

## 親権概念について

山口 亮子

### はじめに

民法は、親が未成年の子に対して持つ権利・義務を「親権」と表し、第4章に親権の規定を置いている。民法820条が定める、親権者が子を監護および教育する権利と義務とは、子を一人の社会人として養育すべき親の職分のためであるとされ、民法は同条以下、身上監護権と財産管理権を規定し、親権を構成している。しかし、民法親族編中において、親が子に対して持つ権利義務は親権だけに限らず、その他に父母の身分に基づく固有の権利義務がある<sup>(1)</sup>。父母が双方とも親権者である婚姻中の場合は、これらの権利は特に区別されることなく親権者父母に存する。しかし、父母が未婚や離婚という婚姻外に、いずれか一方を親権者と定めなければならず、他方が非親権者となる場合、また、一定の場合に親権を制限する親権喪失、親権停止により親権が制限される場合、子の実親は、親権を有しなくなるだけであり、父母固有の権利義務は失わない。

本稿は、親権以外の父母の権利義務の存在意義から、親権概念を再検討するものである。民法は、親の婚姻関係と関連づけて親権を規定しているがために、親が持つ権利・義務については、親権のみを考えがちであるが、実際に婚姻外や離婚後においても、親子関係の下で親は子に対し一定の権利と義務を有し、行使している場合が少なくない。たとえば、離婚後非親

---

(1) 我妻栄『親族法』(以下、我妻・親族法)(有斐閣、1961)328頁。

(2) 旧法時より、父母の権利義務が全て親権なのではなく、父母は子を相続する権利、子との間に扶養の権利義務、子の婚姻又は養子縁組を許否する権利、子に代わって縁組を承諾する権利があることが指摘されていた。穂積重遠『親族法』(岩波書店、1933)561頁。また、大村教授は、親子の法律関係の当然の効果として、子の氏を加える。大村敦志『民法読解親族編』(有斐閣、2015)249頁。

権者との間の面会交流や養育費の取決めが充実していく今日においては、親権のみで親の権利義務を語ることは、実関係においてもそぐわない場面が出てくる。本稿ではそれらを、未成年者の身分行為についての同意権、面会交流権、そして、扶養義務と捉え<sup>(3)</sup>、親権が制限される場面に応じて現れてくる、親権以外の親の子に対する権利義務について検討してみたい。親権概念を考える上で、親権の内容、および親権制限の基準や第三者の監護との関係等、さらに検討すべきことは多岐に亘るが、まずは、親権と父母固有の権利義務について包括的に検討することに、何らかの意義があると考えからである。

## 1. 父母の権利義務の内容・意義

### (1) 未成年者の身分行為に関する同意権

#### ① 婚姻の同意権

現行民法は、親権の章以外に、父母にある権利義務を個別に規定している。その一つは、子の身分行為における同意権であるが、それは、旧法から存在していた。

まず、親権について旧法 877 条は、「子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス但独立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限ニ在ラス父カ知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ親権ヲ行フコト能ハサルトキハ家ニ在ル母之ヲ行フ」と、父による単独親権を規定しており、父子関係のある父がいないとき、死亡したとき、離婚して家を去ったときには、例外的に家に在る母が親権を行うとする。旧法 879 条は、「親権ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ監護及ヒ教育ヲ爲ス権利ヲ有シ義務ヲ負フ」と規定し、親権を行う父のみが監護教育を行い、父がいないときは母が行うとしていた。この

---

(3) 西教授は、法的親子の効力としてその他に、親族関係の発生、氏を初めとする戸籍上の効果、相互の相続権、および生命侵害に対する近親者としての損害賠償請求権も挙げている。西希代子「親権(2)―親権の効力」大村敦志他編著『比較家族法研究』(商事法務、2012) 274 頁。

ように、原則として母には親権はなかったため、離婚後も母は親権者にはなり得なかった。<sup>(4)</sup>

そして旧法は、親権として親の権利を規定するほかに、家に在る父母に与えられる権利として、父母の同意権の規定を置いていた。<sup>(5)</sup>それは、子の婚姻についての同意（旧法 772 条、以下旧とする）、25 歳未満の者の協議離婚についての同意（旧 809 条）、成年の子が養子を為す場合と 15 歳以上の子が養子になる場合の同意（旧 844 条）、再養子縁組時の同意（旧 845 条）、25 歳未満の者の協議離縁についての同意（旧 863 条）である。さらに、15 歳未満の者の養子縁組に関して代わって承諾する権限、すなわち代諾権も親権者ではなく、家に在る父母に与えられていた（旧 843 条）。

このうち、子の婚姻同意権についてみると、旧法 772 条は、「子カ婚姻ヲ爲スニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス但男カ満三十年女カ満二十五年ニ達シタル後ハ此限ニ在ラス」として、男 30 歳、女 25 歳未満の子の婚姻について父母の同意を必要としている。これについて、梅謙次郎によると、「父母ノ同意ヲ必要トスルハ第一本人ノ利益ヲ慮リタルモノナリ況ヤ父母ト此配偶者ト姻族関係ヲ生スベキニ於テヲヤ又況ヤ夫婦間ニ生マレタル子ハ母ノ実孫タルベキニ於テヲヤ……外国ニ於テハ成年者ニハ此同意ヲ必要トセサルノ傾向アリ我邦ニ於テハ父母ノ権力ヲ重スルコト欧米諸国ニ超ユルモノアルカ故ニ本條ニ於テハ特ニ男ハ三十年女ハ満二十五年ニ達スルマテ必ス父母ノ同意ヲ要スルモノトセリ但本條ノ条件ハ単ニ法律上ノ条件ニシテ徳義上ニ於テハ子カ如何ナル年齢ニ達スルモ猶ホ其父母ノ同意ヲ求ムヘキハ固ヨリ当然ノ事トス」<sup>(6)</sup>とあり、一つは子の利益のた

(4) 旧法から現行法までの親権の立法および解釈について、許末恵『親権と監護』（日本評論社、2016）参照。

(5) 明治民法は、親権の他に、婚姻、協議離婚、協議縁組、協議離縁について適宜父母の同意を要件としており、当時は、父母の権利強化であったと指摘されている。養輪明子「一九二〇年代の「家」制度改正論：臨時法制審議会の民法改正構想を素材に」一橋社会科学 5 巻 12 号（2008）85 頁。

(6) 梅謙次郎『民法要義卷之四親族編』（復刻版）（有斐閣、1984）100 頁。

め、もう一つは父母の権力を重んじるためという、法律上の条件というよりは、親のためという封建思想として、父母の同意が求められていたのである。<sup>(7)</sup> 父のみが親権者となり得た時代にあっても、子が親である父母に対し、孝すなわち恭順・服従するのは、わが国の儒教道徳の基礎であったから、父母を尊び敬うことの最も重大なものが、親が決定した婚姻をすることであり、子の意思はひたすら恭順に従うこと以外にはないとされていた。<sup>(8)</sup> この思想は、婚姻のみならず縁組にも現れており、ここに、親権者のみではなく父母の同意とした根拠があったと思われる。ただし、旧法 772 条 2 項は、「父母ノ一方カ知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ノ同意ノミヲ以テ足ル」としているので、父母の権利であっても、婚姻中の「家に在る父母」に限られており、離婚して家を去った母（または父）に与えられる権利ではなかった。旧法下では、親権は家に在る父のみが有し、母には親権は存しなかったもので、家に在る父母の婚姻同意権は、親権者ではない婚姻中の母に与えられた権限であったとみることができる。

現行民法 737 条で、子の婚姻に対し父母の同意が求められているのは、未成年者の場合に限定されている。現行法は婚姻中の父母は共同して親権を有し、離婚後にいずれかの単独親権となるが、本条は親権者ではなく父母としているため、ここにいう父母とは、親権者であることを要せず、親権を喪失した者でも含まれるとされる。<sup>(10)</sup> 旧法では、家に在る父母の同意とされていたのが、現行法では、単に父母の同意とされたため、父母の権利と

---

(7) 養輪・前掲注(5) 103 頁は、子の婚姻について、戸主に加え父母の同意が必要とされたのは、「家」制度強化のためであったとしている。また、安部弘「婚姻自由の原則に對する制限」文芸と思想 1 卷 (1950) 80 頁参照。なお、これは専ら父母の立場を考慮したもので、現行法では憲法 24 条に違反するとの意見がある。我妻・親族法 33 頁。

(8) 川島武宜『日本社会の家族的構成』（日本評論社、1950）77 頁。

(9) 同上 87 頁。婚姻は、親と親との・子の処分契約（「かたづける」）であり、子は自分の考えで行動できないのであり、民法が規定する「父母の同意」はむしろ、孝の義務に反するものであるとされている。また、子が親の命令指示を仰ぐ義務は、子の年齢のいかんを問わないとされていたとある。

(10) 我妻・親族法 33 頁。

みなされることとなったのであるが、戦後の民法改正要綱案（昭和 21 年 7 月 20 日幹事案 B 班案）では当初、「未成年者が婚姻を為すには法定代理人の同意を得ることを要す」とされていた<sup>(11)</sup>。しかし、同年同月 27 日の起草委員第 1 次案では、「婚姻は両性の合意のみに基づきて成立し、父母、後見人等の同意を要せざるものとする」となり、未成年者に対する同意が消された。しかし、また同月 30 日の第 2 小委員会決議では、「父母の同意」が現れている<sup>(12)</sup>。これについて、起草委員会では未成年者でも父母の同意は不要との意見が相当に強かったが、同意があるという別案を出して、この別案が 7 対 3 で通り、未成年者の婚姻には父母の同意があることになり、現行法にまで残ったとされている<sup>(13)</sup>。改正過程においては、婚姻の同意権は父母か、親権者か、法定代理人かの区別はなく議論されていたようである。したがって、この権利が、親権者の権利ではなく、父母という身分により生じている権利であるとする根拠は明確ではない。

現行法が親権者ではなく父母の同意としていることに対しては、父母のない未成年者の婚姻の場合の手当がないこと、親権を剥奪されたり、離婚して子の生活に何ら実質的な関係のない父または母の同意を必要とすることは無用であると批判されている<sup>(14)</sup>。旧法では離婚後の母にはそのような権利はなかったことを踏まえても、正当であろう。また立法論としては、同意権者を親権者とし、親権者がいないときは後見人とすべきであり、これらの者が不当に同意を拒むときは、家庭裁判所の同意でこれに代えるべきとする説、同意自体を廃止すべきとする説が主張されている<sup>(15)</sup><sup>(16)</sup>。

## ② 15 歳未満の者の養子縁組の代諾権

旧法 843 条は、「養子ト爲ヘキ者カ十五年未満ナルトキハ其家ニ在ル父

(11) 我妻栄『戦後における民法改正の経過』（日本評論社、1956）216 頁。

(12) 同上 225 頁、230 頁。

(13) 同上 47 頁。中川善之助による発言。

(14) 我妻・親族法 34 頁。

(15) 同上。

(16) 久喜忠彦『「父母の婚姻同意権」への疑問』『現代家族法の展開』（一粒社、1990）36 頁、田中通裕「婚姻適齢と未成年者の婚姻に対する父母の同意権」法セミ 455 号（1992）85 頁。

母之二代ハリテ縁組ノ承諾ヲ爲スコトヲ得繼父母又ハ嫡母カ前項ノ承諾ヲ爲スニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」と規定し、15歳未満の者の養子縁組の代諾権は、家に在る父母の権限とされていた。その解釈は、「其承諾ヲ爲スヘキ父母ハ其家ニ在ル父母タルハ恰モ婚姻離婚等ノ場合ニ於ケルカ如シ<sup>(17)</sup>」とあり、父母が代諾権を有するのは、婚姻時の父母の同意権を有するのと同じ理由とされている。すなわち、親権を有しない家に在る母へ認められたものであった。したがって、婚姻時の同意と同様、父母の身分により生じるというよりも、あくまでも、その代諾権は、親権者である父と婚姻している母に認められたものと捉えるべきであり、離婚した母にはなかつた<sup>(18)</sup>。

本規定は現行法では、代諾権者が父母から法定代理人へ改正された。通常法定代理人は親権者が務めるため、婚姻中の父母には代諾権があるが、親権喪失された者、婚姻外および離婚後の非親権者は代諾権者から排除されている。現行法で法定代理人へ改正された理由は、「実質的にはあまり差を生じないであろうが、父母の資格で代諾すると考えるよりも、その子のためにはかるべき地位にある法定代理人として代諾と考える方が適当であろう<sup>(19)</sup>」という考えからであったとされている。しかし学説は、本条は法定代理人としたが、実質的には父母であることで旧規定と連続性を保っている<sup>(20)</sup>と解している。したがって、父母ではあるが法定代理人となり得ない、離婚後の監護者に養子縁組に関して何らかの権限があるのかについて、当初より問題視されていた。学説は、法定代理人でない場合の実父母の意思その他養子の実方における事情が考慮される必要がある<sup>(21)</sup>と主張し、

---

(17) 梅・前掲注(6) 287頁。

(18) 旧846条「第772條第2項及ヒ第3項ノ規定ハ前三條ノ場合ニ之ヲ準用ス」。

(19) 我妻栄『改正親族・相続法解説』(日本評論社、1949) 90頁。

(20) 石川稔「親権法の問題点と課題」『子ども法の課題と展開』(有斐閣、2000) 所収 238頁。  
また、川井健「代諾縁組」『家族法体系IV』(有斐閣、1960) 180頁も、代諾は必ずしも親権の所在と一致するとは限らず、生来の父母の同意を本質とするものとする。

(21) 谷口知平「日本における親子と法律」『家族問題と家族法IV』(酒井書店、1963) 303頁、我妻・親族法 145、270頁、川井健「代諾縁組」『家族法体系IV』(有斐閣、1960) 182頁。

裁判例も、監護者の承諾なくしてなされた親権者の養子代諾は無効とした<sup>(22)</sup>。養子縁組により親権者が親権を失う<sup>(23)</sup>以上、監護者の監護権も消滅してしまい、不当だからである。そこで、1987（昭和 62）年の養子法改正において、監護者となる父母がいる場合には、その者の同意が求められることとなり（797 条 2 項）、監護者の縁組の同意を欠く場合は、その者はその取消しを裁判所へ請求できることとなった（806 条の 3）。審議の過程では、親権者でない父または母にも同意を与えるべきかどうかも論議されたというが、離婚紛争を再燃させたり、連れ子養子を難しくするという反論があり、採用されなかった<sup>(24)</sup>という。しかし、監護者を同意権者とした本条の成立は、これまで不明確であった監護権者の権限が制定法上で一つ明確にされたことで、監護権者のもつ潜在的親権の保護をはかったものとして評価されている<sup>(25)</sup>。この権利は、未成年者の婚姻同意とは異なり、現行法においても、父母という身分から生じる権利としての意義を秘めている。

そこで問題は、父母が離婚後に監護者と指定されない限り、非親権者は普通養子縁組の代諾権はもとより、同意権も持たないということである。離婚後の非親権者は、何ら知らされることなく子が養子縁組されてしまえば、その親の権利に多大な影響が及ぶにも拘わらず、それに対して対抗することができない。何ら適正な手続きを経ないで、親子関係が事実上も法的にも絶たれることがあり得るのは、次に挙げる裁判例からも明らかであり、父母の権利の側面から問題視すべきことであろう。その例は、養子縁組を契機として、しばしば親権者変更の申立てがなされる時に現れる。

(a) 最決平成 26 年 4 月 14 日民集 68 卷 4 号 279 頁は、離婚後親権者と

---

(22) 京都地判昭和 47 年 6 月 24 日判タ 283 号 178 頁、京都地判昭和 49 年 11 月 7 日判タ 320 号 280 頁、東京地判昭和 56 年 3 月 30 日家月 34 卷 6 号 62 頁。

(23) 普通養子縁組後の実親の親権については、通説は失うと説明している。中川善之助編『註釋親族法(下)』〔舟橋〕（有斐閣、昭和 27 年）28 頁。我妻・親族法 292、322 頁は、養子縁組により実親は親権を失うが、実親および実方親族との関係では、相続権と扶養義務を負うとして、何等の影響を及ぼさないとする。

(24) 細川清『改正養子法の解説』（法曹会、1993）172 頁、石川稔「改正養子法(案)の解説」法学教室 82 号（1987）94 頁。

(25) 同上 95 頁。

なった母親の再婚相手が子と養子縁組したが、この継父による虐待を知った非親権者である父が、実親および継親から親権変更を求めた事件である。原審は、離婚して親権者となった実親の一方が再婚し、子がその再婚相手と養子縁組をして当該実親と養親の共同親権に服する場合、819条6項に基づく親権者の変更をすることはできないから、現在の共同親権者から、非親権者である実父への親権者の変更を認めた別件審判は同項の解釈を誤った違法なものであるとして、本件申立てを認容した原々審を取り消し、本件申立てを却下した。最高裁判所は、本条項によれば、子が実親の一方および養親の共同親権に服する場合、子の親権者を他の一方の実親に変更することは、同項の予定しないところであるとして、親権変更をすることはできないとの考えを示した。

(b) 大阪高決平成19年9月20日判タ1260号330頁は、離婚後親権者となった母が子への虐待で刑事罰を受けたことにより、その者の母親が親権喪失審判を申し立て自ら未成年後見人となり、その子の養子縁組許可を申し立てたところ、子の実父が反対した事件である。原審は、実父が親権者となる余地を閉ざす形にしてしまうことは相当とはいえないとして申立てを却下したが、大阪高裁は、手続上民法798条但書は、自己の直系卑属を養子とする場合は家庭裁判所の許可を不要としているところから、本件縁組の当否を審査する必要はないとし、本件養子縁組を許可した。

養子縁組ではないが、未成年後見人との関係について、(c) 大阪家審平成26年1月10日判例時報2248号63頁は、離婚後の単独親権者が、遺言で未成年者らの後見人を自らの母（子らの祖母）に指定をしていたところ、生存親である非親権者父が親権者変更申立てを行ったものである。839条は、親権者は遺言により未成年後見人を指定することを許しているが、大阪家裁はこの場合においても、それが未成年者らの福祉に沿う場合においては、親権者変更の可能性を認めることが相当であると示し、本件では、申立人が未成年者らを監護養育することについて強い意欲を持っており、未成年者らも申立人と暮らすことについて肯定的な感情を有していることが認められるなどとして、特段の事情のない限り、申立人の親権者変更は



認めるべきであるとして、未成年者らの親権者をいずれも亡母から申立人に変更した。

(a) (b)については、子の養子縁組に際し、非親権者への通知も同意も必要とされない現行法の問題をあぶりだしている。親権者変更の請求は、父母としての身分から生じる当然の権利と考えるが、親の権利をめぐる解釈と現行法に大きな隔たりを感じる。(a)は、継親子養子縁組後に養親と実親との共同親権に服している子に対し、819条6項は親権者変更を認めることを予定していないとして、非親権者への単独親権者変更が許されないと判断した。単独親権か共同親権かという相手方の状況によって、申立ての可否が問われるのである。このことにつき原審は、離婚後の非親権者は親権者変更の手続きにより子の親権者となりうる潜在的な資格を有しているものの、養子縁組により共同親権の行使がされているときは、後退することもやむを得ないと述べる<sup>(27)</sup>。もっとも、いわゆる連れ子養子に家裁の許可が必要ないこと、親権を有しない実親の同意が求められていないという制度の不備<sup>(28)</sup>こそが問題とされるべきであろう。(b)も同様に、祖母が孫を養子にする場合に家裁の許可を必要としない法の問題点が指摘されるし、親固有の権利義務を持つ父が存在し、親権者変更の希望があるにも拘わらず、裁判所は硬直な判断を行っている。(c)に関連し、親権者死亡後については、実務は、未婚の親権者死亡後に、後見開始後でも非親権者への親権変更が認められるかは、制限回復説をとり、離婚後の親権者死亡後においては、無制限回復説を採っている<sup>(29)</sup>。ここでは、親権を行う者が遺言により未成年後見人を指定できることを定める規定が問題となる。他方親の親

(26) 学説は、親権の帰属をその根拠として、非親権者が親権を潜在的に有していることにより、親権行使が回復されるとしている。於保不二雄「父母の共同親権と親権の行使者」『民法著作集Ⅱ家族法』所収（初出は『身分法と戸籍』（1953））（新青出版、2005）349頁、373頁。

(27) 民集68巻4号311頁。

(28) 中村恵「実母と養父の共同親権に服している子の実父との親権者変更の可否」新・判例解説 Watch 民法（家族法）16号（2015）105頁。

(29) 於保不二雄・中川淳編『新版注釈民法25』[田中通裕]（有斐閣、2004）50-51頁。

である身分は、単独親権者の遺言という意思により排除されるほど軽んじられるものであるはずはなく、単独親権者により生存親の親権変更の機会を奪うことを許してしまうことを想定しているのであれば、他方の親としての権利を侵害するものとなろう。

### ③ 特別養子縁組時の父母の同意権

1987年に新設された特別養子縁組について、817条の6は、養子となる者の父母の同意を、特別養子縁組の成立要件の一つにしている。特別養子縁組が普通養子縁組と大きく異なるところは、実方の血族との親族関係が終了すること、すなわち、法的実親子関係が終了することである。したがって、そのような身分関係の変更において実父母の同意は必須であり、それは、親権者はもとより、婚姻外、離婚後の非親権者、親権喪失・親権停止がなされている親も、父母という法的身分により同意が求められる。ただし、血縁上の親である可能性のある者でも、認知していない父は、子との法的関係が生じておらず、本条の父母にはあたらない<sup>(30)</sup>。

特別養子縁組は全て家庭裁判所の許可が必要であり、父母の同意についてもその審判において、父母の陳述を聴取しなければならない（家事事件手続法164条）。ただし、817条の6の但書は、父母がその意思を表示することができない場合又は父母による虐待、悪意の遺棄その他養子となる者の利益を著しく害する事由がある場合は、同意がなくとも親子関係を終了させて縁組を成立させることができると定めている。実親の同意がない場合は、裁判所が法的親子関係を切断するのであるから、親の適正手続きに配慮し、相当の審査が必要となるはずである<sup>(31)</sup>。では、実務ではどのよう

(30) 最判平7年7月14日民集49巻7号2674頁は、未認知の血縁上の父が、法律上の父との親子関係不存在確認を求める訴えを係争している最中に、子の特別養子縁組審判が確定した事件であり、最高裁は、当審判に準再審の事由があると認められるときは、当該訴えの利益は失われまいとした。

(31) アメリカでは、親の同意がないときに親の権利を終了させる場合、親の適正手続きを確保するため、弁護士選任の権利が保障され、裁判では、明白かつ確信を抱くに足る証拠により立証されなければならない。親の権利終了がなされる具体的な要件は、各州法において

な基準が取られているのであろうか。

(a) 福岡高決平成3年12月27日判タ786号253頁は、子は10ヶ月間、縁組を望む相手方と暮らしており、実母は当初、特別養子縁組に同意していたものの、その後撤回した。裁判所は、母は子を直ちに引き取れる余力はないこと、家裁調査官の調査に非協力的であること、同意には金銭の貸与ないし支払が必要であるとの発言があったことなどから、養子となる者の利益を著しく害する事由がある場合に該当するとして、特別養子縁組を認めた。

(b) 青森家裁五所川原支部審平成21年5月21日家月62巻2号137頁は、実母は同意しているが、離婚した実父は特別養子縁組に反対していた。しかし、子を引き取るために何ら具体的行動を起こさず、家裁の調査にも非協力的であり、子は5年以上も安定的に里親宅で生活しており、裁判所は、特別養子縁組を認めなければ、子に混乱と打撃を与えることが認められるとし、実父の不同意は同意権の濫用にあたるとして、特別養子縁組の成立を認めた。

(c) 東京高決平成14年12月16日家月55巻6号112頁は、子は2年半の間里親に養育されており、実母が一旦は特別養子縁組の同意をした後、これを撤回したケースであり、裁判所は、817条の6の但書は、父母に虐待、悪意の遺棄に比肩するような事情がある場合、すなわち、父母の存在自体が子の利益を著しく害する場合をいうものと解すべきであり、実母が安定した監護環境を用意せず、かつ明確な将来計画を示せないまま、将来の事件本人の引き取りを求めることをもって直ちに、上記但書の事由にあたるものと結論付けることはできない<sup>(32)</sup>というべきであると判断して、更に審理を尽くす必要があるとして原審に差し戻した<sup>(32)</sup>。

、詳細に規定されている。拙稿「児童虐待に関するアメリカの法手続—フロリダ州を例にして—」社会安全・警察学3号（2017年3月発行予定）。

(32) 差戻審は公開されていないが、実母が養育環境を整備しようとする意欲は十分ではなく、その客観的態勢はまだ整っていないこと、出生後3年近く現在の安定した生活環境から事件本人を離脱させることは本人の福祉に極めて重大な影響を及ぼし、著しく不当であるとして、民法817条の6但書の事由があると認めた。抗告審においても差戻審の判断が維持

これまで公表された裁判例において、虐待や悪意の遺棄の要件で親の同意不要となったものはなく、それに比肩する、あるいは、子の利益を著しく害することにより認められている。この親の同意をどのようにみるべきであろうか。普通養子縁組の代諾が子に代わって縁組を承諾するものであるのに対し、また、普通養子縁組の監護者の同意の効果とも異なり、この同意は、親権はもとより、父母としての自らの地位を譲渡する、あるいは放棄することに対する意思表示である。そして裁判所は、特別養子縁組される子の福祉を検討しなければならず、子の将来の決定を全て親の意思に委ねている訳ではない。

特別養子縁組の多くは、親による任意の縁組であり、児童虐待から子を保護するために強制的になされるというよりも、すでに里親等において子が養育されており、子の利益は愛着関係を形成している大人との生活との比較衡量により測られる。これは、同じ用語を要件とする親権喪失の場合と、状況も判断基準も目的も異なる。すなわち、子に向けた虐待・悪意の遺棄等により親権を喪失させるのではなく、子の安定した生活の継続性の利益を保つために、実親との法的関係を終了させ、養親との間に新たな親子関係を成立させるためのものである。したがって、親の虐待・ネグレクトによる親の状況よりも、子と心理的愛着関係を形成している大人との生活の継続性を比較衡量し、子の福祉を相対的に判断し、親子関係終了を行うことが可能となってくる。

立法上、親子関係終了させるまでの期限や実親の同意撤回の期限のない<sup>(33)</sup>状況では、子の新たな法的親子関係創設の有無が不確定になり、817条の

---

ㄨ され、特別養子縁組の成立が確定した。高橋聖明「特別養子縁組における実父母の同意について：東京高裁平成14年12月16日決定（家裁月報55巻6号112頁）を担当して」信州大学法学論集4号（2004）217頁。

(33) 多くは、親による同意が先にあり、後にそれを撤回する例が多い。実親の同意の撤回を認めたものとして、東京高決平成元年3月27日家月41巻9号110頁、東京高決平成2年1月30日家月42巻6号47頁。なお、子が家庭外養育されていても、当初より実父母が養子縁組に同意していなかった場合、特別養子縁組の申立ては認められていない。東京高決平成25年5月27日判タ1392号222頁。

6は空洞化してしまう恐れがある。一定の子には、特別養子縁組により新しい親子関係を形成する必要がある。しかし他方、特別養子縁組は、親権喪失より重い親子関係終了という効果をもたらすことになるため、その手続きは、より具体的かつ手続を保障した方法が必要となる。

## (2) 面会交流権

1964(昭和39)年に東京家裁においてはじめて離婚後の非親権者と子の交流を「面接交渉」と認めて以来、今日では親子の交流は子の利益に資するものと考えられており、これは、親の別居・離婚にかかわらず、親と子の関係が維持・形成し得るための一つの機能として存在している。従来、別居・離婚後の親子の交流はその規定がなかったため、これを認めるため学説は様々な根拠を<sup>(34)</sup>発表してきた。2011(平成23)年に766条が一部改正され、離婚時に面会及びその他の交流を定めることが規定されたが、その権利構造は示されていないため、依然として根拠問題は解決されていない。

規定制定以前から主張されてきた学説の中に、別居・離婚後の親子の面会交流が可能となる根拠として、親子という身分関係から当然に発生する自然権的な権利とする説が<sup>(35)</sup>ある。非親権者は離婚後、親権を有しないことになり、子に対する監護教育権もなくなる。しかし学説は、親が子と面接を含む一切の交渉をすることは、監護する機会を与えられない親としての最低限の要求であり、親の愛情、親子の関係を事実上保障する最後のきずなどとする。裁判例においても、東京高決昭和42年8月14日家月20巻3号64頁は、面接交渉権を自然権的な権利と述べ、大阪家審昭和43年5月28日家月20巻10号68頁も、実親であるからには本来的に面接交渉権を有しているとしている。また、子の養子縁組後も、実親からの面会交流申

---

(34) 学説の詳細について、鳥津一郎・阿部徹編『新版注釈民法(22)』[梶村太市](有斐閣、2008)138頁以下参照。

(35) 森口静一・鈴木経夫「監護者でない親と子の面接」ジュリスト314号(1965)75頁、高橋忠次郎「子の監護と面接交渉」ジュリスト472号(1971)119頁。

立は否定されておらず、原則として、実母と未成年者らの面接交渉は認められるべきとされている。<sup>(36)</sup>

他にも学説は、潜在的親権に基づくものとか、監護に関連する権利等という見解が発表されてきた。しかし、面会交流は、親権のない親からの申立てにより実現するのであるから、親権以前の父母である親の自然権ととらえることができよう。そうであれば、親権喪失および親権停止時においても、交流することを求められ得る。<sup>(37)</sup> 後述するように、これについては、民法等改正の立案担当者も認めるところである。<sup>(38)</sup>

### (3) 扶養義務

婚姻外の親の未成年子に対する扶養義務が何の根拠によるのかについて、民法に明確な規定はないためか、親権に基づくとする考えも、国民一般にない訳ではない。しかも現実には、夫婦間における離婚原因や子との交流の合意の有無が、非親権者からの養育費支払いを左右しており<sup>(39)</sup>、離婚後における支払い割合も低い<sup>(40)</sup>。実務においても、離婚後の子の扶養は 877 条の

---

(36) 大阪高決平成 18 年 2 月 3 日家月 58 卷 11 号 47 頁。ただし、養母がその共同親権の下で未成年者らとの新しい家族関係を確立する途中にあることに鑑み、生活感覚やしつけの違いから未成年者らの心情や精神的安定に悪影響を及ぼす危惧が否定できないとして、原審が認めた宿泊付きの面会は縮小された。

(37) 佐藤義彦「離婚後親権を行わない親の面接交渉権」同志社法学 20 卷 4 号 (1969) 54 頁。ただし、佐藤教授は面接交渉は親権の一権能と解されている。

(38) 飛澤知行『一問一答平成 23 年民法等改正』(商事法務、2011) 47 頁。氏は、親権停止は親権の帰属により、親権に基づき面会交流を有しようと解せるが、親権喪失においてもその申立権があると認めている。

(39) NPO 法人 Wink 編『養育費実態調査－払わない親の本音－アンケートとインタビュー離婚・未婚の父・母・子どもたちの声－』(日本加除出版、2010) によると、事実婚で親権がない自分に養育する義務はあるのか、といった意見や、離婚請求をしてきて子どもを連れ去った相手には払う必要がないと考える意見、子に会わせてもらえないから払わないという意見が載せられており、法律家の考える扶養義務と実態との間には隔たりがあることが分かる。

(40) 厚生労働省「平成 23 年度全国母子世帯等調査結果報告」によると、母子世帯の母が現在も養育費を受けているのは 2 割以下であり、養育費を受けたことがない割合が 6 割に上る。[http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/kodomo/kodomo\\_kosodate/boshikatei/boshi-setai\\_h23/](http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/kodomo/kodomo_kosodate/boshikatei/boshi-setai_h23/)

親子間の扶養義務としてではなく、もっぱら766条の夫婦間の養育費または監護費用の取決めの問題として争われている<sup>(41)</sup>。もっとも学説は、離婚後の親の扶養義務は877条以下に含まれると解しており、766条の養育費が定まったとしても、子を申立人とする扶養の請求は許されるとしているが、これに基づく訴えは少数である<sup>(44)</sup>。

今日においては、未成熟子に対する扶養義務は、親子関係そのものから生ずる義務<sup>(45)</sup>とされているが、その学説も、親による子の扶養義務の根拠については、変遷があった<sup>(46)</sup>。旧法下から扶養の根拠は親子関係に求める説が通説・判例として主張されていたが、その後、中川善之助教授による生活保持義務論の台頭によりこれが通説化すると、親の扶養義務には子と共同生活していることが重視され、親権者による扶養義務が非親権者に優位することが主張されるようになってきた<sup>(47)</sup>。しかしその後、離婚後の単独親権は便宜的措置にしか過ぎず、親権者でない親も未成熟子の監護養育をなす義務があるとする説、および親は親である限り親権者たる資格を潜在的に有し、扶養義務は分属が可能であるという説から、親権根拠説が否定されていった<sup>(48)</sup>。これは、親の未成熟子に対する扶養義務が親権に基づくもので

(41) 中山直子『判例先例親族法—扶養—』（日本加除出版、2012）115頁。また、離婚後親権者である母が、子と血縁関係はないが法律上の父である元夫に対してなした監護費用分担請求に対し、権利の濫用にあたるとしてこれを棄却した最判平成23年3月18日家月63巻9号58頁も、民法766条に基づく監護費用の争いであり、裁判所も父の子に対する扶養問題としてではなく、夫婦間における子の養育費分担の問題として扱っている。判例評釈として、高橋朋子・ジュリスト1440号86頁、犬伏由子・法セミ増刊10号95頁。

(42) 西原道雄「親権と親の扶養義務」神戸法学雑誌6巻1・2号（1956）340頁、浅井清信「離婚後の親権者でない父の扶養と生活保持義務」家族法判例百選新版・増補（1975）174頁。

(43) 中山・前掲注(41)111頁、日野原昌「父母間に養育費不請求の合意がある場合又は養育費分担について確定審判がある場合の子からの扶養請求の可否」沼辺・太田・久貴編『家事審判事件の研究(1)』（一粒社、1988）315頁。

(44) 宇都宮家審昭和50年8月29日家月28巻9号58頁、東京家審昭和54年11月8日家月32巻6号60頁。

(45) 我妻・親族法332頁。

(46) 野沢紀雅「親権と扶養義務」問題の学説史的再検討(1)(2・完)』法学新法101巻8号（1995）1頁、同11・12号（1995）1頁において、詳細に論じられている。

(47) 同上・(1)50頁、我妻栄・立石芳枝『親族法相続法コンメンタール』（日本評論社、1953）345頁。

(48) 野沢・前掲(46)(2・完)4頁以下、岡岩雄「親子法をめぐる疑問—『未成熟子の監護』を中心として—」家裁月報7巻2号（1995）1頁、西原・前掲注(42)340頁。



はなく、扶養義務と親の監護教育の権利義務は分離しうるところから主張される。すなわち、全ての親は単に親であるというだけの理由で子と共同生活をなす義務を負い、それが不可能なときにも子の養育費の負担だけは免れない。この義務は実定法の規定以前の段階のものであり、その義務の根拠は現在の社会の大多数の親が少なくとも養育の責任と費用とを現実に負担しているという事実そのものにある<sup>(49)</sup>という。

## 2. 親権喪失と親権停止

### (1) 親権喪失の効果と目的

2011年改正の民法834条は、親権喪失の要件を、親権の濫用と著しい不行跡の要件から、より具体的かつ特定化して、「虐待又は悪意の遺棄その他親権の行使が著しく困難または不適當であることにより子の利益を著しく害するとき」とした。「児童虐待防止に向けた親権制度の見直し」の一環によりなされたものである<sup>(50)</sup>。そして同時に、親権停止の規定が新設された。

親権喪失の申立ては、児童福祉法（以下、児福法）33条の7で、児童相談所長（以下、児相長）にも認められており、国家による介入を許している<sup>(51)</sup>。国家が介入すべき原因の多くは、子への虐待および遺棄である。民法

---

(49) 西原・前掲注(42) 368頁。

(50) これに関する検討として、許末恵「児童虐待防止法のための親権法改正の意義と問題点—民法の視点から」法律時報83巻7号（2011）65頁参照。

(51) 児童相談所長の申立てによる例は実務上まれであるとされており（來本笑子「児童相談所長の申立てによる親権喪失の宣告」家族法判例百選第4版（1988）124頁）、最高裁判所事務総局家庭局「親権制限事件の動向と事件処理の実情」によると、平成24年は親族による申立てが81件（88%）、児童相談所長が10件（10.9%）、平成25年はそれぞれ81件（83.5%）と8件（8.2%）である。原因のほとんどが児童虐待・ネグレクトがではあるが、依然として公的な申立ては少数である。來本氏によると、家庭裁判所は虐待したとされる親権者の調整を試み、第三者に監護を託させたり、親権者変更手続きに切り替えることにより、同意を得て取り下げとなる場合が多いことを指摘している。ただし、平成24年の認容率は子の親族による申立てでは7件（8.6%）、児童相談所長による申立てでは7件（70%）、平成25年では11件（13.6%）と7件（87.5%）であり、認容率には大きな差がある。



においても、児童虐待を理由とする親権喪失の必要性が以前より論じられており、今回の改正へ結実した。<sup>(52)</sup>

親権喪失とは、基本的な教科書および注釈書によると、親権の全部または一部を失わせるものであり、親権が将来に向かって全的に消滅するものである。<sup>(53)</sup> 具体的には、親権喪失後、親は親権の内容である820条以下の監護・教育の権利義務（居所指定権、懲戒権、職業許可権）と財産管理権の権利義務を失う。ただし、親権以外の父母の権利は失わないから、子の婚姻に対する同意権は失わず、<sup>(54)</sup> 特別養子縁組の父母の同意権にも影響はない。親権喪失後も、法的親子関係は消失しないから、子に対する扶養義務も変化せず、相続関係も存続する。面会交流も父母の権利と考えるなら、親である限り行いうる。

なおここで問題なのは、先にも見たように、親権喪失の要件と、特別養子縁組の実親の同意不要要件が、虐待又は悪意の遺棄、その他、子の利益を著しく害するときという、同様の文言を用いていることである。親権喪失の効果と目的は、特別養子縁組の効果と目的と大きく異なるにも拘わらず、その判断基準は同じなのであろうか。親権喪失の効果は、親権のみが無くなることであり、<sup>(56)</sup> その他の親子関係には変化はなく、かつその審判が取り消されて回復することも認められている（836条）。これに対し、特別養子縁組の効果は、親権のみならず親の身分に基づく権利義務をも終了させるものであり、親子関係の法的関係が全て終了する。その効果は明ら

(52) 石川稔「児童虐待—その法的対応」『現代家族法体系 III』（有斐閣、1979）305頁、小野瀬厚他「親権者の法定代理権・監護権の濫用」判タ996号（1995）49頁、米谷壽代「親権喪失宣告をめぐる裁判例の展開—「児童の権利条約」が親権概念に与えた影響—」同志社法学63巻2号（2011）115頁、

(53) 我妻・親族法346頁。

(54) 中川善之助編『注釋親族法（下）』（山木戸克己）〔有斐閣、1952〕120頁。

(55) 我妻・親族法349頁。

(56) 親権喪失の法的効果とは、親権を失うことという従来の通説に対し、本改正の検討を行った「児童虐待防止のための親権制度研究会」では、「喪失」という用語の定義はなされておらず、親権を行うことができないという意味では、親権の一時的制限と親権喪失との間に法的効果の差はないという。許・前掲注(50) 68-69頁。

かに異なるにも拘わらず、同様の文言が用いられていることに疑問が生ずる。

特別養子縁組の目的は、子が新たな親子関係を創設するために、実親との法的関係を切断することである。では、親権喪失の目的とは何であろうか。2011年改正は、児童虐待防止のためと謳っている。児福法47条1項は、親権を行う者または未成年後見人のない者に対しては、児相長が親権を行うと規定するが、2014年度の施設等入所数は4,248名<sup>(57)</sup>であるのに対し、親権喪失認容数は34件であり、子の保護と親権喪失は必ずしも一致していない。特別養子縁組の判断基準は、先に見た裁判例のように、子の現在の生活や、他の大人との心理的絆や愛着関係を検討対象に入れて、いわば相対的に子の利益を考えて判断されるのに対し、親権喪失は親と子との関係という絶対的な子の利益が検討の対象となり<sup>(58)</sup>、特別養子縁組とあくまでも同一の基準ではない。また、親権喪失基準が、直接的虐待・遺棄を基準とするからといっても、親権喪失の効果の方が重い訳ではなく、親権喪失されても、父母固有の権利義務は残り、特別養子縁組の同意権は有する。このように、親権喪失基準と特別養子縁組の同意不要基準は、それぞれの子の置かれている状況や検討対象も異なるし、何よりも目的や効果も異なるため、親権喪失により、親子関係を終了させるという同一線上には考えられないのである。親権喪失と特別養子縁組は連動していないのであり、ここに理論上、親権喪失の意義を疑問視せざるを得ない理由がある<sup>(59)</sup>。

---

(57) 厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課「児童家庭福祉の動向と課題」(平成28年)23頁。<http://www.crc-japan.net/contents/situation/pdf/201604.pdf>

(58) 津家審平成20年1月25日家月62巻8号83頁、名古屋家審平成18年7月25日家月59巻4号127頁、名古屋家審岡崎支平成16年12月9日家月57巻12号82頁、長崎家審佐世保支平成12年2月23日家月52巻8号56頁、熊本家審平成10年12月18日家月51巻6号67頁、大阪高決平成6年3月28日家月47巻2号174頁、神戸家審昭和55年9月29日家月33巻8号68頁、東京家審八王子支昭和54年5月16日家月32巻1号166頁等は、いずれも親による子に対する虐待・遺棄が認められて、親権喪失、ないし親権喪失の蓋然性があることによる親権者の職務執行停止が認められている。

(59) 石川・前掲注(52)318頁は、養護施設や里親委託がなされている場合は、親権喪失は必ずしも必要とされないと指摘する。

## (2) 親権停止

親権停止を新しく定めた 834 条の 2 は、2 年を超えない範囲内で、親権を停止する期間を定める。親権喪失が期限を設けずに親権全部を喪失させるものであるため、現実には活用しにくいということから、より柔軟に要件・効果を定めて親権の制限をしやすくするために制定されたものとされている。<sup>(60)</sup> 親権喪失との相違は、まずその要件である。停止の場合は、親権行使の困難または不相当であるから、必ずしも虐待とは限らず、喪失の場合よりも要件は緩やかである。次に異なるのは期間であり、喪失は無制限であるのに対し、停止の場合はあらかじめ 2 年以内とされている。審判によりその期間が定められることになり、停止期間が過ぎれば、親権は回復することになる。では、効果は同じであろうか。

停止という用語は親族編の条文にはこれまで存在しなかった。しかし、この用語は一般に学説上、離婚後の非親権者の権利を説明するときに用いられてきた。たとえば、親権者死亡後、他方生存親の親権が回復するか否かという親権変更事件においては、後見人がすでに就職しているか否かにかかわらず、生存親が親権者となりうるとする無制限回復説において、本来親権者となる地位を持つ者には親権は潜在的に帰属しており、ただ離婚時に親権者が決定された場合は、親権行使が停止されているに過ぎないことが根拠として主張される。<sup>(61)</sup> では、親権停止は親権が潜在化している状態なのであろうか。この改正に伴い、15 才未満の者の養子縁組に対する監護者の同意権を定める 797 条 2 項の後段に、「養子となる者の父母で親権を停止されているものがあるときも、同様とする」との文言が加えられた。親権の停止中、親の同意なく子どもが普通養子縁組へ出されるのを防止するためである。しかし本来 797 条 2 項は、離婚後親権のない監護者の同意を認める規定である。親権停止者が親権を失っていないのであれば、それは同条 1 項の代諾権が認められるべきであるし、親権のない者に与えられ

(60) 大村・前掲注(2) 281 頁。

(61) 於保・前掲注(26) 360 頁。

る同意権であれば、監護者と同様、親権喪失者もその権利があるはずである。<sup>(62)</sup>

親権停止の効果は、親権喪失と同様、親子関係が無くなるものではないため、父母にある権利義務と相続関係は失わない。特に実際、本条項の親権停止は停止期間後に親権の回復を前提としているから、その後には親子再統合が予定されている。したがって、停止中も引き離されている親子の面会交流は子の利益のため必要なものであり、認められるものである。<sup>(63)</sup>なお、特別養子縁組の同意権は、親権停止者も有することはいうまでもない。親権停止が法定されたことにより、その効果が同じ親権喪失の目的が益々問われることになる。<sup>(64)</sup>

## おわりに

旧法で、母も父と等しく親権を有していれば、また現行法も親権が婚姻関係と連動していなければ、父母固有の権利義務と親権は、分けて観念すべき権利義務ではなかったかもしれない。子の身分行為に関する同意権は、父の単独親権をとっていた旧法により、母に親権のない状態が法律により作り出されたが故に、親権としてではなく、父母の権利として規定されていたからである。親権の概念とは何であろうか。於保教授は、非親権者の権利義務を捉えるために、親権の帰属と行使という概念を用いてそれを説明した。<sup>(65)</sup>親権の帰属と行使という概念の下では、全ての親は親権を持ち、

---

(62) 許末恵「児童虐待防止のための民法等の改正についての一考察」法曹 65 卷 2 号 (2013) 292-293 頁。

(63) 飛澤・前掲注(38) 47 頁も、親権を喪失し、または停止された親が、家庭裁判所に対し、面会交流調停を申立てることは可能であると考えられるとしている。また、親権喪失時も親としての権利義務は失わないから、後述するように、面会交流が親の自然権とする説に従えば、面会交流の請求も行いうると考えるが、同書もそれを認める。

(64) 大村・前掲注(2) 281 頁は、喪失は一時停止の一種であり、両者の間には共通点があるとする。

(65) 於保・前掲注(26)。婚姻外父母も原則として共同親権であり、その行使については下位原則により、他方の親権の行使が停止されているにすぎず、一方の単独行使になるとする。

何らかの状況により、一定の親権行使が制限される。すなわち、未婚・離婚後の非親権者、普通養子縁組後の実親、および親権喪失された親にも、親権は帰属しているのであり、行使が停止されているのみであると説かれる。なぜなら、これらの者も、親権者変更、普通養子縁組の離縁、そして親権喪失宣告の取消しにより、親権行使が回復するからである。親権とは、平面的なものではなく、重層的なものとして捉えるべきことになる。

そしてまた、現行法においても規定されている父母固有の権利義務は、親権が法によって制限されても、それと同時に制限されないという確認は重要である。親権と親の権利義務は、またそこにおいても重層的である。現行法における、親であるが故に存する権利義務について、本稿は、養子縁組の同意権と面会交流、および扶養義務を例に検討した。普通養子と特別養子の効果は異なるものの、実質的に親子の関係性の存続が問題となるものである以上、親の適正手続きにとって父母の権利として重要なものである。

親権と父母固有の権利義務はどのような関係にあるか。親権の外に、または上部に父母固有の権利義務があるのか、それとも親権の中に父母固有の権利義務があるのか。親権者は、父母固有の権利義務も当然に持つのであるから、後者ではないかと考える。その意味では、親権の帰属と行使説と親和的であり、親権が帰属している者には、父母固有の権利はあるはずである。親権が制限されている者も、コアの部分だけは失わないと考えれば、父母固有の権利も、親権に内包されているとみることができる。

さて、親権が制限されるのは、法律によって一律に定められる場合—婚姻外の単独親権—と、状況に応じて裁判所により制限される場合—親権喪失・停止—があり、これらの関係について考えてみたい。親権喪失・停止の場合は、親権を行使させることが子の利益に適わないという状況の場合に、一定の要件・判断により、裁判所から制限されるものである

---

(66) 親権の効力の位置について、西教授は、段階的に下から自然的親子の効力、法的親子の効力、親権の効力と階段状のイメージを想定している。西・前掲注(3) 276頁。

のに対し、婚姻外の単独親権は、法が便宜上定めたものであり、いわゆる一つの制度である。これは先に見たように、一方の親が他方と共に親権者とはなり得ないと法が定めているために、親権内にある権利義務を、父母固有の権利として規定せざるを得なかった。しかし、法による親権制限も、司法判断による親権制限も、親権がないという点で、効果は同じである。そうであるならば、どちらも子の利益の点から制限されることを基準としなければならないはずであり、婚姻外で制度的に一律に親子の関係を制限することが、子の利益に適うという前提がなければならない。しかし、もはやそのようなことが言えないことは、これまでに多くの学説判例が示している。子の第一次養育責任は親にあること、また、子も自らの親から切り離されず、その養育を受けることを保障される基本的権利を有しているとする国際的に普遍的な考えからも導かれることである。<sup>(67)</sup>婚姻外家庭、離婚家庭、養子縁組家庭という家族の多様化を迎えている現代において、親子の法的関係と夫婦の関係を連動させることに正当な理由があるか否かということが問われるべきである。

他方、司法による親権制限の場合に、現行法における父母の権利義務としての存在意義が現れてくる。司法により親権が制限されると、親権はなくなる（於保説では親権の帰属はあるが、行使がなくなる）が、父母固有の権利義務は残る。しかし、同じ司法による制限であっても、親権停止と親権喪失の効果は、親権停止のみ普通養子縁組の同意権が認められている（その根拠の不明確性については本稿で示した）だけで、その他、特別養子縁組の同意権、扶養義務および面会交流権は双方に存する。親権喪失要

---

(67) 岩志和一郎「親権概念等に関する検討」戸籍時報 673号（2011）14頁。児童の権利条約7条1項、同9条1項、また18条1項（「児童の養育及び発達について父母が共同の責任を有するという原則についての認識を確保するために最善の努力を払う。父母又は場合により法定保護者は、児童の養育及び発達についての第一義的な責任を有する。児童の最善の利益は、これらの者の基本的な関心事項となるものとする。」）にて、保障されている。さらに、欧州人権条約8条は、「すべての者は、その私的及び家庭生活、住居及び通信の権利を有する。」と私生活及び家庭生活の尊重についての権利から、子と親が不等に引き離されないことを保障している。

件と特別養子縁組の父母同意不要要件が同じであることにより、親権喪失の意義が判然としないという問題点が生じてくることが明らかとなった。親権喪失が何のためにあり、かつ親権喪失後に、子の保護を法的にどのように手当するかが、現状では欠けているように思われるのである。

親権が制限されるのは子の利益を基準とされるが、父母固有の権利義務という親子関係の最後の砦が外されるのも、子の利益が基準となる。同じ子の利益という用語を用いてはいるが、法的効果の点で違いがあるならば、その子の利益内容についても異なるはずである。親権概念が、子の利益概念との関係性の上に成り立っているのであれば、これを解明するために、さらに子の利益概念<sup>(68)</sup>についての再考が求められるのであり、それには、子の権利の側面も含め、改めて検証する必要がある。

本研究は JSPS 科研費 16K03427 の助成を受けたものである。

---

(68) 児童の権利条約、国際的子の奪取に関するハーグ条約、そして近年のわが国の家事事件手続法の改正において、子の意見聴取や子の意思の尊重が謳われており、これを含めた普遍的な検討が必要である。久保野恵美子「親権(1)―「総則」「親権の喪失」を中心に」大村敦志他編著『比較家族法研究』（商事法務、2012）260頁参照。