律時報75巻9号（2003）29頁。
- 35) 床谷 = 本山・前掲注(32)122-123頁 [床谷文雄]
- 36) 岩志和一郎「ドイツの親権法」民商法雑誌136巻4・5号（2007）501-512頁。
- 37) 田中通裕「フランスの親権法」民商法雑誌136巻4 = 5号（2007）467-468頁。
- 38) 床谷 = 本山・前掲注(32)177-178頁 [栗林佳代]
- 39) 田中通裕『親権法の歴史と課題』（信山社，1993）123-126頁。
- 40) 田中・前掲注(39)224-225頁。
- 41) 田中・前掲注(39)220-221頁。
- 42) 田中・前掲注(39)229頁。
- 43) 田中通裕「1993年のフランス親権法改正 その内容と意義をめぐって」法と政治47巻1号（1996）200頁。
- 44) 床谷 = 本山・前掲注(32)178-180頁 [栗林佳代]
- 45) 田村五郎『非嫡出子に対する親権の研究』（中央大学出版部，1981）73，76-77頁。
- 46) 父の申立てにより，子の同意，子が未成年の場合には母の同意，父が婚姻している場合には妻の同意のもとに，子の福祉に適合するときは，後見裁判所は宣告の申立てを容れなければならない（1723条，1726条）。
- 47) 田村・前掲注(45)298，302，304頁。
- 48) 田村・前掲注(45)106頁。
- 49) 田村・前掲注(45)163-164頁。
- 50) 田村・前掲注(45)365-366頁。
- 51) 岩志・前掲注(36)505-506頁。
- 52) 遠藤富士子「ドイツ家族法の変遷 最近の親子法改正を中心にして」ケース研究256号（1998）35-36頁。
- 53) 岩志和一郎「ドイツ「親子関係法改正法」草案の背景と概要」早稲田法学72巻4号（1997）41頁。
- 54) 阿部純一「ドイツの新しい婚外子配慮法 2013年4月16日改正法の意義と問題」法学新報120巻7 = 8号（2014）216，221-226頁。
- 55) 田中・前掲注(39)99頁。
- 56) 田中・前掲注(39)104-105頁。
- 57) 田中・前掲注(39)123，143-148頁。
- 58) 田中・前掲注(39)176-177，227頁。
- 59) 田中・前掲注（43）196，204，206-207頁。

- 60) 田中・前掲注(39)181頁。
- 61) 門彬「家族に関する三つの議員立法成案」外国の立法213号(2002)183頁。
- 62) 床谷=本山・前掲注(32)214頁[椎名規子]
- 63) 床谷=本山・前掲注(32)89頁[梅澤彩]
- 64) 床谷=本山・前掲注(32)265頁[千葉華月]
- 65) ドイツ家族法研究会「親としての配慮・補佐・後見(三)」民商法雑誌144巻1号(2011)149-151頁[渡邊泰彦]
- 66) 床谷=本山・前掲注(32)182-185頁[栗林佳代]
- 67) 床谷=本山・前掲注(32)91頁[梅澤彩]
- 68) 渡部信吾「米国ネブラスカ州ダグラス郡における子どもを持つ夫婦の離婚手続(上)」判例タイムズ1308号(2009)83頁。
- 69) 例としてアリゾナ州フェニックス市マリコパ郡の養育計画書があげられる。床谷=本山・前掲注(32)42-43頁[山口亮子]
- 70) 床谷=本山・前掲注(32)61頁[小川富之]
- 71) 床谷=本山・前掲注(32)187頁[栗林佳代]
- 72) クローディヌ・ラリユー(長田真里訳)「フランスにおける家事事件メディエーション カップルと親子関係紛争」立命館法学347号(2013)473-474頁。
- 73) ラリユー・前掲注(72)475頁。
- 74) ラリユー・前掲注(72)477-479頁。
- 75) 松久和彦「父母の合意形成の支援～相談機関・民間団体との連携」二宮周平・渡辺惺之編『離婚紛争の合意による解決と子の意思の尊重』(日本加除出版,2014)306-308。
- 76) 二宮周平「当事者支援の家族紛争解決モデルの模索 ドイツ、オーストラリア、韓国の動向から」ケース研究307号(2012)19-21頁。
- 77) FRC 内の手続については、古賀絢子「問題の発見～相談受付とその振り分け」二宮周平・渡辺惺之編『離婚紛争の合意による解決と子の意思の尊重』(日本加除出版,2014)287-290頁参照。
- 78) 床谷=本山・前掲注(32)257頁[千葉華月]
- 79) 善積京子『離別と共同養育 スウェーデンの養育訴訟にみる「子どもの最善』(世界思想社,2013)49-51頁
- 80) なお日本における地方自治体の取り組みとして明石市の総合的支援があげられる。榊原富士子「養育費・面会交流支援の裁判外の取組」二宮周平・渡辺惺之編『離婚紛争の合意による解決と子の意思の尊重』(日本加除出版,2014)363-364頁。
- 81) 大村敦志ほか編『比較家族研究 離婚・親子・親権を中心に』(商事法務,2012)389-390頁[久保野恵美子]
- 82) ドイツ家族法研究会「親としての配慮・補佐・後見(一)」民商法雑誌142巻6号(2010)129頁[右近健男]
- 83) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Bd. 8. 5. Aufl. 2008 S. 824 に紹介された判例を以下で紹介する。
- 84) BVerfG FamRZ 2003, 511.

日本における婚外子の共同親権制度の導入（上羅）

- 85) KG FamRZ 2006, 142.
- 86) AG Lemgo FamRZ 2004, 49.
- 87) 右近・前掲注(82)129頁
- 88) AG Osnabrück FamRZ 2005, 645.
- 89) 許末恵「親権をめぐる法規制の課題と展望」家族 社会と法 24号（2008）129-133頁。
- 90) 犬伏由子「親権・面会交流権の立法課題」家族 社会と法 26号（2010）41-44頁。
- 91) 中田裕康編『家族法改正 婚姻・親子関係を中心に』（有斐閣，2010）128-137頁 [水野紀子]
- 92) 婚外子の父子関係の成立については，血縁主義が前提となるが，父の一方的認知を防ぐために母の同意を必要とする制度をとった。もし母の同意がない場合には，裁判で父子関係の確認を可能とするなど工夫が必要となる。
- 93) 親権に関しては親権の喪失・停止制度も問題となってくる。制度の一貫性を保つため，親権の帰属はそのままに，行使のみが制限されるような形がとられるべきではないかと考えるが，更なる検討が必要である。