

【概説】

- ・ 親権の概念：養育者としての父母の地位・職分から流出する権利義務の総称
身上監護面＋財産管理面。血縁関係上の親としての権利ではない。
 - ・ 親権と国家との関係 - 少年法・児童福祉法などとの連携による子供の保護育成
- 【参照】 児童の権利に関する条約（1994年5月22日発効）：平等権、生存権、国籍や名前を持つ権利、アイデンティティの権利、親と引き離されない権利・親との接触交流権、意見表明権等々を宣言する（新・民法学5 132頁）。

【親権関係の当事者】

1 親権に服する子

- ・ 未成年の子（818条） 成人（753条の成年擬制を含む）は親権から離脱
- ・ 婚姻の取消・離婚・死亡解消によって親権は復活しない（通説）
胎児は親権に服するか？ 判例（停止条件説）では否定、解除条件説では肯定
819条3項は出生前には親権者（の決定）がないことを暗示している。

2 親権者

(1) 親権を有する者

- ・ 実父母（818条1項）、養父母（818条2項）
- ・ 親権を行使する者がいない場合 未成年後見開始（838条1号）
養子の場合に実父母の親権がなくなるのか（特別養子では817条の9でなくなる）、
存在するが養父母の劣後するののかについては見解が分かれる。

(2) 親権を行う能力

- ・ 成年者：未成年者の親権はその父母又は未成年後見人が代位行使（833条・867条1項）
児童福祉施設の長が代行する場合がある（児福47条）
成年者が被後見人（多数説）や被保佐人である場合（大判明治44年11月27日民録17
輯727頁）にも、本人には親権を行う能力がない。

(3) 親権共同行使の原則（818条3項本文）

- ・ 「共同して行う」= 共同決定 対外的な名義の共同（黙示の同意などでも可）

【例外】 親権行使が困難な場合（818条3項但書、事実上の離婚などを含む）

未成年者の婚姻への同意（737条2項）、離婚後（819条）

- ・ 単独決定の効果

【原則】 無効（無権代理や同意の欠如） 調整措置についての規定が欠落

【判例】 百49

【例外】 共同名義でなされれば、相手方が善意である限り、有効（825条）

これは財産管理の面での扱いであることに注意。

実父母の離婚や死亡と親権

婚姻中の出生 原則：共同親権行使、例外：単独親権「行使」(818条3項)
 出生後離婚 協議又は審判で一方だけが親権者となる(819条1・2・5項)
 離婚後出生 原則：母の単独親権、出生後の協議で父にしうる(819条3項)
 非嫡出子 原則：母の単独親権、協議で認知した父にしうる(819条4項)
 もっとも、～の場合、親権者とは別に監護権者を定めることができ(766条1項、788条 766条) この場合には、親権(親権 - 監護権 = 財産管理権。766条3項)と監護権が分属することになる。このような扱いには、単独親権の原則の弊害を緩和し、事実上の共同監護による親としての自覚を促すとの積極説のほか、子供の取り合いの妥協策として子の利益にならないとの消極説もある。

親権者等決定の総合的考慮要因：同居の親族を含む監護能力、監護、子に対する愛情、経済力、子と接する時間、保育環境、親としての適格性、子との情緒的な結びつき、子の年齢、性別、心身の状況、養育環境への適応状況、子の意向など

単独親権の場合には、家庭裁判所の審判により親権者や監護権者を変更しうる(819条5項、766条2項、家審53条)。この場合には子の幸福(利益)が基準となる。

単独親権の場合、両方に親権があって行使者が一方だけなのか、そもそも一方にしか親権がないのかに對立有

親権変更説：単独親権者の死亡によって他方に親権行使が認められる

後見開始説：自動的に後見が開始(後見開始説、838条1号)

養父母の死亡・離婚・離縁などと親権

双方死亡の場合 実父母の親権は復活せず、後見が開始(通説)

養父母双方と養子の離縁の場合 実父母の親権の回復

養親の一方の死亡後の生存養親と養子の離縁の場合 見解が對立

養親の離婚後、親権者となった養親と養子の離縁の場合 見解が對立

親権の内容(1) - 身上監護】

1 権利内容

監護教育権(820条)

- ・健全な社会人としての育成(=肉体的生育+精神的向上)方針の決定権。
- ・以下はこの具体化(多数説)

居所指定権(821条)

懲戒権(822条)

- ・違法な懲戒 権利濫用。親権喪失事由(834条、児福33条の5)、刑事処罰、通告にもづく養護施設への入所措置(児福25条・28条)
 - ・子の虐待に対する総合的な援助システムの構築が課題。
- (職業許可権(823条) - 財産管理権か身上監護権か位置づけに争い有)

身分行為の代理権

母たる親権者が嫡出否認の訴の被告となること(775条本文)

認知の訴の提起(787条)

養子縁組の代諾(797条1項)

未成年者が養親となる縁組の取消請求（804条本文）

離縁の代諾および訴の提起（811条2項・815条）

相続の承認・放棄（917条）

婚姻への同意権（737条）

医療への同意権

命名権

トピック 別居又は離婚した夫婦の一方やその親族が、子を違法に連れ去って養育している場合、子を奪われた者にはどのような救済方法があるか。別居しているだけの場合と離婚した場合で違いがあるか。

・最高裁だけでも26件もの判例がある（メモ付一覧表をホームページに掲載予定）。

三つの方法 判例はいずれも認めている。

通常訴訟による親権行使妨害の排除請求（820条）。

なお離婚訴訟の付帯申立によることも可能（人訴15条）

審判に基づく引渡請求（766条、家審9条1項乙類4号、53条）と審判前の保全処分（家審15条の2、家審規52条の2・・・昭和55年改正）

人身保護法による保護請求

判例 につきマ55、百51：子（前者は10歳、後者は）に対し原告の支配下に入ることが強制できず、憲法22条、13条に反しない。下級審裁判例だが、大審院の定式を踏襲して、15歳以上の子が自由意思でよそに居る場合には（年齢の下限は10歳前後か）妨害排除はできず、せいぜい居所指定のみ。

の用い方には変遷がある。

(i)初期 人身保護規則4条の「拘束が権限なしにされていることが顕著である場合」を比較的厳格に適用し、引渡請求を否定

(ii)昭和40年代半ば以降 いずれに子を監護させるのが子の幸福に適するかを比較衡量して請求の当否を判断。引渡請求を認めたものが多数出現。ただし、ある程度の年齢の子が自らの意思に基づいている場合には（ただし、自由意思に基づくことを否定した例もある）違法な拘束であることを否定。

親権や監護権を有している方から有していない方への請求は、子の幸福の点から著しく不当でない限り、原則的に肯定する傾向が強まる。逆に親権を有しない事実上の養親から確定判決を不服として実力で子を奪った実母への請求を認めた例もある（最判昭和49年2月26日家月26巻6号22頁）。

の立法がなされた後も の積極運用を継続

(iii)平成以降 百52、マ56：夫婦間での適用では原則例外を逆転・慎重論へ。他方配偶者の監護が請求者の監護に比べて子の幸福に反することが明白でなければならない。

限定 仮処分や命令不遵守、子の健康への悪影響、義務教育障害

もっとも離婚調停の合意に反して子供を返さない夫の拘束に顕著な違法性を認めて請求を認容した例もあるし（最判平成6年7月8日家月47巻5号43頁）。

監護権者からそうでない拘束者への請求は(iii)の定式を維持している（最判平成6年11月8日民集48巻7号1337頁）

の得失

- + 強制力（ - とくに昭和55年以前）
 - もっとも間接強制（民執172条）が主流
 - 迅速性・実効性・被拘束者の手続的地位の保証（ ）
 - 文言との不整合（親権に基づく養育が違法か？）
 - 子の自由意思の有無の判断は微妙で難しい
 - 夫婦間の場合には専門の調査官のいる家裁の方が適切
- ・子の幸福（利益）の判断のガイドライン（道垣内＝大村93頁、新・民法学5 88-89頁）
 - (a) 親権者・監護権者の優先原則：子の福祉が親権者等の決定ですでに考慮済協議による決定の場合には安易な決定の場合もある
 - (b) 安定性の原則：現状の変更はできるだけ避ける
違法な既成事実の優先にならないような注意が必要。
 - (c) 母親優先の原則：乳幼児の監護は母親が望ましい
これも一概には言えないとの批判がある。
 - (d) 意思尊重の原則：一定年齢以上の子についてはその意思を尊重する

2 監護費用負担

- ・子の財産収益で充当（828条参照）。不足分は親の扶養義務として負担（877条1項）
- ・婚姻中の父母の間では婚姻費用の分担問題（760条）。

3 関連問題：離婚と親子関係

(1) 面接交渉権

- ・是非と根拠

判例 百53・マ18 民法766条・家審9条1項乙類4号

別居中の夫婦については、民法752条・家審9条1項乙類1号という構成もある。

学説 多岐に分かれる

積極説（自然権説、監護関連権説、監護権説、子の権利説、両性説など）

消極説（子の利益に反することがあることから権利性を否定）

協議による合意の達成を尊重する傾向がある。

要綱案 面接及び交流を監護に必要な事項と、子の利益の最優先を規定

- ・許否基準（実務）

プラス面とマイナス面を衡量し、後者が大きく子の福祉・利益に反する限度で否定ないし制限するが、そうした事情がなければ原則として認める。

プラス面 自然の情愛尊重、情緒的交流維持、人格の健全な育成と円満な発達

マイナス面 精神的動揺や緊張、学業・生活面への悪影響、安定した生活環境の破壊、父母間の紛争の激化

(2) 養育費の分担

親権者が優先して分担するとの裁判例もあるが、親である以上分担が原則。

【参考文献】 大村敦志「親権 - 親権者の決定と変更」道垣内＝大村『民法解釈ゼミナール』87頁以下。