

婚姻中共同親権の制度欠陥国賠

説明資料

2021年4月21日

概要

夫婦関係が良好でなくなった場合には、子の連れ去りや親子断絶といった問題がわが国では深刻であることは、既にご存知のことかと思えます。実は、そういった問題は“婚姻中の共同親権の下”で起こっているものです。

日本の民法では明らかに「親権」があるにも関わらず、子どもに会うことすらできない、どこに住んでいるのかもわからない、子どもの進学・医療・宗教などの重要事項事項の意思決定に関わることも出来ないという問題があるのですが、これは、“婚姻中共同親権の制度欠陥”によるものです。海外のほとんどの国では、この問題は立法により解決されているのですが、日本では放置されており、法整備がされていません。

本訴訟は、父及び子（親権者として父が代理）の2名が原告となり、婚姻中共同親権下において、片親が親権（監護権）の行使（例 子の居所指定、進学先などの重要事項の決定）を事実上できなくなっている現行民法の違憲性を「子の基本的人権の侵害」という点から問います。

本訴訟の争点

<主たる訴訟争点>

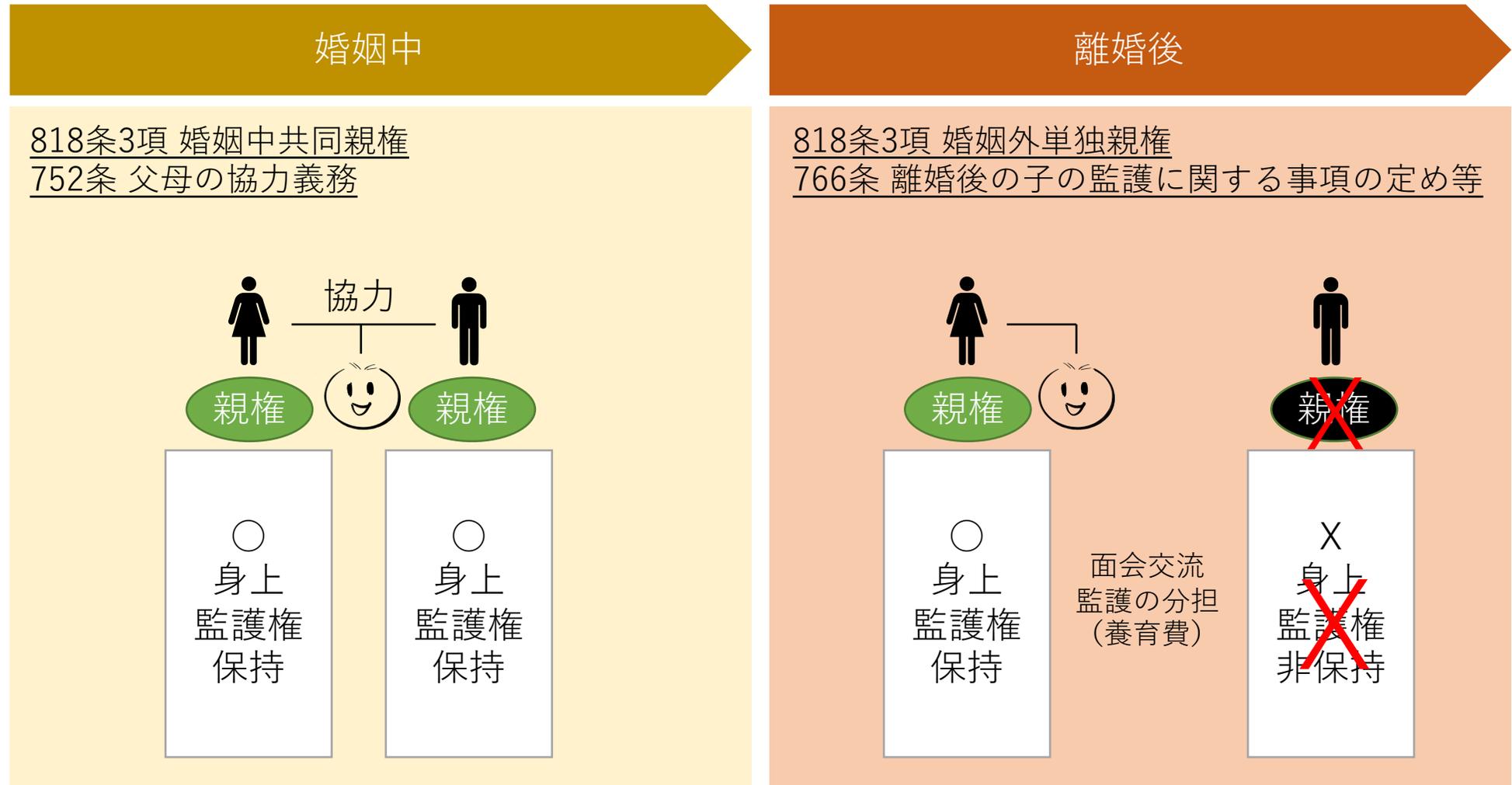
1. **婚姻中共同親権下で、父母間の意見相違・対立を調整する機能が無いことの立法不備（立法不作為）**
2. **離婚後に子の監護者を定める民法766条を、婚姻中共同親権下で類推適用する事が不当な運用であること（立法不作為による不当な裁判所での運用）**

<その他の争点>

- 補1 離婚前と離婚時の手続き差による不平等（憲法14条の問題）
- 補2 本訴訟そのもので、子の監護者指定を受けていない親権者が、子を代理することが可能なのか

本訴訟で取り扱う現状法制の概観

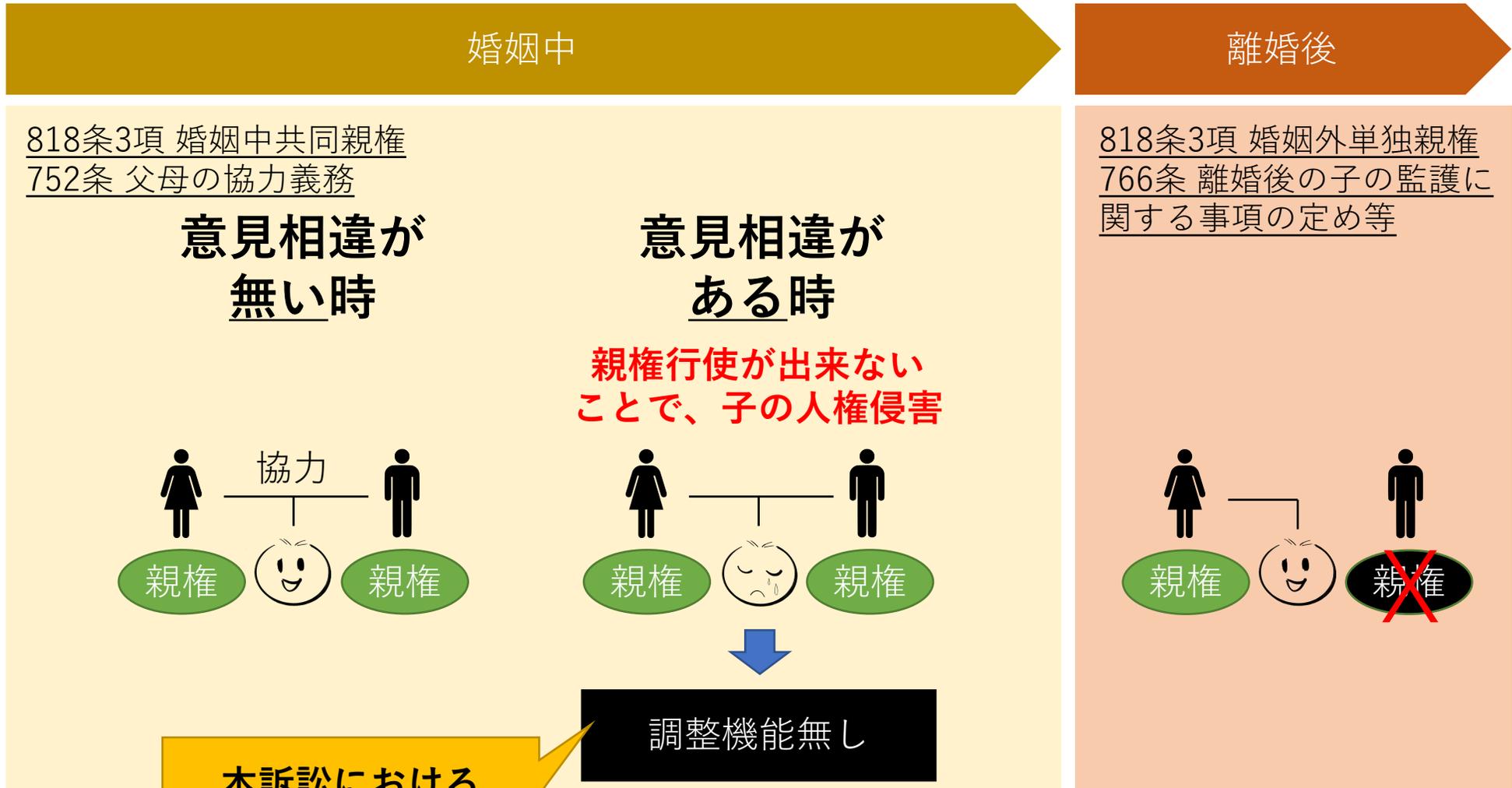
婚姻中共同親権下では父母が「身上監護権」を共同で保持。
婚姻中は協力義務（民法752条）を負い。離婚後は協力義務が無くなる。



※図では母が親権を離婚後持つ例を示しているが、逆のケースも当然ある。

主たる訴訟争点 1

婚姻中共同親権下で、父母間の意見相違・対立を調整する立法の不備



本訴訟における
立法不作為の指摘

主たる訴訟争点1（補足）

婚姻中共同親権下で、父母間の意見相違・対立する法制度の導入は、昭和23年の戦後の民法改正時から検討されるべき課題とされ、民法学者が長年、指摘を続けてきたが、立法府はその問題を放置してきた。

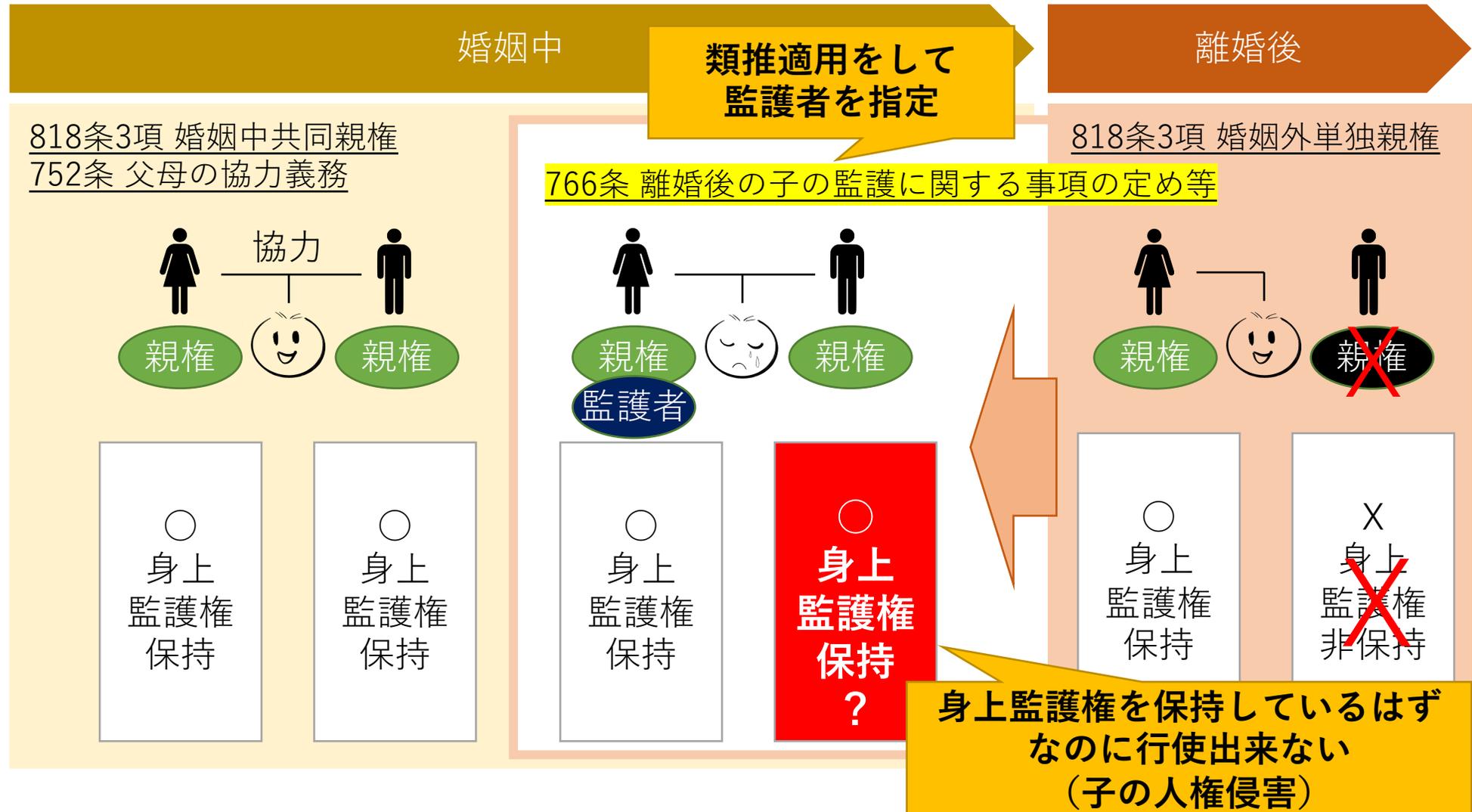
○『論点体系 判例民法9 親族』（初版 平成21年）
「民法818条3項が規定する夫婦の共同親権の解説として「親権行使について父母の意見が一致しない場合の取得る手続きについては、現行法は何も規定しておらず、立法の不備であると指摘されている。」

○大村敦志『家族法』（第3版2010年）
「民法は、父母の意見が一致しない場合の取扱いについては沈黙している。諸外国の法では、このような場合に対応するための規定を置いている例が多い（コモンロー諸国やフランスやドイツでは、最終的には裁判所の決定にゆだねている）。日本でも、立法論としては規定を置くことが必要だといわれている。」

○於保不二雄ら編集「新版注釈民法（25）」（平成6年3月30日初版）
「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。子の場合は親権を行使させない方が子の利益になると考えられ」「また、いずれ離婚に至るであろうからそれまで行使されなくてもかまわないという理由からであろうが」「現実問題としては、かえって子の福祉に反することがあろう」

主たる訴訟争点2

離婚後に子の監護をすべき者を定める民法766条を、
婚姻中共同親権下で類推適用する不当な運用。



(参考) 民法766条について

民法766条は**離婚後**の子の監護に関する事項を定める。

(**離婚後**の子の監護に関する事項の定め等)

第七百六十六条

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。

2 前項の協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所が、同項の事項を定める。

3 家庭裁判所は、必要があると認めるときは、前二項の規定による定めを変更し、その他子の監護について相当な処分を命ずることができる。

4 前三項の規定によつては、監護の範囲外では、父母の権利義務に変更を生じない。

主たる訴訟争点2（補足）

家庭裁判所では「監護者の指定」の審判手続きがされるが、他の親にどのような親権上の権利が残存しており、何ができるかの説明も全くない。



親権

監護者

家庭裁判所

監護者の指定

「監護者の指定」は
事実上、親権を上回る？
(834条喪失・停止)

制約？



親権

身上監護権

820条～823条

教育
820条

監護
820条

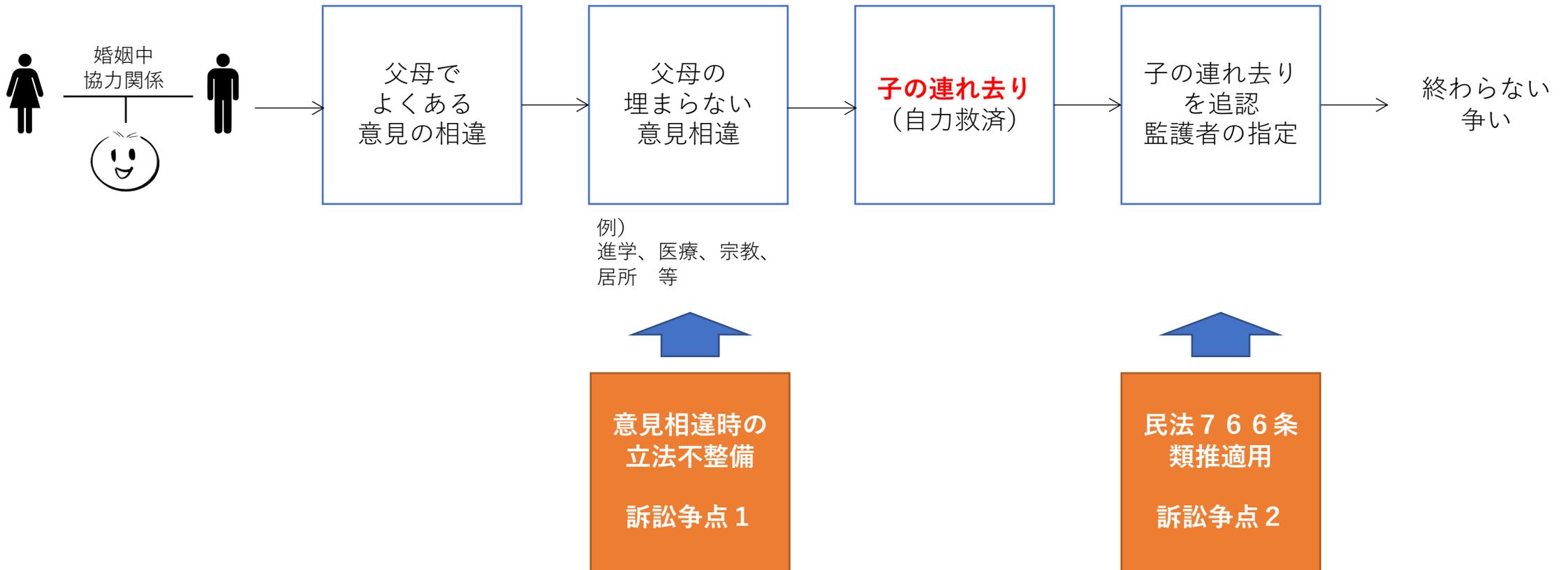
子の居所指定
821条

財産管理権

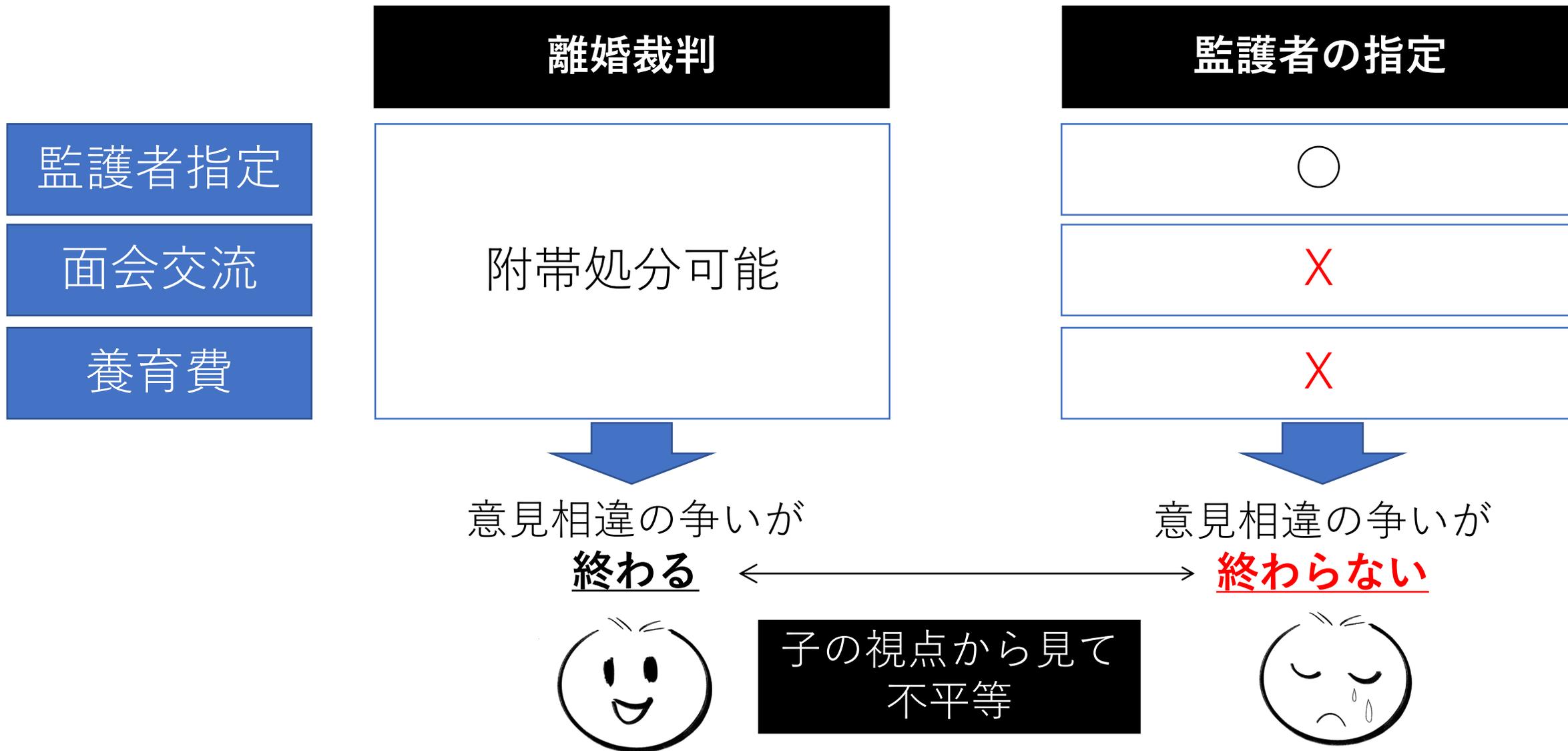
824条

子の連れ去りとの関係

本訴訟で取り扱う法の不備が、子の連れ去り問題を生みだしている



「離婚裁判」と「監護者指定時」の手続き差による不平等



本訴訟で、子の監護者指定を受けていない親権者が、
代理（訴訟の提起）することが可能なのか



親権

監護者

家庭裁判所

監護者の指定

制約？



親権

身上監護権

820条～823条

教育
820条

監護
820条

子の居所指定
821条

財産管理権

824条



監護者の指定を受けていない親が
子の代理をすることが可能？

END