

# 子の監護者指定 (民法766条) の積極的活用

## 二 宮 周 平

- 1 問題提起
- 2 親権概念の質的な変化
- 3 子の監護者指定
- 4 監護者の権限
- 5 今後の課題

### 1 問題提起

#### 1) 2つの事例

仙台高決平 12・6・22 家月54巻 5号125頁は、元里親からの監護者指定の申立てを、民法に該当規定がないことを理由に、簡単に却下した(事例1)。婚外子Aを出産した母Xが、当初、養育困難な事情があったため、Aを乳児院、そして児童養護施設に託していたところ、大阪の児童相談所(以下、児相と略する)がXの了解の下に山形のY夫婦に里親委託をした。Y夫婦は将来の特別養子縁組を志向していたが、Xは縁組に対しては態度を明確にしていなかった。Y夫婦はAを約3年7か月養育し、AもY夫婦を「父」「母」と呼び、親子としての心の絆が形成されていた。しかし、生計が可能になったとして、Xが児相及びY夫婦に対して強引な引き取り要求をしたため、児相は里親委託を解除し、調整のためY夫婦にAの一時保護委託をした。この段階で、XはAの引渡しを求め、Y夫婦は自分たちをAの監護者に指定するよう求めた。

本事案では、Aの父Zは刑務所に収監中であり、XはA以外の未成熟子を抱えて生活保護を受け、Zの母の協力を得ながら生活を維持している。

Aは1度もXの下で生活したことはない。Aが乳児院や養護施設に居た2年数か月の間、面会が2度、1泊の外泊が1度、電話連絡が2度あっただけである。家裁調査官の調査では、AはXを母だとは認識しているが、第三者に対するような態度をとっているとある。A（小学1年生）は、実母の下に行かざるをえないことを悟った時点から、無表情になり、腹痛や過食が続いたり、あどけなさが失われてしまったという。仙台高決は、実母からの子の引渡し請求も、一時保護委託中であることを理由に却下したが、この決定後、実母が新たに提起した人身保護請求は認められ、AはXに引き渡された<sup>1)</sup>。

福岡高決平14・9・13家月55巻2号163頁、判タ1115号208頁は、審判前の保全処分として祖母を孫の監護者に指定し、仮の引渡しを認めた（事例2）。夫からのDVを逃れて妻=母が子ども2人（姉妹）を連れて、久留米の実家に帰り、祖母と半年近く同居した後、夫の下に戻った。他方、子どもたちは、父の下に帰ることを一貫して拒み、祖母方で生活することを希望した。それは父母が子の前で暴力を伴う争いをくり返すこと、父から身体的および性的虐待を受けていたこと、母が自分たちを守ってくれなかったことに対する母への不信からだ。父からの強硬な引き取りに対処するため、祖母は2人を児相に一時保護してもらう。しかし、2人は、父の下に帰るか、養護施設に行くかの選択を迫られたため、児相を脱走して、祖母方に逃げ帰る。これに対して、父母が、2人の通学する小学校を訪れ、2人を学外に連れ出し、京都の父方に連れ戻したところ、姉（小学5年生）は家出をし、京都まで迎えに来た祖母と共に久留米に戻る途中、警察署に保護され、再度、児相の一時保護を受ける。

原審は審判前の保全処分の申立てを却下する。その後、一時保護の期限を考慮した児相から、施設に行くよう強く説得を続けられたため、姉は再び、児相を脱走し、弁護士事務所に駆け込んだのである。この段階で高裁は前記の決定を下し、姉は祖母の下で暮らすことができている。しかし、妹は依然として父母の下にあり、連絡を遮断されているため、妹の事情は

不明なままである(なお本年6月26日、本案の第一審で姉につき祖母が監護者に指定された)。

## 2) 制度上の問題

この2つの事例において最も問題だと思うのは、子どもたちの必死の思いを、法制度が受けとめていないことである。親権者は親権をかざして、子を自分の下に連れ戻そうとする。しかし、子には、元里親あるいは祖母との間に、安心して暮らすことのできる家庭環境がある。それなのに、なぜ親権者の下で暮らさなければならないのか。この素朴な疑問に対して、生みの親だから、親が子を選べないように、子も親を選べない、辛くても耐えること、それも子どもの人生、やがて慣れるなどの説明で、子は納得するだろうか。

現行制度は、右のような事例において親子の分離を認めることに慎重である。緊急の場合の一時保護を除き、養護施設への入所あるいは里親への養育委託の措置は、親権者の意に反してとることができず(児福27条4項)、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は、親権者の同意が得られなくても、家裁の承認を得て、こうした措置をとることができる(同28条)。しかし、申立件数は、児童虐待の防止等に関する法律(以下、児童虐待防止法と略する)成立後、増加したといっても、2001年で169件、承認件数は131件にとどまる(199頁,1)参照)。民法上の対処として、親権喪失宣告をして、後見人を選任する方法がある(民834,838条)。しかし、親権喪失宣告申立件数も2001年で102件、認容件数は17件、きわめて深刻なケースにしか用いられていない(199頁,2)参照)。他方で、児相で受け付けた児童虐待の相談件数は、2001年で2万件を超えている(2万3274件,200頁,3)参照)。相談事例のすべてが、親子分離の必要があるとはいえないだろうが、親権者の監護が客観的に見て不適切な場合には、子の利益を最優先にして、児童福祉機関だけではなく、父母以外の家族や元里親など第三者に子の監護を

委ね、親権者の立ち直りを図る方法が、もっと工夫されてもよいのではないだろうか。

そこで注目されるのが、子の監護者指定および子の監護に関する処分を規定する民法766条である。これを用いて第三者を監護者に指定する長所として、以下のことが考えられる。第1に、親権を喪失させるのではないことから、親権者にとって「制裁的」な受けとめをされにくい。関係者も申立てへの負担感が少なくすむ。第2に、親権者の立ち直りの状況に応じて、第三者の監護権を優先し、親権者の監護権を事実上停止する段階から、定期的な面会交流など親権者の監護権の部分的行使を認める段階、さらには親権者と第三者が共同で監護する段階まで、柔軟に対応できる。第3に、児童福祉法上の措置をとった里親にも、監護権を保障することができ、里親家庭における養育の安定化を促進できる<sup>2)</sup>。

後述の未公表審判例から推測すると、家裁実務では、当該事案の結果を重視し、子の監護に関する処分として、父母以外の家族などに監護者指定の申立権を認め、それらの人を監護者に指定するケースがかなり存在するようである。他方で、事例1の仙台高決の影響を受けて、祖父母など第三者を子の監護者に指定することを求める申立てを形式的にしりぞけようとする裁判官もいると聞く。現場での対応の不一致は、何より保護を求める子の利益をないがしろにするおそれがある。子の監護者指定について、事例2のような取扱いを一般的に定着させるために、法的な詰めをする必要がある。本稿は、これを検討するものである。

## 2 親権概念の質的な変化

事例1で仙台高決が親権を重視したり、事例2で児相が父親から祖母と絶対に会わせないよう厳しく申し入れされていたことから、子どもが祖母との通信、面会を拒まれてきたり、審判前の保全処分申立てを却下した審判が、第三者に対する子の監護者指定認容の要件として、親権者にそのま

ま親権を行使させると子の福祉を不当に阻害するような特段の事情が必要であるとした上で、そうした事情はないと判断したり、妹の実情把握について、児相の関与が困難であることなどの背景に、親権者の権利(監護教育権)を優先する考え方があるように思われる。しかし、親権は親の恣意的な行使を許すものではない。財産法上の概念としての「権利」でもない。まず、この点を親権に関する判例・学説において確認しておきたい。

### 1) 親権概念の確認

明治民法においても、親権の効力として、「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」と規定しており(旧規定879条)、親権が義務的な内容をもつことが明記されていた。民法起草者の一人、梅謙次郎は、「親ガ子ヲ教育セヌデモ宜シイ、監護シナイデモ宜シイト云フコトハナカラウ、親ト云フモノハ必ず教育スル義務ガアル、ソレハ国家ニ対シテデハナク、子ニ対シテデアラウト思フ」と説明している<sup>3)</sup>。しかし、封建的家族観から、親の義務という文字に強硬に反対する意見が多く、結局、国家に対する義務であるという理解の下に、前述の条文となった経緯がある<sup>4)</sup>。

したがって、親権は単なる私権ではなく、義務的および公的な性格を有するものであることが明らかだったので、大審院判例は、契約であらかじめ親権を放棄したり制限することなどは無効であるとした(大判明31・11・24民録4巻10号36頁)。学説も親権の義務性を強調し、国家や社会に対する義務とは捉えるものの、その真意は、これによって親権者の濫用的な権利行使を防止することにあった。例えば、穂積重遠は、「親権そのものが権利にして同時に義務だという意味をあらはしたものと解した方が適切であらう。……今後はむしろ『親義務』として義務の方面から観察した方がよいと思ふ。……親が子を育てるのは、子に対する義務と云はんよりは、むしろ国家人類社会に対する義務と観念すべきである」と述べ<sup>5)</sup>、谷口知平は、「今日、親権にかかる権力的な性質を認めることは許されないので、

子の保護監督といふ親権制度の目的より見て直接国家に対する義務性を認めねばならぬ。斯く解するに依て監護教育権行使の限界及び濫用の防止が根拠づけられるのである」とする<sup>6)</sup>。

現行法の下では、親子法の目的が子の福祉のためにあることから、より一層、親権の義務的な性質が強調されるようになり、しかもその義務は子に対する義務でもあることが指摘されるようになった。例えば、我妻栄は、「親権の内容は子の哺育・監護・教育という職分とされる。ここに『職分』というのは、他人を排斥して子を哺育・監護・教育する任に当りうる意味では権利であるにしても、その内容は、子の福祉をはかることであって、親の利益をはかることではなく、またその適当な行使は子及び社会に対する義務だとされることである」とする<sup>7)</sup>。

また子どもの権利に対応する義務だと説く見解も表れた。中川良延教授は、「子どもは『幸福追求権』をもっているが、その能力がまだ完全でないため自らその権利を行使実現できないので、法は親をその義務の第一次的な履行者としているのである。親権は子どもの権利実現の手段にほかならない」とする<sup>8)</sup>。有地教授は、親権には「親の子に対する権利という意味は含まれず、親が子に対する義務を履行するについて、他人から不必要に干渉されない法的地位と解されている」とする<sup>9)</sup>。

さらに親権を完全に義務として解釈する見解もある。米倉教授は、権利の属性として、権利者自身の利益を追求するための手段、権利不行使の自由、処分の自由、を想定すると、親権は子の利益のためにのみ行使されなければならないとされているのだから、に反し、親権には不行使や処分の自由がないのだから、にも反することから、「親権は実質においても形式においても義務にほかならず、820条はその旨を宣言しており、同条の『権利』は権限の意味に解すべきものと主張したい」とし、この義務を債務とし、子を債権者、親を債務者と捉え、不適切な親権行使を債務不履行と構成する<sup>10)</sup>。

そして子どもの権利条約批准後の民法学説は、子の権利主体性を説くよ

うにもなった。梶村判事(当時)は、「親権は、親の利益をはかるためではなく、子の利益・福祉のためにのみ行使されなければならないのである。……子を権利主体として承認するという観点からは、従来のように子を単なる保護の対象とするだけでなく、子を人権を享有し権利を行使する主体と位置づけることが要請される。例えば、親権者が身上監護権を行使する(身上監護の職分を果たす)に際しては、子の発達状況に応じて子の意思を尊重することがますます強く求められることになる」と指摘する<sup>11)</sup>。

このように明治民法以来、親権は親の義務であることが一貫して説かれており、今日では、子の権利に対応した義務であること、子が監護教育の権利主体であることが説かれており、親権者の恣意的な親権の行使は許されないのである。これを注意義務の視点から説明すれば、親権者が行う監護教育については、財産管理とは異なり、自己のためにするのと同一の注意義務(民827条)をもって行うように定めた規定はないこと、監護教育の当不当は、客観的な標準により判定されるべきであることから、自己の場合より高度の注意義務が基準となるものと解され、善良なる管理者の注意をもって監護教育しなければならないとされている<sup>12)</sup>。

親権行使に高度の注意義務が課されるのは、子どもが監護教育の権利者であり、親権者は一種の債務者として子の権利に対応して義務を履行する必要があるからである。監護教育については、多種多様な考え方があるのは事実であるが、法の視点からは、客観的な水準があり、これを満たさない義務の履行は注意義務違反となるのである。したがって、親の親権行使が客観的に見て不適切であれば、子に対する義務の不履行として、法的に対処しなければならない。問題は、一種の債務不履行であるとして、具体的にどのような対処をするかである。

## 2) 不適切な親権行使への対応

1)で述べたように親権者は恣意的に子の監護教育をしてはならない。親権者が子の監護を適切に行わない場合の法的対処として、現行制度では、

公的な関与として児童福祉法上の措置がある。すなわち、保護者に監護させることが不適当である場合には、親権者は児童福祉司などから指導を受けたり、都道府県知事から訓戒を加えられたり、誓約書を提出させられたり、養護施設への入所あるいは里親への養育委託の措置をとられたりする（児福25～27条）。施設入所・里親委託の措置は、親権者の意に反してとることができないが（同27条4項）、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は、親権者の同意が得られなくても、家裁の承認を得て、こうした措置をとることができる（同28条）。他方、民法上の対処として、親権喪失宣告をして、後見人を選任する方法がある（民834、838条）。

しかし、親権者の意思に反してもとられる児童福祉法28条による家裁の承認審判も、親権喪失宣告も、きわめて限られたケースにしか用いられていない。例えば、1995年から7年間の件数の推移を見てみたい。

1) 保護者に代わる家庭裁判所の承認（養護施設入所・里親委託）件数（司法統計年報）

	1995	96	97	98	99	2000	01
家裁への申立	36	54	63	65	97	142	169
処理件数	43	51	49	69	81	142	170
承認	19	39	36	40	58	101	131
申立の却下	0	0	0	1	0	6	2
申立の取下げ	22	12	13	26	23	35	36

2) 親権喪失宣告件数（司法統計年報）

	1995	96	97	98	99	2000	01
家裁への申立	66	122	108	112	98	108	102
処理件数	97	103	107	102	100	109	89
親権喪失宣告	15	13	21	18	20	13	17
申立の却下	10	19	8	11	12	11	8
申立の取下げ	58	70	77	71	67	82	63

確かに児童福祉法28条の措置の利用は広がりつつあるといえるが、それでも年間100件台である。親権喪失制度は、申立て自体が100件前後、宣告

は10件台から20件前後にとどまっている。2000年11月に施行された児童虐待防止法15条において、「児童虐待の防止及び児童虐待を受けた児童の保護の観点からも、適正に運用されなければならない」とされたものの、その利用はなお制限的である。児童相談所で受け付けた児童虐待の相談件数あるいは性的虐待の相談件数は激増しており、これに対応して施設入所や里親等委託も増加していることから、本来、親権喪失に該当するような事例も増加しているものと推測されるだけに、民法上の制度が実態に対応していないことが顕著になっている。だからこそ、親権喪失の基準を見直し、児童虐待防止法15条の趣旨に沿った運用をすること、親権喪失までの事情がない場合でも、親権を一時停止して、職務代行者を選任する方法、親権の喪失や停止という、親にとって制裁的に受けとられる措置ではなく、親権者とは別に第三者を監護者に指定して、子を監護教育させる方法など、親権者の親権行使の不適切さの程度に対応した民法上の措置を構築する必要があるのである。

3) 児童相談所で受け付けた児童虐待の相談件数(厚生労働省雇用均等・児童家庭局)

1990	91	92	93	94	95	96	97	98	99	2000	01
1,001	1,171	1,372	1,611	1,961	2,722	4,102	5,352	6,932	11,631	17,725	23,274
<b>その内の、性的虐待の相談件数</b>								396	590	754	778
<b>虐待相談の処理～施設入所</b>								1,391	2,081	2,527	2,857
<b>里親等委託</b>								35	48	91	149

以上のことを、1)で述べた親権概念から見直してみると、親権の行使が不適切な場合には、親権者は、義務の不履行として自らの親権行使を中断し、子の監護教育の権利を保障するために、児童福祉法上の措置や、民法上の措置を受忍する義務があるということになる。さらに子のためにより良い措置がある場合には、その措置をとるべき義務もあるといえる。例えば、祖父母やおじおば、あるいは適切な第三者に養育を委託する義務や第三者の事実上の監護に介入せず、それを保障する義務などである。親権者は自らの利益のために子の教育監護をすることはできないのだから、自分

が適切に監護教育義務を履行しえない以上、子の福祉をはかるために、右のような受忍義務、措置を採る義務、第三者の監護を保障する義務などを負担するのである。

問題は不適切かどうかの判断の基準である。例えば、児童福祉法では、監護が不適切な場合には、親権者の同意を得て施設入所、里親委託ができ、著しく児童の福祉を害する場合には、家裁の承認を得れば、親権者の同意なくして、施設入所、里親委託ができるとしており、不適切さの段階に応じて措置を区別している。それは実務の蓄積によって客観化されるとはいえ、第三者の評価になるのだから、主観的な面を免れず、子の福祉に即応できるとは限らない。同じことは民法上の措置についても当てはまる。前述の善良なる管理者の注意義務として、当不当について客観的に判断すべきであるとしても、学校教育を受けさせなかったり、悪意の遺棄に近い実態や児童虐待的な行為があるなどであればともかく、そうでなければ、実際に受けてきた、あるいは現に受けている監護教育内容の不適切さを証明することは、事実上困難である。

そこで考えられるのが、梶村説の示唆するところである。すなわち、子を人権を享有し権利を行使する主体として位置づけるのであれば、親権者が親権を行使する、より正確に言えば、監護教育の職分を果たさないし権限を行使するときには、子の発達状況に応じて子の意思を尊重しなければならない。つまり子が親権者の親権行使を不適切と判断すれば、その意思が何よりも尊重されるということである。もちろん、こうした意思の尊重は、子の年齢、対象となっている事項などに応じて、相対的になされるべきであり、単なるわがままや願望にすぎない場合には、親権者の監護教育を受けなければならないが、日本が批准した子どもの権利条約の趣旨から見ると、不適切かどうかの判断を、まず子の意思に委ねることは、認められると考える<sup>13)</sup>。

さらに子に当該事項について意思能力があり、子の意思に委ねることが子の福祉につながる場合には、子は権利主体として、親権者の監護教育を

拒むこともできると考える。いわば親権者の親権行使に対する子の拒否権である。こうした権利を子に保障することによって、初めて子と親権者が監護教育の権利義務について対等な立場に立つことができ、親権者が子に話し合いを求め、その意思を尊重することが可能になるのである。適切な監護教育義務の履行を確保するには、ここまで子の権利の展開を考えておく必要がある。そしてこのことは、明治民法以来の親権規定の意義、現行親子法の目的および子どもの権利条約をふまえた解釈論として、構成可能なものであると考える。

それでは、子に拒否権があるとして、それをどのような手続で保障すればよいのだろうか。民法819条6項は、「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」と規定する。また834条は、「父又は母が、親権を濫用し、又は著しく不行跡であるときは、家庭裁判所は、子の親族又は検察官の請求によって、その親権の喪失を宣告することができる」とし、835条は、「親権を行う父又は母が、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は、家庭裁判所は、子の親族又は検察官の請求によって、その管理権の喪失を宣告することができる」とする。つまり、現行制度においては、親権者の財産管理権を含む親権行使が不適切な場合への対応として、親族が親権者の変更や親権あるいは管理権の喪失を申し立てることができるという構造なのである。子自身の申立権など手続保障がないために、子が親権者の監護教育を不適切だと思う場合には、祖父母など親族にこうした申立てを頼んだり、児相への相談を介して児童福祉法上の措置をとってもらうことになる。親族の申立てや児童福祉法上の措置に依存せざるをえない以上、これらの申立てや措置がとられようとする場合には、少なくとも子の意思を優先的な判断基準にするようにしなければならないのは当然であろう。

私見によれば、現行法の解釈として、子に自らの監護教育に関する意思能力があれば、親権者変更、監護者指定、親権喪失などの申立権があると

解することができる<sup>14)</sup>。その理由は、第1に、子は監護教育を受ける権利者であり、かつ意思能力があるにもかかわらず、前述のように民法上の監護教育について親族に依存せざるをえない構造では、直接的に子の利益を保障することができないからである。親族ネットワークが希薄化している今日、親族が申し立てることを期待できない場合はいくらでも考えられる。いつも事例1や事例2のように元里親や祖母などが子の監護にかかわるとは限らない。第2に、申立権は家裁の審理を開始させるだけであり、その後の手続については、家裁が後見的に職権調査を進めることができるので、訴訟の提起とは本質的に異なり、行為能力を必要としないからである。家裁は、緊急避難的な、子どもの「駆け込み寺」の役割を果たすことになる。そしてそのことは、子の福祉を図る司法機関としての家裁本来の任務にふさわしいと考える。

### 3 子の監護者指定

以上のように、子どもの権利条約にそった親権概念の解釈から、子には親権者の不適切な監護教育を拒む権利があり、子が親権者以外の者の監護教育を望む場合において、それが子の利益を守るために相当の理由があると認められるときには、親権者はその第三者の了解を得てそれを実現する義務（第三者への養育委託契約を行う義務）があるし、すでに第三者が子を事実上監護教育している場合には、それを受忍する義務があることになる。しかし、親権者がこうした義務を履行しない場合には、親権者の意思に反してでも、親権者以外の者に監護教育を委ねることが認められなければならない。そのための法的な方法を検討する。

#### 1) 子の監護者指定の優位性

上記の課題に応える民法上の制度としては、まず 親権喪失宣告をして、後見人を選任する制度がある。しかし、親権喪失のスティグマ（親失

格のレッテル貼り,親は制裁的な措置をとられたと思う),戸籍記載が偏見を増幅すること,親族関係が希薄化し,親族が後難を恐れて宣告申立てに消極的になったり,後見人になりたがらないこと,児相は親との信頼関係を維持して指導を継続したいことなどから,宣告申立てに消極的ないし慎重になること,実際に審判になった場合に,虐待など親権濫用事実の証明が難しいこと,親権者が真剣に反省の姿勢を示すと,裁判官もそれにつられてしまうことなどから,めったに宣告申立てがなされず,また認容審判自体も少ない(199頁,2)参照)。だからこそ,児童虐待防止法において,親権喪失制度は,「児童虐待の防止及び児童虐待を受けた児童の保護の観点からも,適正に運用されなければならない」とされているのである(同法15条)。

また性的虐待が存在する,あるいは性的虐待の疑いがある場合においては,子の精神面,心理面に与える影響が甚大であることから,直接的な性的行為がより深刻化する前段階での対応が不可欠であるにもかかわらず,これまで親権喪失が認容された事案は,身体的虐待を伴うとともに,入所している児童養護施設等に対して強引な引き取り要求をくり返していたり(熊本家審平10・12・18家月51巻6号67頁,長崎家審平12・2・23家月52巻8号55頁),実際に性交ないし性交未遂に及んでいた(東京家八王子支審昭54・5・16家月32巻1号166頁)など,被害が深刻化しているものがほとんどである。親権喪失制度は,児童虐待や性的虐待について有効に機能していない。

さらに父母が同居している場合には,虐待親の方の親権を喪失させても,他方が親権者として子を監護する以上,子と虐待親の同居が継続し,虐待がくり返されるおそれがある。だからといって,他方に親権濫用事実が見られない限り,その親権まで喪失させることには躊躇がある(危機的状況を放置していることをもって親権喪失事由に当たると判断すれば別であるが,そのような解釈例はまだ存在しない)。後見人が選任され,子を引き取ることができなければ,親権喪失だけでは功を奏さない。事例2の場合,これまでの親権喪失審判例からみて,司法が児童虐待防止法15条の趣旨を適切に実現

しない限り、父の親権喪失が認められ、祖母を後見人に選任できるかどうか、確実な保障はない。

そこで 親権を一時停止して、職務代行者あるいは一時的な後見人を選任する方法が考えられる。これについて、日弁連「親権をめぐる法的諸問題と提言」（1989年）が立法論として、その必要性を指摘しているが、現行制度の下で解釈論として根拠づけることができるかどうかが問題となる。

児童福祉法上、親権者の同意を得て、あるいは家裁の承認を得て、子を養護施設に入所する措置をした場合（児福27、28条）について、親権者の監護教育権が停止され、福祉施設長が監護教育権を代行するないし施設長に監護教育権が付与されるという解釈<sup>15)</sup>や、親権と監護権の分離として、離婚後の子の処分を定める民法766条を類推適用し、親の同意あるいは家裁の承認を通じて、里親・施設長に監護権が付与されるとする解釈<sup>16)</sup>があり、監護権付与の反射的効果として親権の一時停止が導かれている。

こうした児童福祉法上の措置との関連ではなく、一般的な民法解釈として、親権の一時停止を導く見解として、米倉説がある。米倉教授は、前述のように、親権は、親権者が子に対して負う作為または不作為の義務＝債務であると捉える立場から、親権濫用は債務不履行であり、親権喪失宣告は、債務不履行に基づく不適任者の解任制度であるとし、一部または全部の債務の免除として喪失宣告は弾力化できるから、親権喪失の期間、親権事項との一方または双方につき中間形態を認めることができ、また裁判官は後見的合目的見地から、申立内容に拘束されないで判断することができるとする。親権を債務と捉えれば、債権者からの一方的な一部の免除は可能であり、民法834条は親権の全面的、無期限の喪失を定めるのだから、その上限までいかないところでの処理は越権ではないとする<sup>17)</sup>。田中教授も、834条の解釈論として、監護権のみの停止（ないしはその行使の停止）という、いわば一部認容というべき処理（弾力化）をすることは何ら越権ではなく許されるというべきであろうとする<sup>18)</sup>。私見もこれを支持する。現行制度では、親権の内、財産管理権については、喪失制度があるが（民

835条), 身上監護権については, 包括的な親権喪失制度しかない。財産管理権喪失制度に対応して, 身上監護権の喪失制度もなければ, バランスを欠く。しかし, 権利の喪失自体は明文の規定がなければなしえない。そこでこれに対応するものとして, 監護権の一時停止を, 親権喪失の一部認容として構成することができるものとするのである。

こうして親権の一時停止が認められるとする場合には, 後見人あるいは職務代行者を選任して対応することになる。事例2でも, 父の性的虐待や母による監護教育状況の不適切さから, 双方の親権を一時停止し, 後見人あるいは職務代行者として祖母を選任することによって, 子の福祉を守ることができる。しかし, 親権者の一方しか親権の停止がなされない場合には, 前述の親権喪失と同じ問題が発生する。また親権の一時停止を認めた先例がない。私見も, 米倉説, 田中説を支持し, 834条の解釈論は可能だと考えるが, まだ一般化しておらず, 家裁がこれを採用する確証はない。さらに親権者の側としては, 親権が一時的にでもあれ, 「停止」という措置をとられることに対して, 親への一種の制裁であると受けとめ, 抵抗感もあるものと思われる。

そこで親権者の親権とは別に, 第三者に監護教育を委ねる, ないし第三者の監護教育を優先させるという, 緩やかな方法として, かつ先例もある方法として, 祖父母などの親族あるいは里親など第三者を子の監護者として指定することが望ましいと考えられる。本章では, 以下, これを検討する。

## 2) 子の監護者指定の意義

現行法と同じく, 協議離婚に際して, 子の監護をなすべき者を定めることができる旨の規定は, 明治民法にもあった(旧規定812条)。明治民法では, 子の親権者は原則として父であり, 離婚後もその状況は変わらないが, この規定によって, 子の年齢や親の適性を考慮して母が監護者にふさわしいときには, 母を監護者として定めることができたのである。現行民法は,

この規定の内容を男女平等の視点から再編したものであり、離婚後に母が親権者になる途が父と同様に保障されたために、離婚後の親権者を母とすれば、あえて親権者とは別に母を監護者と定める必要もなくなった。

そこで改正後まもない頃の学説には、「母または父が監護者となる場合を想定することは大して必要でなく、むしろ監護者は父母以外の者に限ってよいのではないか<sup>19)</sup>」、民法766条の監護者は「第三者だけを指すのではないか<sup>20)</sup>」など、766条の意義を第三者を監護者に指定することに見いだす見解があった。しかし、一般的には、離婚に際して、適任者に財産管理＝親権、身上監護＝監護権を委ねるために、あるいは父母の親権争いを調整するために、父母の一方を親権者とし、他方を監護者に定めることができるとともに、父母が監護をしえない場合に、第三者を監護者に定めることができるという理解されてきた<sup>21)</sup>。

確かに学説には、監護者制度について、父母双方がある場合に、親権を監護権部分と親権マイナス監護権部分に分け、父母双方に分属させる制度と考えるべきであり、第三者に子の監護をさせる場合もあるが、それは単純な養育の委託であるとしたり<sup>22)</sup>、親が監護できない場合に第三者に監護を委託するならともかく、親権を有する親がいるのに監護権だけを第三者に与える必要性が生ずるとは考えられないとする見解も<sup>23)</sup>、存在する。しかし、両説とも児童虐待など親権者の監護が不適切であるケースを念頭においていない。家族法学説は古くから、親権者が任意に監護者を定め、養育委託するよりも、協議または審判によって監護者を定めたときには、将来の変更その他について常に父母の協議または審判が必要とされるので、子の監護状態が安定し、第三者を監護者に指定することの意味があるとされ<sup>24)</sup>、また第三者に子の監護をさせる必要がある場合として、父母いずれもが子を監護することができないときだけではなく、監護することが不適当なときがあげられており<sup>25)</sup>、父母以外の第三者を監護者として指定できるとすることは、通説と評価してよいように思われる。家裁判例も家事審判例も後述のように、第三者を監護者に指定している。

問題は、第三者を子の監護者に指定することは、協議離婚(民766条)、裁判上の離婚(民771条)、婚姻の取消(民749条)、父の認知(民788条)以外の場合にも可能なのか、親権者の意思に反しても、第三者を監護者に指定できるのか、これらを可能とした場合に、申立権者は誰になるのかである。

### 3) 先例の検討

(1) 766条の適用範囲 これに関して、すでに離婚した父母間における親権者変更に伴って、親族を監護者に指定したものがある。

a 東京家審昭42・6・25 家月20巻1号92頁は、離婚後、父が親権者となったが、子が長期入院加療を要し、多額の費用もかかるため、対応に困惑していることを聞いた母が、自分はフランスで生計を立てていることから、父=元夫の承諾を得て、医者をしている実兄に子を引き取り、監護養育してもらっており、疾病が完治すれば、母がフランスに引き取る意向であることから、父から母への親権者変更を認めると同時に、完治するまで実兄を監護者に指定した。

b 大阪家審昭49・2・13 家月26巻10号68頁は、離婚後、親権者となった父が後妻と共に子を育てていたが、父が家出をしたため経済的に困窮した後妻は、母の実姉に子の引き取りを求め、子は現在、実姉から養育されている状況で、母は生活が安定すれば子を引き取る意思があることから、父から母への親権者変更を認めると同時に、実姉を監護者に指定した。

c 大阪家審昭57・4・12 家月35巻8号118頁は、第三者である祖父が自らを監護者に指定しよう申し立てた事案である。子が父母と父方祖父母と同居し、父母の離婚後も親権者になった父と共に祖父母方で生活し、父死亡後は、祖父母に、祖母死亡後は祖父とおばに養育されていたが、祖父は母に過去の扶養料につき請求し、母は親権者変更を申し立てたところ、扶養料の調停成立と同日に、祖父方において子らを養育することにした上で、親権者を母に変更する旨の合意ができたこと、子らと母が5年近く別

居し、親近感にやや欠けるため、しばらくは祖父の下で生活を継続させ、母との交流の機会を積み重ねた上で同居に至るのが子の福祉に合致することから、亡父から母への親権者変更を認めると同時に、祖父を監護者に指定した。

aでは、父母の了解が、bcでは、親権者変更を申し立てた母の了解があるが、民766条の文言を拡大している。なぜなら、父母が離婚する際に、父母のいずれも監護ができない、あるいは不適切だから、第三者を監護者に指定するという、父母間における親権と監護権の分属の問題ではなく、父の養育困難（a）、父の家出（b）、父の死亡（c）をきっかけに、親権者を父から母に変更する際に、第三者を監護者に指定できるかどうかの問題を扱うからである。

またd東京家審昭47・11・6家月25巻10号73頁は、民766条は、離婚する父母間についての子の監護処分の規定であるが、事柄の性質上、第三者が子の監護者になる場合の監護処分にも拡大して適用するのが相当であるとしている。この事案は、父 $X_1$ 、母 $X_2$ が未成年者であり、出生した子を育てられないことから、養子にすることを希望し、児相のあっせんで、里親登録をしていたY夫婦の養子とする旨の合意が成立し、子をY夫婦に引き渡したが、半年後に $X_1X_2$ は婚姻し（ $X_1$ が子を認知したため、子は嫡出子となり、 $X_1X_2$ が共同親権者となった）、Y夫婦に対して子の引き取りを申し出たというものである。本事案では、子の引き取り調停が不成立になった段階で、X夫婦が子の監護に関する処分手続に移行することを希望したという事情があるが、d審判は、養子縁組を前提として養親たるべき者に子を引き渡している場合には、親権関係と監護関係の分離が形成され、この分離は766条が当然予定しているところであるとした上で、X夫婦、Y夫婦の家庭環境の比較、Y夫婦が子を生後5か月より事実上の親子として養育し、円満な監護養育関係が存在することなどから、監護関係を変更してX夫婦の監護に服せしめる実際上の必要性は認めることができないと判断し、X夫婦からの子の引き取り請求を却下した。直接、第三者を監護者に

指定した事例ではないが、766条を親権関係と監護関係の分離を予定した規定として、その適用を父母の離婚以外の場合に拡大しうる可能性を示している点で注目される。

さらにe東京高決昭52・12・9家月30巻8号42頁は、単独親権者である父と、事実上監護を継続していた祖父母との間の子の監護をめぐる紛争について、766条の第三者の監護者指定の問題として処理し、f大阪高決平11・8・23(平11(ラ)631号 子の監護に関する処分(監護者指定) 審判に対する抗告事件、未公表)は、親権者である父母と、子の監護を継続している伯母との間の紛争について、子の伯母を監護者に指定しており、実務は、監護者の指定を、父母の離婚あるいは婚姻の取消、父の認知以外の場合にも可能としてきたといえる。

(2) 親権者の同意がない場合 次に親権者の意思に反しても、第三者を監護者として定めることができるかどうかについて一定の基準を示したのが前述のeである。

この事案は、子A Bの祖父母が自分たちをA Bの監護者に指定するよう申し立てたものである。A Bは祖父母の養女Wとその夫Yの子であり、W Yは婚姻後、祖父母と同居し、Wが死亡した後もYはそのままA Bと共に祖父母と同居していた。3年半後、Yは再婚して祖父母方を出ていく意思を伝えたが、孫を手放したくない祖父母との間が険悪となり、YはA Bらを引き取る条件が整うまで、やむなくA Bを祖父母方に置いて単身で家を出た。YはZと婚約すると共に、祖父母にA Bの引き取りを求めたが、了解されず、A Bの態度もYに対してうち解けない様子を示し始めたり、A Bを連れての墓参を祖父母に拒絶されたりしたため、Yは祖父母に対して子の引渡し請求をしたところ、祖父母はこれに対抗する形で、前記のような監護者指定の申立てをした。

原審(浦和家越谷支審昭51・3・31)も東京高決も、家裁が「親権者の意思に反して子の親でない第三者を監護者と定めることは、親権者が親権をその本来の趣旨に沿って行使するのに著しく欠けるところがあり、親権者

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ことになると認められるような特段の事情がある場合に限って許されるものと解すべき」であるとした。この事案では、YはA Bに対して父親としての愛情を十分に抱いており、親権者として監護、養育するにつき著しく欠けるところがあることを窺わしめるものは見あたらないとして、祖父母からの監護者指定の申立てを却下している。しかし、審判・決定理由の中で、親権者の意思に反しても、第三者を監護者として指定できる基準を具体的に示している点で重要な先例だといえる。

この基準を使って、実際に子の伯母を監護者に指定したのが、前述の f である。事案は、実母 X は W と再婚し、W は X の実子 Z と養子縁組を結んだが、W は Z を身体的、精神的に虐待するため、Z は家出をくり返し、児相の一時保護を受けたりするが、最終的には、X の姉 Y（Z にとっては伯母）に引き取られ、そのまま Y 方で生活しているというものである。X は Y に対して親族関係調整の調停を申し立て、Y は X W を相手方として監護者指定の調停を申し立てたが、いずれも合意に達せず、審判に移行した。原審（大阪家審平 11・6・18 平10（家）10093号 子の監護に関する処分（監護者指定）申立事件、未公表）は、W は未成年者への激しい体罰をもって躰であるとしてはばからず、X も W の行為を抑止することなく、しかも X W とも Z に対する養育意思もなく（自主自立支援センターに収容してもらい、性格を矯正した上で引き取ると主張する）、その上、Z（中学2年生）は W に強い嫌悪感を抱いており、X に対する信頼感も乏しく、同居することも拒否しているなどの事情を総合して、「親権者において親権の行使をすることに欠けるところがあり、親権を行使させることが未成年者の福祉を不当に害する」と認定して、Y を Z の監護者と定め、抗告審 f もこれを支持した。

(3) 申立権者 c は祖父からの申立て、f は伯母からの申立てを認容し、e は結論として監護者指定をしなかったが、祖父母からの申立て自体は受理している。766条の適用範囲を拡大し、第三者を監護者に指定することが可能だとした場合には、監護者指定を希望する第三者に申立権を認

めている。すなわち、1項に該当しない場合には、2項の「監護に関する処分」として、第三者に申立権を認め、かつ第三者を監護者に指定できるのである。

研究会での裁判官の発言<sup>26)</sup>やfから推測すると、多くの家裁実務ではeの基準を満たす場合には、親権者の意思に反していても、第三者からの監護者指定の申立てを認め、その者を監護者に指定することができるとしているのではないだろうか。これらを肯定する未公表例がまだまだ存在するように思われてならない。

(4) 事例1の検討 事例1の原審・山形家審平12・3・10は、766条は、離婚によって共同親権から単独親権に変わることに伴い、子の監護状態に大きな変更が生じることになるため、子の福祉に鑑み、親権者と監護者の分離が必要である場合には、監護者の指定を可能とするものなのだから、この事案でも、実母からの引渡し請求により、元里親の下での安定した監護状態の大きな変動がありうる状況は、子の立場からすると、766条の立法趣旨で予定していた状況と同様であることから、同条の趣旨を類推して、子の監護に関する処分(家審法9条1項乙類4号)として、事実上の監護者であるY夫婦に申立権を認めるとともに、家裁の審判事項として審理できると解すべきであるとした。そして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して、Y夫婦を監護者として指定した。原審はdと同じ論理を用い、親権と監護権を分離しなければ子の福祉が守れない場合にも、766条を適用できるとするのである。

これに対して、抗告審・仙台高決平12・6・22は、766条を厳格に解釈して、同条は、裁判上の離婚、婚姻の取消、父の認知の場合に準用されており、子の監護者指定の審判の申立てをすることができる者は協議の当事者である父または母であり、父母の協議が調わないときまたは協議をすることができないときに、家裁が子の監護者を定めるのだとし、本件では父

が認知していないのだから、このような場合に、親権者とは別に子の監護者を定めうるものとする規定は民法上存在せず、もとより第三者には申立権はないとして、Y夫婦からの監護者指定の申立てを却下した。

原審は子の意向を調査し、それを尊重した対処をしようとしたが、高裁は子の意思には一切ふれず、単に条文解釈だけで、結論を出している。子の意思の尊重は家裁実務が構築してきた、子に関する事案の基本原則である<sup>27)</sup>にもかかわらず、これがまったく省みられていない点で、仙台高決には重大な審理不盡があるといえる。さらに高決の解釈には、先例との関係でも問題がある。前述のようにa～cは、親権者変更に伴う申立てであり、かつ変更後の親権者となる母の同意がある事例ではあるが、「子の監護に関する処分」として、第三者を監護者に指定できるとし、d～fも、親権者対第三者の紛争事例で766条を用いることを認め、efは、親権行使が著しく不適切であり、そのまま行使すると子の福祉を不当に害する場合には、親権者の意思に反しても第三者を監護者に指定できるとし、cefでは、第三者の申立権も肯定している。確かに仙台高決と全く同じ事案についての先例はない。しかし、こうした先例を総合すれば、むしろ原審のような解決が導かれるのではないだろうか。先例の積み重ねを考慮しないのであれば、その説得的な理由づけをする必要があったように思われる。

(5) 事例2の検討 原審の福岡家久留米支審平14・7・19は、第三者に対して監護者の指定をする申立てを認容する要件として、先例eを用い、親権者が親権をその本来の趣旨に沿って行使するのに著しく欠けるところがあり、親権者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ような特段の事情が必要であると解する余地があったが、性的虐待の疑いを否定できないとまで認定しながら、特段の事情の蓋然性を疎明するに足りる資料があるか疑問がないではないとして、審判前の保全処分の申立てを却下した。姉は児相に一時保護されており、仮に父母の下に戻ったとしても、直ちに生命・身体等に著しく影響するほどの保護の緊急性があるのか疑問が残るとする。確かに子の監護事件につき審判前の保全処分を

命ずることができるのは、事件の関係人の急迫の危険を防止するために必要があるとき(家審規52条の2)ではあるが、原審の認定は、本案における親権喪失の基準と等しいほど厳しく、これではほとんどの事例で子を保護することはできないであろう。

これに対して福岡高決平14・9・13は、姉については、度重なる両親の暴力を伴った紛争、父による暴力や性的虐待が加えられている可能性が極めて高いこと等が現段階では否定できないことから、父母の親権行使が未成年者の福祉を害すると認めるべき蓋然性があるとして、また上記の事実関係や、父に連れ戻されるのを恐れて通学できていない状況から、生活環境を早期に安定させる必要があるとして、保全の緊急性を認め、原審を取り消し、祖母を監護者に指定した。ただし、妹については、保全の必要性を判断すべき確な資料がなく、京都の児相による保護や京都家裁に対する新たな申立て等を検討することによって、解決を図るのが相当として、現段階における保全処分の必要性の疎明に欠けると判断した。

福岡高決の姉に関する判断は妥当であろう。しかし、妹に関する判断は疑問である。高決は、「児童は、その健全な心身の成長のためには、できる限り良好な環境で監護教育されるべきは当然のことであって、そのような環境を児童のために整えるのが親権者の中心的な義務であることもいうまでもない」とする。そして高決は、1歳下の妹についても性的虐待等、姉と同様の事情にあることを否定しえないとしているのだから、良好な環境を親権者は整えているとはいえず、保全処分の必要性は疎明されているように思われる。親権者が姉妹の交流や祖母と妹の交流を断ち、正確な情報を伝えなければ伝えないほど、自分に有利になるような事実認定は疑問である。妹にも姉と同じように家出をして祖母の下に行かなければ、保全処分は認められないというに等しい。裁判所は右の親権者の義務に沿った、子のために子の意思を重視した解決へ向けて、一步踏み出す必要がある。

#### 4) 学説の検討

第三者を監護者に指定することを積極的に肯定するものとして、次のような学説がある。例えば、梶村判事（当時）は、民法766条を、「父母の婚姻中、離婚の際、離婚後、非嫡出子の父の認知後、親権者の死亡後の後見人就職後を問わず、すべての場合に適用される監護に関する処分についての特別法たる一般規定と解すべきである」とする。その理由は次のとおりである。「子の監護紛争の解決基準が子の福祉の確保にあるとすれば、子にとって最も重要なことは監護権者となる者が育ての親として最適任者であることであり、それが実父母であるかどうかは少なくとも決定的な要素ではない。そのことは、……民法が親権者制度のほかに、それに両立するものとして監護権者制度を設けていることから明らかである。だから、父母以外の第三者であっても、たとえ父母の双方又は一方が生存している場合においても、育ての親として最適任者であれば766条に規定する監護権者として指定される資格を有するのである。それは、そうすることが子の福祉にかなうから」であり、「規定の文言は離婚の際におけるものに限定されるようにも読めるが、それに限定する必要はなく、およそ子の監護紛争において、本来の親権者や後見人の権限と切り離してそれ以外の者に監護教育をゆだねたほうがよいと判断される場合に適用される特別法たる一般規定と解すべきである」とする<sup>28)</sup>。

棚村教授も、766条は、「子の利益及び子の監護関係の安定のために家庭裁判所が関与して柔軟かつ具体的な妥当な処分を行うことができる旨の規定として再構成されるべきであり、このような体系的な理解と規定の趣旨からみて、祖父母など子の福祉に関係する者にも一定の条件のもとに申立権を認めてもよい」としており、第三者を監護者に指定したり、第三者に面接交渉を認めることができる旨を主張する<sup>29)</sup>。

一方、田中教授は、親権者の意思に反して親権を奪われるのは親権喪失制度であることから、親権者の意思に反して第三者を監護者と定めることは、民法834条と共通の基盤をもつものであるとしつつ、766条が離婚に際

し監護者を定めうるとするのは、離婚により子の監護状態に変動が生じ、子の福祉に重大な影響が及ぶおそれがあるためであり、離婚などがその典型であるにしても、それに限定する必要はなく、事例1や、事例2のように父母が婚姻中であっても、事情によっては、子の福祉の観点から第三者を監護者に指定する必要があることは否定できず、このような場合には、形式的な理由で拒否するのではなく、種々の条文を類推適用して適切に対応することが求められるとして、834条および766条の類推適用により第三者を監護者に定める可能性を説く<sup>30)</sup>。

梶村説は766条および家審法9条1項乙類4号の規定を、子の監護を親権者や後見人にだけ任せておけないと家庭裁判所が考えたときに、当事者の協議に代わる処分として、最適任者を監護者として選任するだけではなく、監護費用の分担額を定めたり、面接交渉義務を形成したり、子の引渡義務を形成するなどの権限を家庭裁判所に付与したものと<sup>31)</sup>、子の監護に関する一般規定と捉えるので、766条が広く直接、適用されていく。棚村説もこれを支持する。これに対して、田中説は、特別の事情がある場合に、766、834条の類推適用で解決しようとする。両説の違いは、その手法として、事例1、事例2のような、第三者を監護者に指定しうるかどうかの問題を解決するために限定するのか、さらに広く一般的に子の監護に関する問題を解決する根拠を与えるかの違いにすぎない。むしろ両説に共通するのは、現行制度には、共同親権者あるいは単独親権者が適切に子の監護教育を行っていない場合に、親族など適切な第三者に監護教育を委ねる法的仕組みが欠けていることの認識である。いわば法の欠缺があり、これを補うために、梶村説、棚村説は一般規定論を、田中説は類推適用論を展開しているのである。

## 5) 法の欠缺と補充的解釈

(1) 法の欠缺 この場合の法の欠缺とは、これらの学説が指摘するように「子の福祉に対応できないこと」だけではない。現行制度では、子の

監護状態が不適切な場合における制度的保障の公平性が保たれていないことも指摘しておきたい。

現行制度は、監護教育に関して親権者が子の利益を実現できない場合について、a 児童福祉法上の措置（養護施設入所，里親への養育委託），b 親権者変更（民819条6項），c 親権喪失宣告（民834条）を用意し，またd 監護者を定める方法（民766条）も保障している。つまり父母の離婚や婚姻の取消，父の認知の場合には，監護状態の不適切さの程度に応じて，a b c d の4つの対応が可能であるのに対して，事例1のような単独親権者や，事例2のような父母が婚姻中で共同親権者と子の利益が対立している場合には，bの親権者変更では対応できず，かといって766条を厳格に解釈して，d 第三者を監護者に指定できないとすると，こうした場合の子どもたちには，a cの対応しか残されていないことになる。児童虐待防止法15条があるにもかかわらず，被虐待児に回復不能の被害が生じなければ，親権喪失宣告がなさない現状では，cは，ほとんど役に立たない。そうなると，現実にはa 児童福祉法上の措置に委ねる他はなく，b 親権者変更やd 第三者を監護者に指定できる場合に比べて，均衡を失する。

また現行法は，親権者変更，親権喪失，財産管理権喪失，未成年後見人の選任および解任（民840条，846条），未成年後見監督人の選任および解任（民849，852条）の申立権を親族に認めている。親権者以外の親族に，適切な親権行使かどうか，適切な後見人等の職務遂行かどうかを監督させ，必要な対処がとれるように制度設計をしており，いわば親族ネットワークで子の福祉を守る仕組みを採用しているのであるから，a b cでは子の福祉には不適切であり，dこそ望ましいと判断される場合には，親族を中心とする第三者を監護者に指定して，子の福祉を実現することができなければならないはずである。こうした法の欠缺が生じたのは，立法者が，離婚，婚姻取消，父の認知以外に，第三者を監護者に指定しなければならないような事態を予想していなかったからである。

かつてから「児童虐待」という現象は存在した。例えば，中学2年生の

時、実父に姦淫され、以後夫婦同様の生活を強いられ、数人の子を出産させられていた女性の事例(尊属殺重罰規定違憲判決,最大判昭48・4・4刑集27巻3号265頁)などがあるが、児童虐待が一般的に誰にでも起こりうる問題だとして、社会的に認識されてはいなかった。その象徴は、1990年前においては、児相の養護相談統計の中に「児童虐待」の項目がなかったことである。児童福祉の立場でさえ、こうだったのである。しかし、ようやく、その問題性が認識され、児相で受け付けた児童虐待の相談件数が1990年の約23倍に増加し(200頁,3)参照)、2000年には児童虐待防止法が制定された。2001年の統計では、主たる虐待者は、実母63.1%、実父22.6%であり(合計約85.7%)、被虐待児は、学齢前児童49.8%、小学生35.8%である(合計約85.6%)。つまり児童虐待の85%近くは、親権者が、意思能力の乏しい、自立できていない児童を虐待しているのであり、これらの数値は、児相が相談事例から把握したものであることを考慮すると、さらに多くの虐待事例が存在すること、すなわち身上監護権の行使が著しく不適切な事例が相当多数存在することが推測される。しかも、表面的には穏やかな生活でも、その中で子どもの利益が害されている事例、とりわけ事柄の性質上、表面化しにくい性的虐待については、プライバシーの関係から、その実態把握が困難であり、事態が深刻化して初めて児相が把握するという現実があることも注意しなければならない。

こうして身上監護にかかわる子の利益保護の必要性が認識される一方で、子どもの権利条約が批准され、子どもの権利主体性が確認され、親権の行使に当たっても、子の利益、子の立場に立って考えなければならないことが定着し始めた。ところが、現行制度は、財産管理権の喪失制度は設けていても、身上監護権については、包括的な親権喪失制度しかなく、身上監護に対する配慮を欠く構造となっている。すなわち子どもの心身の自由や人格面に対する保護が著しく不十分なのである。

しかし、実際に、親権者による監護が不適切な子が存在する以上、そのような子については、子の福祉を基準に適切な措置がとられなければならない

ないし、子の家族関係がどのようなものであれ、監護の保障は制度上、すべての子に同じように用意されなくてはならない。前述のようにこれが現行法には欠けているのである。監護の不適切さは、直接、子の人格価値を侵害するおそれがあるため、これを救済する措置が民法上、講じられていないとすれば、個人の尊厳（憲13条）に反し、子を取り巻く家族関係によって、用意されている民法上の保護が異なるとすれば、法の下での平等原則（憲14条）に反する疑いがある。いずれも明らかに立法上の過誤であり、早急に法改正する必要がある。

しかし、現に親権者の恣意的な権利行使によって不適切な監護教育で苦しんでいる子に対して、法改正を待つ余裕はない。現時点で可能な解釈を用いて法的対応をしなければ、子どもたちを苦境に放置する結果となる。それは、子の福祉の実現を図るべき家裁の任務の放棄に等しい。だからこそ、766条などを用いて法の欠缺を補わなければならないのである。

（2） 補充的解釈 その解釈方法として、私見は田中説を支持したい。梶村説、棚村説のように、立法上の経過から離れて、766条を子の監護に関する中心的な規定と位置づけるよりも、766条および834条を類推適用する方が、実務になじみやすいと考える。834条の類推によれば、親権者の意思に反しても監護者指定ができることが明確になる。少なくとも親族（民834条）および児童相談所長（児福33条の6）が申立権者として規定されているので、この限りでは申立権者に関する議論も解決できる。児相長が、児福法28条により里親委託の承認審判の申立てをすると同時に、766条により里親を監護者に指定する申立てを行い、家裁がこれらを同一事件として処理することもできる。

また梶村説のように、「父母以外の第三者であっても、たとえ父母の双方又は一方が生存している場合においても、育ての親として最適任者であれば766条に規定する監護権者として指定される資格を有する」とすることは、田中教授の指摘するように「親権者と第三者のいずれが子の利益にとって望ましいかの単なる比較によって第三者を監護者に定めること」と

受けとめられるおそれがある<sup>32)</sup>。子の適切な監護教育を受ける権利を保障するためとはいえ、父母が存在するにもかかわらず、安易に第三者に子の監護を委ねるべきではない。子どもの権利条約も、父母の第一次的な養育責任(18条1項)を規定している。したがって、歯止めとして、親権の行使が不適切な場合という基準を設けるべきである。

ただし、その際には、親権者は、前述のように親権行使に際して善良なる管理者の注意義務を負っているのだから、客観的に見て不適切な監護であれば基準を満たすものとする。834条の類推といっても、それは親権者の意思に反しても、監護者の指定ができるということであり、親権喪失に該当する事由がなければならぬということの意味するものではない。

さらにその基準の一つとして、子の意思の尊重をあげたい。すなわち、監護教育の権利主体である子の意思能力の程度に応じて、子の意思を優先して判断すべき場合があること、意思能力が乏しくてもその意向や気持ちを配慮して判断すべき場合があることを認識する必要がある<sup>33)</sup>。事例1や事例2では、監護教育に関して子の意思能力は十分あるのだから、子の意思が尊重されるべきであった。また性的虐待が疑われる事案においては、虐待を口に出すことさえためられるという実態から、子が専門家に対して性的被害を受けている旨を口に出した場合には、監護の不適切さに関する子の判断を最優先ないし尊重する扱いをすべきであろう。家裁調査官はまず子の立場に立って子の意向、すなわち子どもが言いたいのだがうまく言い出せないでいることを汲み取るべきであり、相手方である親の立場との中立性、公平性は、裁判官が手続進行の中で保障していけばよいのではないだろうか。

## 5) 申立権

以上のように、離婚、婚姻取消、父の認知の場合以外に、父母以外の者を監護者に指定することができるのであれば、そのために必要な調停・審判を開始させることができなければならないのだから、申立権もこれらの者

に認められることになる。事例1の原審はこの立場だったし、前述の先例c d fも、これを当然の前提としている。親権者あるいは父母にしか申立権がないとすると、親権者が第三者の監護に反対している場合には、申立てがなされるはずがなく、親権者の不適切な監護に苦しんでいる子を保護することができないからである。

梶村判事もこのことを指摘する。「その第三者において自己が最も子の監護権者として相応しいと考えれば、その第三者も家審法9条1項乙類4号の子の監護に関する処分の審判申立てをする資格を有すると解するのでなければ、子の福祉を確保できない」からであり、「父母を当事者とする同審判事件において、第三者は受動的に監護権者として指定される資格を有するとするだけでは、その第三者は完全に父母の意向に左右されることになってしまって、子の福祉の確保のためには不十分だからである」。すなわち、「民法766条、家審法9条1項乙類4号の規定は、子の監護をする権限をもつ親権者や後見人の権限だけでは任せておけないと家庭裁判所が考えたときに、親権者や親族の申立て等によって、親権者や後見人とは別に第三者を含めて育ての親としての最適任者を監護権者として選任したり、子の引渡義務を形成し、その給付を命じたりする権限を付与したものと解すべきである」と<sup>34)</sup>。

田中教授も、「第三者を監護者にすることが可能であるとする以上は、第三者にも申立権があると解するのが自然である」とする<sup>35)</sup>。梶村教授も、「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原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、子の福祉に関係を持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いだろうか」とする<sup>36)</sup>。こうして近時の学説は申立権を肯定するのである<sup>37)</sup>。

なお棚村教授は、申立権を「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」に認めるとするが、児童虐待などの場合には、子は虐待親の下で日々虐待を受けていることから、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がいないケースが圧倒的に多い。事例2のように全身の力をふりしぼって親の下から脱出し、救済を求めて第三者の所につけこむか、虐待の通告から児相が関与し、一時保護や児福法28条の親権者等の承諾に代わる審判を申し立てて施設入所や里親委託になるしか、親権者から離れた監護状態を形成することはできない。事例2のように監護実績のある祖母がいたり、事例1のように元里親がいるケースの方が少数なのである。したがって、これまで監護状態を形成してこなかった第三者であっても、この第三者こそ被虐待児の監護にふさわしいと判断される場合には、この第三者を監護者に指定できなければ、問題の解決を図ることができない。今後、監護に関わり子との実質的な関係を形成しようと第三者が望み、子もそれを望んでいるような場合には、その第三者に申立権を認めなければならない。これまでの監護実績を要件にすべきではない。ここでいう第三者とは、前述の834条の申立権者の他に、元里親など子の福祉に重大な関心を寄せる第三者も含むものとする。

もちろん棚村教授が指摘するように、事実上の監護者や監護実績のない者にまで申立権を認めることが、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なってはならないし、「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好ましいことではない」<sup>38)</sup>。しかし、親権者の不適切な、あるいは恣意的な親権行使の場合には、以上の指摘は当てはまらない。特に児童虐待、とりわけ性的虐待も伴う場合には、子を虐待する親権者、それを黙認、放置する親権者から子を分離し、適切な監護状況を保障する民法上の措置として、第三者

を監護者に指定することを位置づける必要があり、このような立場からは、第三者の申立権は当然に肯定されるのである。もし父母が適切に子の監護をしている場合において、何の関係もないのに申立てをするような事態が生ずれば、それが判明した時点で申立てを却下すればよいのであり、弊害はない。不当な申立てとして損害賠償責任を認めれば、濫用的な申立てを防止することもできる。

#### 6) 小 括

以上、事例1の高裁決定の形式的な解釈を除けば、先例から得られた結論は、離婚、婚姻取消、父の認知以外の場合にも、子の利益のため必要があると認められるときは、親権者の同意を得て「子の監護に関する処分」として、第三者を監護者に指定できること、親権の行使が著しく不適切であり、そのまま行使すると子の福祉を不当に阻害する場合には、親権者の意思に反しても第三者を監護者に指定できること、子の引渡しを認めることが子の福祉に明らかに反する場合には、第三者を監護者に指定できること、第三者を監護者に指定できる場合には、監護に関する処分の申立権が第三者に認められることである。また児童虐待への認識が深まり、子どもの権利条約の意義が学説に浸透し始めてから以降の学説では、第三者を監護者に指定することを積極的に認めるものが多かった。

これまで家裁は、例えば、別居親と子の面接交渉の問題を「子の監護に関する処分」として実務上定着させてきたり、明治民法下の裁判所は、内縁を「婚姻予約不履行」として、一方的な破棄に対する損害賠償を認め、その後、家裁も内縁を保護する法理を形成してきた（例えば、内縁に婚姻費用分担義務の準用を認めたり、内縁解消に財産分与規定を準用するなど）。法に欠缺がある場合には、可能な限り、家庭生活の実態に対応した救済方法を追求してきたといえる。学説もこれを支持してきた。

このような姿勢に鑑みると、事例1の高裁決定のように、単に規定がないからという理由だけでは、子の福祉を擁護・促進する役割を持つ最終

の司法機関としての家裁の解釈として、きわめて不十分である。また事例2の原審のように性的虐待の可能性を認めながら、監護者指定の仮処分の申立てを却下することは、児童虐待、とりわけ性的虐待を受けた子の救済に向けて、ようやく始まった国の機関を含むもろもろの機関、専門家、人々の努力と意思にまっこうから対立するものである。いずれも家裁の任務を果たしていないように思われる。

#### 4 監護者の権限

以上のように、父母以外の家族や第三者が子の監護者に定められた場合に、親権者の親権はどのような権限として残るのか、監護者の権限によってどの程度、親権者の権限が制約されるのか、監護者にはどのような権限が付与されるのか、監護教育にかかわってどの程度まで、権限を行使できるのかを検討する必要がある。その上で、子が、別れて暮らしている父母、兄弟姉妹、祖父母などと交流する権利があるのか、あるとしてそれは誰がどのような方法で実現することができるかが問題となる。

##### 1) 親権者と監護者の関係

一般的に、民法766条の「監護すべき者」の「監護」とは、監護と教育は常に一個の行為の両面として現れること、またその範囲・限界を定めることが事実上きわめて困難であることから、親権者の監護教育権と同じ概念として理解されている<sup>39)</sup>。すなわち、親権を身上監護権と財産管理権に分けて考察する場合、父母の一方を親権者にし、他方を監護者に指定するときは、後者には身上監護権が認められるといえる<sup>40)</sup>。

ところで離婚の際に親権者は父母のどちらかに定めなければならないが、親権者にならなかった方の親権については、今日の家裁実務・戸籍先例が、単独親権者死亡の場合に、後見の開始ではなく、生存する父母の一方に親権者を変更することを認めていること<sup>41)</sup>から、離婚によって親権は消滅

するのではなく、単独親権となる旨の規定（民819条1項）により、親権の行使が制限されていると解釈することができる<sup>42)</sup>。いったん消滅した親権が親権者変更審判によって回復するという解釈もありうるが、親権が法律上の親子関係の効果として当然に発生することから見ると、不自然であり、また離婚後の別居親と子の交流を保障したり、離婚後の父母による実質的な共同監護を保障するには、離婚によっても親権は消滅しないと解釈する方が多様な事態に対応できるので、有用性も高い。

こうした解釈をとると、父母の間で親権者と監護者が共存する場合には、監護者の監護権は、親権者の権限に基づくのではなく、監護者自身の権限、すなわち行使を停止されている親権に基づいているものといえる。その際、監護者には、親権の内容から身上監護だけを独立の権利として取得し、これに対応して、親権者の親権が、その範囲において停止すると見ることができる<sup>43)</sup>。親権者の身上監護が子にとって望ましくない場合には、それでよい。しかし、離婚後の父母の子の奪い合いを調整するための監護者指定や離婚後の父母の共同監護を実現するための監護者指定<sup>44)</sup>の場合には、親権者の身上監護権も存続し、親権者と監護者の身上監護権が併存すると解すべきである。離婚後の父母の適性や子の関係性に対応して、監護者が身上監護権を行使し、親権者のそれは停止されるというケース、両者が併存するが、監護者のそれが優先し、親権者は劣後するというケース、優先順位なく、両者の身上監護権が併存するケースなど、柔軟に構成することができる。

これに対して、第三者が監護者に定められるときには、その行使を、制限された親権に基づくという構成はとれない。そこで親権者の権限に基づくとする見解もあったが<sup>45)</sup>、そうなると、父母が再協議して監護者を変更する可能性がある。親権者が死亡すると監護権は消滅してしまい、監護の継続性が断たれてしまう。また監護者が死亡すると監護権が消滅し、その反射的效果として親権者の監護権が回復することになるので、不適切な子の監護に対応するために第三者を監護者に指定した意義がなくなる。この

意義をいやすためには、第三者を監護者と定める場合には、家裁から民法766条に基づいて第三者に監護権を付与するものと解する必要がある<sup>46)</sup>。つまり、家裁は、子の利益のために、具体的には子の成長発達<sup>47)</sup>の保障ないし健康で文化的な生活の保障のために、親権者が子に対して不適切な監護教育を行っている<sup>48)</sup>と認められる場合には、第三者に監護権を付与する処分をすることができ、父母は協議によってこれを解消することができないとするのである。

この立場をとると、父母が教育訓練あるいはカウンセリングを受けて、監護教育をなすのにふさわしい資質と能力を回復した場合には、家裁の確認の下に第三者の監護権を消滅させ(監護に関する処分として)、父母の身上監護権の事実上の停止が解かれ、親権者として子の監護教育権を行うことができる。監護者が死亡した場合にも、父母が適切かどうかを確認し、なお不適切であれば、監護者を別の第三者に変更することができるので、子の利益を守るのにふさわしい。

この場合の親権者と監護者の権限の関係については、父母間の監護者指定と同様、監護者が身上監護権を行使し、親権者のそれは停止されるというケース、両者が併存するが、監護者のそれが優先し、親権者は劣後するというケース、優先順位なく、両者の身上監護権が併存するケースなど、親権者の親権行使の不適切さの度合いによって、柔軟に構成すべきである。事例2のような父の性的虐待がある場合には、父に身上監護権を行使させてはならない。子がこうした危険性のある生活環境に置かれている場合において、母が父と同居しているときには、子が直面している危険性の状態が変わらないのだから、母に身上監護権を行使させるのも妥当ではない。こうした場合には、父母ともに親権者の身上監護権は停止されることになる。事例1のように養育を放棄してきた母の場合には、母と子の信頼関係を回復させるために、面会交流を継続する限りでの監護権の行使にとどめるべきであろう。

## 2) 監護者の権限

監護者は、身上監護に関してのみ権限を有する。監護の範囲外では、親権者の権利義務に変更を生ずることはない（民法766条3項）。したがって、監護者に子の財産を管理したり、子のために法律行為を代理する権限はないとされる。しかし、子と同居し、監護教育をする以上、日常的な監護教育にかかわる事項は、監護者として行うことができなければならない。例えば、衣食にかかわること、学校との連絡・成績表の通知・保護者面談、教科書・参考書の購入や給食費・修学旅行費の支払い、予防接種や風邪・腹痛・怪我など日常的な医療・治療、子どもの小遣いやお年玉の保管、塾へ通うことなどである。この内、医療・治療、塾などの契約については、監護者に代理権を認めるか、子を受益者とする第三者のための契約と構成するか、法的に検討する必要がある。私見では、監護者と子の教育監護関係を安定させ、子の利益を守るために必要な範囲内で、監護者には日常的な監護教育に関する代理権を認めるべきだと考える。任意後見契約において代理権目録を利用するように、第三者を監護者に指定するに当たっても、これに準じた代理権目録を作成し、親権者から監護者への代理権付与が認められる範囲を明確にすべきであろう<sup>47)</sup>。

また身分行為については、養子となる者の父母でその監護すべき者が他にあるとき、養子縁組の同意権が規定されている（民法797条2項）。それ以外に規定はない。しかし、身分行為の法定代理については、それを許容する身分行為の性質によって決定されるべきものと解する見解がある<sup>48)</sup>。これに関する先例としては、釧路家北見支審昭54・3・28家月31巻9号34頁がある。これは、裁判離婚後、父が親権者となり、母が監護者に定められ、子を監護教育していたが、母から親権者変更が申し立てられたところ、従来通り親権者父、監護者母と定める調停が成立した段階で、母が子の氏の変更を申し立てた事案である。同審判は、民法766条は、「親権者制度のほかにいわゆる監護権者の制度が子の利益を図る見地から必要なものとして制定されたものである」との立場から、「監護権を有する父母の一方が現

実に監護養育している子に対し自己の氏を称させることとする措置を講ずることは、明らかに右の監護権の範囲内にあるものであって、この監護権者に子の氏の変更審判の申立代理権を肯定することが、子の利益を主眼とする民法766条の法意に合致するものと解されるからである」として、監護者からなされた子の氏の変更申立てを認容した。もし親権者が法定代理人として申立てることができるだけだとすると、親権者が子の氏の変更に反対して申立てをしない場合には、監護者と子が同一の氏を称する途が閉ざされてしまうことになるからである。

この先例からは、子の身上監護に関しても、子の利益を守るために必要なことについては、そしてそれが代理になじむものであることについては、監護者に代理権があるということになる。この論理は、第三者が監護者に定められている場合も同様である。特に重要であるのは、子の人格権の保護にかかわる事項である。

### 3) 子の人格権の保護と監護者の権限

一般に子ども自身の憲法で保障された人権(思想・良心の自由、表現の自由、通信の秘密など)や民法上の人格権(名誉・プライバシーなど)については、子の判断能力が不十分であることや教育的配慮の下で、これらの権利が制約されることがある。それは「子どもの保護」という名目でなされるが、子がこれらの権利主体であることが忘れられてはならない。子どもの権利条約16条も、「いかなる児童も、その私生活、家族、住居若しくは通信に対して恣意的に若しくは不法に干渉され又は名誉及び信用を不法に攻撃されない。児童は前項の干渉又は攻撃に対する法律の保護を受ける権利を有する」と規定し、大人と同様の権利(国際人権規約自由権規約17条)の保障を目的としている。

ここでいう権利保障は、国家からの侵害を前提としているが<sup>49)</sup>、その目的や趣旨は、私人間の場合にも妥当するのは当然であり、親権者といえども、子が誰とつき合うか、誰と手紙や電話で交流するかなどについて、教

育的配慮以外に、恣意的に制限してはならないといえる。憲法で保障された個人の尊厳は、子にも及んでいる。

このことは民法における人格権の保護としても妥当する。民法は私生活上の権利として、名誉、プライバシーなどを法的保護の対象としている。未成年の子であっても、人格権の保障があるのは当然であり、親が子への手紙を開封したり、子の通信を妨害することは、教育上、やむをえない特段の事情がない限り、人格権侵害として許されない。そして基本的な権利を侵害するものである以上、それを正当化する、教育上必要な特段の事情は親権者が証明しなければならない。

事例2のように、親権者が兎相に子が祖母と交流することを禁止するよう申し入れることは、祖母が子を虐待するなど特段の事情がない限り、子の人格権侵害として、本来してはならないことであり、兎相は子の人格権を尊重する立場から、祖母との交流を保障しなければならなかったといえる。同じように、姉が妹と連絡をとれず、妹も祖母や姉と連絡をとれないでいることも、それが教育上、子どもに必要な特段の事情がない限り、子の人格権侵害であり、親権者は妨害してはならないのである。

問題は、このような妨害がなされている場合に、誰が妨害排除の手続きをとることができるかである。未成年の子が、兄弟姉妹や祖父母など近親者と交流することは、私生活に関わる基本的な利益であり、通信の自由やプライバシーとして人格権の保護対象である。それと同時に、子の監護教育を受ける権利の対象でもある。子は家族を含めてさまざまな人々との交流を通じて成長し、その生活の安定を得ることができるからであり、子が希望する人との交流は、監護教育の中に位置づけることができる。したがって、兄弟姉妹や祖父母などとの交流の保障も、身上監護の内容になる。このように考えると、前述の先例のように、子の身上監護に関して、子の利益を守るために必要なことについては、そしてそれが代理になじむものであることについては、監護者に代理権があるのだから、監護者が、交流を妨害されている子を代理して、妨害排除請求をすることができるといえる。

もしこの代理が不可能だとすれば、結局、親権者の思い通りに交流が禁止されたままになり、親権者の恣意的な侵害から子の人格的利益を守ることができなくなる。事例2では、姉は、自分だけが祖母と暮らしていることから、父母の下にいる妹のことが心配でたまたま、妹との交流がとだえていことに、胸を痛めている。こうした事態を放置することは、子の成長発達を著しく阻害する。

かりに代理権の行使が解釈上困難であるとしても、前述のように、監護教育権には、子の成長発達や生活の安定化のために、兄弟姉妹や祖父母との交流を保障することも含まれているのだから、監護者の負う子を監護教育する義務の履行の一つとして、妨害を排除する権利があるといえる。監護者は親権者を説得して、こうした交流を回復すべき義務がある一方、親権者の協力が得られない場合には、子の監護者としての地位に基づき、自らの権利として妨害排除請求をすることもできるものと解する。

事例2では、審判前の保全処分として、現在、祖母が姉の方の監護者なのだから、どちらの構成をとるにしても、父母に対して、妹との交流を妨害しないよう請求することができる。直接強制は困難であるが、通信の保障などについては間接強制が可能であろう。これに対して、妹については、審判前の保全処分として、祖母を監護者に定めることは認められなかった。しかし、前述のように、親権者の親権行使が不適切である場合には、これまでの監護実績、親権者の監護教育の客観的な不適切さ、子の一貫した強い意思などを考慮して、適任者として第三者が監護者指定の申立てをすることができるのだから、いまだ指定されていなくても、監護者としての権利行使を同時に行い、妹が祖母や姉と通信をすることの妨害を差し止める仮の処分を請求することができると思う。さもないと、監護者のいない子には、妨害排除を申し立てる者が誰もおらず、親権者による人格権侵害を家裁が把握することができないことになる。このような権利侵害は、できるだけ速やかに解決する必要があるにもかかわらず、第三者の監護者指定まで待っていたのでは、結果として人格権侵害の状態を放置してしまう

ことになるであろう。

現行制度では、親権者の親権行使が不適切な場合には、児相が親権者から事情を聞き、児童福祉法上の措置をとることができる。その場合には、このような緊急避難的な、人格権侵害の妨害排除請求などの必要はないかもしれない。しかし、事例2のように、親権者が児相の介入を嫌い、小学校にも姉や祖母との連絡を禁止する旨申し入れ、家庭内の生活状況を秘密にしているケースもある。監護者の権限は、事案に応じて柔軟に認めていく必要がある。

## 5 今後の課題

米倉教授が、親権概念の転換の必要性を説き、親権を親の義務と捉え、親権濫用を債務不履行と構成し、親権の一時停止を可能とする解釈論を展開してから、すでに10年以上が経つ。しかし、民法学説・判例において、さらなる解釈論の詰めがなされていない。民法766条を用いて、祖父母など親族あるいは元里親を監護者に指定し、親権行使の不適切な親権者から子を保護する解釈も、具体的に展開されてこなかった。事例1や事例2をきっかけに、ようやく解釈論が進み始めた段階である。養護施設の職員・関係者が子の利益保護に全力を尽くしている事実を認識しつつも、子に家庭環境を保障することの必要性は高い。親権者以外の家族・第三者が家庭環境を保障する用意があるならば、積極的にこれを活用すべきであろう。そのための解釈論の1つとして766条の積極的な運用を提案したいと考えた。

この運用は、これまで事実上の問題として放置されたきた法的事象、例えば、子が養護施設や里親に養育委託されている場合、施設長や里親には、具体的にどのような監護権が認められるのか、親権者の監護権との関係はどうなるのか、特別養子縁組の成立のために求められる、6か月以上の試験的な監護（民817の8）は、養親希望者のどのような権限に基づくものな

のか<sup>50)</sup>、親権者の監護権との関係はどうなるのかなどについても、法的な根拠を提供しうるものとなるように思われる。つまり、これらの措置をとる場合に、766条の審判を併用して、施設長、里親、養親希望者などを監護者に指定することができるからである。

ところで事例1が典型的であったように、さまざまな事情で自分で子育てができない実親が存在する。自らの生活を支えるので精一杯で、当面は児相の指導を受けたり、児童養護施設や里親に養育を委託しているが、最終的に養子縁組を進めることに同意するかどうかが不確定なまま日時が経過する。児相としては、縁組の斡旋に入りたい。しかし、実親の同意が不確定なので、ジレンマに陥る。縁組を前提に里親に養育委託したところ、実親が同意を撤回することもありうる。特別養子縁組の場合には、これは決定的な要素となる。これを恐れてずるずる経過する内に、子に家庭環境を保障する途を閉ざしてしまいかねない。実親に親子関係を回復するためのプログラムを設ける一方で、養育放棄に近い場合には、実親以外の家族や里親に子の養育を委託する措置を積極的に進めるべきであろう。このような場合にも、766条の監護者指定を同時に行えば、監護者と子の監護教育関係は安定し、かつ実親の親権を奪うわけではなく、実親の安定した生活の回復の程度、親子関係形成の意欲の程度に応じて、監護権の共同行使が可能になり、最終的には、監護者指定を解いて、実親の監護教育を確保することもできるので、有用性は高い。そしてこれは解釈論として可能な範囲であると考ええる。

養育の放棄も含めた児童虐待について、現行の法制度と現実の間には大きなギャップがあるのは事実である。法改正を進めると同時に、子の福祉のために、裁判官をはじめとして法曹・法学者は、できる限り、このギャップを埋める解釈<sup>51)</sup>を行うとともに、子の意向や意思を最大限に配慮した事実認定を可能とする手法を開発する責務があるのではないだろうか。

本稿で、こうした実践的課題に対応したつもりではあるが、米倉教授の

主張された親権概念の転換，親権の義務化と財産管理権の位置づけ，民法と児童福祉法・家事審判法の総合的体系的な検討，子の権利主体性と親権概念をいかに調和させるか，子の意思の尊重を自己決定権を根拠に展開できるかなどの理論的検討は不十分なままである。これらの点については，別稿で深めることにしたい。

- 1) XはY夫婦がすぐに子を引き渡さなかったことを理由に，Y夫婦に対して慰謝料請求訴訟を提起したが，権利の濫用を根拠に敗訴した。こうした事情（本文記述内容も含め）については，養子と里親を考える会第81回研究会（2003年2月15日）での西村英一郎，大田口宏弁護士の報告による。
- 2) 鈴木隆史「里親制度の改革と法的対応について」石川稔・中川淳・米倉明編『家族法改正への課題』（日本加除出版 1993年）424，426頁，岩佐嘉彦「実務家から見た児童虐待の法的問題～監護権及び親権の問題を中心として」家族 社会と法 17号50頁（2001年）は，766条の類推によって里親に監護権を付与することができるとする。
- 3) 法典調査会第151回（1896〔明29〕年1月13日），日本近代立法資料叢書『法典調査会民法議事速記録6』（商事法務研究会 1984年）429頁。
- 4) 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431頁以下（1964年），国府剛「親権」『民法講座7』（有斐閣 1984年）259頁以下参照。
- 5) 穂積重遠『親族法』（岩波書店 1933年）551頁。
- 6) 谷口知平『日本親族法』（弘文堂 1935年）420頁。
- 7) 我妻栄『親族法』（有斐閣 1962年）316頁。
- 8) 中川・前注4）443～4頁。
- 9) 有地亨『家族法概念』（法律文化社 1990年）164頁，なお新版（2003年）181頁も同旨。
- 10) 米倉明「親権概念の転換の必要性」加藤一郎先生古稀記念『現代社会と民法学の動向』（有斐閣 1992年）363～7頁参照。
- 11) 鳥津一郎・松川正毅編『基本法コンメンタール親族〔第四版〕』（日本評論社 2001年）205頁〔梶村太市〕。
- 12) 我妻・前注7）330頁，於保不二雄・中川淳編『新版注釈民法（25）親族（5）』（有斐閣 1994年）78頁〔明山和夫=国府剛〕，清水節『先例判例 親族法 親権』（日本加除出版 2000年）178頁など。
- 13) 若林昌子判事（当時）は，「意見表明権を前提にするならば，子の意思の自立が認められる限り，これに反する結論は子の福祉に反することになり，親の意思よりも子の意思を優先させることが子の福祉に沿うことにもなるのでなかろうか。子の意思の自立が乏しい段階では，子の意思の忠実な把握，理解の努力が必要であり，子の権利主体性を認めた立場から評価を与えることになる」とし，「憲法，あるいは民法の個人の尊厳，平等原則の実現を實體法，手続法の個々の場面で具体化し，明確化される努力が必要であると思われる。つまり，子どもの保護の時代から，子どもを一人の人間としてその人格を認め，これ

を制度として具体的に実現していかなければならないからである」と指摘される(若林昌子「家事事件における子の意思」石川稔・中川淳・米倉明編『家族法改正への課題』(日本加除出版 1993年)308~309頁)。誰でも自分の利益は自分が一番よく知っているのだから、子に関する事項に応じて、その意思能力がある限り、子自身が意見を述べ、意思能力の乏しい場合でも、子の気持ちや思い、意向や希望を聴取し、子自身が自分に関する事項の決定過程へ参加することを保障し、子の意思・意向がそれらの判断にあたって優先的に尊重される必要があると考える。

- 14) 二宮周平「家族法と子どもの意見表明権」立命館法学256号1405~7頁(1998年)。
- 15) 石川稔「児童虐待」『現代家族法大系3』(有斐閣 1979年)325頁。
- 16) 鈴木隆史「里親制度の改革と法的対応について」石川稔・中川淳・米倉明編『家族法改正への課題』(日本加除出版 1993年)424, 426頁。
- 17) 米倉・前注10)381~9頁。
- 18) 田中通裕「判例評釈」判例タイムズ1099号86頁(2002年)。
- 19) 我妻栄=立石芳枝『法律学大系 コンメンタール篇四 親族法・相続法』(日本評論社 1952年)131頁〔立石芳枝〕。
- 20) 岡谷雄「親子法をめぐる疑問」家裁月報7巻2号7頁(1955年)。
- 21) 中川善之助編『註釈親族法 上』(有斐閣 1950年)255頁〔福島四郎〕,神谷笑子「離婚後の子の監護」『家族法大系』(有斐閣 1959年)20頁,我妻・前注7)142頁,金沢英一「子の監護者の指定」『講座・実務家事審判法』(日本評論社 1988年)157頁など。
- 22) 鈴木祿弥『親族法講義』(創文社 1988年)180頁。
- 23) 内田貴『民法 親族・相続』(東大出版会 2002年)133頁。
- 24) 神谷・前注21)20頁。
- 25) 斉藤秀夫・菊池信男編『注解家事審判法〔改訂〕』(青林書院 1992年)350頁〔沼邊愛一〕。
- 26) 関西家事事件研究会2003年1月11日。この研究会では、多くの裁判官が、当該事案の結果を重視し、子の監護に関する処分として、祖父母など父母以外の家族を監護者に指定していると語ってくれた。この報告内容は、本稿と重複する部分があるが、「父母以外の者を子の監護者に指定することの可否」判例タイムズ1119号(2003年)に掲載される。
- 27) 家事審判では、年少児(ほぼ10歳未満),年中児(10~14歳まで),年長児(15歳以上)に分け、年齢に応じた配慮をしながら、家裁調査官の専門的な手法に従って子の意思を調査している(深見玲子「子どもの意見表明権~家事事件手続との関係など」家族 社会と法 10号186頁以下〔1994年〕)。特に紛争の中で子がどのような心理状態にいるか、親についてどのような感情や期待をもっているのかを配慮して調査が行われ、子の心理的、情緒的、精神的側面に着眼した育成環境の中で調査する過程で、調査官対子、調査官対親の人間的交流が相互に影響し合っており、子が成長し、親も親対親の紛争から解放され、子の立場を考える精神的ゆとりを回復する場合もあるとされる(若林・前注13)303頁)。したがって、子の意思は「一切の事情」の中に包含されるものとして位置づけるのではなく、必要的判断事項であり、右の手法で把握された子の意思については年齢相応の評価をし、できるだけその希望を生かすことが大切だとされている(若林・前注13)305~308頁,深

子の監護者指定（民法766条）の積極的活用（二宮）

- 見・前掲論文190頁）。同旨として、野田愛子「子の監護をめぐる紛争と子の意思ないし選択」太田武男先生遺暦記念『現代家族法の課題と展望』（有斐閣 1982年）202頁、斎藤秀夫・菊池信男編『注解 家事審判規則〔改訂〕』（青林書院 1992年）246頁〔沼邊愛一〕など、また子の意思を尊重した審判・決定例として、東京高決昭61・12・5 家月39巻5号24頁、福岡家小倉支審平11・6・8 家月51巻12号30頁などがある。
- 28) 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328～9頁（1997年）
- 29) 棚村政行「祖父母の面接交渉」判例タイムズ1100号193頁（2002年）
- 30) 田中・前注18)86～7頁（2002年）
- 31) 島津・松川編・前注11)88頁〔梶村〕
- 32) 田中・前注18)86頁。
- 33) 家事事件における子の意思の尊重については、若林・前注13)308～9頁、二宮周平「子どもの家事事件手続への参加の保障」家族 社会と法 16号140頁（2000年）以下参照。
- 34) 梶村・前注28)328～9頁。
- 35) 田中・前注18)87頁。
- 36) 棚村政行「祖父母の監護権」判例タイムズ1100号149頁（2002年）
- 37) 判例タイムズ1115号209～10頁の解説は、「学説は、この問題について第三者にも申立権を認めるのが通説であり……祖母に申立権を拡張して認めても法の趣旨に反することはないであろう。家族の崩壊がいわれて久しい現在、子の監護に関する処分の申立権者を父母のいずれかに限ることは時代の要請に応ずるゆえんではないと思われる」と述べている。
- 38) 棚村・前注36)149頁。
- 39) 島津一郎編『注釈民法(21) 親族(2)』（有斐閣 1966年）159～160頁〔神谷笑子〕
- 40) 石川稔「監護者の地位と権限」判例タイムズ747号277頁（1991年）
- 41) 清水・前注12)129～133頁。
- 42) 島津編・前注39)160～1頁〔神谷〕
- 43) 我妻・前注7)144頁。
- 44) 棚村政行「離婚後の子の監護」石川稔・中川淳・米倉明編『家族法改正への課題』（日本加除出版 1993年）242～3頁、中川高男『親族・相続法講義〔改訂版〕』（ミネルヴァ書房 1990年）163頁、石川・前注40)277頁など。
- 45) 我妻・前注7)144頁。
- 46) 島津編・前注39)162頁〔神谷〕
- 47) 現在の児相実務では、里親委託の場合には、事前に予防接種などにつき実親の同意をしておくそうである（第2回里親制度研究会（2003年2月22日）における関係者の発言より）。なお事故への対応、例えば、子が不法行為を行った場合の監護者の責任、子が被害者である場合の損害賠償請求の代理なども、詰めておく必要がある。
- 48) 石川・前注40)278頁。
- 49) 波多野里望『逐条解説 児童の権利条約』（有斐閣 1994年）119頁。
- 50) 民法判例レビュー研究会（2003年1月12日）における佐藤義彦教授の示唆を参考にした。
- 51) 766条類推適用論の他に、例えば、民834条の解釈論として、親権の一時停止を可能とし

たり(米倉・前注11)384~7頁,岩佐・前注2)53頁,田中・前注18)86頁),里親の監護権について,児福法47条2項を類推適用する(第2回里親制度研究会・前注47)における大田口宏弁護士の報告)などである。里親の監護権の保障も含めて,こうした解釈論を別稿で検討したい。

- \* 未公表決定例については,岩佐嘉彦弁護士のご協力を得た。また事例2については,岩城和代弁護士から資料を提供いただいた。記して感謝の意を表します。
- \*\* 本稿は,事例2に関し岩城弁護士から依頼された意見書の一部である。また2001~2003年度科学研究費補助金(基盤研究(c)(2))の研究成果の一部でもある。