

離婚後の子どもの共同養育に向けて

—共同親権・共同監護をめぐる問題

上 村 昌 代*

近年、離婚後の両親の間で、子どもの親権、監護をめぐる争いが熾烈化している。実務家や学識者は、現行の父母離婚後の単独親権によって生じる問題点を指摘し、諸外国で採用されている共同親権・共同監護の検討を進めており、日本におけるその導入可能性を検討している。その導入により、養育費不払いや親権の奪い合いといった単独親権にともなう諸問題を解決することにつながるかどうかは、明らかではない。本稿は、まずわが国の離婚後の子どもの養育について、司法統計上の子どもの監護に関する事件数の推移、離婚母子家庭の母親へのアンケート結果、関連する裁判例の検討から、父母間の争いが激化している現状を把握した上で、共同親権・共同監護制度を採用しているドイツ、アメリカ、韓国について、その導入の背景や現状をまとめる。実務家や学識者の間では日本における共同親権・共同監護制度の導入に積極的な意見が多数見られるものの、その実現には課題も多い。しかし、子どもの福祉という観点からすると、単独親権によって生じる負の影響は子どもの心身の成育の妨げとなることは否定できない。親の離婚と子どもの養育とは区別するべきであり、親権や監護については子どもの利益を最優先に考えることが求められる。以上の考察を踏まえて、離婚後も親として共に親権・監護の責任を負う仕組みを作ることが重要であり、国、行政、民間団体が協力してそうしたシステムを整備する必要性を提言する。

キーワード：親権、監護、子ども

* 京都女子大学大学院 現代社会研究科
公共圏創成専攻

はじめに

日本では、父母の婚姻中は、共同して未成年の子どもの親権を行使するが、離婚後は父母の一方を親権者に決めなくてはならない。父母の離婚後、子どもをどちらが引きとるかをはじめ、子どもの監護をめぐる熾烈な争いとなり、時には子どもの奪い合いに発展することも少なくない。このような事態がおこるのは、現行法での離婚後の単独親権にその原因があるとの指摘がなされてきた。近年、非親権者となった親（その多くは父親）、法曹、学識者から、離婚後に共同親権を導入するよう求める声が大きくなっている。

本稿では、親権に関する諸問題のうち、現在、議論が活発化している共同親権、共同監護をめぐる諸問題を取り上げ、「子どもの福祉」という観点から検討する¹⁾。

本稿の構成は以下の通りである。まず、わが国の離婚後の親権が単独親権であるために、離婚後の子どもの養育をめぐる父母間の争いが激化している状況を、司法統計上の子どもの監護に関する事件数の推移、裁判例、離婚母子家庭の母親へのアンケート結果を通してみる（第1節）。次に、現在、共同親権・共同監護を採用している諸外国のうち、ドイツ、アメリカ、そして、最近、離婚や親子に関する民法改正が行われた韓国について、その背景や現状を概観する（第2節）。そして、わが国の政府（法制審議会）、学識者、実務家らは、日本への共同親権・共同監護導入に関してどのような見解をもっているかを整理する（第3節）。さらに、これらを踏まえて、

子どもの福祉の観点から、日本における共同親権・共同監護導入の是非および、導入の可能性について検討し（第4節）、最後にまとめと提言をして結びとしたい。

1 日本における離婚後の単独親権と子どもの監護について

1.1 日本の現状

冒頭で触れたとおり、現行法では、婚姻中は、父母が共同で親権を行使するが（民法818条3項）、父母が離婚した場合には、父母のいずれかの一方が親権者となる（民法819条1項、2項、5項）。

日本の離婚の約9割は協議離婚である。離婚しようとする夫婦は、離婚に合意し、親権者を定めて届出をすれば離婚成立となる（民法763条、戸籍法76条）。しかし、離婚後の親権者とならなかった非親権者と子どもの面会交流（面接交渉）²⁾や養育費に関する取り決めについては、離婚成立の要件となっていない。つまり、離婚後の子どもの利益は、父母の意思によって左右されることが大きく、必ずしも保障されているとはいえない³⁾。実際に親の離婚を経験する未成年の子どもは年間25万人程度となっている。子どもの親権者については、以前には父親が多かったが、1960年代半ばに逆転し、現在では8割以上が母親となっている。司法統計年報によれば、子どもの監護に関する審判・調停事件数は漸増している（表1）。審判事件の増加は、調停という話し合いで解決に至らなかった複雑かつ困難な事案が多いことを裏付けるものである。

表1 子の監護事件に関する調停・審判事件の推移

平成 年	調 停 事 件					審 判 事 件				
	子の 監護	うち 監護者 の指定	うち 養育費 請求	うち 面接 交渉	うち 子の 引渡し	子の 監護	うち 監護者 の指定	うち 養育費 請求	うち 面接 交渉	うち 子の 引渡し
12	15041	330	11880	2406	407	1986	330	1059	322	267
13	16923	369	13220	2797	458	2256	375	1137	434	300
14	19112	478	14718	3345	502	2708	482	1327	509	359
15	22629	519	17280	4203	540	3600	645	1859	638	437
16	22273	607	16375	4556	574	4197	721	2151	725	558
17	21570	608	15358	5013	560	4158	739	2129	760	529
18	21997	698	15141	5467	596	4639	865	2112	952	697
19	22524	736	15160	5917	677	4873	996	2231	883	760
20	23596	845	15775	6266	669	5090	1047	2233	1020	784
21	27241	975	18513	6924	796	5957	1088	2911	1048	886
22	28180	1149	18394	7749	877	6733	1408	2901	1201	1203

出典) 最高裁判所事務総局編、『司法統計年報(家事編)』をもとに作成。

1.2 裁判例

ここでは、離婚後の子どもの監護に関する事件のなかで、親権争いの結果生じる子どもの引渡しをめぐる3つの裁判例を紹介する⁹⁾。

①人身保護請求事件【最判平11.5.25(原審：奈良地判平10.9.30)】

本件は、裁判離婚後の元夫婦間において、子どもの親権者を母親と定める旨の離婚訴訟の判決が確定した後、母親が父親に対し、人身保護法に基づき子どもの引渡しを求めた事案である。父母の別居当時、子どもは2歳(女子)、判決時は7歳(小2)である。母親は子どもを連れて別居したが、その後、母親が承知して父親の下で養育されるようになった。なお、離婚訴訟では子どもの親権者をめぐって協議が整わず、第1審では父親と定める判決がなされたが、第2審では母親と定められた(父親は最高裁に上告したが、棄却となった)。

原審：請求棄却。判決理由(概要)は以下のとおり。母親は子どもの親権者であり、子どもを監護する権利を有する者であることは明らかである。しかし、父親による子どもの監護は、父親による子どもの奪取を機縁とするものではなく、一応平穩に開始されたものであることを考慮すべきである。子どもの立場から見れば、父母の別居後、4年余を父親とともに生活して現在の学校生活にもなじんできている。本件申立てを認容した場合、子どもは、父母の対立の結果、父親、担任の教諭、友人からも離れて生活することになり、これは、子どもの幸福の観点からすると相当でない。子どもを母親の監護の下に置くことが父親の監護の下に置くことに比べて著しく不当である。母親、上告。

上告審：原判決破棄、差戻。判決理由(概要)は以下のとおり。母親の子どもに対する愛情及び監護意欲には欠けるところがなく、

監護の客観的態勢も調べている。原判決の挙げる子どもの事情は、母親の監護の下に置くことが子どもの幸福の観点から著しく不当なものであることを基礎付けるものではない。従って、原審の判断は、人身保護法2条、人身保護規則4条⁵⁾の解釈適用を誤ったものである。

②子どもの引渡し仮処分に対する抗告事件
【東京高決平15. 1. 20（原審：横浜家横須賀支審平14. 8. 5）】

本件は、母親が父親に対して、協議離婚が提出された後に、その無効確認訴訟を提起するとともに、子どもらの引渡しを求めた事案である。子どもらの年齢は長男14歳（中2）、次男11歳（小5）、長女8歳（小3）であり、別居期間は2年3ヶ月となっている。父親は、子どもと母親の面会交流に非協力的な態度をとり、円滑な実施が困難となっている。母親は子どもを自分の下で養育することを望んでおり、子どもらも母親との生活を希望している。

原審：認容。判決理由（概要）は次のとおり。子どもらの養育についての客観的、経済的環境の整備については、父母間に差異はない状況であるが、精神的、心理的環境の側面において、父親よりも母親方で監護養育した方が一層子どもらの福祉に資し、妥当である。父親抗告。

抗告審：原審判取消。母親の申立却下。判決理由（概要）は次のとおり。母親が子どもの引渡しを求める審判前の保全処分の場合、子どもの福祉が害されているため、早急にその状態を解消する必要があるときや、本案の

審判を待っていては、仮に本案で子どもの引渡しを命じる審判がされてもその目的を達することができないような場合がこれに当たる。具体的には、子どもに対する虐待、放任等が現になされている場合、子どもが相手方の監護が原因で発達遅滞や情緒不安定を起こしている場合などが解される。本件においては、子どもらは、現在、父親の下で一応安定した生活を送っていることが認められ、保全の必要性を肯定すべき切迫した事情を認めるに足りる疎明はない。

③子どもの監護に関する処分申立却下審判に対する即時抗告事件【東京高決平15. 3. 12（原審：甲府家審平14. 6. 10）】

本件は、母親が子どもらの親権者を自分に指定して協議離婚を提出した後、父親の下で監護されていた（母親の承諾あり）子どもらの引渡しを求めた事案である。子どもらの年齢は、長男7歳（小1）、長女5歳である。

原審：一部却下。一部認容。判決理由（概要）は次のとおり。父親と母親の間では、子どもらに対する愛情や監護意欲、経済的状況、物質的環境の点で、現時点において明らかな優劣があるとは認められない。長男については、地域に仲の良い友人が複数存在し、小学校1年に進級した現在において、それらの友人との交わりが長男にとって大きな意味を有している。長男は、父母の離婚後、父親方に養育されて安定した生活を営んでいること、子ども自身が父親の元で生活したいとの意向を表明していることから、子どもの意思と父親が継続して養育監護している事実を尊重し、

子どもが父親に養育されている状況を変化させないのが、子どもにとって最善の利益である。母親抗告。

抗告審：原審判取消、決定。判決理由（概要）は次のとおり。離婚後親権者となった者が、非親権者であって監護者でもない者に対して、子どもの引渡しを求める場合には、他方には子どもの引渡しを拒絶する法律上の根拠はない。子どもの福祉を実現する観点から、本件申立てが、子どもの福祉に反することが明らかな場合等、特段の事情が認められない限り、この申立てを正当として認容すべきであり、きょうだいそろって母親が養育監護することが子どもらの今後の成長にとって好ましい。長男は、父親のもとでの生活を望んでおり、その意思には十分配慮する必要があるが、未だ小学1年生で可塑性があるうえ、母親側が受入態勢を十分に整え、新たな生活に1日も早く適用できるよう支援し、種々配慮することによってこの問題を解決することは可能である。なお、裁判所は、本件について、「抗告人（父親）と被抗告人（母親）は、今後とも十分に話し合っ、母親と未成年者らとの面会交流を円滑に実施するとともに、未成年者らが順調に成長するように相互に協力することが大切であると考え」と付言している。

1.3 問題点の整理

ここでは、上記3つの裁判例に表れた問題点を述べる。これらは、いずれも両親の離婚後の子どもの養育監護をめぐる争いである。

親権を有する親から親権を有しない親に対して、子どもの引取りを求めた事案である。これらの事例を概観すると、裁判所は、親権者は子どもを監護養育する権利があることを踏まえて、子どもが健やかに成長するためにはどちらの親のもとで養育監護されるべきかを考慮したものと考える。判決理由からは、親としての適正、子どもの意向を考慮して、子どもの幸福、子どもの福祉という言葉がみられる。しかし、これらを検討すると、親権者の決定や面会交流に関する問題が伺える。これらが起こる背景の1つには、離婚後に親権者を父母のいずれかに決定しなければならないことが影響していると思われる。以下では、これらの裁判例を検討して、問題であると思われる3点を列挙しておきたい。

(1) 親権者の決定方法

②、③のケースは、協議離婚後をした夫婦が、離婚の際に親権者を決定するための父母間での話し合いをしないで、②は父親が、③は母親が、それぞれ自らを親権者として離婚届を提出したとある。この2つのケースにおいて、裁判所は、特に問題視することなく、事実を述べるにとどまっている⁶⁾。

(2) 面会交流

①のケースについて、母親が本申立てをした理由は、本申立前に母親が子どもとの面会交流を求めて調停を申立てたが、父親がこれを拒んだからである。そこで、母親は、離婚判決確定後に面会交流の調停を取り下げて人身保護請求をした。②、③のケースも、親権者が、子どもと非親権者との面会交流に非協

力的な態度を示している (②)、面接の際のルールを守らない (③) などの事実がみられる。

(3) 子どもの意向

①～③の全ケースについて、原審での審判、判決は、子どもの意思を尊重したものとなっているが、抗告審、上告審においては、原審での審判、判決を取消し、あるいは破棄している。抗告審や上告審において、裁判所が述べる判断理由⁷⁾は、事例ごとに異なるが、共通するのは、言渡された内容が、子どもの意向・意思に沿ったものではないことにある。つまり、子どもの立場に目を向けると、現在の監護親や学校の友人と離れて新しい環境で生活しなければならない (①、③)、同居したいと望んでいた親と暮らせない結果となっている (②、③)。

以上の3つのケースをみる限り、子どもを監護する権利・義務を有した親権者の申立てが正当で、子どもの福祉に反することが明らかかな場合等の特段の事情が認められない限り、この親の立場は十分に保護される。しかし、子どもの意向・意思を反映させないで、結果的に親権という法律上の権利・義務を保護することが、子どもの幸福、子どもの福祉の観点からはいささか疑問である。

1.4 離婚母子家庭を対象に行ったアンケート調査から (表2・表3)

アンケートの実施方法は、次のとおりである。2010年11月に「しんぐるまざあずふぉーらむ・関西」会員220名に調査用紙を郵送し

た。回答者は37名で、年齢層をみると、20代4名、30代16名、40代12名、50代3名、60代以上2名であった。これを母子家庭になった理由別にみると、離婚28名 (うち、協議離婚8名、調停離婚14名、裁判離婚6名)、調停離婚手続中4名、非婚 (未婚) 4名、死別1名となった。調査結果の分析には、離婚した28事例を用いた。そして、アンケート結果から、離婚の話し合いのなかでの子どもの処遇をめぐる争点について、その概要を述べる。また、離婚後から調査時までの生活を通して書かれた自由記述欄について、内容ごとに母親の声を紹介する。

1.4.1 アンケート結果の概要

回答者をみると、最も多い年齢層は30代、40代で、合わせて20名である。母親の多くは離婚して5年以内と母子家庭になって間もない。以下では、質問項目Q1からQ4に対する回答結果について、その概要を述べる。離婚後の親権は28名全員が自分 (母親) となったと答えている。離婚後の話し合いについて、順調に進んだと答えたもの12名、難航したと答えたものが16名あった。難航したと回答したケースについて、その事由をみると、親権が10名、面会交流が10名、養育費が11名となっている。そして、複数の事由をあげたものは12名であった。さらに、親権の代替条件として、父親から提示されたものとして、面会交流が13名、養育費が7名であった。父親は子どもの親権を母親に譲る代わりに、面会交流に関して条件を出すケースが多くみられた。

また、離婚方法をみると、協議離婚2名、調停離婚10名、裁判（判決）離婚1名、裁判離婚（和解）3名となっている。このように、離婚後の子どもの監護に関する問題は、きわめて複雑であり、当人同士で解決するのはかなり難しいことがわかる。

1.4.2 面会交流について

Q5、Q6に対する自由記述欄をみると、次のような特徴がある。面会交流を取り決めた当初、子どもと父親との面会交流に対して、不安や心配といった記述がみられる。その理由として、父親に子どもをとられるのではないかという不安、父親の問題行動に対する不信任感、母親が、父親と会いたくない、子どもに会わせたくないという気持ちがあることをあげている。面会交流を実施するにあたって、子どものために妥協したという声もあり、また、「子どもを育てることに関しては、自分の時間も欲しかったし、負担を抱え込みたくなかった。子どもと父親とは仲が良いし、父親が子どもをときどき預かることでいつか子どもが困ったときに親身になってもらえるのではないかと期待している。最終的には子どもの人間関係をコントロールしないようにしようと思った。その方が楽だと悟った。」(30代)とあるように、子どもの将来、そして母親自身のために父親と子どもが交流を持つことに対して、自らを納得させようとしていることが伺える。

しかし、子どもと父親との面会交流が何回か実施されていくうちに、父親との面会交流

後の子どもの様子について、母親からは、楽しそうにしている、父親との面会交流を楽しみにしているといった記述がみられる（ただし、父親が暴力的な場合には、怯えて泣いているとの記述がある）。子どもと父親との面会交流が円滑に進んでいることに対して、母親からは、良かったという声が多くみられ、「それぞれの親を通して人間関係も価値観も広げているような気がする。」「自分の時間が出来た。」といった記述がある。取り決めた当初は、面会交流に対する否定的な感情が多くあったが、実際に面会交流を体験している子どもの楽しい様子から、面会交流に対して肯定的に受け止めていくようになる母親も少なくないことがわかる。

1.4.3 離婚後の生活について

Q7に対する記述内容を大まかに整理すると、子どもや自分の健康面の悩み、養育上の悩み、雇用環境に対する意見の3つに区分される。これらの悩みや意見（後述のとおり）は、互いに関連性を持っている。この自由記述欄をみる限り、母親は、自らの責任で子どもを養育していくなかで、経済的余裕がない、子どもと触れ合う時間的、精神的な余裕がないなどの悩み、問題を抱えていることがわかった。以下では、自由記述欄の一部を紹介する。

(1) 子どもの健康・生活面（雇用）

「ひとり親の就職先が少なく、子どもの病気などで休みをとりにくいなど就労環境の改善が必要だと思う。」(40代)

「雇用。子どもの病気で休むなどで退職し

なければならず、お金には苦勞している。一時、生活保護も受けていたが、自立して正社員となった。しかし、両親が相次いで入院し、正社員で働くことができなくなりパートになった。すると、家賃が払えなくなり、実家で親と同居している。安い時給で働いて月7万円の収入しかなく、先が不安である。」(40代)

(2) 自分の健康・生活面（雇用）

「自分が倒れたりしたら、収入が減るし、保障もない。下の子どもとなかなか遊んであげられない。時間ができたら自分のたまっていることもしたい。」(30代)

「自分の健康だけが頼りであり、自分が病気した際のサポートがなく不安。金銭面では、子どもの教育費と自分の老後への不安がありとても心配である。ひとり親は金銭面だけでなく、時間的にも余裕がなく、精神的にも追い詰められやすい。色々な面でのサポートが欲しい。」(30代)

(3) 育児

「家事・育児が大変。時間に自由がない。休めない。いつもガミガミ怒ってばかり。子どもとの関係が悪くなることも度々ある。やれないことはないし、たぶんいいこともたくさんあるのだけれど、余裕がないので育児を楽しむことがなかなかできない。経済的なこととか、病気とか、仕事とかよりも自分が子どもに虐待しないかどうか一番不安。」(30代)

「経済的な不安。子どもを育てながら1人で家計を支えるだけの仕事をするということの大変さ。」(40代)

「経済的に自立していれば、母子家庭でも十分楽しく豊かに暮らせると思いますが、経済的に苦しいと気持ちも折れてしまうし、世間の母子家庭に対するイメージも低くみられてしまいつらい。母親の経済力、養育費によって母子家庭の生活が左右されると思う。」(30代)

表2 アンケートの質問項目

	質問内容
Q1	お子さんの親権者は、どちらに決定しましたか。1. あなた 2. 相手
Q2	お子さんの監護（養育）についての話し合いは順調に進みましたか。 1. 順調に進んだ 2. 難航した
Q3	Q2で難航したと答えた方を対象に、難航の理由は、次のどれにあてはまりますか。（複数回答可）1. 親権 2. 養育費 3. 面会交流 4. その他（ ）
Q4	あなたが親権者になったことと引き換えに、お子さんとの面会交流や養育費の支払いに関して、相手から条件は提示されましたか。
Q5	面会交流を取り決めた当初、お子さんと別れた相手との面会交流について、どのような思いがありましたか。（自由記述）
Q6	実際に面会交流をしている方を対象に、実際に面会交流をしていてあなた自身はどのような気持ちですか。（自由記述）
Q7	あなたがひとり親になってから現在まで、苦勞されたこと、あるいは不安と感じていることなどをお聞かせください。（自由記述）

1.5 裁判例・アンケート結果の整理

先述のとおり、離婚後の子どもの監護に関する争いは、司法統計上、年々増加している。

一般に、子どもの監護をめぐる裁判例では、子どもの幸福、子どもの福祉という観点から、子どもの意思が尊重された判断がなされるはずである。先の裁判例では、これに十分配慮した例もみられた。親権の行使はその内容に応じていずれかが担う。しかし、ケースによっては、親権者としての権利・義務が保護されるために、子どもの意向や意思が反映されていない裁判例もあった。離婚後の子どもの監

護をめぐる父母らの争いが熾烈化、長期化している状況をみると、子どもの幸福、子どもの福祉が実現される十分な配慮がなされているといえない。また、アンケート結果から、離婚後の子どもをめぐる話し合いが難航したとの回答が多くみられた。父親が母親に対して、親権を持つのと引換えに条件（面会交流が多い）を提示するケースもある。また、離婚後に、養育責任を1人で抱え込んでいる母親は、経済的、精神的な余裕を持つことが難しくなっている。そのことは、離婚後の単独親権と関連しているものと考えられる。

表3 子どもの監護をめぐる話し合いの状況

母親の年齢層	母親の離婚時の年齢	子の人数	子の年齢	離婚の種類 *注1	話し合いの状況 ○→順調 △→難航	話し合いが難航した事由 *注2	親権との代替に提示された条件 *注3
20代	20歳	1	1歳	協議	○		面
20代	27歳	1	0歳	協議	○		
20代	20歳	1	7歳	調停	○		
30代	31歳	1	4歳	調停	○		養
30代	30歳	1	4歳	調停	△	親・養	
30代	31歳	1	5歳	裁判・和	△	親・面・養	面
30代	29歳	2	5歳・2歳	調停	△	親・面	面・養
30代	31歳	1	6歳	調停	△	面・養	面・養
30代	30歳	1	8歳	調停	△	親・養	
30代	36歳	1	5歳	裁判・和	○		面
30代	38歳	1	3歳	調停	△	面・養	面・養
30代	30歳	1	12歳	協議	△	親・面・養	面
30代	33歳	2	7歳・5歳	調停	△	親・面・養	面
30代	37歳	1	6歳	調停	△	親・面	面
30代	33歳	2	6歳・2歳	調停	△	養	面・養
40代	41歳	1	9歳	裁判・和	△	親・面・養	面
40代	30歳	1	16歳	協議	○		
40代	37歳	2	7歳・5歳	裁判・和	△	面	面・養
40代	37歳	1	10歳	調停	△	親・養	面
40代	42歳	3	18歳・16歳・14歳	協議	△	親	面・養
40代	34歳	2	10歳・8歳	調停	△		
40代	40歳	1	17歳	協議	○		
40代	31歳	2	19歳・16歳	調停	○		
50代	未記入	1	16歳	裁判・和	○		
50代	42歳	2	25歳・21歳	調停	○		
50代	32歳	1	31歳	裁判・判	△	面・養	面・養
60代	37歳	2	31歳・27歳	協議	○		面
60代	35歳	2	40歳・36歳	協議	○		面・養

注1：「協議」は協議離婚、「調停」は調停離婚、「裁判・和」は裁判離婚（和解）、「裁判・判」は裁判離婚（判決）の略である。

注2、注3：「親」は親権、「面」は面会交流、「養」は養育費の略である。

1.6 単独親権の問題点

そこで、離婚後の単独親権について、これまで実務家や学識者が論じてきた問題を検討する。以下では、菊地和典（当時東京家庭裁判所主任家庭裁判所調査官）、二宮周平（民法学者）、中村多美子（弁護士）の见解を紹介する。

菊地は、単独親権の問題点として、次の2点を指摘する。第1に、単独監護（親権）が子どもの福祉と全く関連のない、離婚の当事者である父母への制裁や恩典として見られる危険のあることである。単独監護である以上どちらか一方の親に監護権を与えねばならない。しかし、子どもの監護に関する紛争を激化させる原因の1つは、監護権を得ることが大きな恩典であると考えたり、これを失うということが大きな損失であり、制裁であると考えたりする当事者が多いことにある。第二に、当事者の気持ちのなかに、裁判所が有責の配偶者に対して何等かの意味で制裁を加えてくれることを期待し、無責の当事者として親権や監護権が当然に恩典的に得られるとの考えを指摘する。これらの問題は、単独監護の方法が紛争解決において問題を深刻化する要素を持っており、同時に子どもの最善の利益の実現とは逆行する性質のある措置であることを強調している。そして、配偶者への制裁や恩典と子どもの監護があまりストレートに結びつけて考えられる時にはすでに子どもの利益は副次的なものとなっているおそれがあるのであり、この点の調和はなかなか困難であり、単独監護の欠点がここに集約的に現

われてくるといえる、と述べる（菊地、1979：pp.145-148）。

次に、二宮は、単独親権の問題点として、父母の親権者指定に関する3点を指摘する。第1に、子どもの利益を守るという課題に対し、協議離婚に際して公的な介入がなく当事者任せとなっていることである。第2に、この現状のもとで、離婚後の親権者について父母の間で協議が調わない場合には、自己が親権者となれば子どもを独占できる、親の他方の関係を切ることができるの思い込みである。この思い込みは、父母の対立を激化させて、深刻な紛争となる可能性が大きいことを示唆している。第3に、家庭裁判所の親権者の決定における判断基準の傾向に言及する。家庭裁判所は、監護能力や監護の実績と継続性、子どもの意思、離婚後の親子の交流に対する許容性を考慮し、母性や経済的能力、婚姻破綻の有責性を考慮しない傾向にあると指摘する。そして、父母はいずれも自分が親権者になるために相手の人格を誹謗中傷したり、監護実績を作るために子どもとの同居を確保し、同居親に会わせようとしなかったり、逆に実力行使で子どもを連れ去るといった事態が生じたりなど、親権をめぐる争いは熾烈化する、と主張する（二宮、2011：pp.7-8）

中村は、単独親権の問題点として、現行法、実務上から2点を指摘する。第1に、現行法では、離婚と親権指定が婚姻法に規定されており、婚姻法と親子法が分離されていない。この法構造では、離婚に際して、最後まで親

権の帰属に合意が出来なければ、訴訟を免れ得ないことになる」と述べている。第2に、実務上、単独親権制のもとでは、親権者になれるかなれないかで、子どもの監護問題はオールオアナッシングとなる可能性が高い。これらの問題は、当事者を非常に高葛藤な紛争に駆り立てている側面があると指摘する（中村多美子，2007：p.148）。

では、単独親権のこうした問題を共同親権・共同監護によって解決できるだろうか。次節では、諸外国の概況を紹介する。

2 諸外国の状況

以下では、離婚後の子どもの親権（監護）制度について、ドイツ、アメリカ、韓国の順に、それぞれの背景、現状について述べる。

2.1 ドイツ

ドイツ親権法は、1979年「親の監護の権利の新たな規制に関する法律」により大きく改正された。この法では、親権制度から従来の親の支配的性格を取り去り、親権制度を、もっぱら子どもの福祉を指導理念とする、自立した個人へと成長する過程にある子どもの保護と補助のための制度へと転換させた。従来の親権（*elterliche Gewalt*）から、親の監護（配慮）（*elterliche Sorge*）という名称が用いられるようになった（広渡，1988：p.262；岩志，2007：p.499）。

離婚後の共同監護が原則となったのは、1982年の連邦憲法裁判所判決（後述）による違憲判決以降のことである。家庭裁判所の実

務上、離婚後の共同監護も認められるようになった（広渡，1988：p.262）。その後、2002年には、子どものいる夫婦の81.29%で離婚後、親の共同監護が行われているが、離婚後の子どもの日常的な身上監護については、日本と同様に約80%の事例で母親の下で行われているとの報告がある。

このように、共同監護が導入された背景には、以下の①、②のような国内外の離婚後の子どもの親権をめぐる状況の変化が影響していると考えられている。

①1982年11月3日の連邦憲法裁判所の違憲判決

連邦憲法裁判所は、離婚後の親の単独親権を定めたドイツ民法典1671条4項1文が、基本法6条2項（子どもの育成と教育は親の自然の権利であり、かつ何よりもまず親に課せられた義務である。）に抵触するゆえ無効であるとする違憲判決を下した。判決は、「両親が離婚後も子どもの責任を共同して引き受けることに同意した場合には、親子の対立する利益について国の調整は必要ない。両親が子どもを教育できる場合には、親の一方に機能の移転が必要であると考えさせる他の理由がない場合には、子どもの教育及び監護から親の一方を排除するために国は監督の役割を行使することを要請されない。したがって、両親が決定し両親が親の責務を行うことに適し、かつ子どもの利益と対立しない場合には、権能は両親に委ねられる」という内容であった。なお、椎名規子によれば、1982年の連邦憲法裁判所の違憲判決後、監護を両親に委ね

るケースの割合は増加し、1998年では全体の20%に達したとある（椎名，2004：p.120）。

②子ども権利条約

国連「児童の権利に関する条約」9条3項に、「締結国は、児童の最善の利益に反する場合を除くほか、父母の一方又は双方から分離されている児童が定期的に父母のいずれとも人的な関係及び直接の接触を維持する権利を有する」とある。鈴木博人は、この条項と、ドイツの1997年の法改正の、夫婦は離婚しても、子どもにとって父母であることに変わりはない考え方を重視するとの立場とは合致すると指摘している（鈴木，2007：p.147）。

2.2 アメリカ

アメリカの家族法は州法に規定されている。連邦最高裁判所の判断は、各州の立法に大きな影響を与えている。親権（parental rights）は親が州に対して主張する権利であり、親の子どもに対する私法上の権利、とりわけ離婚後の子どもの保護・監督・養育権は custody という語が用いられ、通常これは「監護権」と訳される（山口，2007：pp.561-563）。

アメリカでは、かつて、幼い子どもの監護に関して母親優先の原則がとられていた。しかし、20世紀半ば頃から、女性の社会進出が進み、無責離婚法⁸⁾の成立による離婚が増加して男女平等を徹底したことから、母親優先の原則に対する不満が生じてきた。そして、離婚後も子どもは両親との関係を継続した方が成長に有益であるとの考えを踏まえて、監護者は「子どもの最善の利益」の観点から決

定すべきと主張されるようになった。また、州レベルで性別により子どもの監護者を決定する母親優先の原則の規定は、平等保護条項違反とする具体例も現れた。そこで、監護権を付与されなかった親について、子どもの交流権（訪問権）を与える方向へと変化して、共同監護が導入されることになったのである。

菊地は、この導入に際して、「面接交渉を発展させた結果として、離婚法上子どもの監護に対する理論的、方法的な改革であるとの評価があった一方、法曹や、心理学者、精神医学者、ソーシャル・ワーカーから、その成果に対する懐疑的な見方や反対論もあった」と指摘する。当時の反対論として、第1に、共同監護を行うためには、実際の夫婦以上に緊密な連絡と調整が必要とされる、いがみあい互いに他を攻撃していた夫婦や元配偶者が、互いに協力して行うことは絶対に不可能である、第2に、子どもにとって、2つの家を往復しながら養育されることにより、著しい忠誠葛藤が生じ、情緒的に安定感を持たず、精神発達に極めて有害である、第3に、共同監護がすべての紛争に有効な方法ではなく、ある限られた条件を具備する特殊な事例に限るもので、普遍性に欠けるという3つを紹介している（菊地，1979：pp.158-163）。

1979年4月、カリフォルニア州で共同監護法が成立した後、他の州でも共同監護が認められるようになった。2006年時点では、47の州で共同監護が認められている。各州における共同監護法には次の4つの規定があるとされる。単独監護より優先的に考慮する優先的

規定、共同監護が子どもの最善の利益に適うと推定する推定則規定、共同監護の有害性の証明がない限り共同監護を付与する強行的規定、子どもの最善の利益に従い共同監護か単独監護かのいずれかを決定する選択肢規定である。

山口によれば、アメリカで共同監護が誕生した背景について、無責離婚法の成立によって離婚が容易となったことや、政策的な見地をあげて、次のように説明する（山口，2007：pp. 582-584）。無責離婚法の成立により、従来のように離婚する夫婦が憎しみあって別れるというパターンのみではなくなり、子どものことに関してはお互い協力しあうべきと考えるケースが増えた一方で、離婚の増加に伴って離婚と子どもに関する社会学的研究や心理学的研究⁹⁾が盛んに行われた成果として、離婚後も父母双方が子どもと関わることが子どもの成長に不可欠であるという認識が人々の間にも広がっていった¹⁰⁾。政策的な見地については、父母が単独監護者決定の争いを繰り広げるよりも、勝敗無し¹¹⁾の決定により監護権を共同に付与することが有効であり、父母が双方とも職業を持っている場合に子どもの監護負担を共同で行うことが求められてきたこと、以前より認められていた訪問権が拡大され共同で子どもを養育するという素地が形成されていたことを挙げている。

2.3 韓国

家族法は1958年に新民法の一部として制定されたが、当初は、男性優越主義に立脚した

戸主制度の残った、男女差別の強い内容となっていた。1990年、親族法の分野の大幅な改正が行われた。子どもの監護に関して、離婚後の親権者が父親のみであった規定が削除され、離婚の際に子どもを養育しない父母のいずれか一方の面会交流権が新設された。2005年2月、憲法裁判所による戸主制憲法不適合決定を受けて、同年に民法の改正が行われ、戸主制度が廃止された。離婚後の親権者は、父母の協議によって定めること、協議することができない場合または協議が調わない場合には、家庭法院が職権または当事者の請求により指定するとされた。この規定によれば、父母の協議によって父母ともに親権者となることを定めることも可能であり、仮に父母が協議しなければ親権の原則である共同親権者となる。親権を行使するにあたっては、子どもの福利を優先的に考慮しなければならないことを義務化した。

韓国では日本と同様に協議離婚が認められている。従来の協議離婚制度は、①当事者の離婚意思の合致、家庭裁判所の確認、戸籍法による届出等、簡便な手続だけで離婚が成立する、②離婚の際に父母間で子どもの養育事項及び親権者指定に関する合意がなくても離婚ができる、③離婚後の面会交流は父母のみに認められる、という内容であった。近年、韓国では離婚が増加しており、離婚後の子どもの養育環境にとって課題も多い。2007年、従来の協議離婚制度は、離婚熟慮期間制度の導入、協議離婚の際における子どもの養育事項及び親権者の指定の合意の義務化、子ども

による面会交流権を認めるというように、改正が行われた（金容旭，2010a：pp.18-19，2010b：p.23；二宮・金成恩，2010：pp.459-460；金汶淑，2008：pp.341-382）¹¹⁾。

3 離婚後の子どもの共同親権・共同監護をめぐる議論

ここでは、わが国における離婚後の子どもの共同親権・共同監護をめぐるこれまで行われてきた議論を、政府、学識者、実務家それぞれに分けてまとめる。

3.1 政府：法制審議会民法部会での審議

法制審議会において、離婚後に共同親権を採用すべきかどうかについて検討されているが、結論は出ていない。これまでの経緯を簡単にまとめてみる。

1959年7月に発表された「法制審議会民法部会身分法小委員会における民法親族編再改正資料 仮決定及び留保事項（その2）」「第4章 親権 第41」において、「離婚後の親権を共同親権とすることも可能とすべきか」との問題提起が見られるが、否定的な意見が多数であったようである（犬伏，2010：p.38）。

1993年7月「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」「第4 離婚1協議上の離婚」において、766条の「監護」の範囲を条文明記すべきかどうか、及び離婚後における父母の共同親権の制度（又は共同監護の制度）を採用すべきかどうかについては、今後の検討課題とされた。（中川，2001：p.265）

1996年2月「民法の一部を改正する法律案

要綱」「第6 協議上の離婚1子どもの監護に必要な事項の定め」において、「父母が協議上の離婚をするときは、子どもの監護をすべき者、父又は母と子どもとの面会及び交流、子どもの監護に要する費用の分担その他の監護について必要な事項は、その協議でこれを定めるものとする。この場合においては、子どもの利益を最も優先して考慮しなければならないものとする」と提案された。この提案について、犬伏由子は、次のように評価する。「離婚法の枠内で、民法766条を根拠に学説及び裁判実務を通して認められてきた面会交流及び監護費用を明文化すると同時に『子どもの利益』への配慮を謳ったものであり、離婚後の非親権者の権利・義務の強化を図るものである。ただし、あくまでも離婚法改正に伴うものであったことから、親権法改正自体は今後の検討課題とし、現行法の離婚後の単独親権の下で活用されている766条を強化したものである」（犬伏，2010：p.38）。

そして、2011年6月3日「民法等の一部を改正する法律案」766条において、次のような一節が示された。「父母が協議上の離婚をするときは、子どもの監護をすべき者、父又は母と子どもとの面会及びその他の交流、子どもの監護に要する費用の分担その他子どもの監護について必要な事項は、その協議で定める。この場合においては、子どもの利益を最も優先して考慮しなければならない」¹²⁾。

3.2 学識者の議論

従前から、わが国において、共同親権・共

同監護の導入の是非について、学識者がさまざま見解を述べている。石川稔は、アメリカで共同監護導入の動きが活発化していることに目を向けて、日本においても共同監護を慎重に研究して、その導入の可否を検討すべきであると述べる。従来、日本では夫婦が憎しみ合って離婚することを強調しすぎてきたが、離婚後も父母が協力して子どもの監護にあたっている事例があり、それが一定条件を備えた離婚父母には可能であるということが明らかにされるなら、子どもの監護にとって望ましい離婚父母の協力を法的に保障する制度が創設されることは有益で、この制度を実際に運用していく法制度の整備がより重要であると主張する（石川，1984：p. 8）。近年では、学術大会・シンポジウムなどで共同親権・共同監護の導入を唱える者が増えつつある。以下では、おもな見解について、導入への積極論と慎重論に区分して整理する。

(1) 積極論

導入積極論を唱えるおもな識者は、水野紀子、許末恵、犬伏由子といった民法学者であり、親権に関する現行法改正を唱える。以下、それぞれの概要を述べる。

まず、水野は、親権法改正が必要な理由について、①両親が共同親権者となれるのは婚姻中に限られており、離婚後について共同親権の道が封じられること、②両親間の調整を図る手段がないという問題、つまり子どもの奪い合いなど両親間の紛争への対応がとれていないことを挙げる。そこで、父母の婚姻状況にかかわらず父母の親権共同化を進め、原

則として、親権者と親権を行使する者を一致させると提案する。ただし、離婚後は、婚姻時とは状況が変わる現実を直視して、そのまま無条件に親権を継続するのではなく、離婚を機に親権行使の態様について定める必要性を認める（水野，2009：p. 64）。

次に、許は、親権を帰属と行使に分ける案を唱える。つまり、父母の婚姻状況にかかわらず、親権は父母両者に帰属し、親権の行使はその内容に応じていずれかが担うとする。許によれば、「親権の内容に応じて」とは、内容を日常的な事項と重要事項に区別して、日常的事項については単独行使を認めるが、未成年の子どもの婚姻に対する同意、15歳未満の子の氏の変更、15歳未満の子の養子縁組の承諾など重要事項については、共同行使を原則とするということの意味する。しかし、何が重要事項であるかについて網羅的にあげることが難しいので、いくつかの事項については明文化する必要性を指摘し、結局は解釈や裁判例により決定していくことになるだろうと付言している（許，2008：pp. 131-133）。

犬伏によると、両親が離婚する場合、子どもの居住場所、非同居親と子どもの交流の態様、特定事項（養子縁組、教育、宗教、医療など）の決定が親権行使との関連で紛争となることが想定され、これらの紛争を予防し問題を解決するために、父母及び子どもに対する支援体制を整えること、親権行使態様の決定ルールを定めることが必要となる。また、離婚後の親権共同行使が子どもの利益の点から問題が生じるような場合、父母の一方は単

独での親権行使を家庭裁判所に請求することができることとし、子どもの利益を害する特別な理由がない限り、親権行使を制限されている親と子どもの関係維持を保障すべく、面会交流権を認めることを主張する（犬伏，2010：pp. 42-46）。

(2) 慎重論

他方、慎重論を唱える小川富之も、共同監護という方向性を否定していない。有子夫婦の離婚の場合、子どもとの関係で父母として協調して適当な「親責任の分担」が可能であれば、子どもの最善の利益という観点からも、それが望ましいとの考えである。しかし、日本における離婚や養子縁組をめぐる状況を考えた場合に、現時点では、単独親権を原則としながら、必要な改善を加えるという形での法改正が望ましい。つまり、現在の単独親権では問題の解決が困難で、子どもの最善の利益が確保できないということが明らかになった場合に、次の選択肢として共同監護の導入を考えるべきではないかと述べる（小川，2011：pp. 216-218）。

梶村は、日本の離婚の特徴として、いったん夫婦仲が完全に悪化して離婚紛争となった場合には、感情をあらわにしてのしりあい、決定的な破局を迎えるために、共同親権や面会交流は必ずしもスムーズにはいかない、共同監護を原則とすることには無理があると主張する。ただし、「離婚後は、単独親権を原則としつつ、父母間に共同親権、共同監護についてのコンセンサスがあるか、あるいは子の利益のためにそのようにすべき特段の事情

がある場合に限って、家庭裁判所が当事者の協議に代わる審判をすることができる程度にとどめるのが最善の方法なのではあるまいか」として、共同親権、共同監護を条件付きではあるが、容認している（梶村，2010：p. 19）。

3.3 実務家の取り組み

3.3.1 日本弁護士連合会

日本弁護士連合会（以下、「日弁連」と称する。）では、家事法制委員会において、共同親権制度など家族法改正の議論を行っている。また、財団法人日弁連法務研究財団において、同委員会の委員などの所属する研究グループが離婚後の子どもの親権および監護に関する活動を実施している。中村久美子から、同委員会において、家族法、特に親子法については、なお議論の最中であり提言できる状況にないが、2006年、2007年に共同親権を考えるシンポジウムを開催したとの報告がある（中村多美子，2008：p. 144）。

同委員会の取組みとして、2006年9月に日弁連全会員を対象として、共同親権に関するアンケートが実施された。アンケート調査の自由記述欄には、共同親権制度導入についての賛否それぞれの代表的な意見が紹介されているので、以下に、その概要をあげておく。

①賛成意見

円満な協議離婚や実質的な共同親権が実現しているケースには、離婚後の父母が子どもの親として協調的な関係を築いているものが少なくないと考えられる、単独親権制度に親

権の争奪紛争、つまり子どもの奪い合いの原因があるといった意見があげられている。

②反対意見

反対する意見に多く見られたのは、高葛藤なケースにおいて、離婚後父母が協調することは全く不可能というものである。特に、DVや児童虐待などを抱えたケースでは、共同親権に対応できる手続やシステムが整っていない状況で、共同親権制度だけを実体法として導入してしまうのは、そうした当事者をさらに危険にさらしてしまうという問題が強く指摘されている。また、共同親権と単独親権について、当事者意思による選択制を許すべきである、現行法の下でも、実際に共同監護状態を実現している当事者はいるのであるから、運用を共同監護に近づけていく取組みをすれば十分であり、法改正の必要はないという意見もあった。さらに、将来的には共同親権が理想的ではあるが、社会的認識が十分でない現状においては、面会交流など場面に応じて、実質的な共同親権を段階的に実現していく必要があるのではないかという意見もあった。

3.3.2 家庭裁判所調停委員

2007年3月2日に行われた東京家庭裁判所調停委員自主勉強会である「トリビアの会」によるディベート「離婚後の共同親権の是非」の内容の一部が公表された。(東京家事調停協会自主勉強会『トリビアの会』・大沼, 2008: pp. 82-93)¹³⁾

ここでは、調停委員による議論から肯定論

側の主張、否定論側の反論について、おもな論点を取り上げて整理する。離婚後の共同親権を肯定する側があげたメリットは、①離婚時の親権をめぐるトラブルが減少する、②面会交流が強化されて、多様な子育てが可能となる、の2つである。この2つについて、以下では、肯定論側の主張、否定論側の反論についてまとめる。

①離婚時の親権をめぐるトラブルが減少する

肯定論側の主張：単独親権の下では、離婚時に親権をどちらにするかをめぐって激しい対立が生じている。これは、現在の制度が離婚したとたんに単独親権となるため、片方の親から親権を奪うことにならざるをえない。共同親権では、親権を奪い合うのではなく、親の責任という観点から、父母が共に子どもの幸福を追求して、親の責任の負担をどのように分け合うかという話し合いになる。

否定論側の反論：共同親権を導入した国でも大抵の場合は単独親権という形をとる。共同監護を採用しても、現実には紛争の対象が親権から監護に移行するだけであり、監護のあり方をめぐる新しい争いが生じて、紛争の対象の細分化、長期化がおこる危険性がある。肯定論側の主張するメリットは、離婚時の一回限りのものであり、むしろ子どもの監護が必要な長期間、継続してデメリットが想定される。

②面会交流が強化され、多様な子育てが可能となる

肯定論側の主張：面会交流が、監護親の監護を監視するための制度と位置づければ、親

の責務として、回数、内容ともに密度の高い面会交流が実施される。虐待やネグレクトを含めて、監護親の監護状態の改善に役立つし、監護親が不適切な監護を行わないか監視することは、子どもの幸福のために必要なことである。多様な子育ては、それぞれの子どもと親の実情に応じて柔軟な監護が可能となる。監護親が再婚した場合における、再婚相手と子どもとの面会交流について、養子縁組によって実親との親子関係を切断するというドラマティックなことを非監護親の意向を一切無視してもよいとする現行の制度は、単独親権の持つ欠陥を如実に示すものである。

否定論側の反論：面会交流は、非監護親と監護親との相互の信頼関係と協力関係が築かれてこそ、長期にわたり円滑に実施することができる。それを非監護親が監護親の監護を監視するための制度と位置づけるとすれば、監護者は面会交流自体を不快に思い、非監護親との信頼関係を築けず、ひいては面会交流のあり方について紛争が生じ、その渦中に巻き込まれた子どもが忠誠、葛藤のストレスにさらされる危険が生じる。再婚家庭における子どもと再婚相手との親子関係を成立させることは、子どもの幸福にとって有益な場合が少なくない。共同親権での面会交流は、再婚相手との間に混乱と人的関係の複雑化を招く。この問題に対する対応策がないまま肯定論側のプランを実行することは、子どもの再婚相手への定着化を妨げ、子どもと再婚相手との人間関係の複雑さを招き、最悪の場合には、子どもが再婚相手からいじめや虐待を受ける

引き金にもなりかねない。

3.4 小括

上記東京家庭裁判所調停委員自主勉強会に参加していた大沼洋一裁判官が作成した「共同親権にした場合のメリットとデメリット」という資料には、そのメリットとして、非監護親への子どもへの責任の履行が期待されること、監護親が面会交流に積極的に応ずることが期待されること、両親に会いたいという子どもの権利が保障されること、単独親権に伴う子どものストレス軽減、人格形成への悪影響の緩和、子どもの重要な事項の決定について慎重な配慮と実現が可能となること、多様な子育てが可能となること、離婚時の子どもの親権をめぐる無用なトラブルが回避されることが挙げられている。反対に、デメリットとして、離婚紛争が再燃される危険があること、再婚家庭に混乱（再婚相手との親子関係の定着化を妨げるなど）と複雑化（再婚相手の嫉妬等）を招くこと、監護権についての紛争をかえって細分化、長期化させることが挙げられている。

先述の司法統計にみるとおり、離婚後の子どもの親権をめぐる争いは増え続けている。そして、近年の国際動向として、子どもの奪い合い紛争の緩和、子どもが両親のいずれとも関係を維持する権利を持つという観点（児童の権利に関する条約9条）などから、離婚後も父母の共同親権とする立法が増加しているが、日本では単独親権にとどまっている（水野，2009：p.58）。

このような状況で、学識者や実務家の間では共同親権・共同監護の導入をめぐる様々なレベルで議論が展開されているが、導入に積極的な立場と慎重な立場とに分かれている。いずれの立場も、離婚後の父母間の協力体制が重要であること、子どもの福祉という観点から離婚後も両親との交流が求められるという点では、見解の相違はない。この点を含め、メリットとデメリットを比較考量すれば、やはり共同親権・共同監護の導入が望ましいと考えられる。しかしそのためには乗り越えないといけない課題が山積している。

4 共同親権導入にともなう課題

①父母の協力体制

先述のとおり、石川は、日本への共同親権導入の可否の検討を早い時期から提唱している。離婚父母が子どもの監護に協力しており、かつそれが一定の条件を備えている離婚父母には可能であるということが明らかにされるならば、子どもの監護にとって望ましい離婚父母の協力を法的に保障する制度が創設されることは有益であると述べる。そして、共同親権が子どもの監護の理想であるという同意が形成されるなら日本の現状でもこの導入の下地は整っていると主張する。具体的には、家庭裁判所制度が確立し、家事調停における調整テクニックの蓄積があり、カウンセリングの専門家である家庭裁判所調査官を擁していることである（石川、1984：p. 8）。また、棚村政行は、「親権の共同が認められても、単独行使の場合の基準や親子の話し合いや意

見の対立を生じた場合の解決方法、親子の面会交流を支援する制度の充実整備など、また父母の教育プログラムなどの充実が前提条件である」として、共同親権制度の導入のための課題を具体的に挙げている（棚村、2011：pp. 14-15）¹⁴⁾。

②面会交流

先述のアンケート調査によれば、離婚の際に子どもの監護をめぐる協議のなかで、母親が親権をもつのと引き換えに面会交流に関して条件が提示されるケースが多いとの結果や、離婚後の子どもと父親との面会交流について、本当は会わせたくないという母親の声もある。大沼裁判官は、子どもに会わせないことを相手方への復讐の手段としている事例が少なくないと指摘して、共同親権を採用する長所には、両親に会いたいという子どもの権利が保障されること、両親双方との関係を維持構築することが子どもの人格形成に寄与されると述べている。次項で言及するDV・児童虐待の問題を十分に考慮しつつ、子どもの意思を最大限に尊重するために、面会交流の実施に対する国や行政による協力体制を整えることが求められる。

最近では、窪田充見が、親権制度に関する将来的な検討課題として、「離婚後の共同監護については、その導入を主張する立場も有力である。今回の改正では、民法766条1項に面会交流についてはじめて明文化される」¹⁵⁾。この点は、親権の存否とは切り離して、面会交流の問題を扱いうるということを示した一例といえるとして、離婚後の共同親権の問題

と離婚後の面会交流の問題をどこまで接合させて考えるのかについて慎重な検討が必要である」と述べている（窪田，2011：p.10）。

③ DV・児童虐待

小川は、共同親権の導入には慎重な立場であり、その理由の1つに、DV・児童虐待問題を挙げている。小川によれば、欧米では早い時期から共同親権・共同監護を導入しているが、DV・児童虐待が大きな壁として立ちはだかっている。対応策もいくつかとられているが、加害親にも親権・監護を認めることには反対意見も強い。DV・児童虐待は、日本においても深刻な問題である。それゆえ、共同親権を導入したとしても、例外的に単独親権の選択を認めなければならない場合もあるかもしれない（小川，2011：pp.217-219）。アメリカではDVが絡む面会交流の加害親にはDVプログラム参加を、また被害親や子どもに対してはカウンセリング受講を義務づけている（棚瀬，2010：pp.189-197）。こうしたアメリカの具体的試みは日本においても大いに参考になると思われる。

④離婚制度

田中通裕は、離婚後の共同親権については離婚制度とりわけ協議離婚制度をどう改正するか（またはしないか）に関わっていると述べている（田中，2011：p.5）。現行法では、親権者となった父母の一方は、常に親権を行使する者であった。しかし、先述の許案のように親権の帰属と親権行使を区別し、親権行使の内容に応じて判断するとすれば、具体的な取り決めが求められることとなり、離婚の

際に親権をどのように扱うのかを検討する必要が出てくる。先述の通り、韓国は、日本と同様の協議離婚制度を採用しているが、近年、離婚後の子どもの福祉の観点から、共同親権、面会交流に関する親権法および協議離婚手続の改正が行われた。日本が法改正を進めるにあたり、韓国の動向は大いに参考になると考える。

5 おわりに

日本における離婚後の単独親権制度は、子どもの監護（親権、子どもの引渡し、面会交流、養育費）という観点からすると問題が多い。離婚後の父母の間での子どもをめぐる紛争が増えている中で、近年、共同親権・共同監護の導入をめぐる議論が活発化している。本稿では、そうした実態を踏まえて、日本において共同親権・共同監護の導入は可能であるか、さらに導入する場合の問題点を、とくに子どもの福祉という観点から考察した。司法統計、裁判例、アンケート調査を通して、夫婦間の争いの渦中にある子どもの状況は大変深刻であることが明らかとなった。

共同親権・共同監護導入に関して、学識者や実務家から出された意見をみると、慎重論より積極論の方がやや優勢である。ただし、積極論の側からも解決すべき課題がいくつか提示されている。そのおもな課題とは、面会交流を実現するための協力体制を整えること、DV・児童虐待への対処、そして協議離婚制度の改正である。窪田が述べたとおり、2011年6月に公布された民法766条（子どもの監

護) 改正案には、面会交流が明文化されている。子どもの福祉という点からすると、離婚後の父母との関係がもっとも重要であり、面会交流はその中心に位置するといえる。そのためにも父母の協力が不可欠である。父母は、離婚によって夫婦関係を解消したとはいえ、子どもの養育の重要な担い手であることに変わりはない。国、行政は、親としての責任を認識させるために、離婚時の取り決めを明確に定めることや離婚後の親への教育プログラムを実施することも検討していくべきである。諸外国の事例も大いに参考にしながら、子どもの福祉に適った制度の実現を目指すことが求められる。

本稿では、親権問題に関連して、離婚後の子どもの監護のなかで、とくに面会交流の重要性について触れた。今後は、子どもの監護における離婚後の養育費問題の検討を進めていきたいと考えている。親権、面会交流、養育費は、どの要素も離婚後の子どもの養育には欠かせないものであり、たとえ離婚した場合でも父母が協力して行うべきものであると思われる。これら3つの要素の間の関係を検討することも必要である。

注

1) 1947(昭和22年)年改正前の民法第4編「親族」および第5編「相続」の(旧)規定(以下、「明治民法」と称する。)では、婚姻中・婚姻後を問わず、原則として「家」にある父親が親権を有しており(明治民法877条1項)、乳幼児でも母親から引き離されることになるために、監護者制度を設け、母親は監護者として事実上の

子どもの監護養育にあたるのが可能となった(明治民法812条)。戦後の民法改正により、母親を親権者として指定できるようになった。現行法の監護者制度は、明治民法812条での単独親権制度の前提である「家」制度の廃止と父母平等主義を手直しただけで、そのまま存置された(現行法766条)。このように「親権」と「監護」を区別する日本と異なり、欧米諸国では、離婚後については「親権 (parental rights)」という用語はほとんど用いられず、もっぱら「監護 (custody)」が用いられることが多い。アジア諸国では、「親権」という用語がおもに用いられている(中村恵, 2007: pp.440-441; 吉田, 2007: p.203)。婚姻中の親権は民法819条に規定されているが、共同親権とは、未成年の子どもの利益・福祉を目的とする子どもに対する身上監護と財産管理を、共同して行うことである。監護は、日本においては身上監護(日常的な監護)に限定して用いられるが、共同監護はこれを共同で行うことである。子どもの福祉・子どもの利益という観点から共同親権、共同監護を離婚後も継続させる可能性をめぐって、本稿で述べたように各方面で議論が活発化している。島津一郎は、離婚後の共同監護について、日常的な監護を父母平等にしながら、教育、宗教、医療などに関する決定権は親権者である父もしくは母に与えるという共同監護は、非現実的かつ不平等であり、これをわが国で実現するためには、立法手続が必要であること、監護権以外の権利についても父母平等とすべきであると指摘する(島津, 1987: p.134; 山本, 2011: p.19)。

2) 面会交流とは、離婚後、監護者がいるために子を養育していない親権者、あるいは、親権者でも監護者でないために子を養育していない親が、子に会ったり、電話をかけたり、手紙のやりとりをしたり、あるいはともに旅行に行っ

たりなどすることである（高橋ほか著，2011：p.99）。以前の裁判所の判決、裁判例では、「面接交渉」という表現が用いられてきたが、近年では面会交流という語が用いられている。単独親権の下での面会交流の実施には、監護親の協力や理解が求められる場合が多く、後述のアンケートのように、監護親でない父親が親権を譲る代替条件として実施されることもあるのに対して、共同親権・共同監護の下では、子どもに対する親の責任として、父母が行使することとなる。

3) 厚生労働省が公表した「平成18年度全国母子世帯等実態調査」結果によれば、養育費に関して、離婚に際しに取り決めをしなかった理由の第1位は「相手に支払う意思や能力がないと思った」で47.0%、第2位は「相手と関わりたくない」で23.7%となっている。

4) 『家庭裁判所月報』51(10)：pp.118-135(①)、同55(6)：pp.122-130(②)、同55(8)：pp.54-65(③)。

5) 人身保護法2条、人身保護規則4条の条文は次のとおり。

人身保護法2条：「法律上正当な手続によらないで、身体を拘束されている者は、この法律の定めるところにより、その救済を請求することができる。」

人身保護規則4条：「法第2条の請求は、拘束又は拘束に関する裁判若しくは処分がその権限なしにされ又は法令の定める方式若しくは手続に著しく違反していることが顕著である場合に限り、これを行うことができる。」

6) 2006年7月20日、福岡高等裁判所の判決（子どもの引渡しの審判に対する即時抗告事件、原審：大分家審18.3.27）では、協議離婚の際の親権者指定の合意が問題とされた。母親が父親に対して子どもの引渡しを求めた事案について、第1審では母親の申立てを認めたが、第

2審では、協議離婚の際に父母間で親権者指定についての合意がなされていないこと、父親が離婚届の親権者欄を空白にしたまま保管していたのに、母親が無断で自らの氏名を記入して届出をしたことが判明した。従って、母親の親権は絶対的なものではなく、親権者の指定合意をめぐる争いが顕在化するに至った。抗告審は、原審の審判を取消し、差戻した（『判例タイムズ』1233：p.294）。

- 7) 裁判例①～③の判断理由（要約）は次のとおり。①1994年11月8日の最高裁判所の判決理由を引用し、これに倣って本案を判断している。引用された判決理由は次のとおり。「法律上監護権を有しない者が子をその監護の下において拘束している場合に、監護権を有する者が人身保護法に基づいて子の引渡しを請求するときは、被拘束者を監護権者である請求者の監護の下に置くことが拘束者の監護の下に置くことに比べて子の福祉の観点から著しく不当なものでない限り、非監護者による拘束は権限なしにされていることが顕著である場合（人身保護規則4条）に該当し、監護権者の請求を認容すべきものとするのが相当である」。②子どもらは、現在、一応安定した生活を送っていることが認められること、本案は審判前の保全処分を請求したもので、保全の必要性を肯定すべき切迫した事情（具体的には、子どもに対する虐待、放任、監護が原因で発達遅滞や情緒不安を起している場合がこれに当たる）は認められない。③子どもに対する愛情や監護意欲、経済的な状況、居住環境等の点において父母間に優劣の差はないこと、抗告人が親権者として不適格であるとすべき事情は認められないし、子どもを今後抗告人のもとで養育することが子の福祉に反するような事情も認められない。
- 8) アメリカでは、1970年に、カリフォルニア州における無責離婚法（no-fault divorce law）の

- 成立をきっかけに、1980年までにはほとんどの州が何らかのかたちで無責離婚法を導入した。無責主義（破綻主義）では、有責事由がなくても婚姻生活が破綻したことが離婚原因として認められる。これまでの有責離婚法が、結婚の保護をベースとして離婚に抑制的であったこと、性別役割分業的であり、離婚に際して妻が子どもの親権者となり、夫が養育費を支払うという考え方と結びついているのに対し、無責離婚法は、離婚後の親権者指定と養育費の支払いについて、妻と夫のいずれもが責任を負うという考え方と結びついている（井上，2007：pp.109-112；泉久雄，2005：pp.61-63）。
- 9) 菊地は、「単独監護の弊害は面接交渉というような手段で治癒しうるような単純なものではなく、通常の婚姻生活にも似た両親との絶え間ない接触があつてこそ、ようやくその不健全性の若干が救済されるに過ぎないほどの深刻さを持っていることは、行動科学面での研究が進歩すればする程明瞭となって来ており、共同監護が俄かに脚光を浴びる原因となっている」と言及している（菊地，1979：p.160）。
- 10) 米倉明は、「離婚はあくまで夫婦の問題であつて、離婚があつたからといって、子どもの養育上望ましい、いや不可欠の両親、親族との接触が妨げられてはならないという考え方のもとに、その接触を確保するための努力が払われている。共同監護の承認にしても、…その現われである。」と述べている（米倉，1988：p.143）。
- 11) 婚姻件数における離婚件数の比率は、1985年には10.3%であつたが、2004年には44.9%へと4倍以上の上昇率となっている。同期間における離婚件数も38,838件から139,365件へと増加した。また、2007年改正後、韓国の協議離婚件数は、2007年105,100件から2008年には91,200件へと減少し、裁判離婚件数は2007年に約18,900件から2008年には25,800件へと減少している（伊藤・春木・金香男，2010：p.139；金亮完，2010：p.111）。
- 12) 法務省ホームページ
<http://www.moj.go.jp/content/000070716.pdf>
(2011年10月21日確認)。
- 13) このディベートは、調停委員が肯定する側と否定する側に分かれて、離婚後の共同親権について、肯定側からはメリットを、これに対して否定側からデメリットを出して、さらに、肯定側が答えていくというものである。
- 14) 菊地は、共同監護を有効に作用させる条件として、次の5つを指摘する。これらは、父母の協力を必要とするものとなっている。1. 両親が地理的に接近して居住すること、2. 父が自宅で営業するか、勤務時間に相当な余裕を持つことのできることに、3. 両親が共に共同監護に同意していること、4. 転校、交友関係の変化など子どもの環境条件に変化がないか、最小限の変化にとどまること、5. 離婚後であっても両親の間に接触が保たれ、協議がなされ妥当な判断に達しうることである（菊地，1979：p.158, pp.162-163）。
- 15) 改正案（民法766条1項）は、「父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者、父又は母と子との面会及びその他の交流、子の監護に要する費用の分担その他の子の監護について必要な事項は、その協議で定める。この場合においては、子の利益を最も優先して考慮しなければならない」と、改正案同法820条（親権概念）は、「親権を行う者は、子の利益のために子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う」とある（衆議院H Pの議案審議経過情報による）。
- http://www.shugiin.go.jp/index.nsf/html/index_gian.htm (2011年5月23日確認)。
- なお、この改正案は、2011年6月3日、「民法等の一部を改正する法律」として改正された

(未施行)。

〔参考文献・引用文献〕

- 石川稔, 1984, 「ジョイント・カस्टディと家族の自律性」『判例タイムズ』511: pp.6-8.
- 泉久雄, 2005, 『家族法読本』有斐閣.
- 伊藤公雄・春木育美・金香男編, 2010, 『現代韓国の家族政策』行路社.
- 犬伏由子, 2010, 「親権・面会交流権の立法課題」『家族〈社会と法〉』26: pp.35-51.
- 井上真理子, 2007, 『リスク・ファミリー——家事調停の現場からみた現代家族』晃洋書房.
- 岩志和一郎, 2007, 「ドイツの親権法」『民商法雑誌』136(4・5): pp.497-530.
- 小川富之, 2010, 「家族法改正——子の利益を中心に」『家族〈社会と法〉』26: pp.18-22.
- , 2011, 「婚姻解消と子どもの問題について——単独親権・共同監護の問題を中心として」『離婚と子どもの幸せ——面会交流・養育費を男女共同参画社会の視点から考える』日本弁護士連合会両性の平等に関する委員会, 明石書店: pp.206-219.
- 梶村太市, 2010, 「子どもを連れ去って返してくれない」『書齋の窓』有斐閣, 594: pp.17-19.
- 菊地和典, 1979, 「面接交渉から共同監護へ——子の監護についての新しい動向」『家庭裁判所論集——創設30周年記念』最高裁判所事務総局: pp.140-165.
- 許末恵, 2008, 「親権をめぐる法規制の課題と展望」『家族〈社会と法〉』24: pp.126-143.
- 金汶淑, 2008, 「韓国家族法に伴う国際私法への影響——準拠法の適用の観点から」『甲南法学』48(3): pp.341-399.
- 金亮完, 2010, 「韓国における協議離婚制度および養育費確保制度について」『家族〈社会と法〉』26: pp.107-112.
- 金容旭, 2010a, 「韓国家族法改正への提言(中)」『戸籍時報』日本加除出版, 660: pp.12-19.
- 金容旭, 2010b, 「韓国家族法改正への提言(下)」『戸籍時報』日本加除出版, 662: pp.17-34.
- 窪田充見, 2011, 「親権に関する民法等の改正と今後の課題」『ジュリスト』1430: pp.4-11.
- 最高裁判所判決平成11年5月25日『家庭裁判月報』51(10): pp.118-135.
- 椎名規子, 2004, 「離婚後の子の監護——共同監護に向けたイタリア民法典改正の議論とともに」『比較法制研究』國士館大學比較法制研究所, 27: pp.115-151.
- 島津一郎, 1987, 「共同監護はわが民法上可能か——西ドイツ法および英米法との比較検討」『家族〈社会と法〉』3: pp.116-138.
- 鈴木博人, 2007, 『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, 日本加除出版, pp.129-152.
- 高橋朋子・床谷文雄・棚村政行編, 2011, 『民法7親族相続第3版』有斐閣.
- 田中道裕, 2011, 「家族法改正研究会第2回シンポジウム〈親権法等グループ中間報告会〉共同親権・共同監護 I 報告の概要」『戸籍時報』日本加除出版, 673: pp.2-5.
- 棚瀬一代, 2010, 『離婚で壊れる子どもたち——心理臨床家からの警告』光文社.
- 棚村政行, 2011, 「日本における家族法の改正」『戸籍時報』日本加除出版, 672: pp.2-21.
- 東京家事調停協会自主勉強会「トリビアの会」・大沼洋一, 2008, 「単独親権 VS 共同親権」『調停時報』日本調停協会連合会, 169: pp.82-93.
- 東京高等裁判所平成15年1月20日決定『家庭裁判所月報』55(6): pp.122-130.
- 東京高等裁判所平成15年3月12日決定『家庭裁判所月報』55(8): pp.54-65.
- 中川淳, 2001, 『新家族法入門(第2版)』法律文

- 化社.
- 中村多美子, 2008, 「日弁連における共同親権法規制における手続の議論状況」『家族〈社会と法〉』24: pp. 144-153.
- 中村恵, 2007, 「わが国における親権法をめぐる現状」『民商法雑誌』136(4・5): pp. 433-464.
- 二宮周平・金成恩, 2010, 「韓国における子どものいる夫婦の離婚問題への取り組み」『立命館法学』331: pp. 1099-1115.
- 二宮周平, 2011, 「当事者支援の家族紛争解決モデルの模索」『ケース研究』家庭問題研究会, 307: pp. 5-34.
- 日本加除出版法令編纂室編, 2009, 『戸籍実務六法 平成22年版』日本加除出版.
- 広渡清吾, 1988, 「アメリカの離婚」利谷信義・江守五夫・稲本洋之助編『離婚の法社会学』東京大学出版会, pp. 231-270.
- 福岡高等裁判所平成18年7月20日決定『判例タイムズ』1233: p. 294.
- 水野紀子, 2009, 「特集 家族法改正——婚姻・親子法を中心に」『ジュリスト』1384: pp. 58-74.
- 山口亮子, 2007, 「アメリカ法における親の権利と監護権」『民商法雑誌』有斐閣, 136(4・5): pp. 561-594.
- , 2011, 「家族法改正研究会第2回シンポジウム〈親権法等グループ中間報告会〉共同親権・共同監護 IV 共同親権・面会交流」『戸籍時報』日本加除出版, 673: pp. 21-31.
- 山本正憲, 2011, 島津一郎・阿部徹編『新版 注釈民法(25) 親族(5)』, 有斐閣, p. 19.
- 吉田邦彦, 2007, 『家族法(親族法相統法) 講義録』信山社.
- 米倉明, 1988, 「アメリカの離婚」利谷信義・江守五夫・稲本洋之助編『離婚の法社会学』東京大学出版会, pp. 129-158.
- [官公庁ホームページ]
厚生労働省, 「平成18年度全国母子世帯等結果報告(2006年11月1日現在)」
<http://www.mhlw.go.jp/bunya/kodomo/boshisetai06/02-b16.html> (2011年5月23日確認)
衆議院, 議案審議経過情報
http://www.shugiin.go.jp/index.nsf/html/index_gian.htm (2011年5月23日確認)

Toward joint bringing-up of children after divorce — the problems involving joint legal custody —

UEMURA Masayo

〈Summary〉

Parental right or Child custody battles between divorced fathers and mothers have been getting fierce in recent years. Pointing out the problems of the current legal arrangement of sole legal custody after divorce, practitioners and academics are investigating joint legal custody as adopted overseas in view of introducing it to Japan. It is not clear, at present, that the introduction resolves the problems relating to the sole legal custody system such as non-payment of child support costs or custodial battles. In this paper, the reality of increasingly bitter battles among parents in Japan is laid out first, using the statistical trend of legal cases involving child custody, results from a questionnaire survey of divorced mothers and related legal cases. It then moves on to summarize the background and reality of the countries that adopted a joint legal custody system such as Germany, the US and South Korea. Though popular among practitioners and academics the introduction of a joint legal custody system is not without problems. However from the child's welfare point of view, there is no denying that negative impacts arising from the sole legal custody system affect the physical and mental development of a child. Divorce and child rearing should be dealt with separately and the child's interest should come first in making arrangements for legal custody. It is important to create a system where both parents share the parental responsibility after divorce and the paper proposes the necessity of creating such a system with cooperation involving the state, public administration and private organizations.

Keywords : parent right, custody, child