

平成31年(ワ)第7514号 損害賠償請求事件

原告 (閲覧制限)

被告 国

第1準備書面

令和元年8月30日

東京地方裁判所民事第49部乙B係 御中

被告指定代理人

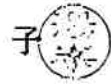
今 井 志



松 田 朋 子



湯 峯 奈々子



大 野 史



倉 重 龍 輔



大 嶋 真 理 子



陶 山 敦 司



佐 藤 博 行



被告は、本準備書面において、まず、原告の主張の概要（後記第1）を述べ、原告が主張する立法不作為に基づく国家賠償法（以下「国賠法」という。）上の違法性の判断枠組み（後記第2の1）、民法819条2項（以下「本件規定」という。）の合理性（後記第2の2）、親権は憲法上保障された人権ではないこと（後記第2の3）、本件規定が憲法14条1項に違反するものではないこと（後記第2の4）、本件規定が憲法24条2項に違反するものではないこと（後記第2の5）及び本件規定が未成年の子との関係で憲法13条、14条1項及び24条2項に違反するものではないこと（後記第2の6）について述べる。

第1 原告の主張の概要

原告は、未成年の子に対する親権は、憲法により保障された基本的人権であり、仮に基本的人権でないとしても、尊重されるべき人格的利益であるところ、これに必要以上の制約を課す本件規定が憲法14条1項及び24条2項に違反することは明白であり、さらに、未成年の子との関係で憲法13条、14条1項及び24条2項に違反することも明白であるが、それにもかかわらず、国会が本件規定を改正する立法措置を怠っているから、かかる立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法であると主張しているものと考えられる。

第2 被告の主張

1 立法不作為における国賠法上の違法性の判断枠組みについて

国賠法1条1項にいう「違法」とは、公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反することをいう（職務行為基準説）。そして、国会議員の立法行為又は立法不作為が国賠法1条1項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個々の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかの問題であり、立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきものである。そして、上記行動についての評価は

原則として国民の政治的判断に委ねられるべき事柄であって、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない。もっとも、法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合等においては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けると解される（平成27年再婚禁止期間違憲判決参照）。

2 本件規定の合理性

(1) 親権の法的性質について

親権は、未成年の子を健全な一人前の社会人として育成すべく養育保護する職分であり、そのために親に認められた特殊の法的地位である（乙第2号証。於保不二雄ほか編「新版注釈民法(25)親族(5)〔改訂版〕」53ページ）。

親権とは「権」という用語を用いてはいるものの、その概念は、民法上の規定された他の権利とは異なる独特のものである。すなわち、未成熟の子と親との関係は非対等なものであるところ、このような非対等な人間関係を、市民法的な権利・義務の概念を用いて規律しようとするには無理があり、子に対する親の権利というより、親の社会的責務とでもいうべきものである（乙第3号証。内田貴「民法IV親族・相続（補訂版）」（東京大学出版会）209及び210ページ）。

(2) 親権の内容

親権の内容については、民法820条以下に定めがあり、大きく分けて身上監護権（民法820条ないし823条）と財産管理権（民法824条ないし832条）に分かれる。

(3) 本件規定の合理性

親権者の定め方については民法818条3項及び819条に規定がある。民法818条3項本文は、婚姻中の親権者に関する規定であり、「親権は、父母の婚姻中は、父母が共同してこれを行う。」として、婚姻中における共同親権共同行使の原則を定めている。

これに対して、民法819条は離婚又は認知の場合の親権者の定め方に関する規定であり、同条2項（本件規定）は、「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。」として、離婚後は単独親権となる旨を定めている。

この点、仮に、離婚をする場合に、父母の双方を親権者と定めるとすると、子の教育や医療など、親権者が決定すべきこととされている事項について、父母の間で適時に適切な合意を形成することができず、子自身の利益が害されるおそれがある。離婚した夫婦間の紛争がそのまま離婚後に持ち越された場合には、このようなおそれは特に大きい。したがって、裁判離婚後共同親権制度については、かえって子の福祉に照らして望ましくない事態が生じるおそれがある。

しかるに、本件規定は、裁判上の離婚をする父母について、裁判所が後見的立場から親権者としての適格性を吟味し、その一方を親権者と定めることにより、子の監護に関わる事項について、適時に適切な決定がされ、これにより、子の利益を保護することにつながるものであり、十分な合理性を有するものである。

(4) 親権者の変更が可能であること

民法819条6項は、「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。」と規定しており、裁判上の離婚において親権者と定められなかった親であっても、親権変更の申立てをすることによって親権を再度取得する可

能性がある。その意味で、民法819条2項による親権者の指定は終局的・不可逆的なものではない。

(5) 親権の帰属と面会交流の制限とが無関係であること

なお、父母が離婚をする場合には、父母が別居し、子は父母の一方と同居することとなるのが通常であるから、子と同居しない側の親は、離婚前に比べて子と接触する機会が減少することは避けられない。

しかし、このことは、親権者として父母の一方が定められる場合も父母の双方が定められる場合も変わりはない。そして、我が国の法制上、親権を有しないことを面会交流の制限理由とする規定は存在しない（この意味で、原告が訴状で引用する新聞記事の記載（「親権のない親は（中略）面会交流も著しく制限されるのが実情だ」（訴状23ページ）、「現行制度では親権を持たない親は戸籍上の他人となり、子どもとの面会交流が大きく制限される」（同26ページ）は、誤解を生じさせるおそれのある表現であるといわざるを得ない。）。

3 親権は憲法上保障された人権ではないこと

(1) 原告は、親権は憲法により保障されている基本的人権であると主張し、その根拠として、①最高裁昭和51年5月21日大法廷判決（以下「旭川学力テスト判決」という。）の判示内容及び②民法820条は親権が基本的人権であることを前提とした規定であることを挙げる（訴状4及び5ページ）。

(2) しかしながら、答弁書第2の3(1)イ（3ページ）で述べたとおり、訴状において原告の上記主張と旭川学力テスト判決との関連性には触れられておらず、上記主張の根拠は明らかでないが、その点をおくとしても、旭川学力テスト判決は、「親は、子どもに対する自然的関係により、子どもの将来に対して最も深い関心をもち、かつ、配慮をすべき立場にある者として、子どもの教育に対する一定の支配権、すなわち子女の教育の自由を有すると認められるが、このような親の教育の自由は、主として家庭教育等学校外におけ

る教育や学校選択の自由にあらわれるものと考えられる」と判示しているの
であって、親権が憲法により保障されているものであるとは判示していない
から、上記①の主張には理由がない。

(3) また、答弁書第2の3(1)ウ(4ページ)で述べたとおり、訴状の記載に
よっても、民法820条は親権が憲法により保障されている基本的人権であ
ることを前提とした規定であるとする原告の主張の根拠は明らかではない
が、その点をおくとしても、前述のとおり、親権は親の「職分」や「社会的
責務」であると理解されており、民法820条も親権の内容について定めた
規定にすぎないから、「権利」と記載されていることの一事をもって、親権
が基本的人権であることを前提にした規定であるとは到底いうことができ
ず、上記②の主張にも理由がない。

(4) したがって、親権が憲法により保障されている基本的人権であるなどとい
う原告の主張はまずもって失当である。

もつとも、原告は、親権が仮に基本的人権でないとしても、憲法上尊重さ
れるべき人格的利益であるとも主張していることから、以下では、本件規定
が憲法に違反するものではないことについて述べる。

4 本件規定が憲法14条1項に違反するものではないこと

本件規定は、裁判上の離婚に当たり、子の親権者を父母のいずれにするか
については、家庭裁判所が定めるものとしているのであり、父母の間において別
異取扱いをしているものではないから、本件規定は憲法14条1項に何ら反す
るものではない。

憲法14条違反であるとの原告の主張は、要するに、裁判の結果、裁判の当
事者間で親権を得る側と得られない側とが生じるということを述べているにす
ぎないが、憲法14条1項が、裁判の結果が裁判の当事者間で形式的に平等に
なることについてまで保障しているものでないことは明らかである。

したがって、本件規定が憲法14条1項に違反するとの原告の主張は失当で

ある。

5 本件規定が憲法24条2項に違反するものではないこと

(1) 憲法24条2項は、婚姻及び家族に関する事項について、具体的な制度の構築を、第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、同条1項も前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものと見える。

他方で、婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものである。したがって、憲法24条の要請、指針に応じて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定が国会の多方面にわたる検討と判断に委ねられているものであることからすれば、婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法24条に適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものとするのが相当である（最高裁平成27年12月16日大法廷判決・平成26年（オ）第1023号参照。以下、同判決を「平成27年夫婦別姓訴訟最判」という。）。

しかるに、裁判離婚後単独親権制度の趣旨及び親権の帰属と面会交流の制限とが無関係であることは前記2で述べたとおりであり、民法819条2項が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるとはいえないから、民法819条2項は憲法24条2項に違反するものではない。

(2) この点、原告は、訴状第2の3において、概要①親権は、民法820条に

において「権利」と記載されているので、本件規定は少なくとも人格的利益を侵害するものである（7ページ）、②未成年の子の父母が離婚すると、父母の一方のみが子の親権者となり、もう一方の親は親権を全て失うこととなり、両性の実質的な平等が損なわれる（7及び8ページ）、③父母の一方が他方の同意を得ずに未成年の子と共に転居した場合、転居した側の親が離婚に際して親権者に指定されており、かかる子の「連れ去り得」は離婚後単独親権制度が存在するがゆえに生じている（8及び21ページ）、④裁判離婚後は父母が共同親権者となるとした上で、子を現実に養育する者を監護者と指定すれば足りるところ、本件規定は必要以上の制約を課すものである（9ページ）、⑤裁判離婚後に共同親権を認めたとしても、問題が生じる場合には親権喪失・親権停止及び管理権喪失の制度により段階的な対応が可能であるところ、本件規定は必要以上の制約を課すものである（9及び10ページ）、⑥平成23年の民法等改正の際の国会における附帯決議の存在は、本件規定の合理性が失われたことを示している（10ページ）、⑦諸外国において離婚後共同親権制度が採用されている（12ないし14ページ）、⑧裁判離婚後単独親権制度は、離婚裁判の長期化、ひいては親子関係に悪影響を及ぼしている（21ページ）、⑨離婚後単独親権制度は、親の未成年の子に対する保護権を行使不能にしており、児童虐待を防止するには離婚後共同親権制度を採用する必要がある（22ページ）、⑩政府が離婚後共同親権制度への法改正を検討していることは、本件規定の合理性が失われたことを示している（24ないし28ページ）などとして、本件規定は憲法24条2項に違反すると主張する。

しかしながら、上記①については、原告のいう「人格的利益」が具体的に何を意味するのか不明であるが、その点をおくとしても、前述のとおり、親権は親の「職分」や「社会的責務」であると理解されており、民法の規定上「権利」と記載されていることの一事をもって、憲法上尊重されるべき親の

人格的利益であると評価されるものではない。また、本件規定が合理的であることについては前記2で述べたとおりであるから、そのような本件規定により親権者ではなくなったことをもって、人格的利益が「侵害」されたと評価されるものでもない。

上記②については、確かに、本件規定の下では、裁判離婚後は、父母の一方が親権者となるのに対して、他方は親権者ではなくなることになるが、それは、家庭裁判所が公平中立な立場からいずれか一方を親権者と定めた結果にすぎないから、本件規定が両性の実質的な平等を損なうものと評価する余地はない。

上記③については、確かに、父母の一方が他方の同意を得ずに未成年の子と共に転居した場合に、転居した側の親が離婚に際して親権者に指定される事例も一定数存在すると考えられるが、裁判例上、親権者の指定の裁判に当たっては、裁判の直前の監護者が父母のいずれであるかだけでなく、父母の監護能力、精神的・経済的家庭環境（資産、収入、職業、住居、生活態度）、居住・教育環境、子に対する愛情の度合い、従来監護状況、実家の資産、親族の援助の可能性、子の年齢・性別・心身の発育状況・意向、従来環境への適応状況、父母及び親族との結び付き等諸般の事情が考慮されるとされており（乙第4号証及び乙第5号証。松原正明「家裁における子の親権者・監護権者を定める基準」判例タイムズ747号305ページ、「新基本法コメントール親族」（日本評論社）222ページ）、裁判の直前の監護者が父母のいずれであるかという点が必ずしも決定的な要素となるわけではない。他方で、父母の一方が、離婚前に、他方の同意を得ずに未成年の子と共に転居する事例には、事例ごとに様々な背景事情があると考えられ、当該事例の発生が離婚後単独親権制度に起因するものであるなどと単純化することは不相当である。さらに、仮に裁判離婚後共同親権制度を導入しても、離婚後に子と同居するのは父母の一方となるのが通常であるから、監護者指定

の問題はいずれにしても残ることになり、父母の一方が他方の同意を得ずに未成年の子と共に転居するという事態の抑制になるとは一概にはいえない。

上記④については、本件規定が合理性を有することは上記のとおりであるから、本件規定は、必要以上の制約を課すものであるとの原告の主張は失当である。したがって、同主張は裁判離婚後単独親権制度の合理性を否定する根拠とはいえない。

上記⑤については、親権喪失等の要件が厳格であることからすると、親権喪失等の制度によって前記2(3)に記載したような裁判離婚後共同親権制度の問題点が解決されることにもならない。

上記⑥については、原告の引用する附帯決議は、いずれも、親権制度の在り方を検討することを求めているものにすぎず、裁判離婚後共同親権制度を導入すべきであるなどとして一定の方向性を明示しているものではないから、本件規定の合理性が失われたなどとの評価は当たらない。

上記⑦については、平成27年夫婦別姓訴訟最判において「各国における婚姻や家族の在り方は異なり、これらに関する制度の内容も多様なものが想定されるのであって、諸外国における立法の内容が直ちに我が国における法制度の合理性を否定することにはならない。」と判示されているところ、本件規定が合理的であることについては前記2で述べたとおりである。

上記⑧については、その根拠自体不明であるが、その点をおくとしても、離婚裁判の長期化には、民法770条1項に規定する離婚原因の存否を巡る争い等様々な要因が考えられ、裁判離婚後単独親権制度に起因するとは一概にはいえない。また、答弁書第2の3(10)(9ページ)で述べたとおり、仮に離婚後共同親権制度を導入しても、子の監護者を父母のいずれにするかは引き続き争われ得るのであり、離婚裁判の長期化を防ぐことができるか否かは明らかでない。

上記⑨については、原告の主張する「保護権」の内容は不明であるが、原

告は、離婚後共同親権制度が採用されると、未成年の子と同居していない親が子と接触する機会があたかも増大するかのような理解をしていることがうかがわれる。しかし、その理解が適切でないことは、前記2(5)で述べたとおりである。

上記⑩については、答弁書第2の3(13)及び(14)(9及び10ページ)で述べたとおり、法務省は、現時点において、離婚後の選択的共同親権制度の導入について具体的な検討を始めた事実はなく、親権制度を見直す民法改正について法制審議会に諮問する具体的な予定もない。

したがって、本件規定が憲法24条2項に違反するとの原告の主張は失当である。

6 民法819条2項が未成年の子との関係で憲法13条、14条1項及び24条2項に違反するものでもないこと

原告は、本件規定は、親の不都合を防ぐための制度であって、子の福祉や保護について生じる子の利益を考慮しておらず憲法違反であるとし、具体的には①未成年の子から「両親の共同親権の下で養育される権利」を奪い、それによってその幸福追求権や人格権を侵害するものであるから、憲法13条に違反する、②両親が離婚していない子と両親が離婚した子について、「2人の親権者の内1人を奪う」という意味において合理的な理由なく差別しており、憲法14条1項及び憲法24条2項に違反すると主張する(訴状10ないし12ページ、28ないし32ページ)。

原告がいう子の幸福追求権や人格権が具体的に何を意味するのかは不明であり、「両親の共同親権の下で養育される権利」の法的根拠も不明であるが、その点をおくとしても、本件規定が子の利益を図るためのものであることは前記2(3)で述べたとおりであり、また、親権の帰属と面会交流の制限とが無関係であることも前記2(5)で述べたとおりである。

したがって、父母が裁判上の離婚をする場合には裁判所がその一方を親権者

と定めるものとする本件規定は、未成年の子の幸福追求権や人格権を侵害するものではなく、また、そうである以上、離婚した父母の未成年の子を合理的な理由なく差別するものでもない。

よって、本件規定が未成年の子との関係で憲法13条、14条1項及び24条2項に違反するものであるなどという原告の主張も失当である。

7 小括

このように、本件規定は、憲法14条1項及び憲法24条2項に違反するものではなく、また、未成年の子との関係で憲法13条、憲法14条1項及び憲法24条2項に違反するものでもないから、「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白である」とはいえず、本件規定を改正しない立法不作為が、国賠法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものではない。

第3 結論

以上より、原告の主張はいずれも失当であることから、本件請求は速やかに棄却されるべきである。

以上

平成31年(ワ)第7514号 損害賠償請求事件

原 告 (閲覧制限)


被 告 国

証 拠 説 明 書 (2)

令和元年8月30日

東京地方裁判所民事第49部乙B係 御中

被告指定代理人

今 井 志 

松 田 朋 子 

湯 峯 奈々子 

大 野 史 絵 

倉 重 龍 輔 

大 嶋 真 理 子 

陶 山 敦 司 

佐 藤 博 行 

略語等は、答弁書等の例による。

号 証	標 目 (作成者等)	原本写 しの別	作 成 年月日	立 証 趣 旨
乙2	新版注釈民法(25) 親族(5)改訂版 (抜粋) (於保不二雄, 中 川淳)	写し	平成16年1 2月20日	親権の法的性質
乙3	民法IV 補訂版 親族・相続(抜 粋) (内田貴)	写し	平成18年5 月2日	親権の法的性質
乙4	「家裁における子 の親権者・監護者 を定める基準」 (抜粋) (松原正明)	写し	平成3年3 月20日	裁判例上, 親権者の指定の裁判に 当たっては, 裁判の直前の監護者が 父母のいずれであるかだけでなく, 父母の監護能力, 精神的・経済的家 庭環境(資産, 収入, 職業, 住居, 生活態度), 居住・教育環境, 子に 対する愛情の度合い, 従来 of 監護状 況, 実家の資産, 親族の援助の可能 性, 子の年齢・性別・心身の発育状 況・意向, 従来 of 環境への適応状 況, 父母及び親族との結び付き等諸 般の事情が考慮されるとされている

				こと
乙5	新基本法コンメン タール親族（抜 粹） （松川正毅，窪田 充見）	写し	平成27年1 2月15日	同上

乙第2号証

前注 (§§ 820-833) I

第2節 親権の効力

第2節 親権の効力

前注 (§§ 820-833 [親権の効力])

I 「親権の効力」と親権内容

(1) 親権は、未成年の子を健全な一人前の社会人として育成すべく養育保護する職分であり、そのために親に認められた特殊の法的地位である。親子関係から生ずる法的効果のうちでも、親がその未成年の子を養育保護する職分はその中心的な地位を占めるものであり、法規上これに属さないものとして、未成年者の婚姻についての父母の同意 (737)、子の氏 (790・791など)、その他戸籍上の効果、血族関係から生ずる権利義務、扶養および相続関係、第三者の生命侵害に対する慰謝料請求権 (711)、面接交渉権 (~§ 766・820) などがあるが、これらは親子関係の本質からすればむしろ付随的な効果ともいえる。親権の内容は、立法例でも、學学上でも、子の身上に関する権利義務 (身上監護ないし身上親権) と子の財産に関する権利義務 (財産法上の行為で子の代理人となり、子の行為に同意し、子に財産のあるときはこれを管理するところの財産管理) に分つことが通例となっており、わが旧民法 (明 23) 人事編では、第 9 章 親権の規定のうち第 1 節を「子ノ身上ニ対スル権」(149-152) とし、第 2 節を「子ノ財産ノ管理」(153-157) とされていた。例えばドイツ民法でも、親権内容は身上監護 (Personensorge) と財産保護 (Vermögenssorge) とに分けられることを前提としている。わが民法は、直接法規の上で明示的にこのような区分を使用してはいないが、親が子を養育保護する職分を特別扱いして一括規定するため、親権の帰属と要件について規定した「総則」について「親権の効力」と題する 1 節を設け、子の身上についての保護規定として監護教育権 (820)、それに付随する居所指定権 (821)、懲戒権 (822)、職業許可権 (823) を規定すると共に、子の財産についての保護規定として財産管理権・財産的法定行為の代表権 (824) を定め、これに付随するものとして父母共同親権の特

[明山・國府]

32 (田中)

§ 819 VI 第4編 第4章 親権

と位置づけられており、父または母の監護教育の職分はできるだけ親権者として行使させることが国民感情に適する (225条3項) との観点からは妥当ではない。一方、単独親権 (行使) 者とならなかつた生存親も、親権者として必ずしも不適任であるわけではなく (せいぜい他方がより適任であったといえる場合があるにすぎない)、共同親権行使が困難であることからその親権行使を停止されているにすぎないのみならず、単独親権 (行使) 者が死亡すれば生存親の親権行使が当然に復活するとの立場も十分認得力をもつといえよう。しかし、このような親権当然復活説には、親権者として不適任な親であっても自動的に親権者となってしまうという難点があることを否定できない (親権当然復活説からは、民法における親権者は本来そういうものであり、不適任な親には親権喪失制度で対応すればよいとの反論がありえよう)。もっぱら子の利益の観点に立って、家庭裁判所による親権者としての適性の審査および具体的な状況に応じた合理的な処理が可能となる無制限回復説が妥当であろう (例回復説が理論的に不徹底であるとのそのしりを免れたいことについては、岡垣・前掲 271 参照)。もっとも、無制限回復説に立ち、単独親権者の死亡後も生存親を親権者に指定・変更できるとしても、この場合における親権者の指定・変更は本来のそれと性質を異にするといわざるをえず、とくにその手続的構造の理論的説明が求められる (225条3項「単独親権者死亡後の親権者変更の可否について」家庭裁判所の審判問題) (40) 237 以下、山田正男「単独親権者の死亡と親権者の指定・変更」温又・太田・久武 (1) 157 以下は、この点の説明を踏みる)。なお、この問題は立法の不備に起因するものであり、立法的解決をはかることが望まれる。

[田中通裕]

32 (田中)

著作権所有



新版 注税民法 (25) 親族 (5) [改訂版]
Japanese Civil Law Annotated Vol. 25, 2nd Edition (Revised)

平成 6 年 3 月 30 日 初版第 1 刷発行
平成 16 年 12 月 20 日 改訂版第 1 刷発行

編 者 於 保 不 二 雄
中 川 淳
発 行 者 江 草 忠 敬
発 行 所 株 式 会 社 有 斐 閣

東京都千代田区外神田神保町 2-17
電話 (03) 2261-1314 (代表)
2261-6311 (営業)
郵便番号 100-0051
http://www.yobikaku.co.jp/

印 刷 株 式 会 社 精 興 社
電 水 収 銀 本 印 刷 株 式 会 社

© 2004, Hisa-oto, Jun NAKAGAWA. Printed in Japan
落丁・飛丁本は本社の取替いたしません

★定価はケースに表示してあります。

ISBN4-641-01745-X

図本等の全書または一部を無断で複製(コピー)することは、著作権
法上の著作権侵害を犯すに等しいです。本誌への複製権を行使され
る場合は、日本複製権センター(03-5310-1339)にご連絡ください。

女性に非嫡出子がいたことが親子関係存在確認訴訟の結果判明すれば、遺産分割は無効であって、784 条但書や 910 条の類推適用の問題は生じない
(最判昭和 64 年 3 月 23 日民集 33-2-294)。

【社会はいま】人工的生殖による出生子の法的地位 人工受精や体外受精と

いう生殖補助医療技術の発達により、不妊症に悩む夫婦が子供を持つようになった。しかし反面、それらの技術は、親子関係とは何かという根本問題をも投げかけている。たとえば、夫以外の男性の精子を用いる AID で生まれてくる子の父親は誰なのだろうか。戸籍には夫の嫡出子として記載されるし、夫の同意がある限り（それが通常である）、夫は嫡出子であることを否認できないとする説が多い。立法でこの点を明確に規定すべきであろう。

では、子供を持ちたい妻が、夫に黙って AID による出産をしたら、嫡出権は及ぶだろうか（及ぶと夫以外から父子関係の不存在を主張できない）。夫は、妻の行為を不貞行為として離婚請求ができるだろうか。さらに、精液を提供した男性は認知ができるだろうか。

また、夫の精液が使われた場合でも、保存精液を使用すれば、懐妊のとき夫は既に死亡しているということが生じうる。このとき、夫と子の間には嫡出親子関係が生ずるだろうか。もしこれが可能だとすると、精液が保存されている歴史上の人物の実子が後世に生まれることにもなりかねず、親族法の情理としては無理だろう。

さらに、代理懐胎（≒164 頁）のように分娩上の母と法律上母親となる意思を持つ女性を食い違ふ場合の扱いも、そのような医師を符容するかどうするかを含め、明確に定めておく必要がある。限定的に認める場合も、「分娩の母が法律上の母である」という原則を動かすことには慎重であるべきだろう。なお、夫の精液が妻以外の女性との人工受精に使われるいわゆる代理母は、伝説的な意味での不貞行為に含まれないとしても、妻の承諾がなければ、「産婦を継続し難い重大な事由」とはなりうる。

なお、アメリカでは代理母契約が対価を伴ってなされ、トラブルも生じている。日本ではそのような契約は公序良俗違反とされる可能性が高いと思われるが、立法による規制が望まれる。

[四] 親子の効果——親権

1 親権とは何か

親権の効果
夫婦になることが一定の法的効果を生ずると同様、法律上の親子になることはやはり一定の法的効果を生ずる。たとえば、親が死ねば子は相続権を有するし、子が死んだときも親は相続人となりうる。そしていずれの場合も、不法行為による死亡であれば加害者に対して 711 条の慰謝料請求権を取得する。これらは全て親子であることの結果である。しかし、そのほかにもっと重要な効果が生ずる。それが親権である。奇妙さのゆえんは、財産法的発想との異質さにある。

婚姻の法的効果も財産法とは異質である。しかし、身分関係で親子関係があることに由来する特殊性はあるにせよ、ともかく独立の個人間の法律関係であるという点で、財産法との連続性があった。婚姻共同体を組合的に捉えることが可能なものも、それゆえである。

ところが、子が未成年の場合の親子関係はそうではない。とりわけ、生まれてしばらくの間、子は未成熟の幼児であり、刻等な法律関係は想定できない。民法は、市民社会における独立一平等の個人を想定し、その間に形成される法律関係を規律するルールを定めた。しかしその際、一定の人々、すなわち、十分な判断力を欠いている人々を保護するため、行為能力に制限を加えた。それが成年被後見人・被保佐人・被補助人、そして未成年者である。親子関係は、まさにこの未成年者が対象であるがために、財産法とは非常に異なった発想が前面に出ることになる。

親権は権利か
このような非対等な人間関係を、市民法的な権利・義務の概念を用いて規律しようとすること自体無理がある。たとえば、小さな子供がいたずらをすると親は叱り、ときには暴力をふるう。子供が学校へ行きたくないと言えば、なんとかして行くように仕向ける。これらを市民法的権利・義務の概念で説明することは難しい。親が子にいたずらを禁止する権利を有し、子にいたずらをしない義務を負う、などと

いう表現はおよそ非現実的である。親は子に対して教育する権利があり、子は義務を負う、と表現するものもしくりこない、むしろ子に対する親の権利というより、親の社会的責務と言った方が通りがよい。

しかし、子に対する親の地位は、「親権」という権利の概念で捉えられてきた。その内容は、かつては、子に対する支配権とされ、その後、支配より配慮の要素が強調されるようになった。たとえば、ドイツでは「親権 (elterliche Gewalt)」という用語が廃止され、「親の配慮権 (das Recht der elterlichen Sorge)」という言葉に改められた (1979年)。しかし、支配にせよ配慮にせよ、財産法における権利・義務とは異質である。ここでは、自由主義の原理に立つ民法が財産法において忌避していたパターナリズムが、文字通り主役を演ずるのである。

親権は権利だけではなく義務を伴う、などと言われるが、そもそも財産法的な権利・義務では捉えきれないということを認識しておく必要がある。

支配から配慮への流れの中で、戦後、「親権」という概念そのものを廃棄しようという動きが日本でもあった。そして、「配慮」ということは親子に限らず後見人一般に妥当することだから、親権を後見の中に解消してはどうかという主張が有力になされた。この提案は結局実現しなかったが、背後にある基本的な思想は支持されてきたといえる。

2 親権の内容

親が保護を必要とする子を配慮するという関係は、大きく分けて3つの類型に分けることができる。

第1に、独立の社会人としての社会性を身に付けるために、位派な大人になるために、子を肉体的に監督・保護し (監護という)、また精神的発達を図るための配慮をする (教育という)。

第2に、子が財産を有するときに、その財産管理をしてやり、また子の財産上の法律行為につき子を代理したり同意を与えたりする。

第3に、子の生活費や養育費の経済的負担を負う、すなわち扶養をする。

[四] 親子の効果→211

民法は、第1と第2の配慮のために親権制度を置き、第3の経済的配慮は親子扶養制度でこれを規律している。もし子に親がいなかったときは、第1と第2の保護のためには後見制度があり、第3の保護のためには親族扶養制度が用意されている。さらには、児童福祉法や生活保護法などの公法的保護がこれらを補っている。

こうして、親権の内容は、第1の類型に対応する身上監護権と第2の類型に対応する財産管理権である、ということになる。以下に、その内容についてもう少し詳しく見ていこう。

配慮の類型	親子の法的関係	親がいなくとき	公法的保護
子の監護教育 (身上監護権)	親権	後見	児童福祉法
子の財産管理 (財産管理権)	親子扶養	親族扶養	生活保護法
経済的扶養			

(1) 身上監護権

820条は「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」と規定している。これが、包括的・抽象的な身上監護権である。識学上は身上監護「権」という呼び方がなされるが、民法は権利であると同時に義務でもあると規定する。しかし、義務といっても財産法的な意味で不履行に対して履行の強制が可能ではないし、権利という概念にもなじみにくい面がある。むしろ社会的責務とでもいうべきものである。

権利ということに意味があるのは、第三者によってそれが妨害された場合である。後述の「子の引渡し」が問題となる場面であるが (→215頁)、そこでは物権法上の物権的請求権に似た関係が生ずる。

民法は、包括的な身上監護権の具体的内容として、820条に就いて3つの権利を列挙している。すなわち居所指定権・懲戒権・職業許可権である。このほか、身上監護権の内容としては、第三者に対する妨害排除の権利 (子の引渡し請求権) および身分上の行為についての代理権を挙げることができる。

552・法令索引

57 条198
64 条479
107 条139, 161, 310, 311
107 条の2310
117 条の4304
児童福祉法	
5 条242
6 条242
9 条242
10 条242
11 条242
12 条242
15 条242
21 条241, 275
28 条242
33 条の6241
33 条の7290
人事訴訟法	
2 条82, 85, 176
8 条128, 315
9 条315
12 条313
13 条313
17 条110, 128, 315
18 条110
20 条313
22 条315
24 条82, 313
25 条110, 122
32 条129, 137, 139, 315
33 条315
34 条315
35 条315
38 条317
39 条317
40 条317
41 条171
42 条201
旧人事訴訟手続法	
1 条110
2 条193
15 条130, 198, 315
人身保護規則	
4 条223, 224
11 条222
人身保護法	
2 条222
5 条222
10 条226
12 条222
15 条222
18 条226
21 条222
26 条226
生活保護法	
4 条281, 292, 297
77 条297
10 条302
相続税法	
3 条1項373, 374
12 条1項373
15 条252
19 条の3326
19 条の4326

著者経歴

1954年 大阪に生れる
1976年 東京大学法学部卒業
現在 東京大学法学部教授

主要著書

- 『独占権と利用権』1983年、有斐閣
- 『契約の再生』1990年、弘文堂
- 『民法Ⅱ 債権名論』1997年、東京大学出版会
- 『契約の時代』2000年、岩波書店
- 『民法判例集 総則 - 物権』(共著) 2001年、有斐閣
- 『民法判例集 債権名論 (第2版)』(共著) 2002年、有斐閣
- 『民法判例集 担保物権・債権総論 (第2版)』(共著) 2004年、有斐閣
- 『民法Ⅰ 第3版 総則・物権総論』2005年、東京大学出版会
- 『民法Ⅲ 第3版 債権総論・担保物権』2005年、東京大学出版会

民法Ⅳ 補訂版 親族・相続

2002年7月19日 初版第1刷
2004年3月19日 補訂版第1刷
2006年5月2日 補訂版第5刷

〔絶印廃止〕

著者 内田 貴

発行所 財団法人 東京大学出版会

代表者 岡本和夫

113-8654 東京都文京区本郷7-3-1

電話 03-3811-8814・振替 00160-6-59964

印刷所 株式会社理理社

製本所 株式会本印刷株式会社

©2004 Takashi Uchida
ISBN 4-13-032310-5 Printed in Japan

因日本著作権センター委託出版物

本書の全部または一部を無断で複写複製(コピー)することは、著作権法上での別外を従え、許じられていません。本書からの謄写を希望される場合は、日本著作権センター(03-3401-2882)にご連絡ください。

③親子間の紛争 Ⅲ親権・監護権

126

家裁における子の親権者・監護権者を定める基準

松原正明

新潟地方裁判所新潟支店支部審事

I 序 論

近年の離婚の増加に伴い、父母間の子の監護をめぐる紛争が著しく増加している。のみならず、家族を含む社会関係の複雑多様化を反映して、紛争も深刻化しており、解決の困難性も増大している(沼邊愛一「子の監護・引渡しおよび面談交渉に関する家裁の審判権」新・実務民事講座。一三三頁以下)。

子の父母が婚姻中のときは父母が共同して親権を行使するが(民法八一八条三項)、離婚に際してはどちらかの親を親権者と指定しなければならず(同法八一九条一項)、父母が婚姻していない場合は母が親権者となるが、認知した父を親権者と指定することもできる(同条四項)。親権者の指定はまず父母

の協議でなされるが、協議ができないか、協議が調わないときは、家庭裁判所の協議にかわる審判あるいは調停によることとなる(同法八一九条五項)。家庭裁判所は、このようにして一旦決まった親権者も、子の利益のため必要があるときは、子の親族の請求によって、他方の父母に変更することができる(民法八一九条六項)。

なお、親権者と異なる者を監護権者と指定し、あるいは監護権者のみを変更する場合もあるが(民法七六六条一項・二項)、その場合も親権者の指定変更の問題とはほぼ同じと考えられるので以下は特に区別せずに論ずる。

2 親権者の指定変更の基準——総説

親権者の指定変更は親の利益や家系の継承の都合等からではなく、もっぱら子の利益ないし福祉の増進という観点から行われるべきことは言うまでもない(民法八一九条六項)。問題は何が子の利益になるかという点であり、父母のいずれが親権者として適格かを諸事情を総合的に比較衡量して決定することになる。

裁判例にあらわれた比較衡量すべき具体的事情をみると、父母側の事情として、監護能力、精神的・経済的・環境、居住、教育環境、子に対する愛情の度合、従来の監護状況、実家の資産、親族の援助の可能性等、子の側の事情として、年齢、性別、心身の発育状況、従来の環境への適応状況、環境の変化への適応性、子の意向、父母および親族との結びつき等があげられており、また離婚の有責性はあまり考慮されず、次第に子の意思、子と親との情緒的結びつきなど、主観的要素を重視する傾向がみられるとされる(野田愛子「子の監護に関する基準の基準について」家族法実務研究一八六頁)。

なお、親権者の指定とその変更とでは比較衡量の判断方法が異なるか否かについて対立がある。肯定説は、指定の場合は双方の事情の相対的比較で足りるが、変更の場合は実際に監護養育している者があり、その監護の実績を考慮しなければならず、双方の事情の比較衡量に加えて、変更すべき特段の事情が存する必要があるとする(北野俊光「講座 家事審判法」二二三頁、同旨の判示をする審判例として、東京高決昭61・12・5年月三九巻五号二五頁等)。妥当であろう。もっとも否定説といえども監護養育の実績を全く無視するわけではなく、実際上はさほどの差異は生じないのではないかと考えられる。

親権者の指定変更の審判は、過去の事実を確定して法的評価を下すという通常の司法判断と異なり、将来を予測して子の健全な育成に適う条件をみいだすという後見的役割を有している。したがって、前記の諸事情について、心理学的あるいは社会学的な専門的事実調査が不可欠であり、通常は家庭裁判所調査官による調査がおこなわれる。

これらの諸事情を的確に把握することも難しいことではあるが、各事情を如何に比較衡量するかが極めて困難な問題である。父の経済的監護能力は母より高いが、子との結びつきは母の方が強いというような場合に、どのように判断すべきかであり、比較衡量の基

準の問題である。

具体的事案における妥当性の問題であるので、これまでの裁判例に現われた基準を中心に検討する。

3 比較衡量の基準

1 母親優先の基準

乳幼児については、特別の事情がなにかぎり、母親の監護養育にゆだねることが子の福祉に合致するとの考えである。

幼児期の母親的養育の必要性に基づくものであり、常識的な判断とも一致し、この基準に従う裁判例も多い(札幌高決昭40・11・27家月一八巻七号四二頁、東京高判昭53・11・20判タ三八〇号一五〇頁等)。しかし、母親に親権者として不適格な事情の存することもあり、父親に適当な監護養育補助者がある場合もあり、安易な一般化は許されないとこ

ろであろう。のみならず、この基準の適用を考慮する際には、子の監護養育における父母の役割が変化をいつつある状況も念頭に置く必要がある。

2 現状尊重の基準(親権性の原理)

子の健全な成長のためには親と子の不断の心理的結びつきが重要であって、養育監護者の変更は子の心理的不安定をもたらすことを理由に、現実の子を養育監護する者を優先させるべき

であるとする(ゴールドシュタイン・セミナー報告(その1) 調研記要二五号一頁)。

単なる現場追認ではなく、精神分析的考察を背景に、心理学的にみた親子間の情緒的結びつきを重視する考えである(北野・前掲一二五頁)。この基準に従う裁判例も多い(東京高判昭56・5・26判時一〇〇九号六七頁、大阪家審昭50・3・17家月二八巻三三三頁等)。米田ウエストバリー・シニア州・ミネソタ州の判例に示された「主たる監護者優先の推定則」はその一つの適用例であろう(五島京子「主たる養育者と監護権の決定」判タ六二八号一三五頁以下参照)。

もっとも、この基準を採用した場合、実力による子の奪い合いの結果を追認せざるを得ないことにもなりかねない。したがって、親権者指定変更の紛争中に新たに生起する子の奪い合い事件については、迅速な処理が要請される。

3 子の意思尊重の基準

「子が満一五歳以上であるときは、家庭裁判所は、親権者指定変更の審判をする前に、その子の陳述を聞かなければならない」と定められているとおり(家審規七二条・七〇条・五四条)、子の意思もまた親権者指定変更についての有力な基準である。

子の年齢に差はあるが、この基準に

従う裁判例も多く(鳥取家米子支審昭43・9・17家月二巻一四頁、佐賀家審昭55・9・13家月三四巻三三三頁五頁等)、裁判例のながれとしては、子の意思を尊重する方向にある(杉川忠信・別冊ジュリー家審法判例百選(第四版)一〇六頁)。子の意思を考慮する以上、分別能力が問題となるが、概ね満一〇歳以上の子をいうと考えてよからう(この点

に関する専門的研究として、家庭裁判所調査官研修所編「親権(監護権)の帰すうが問題になった事件における子の福祉について」三二頁)。一般的には、子の意思の尊重の必要性も子の年齢が高まるとともに高くなるといえよう。

また、子の意思の確認方法もその場所、面接方法等に適切な配慮が望まれる。紛争の渦中に置かれた子の場合、その言葉と真意とにずれがあることもあるので、子の発言だけでなく、その態度や行動等を総合的に観察する必要がある。したがって、子の年齢にもよるが、審判官による直接の審問よりも、専門的知識を有する家庭裁判所調査官の調査に委ねるのが相当とされる場合も多い。

4 まとめ

これらの基準は親権者指定変更の判断をするうえでの有力な基準であるが、いずれも原則であって例外が多々あることは先に述べたとおりであり、

また、これ以外にも、例えば幼い姉弟は分離して養育すべきでないとする裁判例(仙台家審昭45・12・25家月二三巻八号四五頁)もあるなど、他に基準と目すべきものがあることも指摘しておく必要がある。

また、各基準が矛盾対立した場合に、いずれを優先させるべきかも困難な問題である。母親優先の基準と子の意思尊重の基準とは問題とされる子の年齢に差があるため対立することは少ないと思われるが、両基準と現状尊重の基準とは矛盾対立することがある。前掲札幌高決昭和四〇年一月二七日は、母親優先の基準と現状尊重の基準とが対立した場合につき、前者が優先するとしたが、これに批判的な見解もある(野田・前掲一八五頁)。価値判断の分れるところであろう。

一義的に各基準間の優劣を決めることは困難であって、その事件における具体的な比較衡量による他はない。

〈参考文献〉

- 本文に掲げたもののほか
- 野田京子「親権者指定変更の基準」家審法審判例の研究
- 許末取「未成年子の監護権決定における「母親優先の考慮」判タ六三三九号九六頁

証第5号乙

第14巻 第1号

因判例出現出版(191頁)。これを前提として、⑧制限的回復説は、後見開始後、後見人の選任前であり、生存を認めない(後見開始後)であれば、親権者の変更を認める(後見開始前)と異なる。⑨制限的回復説は、後見人選任の前後を問わず、生存親に親権者変更をすることができると解する(中川孝之助、注釈法律家17(1952)、有斐閣)47頁(前掲書)など。

かつての通説は⑩後見開始前であったが、近頃は学説・実務ともに⑪制限的回復説が多数説となっている。裁判例として、名古屋高金沢支部決定(52・3・23家事29巻8号33頁)など。最近のもとして、佐賀家庭裁判所平成22・7・16民事63巻6号103頁もこの立場をとる。戸籍先例も、親権者変更裁判に基づいて変更届が出されたときはこれを受理し、これに基づいて戸籍の記載をして、撤回によって後見終了の登録をしてさしつかえないとし(昭50・7・2民事17号民事同回答)。また、裁判例(昭50・7・2民事17号民事同回答)も、親権者の変更無効と定められた父母の一方が死亡した後、他方の実親を親権者と定める裁判が確定し、その旨を添付して親権者指定届があった場合は、親権者変更届に訂正させた上受理するのが相当である(昭54・8・31民事47号民事同回答)などとして、家裁実務の変更審判を是認している。もっとも、実務上は、昭和50年代から親権者変更を認める傾向があったと指摘されており(山島正正「親権者変更の傾向」と親権者の指定・変更問題、家事裁判事件の状況(1)168頁)、この傾向がさらに強められると考えられている(山島・前掲158頁、基本法、親権207頁(附頁))。なお、この点の学理的検討の経緯は、山島・同前を参照。

もともと、学説中に、選任による未成年後見人の指定(昭49)があった場合を視野に入れて置くものはほとんど見られない。上記学説のうち、②の親権者当然復活説を除いて、単独親権者の死亡により後見開始するとの理解は共通しているから後見人の指定があった場合は問題にならない。③もともと、④制限的回復説は、後見人指定の場合にも優先させられる見解であるから、後見人指定の場合にも同様と考えられている。⑤親権者当然復活説は、親権者変更を認める要件として、死亡した親権者が後見人を選任していないことを挙げている。⑥親権者当然復活説において、後見人の指定があった場合には、親権者当然復活の効果が当然に復活するかどうかは後見の開始(久武忠彦)は、現時の多数説である⑦無制限回復説を前提に、遺言の意義・遺言者たる亡親権者

親権者指定事件の判例(1998、一審)175頁を参照。なお、親権者の指定および変更には、条件・期限が付けられているとはいえない。父母が任意に親権者を変更することができるととなり、親権者の変更を家庭裁判所の審判事項とした本条6項の趣旨と相容れない(小石・前掲「親権者指定」299頁)、子の地位を不安定にして子の利益を害するおそれがあるから(在本法、親権207頁(附頁))である。戸籍先例も、「子が小学校に入学する迄の親権者は母、その後は父とす」旨の判例が成立しても、子が小学校入学後父からその親権者変更届には、改めて本条6項による家庭裁判所の許可(親権者変更の審判・調停)を必要とする(昭31・11・13民事294号民事同前(審判項目))。

ここで問題となるのは、第1に、嫡出でない子の死亡後にその子を認知した父を本条5項により親権者と指定できるかどうか、第2に、単独親権者である父の一方が死亡した後に、本条6項により親権者を生存する他方に変更することができるといえるかどうかである。両者は共通のテーマとして一括して論じられるので、ここでは両者を含めて検討するところとする。

学説は、①後見開始後、②親権(当然)復活説、③制限的回復説、④制限的回復説の4つに分かれる(昭49)とある。⑤親権者指定は、単独親権者が死亡すれば「親権者を行わずに」と(昭39)となり、後見開始し、その後には生存親が親権者となる余地はないと考えられる(中川孝之助、前掲48頁、54頁以下)。必要があれば、生存親が後見人となればよいからである。⑥親権(当然)復活説は、親権者と親権行使者とを区別する立場を前提とする(昭49)の解法を参照。すなわち父母の一方の単独親権であるという場合でも、他方は親権者たる資格を失ったわけではない、特任に死亡した場合には、他方の親権者が当然に復活(法定)した場合には、他方の親権者が当然に復活(法定)した場合には、共同親権行使の障害によってとられた便宜的地位にすぎないから、親権者が死亡すれば生存親が親権者となる資格を回復し、このとき同時に他方も開始する(昭39)。裁判によって親権者となるというものである(久武忠彦)は、現時の多数説である⑦無制限回復説を前提に、遺言の意義・遺言者たる亡親権者

⑤ 単独親権者の死亡と親権者変更

ここで問題となるのは、第1に、嫡出でない子の死亡後にその子を認知した父を本条5項により親権者と指定できるかどうか、第2に、単独親権者である父の一方が死亡した後に、本条6項により親権者を生存する他方に変更することができるといえるかどうかである。両者は共通のテーマとして一括して論じられるので、ここでは両者を含めて検討するところとする。

学説は、①後見開始後、②親権(当然)復活説、③制限的回復説、④制限的回復説の4つに分かれる(昭49)とある。⑤親権者指定は、単独親権者が死亡すれば「親権者を行わずに」と(昭39)となり、後見開始し、その後には生存親が親権者となる余地はないと考えられる(中川孝之助、前掲48頁、54頁以下)。必要があれば、生存親が後見人となればよいからである。⑥親権(当然)復活説は、親権者と親権行使者とを区別する立場を前提とする(昭49)の解法を参照。すなわち父母の一方の単独親権であるという場合でも、他方は親権者たる資格を失ったわけではない、特任に死亡した場合には、他方の親権者が当然に復活(法定)した場合には、他方の親権者が当然に復活(法定)した場合には、共同親権行使の障害によってとられた便宜的地位にすぎないから、親権者が死亡すれば生存親が親権者となる資格を回復し、このとき同時に他方も開始する(昭39)。裁判によって親権者となるというものである(久武忠彦)は、現時の多数説である⑦無制限回復説を前提に、遺言の意義・遺言者たる亡親権者

とされる。⑧兄弟姉妹はなるべく同一親権者のもとに置く、等である。

親権者変更の審判(調停) 父母の一方が親権者と定められている場合において、子の利益のために必要であると認めるときは、家庭裁判所は、子の親権の請求によって、親権者を他の一方に変更することができる(本条6項)。親権者の変更は、必ず家庭裁判所の審判または調停によって行われなければならない。第2項の趣旨から見て、調停は親権者の変更の申立てをしないという場合は無効である(東京高決昭24・7・29民事2巻2号160頁)。その他の手続については、親権者指定の場合とはほぼ同様である。

親権者指定の基準については、裁判例の上では、親権者指定の場合同様に、親権者の専断性や母性(または母親)優先、子の親権の専断などが挙げられるが、そのほかにも、親権者の年齢、申立ての動機や目的、親権者についての合意と平術の変更などが考慮される(詳細は、改訂家庭裁判法附録中巻の二(二)編5号-9号)(1996、最高裁判所附録昭50(1)15頁以下を参照)。また、親権者変更の場合、既に実際に子が監護教育している者がおり、その監護実績を考慮しなればならない(昭49)とある。この場合、これらに反し、実際には大差ないとの見解もある(清水・前掲97頁、松原・前掲205頁)。

裁判例に親権者と定められた父または母が離婚し、父または母の配偶者と子が親子縁組をした場合、父または母の配偶者たる認知の共同親権に継することになる(昭49)とある。学説と裁判例の申立てをすることができるとする。その理由は、第1に、このように親権者変更を認めない、婚姻関係のない2人の男性または2人の女性が同時に親権者となるという状況の予定していない事象が生じることあり、第2に、養親と養親の共同親権を終了させて他方の養親の単独親権とする方法をとっても、それは結局、養親の親権を実現すること、あるいは養親の親権を存続すること、山石孝子が一方の養親と養親の共同親権に継する場合は他方の養親の親権者変更の申立ての可否(昭49)一(本田武男)A

執行停止またはその職務代行者の選任をすることができ(家事手続174⑤、同条①⑥も参照)。家庭裁判所が審判をする場合には、子が15歳以上であるときは子の陳述を聴かなくてはならない(家事手続169②)。同法175条1項に基づけば、地位の区分を命ずる場合にも、原則として同様である(家事手続175②)。審判およびその申立てを却下する審判に対しては、子の父母および子の監護者は、2週間以内に即時抗告をすることができ(家事手続205⑥、172④)。この期間内に即時抗告がなされなければ審判は確定し、親権者指定の効力が生ずる。

親権者指定の基準について、民法は規定を置いていない。しかし、親権者変更について「子の利益」が基準とされる(本条6項)と同じく、ここで「子の利益」が判断基準となることに異論はない(もっとも、子の利益の判断基準の中で優先すべき事項が、親権者指定とその変更で異なるか否かについては対立がある)。問題は、何かが子の利益かである。親子を取り巻く様々な事象を総合的に比較衡量して判断するほかにも、子供の事情として、監護能力、精神的・経済的家族環境(貧乏、収入、職業、住居、生活環境)、居住・教育環境、子に対する愛情の厚さ、従来の監護状況、家族の資産、親族の援助の可能性、子の即座の事情として、年齢、性別、心身の発育状況、花嫁の環境への適応状況、子の意向、父母および親族との結びつき等がある(後見開始「家庭における子の親権者・監護権者を定める基準」昭747号(1991)205頁)。また、近時、離婚の有害性はあまり重視されない(野田愛子「子の監護」に関する見解の整理について」同・家庭法実務研究1(1988、判例タイムズ社)187頁)。これらの比較衡量の基準では優劣がつけにくい場合には、次のような具体的な基準が用いられる(清水・前掲97頁以下)。①乳幼児期に優先される(清水・前掲97頁以下)。②乳幼児期に優先される(清水・前掲97頁以下)。③乳幼児期に優先される(清水・前掲97頁以下)。④乳幼児期に優先される(清水・前掲97頁以下)。

執行停止またはその職務代行者の選任をすることができ(家事手続174⑤、同条①⑥も参照)。家庭裁判所が審判をする場合には、子が15歳以上であるときは子の陳述を聴かなくてはならない(家事手続169②)。同法175条1項に基づけば、地位の区分を命ずる場合にも、原則として同様である(家事手続175②)。審判およびその申立てを却下する審判に対しては、子の父母および子の監護者は、2週間以内に即時抗告をすることができ(家事手続205⑥、172④)。この期間内に即時抗告がなされなければ審判は確定し、親権者指定の効力が生ずる。

第14巻 第1号

222 白根真子

別冊 法学セミナー no.240

基本法コンメンタール

親族

条文 725条～第881条

平成23年民法改正
家事事件手続法
制定に对应

松川征毅・窪田充見編

別冊 法学セミナー no.240

基本法コンメンタール

親族

12月15日 第1版第1刷発行

株式会社日本評論社
〒6474 東京都墨田区南大塚3-12-4
03-3887-8521(東京) 03-3887-8681(編集)
0700-3-16
送料別

日本評論株式会社
Head in Japan @Nippon Hyoron-shs 2015



定価 3500円 +税

JCOOPY (社)出版者著作権管理機構 委託出版物

本書の印刷製本等は著作権法上の部分複製と見做されずして、複製され、そのこと等には、

(社)出版者著作権管理機構

(TEL)03-3510-5999, FAX03-3513-8878,

E-mail:info@jcoopy.co.jp の管理を併せてください。

また、本書の付録等は本書の第三者に依拠してネット上の
存在によりその利用がなされることは、個人の情報利用の目的であっても、
一切認められておりません。



9784535402676



1929432035000

ISBN978-4-535-40267-6

C9452 ¥3500E

雑誌6819

- 【青竹美佳】石井美智子【犬伏由子】岩志和一郎【浦野由紀子】
- 【神谷 遼】許末恵【窪田充見】小池 泰【合田篤子】
- 【佐藤英明】冷水登紀代【白須武彦子】田中通裕【鷲 さやか】
- 【常岡史子】西森代子【羽生香織】早川廣一郎【前田陽一】
- 【松川正毅】水野紀子【宮本誠子】本山 敦【森山浩江】

日本評論社