

## 親権の基礎の検討

弁護士 福市 航介

### 1 はじめに

今日、親権法の分野では、子の親権や監護権を巡る争い、面会交流を巡る争い、さらには、子の虐待等の不適切な親権行使が問題となっている。

ところが、日本では、国家が家庭内に介入することについて、非常に消極的である。その結果、上記の問題は自力救済に任せられ、結果として、本来守られるべきはずの子の利益が害されているという現状がある。

現在、親権法の改正を求める活動が活発になりつつあるが<sup>1</sup>、これを実現するためには、国家の家庭への介入を積極的に認める必要がある。もっとも、問題が親子関係という自然的関係を対象とするため、国家の家庭への介入に消極的な議論も考えられる。

そこで、国家の家庭への介入可能性を検討するためには、親権の基礎を検討することが有意義であると思われる。

### 2 親権とは何か

それでは、親権とは、一般にどのように定義されているのであろうか。

この点、親権とは、「親の子を哺育・監護・教育する職分」等とされている<sup>2</sup>。

このように、親権という文言にかかわらず、親の子に対する義務性が強調されるのが現在の一致したところである。「親権は、他人を排斥して子を哺育・監護・教育する任に当たりうるという意味では権利であるとしても、その内容は、子の福祉を図ることであって、親の利益を計ることではない」<sup>3</sup>とされるのである。

しかしながら、これは子の福祉を全うするために親の利益を図ることができないことを示すだけであり、国家が家庭内に介入できるのか、どの程度介入することができるのかについて、回答するものではない。

国家の介入可能性を考えるためには、親権が成り立つ基礎を検討する必要がある。

### 3 親権の基礎

#### (1) 私法義務説と公的義務説

それでは、親権の基礎として、何が考えられるのであろうか<sup>4</sup>。なぜ、親権の義務的な性格が導出されるのであろうか<sup>5</sup>。

この点については、私法義務説と公的義務説が対立するといわれている<sup>6</sup>。

私法義務説とは、親の子に対する私法上の義務とする見解であり、親子の自然的関係を発生根拠としている。これは、親の子に対する教育について、国家からの介入を防ぐという目的があると考えられる。これに対して、公的義務説とは、国家社会に対する義務とする見解であり、子の存在の公共性を強調する立場であると考えられる。これは、子の養育について国家が中心的な役割を果たすものとして、国家の介入が容易になる見解と考えられる。

#### (2) 両説の適否

確かに、公的義務説を採用すれば、国家が家庭に介入することが容易になるであろう。しかし、この見解は、後述のとおり、国家目的から画一的に子の福祉が語られる可能性があり、かえって個別具体の子の福祉を害する結果となることが危惧される場所である。

もっとも、だからといって、私法義務説を徹底することが正当であるとは思われない。親権の基礎を親子の自然的関係に求めるとすれば、親子関係の私事性が強調されることによって、国家による不介入が過剰になされる虞があるからである<sup>7</sup>。私法義務説は、親権の基礎を親子関係という自然的関係に求めるが、そもそも、子の福祉を中心に据えると、親でしか親権を行使できないという結論は論理的には出てこない。両親が存在しない子は存在するし、民法も、そのような子の存在を前提として、その子の福祉を充足させる存在として、未成年後見人を認めているのである。

#### (3) 親権の基礎

結局、誰に親権者としての責務を担わせるか、どのような範囲でその者に責務を担わせるかという問題は、法政策の問題であるに過ぎない<sup>8</sup>。親子の自然的関係とか、親の国家や社会に対する義務等という観点は、法政策を決定する一要素として考慮されるに過ぎないと思われる。親権は自然権等という絶対的なものではない。ドライな考え方もかもしれないが、これが親権の基礎であると考

えられる。

#### 4 親権に対する国家介入の可能性

##### (1) 親権法の法政策—ミクロ的観点とマクロ的観点

現代における親権法の政策目的は、「子の福祉の実現」にあるというべきである。そして、「子の福祉」とは、ミクロ的観点とマクロ的観点から検討すべきである。

ミクロ的な観点についてみると、一人一人の子が健全な発達と成長を遂げるためには、その一人一人の実情にあった監護と教育がなされる必要がある。このようにすることにより、個別具体の子の尊厳を確保することができるのである。マクロ的な観点についてみると、子が社会性を持つ存在であるということに留意する必要がある。子の福祉を実現するとは、次世代を担う国民を生産するということであり、社会の存続に関わることを考えなければならない<sup>9</sup>。

親権を誰にするか、どの程度の親権行使を認めるかはこのような観点から決定されなければならない。

##### (2) 国民の納得という観点

しかし、法政策を掲げたととしても、法政策を実現するに際しては、国民の納得がなければならない。いかに理想を掲げたとしても、国民から納得が得られないようであれば、法政策として国民に浸透しない。特に、親権という親子の自然的関係を対象とするだけに国民の納得という観点は大きいものと思われる。親権は、他の法律と同じように、いやそれ以上に、その時代毎の文化的背景に規定されるものであることに留意しなければならない。ただし、文化的背景といっても、既存の文化的価値を啓蒙する必要があることを前提とすべきことは当然である。

##### (3) 親権に対する国家介入の可能性—国家と親との役割分担

以上の点からすれば、親は、通常、子の実情を知っており、子の監護や教育を行う意思を有しているから、子を監護する意思と能力があるといってよい。また、親子の自然の愛情関係の継続は子の健全な成長に必要でもある。親に親権を託すことが一人一人の子が健全な発達と成長を遂げるためには必要であろう。また、子が公共性をもつ存在であるとしても、国家が中心となって子の監護・教育をすることは、子の福祉が国家目的化され、かえって、個別具体の子の福祉に反する結

果となる。また、コストの点からもおよそ肯定できるものではないであろう。国民も、親は子に生命を直接与えた者として、第一次的には子に対して保護養育の責任があると考えていると考えられる。

そうすると、子の福祉の観点からは、原則としては、親権は両親に行使させるのが妥当である。しかしながら、親権は、単なる法政策なのであるから、絶対視するべきものではない。親権の行使態様については、国家は常に関心を持ち、親による親権の行使について、積極的に介入する等、後見的な役割を担うべきである。

#### 5 単独親権制度から共同親権制度への移行

##### (1) 婚姻中の親権行使

一人一人の子が健全な発達と成長を遂げるためには、その一人一人の実情にあった監護と教育がなされる必要があることは前述したが、両親は、通常、子の実情を知っており、子の監護や教育を行うことを欲しているといえ、子の監護や教育をする意思と能力を有することができる。また、両親と子の自然的な愛情関係の継続が子の福祉にとってよいといえる。さらに、国民一般の感覚からしても、父母の婚姻中は、共同して子の監護・教育を行うことが子の福祉のために良いと考えられているものと考えられる。したがって、両親の親権行使の態様は、共同して行うことが妥当であり、民法も、これを確認している<sup>10</sup>。

##### (2) 離婚後の親権行使

ところが、民法は、父母が離婚した場合には、単独親権制度を採用している<sup>11</sup>。

しかしながら、これは子の福祉の観点からは疑問がある。

なぜなら、上記の通り、両親は通常子の実情を知っており、子の監護や教育を行うことを欲しているといえ、子の監護や教育をする意思と能力を有することができるが、それは両親が離婚をしても変わりがないと思われるからである。また、子との関係では、両親と子の自然的な愛情関係の継続が子の福祉にとってよいことも変わらないと思われるのである<sup>12</sup>。離婚後の親権行使が単独でなされるべきことについて、立法担当者は両親の協力ができないという実際論を根拠にしており<sup>13</sup>、なぜか離婚後については、親の観点が重視されてしまっているが、方法論としては、子の福祉のために両親の親権行使を調整するという道を

採用すべきであったと思われる<sup>14</sup>。

### (3) 国家介入の可能性

立法論としては、離婚後も共同親権制度を採用すべきであると考ええる。国家は、両親の協力ができないと諦めるのではなく、積極的に両親の親権行使の調整を行わなければならない。そのためには、裁判離婚だけでなく、協議離婚をしたとしても、親権行使の態様については、裁判所の審査を経ることが必要ではないかと思われ、そのようにしたからといって、親権を害する等ということはない。

もっとも、現行法が単独親権制度を採用している以上、当面は国家としては、両親の愛情を受けることが子の福祉にとってよいという観点から、面会交流の義務性を承認し、面会交流の頻度や内容を充実させるというような解釈論で積極的に対応すべきである。

## 6 不適切な親権行使に対する対応

不適切な親権行使、具体的には児童虐待等に対する対応については、筆者が詳しくないため、詳論できないが、基本的な方向性としては、国家は積極的に不適切な親権行使に対して、親権停止や親権喪失等の手段をとるべきものと考えられる。

現行法では、不適切な親権行使に対する対応として、児童虐待防止法による面会通信制限等の公的規制により親権が大幅に制約されているが、親権自体は厳として存在することから、「子にとって必要な救済に対して、妨害として働く『親権の壁』が実務現場を苦悩させている」とされているところである<sup>15</sup>。

そもそも、親権が両親に与えられるべきと考えられるのは、前述のとおり、子の監護・教育する意思と能力を有するからである。そのような意思と能力を有しない者の親権行使を容認すると、かえって、子の福祉に反し、親権法の政策目的を害する。国家としても、最低限の子の福祉の確保に関してはある程度画一的な基準で望むべきであるし、国家がそのような対応に出なければならない事象は例外的に発生するものと考えられるから、コストの観点からも問題はない。ここでも、親権法の政策目的を達成できない場合には親権を絶対視する必要はなく、国家は積極的に親権の制限を行うべきである。

## 7 おわりに

現在の家事実務は、家庭内の問題に国家が積極的に介入せず、家庭内の問題処理は事実上、自力救済で行われているというのが実感である。しかし、自

力救済では、子の福祉の観点に立った公正な処理は望めない。子の福祉の実現のためには、国家が積極的に家庭内に介入できる内容をもった親権法の改正が急務であると思われる。

以上

- 1 水野紀子「家族法改正—婚姻・親子法を中心に—親権法」ジュリスト1384号58頁以下参照。
- 2 我妻榮『親族法(法律学全集23)』(有斐閣・昭和43年12月20日)316頁参照。
- 3 前掲・2・316頁参照。
- 4 本稿では、親権の基礎について、若干の検討を行うわけであるが、この問題は、於保不二雄元教授が「親権の性質決定をするについては、過去の歴史を回顧しまた将来への発展をトキななければならない。それとともに、歴史的発展は巨視的には時代とともに大きく転化してゆくわけであるが、同一時代にあつては過去、現在、未来の三時代の性格が重なり合うものであり、また、個々の事項については必ずしも同歩調で変化してゆくものとは限らない、ということ忘れてはならない。それだけ、親権の性質もまた極めて複雑であつて、この問題単純に解明することは困難である。」(於保不二雄・中川淳編『新版注釈民法(25)』(有斐閣・平成16年12月20日)4頁参照。)と述べられているとおり、簡単な問題ではないということ銘記する必要がある。本稿の検討も、検討のための試論という性格が強い。
- 5 親権の支配的側面から監護的側面への歴史的な移行過程は、前掲4・1頁ないし6頁に詳しい。本文では、字数の関係から、もっぱら親権の監護権的側面、義務的側面を検討している。
- 6 川田昇『親権と子と利益』(信山社・平成17年3月30日)37頁以下参照。
- 7 現在の家事実務でも、そのような感想を抱くことが少なくない。
- 8 但し、子が自らの福祉の充足を求めることは憲法13条等の保護を受けると考えるべきである。
- 9 前掲4・5頁が、「20世紀親権法においては、親権は、未成年子に対する監護権ということだけでなく、これはもっぱら子の利益のため、子の福祉のためであることが謳われるようになっている。このことは、子の監護ということは、単に親子間・家族親族間の問題として親族自治的に処理されてよいという問題ではなく、社会的国家的任務であることを示すものである。だから、親権は、子に対してのみでなく社会国家に対する任務として、その後見性・社会性ということが一段と要請されてきているとみなければならない。」とするのは本文と同趣旨のものと思われる。
- 10 民法818条3項参照。
- 11 民法819条参照。
- 12 ただし、この点については、筆者の感想に過ぎず、臨床心理学からの詳細な実証的研究が必要であると考えられる。
- 13 我妻榮博士は、「理想論としてはともかくも、実際論としては、実行が困難であろう。父母が離婚すれば、居住を異にするだろうし、子はそのいずれかに引き取られるだろうから、その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、子にとって甚だしく不利益であろう。」とされている(前掲6・8頁参照)。
- 14 おそらくは、国民一般の意識からして、いきなり共同親権制度を採用することに躊躇があつたのではないかと考えられる。
- 15 前掲1・59頁参照。