

〔論 説〕

親権法の改正をめぐって

早稲田大学大学院法務研究科教授
棚 村 政 行

はじめに

日本法の親権・監護法の沿革と展開

親権・監護をめぐる裁判例と問題状況

親権・監護の再構成と改正への課題

おわりに

はじめに

全国の家裁裁判所で、2006年に受け付けた子の監護に関する処分事件は2万6636件、親権者の指定変更事件は1万2073件（乙類事件）、子の氏の変更事件は18万5806件、児童福祉法28条事件213件（甲類審判事件）と、増加傾向にある。なお、特別養子384件、親権喪失等事件125件であった。社会のグローバル化を反映して、涉外関係での子の監護に関する処分事件は640件、親権者の指定変更事件は410件、未成年養子の許可事件670件、特別養子32件となっていた¹⁾。

このように子をめぐる紛争が激増しているだけでなく、子をめぐる紛争はますます多様化・複雑化・深刻化しつつある。たとえば、親権・監護権をめぐる紛争は、時間的には、婚姻中、別居中、離婚後、親権者の死亡後にも起こり、また、親権・監護権の取得、帰属、変更、行使方法、権限の分配、内

1) 最高裁判所事務総局編『司法統計年報3家事編平成18年』6頁以下（2007年）参照。

容などをめぐっても相当な対立葛藤が生じている。さらに、紛争の当事者も、父母だけでなく、祖父母、叔父叔母、里親、養親、継親など第三者にも広がり、涉外事件も増加しているため、海を越えた親族間の紛争にまで発展している。まさに、子の親権・監護をめぐる涉外事件は、単に法と法、法と正義の衝突だけでなく、文化と伝統が衝突しているといってもよい。少子化、子どもへの関心の高まり、子育てへの参加形態の変化などで、当事者の範囲も広がり、ますます紛争は複雑化・深刻化しているといってもよい²⁾。

確かに、現行民法の親権法は、父母の共同親権を謳い、婚姻中の共同行使を原則とするなど、戦前の「家」制度の制約から親権を解放し、男女の平等を徹底させた。しかし、親権法の改正点としては、明治民法の未成年の子に対する兵役出願許可権(旧881条)、成年の子への懲戒権(旧882条)、未成年の子の戸主権及び親権代行(旧895条)の規定などが削除されただけで、基本的には憲法に抵触する部分のみが修正されたり、削除されたりしただけで、基本的な支配権的構造は変わっていない。また、親権・監護権と親としての法的地位、権限・資格というものが十分に分離して検討されておらず、親権をもつ者がオール・オア・ナッシングに全面的な権利を取得し、行使するかのような誤解も生じている。紛争の解決基準としての「子の利益」の不明確性、解決手続の不備や混乱も、紛争の複雑化・困難化に拍車をかけている面がある。また、別居中の夫婦の監護権・親権行使をめぐるトラブルや問題を解決するための規定はなく、実務では、離婚の際の民法766条を類推適用して家庭裁判所の審判・調停での解決に誘導している³⁾。

このような日本での現状に対して、欧米諸国は、1970年代後半から、女性差別撤廃条約、国際人権規約、児童の権利条約などにもとづく子どもの権利論や子の法主体性の尊重からの見直し、親権という用語の廃止変更、親の養育責任の一層の強化、事実婚カップルの増加に伴う婚外子の平等化の徹底、身上監護と財産管理の分離と融合、親権の共同化ないし共同監護、子どもの利益からの監護権者の範囲の拡大、母親優先・親権者(実親)優先から監護

2) 日弁連法務研究財団離婚後の子どもの親権及び監護に関する比較法的研究会編『子どもの福祉と共同親権』21頁以下〔谷英樹〕(日本加除出版, 2007年), 同41頁以下〔鈴木経夫〕参照。

3) 中村恵「わが国における親権法をめぐる現状」民商136巻4=5号433頁以下(2007年)。

の継続性や子のニーズ・意思の尊重原理へ、子どもをめぐる紛争の調整援助・支援サービスの充実，社会福祉サービスや児童保護機関との連携強化など，紛争と当事者の多様化に備えて，弾力的で柔軟な条件づくり，法環境の整備に努めている⁴⁾。日本は，以上のような欧米諸国での積極的な取り組みや国際的な潮流にも大きく立ち遅れてしまった。確かに，日本では，親権・監護紛争の増加と深刻化に対して学説や実務が解釈で対応しているものの，それにもおのずから限界がある。そのため，親権の意義，用語，法的性質，親権者（親権の取得・帰属）変更，分属・権限配分，親権の内容，親権の制限・停止・復活，親権の終了，とくに離婚や別居の際の子どもの監護紛争，虐待などの場面での解決基準，手続，社会福祉機関の関係などについての比較法的検討を参考にしたうえで，親権法のあるべき姿や親権法制度改革の基本的方向性を明らかにすることが喫緊の課題となっている。

以上のような基本的視点から，本稿では，まずはじめに日本法の親権・監護法の沿革と展開について一瞥し，ついで，最近の親権・監護をめぐる裁判例の分析をすることで，判例・実務での問題状況を明らかにする。そして，これらの検討を十分に踏まえたうえで，親権・監護法制の再構成と法改正への課題に言及し，最後に親権・監護法制の改正の基本的枠組みや方向性について，若干の展望を試み擱筆したいと思う。

日本法の親権・監護法の沿革と展開

1 日本における親権法の発展過程

日本は長らく家父制的父権的家族制度を維持し，儒教の影響を強く受けた。儒教のなかでも，朱子学により，父親の子に対する教令権が絶対視されてきた⁵⁾。

4) 日弁連・前掲註2) 55頁以下〔鈴木経夫〕，田中通裕「フランスの親権法」民商136巻4=5号465頁以下（2007年），岩志和一郎「ドイツの親権法」同497頁以下，許末恵「英国における親責任をめぐる法規制について」同531頁以下，山口亮子「アメリカ法における親の権利と監護権」同561頁以下等参照。

5) 日本でも，中国の儒教思想や仏教思想の影響を受けて，律令国家では「孝」の思想により親に子は絶対的に服従した。人民の君主に対する服従の意識で国家秩序を形成するため

明治民法の親権法では、子は父の親権に服するとともに、その所属する「家」を支配統率する戸主の戸主権にも二重に帰属した。明治民法は、親権者は「子ノ監護及ヒ教育ヲ為ス権利ヲ有シ義務ヲ負フ」(旧 879 条)と規定し、親権の義務性も承認していた。この点に関し、法典調査会では「義務ヲ負フ」という箇所の削除の主張に対し、梅謙次郎らの進歩派が勝り、いくぶんかは近代的親権法としての色彩が窺える部分もあった。しかしながら、明治民法での親権は、あくまでも父権でしかなかった。すなわち、親権規定は「子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス但独立ノ生計ヲタツル成年者ハ此限ニ在ラス」とされ(旧 877 条)、父が親権者であるときは母には親権が認められず(旧 877 条)、母が親権を行う場合には一定の制約が課せられていた(旧 886 条)。親権者は「家」にある父(母)とされ(旧 877 条本文)、親権に服するのは未成年者に限定されていなかった。また、成年者でも「独立の生計」を立てられない子は親権に服する(但書)とされていた。

以上の諸点からみるかぎり、明治民法の親権法は、基本的に「家」制度的制約を伴う父権的構造を有していたといえる⁶⁾。

たとえば、親権が子の成年によって終了すべきものとする規定を梅謙次郎は置こうとしたところ、元老院において「子トイフモノハ親ニ従フノガ日本ノ道德デ」あるからという理由で「未成年ノ子」という草案規定が削除された経緯がある。このようなパターナリスティックな姿勢に対し、梅は近代的監護主義の立場から「(親権というものは)つまり子の監護及び教育であります。30, 40 になる者を監護するということはありません。教育も同様であります」と説いている。その結果、最終的には、独立の生計を立てた成年の子だけを親権から解放することで妥協が成立し、旧 877 条のような規定に落ち着いた⁷⁾。

に、子の親に対する忠誠と恭順が強調された(大竹秀男『「家」と女性の歴史』157頁(弘文堂、1977年))。子に対する親の教令権は、中世においても存在し、教令違反の場合の制裁として、義絶と所領悔返があった。江戸時代には、親は子を懲戒する絶対的権利を有し、座敷牢に入れたり、身体的傷害を加えたり、子を勘当することもできた。また、親はその子女に対して、身分的支配権を有し、子女を遊女として奉公に出すこともしばしば行われた(石井良助『日本法制史概説』595頁(創文社、1977年))。

6) 田中通裕「親権法改正への課題」石川稔ほか編『家族法改正への課題』384頁以下(日本加除出版、1993年)参照。

7) 中川善之助「親権法の発達」私法6号61頁以下(1952年)参照。

「家」制度を基礎におく明治民法も，1945年8月の日本の敗戦，その後の日本国憲法の制定による平和主義，国民主権主義，基本的人権尊重主義，国際協調主義などの基本原理の革命的転換により，1947年5月3日からは，民法改正応急措置法で失効させられた。そして，1948年1月1日の改正親族編相続編では，家の制度及び家督相続制度などが撤廃され，近代的民主的家族法が成立した。

現行民法は，未成年の子は父母の共同親権に服するとし（818条1項），しかも父母の婚姻中は共同行使を原則とする（818条1項・3項）など，「家」の制約から脱し，男女平等が徹底したとあってよい。しかし，改正としては，明治民法にあった未成年の子に対する兵役出願許可権（旧881条），成年の子への懲戒権（旧882条），未成年の子の戸主権及び親権代行（旧895条）などが削除されたり修正されたりした程度であった。結局，時間的な制約や一般国民の意識を考慮してか，親子法は憲法などに抵触する範囲で規定を廃止したり修正したりしたものの，その基本的な法構造に大きな変更はなかった⁸⁾。

たとえば，親権規定のうち，身上監護権に関し，旧法は「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」（879条）と規定していた。現行民法（820条）でも「親権を行う者は，子の監護及び教育をする権利を有し，義務を負う」と規定され，ほぼ文語体の片仮名を口語体の平仮名に書き改めたにすぎない。また，財産管理の部分でも，旧法（884条）では「親権ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ財産ヲ管理シ又其財産ニ関スル法律行為ニ付キ其子ヲ代表ス但其子ノ行為ヲ目的トスル債務ヲ生スヘキ場合ニ於テハ本人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」と規定していた。現行民法（824条）でも「親権を行う者は，子の財産を管理し，かつその財産に関する法律行為についてその子を代表する。ただし，その子の行為を目的とする債務を生ずべき場合には，本人の同意を得なければならない」と規定されている。これは，身上監護権と同じく，旧法の規定をそのまま受け継いだものにすぎない。

このように全面的改正ができなかったのは，敗戦後の日本の民主化のため

8) 石川稔「親権法の問題点と課題」ケース研究201号2頁（1984年）。

に不可欠と考えられた「家」制度の廃止と夫婦間の平等の実現が最優先課題とされ、時間的制約のなかで、親子法の規定は二次的とみられたことにもよる⁹⁾。

欧米諸国が離婚の増加に伴う子の親権・監護紛争の増加という事態に直面して、1970年代後半から相次いで親権・監護法の改革を推し進めたのに対して、日本では、この分野はほとんど法改正が行われずじまいであった。しかし、1994年に日本も児童の権利に関する条約を批准承認したことにより、旧法の規定をほぼそのまま引き写した親本位の親権法・監護法を子の権利や利益の実現のための法装置として再構成させるべき要請は一段と強まってきている¹⁰⁾。戦後の改正は時間的制約のなかで、いかに父権思想や支配権的構造を払拭するかが課題とされていた。しかし、現行の親権規定も、旧法の一部の義務的側面も包含しつつも、親の子に対する権利の体系が重視され、絶対的優越的権利として構成されてきたことは否定できない¹¹⁾。

2 親権の義務性と親権の性格

旧法 879 条では、一応親権者は「義務」を負うと規定されたが、同条の「義務」とは誰に対する義務なのかということが問題となっていた。明治民法は、親権の内容を単なる権利ではなく義務的色彩の強い職分であると位置づけていた(旧 879 条)。法典調査会において、穂積八束らは「権利ヲ有シ義務ヲ負フトアルト精密ニ言ヘバ同等ノ者ノ間ニ行ハレル文字ノヤウニ思ハレル」ことを根拠に、親子関係を権力的服従関係であるとし、提案条文より親の義務という箇所を削除を主張した¹²⁾。

これに対し、起草者代表であった梅謙次郎は「親権ト云フモノヲ民法デ規

9) 我妻栄ほか「親族法の改正」法時 31 卷 11 号 78 頁(1959 年)で我妻博士は「戦後の改正の立案の際には、親権者を誰にするかということでは非常に苦労しましたが、親権の内容そのものについてはあまり問題にしなかったような記憶があります。」と発言している。またそれに応え最高検察庁の村上氏が「戦後の改正のときは、親権における男女の平等という点に重点をおいて考えたように記憶しています。」と発言していることから窺えよう。

10) 石川稔『子ども法の課題と展開』224 頁以下(有斐閣、2000 年)参照。

11) 許斐有「児童福祉法上の親権規定の成立・展開過程」淑徳大学研究紀要 22 号 44 頁(1988 年)。

12) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書 6・法典調査会・民法議事

定スル以上ハ権利ト云フ者ヨリハ寧ロ義務ノ方ガ主デアラウト思フ¹³⁾」と親権の義務性を強調し、さらに「親ト云フモノハ必ズ教育スル義務ガアルソレハ国家ニ対シテデナク子ニ対シテデアラウト思フ」と説明している¹⁴⁾。これは子に対する純然たる私法上の義務とみる私法義務説と、社会ないし国家に対する義務であると説く公的義務説の対立として現れることになる。

明治民法当時の学説は、次第に公的義務説が通説となっていた。公的義務説は、結局のところ「義務」削除論と軌を一にする。穂積八束らは、親子関係を権力服従関係とみる固有の儒教的親子観に立っていたのに対し、公的義務説の代表者である穂積重遠は、親権を権力と把握する立場からではなく、親権を親の義務と見る立場から、親権の絶対性を否定し、親権の社会性を前提として論じていた¹⁵⁾。

戦後の民法改正により、また現在では子どもの権利論の進展により、「子のため」の親権法としての構想をめぐり両説の争いは形を変えて存続している。従来の公的義務説、私法義務説はもちろん、両者の折衷的な見解も登場し、いずれも「子のため」の親権法たる理念を徹底させるべく激論が交わされている。しかし、本来的には日本国憲法の制定と同時に、親権は憲法の原理原則に立脚して再検討されるべきところ、今日にいたるまで、親権法の分野においてはほとんどこの方向での努力が自覚的に行われてこなかった¹⁶⁾として、教育法の観点より、新たな見解が主張されるにいたった。

子に対する義務説は、親権は子どもの権利に対応する親の義務であると説く。すなわち、親権は第一次的には親に向けられるが、子どもの権利に対応して、国家や第三者が子どもの権利を侵害する場合は、親が子どもの代弁者となって、その侵害を排除することになる。しかし、第二次的には国家に向けられ、それゆえ国家は子どもの権利を実現するための様々な施策を講じなければならず、かりに親権者が子どもの権利を侵害する場合には、子どもの

速記録六』427頁（商事法務研究会，1984年）。

13) 調査部・前掲註12)428頁。

14) 調査部・前掲註12)429頁。

15) 田中・前掲註6)386頁参照。

16) 中川良延「親権と子どもの教育を受ける権利」北大法学14巻3=4号（1964年）436頁以下参照。

権利回復のために親権喪失等の措置をとることができるとする¹⁷⁾。同様の見解は児童福祉の立場からも主張されている。この見解も親権は子どもに対する義務であることを確認し、親権の権利性も、子どもの権利に対する義務を履行するための権利と構成する¹⁸⁾。現在では、親の権利として構成されている親権のなかに、義務性を盛り込み、いかに子どもの権利論に立った解釈構成ができるかを考究しなければならない¹⁹⁾。

3 親権における義務性と権利性

親権は権利であり義務でもあるという説明そのものに疑問を呈し、親権は「名実ともに義務である」とする学説が登場した。この説は、その論拠として、820条は親権者は子の監護・教育をする権利を有し、義務を負うと定めているが、このような権利はあるが、しないといけない権利などというものは自己矛盾であるという批判をする²⁰⁾。そして、条文に親権だの権利だのという言葉が登場するのは、もはや削除すべき前代の遺物がなお跡をとどめているにすぎず、それにこだわってはいけないと指摘する²¹⁾。そしてそのような親権＝義務の性質を債権関係として構成し、親権者はいわば債務者であり、子は債権者であると構成する方が居所指定権(821条)の存在意義も大きくなるとされる。また親権濫用を債権者の債務不履行と考えると、親権喪失宣告(834条)も親権者の子に対する債務不履行にもとづく解任となり、権利濫用と捉えるよりも子の福祉という絶対的基準を用いることが論理的だとする²²⁾。

しかし、こうした義務徹底説に対しては、第一に、親権概念にはやはり権利と義務の二面性が認められるのではないかという素朴な疑問が残る。親が「子どもを育てる権利」という基本権的側面は承認されるべきものであろうし、反対に子どもが親に養育される権利も尊重されなければならない。親が

17) 中川・前掲註16)442頁以下参照。

18) 本村汎・高橋重宏編『家族と福祉の未来 現代家族と社会福祉への提言』全国社会福祉協議会(1987年)100頁以下参照。

19) 石川稔「親権の性質と内容」判タ747号275頁(1991年)参照。

20) 米倉明「親権概念の転換の必要性」『現代社会と民法学の動向(下)』365頁以下(有斐閣,1992年)参照。

21) 米倉明「親権法に対する素朴な疑問」新しい家族19号30頁(1991年)参照。

第一次的に子どもの養育をなすべきというのは、親が国家の干渉を受けず、自然の情愛の中で、子どもを養育する権利が保障されるという趣旨であろう。1948年に国連で採択された世界人権宣言は「親は、子に与える教育の種類を選択する優先的権利を有する」（26条3項）と規定した。また1994年に日本が批准承認した児童の権利条約は、その前文で「児童が、その人格の完全なかつ調和のとれた発達のため、家庭環境の下で幸福、愛情及び理解のある雰囲気の中で成長すべきであることを認め」ている。また、「締約国は、児童がその父母の意思に反してその父母から分離されないことを確保する。」（9条1項本文）と規定し、さらに「締約国は、児童の養育及び発達について父母が共同の責任を有するという原則」（18条1項第1文）を定めている。国はこのような親の責任に優先的に配慮し、またそれを最大限尊重しなければならないとされている²³⁾。これらの一連の流れは、やはり児童の養育は第一次的には親の権利であることを承認したうえで、二次的に国家や社会の責務についても触れているとみざるをえない。

また、第二に、親権を義務のみであると考えたとすると、親権は権利ではないのだから子の福祉のためにはいくら特別法でこれを制限してもかまわないということにもなりかねない。日本のように権利性が十分に確立していないところでは、事実上の力関係で、親の都合のみによる親権・監護関係が決定されるおそれがある。また、今後児童福祉法、児童虐待防止法の改正も含め、特別法によって、国家の過度の介入により親権者の権利がその手続保障なしに制限されるという懸念も決してないわけではない。

このようにみえてくると、欧米のように子の権利論や子の利益保護を徹底させ、子との関係では親の義務や共同責任が強調され、他方、国家や対第三者の関係では子の利益のために親の権利としての側面も併せてもつものと考えべきではなからうか。

4 現行民法の親権・監護制度の構造

現行法のもとで、親には、子どもが社会人として一人前になるまで、その

22) 米倉・前掲註20) 361頁以下参照。

23) 許斐有「児童福祉法上の親権規定の成立・展開過程」淑徳大学研究紀要22号（1988年）参照。

子を愛育する重要な役割が期待されている。もちろん、親が子の健全な育成に努めるのは、親子の自然の情愛にもとづく。しかし、憲法的には、13条の幸福追求権により保障される親の子育てや監護教育をする基本権の保障にもとづくものであり、また、民法も、誰よりもまず親に対して、次世代を担う大切な子どもを保護育成する責任を果たしてもらうためさまざまな権利を認め²⁴⁾。これらの親の権利を総称して、親権という。親には、未成年者の監護教育権(820条)、子の居所指定権(821条)、子の懲戒権(822条)、子どもの職業許可権(823条)、子の財産管理権・代表権(824条)、子どもの婚姻同意権(737条)、子の医療同意権、子の縁組同意権(797条、817条の6)、子どもの命名権など、未成年の子に対する重要な権利が認められている。

現行民法は、未成年の子は父母の共同親権に服するとし(818条1項)、しかも父母の婚姻中は共同行使を原則とする(同条1項・3項)など、「家」の制約から脱し、男女平等が徹底したとあってよい。しかし、改正としては、前述のとおり、わずか3か条が削除されたり修正されたりした程度であった。結局、現行民法は、親権法に関しても、時間的な制約のために必要最小限の改正にとどめ、親権法の基本的な法構造はそのまま受け継ぐということになってしまったのである。

親権・監護をめぐる裁判例と問題状況

1 親権の取得・帰属

(1) 父母の共同親権・単独親権

未成年の子は父母の親権に服する。父母が婚姻中は、親権は父母が共同して行う(818条1項・3項)。婚姻している父母の場合は、共同親権・共同行使が原則である。しかし、父母の一方が親権を行うことができない場合には、他の一方が単独で親権を行うことができる(同条3項ただし書)。たとえば、

24) 野田愛子『現代家族法 夫婦・親子』185頁(日本評論社, 1996年), 棚村政行『新・民法学 5 家族法』130頁(一粒社, 1997年)。

行方不明，海外出張，重病などで，親権行使が事実上できない場合と親権・管理権の喪失宣告など法律上できない場合の双方を含む。欧米と異なり，婚姻中の父母（別居中）が親権の行使で争い，意見の一致がはかれない場合の規定を欠いている。しかし，学説では民法 752 条，家事審判法 9 条 1 項乙類 1 号の夫婦協力扶助に関する事件として審判・調停の利用が可能だとする立場もある²⁵⁾。

子が養子になると，実父母の親権を離れて，養父母の親権に服する（818 条 2 項）。養親が婚姻中であれば当然に養父母の共同親権に服する。養親が婚姻していないときは，その単独親権に服する。配偶者の連れ子と養子縁組をしているときは，養親と実親が子の共同親権者となる²⁶⁾。この場合，共同親権者となった養親か，実親の一方が死亡したとき，生存する親が単独親権者となる²⁷⁾。養親が夫婦の場合は養父母の共同親権になるが，普通養子・特別養子の場合も，養父母の一方が死亡したときは，生存する他方の単独親権となる。普通養子では，養親双方が死亡した場合，縁組は死後離縁によってしか解消されないため，実親の親権が復活せず，後見が開始するという説がある²⁸⁾。これに対しては，養親双方が死亡することによって，実親の親権が顕在化し復活するとする説も主張されている²⁹⁾。この点についても，実親の親としての権利や法的地位が養親の権利や法的地位によってどのような影響を受けるのか，権利がオール・オア・ナッシングに帰属するのではなく，権利の行使が制限されたり停止されたりしているというような柔軟な考え方が必要であるように思われる。

（2）親権者の指定

また，父母が協議で離婚する場合，その一方を親権者と定めなければなら

25) 中川淳『改訂親族法逐条解説』339 頁（日本加除出版，1990 年），國府剛「親権」『民法講座第 7 巻親族相続』247 頁（有斐閣，1984 年）等。これに対しては，家庭裁判所に持ち込むことはかえって家庭を破綻させるおそれがあり，調整がつかない場合は，その決定権を父母のいずれかに与えるべしという学説もある（我妻栄『親族法』328 頁（有斐閣，1961 年），谷口知平ほか編集代表『新版注釈民法（25）』31 頁〔山本正憲〕（有斐閣，1994 年）等）。

26) 大阪家審昭和 43.5.28 家月 20 卷 10 号 68 頁等参照。

27) 福岡高決昭和 31.4.30 高民集 9 卷 4 号 249 頁，山本・前掲註 25) 27 頁等。

28) 我妻・前掲註 25) 322 頁。

29) 山本・前掲註 25) 275 頁。

ない(819条1項)。離婚後の単独親権の原則である。これは、父母が住まいを別々にする以上、共同親権・共同行使ができないという前提にたっている。しかし、最近では、親権が子に対する親の義務であるなら、離婚後も共同親権を原則にすべきこと、単独親権の原則は離婚後も父母の愛情を平等に受ける子の幸福追求権(憲法13条)違反の疑いがあること、欧米諸国では、離婚後も共同親権・共同監護を認めて、親の共同養育責任を明確化していることなどを理由に、立法論としての離婚後の共同親権・共同監護を主張する立場が有力化している³⁰⁾。

裁判離婚の場合は、裁判所が子の利益の観点から、子に対する愛情、監護能力やその実績、養育環境、経済力など父母双方の事情、子の年齢、意向、監護養育環境の安定性(継続性)、子との情緒的結びつきなど子の事情を総合的に判断して、一方を指定する(819条2項)。子の出生前に父母が離婚した場合には、親権は母が行う(同条3項本文)。ただし、子の出生後に協議により父を親権者と定めることもできる(ただし書)。父母間で協議ができないときは、家庭裁判所の審判・調停で決めることもできる(819条5項、家審9条1項乙類7号)。

婚姻していない父母から生まれた子(婚外子・非嫡出子)の親権は、母の単独親権となる。ただし、父が認知したときは、父母の協議により父を親権者と定めることができ(819条4項)、認知した父は単独で親権者になることはできる。しかし、離婚の場合と同様に、父母間で協議ができないときは、父または母の請求により家庭裁判所が子の親権者を決定する(819条5項、家審9条1項乙類7号)。

なお、民法は親権者を父母に限っているが、親権を行える者には、親権代行者(833条、867条)、児童福祉施設の長(児童福祉法47条1項)なども含まれる。

2 親権者の変更

離婚などで父母の一方が単独で親権者となった場合、子の親族の請求によ

30) 棚村政行「離婚後の子の監護」石川ほか編・前掲註6)241頁以下、佐藤隆夫『離婚と子どもの人権』84頁以下(日本評論社、1988年)、石川・前掲註10)259頁等参照。

って、家庭裁判所は「子の利益のため必要があると認めるとき」親権者を他方に変更することができる（819条6項，家審9条1項乙類7号）。親権者の変更の場合も，親権者の指定と同じく，子の利益が決定基準となる。しかし，変更の場合は，親権者に一応監護養育の実績があるところから，親権者の変更のための特別の事情が必要とされよう。親権者の死亡，所在不明，病気などで子の監護養育ができないとか，子の虐待・遺棄・放置など監護不適格な事情が生じた場合には，親権者の変更は認められ易いであろう。もっとも，単独親権者が死亡した場合に，生存する親が819条6項により親権者の変更手続をとることができるか（親権変更説），それとも親権者がいない場合として後見が開始するか（後見開始説）で争いがある。審判例の多くは，単独親権者死亡後の生存親への親権者変更を認めていた³¹⁾。しかし，近時は，後見人の就職の前後を問わず生存親が適格であれば審判で親権者変更を認めるという説（無制限回復説）が増えてきた³²⁾。学説でも，当然復活説・制限回復説から無制限回復説が多くなってきている³³⁾。家庭裁判所による後見的機能を期待して，生存親の親権者の適格性を審査させればよいという考え方にもとづく。ここでも養子縁組と実親の権利や法的地位が十分に議論されていない。

3 親権者と監護者の範囲

（1）親権・監護権の分離・分属の可否

ところで，親権と監護権を分離することはできるのだろうか。離婚後，父母の間で親権と監護権を分離分属させることができるかどうかについては争

31) 岡山家審平成 3.6.28 家月 44 卷 6 号 76 頁等。なお，東京高決平成 6.4.15 家月 47 卷 8 号 39 頁は，離婚により単独親権者となった母の死亡後，後見が開始したケースで，父の親権者変更の申し立てを認容した原審判を取り消した。

32) たとえば，離婚により未成年者の親権者となった母が死亡した後，未成年者の父から親権者変更の申立てがされたケースで，申立人を親権者に変更するよりも亡くなった親権者である母方の祖母を後見人に選任するほうが相当であるとして父親の申立てを却下した審判例もある（福岡家小倉支審平成 11.6.8 家月 51 卷 12 号 30 頁）。

33) 北野俊光「親権者の指定及び変更」岡垣学=野田愛子編『講座・実務家事審判法 2』118 頁以下（日本評論社，1988 年），中川淳「親子問題に関する審判例」栗原平八郎=太田武男編『家事審判例の軌跡（1）』65 頁以下（一粒社，1995 年）参照。なお，山畠正男「単独親権者の死亡と親権者の指定・変更」沼邊愛一ほか編『家事審判事件の研究（1）』157 頁以下（一粒社，1988 年）。

いがある。消極説は、親権の本質は子の監護教育にあるから監護適任者を親権者に指定すべきで、親権と監護権を旧法のように分離させるべき必要性はないこと、父母の争いを調整する手段として親権と監護権を分属することは子の利益にならないことなどを論拠とする。これに対して、積極説は、離婚に際しての父母の親権争いで、妥協的調整的措置として利用できること、離婚による混乱の中で落ち着くまで便宜的暫定的に父母間で親権と監護権を分ける実益があることを主張する³⁴⁾。

しかしながら、近時は妥協的調整的手段として親権と監護権の分離を考えるのではなく、離婚後も父母が子の養育に共同で関与し、離婚後の単独親権の原則の弊害を是正する意味で子の監護者制度を位置づけようとする積極説も有力である。このような立場では、親権と監護権の分属により、父母双方が子の養育についての共同責任を負担していることを自覚させ、子の福祉の観点から、父母の監護養育責任と協力の必要性を強調することにより、離婚後の共同監護の可能性を模索しようとすることになる。

父母の対立葛藤が激しい場合には、親権・監護権の分属がかえって双方の紛争をエスカレートさせる危険性もある。そこで、親権・監護権の範囲や内容について十分な話し合いがなされ、相互の役割分担が明確になり、親子の交流の実績やルールもあって、親権・監護権の分属と共同化が子の利益になる場合には積極的に認めてもよいであろう。しかし、父母の間で分属の実績もなく双方の対立が激しい場合には、分属は子の利益に反し認められない³⁵⁾。

(2) 子の監護者の人的範囲

学説では、民法 766 条の監護者制度は、いずれの親にも監護不可能ないし監護不適当な事情がある場合に対処するために設けられた規定で「子の監護をすべき者」は第三者に限ると解する説もないわけではない。しかし、通説及び実務では、民法 766 条は父母間で親権者の決定とは別個に監護者を定めうるとしただけでなく、父母の一方はもちろん第三者をも監護者として定められるとした制度であると解している³⁶⁾。親権者を定めても、親権者となっ

34) 棚村・前掲註 30) 237 頁。

35) 東京高決平成 5.9.6 家月 46 巻 12 号 45 頁参照。

36) 我妻・前掲註 25) 142 頁、中川善之助ほか編『注釈親族法(上)』254 頁以下〔福島四郎〕(有斐閣、1950 年)、久貴忠彦『親族法』127 頁(日本評論社、1984 年)等。

た父または母が事実上の保護者として適任であるとは限らないし、反対に保護者として適任でも親権全般を行うには不相当だという場合もあるため、適任者を別に監護者と定めて子の実質的保護をはかる必要がある。また逆に、ここでの監護者は父母のみを指し、第三者を含まないと徹底する説もある³⁷⁾。しかしながら、第三者に子の監護養育を委託する関係は準委任契約にすぎずいつでも当事者から解消できる不安定な関係であるのに対して、本条での監護者は父母の協議または家裁の審判がなければ変更終了が許されず、子のため安定した監護養育関係を形成できるメリットはあろう。実際に、離婚後父母に監護困難な事情がある場合に、一方を親権者に指定すると同時に子を収容する養護施設を監護者と指定したり³⁸⁾、離婚に際して親権者となった父が死亡して母を親権者とし、未成年の子と安定した生活をともにしてきた父方祖父を監護者として指定した審判例がある³⁹⁾。

（3）監護者の法的地位と権限

監護者制度は父権的な旧法をほぼそのまま引き継いでいるため、監護者の権限や法的地位をめぐって争いがある。第一説は監護説であり、民法766条での子の監護は子の世話をすることであって教育は含まないと解する。第二の監護教育説は、監護と教育の両者の峻別は困難で、子の身上に関して親権を行使する場合に教育を除いて監護するということは無意味に近く、ここでの監護とは監護教育の遂行に必要な居所指定、職業許可、懲戒のすべてを含むとする。第三の身上監護権説は、本条は親権の一内容である身上監護権を付与することを認めたものと説く。この説は民法が財産管理権のなくなった身上監護だけの親権を認めているのだから、父母の一方を親権者、他方を監護者と定めたとき身上監護を内容とする独立の権限を有する者、すなわち、監護権者とするのが許されると説く。第三の身上監護権説が多数説といっ

てよい。

第一説・第二説では非親権者の親権は消滅し、監護者の権限は親権者の監護権を代行していることに由来するとみることになる。これに対して、第三説では、離婚の際に監護者となった父母は他方に帰属する親権の内容から身

37) 鈴木祿弥『親族法講義』180頁（創文社、1988年）等。

38) 広島家呉支審昭和33.7.28家月10巻9号91頁。

39) 大阪家審昭和57.4.12家月35巻8号118頁。

上監護だけを独立に取得し、他方の親権はその範囲で停止するとか、離婚の際の非親権者は親権の行使を停止されただけで、民法766条の監護者となった父母は監護権の行使を停止されず、親権の一部として監護権を行使すると説明される。なお、第三者を監護者として定めた場合の監護者の権限は、親権者の権限にもとづくとする説もあるが、民法により直接権限を付与されたとみるのが妥当であろう。もし、親権者の権限を代行するにすぎないとすると、単なる監護養育委託契約によって子を養育するにすぎず、当事者のいずれからもいつでも監護委託契約を解除して、監護権限が終了させられてしまう。それではあまりにも監護関係が不安定になり、子の利益にもならない。したがって、離婚の際に父母の協議、調停・審判により監護者となった第三者は、父母の協議または調停・審判によらないかぎり監護権限は失わないと考えるべきであろう。

いずれにしても、子の監護者制度は、旧法の父権的な単独親権制度を前提とした旧規定(旧812条)を家制度の廃止と父母平等主義から手直ししただけでそのまま承継したところから、監護の範囲、監護者の地位や権限などをめぐってきわめて不明瞭なままになっている⁴⁰⁾。親権法全体とともに、明治民法の親子に関する基本構造を反映した親の権利としての体系が監護制度をも貫いており、子の利益・子の権利を徹底して保障する監護権法として再構築される必要があるといわなければならない。

(4) 祖父母等の監護処分事件の申立権の可否

近時、児童を事実上養育している里親らからの監護者指定の申立てを棄却した審判が公表されている⁴¹⁾。この事件は、事件本人である児童の実母(父は未認知)が、事件本人について里親委託を受け、約3年7か月にわたって里親として養育してきた申立人らに対して、事件本人の引渡しを求めたのに対し、申立人ら里親が自分たちを事件本人の監護者として指定するよう求めた事案であった(山形事件)。

原審では、民法766条を、離婚による単独親権への移行による未成年者の監護状態への変動に対応する趣旨の規定ととらえ、実母からの引取請求によ

40) 石川稔「監護者の地位と権限」判タ747号278頁(1991年)参照。

41) 仙台高決平12.6.22家月54巻5号125頁。

り子の監護状態が変動する本件では，民法 766 条の趣旨を類推適用して解決を図る必要があるとして，事実上の監護者である申立人らの申立権を肯認した。さらに，それぞれの当事者の状況を検討した上で，原則として親権者から未成年者を監護する第三者に対して未成年の引渡請求が行われた場合にはこれを認めるべきであるが，例外的に，未成年者の引渡しを認めることが未成年者の福祉に明らかに反するといった特段の事情がある場合には，未成年者の引渡しを拒絶し，未成年者を事実上監護する第三者を監護者として指定できると説示し，実母からの引渡請求を却下し，里親を監護者として指定している⁴²⁾。

これに対し，抗告審である仙台高裁は，民法 766 条 1 項及び家事審判法 9 条 1 項乙類 4 号の規定の構造からして，「家庭裁判所に対して子の監護者の指定の審判の申立てをすることができる者が協議の当事者である父又は母であることはいうまでもない」とし，このような協議のできない場合に「家庭裁判所は，いわば父母に代わって子の監護者を定める」ことが同条の趣旨であるとした上で，第三者である里親らに親権者以外の監護者の指定の申立権はないとして，里親らの申立てを却下した（ただし，実母からの引渡請求自体は，行政処分としての児童相談所の一時保護処分を家庭裁判所で争うことはできないとの理由から棄却されている）。

また，両親が不仲で暴力を伴う争いを繰り返しているため祖母のところに預けられた満 11 歳と 10 歳の姉妹について，父親の暴力行為や性的虐待の可能性のあることを理由に監護者の指定を申し立てた事件で，福岡家庭裁判所久留米支部は，親権者が親権をその本来の趣旨にしたがって行使するのに著しく欠けるところがあり，親権者である父母にそのまま親権の行使をさせると子の福祉を不当に阻害する特段の事情があるとはまでは認められないと申立てを却下した。これに対して，祖母から保護の緊急性，保全の必要性があるとして即時抗告がなされた。福岡高裁は，父親の暴力や性的虐待の可能性が高く，親権行使が子の福祉を害する蓋然性があり，姉は一時保護された児童相談所から逃走して抗告人のもとにかくまわれている状況にあり，早急な生活の安定を図るためにも抗告人の監護に法的根拠を付与することが必要で

42) 山形家審平成 12.3.10 家月 54 巻 5 号 139 頁。

あるとして、姉については申立てを認めた。しかし、妹については相手方と生活しており、正確な実情把握が困難で、児童相談所や家庭裁判所の手続を検討して解決をはかるのが相当として申立てを却下した原審を支持する判断を下した(福岡事件⁴³⁾)。

さらに、未成年の子の母方の祖母が子を虐待するなど実父母が監護に著しく欠けるところがあるとして、1年半にわたり同居し面倒をみてきた未成年者の監護者の指定を求めたケースで、金沢家裁七尾支部は、父母が子の監護権に関する合意を適切に成立させることができず子の福祉に著しく反する結果をもたらしている場合には、家庭裁判所の権限につき民法766条を、請求権者(申立人)の範囲につき民法834条をそれぞれ類推適用し、子の親族は子の監護に関する処分事件の申立権を有すると判断した。そして同申立てにもとづいて、家庭裁判所は、家事審判法9条1項乙類4号により子の監護者を定めることができるものとして、また父母にそのまま親権を行使させると子の福祉を不当に阻害する特段の事情がある場合は、父母の意思に反しても父母でない者を監護者に指定できると説示したうえで、実父は1歳11か月の二女を虐待して死亡させており、実母は未成年者を自分で判断して生活してゆけるようになるまで祖母に預けるといふ念書を交付し、子どもが「パパに何も食べさせてもらえなかった」など好感情を有していないことから、祖母を監護者に指定した⁴⁴⁾。

学説では、親権者・監護者でない祖父母や里親、事実上の養親、継親など第三者からの監護者の指定や面接交渉、子の引き渡しなどは「その他監護について必要な事項」として子の監護に関する処分事件の申立権を有するかどうかでは積極説・消極説の対立がある。消極説が従来多数説であって、民法766条の申立権者は、協議の当事者である父母であり、親権者・監護者から監護を委託され、または養子縁組を前提として子を預かり事実上の監護をしている第三者には申立権は存在しないと解している⁴⁵⁾。事実上の監護者に

43) 福岡家久留米支審平成14.7.19家月55巻2号172頁,福岡高決平成14.9.13家月55巻2号163頁。

44) 金沢家七尾支審平成17.3.11家月57巻9号47頁。

45) 島津一郎編『注釈民法(21)親族(2)』157頁〔神谷笑子〕(有斐閣,1980年),斎藤秀夫=菊池信男編『注解家事審判法』338頁〔沼邊愛一〕(青林書院,1987年),北野俊光「面接交渉権」村重慶一編『裁判実務大系25人事争訟法』196頁(青林書院,1995年),

まで申立権を認めることは、本条の文言や立法趣旨を大きく離れすでに解釈論の限界を超えるものであり、親権者や監護者の権限に対する第三者からの不当な干渉ともなりかねないとする。

これに対して、祖父母や里親など事実上の監護者も本条での申立権を有すると解する積極説も近時有力化している⁴⁶⁾。この説は、事実上の監護者についても、本条は当事者の協議に代わる処分として、家庭裁判所に育ての親としての最適者を選任したり、監護費用分担額を定めたり、面接交渉義務を形成したり、子の引渡義務を形成したりする積極的な権限を付与した趣旨の規定であると解する。したがって、ここでは、子の監護者としての適否ひいては子の利益の考慮が中心的な判断事項となり、権利の存否ではなく、家庭裁判所が「子の監護に関する処分」として審判すべき事項とするのがふさわしいと説く⁴⁷⁾。

民法 766 条の沿革や本来的趣旨は、消極説が説くとおりであり、安易に親権と監護権の分離分属を肯定することは子どもの監護養育環境の安定という点からも決して好ましいことではない。しかし、消極説が言うように、祖父母、里親等の事実上の監護者からの申立権を一切認めないとすると、法規が欠落していることによる不利益を結果的に実質的当事者である子どもに及ぼすことにもなり、子の福祉の実現が形式的資格や権限の有無により阻まれるという不幸な事態ともなりかねない。欧米では、子の福祉に関係をもつ第三者にも監護や面接交渉を申し立てる資格が認められ、子の利益のためにその途が開かれている。そうだとすると、明文の規定のないわが国でも、父母や親権者ではないとしても、親代わりをしたり監護に関わり実質的な関係を形成してきた者には、民法 766 条の趣旨を類推適用して、子の利益の増進と監護関係の安定のためにイニシアティブをとらせるべきではなかろうか。そして、このような第三者に申立資格を認めたところで、監護に関する処分事件は、子の利益になるかどうかで決せられることになり、最終的には、家庭裁

仙台高決・前掲註 41) 等。

46) 梶村太市「子の引渡請求の裁判管轄と執行方法」司法研修所論集 98 号 312 頁以下(1997 年)、棚村政行「祖父母の監護権」判タ 1100 号 149 頁(2002 年)。

47) 島津一郎=松川正毅編『基本法コンメンタール親族』88 頁〔梶村太市〕(日本評論社、第 4 版、2001 年)。

判所を関与させて子の福祉を調査する専門性と機動性がいかんなく発揮されることになる。

これに対して、近時、子の福祉の観点から第三者の監護者指定が必要な場合に民法834条と766条を類推適用して行うべしとする民法834条・766条重畳類推適用説が説かれ⁴⁸⁾、これを支持する立場もある⁴⁹⁾。この説は、親権者の意に反しても監護権が奪われるのは親権喪失制度と基盤を一にしており、児童虐待・放置など監護状態が劣悪な親権濫用型を念頭に置いて、監護者の申立資格に制限をおく必要はないと主張している。しかしながら、親権と監護権との権限や責任分配に関する明確な法基準はなく、無制限に第三者の申立てを認めてしまえば、父母の離婚に伴う横の拡大家族と子との面接交渉などが問題となる家族再編型の紛争、離婚や家族再編に伴う継親や事実上の養親との暫定的に監護者を定め恒久的な監護養育環境を形成するためのステップとする暫定的監護型の紛争、児童虐待や親権濫用などの緊急的介入が必要とされる親権濫用型の紛争、一時保護、里親委託などにより子の一時的養育を確保し親権者からの引渡しを阻止する児童福祉型の紛争など、多様な類型に柔軟に対応できない。もとより、親権を制限し子の福祉のための監護法が立法されればよいが、現時点での許される解釈論として、子と実質的な関係を形成してきた第三者に申し立て資格を認め、子の福祉や利益になることを積極的に主張立証させて必要な範囲での監護権を取得させるべきであろう⁵⁰⁾。

4 親権の内容と効力

親権は、身上監護権と財産管理権に分けることができ、以下に分けて検討する。

(1) 身上監護権

監護教育権 親権者は、子を監護教育する権利義務を有する(820条)。監護というのは、子を監督保護し身の回りの世話をすることをさし、教育は

48) 田中通裕「判批」判タ1099号86頁以下(2002年)。

49) 二宮周平「父母以外の者を子の監護者に指定することの可否」判タ1119号112頁(2003年)、床谷文雄「判批」判タ1120号80頁(2003年)、鈴木博人「判批」民商129巻4=5号760頁以下(2004年)等。

50) 棚村政行「未成年者らの監護者の指定を本案とする審判前の保全処分として、未成年者らの実の祖母を監護者と仮に定めることの可否」判タ1154号102頁以下(2004年)。

主として、知能や技能を育て、子の精神的情緒的発達を促すことであろう。しかし、実際には両者は不可分のもので、監護教育は、子どもの心身両面の健康と発育を促進し、一人前の人間に育てることをいう⁵¹⁾。監護教育費の負担については、820条を根拠にする説もあるが、学説・判例の多くは、婚姻費用（760条）、監護費用（766条）、扶養義務（877条）で親権の有無とかわりなく認めようとする。また、親権者は、監護教育権にもとづき親権行使を妨害する第三者に対して子の引渡しを請求できる⁵²⁾。

なお、面接交渉に関する最近の事例で、未成年者の実母が離婚後親権者となった実父と養子縁組をした養母に対して面接交渉を求めたのに対して、未成年者をめぐって親権者変更申立てなどが争われており保護環境が混乱するおそれがあるとして、年1回の写真及び成績表の送付を命じたものがある⁵³⁾。また、実母と未成年子の宿泊つきの面接交渉が認められていたところ、実父が再婚しその相手方と養子縁組が結ばれたために、新しい家族関係を確立する途上にあることに鑑み、未成年者らの心情や精神的安定に悪影響を及ぼすおそれがあるとして、毎月1回の面接交渉に変更したケースもある⁵⁴⁾。連れ子養子縁組がなされた場合に、すでに十分な交流実績のある実親と子との面接交渉について消極的にすぎないか疑問が残る。なお、調停で定められた面接交渉の条項を守らず、子を待ち伏せしたり連れまわしたりして逮捕されるなど、ルールを遵守して節度ある面接交渉が期待できない場合には、面接交渉の全面禁止もやむをえない⁵⁵⁾。さらに、父母間の葛藤が激しいケースで、9歳と6歳の子については、母の協力なしに面接交渉の実現が困難であり、紛争が再燃して子の福祉を害するおそれがあるが、12歳の子については父との面接の可否について自律的に判断する能力を備えているので面接交渉を認められるとしたケースもある⁵⁶⁾。面会交流は、親子双方にとって、親子の最低限度の絆を維持する重要な権利であって、子の利益に明らかに有害でないかぎり全面禁止や重大な制限は加えられるべきでない。

51) 石川・前掲註19) 275頁参照。

52) 最判昭和35.3.15民集14巻3号430頁。

53) 京都家審平成18.3.31家月58巻11号62頁。

54) 大阪高決平成18.2.3家月58巻11号47頁。

55) 横浜家相模原支審平成18.3.9家月58巻11号71頁。

56) 東京家八王子支審平成18.1.31家月58巻11号79頁。

居所指定権 親権者は、監護教育の職責を果たすため、子どもがどこで暮らすか居所を決める権利を有する(821条)。親は自分と同居するかどうか、学校の寮そのほか、子の監護教育上適切な居所を決定できる。しかし、親権者がいかがわしい場所で子を働かせるなど、居所指定権の濫用は許されない。また、意思能力のある子が自由な意思で居所を選択する場合、できうるかぎりその意向は尊重されなければならない⁵⁷⁾。

懲戒権 親権者は、必要な範囲で子を懲戒したり、家庭裁判所の許可を得て懲戒場に子を入れることができる(822条1項)。子を懲戒場に入れる期間は6か月以下の範囲で家庭裁判所が定める(同条2項)。子に対する懲戒権は、監護教育の目的で子の非行や誤りを指導矯正するために認められる。したがって、あくまでも、懲戒は、監護教育の目的でおこなわれ、手段・方法において相当性を有し、かつ必要最小限のものでなければならない。「愛のムチ」と称して過度な折檻や体罰を行うことは、懲戒権の濫用であり、親権喪失の理由ともなりうる(834条)。また、刑法上は暴行・傷害・監禁などの犯罪ともなるし、都道府県知事は児童相談所長をつうじて、家庭裁判所の承認により、里親などに委託したり養護施設へ入所させるなどの措置もとれる(児童福祉法28条)。本条については、監護教育権に含めて考えればよく、懲戒権を独自のものとして認めるのは疑問だとの指摘もある⁵⁸⁾。

職業許可権 親権者は子の職業につき許可するかどうか決めることができる。この職業許可権につき、親権者は営業に耐えない事情があるときは取り消したり制限したりすることができる(823条)。ここでの「職業」は民法6条の「営業」より広い概念であるか、同一とみるかで争いがある。通説は「職業」を「営業」より広い概念とみる。したがって、営業が営利目的の独立の事業であり、職業は継続的な業務をいうため、他人に雇われて働くことも「職業」に含まれる。これに対して、営業と職業とを同視する立場では、独立に営利事業を営んでおらず、他人の使用人となるケースでは親権者の許可を要しないとされる。なお、ここでの「職業」とは、他人に雇われて働く場合だけを指し、財産管理に関わる営業は「職業」に含まれないと解する説

57) 内田貴『民法 親族・相続』212頁(東京大学出版会,2002年)等。

58) 石川・前掲註19)275頁。

もある⁵⁹⁾。

身分行為などの代理権 親権者は、未成年の子の法定代理人として、認知の訴えを起こしたり(787条)、15歳未満の子の氏の変更(791条3項)、15歳未満の子の養子縁組の代諾(797条)などの権利も有する。最近の事例で、親権と監護権が分属している場合に、監護者は親権の主たる内容である監護及び養育を中心とする身上監護権を分掌し、子の財産につき管理権及び代理権ないし身分上の重大な効果を生ずる身分行為について代理する権限は、親権者に留保され、監護者にこれは帰属しないと解するのが相当であるから、民法791条1項及び3項にもとづく入籍届は、法定代理人である親権者が行わなければならないとしたケースがある⁶⁰⁾。しかし、子の氏の変更申立の代理権を監護者に認めたケースもあり⁶¹⁾、子の身上監護権を有する監護者に身分行為の代理権や同意権を認めるなど、法的権限や地位を整理する必要がある。

(2) 子の財産管理権

財産管理権・財産行為の代理権 親権者は、子の財産を管理し、子の財産に関する法律行為についてその子を代表する(824条本文)。ただし、労働契約のように子の行為を目的とする債務が生ずる場合は、本人の同意が必要である(ただし書)。ここでの財産の管理は、通常、家屋を修理する財産の保存行為、家賃をとって貸すような財産利用行為、増改築をするなどの改良行為をさす。しかし、財産価値の維持や増加につながる場合には、財産を売却して金銭にしたり、交換するなど処分行為も財産管理に含まれる。

親権者は、自己のためにするのと同じの注意を払って財産管理にあたらなければならない(827条)。後見人の負う善管注意義務より、注意の程度が軽減されている。子どもが成年に達したときは、遅滞なく管理の計算をしなければならない。ただし、子の養育費や財産管理費用は、子の資産から生ずる収益と相殺することができ、この限度で、親権者は管理計算義務を免除される(828条)。しかし、この規定も、第三者が無償で子に与えた財産につき、

59) 石川・前掲註19)275頁以下、鈴木祿弥=唄孝一『人事法』173頁(有斐閣、1980年)。

60) 東京高決平成18.9.11家月59巻4号122頁。

61) 釧路家北見支審昭和54.3.28家月31巻9号34頁。

相殺しないよう反対の意思を明らかにしているときは適用されない(829条)。また、第三者が無償で子に財産を与え、親権者である父母に管理させない意思を表示した場合、その財産は父母の管理に属さない(830条1項)。第三者が管理者を指定しなかった場合には、家庭裁判所がその管理者を選任する(2項)。第三者が管理者を指定したときでも、管理者の権限が消滅したり、改任の必要がある場合も、家庭裁判所が管理者を選任でき(3項)、管理者には不在者の財産管理の規定が準用される(4項)。なお、財産管理に関して生じた債権は5年の時効により消滅する(832条)。民法は、親権者の管理権消滅後、財産管理についての債権は早期に決済されるように短期消滅時効を定めた。

親権者がなしうる子の財産行為は、売買、賃貸、贈与、相続の承認・放棄など子の財産に影響を与える一切の行為を含む。子が労働を提供することを内容とする雇用契約などについても、親権者は代理権を有する。しかし、子自身の同意が必要であり(824条ただし書)、親権者である法定代理人が子に代わって労働契約を締結することは禁止されている(労基58条1項)。父母が共同で親権を行使する場合、一方が共同名義で子に代わって法律行為をした場合や他方が同意をした場合、他方の意思に反するときでも有効とされる(825条本文)。ただし、相手方が悪意のときは無効となる(ただし書)。親権者の代理権濫用の場合、その行為の相手方が濫用の事実を知りまた知ること得べかりしときは93条ただし書の類推適用により、その行為の効力は子に及ばない。しかし、親権者が子を代理して子の所有する不動産を第三者の担保に提供する行為は、利益相反にあたらないから、特別な事情がないかぎり、親権者による代理権濫用とはならないとするのが判例である⁶²⁾。

利益相反行為 親権者である父または母と子の利益が相反する行為については、親権の公正な行使が期待できないため、特別代理人の選任を家庭裁判所に請求しなければならない(826条1項)。親権者が数人の子に対して親権をおこなう場合、その一人と他の子の利益が相反する場合も、特別代理人の選任が必要とされる(2項)。利益相反になるかどうかの基準としては、二つの考え方がある。一つは、形式的判断説であり、行為の外形から客観的

62) 最判平成4.12.10 民集46巻9号2727頁。なお、合田篤子「親権者による財産管理権の乱用的行使の規制」神戸法学雑誌51巻1号77頁以下(2001年)では、ドイツのような家庭裁判所の監督のもとでの事前規制が提案されている。

に判断すべきだとする。これに対して、実質的判断説は、行為の動機、目的、実際効果、必要性などを実質的に検討して決めるべきだと説く。判例は、親権者が子を代理して銀行から貸付を受け、自ら連帯保証人となり、その債務の支払いのため共同で約束手形を振り出す行為は、「行為自体を外形的客観的に考察して判定すべきで」動機や意図を考慮すべきでない」と判示し、形式的判断説をとる⁶³⁾。形式的判断説では、親権者が子の名前でもって金銭を借り入れ、子の所有不動産に抵当権を設定する行為は、たとえ、借入金を親権者の債務の弁済のため使用する目的で行われても、利益相反にならないことになる。逆に、親権者が自己の借入金債務のため、子を代理して不動産に抵当権を設定する場合は、子の養育費に充てるためでも利益相反とされる⁶⁴⁾。同一の親権に服する子らの遺産分割において、親権者が数人の未成年者の代理人となる場合も、子どもどうしの利益は相反するから、格別に特別代理人が必要とされる⁶⁵⁾。

5 親権・監護権の停止・制限・終了

(1) 親権喪失宣告

父母が親権を濫用したり、著しく不行跡であるときは、家庭裁判所は、親権の喪失を宣告することができる（834条）。親権者に認められる子育て・監護の権利、財産管理の権利は、もっぱら子の保護や利益のために認められるものであるから、これらの権限を不正に利用したり、不当に行使したりすることは許されない。したがって、民法は、親権を適切に行使しない親権濫用や、社会的倫理的な非行のある不行跡のケースでは、父母から親権そのものを剥奪することにした。親権の喪失宣告を求めることができるのは、子の親族、検察官（834条）、児童相談所長（児童福祉法33条の6）である。子自身や養護施設の長には申立権はないが、問題であろう⁶⁶⁾。最近の親権喪失宣告事件では、先天性の心疾患のある新生児について、親が宗教上の理由から

63) 最判昭和42.4.18 民集21巻3号671頁等。

64) 最判昭和37.10.2 民集16巻10号2059頁。

65) 最判昭和49.7.22 判時750号51頁。なお、神谷笑子「親権者と未成年の子の利益相反行為」判夕747号287頁以下（1991年）参照。

66) 湯沢雅彦「養護施設児童の親に対する親権の制限」太田先生遺暦記念『現代家族法の課題と展望』224頁（有斐閣、1982年）、谷口ほか編・前掲註25）212頁以下〔辻朗〕。

手術に同意せず、医療同意の拒否に合理的理由が認められず、親権を濫用し、未成年者の福祉を著しく損なっているとして親権者としての職務執行停止と、その停止期間中の職務代行者の選任を認め手術を実施したケースがある⁶⁷⁾。また、全身に大やけどを負っている乳児が転院さえ無理な状態で重篤であるにもかかわらず、親権者らが退院要求を繰り返し、その病院から職員の制止を振り切って連れ去っていること、親権者らからの虐待の可能性も否定できないこと、審問期日に出頭せず面接も拒否していることから、児童相談所長からの福祉施設入所の承認申し立て事件において、審判前の保全処分として親権者からの面会及び通信を制限した事例もある⁶⁸⁾。また、実母と再婚した養父に身体的虐待があり、子も拒否感情が強く、子を引き渡すことは明らかに未成年子の福祉に反し、児童相談所への激しい抗議行動や実父に対する金銭の要求などの目的もあるような場合には、親権濫用として親権喪失が認められたケースがある⁶⁹⁾。

親権喪失宣告は、親権者の住所地の家庭裁判所の審判により行われる（家審9条1項甲類12号、家審規73条）。審理は、非公開かつ、職権探知主義を原則とする。親権または管理権の喪失宣告の申立てがあった場合、本審判の確定までの間、子の利益のため必要があるときは、親権者の職務の執行を停止し、職務代行者の選任をすることができる（家審規74条1項）。審判前の保全処分として、緊急の場合の暫定的措置を定めたものである。親権喪失の事由があれば宣告の審判がくだされ、確定すると（家審13条）、書記官から戸籍役場へ通知がなされる（家審規78条）。親権喪失審判がなされたことは戸籍に記載される。

また、親権喪失宣告の原因がなくなった場合、家庭裁判所は、本人またはその親族からの請求により失権の宣告を取り消すことができる（836条、家審9条1項甲類12号）。

ところで、子の保護や福祉の実現のために、虐待のケースで家庭裁判所の直接的介入が求められるケースは、児童保護施設への入所措置の承認審判事

67) 名古屋家審平成18.7.25家月59巻4号127頁。類似事例として、大阪家岸和田支審平成17.2.15家月59巻4号135頁参照。

68) 福岡家小倉支審平成18.4.27家月59巻5号93頁。

69) 名古屋家岡崎支審平成16.12.9家月57巻12号82頁。

件，親権喪失宣告事件，子の親権者の変更事件，子の監護に関する処分事件などである。児童福祉法 28 条による親権者等の同意が得られない場合の児童福祉施設収容の承認申請事件は，保護者が児童を虐待し，著しくその監護を怠り，その他保護者に監護させることが著しく当該児童の福祉を害する場合に許される。最近では，児童福祉法 28 条事件が著しく増加しており，ここ 10 年で約 4 倍も増えた⁷⁰⁾。

28 条事件の要件として，虐待行為の明白性を要求するかどうかで裁判官によっても見解を異にするが，密室で発生する虐待行為を立証することは容易なことではない⁷¹⁾。虐待親が虐待の事実を認めることはほとんどなく，状況証拠や傍証によって虐待行為を認定していくほかはない。

これまでは，児童虐待のケースでは，児童相談所は，児童福祉法 33 条の一時保護権限を行使し，暫定的あるいは実質的に虐待親から子どもを分離し，保護をしたうえで，児童福祉法 28 条事件の施設入所の承認審判の申立てをしてきた。また，このような形での暫定的保護や分離ができないケースでは，親権喪失を本案とする審判前の保全処分の申立てをし，併せて児童福祉法 28 条の申立てをすることが行なわれてきた⁷²⁾。

児童福祉法 28 条を本案とする保全処分（子の引き取りの禁止，親権の一時停止，面会制限）が可能かどうかについては，児童福祉法及び家事審判規則上に保全処分の規定がないこと，家事審判規則 52 条の 2 に子の監護に関する保全処分の類推適用にも問題があることなどから，家事審判法 15 条の 3 の保全処分の規定を限定的に解して消極的にとらえる立場が有力であった。しかし，児童福祉法 28 条 3 項が家裁の承認について，家事審判法 9 条の申し立てとみなすと規定しているので，家事審判法 15 条の 3 を適用して保全処分ができると解する審判例もでてきた⁷³⁾。

70) 最高裁判所事務総局家庭局『家庭裁判所事件の概況 家事事件』家月 59 巻 1 号 8 頁（2007 年），同「児童福祉法 28 条事件の動向と事件処理の実情」
<<http://www.courts.go.jp/about/siryozihukuhou.html>>（2008.3.3 アクセス）

71) 中村昭代ほか「児童虐待に関連する家事事件の調査及び関係機関との連携について」家月 51 巻 6 号 103 頁（1999 年）。

72) 日本子ども家庭総合研究所編『厚生省子ども虐待対応の手引き平成 12 年 11 月改定版』67 頁以下（有斐閣，2001 年）参照。

73) 浦和家審平成 8.3.22 家月 48 巻 10 号 168 頁。

施設への入所を承認した事例として、生後9か月の乳幼児(男児)が短期間に、頭蓋骨骨折、上腕骨骨折、右鎖骨骨折という重篤な怪我2回、鼻腔内への異物の挿入の被害1回を受け、保護者らによる虐待行為につき思い当たることが無いとされ、認定できないものの、児童に対する父母等の監護が適切になされていなかったものと認められ、当面は乳児院又または児童養護施設に収容して健全な育成を図ることが相当であると入所を承認し、併せて、審判後は、父母が児童相談所による継続的な助言や指導を受け、適正な養育知識などを身につけるよう積極的に努力するようにし、児童相談所と緊密な連絡をとる必要があるとした審判例がある⁷⁴⁾。また、児童相談所長が一時保護した5歳の男児の全身打撲、顔や耳に包丁による切り傷、肝機能障害、貧血などが親権者である実父によるものであり、しつけを目的とするものとしてもその方法が合理的な範囲を超えているだけでなく、児童に対する監護義務を果たしていないことは明らかで、このまま実父の監護下におくことは著しく児童の福祉を害するものとして、被害児童の福祉施設への入所を承認した事例もある⁷⁵⁾。親権者が引き取りを望むものの、児童を健全に養育する環境が整えられておらず、児童(12歳)にも問題行動があり、それが悪化する傾向があるために、児童擁護施設から専門家による手厚い指導を施せる児童自立支援施設への入所の承認を認めたケースもある⁷⁶⁾。

(2) 管理権喪失宣告

親権者である父母の管理が失当であったことにより子の財産を危うくしたとき、家庭裁判所は、管理権の喪失を宣告することができる(835条、家審9条1項甲類12号)。ここでいう管理権とは、親権のうち、子の財産に関連する一切の権利義務をさし、財産管理権、財産行為の代理権、同意権などを含む。「管理が失当であったことによってその子の財産を危うくしたとき」とは、親権者による管理が不適切であったため、現実に財産上の重大な不利益を受けたとか、受ける危険性が生じた場合をいう。

74) 横浜家審平成12.5.11家月52巻11号57頁。

75) 大阪家審平成13.4.2家月53巻11号119頁。なお、広島家審平成12.7.28家月53巻1号95頁、高知家安芸支審平成12.3.1家月52巻9号103頁、福岡家小倉支審平成11.12.1家月52巻6号66頁、福岡家審平成13.4.23家月53巻10号119頁、札幌家審平成13.6.11家月53巻12号88頁等。

76) 前橋家太田支審平成17.12.19家月58巻7号62頁。

（3）親権・管理権の辞任と回復

親権者である父母は、やむをえない事由があるときは、家庭裁判所の許可をえて、親権または管理権を辞任することができる（837条1項，家審9条1項甲類13号）。親権者自らの意思で、親権・管理権を辞することを認めた。ただし、病気、長期不在など適切な親権・管理権の行使が客観的に期待できないような場合に限られる。また、親権・管理権を辞任せざるをえなかった事由がなくなったような場合、父母は家庭裁判所の許可をえて、親権・管理権を回復することができる（887条2項）⁷⁷⁾。

親権・監護の再構成と改正への課題

1 親権法改革に向けた流れ

家父長制的大家族制度のもとでは、家にある子は、強大な父権に服した。父権は、生殺与奪の権利をも含み、貧しいときは、家父は、子を売却したり奴隷扱いしたりすることもできた⁷⁸⁾。18世紀、19世紀に、ようやく絶対的な父権から脱却して、親のための親権との構成がとられ、20世紀になって子の利益や子の福祉が強調されることになった。日本でも、明治民法は「家制度」を中心におき「家に在る父」が子に対する第一次的な親権をもち、「親のため」「家のため」の親権法の構造を維持した。戦後の民法の大幅な改正で、父母の共同親権・共同行使に改められて、親権が「親の権力」「支配権」から「子の監護」「子育て」のための親の義務という性格を強くもつようになった⁷⁹⁾。

親権の社会性、後見性が強調されるようになると、「親権廃止論」「親権後見統一論」が説かれるようになった。たとえば、親権法は、親の権力的支配関係から子に対する監護義務としての性格に変容し、親権が自然的後見として後見法に統一されてくる⁸⁰⁾。また、親権という権力的包括的権利から脱却

77) 山田光郎「親権・管理権を辞任できる場合及びその手続」判タ 747号 281頁以下(1991年)、島津編・前掲註46) 224頁以下〔田中通裕〕。

78) 船田享二『ローマ法(第4巻)』139頁(岩波書店、1971年)。

79) 於保不二雄『注釈民法(23)』2頁以下(有斐閣、1969年)参照。

80) 於保不二雄『親子 近代家族法の基礎理論』6頁以下(日本評論社、1950年)参照。

して、後見人として子を保護監督する考え方に転換して、親の地位が子の監護を主とするものであれば、親権という用語及び制度を廃止してしまい、後見人と同列にすべきだとされる⁸¹⁾。さらには、親権廃止論をさらに発展させ、親権者という名称を廃止して管理権者と監護権者と呼び、未成年者にはその福祉のために後見人をつけ、心身の監護を行う監護後見人と、財産の管理を行う管理後見人の二種とし、15歳以上の子の意思の尊重や後見人における父母の優先などの新たな提案もなされた⁸²⁾。

しかし、「親権後見統一論」では、父母という第一次的保護者と後見人という二次的保護者の差異を解消してしまうことは私的生活への国家的介入を招き、単なる名称の変更にすぎないのではないかなどの批判が強かった⁸³⁾。確かに、親権法が旧法の引き写しに近いもので、新法の理念である子の福祉や子の利益を推進するために、「親権後見統一論」の主張が果たした思想的歴史的役割は決して小さくない⁸⁴⁾。ただ、現在では、独自の親権法・監護法の再構築に向けての議論が活発化しており、学説上の意義は発展的に解消されたとみてよい。

そこで、近時、子の権利を積極的に確認し、これを保障するための手段として、親権を子の権利に対応する権利義務関係として再構成しようとする学説が現れた。この立場では、親権者たる父母は、子に対する関係で、監護教育の遂行のみならずその遂行につき子の権利実現にかなう内容を与える義務を負うと同時に、これに対応する自分の権利として、子に対し監護教育の遂行につきその指示に従うよう求める権利や監護教育の内容につき何が子の権利に対応するかの決定権を有すると説く。そして、その反面として、親権に服する子は、父母それぞれに、監護教育の遂行を要求するだけでなく、自己の権利実現に適した監護教育を施すよう要求する権利をもつとする⁸⁵⁾。この

81) 中川善之助「親権廃止論(附・親権後見統一法私案)」法時31巻10号4頁以下(1959年)、西村信雄「親権廃止論に賛成する」法時31巻10号76頁(1959年)。

82) 立石芳枝「親権の概念」中川先生還暦記念『家族法大系』1頁以下(有斐閣、1960年)。

83) 鈴木ハツヨ『子どもの保護と後見制度』32頁(創文社、1982年)。

84) 久貴忠彦「親権後見統一論について」川合健ほか編『講座現代家族法第4巻』17頁(日本評論社、1992年)。

85) 川田昇「親の権利と子の利益」中川先生追悼『現代家族法大系3』227頁以下(有斐閣、1979年)。

説は、親権者に子の利益の実現のために積極的に監護教育をなすことを義務づけ、子の権利論から親権法の再構成を目指した点で大きな意義があろう。

さらに、日本の現行民法は親の権利の体系として親権を規定しており、子の権利論から親権法・監護法の体系的な見直しが必要だとして、解釈論、立法論において精緻かつ大胆な提言をする学説も登場した⁸⁶⁾。この立場は、子の側から子の哺育・監護・教育を論じながら、親権が個々の問題においてどのように作用し、その権利性と義務性とを顕現させているかを考察していくことが、今日親権概念の明確化のために求められている作業だと説く。たとえば、親の監護教育をする権利は、子の監護教育を受ける権利として把握し、親が監護教育する義務を果たさないときは、子は二次的に子の保護義務を負う国に対して監護教育を要求する権利をもつとする。また、身上監護権と財産管理権の区分も機械的に区分するのではなく、機能的に分類して子の監護教育のために必要とされる権能は何かを考えるべきであり、身分行為の代理権も個々の規定ごとに個別具体的に検討すべきだと説く⁸⁷⁾。児童福祉法上の保護の仕組みと親権法上の不整合（父母が第一次的な保護義務を負い、それが果たせないときに親族共助に期待した後見制度による）のために、国の負うべき第二次的保護義務を十分に果たせない法構造となっているとも分析する。そして、親権法は児童福祉法との有機的関連づけの中で、積極的に子の保護義務を促す整合的な法システムにならなければならないとする⁸⁸⁾。

さらに、この立場は、立法的課題として、未成年者という概念で乳児も大学生をも把握するのではなく、子の発達段階に則した親権法・監護法へ転換すべきこと、すなわち、親権ないし監護権を子の発達段階に応じて相対的に把握すること、親権を監護権を中心とした権能に純化させ、監護権法を機能的に再構成すべきこと、父母が争っている場合の子の代理人制度や離婚後の子の利益の擁護者としての非親権者ないし非監護者の権利を認めるなど、子の利益保護を監視する法システムを開発すること、個々の紛争類型に応じた子の代弁者・擁護者・監視者を個別具体的に考えること、子をめぐる紛争について子の聴聞される権利、子の意思の尊重を今以上に充実すべき

86) 石川・前掲註8) 2頁以下、石川・前掲註10) 224頁以下

87) 石川・前掲註8) 10頁、13頁、石川・前掲註10) 235頁、239頁。

88) 石川・前掲註8) 15頁、石川・前掲註10) 235頁、242頁以下。

ことを提唱する⁸⁹⁾。この立場は、子どもの権利を基軸におきながら、親の権利とのバランスをとり、また、子・親・国(社会)との役割分担を考えながら、親権法・監護法の再構成を図ろうとしている点ですぐれている。

また、親権法改正の方向として、財産管理権については国家的監督を強化し、きめ細やかな現実的保護を与えること、離婚後の共同親権・共同監護を一つの選択肢として積極的に導入し、非親権者にも一定の権利義務を承認すること、親権の一時停止など児童保護法制との関連での見直しが必要であり、親権者が適正に親権を行使できるような条件整備と指導助言を与えること、非嫡出子の単独親権を見直し、父母双方の養育責任を可能とする途を開くべきことなどを説く立場もある⁹⁰⁾。民法の親権法は、子の福祉や子の権利を実現するための法システムに再編されるべきことを説く点で評価されなければならない。

とくに、児童の権利条約との関連で親権法・監護法の課題と再構築をはかることが要請されている⁹¹⁾。すなわち、1989年の「児童の権利条約」の採択により、ようやく、子どもが大人とは別の独立の権利主体として尊重されるという考え方が承認された。日本も、1994年に「児童の権利条約」を批准承認している。児童の権利条約(子どもの権利条約)は、子どもの最善の利益を目標にして、国は、親や保護者などの権利及び義務を考慮しつつ、子の福祉に必要な保護やケアを確保し、立法、行政上の措置をとらなければならないとする(3条)。この条約は、18歳未満の子どもたちに、大人と同じような人間として当然に認められるべき各種の「人権」の保障を及ぼさなければならないと規定した。そして、子を、大人とは別個独立の存在として尊重し、子ども自身もつ各種権利を条約を締約した国や親に対して確保するよう強く求めている。親権・監護法においても、非嫡出子の差別的取り扱いの禁止(2条)、親権の決定・変更・喪失及び子の奪い合い紛争における利害関係者の意見表明の必要(9条1項、2項)、面接交渉権の原則的承認(9条3項)、親の共同養育責任及び児童の最良の利益原則(18条1項)、子の扶養責任及

89) 石川・前掲註8)19頁、石川・前掲註10)249頁。

90) 田中通裕「親権法改正への課題」石川ほか編・前掲註6)390頁以下。

91) 石川稔「親子法の課題—子どもの権利条約からみた課題を中心として」川合健ほか編『講座現代家族法第3巻親子』5頁以下(日本評論社、1992年)参照。

び養育費の履行確保(27条)、児童虐待の防止(19条)などで点検と改善が求められることになる⁹²⁾。

さらに、親権法を子の利益のための親の権利義務と把握し、条文上も、父母の共同親権の原則化(ただし、婚外子については母の同意と共同親権行使の届出を必要とする)、婚姻中の親権共同行使に争いがあるときの裁判所の処分、父母だけでなく、祖父母等の面会交流、懲戒権の規定の削除と体罰禁止、親権濫用などの場合の親権の全部または一部停止、委譲などの改正提案もなされている⁹³⁾。また、父母共同親権を原則にしつつ、子の育つ家庭や世帯構成の多様化から、親権の帰属は親である以上当然に認めつつ、共同行使と単独行使の弾力的な使い分けを認める(日常的な事項の単独行使を認め、重要事項については共同行使ないし共同行使が困難なときの救済規定をおく)こと、民法766条の子の監護者制度の規定を親権の中に包摂し親権の効果として純化すること、子の養育をめぐる総合的判断が可能になるように親権・監護・後見の一本化を図ること、親でない者による子の養育についても子の福祉に必要なことはできるとすべきことなどかなり大胆でシンプルな法改正の提案がなされている⁹⁴⁾。

2 親権・監護法の改革の方向

面接交渉権は、継続する人間関係(とくに親)からの分離の衝撃を緩和し、親と子との絆を維持することを通して、子の健全な成長に資するための方途の一つとみることができ、子の利益や子の福祉のために認められるものといっても過言ではない。子の権利説はこのような子ども本位の面接交渉権の構成を導いてくれる大きなメリットがある。しかし、子どもに権利主体性を認めるとはいっても、第一次的に子の監護養育の責任を負担するのは親であり、子どもの利益のために具体的な権利行使を行うのもやはり親であるといわざ

92) 石川・前掲註91)8頁以下。

93) 内田貴ほか「家族法の改正に向けて(下)」ジュリ1325号159頁以下〔水野紀子〕(2006年)参照。

94) 許末恵「親権をめぐる法規制の課題と展望」家族<社会と法>24号(2008年掲載予定)。なお、平田厚「親権法の争点」明治大学法科大学院論集3号210頁以下(2008年掲載予定)も、離婚後の共同監護、単独親権者死亡の扱い、面接交渉権の明文化、親権停止措置等で改正ないし運用の明確化を提言する。

るを得ない(第二次的に国家が子のために責任を負い介入する)。このようにみるかぎり、現行親権法体系のもとで、面接交渉権は子どもの権利であるとともに親の権利(義務)としての側面も有しているのはなかろうか。

また、離婚後の共同親権については、819条1項の文理上困難といわざるを得ない。しかし、離婚後の共同監護については、現行法の解釈論としても、766条1項での「監護者」の人数に制約はなく、父母が協議で共同監護者となることは認められるであろうし、調停・審判でも可能であろう⁹⁵⁾。立法論的には、一定の条件のもとで離婚後の父母の共同親権・共同監護の可能性を開くために819条は改正されるべきであろうし、従来親本位の権利構成でなく、祖父母や里親、継親など、子に対して関心と愛情をもって子と接しようとする者には子の利益のため積極的に面会交流権や身上報告請求権、子の監護権など、子の養育への参加権を保障する必要があるだろう。そして、親権という名称は別として、離婚後も父母による子に対する親権・監護権の共同化を原則とし、共同化の実現が可能な条件整備や社会的支援制度の充実が強く望まれる。父母による親権・監護権の共同化が子の利益のために必要であり可能であるかぎり、これを促進するような規定上の整備をしなければならない。手続的には、離婚後の共同養育責任を明示した上で、監護養育の内容、範囲、分担などにつき父母が協議で定め、協議が調わない場合に専門家である調査官の活用ができる家庭裁判所での調停・審判によって子の親権・監護に必要な事項として共同親権行使の方法・態様、面接交渉などを定めることができるとするのがよいであろう。

児童の権利条約は、これまでの児童の権利宣言と異なって、法的拘束力をもち、各締約国に対して子どもの権利保障のための具体的な法的装置等をとるよう義務づけているため、これに沿った法改正や徹底した運用が求められる⁹⁶⁾。たとえば、離婚後の親権・監護や面接交渉の問題についても、18条1項は親の共同の養育責任を規定し、親または法定保護者の第一次的責任と子の最善の利益を基本的関心事とする旨宣明し、9条1項は子が親の意思に反して親から分離されないことを確保すると規定しており、また、9条3項は

95) 棚村・前掲註30) 256頁。

96) 石川稔=森田明編『児童の権利条約』60頁以下(一粒社、1995年)参照。

子どもの権利として子と暮らしていない親と定期的な接触を維持する権利を認めている。12条1項は、判断力ある子に自分に関連する全ての問題について意見を表明する権利を保障し、同2項は司法行政手続において子独自の代理人を立てる権利を認めている。したがって、離婚後の単独親権の原則を堅持し共同親権・共同監護を排除するのは、父母の共同監護養育責任の規定及び子と親との分離を禁止する規定に抵触するおそれがある。また、面接交渉権などは子どもの権利として積極的に構成され、その付与が子の利益に反する例外的な場合に制限や排除がはじめて認められるというような運用や法文化がはからなければならない。子どもの意見表明権との関係でも、離婚の際の親権者指定・監護者の指定等の子をめぐる事件での決定において、判断力のある子の表明した意思をできるかぎり尊重し反映することが要請される。そして、子のための独立の代理人を選任する制度が新設され、父母とはちがった子ども固有のニーズ、利益を公正に代表させる制度上の手当がなされる必要も出てこよう。

なお、面接交渉と共同監護との関係をどう位置づけるかという問題にも一言触れておかなければならない。これまでは、監護と面接交渉は、量的差異にとどまらず、子の監護教育への直接責任を負う者の行動（包括的監護）とその場かぎりの接触交流にとどまる者の行動（局限的監護）とで質的にも異なるものと理解されてきた。しかし、面接交渉も共同監護も子の健やかに成長発達しまわりの大人から愛情を受けて育つ権利に照応した子の監護養育のための親責任（parental responsibility）と捉えるならば、離婚後も親は、婚姻中と同じように、できるかぎり協力して子どものニーズを充足し子の監護養育に参加して親としての各種責任を果たさなければならないといえよう。そうだとすれば、面接交渉も共同監護も、一緒に暮らしていない親の子に関する重要情報収集権、監視権など、一連の子に関する意思決定及び子との生活に参加し監護養育を分担する親責任というものに連続的に統合されてくるのではなかろうか⁹⁷⁾。アメリカ合衆国ワシントン州の親としての養育法（Parenting Act）は、このような観点から監護権・訪問権という用語を全面

97) See John D. Gregory, *Whose Child Is It, Anyway: The Demise of Family Autonomy and Parental Authority*, 33 FAM.L.Q. 833-841 (1999); Linda Elrod & Robert Spector, *A Review of the Year in Family Law 2000-2001*, 35 FAM.L.Q. 591-599 (2002).

的に廃止して、当事者たち及び裁判所に、子の住居、健康管理、宗教、教育などの問題の決定、離婚後の意見の対立にそなえた代替的紛争処理手続などの問題を定めた親としての養育計画（parenting plan）を離婚時に定めるよう要求することにした⁹⁸⁾。

また、欧米諸国の親権・監護法制を親の権利から子の視点や子どもの福祉、子どもの権利を実現する法制へと転換させ、親権・監護の共同化を推進するにあたっては、子の利益のために共同での養育責任を果たさせるための父母教育プログラム、葛藤の高い当事者たちのための支援・教育プログラムなどの社会的な支援システムの充実が不可欠である。そのためには、子の養育に関与する者が気軽に相談できる窓口を設置し、円滑な子育てや面会交流のための情報センター、支援のためのサービスが受けられるインフラの整備が前提になっている。いずれにしても、欧米諸国での子どもの権利に立脚した監護法制の改革は着々と進んでいるが⁹⁹⁾、抜本的には親の権利体系として構成されている親権法・監護法が子の保護と子の権利を確保するための監護法制へと改革されなければならず、親であることで子どもに関わり責任を共同で果たしていくことができる条件づくりとして、親権・監護法の整備が不可欠というべきであろう。

おわりに

以上これまで検討してきたように、日本の親権法は、基本的な家制度的な父権的支配権的な法構造のまま、子の福祉や子の利益を中心とする法制度として再構成や改革がなされていない。古い皮袋のまま新しいぶどう酒を

98) WASH.REV.CODE ANN.§26.09.004 (Supp.2001) . なお、山口亮子「アメリカにおける共同監護法と子どもの利益(二・完)」上智法学論集 40 卷 1 号 151 頁以下(1996年)、日弁連・前掲註2) 76 頁以下〔棚村政行〕、棚瀬一代『離婚と子ども』157 頁以下(創元社、2007年)参照。

99) ドイツ親権法については、岩志和一郎「ドイツ親権法規定(仮訳)」早稲田法学 76 卷 4 号 225 頁以下(2001年)、同「ドイツの親権法」民商 136 卷 4=5 号 497 頁以下(2007年)、日弁連・前掲註2) 129 頁以下〔鈴木博人〕、Vgl.Stefan Motzer, Die neueste Entwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung auf dem Gebiet von Sorgerecht und Umgangsrecht, FamRZ 2001, Heft 16, SS.1034-1044.

入れるにしても，旧態依然とした親権法制度のもとで解釈によりできることにはおのずから限界がある。とくに，離婚後の共同親権・共同監護など親の養育責任と共同化，再婚家庭での継親養子縁組と実親の権利，子と祖父母，里親，事実上の養親など第三者と監護者指定，児童福祉法と民法との相互関係，児童虐待防止法と親権法との接合関係，協議離婚制度と親権者の決定など，親権・監護権をめぐる概念的・用語的な混乱や不明確性，別居時の共同親権行使の紛争に対応する規定がないこと，離婚の規定と親権・後見規定とに分かれて子の監護法制が規定されていること，養子における親権・監護の規定，親権者と監護者の権限や責任の配分，虐待放置に対する親権・監護権の停止や制限に関する規定，医療同意権，命名権，住居の移転，パスポートや学校教育をめぐる問題，子に対する情報アクセスに関する規定を欠いていることなど根本的な問題があるといわなければならない。

離婚や養子縁組に際しても，そもそも親としての子どもに対する権利や法的地位についてオール・オア・ナッシングの法制度になりすぎていて，どのような場面で親としての権利がどのような形で，どのような理由で制限されたり，停止されるのかが全く明らかではない。少なくとも，これほどの家族や社会関係の大きな変動があるなかで，明治 31 年に施行された民法の親の支配権的な基本構造が維持されたままで抜本的な改正がなされていないということは，本当に理解に苦しむ。当事者が無用な紛争や泥沼の奪い合いに至っている一因には，法制度の不備と支援制度の不十分さがあることは否めない¹⁰⁰⁾。一日も早く，現代社会の実情に応じた親権・監護法の改正がなされなければならないとともに，子どもの権利の視点に立った当事者の社会的支援システムの整備が急務である。

100) 離婚係争中に父親が子を連れ去った行為が未成年者略取罪を構成するとされたケースも現れた（最判平成 17.12.6 刑集 59 巻 10 号 1901 頁，家月 58 巻 4 号 59 頁）。