

親権行使者を定める協議が成立していない
にかかわらず、成立したものとごとき離婚
届書に記載され、そのまま受理された協議
離婚の効力・その他

家族法判例研究(五八)

佐藤義彦

名古屋高等裁判所昭和四六年一月二十九日判決(昭和四六年(ネ)第一三三三号 離婚無効確認請求事件)高裁民集二四卷四号四三八頁・判例時報六五六
号六四頁・判例タイムズ二七二号二二二頁―棄却・確定

【判決要旨】 親権行使者を定める協議が成立していないにかかわらず、成立したものとごとき離婚届書に記載せられそのまま受理せられた場合にも、協議離婚は有効に成立する。

【事実】 X男(原告・控訴人)とY女(被告・被控訴人)は、昭和三三年一月二三日婚姻届出をなして夫婦となり、両者の間に昭和三四年八月二三日長男訴外Aが、昭和三七年七月一八日二男訴外Bが出生した後、昭和四五年八月三十一日に協議離婚の届出
親権行使者を定める協議が成立していないにかかわらず、成立したものと
ごとき離婚届書に記載され、そのまま受理された協議離婚の効力・その他 同志社法学 二七卷一号 九五(九五)

親権行使者を定める協議が成立していないにもかかわらず、成立したものと
ごとく離婚届書に記載され、そのまま受理された協議離婚の効力・その他

同志社法学 二七卷一号

九六（九六）

をしている。

右離婚に関する折衝がなされた際には、離婚後におけるAおよびBの親権行使者をだれにするかについての協議はなされなかつたにかかわらず、Xから離婚届書作成とその提出とを依頼されたYは、離婚届の親権者欄にほしのままに自己の氏名を記載して、離婚の届出をすませた。

親権行使者を定める協議が成立していないにもかかわらず成立したもののよう記載されている離婚届書が受理されても、その離婚届は当事者の意思に基づくものとはいえず無効であるとして、Xから離婚無効の確認を求めたのが本件である。なお、離婚をすること自体については合意の成立していることが認定されている。

原審（名古屋地裁昭和四六年二月二一日判決）ではY勝訴。

【判決理由】 およそ夫婦が協議離婚をする場合において、協議によりその一方を子の親権者と定めることは協議離婚の要件であつて、戸籍を管掌する市町村長は右協議の成立したことが認められない限り離婚の届出を受理することができないのであるが、一方において離婚の届出がこれに違反して受理されたならば、離婚はこれがためにその効力を妨げられることはないとされているのである（民法七六五条二項）。本件においては、離婚届書中には前認定のとおり離婚後の二子の親権者としてYを定めるとの記載があつたのであるから、安城市長が右届書を適法なものとして受理したのが民法七六五条一項の規定に違反したものとすることはできないけれども、事案の実体に着目して考えるときは親権者を定める協議がいまだ成立していないのかかわらず離婚届が受理されている点において同条二項所定の場合と何ら異なるところがないから同項の規定の準用があるものと解するのが相当である。すなわち本件協議離婚の効力は、親権者を定める協議が成立していないにもかかわらず成立したものとごとく離婚届書に記載せられそのまま受理せられたとの一事により何ら妨げられることはないといふべきである。よつて、本件協議離婚は無効ではなく、その無効確認を求めるXの本訴請求は失当として棄却すべきものである。（なお、本件においては、離婚後親権を行使すべき者が定められないまま協議離婚の効力が発生したのであるから、二子についてはX、Yの共同親権が現に継続中である。従つて当事者は戸

籍訂正の手續により現に存するYを親権者と定める旨の戸籍上の記載を抹消したうえ、協議によりあらためて親権者を定め、その届出を追完すべきものである。右念のため付言する。）

【参照条文】 民法第七六五条・第八一九条第一項

【研究】 結論に異存はない。

一 現行法上、離婚の要件は、当事者間の自由な合意があることと戸籍の届出をすることの二つだけとされている。本件においては、XY間で夫婦としての結合を解消することについての合意が存在することが認定されているので、その認定の当否は別として（協議離婚直後に当事者の一方から無効確認の訴訟が提起されているような事例にあっては、離婚についての合意が存在しなかった場合も少なくないのではないかと想像される）、第一の要件は一応考慮の対象からはふいてよいであろう。

離婚の届出は、当事者双方および成年の証人二人以上の署名ならびに、離婚する夫婦の間に未成年の子があるときは、離婚後親権を行なう者についての協議がなされたこと、その他戸籍法の定める事項の記載を必要とし、これらいずれかを欠く離婚届は受理されないことになっている（民法第七六五条第一項）。もっとも、証人の署名が真実のものであるか否かならびに離婚後の親権行使者に関する協議が真実なされたか否かおよびその合意どおりの記載が離婚届書中になされているか否かなどについて戸籍管掌者は審査する権限を有していないのみならず、これらの署名や記載の欠けている離婚届が誤って受理されてしまったときでも、そのことによって離婚が無効となるわけではない（民法第七六五条第二項）。その意味において、右の記載事項はいずれも離婚届の受理要件であるといえることができる。

離婚後親権を行なう者の記載についていえば、離婚後の親権行使者に関する合意があったにかかわらずその旨の記

親権行使者を定める協議が成立していないにかかわらず、成立したものと
ごとく離婚届書に記載され、そのまま受理された協議離婚の効力・その他

同志社法学 二七巻一号

九七（九七）

親権行使者を定める協議が成立していないにもかかわらず、成立したものと
ごとく離婚届書に記載され、そのまま受理された協議離婚の効力・その他

同志社法学 二七巻一号

九八（九八）

載がなかったときまたは合意がなくなかつ（当然のことながら）記載もなかったときといえども、離婚届が受理されてしまった以上、離婚は有効であるということの意味している（ちなみに、前者の場合には、戸籍の記載がないにかかわらず、協議によって親権行使者と定められた者が離婚後の単独親権行使者であり、後者の場合には、離婚後に協議をするかまたは協議に代わる審判によって、離婚後の単独親権行使者を定めなければならないことになる。なお、後述二参照）。ところで本件は、合意がなかったにかかわらず記載があったという事例であるから、当然には民法第七六五条第二項の適用があるということとはできない。

しかしながら、親権行使者に関する記載がまったく存在しない場合においてすら、一たび離婚届が受理された以上、離婚は有効に成立するとしながら、たまたま離婚後の親権行使者について誤った記載があるときは、離婚そのものについて合意が存するときにも、離婚が無効になるとするのはいかにも均衡を失するように思われる。親権行使者に関する記載がなかったときにも、親権行使者に関する合意があったか否かを問わず、離婚は常に有効であるという取扱いは、離婚後における親権行使者についての合意は離婚それ自体の合意内容をなすものではない—つまり、親権行使者に関する合意と離婚の合意とは別個の合意であり、前者の成立・不成立、有効・無効は後者の効力に影響を及ぼさない—という考え方に基づいているはずである。とすれば、離婚後における単独親権行使者に関する記載に誤りがあるとしても、そのことによって離婚が無効になることはないといわなければならない（なお、記載の誤りは、本件のように、親権行使者に関する合意がまったく存在しないにかかわらず記載だけが存する場合のほか、合意は存したがその合意内容と異なった記載の存する場合がありうるが、いずれの場合であっても考え方に変わりはない）。本判決が、「事案の实体に着目して考え」、離婚の無効確認請求をしりぞけたのは、結論において正当である。

二 なお、本判決では、離婚後親権を行使すべき者が定められないまま協議離婚の効力が発生した場合には父母の共同親権が離婚後も継続している旨が、「念のために」付言されている。

先例によれば、協議離婚に際し親権行使者の協議がなくその記載のない届出を誤って受理した場合（昭和二五年六月一〇日民事甲一六五三号民事局長回答・先例全集一九八六）、裁判離婚に際し親権行使者の決定を遺漏した場合（昭和二八年七月六日民事甲六九七号民事局長回答・先例全集二〇五二の四）、および、甲乙夫婦の子丙が丁の養子となり、甲乙離婚後、（一五歳以上二〇歳未満の）丙と丁が離縁した場合（昭和二三年四月二日民事甲五四号民事局長回答・先例全集二〇二〇）には、いずれも婚姻関係にない（実）父母が共同して親権を行使することになっているとしている。学説もこれに賛成している（たとえば、於保不二雄「父母の共同親権と親権の行使者」身分法と戸籍（昭28）一七一頁以下、小石寿夫「誰が親権者となるか」家族法大系V（昭35）四二頁以下、我妻栄著親族法（法律学全集）（昭36）三二四頁）。当事者の協議または家庭裁判所の審判（民法第八一九条第五項）がないかぎり、離婚によって当然に夫婦のいずれか一方が親権を単独で行使できるとすることはできず、また、離婚後の夫婦の各一方はそれぞれ親権に属するすべての権限を単独で行使することができることに無理があろう。そのかぎりにおいて、本判決の「付言」は正当である。

しかしながら、問題がないわけではない。婚姻中といえども、父母の一方が親権を行なうことができないときは、他の一方がこれを行なうことになっており（民法第八一八条第三項ただし書き）、最近の有力な学説によれば、父母が事実上の離婚状態にあるときも、右にいわゆる「父母の一方が親権を行なうことができないとき」に数え上げられている（我妻前掲書三二七頁。東京地裁昭和三七年七月一七日判決下民一三卷七号一四三四頁も、父母の婚姻関係が事実上破綻し、父が他の女性と同棲し、子との別居が長期に及んでいる場合に、民法第八一八条第三項ただし書きを適用して、母の単独行使を認め

親権行使者を定める協議が成立していないにかかわらず、成立したもののごとく離婚届書に記載され、そのまま受理された協議離婚の効力・その他

同志社法学 二七卷一号

九九（九九）

親権行使者を定める協議が成立していかかわらず、成立したものと
ごとく離婚届書に記載され、そのまま受理された協議離婚の効力・その他

同志社法学 二七卷一号

一〇〇(二〇〇)

ている)。とすれば、本判決の述べるように、離婚後の父母についても共同親権が継続中であるとしても、現実には、未成年の子と同居している父母の一方のみで親権を行なうということにならざるをえない。父母の他の一方が事実上親権を行なうことができないときはそれでいいとしても、たとえば、他の一方のもとで養育されていた子を実力で奪取してきた親にも単独の親権行使が認められるとするには疑問の余地があるようにも思われる。さらに、右の場合に、子を奪取された親がなお親権を行使しうる状態にあると考へても、その親権行使には子と同居している親との合意が必要であり、このような合意がたやすく得られないときは、子は、ときには、教育を受けたり医者にかかったりすることもできなくなるおそれがある。親権の内容ごとに、共同行使を必要とする場合および各自の単独行使が認められる場合に分ける解釈ができないものであろうか。もっともこれは、親権の共同行使一般に関する問題でもあるが(なお、我妻栄著改正親族・相続法解説(昭24) 一一三頁以下、中川善之助編註積親族法(下)(昭27) 四三頁以下(山木戸)、松坂佐一「父母の共同親権」家族法大系V(昭35) 三八頁以下は、事実に監護教育については父または母が単独で親権行使をすることができるが、事実行為だけでは不十分な場合があるのでないだろうか)……。

(一九七五・三・二五)