

親権の法的性質の変化に対する考察 ～子どもの権利・福祉の観点による事例分析を通して～(上)

モーセン桜子

はじめに

1. 親権をめぐる事例分析の検討

1-1. 収集判例概説

- (1) 判例収集方法
- (2) 収集判例の分類

1-2. 収集判例の分析

- (1) 「子どもの福祉」を扱った事例
- (2) 「子どもの権利」を扱った事例
- (3) 「虐待」を扱った事例
- (4) 親権内容をめぐる事例
- (5) 親の適格性を扱った事例—女性の権利の視点
- (6) 単独親権者死亡後の親権者決定事例—親権の意義とは何か
- (7) 親権・監護権の分属が問題となる事例

1-3. 判例考察の分析及びまとめ

- (1) 分析結果
- (2) 判例分析のまとめ
- (3) 親権概念に関する私見

(以下、次号)

2. 児童福祉法的側面からの親権概念に対する考察

2-1. 児童福祉法制定と制度上の問題点

- (1) 児童福祉法制定の背景
- (2) 児童福祉法における児童の救済と問題点
- (3) 平成23年の民法等一部改正による親権制度の見直し

(4) 平成 23 年の児童福祉法改正と児童相談所長の権限拡大

2 - 2. 児童福祉法 28 条事例の分析と児童保護の際の親権

(1) 収集判例概説

(2) 収集判例分類

(3) 収集判例分析

2 - 3. 判例考察による分析結果及びまとめ

(1) 判例分析結果

(2) 判例分析のまとめ

おわりに

はじめに

本稿¹は、親権概念がこれまでどのように解釈されてきたのかを明らかとするとともに子どもの権利の根源的な問題に取り組むことを目的とする。

今日指摘される子どもの権利をめぐる様々な問題点は、親と子の関係性が「親権」によって規定されることに由来するのではないだろうか。

親権は、家庭における子どもの権利と密接に関連する。そこで、どのような親権者が不適格とされたかを検討することこそが、子どもの権利の解明には不可欠かつ最も有用なてがかりとなると考える。

対象とする事例は、親権喪失、親権者変更、親権者指定、そして最近では親権停止事例である。これらの事例を関連する内容ごとに分類し、親権内容についての考えを示したい。

1 本稿は紙幅の事情により、修士論文を大幅に割愛し、書き改めたものである。そのため、修士論文の主要部分となる事例分析を中心に、本号では「親権」をめぐる事例分析を、次号において児童福祉法の観点からの事例分析を取り上げる。

1. 親権をめぐる事例分析の検討

1-1. 収集判例概説

(1) 判例収集方法

親権が実務においてどのような扱われ方をしているのかを明らかにするにあたっては親権をめぐる判例を中心としてみていく必要があると考え、「親権」「親権喪失」「親権停止」「監護権」を扱う事例を取り上げた。

(2) 収集判例の分類

親権をめぐる事例を検討するにあたって、個々の事案ごとに事実、判旨、判例がどのような意義を有しているかについての検討をした結果が以下の分類である。

判例上、最も顕著に現れる文言は、「子どもの福祉」である。第二次世界大戦後の家族法改正や児童福祉法の制定により、子どもは「家」のための存在ではなく、権利主体として成長することが子ども個人にとって何より重要であるとも考えられる。そこで、本稿では最初に「子どもの福祉」を扱った事例を示す。

子どもの福祉を支えるのは「子どもの権利」である。そこで次に扱うのが「子どもの権利」を扱った事例である。判旨では必ずしも「子どもの権利」との文言は用いられたものではないが、事件に登場するそれぞれの子どもの権利が意識されたと考え、それらの事例を一つの範疇におさめた。

子どもの権利をめぐる様々な問題の中で本稿が中心に扱う「虐待」事例が現れるのは、比較的近年になってからで、それも最近となると顕著な事例となる。「虐待」が子どもの尊厳を損なうものであることは明らかな事実であるが、どのような事案に「虐待」が認められ、「虐待」する親は親権者としてふさわしくないとされるかを検討する。

更に、昭和初期には親権喪失²において夫死亡後の妻の「不行跡」を原因とする親権喪失事例が多く見受けられた。この中で、女性が子どもを養育する権利と子どもが母親に養育される権利の変化を検討した。

2 平成23年の民法等一部改正に伴い親権喪失審判（民法834条）の規定が改正されるとともに、親権停止審判の規定（同法834条の2）が新設された。

最後に子どもの権利という視点から親権を考える上でもう一つの側面として、単独親権者死亡後の親権者決定事例、親権・監護権の分属が問題となる事例を通して親権の意義を検討する。

1-2. 収集判例の分析

前記の分類に従って以下に具体的事例の分析を行う。判例番号については本稿の最後に掲げた判例一覧を参照されたい。

(1) 「子どもの福祉」を扱った事例（〔1〕〔15〕〔16〕〔17〕〔18〕〔19〕〔20〕〔21〕〔24〕〔27〕〔28〕〔29〕〔30〕〔31〕〔34〕〔35〕〔36〕〔38〕〔39〕〔42〕）

ここでは、子どもの福祉という文言を直接判決要旨に取り入れている事例、抽象的な子どもの福祉という文言が何を表しているのかを明らかにしようとしている事例を中心に取り上げた。

子どもの福祉を判断するにあたってはその親は親権者としてふさわしいか、子どもは現在どちらのもとで監護養育を受けているのか、子どもはどのような意思をみせているのかが主たる要素とされていた。事例の特徴としては父及び母が離婚し、その際父を親権者、母を監護者（監護者指定されているだけでなく、実質的に監護している状態をも含む。）としている事例が目立った。（〔1〕〔15〕〔18〕〔21〕〔29〕〔42〕）。

昭和47年頃までは家父長的な「家」制度の名残という時代的制約の中で、父に親権が指定されているものが多くみられた。これらの事例においては、現に子どもを養育している者を監護適格者と認めた上で監護者としての地位だけでなく、親権者という地位を与えることが子どもの福祉を図る上で重要だとしている。

他方、単独親権者である父の下での養育が明らかに困難な事情のもとで、再婚した母が子どもの引き渡しを求めた事例では、親権に妨害排除的な側面を持たせ、離婚協議の際の親権者指定を尊重すべきとしたものもある（〔31〕）。親権者間で子どもらの連れ去り、連れ戻しが繰り返された後、兄弟それぞれの親権者を分属させた事例においては、現に子どもを監護し、親子関係が良好に保たれている親に親権を統一した（〔36〕）。

夫婦関係が破綻しており、親権者の一方に長期間（6～7年）の親権不行使又は不貞行為等の不行跡がみられる事例（【16】【17】【28】）では、子どもの現状に鑑みて親権を留めている事例（【16】）がある一方で、親権不行使の状態を継続することは子の福祉を害するとの判断がなされていた（【17】【28】）。

離婚後、単独親権者が再婚し、養父によって子どもが虐待を受けている事例（【35】【39】）では、児童相談所長が早急に施設入所をはかるために親権喪失及びその保全処分として職務代行者選任を申し立てているもの（【35】）と、施設入所が長期に及んでいる場合には家庭生活を送らせることが子どもの福祉にとって重要であるとする判断がなされたもの（【39】）とに分かれていた。

また、新たな子どもの福祉を認めた事例として【38】がある。本件原審は、民法766条1項を類推適用し、子どもを長期間（約3年7ヶ月）養育してきた里親を監護者として指定した。本来、同条は父母が離婚する際に子どもの福祉に鑑みて親権と監護権を分属する必要があるれば、親権者とは別に監護者を指定するという規定である。原審では子どもにとって実母と一から心理的関係を築くことは精神的負担を伴い、子どもの福祉に反するため、第三者である里親に監護権を認めた。

以上の判例を整理すると「子どもの福祉」には、以下の様々な点が重要な要素として挙げることができる。すなわち、生活を共にする（監護教育を行っている）者に親権を与えること、いくら子どものためだからといっても子どもの生活環境に急激な変化を与えるのではなく、適切で安定した居住環境を整備すること、安定した就学の機会を付与すること、子どもの父又は母に対する愛情と繋がりを尊重すること、子どもの情操を害するような場合には非親権者に面接交渉の権利を与えないこと、経済的安定が必要であること（親権を行使する者が適切な財産管理を行うこと）、親権者の監護養育を継続し平穏な生活を保つこと、児童福祉施設の生活ではなくなるべく家庭生活を送らせることなどである。

ほとんどの事例に共通するのは子どもの「福祉」には、経済的安定を図

れる見込みがあることを基本的要素としているということである。しかし、1例（【36】）だけ、経済的安定が明らかにならないと思われるにもかかわらず子どもの意思を尊重して親権者を定めたことが「子どもの福祉」にかなうとした事例があり、疑問を抱いた。やはり経済的安定（親権を行使する者の適切な財産管理）は「子どもの福祉」の基本的要素となると考える。近年顕著に報道されている虐待事例で貧困家庭が占める割合は非常に高い。満ち足りた生活とまでは言わないにしても、たとえば憲法25条が保障する最低限の生活は子どもを育てる上での前提条件なのではないだろうか。

親権者を誰とするのが子どもにとって望ましいかと考えるためには、「子どもの福祉」が基準となるのは、判例からも明らかである。即ち、昭和30年代後半頃までは親権者としてふさわしくない親に親権を行使させないという事例が中心的だった。昭和40年代前半になると、離婚後の単独親権者変更手続きに際して親権者でなかった人が親権者としてふさわしいかどうか改めて判断するように変化している。いずれも、子どもの「福祉」にとってふさわしいかを判断するが、前者は家制度の名残の中で「家のための子ども」という考え方に基つき家の一員として認められる親が親権者であるという側面を強く感じる。後者は個人としての子どもにとって親権者が必要であり、個人としての親が親権者としてふさわしいかどうかを判断するようになった。すなわち、「家」とは別に、個人としての子どもであり親であるということがわかった。その上で親権者としてふさわしくない親権者からは親権を取り上げるべきとされた。逆に考えれば、ふさわしい親とは子どもに対して適切な養育環境を整備し、監護養育を継続的に専念できる者すなわち、子どもとの間に心理的親子関係を築ける者である。「子どもの福祉」はこのような親権者のもとで実現される。

事件全体の流れとすると、【1】では「子どもの福祉」には言及していないが、子どもの経済的安定を図るためにやむを得ない事情があるのであれば従来の親権者のもとに子どもを置くべきとしている点には「子どもの福祉」という考え方の萌芽が認められる。子どもの「福祉」という文言は、【21】から言及されるようになり、近年の事件のほとんどで必ずと言っていいほ

ど判決文中に言及されるようになり、親権者決定の際の重要な要素として定着したと考えられる。

(2)「子どもの権利」を扱った事例（【2】【3】【4】【5】【11】【12】【33】【36】）
「子どもの権利」という文言が判決要旨で直接触れられている事例はないが、親権は子どもの権利的側面から捉えなおす必要があるという考え方³がある中で、実務において、「親権」が子どものための権利であると判断している事例を中心に挙げた。

申立て事案としては、昭和2年から昭和31年に於いては親権者の親権喪失申立て事例が目立った（【2】【3】【4】【5】）。親権喪失事例においては親権者すなわち当時においては母が「著しい不行跡」を問われていた。なかでも、父の死亡後或は出征後に母が他男と情交関係を持ち、親族によって申し立てられる事例（【2】【5】）が見受けられた。【2】において裁判所は母親の行為は非難に値する行為としながらも、その行為に至った事情、その後の経過等を勘案して判断するべきとして親権喪失の要件該当性を厳格に判断していた。【5】において裁判所は親権者の「性格心情が遷善向上している」ならば過去の不行跡は問わないとした。これらは、子どもの健全育成にとっては母親の存在は欠かすことはできないことを表しているといえる。親権喪失申立事例の場合は、認容されれば子どもは親権者と引き離されることになる。子どもは共同親権者がいる場合には、単独親権者に、単独親権者しかいなければ、後見人の監護下に置かれることになる。

しかし、これらの事例のいずれにおいても問題となるのは、単独親権者の親権なので、それが喪失されれば「親権」を基礎とした親子関係の繋がりはなくなり、一時的であっても子どもの庇護者がいなくなる。もちろん、親権者の不行跡によって子どもが不利益を被るのであれば、その状況から救いさなければならぬ。親族による親権喪失申立てがいずれも棄却さ

3 石川稔「親権の性質と内容」判タ747号275頁（平成3年）石川説は「親の権利として構成されている親権のなかにいかに義務性を盛り込み子どもの権利論に立った解釈構成をなすべきかを考究していかなければならない」と述べる。

れたというのは、やはり子どもには「親権者」が必要であるということの意味しているのではないだろうか。

ほかに、父の死亡後、単独親権者が全財産を喪失したとして親族が親権喪失を申し立てた事案（【3】）、父母が出稼ぎをするに際して子どもの監護養育を委託された親族（祖母）が父母の親権喪失を申し立てた事案がある（【4】）。【3】は単独親権者が未成年者との生活の本拠としている不動産を明らかに不利な価格で交換することが財産を喪失させるに等しいとして親族が親権喪失を訴えた。しかし、事情を検討すると単独親権者が未成年者の今後の成育に際してふさわしい環境を選択したために、このような状況に至ったことが分かる。裁判所は子どもにふさわしい生育環境を備えた親権者の行為は非難には値しないと考えたのではないだろうか。ここから子どもの成育環境がその権利として保障されるべきことが窺える。他方、【4】はここでは唯一父母双方に対する不行跡が問われているが、裁判所は子の生活費を費消するなど、具体的に子どもに不利益を生じさせたことが認められない限り、親権を濫用したとまではいえないとした。

昭和31年までの親権喪失申立事例をみると、上記に示されるようにほとんどの事例で母親の不行跡が原因とされている。一方で、不行跡のある親と親族とを比較しても、最終的には実親が優先される傾向にあった。親権という側面から見ると、これらの事例は、親が子どもに対して行使し得る権利であることを表す一方、子どもにとっては後見人ではなく、親権者を与えることが必要であり、親権が親のための権利としてではなく、子どもから請求できる権利として認められてゆく重要な要素となったのではないだろうか。

昭和42年以降になると、「子どもの権利」を判断していると思われる事例に変化がみられるようになる。親権者指定、子の監護に関する処分、児童福祉法違反、親権者職務執行停止など、事件名としては非常に分散しており、一貫性はみられなくなる（【11】【12】【33】【36】）。他方、いずれの事例においても一定の落度のある父又は母が登場するようになる。

具体的事例として、婚姻関係にある父が妾との間にもうけた子どもを認

知したあとに妻が死亡したため親権者指定を申し立てた事例においては、通常後見が開始されるどころ、父を親権者に指定した（【11】）。裁判所は最終的に「父が親権者たるにふさわしいかどうか」を親権者指定の基準とした。手続き上の問題として父の申立てを排斥するのではなく、子どもの監護養育を望む父の意思を尊重し、親権者としての地位を与えたものとして画期的である一方で、子どもの権利としてこれまで養育をしてきた実父に親権を委ねたものとも考えられる。離婚後単独親権者となった母親が子どもの私立高校入学の費用を請求した事案では、離婚後において子どもは「生活水準の高い親と同程度の生活が保障されるべき」とする一方、「子どもは親に対して教育を受けさせること、或いはその方法等につき特定の請求をする法律上の権利はこれを有しない」とした（【33】）。裁判所の判断には疑問を抱かざるを得ない。教育は子どもの成長過程における重要な要素の一つである。子どもの権利条約 28 条はすべての適当な方法により能力に応じて高等教育を与えられることを保障している。本来ならば、子どもは親に対して教育を受けさせるよう請求できる権利があってもよいのではないだろうか。裁判所は「未成年者の義務教育を超える教育費を負担することが相当と認められる場合に限り親権者はその費用を請求できる」とし、平成元年という時代に逆行するような判断がなされた。

共同親権者間で子どもの奪い合いが繰り返された後、離婚により、再び奪い合いが生じるなどした事例においては、子どもの現在の生活環境、親子関係、子どもの意思を基準として、改めてふさわしい親権者が判断された（【36】）。

「子どもの権利」としての分類でみた事例は年代によって事案が大きく異なった。昭和 2 年から昭和 31 年までは母親の不行跡を中心とした事例、他方昭和 42 年以降は親と子を巡る様々な家事事件において、「子どもの権利」の萌芽があった。他方、「子どもの権利」とは子どもの権利条約との関連性から、概念とすると分類の中ではもっとも広範なものである。子どもの権利に直接言及しているものは皆無である。しかしながら、親権の決定、喪失、変更、子の奪い合い紛争を扱う事例の中で、子どもにとってふ

さわしい親、経済的精神的な安定、教育の機会が与えられることなどが、子どもの成長のために必要であり、まさに子どもの権利を構成する。これらは、親が子どもに対して与えるべき事柄であると同時に、子どもは自らの最も身近な社会である家族に対して請求できる権利であるとも考える。

(3) 「虐待」を扱った事例（【14】【23】【26】【35】【37】）

民法上、親権喪失・停止原因となる「虐待」事例を検討することによって親権者が子どもに対して負う責務の明確化とともに、虐待が生じた際、判例が親権を喪失させる場合と、施設入所をさせる場合とで判断の要素に違いが生じるのかについて検討するために「虐待」事例を取り上げた。

虐待が明らかとなっている事例は民法においては親権喪失審判（民法834条）や親権停止審判（同法834条2）、児童福祉法においては施設入所等措置（児童福祉法27条1項3号）によって処理される。親権喪失申立事例はプライバシー保護の観点から公表されているものが非常に少ない。昭和から平成にかけて公表される親権喪失事例を検討したところ、親の子に対する虐待事例が現れるようになるのは昭和53年以降であることがわかった。

それ以前に（改正前の親権喪失原因である）親権の濫用又は著しい不行跡が問題となるのは夫死亡後の妻の不行跡（情交関係、財産費消行為等）であった。ここでは親権喪失審判又は親権停止審判によって処理された事例を中心に検討し、次号において虐待からの子どもの救済を中心業務とする児童福祉法上の事例を検討することとする。

虐待が疑われた親権喪失申立事例のうち、【23】を除いては性的虐待事例すなわち親による近親相姦が疑われる事例であった。いずれの事案も父によるものであり、具体的には離婚後単独親権者となった父による性的虐待（【26】）、親権者である母と再婚した養父による性的虐待（【35】）、親権者父による養女及び長女に対する性的虐待（【37】）というものであった。いずれの事例においても未成年者には兄弟がおり、思春期を迎えた9歳～13歳（小学校高学年から中学校1, 2年）までの女兒に対し、一定期間行われていた。

性的虐待の起こる家族は一般的に社会から孤立した状況にあると云われている⁴。親族や近隣との付き合いがなく、困った時に助けを求める人がおらず、経済的にも不安定で、父親はアルコール依存である場合が多い。このような状況下で、母親の不在中に娘が父親の性的欲求のはけ口の被害にあうことは少なくない。性的虐待は子どもの心身の状態に深刻な影響を及ぼすものである。子どもの中には援助交際等の性的非行に走るようになり、PTSDを発症する可能性も高い。密室の中で行われる性的虐待の早期発見は児童相談所の急務である。

父親による性的虐待事例はほとんどが親権喪失審判によって処理される。児童福祉法 28 条審判として処理されるものもみられるが、再び同じ事を繰り返す可能性が高いとされる性的虐待事例の場合、親権者父との永続的な引き離しが不可欠となる。

そうすると、子どもは児童福祉施設等への入所措置がとられる可能性が高い。施設入所となれば、児童の監護には施設長が携わることになる⁵。卑劣な虐待を受けた児童について施設長はどのように監護を行っていくべきなのか。児童福祉施設長の権限を拡大化してだけでなく、その責務の内容も明確にしていくべきではないだろうか。

次に身体的虐待の事例である。本稿では親権喪失審判の対象となったのは 1 事例のみであった（〔23〕）。父親は妻子を有しながら、生活費を負担せず、不特定多数の女性と不貞の関係にある。また、不貞の相手方との間にもうけた 2 名の子どもを嫡出子とする虚偽の届出を行っている。このような状況の下で父親は妻子に対し身体的虐待を行い、父母は離婚の手続を進めている。これについて判旨は「父親の性的放縦、不貞行為」は「著しい不行跡」にあたるとした。本件は昭和 52 年の事例であるが、家父長的な家制度の名残であろうか、これまで父親の「不行跡」が問われたことは

4 池田良子『児童虐待ゆがんだ親子関係』57 頁（中央公論新社、平成 11 年）

5 平成 23 年民法等の一部改正により児童相談所長や施設長が入所中・委託中の児童について（親権者・未成年後見人がある場合に）児童の監護等に関し、必要な措置をとる場合には親権者等は不当に妨げてはならないと明文でもうけられた。

なかった。本件で父親の「不行跡」を認めたことには新しさを覚える。

昨今の増加⁶から明らかなように、「虐待」は親と子どもの関係を捻じ曲げてしまう大きな要因となる。平成23年の民法等一部改正において、懲戒権の在り方に疑問が投げかけられ、「監護及び教育に必要な範囲内で」（民法822条）と改正された。いまや親がその権力的作用によって子どもを支配下に置くことは許されないのである。子どもは権利行使をする主体なのである。虐待状態からの救済を求め自らに必要な監護教育を受ける権利を請求することが認められるべきである。

(4) 親権内容をめぐる事例（【3】【4】【6】【8】【10】【17】【19】【20】【22】【28】【30】【32】【33】【36】【40】【41】【42】【43】）

ここでは親権をめぐる事例の中で時代の変遷に伴い、実務において親権の内容に変化が生じているか、また生じているとすれば、どのような変化なのかを検討するために親権内容に言及した事例18件を取り上げる。

子どもの権利が尊ばれる今日、その根底にある親権を具体化することは子どもの権利の明確化にとって重要な作業であると考えられる。ここで取り上げた親権の内容を明らかにしていると思われる18件はさらに7つの分類に分けることができた。

①子どもの養育・成育環境の整備（【3】【20】【28】）

親権者による不動産の交換契約が財産的には不利な契約であったとしても、それが子どもにとって「安住の地」となれば親権濫用とはしないもの（【3】）、父母による十数回の子らの奪い合いの後、現在安定がはかられている父、母の下での子どもたちの生活を尊重し、それぞれに監護を分属させたもの（【20】）、別居後7年間に渡り子どもたちの監護養育を担ってきた母親の死亡を契機として父親が財産狙いの目的で、親権を主張したため、金銭的な援助を行ってきた祖母が親権喪失を申し立てたもの（【28】）があ

6 平成27年度の児童虐待相談対応件数は103,260件と過去最高であった。厚生労働省「平成27年度・児童相談所での児童虐待相談対応件数（速報値）」
<http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/0000132381.html>（平成28年12月15日アクセス）

る。これらの事件では、どちらの親権者あるいは監護者のもとでの成育環境がふさわしいのかを判断している。子どもにとってふさわしい環境を選定する基準となるのは経済的な側面だけでなく、主として「親」なのである。【3】の事例における不動産の交換について裁判所は、「未成年者の利益」のためにとられた措置と認められるとして親権者のもとでの監護を優先させた。

このように昭和25年から昭和55年までの事例において、争い方の違いはあるがいずれも子どもの養育・成育環境の整備については最終的に「子どもの利益」に沿った判断がなされてきたことが分かる。

②子どもの財産管理（【6】【22】【32】【42】）

離婚後、乱れた異性関係のもと、家業に励まず子どもの相続財産に根抵当権を設定した事例においては「未成年者の財産を担保として借財をするようなこと」は親権濫用にあたりとされた（【6】）。夫の死亡により単独親権者となった母親が未成年者の相続財産を売却し随時分割支払金を費消している事例においては親権喪失の保全処分として母親の職務執行停止処分が取られた（【22】）。他にも未成年者の実父死亡後、生命保険金を費消した実母及び養父について祖父が親権喪失を申し立てた事例について財産管理権の濫用を認めたものがある（【32】）。いずれの事例も親権喪失又は財産管理権喪失として解決が図られている。

裁判所は未成年者の財産は未成年者の成長について必要なものであって、親権者が自己のために費消することは許さないという厳格な立場にある。他方、財産管理権を濫用する親権者はその他の素行にも問題があることが窺える（【6】）。このような場合には包括的な親権喪失を認めており、財産のみの管理行為について問題がある場合には身上監護権については親権者に留めている（【32】）。

財産管理権の喪失は包括的な親権の一部を喪失させるものである。これは親権者の未成年者に対する財産管理行為の不行跡を基準とするのであるから、その判断は容易であるかのようにも思われる。しかし公表される数少ない事案をみていくと、親権者が財産管理に特化して不行跡である事例

はほとんど皆無であった。一方で、財産管理の濫用・不行跡の背景には（特に母親について）異性関係の乱れが存在していた。このような場合、裁判所としても財産管理権のみではなく、親権を包括的に喪失させている。その意味で、身上監護権と財産管理は不可分一体的な性質であると考えられる。

③積極的保護育成義務（【8】【28】【36】）

ここでは親権の消極的濫用にあたることとされた事例を中心にみていくことによって親権者の未成年者に対する積極的保護育成義務すなわち身上監護とは何かを明らかにする。

夫死亡後、遺族補償金を受領した妻がこれを一方的に費消し、子どもの保育園の入園手続き書類への調印を拒否するなどしたため、祖父が養育している事例において、長期間に（約1年）に渡って養育を祖父に委ね、直接的な親権不行使状態を継続していることが、親権の消極的濫用にあるとされた（【8】）。養母の死後、長期に渡って別居していた養父が保険金目当てで、未成年者らの養育を引き受けることを申し出たために親権喪失を申し立てられた（【28】）事例においては、別居後7年間に渡り養育監護を怠り、子どもらとの形式的交流さえなかったことが親権の消極的濫用にあるとされた。これらの事例は、母親若しくは父親が、未成年者の養育を一定期間（1～7年）怠っている場合に認められている。上述した期間には幅があるが、期間の長さにかかわらず実親としての養育義務を怠ることが子どもの福祉を害し、健全な育成を妨げる要因であることを示すものといえる。

他方、親権者が未成年者と共に生活してはいないものの一定の金銭的な援助（例えば養育費等を支払って親族等に監護を委ねる等）をしている場合には、消極的濫用にあたらぬとされている。昭和29年の【4】では出稼ぎに際し、親族に養育を委託したことは親権の濫用にはあたらないとされた。この事例においては、親権者らによる一定の援助があったか否かは定かではない。他方【36】は上記に記されるように親権者変更、子の引き渡しを審理するにあたって、子どもの意思、親子間の関係性に着目し、判断の要素としていた。これにより、父が未成年者らの親権者になった。し

かし裁判所は父について「基本的な生活習慣」を欠き、「通常の稼働能力」が存在するかどうかとも疑わしいとしながらも、これらが親権喪失の要件には該当しない旨を判断した。

【8】、【28】のように、親権者の親権不行使状態を親権の消極的濫用であることとしていることから、親権者には積極的保護育成義務が求められることがわかる。これはすなわち、監護している者に親権を与えることが未成年者の福祉をはかることにもつながるのではなかろうか。また、【36】において経済的に不安定な監護者であっても親権の変更を認めていることから明らかなように、子どもの健全育成のためには、親権者からの愛情を受けて育つことの重要性が再確認される。積極的保護育成義務は親権の内容の最初に求められる義務であろう。

④養子縁組の代諾（【17】）

15歳未満の子が養子となる場合には親権者の承諾が必要とされている（民797条）。これは、親権者による「代諾」と呼ばれ、十分な判断能力を持たない未成年者の意思を補充するものとされている⁷。他方で、親権者の承諾が得られなければ、未成年者の養子縁組は実現されない。親権者による育児放棄や虐待等の問題がある場合には親権者の権利として濫用される可能性も否めないのである。未成年者の適切な成育環境の整備のためには養子縁組の代諾が親権者の義務として行使されるべきではないだろうか。以下では親権者による養子縁組の代諾を親権者の義務として位置づけた事例について検討する。

親権者である母が育児放棄をするようになってから、6年間に渡って異母兄弟である姉とその夫が未成年者の養育を担うも、親権者が養子縁組の代諾に応じないため、親権喪失を申し立てられたという事例である（【17】）。裁判所は、親権者が「義務である監護養育の職分を不当に行使し、またはなおざりにして子の福祉を著しく害した場合には」親権の濫用にあたるとした。その上で、「親権者が15歳未満の子の養子縁組に代諾する行為は…

7 大村敦志『家族法』200頁－201頁（有斐閣、第3版、平成22年）

実質的には身上監護の一内容をなす」とした。一方で本件では親権者が6年間に渡り親権不行使の状態を継続したことが、消極的濫用にあたることも判断された。これは不行使の状態について判断されたものである。裁判所のいう「不当に行使」とは、親権の行使が不当であることを指しているのだから、本件における養子縁組の不代諾が親権の不当な行使と判断されたのであろう。このように考えると、養子縁組の代諾も親権者の義務の範疇に含まれることがわかる。親権者には子どもの成育環境にふさわしい親のもとに送る義務があるということがいえる。

⑤子どもの医療への同意（〔41〕〔43〕）

未成年者が手術等の医療行為を受ける際には、親権者による同意又は代諾が必要とされる。未成年者の意思のみでは医療行為を受けられないのである。親権者の未成年者に対する医療行為への同意権の根拠については学説の分かれるところであるが⁸、親権者が子の利益に反して医療を与えない場合は親権喪失或いは親権停止の問題として処理される可能性がある。以下に示す事例は親権者が未成年者への医療行為を同意しなかったことによって、親権停止、親権者職務執行停止・職務代行者選任⁹が申し立てられた事例である。これらの事例を分析することで、医療を与えることが親権者の義務の一内容を構成することが明らかとなる。

生まれつき両眼に腫瘍があり、緊急に治療（当該治療方法の成功可能性は90パーセント以上であり、成功すれば両眼の視力は失うものの、生存可能性が極めて高いとされる）を行う必要がある乳幼児について、親権者である父母が手術への同意を拒否した事例において、裁判所は「親権を濫用し、未成年者の福祉を著しく損なっている可能性が高い」として保全処分を認めた（〔41〕）。もう一方は出生後まもなく親権者である母親によって育児放棄がなされ、その後一日程度引き取られるも、それ以降継続して

8 廣瀬美佳「医療における代諾に関する諸問題（上）」早稲田大学大学院法研論集60号（平成3年）245頁以下、寺沢知子「未成年者の医療行為と承諾（1）」民商106巻5号87頁以下（平成4年）参照。

9 家庭裁判所は、子の利益のために必要があると認めるときは、申立てによって、親権者の職務の執行を停止し、又はこれを代行することができる（家事174条1項）。

親族によって監護されてきた原告（高校生）が親権停止を申し立てた事例である（【43】）。本件は子による申立てがなされたものとしても注目される事例であるが¹⁰、原因不明の高熱により入院した際、医師の助言を無視して勝手に退院させたことについて、裁判所は「父母による親権行使が不相当であることにより子の利益を害する場合にあつた」とした。本件はその前提として親権者は長期間に渡って未成年者に対する監護養育を怠ってきたのであって、この事実だけを抜き取ったとしても親権喪失、親権停止原因にあたることは免れないだろう。上記にあげた二つの事例は医療を施されるべき未成年者の年齢やその症状、申立て原因等の点で異なる部分がある。【41】は、親権者が医療に関する部分についてのみ親権を濫用しているのに対し、【43】は未成年者の生活に密着する部分におけるあらゆる親権の濫用が認められ、医療への不同意（不代諾）はあくまでもその一部である。

いずれも申立てが認容されていることに鑑みると、親権者には子どもの生死を選ぶ権利はなく、必ず生かさなくてはならないという考え方を示しているといえる。親権とは、この世に生を受けた以上、人として等しく命が守られなければならないということを最低限の内容とするのではないのだろうか。その意味で、医療を与える義務が親権の内容を構成する一部であることを再確認する必要があると思われる。

⑥子の利益に基づく姓（氏）の決定義務（【19】【40】）

民法は子の氏について、「子が父又は母と氏を異にする場合には、子は、家庭裁判所の許可を得て、戸籍法の定めるところによって、その父又は母の氏を称することができる。」と定めている（民法791条1項）。子の姓（氏）は父母が離婚した際の問題に直結する。婚姻の際に氏を改めた父母の一方は原則離婚によって復氏するが、（民法767条）この場合、子の姓（氏）が変わることはない。すなわち親権者と子の姓（氏）が異なる場合が生じるのである。子を養育する者と子の姓が異なることは果たして子どもの福

10 平成23年度民法等一部改正によって親権喪失制度等について子に申立権が認められるようになった。

祉にかなうのだろうか。また、親権者が子を養育していない場合（たとえば父母の一方が監護者として子を養育している場合）に、親権者は子と姓（氏）を同一にするよう主張する権利はあるのだろうか。このような疑問から親権者と子の姓（氏）の決定権について問題となった事例を取り上げた。

単独親権者であった父の死亡後、親族によって監護されてきた未成年者について、母への親権者変更がなされた一方で、子の引き渡し請求は棄却されたという事案について、子の氏の変更を申し立てた事例である（【19】）。裁判所は「現時点」において未成年者の氏を母の氏に改めることは「相当ではない」とした。もう一方の事例は監護者に未成年者の氏の変更についての入籍届けの権限が認められるかが争われた事例である（【40】）。事案の概要は、離婚後に監護者となった母によって養育されてきた未成年者について、母の再婚を機に未成年者の氏の変更審判に伴う入籍届けが不受理処分を受けたというものである。ここでは、監護者が民法791条3項の「法定代理人」にあたるかが主たる争点となった。裁判所は子の氏の変更の申立ての代理権は「親権者に留保されており、監護者はこれらの権利義務を有しないと解するのが相当」であるとして申立てを棄却した。その理由として裁判所は、「監護」は親権のうち「身上監護権」を分掌し、「身分上の重大な法的効果を伴う身分行為を代理する権限は親権者に留保される」から監護者には帰属しないと説いた。

いずれの事例も、父母の離婚後、子どもにとってどちらの姓を名乗ることが子どもの福祉にふさわしいのかという問題が根底にあると考えられる。申立人は【19】が審判によって親権者となった母、【40】は監護者となった母である。また、子が現在生活を共にするのは【19】では実父方祖父を含む親族、【40】では監護者である母及び母の後夫である。裁判所は双方の事例とも現在共に生活を営む監護者の姓にとどめ或いは変更した点で、子の姓については子どもの生活環境の変化いかんによって定めるべきと判断したと考えられる。

他方、もう一つの側面として子の姓を決める権限が誰に帰属するのかに

については、【40】が監護者について新たに消極的な判断をした。子の氏変更許可審判後の入籍届けの代理権を認めなかったのである。従来、子の氏変更審判申立について、監護者が子を代理することができる旨を判断した事例が存在し(釧路家裁北見支部昭和54年3月28日・家月31巻9号34頁)、【40】でも引用されている。しかし【40】は子の氏変更審判は認容しつつも、入籍届けを不受理とした。すなわち、子どもは監護者の姓になることは認められたが、監護者の入籍届出は認められなかった。これでは子どもにとって姓の変更が何の意味もないことになり、子どもの福祉とは程遠いものになってしまう。

民法766条は離婚後の子の監護に関する事項について規定し、同条第4項は「監護の範囲外では、父母の権利義務に変更を生じない。」と定めるが、入籍届けは監護の範囲外と解されてしまうのであろうか。「少なくとも監護者からの氏変更申立てを認めて許可した以上それに基づく入籍届出は審判に連続した行為として監護権者からの届出を認めてしかるべき」¹¹と主張する学説もあるように、監護者に子の氏変更申立ての代理権を行使することは容認する一方で、入籍届けの代理権を否定することには矛盾を感じざるを得ない。いずれにしても監護者の権限拡大を図ることは子どもの福祉の実現にとっては欠かせない場合が多い。子の姓を定めることは子の生活に密着するものであり、ひいては子の福祉を実現することにつながる。離婚後の子の姓の決定の義務は親権の内容として位置づけられるべきである。

⑦面接交渉の諾否の決定（【30】）

面接交渉権という文言は、民法上どこにも規定されていない。しかし、父母が離婚すると、単独親権となる以上、子どもはいずれかと共に生活することになる。子どもにとっても片親にとっても離婚後の生活を共にすることができない以上、面接交渉は認められるべきである。子どもの権利条約の観点からも、「子どもの権利として生活を共にしない親と定期的に人

11 澤田省三「子の氏の変更」『新家族法実務体系 第2巻』585頁(新日本法規出版、平成20年)

的な関係および直接の接触を維持することを認め、国はこれを尊重しなければならないことを規定したものである¹²と解されている。日本は子どもの権利条約を批准している以上、子どもの権利としてこれを保障しなければならないのである。しかし、これは絶対的なものではない。以下に示す事例は親権者が子どものために非親権者との面接交渉権を拒絶したことを容認した事例である（〔30〕）。

調停離婚に際して非親権者となった父との面接交渉権の取決めを行ったものの、子どもの福祉を尊重して親権者が実際の面接交渉を拒否したため、父が面接交渉権に基づく面接を求めて訴えを提起したというものである。裁判所は面接交渉権の拒絶について「非親権者との面接が未成年者の情操を害ねると認められた事情」がある場合には延期又は停止することが未成年者の福祉に合致するとした。親権者は子にふさわしくない面接交渉の機会を取り除くことができるのである。判旨が示すように面接交渉は、「未成年者の健全な育成」と「情操を高める」ために行使されなければならないのである。このことからしても、面接交渉権を子どもからの権利として親権の内容に位置づけるべきである。

(5) 親の適格性を扱った事例—女性の権利の視点（〔1〕〔2〕〔5〕〔6〕〔7〕〔8〕〔9〕〔10〕〔13〕〔22〕〔27〕）

親権制限事例を時系列でみていくと、昭和初期は妻の「不行跡」が子どもから親権を取り上げる原因とされていた。これは子どもの権利を論じる以前に女性の権利が蔑ろにされていた「家」制度の名残ともいえる。女性が親権者として子どもを育てていく権利と、子どもが母親のもとで育てられる権利とが保障されていくようになるまでを検討したが、これらは総じて「親の適格性を扱った事例」とするのが妥当と考えた。

①未亡人となってから亡夫の親族から「不行跡」を問われた事例（〔1〕〔2〕〔7〕〔8〕〔10〕〔22〕〔27〕）

時代は昭和4年から昭和39年までと昭和52年から昭和55年まで区切

12 石川稔『家族法における子どもの権利—その生成と展開』77頁（日本評論社、第1版、平成7年）

ることができた。「不行跡」が問われた事例においては親の行為が親権喪失原因となる「著しい不行跡」となるか否かに言及し、親から親権を取り上げる際の判断基準としている。子どもにとって親権者の存在は不可欠であるが、「不行跡」が認められる親からは単純に親権を取り上げてしまうという考えが社会的には根強かった。品行方正な者が子どもの心身の健全育成のためにも親権者としてはふさわしいとされたが、親に「改悛」が認められる場合には親権者として認められた。それは子どもの年齢、生育環境、意思、を考慮するとともに親権者を置くことが必要であると考えられたゆえであるとする。

具体的事例を見ていくと、申立ての原因とされる「不行跡」の中では母親による他男との情交関係が目立った（〔2〕〔7〕〔10〕〔22〕〔27〕）。その他には、実母が生活と未成年者の将来のために歯科医師の妾となった事例（〔1〕）、親権不行使の状態を継続して祖父に養育を委ねた事例がある（〔8〕）。このうち、申立てが認められたのは2件であった（〔7〕〔22〕）。この2つの事例には単に親権者に配偶者以外との情交関係が存在するだけでなく、未成年者に関連する財産の費消行為が存在するという共通点がある。裁判所は親権者による情交関係よりも妻及び子が相続した財産を減少させる行為を子どもの利益を害するものとして捉えていることがわかる。

②夫の生存中からの「不行跡」が問われた事例（〔5〕〔13〕）

いずれも妻が他男と情交関係を結んだことについて、親族が親権喪失を申し立てた事例である。一方の母親は家を追い出されたため、別の居所で働きながら養育費の送金をしており（〔5〕）、もう一方は他男との関係を断ち切り、単独で子どもを養育している（〔13〕）。裁判所は妻の情交関係を「不行跡」としたうえで、過去の間関係を断ち切った現在においてまで親権喪失の有無を問うものではないとした。

③離婚後の不行跡が問われた事例（〔6〕）

この事例では、離婚後単独親権者となった母親の異性関係が乱れ、主として子どもの相続財産に根抵当権を設定したことを原因として前夫が親権喪失を申し立てた事例である。裁判所は財産管理について「未成年者の利

益のために最も深い注意を払わなければならぬ」とし、異性関係について特に述べることはなかった。これは、道徳的に女性の自由を拘束する従来の姿勢が弱まったとも考えられる。

④子どもの利益で重複する部分について

昭和23年の【2】において「子どもの利益」という文言が初めて言及され、子どもの利益が害されないのなら親の「不行跡」は問われずとし、昭和39年以降は妻が改悛しているのなら過去の「不行跡」は問われずとした（【10】）。昭和52年以降になると、妻の改悛が明らかでなくとも、現在子どもの利益の観点から監護養育に専念できているのか否かが判断基準となり（【22】）、昭和55年以降は妻が婚姻外の関係にあっても、親権を留めていることに鑑みると（【27】）、女性の権利としての時代的、社会的進展が見て取れる。

(6) 単独親権者死亡後の親権者決定事例—親権の意義とは何か

親権をめぐる事例を概観すると、親権者変更の審判には単独親権者死亡後の親権者決定において親権者変更の審判が許されるかという争点が生じる。子どもには親権者が必要なにもかかわらず、親権変更に時間がかかるというだけでなく、親権者が変更されない危険性も含みうる審判手続きは必要なのだろうか。審判を通した親権の意義を問うために取り上げたのが以下の事例である（【11】【15】【25】【29】【39】）。

この範疇では、離婚に伴い単独親権者が死亡した場合、後見の開始と非親権者への親権変更の狭間で子どもに親権者が不在となる場面が生じる。すなわち、非親権者には親権者となる資格（潜在的）があるにもかかわらず、審判を通すことにより子どもは未成年後見人のみしか得られない可能性もあることに不合理さを禁じえない。

親権者としての適格性を有する親には親権を行使させるべきであり、そのために離婚後であっても「親権」は父母双方が有するが、離婚後の夫婦による共同行使が困難な現実を鑑み、実際に親権を行使できるのは一方に限るとするのが、親権の単独行使の本来の意味なのだと考える。子どもに

は親権がなによりも重要であることを改めて考えさせられる範疇である。

具体的事例を見ていくと、(2) の子どもの権利を扱った事例の分類に掲げた【11】においては、当該未成年者について通常「後見」が開始するところ、裁判所は「父が親権者たるにふさわしいか」を基準とし、父には監護する意思が認められるのだから、親権者として指定するべきとした。予測不能な単独親権者の死亡によって子どもが不測の困難を被る結果をなるべく避けようとするのは子どもの福祉にとっては欠かせない。現に監護し、その意思が認められる者に「親権」を委ねるべきであって、親権者となりうる資格がないからといってこれを切り捨てることは子どもの福祉の実現を妨げることにもなりうる。

その後昭和43年以降、昭和56年までの事例においては、監護の意思、および特段の事情の有無によって子どもに親権者を与える判断が踏襲されている（【15】【25】【29】）。他方、親権の意義を考える上で、疑問の残る事例が存在する（【39】）。この事例においては親権者を母として父母が離婚した後、母は再婚相手と共謀して未成年者に対して躰と称して虐待行為に及んでいた。未成年者は児童相談所に一時保護されるも、この事実を知った実父によって親権者変更が申し立てられた。子どもは一時保護施設における僅かな実父との面会を毎回楽しみにしていたが、裁判所は実母及び後夫の婚姻及び未成年者との養子縁組を理由として、実父による申立ては却下された。子どもには親権者としてふさわしい実父が存在するにもかかわらず、その選択肢は絶たれてしまったのである。このような状況は避けなければならない。そして子どもには自らの健全育成のために親権の行使を請求することができることが再確認されなければならない。

(7) 親権・監護権の分属が問題となる事例

親権と監護権の分属は離婚の際、協議または家庭裁判所の審判によってなされる（民法766条）が親権と監護権を分けることについて判例がどのような立場にあるのか、そして分属を認めるのならば、それが子どもの福祉に適うものなのかを検討するために取り上げた

(【9】【20】【21】【24】【34】【40】【42】)。

- ① 離婚の手段として分属を認めた事例(【9】【20】【21】【34(第1審)】)【40】
- ② 分属させていた権限を親権者に統一した事例(【24(第2審)】【34(第2審)】)
- ③ 子どもの福祉をはかるために分属を認めた事例(【42】)

①調停離婚の際、二子の監護につき父母間で合意を経たにも関わらず、子の奪い合いが繰り返されている事例【20】では、未成年者の年齢、父母との心理的結びつきの程度が主たる判断基準とされたことから現状維持がはかられたと思われる。

調停離婚の際に実父に親権、実母に監護権を分属させた事例(【21】)では、最終的に実母に親権者を変更させる結果となっている。この事例においては未成年者の姓は離婚時の親権者である実父と同じであり、日常的に監護を行う実母がこれを不都合と思い、親権者の変更という形になった。裁判所は親権と監護権の分属について「円滑な行使は期待しがたく、結局、子の福祉に反する結果を惹起する」としている。

調停離婚に際し、未成年者ら(3名)についての親権者指定は審判で定めるとし、現在は実母の実家において実母によって監護されている事例(実父による養育費の支払、面接交渉に特段の事情はみられない。)【34】において、原審は年長である未成年者2名については、実父を親権者、実母を監護者とし、年少の未成年者の親権者は実母と定めた。一方、抗告審は、父母の適切な協力が期待され得る状況にあるとはいえ、監護者として適当な抗告人(母親)から親権のみを切り離して相手方(父親)に帰属させることは認めがたいとして未成年者らすべての親権者を実母とした。また、本件における親権と監護権の分属について、原審は「養育全般について、その福祉に沿うように配慮し努力することができる」としていた。親権と監護権の分属には父母の離婚後の協力可能性の存否が大きく関わっていると考えられる。

②分属させていた権限を親権者に統一した事例として取り上げた二つの事例は、前者が離婚後、親権者が未成年者を監護していたものの、養育困難となり、児童福祉施設へ監護を委ねたことによって事実上、親権と監護

権が分属していたケース（【24第2審】）と、後者が離婚の際親権者指定について合意が得られず、原審によって親権及び監護権が分属されたケース（【34第2審】）という点で異なっていた。裁判所は子どもに対して今よりも良い環境を与えられるか、そして親権と監護権を分属させた後の父母の協力を期待できるかを基準として判断していることが窺えた。

③子どもの福祉のために分属を認めたケースとして【42】がある。裁判所は監護能力に不安のない母親に監護者としての権限を認める一方で、「金銭管理能力には不安がある」として親権者を父と定めた。裁判所は監護者として子を養育する者に親権者としての地位を与えようとする傾向にあったが、本件では監護者に財産管理能力が欠如していたため、親権者に財産管理権を分属させたものとして注目に値する。

このように従来事例では、離婚の際に家父長的権利としての色彩の強い親権に父親が固執したため、母親の権利の弱さが原因となって親権と監護権が分属していた¹³。しかし、昨今では子どもの福祉のために逆に監護者である母親に親権を認める傾向が高い。監護している者が子どものことを最もよく理解しており、様々な決定をするには監護権者がふさわしいとの結論であると考えられる。

そもそも親権とは子どもの監護養育に専念できる者に付与されるべきである。民法766条によって親権と監護権が分属できるのは特別の事情が存在する場合であり、親権の分属では、親権の円滑な行使が期待できず、不都合が生じる場合もあるのであるから、子どもの福祉の観点からは分属させるのではなく親権に一本化されるべきである。法が監護権の分属を認めている以上、監護権者の地位を明確にする必要はある。他方で子どもにとって父母の双方が親であることは言うまでもないが、身上監護を行う者に今一度親権を認めようとする傾向は、自らの手で子を養育する者こそが親権者であるべきということを示唆しているとも考えられ、その意味で子どもの福祉に適っていると考えられる。

13 (7) の分類のうち、4件は離婚の際に父親を親権者としていた（【9】【21】【40】【42】）。

1-3. 判例考察の分析及びまとめ

(1) 分析結果

①「子どもの福祉」を扱った事例を総合すると、抽象的であった「子どもの福祉」の内容が徐々に明らかになり、昨今の親権を巡る事例では確実とっていいほど「子どもの福祉」が判決文中に示されるようになった。事例を総合すると「子どもの福祉」とは子どもにとって不可欠な親権者を誰とするかを判断する際の重要な考慮要素となる概念であるといえよう。

②子どもの権利を扱う事例では親権が親のもとに子どもを留めておく権利から、子どもが親に対して自らの心身の健全育成に適う親権者を求める傾向になっていることが窺える。すなわち、子どもを一人の独立した人間として尊重し、成長過程にある間は、社会に対して親権による庇護を求める主体なのである。これが子どもの権利と考える。

③「虐待」を扱った親権喪失事例は極僅かしか公表されていないが、民法上は親が親権を確実に喪失させられていることが明らかとなった。いずれも子どもの心身の健全育成に悪影響を及ぼす残忍な事例である。

④親権の内容を巡る事例では、従来からの身上監護、財産管理という分類だけでなく、養子縁組の代諾、医療への同意、姓の決定という内容が明らかになった。

⑤親の適格性を扱った事例では、1件を除いては妻の「不行跡」を扱っていたことが明らかになった。従来は、妻の「不行跡」を認めつつ、母親優先の原則から親権を留めていたが、昨今では妻の「不行跡」を問わず、子どもの福祉の観点から親権喪失を判断している事例が見受けられた。

⑥単独親権者死亡後の親権決定事例では子どもには後見ではなく、親権を与えることが子どもの福祉としていることが明らかになった。

⑦親権・監護権の分属を扱った事例では、子どもの監護者に親権を与え、親権の一本化をはかることが子どもの福祉に適うとしていることが明らかになった。

(2) 判例分析のまとめ

従来は子どもには実親（血縁上の親）を与える必要があるという考え方

から実親に「不行跡」が認められても、親権を留めている傾向が存在していた。しかし、家族の在り方が多様化している今日では、親と子を巡る環境の変化が著しい。児童虐待の増加からも明らかなように従来までの「親のための親権」では通用しなくなってきたのである。家族法の中心であり、もっとも弱い存在である「子どものための親権」という考え方を再認識する必要がある。判例を見れば明らかなように親権の内容にも新たな側面が登場していることが分かる。中には、子どもの福祉にふさわしくない結論を出す事例も存在するが、子どもにはふさわしい親権者を与えようとする判例の動きには、子どもの権利的側面を強調した親権が現れているように思われる。

親権とは何かを明らかにするための判例の検討と分析を行ったが、親権を子どもの権利や子どもの福祉の側面から考えた時、親権者がいかに子どもの権利や福祉に沿った親権を行使することができるか、そして行使できる者に親権を委ねるということが今日の子どものための親権の中核といえる。判例を通して明らかなのは、これまで実親や親族による奪い合いの対象となり、例外はあるものの、原則は実親に留められてきた親権が、今日では子どもの権利や福祉を基準として判断されるということである。子どもの監護をめぐる争点は様々であったが、最終的に実現されるべきは子どもの権利や福祉であり、これらが脅かされる状況にあれば、裁判所が介入して実現されなければならない。

その上で、親権の内容とは子どもの身上監護や財産管理だけでなく、社会情勢の変動に応じて、子どもが自らの心身の健全育成に際して必要となる権利、すなわち、本章で明らかとなった親に対して安定した養育環境を請求する権利、ふさわしい親との養子縁組に対する同意を求める権利、医療を受ける権利、適切な教育を要求する権利、生活上のふさわしい姓を要求する権利、父母との良好な関係を維持するための面接交渉をする権利が含まれると解する。

(3) 親権概念に関する私見

親権という概念が「親の子どもに対する権利」という考え方のまま、今日に引き継がれたために親権者は権利を濫用し、子どもの権利はこれまで侵害されてきた。

その背景には第二次世界大戦後、戦争孤児を含む要保護児童の増加に伴う児童福祉法の制定や、民法改正の影響が少なからず及んだといえよう。そのような時代の変遷に伴い、親権喪失事例において徐々に「福祉」という文言が見受けられるようになる。そしてこれは子どもを適切な親権者或いは監護者としてふさわしい者のもとで養育させることによって実現すると解されるようになる。

判例上も親権者に「不行跡」があっても子どもの「利益」のために単独親権者である母親の親権は失わせなかった。それは、事例の特徴として、親権者に反省を促すことのできる可能性が高いものであったということもいえるかもしれない。

しかし、今日事案の特徴は多様化し、親権喪失、停止事例においても親権者による「親権の濫用」又は「著しい不行跡」という要件を従来の考え方に当てはめるだけでは解決できないものも見られるようになった。また、公表事例は僅かではあるが、親権者変更や子どもの監護をめぐる家庭裁判所が子の処遇を決定する事例においても、親権と子どもの権利が対立する場面が生じていた。虐待、子どもの医療への不同意、養子縁組の不代諾、第三者への養育委託、子どもの氏の決定など、今日の親権に基づく子どもの権利の侵害は多岐にわたる。時代の変遷に伴って従来には見られなかったタイプの事案で子どもの権利が問われるようになっているのだ。

子どもの権利が害されるような状況において親権はどうあるべきなのか。事例の分析を通して明らかとなったのは、親権者は常に実親である必要はないということである。例えば、児童福祉法は親権者のないものに対し、児童福祉施設の長及び児童相談所長による親権の代行を認めている（児福法47条1項,3項）。また、親権者がいる場合にも児童相談所長は監護、教育、懲戒に関して必要な措置をとることができると規定している（同法47条3項）。親権者が常に実親である必要ではないという疑念は親族や第

三者である里親にも同じくあてはまる。親族や里親は親権者である父母の事情によって子どもの監護を委託される場合がある。しかし親族や里親のもとで子どもが適切な養育を施されていてもそれは、親権に基づく権利行使ではない。本来、親権は子どもの監護を適切に行使できる者に委ねられるべきではないだろうか。離婚後の単独親権者死亡による親権者変更申立て事例においては非親権者である実親すなわち親権者たる権原を有する者への親権者変更を認めることによって、子どもの親権者として適切な者に親権を委ねてきた。このような姿勢を虐待事例にも応用していくべきと考える。

児童福祉法上では、児童福祉施設長や児童相談所長の親権（親権者のない児童に対する親権）ないしは監護、教育、懲戒に関する「必要な措置」をとることが認められている。要保護児童がいれば親権者の同意の有無にかかわらず、一時保護をしたり（同法 33 条 1 項）、家庭裁判所の承認を得れば児童を施設入所させることができる（同法 28 条 1 項）。すなわち、親権者の同意が得られずとも児童相談所長の権限が親権者に優越する場合があるということである。一方で、児童の迅速な保護がスムーズには図られない場合もある。児童相談所による要保護児童の保護には常に迅速さが求められるが、個々の事例を通して児童の最善の利益を実現するために親権者に親権をとどめるべきなのか、失わせるべきなのか、停止させるべきなのかという判断は児童相談所長の慎重な判断に委ねられているといえよう。

次号では、子どもの福祉をはかる上で大きな役割を担う児童福祉法上の問題点について言及するとともに、児童福祉法における親権概念を検討する上で、児童相談所長及び親権者の権限が衝突する児童福祉法 28 条の措置承認審判事例を考察する。

次頁以降において、本稿で扱った 43 件の事例を時系列にまとめた判例一覧及び事例に対するコメント（私見）を示す。

親権の法的性質の変化に対する考察

	裁判年月日・出典	主文	事 案
【1】	大判昭和4年2・13 新聞2954・5	差戻	夫死亡後、妾（継続的性関係と金銭交換行為）となった親権者に対する親権喪失申立事例
【2】	仙台高決昭和23・12・17 家月2・1・10	差戻	単独親権者の情交関係継続を原因とする親権喪失認容審判に対する抗告申立事例
【3】	仙台高決昭和25・7・24 家月5・4・63	棄却	相続財産の交換契約を原因とする親権喪失申立却下の審判に対する抗告申立事例
【4】	福岡高宮崎支決昭和29・5・21 家月6・6・43	取消	未成年者の監護委託を原因とする親権喪失宣告の審判に対する即時抗告申立事例
【5】	大阪高決昭和31・3・3 家月8・4・39	取消	親権喪失宣告の審判に対する即時抗告申立事例
【6】	広島家呉支審昭和33・12・15 家月11・3・155	認容	未成年者の財産への根抵当権設定行為を原因とする親権喪失申立事例
【7】	水戸家麻生支決昭和34・10・22 家月11・12・129	認容	他男との情交関係、相続財産費消行為を原因とする親権喪失申立事例
【8】	大津家審昭和34・12・23 家月12・3・141	認容	遺族年金の一方的費消等を原因とする親権喪失申立事例
【9】	福岡家審昭和36・8・7 家月13・10・110	認容	監禁事件や情交関係等を原因とする親権喪失及び職務代行者選任申立事例
【10】	岡山家審昭和39・11・6 家月17・1・112	却下	過去の不行跡（情交関係、財産の一部持ち出し）を原因とする親権喪失申立事例
【11】	名古屋家豊橋支審昭和42・2・28 家月19・9・49	認容	単独親権者死亡後の非嫡出子の親権者指定申立事例
【12】	名古屋家豊橋支判昭和43・6・29 家月21・1・169	有罪	酒席における接客行為が児童福祉法34条1項9号所定の事由にあるとされた事例
【13】	新潟家高田支審昭和43・6・29 家月20・11・170	却下	親権者の過去の不行跡（出奔等）を原因とする親権喪失申立事例
【14】	函館家審昭和43・7・8 家月20・11・185	認容	日常的な暴力の結果、全治2週間の頭部挫傷を負わせたことを原因とする児童福祉法28条1項1号申立事例
【15】	盛岡家審昭和43・9・9 家月20・12・94	認容	単独親権者死亡後の監護者による親権者変更申立事例
【16】	高松高決昭和43・11・5 家月21・2・168	棄却	親権喪失、同居、夫婦間の協力扶助審判に対する即時抗告申立事例

【17】	千葉家松戸支審昭和 46・10・5 家月 24・9・165	認容	育児放棄及び養子縁組への不代諾を原因とする親権喪失申立事例
【18】	松山家審昭和 47・5・27 家月 25・5・46	認容	単独親権者死亡後の監護者による親権者変更申立事例
【19】	福岡高決昭和 48・7・17 家月 26・1・31	棄却	親権者変更後、子の氏変更申立てを却下されたことによる即時抗告申立事例
【20】	東京家審昭和 49・3・1 家月 26・9・80	認容	夫婦間における子の連れ去りと連れ戻し行為を原因とする民法 766 条に基づく子の監護に関する処分の申立事例
【21】	大阪家審昭和 50・1・16 家月 27・11・56	認容	離婚後、扶養手当や租税等の面で不利益を被る監護者による親権者変更申立事例
【22】	東京家審昭和 52・1・28 家月 29・7・55	認容	単独親権者による（共同相続した）土地の売却及び費消行為を原因とする親権喪失及び職務代行者選任申立事例
【23】	名古屋家審昭和 52・9・9 家月 30・10・57	認容	家計費の非負担、虐待行為、不倫関係の継続を原因とする親権喪失申立事例
【24】	(1) 東京家八王子支審昭和 53・9・26 (家月 32・1・164) (2) 東京高決昭和 54・5・9 家月 32・1・159	(1) 却下 (2) 取消	単独親権者の病的要因、経済的要因を原因とする親権者変更申立事例
【25】	釧路家審昭和 53・11・15 家月 31・8・68	認容	単独親権者死亡後の親権者変更申立事例
【26】	東京家八王子支審昭和 54・5・16 家月 32・1・166	認容	単独親権者による性的虐待を原因とする親権喪失申立事例
【27】	東京高決昭和 55・3・21 家月 32・12・44	棄却	単独親権者の外泊継続行為を原因とする親権喪失申立の却下に対する即時抗告申立事例
【28】	神戸家審昭和 55・9・29 家月 33・8・68	認容	長年の監護懈怠、配偶者の保険金費消のおそれを原因とする親権喪失申立事例
【29】	熊本家八代支審昭和 56・8・7 家月 34・11・51	認容	離婚による親権者指定後、子の希望で親権者変更調停を申し立てるも親権者が死亡したため審判へと移行した事例
【30】	浦和家審昭和 56・9・16 家月 34・9・81	却下	調停離婚時の取決めに基づく面接交渉の拒否を原因とする子の監護に関する処分の申立事例
【31】	千葉地判昭和 57・6・14 家月 36・4・91	一部認容 一部棄却	単独親権者による非親権者への親権に基づく未成年者引渡申立事例
【32】	長崎家佐世保支審昭和 59・3・30 家月 37・1・124	一部認容	未成年者の財産の利己的な消費を原因とする親権喪失申立事例

親権の法的性質の変化に対する考察

【33】	神戸家審平成1・11・14 家月42・3・94	認容	非親権者に対する未成年者の養育費及び入学費用請求申立事例
【34】	東京高決平成5・9・6 家月46・12・45 横浜家審平成5・3・31 家月46・12・53	一部取消 自判	親権者指定審判に対する即時抗告申立事例
【35】	熊本家審平成10・12・18 家月51・6・67	認容	養父による性的、身体的虐待を原因とする親権喪失及び職務代行者選任申立事例
【36】	京都家審平成11・8・20 家月52・1・98	一部認容 一部却下	親権者及び非親権者間における親権者変更、親権喪失、子の引渡し請求申立事例
【37】	長崎家佐世保支審平成12・2・23 家月52・8・55	認容	身体的、性的虐待を原因とする児童相談所長による親権喪失申立事例
【38】	仙台高決平成12・6・22 家月54・5・125 山形家審平成12・3・10 家月54・5・139	一部棄却 一部却下	里親による子の監護者指定申立認容及び親権者による子の引渡し請求却下に対する即時抗告申立事例
【39】	名古屋家岡崎支審平成16・12・9 家月57・12・82	認容	実母及び養父による身体的虐待を原因とする親権喪失申立事例
【40】	東京高決平成18・9・11 家月59・4・122	棄却	子の氏変更許可審判に基づく入籍届の不受理処分への不服申立却下に対する抗告申立事例
【41】	津家審平成20・1・25 家月62・8・83	認容	親権者による子の緊急手術不同意に基づく親権喪失及び職務代行者選任申立事例
【42】	横浜家審平成21・1・6 家月62・1・105	一部認容 一部却下	財産管理能力に不安がある監護者による親権者変更申立事例
【43】	宮崎家審平成25・3・29 家月65・6・115	認容	育児放棄及び医療行為への不同意を原因とする子による親権停止申立事例

【1】 祖父母よりも実母が優先すると裁判所が判断しているのは子どもはまず親（母）の下で育てられるべきであるということを表している一方で、当時の世間では正妻であった人が妾になることは格下に扱われるという社会の実情、すなわち夫がいないというだけで格下であり、妾となる女性は別次元であることを示しており、女性が社会で生きていく困難さが見て取れる。

【2】 本判決においては「子の利益」という文言が初めて出てきている点で特徴的な事例である。「子の利益」とは誰のもとで生活を送るということを目指しているのだろうか。本件は、嫌がらせとして申し立てたのか、「家」の存続のために子どもを必要としたのかどちらかは明らかではないが、第二次世界大戦後の「家」のための子どもという考えをもはや採用できないとしている姿勢がみてとれる。また、母親優先の原則が貫かれている点で【1】の判例を踏襲しているといえる。

【3】 亡実父の親族からすると、家の財産の重大な喪失と考えられるが、相続について家制度の下で実母の権利が虐げられ、妻の相続権が蔑ろにされていたことが見て取れる。本件は子の相続財産の交換が原因となっているが、交換の相手方からすれば、有利な条件でなければ交換契約はさせがたいのは当然である。契約条件の比重の悪さについて裁判所は実母が子どもにふさわしい養育環境を整備した行為を非難の対象としなかったゆえに親族の申立てを退けたともいえる。

【4】 本件において「子の利益」という文言は出てきていないが、親の下で育つことが「子の利益」と判断したと考えられる。本件事実とは関係ないが、親権喪失は親権濫用を原因とし、具体的内容としては子の生活費を勝手に費消したということが例示されている。その点では、親権濫用の根拠をまた一つ明らかにした事案といえよう。

【5】 実母の過去の不行跡を原因として子の養育をさせまいとする親族による申立事案である。原審では申立を認容するも、抗告審は実母の「改悛」に着目し、子どもは親権者の下で養育されるべきと判断したものと考える。他方、「親権」については誰が育てる権利があるのかという考え方から、

子どもにとって誰に育てられるのが子どもの成育にふさわしいかという考え方即ち、「親権」行使はする者の権利ではなく、行使される側から要求する権利へと変化してきているとも考えられる。

【6】本件における著しい不行跡とは、農業に従事していれば得られたであろう収入を借財で補い、男性関係も乱れているという生活全体を指している。また、実母の男性関係だけでは「著しい不行跡」とはいえなくなり、子どもの財産を含む「浪費」までも含むようになったことは道徳的に女性の自由を拘束する従来 of 姿勢が弱まってきていることを示しているとも考えられ興味深い。

【7】本件では必要処分として親権者の財産管理権が停止された。これは、親権者による財産の費消行為が子どもの生活に重大な影響を及ぼしたことを示唆するもといえよう。本来は夫の遺志を継いで子どもの監護養育に専念する必要があるにもかかわらず、身勝手な行動をしたことが、不行跡とされたことが窺える。

【8】この事例は母親に厳しく働いた事例であると考えられる。申立人と実母に約定に関し重きを置き、遺族補償金を費消したのは、農業従事者であって現金収入を得る手段がないという事情からしてやむを得ないのではないか。判旨は親権の消極的濫用としているが、経済力のない母親には親権の行使はさせられないと判断したとも考えられる。子どもに対する母親の監護権にも言及していない点には、本件の特異さが窺える。

【9】本件では実父が財産を得るための手段として「親権」を用いようとしたことが明らかである。親権者として未成年者の心身に影響を及ぼすような乱れた異性関係を継続することは許されず、子を扶養するための経済力を有することと、それに伴う努力が必要であるということが見てとれる。

【10】本件では、過去の不行跡を親権喪失の原因とすることはできず、さらに「改悛」があると著しい不行跡が治癒されることがわかる。一方、夫死亡後の情交関係はすべて「著しい不行跡」とされるのかは疑問であるが、裁判所が母親の財産管理状態にまで触れることによって、親権者として望まれる姿勢が曖昧にされた点が逆に「堅母」にスポットライトをあて

たようにも考えられる。

【11】本件は婚姻家族と内縁家族の同居という複雑な家庭関係における非嫡出子の親権者指定が問題となる事例である。子どもの利益という見地からすれば、両親がどういう関係にあったかに関わりなく、後見人の決定ではなく親権者を決定することが必要であろう。この意味で「親権」が子どもの権利として請求しうる要素を持つことを示した事例ともいえる。

【12】細かな事実は不透明であるが、親権者の監督義務の懈怠の中で生じた16歳の女兒の労働であるとするならば、親権の不行使を問われる余地が十分に考えられる。営業者だけではなく、親権者の行使している親権の範囲にも立ちいる必要があったのではないだろうか。

【13】本件における過去の不行跡について、裁判所は実母の「改悛」に鑑み「著しい不行跡」とはしなかった。現状に監護養育の専念が見られるならば親権を全うさせるのが最善であると判断したのではなかろうか。子は親権に服するべきで、親権者としての適格性を実母が備えている以上、実母が親権者たることが、子の利益となると判断されたと考えられる。

【14】虐待が疑われた際、児童相談所には迅速な対応と措置決定についての慎重な判断が求められる。一方、子どもが二度も生命の危険にさらされている本件のような事例において再度の虐待の際に、親権喪失申立ではなく親による引き取り可能性のある施設入所を選択したことには疑問が残る。不透明な児相の対応のあり方に疑義を禁じ得ない事例である。

【15】本件のような事案において、判旨において指摘されるように単独親権者が死亡した後に生存する親がいるにもかかわらず未成年後見が開始するということには疑問を抱かざるを得ない。後見制度はあくまで親権制度の補足的なものであり、親権者には本能的な自然の愛情が期待されるのであるから両者は区別されるべきことを明らかにした点で本件は意義深い。

【16】本件は親権喪失を却下した数少ない事例の一つである。

詳細な事実は定かではないが、子どもの健全な発育を何よりも重視した結果、親権者としての適格性よりも現状維持をはかったということが考え

られる。

【17】本件は、裁判所が「親権者が15歳未満の子の養子縁組に代諾する行為」を親権の一部であるとした点で親権内容を明らかにしたといえる。一方で養子縁組不代諾そのものを不当とするのではなく、長期間親権不行使の状態を継続したことを親権の消極的濫用とした。これらを総合すれば、親権者にはふさわしい「親」のもとへ送る義務があるといえよう。

【18】本件のような単独親権者死亡後の親権者決定事例では期間を要す手続を採らずに生存する実親へ親権を移行させることが子どもの福祉に適うと考えられる。

判旨では離婚の際に非親権者となった者も親権者になりうる権利能力的な資格を有し、親権の回復という効果を持たせることに支障はないとしている。親権者変更の審判は父母で親権を争うのではなく、親権者としての適格性の優劣という観点から「子のためにより良い親権者を与える」趣旨であることを明らかにした点で親権が子どもの福祉として認識されていることを表す一例と位置づけられる。

【19】本件は、子どもの生活状況を急激に変化させないことが子どもの福祉に適うと判断したものと窺える。本件において親権者という肩書のみで子どもの氏の決定をすることはできず、子どもと共同生活を営んでいることが改氏の諾否を定める基準となることを明らかにしている。その意味で子どもを現に監護養育する者に子どもの監護に必要な判断をする権利を与えているとも考えられるのではないか。

【20】本件は父及び母の間で熾烈な子どもの奪い合いが繰り返された事例である。これにより長期間、子どもに安定した就学の機会を与えず心理的状态に悪影響を及ぼしたことは明らかである。親権者は子どもに対して安定した居住環境を整えることがその役目であり、長期にわたり、子どもの居所を転々とさせたことが子どもの福祉に反する行為であることは明らかである。

父母に監護権を分属させたのは、一応の安定がはかられている現状に法的地位を与えて争いの収束を図ったものと考えられる。

【21】親権と監護権の分属について、裁判所は親権に固執するため等の妥協的措置としてなされるものと指摘した。

本件において監護者は離婚後も従前と同様の状態で子どもを監護養育しようと努めていることが明らかであり、そのもとで子どもも心身ともに健全に成長していることが伺える。このような監護者には親権を行使させるべきであり、親権と監護権の一本化をはかって子どもの福祉を万全のものとするべきとした本件は評価すべき一例である。

【22】本件は、実母による育児放棄が親権喪失原因になると同時に、相続財産の費消行為が財産管理権の侵害とも考えられるため、保全処分を免れないであろう。親権者の異性関係が断ち切られたのか否かは明らかではないが、現に子どもを養育していることからすると、後見を開始させるのではなく、財産管理権のみを喪失させる方が良かったのではないかと考えられる。

【23】本件は韓国籍を有する夫婦間の親権喪失申立事例である。父親による①生活費の非負担、②配偶者や子どもに対する虐待、③婚外女性との不貞行為及び非嫡出子を入籍させる行為について裁判所は、①、②は大韓国民民法第924条所定の「親権濫用」に、③は同条の「顕著な非行」にあたるとした。家庭を顧みず、家族に対して恐怖や不安を抱かせた父親への親権喪失宣告は当然の結果ともいえよう。

【24】(1) 本件では実父と実母、どちらを親権者とするのが子どもの福祉にとってふさわしいかが争点となる。裁判所は、離婚の際の協議及び親権者の心情を重視し、幼児期を過ぎた子どもの急激な環境の変化よりもこれからも継続して児童福祉施設で養育されることを子の福祉と考慮したことが窺える。

【24】(2) 抗告審が実母の申立を認容したのは、親の監護のもとで直接親権を行使させることが子どもの福祉に適うと判断したためであろう。

親権は当初の性質が保たれる物権とは異なり、子どもの状況に応じて誰が行使するのがふさわしいかと柔軟に判断されてゆくものではなかろうか。子どもの福祉を改めて考えさせられる事例である。

【25】 本件は単独親権者が死亡した際に親権者変更の審判が許されるか否かについて、近年の判例は子どもにとってふさわしい生存非親権者がいれば、その者に親権を変更するという判断を示すようになった。本件でも子どもと父の関係は非常に良好であり、母から監護養育を引き継いでいる。このような状況では親権者変更の審判をするまでもなく、母親の親権を父親へと移行するのが子どもにとって望ましいのではないだろうか。

【26】 裁判所は本件における性的虐待について具体的行為に言及せずに親権の濫用を認めた。本件は父親の監護懈怠を論じるまでもない虐待であり、親権濫用に加える内容として性交の強要を肉体的・精神的虐待と認めたと考えられる。また、乱れた生活基盤の中に未成年者らを置くことが未成年者らの福祉を著しく害するものと判断したのではないだろうか。本件は未成年子に対する虐待として最も忌まわしい事例の一つである。

【27】 従来、「著しい不行跡」というのは母親が婚姻関係にない男性と情交関係にある場合には認められる余地があった。さらに「改悛」していればこれが治癒された。たとえ婚姻外の恋愛をしていても母親としての監護義務を果たしている本件について、裁判所は未成年者らの心身の健全育成が妨げられているとは認めがたく、直ちに「著しい不行跡」にはあたらないとした。ここに時代的・社会的な進展が認められたのではないか。

【28】 本件は子どもを養育すべき親権者が自ら婚姻破綻を招き、別居後長年にわたって子どもとの交流を放棄し、(これまで子どもを養育してきた)夫婦の一方急逝後、祖母が養育していたところ、逝去親権者の保険金目当てで、育児放棄親権者が子どもの引き取りを請求したのに対し、祖母が親権喪失を申し立てた事例である。本件は子どもに対して何ら親権を行使しない親には今後もその養育監護を委ねないという意味において新しい事案である。

【29】 従来判例は単独親権者が死亡した場合に親権者変更の審判をすることの可否について、非親権者となった者の親権回復という理論的な要素を少なからず加えながら、判断の基準としていた。しかし、本件において判旨は理論上可能か否かの判断を加えずに、子の福祉という観点から母

親が親権者として適格であるかを慎重に判断し、申立を認容したと考えられる。

【30】本件は親権者が非親権者の面接交渉権を拒絶することは、親権の範囲内とした点で親権の内容をまた一つ明らかにした事例といえる。子どもの精神的状況が追い込まれるような面接交渉は子どもの福祉には適しておらず、その意味で、面接交渉も親の権利でなく子どもの権利として理解される一例であろう。

【31】本件の幼児引渡し請求について裁判所は離婚時の親権者指定を尊重していることが窺える。子どもの引渡し請求の判断に際して、兄弟全員が同じ成育環境に置かれる必要性というよりはむしろ子どもの福祉が誰のもとで実現されるかが重要であり、親権に基づく妨害排除請求として、(親権の)権利的側面から引渡しを認容した本件には疑問を感じざるを得ない。

【32】本件において、実母及び養父による行為が親権濫用にあたるか否かが争点とされたが、裁判所はこれを否定し、財産管理権の喪失のみ認容した。

裁判所は祖父母に育てられるより、まずは実母に育てられるのが子どもの福祉にかなうことを意図していることが考えられ、金銭の管理さえ適切に行えば、母親に親権の行使を認めようとする趣旨であるともいえよう。

【33】裁判所は、父母が離婚した際には子には生活水準の高い親と同程度の生活が保障されるべきであるから非親権者は養育費を支払うべきとした。他方、高校入学費用については非親権者の資力や社会的地位等を考慮したうえで、義務教育を超える教育費を負担することが相当である場合にのみ請求することができるとした。

本件は子どもには親に対して教育を受ける権利を請求することはできないとした点で特異である。子どもには最低限の教育を受けさせるだけでなく、親の可能な範囲で子どもの才能や個性を生かしたふさわしい教育を施すべきである。このようなことへの配慮が欠けている本件には疑問を抱かざるを得ない。

【34】本件の親権者指定の申立について原審は、現に母親の監護の下に

ある未成年者らを父親が引き取った場合に「現状以上の監護が可能であるかどうか疑問」とし、年長の未成年者2名の親権者を父親に、監護権を母親に分属させた。

これに対し抗告審は、父母の協力が十分可能である場合には親権と監護権の分属が適切な解決方法となり得るとする一方で、本件ではそれが期待できず、監護者として適当な母親から親権のみを切り離すことは適当ではないとして未成年者らの親権者を母親に統一した。本件は親権・監護権の分属が適切なケースもあり得ることを示唆した点で特徴的な事例である。

【35】本件は養父による身体的・性的虐待が親権の濫用にあたりとされた事例である。このような事例においては実母が離婚をしない限り、子どもと親の引き離しが不可欠である。親権者は子どもと共に生活する中で喜びや悲しみを分かち合う権利を有している。それを除いては親権者は子に対する義務を負うのであり、この義務を濫用しているのが昨今の親権喪失又は親権停止事例である。

【36】本件は未成年者ら（A、B、C）をめぐる父母間の争いにおいて、実父による未成年者Bの親権者変更申立のみ認容された事例である。

裁判所は親権者変更を判断の基準として、子どもの学校生活の安定性、父子関係及び母子関係が良好であるか否か、そして子どもの意思を考慮したことが窺える。両者に監護能力の不安がある中で、実父への親権者変更を認めたのは未成年者の意思を重視したことに起因するともいえる。

また、本件判旨では子どもの福祉という文言が何度も登場していることからすると、親権が親のための親権から子のための親権に変化したことが明らかに見て取れる。

【37】本件は男子には身体的虐待、女子には性的虐待が当然に親権喪失原因となることを判例上、明確にしている。

本件の詳細な事案は不明であるが、事実の過程には、虐待が明らかに疑われるのに親の引き取り要求に児童相談所が応じるという疑問視すべき点もある。児相の役割が強く問われる事例の一つであると同時に、親権喪失申立につき、児相がこれほどに慎重である理由への探究心をかき立てる事

例である。

【38】本件は3年7ヶ月、未成年者を監護養育してきた里親が、監護者指定を申し立てた事案である。この事案における争点は民法766条の類推適用による第三者の監護者指定申立ての可否である。

里親による監護者指定申立について、原審は3年7ヶ月という監護状態が親権者による引渡し請求によって大きく変動する可能性があること、子の監護権が子の福祉のために存在しているとして認容する一方、抗告審は親権に強い法的地位を認め、これを否定した。子の福祉という観点からは原審の判断は重要な意義を有するといえよう。

【39】本件は虐待親の親権喪失という審判に至るまでの過程に（虐待親との）養子縁組を原因として実父への親権者変更申立が却下されるという疑問視すべき点がある。形式的な手続によって実父との生活の機会を奪ってしまったことは子どもの福祉に反する。非親権者に親権者変更を通して潜在的な親権を行使させるという柔軟な対応が望まれる事例である。

【40】本件は監護者が未成年者を代理して民法791条1項及び3項に基づく入籍届を行うことができるかが争点となった事例である。離婚の際に親権と監護権を分離した場合の監護者の権限については民法797条2項の15歳未満の養子縁組の同意権のみしか規定されていない。しかし、監護者指定をした場合、通常未成年者は監護者とともに生活するのであるから、氏を共通にすることが未成年者の福祉に適うのではないだろうか。親権者に子の氏変更許可の申立ての代理権を留保したままでは、権利が濫用される場合もある。

本件は親権には民法791条及び3項に基づく入籍届けの権限が含まれることを明らかにした事例ともいえる。

【41】本件は公表される数少ない医療ネグレクトの一事例である。裁判所は親権者が手術に同意をしないことに合理的理由がないとして親権の濫用を認めた。

胎児であるうちはその生命を守ることに必死であるのに、障害をもって生まれたことが明らかになると親権者が生殺与奪を決められるというのに

は疑義を禁じ得ない。親権とは、この世に生を受けた以上、人として、等しく命が守られなければならないというのが最大限の内容なのである。一方で、後見人と子の双方に立ちはだかる様々な障害や困難を考えると、子どもの利益、子どもの福祉の実現が厳しいことは想像に難くない。そうすると、この事案を医療ネグレクトの事案として一言で語ることはできない。

【42】本件は金銭管理能力に不安のある母親からの親権者変更申立に対し、母親に監護権者としての地位のみ認めた事例である。従来は離婚の際、家父長的権利の一つとして親権に父親が固執するため、その妥協的措置として親権と監護権を分属させる事例が見受けられた。親権と監護権が分属している場合には、監護者に親権を一本化しようとする傾向がある中で、(本件は)財産管理を行う親権者を父、監護権者を母とし、権限を明確に分けることにより子どもの福祉をはかったという点で新しい事例といえよう。

【43】本件は未成年者が高校に入学してからの一カ月間に親権者として不適切な行為をしたことが親権の濫用と認められた。親と子の間の信頼関係が構築できないと子どもが考える状況というのは親権濫用とされてもやむを得ないのではないか。従来事例の傾向に従えば、親権喪失を認めてもよいように考えられるが、未成年子は恐らく2年経つと成年に達するので、親権停止が認められたとも考えられる。