

○論説：昭和民法（家族法）と協議（上）

稲田龍樹*

第1節 はじめに¹

昭和民法（家族法）²には、協議離婚（民法763条）および協議離婚（同法811条1項）の条文以外に、協議の語が正文にある条文は、準用関係条文を省くと下記のとおり存する。民法766条（家審法9条1項乙類4号）、同法768条（同項乙類5号）、同法769条（同項乙類6号）、同法819条（同項乙類7号）、同法878条～880条（同項乙類8号）、同法907条（同項乙類10号）である。その後、1962年（昭和37年）民法の一部改正による民法811条4項（同項乙類6号の2）、1980年（同55年）民法の一部改正による民法904条の2（同項乙類9号の2）がある。

以上のように、昭和民法（家族法）においては、明治民法（家族法）と比較して、協議の語が正文の中に大きく拡大した。本稿は、この法的意義を検討するものである。まず、拙稿「民法907条の協議の意義と系譜－家事事件手続法における当事者主義的運用の基礎的研究－（上）（中）（下）」の結論は、次のとおりである。

民法907条の「協議」は、昭和戦前期までにおける協議の概念に支えられ

* 元学習院大学法務研究科教授、元東京高裁判事、弁護士

- 1 筆者は、「民法907条の協議の意義と系譜－家事事件手続法における当事者主義的運用の基礎的研究－（上）（中）（下）」（学習院法務研究9号から11号。以下「拙稿・協議の意義と系譜（上）」という）において、「第6章大正要綱、人事法と協議」の項に続き「第7章昭和民法と協議」を構想し、家族法上の協議（主に民法907条の協議）の意義について、民法および家事審判法（現在は、家事事件手続法）を総合した考察をめざした。上記拙稿の「章」名の関係上、本稿では便宜これを省き、節、款から始める。読者の皆様のご海容をお願い申し上げる次第である。
- 2 昭和民法とは、1947年（昭和22年）に新憲法下で明治民法第4編親族、5編相続を大改正して公布された昭和22年法律第222号の民法第4編親族、5編相続をさす。以下、昭和民法（家族法）ともいう。また、2004年（平成16年）公布の現代語化した民法典（翌年4月1日施行）を「現代語化（平成）民法」ということもあるが、原則は単に「民法」といい、略式に「昭和民法」ということもある。

ていると考えて、その沿革をたどった結果、その意義は複数以上の当事者の合意（全員一致型の合意）およびこれに至る交渉過程を意味したことが、それは梅謙次郎による法学的整理によるものであることが明らかになった。大正期、この協議（親族協議）に対して国が介入・支援する必要が生じたので、紛争解決制度として調停制度が案出され、昭和戦前期に、家審法草案および人事法案にまとまった。明治民法の正文である「協議」を起点とする、調停と審判の手続という基本構想が成立し、明治民法第4編、第5編の改正法案および家事審判法案は長年にわたる慎重な審議により実体法と手続法を総合した新しい法体系をほぼ完成させた。しかし戦局が厳しくなり、遂に立法には至らなかったのである。

本稿は、以上を踏まえて、昭和民法（家族法）における「協議」が多用された理由を求めて民法および家事審判法を総体として考察する。ところで、新しい昭和憲法の制定により、民法上「家」制度および戸主制（廃戸主制に関する立法案）ならびに親族会は廃止された。かえりみると、大正要綱を起点として、廃戸主制立法を先頭として戸主権制および親族会への規制を強めようとした法案は、紆余曲折をたどりながらも、協議の語をキー・ワードとして一部革新的な規制内容を強めていた。しかし、同法案は、立法されずに構想で終わったので、広く社会的な批判検討を浴びる機会を失った。思うに、同法案における「協議」は国民側の合意の形成に応じて明治民法（家族法）の法原則に例外を認めうる仕組み、それも実体法と手続法にまたがる点に革新性があったが、合意内容を一定の方向に規制する規範として明確であったかについては弱点もあった。他方、「協議」の長所は、家族法制の原理原則に関わる実定法規制を国民の合意により少しずつではあるが例外を合法化し、原則的な法規制の適用範囲を狭め、ひいては原則をくつがえし得る契機を孕む機能性にある。

大正期、昭和戦前期における家事審判法草案および人事法案の立法審議過程を踏まえて、昭和民法（家族法）の立法過程を振り返ってみると、協議の語が正文に定められるまでの変遷にはまことに興味深いものがある。とりわけ、協議離婚と親権者の指定に関する立法過程は、婚姻法と親子法を総合的

に検討する際に、協議の語を中心に激しく争われた分野である。この前提には、憲法草案22条（憲法24条）³の男女平等原則、個人の尊厳の尊重原則を家族法（親族法・相続法）の制度設計上どこまで、どのように法制化するのか、という家族法政策（現在では、憲法13条、14条を当然に含む）の根幹に関わる対立があったのである。実体法としての民法（家族法）における「協議」の正文は、家事審判法上の家事調停・家事審判による手続規制と一体的な構造のキー・ワードともみろべき条文文言であった。相続法では遺産分割協議にかかる民法907条が重要な規定であるが、立法過程において同条に関して論争が多いとはいえなかった。家族法全体を考えると、家事審判法の昭和戦後期の立法過程において、同案の法構造を大きく転換させた重要なポイントとしては家事審判事項の甲類と乙類（現在の家事事件手続法における別表第一と同第二にほぼ相当する）への区分が行われたことである。これは、民事手続法体系として考察すると、民事訴訟法、人事訴訟手続法との関係、非訟事件手続法の一つとしての家事審判法の体系化を如何にするかという根本問題に直結するのである。もっとも、本稿はこれを正面から取り上げるものではなく、筆者にはそうした力量も用意もないことを予めお断りしておかなければならない。

本稿は、あくまでも昭和民法（家族法）の制定過程における協議の語を中心に条文の意義を考察するものである。日本側の民法改正法案の起草委員その他の立案関係者は大正要綱において既に確立していた婚姻制度における共同親権の原則および子の利益を保護する新立法をめざすという点では共通認識が形成されていた。具体的には、昭和戦前期にほぼ成立していた人事法案の基本方針を前提の一つとしたのである。同時に、家事審判法案に関しては池田寅次郎が指導して作った1927年（昭和2年）の家事審判法案（第一期の家事審判所構想）を下敷きにした草案からスタートしたのである。たしかに協議の語の正文文化という角度から民法条文案の変遷をたどるとき、「家」制

3 憲法24条の制定過程に係る先行研究としては、和田幹彦『家制度の廃止—占領期の憲法・民法・戸籍法改正過程—』（信山社、2010）の3頁から132頁がある。なお、同書61頁、66頁参照。

度をどこまで廃止するかという視点に立ち、保守派から進歩派へと立案担当者の位置づけを明らかにすることは大切な作業である。しかし、筆者は、それだけではまかなえない複雑な経緯あるいは論議を見すごしてはならないと考える。新生日本が、新しい家族のあり方、理想をどのような手順方法により実現していくか、という持続的な社会経済的な改革・改善を担う法制に関する、実体法と手続法を総合した複雑な仕組みをめぐる家族に関する法思想、法政策の違いとでも評すべき対立が底流にあったのではないか。そうした複雑な確執があったと考えざるを得ないという問題意識を持つ。こうした見地から、以下に考察を行う。もとより不十分なものではあるが、読者諸賢の皆様率直かつ多彩なご批判ご叱正を賜りますよう心からお願い申し上げる次第である。

第2節 昭和民法（家族法）制定までの草案の変遷と協議

第1款 総 則

1946年（昭和21年）7月2日勅令第348号をもって、内閣総理大臣の下に臨時法制調査会が設置された。この調査会には内閣総理大臣の諮問に答えるために同月11日の第1回総会において4つの部会が設けられ、その第3部会が司法関係を分担した。同日、司法省に設けられた司法法制審議会がこの第3部会を兼ねることとなり、第1小委員会が裁判所関係、第2小委員会が民事法関係、第3小委員会が刑事法関係を分担した⁴。

第2小委員会の主査には坂野千里（当時、東京控訴院長）が就任し、以下のような指名があった。民法改正要綱草案の起草委員に我妻榮（東大教授）、中川善之助（東北大学教授）、奥野健一（当時、司法省民事局長）、幹事に横田正俊（当時、大審院判事）堀内信之助（当時、東京民事地方裁判所上席部長）、柳川昌勝（当時、東京控訴院部長）、来栖三郎（東大教授）、川島武宜（東大

4 我妻榮編「戦後における民法改正の経過」（以下「我妻・経過」という）（日本評論新社、1956）5頁以下。堀内節編著「家事審判制度の研究」（以下「堀内・研究」という）（中央大学出版部、1970）228頁以下。唄孝一『戦後改革と家族法一家・氏・戸籍 唄孝一・家族法著作選集第1巻』（以下「唄・選集1巻」という）（日本評論社、1992）39頁以下、147頁以下。これらについては、我妻・経過○頁などという。

教授)、長野潔(当時、東京控訴院判事)、円山田作(当時、弁護士)、村上朝一(当時、司法事務官)その他⁵である。起草に当たる幹事を3班に分けて分担した。A班は家・相続・戸籍法を担当し、横田正俊、村上朝一、川島武宜で、B班は婚姻を担当し、堀内信之助、来栖三郎で、C班は親子・親権・後見・親族会・扶養を担当し、柳川昌勝、長野潔であった。村上が司法省民事局内の民法改正調査室の主任として全般的な幹事役を務めたのである。実務家の堀内、柳川は昭和戦前期の家事審判制度、民法改正に長く関係した関係から選ばれたとみられる(我妻・経過100頁)。

民法改正への第1歩は、奥野健一(司法省民事局長)が民事局試案として同年7月上旬⁶に「民法親族編及び相続編の改正につき考慮すべき諸問題」を完成し、次に、同月13日に第2小委員会に提出された資料であり、同委員会における説明用の参考として作られた「新憲法に基き民法親族編及び相続編中改正を要すべき事項試案(第1案)」を策定したことである(我妻・経過211頁、212頁)。上記「諸問題」には協議の語はなく、「試案(第1案)」には2カ所ある。一つは「協議離婚は寧ろ廃止すべきか」であり、いま一つは「系譜、祭具及び墳墓の所有者は長子又は卑属の協議に依り定むる者に専属せしむべきか。」である。なお、親子の項に「親族会は廃止し其の権限は裁判所(家事審判所)をして行はしむること。」があり、この段階で家事審判所を想定していることが注目される。

1946年(昭和21年)9月7日に家事審判法を作ることに方針が決まり、同月12日から17日に村上朝一、堀内信之助、長野潔の3人で家事審判法要綱案(いわゆる熱海幹事案)を作成し、これにより家事審判法案の立法作業がスタートしたのである⁷。

5 司法法制審議会第2小委員会の委員兼子一(東大教授)は1946年(昭和21年)7月13日から出席している。同氏は、司法法制審議会の委員、臨時法制調査会第3部会の幹事でもあり、総ての期日に出席している。我妻・経過206頁から211頁。

6 和田『家制度の廃止』136頁は、奥野が考案した時期は1946年(昭和21年)3月から7月上旬と推定する。

7 我妻・経過69頁、堀内・研究228頁以下、315頁、1044頁。

第2款 民法改正要綱案の変遷と協議

1 総説

協議の語が、昭和民法（家族法）の立法過程のなかでいかにして家族法に定着したか。すなわち、民法改正要綱、民法改正法案第1次案から第8次案の変遷過程および家事審判法要綱案、家事審判法起草原案、同法第1次案から第3次案、家事審判法と家事審判規則への分化の変遷過程における協議の語がどのように扱われていたかをみる。説明の便宜上、以下のとおり、6つの期間に分けて考察する⁸。

第1期は、ほぼ1946年（昭和21年）7月20日から30日、民法改正要綱案（幹事案、第1次案、第2次案、第2小委員会決議）の登場・変遷の時期である。

第2期は、ほぼ同年8月中で、民法改正法第1次案（8月11日案）、第2次案（同月20日沼津案）の策定時期である。GHQとの重要な折衝もあった。第3期は、ほぼ同年9月初旬から10月末頃で、民法改正法第3次案（10月18日付民法改正法山中案）、家事審判法要綱案の策定時期である。第4期は、同年11月初旬から翌年3月1日、民法改正法第4次案（1946年（昭和21年）12月2日）から第6次案（翌年3月1日付）、家事審判法仮決定案（一）～（七）、家事審判法起草原案、同法第1次案から第3次案（同年2月24日）の策定時期である。第5期は、ほぼ同年3月6日から4月19日までの応急措置法の立法過程、同法公布の時期である。同年4月、司法省は民法改正作業に集中した。第6期は、同年5月12日から7月末頃で、GHQとの審議期間であって、現代にも通じる重要論点が俎上にのぼった。同年5月、家事審判法と同審判規則の分化が決定され、6月16日家事審判法案（同法第一案）から同法法制局終了案などに至った。これと並行して民法改正法第6次案の修正が4月から6月に加えられ、その成果である同法第7次案が発表され、第8次案（国会提出案）が確定された時期である。

8 我妻・経過113頁、唄・選集1巻211頁凡例（二）の条文変遷表（以下「唄・条文変遷表」という）、和田『家制度の廃止』130頁、131頁の「憲法・民法・戸籍法改正過程年表」も参照した。

2 第1期：民法改正要綱案の登場・変遷と協議

(1) 民法改正要綱案（幹事案）

昭和21年7月20日までに作成された民法改正要綱案（幹事案）は、A、B、Cの各班が作ったものである。協議の語がある幹事案の条文は、以下のとおりである。（以下において、下線は筆者が便宜記載したものである。）

（あ）A班案（家・相続・戸籍法）（幹事は横田正俊、村上朝一、川島武宣）の二 相続 8「遺産の分割につき共同相続人間に協議調わざるときはその分割を裁判所に請求し得るものとしその手続は非訟事件手続法に依ること」(1011条ノ2)がある（我妻・経過215頁、216頁）。

なお、村上朝一は「試案（第1案）」の「系譜、祭具及び墳墓の所有者は長子又は卑属の協議に依り定むる者に専属せしむべきか。」を「系譜、祭具及び墳墓の所有者は慣習に従ひ祖先の祭祀を主宰すべき相続人に専属するものとすること。」と改め、協議の語を削除した（我妻・経過25頁）。「協議に依り定むる者」を「祖先の祭祀を主宰すべき者」に変更したわけである⁹。

なお、A班案の、戸籍法第2章「戸籍及び戸籍簿」、経過規程に関する規定には、民法上廃止される規定を戸籍法に移して存続させる意図があるとされている¹⁰。

（い）B班案（婚姻）（幹事は堀内信之助、来栖三郎）の第五 協議上の離婚の同意の項に以下の3案がある。

「(甲) 未成年者が協議に依る離婚を為すには婚姻に付同意を為す権利を有する者の同意あることを要するものとする

(乙) 協議に依る離婚を為すには裁判所の許可を要すること

(丙) 協議に依る離婚は之を廃止すること」がある（我妻・経過218頁）。

同第七 子の監護の項には以下の例がある。

9 村上朝一は、この時点で、「協議」が法規範として有する法的意味を明瞭に認識していたからこそ、そこに含意される実質的な機能である柔軟さに基づく革新性を見抜いていた。祭祀承継問題を「卑属の協議」により決することの革新性にいち早く気づき修正した（なお、「試案（第1案）」に協議の語を使った提案者は不明である）。その後においても、協議の語は、立法案に登場しては消える例が少なくない。この点、ある種の立法上の考えの違いがあって何らかの確執の存在をうかがわせる。

10 和田『家制度の廃止』224頁。

「一（甲）父母が離婚したるときは子の監護を為すべき者は父母の協議に依りて定め、協議調わざるときは父に属するものとする

（乙）父母が離婚したるときは子の監護を為すべき者は父母の協議に依りて定め、協議調わざるときは次項に依るものとする

二 子の利益の為必要あるときは裁判所は前項の規定に拘らず子の監護を為すべき者を定め又は其の監護に付相当の処分を命ずることを得るものとする」(我妻・経過218頁。なお、来栖三郎¹¹は堀内信之助がB班原案を作成し、自らは目を通した程度であるという。)

以上の他に協議の語はない。同第八 離婚に因る扶養義務 の項において財産分与の定めが記されているが、協議の対象とされていないことが注目される。

(う) C班案(親子・親権・後見・親族会・扶養)(幹事は柳川昌勝、長野潔) C班案の第五章 親権 五の項に「親権者と子との間の計算関係の規定を削除すべきか。」があり、「親権者」の語が昭和戦後期の民法改正過程の最初期に初出していることに注目したい。加えて、C班案は「親権を行う父又は母」を「親権を行う者」と改めもいる(879条、880条、889条。なお、896条参照)(我妻・経過218頁、221頁、222頁)。

a 第1節 総則 一「第877条 左の通り改むべきか。

無能力ノ子ハ其戸籍ニ在ル父母ノ親権ニ服ス

親権ハ共同シテ之ヲ行フ

(父母ハ協議して親権ヲ行フ者ヲ定ムルコトヲ得協議調ハサルトキハ裁判所之ヲ定ム)」(我妻・経過221頁)

b 同第八章扶養ノ義務 三 第955条乃至第962条 分離統合して左の通り規定すべきか。

第A条 省略

11 来栖三郎は、この際に、B班原案は大正の臨時法制審議会の改正要綱を非常に参考とし、同時に人事法案をも参照したと指摘する。たとえば、離婚による財産分与請求については、1943年(昭和18年)4月付人事法案(幹事会仮決定)94条に従ったと推測する。我妻・経過27頁(来栖三郎発言)。

第B条 「扶養ハ扶養ヲ受クヘキ者カ自己ノ資産又ハ勞務ニ依リテ生活ヲ為スコト能ハサルトキ之ヲ為ス自己ノ資産ニ依リテ教育ヲ受クルコト能ハサルトキ亦同シ

扶養ノ程度又ハ方法ニ付当事者ノ協議調ハサルトキハ裁判所ハ扶養ヲ受クヘキ者ノ需要、扶養ヲ受クヘキ者ノ資力其他一切ノ事情ヲ斟酌シテ之ヲ定ム」

第C条 「扶養ヲ受クヘキ者数人アル場合又ハ扶養ヲ為スヘキ者ノ資力カ扶養ヲ受クヘキ者ノ全員ヲ扶養スルニ足ラサル場合ニ於テ当事者ノ協議調ハサルトキハ裁判所ハ扶養ノ順序程度又方法ヲ定ム」

第D条 省略

第E条 省略（我妻・経過219頁～225頁）

（え）前述のように、C班案の第五章 親権 五の項に「親権者」の語が昭和戦後期の民法改正過程の最初期に初出している。もっとも、既に大正要綱において「親権者」の語がみえる¹²。加えて、C班案は「親権を行う父又は母」

12 ただし、親権者という語は古く大正要綱にみえる。1919年（大正8年）の臨時法制審議会に対する諮問第1号「政府ハ民法ノ規定中我那古来ノ淳風美俗ニ副ハサルモノアリト認ム之カ改正ノ要綱如何」に関する「諮問第1号ニ関スル調査要目（其一）」第18の廢戸主ノ制を定めることは適切かの要目の文章中に「親権者」がある。すなわち、「親権者ニ関シテハ親権喪失ノ事アルモ（民法896条）……家制維持ノ必要ヨリ視テ一定ノ条件下ニ家庭審判所ノ裁断ニ拠リ……廢戸主ノ制ヲ定ムルヲ適切トセサルヤ」である。また、同第44の親権者に欠格に関する規定はないがそれでよいかという要目に「親権者」の語がある。なお、同第43には「親権ハ父母共同シテ之ヲ行ヘキモノトスルヲ可トセスヤ（民法877条）」とあり、共同親権の考えが提案されている（堀内・研究565頁、567頁、568頁参照）。1925年（大正14年）4月13日の家事審判所法調査事項（小委員会決議）第1の6「親権者が其ノ子ヲ懲戒場ニ入ルルニ付裁判所ノ許可」に親権者の語があり、同年6月11日第7回の家事審判所ニ関スル法律調査委員会決議（六）の6にも「親権者」がある（堀内・研究785頁、790頁）。同年6月18日第8回の家事審判所ニ関スル法律調査委員会決議（七）の10には「第三者が親権者ヲシテ財産管理ヲ為サシメサル意志（ママ）ヲ表示シタル管理者ノ選任」がある（堀内・研究790頁）。1927年（昭和2年）の家事審判所法案50条に「親権者」の語がある。堀内。研究799頁。1939年（昭和14年）6月14日の司法省民事局「民法改正案ニ依ル家事審判所所管事項調」にも親権者（882条）、親権者（897条1項）がある（堀内・研究923頁、957頁、959頁）。人事法案（仮称）親族編（昭和16年8月整理）第5章 親権には、親権者の語はなく、親権ヲ行フ父又ハ母（147条、148条、150条、151条、152条、156条、157条、158条、161条、163条、165条）、親権ヲ行フ母（153条、154条）、第6章 後見には、親権ヲ行フ者（166条、167条、174条）というように整理されている。ところが、第7章 親族会では親権者（199条）が用い

を「親権を行う者」と改めてもいる（我妻・経過28頁から32頁（長野潔発言参照））。

ところで、我妻は「戦後における民法改正の経過」の座談会で珍しく協議の解釈について論議している（経過31頁）。すなわち、民法改正要綱案のC班案（柳川昌勝・長野潔の条文案）の第5章 親権 第1節 総則 一の877条3項の「親権ハ父母共同シテ之ヲ行フ」の次に「(父母ハ協議シテ親権ヲ行フ者ヲ定ムルコトヲ得協議調ハサルトキハ裁判所之ヲ定ム)」と括弧書きの記載がある点について、我妻は「協議調わざるときは裁判所がこれを定むというのは、相手が承知しなくても、裁判所までもって行って自分一人を親権者とすることもできるという趣旨ですか。」と質問している。これに対して、長野は「共同してこれを行うといってもどうして行ったらいいかわからない。そこで、具体的にはこうしたらいいじゃないかという趣旨で書いたのです。」と答えている。我妻の質問は、昭和戦前期の家事審判法案及び人事法案の審議を踏まえて、協議の対象が親権の行使に関する協議か、あるいは親権者の指定に関する協議か、いずれについて協議調わざるか、という論点およびこれに対する判断基準をいかに考えるべきかという論点につなげる趣旨で答えを引き出したように思われる¹³。なお、柳川昌勝は、昭和戦前期の審議を熟知した上で起草していた者である。

（2）民法改正要綱案（起草委員第1次案。1946年（昭和21年）7月27日）

（あ）協議の語がある項目は、以下のとおりである（我妻・経過225頁以下）。

- a 第11「協議に依る離婚を為すには父母の同意を要せず、予め裁判所の承認を受くべきものとする。」
- b 第13「父母が離婚したるときは子の監護を為すべき者其の他監護に付必要なる事項は協議に依り之を定め、協議調はざるときは裁判所之を定

られている（堀内・研究957頁から961頁、963頁）。

13 我妻は、法律できめなくても「社会の実際がそれを決定する。りくつで何と言ったってしようがないだろう……ただ、実際問題として、父の意見を抑えるために、母が敢然として家庭裁判所に申請することを期待し得るかどうか、それは問題ですが……。」と発言する（我妻・経過167頁）。なお、沼正也「家族法における次善的性格」民商法雑誌44巻3号382頁、385頁（1961）参照。

むるものとする。

前項に依り子の監護を為す者は親権をも行ふものとする¹⁴。」

- c 第32「遺産の分割に付共同相続人間に協議調はざるときは其の分割を裁判所に請求し得るものとし、其の手續は非訟事件手続法に依るものとする。

前項の場合に於て裁判所は遺産の全部又は一部に付期間を定めて分割を禁ずることを得るものとする。」

(い) 以上のうち、民法改正要綱案（起草委員第1次案）第13第2項の「前項に依り子の監護を為す者は親権をも行ふものとする。」の規定について、来栖三郎は「B班原案は監護者のことだけふれ、親権者については何もいっていないので、親権者はどうするかという疑問が出た。その結果、親権者のことも離婚のところで規定することになり、」起草委員第1次案第13の2項では「監護者と親権者を一致させた」と指摘していた（我妻・経過36頁参照）。すなわち、協議により監護者が指定されるとその者が親権を行う、と定めたのである。ただその後における、協議による「指定」とその協議調わざるときの意味をめぐる論議は、家制度の廃止という巨大テーマの中で埋没し、子の利益よりも親（家）の考量が優先しがちな論議に傾き、必ずしも煮詰まったものにはならなかった。具体的には、氏、子の引取そして親権者の指定の関係を規律する条文構成の論議である。こうした経過を踏まえたうえの来栖三郎の上記指摘は、改めて初期段階で一度は「監護者と親権者を一致させた」意味を再確認した上で昭和民法（家族法）が協議の対象と定めた意味を検討すべき必要があると示唆している。

(3) 民法改正要綱案（起草委員第2次案。同年7月29日）

(あ) 協議の語がある項目は、以下のとおりである（我妻・経過227頁～230頁）。

14 起草委員第1次案の第13第1項の、協議調わない場合に裁判所が介入する旨を定めたことは、昭和戦前期の人事法案の論議と実務上の知見による影響をうかがわせる。その上で、第2項は子の利益を重んじた革新性を備えている。つまり、監護のあり方の良し悪しを含めて父母の協議により離婚に伴う親権者を定めること（指定）をもたらず規律だからである。

- a 第12「協議に依る離婚を為すには父母の同意を要せざるものとする
こと。」
- b 第13「詐欺又は強迫に依る協議離婚の取消に関する規定を設くる
こと。」
- c 第15「父母が離婚するときは子の監護を為すべき者其他監護に付必
要なる事項は協議に依り之を定め、協議調わざるときは裁判所之を定む
るものとする。」
- d 第19「父が認知を為す場合は子の監護を為すべき者其他監護に付必
要なる事項は父母の協議に依り之を定め協議調わざるときは裁判所之を
定むるものとする。」
- e 第25「協議に因る離縁に付第12及第13に準ずること。」
- f 第28「父母共に在るときは親権は其の共同行使を原則とし第三者の保
護に関しては別に適当なる規定を設くること。
父母が離婚するときは子に対し親権を行う者は父母の協議に依り之を
定め、協議調わざるときは裁判所之を定むるものとする。
父が認知を為す場合も前項に準ずること。」
- g 第37「遺産の分割に付共同相続人間に協議調はざるときは其の分割を
裁判所に請求し得るものとする。
前項の場合に於て裁判所は遺産の全部又は一部に付期間を定めて分割
を禁ずることを得るものとし、其の手續は非訟事件手続法に依るものと
すること。」

(い) 民法改正要綱案（起草委員第2次案）は、第1次案の第13第2項を整理し、第15（監護者の指定）と第28（親権を行う者の指定）の2つの項目に並列して規定した。この修正により、監護者の指定に親権を行うことが従属的に決まるように読める起草委員第1次案第13第2項の表現を改め、協議離婚の際に、父母の協議により親権者、監護者を決めることとした。離婚紛争において、離婚の協議では、子の監護者、子の親権者の指定問題が混然一体とした話合いの対象になるという実務的な運用イメージをそのまま第15および第28に並べて表現した素朴なものといえようか。もっとも、監護者の指定に関

する協議、親権者の指定に関する協議は、離婚することが決まっていることを前提とする筈である。しかし、そうだとすると、離婚するか否かという協議は監護者、親権者の指定に関する協議を含む協議をさすのか、あいまいである¹⁵。その点は、次に非訟事件的な手続の仕組みの立法過程で対処すべき課題に譲ろうとしていたのであろう。もっとも、この時点では、立案担当者は家事審判法の立法は未定であった模様である（村上朝一は、後記するが、同年9月7日に同法の立法をしようとしたと述べる）。

（４）民法改正要綱案（第２小委員会決議。同月３０日）

（あ）協議の語がある項目は、民法改正要綱案（起草委員第２次案）と同様である（我妻・経過230頁以下）。

（い）これらの項目における協議の語により想定される実際の運用は、当事者間の話合交渉や人事調停実務における実情に一致するものと思われ分かり易い。しかし、人事訴訟手続法、非訟事件手続法上の手続法的観点からみれば、なお未整理な点が少なくないといわざるを得ない。

３ 第２期：民法改正法第１次案、第２次案（沼津案）の登場、民法改正要綱案の整理、GHQとの折衝と協議

民法改正立法関係者（幹事）は、1946年（昭和21年）8月6日から21日、沼津に合宿して条文作成に当たった。8月6日に改正法律案の幹事案ができて、その後直ちに起草委員の民法改正法第1次案ができた（我妻・経過11頁）。

起草委員らは、同月14日からの司法法制審議会第2回総会への対応に追われた。この間、起草委員、幹事は、GHQと日本側との折衝による情報に接して、影響を受けた時期でもある¹⁶。

（１）同年８月１１日民法改正法第１次案

（あ）協議の語がある条文案は、以下のとおりである（我妻・経過299頁以

15 実体法上協議をする適格者としての父母の法的地位を考えると、離婚後の非親権者である父または母は潜在的な親権者（一步進めると共同親権を行使しうる者）という法的立場にあるのか、という論点につながる余地がある。柳川昌勝「潜在親権者」戸籍10号10頁、11頁（1950）参照。

16 和田『家制度の廃止』173頁。

下、唄・条文変遷表を参考とした。この案そのものは未見である）。ただし、協議の語がある明治民法の条文で存続させたものは、便宜上、黒点を付し明治民法○条と記載し、協議の語を含む条文で削除された条文は改正案として記載する。

- a 787条ノ2「第812条乃至第812条ノ4ノ規定ハ婚姻ノ取消ニ付キ之ヲ準用ス」
- b 789条「前条ノ規定ニ依リ夫又ハ妻ノ氏ヲ称スル者ニ未成年ノ子アルトキハ当事者ノ協議ヲ以テ其子ヲシテ其氏ヲ称セシムルコトヲ得、但子カ満15年以上ナルトキハ其同意ヲ得ルコトヲ要ス」（唄・条文変遷表）
・明治民法808条「夫婦ハ其協議ヲ以テ離婚ヲ為スコトヲ得」
- c 809条 削除
- d 810条 774条、775条「及び785条」と改める（協議離婚の準用規定）。
- e 812条1項「明治民法812条1項には協議離婚した者が「其協議ヲ以テ子ノ監護ヲ為スヘキ者ヲ定メサリシトキハ其監護父ニ属ス¹⁷⁾」とあった（筆者注）、2項を次のやうに改める。
「①父母カ協議上ノ離婚ヲ為ストキハ子ノ監護ヲ為スヘキ者其他監護ニ付キ必要ナル事項ハ其協議ヲ以テ之ヲ定メ協議調ハサルトキハ裁判所之ヲ定ム
②子ノ利益ノ為メ必要アリト認ムルトキハ裁判所ハ前項ノ規定ニ依リ定マリタル子ノ監護ヲ為スヘキ者ヲ変更シ其他監護ニ付キ相当ノ処分ヲ命スルコトヲ得」（唄・条文変遷表）

17 明治民法812条は「①協議上ノ離婚ヲ為シタル者カ其協議ヲ以テ子ノ監護ヲ為スヘキ者ヲ定メサリシトキハ其監護父ニ属ス ②父カ離婚ニ因リテ婚家ヲ去リタル場合ニ於テハ子ノ監護ハ母ニ属ス ③前二項ノ規定ハ監護ノ範圍外ニ於テ父母ノ権利義務ニ変更ヲ生スルコトナシ」である。昭和民法766条は「①父母が協議上ノ離婚をするときは、子の監護をすべき者その他監護について必要な事項は、その協議で定める。協議が調わないときは、家庭裁判所が、これを定める。②子の利益のため必要があると認めるときは、家庭裁判所は、子の監護をすべき者を変更し、その他監護について相当な処分を命ずることができる。③前二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。」である。両条文を読むと「協議」が重要な位置を占める条文である。現在に至るも、766条の法解釈が難しい最大の理由は協議の解釈とこれに関連する家事審判法・家事事件手続法の検討不足にある。

f 812条ノ2「婚姻ニ因リテ氏ノ変更アリタル妻又ハ夫ハ離婚ニ因リテ婚姻前ノ氏ニ復ス

前項ノ場合ニ於テハ当事者ノ協議ヲ以テ其未成年ノ子ヲシテ妻又ハ夫ノ婚姻前ノ氏ヲ称セシムルコトヲ得、但子カ満15年以上ナルトキハ其ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

前項ノ協議調ハサルトキハ裁判所ノ許可ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得789条ノ規定ニ依リ氏ノ変更アリタル者ハ父又ハ母ノ離婚ニ因リテ其婚姻前ノ氏ニ復ス、但其者カ満15年以上ナル場合ニ於テ反対ノ意思ヲ表示シタルトキハ此限ニ在ラス」（唄・条文変遷表）

g 836条ノ2第2項「嫡出ニ非サル子ハ母ノ氏ヲ称ス

父カ認知ヲ為シタルトキハ前項ノ規定ニ拘ハラズ父母ノ協議ヲ以テ父ノ氏ヲ称セシムルコトヲ得、但子カ満15年以上ナルトキハ其ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」（唄・条文変遷表）

・明治民法862条1項「縁組ノ当事者ハ其協議ヲ以テ離縁ヲ為スコトヲ得養子カ満15年未滿ナルトキハ其離縁ハ養親ト養子ニ代ハリテ縁組ノ承諾ヲ為ス権利ヲ有スル者トノ協議ヲ以テ之ヲ為ス」

h 863条 削除

i 864条 774条、755条と「785条及ヒ859条但書」と改める（協議離縁の準用規定）

j 1011条「共同相続人ハ第1011ノ2ノ規定ニ依リ被相続人カ遺言ニ反対ノ意思ヲ表示シタル場合ヲ除クノ外何時ニテモ其協議ヲ以テ遺産ノ分割ヲ為スコトヲ得

前項ノ場合ニ於テ協議調ハサルトキハ共同相続人ハ其分割ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得協議ヲ為スコト能ハサルトキ亦同シ

裁判所ハ特別ノ事由アルトキハ期間ヲ定メテ遺産ノ全部又ハ一部ニ付キ分割ヲ禁スルコトヲ得」

（い）民法改正法第1次案は、協議離婚、協議離縁の制度を維持した。当初、B班案（堀内信之助、来栖三郎）には、協議離婚の廃止あるいは裁判所の許可という問題提起があった。しかし、家事審判所による協議離婚の「確認」

案は人事法案にはないなど昭和戦前期の立法審議の際も採用されていないこと、制度改革に伴う財政負担などから不採用となった（我妻・経過195頁）¹⁸。この第1次案は幹事による条文作成であり、それゆえかもしれないが、「戦後における民法改正の経過」座談会では、協議の語が条文の要所に登場したわりには、起草委員・幹事による発言が少ない。

司法法制審議会2回総会（8月14日から16日）は、坂野千里主査の説明などがあり、起草委員だけで対応した（我妻・経過50頁、53頁、63頁）。

（2）同月15日民法改正要綱案（司法法制審議会第二回総会決議）

（あ）協議の語がある項は、協議離婚に関する第13、第14、父が認知の場合監護者等につき父母の協議に依る……と定める第20、協議に因る離縁に関する第26、親権の共同行使を原則とすることなど、父母が離婚するときは子に対し親権を行う者は父母の協議に依り之を定め、協議調わざるときは裁判所之を定めるものとする。父が認知を為す場合も前項に準ずること。と定める第29、遺産分割の協議に関する第37の他に、以下の第16の項がある。（我妻・経過233頁以下）

第16（第15）「父母が離婚するときは子の氏及子の監護を為すべき者其他監護に付必要なる事項は協議に依り之を定め、協議調わざるときは裁判所之を定むるものとする。」（堀内・研究1038頁は「民法改正要綱試案」として掲げる。）

（い）父母が離婚するとき、「子の氏及子の監護を為すべき者其他監護に付必要なる事項は協議に依り之を定め、協議調わざるときは裁判所之を定むるものとする。」の規定が初めてあらわれた。同月15日民法改正要綱案の第1、第2の書き改めは、同日、会議終了後に我妻ら起草委員が行ったものである（幹事集団と打合せはない）。第1「民法の戸主及家族に関する

18 我妻は、追出し離婚を防ぐため、次の民法改正のときには協議離婚の確認制度は検討事項になると整理したが、現在に至るも実現していない（我妻・経過197頁）。中川善之助「民法改正二十年 回想録拾遺集・7」法学セミナー152号（1968）41頁は、嫌々協議離婚届に署名押印する妻のためにいくつもの手当てをすべき旨指摘した。なお、中川は、同頁で北欧諸国の協議別居（2、3年の別居の継続が離婚に転換する制度）は日本の協議離婚ではないという。

規定を削除し親族共同生活を現実に即して規律すること。」の後の括弧書きのなかに「第16」など参照（我妻・経過233頁）とあることにかんがみれば、改訂の一環として「子の氏」も協議により決め、正確には「氏と監護者の指定」がセットになって父母の協議により決めることとし、協議調わざるときは裁判所がこれを定めるという条項案が作られた模様である。

（3）同月19日民法改正要綱案（臨時法制調査会総会原案）

（あ）協議の語がある項は、同月15日民法改正要綱案（司法法制審議会第二回総会決議）と同じ第13、第14、第16（下記の通り）、第20、第26、第29、第37である。（我妻・経過234頁以下）

第16「父母が離婚するときは子の氏及子の監護を為すべき者其の他監護に付必要なる事項は協議に依り之を定め、協議調わざるときは裁判所之を定めるものとする。」

（い）GHQのオプラーが日本側の民法改正の要綱案・改正法第2次案について「家」を「氏」に置き換えたようなものであるとして「前の門から出て行った狼が後の扉から入ってきた」旨を述べた出来事があった¹⁹。この批判は、その後の立法作業に重要な影響を与えたとみられる。このオプラーの批判は子の氏と離婚後の氏の連動する点を批判したものであり、監護者の指定を父母の協議で決めることを批判したのではない。

（4）同月20日民法改正法第2次案（起草委員第2次案、沼津案）

（あ）この案は「民法の一部を次のやうに改正する。」とあるので、協議離婚を定める808条、協議離縁を定める862条1項、2項を掲げていない。協議の語がある条文案などは、以下のとおりである。我妻・経過316頁以下）

a 787条ノ2「812条乃至812条ノ4ノ規定ハ婚姻ノ取消モ付キ之ヲ準用ス」

b 788条「夫婦ハ共ニ夫ノ氏ヲ称ス但当事者カ婚姻ト同時ニ反対ノ意思ヲ表示シタルトキハ妻ノ氏ヲ称ス」

2項「前項ノ規定ニ依リ氏ヲ改メタル妻又ハ夫ニ子アルトキハ配偶者ト

19 我妻・経過122頁、123頁、152頁、153頁、163頁（小沢文雄発言）、168頁、201頁。唄・選集1巻53頁、和田『家制度の廃止』165頁、170頁（8月16日から20日）。許末恵『親権と監護』（日本評論社、2016）136頁。

協議ヲ以テ其子ヲシテ自己ト同一ノ氏ヲ称セシムルコトヲ得但子カ満15年以上ナルトキハ其ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」(唄・条文変遷表は「配偶者トノ」とある)

・798条「夫婦ハ其資産、収入其他一切ノ事情ヲ斟酌シテ婚姻ヨリ生スル費用ヲ分担スル」(協議の語はなく、昭和民法760条も協議の語はない)

c 812条「父母カ協議上ノ離婚ヲ為ストキハ子ノ監護ヲ為スヘキ者其他監護ニ付キ必要ナル事項ハ其協議ヲ以テ定メ協議調ハサルトキハ裁判所之ヲ定ム

子ノ利益ノ為メ必要アリト認ムルトキハ裁判所ハ前項ノ規定ニ依リ定マリタル子ノ監護ヲ為スヘキ者ヲ変更シ其他監護ニ付キ相当ノ処分ヲ命スルコトヲ得」

d 812条ノ2「婚姻ニ因リテ氏ヲ改メタル妻又ハ夫ハ離婚ニ因リ婚姻前ノ氏ニ復ス

前項ノ場合ニ於テ当事者ノ協議ヲ以テ其子ヲシテ自己ト同一ノ氏ヲ称セシムルコトヲ得但子カ満15年以上ナルトキハ其ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス前項ノ協議調ハサルトキハ裁判所ノ許可ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得協議ヲ為スコト能ハサルトキ亦同シ

前2項ノ規定ハ第2項ノ規定ニ依リ氏ヲ改メタル子ヲシテ従前ノ氏ニ復セシムル場合ニ之ヲ準用ス」(唄・条文変遷表)

e 812条ノ3「788条2項ノ規定ニ依リ氏ヲ改メタル者ハ父又ハ母ノ離婚ニ因リテ其婚姻前ノ氏ニ復ス但其者満15年以上ナル場合ニ於テ反対ノ意思ヲ表示シタルトキハ此限ニ在ラス」(唄・条文変遷表)

f 812条ノ4「協議上ノ離婚ヲ為シタ者ノ一方ハ相手方ニ対シ相当ノ生計ヲ維持スルニ足ルヘキ財産ノ分与ヲ請求スルコトヲ得

前項ノ規定ニ依ル財産ノ分与ニ付テハ裁判所ハ当事者双方ノ資力其他一切ノ事情ヲ斟酌シテ分与ヲ為サシムルヘキ否ヤ並ニ分与ノ額及ヒ方法ヲ定ム」

g 836条ノ2第2項「嫡出ニ非サル子ハ母ノ氏ヲ称ス

父カ認知ヲ為シタルトキハ前項ノ規定ニ拘ハラズ父ハ母トノ協議ヲ以テ

父ノ氏ヲ称セシムルコトヲ得但子カ満15年以上ナルトキハ其ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」

h 864条 774条、755条と「785条及ヒ859条但書」と改める（協議離縁の準用規定）

i 1011条「共同相続人ハ第1011ノ2ノ規定ニ依リ被相続人カ遺言ニ反対ノ意思ヲ表示シタル場合ヲ除クノ外何時ニテモ其協議ヲ以テ遺産ノ分割ヲ為スコトヲ得

前項の場合ニ於テ協議調ハサルトキハ共同相続人ハ其分割ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得協議ヲ為スコト能ハサルトキ亦同シ

裁判所ハ特別ノ事由アルトキハ期間ヲ定メテ遺産ノ全部又ハ一部ニ付キ分割ヲ禁スルコトヲ得」

j 付則30条（省略）

（い）第2期の特徴は、協議の語を含む、788条、812条、812条の2、836条の2、の各条文案が増えたことである。氏の決め方について詳細な規定が設けられ、第4期まで存続したが、修正を繰り返した。結局、協議を含む条文として昭和民法に正文として生き残ったものは上記のうちでは812条（昭和民法766条に至る）だけである。協議離縁、1011条（遺産分割）などの他は協議の語を除かれたのである。この段階における「協議」の法的意義の詳細は不明であるが、次第に深まったことは間違いがなからう。

GHQのオプラーの「家」を「氏」に変えたという批判は一面を鋭くついたので、次の第3期における法案の変更を促し、さらには、第4期の大転回をもたらした。司法省は、大正民法改正作業の例に倣い、家事審判法立法を並行して本格的に進めること、戸籍法の改正も法制審議会にかけて進めること、これらと総合したかたちで民法改正法立法を進めることになったのである。家事審判法の立法方針の詳細については、第3期以降において述べる。

戸籍法の改正方針は、1946年（昭和21年）7月27日の民法改正要綱案（起草委員第1次案）を策定する前に決まっていた大体論、すなわち、夫婦と、その間の氏を同じくする未婚の子とを単位とする戸籍を編成するという方針に沿って戸籍法改正要綱を作ることにした（我妻・経過69頁）。民法改正は、

家事審判法の立法および戸籍法の改正と三位一体の作業であるが、本稿では戸籍法の改正論にふれる余裕はないので、便宜ここで、戸籍法改正過程に簡単に触れておきたい。

戸籍法改正要綱案（起草委員会）同年9月5日（我妻・経過238頁、239頁）、戸籍法改正要綱案 同年9月7日（我妻文書²⁰）、戸籍法改正要綱（司法法制審議会第三回総会決議。昭和21年9月11日）を策定し、これに基づき同年9月12日から17日までの間、熱海において、村上朝一、堀内信之助、長野潔の3人の幹事が、戸籍法改正幹事案を作成した（我妻・経過74頁、205頁）、同月18日以降、青木義人が戸籍法の条文作りの作業を始めた。同年10月24日戸籍法改正要綱は確定した。

4 第3期：民法改正要綱、民法改正法第3次案（山中案）、家事審判法要綱案と協議（同年9月5日～10月23日）

（1）民法改正要綱追加原案（起草委員会）

この追加原案は、同年9月5日に起草委員会で作成された、国家賠償に関する項を要綱に追加したものである。起草委員らは、同月7日に要綱追加案を作成するときに家事審判制度を作ろうと腹を決めた²¹（我妻・経過69頁（村上朝一、我妻榮発言）、堀内・研究1041頁）。村上は、昭和戦前期の家事審判制度調査委員会があったので、それを利用して、同年10月21日に改組第1回（昭

20 和田『家制度の廃止』234頁、243頁、274頁。

21 我妻は、国家賠償の項の追加より家審法立法の決断したことを「そう。その方が非常に重要な問題だ。」（経過69頁）という。我妻、村上が「腹を決めた」という表現で重要視した理由は必ずしも明らかではない。筆者は、GHQのオペラーの批判を受けて、氏と家の問題を民法改正法第2次案より更に精緻な立法をしなければならないという思いから、それには家審法構想が最適であるという共通の思いに至ったと考える。なぜなら、昭和戦前期における家審法立法審議は、穂積八束の説いた国体憲法論の亜流である、国体憲法論（国家法人説を否定した）からの攻撃を慎重に避けながら立憲主義を基礎とする近代法体系を守ろうとして、廃戸主制度を先頭とした「家」制度改革のための実体法と手続法の総合法という大胆な立法作業にまい進した日々を想起したからであろう。敗戦直後の困難な立法作業であればこそ、社会実態に適切に対応し得る立法をしなければならないという見地から、家審法の基本に脈打つ当事者間の合意を基礎とする法制が、昭和戦前期とは異なる文脈と効用においてではあるが、不可欠であると判断したからであろう。

和戦前期が第1回なので第2回になる）を開くことにした。なお、村上は、同年6月の終りか7月の始め頃に立てた民法改正作業には、家事審判法の立法は入っていなかったので「予定外にやることになった」という（我妻・経過99頁）。

（2）民法改正要綱（司法法制審議会第3回総会決議。同年9月11日）

この最終要綱で「第42 親族相続に関する事件を適切に処理せしむる為速に家事審判制度を設くること。」が初出した（我妻・経過243頁）。これを受けて、同月12日から17日までの間、熱海において、村上朝一、堀内信之助、長野潔の3人で家事審判法要綱案を作成し、同時に前に触れた戸籍法改正幹事案を作成した²²。村上が統括し、堀内が家事審判法要綱案を、青木が戸籍法改正幹事案を主に担当したと推測されるが、3人の合議で行った模様である。

9月11日の司法法制審議会3回総会で決議された民法改正要綱に、協議の語を含む項は、第13、第14、第16（離婚時、子の氏及び子の監護を為すべき者其の他監護に付必要な事項）、第20（父認知の場合、子の監護を為すべき者其の他監護に付必要な事項）、第26（協議離婚）、第29（親権の共同行使の原則、父母が離婚するときの親権を行う者の定め、父の認知の場合）、第37（遺産分割の協議）である。なお、財産分与を定めた第17は、財産分与を協議の対象としていない（我妻・経過240頁以下）。さらに、離婚による復氏の際の祭祀にかかる権利の承継（後記民法改正法第6次案812条ノ5、昭和民法769条）についても協議の対象とはしていない。

（3）家事審判法要綱案（幹事案）など

村上は、堀内信之助、長野潔と共に9月12日から17日まで熱海で家事審判法要綱案（幹事案）を作った。同案は、1927年（昭和2年）の家事審判法案（小委員会決議。堀内・研究795頁）を前提にした構想である。以下「家事審判法」を「家審法」と略称することもある。

家審法要綱案（幹事案）は、調停前置の思想（第19）を明定する。しかし、第14の審判事項について全部で42項目の多くを掲げるが、甲類、乙類の区別は

22 和田『家制度の廃止』242頁。

ない。同項の3（789条2項、812条の2第3項の規定による、子の氏の変更についての許可²³、同項の4（798条の婚姻より生ずる費用の分担に関する処分）、同項の5（812条1項2項の規定による、婚姻の取消もしくは離婚又は子の認知の場合における子の監護者の指定その他監護に関する処分）などの定めにも照らしてみると、民法改正法第2次案（沼津案）を前提として作られたことが分かる。

同年9月23日から30日、山中で民法改正法第3次案（山中案。印刷日付は10月18日、我妻・経過97頁（村上発言）、109頁、329頁）を作成すると共に、家審法案の「条文をつくった」（村上発言）のである。

家審法要綱案（10月案）は、調停前置の思想（第18、第19は進化する）を明定している（堀内・研究316頁、1049頁は作成時期を10月21日から28日とする）。しかし、第13の審判事項については全部で11項目あるが、なお甲類、乙類の区別はない。審判事項数が激減しただけでなく、項の文言はきわめて簡潔包括的な定め方である。注目されるものは次のとおりである（堀内・研究1050頁）。

第13の2「婚姻の取消又は離婚の場合における、子の引取に関する事項」（幹事案では子の氏の変更の許可であった）

第13の3「婚姻の取消若しくは離婚又は子の認知における、子の監護者の指定その他監護に関する事項」

第13の4「婚姻の取消又は離婚の場合における、財産の分与その他婚姻に関する事項」

第13の8「相続人の廃除、その取消及び遺産の分割に関する事項」

以上の審判事項の定め方を見ると、起草委員、幹事が審判事項の分類について論議が深まると同時に、家事審判の手續をどのように構築・整理するかについてなお揺れているようである。また、要綱案（10月案）第22において、家審法におけるいわゆる23条審判の制度が長野潔により策定されたといわれている（堀内・研究323頁注（7）参照）。

23 堀内・研究1045頁、許・『親権と監護』128頁。

（4）同年10月18日付民法改正法第3次案（山中案）

10月18日付の民法改正法第3次案（山中案）は、民法改正過程で重要な位置を占める（我妻・経過97頁）。

（あ）民法改正法第3次案（山中案）のうち、協議の語がある条文案（これと密接な一部条文（黒い点で表示）を含むが、削除、準用にかかる条文は省く）は、以下のとおりである（我妻・経過329頁以下）。

a 788条「夫婦ハ共ニ夫ノ氏ヲ称ス但当事者カ婚姻ト同時ニ反対ノ意思ヲ表示シタルトキハ妻ノ氏ヲ称ス

前項ノ規定ニ依リ氏ヲ改メタル妻又ハ夫ニ未成年ノ子アルトキハ配偶者トノ協議ヲ以テ其子ヲ引取りテ自己ト同一ノ氏ヲ称セシムルコトヲ得」

・789条2項「前項ノ場合ニ於テ夫婦ニ未成年ノ子アルトキハ生存配偶者ハ裁判所ノ許可ヲ得テ其子ヲ引取りテ自己ト同一ノ氏ヲ称セシムルコトヲ得」

・798条「夫婦ハ其資産収入其他一切ノ事情ヲ斟酌シテ婚姻ヨリ生スル費用ヲ分担ス」

b 812条「父母カ協議上ノ離婚ヲ為ストキハ子ノ監護ヲ為スヘキ者其他監護ニ付キ必要ナル事項ハ其協議ヲ以テ定メ協議調ハサルトキハ裁判所之ヲ定ム

子ノ利益ノ為メ必要アリト認ムルトキハ裁判所ハ前項ノ規定ニ依リ定マリタル子ノ監護ヲ為スヘキ者ヲ変更シ其他監護ニ付キ相当ノ処分ヲ命スルコトヲ得」

c 812条ノ2「婚姻ニ因リテ氏ヲ改メタル妻又ハ夫ハ離婚ニ因リテ婚姻前ノ氏ニ復ス

前項ノ場合ニ於テハ妻又ハ夫ハ当事者ノ協議ヲ以テ其未成年ノ子ヲ引取りテ自己ト同一ノ氏ヲ称セシムルコトヲ得

前項ノ協議調ハサルトキハ裁判所ノ許可ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得協議ヲ為スコト能ハサルトキ亦同シ」

d 812条ノ4「協議上ノ離婚ヲ為シタ者ノ一方ハ相手方ニ対シ相当ノ財産ノ分与ヲ請求スルコトヲ得但離婚ノ時ヨリ3年ヲ経過シタル後ハ此限ニ

在ラス」(協議の語はなく、第5次案で協議の語が初出する)

- e 836条ノ2「嫡出ノ子ハ父ノ氏ヲ称ス但父ノミカ子ノ出生前ニ離婚又ハ
離縁ニ因リテ従前ノ氏ニ復シタルトキハ其子ハ母ノ氏ヲ称ス
嫡出ニ非サル子ハ母ノ氏ヲ称ス

父カ認知ヲ為シタルトキハ父ハ母トノ協議ヲ以テ未成年ノ子ヲ引取り前
項ノ規定ニ拘ハラス自己ノ氏ヲ称セシムルコトヲ得」

- f 836条ノ3「父又ハ母カ第787条第2項、第789条第2項、第3項、第812条
ノ2第2項、第3項、第812条ノ3、第861条第2項、第875条第2項又ハ前条
第3項ノ規定ニ依リテ氏ヲ改メタルトキハ子ハ父又ハ母ニ随ヒテ其氏ヲ
称ス」

- ・878条「父母カ離婚シタルトキハ親権ハ父之ヲ行フ但第788条第1項但書
ノ場合ナルトキハ母之ヲ行フ

父又ハ母カ第812条ノ2第2項ノ規定ニ依リテ子ヲ引取りタルトキハ親権
ハ前項ノ規定ニ拘ハラス其父又ハ母之ヲ行フ

父又ハ母カ婚姻ニ因リテ氏ヲ改メタルトキハ子ニ対スル親権ヲ失フ但第
788条第2項ノ規定ニ依リテ子ヲ引取りタルトキハ此限ニ在ラス」

- g 956条「扶養ノ義務ヲ負フ者数人アル場合ニ於テ扶養ヲ為スヘキ者ノ
順序ニ付キ当事者間ニ協議調ハサルトキハ裁判所之ヲ定ム扶養ヲ受クル
権利ヲ有スル者数人アル場合ニ於テ扶養義務者ノ資力カ其全員ヲ扶養ス
ルニ足ラサルトキ扶養ヲ受クヘキ者ノ順序ニ付キ亦同シ」

- h 957条「扶養ノ程度又ハ方法ニ付キ当事者間ニ協議調ハサルトキハ扶
養権利者ノ需要、扶養義務者ノ資力其他一切ノ事情ヲ斟酌シテ裁判所之
ヲ定ム」

- i 1011条「共同相続人ハ第1011条ノ2ノ規定ニ依リ被相続人カ遺言ヲ以
テ禁シタル場合ヲ除クノ外何時ニテモ其協議ヲ以テ遺産ノ分割ヲ為スコ
トヲ得

遺産ノ分割ニ付キ共同相続人間ニ協議調ハサルトキハ各共同相続人、其
分割ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得協議ヲ為スコト能ハサルトキ亦同シ
裁判所ハ特別ノ事由アルトキハ期間ヲ定メテ遺産ノ全部又ハ一部ニ付キ

分割ヲ禁スルコトヲ得」

j 付則27条（省略）

（い）民法改正法第3次案（山中案）ではじめて離婚と氏と親権者に関して「協議ヲ以テ其未成年ノ子ヲ引取リテ」という条項が枢要な位置に定められた（我妻・経過102頁（中川善之助発言）。なお、同書152頁～158頁も参照）。この点は、家審法要綱案（10月案）第13の2でも明記された。

協議の語を定める意味は、この段階ではあいまいで未整理である。元来、協議の概念は、当事者間の平等な相談交渉を煮詰めることにより問題を個別事案に即して解決しようとする協議の上方式をあらわすものである。同法第3次案が子の引取を介して氏の決定に導き、同一の氏になることが親権者の指定につなげていく点は相当ではない²⁴。なぜなら、こうした規律は、およそ「家」を表象する「氏」を中心に置く規律であるからである。しかし、「氏」と離れて、純粹に子の引取を中心に話合いが深まれば、適切な監護者であることが正当な親権者になることを導くことになる。したがって、話合いが家制度を擁護するためにのみ奉仕するとは限らない。ところで、「協議」は、当事者間の合意に委ねるということを意味し、これをてことして、協議調わない場合には裁判所が介入する（仮に裁判所が保守的な判断をとる）としても、当事者間の協議が調う場合には革新的な解決に至るケースも出てくる。そこで、協議の上方式による法的統制のあり方は時として柔軟に過ぎて微妙なものになりうる。起草委員・幹事は、議論を重ねるうちに、次第に協議の語の定め方の社会的影響が短期と中長期ではかなり社会的影響は異なってくるであろうことに敏感になっていたように思われる²⁵。

24 許『親権と監護』128頁。同書131頁は民法の枠組みが手続法に反映された模様をいうが、本稿は検討に当たり、そうした理論的前提をとらない。

25 村上朝一は協議の意義の中長期的な意味を理解した上で法的統制を重んじる立場にあった。我妻は、当然、協議の意義の中長期的な意味を理解していた。そして、社会実態に委ねるとは個性的な家族のあり方を認め、多様性を許容したが、家族の社会性・共同体性をも配慮する立場にあった。

5 第4期：民法改正法第4次案～第6次案、家審法起草原案、家審法第1次案～第3次案と協議（同年11月3日～翌年3月1日）

1946年（昭和21年）11月3日に日本国憲法が公布された。新憲法を前提として、第4期の前半は主に家審法起草原案などの立法作業が進み、後半は、引き続き家審法第1次案と民法改正法第4次案（11月末前後）、家審法第2次案と民法改正法第5次案（1947年（昭和22年）1月）、家審法第3次案と民法改正法第6次案（同年2月末前後）と並行して作業が進んだ。これにより起草委員らの一応の整理が終わったのである。

民法典における協議の意義を考察する観点からみると、第4期の最大の特徴は、調停前置の制度を確立すると共に、家事審判事項を甲類事項と乙類事項に区分することにより家審法の骨組みを、昭和戦前期の構想から離れて新しく完成させたことである（家庭裁判所に関する戦後第1次改革²⁶）。そこで、民法上の規定を策定するに当たり、現実の運用を委ねる手続法の骨格ができたので、民法上の規律の一部を家審法の規定に委ねることも可能になった。これにより、民法（家族法）の条文構成を見渡せる一応の民法改正草案を完成させた。GHQとの質疑応答における一部の予想論点を民法審議の外に移すことができる防御線を敷いたともいえるのである。

（1）同年11月6日家審法起草原案、同日家審法要綱案の修正案、同月8日家審法要綱案の修正、同月28日家審法要綱案、12月19日家審法要綱

11月6日家審法起草原案は全152条の法案である²⁷が、家事審判事項全42項を甲類事項と乙類事項に区分していない（堀内・研究1062頁以下）。起草原案の29条には、3号「子の氏の変更についての許可」のほかに42号「戸籍法その他の法令により、特に家事審判所の権限に属せしめた事項」がある。な

26 拙稿「『協議』と手続保障」拙編著『東アジア家族法における当事者間の合意を考える－歴史的背景から子の最善の利益をめざす家事調停まで』（勁草書房、2017）75頁。

27 家審法起草原案と仮決定案の関係は、仮決定案（一）21・11・13、同案（二）21・11・15、同案（三）21・11・20がある。次に、昭和21年12月26日の家審法第1次案（堀内・研究1086頁）の後に、仮決定案（四）21・11・29、同案（五）21・12・4、同案（六）21・12・6、同案（七）21・12・8、仮決定案の修正案（一）、同案の修正案（二）21・11・4（1081頁、1125頁）、同案の修正案（三）（四）（1125頁、1256頁）がある。（堀内・研究392頁、1062頁から1126頁）

お、起草原案の修正案（一）には（甲）1～5号と（乙）1～7号とに区分され、同案の修正案（二）の第56には夫婦共有財産の分割の協議に関する条文案があることが注目される（同書1080頁、1081頁）。

11月6日家審法要綱案の修正案の第13第1項に（甲）1～6号と（乙）7号～11号の区分があらわれ、同月8日の同要綱案の修正の第13第1項に（甲）1～7号と（乙）8～12号（13号は「12号」の誤記と解する）の区分があらわれた。以下に記するように（乙）に属する各号は同文であり、その第15、第18も同文である（堀内・研究1052頁～1054頁）。

乙7（8）号「婚姻の取消又は離婚の場合における、子の引取に関する事項」
同8（9）号「婚姻の取消若しくは離婚又は子の認知の場合における、子の監護者の指定その他監護に関する事項」

同9（10）号「婚姻の取消又は離婚の場合における財産分与その他、婚姻に関する事項」

同10（11）号「扶養に関する事項」

同11（12）号「相続人の廃除、その取消及び遺産の分割に関する事項」

さらに、11月28日家審法要綱案の第13第1項には（甲）1～7号と（乙）8～12号の区分があり、その乙8号のみが「子の引取」を「子の引渡」と改められたほかは総て同文である（堀内・研究1056頁）。

12月19日家審法要綱もまた第13第1項には（甲）1～7号と（乙）8～12号の区分があり、乙8号は「子の引渡に関する事項」である（堀内・研究325頁、1058頁。なお、同書385頁注（29）参照）。

上記の家審法要綱に至る審議は、家事審判調査委員会が2回（改組1回）10月21日、3回同月28日²⁸、4回11月8日、5回同月18日、6回同月28日で審議を終えた。

28 家審法起草委員は、奥野健一、堀内信之助、我妻榮、中川善之助、毛受信雄、起草幹事は村上朝一、長野潔、吉岡進、川島武宜、来栖三郎である（堀内、研究324頁から386頁）。実質的な審議は第4回からであり、堀内幹事の説明があり、要綱案の第12までの審議を終えた。安藤覚『家事審判法の実務的研究』司法研究報告書4輯6号（1952）10頁以下（家事審判制度調査委員会議事要録）参照。-

（2）1946年（昭和21年）12月2日民法改正法第4次案、同月26日家審法第1次案、1947年（昭和22年）1月4日民法改正法第5次案、同月25日家審法第2次案、2月24日家審法第3次案

（あ）12月2日民法改正法第4次案は、山中案の問題点を修正し、家審法要綱案の審議を踏まえて「裁判所」を「家事審判所」と改め（我妻・経過299頁）、1月4日同法第5次案は、民法改正法第4次案に法制局の意見を取り入れたもので同法第3次案（山中案）を微調整したものであり、この英訳をGHQに提出したとされる（我妻・経過113頁、301頁）。

民法改正法第4次案では、協議の語がある新設条文などは、以下のとおりである。

812条ノ5「婚姻ニ因リ氏ヲ改メタル妻又ハ夫カ第1001条ノ2ニ掲ケタル権利ヲ承継シタル後離婚シタルトキハ其権利ハ当事者ノ協議ニ従ヒ祖先ノ祭祀ヲ主宰スヘキ者之ヲ承継ス

前項ノ協議調ハサルトキ又ハ協議ヲ為スコト能ハサルトキハ前項ノ権利ヲ承継スヘキ者ハ家事審判所之ヲ定ム」（787ノ2、819、859、876ニ於テ準用）（堀内・研究1083頁、我妻・経過304頁。昭和民法769条に至る）

1001条ノ2「系譜、祭具及ヒ墳墓ノ所有権ハ前条ノ規定ニ拘ハラズ慣習ニ従ヒ祖先ノ祭祀ヲ主宰スヘキ者之ヲ承継ス但被相続人ノ指定アルトキハ之ニ従フ

前項ノ慣習分明ナラサルトキハ前項ノ権利ヲ承継スヘキ者ハ家事審判所之ヲ定ム」（堀内・研究1083頁。なお、我妻・経過314頁、325頁、338頁、唄・条文変遷表）

（い）1947年（昭和22年）1月4日民法改正法第5次案では、協議の語のある条文としては離婚による財産分与の規定が下記のように修正されて設けられた。

812条ノ4「協議上ノ離婚ヲ為シタル者ノ一方ハ相手方ニ対シ相当ノ財産ノ分与ヲ請求スルコトヲ得

前項ノ規定ニ依ル財産ノ分与ニ付キ当事者間ニ協議調ハサルトキハ当事者ハ家事審判所ニ対シ協議ニ代ハル処分ヲ請求スルコトヲ得但離婚ノ時ヨリ3年ヲ経過シタルトキハ此限ニ在ラス

前項ノ場合ニ於テ家事審判所ハ当事者双方ノ資力其他一切ノ事情ヲ斟酌シテ分与ヲ為サシムヘキヤ否ヤ並ニ分与ノ額及ヒ方法ヲ定ム²⁹」

（財産分与について「協議」が初出した他、「協議ニ代ハル処分」の「請求」との文言があらわれた）

（う）1月25日家審法第2次案（全165条）、2月24日同法第3次案（全166条）³⁰は、前年12月26日家審法第1次案（全174条）が起草原案、仮決定案を土台として追加修正案を整理したものとみられるのとは比べて、法案としては、かなり整備されたものである。まず、家審法第1次案22条1項は審判事項の（甲）に全39号を、（乙）に全10号を区分けし、同法第2次案22条1項は（甲）に全38号を、（乙）に全11号を区分けした。同案の審議の際に、（甲）（乙）を「甲類」と「乙類」という用語にそれぞれ訂正されることになった模様である（堀内・研究395頁）。同法第3次案で始めて第22条1項に「甲類」と「乙類」の各文言があらわれ、甲類事項として全39号、乙類事項として全10号が定められた。この段階でも、乙類事項には、5号に812条ノ2第3項（787条ノ2、819条で準用）による子の氏の変更についての許可が規定され、812条ノ2第3項に協議の語が明記されている（11月6日家審法要綱案の修正案にあった乙7号の「子の引取」あるいは「子の引渡」が乙類事項から削除されてある）。また、6号に離婚による財産分与の民法812条ノ4の規定には1項に「協議上の離婚」の語が、2項に「協議調ハサルトキ」が正文に入り、後記する民法改正法第6次案でも維持されている（昭和民法768条に至る）。ところで、乙類1～3号の各事項に定められた民法条文案には協議の語はなく、婚姻中の夫婦が「協議」してことを決めるという発想はなかったようである（昭和民法も「協議」を定めない）。乙類9号の推定相続人の廃除、取消も同様である。

29 高野耕一『財産分与・家事調停の道』（日本評論社、1989）60頁〔初出は『民法第768条の系譜的考察』1960年（昭和35年）度の司法研究をまとめた司法研究報告書14輯7号（1964）である〕。高野は、民法改正法第5次案において始めて「協議による財産分与の先行性」（61頁）が打ち出され、家事審判所が関与して審判するのは協議が調わないときに限るとされたという。高野は、協議の語の分析こそしていないが、その趣旨を的確に指摘している。

30 2月24日家審法第3次案は、法制局の打ち合わせを終えたものであり、その後頃に英訳されてGHQに提出された。（堀内・研究397頁、423頁、1182頁）

以上のように乙類事項に定められた民法の条文文言をみると、①協議の語があり、これを基礎に調停・審判事項とする類型および②協議の語はないが、調停・審判事項とする類型、の2つが存する。もっとも、立法作業の中で、甲類と乙類の区別について突っ込んだ論議を示す文書は管見では見いだせない。しかし、意識していないはずはなく、合意およびこれに至る交渉過程を意味する協議の正文をどのように手続法上扱うかについてより考察を深めていたと思われる³¹。

（3）同年3月1日民法改正法第6次案

（あ）3月1日民法改正法第6次案は、起草委員の一応の結論ともいうべき案で、GHQとの折衝に入る前の最終の案である。同法第5次案と異なる主な点は、生存配偶者の姻族関係に関する規定を復活し復氏および再婚を以てその終了原因としたこと、共同相続人は全員共同してのみ相続の限定承認をすることができる旨の規定（新923条）をはじめ相続に関する新规定が2,3入ったこと（新936条、937条等）等である（我妻・経過301頁）。この第6次案は、世間に公表された³²が、筆者は同公表案そのものを未見である。

協議の語を含む条文案は、次のとおりである。

同法第5次案で始めて協議の語があらわれた財産分与の812条ノ4（家審法第2次案の乙6号。堀内・続研究129頁、483頁参照）のほか、協議離婚、協議離縁の規定を除き、協議のある条文は812条（監護者の指定など・同第2次案の乙4号）、812条ノ2（子の氏・同法第2次案の乙5号）、812条ノ5（離婚復氏の際の権利承継・同法第2次案の乙7号）、956条（扶養・同法第2次案の乙8号）、957条（扶養・同法第2次案の乙8号）、1011条（遺産分割・同法第2次案の乙11号）がある（堀内・研究1136頁）。

31 筆者は、家事審判事項が甲類と乙類に区別された経緯について（高木積夫・稲田龍樹「離婚後に親権者が死亡した場合の生存親の地位」（東京家庭裁判所身分法研究会）ジュリスト588号94頁（1975）、拙稿「調停前置主義と訴訟事件」判例タイムズ1143号73頁（2004）で触れたことがある。

32 同年3月17日付「総司令部政治部係官との会談録附属文書」民法改正法律案の公表に関する件（堀内節編著『続家事審判制度の研究』（中央大学出版会、1976。以下、本文では「続研究〇頁」という）1105頁）参照。

民法改正法第6次案で協議の語がある条文案などは³³、以下のとおりである。（唄・条文変遷表、許140頁以下）

- a 788条 「夫婦ハ共ニ夫ノ氏ヲ称ス但当事者カ婚姻ト同時ニ反対ノ意思ヲ表示シタルトキハ妻ノ氏ヲ称ス
前項ノ規定ニ依リテ氏ヲ改メタル妻又ハ夫ニ未成年ノ子アルトキハ配偶者トノ協議ヲ以テ其子ヲ引取りテ自己ト同一ノ氏ヲ称セシムルコトヲ得」（許140頁）
- b 812条 「父母カ協議上ノ離婚ヲ為ストキハ子ノ監護ヲ為スヘキ者其他監護ニ付キ必要ナル事項ハ其協議ヲ以テ定メ協議調ハサルトキハ家事審判所之ヲ定ム
子ノ利益ノ為メ必要アリト認ムルトキハ家事審判所ハ子ノ監護ヲ為スヘキ者ヲ変更シ其他監護ニ付キ相当ノ処分ヲ命スルコトヲ得」
- c 812条ノ2 「婚姻ニ因リテ氏ヲ改メタル夫又ハ妻ハ協議上ノ離婚ニ因リテ婚姻前ノ氏ニ復ス
前項ノ場合ニ於テハ夫又ハ妻ハ当事者ノ協議ヲ以テ夫婦間ノ未成年ノ子ヲ引取りテ自己ト同一ノ氏ヲ称セシムルコトヲ得
前項ノ協議調ハサルトキハ家事審判所ノ許可ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得」
- d 812条ノ3 「第788条第2項ノ規定ニ依リテ氏ヲ改メタル子ハ父又ハ母ノ協議上ノ離婚ニ因リ之ニ随ヒテ其婚姻前ノ氏ニ復ス但子カ成年者ナル場合ニ於テハ反対ノ意思ヲ表示セサルトキニ限ル」
- e 812条ノ4 「協議上ノ離婚ヲ為シタル者ノ一方ハ相手方ニ対シ相当ノ財産ノ分与ヲ請求スルコトヲ得
前項ノ規定ニ依ル財産ノ分与ニ付キ当事者間ニ協議調ハサルトキハ当事者ハ家事審判所ニ対シ協議ニ代ハル処分ヲ請求スルコトヲ得但離婚ノ時ヨリ2年ヲ経過シタルトキハ此限ニ在ラス
前項ノ場合ニ於テ家事審判所ハ当事者双方ノ資力其他一切ノ事情ヲ斟酌

33 許『親権と監護』140頁～142頁。

シテ分与ヲ為サシムヘキヤ否ヤ並ニ分与ノ額及ヒ方法ヲ定ム」(昭和民法768条に至る)(我妻・経過304頁)

f 812条ノ5 「婚姻ニ因リ氏ヲ改メタル妻又ハ夫カ第1001条ノ2ニ掲ケタル権利ヲ承継シタル後協議上ノ離婚を為シタルトキハ当事者其他ノ関係人ノ協議ヲ以テ其権利ヲ承継スヘキ者ヲ定ムルコトヲ要ス

前項ノ協議調ハサルトキ又ハ協議ヲ為スコト能ハサルトキハ前項ノ権利ヲ承継スヘキ者ハ家事審判所之ヲ定ム」(唄・条文変遷表、我妻・経過304頁、305頁)(その後、昭和民法769条に至る)

・819条 「第812条乃至第812条ノ5ノ規定ハ裁判上ノ離婚ニ之ヲ準用ス」

・835条ノ2 「第812条ノ規定ハ父カ認知ヲ為ス場合ニ之ヲ準用ス」

g 836条ノ2 「嫡出ノ子ハ父ノ氏ヲ称ス但父ノミカ子ノ出生前ニ離婚又ハ離縁ニ因リテ婚姻又ハ縁組前ノ氏ニ復シタルトキハ母ノ氏ヲ称ス
嫡出ニ非サル子ハ母ノ氏ヲ称ス

父カ認知ヲ為シタルトキハ前項ノ規定ニ拘ハラヌ母トノ協議ヲ以テ未成年ノ子ヲ引取りテ自己ノ氏ヲ称セシムルコトヲ得但父ニ配偶者アルトキハ其同意ヲ得ルコトヲ要ス」

・836条ノ3 「父又ハ母カ第788条第2項、第789条第2項、第3項、第812条ノ2第2項、第3項、第812条ノ3、第861条第2項、第875条第2項又ハ前条第3項ノ規定ニ依リテ氏ヲ改メタルトキハ子ハ父又ハ母ニ随ヒテ其氏ヲ称ス」

・877条 「成年ニ達セサル子ハ父母ノ親権ニ服ス

子カ養子ナルトキハ養親ノ親権ニ服ス

親権ハ父母共ニ在ルトキハ共同シテ之ヲ行フ但父母ノ一方カ親権ヲ行フコト能ハサルトキハ他ノ一方之ヲ行フ」

・878条 「父母カ離婚シタルトキハ親権ハ父之ヲ行フ但第788条第1項但書ノ場合ナルトキハ母之ヲ行フ

父又ハ母カ第812条ノ2第2項又ハ第3項ノ規定ニ依リテ子ヲ引取りタルトキハ前項ノ規定ニ拘ハラヌ親権ハ其父又ハ母之ヲ行フ

父又ハ母カ婚姻ニ因リテ氏ヲ改メタルトキハ子ニ対スル親権ヲ失フ但

788条第2項ノ規定ニ依リテ子ヲ引取りタル後ハ此限ニ在ラス

前項ノ規定ハ第789条第1項及ヒ第2項ノ場合ニ於テ夫婦間ノ子ニ対スル親権ニ之ヲ準用ス

父カ認知シタル子ニ対スル親権ハ子カ第836条ノ2第3項ノ規定ニ依リテ父ニ引取ラレタルトキニ限り父之ヲ行フ」

- ・899条 「親権ヲ行フ父又ハ母ハ已ムコトヲ得サル事由アルトキハ家事審判所ノ許可ヲ得テ財産ノ管理ヲ辞スルコトヲ得」

(い) 家審法第2次案の乙10号に定める民法改正法第4次案1001条ノ2第1項、第2項に、協議の語はない。この点は、前示した1946年（昭和21年）7月13日の会議資料として作成された「新憲法に基き民法親族編及び相続編中改正を要すべき事項試案（第1案）」の「系譜、祭具及び墳墓の所有者は長子又は卑属の協議に依り定むる者に専属せしむべきか。」のうちの「協議」が村上朝一により削除されていた（我妻・経過25頁）ことの影響である。

また、協議のない条文である民法改正法第5次案の789条2項「前項ノ場合ニ夫婦ニ未成年ノ子アルトキハ生存配偶者ハ家事審判所ノ許可ヲ得テ夫婦間ノ未成年ノ子ヲ引取りテ自己ト同一ノ氏ヲ称セシムルコトヲ得」（唄・条文変遷表）は家審法第2次案の甲5号に定められてある。民法改正法第6次案の策定時期は、家審法の立法過程で家事審判事項を甲類事項と乙類事項に分ける論議が本格化した時期に重なるが、子の氏の変更については、① 甲類事項に属するものと② 乙類事項に属するものが並存していた。また、家審法起草原案53条は子の氏の変更許可の申立（起草原案第29条の3号）を子の監護に関する処分（起草原案第29条の5号）の附帯申立となしうる旨定めていたが、家審法第1次案は同規定を削除した。おそらくは、起草原案の修正案（一）（堀内・研究1080頁）第29（甲）5号に「旧案三」があり、（乙）2号に「旧案五」があつて、そうならば甲類事項の申立に乙類事項の申立を附帯させることになるので、それは疑問であるとして削除されたものと解される。

最後に、民法改正法第6次案878条は離婚の際の親権を行う者を決めることに関する規定であり、「父母カ離婚シタルトキハ親権ハ父之ヲ行フ」ので自

動的に父が親権者となり、協議の語を含まない条文案であった³⁴。上記した子の氏の変更の規定ともからまり、議論はかなり輻輳していた。

（４）小 括

第4期（1946年（昭和21年）11月3日～翌年3月1日）は、家審法の立法作業が急速に進み、とりわけ家事審判事項が甲類事項と乙類事項に区分され、手続法上かなり精緻な規定に整えられた。こうした進展に応じて、民法（家族法）の規律の骨組みをいかに形成するかという総合的な論議が深められ、起草委員は民法改正法第6次案として一応の整理を済ませた。この意味で、同法第6次案と家審法第2次案、第3次案は密接な連携の下に条文作りが重ねられてはいた。それでもなお、煮詰められない問題点が少なからず残っていた。たとえば、子の氏をいかに決めるのかという戸籍法上の問題を当事者間の協議に委ねるとする民法の条文案が、家審法案上では調停事項に属すべき類型である乙類事項として条文化されている。さらに、調停ができる乙類事項に対応する他の民法の条文案には2種類があり、① 協議の語のある条文と② 協議の語のない条文である。また、父母・夫婦が子の氏について協議でき、調停もできるとすると、離婚件数その他にかんがみて、家事調停（不調の場合には審判）を担う人的物的資源は果たして対応できるのかという組織的、財政的な課題も念頭に上らないはずはない。同時に、この時期は、民事訴訟法の立場から、非訟事件万能的な昭和戦前期の立法構想に対抗する反論が力強く始まっていた時期でもある。この新しい立場は、民法の条文は明確な文言の規定であるべきであり、これによってのみ国民の権利は保護され、ひいては民事訴訟法による権利保護がもたらされる最善の立法であるとする考え方である。昭和戦前期の第二期の家事審判所構想（人事訴訟事項廃止・全部非訟事件型）とは対称的な立場である。この観点からは、民法上の権利義務が定められることで権利救済が実現すると考え、形成権の規定は非訟的救済を受

34 民法改正法第6次案878条は、協議の語を含まないが、1946年（昭和21年）7月27日民法改正要綱案（起草委員第1次案）第13第2項、その他の要綱案の規定が先行していたこと、翌年4月19日公布された応急措置法6条の規定およびその立法過程の前に位置する法案であることを思えば、「協議」の定め方については相当の論議があったものと思われる。

けられるだけであるからそれだけで立法としては不完全、不十分なものとみなした。民事訴訟法を利用できること自体が権利の実現に不可欠であり、それゆえに進歩的とみるという時代状況にあったことも想起される。

民法改正法第6次案は英訳されて、GHQに1947年（昭和22年）2月21日に渡されたが、GHQは応答せずに3月5日に至り憲法施行までに審議することは、間に合わないと回答した。そこで、急きよ、応急措置法を策定することになった。

次の第5期の検討に移る前にひとつだけ確認しておかなければならない。それは、2月24日家審法第3次案（全166条）の次の法案は、6月16日家審法第一案（全24条）に飛んだことである。詳しくは後記するが、この約4カ月の間に、民法改正法案だけでなく、家審法案も重要な変更があった。これについては第6期で触れる。

6 第5期：応急措置法と協議（1947年（昭和22年）3月6日～同年4月19日）

（1）総説

（あ）「日本國憲法の施行に伴う民法の應急的措置に関する法律」³⁵（昭和22年法律第74号。以下「応急措置法」といい、「応措法〇条」という。）の立法は、同年3月6日に着手され、同年4月19日公布された（我妻・経過350頁）。同法は、昭和民法（家族法。1948年（昭和23年）1月1日施行）の特徴を端的に示すものであり³⁶、同民法の「エッセンス」³⁷を明らかにしているとされる。

この間、GHQ、議会もすべて応急措置法案の審議で忙殺された。しかし、司法省民事局の民法調査室は親権や氏などの重要事項などについて修正立案に没頭した。

応急措置法については、先行研究³⁸に主によって触れたい。

応急措置法案は、1947年（昭和22年）5月3日から施行され、同年12月31日

35 前田達明編『史料民法典』（成文堂、2004）1284頁以下（前田達明・原田剛）。以下、本文では、「史料民法典〇頁」と引用する。

36 大村敦志『民法改正を考える』（岩波書店、2011）38頁。

37 大村敦志『文学から見た家族法』（ミネルヴァ書房、2012）117頁。

38 許末恵『親権と監護』142頁。本文中では、「許〇頁」と引用する。

まで効力を有した。全文10カ条の法律であるから、以下に掲記する。協議の語がある条項は、応措法5条と6条である。

1条 この法律は、日本国憲法の施行に伴い、民法について、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚する応急的措置を講ずることを目的とする。

2条 妻又は母であることに基いて法律上の能力その他を制限する規定は、これを適用しない。

3条 戸主、家族その他家に関する規定は、これを適用しない。

4条 成年者の婚姻、離婚、養子縁組及び離縁については、父母の同意を要しない。

5条 夫婦は、その協議で定める場所に同居するものとする³⁹。

夫婦の財産関係に関する規定で両性の本質的平等に反するものは、これを適用しない。

配偶者の一方に著しい不貞の行為があつたときは、他の一方は、これを原因として離婚の訴を提起することができる。

6条 親権は、父母が共同してこれを行う。

父母が離婚するとき、又は父が子を認知するときは、親権を行う者は、父母の協議でこれを定めなければならない。協議が調わないとき、又は協議することができないときは、裁判所が、これを定める。

裁判所は、子の利益のために、親権者を変更することができる。

7条 家督相続に関する規定は、これを適用しない。

相続については、第8条及び第9条の規定によるの外、遺産相続に関する規定に従う。

8条 直系卑属、直系尊属及び兄弟姉妹は、その順序により相続人となる。

配偶者は、常に相続人となるものとし、その相続分は、左の規定に従う。

39 利谷信義「我妻先生とGHQ」唄孝一・家族法著作選集第1巻戦後改革と家族法の月報3（1992年11月）5頁は、1946年（昭和21年）5月9日付「東京帝国大学教授我妻栄とのインタビュー」ロウスト（Lt.Roest）には、我妻が「戸主の家族に対する居所指定権の廃止」を主張したことが記載されている（1941年（昭和16年）、明治民法749条が修正され、居所指定権が制限された）。なお、中川善之助「民法改正二十年 回想録拾遺集・5」法学セミナー149号（1968）29頁参照。

- 一 直系卑属とともに相続人であるときは、三分の一とする。
- 二 直系尊属とともに相続人であるときは、二分の一とする。
- 三 兄弟姉妹とともに相続人であるときは、三分の二とする。

9条 兄弟姉妹以外の相続人の遺留分の額は、左の規定に従う。

- 一 直系卑属のみが相続人であるとき、又は直系卑属及び配偶者が相続人であるときは、被相続人の財産の二分の一とする。
- 二 その他の場合は、被相続人の財産の三分の一とする。

10条 この法律の規定に反する他の法律の規定は、これを適用しない。

(い) 以上全条文のなかで、応措法5条と6条には協議の語があり、きわめて重要な位置を占める。

応措法5条は夫婦が婚姻後の始めに同居場所を協議して決める⁴⁰こと、6条は夫婦が離婚をするときなどに「親権を行う者」を父母が協議して決めることを明らかにしている。前者は、婚姻後の始めに夫婦が協議することを定めた点、後者は離婚の最大の争点になる「親権者」を夫婦が協議することを定めた点で、いずれも革新的な規定である。しかし、5条は民法改正法案には採用されず、6条の、「父母が離婚（裁判離婚と協議離婚を含む－筆者注）するとき」という文言はやや厳密さを欠くともみえ、民法改正法第7次案878条まで変遷を重ねるといふ複雑な立法過程をたどったことは後記するとおりである。

(2) 応急措置法の立案過程

応急措置法の立案過程では、以下のように応急措置法第1次案から最終案があった（許142頁から167頁）。起草委員会を開く余裕なく、司法省民事局の奥野健一、小沢文雄、上田昭信、豊水道祐が立案に当たった。

(あ) 3月6日応急措置法第1次案（「日本国憲法の施行に伴う民法の臨時特

40 応措法5条が婚姻後の始めに同居場所について協議で決める旨定めたことはまことに画期的である。なぜなら、明治初年以降、離婚、離縁について協議の上方式が連綿と続いたが、婚姻については協議の上方式は法制上採られなかったからである。もっとも、1875年（明治8年）12月9日太政官第209号布告は、婚姻は縦令「相对熟談ノ上タリトモ」双方の戸籍に登録せざる内は其効なきものと看做すとの定めであったから、江戸時代から婚姻についても協議の上方式に類似した慣行が存したと認められる（拙稿「協議の意義と系譜（下）99頁参照）。

例に関する法律」）これは、司法省の最初の書き下ろし案である。

（い）3月7日応急措置法第2次案（「日本国憲法の施行に伴う民法の応急的措置に関する法律」）これは、法制局（鮫島真男）が加わり条文整理をした案である。

（う）3月8日応急措置法第3次案 上記案を司法省内において改案したものである。

（え）3月10日応急措置法第4次案 同法第3次案に我妻榮の意見を加えた案である。5条（夫婦）、6条（親権）が書き改められた。（許148頁）

「6条 親権は、父母が共同してこれを行う。但し、父母が離婚したとき、又は父が子を認知したときは、別段の協議がない限り、父がこれを行う⁴¹。

裁判所は、子の利益のために、親権者を変更することができる。

母が親権を行うには、親族会の同意を要しない。」（許148頁）

ところで、応措法第4次案6条1項但書は、離婚したときなどの際に子の親権者を協議により父の原則行使に例外のあることを認めた。この定めは、昭和戦前期からの協議の語の革新的な用い方を採った規定ぶりの条文である。この修正は、我妻が関与したものと推測されるが、まことに深慮遠謀の修正である⁴²。この応措法第4次案6条2項の親権者の変更の規定は新しいかたちの仕組みであると指摘されている（許149頁）。

（お）同年3月13日応措法最終案 この案は、応措法第4次案でGHQと折衝してアプルーブを得たものである。ただし、6条は以下のとおり修正された。

「6条 親権は、父母が共同してこれを行う。

父母が離婚するとき、又は父が子を認知したときは、親権を行う者は父母

41 離婚した父母が協議により親権を行う者を決められる道を拓いた革新性はまことに大きなものがある。

42 拙稿・協議の意義と系譜（下）175頁。なお、170頁以下、190頁、204頁参照。応措法第4次案6条案における「別段の協議がない限り」の修正文言は、氏と親権の結びつきのない規定ぶりの中で、親権者を定めることを当事者間で協議できる対象とし、そこには子の利益のためという制約もあり、裁判所が介入する余地を開けてこになっている。家制度堅持派との関係ではあいまいに見えるが、GHQとの関係では協議の対象をより広げる方向の指示を誘うような修正案である。同時に、司法省民事局の立案担当者が踏み込まないような条項案に育つ芽のような誰に対してどちらを向いた修正なのか複雑な深みがある。

の協議でこれを定めなければならない。

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、裁判所が、これを定める。

裁判所は、子の利益のために、親権者を変更することができる。⁴³（許150頁）

この応措法最終案6条では、協議の語はより積極的な意味を担われ、法的には対等な父母の協議によるとされていること、「親権を行う者」（1項）と「親権者」（3項）が混在していることも注目される。また、同規定は、離婚後も父母共同で親権を行うとの規定であるといわれる⁴⁴。この点で、昭和民法818条、819条と異なる内容を含んでいる（許151頁、152頁注（163）での経過措置、附則14条、戸籍法135条参照）。

（3）応急措置法の成立・施行

応措法第4次案について、GHQと折衝してアプルーブを得たのが、3月13日付の応措法最終案で、同月28日同案が衆議院を通過し、同月31日貴族院を無修正で可決された。4月19日に公布され、1948年（昭和23年）1月1日施行された。民法改正法第6次案878条（昭和民法819条4項に至る）と応急措置法6条を比較すると、同法6条の革新性には際立つものがある。この端緒を拓いたのが、応措法第4次案6条であり、親権者の変更と協議をセットにした規定であった。この規定を「白地規定」のような内容であると批判的にみる説⁴⁵もある。しかし、協議の意義に触れることなく批判するのは片手落ちであって疑問である。たしかに、大正期から昭和戦前期にかけて大正要綱に基づき立法審議された協議の実践的な意味は親族協議⁴⁶への介入を主意とした家事

43 許『親権と監護』149頁注（155）は、石川稔『子ども法の課題と展開』（有斐閣、2000）244頁が親権者変更制度創設は昭和民法の大きな変更であるというところ、その淵源は応措法6条にあるという。筆者は、共同親権を有する父母が「協議」により親権を行う者を決められる点にこそ、大きな変更の核心があると考えている。なぜなら、3月10日応措法第4次案6条1項但書は「離婚したとき」と規定するので、裁判離婚または協議離婚した後、父母が協議できるとしているからである。

44 安藤・前掲注（28）171頁に掲記された昭和24年5月12日大阪高裁決定参照。許『親権と監護』151頁参照。

45 許『親権と監護』157頁～167頁参照。

46 親族協議への介入は、戸主権と家督相続を柱とする家制度と親族会の仕組みを改善する目的を持っていた。しかし、家と国を相似的に理解する思想（明治前中期と昭和初

審判所による介入であった。しかし、既に家審法第3次案もでき、1946年（昭和21年）11月3日新憲法が公布され、親族会の廃止方針も決っていた第5期において、協議の意義も大きな変質を免れていないことに注目しなければならない。協議を正文とすることは、法的に平等な夫と妻、父と母という当事者間の協議に対象事項に関する法的処理を委ねること、協議調わざるときに家事審判所の法的な介入または支援を受けられることを意味する。応急措置法の成立は、この点が最大の革新であり、まさにエッセンスである。したがって、以下においても、この視点を基礎に置いて分析する。

7 第6期：民法改正法第7次案、第8次案、家審法案、GHQとの折衝と協議（1947年（昭和22年）4月～翌年1月1日）

司法省とGHQは、1947年（昭和22年）5月12日から7月7日までの間、18回にわたる会談を行い、民法改正法案第6次案を審議対象として質疑が交わされた⁴⁷。そこで、以下においては、① GHQとの民法改正法案審議開始前（4月12日から同月17日）、② 同法案審議前期（5月16日から同月24日）、③ 同法案審議中期（5月28日から6月24日）、④ 同法案審議後期（6月20日から7月14日）、⑤ 最終期（民法改正法第8次案、7月14日から家審法案についてGHQとの折衝開始）に分けて、主として離婚に伴う親権者の指定（変更）および協議の意義に焦点を当てながら、家審法9条1項乙類に属する審判事項を特定する民法条文の整理完了までの経過をみることにする。

期と比べると大きな変容がある）からすると、戸主と密接不可分であった親権の概念には家の主権に近い意味が含意されていたことを否めない。これに対して、廃戸主制度の立法を先頭とし、家審法案審議を先行させた大正要綱に基づく民法改正作業は、その制約は大きい（家制度、親族会は維持する前提である）としても、家と国の相似的な理解とは完全に一線を画したものであった（拙稿・協議の意義と系譜（下）169頁から183頁参照）。

47 堀内・続研究1056頁から1105頁参照。なお、家審法案に関するGHQとの会談は1947年（昭和22年）7月14日から同月31日まで計9回の会談があった（堀内・研究1179頁から1197頁）。司法省は、国内向けには家審法案の立法作業を民法改正作業より少し先行させながら、GHQとは逆の順序で折衝した。客観的には、国内向けには革新的な立場で、GHQとは保守的な立場で活動したとみる余地はあるかもしれない。

（１）GHQとの民法改正法案審議開始前（４月１２日から同月１７日）～日本側の準備期間

先行研究（許『親権と監護』185頁以下）に主としてよりながら、以下では離婚と親権を行うべき者を定めること（親権者の指定）に関する民法改正法第6次案878条のその後の修正過程をみていきたい。なお、婚姻の始めに夫婦の氏をどのように決めるかに関する同法第3次案（山中案）から第6次案および4月12日案の788条1項「夫婦ハ共ニ夫ノ氏ヲ称ス」が、同月14日案、同月17日案では「協議」があらわれて消えた経緯を確認しておきたい。（以下便宜、条文の項を①②などと表記する）

（あ）4月12日878条案 「父母カ離婚シタルトキ又ハ父カ子ヲ認知シタルトキハ親権ヲ行フヘキ者ハ父母ノ協議ニ依リ之ヲ定メ協議調ハサルトキハ家事審判所之ヲ定ム

②子ノ利益ノ為メ必要アリト認ムルトキハ家事審判所ハ親権者ヲ変更スルコトヲ得」（許185頁）

（い）4月14日878条案 「①父母カ協議上ノ離婚ヲ為ストキ又ハ父カ子ヲ認知スルトキハ父母ハ其ノ協議ヲ以テ子ニ対シ親権ヲ行フヘキ者ヲ定ムルコトヲ要ス

②裁判所カ離婚又ハ子ノ認知ヲ命スル場合ニ於テハ子ニ対シ親権ヲ行フヘキ者ハ其ノ裁判所之ヲ定ム

③子ノ出生前父母カ離婚シタル場合ニ於テ前2項ノ規定ニ依リ子ニ対シ親権ヲ行フヘキ者ヲ定メサリシトキハ親権ハ母之ヲ行フ

④子ノ利益ノ為メ必要アリト認ムルトキハ家事審判所ハ親権者ヲ変更スルコトヲ得」（許186頁）

なお、同日788条1項案は「夫婦ハ其協議ニ依リ共ニ夫又ハ妻ノ氏を称スルコトヲ要ス」である。

（う）4月17日878条案 「父母カ協議上ノ離婚ヲ為ストキ又ハ父カ子ヲ認知スルトキハ父母ハ其協議ヲ以テ子ニ対シ親権ヲ行フヘキ者ヲ定ムルコトヲ要ス

②前項ノ協議調ハサルトキハ家事審判所ハ父又ハ母ノ請求ニ因リ協議ニ代

ハル審判⁴⁸ヲ為スコトヲ得

③裁判所カ離婚又ハ子ノ認知ノ裁判ヲ為ス場合ニ於テハ子ニ対シ親權ヲ行フヘキ者ハ裁判所之ヲ定ム

④子ノ出生前父母カ離婚シタル場合ニ於テ前3項ノ規定ニ依リ子ニ対シ親權ヲ行フヘキ者ヲ定メサリシトキハ親權ハ母之ヲ行フ

⑤子ノ利益ノ為メ必要アリト認ムルトキハ家事審判所ハ親權者ヲ変更スルコトヲ得」（許186頁、187頁）

なお、同日788条1項案は、「夫婦ハ共ニ婚姻ノ際定ムル所ニ從ヒ夫又ハ妻ノ氏を称ス」と変更された。

（え） 検 討

前示した4月12日878条案で、再び⁴⁹父母の離婚の際には（条文案は「離婚シタルトキ」⁵⁰である）父母の協議により親權を行う者を定めることになった。この案は、さらに、起草委員会による14日案、17日案と練られた（我妻・経過164頁（小沢発言）参照）。その結果、協議の語と家審法上の家事審判の位置づけが一段と明らかになった。すなわち、14日案では、父母間で協議すべき義務が明定され、17日案では協議調わぎるときの家事審判所の家事審判事項との関連が明確にされた。この日本側の準備期間における修正過程をみると、まさに昭和戦前期において家審法案と人事法案で練りあげられた条文案作りの経験が活かされている。そして、この規定が5月28日878条案となり、

48 村上朝一は、4月17日878条案の2項において（GHQには提案しなかった）、協議不調の場合は家事審判所が審判することの顔を出していたと述べる（我妻・経過165頁）。この2項について紹介された法文からは省かれている「……」には「協議ニ代ハル審判ヲ為ス」の法文がある。これは、民法改正法案（山中案）812条ノ2第3項では協議不調の場合は「家事審判所の許可ヲ以テ之ニ代フル」という文言との平仄が合わないことを意識した発言であると考ええる。なお、同書165頁（小沢発言）参照。

49 離婚に伴う親權者を協議で定めるとしたものは、1946年（昭和21年）7月27日民法改正要綱案（起草委員第1次案）第13第2項（離婚したるとき）、同月29日同要綱案（同委員第2次案）第28第2項（離婚するときは）（ただし、第15と並列）、8月15日同要綱案第29（離婚するときは）（ただし、第16と並列）、同月19日同要綱案第29（前同）があったので、ここで協議の語が初出したのではない。

50 4月12日878条案は「離婚シタルトキ」であるから、離婚した父母が共同親權を有することが前提になっている。しかし、4月14日、17日878条案は「協議上ノ離婚ヲ為スコト」に改めた。

同規定は後記のように微修正されて昭和民法819条に至ったのである。

ところで、司法省は、788条1項について第3次案以来、4月12日案まで一貫して夫婦は「夫ノ氏ヲ称ス」案を維持したが、憲法上の疑義などもあり、4月14日案では「其協議ニ依リ」いずれかの氏を称すと改めた。この案は、まことに革新的な規定であったが、同月17日案で「協議」は削除され「共ニ婚姻ノ際定ムル所」と改変された。同規定は、さらに、「共ニ」を削除されて昭和民法750条に至った。

司法省における788条1項の変遷過程における論議の詳細は不明であるが、法制度を考える場合における重要な柱が定立されたといえる。なぜなら、同月17日788条1項案の「夫婦は夫と妻が定めた氏を称す」は、氏は個人の符牒であるという前提で理解するとき、新憲法下でも当然の規定であるといえる。しかし、協議の語を入れるか否かにより、家事審判所管轄の対象適性の有無、民法上の婚姻制度、ひいては離婚や相続のあり方に連動していく。この点、より詳しくみると、仮に夫婦の氏を「協議」により決めるという正文にすると、当時の家審法立法論議から推測すると、少なくとも一般家事調停となりえ、ときに、乙類事項に属する余地も生じてしまう。また、「協議」を正文としないで、「氏を定める」という規定でも甲類事項となる余地があり、婚姻の成立要件としたのではないかという考えが入り込む余地も生じないとは限らない。さらには、家事審判事項に属さない事項とすれば、それは婚姻の成立要件ではなく、夫婦の共通の符牒をどのように定めるかを夫婦の自治に委ねるとして、戸籍法（国民登録制度）の届出の問題になる。その上で一度決まった氏を父母が変更する場合には子の氏の決定という家事審判事項に連動するのである。同月17日788条1項案は、父母が離婚する際に子の氏をどのように決めるかという難問の前提となる夫婦の氏の決定問題から「協議」（当事者に委ねる）を除いて氏の決定プロセスに国が介入する余地をなくし、あくまでも夫婦が決めた氏（社会実態に即した国民の意識による決定事項）から法的問題をスタートさせるという規律に改めた。司法省は、GHQとの正式の民法改正案に関する質疑を始めるに当たり、離婚に伴い「親権ヲ行フヘキ者ヲ定ムル」ことその他の法的審議を行う基盤となる堅牢な条文を完成さ

せたのである⁵¹。

（2）GHQとの民法改正法案審議中期（同年5月12日～同月24日）

司法省とGHQのブレイクモア（以下「ブ氏」ともいう）との会談第1回5月12日から第9回同月23日までの折衝をみる。司法省の筆頭担当者は小沢文雄、筆記録取者は服部高顕である。協議の語に関連する民法（家族法）の条文案に関する質疑を以下簡潔にみる。

（あ）第3回5月14日会談録　ブ氏は民法改正法第6次案788条2項の「子ヲ引取りテ」は家制度の観念が残っていると批判した。司法省はこの788条2項の表現から「子ヲ引取りテ」をやめて「配偶者トノ協議ヲ以テ其子ヲシテ自己ト同一ノ氏ヲ称セシムルコトヲ得」という趣旨に変えようかと述べた（堀内・続研究1062頁）。

また、ブ氏は、812条の2第2項について、成年に近い子の氏も夫婦の協議だけで決めるのか、子に氏の選択権を与えてはどうか、と質問した。司法省は、氏をそれほどまでに重大な問題と考えていないので、氏の変更等についても、それ程細かい規定をおかず、氏は親権に影響するだけである、と答えた（堀内・続研究1063頁、1105頁）。

（い）第4回5月15日会談録　ブ氏は、812条ノ5については、法律で決めないで、慣習に任せたらと述べた。司法省は、慣習があるなら自然その慣習に従って協議が決まるであろうし、協議が調わないときには家事審判所が決めるが、裁判所は慣習に即して定めると答えた（堀内・続研究1066頁）。

ブ氏の、親権者は子と同居することを要件とすべきではないか、との問いに対し、司法省は、氏を同じくするのは普通同居している、また、親権には

51 利谷信義「家族法の実験」上野千鶴子他編『変貌する家族1 家族の社会史』（岩波書店、1991）113頁（協議による氏の決定）、114頁（夫婦の氏の協議による選択）、115頁（協議による「夫婦同姓」の原則）にみる「協議」の語の用法は、昭和民法正文に定める「協議」（乙類審判制度と密接な概念）とは異なり、より拡張した法的意味を与えている。民法上は、「夫婦で定める」として「定め」の内容が実質的にも平等な意思の合致があるか否かのチェック制度がない点は問題がある。たとえば、離婚意思の確認の仕組みが必要であるとの有力な意見がある。昭和民法正文の協議は、形式的のみならず実質的にも平等な意思の合致を意味し、調わなければ国による介入・支援を受けられるという概念である。

子の監護・教育の面と法定代理の2つの面があり、前者に同居は必要だが、後者には必要ない、だから要件とする必要はない、と答えた。

ブ氏は、836条ノ2第1項但書「但父ノミカ子ノ出生前ニ離婚又ハ離縁ニ因リテ婚姻又ハ縁組前ノ氏ニ復シタルトキハ母ノ氏ヲ称ス」は夫婦の協議で決めたらと質したが、司法省は、離婚又は離縁の際に協議することになると、その際、妻の懐胎が分からない場合に困り、別れた後に協議することは事実上行われえない、という（堀内・続研究1067頁）。

（う）第5回5月16日会談録　ブ氏は、878条「父母カ離婚シタルトキハ親権ハ父之ヲ行フ」は憲法違反の疑いがあるとし、協議離婚のときは親権者を決めるのを要件とし、決まらなければ協議離婚を延ばせばよい、と述べた。司法省は、離婚の場合は親権を共同行使することができないので一応父としたのだが、親権者が決まらなければ協議離婚を延ばすのも不都合ゆえに、家事審判所が親権者を決めることにしてもよいかもしれない、難問なのでよく考慮したいと答えた（堀内・続研究1068頁、1069頁）。

（え）第6回5月17日会談録　ブ氏は、親権の共同行使が父母の意見が異なるときは家事審判所が決めてはどうか、と質した。司法省は、その場合は現状維持が一番子のためになる、と述べた。ブ氏の、離婚の際に子が7歳になるまで母、8歳以上は父とはできないか、との質問に、司法省は、第6次案の改正案ではできない。応急措置法のように、親権者を協議で決める案にすればできるかも知れない、と答えた。（堀内・続研究1070頁、1071頁）

（お）第9回5月23日会談録　司法省は、協議離婚の場合の親権者の問題は、まだ考慮研究中であると述べている（堀内・続研究1078頁）。なお、司法省の内部資料「ブレイクモア氏の示唆した諸問題」（昭22・5・26民印）には40項目にわたるブ氏の指摘が簡潔に整理されている（堀内・続研究1105頁～1107頁）。

（か）以上の審議前期における重要点は、協議離婚をするときに親権を行う者を定めること（親権者の指定）を協議離婚の要件とするかどうか、であった。司法省はなお決しかねたが、協議の対象が離婚およびこれに伴う子の引取り（監護者）、氏、親権者の決定という各論点を連結・包摂する包括的

なものである以上、まことに無理もないと思われる。なによりも、協議の方式は、新憲法下では平等な複数以上の当事者間の合意という法的決定方式に変容していた。同方式は、協議の対象に複数の事項が含まれる場合の構造的な理解は未解明であるため（今もほとんど未解明である）、協議の広さ・内包に複数の法的事項が含まれる紛争ケースにおいては、その扱いは難しい（今も同じである）。具体的には、上記した協議対象は、婚姻法と親子法にまたがり、離婚手続法をどのように構築・整理するかとも密接であるばかりでなく、相続法と相続手続法にも連動していくことが明白だからである。

司法省は、以上の5月下旬までの折衝において、4月17日案で内部的に確定した基本方針に沿い、婚姻の始め、氏の決定に協議の語を正文化しないこととした基本構想を守り抜き、論点を離婚時の「親権者の指定」問題に移行させて限局させることに成功した。民法改正作業において、家審法を制定するという戦略的な決断が確実な成果をもたらした一つの例である。

以上により、司法省は、協議離婚をするときに親権を行う者を定めること（親権者の指定）を協議離婚の要件とすることを承諾した。そうすると、離婚時における親権と監護の関係、親権者と監護者の関係において、さまざまな難問を残すことを熟知していたと思われるが、大局的な観点からこれを前提として、これ以降の立法作業を続けたと解する。

（3）GHQとの民法改正法案審議後期、民法改正法第7次案その他（同年5月28日～6月24日）

（あ）5月28日878条案

5月28日の「民法改正案中氏及び親権に関する規定の改案（第2案）」の878条案は、次のとおりである。

「①父母カ協議上ノ離婚ヲ為ストキハ其協議ヲ以テ其一方ヲ親権者ト定ムル⁵²コトヲ要ス

52 5月28日878条1～3項、4項案で、始めて「親権者ト定ム（メ）」という表現、特に「親権者」の語があらわれた。ここで民法上親権者の定めと協議がセットの形の条文案が完成した。しかし、民法上は親権者と「定める」の文言にとどまり、「指定」という条文文言はあらわれなかった。

- ②裁判上ノ離婚ノ場合ニ於テハ裁判所ハ父母ノ一方ヲ親権者ト定ム
- ③子ノ出生前父母カ離婚シタル場合ニ於テハ親権ハ母カ之ヲ行フ但子ノ出生後父母ノ協議ヲ以テ父ヲ親権者ト定ムルコトヲ得
- ④父カ認知シタル子ニ対スル親権ハ父母ノ協議ヲ以テ父ヲ親権者ト定メタルトキニ限り父之ヲ行フ
- ⑤第1項、第3項及ヒ前項ノ協議調ハサルトキハ家事審判所ハ父又ハ母ノ請求ニ因リ協議ニ代ハル審判ヲ為スコトヲ得
- ⑥子ノ利益ノ為メ必要アリト認ムルトキハ家事審判所ハ子、親権者又ハ子ノ親族ノ請求ニ因リ親権者ヲ変更スルコトヲ得」（許191頁、213頁）

（い）第10回5月29日会談録　司法省は、民法改正案中氏及び親権に関する規定の改案（第2案）を示して、788条1項で夫婦間の差別をやめ、婚姻の際定めることにしたこと、同条2項の「子ヲ引取りテ」をやめ、同条3項は成年の子の希望により氏を変えられることにしたと説明した（堀内・続研究1079頁以下）。

（う）第12回6月3日会談録　ブ氏は、788条2項について14歳以上の未成年の子は承諾権をもつべきではないか、また、812条により監護を為すべき者を定めた結果、親権と監護権とが衝突するおそれがないか、と述べた。司法省は、812条により監護を為すべき者を定めたときには親権はその範囲で制限を受け（3項）、教育に関することは監護権者の主張が優先する、協議が調わないときは家事審判所が相当な処分をする（2項）と答えた⁵³。（堀内・続研究1084頁以下）

なお、5月下旬の時点で、5月30日案で協議を含む条文（協議離婚、協議離縁、財産分与、離婚復氏の際の権利承継、扶養、遺産分割の規定は除く）などを列記して確認する（許188頁以下）。

・788条1項　既に協議は4月17日案で削除された。

53 民法改正法案第6次案の812条の文言に「監護権」はないが、この場合の論議では、ブ氏、司法省側双方で「監護権」という翻訳で論議が記録されてある。明治民法879条は「親権ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ監護及ヒ教育ヲ為ス権利ヲ有シ義務ヲ負フ」、昭和民法820条は「親権を行う者は、子の監護及び教育を行う権利を有し、義務を負う」であり、監護権という用語を支えている。

a 788条2項 「……未成年ノ子カアルトキハ配偶者トノ協議ヲ以テ其子ヲシテ自己ト同一ノ氏ヲ称セシムルコトヲ得……」がある。

・789条2項 「前項ノ場合ニ於テ生存配偶者ハ家事審判所ノ許可ヲ得テ夫婦間ノ未成年ノ子ヲシテ自己ト同一ノ氏ヲ称セシムルコトヲ得……」がある。

b 812条 「……其協議ヲ以テ定メ協議調ハサルトキハ……」がある。

c 812条の2（協議離婚で婚姻前の氏に復する場合）第2項、第3項は以下のとおりである⁵⁴。

〔②前項ノ場合ニ於テハ夫又ハ妻ハ当事者ノ協議ヲ以テ夫婦間ノ未成年ノ子ヲシテ自己ト同一ノ氏ヲ称セシムルコトヲ得……

③前項ノ協議調ハサルトキハ家事審判所ノ許可ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得〕

d 836条の2（父が認知したとき）第3項「……父ハ母トノ協議ヲ以テ未成年ノ子ヲシテ自己ト同一ノ氏ヲ称セシメルコトヲ得……」が、4項「前項ノ協議調ハサルトキハ家事審判所ノ許可ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得」がある。

e 878条（離婚の際の親権者を定む）1項「其協議ヲ以テ」が、4項「父母ノ協議ヲ以テ」が、5項「協議調ハサルトキハ」「協議ニ代ハル審判」がある。

（え）第13回6月5日会談録 司法省は、5月30日案〔民法改正案の改案〕788条1項から4項を示し説明をし、また「民法改正案改案（仮決定）（昭22・6・4民印）」を示して離婚原因等を論議した（堀内・続研究1088頁、1095頁）。

（お）第14回6月10日会談録 司法省は、6月9日案である「氏に関する民法改正案の改案（起草委員会案）（昭22・6・9民印）」と「民法改正案の改案（起

54 812条ノ2第3項は、「協議調ハサル」と「家事審判所ノ許可ヲ以テ代フルコトヲ得」という条文が対応しており、家審法案上は甲類事項と乙類事項の関係がなお煮詰まっていなことを示すと考える。実体法の規律として「許可」の審判を以って代えるのは、国が統制すべきであるとする点は確定したからである。なお、我妻・経過134頁（小沢発言）によれば、6月4日の起草委員会で姻族関係と氏を切り離すことを決め、728条2項の条文を決定したのである。

草委員会案）（昭22・6・9民印）」を示した。後者の「第1 親権に関する規定」878条について、ブ氏は、878条は理想的ではあるが、父が認知した場合に父母を親権者にしないのはなぜかと問うた。司法省は、認知をしても正式の婚姻のない間は、父母が共同生活をしていないのが普通だから、と答えた（堀内・続研究1091頁、1095頁、1096頁）。

まず、「氏に関する民法改正案の改案」は、氏の変更と協議がセットになった条文である788条2項、812条の2第2項、第3項、836条の2（父が認知したとき）第3項、4項を削除した。すなわち、氏の変更の許可を優先して、協議の語を削除したのである（唄・条文変遷表）。そして、836条ノ3として完全な一本化したことにより、家事審判所の許可（836条ノ3第1項）を唯一絶対の要件となった下記規定である。この規定が、昭和民法791条に至るのである。

836条ノ3案 「子カ父又ハ母ト氏ヲ異ニスル場合ニ於テハ家事審判所ノ許可ヲ得テ其父又ハ母ノ氏ヲ称スルコトヲ得

子ガ15年未滿ナルトキハ其ノ法定代理人之ニ代ハリテ前項ノ行為ヲ為スコトヲ得

前2項ノ規定ニ依リテ氏を改メタル未成年ノ子ハ成年ニ達シタル時ヨリ1年内ニ従前ノ氏ニ復スルコトヲ得」

次に、「民法改正案の改案 第1 親権に関する規定」878条案は、下記の1項から6項までのとおりである。

878条案 「①父母カ協議上ノ離婚ヲ為ストキハ其協議ヲ以テ其一方ヲ親権者ト定ムルコトヲ要ス

②裁判上ノ離婚ノ場合ニ於テハ裁判所ハ父母ノ一方ヲ親権者ト定ム

③子ノ出生前父母カ離婚シタル場合ニ於テハ親権ハ母カ之ヲ行フ但子ノ出生後父母ノ協議ヲ以テ父ヲ親権者ト定ムルコトヲ得

④父ヲ認知シタル子ニ対スル親権ハ父母ノ協議ヲ以テ父ヲ親権者ト定メトキニ限り父之ヲ行フ

⑤第1項及ヒ前2項ノ協議調ハサルトキハ家事審判所ハ父又ハ母ノ請求ニ因リ協議ニ代ハル審判ヲ為スコトヲ得

⑥子ノ利益ノ為メ必要アリト認ムルトキハ家事審判所ハ子、親権者又ハ子

ノ親族ノ請求ニヨリ親権者ヲ他ノ一方ニ変更スルコトヲ得」

(か) 6月16日案など、同日家審法第一案、第二案

唄・条文変遷表によれば、6月13日案（仮決定）、同月16日民法改正案改案（6月18日案）があるが、6月9日の上記「氏に関する民法改正案の改案（起草委員会案）（昭22・6・9民印）」と「民法改正案の改案（起草委員会案）（昭22・6・9民印）」の骨格はそのままである。

6月16日家審法第一案（昭和22・6・16民印）は、全24カ条に縮小された。8条1項に甲類と乙類の区分けはあるが、どのような審判事項がそれぞれ属するかは「略」とのみ記載されてある。

6月20日民法改正案改案は司法省とGHQとの会談によって修正しそれまでの修正を全面的に整理したものである⁵⁵。同日家審法第二案（昭和22・6・20民印）は、全23カ条である。8条1項に甲類と乙類の区分けがあり、甲類事項には全39号、乙類事項には全10号がある。

家審法第二案の乙類事項の各号の民法条項案は、以下のとおりである（家審法9条1項乙類事項と同じである）。

- 1号 民法790条の規定による夫婦の同居その他の夫婦間の協力扶助に関する処分
- 2号 同法796条2項及び3項の規定による財産の管理者の変更及び共有財産の分割に関する処分
- 3号 同法798条の規定による婚姻より生ずる費用の分担に関する処分
- 4号 同法812条1項又は2項（……）の規定による子の監護者の指定その他の子の監護に関する処分
- 5号 同法812条ノ3第2項（……）の規定による財産の分与に関する処分
- 6号 同法812条ノ4第2項（……）又は1001条ノ2第2項の規定による同条第1項の権利の承継者の指定
- 7号 同法878条5項又は6項の規定による親権者の指定又はその変更⁵⁶

55 唄・選集1巻210頁。

56 家審法6月20日の乙類7号案（民法改正法案878条5項又は6項）が初めて「親権者の指定」という表現を採ると同時に「親権者の指定又はその変更」という表現を採用して、同

8号 同法954条乃至957条の規定による扶養に関する処分

9号 同法998条乃至999条の規定による推定相続人の廃除及びその取消

10号 同法1011条2項及び3項の規定による遺産の分割に関する処分

（き）6月24日民法改正法第7次案

同法第7次案は、GHQとの折衝等によって第6次案に更に修正が加えられた。まず、条文の体裁は、この案から全部改正の形式が採られ、かつ口語体に改められている。子の氏の変更に関する規定が大幅に改められて昭和民法791条の1カ条に総括的に規定された。すべて、子が自らその氏を変更する行為として規定される点、家事審判所の許可にかからせた点、未成年者の子に限られない点等が同法第6次案と異なる。それと共に、親権と氏との関係は全く切り離され親権者に関する昭和民法819条の規定が成立する（第6次案878条案では「離婚シタルトキ」を第7次案は協議離婚「をするときは」に改めた）と共に、親権辞任の規定が入った。また、生存配偶者は氏とは関係なくその意思表示によって姻族関係を絶つことができるものとされ、その際の系譜等の承継に関する規定が置かれた。以上は、我妻・経過302頁による。

同法第7次案の819条は、以下のとおりである（昭和民法819条と同文）。

- 「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。
- ③ 子の出生前に父母が離婚した場合には、親権は、母がこれを行う。但し、子の出生後に、父母の協議で、父を親権者と定めることができる。
- ④ 父が認知した子に対する親権は、父母の協議で父を親権者と定めたときに限り、父がこれを行う。
- ⑤ 第1項、第3項又は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、家事審判所は、父又は母の請求によって、協議に代わる

じ7号に属する乙類事項とした。すなわち、共同親権を有していた夫と妻が、離婚をするときに、片方を親権者に定める、すなわち「指定」する協議または調停をすることができる事項と定めたのである。そうだとするとここでは、878条5項が1項の協議調わざるとき「協議ニ代ハル審判」は乙類事項についてするものと読むことは十分に可能である。第7次案819条でも同じである。

審判をすることができる。

⑥ 子の利益のため必要があると認めるときは、家事審判所は、子の親族の請求によって、親権者を他の一方に変更することができる。」

（く）検討 その1

以上のGHQとの審議中期は、起草委員ほか全立案担当者は、民法改正法案の条項案を策定するに当たり、家事審判事項とするか否か、審判事項とする場合には甲類事項または乙類事項にふり分ける法的効果、換言すれば、その手続法上の意味を意識しつつ、民法（家族法）上の条文言言として①「協議」「協議調ハサル」を定めた規定群（乙類事項）、②「協議」を定めない規定群（乙類事項）、③家事審判所の「許可」「処分」「選任」「宣告」その他の文言を定める規定群（甲類事項）、④当事者間で「定ムル」という文言その他を定める規定群、として正文に定めたと考える。ただし、筆者は、家族法全条文について、こうした観点から網羅的に検討することはできていないことをお断りする。

次に、家事審判事項を甲類事項と乙類事項にふり分けることの理論的な整理が進んだ段階にあることを前提に考えるとき、離婚とこれに伴う親権者を「定ムル」（民法改正法第7次案819条案1項、3項、4項は協議と親権者の定めとがセットになった）・「指定」（家審法9条1項乙類7号の審判事項の文言は「定める」ではない）に関する規律は、もっとも難しい論議があった⁵⁷。

まず、民法改正に当たり、立案担当者は、夫婦が共同して親権を行使することは昭和戦前期からの基本方針として確定しており、これを実現する好機と捉えていた。しかしながら、夫婦が親権の行使について意見が異なる場合について、法が強制的に介入する必要があるのか否かについては、昭和戦前期の前提（家制度、戸主権）と新憲法の制定による前提（家制度の廃止、男女平等原則）とは全く異なるので、起草委員をはじめ立案担当者間には、か

57 我妻・経過163頁は、この条文を「親権と後見」の大項目の下に「親権者の決定は最後まで問題となる」という小項目で論議している。我妻は、編者であるから、小項目の決定には主たる立場に関わったと推測できる。民法の「定める」と家事審判法の「指定」のいずれも取らず、「決定」を採る意味は何か、不明である。

なりの温度差があった。それは学者担当者間だけでなく、実務家担当者間においてもそのように考えざるを得ない。たとえば、婚姻のはじめに住所の決定や氏の決定について夫婦の「協議」を入れた条文案があらわれては消えた経過、子の氏の決定について「協議」の語を入れた条文案が連続して存していた期間における根拠・理由や、その後の変遷をたどるとき、その理解は容易ではない。それだけ意見の違いがあったのであろうし、GHQとの対応においても難しい決断を迫られていたものと解される。

そこで、立案担当者自身は、この点どのように整理して考えたのかを次に検討する。

（け）検討 その2

6月9日の前記「氏に関する民法改正案の改案（起草委員会案）（昭22・6・9民印）」836条ノ3案は、昭和民法791条へと続く条文案であり（堀内・続研究1095頁）、従前の条文案にあった協議の語を全て除き、もって家事調停の対象から排除し、その代わりに家事審判所の許可という甲類審判の対象事項としたのである。大きな転換点であった。

同日の前記「民法改正案の改案（起草委員会案）（昭22・6・9民印）」878条案は、民法改正法第3次案878条から定まっていた規定を大きく転換させた画期的な条文案である878条「父母カ協議上ノ離婚ヲ為ストキハ其協議ヲ以テ一方ヲ親権者ト定ムルコトヲ要ス」であり、民法改正法第7次案819条を経て、昭和民法819条に至ったものである（堀内・続研究1096頁）。親権者を定めることを協議ですることとし、協議（あるいは家事調停）と裁判（離婚訴訟あるいは家事審判）との接合という昭和戦前期の立法構想を踏まえて整理したのである。この規定は、親子法だけでなく、離婚法の骨組みに関しても、大きな転換点を示した。

- a 明治民法788条、789条に関係する子の氏の問題について昭和民法791条へと収斂していく経過を整理すると、以下のとおりである（我妻・経過152頁）。

村上朝一は、以下のとおり説明する（我妻・経過153頁。なお、101頁（奥野健一発言）、102頁（我妻発言）参照）。

まず、民法改正法第1次案、第2次案（沼津案）までの考え方は、共同生活をしている親子が、親の氏が変わるときは、子の氏も変え、引き続き同一の氏にする必要があるので、父または母の婚姻による氏の変更の場合の連れ子の氏、生存配偶者の復氏の場合の子の氏、離婚による復氏の場合の子の氏、認知の場合の子の氏、父母が養子になった場合の子の氏、父母が離縁により復氏した場合の子の氏、子の氏が変わった場合の孫の氏、これらについて、それぞれ子をして自己と同一の氏を称させることができるという規律であった。

民法改正法第3次案（山中案）以降、同法第6次案は「未成年の子を引き取りて自己と同一の氏を称させることを得」であり、「引取りテ」という文言が加わった。これは、もともと氏というものは共同生活の実体⁵⁸を伴うものであるところ、条文に子を取るという文言を加えることにより一層明確化した。ただ、この表現は、引取入籍という家制度的な「家に引き取る」旨の誤解の恐れもあり、日本側も修正を検討した後、同法第7次案では「引取りテ」を落として、いろいろな場合の氏の変更をすべて791条1本にまとめたのである⁵⁹。しかし、不便になった点もある。たとえば、連れ子の氏を改める場合、協議で連れ子の氏は変えられるのだから、協議ができれば連署した届書を出せばよかったことが常に家事審判所のチェックを受けなければならない厳しい枠組みが課せられてしまった（我妻・経過157頁（村上発言）参照）⁶⁰。氏の変更を国の統制、それも裁判所だけではなく法務省が管轄する戸籍法の統

58 立案担当者らは、家族共同生活の実体を「氏」との関連でみていた結果、子の監護および教育という共同監護、共同養育という子の利益との関連での具体的な生活実態に関する立法上の考量事由の検討を軽視していた。その結果、家審法上の親子法との関連における手続上の論議もまた手薄となってしまった。

59 小沢は、6月9日案で協議とからんだ諸規律をすべて切り落として、家事審判所が判断する子の氏の変更の許可に割り切って一本化して、民法改正法第7次案と同じものになったという（我妻・経過156頁、158頁）。

60 堀内・研究269頁、290頁は、戸籍制度と徳川時代の人別帳（所帯員の変動の公証制度）との関連から791条の画一性を批判する。現在、人別帳の研究が深まっていることにかんがみて、慎重にはあるが、そうした研究を見守ることになる。なお、落合恵美子「徳川日本の家族と地域性研究の新展開」、同「日本における直系家族システムの二つの型」落合恵美子編著『徳川日本の家族と地域性』（ミネルヴァ書房、2015）1頁以下、279頁以下。平井晶子「宗門人別帳の記載形式－記載された家族を読む－」同書435頁以下参照。他に掲げるべき文献は多いが、本稿の性格上、控えさせていただく。

制下に置いた点で、意図的か否かは暫し措き、昭和戦後期における影響は小さくなかった。民法上の論理としては、氏と実体を分離したのであるが、戸籍法の処理に関して戸籍上の記載に関する国民感情（我妻のいう社会実態）をどのように扱うかの点については、「家」制度の残滓論という分かりにくい社会問題あるいは法的问题を残した面は否めない。

b 父母が離婚した場合の親権者を定めることについて、以下に触れる。

まず、明治民法877条1項本文は「子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス」とあったが、民法改正法第2次案（沼津案）877条1項は「成年ニ達セサル子ハ其子ト氏を同シクスル父母ノ親権ニ服ス」として「氏を同じくする」ことで賄おうとした。しかし、民法改正法第3次案（山中案）から同法第6次案の878条1項本文は「父母カ離婚シタルトキハ親権ハ父之ヲ行フ」とし、同条2項は「父又ハ母カ第812条ノ2第2項ノ規定ニ依リテ子ヲ引キ取りタルトキハ親権ハ前項ノ規定ニ拘ハラス其父又ハ母之ヲ行フ」（第812条ノ2第2項は「前項ノ場合ニ於テハ当事者ノ協議ヲ以テ其子ヲシテ自己ト同一ノ氏ヲ称セシムルコトヲ得……」）であり、同法第6次案の878条1項本文の「父之ヲ行フ」が、違憲の疑いがあったので、日本側では、GHQには示さなかったが、前示4月12日878条案で「離婚シタルトキ」親権者は父母の協議で定めることとし、4月14日案、17日案で更に練り上げていた。他方、GHQも、民法改正法第6次案878条案は違憲の疑いありと指摘し、「親権者は協議で決めたらいい、それをきめることを協議離婚の要件にしたらどうか、という提案」をした（我妻・経過164頁（小沢発言）。第5回5月16日会談）。その後、上記した昭和民法791条への1本化の整理ができたところから、一気に5月28日878条案を策定して確定するに至り、その後、昭和民法819条となった。

（c）検討 その3

以上の司法省担当者小沢による878条5項（819条5項）の規律があらわれた理由の説明は、我妻が「ちょっと注意しておく必要があることは、『協議が調わなかったら家事審判所に持っていくこと』という点です。」と述べて、協議調わざるときの理解について詳しい説明を促したからである（我妻・経

過165頁）。小沢は、上記のように客観的な経過を述べたが、我妻榮は民法の規定と家審法の規定を総合した規律に重要な変更があったことを指摘し、同時に、夫と妻の共同親権原則を制限することは当たり前であるという論理を展開したのである⁶¹。すなわち、まず、民法改正法第3次案（山中案）878条案は、812条ノ2第3項の「協議が調わざるときは裁判所の許可で協議に代えることができる」⁶²旨の規律は、「許可」という甲類事項の表現と協議の関係との整合性には問題点があったので、果たして協議に代えるという文言は適切かという理論的難点があった。日本側は、4月12日878条案で、1項は父母の協議を以て親権を行う者を定め、協議調わざるときは裁判所これを定めるとし、14日案ではこれを1項と2項に分けて条文化し、17日案では878条1項は「父母ハ其協議ヲ以テ」と改め、2項を「協議調ハサルトキハ」は父母の「請求」により「協議ニ代ハル審判」をすることができる⁶³と改めた。これにより、親権を行う者を定めることは、協議の対象として乙類事項に属するとした上で協議に代わる審判をすることができる、という案が完成していたのである。ではなにゆえに、4月の案をGHQに提出することをためらったのかである。筆者は、この段階までは、応措法6条の趣旨（離婚後の共同親権の考え方）は存続していたと解する余地があり、協議をする父母が離婚後の単独親権者を「指定」という考えはなお明快ではなかった。つまり、共同親権を有する夫婦が離婚に際して一方の顕在的な親権者（他方は潜在的な親権者になる）を選択的に定めるという法解釈と離婚時に新たに（単独の）親権者とい

61 我妻のいう「共同親権」の考え方は、家の主権者である親という意味の親権を行う者という考えから、完全に脱却仕切れていないという評価はできる。そうだとしても、親権者の指定・変更の制度を乙類事項に位置づけて（細部に後記論議は残る）、協議離婚はいうまでもなく、裁判離婚においても協議が調う場合にはそれが優先するという原則（付調停という調停前置の思想）を貫いた家族法立法の基本姿勢は、具体的な人間像を法律の中に持ち込もうとする意思をうかがわせる。我妻のこうした複雑さのゆえに「家」制度の一部存続論者であったとみるのは、相当と考えるが、一面的でもある。なぜなら、「法律の世界に人情と道徳をもちこむことを生涯の使命とされた先生」（我妻榮「穂積重遠先生」法律時報26巻8号1頁（1951）穂積重遠の継承者は我妻であるという指摘があるからである（大村敦志『穂積重遠』（ミネルヴァ書房、2013）149頁）。

62 この参考条項案は、1941年（昭和16年）8月整理にかかる人事法案（仮称）親族編80条2項「夫ガ正当ノ理由ナクシテ同意ヲ為サザルトキハ家事審判所ノ許可ヲ以テ其ノ同意ニ代フルコトヲ得」である。ただし、この条項は削除された（堀内・研究944頁）。

う資格を創設的に付与する「指定」と解するという法解釈との違いはなお不明瞭であったためではないかと考える。ところが、5月16日のGHQとの折衝において、親権者を定めることを協議離婚の要件とすべき旨の提案を受けて、離婚協議の一こまとして協議対象である乙類事項として878条（819条）を位置づけることを確定し、次いで、5月28日878条案を確定したのである。同条案は、GHQの提案に従うようにみえるが、同条の1項は「父母ハ協議上ノ離婚ヲ為ストキハ其協議ヲ以テ其一方ヲ親権者ト定ム」、2項は「裁判上ノ離婚ノ場合ニ於テハ裁判所ハ父母ノ一方ヲ親権者ト定ム」として離婚の前後で共同親権の原則を断絶させたこと⁶³、「其協議」とは協議離婚の協議を指すものとする条文案を策定したのではないか。この点については、協議の意味を考究する観点から5月28日878条案の文言と家審法案の条文文言との関連性その他を調べた後に、再度検討したい。

（4）「民法改正要綱の理由と改正民法について」

先行研究（史料民法典1287頁以下）により紹介された作成者・作成年月日不詳の「民法改正要綱の理由と民法改正について」（底本）がある。筆者は、この底本を未見であるが、その記載内容を検討すると、①1946年（昭和21年）9月11日民法改正要綱案・司法法制審議会第三回総会決議である要綱第1から

63 我妻は、「父母が離婚しても共同親権にしておくことはできない、これは司司令部でも認めている。どちらか一方にしなければならん。」「問題は、むしろ親権と氏とか実際生活とかの結びつきをあきらめてしまって、ただ親権そのものの協議とってしまって満足するかということだね」（我妻・経過168頁）という。この議論の仕方は、監護のあり方を思えば親権の共同行使は無理だという論法である。仮に、GHQが「監護権」をcustodyと想定していたならばやや強引である。にも拘らず、座談会出席の立案担当者の考え方は一致している。筆者は、父母平等理念の徹底の面では当時の世界の立法例のなかでも最も進歩的との評価（利谷・前掲注（51）「家族法の実験」110頁、田中通裕『親権法の歴史と課題』（信山社、1993）277頁、大村敦志「民法典後二編（親族編・相続編）の改正」『消費者・家族と法』（東京大学出版会、1999）177頁。初出は1998）にかんがみて、当時の時代状況では無理もないと考える。立案担当者の意識は、婚姻制度内部で両親が子に対して平等の立場でふるまうことを「共同親権」として肯定した（父母平等主義）が、婚姻終了後などの婚姻制度の外部関係（社会一般の実際生活）では男性（父）と女性（母）が平等に子に向き合うべき男女平等主義の採用までは反対であったのだろう（外部関係でも男女平等主義に賛成する意見があったか、そうした立場は親権者の法的意味との関連を十分に詰めたか、は後記注（65）記載の異論の検討を含めて、今後の研究課題である）。なお、石川・前掲注（43）231頁～241頁参照。

第42の記載であることが分かる。また、②要綱毎に明治民法と昭和民法の比較した解説があり、③各末尾に「○」の符牒の下に昭和民法の条文の記載等、の3つの部分があり、いずれも司法省の職員が作成したものと推定される。

次に、その作成時期をみるに、たとえば、上記③の部分は、昭和民法819条については改正条文が明記されているので、1947年（昭和22年）6月24日民法改正法第7次案が策定された後に、書かれたものと推測される。

②の部分は、解説部分に協議について言及していない箇所については逆に協議の語の初出時期から作成時期を推測することができる。たとえば、財産分与を定める要綱第17に協議に関する解説はない。協議の語が財産分与の条文に入ったのは同年1月4日民法改正法第5次案であるから、この解説部分はそれ以前に作成されたと推測できる。また、離婚による復氏の際の権利の承継（昭和民法769条）の条文に協議の語が入ったのは前年12月2日の同法第4次案であるから、この解説部分もそれ以前に作成されたと推測できる。こうした点にかんがみれば、異なる時期にそれぞれ書き加えられた文書に、改正作業の最終段階のころに改正条文を簡潔に書き加えたものと推測することができる。

（あ）要綱の解説部分と協議

「民法改正要綱の理由と民法改正について」の解説部分に協議の語を含むものとしては、史料民法典1287頁以下によると、要綱第13（協議離婚には父母等の同意は不要）、第14（詐欺又は強迫による協議離婚の取消）、第16（父母が離婚するときは子の氏および子の監護をなすべき者その他監護につき必要なる事項は協議によりこれを定め、協議調はざるときは裁判所これを定むるものとする）、第20（父が認知をなす場合は子の監護をなすべき者其の他監護につき必要なる事項は父母の協議によりこれを定め協議調はざるときは裁判所これを定むるものとする）、第26（協議による離縁につき第13および第14に準ずる）、第29（父母共にあるときは親権はその共同行使を原則とし、第3者の保護に関しては別に適当な規定を設ける。父母が離婚するときは子に対し親権を行う者は父母の協議によりこれを定め、協議調わざるときは裁判所これを定めるものとする。父が認知をなす場合も前項に準ずる）、第37（遺産の分割につき共同相続人間に協議調わざるとき等）、がある。

以下では、そのうち要綱第29の大綱をみる。その文中では便宜上、原文の「改正民法」は「昭和民法」と改めることをお断りする。

要綱第29の解説（要旨）（史料民法典1302頁）は、以下のとおりである。

（一）昭和民法⁶⁴は「親権は、父母の婚姻中は、父母が共同してこれを行う。但し、父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が、これを行う。」とし、親権共同行使を「父母の婚姻中に限った」のである。

（二）親権は父母が共同して行うものとしたが、父母が離婚した後は困難なるのみならず不能であるから、親権を行う者は父母の協議によって定め、協議が調わないときは、裁判所がこれを定めることにした。

昭和民法は、親権を父母が共同して行うのは、父母の婚姻中に限ったから、父母が離婚すると、親権の個々の行使になるので、「離婚のときは必ずその一方を親権者と定めなければならないことにした。すなわち、親権者を定めることを離婚の要件とした。」のである。この点について、「協議が調わなければ家事審判所の審判がこれに代わる」と述べる。なお、子の利益のために必要があると認めるときは、右の親権者を、家事審判所が変更することができる。

（い）要綱第29の上記解説の特徴は、3つある。

第1は、親権の共同行使を「父母の婚姻中に限った」としている。この点、異論があったことは注目される⁶⁵。

第2は、昭和民法819条は、離婚の際に父母の協議により親権を行う者を定めると規定するが、それを「離婚の要件とした」（裁判離婚と協議離婚を含む）と解説する。GHQから親権を行う者を定めることを協議離婚の要件と

64 「民法改正案の改案（起草委員会案）（昭22・6・9民印）」877条3項本文案は「親権ハ父母ノ婚姻中ハ父母共同シテ之ヲ行フ」である。昭和民法818条3項本文に至る。この「父母ノ婚姻中ハ」の文言はまことに重要な法的な意味を有する。逆に、この規定文言を削ったときに関連して消えるべき規定を考えると、民法体系上子の利益に関する仕組みは一変する。そうした法規制を定めた意味をどのように考えるべきか。

65 中川善之助「民法改正二十年 回想録拾遺集・10」法学セミナー155号（1969）54頁は、多数の者は婚姻期間に限ることが穏当としたという。筆者は、当時から離婚後の共同親権あるいは共同親権者という異論があったことから伺われるように、民法818条3項の「婚姻中」と限定したことから導かれる単独親権者の考えの論拠は弱いと考える（柳川・前掲注（15）11頁参照）。

するとの提案は1947年（昭和22年）5月16日であり、離婚の要件としたのは5月28日878条案であった。この点は、第1の結論を受けての結果であろうが、ほぼ同時期に確定した可能性もある。

第3は、協議が調わなければ「家事審判所の審判がこれに代わる」と明言する点である。家事審判所の審判が協議に代わるとすると、裁判離婚は人事訴訟手続法による判決をさすはずであることと抵触する。この解説は「親権を行う者は父母の協議によって定め、協議が調わないときは、裁判所がこれを定めることとした。」（史料民法典1302頁）と記述する。したがって、離婚判決をする「裁判所」と協議に代わる「審判」をする「家事審判所」とは、明瞭に書き分けているのであるから、「裁判所」が定めるところの“代わる「審判」”は乙類審判ではない。では、裁判所の定めとは何をさすのかは触れていない（なお、家審法要綱案（幹事案）第22～第24参照⁶⁶）。仮に、この部分の解説を書いた時期を同年5月下旬から6月初旬（6月9日878条案⁶⁷）と推測すると、家審法第3次案（全166条）が家審法第一案（全24条）に転換しつつある時期、家審法案の立法過程における空白期間とでも評しうる時期に当たる。

（5）GHQとの民法改正法案審議最終期と家審法案審議の開始（民法改正法第8次案、同年7月14日から家審法案についてGHQと折衝開始）

（あ）民法改正法第8次案 7月11日国会提出案

同法第8次案は7月11日に作成され、同月13日に閣議決定し、23日に第一国会に提出されたのである。確定した第8次案は、親族・相続に関する部分については無修正で国会を通過した（許202頁）。なお、第8次案で「区裁判所」が「簡易裁判所」に改められた（我妻・経過109頁（村上発言））。

（い）GHQとの家事審判法案の審議（同月14日から31日）

司法省は、同年7月14日から31日まで9回にわたり、GHQと家審法案につ

66 拙稿「調停前置主義と乙類審判事件（上）」家裁月報52巻9号63頁、65頁以下（2000）参照。民法立案担当者と家審法立案担当者は、家事審判事項を甲類事項と乙類事項を区分けすることの手続法的考察を深めるのと並行して、常に離婚訴訟事件、その他の人事訴訟事件を前置調停との関連でいかなる制度（家審法24条。なお、家事事件手続法284条参照）を作るかを検討していたのである。

67 6月9日878条案2項（裁判離婚における親権者を定める）については、同条5項の協議に代わる審判は適用にならず、整理されてある。

いて質疑を重ねた。司法省は主として小沢文雄、豊水道祐、服部高顕の3人が担当したが、第3回は奥野健一、第6回は古関敏正も出席している。GHQ側の担当者は主としてブ氏である。以下、堀内・研究1179頁～1198頁により触れる。

a 第1回7月14日会談録 会談の前提となった法案は家審法案（2月4日印刷⁶⁸）であった。家審法の全体について法律事項と最高裁判所規則事項に関する論議が多くを占めた。ブ氏は、家事審判所の手続のうち重要なものは国会で決められるべきであると述べたが、司法省は、ルールに任せてよいと考えたと答えた。ブ氏は、民事訴訟法の国会提出に先立ち、なぜ家審法案だけを提出するのか、と質した。司法省は、その理由として、①民法改正法案中に「家事審判所」が出るのでこれが分からないと民法の審議もできないから、②家事審判手続に民事訴訟法を準用しないから、③家審法案は裁判所構成法（2条、8条、16条など）と手続法を含むからの3点を述べた。この点は、第2回会談でも、司法省は強調したほか、家審法8条に多数の審判事項を列挙して、甲類事項と乙類事項に分けることの重要性をるる説明した。

b 第3回7月16日会談録 家事審判所という名称がほぼ決まり、判決手続ではなく、決定手続で処理する方向で双方は一応の了解に達した。調停における協議のあり方と裁判所の介入の仕方に関しては、家審法24条の前身となる条文案が意味する調停と審判のあり方、そのつながり方について、ブ氏は離婚したくない夫婦に対して離婚を命じる調停をすることが可能にみえるが不当でないか、と質した。司法省は、そうした内容のいわゆる職権調停はありえず、双方が離婚したいが分与財産額が決まらない場合に働く規定であると答えた。この条文案は、その後幾度も質疑があったが、司法省が職権調停という考えを洩らしている点は興味深いものがある。これらについては次項で触れる。

(う) 6月30日家審法法制局終了案22条

68 堀内・研究1182頁は「(昭22・2・4印刷の法案)」とあるが、家事審判法第3次案であるならば「4日」は「24日」の誤記と解する。同書397頁、422頁以下参照。

G H Qとの審議は家審法法制局終了案22条を前提に始まった⁶⁹。この審議は、家事調停のあり方、審判へのつながり方について質疑を繰り返した重要なものである。

7月17日第3回会談で、司法省は家審法案（法制局終了案の改案）22条を以下のとおり示した（堀内・研究1190頁）。

22条 「家事審判所は、調停委員会の調停が成立しない場合において相当と認めるときは、調停委員会の意見を聴き、当事者双方のために衡平に考慮し、一切の事情を覘て、職権で、当事者双方の申立の趣旨に反しない限度で、事件の解決のため離婚、離縁その他必要な審判をすることができる。この審判においては、金銭の支払その他財産上の給付を命ずることができる。

前項の規定は、第8条第1項乙類に規定する審判事件の調停については、これを適用しない。」

7月24日第7回会談および同月28日第8回会談で、司法省は家審法案（法制局終了案の第2改案）22条（前と同じ）、同法案（同終了案の第3改案）22条（前と同じ）、同法案（同終了案の第4改案）23条（異議の申立など）を示したのである（堀内・研究1195頁、1197頁）。

そして、家審法最終案（昭和22・8・4民印）24条として同じ文言で確定した（堀内・研究1203頁）。同月同法案は第1国会に提出され、同月14日に衆議院司法委員会で提案理由が説明され、「家事審判法案提案理由説明」の中で始めて「調停前置主義」の言葉が急にあらわれたことは衆知のとおりである（堀内・研究1205頁）。

（え）検討 その1

昭和民法766条は明治民法812条を踏襲したものであるという説⁷⁰に対する

69 1946年（昭和21年）12月26日の家審法第1次案155条（乙類事項には不適用であることは、以下総て同じである。堀内1121頁）、第2次案156条（堀内・研究1159頁）、第3次案156条（堀内・研究1159頁）、6月16日家審法第一案19条（堀内・研究1164頁）、6月20日同第二案19条（堀内・研究1170頁）、6月30日家審法法制局終了案22条（堀内・研究1176頁）となる。

70 許「親権と監護」258頁、259頁は2011年（平成23年）の民法改正による766条で始めて明治民法812条と決別したと説く。筆者は、昭和民法（家族法）の協議および家事審判法の検討不十分さが影を落とした同法766条の解釈、学説に基づく理解であり疑問に思う。

疑問を、協議という正文の解釈を行う立場から、以下に述べる。立法過程上、この両条の間に存する、人事法案90条1項～3項、91条（史料民法典1264頁）は、以下のとおりである。

人事法案90条「①父母ガ離婚シタルトキハ子ノ監護ハ父ニ属ス

②父ガ離婚ニ依リテ婚家ヲ去リタルトキハ子ノ監護ハ母ニ属ス

③父母ハ其ノ協議ニ依リ前二項ノ規定ニ拘ラズ子ノ監護ヲ為スベキ者ヲ定ムルコトヲ得」

人事法案91条「子ノ利益ノ為必要アリト認ムルトキハ家事審判所ハ前条ノ規定ニ拘ラズ子ノ監護ヲ為スベキ者ヲ定メ又ハ其ノ監護ニ付相当ノ処分ヲ命ズルコトヲ得」

明治民法812条は、戸主権に支えられた親権を修正する役割を担った⁷¹が、それは江戸時代以来の伝統を踏まえて明治前期に根強く存続した熟談・熟議等離婚制度⁷²の影響である。同条が定めた協議の公正さを保持するものとしては親族会が期待されたが、同制度は西洋流の制度であり行き違いが生じた（穂積重遠⁷³）と批判された。我妻榮、中川善之助らは人事法案90条3項、91条により家事審判所が子の利益のため必要があるときは「子ノ監護ヲ為スベキ者ヲ定メ又ハ其ノ監護ニ付相当ノ処分ヲ命ズルコトヲ得」という条項を策定した。人事法案90条3項は、子の監護に関する協議を含むと読め、91条は、子の利益のために必要があれば、離婚後に限り、その協議対象に国が介入・支援する旨を明文化したものと解される。ただし、人事法案90条、91条には「協議調ハザルトキ」までは明文化できていない点でなおあいまいさは残る。これに対して、昭和民法766条1項は、協議上の離婚をするときは「子の監護をすべき者」「その他監護について必要な事項」を離婚前（主に別居中）の父母の協議で定められうること、親権者の指定が調わなければ協議離婚はできないが、監護者については離婚前から家庭裁判所は離婚とは別個に「こ

71 明治民法812条1項の協議の意味は協議離婚をするための協議であり、子の監護者を定めるためだけの協議ではない。

72 拙稿・協議の意義と系譜（上）122頁。

73 拙稿・協議の意義と系譜（下）172頁。

れを定める。」建付けである。同条1項の文言を素直に読めば、離婚後に限るべきことが明らかであるとはいえないように読める。来栖三郎が問題提起した協議離婚の際の親権者の定めと監護者の定めと並列構成を採用した昭和民法（家族法）の立場⁷⁴は親権者と監護者の定めとの関係において「根本的に検討すべきものであった⁷⁵」。それゆえに、家審法上、上記並列構成の関係において一般家事調停事項と乙類事項との関係も明晰な検討にまでは至りにくいことになる。家審法法制局終了案22条から家審法最終案（昭和22・8・4民印）24条までに至る間にGHQとの審議が最後まで続けられた所以であろう。以上によれば、民法上の上記並列構成の可否という問題は、最終的には、家審法上の手続構成をどのように解釈・適用するかを解明しなければならない。現在においては、家事事件手続法における子の利益、子どもの手続代理人の問題、離婚調停と面会交流の関係に踏み込まない限り、本当の解決には至らないのである。

（お）検討 その2

家審法第二案（昭和22・6・20民印）の乙類7号の事項に民法878条5、6項に関して「親権者の指定・変更」の語が初出した（堀内・研究1169頁）。6月24日民法改正法第7次案で878条5、6項は民法819条5、6項と整理され、同月30日家審法法制局終了案の乙類7号の事項も819条5、6項と明定された。この

74 昭和民法766条1項と819条1項は「父母が協議上の離婚をするときは、」その協議で定めるという同一の文言・構造をとる。「離婚をするとき」とは離婚はしていないが、離婚意思は確定しているとの文意である。しかし、民法上協議の正文と家事調停の手続を法制化する最終段階で立案担当者は、「シタルトキ」と「為ストキ」「するとき」と変遷するなかで、処理対象が離婚の協議であるから離婚意思の確定前の段階である離婚の合意に至る準備行為・交渉過程、正確には、合意に至る意思形成過程に対する介入・支援を意味すると気づいたと思われる。ただし、その点を手続法として整理し切れていなかった。今も解明し切れなかったとはいいい難い状況であるから、客観的な事実をいうのみである。

75 石川・前掲注（43）231頁は、民法766条3項〔平成23年改正後の766条4項・筆者注〕は不必要な条文であるとする。なお、2011年（平成23年）改正にかかる民法766条の1、2項については、子の監護に関する必要な事項に関する処分、面会交流、監護費用の分担は別表第二事項としての独立性を明快にしたので、監護者の指定との関係、監護者の指定と親権者の指定・変更との重複性の有無については検討すべき点が多く、留保したい。まさに一層、根本的検討が待たれる。

時点で、昭和民法と同じ819条が完成したが、民法819条1～3項は「親権者を定め」との文言であるが、家審法9条1項乙類7号は「親権者の指定」と異なったままである。しかし、819条6項は「親権者を他の一方に変更する」との文言であり、家審法乙類7号は「親権者の……変更」と同一の表現に統一された。離婚の成立要件である親権者の定め、または指定の違いは、家審法の乙類事項としての親権者の指定とその変更における手続上の仕組みに何らかの影響はなかったのか、を検討する必要がある。

この点について、筆者は、立案担当者が時間的な余裕なく詰め切れなかったか、立案担当者間に立法政策上の争いがあったのであいまいさを残したのか、は留保した上で、大要、以下のような対立が存したと考える。

第1の立場はこうである。離婚するときは親権者を定めること（指定）とは、乙類事項ではなく一般家事調停事項であるから、調停調わざるときは「協議に代わる審判」、すなわち、家審法24条審判をすることはできる。しかし、この審判は異議があれば失効し、当事者は改めて地方裁判所に離婚訴訟を提起して、離婚および親権者の指定の判決を得るという手続に進む。したがって、乙類7号の文言解釈は、親権者の定めは離婚の成立要件であるとする民法819条2項を優先させ、同号所定の民法819条5項による同条1項の審判事項から離婚に伴う親権者の指定は排除されるべきであると、一部縮小した解釈をすべしという立場である。

第2の立場はこうである。家審法9条1項の乙類7号の親権者の指定には「離婚をするときは」も含むと文字とおりに解釈し、一般家事調停としての離婚調停（その後、夫婦関係調整調停と呼んだが）で、調停離婚と同時に乙類審判としての親権者指定の審判、つまり「協議に代わる審判」に委ねるという内容の調停を成立させられると解釈するという立場である⁷⁶。したがって、

76 離婚調停不調のときは、親権者の指定の乙類調停の申立てが同審判申立てに顕在化して移行し、離婚調停の成立と同時に親権者の指定の乙類事項について審判しなければならないと解する考えもありうる。この考え方は、24条審判活用説に限りなく接近するが、それを超えた立場ともいえる。むしろ、離婚訴訟の提起と24条審判の制度を分けた立法趣旨を否定する立法論ともいえよう。こうした諸説があらわれるのは、条文の文言そのものがあいまいであり、加えて、協議の解釈が不十分な他、審判物の理解も不十分であったからである。安藤・前掲注（28）112頁は「審判の対象いわば審判物

離婚と親権者の指定の間に時間的な乖離が生じる不都合はあるが、柔軟な方式であるとする。また、一般家事調停にのみ適用のある家審法24条審判制度をより広範に適用できることとして職権的な設営を認めるならば上記の乖離が生じる余地は小さくなる。

第1の立場は、親権者を定める（指定）ことを離婚の成立要件とした昭和民法(家族法)の離婚法の大原則を親子法の原則(の一つである子の利益尊重)に優先させた解釈論に見えるが、離婚裁判手続の審理を介して両者のバランスをとりうる余地を残す点で離婚訴訟制度の存在意義を重視するものである。第2の立場は、親権者を指定することを離婚の成立要件とした昭和民法(家族法)の大原則に反する点があり（共同親権行使を婚姻中に限った818条3項に反するとまではいえない、あるいはこの例外的な場合には共同親権の関係が存続すると解するか）、離婚当事者である父母間の合意（協議）を優先させ離婚訴訟制度の存在意義を軽視するかたちで、離婚法を親子法に優先させた解釈論であるともいえる。昭和戦前期における第二期の家事審判所構想（離婚訴訟を家事審判所に移管する）の立場は、より詳細な検討に待つべきではあるが、応措法6条の立場に近い考え方があったのかもしれない⁷⁷。なぜなら、昭和戦前期の民法改正審議では離婚の協議に対する国の介入は夫婦の平等化と子の福祉の尊重という両面で推進しようとしていたからである。

第3節 総括

1 昭和民法(家族法)は、1947年(昭和22年)12月9日成立し、同月22日公布、翌年1月1日施行となった。家審法は、上記12月9日の3日前の6日に法律第112号として公布された。

或いは審判の目的とされているものについて考える」と述べるが、その意義を明らかにしてはいない。この点について、大橋真弓「家事調停手続と『審判物』概念」拙編著・前掲注(26)210頁参照。

77 昭和戦後期から現在に至る家裁実務は、動揺はあったものの、第1の立場が主流であり大方の支持を得た。第2の立場は、離婚協議の時点における父母の合意を優先させるが、子の利益を劣後させるとの批判を免れない。なお、現在では、家庭裁判所は人事訴訟事件の管轄を移管し、家事法284条が制定されたので、離婚の際の親権者の定めと監護者の定めと並列構成を含めて抜本的な検討の必要性が高い。

2 昭和民法（家族法）における協議の条文は、協議離婚および協議離縁の条文以外に、本稿冒頭に紹介したとおりである。その後、1962年（昭和37年）民法の一部改正による民法811条4項の規定（家審法9条1項乙類6の2号）があり、これに関連して同法815条（協議あり）の規定が制定された。1980年（同55年）民法の一部改正による民法904条の2の規定（同法9条1項乙類9号の2）が制定された。

本稿における検討によれば、乙類1号～3号の乙類審判事項に当たる民法752条、758条2、3項、760条の各条文にも「協議」が明定されてしかるべきであった。なぜなら、婚姻関係にある夫婦は良く話し合うべきであるからである。しかし、立案担当者はむしろ婚姻関係にあるから、共同親権の原則を定められた夫婦ではあるが、協議する義務⁷⁸を明定することを回避したと解される。もっとも、立案担当者も協議する必要がないと考えたならば乙類事項に属させなかったはずである。したがって、われわれは上記各条文には協議する義務は当然に存するものとして解釈することになる。乙類9号の乙類審判事項に当たる民法892条から894条の各条文に協議の語はないので、甲類審判事項に属させるべきであったと解される⁷⁹。しかし、立案担当者は被相続人、推定相続人、遺言執行者間において廃除、その取消しに関して調停協議を経るべきであるとして乙類事項に属させたという立法政策上の判断をしたものと解される。

民法の「協議」の正文は、明治前期から立案担当者が営々と論議し、明治民法にこれを採用し、大正期、昭和戦前期に民法改正案（人事法案）・家審法案という総合的法制度を練り上げて、昭和民法（家族法）に至り協議と

78 昭和民法（家族法）立案者は、共同親権の原則の理解についてなお抽象的なレベルに止まり、協議とは合意およびこれに至る交渉過程を含み、その過程に法的側面と感情的側面を含むことの法的整理は不十分であったため、同居生活から共有される合意とこれに至る関係とは何かを詰め切れてはいなかったものと推測される。今もなお明快ではない。

79 金子修『逐条解説家事事件手続法』（商事法務、2013）599頁は、処分できない事項であって協議対象でない以上、家審法の定めを変更して、家事法は別表第一に掲げる事項に属させたという（同『一問一答家事事件手続法』（商事法務、2012）53頁）。昭和民法（家族法）において協議の正文のないことに従った改正であり、支持すべきである。

その手続法として一気に拡大した⁸⁰。まことに長い歳月に耐えて生き続けて、現代社会において開花したものである⁸¹。こうした論議を煮詰める立法過程において親権者の指定は離婚の成立要件とする原則等と調整するなかで、民法766条1項、819条1項に「父母が協議上の離婚をするときは」という珍しい表現の条文が成立した。この「するときは」という文言解釈が昭和戦後期の家裁・地裁の実務運営に対してどのような影響を及ぼしたのかが注目されるのである。また、民法763条の協議の意義も、憲法24条、13条、14条の下において、家審法の調停前置の規律と相まっていかに展開したのかも検討しなければならない。「昭和民法（家族法）と協議（下）」において上記した協議に関する実務と理論に関する学説を整理・検討することとする。

以上

80 協議離婚の際の親権者の定めと監護者の定めと並列構成を採用した昭和民法（家族法）766条1項と819条1項は共に「協議上の離婚をするときは」と定めるが、立法過程においては、民法改正要綱案と民法改正法案とでこの点の文言はあるいは前後し、あるいは変転し（我妻・経過10頁（中川発言、我妻発言）参照）、その影響は後をひいた。なお、並列構成を採った背景には、堀内・統研究128頁、278頁、473頁、481頁～483頁、528頁の大正期立法過程上の争いがあると考えられる。

81 昭和民法766条1項の「その協議」は協議離婚の協議を指すようにも読み、協議の意味があいまいである。2011年（平成23年）改正にかかる民法766条1項の「その協議」は変えなかったが、新設された2項は「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、前項の事項を定める。」と改めた（飛澤知行『一問一答平成23年民法等改正』（商事法務、2011）96頁参照）。すなわち、面会交流、子の監護に要する費用の分担などの事項（別表第二事項）の協議に改めた。したがって、一般家事調停事項である離婚調停が不成立のとき、同時進行中の面会交流などの別表第二調停事項については審判に移行しうる民法上の根拠が定められた。これに対して、こうした改正のない819条1項は、協議上の離婚をするときの協議で離婚と共に単独親権者を定めなければならないとする。従来と同じように一般家事調停事項であることが明らかになり、文言を変えずに上記第1の立場（実務）を追認したものと推測される。この平成改正により、昭和民法（家族法）が採用した819条と766条との並列構成の体系は、小さい一歩であるが、整理が進んだといえるのではあるまいか。