

## 親権者が数人ある場合の権限の行使について

久保野恵美子

- I 序
- II 英国法
  - 1. 競合行使の原則
  - 2. 原則の修正
  - 3. 修正に対する批判
  - 4. 小括
- III まとめ
  - 1. 日本法の検討のための視点
  - 2. 残された課題

### I 序

数人がある同一の権限を有する場合、権限の行使について調整する規律が必要となる<sup>(1)</sup>。このことは、行使する権限が財産権に関するものでないときでも同様であると考えられる<sup>(2)</sup>。例えば、AとBが共にある権限を有し、権限に基づいて $\alpha$ という事項を決定し、実行しようとするとき、AはBの関与なしに単独でこれを行うことができるのか、Bの同意を得てしかこれを行うことができないのか、ということが問題となる。この場合において、 $\alpha$

- 
- (1) 例えば、共有者による共有物の使用、管理についての諸規定が挙げられる。
  - (2) 監護教育について基本的に親権者と同一の権利義務を有する未成年後見人（民法857条）を複数選任することを可能としたこと（民法842条の削除）に伴い、未成年後見人が数人ある場合の権限行使等について新たな規定（民法858条の2）を追加した法改正（平成23年法律第81号による）を参照。

親権者が数人ある場合の権限の行使について

についてBの同意を得なければならないかどうかは、Bに、 $\alpha$ という事柄について、「自己の関与なしに決定、実行をされないことについての自由という利益」<sup>(3)</sup>を認めるかどかということに関わり、また、複数の権限者の権限についてどのように「一定の限度で保障し、同時に、それに対して一定の限度の制約を加える」かという権限分配<sup>(4)</sup>に関わる。

数人が親権を有する場合を考えると、相互に協力扶助する義務を負っている（民法752条）婚姻中の父母が親権を共同で行使するときには、問題が先鋭化することはあまり考えられないだろうが<sup>(5)</sup>、婚姻中の父母ではない複数の者が親権を有することを認めるとすれば<sup>(6)</sup>、上記の問題は重要性を増してくる。

外国法を参照してみると、ドイツ、フランスでは、親権を共に有する父母は離婚後であっても共同で子育てに責任を持ち、協力して権限を行使することが原則とされているものと解されるのに対し<sup>(7)</sup>、英国<sup>(8)</sup>では、それぞれの

- 
- (3) 財産権が数人に帰属する場合を念頭におく議論であるが、山城一真「共有法の基礎理論とその課題」NBL 1152号（2019年）42頁。
  - (4) 直接には成年後見制度下における本人と成年後見人による財産管理についての議論であるが、大村敦志「『能力』に関する覚書」ジュリ 1141号（1998年）19頁。
  - (5) 婚姻中の父母による親権の共同行使については、父母の一方による共同名義での行為について相手方の主観的態様に依じて効力を定める条文がある（民法825条）。もっとも、父母の意見が対立する際に裁判所で解決できる手続が必要との立法論が主張されている（中田裕康編『家族法改正—婚姻・親子関係を中心に』（2010年、有斐閣）134頁、136-137頁〔水野紀子〕など）。
  - (6) 現行民法では子の父母が婚姻していないときには父母の一方のみが親権を有するとされる（819条）ため、婚姻中の父母以外の複数の者が共に親権を有する事態は生じないが、立法論としてはありうるところである。また、現行法下においても、一定範囲の監護教育の措置については、児童相談所等と親権者とが共に権限を有する事態がありうる（児福法33条の2第2項・47条3項）。
  - (7) フランスでは、両親の婚姻の存否又は離別の前後にかかわらず、親権は両親に帰属し（民法373-1条2項）、協働により行使される（同法373条1項、373-2条1項）とされ、ドイツでは、父母は、親権を自己の責任において、かつ、双方合意のうえ、子の福祉のため行使しなければならず、意見の一致に向けて努

親権者が単独で他の親権者の関与なく各種事項を決定し実行できるというルールが採用されている<sup>(9)</sup>。英国では、父母以外の者が親権を有することがあるため、親権を共に有する複数の者が父母でない場合もあるが、上記のルールは、複数の親権者が父母である場合とそうでない場合の両方に共通して適用される。離婚後の父母について共に親権を有することを認めるのは、父母の両方に子の監護教育等に関わる権限及び義務を認め、その責任を負わせるためではないのか、そうであるとすれば、各親権者が独断で権限に基づいて特定の事項を決定し実行できてしまうのは不適當ではないのか、という疑問が生じる。英国法のルールは、このような疑問を十分に意識して選択されたものである上、当該ルールが判例により修正を受け、学説が判例法理の適否を論じる状況にある。英国におけるこの問題をめぐる議論を概観することを通じ、複数の親権者による権限の行使を調整する規律を検討するための有益な視点を得られることが期待されることから、以下で、その概要を紹介する。

## II 英国法

### 1. 競合行使の原則

英国では、1989年の児童法によって親責任（本稿では「親権」という）の概

---

力する義務を負うのが原則であり（民法1627条1項・2項）、別居等により親権行使の態様が変わる場合であっても、重要事項については双方の同意が必要とされている（同法1687条1項1文）。

- (8) 本稿で扱うのは、イングランド及びウェールズ地域に適用される法であり、スコットランド地域の法状況は異なる可能性があるが、以下では便宜上、英国の法として記述する。
- (9) 英国では、「子とその財産に関して子の親が法律によって有するすべての権利、義務、権限、責任及び権威」を意味する概念として、「親責任（parental responsibility）」が採用されているが<sup>(10)</sup>（児童法3条1項）、本稿では「親権」の訳語を用いる。

念が定められ、同法の中で、複数の者が親権を有する場合のその行使方法に関する規定が設けられた。すなわち、親権が共に持たれるときには、子に影響する事項について、それぞれの親権者は、責任を果たすに当たり、他方の関与なく単独で行為し得ると規定される（児童法2条7項）。各親権者が独立して行使できることを明示する条文であり、一方が先にある行為を行ってしまえば当該行為は有効であるという意味で、複数の権限者による競合行使を認めるものといえる<sup>(10)</sup>。この競合行使の考え方には二つの例外がある。まず、児童法2条7項自体が、法律の規定が明示的に複数者の同意を求めている場合を除くとの例外を定める。この例外に当たるのは、16歳未満の子の国外への連れ出しや裁判所による養子縁組決定への同意である<sup>(11)</sup>。また、競合行使に対しては、裁判所の命令と両立しない方法で親権を行使することは認められないという重要な制限が課せられる（児童法2条8項）。例えば、ある特定の事項について裁判所の判断を得ずに行うことを禁じる裁判所の決定（児童法8条1項に基づき、このような決定（禁止事項命令（prohibited steps order））を受けることができる）がなされているような場合には、当該事項については、この決定に従って親権を行使しなければならないことになる。

競合行使の権能を定める児童法2条7項は、どちらの親権者も拒否権を有しないことのみならず、互いに相談を持ちかける法的な義務を課されていないことも意味するという趣旨であり、同法立法より前の立場を変更したものであるとされる<sup>(12)</sup>。旧来の法では、親は親としての権利を単独で行使してよいと定められていたが、しかし、別個の条項、すなわち、親の権利を共同

---

(10) 英国における用語法とは異なるが、本稿では、本文で述べた観点から、前掲注(4)の大村論文を参照し、児童法2条7項に定められる複数者による親権の行使方法を称するのに「競合行使」の語を用いる。

(11) Nigel Lowe et Gillian Douglas, *Bromley's Family Law*, 11 ed., 2015, note 216 at p. 393.

(12) Andrew Bainham et Stephen Gilmore, *Children-The Modern Law*, 4 ed., 2013, p. 189.

で有する者の他方が、提案されている行動に予め不同意を表明していたときには単独での行動が制限されるとする条項により制約を受けると考えられていた。二つの条文の関係は明らかではなく、相談をする義務は課さないが拒否権は与えているとも解しえた一方で、後者の制約が婚姻している両親の状況にも向けられたものか、親の権利を持つ親でない者に限られたものかについて、疑義もあり、いずれにしても不明瞭な状況であった<sup>(13)</sup>。

競合行使の原則が定められたのは、児童法の立法案を検討した法律委員会が、親権者に対して相互に相談をして同意を得る義務を課すことについて、そのような義務は機能しないし望ましくもないと考えたからであった。同委員会では、一方の親が離婚時等に裁判所手続によって子と同居する者として指定されたときであっても<sup>(14)</sup>、裁判所命令と両立しない行為をしないという制約に服しつつ、各親はなお、他方に相談する必要なく、かつ他方の行為を拒否する権限を持たずに、責任を果たすことができるということが、明示的に検討された。同委員会で挙げられた具体例で言えば、例えば、子が一方の親と同居して近隣の学校に通っている場合において、他方の親が、その学校に行くことができなくなるような仕方での髪を切るなどの髪型のアレンジをすることは（一方の親と同居して生活するという裁判所の命令と両立しない行為であるため）許されないが、しかし、同居する他方の親が承認しないかもしれないとしても、子を週末にスポーツ行事に連れていくことは許されるということである。法律委員会は、日々の生活における実効性に配慮をし、両親が互いに協議をすることを求めることは機能的ではないと考えたのであ

---

(13) Bainham et Gilmore, *supra* note 12, p.189. 同所において、1989年児童法より前の関係する条文として挙げられているのは、それぞれ、Guardianship Act 1973, s1 (1) と Children Act 1975, s85 (3) である。

(14) 当時の児童法8条1項所定の居所命令（2014年改正時に子養育計画命令（Child Arrangement Order）へ改編）の手続により、このような指定を受けることができる。

親権者が数人ある場合の権限の行使について

る<sup>(15)</sup>。他面で、両方の親に親権を持たせ、各親に独立した行動を許すという原則が意図されたのは、両方の親が、子に関わっている感覚を持ち、子の福祉に責任を有すると感じるよう促す目的の一環であるといわれる<sup>(16)</sup>。

親権の競合行使は、第三者に対する効果において、実務上の重要性を有する。親権を有する者は単独で行動しうることから、学校、病院、教会等の第三者は、法的責任を問われることを恐れることなく、単独でどちらかの親権者と安心して取引できることになる。このことは、第三者が親権者の間に意見の相違があることに気づいていても、そのような状況で敢行することが賢明であるかどうかは疑問であるとしても、なお適用されると考えられるとされる。第三者は、原則として、同等に有効な一致していない二つの見解のうち的一方を選ぶことは自由であり、また、選ばなければならないことになる<sup>(17)</sup>。

## 2. 原則の修正

児童法 2 条 7 項が明確に競合行使を規定したにもかかわらず、それを修正する判例が発展し、学説からも一定の支持を受けている。

### (1) 判例

競合行使の原則を修正した判例の端緒として挙げられることが多いのは、1994 年の判例 ReG<sup>(18)</sup>である。この判例は、裁判所の決定により子と同居しその監護、ケア及び制御を行う父が、別居する母に知らせることなく、子を転校させ、地方教育局が設ける寄宿学校に入れようと企図したところ、母が異議を唱え、子の監護を母に変更すべく裁判所に申立てを行ったのに対し

---

(15) Law Com Report No172, Guardianship and Custody, 1988, at para2. 10.

(16) Law Com, *supra* note 15, para2. 10.

(17) Bainham et Gilmore, *supra* note 12, p. 189.

(18) ReG (Parental Responsibility: Education) [1994] 2FLR964.

て、本案の判断に先立ち、子の寄宿学校への編入学について判断がなされたものである。裁判所は、「母は、親権を有するから、子を通っていた日中学校から寄宿学校に送るという重要なステップについて相談される権利があり、相談されなければならなかった」と判示した。ただし、結論として、子を寄宿学校に入れることが子の利益に反する不当な監護であるとはいえないとして、監護を母に移すかどうかが未定である裁判手続の段階において、転校を阻止することは認められないとした。

この判例に続いて、氏の変更について、親権を有する親は、居所命令がなされていない場合であっても（居所命令がある場合には、氏の変更のために親権者全員の同意を要するとする明文規定がある（児童法 13 条））、相談をされる権利があるとした判例が現れ<sup>(19)</sup>、さらに別の事件では、より一般的に、父が親権を有するときには、「学校、重大な医療的問題及び子の生活上の他の重要な出来事について相談される権利を有する」と判示された<sup>(20)</sup>。

## (2) 学説による判例の評価

児童法 2 条 7 項の明文に反する解釈を行ったといえる判例に対して、学説の評価は分かれ、議論が続いている<sup>(21)</sup>。

法律委員会が、上記のとおり、日々の生活における実効性に配慮をし、両親が互いに相談をし合うことを求めることは機能的ではないと考えたことを踏まえつつも、判例による 2 条 7 項の修正を支持するのが Bainham である。同氏は、裁判所は、法律委員会の見解の後述のような困難を明らかに認識しつつ、2 条 7 項について、その明示的な文言と立法の背景に一見反する解釈である「学校、重大な医療上の問題そして子の人生における他の重要な事柄について相談される権利」がなおあることを意味する解釈を行ったと評価す

---

(19) RePC (Change of Surname) [1997] 2FLR730.

(20) ReH (Parental Responsibility) [1998] 1FLR855.

(21) Lowe et Douglas, *supra* note 11, p. 393-394.

る。法律委員会の意見は、日常ベースで親が行うささいな行動の積み重ねを考慮すれば、説得力があるのは確かであるが、しかし、重大な取り返しのつかない決定に関しては賢明なものであるか疑問であるとする。また、法律委員会が想定した枠組みが、同一世帯に住んでいない2名以上の者によって親権が分有されているときにも上手く働きるのかは同様に問題であるというのである<sup>(22)</sup>。

判例に批判的でありつつも、結論として、解釈によって相談をする義務を課すことについては消極的ながら理解を示す見解もある。Maidment は、まず、判例法理を次のようにまとめ、分析する。判例によって、現在の児童法2条7項の全体としての効果は、「重要な決定」について同意を要するというものとなっている<sup>(23)</sup>。同意を要するとすることにより、同条項についての近時の判例法は、明らかに「拒否権」を認めたものとなっている。その上で、同氏は、他方親による決定に対する同意を要求することのできる「拒否権」は、「相談される権利」と異なるものであることに注意を促し、児童法2条7項に相談される権利を読み込むことは、拒否権を読み込むことよりも、新法の立法趣旨に照らし、より説得的な解釈として許容されたであろうと指摘する<sup>(24)</sup>。判例の解釈において Bainham と異なるが<sup>(25)</sup>、結論として

---

(22) Bainham et Gilmore, *supra* note 12, p.189. Bainham は、判例による児童法2条7項の修正を支持する理由として、氏の変更との関係では、次の点も指摘する。すなわち、児童法13条により、裁判所による居所命令（現在の子養育計画命令）があるときには、親権者の全ての同意又は裁判所の許可なくして、子の氏の変更又は子を1カ月以上の間英国から出国させることはできないため、居所命令を受けている母は、父の同意又は裁判所の許可なくして上記の行為をできない。ところが、2条7項の原則を貫徹すれば、居所命令を受けていない母は、父の同意等を得ずに単独で上記の行為ができてしまうこととなり、裁判所の承認を得ている、より強い立場のはずの母が、より弱い立場になってしまい、不均衡が生じる（同上書、p.247-）。

(23) 氏の変更に関する児童法13条に基づく解釈を示した上記 RePC の判例を参照しての記述である。

(24) Maidment は、相談される権利を導く際に、英国の判例でなされたオランダ法



は、Bainhamと同様に、重要な事柄については他の親権者に相談をする義務を課すものとして現行法を解釈する方向性を示すものといえる。

これに対して、同意を求めずに相談を義務づける程度であっても、複数親権者間の協力に関する義務を課すことに反対し、判例法理を批判する有力な見解がある。項を改めて紹介する。

### 3. 修正に対する批判

同居していない父母を主として想定しつつ、判例による児童法2条7項を修正する解釈を批判し、相談する義務を課すことにも反対するのは、Eekelaarである。同氏は、相互に協力し、相談しながら子育てが行われることの望ましさを認めつつ、主として政策的観点から、それを法的な権利義務を設定する方法で実現しようとすることを批判することに特徴がある。以下では、同氏の見解を、ほぼ原文に即して、紹介する。

まず、氏は、次のように、望ましい行動を法的に強制することの問題点を指摘する。すなわち、「よい行動という目標を法形式に投影することを試みるのは誤りである。離別した両親が、子の養育について、可能な限り、できるだけ友好的に協力することが『よいこと』であるということとを争う者はおそらく誰もいないであろう。子と離れて暮らし、定期的に愛情に満ちた訪問をしている親を称賛せずにいられないのもやはりそうであろう。しかし、我々は、訪問する法的な義務を強制はしない。たとえそのような義務を課すことが『正しいメッセージを送ること』になろうと信じる場合であってさ

---

をめぐる議論を参照している。それによれば、オランダ法では、子の生活に関与し続けることの手段としての協議の必要性が強調されているという。

- (25) BainhamとMaidmentの判例の理解に差が生じているのは、Bainhamにおいては、「氏の変更」の問題が、上記の同氏の児童法2条7項と判例との関係についての一般論の射程外として位置づけられている可能性があることによるとも思われる（Bainhamの氏の変更の問題についての記述については、上記注22を参照）。

え、協力的な態度という特徴に法的義務の形式をあてがってしまうことによって、広く存在する違反行為について人々が法律家に訴えることが促されてしまうという危険がある。いずれにしても、どのようにしてこの義務を法的に強制できるのか。したがって、われわれはこの問題を道徳的な説得と人間関係の動態に任せているのである。この考慮は、別居した両親の間の相談に正に当てはまる。関係が良いのであれば、特に面会が行われているのであれば、相談が行われるか、または、何が行われようとしているかを非同居親が知るといえる。問題が起こるのは概して面会が停まっているか、稀な場合である。」<sup>(26)</sup> (本項において「」内は筆者による Eekelaar の論文の要約である)。

続いて、義務を課すことで生じうる弊害が具体的に述べられる。すなわち、「判例に述べられたような一般的な相談する義務があると想定しよう。義務として求められている相談として認められるのはどのようなものか。情報の提供で十分なのか(行動を起こす前に相当な告知が必要なのか)、あるいは、結果について合意がなければいけないのか。義務が課されることとなる『重大な』という要件を充たすのはどのような事項なのかについて、常に不確定性が存する。非同居親がほとんど接触を失っており、又は従前の意思疎通(コミュニケーション)において関心を示していなかった場合でも義務は適用されるのか。義務を課された親は義務を果たすために何をしなければならないのか。解釈に柔軟性が無ければならないのは明白であるが、しかし、義務を課されているかどうかの判断を本当に子と共にある親にさせてよいのか。同居親は、非同居親が子について関心を有すべきと自らの義務に対応するような義務を負っていないことに気づいたときに、どう思うだろうか。これらはどれも難しすぎる問題である。これらの問題は、当事者に争いの機会を増し、義務履行の不備があると思えば弁護士に相談する動機づけを与え

---

(26) John Eekelaar, Rethinking Parental Responsibility, June[1997] Fam Law, p 429.

ることで、より一層困難化する」とし、「子の面倒をみる親を、既に対立的となっている事態において、法的ハラスメントの不必要なリスク及びそれがもたらすであろうさらなる憂慮や圧迫に曝させるおそれがある」<sup>(27)</sup>と指摘する。

結論として、子がどのように育てられるかについて満足しない非同居親が使える手段は既にあり、さらにそれとは別の強制の仕組みを見出すのは難しいとして、裁判所が、特定事項命令<sup>(28)</sup>の文脈において、特定の紛争について判断する際に、状況に応じた協議の要求を課することはできるとしても、一般化された相談の義務を課することは不適當であるという。相談することについては、子に関心を持つよう非同居親に強制できないのと同じように、法はその限界に達するのであり、また、弁護士が、それを扱うことに専門性を有すると感じない類の紛争であるとも指摘する<sup>(29)</sup>。

このような氏の見解は、立法論として、母と婚姻していない父（以下では「非婚の父」という）への親権付与の可否及び手続が論じられていた際に主張されていた<sup>(30)</sup>。氏は、非婚の父に親権を付与し、父に相談する義務を課すとすれば、母が父の名を出生登録に記載することを妨げるおそれがあり、それによって、母が養育費の面においてより一層困難に陥ることが予想されることを懸念した。父を出生登録に記し、親権も与えつつ、親権を持ったからといって相談を受ける権利が発生するわけではないとすべきであり、そのた

---

(27) Eekelaar, *supra* note 26, p429.

(28) 特定事項命令 (a specific issue order) とは、児童法 8 条 1 項に基づいて裁判所が行うことのできる、子に対する親権に関して生じた又は生じうる特定の問題を決定するための指示を与える決定をいう。

(29) Eekelaar, *supra* note 26, p429.

(30) 後に Adoption and Children Act 2002 として成立した法律に先立つ議論である。英国におけるこの論点についての詳細は、許末恵「英国における非婚の父の法的地位 (1) (2) : 非婚の父による親責任の取得をめぐる」青山法学 47 巻 1 号 27 頁, 48 巻 1=2 号 191 頁 (2005 年, 2006 年) を参照。

親権者が数人ある場合の権限の行使について

めには、重大な事柄についてであっても相談する義務が一般的に課されるとする、裁判所が示した見解を拒絶すべきだと唱えたのである<sup>(31)</sup>。このように、判例に対する批判論は、主として非婚の父の親権を念頭において主張されたものであるが、だからといってその射程が婚姻していない母と父が共に親権を有する場合に限られているわけではない。むしろ、非婚の父の親権を念頭におきつつも、非婚の父に、婚姻したことのある父母の場合とは別の親としての地位（例えば、準親権や第二種親権といったもの）を観念しようとするのではなく、「親権」という既存の子の養育に関わる権利義務の総体を示す概念を用いつつ、その具体的な意味を考えようとしていることが注目される。

#### 4. 小括

英国における複数の親権者の親権の行使方法に関する条文、判例をめぐる議論は、次のようにまとめることができる。

(1) ある事柄について親権者の一人が決定、行動しようとするとき、他の親権者を関与させる必要性の程度に応じて、次のような四段階の規律を考えることができる。

- ①他の親権者の同意が必要であるとする事、つまり、他の親権者に拒否権を与えること、
- ②他の親権者との相談を求めるが同意までは要しないとする事、
- ③他の親権者に事前（又は事後）に知らせることだけを求める事、
- ④他の親権者を関与させる必要はないとする事、である。

(2) (1) に掲げた①から④の規律の選択に際して考慮される利益又は要請は、次のように整理できる。

---

(31) Eekelaar, *supra* note 26, p430.

まず、前提として、①から④の規律が働くのは、親権者が別居しているときであることが通例であると考えられており、その状況において、子育てに支障を生じさせない必要があることが考慮されている。この要請との関係では、子の日常生活に関わる重大ではない事項について、①のルールを採用することが適切でないことは明らかである。①から④のルールの選択は、程度問題が残るとはいえ、ある程度重大な事項の決定、実行を念頭に置いて、考えられるべき問題であるといえる。

子と同居しある事項を決定、実行しようとする親権者の立場を考えると、考慮されるべき利益又は要請は、子の状況に応じて適時に適切に、なすべき事項をすることが妨げられないということである。他の親権者との関係が良好であれば②、③で求められる相談や通知は法的な強制がなくとも行われ、①の同意であっても、取得することに困難は大きくないことが想定される。法的ルールが現に働くのは親権者間の関係が良好でないときであることを考えると、①や②の要求は適時の行動の障害となるおそれがある。父母が協力して子育てに当たるのが望ましいという理念はその通りであるとしても、それを実現するための方法が法的な義務を課すことではない可能性が示唆されているといえる。

他方で、②以下のルールにおけるように、他の親権者の同意を不要とするのであれば、他の親権者は、親権者でありながら、子に関する事項について全く関わりを持ちえず、親権を有していることに意味がないとも思われる。この点については、他の親権者の法的地位について、二つの段階に分けて、捉えることができる。第一に、他の親権者には、なお子に関わる事項に関与する法的地位が与えられているといえる。なぜなら、個々の行為の時点で同意をする権限は認められないとしても、他の親権者は、例えば離婚時において、事前に、親権行使のあり方について裁判所の決定を受けておくことが可能であり、それがなされていれば、親権の行使は当該裁判所の事前の決定に

服することとなる。また、他方親権者は、なされようとしている又はなされた行為に不服であれば、そのことを理由に裁判所に判断を求めることもできる。したがって、他方親権者は、裁判所の判断を求める地位を与えられることによって、子に関する事項について、子の利益を判断し、行為の選択に関与する法的地位を認められているといえる。もっとも、④のルールにおいては、なされようとしている行為を知る機会が保障されていないため、裁判手続に訴える可能性が実質的には閉ざされているといえ、親権を有することの法的意味が無いとも思われる。それでもなお親権を与えていることの意味があるとすれば、上記第一として挙げた親権者の法的地位よりも内実が薄いものであり、その場合の親権は、親である地位と大差がなく、象徴的な意味を有するにとどまるといえる。

(3) (2) での分析によれば、④の規律の程度にまで他の親権者の関与可能性を低めるのであれば、親権は、親であることと区別される法的地位としては象徴的なものが認められているにとどまると考えられる。だとすれば、当該地位を「親権」として捉える必要性があるかは問題となり得る。英国で、④の規律の例外を認める判例に批判的な上記学説が唱えられたのは、母と婚姻していない父に親権を認めるかどうか立法論的に検討された局面においてであった。その際には、通常は子を育てる母と同居していない父について、拒否権はもとより、母が相談をしなければならない義務を認めることも、母による円滑な子育てを阻害し得るものとして警戒されたわけなので、そもそも父に親権を与えないとの見解を採用することも十分に考えられた。にもかかわらず父に親権を与えることを前提として議論がされたのは、父を子の出生証書に記載させ、母子に養育費を確保させるためには、象徴的な地位にとどまるとしても、父にも親権を与え、責任を自覚させることが適切だと考えられたからであった。

### Ⅲ まとめ

#### 1. 日本法の検討のための視点

英国法についての議論を参照し、日本法の、主として立法論としての検討に当たり、参考になる視点として、次の諸点が挙げられると考える。

まず、離婚後の父母や嫡出でない子の父母が共に親権を有する可能性を認めるかどうかを考えるに当たっては、親権を付与する場合に、それぞれの親権者がどのように親権を行使することになるのかを検討することがまず重要である。

各親権者がどのように親権を行使するのか、具体的には、各親権者はどの範囲の事項について、どのように決定し行動できるのか、他の親権者との関係で、相談や同意を得るよう努めること等、どのような義務を負うのかについては、子と同居する親権者による円滑な親権行使による子の利益の実現、他の親権者に確保されるべき関与の程度、親であることと区別される親権の法的効果及びそれを付与されるべき親（又は里親その他の者）の範囲等を考慮して、検討される必要がある。

各親権者に対して、他の親権者の同意を得る義務又は相談をする義務を課すことは、決定し行動しようとする親権者の親権行使の制約である反面で、自らの関与なしに決定し行動をされない自由という利益を他の親権者に認めることを意味する。したがって、数人の親権者の親権行使の調整という問題は、誰かに親権を認めるということはその者にどのような法的利益を認めることなのかということ、つまり親権の法的な意味を問うことでもある。

とりわけ、他の親権者の事前の関与を保障せずに、各親権者が決定し行動できるとすれば、他の親権者に与えられた親権には法的な意味は何もないとも思われ、そのような場合になお親権を語るとすれば、それはどういうことなのかを考える必要がある。もっとも、事前の関与が保障されなければ、す

親権者が数人ある場合の権限の行使について

なわち親権者である意味がないと結論づけることができるわけではない。なぜなら、親権者が数人ある場合には、事前の関与を保障するかどうかと関わりなく、子について行おうとする特定の事項について親権者の間で意見が一致しない可能性が常に存するため、そのような事態への対応が必要であり、その有力な方法として、裁判手続が考えられるからである。各親権者には、事前の関与が保障されないとしても、少なくとも、他の親権者が、例えば子の利益に反する決定、行動をするときには、裁判所に申立てを行い、裁判所の判断を受ける方法を保障することが考えられる。英国における競合行使の原則も、このような裁判手続の存在を前提としていることに注意が必要である。

## 2. 残された課題

本稿では、数人の親権者が相互に負う義務を検討することの重要性を説いたが、各親権者が義務を負う場合に、当該義務に違反して子に関する特定の事項を決定、実行したときに、その効果がどうなるかという問題を扱うことができなかった。子の利益に適合的な親権行使を実現するための望ましい規律としては、義務に違反してなされた行為は無効であると単純に結論づけるのは適切ではないだろう。

さらなる課題として、数人が親権を行使する場合において、親権の義務の側面がどのような意味をもつかということがある。本稿での検討は、親権の権限の側面に着目したものとなったが、親権者は、監護教育を行う権利を有するだけでなく義務を負っている（民法 820 条）。このことからすれば、例えば、ある親権者が子の利益に反する行為をしようとしているときに、他の親権者は、裁判所に申し立てるなどの方法でそれを止める義務を負うということにならないだろうか。

これらの課題については、数人の者による権限行使についての諸法の規律



も参考にしつつ，検討を行っていきたい。

【付記】本研究は，科研費（16H01985，16K03410）の助成を受けたものです。