

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 27 年 6 月 10 日現在

機関番号：17102

研究種目：基盤研究(C)

研究期間：2012～2014

課題番号：24530094

研究課題名(和文) 家族法における「子の福祉」の現代的意義の検討

研究課題名(英文) On the legal concept of the welfare of the child

研究代表者

小池 泰 (KOIKE, Yasushi)

九州大学・大学院法学研究院・教授

研究者番号：00309486

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 3,100,000円

研究成果の概要(和文)：本研究の目的は、「子の福祉」という法的概念の現代的意義を明らかにすることである。具体的には、「出自を知る権利」の法的意義、法的親子関係の確保の必要性、親権の法的性格(義務か権利か)、親権に服する子の法的主体性への配慮の必要性、という4つ論点に即して検討した。結論は以下のとおりである。「子の福祉」という概念は、法的文脈に即して内容を分析する必要がある。子の利益は複数の方向性をもち、さらに、矛盾する場合もある。よって、子の福祉を法的概念として用いる場合には、まずその内容が明確にされなければならない。

研究成果の概要(英文)：The purpose of this study is to clarify the meaning of the legal concept, "welfare of the child". This study treats four issues, the legal significance of child's right to know it's own origin ((1) / parents ((2)), (3) the legal nature of custody (obligation or right), (4) the legal status of child subject to custody. The conclusion is as follows. The concept of "welfare of the child"; it is necessary to analyze the content with reference to the legal context. The interest of the child is different depending on the context and there is a case of conflict. Therefore the welfare of the child as a legal concept must be clarified its contents.

研究分野：民法

キーワード：民法

1. 研究開始当初の背景

本研究が、「子の福祉」に着眼する学術的背景は、以下の通りである。

家族法の分野における法改正は、特別養子制度の創設(1987年)、成年後見制度の整備(2000年)、そして親権制限制度の修正(2011年)など、いずれも社会的ニーズへの個別的な対応にとどまっている。そして、家族法全体に及び見直し作業は、法制審議会民法部会小委員会の仮決定・留保事項(1959年)以来、久しくなされていない。しかし、現行法が典型とする婚姻夫婦とその子からなる家族像は、社会で進行する家族の多様化という事態を前に、再検討を要するものとなっている。すなわち、家族の多様化の中で、婚姻家族を典型として家族を一つの団体として把握する傾向は弱まる一方で、多様化の背景にある個人の尊重という価値は、家族構成員を一個の人格者としてあつかうことを要請する。しかし、家族の多様化・個人化の傾向の下では、これまで家族という保護の枠組の中に位置づけられてきた子(未成年子)の位置づけが、深刻な問題となる。なぜなら、子は、一人の人格であると同時に、主体性・自律性を確立する途上にあつて、保護と支援を必要とするからである。諸外国の家族法改正も、夫婦関係については個人の主体性・自律性を実現する方向で進む一方で、まさにそれゆえに子の位置づけの重要性が際立つ結果となっている。このように、法制度における家族像を再構築するにあたり、後見的配慮と主体性配慮の双方を必要とする子をどうあつかうかが、重要な問題となる。

本研究では、以上の問題を明らかにすることを通じて、「子の福祉」という概念を明らかにするものである。

2. 研究の目的

本研究の目的は、家族法上の「子の福祉」という概念を再検討することである。この概念は、比較法的には、家族法改正の原動力の一つとなっているが、わが国ではこの概念の内容が必ずしも明らかになっていない。本研究は、「子の福祉」を明確にするために、「子の出自を知る権利にいかなる法的意義を認めるか」、「実親子関係の存在は当然に子の福祉に適用というべきか」、「親権は子の福祉のためだけに存在するのか」、「親権下にある子の主体性を法的にどう位置づけるか」という4つの問いを立てて検討することにより、「子の福祉」がわが国の家族法立法に対して有する現代的意義を明らかにしようとするものである。

3. 研究の方法

研究目的で示した4つの問いについて、順次、文献研究・調査を中心に検討をおこなう。比較法の対象としては、ドイツ・オーストリア法を扱う。

4. 研究成果

本研究の目的は、「子の福祉」という概念を再検討し、その現代的意義を明らかにすることである。

「子の福祉」の概念は、近時、比較法的には、家族法改正の原動力の一つとなっている。比較法的動向を踏まえて日本法の改正を検討する場合にも、「子の福祉」は一つの契機となることが予想される。以下、この点を敷衍する。家族の多様化の中で、婚姻家族を典型として家族を一つの団体として把握する傾向は弱まる一方で、多様化の背景にある個人の尊重という価値は、家族構成員を一個の人格者としてあつかうことを要請する。しかし、家族の多様化・個人化の傾向の下では、これまで家族という保護の枠組の中に位置づけられてきた子(未成年子)の位置づけが、深刻な問題となる。なぜなら、子は、一人の人格であると同時に、主体性・自律性を確立する途上にあつて、保護と支援を必要とするからである。諸外国の家族法改正も、夫婦関係については個人の主体性・自律性を実現する方向で進む一方で、まさにそれゆえに子の位置づけの重要性が際立つ結果となっている。このように、法制度における家族像を再構築するにあたり、後見的配慮と主体性配慮の双方を必要とする子をどうあつかうかが、重要な問題となる。

「子の福祉」は、今後、家族法において重要な役割を果たすことが予想されるが、その内容は必ずしも明らかではない。他方、本概念は正面から否定することのできない価値を表しているため、ある種の主張を正当かとするためのマジックワードとして利用される危険を孕んでいる。そこで、本研究は、「子の出自を知る権利にいかなる法的意義を認めるか」、「実親子関係の存在は当然に子の福祉に適用というべきか」、「親権は子の福祉のためだけに存在するのか」、「親権下にある子の主体性を法的にどう位置づけるか」という4つの問いを立てて、「子の福祉」という概念がどのような意義を持ちうるかを検討することにした。4つの問いを設定した理由は、思弁的な考察に終始することを回避し、「子の福祉」によっていかなる事態を実現しようとしているかを具体的に把握できること、及び、具体的問題に即して検討することで立法課題への展開を準備し易いこと、にある。

(1) 「出自を知る権利」の法的意義

実親子関係の成否の局面において、「子の福祉」が独自の意義をもつことはほとんどなかった。これは、実親子関係の成否の判断では、血縁の有無が決定的な役割を果たし、子の福祉を考慮した利益衡量が前面に出ることがあまりなかったことによる。しかし、嫡出推定・否認制度について、「推定の及ばない子」に関する裁判実務を取り込んで制度の現代化を図る必要性が認識される中で、これまでのように血縁上の親子と法律上の親子

を一致させるべきか、という観点だけでなく、実親子関係の当事者の利益衡量を踏まえて、制度の見直しを図ることが要請されつつある。

ドイツでは、子の「出自を知る権利」が、このような利益の再調整を促す原動力となった。具体的には、1997年改正で法的父子関係の取消権（日本の否認権に対応する）者の範囲が拡張され、とりわけ、子の取消権行使の制約が撤廃された。さらに、2000年代では、遺伝上の父にも取消権を認める改正が実現した。これは、法的親子関係に係る制度を遺伝的観点から再構築する方向性が押し進められた結果であるが、他方、社会的親子関係の存在にも配慮があり、血縁を基礎にしつつ関係当事者の利益を十分に衡量した改正といえる。そして、2007年改正により、子の遺伝的出自を解明するために父・母・子の相互の間で鑑定に同意しそれに必要な試料の採取を受忍することを求める権利が認められた（1598a条。これも連邦憲法裁判所の判決（BVerfGE 117,202）を契機とするものである）。

子の「自己の出自を知る権利」、実親子関係の成否に関する場面における「子の利益」の一つである。もっとも、それだけが「子の福祉」を実現するものではない。「子の福祉」は、他の利益との衡量も合わせて判断される必要がある。ドイツでは、子の出自を知る権利が法的父子関係を否定する制度を再構築する契機となり、また、全体として遺伝的観点を強化する方向で改正が実現しているものの、社会的親子関係の維持などとの衡量は排除されていない点を無視することはできない。また、1598a条により法的母子関係が血縁と一致していない事実が明らかとなる可能性を開いておきながら、分娩者を法的母とする規律は維持されていることにも注意する必要がある。

(2) 実親子関係確保の是非

ドイツは、1969年改正により、婚外子の法的父子関係を認めるに至った。その際、法的父子関係及び扶養請求について法的母（親権者）を支援する制度として、職務保護（Amtspflegschaft）を置き、母に代わって法的父子関係成立の手续をとる権限をこれに付与した（1969年改正による1706条）。これは、法的父子関係の存在が子の利益になることを前提とした上で、親権者たる母が積極的でない事態に備えた制度といえる。しかし、この仕組みは1997年改正で廃止された。その理由は、多くの場合、父は任意認知をおこない、また、法的母には自発的に法的父子関係を成立させる傾向が認められることになった（BT-Drucks 13/892 S.23）。もっとも、この改正によって、婚外子の法的父子関係の成立は、父（任意認知）または母（父子関係確認の訴え）の意思に依存することになり、確保が十分でない点に批判もある（なお、母の

恣意性への対応は、2000年代において、共同親権制度で問題化されるようになる。）。

他方、1997年改正では、母の離婚手續が継続後に出生した子については、婚内子に係る父子関係の規律を妥当させない可能性を認めたと、その際、父たるべき者による認知を要件とした（1997年改正による1599条）。さらに、2004年改正では、遺伝上の父が既存の法的父子関係を取り消す場合、この者に対して懐胎可能期間中に子の母と性的関係を有した旨の宣誓を要求するとともに、取消手續においてこの者が法的父であることをも確認する仕組みにしている。これらは、法的父子関係の取消後、法的父子関係のない状態なるべく回避するための手当てといえる。オーストリアでも、2004年の改正により、すでに法的父子関係が存在する場合であっても認知は可能であり、当該認知は既存の法的父子関係が否定されたときに効力を生じる、という仕組みが導入された（164e条。現在は147条）。これは、「法的父の取り換え」と呼ばれる制度であるが、ここでも、既存の法的父子関係の否定と新たな法的父子関係の成立の間に生じうる時間的空隙を埋め、法的父子関係を確保する試みといえる。

以上のように、法的父子関係の存在は、その確保が絶対的に要請されるものではないものの、一定の場合には法的父の存在を容易に確保できるようにする工夫がなされている。その意味で、法的父子関係の確保も、その強度はともかく、子の利益のために要請されているといつてよい。

(3) 親権の権利性と義務性

児童虐待が社会問題化し、法的対応が強化されているのは、日本もドイツも同様である。とりわけ日本では、「親権」という字面が惹起する親の権利性に批判が向けられている。たしかに、子に対する関係では、親の権利性よりも義務性を強調する必要がある。しかし、国との関係では、親権は親の権利といつてよい。この観点は、共同親権制度をめぐる議論で重要となる。

ドイツでは、離婚後の共同親権（Elterliche Sorge）について、連邦憲法裁判所の違憲判決（BVerfGE 61,358）を受け、1997年改正は離婚後単独親権制度を定める従前の1671条を改め、離婚それ自体を親権帰属の判断要素から外し、それに代えて別居（共同生活）をもって親権帰属の態様を変更する契機とした。違憲判断の基礎には、親権は国家との関係では憲法上保障された権利であって、離婚というだけで一律に親の一方を親権から排除することはできない、という理解がある。これは、親権の権利性を認めるものといえる。他方、立法にあたっては、親権の共同行使の障害は、離婚という法的事実よりもむしろ現実の状況に由来する、という認識が基礎にある。これは、親権が現実の子の福祉に適うように行使される事実的基礎

に配慮するものといえる。また、1997年改正は、婚姻していない男女に対しても共同親権の途を開いた。これも、親権の権利性、及び、具体的制度化にあたっては実際に子の福祉に適うかを考慮する、という判断を基礎とするものである。オーストリアでも、2001年改正により、離婚後の共同親権（同改正のABGB177条。2013年改正で179条に移動した。）さらには婚姻関係にない父母の共同親権の可能性が認められている。

親子関係の内容の中心にあるのは、親権である。児童虐待問題では、親権には悪役が割当てられ、また、子の利益・福祉の観点を中心であることを示すために、親権を別の概念に置き換えるべきとの立場も有力である。しかし、他方で、現在、離婚後（さらには婚外子）の共同親権制度の導入の可否が問題となっており、そこでは、親権の権利性を改めて問い直す必要が生じている。というのも、共同親権制度の一般化の背景には、親であれば原則として親権が認められるのが当然である、という考え方があるからである。

共同親権の可能性を広げることに對しては、改正前には相当の懸念があった。しかし、立法後の社会学的調査によると、それらはまさに懸念でしかなく、現在ではとりわけ離婚後の共同親権は社会に定着したと評価できる結果が示されている。ドイツの2013年度の統計では、66233件の離婚中、単独親権としたのはその5%に満たない2808件にすぎなかった（2015年5月12日の統計局の発表による）。オーストリアでも、53.7%が離婚後も共同親権を維持している、という2004年の調査報告（Barth-Richtarz/Figor, Was bringt die gemeinsame Obsorge? S.178）がある。また、オーストリアの2013年改正に関しては、婚外子の割合の増加（2001年33.1%、2011年の40.4%）も背景に、婚内・婚外での親権法の違いを除去する狙いもあった。

(4) 親権下にある子の主体性

ドイツでは、1979年改正に至る過程で未成年者の医療同意に係る提案があったものの（1626a条。14歳以上で治療に係る判断をする能力がある未成年者に固有の同意権を認める。BT-Drucks 7/2060 S.4）、成立しなかった。もっとも、同改正により、親は、子が自立した責任主体として行為する能力とニーズを備えつつあることを考慮して監護養育にあたるべきことが明文文化された。これは、親権下にある子にも主体性があることを前提として、親権をこれに合わせて柔軟な内容にする方向性を示している。他方、オーストリアでは、未成年者の医療同意について明文の規定を置き（2001年改正のABGB146c条、2013年改正で173条に移動した。）さらに、近時は子の福祉の内容を具体的に示す条文を新設した。そこでは、親権及び面会交流に關しては、子の福祉の観点をできる限り保障

することが要請されるとしたうえで、考慮事情として以下の点が挙げられている（立法理由では、これらの事由は限定的でもなく、また、重複する要請もあって相互に峻別すべきものでもないとされている）。すなわち、適切な面倒見、具体的には食事、医療及び衛生上の処理、そして住居、注意深い教育、世話、安心感、心身の完全性の保護、親が子を尊重して受け入れること、素質、能力、性向、生育可能性の促進、子の理解力及びその意見形成能力に応じた子の意見の考慮、意思に反する措置の実施・不実施により子が毀損されることの回避、子自身及びその身近にいて重要な人物が不当な干渉及び暴力を受ける危険がないようにすること、違法な連れ去りまたは引き止めその他の損害を被る危険が子に生じないようにすること、両親のそれぞれ及び関係の深い者と子が安心して接触できること、及び、これらの者と子のつながりを確保すること、忠誠葛藤及び自責感情の回避、子の権利、請求権、利益の保護、子、その親その他周囲の者の生活状況。これらは心理学的知見を基礎にした要請を含み、条文化に必ずしも親しむものではない。しかし、「子の福祉」概念を明らかにするための工夫として評価できる。

なお、ドイツ・オーストリア両国において、実体法が子の福祉・子の利益を明確に考慮することになったのに合わせて、子に関わる事件の手續で子の利益を適切に汲み上げる必要が生じ、手續における子の代理人が制度がされている。本研究も当初の計画ではこの制度の検討をする予定であったが、分析すべき実体法の内容が広汎に及んだため、手續法の分野は今後の課題とせざるを得なかった。

(5) 「子の福祉」の現代的意義

家族法の現代的課題の中心にあるのは、家族の多様化への法的対応である。その際、家族という団体を構成する個人の利益に配慮して、婚姻家族をモデルとした従前の法規律の基礎にある利益衡量を再検討することが要請される。「子の福祉」という概念は、子の利益の観点からこの再検討の作業を行う契機となる。もっとも、それは利益衡量を再調整するための出発点となるにすぎない。再検討にあたっては、個別の文脈に即して、子の利益の内容を個別化する必要がある。また、子の利益じたい矛盾する方向性を示しうるし、その重みづけは他の諸利益とともに検討しなければならない。さらに、規範的な観点だけではなく、子の成育を対象とする諸科学の知見を踏まえることが求められている。以上の点で、「子の福祉」については、分析的に取り扱うことが要請されているといえよう。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕(計 2件)

小池泰（単著）「性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律3条1項の規定に基づき、男性への性別の取扱いの変更を受けた者が、女性と婚姻後、第三者からの精子提供を受けてもうけた子について、当該夫婦の嫡出子として出生届をすることができるとされた事例」年報医事法学 29号（日本評論社、2014年）160～165頁（査読・無）

小池泰（単著）「非監護親と子の面会交流に関する審判にもとづく間接強制」平成25年度重要判例解説（有斐閣、2014年）93～94頁（査読・無）

〔学会発表〕（計 0件）

〔図書〕（計 0件）

〔産業財産権〕

出願状況（計 0件）

取得状況（計 0件）

〔その他〕

ホームページ等

6．研究組織

(1)研究代表者

小池 泰（KOIKE Yasushi）

九州大学 大学院法学研究院

教授

研究者番号：00309486

(2)研究分担者 なし

(3)連携研究者 なし