

離別後の親権・共同養育についての日台韓比較研究

— 制度面からの一考察 —

山西裕美

要 約

日本のひとり親の母子家庭の貧困問題の背景には、社会保障制度の体系が家族主義 (familialism) であることに加え、離別後の単独親権制の問題がある。離別後に母親が親権者になる割合は8割を超える一方、継続的に養育費を受け取っているのは2割に過ぎず、離別後の子育てを母親が1人で担っていることが多い。一方で、2014年4月1日より発効した「国際的な子の奪取の民事面に関する条約」への対応では、海外での離婚における子どもの親権をめぐる、日本でも様々な問題が起こっている。

本研究は日本と同様に東アジアの家族主義福祉国家であり、日本より20年以上前から離別後に共同親権制度が選択可能な韓国と台湾との制度比較研究を通じ、グローバル・スタンダードである「子どもの最善」の視点から、離別後の親権の在り方をめぐり検討するものである。その結果、日本では「子どもの最善」が国内外事件に対する判決基準に異なる影響をもたらしている結果「二重のダブル・スタンダード」という問題が起こっていること、韓国や台湾の共同親権の導入や共同養育に関する制度では「子どもの最善」が理念先行のシンボリックなものになっていることを取り上げ、今後の日本の離別後の親権制度について制度面から課題検討をするものである。

1. はじめに

SDGs (持続可能な開発目標) 17のグローバル目標において貧困の解消は第一番目に挙げられている¹⁾。先進国にも2030年までにあらゆる貧困の解消が求められている。2015年の日本の子どもの貧

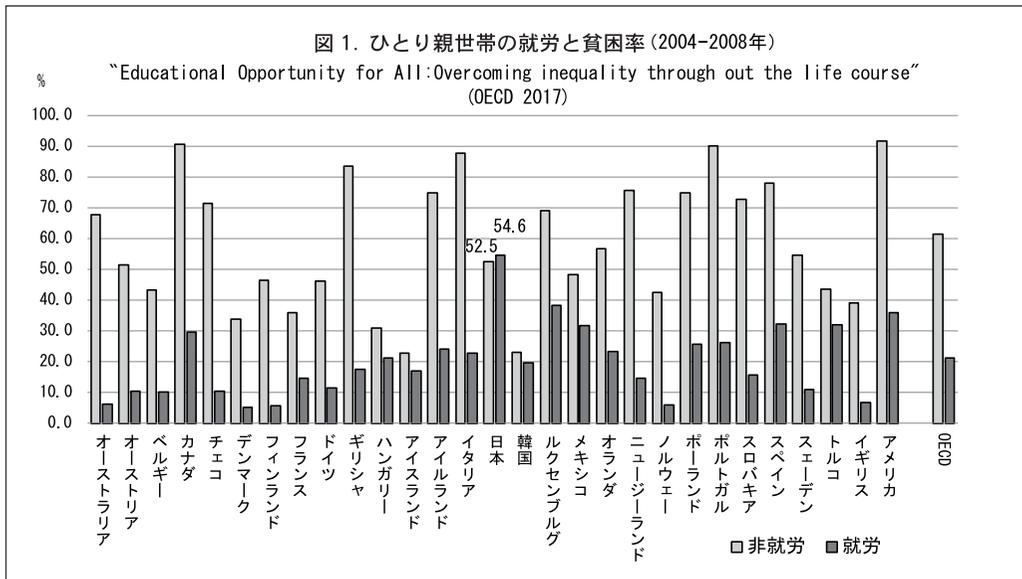
1) 持続可能な開発目標 (SDGs) とは、2001年に策定された発展途上国に向けたミレニアム開発目標 (MDGs) の後継として、2015年9月の国連サミットで採択された「持続可能な開発のための2030アジェンダ」にて記載された2016年から2030年までの国際目標のことである。「誰一人取り残されない」持続可能性と多様性と包摂性のある社会の実現のため、以下の17の国際目標①貧困 ②飢餓 ③保健 ④教育 ⑤ジェンダー ⑥水・衛生 ⑦エネルギー ⑧成長・雇用 ⑨イノベーション ⑩不平等 ⑪都市 ⑫生産・消費 ⑬気候変動 ⑭海洋資源 ⑮陸上資源 ⑯平和 ⑰実施手段 が掲げられている。

困率は13.9%と、2012年の前回調査結果の16.3%より下がっているが、依然として7人に1人の子どもが相対的貧困状態にある（厚生労働省 平成28年国民生活基礎調査結果より）。

日本の子どもの貧困率が高い背景には、大人一人世帯の貧困率が50.3%、つまりひとり親世帯の半分以上が貧困線以下の暮らしとことがある。特に母子家庭の就労収入は平均200万円と他の子育て家庭に比べて経済的に大変厳しいが、子どもの扶養義務があるにも関わらず別に暮らす父親から、継続して養育費を受け取っている割合は2割に過ぎない（「平成28年度 全国ひとり親世帯等調査結果報告」、厚生労働省）。

戦後の日本の母子家庭に対する施策は、戦争未亡人など死別を対象とした公的扶助給付型の施策から、2002年3月に発表された『母子家庭等自立支援対策大綱』より、就業支援を中心とした総合的な自立支援施策（ワークフェア）へと転換が図られた。しかし、戦後まもなくからの母子家庭施策においても、当初より経済的自立への努力が目的とされ、母親たちの労働へのインセンティブも高く、就労率は戦後から一貫して8割を超えている。

むしろOECD加盟国の比較分析結果より明らかになったのは、他の加盟国では就労により貧困率が大幅に減少するのに対し、日本は就労しても相対的貧困率の値（非就労52.5%、就労54.6%）が変わらない、むしろ若干上がっていることである（図1）。このひとり親の母子家庭の貧困問題の背景には以下の2つの日本の課題があると考えられる。



第一点目の課題は、社会保障制度の体系が家族主義 (familialism) であることである。1973年に起こったオイルショック以降、日本経済の低迷と高齢社会を迎え、1979 (昭和54)年には当時の政府による「家庭基盤の充実に関する対策要綱」が発表され、「日本型福祉社会」構想に従って、子どもや高齢者のケアなど家庭内での福祉は家族に委ねられた。そのため、福祉国家の多様性を分類したE. アンデルセンによる福祉国家のレジームでは、日本は家族が福祉の供給源となる「家族主義」

(familialism) に位置づけられている⁽¹⁾。しかも日本の場合、家族による福祉の供給は、性別役割分業が前提となった夫婦と子どもからなる標準的核家族モデルが前提である。ひとり親家庭の母親は、子育てが不利に扱われる男性中心の労働市場で働きながら子どもの養育責任を実質一人で背負っている。このことは結果的に子どもの貧困に繋がり、子どもの利益に反する結果をもたらしている。

さらに2点目の課題として単独親権制の問題が挙げられる。先の課題である家族主義の結果として、ひとり親の母子家庭では、離別後の子育てを母親が1人で担っていることが多い。現在では離別後に母親が親権者になる割合は8割を超える。民法818条では、親権者は子どもの身上監護権があると同時に義務を負うが、877条では直系血族には扶養義務が課されており、父親も子どもに対する扶養義務を負う。しかし、実際に継続して養育費を受けている母子世帯は前述のように少なく、これはジェンダー不公平な状況であり、何より子どもの権利が侵害されていることに他ならない。

1989年に国連総会で採択された「子どもの権利に関する条約」（以下、「子どもの権利条約」）においては、子どもの利益の尊重や子どもが二人の親を持つ権利の保障がまとめられ、日本も1994年にこの条約に批准している。ほぼ全ての南北アメリカ大陸諸国、ほぼ全てのヨーロッパ諸国、オセアニア両国、アジアの中国・韓国が、婚姻中も離別後も共同親権である。親のライフスタイルに関わらず、両親の離別後も子どもが安心して親を信頼できる環境で育つことが出来るという点で、共同親権とそれに伴う共同養育は、順調に実施されれば子どもの成長発達にとって大きな意味があると言える。しかし、どこまで共同養育が可能なのかは、別れた事情などにより疑問が残る点もある⁽²⁾。

グローバル化の進行を背景に、国際結婚および国際離婚の増加に伴い、日本でも2013年5月22日に「国際的な子の奪取の民事面に関する条約」（以下、「ハーグ条約」）締結への承認が国会で成立し、2014年4月1日より発効した。離別後の親権や養育の在り方について、日本の国内条件をどう整えていくのか、グローバル化が進行する中、海外での離婚における子どもの親権をめぐる、日本でも様々な問題が起こっている^{(4) (5) (6) (7)}。

両親、子ども、司法等の専門家と、それぞれの判断基準が異なる場合、どこに判断の軸が置かれるのか。そのため、法的な規定だけではなく、バランスの取れた柔軟な運用体制が求められる。未だ社会の様々なところに性別役割分業型システムが影響を与えている東アジア諸国では、家族変化が早く進む北欧を始め欧米とは異なる配慮が必要と考えられる。

本稿は、日本における離別後の共同親権および共同養育実現に際しての課題と効果について、上記課題について明らかにするため、国内及び既に共同親権を取り入れている「東アジア・レジーム」など日本と同質な福祉国家体制と見なされる韓国や台湾といった東アジアの国々との比較研究を行い、明らかにしようとするものである。

2) 以前に行ったひとり親家庭に対する支援についての調査研究（熊本学園大学付属社会福祉研究所助成 平成22年-24年度 研究代表 山西裕美）では、離婚の理由（複数回答）として、相手の「借金」（52.4%）、「生活費を入れない」（30.8%）、「ギャンブルや浪費」（30.1%）などの経済的問題が多くを占め、さらに身体的暴力や精神的暴力などDVが疑われるケースも少なくなく、そもそも離別後の子どもの共同養育が可能かどうか疑われるケースが過半数を占める^{(2) (3)}。

2. 離別後の親権と共同養育に関する日台韓の制度的課題についての比較

① 日本の制度的課題 — 制度と運用の齟齬にある「二重のダブル・スタンダード」

未成年子がいる夫婦が離婚する際の離別後の親権について、日本の民法では、協議離婚の場合も、裁判所での離婚の際でもいずれの場合でも単独親権制である³⁾。現在も未成年子を持つ離婚の場合、8割以上で母親が全児の親権を持つ一方で、近年子どもの監護事件数が増えており、かつ審理期間も長期化している。特に、少子化や祖父母の高齢化、そして父親の意識の変化などを背景に、近年急速に数が増えてきているのが面会交流に関する事件である。

2011(平成23)年、「民法の一部を改正する法律」(平成23年法律第61号)が成立したが、この改正に大きな影響力を与えたのは、日本でも1994年に発効した「子どもの権利条約」である。この条約では、子どもは父母に養育される権利を有し、父母の一方より分離されている子どもは定期的に父母のいずれとも交流する権利が尊重される。国は父母の養育責任遂行の援助をすとして、離別後の父母による子どもの共同養育は国が支える子どもの権利と位置付けられている。

2011(平成23)年の改正民法では、「子どもの権利条約」を受けて、親権に関する諸規定に「子の利益」の観点が明確化されたことに加え、第766条 離婚の際の子の監護に必要なことに関し、「父又は母と子との面会及びその他の交流」(面会交流)及び「子の監護に要する費用の分担」(養育費)が明示されることになった。さらに、子の監護について必要な事項を定めるに当たっては「子の利益を最も優先して考慮しなければならない」と子どもの権利条約における「子どもの最善の利益」が反映された⁴⁾。さらに、この改正に基づき、2012(平成24)年4月1日からは、協議離婚届けに養育費や面会交流についての協議のチェック欄が設けられ、両親への確認や周知等が図られるようになった。

このように、日本国内法では離別後の子の養育は単独親権制度下でも、両親による共同養育を支える法体制となった。しかし、戦後長い期間に渡りこれまでの国内での裁判や調停など司法現場における親権者の判断基準が、「母親優先原則」から「監護の継続性・安定性」へと変化しながらも、法改正後の司法判断にも影響を残す⁵⁾。

また一方で、日本が「ハーグ条約」に加盟し、2014(平成26)年4月1日よりこの条約が発効するようになり、日本国外での離婚に対しては、その国が離別後も共同親権の場合、日本も加盟国である相手国からの要求に応じて共同親権への対応が求められるようになった⁶⁾。その結果、国内外で離別

3) 第819条 1 父母が協議上の離婚をするときは、その協議で、その一方を親権者と定めなければならない。
2 裁判上の離婚の場合には、裁判所は、父母の一方を親権者と定める。

4) 第766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、父また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。

5) 【離婚等請求事件】平成29年7月12日/最高裁判所決定/平成29年(受)810号/不受理 母親が父親に無断で娘を連れ出した事件で、離婚の成立と親権者をめぐって父母間で争われた。親権者の適格性では、父親から提示された年間100日間の面会交流「面会交流寛容性の原則」(フレンドリーペアレントの重視)が焦点となったが、平成29年1月26日/東京高等裁判所判決/平成28年(ネ)2453号での監護の継続性・安定性から母親が親権者となる判決が成立した。

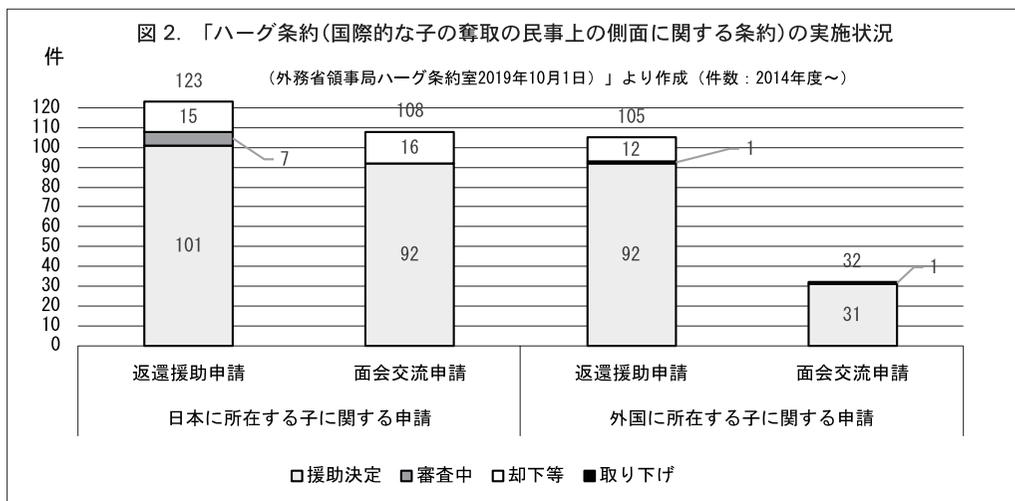
6) 【人身保護請求事件】平成30年7月17日/名古屋高等裁判所/民事第4部/判決/平成30年(人ナ)4号 夫婦仲が険悪になった在米日本人の妻が夫の同意を得ずに息子を連れて日本に帰国した事件。父親は「ハーグ条約」にもとづき返還命令を申し立て、東京家庭裁判所も同年次男の返還命令を決定したが、不履行と

後の未成年子に対する親権制度が異なるというダブル・スタンダードに加え、「ハーグ条約」加盟国として国際的な視点での司法判断と国内事件への対応での判断基準とが齟齬をきたすという「二重のダブル・スタンダード」をもたらしている⁽⁵⁾。

本章の目的である日本での離別後の親権と共同養育の在り方について、「子の利益」の確保のために行われた前述の法改正と司法現場での運用面から検討すると、次の3点を現時点での日本の課題として取り上げたい。まず1点目として、親権者の適性として「監護の継続性・安定性」と「面会交流寛容性の原則」（フレンドリーペアレント）のどちらが優先されるのかということである。日本の特徴として家族主義的福祉国家との指摘があることは先に触れた。性別役割分業により家庭内福祉に当たる子どものケアは主に母親に委ねられている。離婚に際して突然それまで子育ての実践に欠ける父親が親権要求と引き換えに「面会交流寛容性の原則」（フレンドリーペアレント）を提案しても、果たしてそれが「子どもの最善の利益」になるのかということである。

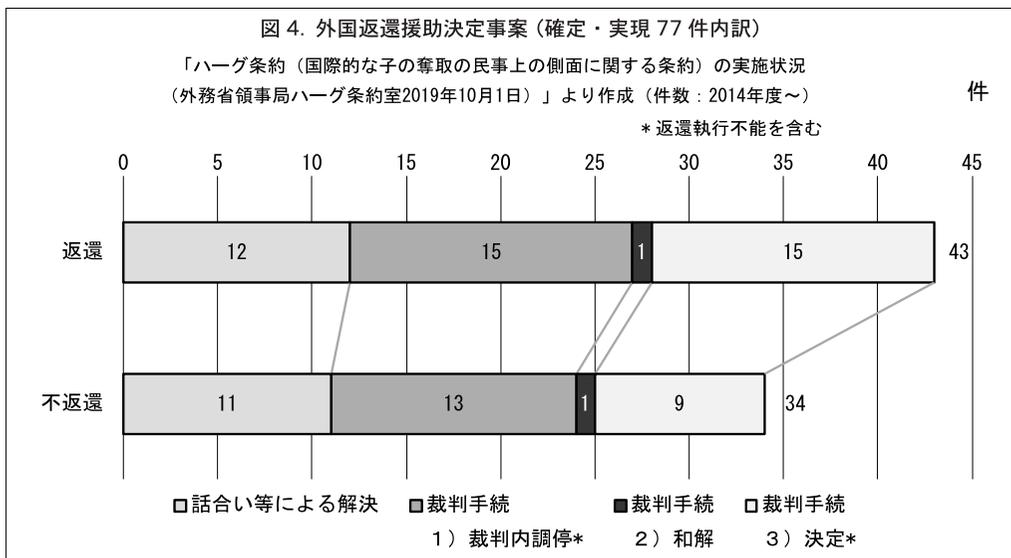
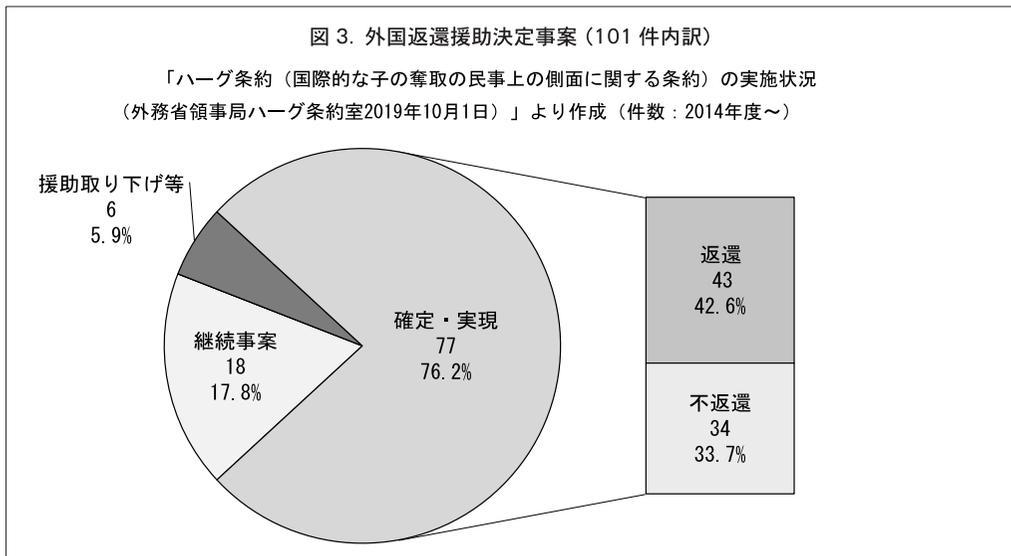
2点目として、国内での離婚請求等事件では、母親による父親に無断での子どもの連れ去りをやむを得ないものとして、必ずしも悪いとはしない最終的な司法判断が下される。しかし、「ハーグ条約」下では日本国への子どもの連れ去りに対し国外から日本の外務大臣へ子の返還についての援助申請、あるいは裁判所に対する子の返還の申し立てが行われた際には、原則子どもの常居住国への返還が求められ、返還後に子どもの常居住国において子どもの育つ環境についての十分な審議が行われる。同じ日本の国内の裁判所における判決で、親による子どもの連れ去りという事件に対して、国内事件に対しては監護の継続性を基に判断されるが、国外からの請求に対しては年数が経っていても常居住国に返還することが前提という捉え方の差である。

2019（令和元）年10月1日現在、「ハーグ条約」加盟国101カ国中、日本との間に事案がある国・



なったため、父親が人身保護請求事件を起こした。二審の最高裁は一審の名古屋高裁の母親が親権者の判決を棄却し差し戻しとなり、息子の釈放が認められ父親に引き渡す判決となった。

地域は 39 ヶ国 1 地域である（「ハーグ条約（国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約）の実施状況外務省領事局ハーグ条約室 2019 年 10 月 1 日」）。2014 年 4 月 1 日発効以来、日本に所在する子どもに対し海外からの返還援助申請数は計 123 件に及ぶ（図 2）。そのうちの 101 件では日本が援助決定しており、子の返還が確定もしくは実現、または子の不返還が確定した事案が 77 件（76.2%）、うち返還 43 件（42.6%）、不返還 34 件（33.7%）であった（図 3）。約 7 割が裁判外での話し合い（ADR）や、調停での友好的解決で収められている。



しかし、また一方で、外国への返還決定事件の中には、このような友好的解決に至っていないケースも見られる。返還決定事案での裁判内調停で1ケース、裁判手続きでの審判で2ケースが執行不能となっている（図4）。

日本の裁判所による子どもの常居所国への返還という判決にも拘らず国内の親が判決に従わない執行不能ケースを抱えるため、アメリカ国務省は2018年4月の報告書で日本を「条約不履行国」へ指定し、20019年4月報告書でも同様である（US Department of State, 2018, 2019）⁽⁸⁾ ⁽⁹⁾。これを受けて、日本は子の引渡しの強制執行方法の見直しを図り実効性を高める内容の法案を2019年5月第189回国会に提出し成立した⁷⁾。この日本での強制執行の実現性を高める「ハーグ条約実施法」の改正法の成立や、2018年中に「ハーグ条約」に関する子どもの連れ去り事件4件が解決したことは、アメリカ国務省の報告書にも記述されている⁽¹⁰⁾。

国際的圧力もあり、今回の民事執行法改正によって国内事件での子どもの引き渡しに対する強制執行がより有効になった。強制執行の明確なルールが作られ、迅速な引き渡しへとつながることが期待されている。しかし、両親が別離の際の子どもの連れ去りの場合、婚姻中は未成年子に対し父母は共同親権者であり、DVや児童虐待、あるいは日中の子どもの世話ができないなど、もう一方の親の承諾なく子どもと一緒に別離する場合、子どもを連れ去った親は今後どう判断されるのか。これまでの母親による「監護の継続性・安定性」なのか、国内事件でも「ハーグ条約」下での返還請求同様に子どもの返還が強制されるのか判決基準に対する疑問が残る。

さらに三点目の課題として、「子どもの最善の利益」を考える上での当事者性である。今回の「ハーグ条約実施法」の改正では、「子の引渡しの強制執行の手続において子の引渡しを実現するに当たっては、子の年齢及び発達の程度その他の事情を踏まえ、できる限り、当該強制執行が子の心身に有害な影響を及ぼさないように配慮しなければならない」と、子の心身への配慮義務が明記された。しかし前述の「ハーグ条約」に基づきアメリカの父親からの子どもの引き渡し請求事例においては、母親と日本に留まりたい子ども自身の希望よりも、「ハーグ条約」の履行が優先された。

さらに今回の改正により、引き渡しに際しても、連れ去った親の同席がなくても、引き渡しを求める親が現場に同席していれば可能となり、引き渡し場所も、子どもの通う幼稚園や保育園、学校など自宅以外の別の場所でも可能となった。場合によっては大人の都合による手続き上迅速な引き渡しが強制されることと子の心身への配慮が両立できるのか、「子どもの最善の利益」が守られるべき子ども自身の当事者性の確保が課題となる。

今回の民事執行法改正及びこれに準じる「ハーグ条約実施法」の改正によって、いずれの場合においても、子どもの引き渡しにおける強制執行の方法が明確に規定され、実効性が高まることとなった。「ハーグ条約」加盟国として、今後もグローバル・スタンダードへの対応のため、国内法も変革されていくことになるだろう。西欧社会の近代化に対し、急速に産業化と少子高齢化が進行するアジア諸

7) 2019年5月10日、「民事執行法及び国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律の一部を改正する法律案」が可決・成立し、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律の一部が改正された。子どもの引き渡しに関する主な改正内容は、強制執行及び代替執行などについての新しいルールが作られたことが挙げられる。

国の「圧縮的近代」(“compressed modernity”)に対し、日本は「半圧縮的近代」(“semi-compressed modernity”)と指摘される^{(11) (12)}。緩やかに近代化が進行した日本では離別後の子どもの連れ去りと親権者の判断をめぐる「子どもの最善」の視点の導入が国内と国外へ異なる影響をもたらしている。この対応の齟齬、即ち「二重のダブル・スタンダード」をもたらすという課題は、未だ性別役割分業を組み込んだ日本社会の在り方が影響を与えているともいえるだろう。

② 韓国・台湾の制度的課題 — 離別後の共同親権とシンボリックな「子どもの最善」

本研究で日本との比較研究で取り上げる韓国と台湾は、「子どもの最善」を重視し、日本よりも20年以上前に未成年子を伴う父母の離別に際しては、単独親権か共同親権かどちらかを選べる制度を取り入れている。次に、日本の離別後の親権及び子どもの養育についての課題を考える上で、日本と同様に家族主義福祉国家であるこれらの国々における離別後の親権制度と課題について検討していきたい。

韓国での親権は、1958年2月22日に制定され、1960年1月1日より施行された韓国民法の第四編親族第四章父母と子・第三節親権(第909条～第927条の2)におかれる⁸⁾。1958年の制定当時は父権中心の儒教思想や、日本の明治民法の影響を受け、父優先の原則から未成年子は父の親権に属するとされ、婚姻中は父による単独親権を原則としていた。1977年の改正により、婚姻中は父母による共同親権が実現した。しかし、父母の意見が一致しない場合は父親が親権を行使するという但し書きが付されるなど、父優先の原則は削除されず課題を残した。

家族生活における両性の平等の実現を目的とした1990年の改正によって、婚姻中の父母の共同親権が原則とされ、離婚の場合も父母の協議によって親権者を定めることが可能となった。この離婚後の共同親権は、1990年の民法改正(1990年1月13日 法律4199号)の際に設けられた909条第4項に父母の協議によって親権者を定めることが出来るようになったこと、日本のように単独親権の条文が無い上、「子どもの最善の利益」の観点から諸外国の趨勢より理論上可能になったというものである。また、面会交流を、子どもを直接養育しない親の権利とすることも同時に明文化(民法837条の2)されたことによって実質共同親権、共同養育が可能となったとされる⁽¹³⁾。

2005年の改革では、子の福祉を親権行使の基準とする規定が新設された(改正法912条)。父母の離婚の場合についても、親権者指定の協議が不調の場合に親権者指定の審判の申し立てを当事者に任せていた1990年改正909条第4項の規定を改め、そのような場合には家庭法院への親権者指定審判申し立てが義務化された。また、婚姻の取り消し、裁判離婚及び認知の訴えの場合には、家庭法院が職権で親権者を定めるものとした(909条第5項)。

2007年改正では、安易な離婚の阻止や離婚後の子の福祉の確保などを目的に、離婚熟慮期間制度が導入された(2007年改正836条の2)。また、離婚後における子の養育に関する事項(養育者の取り決め、養育費や面会交渉に関することなど)および親権者の決定に関する協議書の提出の義務化(837

8) 本文中で取り上げるのは2017年10月31日法律第14965号による一部改正時点までである(법률 제14965호 일부개정 2017. 10. 31)。

条) など、協議離婚手続きの内容を決めるものであった。さらに 2007 年の民法改正において面会交流が非養育親の権利であるとともに子の権利であるが明文化された⁹⁾。

2011 年改正では、離婚後単独親権になった親が死亡した場合、これまでもう片方の親が当然親権者になるものとして実務も同様であったことに対し、親権者がふさわしくないなどで請求があった場合に、家庭法院が親権者を定めるものとし、適切な親権者がいないときには未成年後見が開始するものとされた(909 条の 2 および 927 条の 2)。

以上、韓国の協議離婚制度では、国が積極的に介入する。家庭法院において協議離婚の意思確認を受けなければ協議離婚ができない¹⁰⁾。夫による一方的な離婚を防止するために 1997 年の民法改正時に導入された。そして協議離婚の意思確認を受けるには、家庭法院において離婚に関する案内を受け(836 条の 2 第 1 項)、熟慮期間が 1 カ月から 3 カ月必要となる。さらに、子の養育に関する事項を取り決めとして(837 条)、養育者の取決め、養育費の負担、面会交流の行使の有無及びその方法について協議し、909 条 4 項の規定にある子の養育と親権者決定に関する協議書または審判書正本を提出し協議離婚の意思確認を行う(図 5)。家庭法院は、その協議内容が子どもの福祉に反しない内容であれば確認書が交付され、養育費負担調書が作成される。

韓国民法での離別後の親権や離別後の共同養育に関する規定をまとめると、1990 年改正により離別後の親権について父母の協議により共同親権も選択可能になり、子の健全な成長のために離別後の親との面会交流に関しても 837 条の 2 が設けられ、子の福祉が優先されるようになった。更に 2005 年改正により、子の福祉を親権行使の基準にする規定が新設され(2005 年改正 912 条)、さらに 2011 年には子の福祉は家庭法院が親権者を定める際の基準でもであると改正された(2011 年改正 912 条)。

日本では、2011 年民法改正で親権に関する諸規定や子の監護の取決めについて「子の利益」が最も優先されるよう明記されるようになったことと比較すると、韓国の方が親権の行使や離別後の共同養育に対しては、若干早く子どもの福祉の優先が改正に反映されている。また、協議離婚の場合でも、必ず家庭法院からの離婚意思確認手続きが済まないことと離婚ができないことから、離別後の親権だけでなく、離別後の子の監護に関しても子どもの福祉が優先されているかチェックを受けるシステムである。2011 年改正民法より日本も離婚届に監護の取決めの有無についてチェック欄が設けられたが、回答は任意であるため、子どもの最善の確保を図る制度は日本より進んでいるように思われる¹¹⁾。

しかし、子どもが面会交流権を行使する具体的な手続きが明記されていないことから¹²⁾、子どもの最善の確保を優先した改正であっても、権利主体としての子どもに対する実現のための手続きが準

9) 제837조의2(면접교섭권) ① 자(子)를 직접 양육하지 아니하는 부모의 일방과 자(子)는 상호 면접교섭할 수 있는 권리를 가진다. [개정 2007.12.21] (837 条の 2 (面会交流) ① 子を直接養育しない父母の一方と子は、互いに面会交流をする権利を有する。[本項改正 2007.12.21])

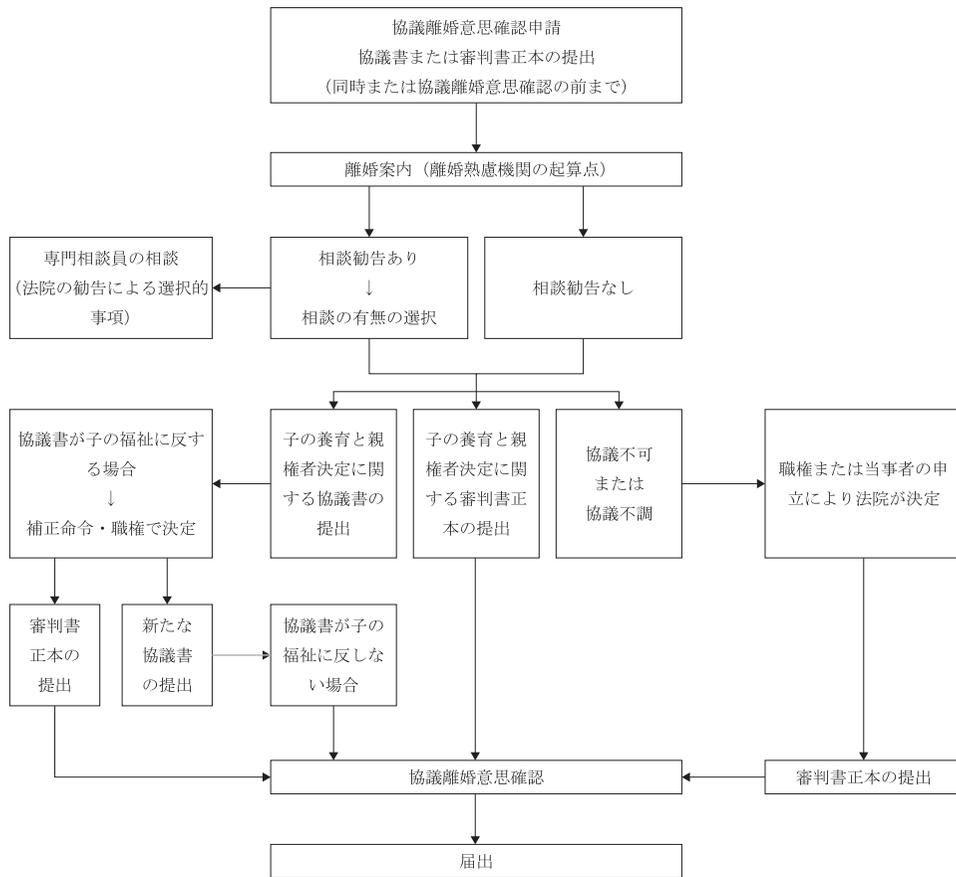
10) 第 836 条 (離婚の成立及び申告方式) ① 協議上離婚は、家庭裁判所の確認を受け、戸籍法に定めるところにより、申告することにより、その効力が生ずる。

11) 2011 (平成 24) 年 4 月 1 日以降に離婚した母子家庭では、離婚届にあるチェック欄について、養育費の取決め欄で「取り決めている」24.8% (143 名)、面会交流の取決めをしている 20.8% (120 名) であった(「平成 28 年度 全国ひとり親世帯等調査結果報告」, 厚生労働省)。

12) 家事訴訟規則第 99 条 (当事者) ① 子の養育に関する処分及び変更、面会交流権の制限及び排除並びに親権者の指定及び変更に関する審判は、父母の一方が他方を相手方として請求しなければならない¹³⁾。

図 5. 韓国の協議離婚の流れ (金 2019) ⁽¹⁴⁾

(出典：イ=ミンチョル「2008年改正民法による協議離婚手続」家庭法研究 22巻3号 238頁) ⁽¹⁵⁾



備されていない。面会交流権の法的性質についても、監護権（養育権）の一部と解されているとの指摘もあり⁽¹⁴⁾、国連の子どもの権利条約での親子分離禁止の原則や両親の共同養育責任等の規定⁽¹³⁾にある児童の権利の尊重としての面会交流権とは異なる位置づけである。このように韓国の制度上での離別後の共同親権における「子どもの最善」は具体的実施手段に欠ける理念先行のシンボリックな側面が指摘されている⁽¹³⁾。

また、韓国では日本より一年早い2013年3月1日から「ハーグ条約」が発効しており、子どもの

13) 7条1項 児童は(中略)できる限りその父母を知りかつその父母によって養育される権利を有する。9条3項 締約国は、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尊重する。

連れ去りに対しては、日本同様居住国への返還が求められるようになっている¹⁴⁾。

台湾における中華民法は1930年南京政府によって制定され、日本敗戦後の1945年より施行された。親権の定義は「父母は、未成年の子に対し、保護及び教育の権利義務を有する」（現行1084条2項）という規定である。しかし、「未成年の子に対する権利義務は、法律に別段の定めがある場合を除き、父母が共同してこれを行使し又は負担する。父母が権利行使について意思が一致しないときは、父が行使する」（旧1089条）と規定され、共同親権を規定しながらも実際には父権的内容が反映されていた。さらに、「協議離婚後の子の親権に関しては、夫がそれに任ずる」（旧1051条）、判決離婚においても「子の親権に関しては1051条の規定を適用する」（旧1055条）とされ、離婚後の子の親権は父親が優先されていた。

1996年の改正によって民法親族編が全面改正され、男女平等の実現が目指された。1089条親権の行使については第二項に「父母は、未成年子の重大事項に対し権利行使の意思が一致しないときは、裁判所に対し、子の最善の利益に基づきこれを定めることを申し立てることができる」が加えられた。さらに、協議離婚後の子の親権については、1055条第一項で「夫婦が離婚する場合には、未成年の子に対する権利義務の行使又は負担は、協議によって一方又は双方が共同してこれを任ずる。協議していない又は協議が調わない場合には、裁判所は、夫婦の一方、主管機関、社会福祉団体若しくはその他の利害関係者の申し立て、又は職権によって、これを定めることができる」と改められ、離別後も母親が親権者や共同親権も選択肢入れられた。さらに、1055条の1が追加され、裁判所が1055条にある裁判をする際にも「子の最善の利益」に基づくことが明記された。

離別後の面会交流についても、「裁判所は、申し立て又は職権によって、権利義務の行使又は負担をしていない一方のために、それと未成年の子との面会交流の方法及び期間を定めることができる」（民法1055条5項）と立法化されており、裁定書通り実行されていない場合、執行裁判所は「子の最善の利益」に合致する方法によって強制執行することとなる。離別後の養育費についても、「父母の未成年の子に対する扶養義務は、婚姻の取り消し又は離婚によって影響されない」（民法116条の2）と定められている¹⁵⁾。

以上、台湾の親権法は世界的潮流に合わせて、「家のため」から「親のため」を経て「子のため」へと立法目的が変わってきた。家庭内の「弱者」である未成年の子を保護するために、「法は家に入らず」という伝統的考え方が覆され、裁判所などの公的機関および社会福祉団体による積極的介入が期待されるようになり、「子どもの最善」は台湾親権法の最大の特徴になったとされる¹⁶⁾。

しかしながら、台湾の離別後の親権について、周は次の問題点を指摘している¹⁶⁾。まず1点目は、子どもの最善の利益の判定基準の曖昧さである。法務省による判断基準¹⁶⁾には、子どもの年齢も含

14) 헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률 (제11529호 신규제정 2012. 12. 11.) ハーグ国際児童奪取条約の履行に関する法律 (法律第11529号2012年12月11日)

15) 本稿で取り上げるのは民國108(2019)年6月19日改正までである。

16) 台湾法務省が、2014年に提出した「民法第1055条に基づく未成年者の親権を決定または修正する原則」の中で、子どもの最善の利益の判断基準に以下の原則を示している。① 子どもの年齢：幼い子の親権を母親に決める原則 ② 子ども自身の意見：子どもの意思を尊重する原則 ③ 現状維持原則：精神的な

まれ、幼い子の親権を母親に決める原則がある。しかし、これは女性の性別役割を固定するものである。また、現状維持原則についても、父親によるDVで子どもを置いて家を出た母親には不利との指摘があることである。さらに、この現状維持原則を背景にした子どもの連れ去りなどの不当行為を防止するためにフレンドリー・ペアレント・ルール（善意父母原則）も導入された（1055条の1第1項6号¹⁷⁾。父母のどちらが友好的であるかも判断根拠の一つにされた。

2点目は、外国人配偶者の親権についてである。台湾には50万人以上の外国人配偶者が生活しており、中国大陸や東南アジアの外国人配偶者との間に生まれた新生児は、台湾全体的の数パーセントを占める。しかし、外国人配偶者の離婚と親権についての事例の分析から、裁判官が子どもの最善の利益の原則に沿って親権を決めてないこと、さらに、裁判官は東南アジアの配偶者が適切な親権者だと思わない傾向があることが明らかになったことを挙げている。さらに、中国の配偶者間との「两岸人民関係条例」適用で、離婚後十日以内に子どもの親権を取得できなければ、居留権も失ってしまう。そこに、居留権と親権を結びつけることの合理性が問われている。

3点目は、共同親権による福祉対象の資格の喪失である。台湾では、「特殊境遇家庭」に対して、生活の自立を助けるために、多項目の補助や手当てが与えられる。しかし、共同親権の家庭は排除される。そのため、子どもの生活手当て、医療手当て、保育手当て、公立の幼稚園に入学する資格、義務教育学費の減免など、共同親権の親は、子どものために利用したくても、これらの社会福祉を利用できないことである。しかしながら、現状からみれば、共同親権でも相手に子どもの養育費用を分担してもらえない親が多くいる。

台湾では、1996年の民法改正により、婚姻関係存続中及び離婚後の父親優先の原則が削除された。離別後の親権についても法的に男女平等が実現したとされる。しかし、実際の親権者の推移では2005年時点では、母親が親権者となることが多い日本と異なり、父親が過半数をしめ、その後漸減はしてきているが、まだ父親親権者の占める割合は高い。

母親親権者の割合はあまり大きく変わらず、父母による共同親権は漸増傾向を示しながらも、2015年時点では2割である（図6）。周は、さらに子どもの性別親権者の割合から、父親が男の子の親権を持つのは母親より6%~10%高いことを示し¹⁸⁾、これは、家を継ぐのは男の子にしかできないという伝統的な意識の影響を受けたためと考えられるとして、台湾における家父長制が未だに影響を及ぼしているとしている⁽⁷⁾。

また、養育費についても、台湾でも扶養義務については生活保持義務なのか、生活扶助義務なのか、また父母の分担の在り方など、その解釈も問題となっている。韓国では離婚に際し必ず家庭法院における手続きを踏む中で、未成年子を伴う離婚の場合も、必然的に親権、養育費、面会交流に関し子の

負担をかけないようにするため、生活の場所を変動させない、子どもの世話を主にする親が親権を持って世話し続ける原則 ④ 兄弟姉妹がいる場合、親の離婚によってお互いに離れないよう、一緒に生活させる原則 ⑤ 両親の健康状態と性格、経済能力、子育ての意欲と態度、子どもを片方の親に面会交流させることに対する理解を重視する。

17) 第1055-1条 法院為前條裁判時、應依子女之最佳利益、審酌一切情狀、尤應注意下列

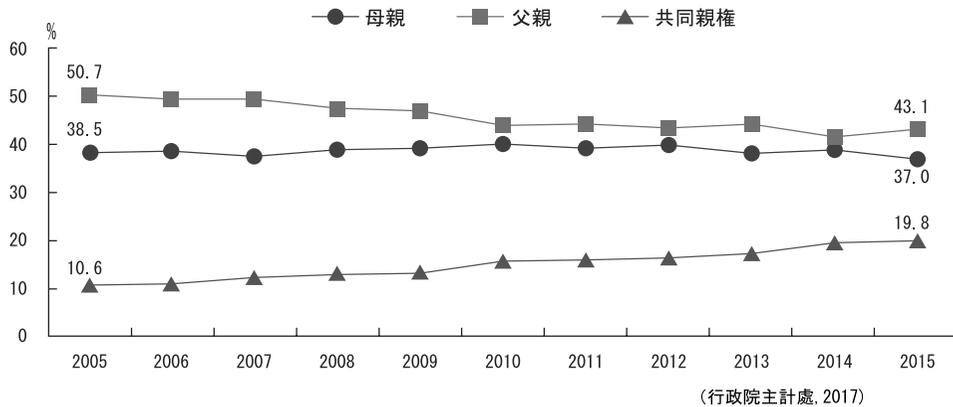
六 父母之一方是否有妨礙他方對未成年子女權利義務行使負擔之行為。

18) 行政院主計處(2017)データからは、2012-2015年の4年間で女兒の親権者の割合は父親母親ほぼ50%前後で互いに違いは見られないのに対し、男児の場合は父親親権者が53-55%と母親親権者が45-47%に比べ、常に過半数を超えている。

利益から協議しその内容を書類提出しないといけないのに対し、台湾では、未成年子を伴う離婚の場合でも養育費や面会交流の取決めが無くても協議離婚が出来る。合意が当事者の任意に委ねられているため、子どもの利益が不確実なものとなっている。そのため、協議離婚に際し親教育の義務化の研究が始まっている⁽¹⁷⁾。

台湾は1996年より、韓国も実質1990年からと、両親離別後の共同親権を取り入れて20年以上経つ。背景には両国とも民法の親族法改正による家庭内における男女平等の実現と、「子どもの権利条約」における「子どもの最善の利益」の保障がある。しかし、韓国と台湾の両国とも、「子どもの最善の利益」の判定基準においてそれぞれの社会の価値観による恣意性が窺え、「子どもの権利条約」にある権利主体としての子どもの権利保障と実際の両国の離婚時の手続きやそれ以降の親子関係に関する規定では異なる側面を呈している。「子どもの最善」は結果的には理念先行のシンボリックなものと言えるだろう。

図 6. 2005年から2015年まで台湾における親権の変化（山西・周，2019より）



3. まとめにかえて — 東アジア福祉国家における「圧縮的近代」と「半圧縮的近代」がもたらす課題

国際的には共同親権を取り入れる国は増えてきており、「子どもの権利条約」にある共同養育が「子どもの最善の利益」であるという考え方が趨勢である。最後に、離別後の親権や共同養育に関する各国の制度と福祉国家体制の影響について考える。

まず、本稿の研究課題である制度からみた離別後の親権について日台韓の三カ国の比較について取り上げると、1点目は、日本と異なり、韓国と台湾では20年以上前から離別後の共同親権を制度的に取り入れていることである。両国とも日本以上に民法親族篇での男女平等の実現と「子どもの権利条約」の影響による「子どもの最善の利益」の実現として共同親権を選択肢に取り入れている。家父

長制から「圧縮的近代」と呼ばれる急速な近代化は、社会への民主主義の浸透が日本より遅く始まり、短時間で達成が目指されている。そのため、社会意識として家父長制の残滓など、現実の運用として様々な齟齬が見られ、理念先行のシンボリックなものとなっている面も否めない。では、日本がなぜ離別後の共同親権制度導入に慎重なのか。次の比較課題として考えられるのが、第二点目としての親権者の決定における「子どもの最善の利益」の判断基準の問題である。日本の民法の離別後の単独親権制度下でも、2011年の民法改正では「子どもの権利条約」の影響から、親権者や離別後の子の監護においても、「子どもの最善の利益」を優先することが明文化された。これまで国内の司法判断における親権者の決定では「監護の継続性・安定性」が「子どもの最善の利益」とされ、母親が親権者になることが多かった。しかし、2014年度ハーグ条約の発効により、海外からもう一方の親に無断での日本への子どもの連れ去りは違法となり、子どもへの継続的ケアを重視していたこれまでの日本国内での判断基準と齟齬をきたす様になってきている。この「二重のダブル・スタンダード」はそもそも「子どもの最善の利益」の判断基準の国内外での齟齬から起こっている問題だと考えられる。

日本と台湾では協議離婚の場合、そもそも子の監護内容自体を届ける必要がないが、韓国では協議離婚であっても必ず家庭法院への親権者決定内容、養育費や面会交流など離別後の子の監護についての協議内容の提出という国家の介入が入る。このことは「子どもの最善」の確保に有益だと思われるが、協議書の内容が、共同親権の選択や「面会交流寛容性の原則」（フレンドリーペアレント・ルール）への適応など、当事者の子どもに向けてではなく、裁判官に向けた大人の考える「子どもの最善」になりかねないという問題を孕む。「子どもの最善」が守られるべき当事者である子ども自身の希望を判断基準とする手段の確保が欠かせない。

三点目は、新自由主義経済の影響である。北欧のような福祉の「脱家族化」が進まないまま「圧縮された近代」進行の結果、韓国や台湾は東アジア諸国から外国籍花嫁や外国籍家事労働者を受け入れ、外国籍労働者による家族内でのケアが進んでいる。このことは「半自由主義的家族主義」とも呼ばれる¹⁸⁾。結果として、外国籍配偶者の女性たちが台湾で離婚する際に裁判官から親権者指定を受けにくいといった外国籍配偶者に対する疎外や周辺化の問題も指摘された。

台湾では、日本と同様に「子どもの最善の利益」の判断基準として「監護の継続性・安定性」を設けている一方で、このように外国人の母親たちに対しては判決基準が異なるなど、日本とはまた違った内容での齟齬を起している。さらに、これら外国籍配偶者は台湾での立場が弱くDV被害を受けやすいが、家を出た場合に「現状維持原則」が今度は逆に被害者である母親にとって不利になっている。日本も、これまでは「出入国管理及び難民認定法」の基準が厳しいため、日本には単純労働での移民が比較的難しかった。しかし、2019年4月1日より特定技能枠での単純労働者の移民が可能となった。結果として、日本も今後、韓国や台湾のように、これら外国籍労働者による国内での国際結婚および国際離婚が増加する可能性があり、対応が必要になると思われる¹⁹⁾。

19) 文部科学省は2019年9月27日に外国人の子どもの就学状況について初めての全国調査結果を公表し、日本に住む義務教育相当年齢の外国人児童12万4049人のうち、15.8%に当たる1万9,654人が不就学の可能性があることが判明した。

これら3点は、家族に子どものケアなど福祉的課題への責任を大きく委ねたまま、グローバルな法理念を国家が導入したことから発生している問題であると考えられる。同じ家族主義福祉国家である日本と韓国、台湾であるが、近代化のスピードが凝縮された韓国と台湾では既にグローバル・スタンダードである子どもの利益に基づく共同養育や共同親権制度が取り入れられているが、現実には脱家族化の進む北欧諸国などとは共同養育や共同親権の実施内容が理念と異なっていることが判明した。

また、まだ共同親権を導入していない日本においても、「ハーグ条約」加入に伴い、グローバルな法規範に合うよう、子どもの引き渡しを強化する国内法の改定が先行している。また、親権をめぐる裁判でも子の「監護の継続性・安定性」が重視され、結果的に連れ去った母親が親権者になるという判断基準がグローバルな判断と逆行しており、ダブル・スタンダードとなっている。日本の課題は、性急に共同親権制を導入してグローバルな基準に制度を合わせ、国内外での親権制度のダブル・スタンダードを失くすことを急ぐことではないだろう²⁰⁾。性別役割分業に基づく家族主義福祉国家における共同親権の導入や共同養育の在り方については、理念が先行した制度を整えるのではなく、本当の意味での「子どもの最善の利益」を実現できる離別後の親権制度や共同養育の具体的実施方法を慎重に考えていかなければならない。

*この研究は文部科学省日本学術振興会科学研究補助金基盤研究©研究課題名：日本における離別後の共同養育の課題と可能性についての調査研究（研究代表者：山西裕美 課題 No.26380732）の交付を受けて実施している。本調査研究はすべて熊本学園大学倫理調査審査会での審議を受け、承認を得て行った（承認日付：日本2016/7/13、韓国・台湾同年9/30）。

また、台湾についての研究では、台湾慈済大学周典芳准教授の協力を得た。この場をお借りして感謝申し上げます。

20) 日本の法務省は2019年9月27日、離婚後も父母双方が子供の親権を待つ「共同親権」制度の是非をめぐる研究会を立ち上げ、議論を開始すると発表した。

参 照 文 献

- (1) Andersen, E., 1997, HYBRID OR UNIQUE?, *Journal of European Social Policy*, Volume 7 Number 3, pp.179-189, 1997.
- (2) 山西裕美 伊藤良高, 出川聖尚子, 2013, 地方都市の中学生の子を持つひとり親家庭の福祉課題—ひとり親家庭の母子家庭における親子関係を規定する要因分析結果より, 熊本学園大学付属社会福祉研究所 社会福祉研究所報 vol.41, pp.37-59.
- (3) 山西裕美 伊藤良高, 出川聖尚子, 2012, 熊本市のひとり親家庭の現状と課題についての一考察—中学生の子を持つ母子家庭を中心に, 熊本学園大学付属社会福祉研究所 社会福祉研究所報 vol.40, pp. 111-134.
- (4) 山西裕美, 2018, 日本における離別後の親権と共同養育における課題についての一考察, 熊本学園大学社会福祉研究所 社会福祉研究所報, Vol.46, pp.1-19.
- (5) 山西裕美, 2018, 離別後の親権についての日韓比較研究, 熊本学園大学付属海外事情研究所海外事情研究, Vol.45, pp.1-24.
- (6) 山西裕美・周典芳, 2018, 離別後の親権についての日台比較研究—制度の視点からの一考察, 熊本学園大学社会関係研究, Vol.23-1, pp.51-79.
- (7) 山西裕美・周典芳, 2019, 離別後の親権についての日台比較研究②—東アジアの家族主義福祉国家における調査結果からの一考察, 熊本学園大学 社会関係研究, Vol.23-2, pp.1-31.
- (8) United States Department of State, 2018, Annual Report on International Child Abduction.
- (9) United States Department of State, 2019, Annual Report on International Child Abduction.
- (10) United States Department of State, 2019, Action Report on international Child Abduction.
- (11) ChangKyung-Sup, 2010, Individualization without Individualism, *Journal of Intimate and Public Spheres* (Pilot Issue), pp.23-39.
- (12) 落合恵美子, 2013, 東アジアの低出生率と家族主義—半圧縮近代としての日本, 落合恵美子編, 親密圏と公共圏の再編成, pp.67-97, 京都大学出版会.
- (13) 金 亮完, 2014, アジア法—韓国, 床谷文雄・本山 敦編 親権法の比較研究, pp.346-372, 日本評論社.
- (14) 金 亮完, 2019年3月25日, 韓国における親権・監護権に係る法令・制度の概説,
<https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000487547.pdf>.
- (15) Lee Myung-Cheol, 2008. The Procedure of Divorce by Agreement in 2008 Year's Amendment of Civil Act. *家族法研究* 第22巻3号, pp.205-264.
- (16) 黄 淨愉, 2014, アジア法—台湾, 床谷文雄・本山 敦編 親権法の比較研究, pp.326-345, 日本評論社.
- (17) 二宮周平, 2014, 家事紛争の合意解決の促進と台湾家事事件法, *立命館法学*, Vol.2 (354), pp.161-168 (pp.617-624).
- (18) 落合恵美子, 2011, 「個人化と家族主義」、ウルリッヒ・ベック他編『リスク化する日本社会』, pp 103-125, 岩波書店.