

# 未成年後見と親権との関係

～審判例にみる「親権を行う者がいないとき」の意義～

宮崎 幹朗

## 1 はじめに

未成年後見制度は、未成年者の保護を行うべき親権者が死亡したときなど、親権者が存在しない場合に、親権者に代わって未成年者を保護すべき保護者として後見人を選任する制度として予定されている。したがって、未成年後見人には親権者とほぼ同様の権利義務が認められている。たとえば、民法857条は、未成年後見人の未成年者に対する身上監護に関する権利義務として、民法820条から823条に規定する事項について親権者と同一の権利義務を有するものと規定している。つまり、未成年後見人は、子の利益のために子の監護教育に関する権利を有し、義務を負い、居所指定権、懲戒権および職業許可権を有することになる。また、民法859条によって、未成年後見人に未成年者の財産の管理を行う権限を与え、未成年者の法律行為について未成年者を代理する権限を認めている。

そして、民法は、未成年後見に関して、その838条1号に「未成年者に対して親権を行う者がいないとき」または「親権を行う者が管理権を有しないとき」に後見を開始すると規定している。未成年者に対して親権を行う者がいない場合または親権を行う者が管理権を有しない場合に、未成年後見が開始することとされているわけである。未成年者に対して「親権を行う者がいないとき」とは、一般的には、親権者全員が死亡した場合のほか、親権者全員が失踪宣告を受けた場合、親権者全員が親権喪失の審判を受けた場合、親権者全員が親権停止の審判を受けた場合、親権者全員が辞任した場合などのように、親権者となる者が法律上存在しなくなる場合を指すこ

とになる。その他、親権者となるべき父母がいるにもかかわらず、親権を行う者がいない場合に該当するのは、親権者について成年後見開始の審判がなされた場合などが当たるとされている<sup>1)</sup>。親が未成年の場合も法律上親権の行使ができないが、この場合には民法833条により親の親権者による親権代行が行われることとなっており、民法867条1項では、親の親権者による親権代行ができないときに未成年者である親のために後見が開始し、その後見人が未成年の親に代わって親権を代行することになると規定されている。したがって、未成年の子のために後見は開始しないことになる。ただし、未成年者でも法律上婚姻すれば、成年擬制によって成年に達したものと扱われるから、未成年の親であっても親権を行使することができ、上記の問題は生じない<sup>2)</sup>。これら以外に、いかなる場合に「親権を行う者がいない」として、未成年後見人の選任が行われるべきかについては、これまで「親権を行う者がいないとき」あるいは「親権の行使ができないとき」の理解が問題とされ、学説上議論されてきた。

これまでも、前述のように、親権者双方がともに死亡したときなど、「法律上」明確に親権者が存在しない場合や、親権者が存在しても後見開始決定がなされた際のように、その親権者が親権を行使することができない場合のほか、親権が「事実上」行使できない場合にも、民法838条1号の「親権を行う者がいないとき」に含まれるものと解されてきた。ここで、「事実上親権を行う者がいないとき」としてどのような場合が該当するのかが問題となり、親権者が行方不明となった場合で、失踪宣告などの手続がとられていない場合に、未成年後見人の選任が申立てられる審判があった。

また、「親権を行う者がいないとき」に関連する問題として、以下のような場合に「親権を行う者がいないときに」該当して後見が開始するのか、そ

- 
- 1) 親権者が禁治産宣告を受けた場合の事案として、大審院明治39年4月2日判決(民録12輯553頁)、大審院明治44年11月27日判決(民録17輯727頁)など。
  - 2) なお、未成年者が婚姻した後、未成年者である間に離婚した場合などには、成年擬制が続くのか、解消するのかについては議論があり、見解によっては未成年後見開始の問題が生じることになる。

れとも親権者の変更として処理されるべきなのかが議論されてきた。まず、非嫡出子の親権者である母が死亡した場合、未成年後見の開始となるのか、認知した父への親権者変更または指定が認められるのかに関する議論があり、これに関する審判があらわれてきた。次に、離婚後に単独親権者となった父母のいずれかが死亡した場合に、非親権者である生存親の親権が復活して親権者となるのか、生存親からの親権者変更の申立が認められるのか、親権者の変更ではなく未成年後見人の選任の問題となるのかについても、学説上議論され、家庭裁判所の審判でも争われてきた。さらに、未成年者が養子縁組によって養子となった後、養父母が離婚するなどして一方の養親が単独親権者となった後その養親が死亡した場合はどうなのか。養父母が双方とも死亡した場合、実親の親権が回復するのか、未成年後見を開始することになるのかについても、議論されてきた。離婚して単独親権者となった親が再婚して、その再婚相手との間で養子縁組がなされて実親と養親との共同親権に服することになった後、親権者となった実親と養親が双方とも死亡した場合には、未成年後見を開始するのかどうかという問題も議論されてきた。これらの問題に関しては、学説ではおおむね以下の4つの見解が主張されてきた<sup>3)</sup>。第一に、単独親権者の死亡によって未成年後見を開始し、実親が生存している場合であっても、その親への親権者変更や指定は認められないとする「後見開始説」があげられる。それに対して、単独親権者の死亡によって未成年子は当然に生存している親の親権に服することになり、未成年後見は開始しないとする「親権当然復活説」があげられる。そして、そのほかに、単独親権者の死亡によって原則として未成年後見を開始するとしながら、後見人が選任される前であれば、親権者変更が可能となり、生存している親が親権者として適格であれば親権者となりうるとする見解があらわれてきた。未成年後見が開始した場合で

3) 学説については、於保不二雄・中川淳編集『新版注釈民法(25)〔改訂版〕』(有斐閣、2004年)252頁以下〔山口純夫〕、許末恵「未成年後見をめぐる諸問題(監護養育)」野田愛子・梶村太市編集『新家族法実務大系2』(新日本法規、2008年)402頁以下など参照。

も、後見人が選任されていないことと生存実親が親権者ないしは子の監護養育者として適格であるという条件のもとで親権者の指定や変更が許されるといういわゆる「制限回復説」である。これに対して、後見人が選任されているかどうかに関わりなく、生存している親が親権者として適格であれば親権者となりうるとする「無制限回復説」をあげることができる。この見解では、単独親権者が死亡し、未成年後見が開始し、未成年後見人が選任された後でも、生存する実親が親権者変更または指定を申立てることが可能となり、その実親が親権者として適格であると判断できる場合には、親権者の変更・指定が可能となる。審判例の中では、以上のそれぞれの見解に立っていると考えられる審判例があり、必ずしも見解が一致しているとはいえないが、許末恵の指摘によれば、最高裁判所事務総局家庭局の判断は、当初の後見開始説から、無制限回復説に立って親権者変更を認める解釈を示しているという<sup>4)</sup>。

しかし、親権者である父母が死亡した後であっても、実際には、父母を失った未成年者は祖父母や伯叔父母等によって監護養育されていることが多く、未成年者について後見人の選任を求める申立てがなされないことも多いと指摘されている<sup>5)</sup>。養子縁組の代諾、遺産分割の協議、保険金や死亡退職金等の受領など、親権者である父母の死亡等に伴う種々の法律問題の処理の必要性から、法定代理人が必要となり、未成年後見人の選任が申し立てられることが多く、未成年者の監護養育の面からではなく、制限能力者である未成年者の行為能力の補充という観点から後見人の存在が求められていることがうかがえる。このような点を考慮して、未成年後見制度における財産管理面と身上監護面の役割への疑問も示されている。民法上の未成年後見制度が財産管理面を前提としたものとしての位置づけを強くし、現実の未成年者の監護養育という身上監護面の必要性を弱めているようにもみえる。そのような観点を踏まえて、未成年者の現実の保護という

4) 前掲・許末恵「未成年後見をめぐる諸問題（監護養育）」野田愛子・梶村太市編集『新家族法実務大系2』402頁参照。

5) 清水節『先例判例親族法Ⅲ』（日本加除出版、2000年）117頁以下など。

視点から、社会福祉上の子の保護の拡充の必要性を強調する主張も強まっているといえる<sup>6)</sup>。

近時、夫婦の離婚によって親権者となった母が死亡し、その母が遺言によって未成年後見人として子の祖母を指定していた場合に、非親権者である父からの親権者変更の申立てが認容されるべきかどうか争われた事案があらわれた<sup>7)</sup>。民法839条1項では、「最後に親権を行う者は、遺言で、未成年後見人を指定することができる」旨を規定しているが、これまで遺言による未成年後見人の指定が問題とされたことはほとんどなかった。したがって、親権と未成年後見との関係を考える上で、重要な論点が示されたことになる。

本稿では、上記で指摘した問題を前提として、親権と未成年後見とがどのような関係に立つのかについて、これまでの審判例を検討し、未成年者の保護のための両制度のあり方を考えてみる。

## 2 事実上「親権を行う者がいないとき」に関する審判例の検討

先述のように、法律上は親権者が存在する場合においても、親権者の親権の行使が期待できない場合には、事実上「親権を行う者がいないとき」に当たるとして、未成年後見人の選任が可能と解されてきた。その例としては、親権者が未成年者と別居し、海外等の遠隔地に居住しているなどで長期不在となっている場合、親権者が犯罪行為によって有罪判決を受けて服役中の場合、親権者が行方不明・生死不明の場合などで、親権者に代わって親権を代行する者もおらず親権者の失踪宣告の申立てもなされていない場合などがこれに当たるとされてきた<sup>8)</sup>。審判では、未成年者が捨て子な

---

6) 鈴木ハツヨ『子供の保護と後見制度』（創文社、1982年）25頁以下、湯沢雍彦『家庭事件の法社会学』（岩波書店、1968年）226頁以下など。

7) 大阪家裁平成26年1月10日審判（判時2248号63頁）、大阪高裁平成26年4月28日決定（判時2248号65頁）参照。

8) 前掲・於保不二雄・中川淳編集『新版注釈民法（25）[改訂版]』251頁〔山口純夫〕。昭和6年10月8日民事甲710号回答（先例全集2062頁）は、継母が5年以上にわたって所在不明の場合、「親権を行う者がいないとき」とみなすことができるとする。

どで親権者が明らかでない場合も、事実上親権を行う者がいないときに当たるとされている<sup>9)</sup>。ただし、事実上親権者が親権の行使ができない場合であっても、親権代行者が選任されている場合には、後見は開始しないものとされている。親権者の行方不明の場合については、当然に後見が開始するものとすべきか、後見開始のために親権喪失宣告や失踪宣告の手続を経る必要があるかどうかが問題となるが、これについては見解が分かっている<sup>10)</sup>。以下では、事実上「親権を行う者がいないとき」に関する審判例について検討する。

水戸家裁土浦支部昭和35年7月19日審判（審判1-1）の事案は、以下のようなものである<sup>11)</sup>。朝鮮籍の父親Aと日本国籍の母親Bが婚姻し、子Cが出生した後父母であるAとBが協議離婚した。その際、母親Bが子Cを引き取り養育することとし、父親Aが子に対する親権を放棄する旨を約束し、事実上母親Bの父D（子の祖父）が子を扶養していた。その後、子Cの将来を考慮して、祖父Dが子の代理人として日本への帰化手続をすすめようとしていたところ、法務省の指示により、子Cの後見人を選任して帰化の申請をすることを求められたため、祖父Dが後見人の選任を申し立てたというものである。この事案の場合、子の父Aの母国である朝鮮の民法が適用され、それによると、父母の離婚によって父親Aが子Cの唯一の親権者となるものとなっている。離婚後父親Aが行方不明となり、手をつくして探してもわからずにいたところ、はからずも詐欺等の罪で懲役刑となり刑務所に服役中であることが判明した。そこで、父親Aが法律上は親権者であっても、

- 
- 9) 前掲・於保不二雄・中川淳編集『新版注釈民法（25）[改訂版]』251頁〔山口純夫〕、能見善久・加藤新太郎編集『論点体系判例民法9親族（第2版）』（第一法規、2013年）460頁〔佐藤久文〕。
- 10) 「民法親族編改正要綱」の留保事項第51においては、「親権者が行方不明等の事由により事実上親権を行うことができない場合に、当然に後見が開始するものとすべきか、あるいは親権喪失の審判をまって後見が開始するものとしこの場合における法律関係を明確化すべきかについて、なお検討を要する」としている。前掲・於保不二雄・中川淳編集『新版注釈民法（25）[改訂版]』251頁〔山口純夫〕参照。
- 11) 水戸家裁土浦支部昭和35年7月19日審判（家月12巻9号198頁）。単純に服役中であることのみを理由として、後見人を選任したものとは言い切れない。

事実上祖父Dが子Cの監護養育に当たっていること、父親Aは服役中であるから子Cの法律行為等の代理権を行使することはできないこと、また新たに制定された新朝鮮民法928条によって後見人の選任が必要になる場合に当たること等の申立の実情に配慮して、祖父Dからの未成年後見人選任の申立を認容し、祖父Dを後見人に選任したという事案である。この事案では、子の母親Bが後見人となる可能性があるわけだが、祖父Dからの申立の実情によれば、現在母親Bは喫茶店員として働いており、まだ若いから今後結婚することも考えられるため、祖父Dが子Cの扶養に当たる以外に方法がないことが主張されている。子の監護養育や扶養の実態に配慮して、祖父Dを後見人とすることを認めたものであるといえる。

大阪家裁昭和32年4月9日審判（審判1-2）は、韓国籍の父Aと日本国籍の母Bの離婚後の子Cの後見人選任が問題となったものである。この事案の場合は、子Cの父親Aの母国である韓国法が適用されることになるが、その韓国法の規定によって旧日本民法が適用されることとなったものである。その結果、子Cの親権者となるべき父親Aが行方不明である場合として、民法838条を適用して、母親Bを後見人に選任したものである<sup>12)</sup>。

また、浦和家裁昭和36年8月31日審判（審判1-3）は次のような事案である。朝鮮籍の父親Aと日本国籍の母親Bが朝鮮で婚姻し、子Cが出生したが、その後父親Aが行方不明となり、BとCは日本へ帰国したというものである。そのような事実関係のもとで、母親Bが日本の裁判所に離婚の訴えを提起し、離婚認容の判決が出されたが、父Aが所在不明で子の親権を行使することができない状態にあるため、母Bから後見人選任の申立がされたというものである<sup>13)</sup>。裁判所は、この場合の後見人の選任は朝鮮法の規定によることとなるとしたものの、朝鮮法が不明であるとして、条理にしたがって子の利益のために後見人選任に理由があると認め、母親Bを後見人に選任した。

さらに、広島家裁呉支部昭和46年1月23日審判（審判1-4）は、日本国籍の父親Aと韓国籍の母親Bとの間に生まれた3人の子C1、C2、C3について、

12) 大阪家裁昭和32年4月9日審判（家月9巻4号60頁）。

13) 浦和家裁昭和36年8月31日審判（家月13巻12号65頁）。



子らの父親Aの母D（祖母）が後見人の選任を申立てたものである<sup>14)</sup>。C1らの母親Bが単身家を出て所在不明となり、他方で子の父親Aは精神的な病気で入院加療中という状態であり、子C1らを祖母Dが引き取って養育しているという状態である。韓国籍を有する子C1らの帰化申請手続のために後見人の選任が必要となったとして、後見人の選任申立がされたというものである。審判は、韓国法によれば、後見人開始の原因は「未成年者に対して親権者がいないか、親権者が法律行為の代理権及び財産管理権を行使することができないとき」と規定されており、父Aと母Bはいずれも親権を行使することが事実上不能の状態にあり、韓国法によれば後見が開始されたものといわなければならないとするが、親権者である父母に後見人を指定する旨の遺言もなく、親権者が死亡したものでもないことから、法定後見人が選任される場合には当たらないと解するのが相当であると判断している。しかし、そうすると子C1らについて後見の開始の原因はあるが、後見の事務を行う者がいないことになり、法例23条2項に該当し、日本法によることになると述べて、民法838条1号の「未成年者に対して親権を行う者がいないとき」に当たり、後見開始の原因があることが明らかであると判断して、祖母Dを後見人として選任したものである。

上記の四つの審判の事案は、いずれも両親のいずれかが外国籍で、子らが日本国籍を有していない場合であり、本来適用される法律が韓国法ないし朝鮮法であるという状況があり、それらの法律が不明であるとか、それらの法律によれば日本法が適用されることになるなどの事情があって、日本の民法838条が問題となったという特殊な事情があるケースである。また、主に日本への帰化申請の手続等のために法定代理人の存在が必要とされたという事情が後見人選任申立の背景にあり、その意味でも特殊な事案といえる。審判1-4の事案では、実父母双方が事実上親権を行使できない場合とはいえ、子のために未成年後見人が必要となる事情があることは明らかだが、他の審判例では、実親が生存しているにもかかわらず、親権者の指定

---

14) 広島家裁呉支部昭和46年1月23日審判（家月23巻7号74頁）。



や変更ではなく、未成年後見人の選任が申立てられ、実母が後見人に選任されているものもあり、この種の事案では未成年後見が開始するという理解が定着していたように思われる。

横浜家裁昭和29年2月9日審判（審判1-5）は、実母Bが行方不明である場合に未成年後見人の選任を認めたものである<sup>15)</sup>。子C自身は生後2か月で施設に預けられたというもので、戸籍上実母は明らかであるが、実母の行方は分からない状態で、子Cの養子縁組の話があるため、子Cの法定代理人が必要となり、そのため後見人の選任が求められたという事案であり、養父母となることを希望しているG夫婦の一方から申立がなされたというものである。この事案も養子縁組の手続のために法定代理権を有する後見人が必要とされたという事情がある。

また、親権者の心身に著しい障害がある場合で、親権者に対して禁治産宣告ないし準禁治産宣告の申立てあるいは成年後見開始の申立てがなされていない場合においても、事実上親権の行使ができない状態が続いているとして、未成年後見の開始を認め、未成年後見人を選任した審判がある。大阪家裁昭和43年12月23日審判（審判1-6）の事案は、未成年の子Cは伯母Fに監護養育されており、子の母親Bは聾啞者で心身に障害があり親権を行使できないとして、未成年後見人の選任の申立がされたものである<sup>16)</sup>。子Cは母親Bの嫡出でない子であり、母親Bの知能は低く、特殊教育を受けなかったことから発語不能であり、医師の診断書によればその心身障害の程度は身体障害者福祉法の別表第2、第3の各1に当たるものと認められている。その上で、審判は以下のように述べて、後見人として母親Bの父D（子の祖父）を選任した。すなわち、「民法第838条第1号に定める未成年者に対し親権を行う者がいないときは、親権者の死亡・親権の喪失・辞任等により現に親権者がいない場合はもとより、親権者が生存していても事実上

---

15) 横浜家裁昭和29年2月9日審判（家月6巻8号70頁）。なお、この事案に関連して、同日の審判で養子縁組の許可と子の名の変更の許可が認容されている。横浜家裁昭和29年2月9日審判（家月6巻8号72頁）、同昭和29年2月9日審判（家月6巻8号72頁）。

16) 大阪家裁昭和43年12月23日審判（家月21巻6号62頁）。

親権を行うことができない事情にある場合をも含むと解すべきところ、親権者の心身に著しい障害があるため親権を行うことができない状況にある場合も、親権者の行方不明などの場合と同じく、これにあたりと解するのが相当である」としている。その上で、「親権者の心身に障害があるため親権を行うことができない事情にあることを判断するには、必ず禁治産宣告等の手続を経なければならないとの見解がある。しかし、このように解すると、禁治産宣告には、手続上申立権者の範囲・要鑑定などの制限があるほか、申立権者があっても近親者が禁治産宣告を望まぬことがあるため、この手続がとられないで放置されたり著しく遅延することなどがあって、早急に後見人を選任することができず、未成年者の保護に欠ける事態を招くことになり、未成年者後見制度の趣旨にてらし適切でないし、また親権者が心身の障害のためにせよ行方不明のためにせよ、親権を行うことができない事情にあることには差異がないのであるから、親権者が心身の障害のため親権を行うことができない事情にあるかどうかは、関係法規に特段の定めのない限り必ずしも医師の鑑定や禁治産宣告等の手続を要せず、障害の程度が明白な場合には、行方不明のため親権を行うことができないときと同じく家庭裁判所の職権調査による自由な認定に委ねてよい」という判断を示している。手続上の煩雑によって子の利益を保護することに支障がでないようにすることを優先すべきという姿勢を示したものと見える。この事案については、医師の診断書が提出されており、身体障害者福祉法に基づく母親の障害の程度も明らかとなっており、それらに基づき裁判所の判断が示されたものと思われるが、障害の程度が明確でない場合には、事案によっては専門医の鑑定や診断が必要な場合があると考えらるべきであろう<sup>17)</sup>。

札幌家裁昭和56年3月16日審判（審判1-7）の事案も、親権者に著しい心身の障害があることが問題となったものである<sup>18)</sup>。両親AとBの離婚後、母

---

17) 昭和31年1月25日大阪家庭裁判所家事部決議（『大阪家庭裁判所家事部決議録』126頁）参照。

18) 札幌家裁昭和56年3月16日審判（家月33巻12号68頁）。

親Bが子Cの親権者となったが、母親Bには心身に著しい障害があって、親権を行うことができない状況にあるとして、母親Bの父親D（子の祖父）が未成年後見人の選任を申立てたという事案である。子Cは現在、母親の姉F夫婦のもとに引き取られて監護養育されており、子Cの幼稚園への入園手続きをとるという事情から、F夫婦との間で養子縁組をすることを考えて、家庭裁判所に養子縁組許可審判の申立をしたところ、親権者である子の母親Bに精神障害の疑いが濃くなり、代諾能力に疑問が生じたため、母親Bに対する禁治産宣告および後見人選任の申立がなされた。これに基づき、子Cの母親Bに対する精神鑑定がなされることとなり、これらの事情を踏まえて子Cの未成年後見人の選任も申立てられたというものである。医師の精神鑑定書によれば、子の母親Bはもともと内向的な性格で、婚姻中から夫Aが仕事のため家を長期間留守にすることが多く、妻であるBをいたわることがなかったこともあって、衝動的行動に出たり、不穏な状態を招いたりして、精神病院への入退院を繰り返すこととなり、精神分裂病と診断されるに至り、離婚前から入院中である。現在は、簡単な物事の判断、計算、見当識は保たれており、意識状態にはとりたてて異常はないが、思考のまとまりが悪く、複雑な事象の推理、予測の能力に乏しく、感情・意志の鈍麻が甚だしく、自閉的傾向を原因として根気、持続力、積極性のなさ、広い立場からの判断ができない状態となっており、改善されることは期待できない状態にあると診断されている。そのような親権者である母親Bの状態を前提として、家庭裁判所は、「後見開始事由である民法838条1号前段所定の『未成年者に対し、親権を行う者がいないとき』とは、一般には親権者の死亡・親権の喪失・辞任等によって現に親権者がいない場合を指すものであるが、これに限られるものではなく、親権者が生存していても、その心身に著しい障害があって、事実上親権を行使することができない状況が継続している場合にも、未成年者を保護する目的のもとでは、同視すべきものであるから、これに該当するものと解すべき」として、親権者である母親Bの現在の精神状態からして、著しい精神障害があるものとして、未成年後見開始の事由があるものとした。また、この審判においても、未成年後見人の選

任について、親権者である母親Bについて必ず禁治産宣告等の手続を経なければならぬ必然性はないという判断を示している。子Cに対する適切な後見人という観点について、離婚した父親Aはすでに再婚して、CやBとは関わりたくない旨を示しており、子Cについて祖父Dを後見人に選任し、引き続き伯母であるF夫婦のもとで監護養育されることが適当であるとしている。

以上の三つの審判の事案においては、単独親権者の所在不明や単独親権者の心身に著しい障害があるなどの事情があって、その親権者の親権の行使が不可能と考えられる場合が「親権を行う者がいないとき」に当たり、未成年後見開始の原因となるかどうかという観点から議論されてきた。しかし、事案によっては、それらの場合でも、他方の親が存在している場合もあり、親権者の変更あるいは指定という方法も可能であったのではと思われるケースもある。しかし、ここで取り上げた事案では、すべて後見開始原因となるかどうかの問題とされている。

### 3 非嫡出子の単独親権者である母親の死亡の場合の親権者変更に関する審判例の検討

原則として非嫡出子の親権者は母親であり、父親が子を認知し、民法819条4項によって父親と母親の協議で父親を親権者と定めた場合以外は、母親が単独で親権者となることになる。このような状況で、単独親権者である母親が死亡した場合、未成年後見が開始することになるのか、あるいは生存している父親が親権者となるのかが問題となる。また、父親と母親の協議によって父親が単独親権者となっている場合に、父親が死亡したときには母親に親権者が変更されるのか、未成年後見が開始するのも同様に問題となる。この問題に関する審判として公表されている審判例は多い。

広島家裁昭和33年10月13日審判（審判2-1）は、内縁関係にあった男Aと女Bの間で子Cが出生し、AとBの2人で子Cを養育してきたところ、婚姻届未了のまま、子の母親Bが死亡したという事案であり、引き続き子Cを養育している父親Aが、民法819条4項に定める協議をすることができないとして、同法819条5項に基づき家庭裁判所に協議に代わる審判を求めたとい

うものである<sup>19)</sup>。家庭裁判所は、戸籍の記載および調査官の調査報告書から、父親Aの主張する事実関係を真実と認定した上で、家庭裁判所が民法819条5項の協議に代わる審判をおこない、親権者の指定をすることができるかどうかが問題であると指摘している。そして、これまで学者や実務家の間で種々議論されてきたところであるが、「実の父又は母が存し事実上子の監護教育の任に当たっている場合、これらの者を親権者として法律上においても現実一致させる方が子のために利益であることを否定し得ないし、認知した父ある子の母が死亡した場合を民法第819条第5項にいう協議をすることができないときの一場合と観ることも理論上可能であると考えられる」と述べて、父親Aからの申立を認容し、父親Aを子Cの親権者と指定した。この事案では、子の両親が内縁関係のままであったが、内縁状態のまま共同して子の監護養育に携わってきたこと、母親の死亡後も父親が子を監護養育してきたという事実を尊重したものと考えることができる。特別に明確な法的根拠が示されたわけでもなく、後見開始か親権者指定かを問うことなく、事実として子の監護養育している非親権者である生存親を親権者とすることが子の利益となると判断して、単独親権者である母親が死亡した場合を民法819条5項の「協議をすることができない」場合の一つに当たると考えることが理論上可能であるとした審判であるといえる。

長崎家裁昭和37年8月15日審判（審判2-2）は次のような事案である<sup>20)</sup>。日本国籍を有する男性Aが、上海で無国籍の女性Bと同棲し、終戦後二人で日本に引き揚げてきている。AとBの間には3人の子C1、C2、C3が生まれ、引き続き二人で養育してきた。その後、母親Bが死亡し、父親Aが子C1らを認知し、3人の子のうち未成年である2人の子C2とC3について親権者の指定を申立てたというものである。この事案では、民法819条5項に基づいて、子の父親Aから協議ができない場合に当たることを主張し、協議に代わる審判を求めたものである。家庭裁判所は、まず、子の親権者の指定に関する準拠法について判断し、申立人である父親Aの本国法である日本民法が

19) 広島家裁昭和33年10月13日審判（家月10巻12号81頁）。

20) 長崎家裁昭和37年8月15日審判（家月15巻1号157頁）。

適用されることを認めている。その上で、父親Aの認知の前に親権者であった母親Bが死亡していたことから、母親Bの死亡によって未成年の子C2らについて後見が開始されていたという判断を示し、すでに後見が開始されている場合に、親権者の指定が許されるかどうかは、民法819条4項および5項の規定の解釈上議論が分かれる問題であることを指摘している。そして、「日本国民法は、未成年者に父母がいる場合には、父母に親権の喪失、辞退等の特殊の事情のない限り、その婚姻の有無により、父母が共同または単独で親権を行なうものとし、父母の親権が行なわれ得ないときにはじめて後見が開始するとの建前をとっているのである。このことは、父母がいる場合には、父母が子を監護養育し、またはその財産を管理するのが自然の情にかなない、事柄の性質上もふさわしいと認められるからにほかならず、この意味において、わが国における未成年後見の制度は親権の制度の補充的な機能を営むものと解すべきである」と指摘している。そして「実父の認知当時、すでに親権者たる母親が死亡し、したがって後見が開始しているときでも、認知によりはじめてその資格の与えられた父親が親権者たる適格を有する限り、これを親権者に指定すること、つまり親権の復活を認めることはむしろ前記の法の建前にかなうものであり、また認知した実父の意思にも沿うものであるといわなければならない」と述べ、「民法第819条第4項および第5項の規定によれば、婚外子につき父が認知した場合には、母との協議で親権者を父と定めることができ、協議が調わず、または不能なときには、家庭裁判所が協議に代わる審判をすることができる旨規定し、この親権者の指定について父母の協議を前提としているので、同条の規定の文理解釈上、この協議をすべき当事者である母がすでに死亡しているときには、もはや父を親権者に指定する余地はないとの反論も考えられるのであるが、同条は協議の当事者たる父母が生存している通常の場合を予想して右のような表現をとったにとどまり、当事者の一方である母の死亡後父が認知した場合に、これを排斥するほど強い意味をもつものではないと解する」という解釈を示している。その上で、申立人である父親Aが親権者として適格かどうかについて、子C1らの出生以後実父として変



わらぬ愛情をもって子らの養育監護にあたってきたことや子らを自分の戸籍に入籍させるために努力を続けてきたことに加えて、父親の職業、性格、子との人間関係を合わせて考えると、父親Aは子C2らの親権者としてふさわしいと判断して、父親Aからの申立を認容している。この審判では、原則として、単独親権者であった母親が死亡した段階で子について未成年後見を開始することを認めているが、未成年後見制度が親権制度の補充的制度であることを指摘し、民法819条の趣旨は未成年後見が開始されている場合でも親権の復活を一切認めないというものではないという解釈を示したものである。親権回復の可能性を肯定する見解を示したものといえる。後見が開始した場合でも、生存親が親権者として適格であれば、親権者として子の監護養育に当たらせるのが望ましいという判断が示されている。したがって、この審判の考え方によれば、生存親が親権者としてふさわしくないと裁判所が判断した場合には、819条5項の協議ができないときに当たらず、親権者指定の問題とはならず、未成年後見の問題として処理されることになる。

大阪家裁昭和37年11月8日審判（審判2-3）は下記のような事案である<sup>21)</sup>。夫と別居中の女性B（子の母親）が夫以外の男性A（子の父親）と同棲し、その男性Aとの間で子Cを出産したという事案である。子Cの出生当時、母親Bとその夫との間に離婚が成立していなかったため、子Cは母親の当時の法律上の夫との間の三男として出生届が出され、その後母親Bが死亡したというものである。以上のような事実に基づき、子の戸籍に関する訂正審判がなされ、戸籍の父親欄および続柄欄の訂正が行われた後、申立人である子Cの父親Aが認知届を提出した。その上で、民法819条4項および5項の「協議することができないとき」に当たると主張して、親権者の指定を求めたものである。裁判所は、子は出生当時から現在に至るまで父親である申立人Aに養育されており、申立人が子Cを唯一の実子として愛育していることが認められると判断し、民法819条4項および5項の「協議をすることができないとき」とは「親権者である実母が死亡していて認知した実父との

21) 大阪家裁昭和37年11月8日審判（家月15巻3号153頁）。



間に非嫡出子の親権者の指定につき協議することができず、しかも当該実父がその子の親権者として適当と認められるときも含むと解すべきである」と述べて、諸般の事情から考えて申立人である父親Aを親権者に指定することが最も望ましいと認められるという判断を示した。申立を行った実の父親Aが子Cの親権者として適当であることが明示されている点で、前掲の長崎家裁審判（審判2-2）と同様の判断が示されたものと考えることができる。単純に単独親権者である母親が死亡したからといって「協議をすることができないとき」に該当するとは考えていないことがうかがえる。また、この審判においては、単独親権者の死亡後、未成年後見が開始するかどうかの判断については何も示されていない。

東京家裁昭和38年12月25日審判（審判2-4）も、非嫡出子C1らの親権者である母親Bが死亡した後、子Cを認知した父親Aから親権者指定の申立がなされたものである<sup>22)</sup>。申立人である父親Aには法律上の妻があるものの、夫婦仲が円満ではなく、別居中で離婚について協議中であったところ、子C1らの母親となる女性Bと事実上の夫婦関係を続け、Bとの間に2人の子C1とC2が出生した。最初の子C1については、申立人Aが認知した上で、親権者を申立人Aとする旨を届け出たが、2人目の子C2については出生直後に母親Bが死亡したため、申立人Aが認知したものの、親権者の指定について協議をすることができなかった。そこで、申立人Aが2人目の子C2について親権者の指定を求めて申立てたという事案である。裁判所は、まず、申立人であるA提出の関係書類と審問の結果その他の記録一切を総合すれば、申立の原因事実は明らかであり、かつ申立人Aが監護養育者として適当であることが認められると判断している。そして、「親権者である母が死亡して親権を行使する者がいないのであるから、民法第838条第1号により後見を開始するというのが通例であって、本件のように母が死亡して協議の余地がない場合にもなお協議ができないものとして民法第819条第4項、第5項による親権者指定ができるかどうかは問題である」としている。その上で、

---

22) 東京家裁昭和38年12月25日審判（家月16巻6号175頁）。

「しかしながら、民法の規定する親権あるいは後見の制度は、民族の風俗慣習を照合しつつ、子の福祉を目的とする以上、親権者は誰であるとか、如何なる場合に親権者変更や指定の申立が許されるか等は、單純に民法各本条の文理解釈に止まることなく、各場合について妥当なる判断を下すべきである。そうだとすれば、民法第819条第4項、第5項にいう協議不能が、協議という以上対立する当事者の存在を前提とすることは勿論であるが、この存在は協議不能の場合にも常に存在を必要とすると狭く解釈する理由はあるまい。問題は、かかる場合に、父を親権者とするのが、果たして、子の福祉のためによいかどうかであって、協議当事者の対立存在ではない。若し父が親権者として不適當であれば、本件の場合には親権者指定は許容せず後見開始となるだけである」と述べている。そして、「そもそも、民法が、子に実父母がある限り、親権の喪失・辞退等特殊な場合を除いて、原則として婚姻の有無によってその共同もしくは何れか一方を親権者とする建前をとっているのは、それが子の監護教育・財産管理に最も自然の情に適い、事の性質にも合しているからであり、従って民法が親権と後見を別箇のものとする以上、父が親権者として子を監護養育したいというのは、親子の情愛であって、法律上も敢て後見に付さねばならぬとする理由がないことは前述のとおりである」として、父が子を引き取って監護養育している場合は、父を親権者とする方が、父の子に対する愛情を深め責任感を高めて、ひいては子の福祉に資すると述べて、申立を認容し、父親Aを親権者として指定した。審判は、原則として単独親権者の死亡によって未成年後見が開始することを認めているが、単独親権者が死亡した場合に親権者指定の問題となるのか後見開始となるのかを民法838条や819条の文理解釈として解決するのではなく、実質的に子の福祉に適うような合理的解釈を採用すべきことを明確にしている。そして、非親権者である父親Aがこれまでも監護養育の実績を有しており、監護養育の意思を持っていること等を考慮して、親権者としての適格性ありと判断したものと見える。未成年後見制度があくまでも親権制度の補充的制度であるとして、生存親がいれば子の親権者として監護養育するというように考えるのが一般的な感情

であることが示されている。

大阪家裁昭和39年10月14日審判（審判2-5）は以下のような事案である<sup>23)</sup>。子の父親である申立人Aと子の母親Bとの間に子Cが非嫡出子として出生したが、その後母親Bが死亡し、子Cは申立人の母D（子の祖母）の許で養育されてきた。その後、申立人Aが現在の妻と婚姻して、家庭的に安定したので、子を引き取って監護養育を行っている。申立人Aが子Cを認知し、子Cの親権者としての指定を求めたものである。子Cの母親Bの死亡後、子Cに対して後見人は選任されていない。裁判所は、「未成年に対して親権を行うものがなくなったときは民法第838条により後見が開始するので、父または母があっても親権者の指定をすべきではなく、後見人の選任をしなければならないとする考え方もあるが、未成年者の後見が親権の延長であり、両者を区別してまず第一次的には親権を予定している民法の趣旨からすれば、父または母の子に対する監護養育はできるかぎり親権者として行使させるべきであるから、後見が開始している場合であっても、後見人が選任されるまでは親権者の指定ができないというものではないと解する。そこで、親権者母死亡後、子を認知した父がいる場合に親権者の指定ができるかどうか考えるに、民法第819条第4項、第5項の『協議することができないとき』とは父母がともに生存していて協議ができない場合を予定した規定であるが、上記の場合にもこの規定を類推適用し、家庭裁判所が親権者の指定をすることができるものと解するのが相当である。もっとも、その父が親権者として不相当と判断されるときは、親権者の指定をせず、他に後見人を選任すべきである」と述べて、申立人である父親Aが子Cを適切に監護養育していることから、父親Aを子Cの親権者と定めることが相当とし、申立を認容している。この審判では、単独親権者が死亡した場合には、まず未成年後見が開始するものと解されているものといえる。しかし、後見が開始した場合であっても、親権者の指定を申立てることができるという解釈を示している。その理由は、民法が親権者に第一次的に子の監護養育

---

23) 大阪家裁昭和39年10月14日審判（家月17巻1号110頁）。

を委ねていることおよび未成年後見制度が親権制度の補助的なものであることにあり、親権者として適切な者がいる場合には親権者を指定するべきという考えが示されている。前掲の長崎家裁審判（審判2-2）や東京家裁昭和38年審判（審判2-4）とほぼ同様の点を指摘しているといえる。

大阪家裁昭和40年12月13日審判（審判2-6）も、子の親権者である母親が死亡した後、子を認知した父親が親権者指定を申立て、これが認容された事案である<sup>24)</sup>。この事案で、申立人である父親Aは妻および4人の子と同居して生活しており、子Cの母親Bは申立人の経営する工場に勤務していた女性である。申立人Aと子の母親Bとの関係は婚姻外の不倫関係にあり、その間に子Cが出生している。子の母親Bの死後、申立人Aが子を認知し、妻の了解と協力を得て、子Cを引き取って監護教育にあっている。裁判所は、「単独親権者であった母がすでに死亡した後、未だ、後見人が選任されていない間に、非嫡出子を認知した父から、親権者指定の申立ができるか、どうかについては、民法第819条第4項、第5項には、父が認知した子に対する親権は、父母の協議で父を親権者と定めたときに限り、父がこれを行なう、その協議が調わない、または協議することができないときは、家庭裁判所は、父または母の請求によって、協議に代わる審判をすることができると定められており、その立言の仕方からすれば、協議主体の一方が死亡した後は、協議の余地はなく、その父が希望するならば、後見人に選任されるのが相当であると、消極に解する考え方が有力に唱えられていて、一つの問題とされているわけである」と述べた後で、「しかしながら、いわゆる未成年後見は、親権の延長である性格を与えられていると解するのが一般であり、殊に、新法のもとにおいては、旧法に比較し、その間の差が縮小されるに至っているにしても、元来、後見と親権は、法律上、別個の制度であろうこと、しかして、子の父としては、後見人としてより親権者として、その子を監護、養育してゆきたいという感情を抱くのが当然であり、なお、民法第818条、第819条を通じてその規定の趣旨を検討するとき

---

24) 大阪家裁昭和40年12月13日審判（家月18巻8号58頁）。

は、かかる感情も、自然の情理にかなうものとして、法律上も、尊重されてしかるべきであると考えられること、父が認知したところの子の母が行方不明であるときには、民法第819条第5項にいう、父母が協議をすることができない場合の一つに該当するとして、その処理が図られるのが一般であると解されるが、かかる場合と、その母がすでに死亡していた場合とを峻別すべき合理的根拠とはぼしいと考えられること等を、彼此、併せて、推論すると、上記の問題、すなわち、単独親権者であった母がすでに死亡した後、非嫡出子を認知した父から、親権者指定の申立があったときは、家庭裁判所としては、上記の法条にいう、父母が協議をすることができない場合の一つに該当すると類推解釈して、未だ、後見人が選任されていない間であるか、どうか、さらには、その父が子の親権者として適当であるか、どうかを審理し、これらの要件を充足しているものと認められるならば、その申立を許容して、親権者指定の審判をし得るものと、積極的に解するのが、より妥当であると判断されるところである」と続けている。そして、申立人である父親Aが実際に妻の了解と協力のもとで、子Cを引き取り、適切な監護養育を行っていること、将来もそれを継続することを誓っていることが認められ、上記に掲げた要件を充足しているとして、父親Aからの申立を認容している。ここでは、単独親権者が死亡した場合には、未成年後見が開始するという見解が有力であると指摘しながら、親権制度と後見制度の趣旨、親としての一般的な感情などを考慮して、親権者の指定に関する協議ができない場合の一つに当たると「類推解釈」して、後見人が選任されていないこと、申立人である父親が親権者として適当であることを認めて、父親を親権者に指定したものである。これまでの審判例と同じような観点から、未成年後見が開始した場合であっても、生存親が親権者として適格であると認められる場合には親権者として指定することができることを認めたものであり、当時の親権者死亡後の問題点についてかなり詳細に検討しながら、結果としての合理性・妥当性を重視しているものと評価できる。

名古屋家裁豊橋支部昭和42年2月28日審判（審判2-7）では、父親が母親

の生存中に非嫡出子を認知していたというもので、その点がこれまでの審判例の事案とは異なっている<sup>25)</sup>。申立人である子の父親Aには法律上の妻がおり、その妻との間に子が2人生まれたが、2人目の子はその後死亡している。その婚姻中に、申立人Aは子の母親Bと親しくなり、子Cが出生した。その際、生まれた子Cを申立人と申立人の妻との間の子として出生届を出すことが提案されたが、子の母親Bの反対で実現しなかった。そこで、申立人Aが子Cを認知した。その後、申立人Aは妻子と別居し、子の母親Bと子Cと同居していたが、子Cが14歳のときに子の母親Bが死亡し、子Cは父親である申立人A、Aの妻、Aと妻との間の子夫婦と同居するようになった。申立人Aは妻の協力も得て、子Cの将来の就職や結婚のために万全の措置を取りたいと考えて、親権者として子の監護教育に当たることを希望して、親権者指定の申立を行ったというものである。なお、この申立を申立人の妻も子C自身も望んでいるとされている。これについて、裁判所は「未成年者の単独親権者が死亡した場合、後見が開始し、後見人の指定がなされていないかぎり、家庭裁判所による後見人選任がなされることとなる」としながら、「しかし、他方の親が生存しており、親権者となることを希望しており、かつその者が親権者たるに適當であると認められるような場合でも、なお後見人選任の途しかないと解すべきであろうか。文理上、このような場合に後見人選任以外の方法はなく、生存親が未成年者の養育監護に適當であるならば、これを後見人に選任すれば足りるという見解もあるけれども、当裁判所は、このような場合、親権者指定も許されると解する」と述べて、後見が開始した場合でも親権者の指定が可能であることを明らかにしている。そして、その理由として以下の5点をあげている。第一に、後見制度が親権制度と区別され、親権制度の補充ないし代用の性格を有しており、後見人の地位が親権者に比べてかなりの制約を受けていることなど、多くの面で相当の差異を生じ、両者をたやすく等質視できないということである。第二に、未成年者に父母がある場合、現行法は、親権喪失や辞退

---

25) 名古屋家裁豊橋支部昭和42年2月28日審判(家月19巻9号49頁)。



等の特殊な事情がない限り、未成年者の養育監護は第一次的に父母が親権者としてその任にあたることを期待し、父母がないか父母が親権を行えないときにはじめて後見制度が登場するという建前をとっており、親権優先を原則としているといえることである。第三に、国民感情として、真実の血縁のある父母は、後見人となるよりも親権者として子の監護養育にあたりたいとする傾向が一般的であると思われ、このような感情は自然の情理として是認することができ、法律上も尊重することが妥当であるということである。第四に、両親が生存しているのに単独親権となるのは、父母が婚姻関係にないことから、共同行使に支障があるものとして、便宜上、父母の一方を親権者と定めることとなっているため、他方が親権者たるに適当でないからではなく、他方の親の地位も潜在的あるいは予備的な親権者として尊重すべきであることである。第五に、単独親権者が行方不明になった場合が、民法819条5項にいう「協議をすることができないとき」に該当することに異論はないが、行方不明の場合と死亡の場合とを峻別すべき実質的理由に乏しいということである。そして、上記のような考えに対して、民法819条5項は協議に代わるべき審判に関する規定であるから、協議の当事者が死亡しているときにはその審判はなしえないとする反論が予想されるとしつつも、819条5項の規定は通常の場合を想定した表現にとどまっているにすぎず、一方の親の死亡後に審判をすべて禁じる趣旨とまでは考え難く、親権者指定の審判によって直接に指定された者に親権者たる地位が形成されるのであり、協議の成立が擬制されるわけではないと再反論している。単独親権者の死亡によって後見が開始するといっても、後見開始は観念的なものとどまり、後見人選任が後見開始の実質の起点というべきであるとして、後見開始後、後見人不在の期間内に限って、親権者指定の審判をおこなうことはあながち無理ではないと述べている。さらに、この事案の場合、民法819条5項の親権者指定なのか、6項の親権者変更なのかという問題については、父親が認知した子について父を親権者と定めるといふ事項の処理であるから、民法819条5項の問題として処理すべきとする。そして、認知が子の母親の生存中になされた場合でも、親権者指



定の審判が許されるかどうかについては、協議をおこなう機会があったのにこれをせずにいたものとして、父を親権者とする審判は許されないという見解も成り立つとしながら、819条4項は協議の時期について、離婚の場合の819条1項のような体裁をとっていないので、「特に認知と同時に、あるいはこれに接着して速やかに、協議を行なうことを予定しているとは見られない。また非嫡出子の認知および父を親権者とする協議ということは、複雑な人間関係がからみあい、父母だけの意思で決し兼ねることも多いのであって、父を親権者と定める協議がなされないことは、当事者の怠慢とばかりはいえず、協議の機会の有無によって親権者指定の許否を決するのはこの種事態の実情に沿わない嫌いがあるといわなければならない。見方によっては、母が死亡するまで認知すら怠っていた父よりも、母生存中にいち早く認知をしていた父の方が、親としての責任を果たしており、親権者たるにふさわしいことが多いとも考えられ、また認知の時の母の死亡時に先立っているからといって、常にその間に協議のための時間的余裕があるとは必ずしもいえないから、父の認知の時と、母の死亡の時の先後によって取り扱いを峻別すべき根拠はなんら存在しないと考えられる。そこで母の生存中に認知のあった場合でも、母死亡後に父を親権者に指定することは許されると解すべきであって、結局問題は、その父が親権者たるにふさわしいかどうかに着目するのである」と述べている。かなり詳細に問題点を検討して、単独親権者が死亡した後の生存親の親権者指定を肯定している点で注目すべき審判といえる。単独親権者が死亡した場合には、未成年後見が開始するという前提としながら、後見人の指定も選任も行われていない場合には生存親の親権者指定が可能であるという解釈を示しているが、最終的に、親権者の指定を申立てている生存親が親権者としてふさわしいかどうかを最も重要な問題である点を明らかにしている。いわゆる制限回復説の見解に立っているものといえる。親権制度と未成年後見制度との関係についても、その違いを指摘し、親権制度の優位性を強調していることになる点は、これまでの審判例と同様の傾向を示しているが、より詳細に理由をあげて説明していることには注目すべきである。

東京家裁昭和44年5月9日審判（審判2-8）の事案も、非嫡出子3名の子C1、C2、C3の親権者である母親Bが死亡し、父親Aが認知した上で、長年にわたり子C1らと同居し、扶養の責任を負ってきたとして親権者としての指定を求めたものである<sup>26)</sup>。裁判所は「民法838条は未成年者に対して親権を行なうものがないときに後見が開始する旨規定するから、非嫡の子の母が死亡すればいったん後見が開始しているとみるのが文理上一応の解釈となる。しかしながら、わが国における未成年者の身分上ならびに財産上の監護の制度としては親権と後見の二本建てとなっているが、親権者と後見人とでは未成年者に対する愛情や監護の密度において差異のあることを当然の前提とし、国家が後見的にこれに干渉する態様を異にしている。すなわち、親権の行使については家庭裁判所が申立なくしてこれを監督し干渉することがないのに拘らず、後見人については家庭裁判所において後見人の職務執行を監督し、場合によっては職権で後見人を解任することもでき、その上申立により後見監督人の選任もできるとされている。このようにわが制度上、親権と後見とはやや性質の異なるものとして定められているばかりでなく、さらに、この二つの制度の関係において、わが民法は未成年者の監護について親権を後見に優先させ、後見を親権の補充的な制度として定めている。親権後見に関する上記制度の趣旨に照らすときは、親権者が存在するときのみならず、親権者たるべきもの、つまり潜在的に親権者となる資格のあるものが存在するときにおいても、親権を後見に優先させて然るべきものと解せられる。然るときは非嫡の子の母の死亡後、父の認知により父が新たに親権者たるべき地位をもつに至ったときは、父を親権者として指定することができる」としている。そして、父親を後見人に選任するという方法もあることを指摘しつつも、事実上の父が後見人として子の監護にあたるよりも、親権者として監護することの方が、国民感情にも合うとして、親権者の指定を優先させるべきとし、

---

26) 東京家裁昭和44年5月9日審判（家月22巻2号62頁）。事件番号は、昭和44年（家）2443号、2444号、2445号であり、3名の子について、それぞれに親権者の指定を申立てている。

手続的な問題についても、「非嫡の子の母が既に死亡し、現に父母の協議ができない状態ではあるけれども、母行方不明の場合と同様協議し得べかりし場合に当たるから、民法819条4項5項を準用し、なし得べかりし協議にかわる審判により父を親権者に指定することが許されると解される。もっとも、本件において母の死亡後の認知であり、法的には父母間に協議の成立し得ない関係にあったといえるけれども、実質的には子の監護について父母間の協議はなされ、母は父に事件本人らの監護を託していたものと認められる事案であって、法的な協議の成立を擬制しても少しもさしつかえないものであり、かつ、申立人は審判によって始めて親権者と定められるのであるから、親権指定の審判によるべきものと解される。さらに本件にあっては、後見人の選任がまだ行われず、未成年者の監護教育についての責任者が浮動、未確定の状態にあり、申立人が事実上の父として事実上の責任を果たしているものであって、申立人を事件本人らの親権者とすることによって事件本人らの監護の責任が確定しこそすれ、何らの法的な支障を生じ得ない」として、申立人である父親Aからの申立を認容し、父親Aを親権者に指定した。この審判でも、単独親権者の死亡により未成年後見を開始することを前提としながら、後見制度の補充的性格や当事者の感情等を考慮して、生存親を親権者として子の監護養育にあたらせることの方が適切と判断している。この審判では、未成年後見が開始しても、未成年後見人が選任されていない場合に、親権者指定が可能としており、制限回復説に立っているものといえる。

大阪家裁昭和44年7月19日審判（審判2-9）も、単独親権者である母親Bが死亡した後に、父親Aが子の面倒を一切みることとし、子C1とC2の2人を認知して、親権者を定める協議ができないので、自身を親権者に指定する旨の協議に代わる審判を求めて申立をした事案である<sup>27)</sup>。申立人である子の父親Aと母親Bは事実上の婚姻をしたが、申立人Aの兄弟の反対があって、正式に法律上の婚姻をすることができないままの状態、子C1とC2の2人

---

27) 大阪家裁昭和44年7月19日審判（判時568号84頁）。

が出生し、非嫡出子として母親Bの戸籍に入籍した。子C1らの監護、教育については、申立人Aと親権者である子の母親Bの両名で行っていたが、子の母親Bが病気で死亡したため、申立人Aが子の1人C1を手許において引き続き現実に監護教育をし、もう1人の子C2は養護施設に委託し、時々面会に行ったりしていた。その後、施設に預けていた子C2が中学校を卒業すると同時に申立人の手許に引き取り、現在3人で同居し、平和な家庭生活を営んでいる。子の母親Bの死亡後、子のための後見人は選任されておらず、2人の子C1とC2は申立人によって認知されており、子の監護教育者として申立人Aが適当であることが認められている。この事案について、家庭裁判所は「本件の場合、未成年者である非嫡出子の親権者母が死亡し親権を行う者が不在であるから、民法第838条第1号によって後見が開始するとするのが通例であって、本件親権者指定には一応問題はあつた」としながら、「未成年者の福祉を目的とする制度として民法は先ず第一次的に親権を、次いで後見を規定している趣旨よりするも、また親子の自然の情愛から親権者として子を監護、教育したいという国民感情よりするも、未成年者の監護、教育は未だ後見人が選任されない間は、明らかに法律の規定に反しない限り親権行使に依らしめるを相当と解する」として、「親権者である母の死亡後に子を認知した父のいる場合につき考えてみるに、先ず民法第819条第4項第5項によると、父が認知した子に対する親権は父母の協議で父を親権者と定めることができ、もし協議がすることができないときは協議に代わる審判をすることができることになっている。しかしここにいる『協議をすることができないとき』すなわち協議不能の場合とは、協議の当事者である父と母がともに生存していることを前提とし、生存はしているが所在不明等で協議することができない場合を指すものと解され、従つて本件の場合のように父が子を認知したときに母は既に死亡して、父が協議をするにも対立当事者がなく、協議をする機会もあり得ず、協議は絶対的不能に終始したときは本来上記規定の予定するところではないが、しかしこのような場合にも上記規定を類推適用し『協議をすることができないとき』に当たるとして協議に代わる親権者指定の審判ができるものと

解するのが相当である。もちろん指定せんとする父がもし親権者として不適当ならば親権者の指定をしないで他に後見人を選任すべきである」と述べて、申立人Aを子C1とC2の親権者として指定している。この審判でも、これまでの審判と同様に、単独親権者の死亡によって未成年後見が開始するという解釈が成り立つことを認めながら、実質的な子の監護養育については生存親を親権者として指定することの方が望ましいことを認めている。

仙台家裁昭和47年2月1日審判（審判2-10）では、非嫡出子の母親Bが死亡した後、母親Bの生存中に子Cを認知していた子の父親Aが親権者の指定を申立てた事案である<sup>28)</sup>。申立人Aには法律上の配偶者がいたものの、別の女性Bといわゆる妾関係をもち、その女性Bが死亡するまで同棲生活を続けていた。Bは子C1とC2の2人を出産し、申立人AはC1とC2の両名を認知している。2人の子C1とC2は親権者である母親Bと申立人Aの許で養育され、母親Bの死亡後も申立人Aの許で監護養育されている。申立人Aは、子C1の高校受験を機に親権者となることを願って親権者変更の申立を行ったものである。また、申立人Aの妻も申立人Aの父としての情を理解し、子C1らとの養子縁組をする意向を示している。裁判所は、以上のように事実関係を判断した上で、「未成年者の後見が親権の延長と考えられ、両者を区別してまず第一次的には親権を予定している民法の趣旨からすれば、父又は母の子に対する監護養育は出来る限り親権者として行使させるべきものと考えられるから、親権者である父又は母が死亡後、他方の父又は母が親権者として適当と認められるときは、家庭裁判所は後見人を選任するまでもなく、民法第819条第4項、第5項を類推適用して親権者の指定をすることができるものと解するのが相当である」と述べて、申立人Aが現に子C1らを監護養育しているという事実を重視して、申立人Aを親権者と定めるのが相当であるという判断を示している。

大阪家裁昭和47年10月5日審判（審判2-11）では、日本人男性と韓国籍女性との間に出生した非嫡出子について親権者の指定が問題となったもの

---

28) 仙台家裁昭和47年2月1日審判（家月25巻3号105頁）。

である<sup>29)</sup>。申立人Aは韓国籍の女性Bと事実上の婚姻をし、その間に子Cをもうけたが、その後子の母親であるBが産後の肥立ちが悪く死亡したので、申立人Aの実母D夫婦のもとに帰り、実母の手助けを受けて子を育ててきた。申立人Aは子Cの出生届を提出しないままだったが、子の就学期が近づいたので、子Cの出生届を提出し、子Cの外国人登録手続をした。それと同時に、申立人Aは子Cを認知し、その後他の女性と婚姻し、その女性が主として子Cの養育に当たっている。申立人Aは、子Cの帰化の手続を進める予定でいるところ、子Cの法定代理人を定める必要があり、子Cの親権者となることを希望して、子Cの母親Bは死亡し、子の親権者の指定について協議することができないとして、協議に代わる審判を求めたものである。家庭裁判所は、まず、申立人Aおよび子Cの住所が大阪市にあること、および親権の問題であって親子間の法律問題に含まれるものと解されることから、法例20条によって、法律上の父があるときは父の本国法によるべきこととなり、準拠法が日本法であるという判断を示している。そして、「申立人の認知当時には、すでに事件本人について後見が開始していたことになる。かかる場合に親権者の指定が許されるか否かについては、日本民法819条4項、5項の解釈上見解がわかれるところであるが、認知した父が親権者たる適格を有し、かつ、父を親権者とする方が、子の福祉に合致すると認められる場合には、これを親権者に指定することができるものと解するのが相当である」として、父親Aが子Cの出生以来現在まで手許で監護養育してきたこと、申立人Aの職業、収入、性格および子Cとの人間関係等を合わせて考えると、申立人Aは子Cの親権者として適格であり、申立人Aを親権者とすることによってより父親としての自覚および責任感を高め、子に対する愛情を深めることになり、子の利益となるものと判断されると述べて、申立を認容して、父親Aを親権者として指定している。この審判でも、これまでの審判と同様に、単独親権者の死亡によって後見が開始されているとしながら、親権者としての適格を有している生存親が存在すれば、子の福

---

29) 大阪家裁昭和47年10月5日審判(家月25巻7号73頁)。



祉という観点から親権者指定の問題として処理することが許されるという判断を示している。

以上の審判例は、昭和30年代および40年代の事案であるが、ほとんどの審判では、原則として、あるいは通例として、単独親権者の死亡によって後見が開始されるという考え方が前提とされており、それにもかかわらず、後見人が選任されていないという状況を踏まえて、子の監護養育や生活の実態や親権者指定を求める非嫡出子の父親の状態など、具体的な事情を考慮に入れて、子の福祉・利益のために認知した父親を親権者として指定することを認めてきたといえる。これに対して、静岡家裁沼津支部平成2年3月5日審判（審判2-12）は、従来の審判に比べて、ほとんど詳細な理由を示すことなく、子を認知した父親からの親権者指定を認容したものである<sup>30)</sup>。この審判の事案は次のようなものである。Aと子の母親Bとの間に、子Cが出生し、Aが子Cを認知した。その後、子Cの母親Bは別の男性Jと婚姻し、子CとJとの間で養子縁組を行った。母親BはJと協議離婚し、同時に子CとJも協議離縁したが、再度、母親Bはその男性Jと婚姻し、子CとJは養子縁組を行ったものの、また母親BはJと離婚し、子CもJと離縁した。そして、子Cの母親Bが死亡したため、母親の夫だった男性Jが後見人の選任を家庭裁判所に申立て、静岡家裁沼津支部は昭和61年11月27日審判によって、Jを子Cの後見人に選任し、Jが子Cの養育に当たってきた。その後、子Cが父親であるAとの生活を望むようになり、Aと子Cの後見人となった男性Jとが話し合っ、Aが子Cを引き取り、一緒に暮らし、Aが子Cを養育することになった。Aには、妻と妻との間に2人の子がいるが、妻子ともAが子Cの親権者となり、自分たちとも一緒に生活することを了承しており、後見人となっている男性Jも後見人を辞任する意向で、その旨の許可審判を求めて家庭裁判所に申立をしたという状況である。このような事情のもとで、裁判所は、「未成年者の福祉に適うものと認められる」とだけ述べて、民法第819条第5項を準用して、申立人を子の親権者として指定している。この事案では、

---

30) 静岡家裁沼津支部平成2年3月5日審判（家月42巻8号81頁）。



後見人がすでに選任されており、従来の審判例で繰り返し指摘されてきた「後見が開始したが、後見人が未だ選任されていない」という状況ではない。審判文からは、どのような解釈をおこなったのかは分からず、ただ「子の福祉に適う」という表現だけが示されている。結果的にみれば、無制限回復説の立場と同じということになるが、実質的に未成年子の福祉に適合するような結論がこの種の事案で最も重要な論点であるということが明確に示されたものといえる。

#### 4 離婚後単独親権者となった者が死亡した後の親権者変更に関する審判例の検討

離婚後に夫婦の一方が単独親権者となり、子を監護養育してきたが、その後親権者となった父母が死亡した場合は民法838条が規定する「親権を行う者がいないとき」に当たるのかどうかはこれまでも議論されてきており、これに関する審判例も多い。

大阪高裁昭和28年9月3日決定（審判3-1）がこれに関する事案についての最初の審判例である<sup>31)</sup>。母親であるBは2人の子C1とC2をもうけた後、親権者を父親Aと定めてAと協議離婚したが、その後、親権者となった父親Aが死亡したため、Bが家庭裁判所に後見人の選任を求める審判を申立てた。この申立に対して、原審である大阪家庭裁判所は第三者Hを後見人として選任したため、Bが抗告したという事案である。裁判所は、まず父を失った未成年の子は母親の親権に服すべきものであるという抗告人Bの主張に対して、「父母が離婚した場合には事は自から異って来る。すなわち父母が協議離婚又は裁判上の離婚をするときは自主的な協議或いは協議に代わる審判もしくは判決によって、父又は母のいずれか一方だけを子の全員或いは一人もしくは数人の子に対する親権者と定めなければならない（民法第819条）のであるから、その反面において、離婚は共同親権者である父母のいずれか一方にとって従前有していた親権を关系的に喪失することを意味す

---

31) 大阪高裁昭和28年9月3日決定（高民集6巻9号530頁）。

るのである。この親権を失った父又は母は再婚して元の鞘に納まるか、他方の親権者に服している子を養子に迎えるかすれば再び親権者となることは民法第818条の規定上明白であるし、又民法第819条第6項の規定に基く親権者変更の審判によってその者が親権を回復する場合もある。元来離婚による一方の親権喪失はその者が親権者たる資格の点で不適當であるからではなく、全く夫婦共同体の破壊に伴い子の利益のためにする円満な親権の共同行使が期待されないことを民法が顧慮した結果に外ならない。このことだけからすれば離婚後親権を行使している父又は母が死亡したときは、生存する母又は父に親権が当然移行するという抗告人のような考え方も成り立たないでもない。しかしこの考え方を是認すべき成文上の根拠は外にない。むしろ民法は反対の態度を採っていることの一端を親権者変更の規定を置いたことによって明らかにしていると思う。けだし親権者の変更はそれを相当とする事情の存することが肯定される場合に子の親族の請求に基く家庭裁判所の審判によって形成されるものであって一定の事由の発生に伴う当然の帰結として招来されるものではない。そこには子の利益のために慎重な手続と態度が要求されているのである。そして右親権者の変更は親権を行使している父又は母の生存中に限って行われ、その死亡後にはその行われる余地のないことは明白である。なお右親権者の死亡によって当然生存する他の一方に親権が移行するものとすれば折角の親権者を一方から他方へ変更する審判がなされたにかかわらず、元の一方が再び親権者になることになる不都合な場合も考えられるのである。思うに、民法は離婚後親権を行使している者の死亡したときには、離婚後の事態が進展変化することも新たな事情の発生することも十分に考えられるので、子の利益のために、これに適應するよう、それがためには、かつての親権者の存否のみに捉われず、事を改めて合理的に処理する必要があり、そうすることを妥当としたものといわなければならない」と述べた上で、「以上の観点から、未成年の子の父母が離婚し、その一方である父又は母が単独で親権を行使している場合に、その者が死亡したときは、たとえ他の一方である母又は父が生存しているとしても、親権は右生存者に移行すること

はなく、従って未成年者に対して親権を行う者がいないときとして後見が開始するものと解する」としている。さらに、原告人である母親Bを後見人に選任しなかった理由について、「未成年の子の後見人は諸般の事情に照して子の利益のために最もふさわしい者を選任すべきであって、この観点からして、母はその有力な存在であることも多いが、時としてそうでない場合もあるわけであるから、父を失った子の後見人には欠格事由のない限りは母を選任すべきであるという理はないのである」として、裁判所の事実の調査や証拠調べの結果、子C1らが居住している村の寺院の住職であり教職にある第三者Hを後見人に選任した原審判を支持している。ここで考慮された事情としては、夫婦AとBが離婚するに至った原因が原告人である母親Bにあったということ、その結果追い出されるようにして父親Aが子C1らを連れて郷里に帰郷したこと、父親Aがこれらのことについて思い悩んだ末鉄道自殺したこと、現在子C1らの面倒を父親Aの先妻の子（子C1らの義理の兄）がみていること、原告人Bは先夫との間の子と一緒に生活していることなどの事情を考慮して、原告人Bを後見人としないうという家庭裁判所の判断は不当とは言えないと指摘している。この審判では、離婚後に単独親権者となった親が死亡した後は、未成年後見が開始することを前提とした上で、後見人として誰が適切かを判断している。単独親権者の死亡によって当然に生存する親に親権が復活するのではないことを明示し、親権者となった者が死亡した場合には、民法838条1号の「親権を行う者がいないとき」に当たり、その後は未成年後見が開始することを明らかにしており、後見開始説を採用したこの種の審判のリーディングケースに当たるものといえる。また、親権者の変更については双方の親の生存している場合に限って可能であり、819条5項の「協議をすることができないとき」に単独親権者となった親の死亡は含まれないことも明らかにしている。離婚後に単独親権者となった者が死亡した場合には、離婚後の事態の変化や新たな事情の発生を考慮した上で、その後の子の利益のために合理的に処理する必要があり、生存している親に当然に親権が移行することを認めるのではなく、未成年後見が開始し、適切な後見人を選任すべきという判断を示し

たことになる。

岡山家裁昭和40年11月18日審判（審判3-2）は、一度離婚した夫婦AとBが再度復縁したが、再婚の婚姻届出前に離婚後単独親権者となっていた父親Aが死亡した場合に、生存している母親Bが親権者変更を申立てた事案である<sup>32)</sup>。いったん父親Aを子Cの親権者として協議離婚したものの、その後夫婦は復縁し、妻Bが病弱な夫Aの看病、姑の世話、子Cの監護養育に当たっていたところ、Aが病気で死亡した。AとBの二人の間では再度婚姻届出をする予定であったが、届出前にAが死亡したものであった。子Cの母親Bは、子Cに対して、父親である夫Aの死亡の前後を通じ、親権者と全く同様の監護を続けており、将来、親権者として十分に養育していきたいとして、親権者の変更を申立てたという経緯である。裁判所はそのような事実を認めた上で、「親権者である父または母が死亡したときは、直ちに後見を開始し、後見人を選任すべきであるとするのが通説である」としながら、「本件の場合は申立人が復縁して、未成年者とも起居を共にしその監護に専念しており、かつ親権者としても適当であって、未成年者の利益とも合致すると考えられる」として、申立を相当と認めて、母親Bへの親権者変更を認めたものである。通説では後見を開始する場合であることを認めながら、夫婦の復縁という事実と実際の子の監護を母親が行っている事実を評価して、親権者の変更という手段を認めたことになる。

福岡家裁小倉支部昭和43年8月15日審判（審判3-3）も、離婚後単独親権者となった親の死亡後の生存親への親権者変更を認めている<sup>33)</sup>。3名の子C1、C2、C3がいる夫婦ABが離婚に際し、父親Aが子C1とC2の親権者となり、母親Bが子C3の親権者となって協議離婚した。その後、夫Aが行方不明となり、C1とC2の2名の子は夫Aの母親D（子の祖母）の許に預けられていたが、夫の母親Dが再婚することとなり、預かっていた2名の子C1とC2は児童相談所から施設に入所した。子の母親Bがそのことを知り、2名の子C1とC2を引き取って養育監護してきた。その後、行方不明となっていた夫Aが

32) 岡山家裁昭和40年11月18日審判（家月18巻5号57頁）。

33) 福岡家裁小倉支部昭和43年8月15日審判（家月20巻12号97頁）。

死亡していたという事実が判明し、子C1とC2について後見人の指定も選任もないことから、子の母親Bが親権者の変更を申立てたという事案である。裁判所は、以上の事実を認めて、「離婚により未成年者の単独親権者となった者が死亡した場合は後見が開始し、もはや親権者変更の余地はないとする考え方もあるが生存せる他方の父又は母と未成年者とが没交渉である場合は格別、本件における如く9年間にもわたって未成年者を養育監護し母と子として共同生活を送っているが如き場合に未成年者のため後見人を選任することはむしろ国民感情に照らし不自然というべく民法819条6項の類推適用あるものと解する」と述べて、母親Bへの親権者変更を認めた。実際に母親と子との共同生活があり、母親が子を監護養育している現状を尊重すると同時に、一方の親が死亡しても他方の親が生存しているにもかかわらず後見人を選任することの方が国民感情としては不自然だと指摘している。

盛岡家裁昭和43年9月9日審判（審判3-4）も、離婚後単独親権者となった父親が死亡した後の母親からの親権者変更を認めたものである<sup>34)</sup>。夫婦AとB間に4名の子C1、C2、C3、C4があったが、夫Aの単身赴任後の夫Aの不貞行為によって夫婦関係が破綻し、協議離婚した。離婚に当たり、子C1らの親権者を父親Aと定めたが、実際の養育監護は母親である申立人Bが当たることとした。父親Aは不貞行為の相手方Kと再婚した。BはAから毎月の養育費の仕送りを受けるとともに、実家の援助を受けながら、農業の手伝いをして生活している。その後、子C1らの父親Aが死亡し、後見人を指定することもなく、親権を行う者がなくなったとして、子C1らの親権者を母親であるBに変更することを求めたという事案である。裁判所は「単独親権者が死亡すれば民法第838条により後見が開始するから、生存する父又は母があっても後見人を選任しなければならずその者が希望し、かつ適任ならば同人を後見人に選任すれば足りるとする消極説が従来多数説であり、いろいろと問題にされているところである」ことを指摘し、「しかし、未

---

34) 盛岡家裁昭和43年9月9日審判（家月20巻12号94頁）。

成年後見の制度は、身分法上の包括的権利義務を有する親権制度の延長であって、その補充あるいは代用たる性格を有するにすぎないものと解され、両者を別個の制度としている民法の趣旨からいって、未成年子の養育監護はすべて本能的な自然の愛情によってなされる親権者を先ず予定し、かかる愛情を期待し得ない後見人の地位には種々の監督規定がおかれ、その適正化がはかられている」と述べ、親権制度と後見制度の位置づけに触れている。そして「もともと、両親が生存しているのに単独親権者になるのは、例外的に父母の一方の親権喪失または辞任による場合を除いて、婚姻関係にないため、共同親権行使が事実上できないからであって、他方が親権者として不適当である場合に限らない。したがって、再婚その他の事情から未成年子と生活を共にしておらない場合はともかくとして、未成年子と共同生活体でありながら、やむをえず親権者の地位にない父または母が実子の後見人になるよりは、本来の親権として、その養育監護に当たりたいと願うのは一般の国民感情として当然のことであり、この心情は全く無理からぬ情理として、何人にもこれを理解されうるところである」と述べて、未成年子の利益を中心に合理的に判断しなければならないとしながら、「親権の喪失または辞任の場合のように取消しまたは回復により再び親権者になりうる規定がないため、当然には認められないわけであるが、本件についてはまだ後見人の選任がなされておらず、また離婚により形式上は親権者たる地位を失ったにすぎない申立人が婚姻中となんら変わることなく事件本人らの成長のみを生き甲斐とし、親権者の死亡後は前記養育費の支給がなくなったため、さらに苦しくなった経済状態に耐え、なお一層強い決意のもとに事件本人らの養育監護に当たっているので、申立人が親権者として最も適任であり、かつ事件本人らの利益にも必要欠くべからざるものと考えられる」として、親権者変更の申立を認容している。離婚後の単独親権者の死亡後には、未成年後見が開始することになるのが原則であるとし、親権の回復の可能性を否定しながらも、後見制度の補完的位置づけや後見制度に対する国民感情などを指摘して、後見人が選任されていないことと実際に生存親である母親が子の監護養育に尽力していることをあ



げて、子の利益という観点から合理的に判断するとして親権者の変更を認めている。

新潟家裁長岡支部昭和43年9月25日審判（審判3-5）も、離婚後単独親権者となった父親の死亡後の母親からの親権者変更の申立を認容したものである<sup>35)</sup>。申立人Bが出産のため実家に戻っていた間に、夫Aが他の女性と懇ろになり、申立人Bはそのまま夫Aと別居し、実家で子Cを養育してきたが、夫Aと協議の末、子Cの教育の便宜を考え、夫Aを子Cの親権者と定めて協議離婚した。しかし、申立人Bは子Cを手許に同居させ、事実上の親権者として監護養育を続けてきており、父親Aは子Cの監護養育は申立人Bにまかせ、生活費の一部として、月1万円と子の下宿料を支払った程度であった。その後、夫Aは再婚し、2人の子をもうけ、育ててきたが、病気によって死亡した。そこで、母親Bが親権者の変更を申立てたものである。裁判所は、これらの事実を認めた上で、「親権者と定められた父または母が死亡すれば当然後見が開始し後見人を選任すべきものであり、もし他方の親が適任者であるなら後見人に選任すればよいとする有力な説があるけれども、後見と親権とを区別する民法の立場からいえば、むしろ父または母の監護養育の職分を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ものと考えられる」として、申立人である母親Bが子Cの出産以来現在まで継続して子Cの監護養育に専念していることから、申立人Bを子Cの親権者とするのが子の利益にも合致すると述べて、親権者の変更を認めている。この審判でも、単独親権者の死亡によって未成年後見が開始するという考えが原則であるという考えが示されているが、親権制度と後見制度の位置づけと国民感情をあげて、親が生存している場合には後見人としてではなく親権者として監護養育させることが適切であるとしている。生存する母親が事実上の親権者として監護養育に携わってきたことが重視されていることがうかがえる。

仙台家裁昭和45年10月26日審判（審判3-6）でも、離婚後単独親権者と

---

35) 新潟家裁長岡支部昭和43年9月25日審判（家月21巻2号173頁）。



なった親が死亡した後に、生存している親から申立てられた親権者変更が認容されている<sup>36)</sup>。子C1らの母親Bは子の父親Aと婚姻し、2人の子C1とC2をもうけたが、夫婦関係が破綻し、子の親権者を父親Aと定めて協議離婚した。しかし、離婚前からBは東京で働き、子の父親Aも出稼ぎで留守がちであったこともあって、子C1らは離婚前から養護施設に預けられていた。Bは時折施設を訪問し子C1らに面会し、あるいは文通によって子C1らと接触を保ってきた。その後、Bは別の男性Jと婚姻し、2人の子C1とC2を手許に引き取りたいと考え、子の父親Aと話し合いを行っていた。しかし、子の父親Aが不慮の災難によって死亡した。Aの親族は、正式に離婚が成立する前からBが他の男性Jと同棲していたことを快く思わなかったこともあり、Bと協議することもなく家庭裁判所に後見人の選任を申立てて、Bが知らない間に2人の子C1とC2の後見人として子の父親Aの弟F（子の叔父）が選任された。その後、施設側の意向で、法定代理人以外の者との交渉は望ましくないとして、Bは子C1らとの面会や文通について制限を受けるようになった。後見人となった叔父Fは、子C1らの父親Aの生存中から子C1らと親密だったこともなく、後見人に選任された後も、子C1らとほとんど接触がなく、家庭裁判所の指導によりようやく一回面会の機会を持っただけという状態である。そして、後見人として現在も将来も子C1らを引き取って身上監護を行う意思を有しておらず、唯一労災保険による遺族年金の管理を行っているだけである。Bについては、離婚前後のいきさつが必ずしも明確でないこと、金銭面でだらしないという印象を持っていたことから、多少の危惧の念を抱いているが、現在の夫Jとの生活が健全で、夫も理解があり、Bが親権者となることに必ずしも反対ではないという考えである。Bの再婚後の生活は安定しており、夫の了解を得て子C1とC2の親権者となり自らの責任で子を養育したいと考えている。Bが再婚した男性Jもこの間の事情を知悉し、自己の親族にも話して、Bの希望に全面的に協力する意向を示している。裁判所は以上のように事実を認定して、次のように述べている。

---

36) 仙台家裁昭和45年10月26日審判（家月23巻3号19頁）。

「まず、本件請求の許否を決するには本件事案のように、離婚の際未成年の子の単独親権者となった者が死亡した場合民法第838条により後見が開始し、指定後見人が存しない場合は家庭裁判所が後見人を選任することとなるが、その場合親権者とならなかった他方実親が生存しており、新たに親権者になることを希望し、且つその者が未成年子の監護養育の適任者と認められる場合、親権者を死亡した単独親権者よりその生存する実親に変更することが許されるか否か、後見人選任以外に出来ないのかということ、更に親権者変更が許されるとするなら、その時期は何時迄か、すでに生存実親でない者が後見人に選任されていた場合にも親権者変更の余地があるかという点が問題となるが、当裁判所は右いづれについても、積極と解する」として、単独親権者となった親が死亡した後の親権者変更を認めるべきとする見解を明確にしており、さらに後見人が選任された後であっても親権者変更が可能であるという立場を示している。無制限回復説の考えを示していることになる。その理由として「我が民法のたてまは未成年子の監護教育は第一次的には父母が親権者として自然愛情に基いてその任に当たるべきことを期待し、後見制度を親権の補充的役割を果たすべきものとして規定しているのであるから、親権者たり得る者が存在し、且つ適任者であるならその者を後見人としてではなく、親権者として監護養育を全うさせることの方が、より制度の趣旨に合致し、子の福祉に適する所以であるから、現行法上変更を認める解釈の余地ある限り、親権を優先させるべきであると考えられるところ、もともと離婚の際に単独親権者を定めることは、事実上共同行使が不能な状態に対する便宜的措置であり、親権者とならなかった者も親権を離婚により失ったのではなく単に行使の面を制限されているに過ぎないからこそ民法第819条第6項により後に変更することが可能なのであって、同条第5項の場合と同様、これを双方実親が生存中に限るべき実質的理由はないと考えるからである」と述べて、後見制度に対する親権制度の第一次性を強調し、非嫡出子の単独親権者の死亡後の親権者変更の場合と同様に双方が生存中に限る必要はなく、一方の死亡後でも同様に処理することができるという解釈の可能性を肯定している。そし

て、「すでに後見人選任後の場合については、右変更審判を認める説もその多くは後見人が選任される前に限定し、すでに後見人が選任されてしまえば親権者変更の余地はないとしているようであるが、前述したとおり後見を親権の補充的制度と把握する限り、後見人選任の先後により区別する必要はない。親権行使の失当により親権を喪失した場合や親権者が行方不明になり親権行使が不能となった場合すら、この事由が止んだ後には再びその者が親権者として登場する機会を与えられているのであるから、離婚の際親権者とならなかった生存実親が親権者となって未成年子の監護教育の責任者となり得る可能性を、すでに後見人が選任されたことの一事を以つて阻止するのは不合理であり、選任の有無は問題とすべきでないと思料する。そして、親権者が不在の間、未成年子の保護が疎にならぬよう選任せられていた後見人も、生存実親がその適格性を認められ親権者変更を認める審判を得て、親権者としての職責を果たし得る状態となったならば、以後はもはや遂行すべき権限はなく、不要の存在となったわけであるから、その任務はその時点において当然終了するものと解すべきであろう」と続けて、後見人の選任の有無にかかわらず、生存する実親が適切な親権者となりうる限り、親権が後見に優先すべきという考えが示されている。そのような考えを示した上で、Bが親権者となることが子C1らの福祉に適するかどうかを考察している。Bが前夫Aと不和になって以降子C1らと生活を共にしていないこと、現在再婚し新しい生活に入って、全面的に子の監護教育のみに専念できる態勢が整っているとはいいい難いことを指摘しつつも、Bが子C1らと別居中でも何かと子C1らと接触を保ってきたこと、子の父親Aの死亡後は一層親としての責務を自覚して子の引き取りを熱望していること、現在の夫や親族の了解も得ていること、現在の生活状況が安定していることなどを指摘し、Bを子C1らの親権者とすることによって子の身边やBの家庭内に不都合な事態が生じるとは考えられず、両親の不和以来不幸な境遇にあった子C1とC2について一日も早くBに監護養育を委ね、母親としての愛情ある接触をさせることが子の福祉に適するという判断を示している。

秋田家裁昭和47年4月14日審判（審判3-7）では、離婚によって単独親権者となった親が死亡した場合には、後見が開始するのではなく、生存する親の親権が当然に復活するという判断を示したものである<sup>37)</sup>。申立人Bは婚姻し、子Cをもうけたが、その後子の親権者を夫A（子の父親）と定めて協議離婚し、子Cは父親Aが監護養育してきた。その後、子の父親Aが死亡したため、再婚し現在の夫Jと生活していたBが子Cを引き取り、以来監護養育を続けている。そのような状況で、Bが子Cの親権者の変更を申立てたという事案である。Bの現在の夫Jは、子Cとの間で養子縁組をして、Bと共に積極的に子Cを監護養育する意思があることを示している。裁判所は、「離婚により未成年者の単独親権者となった者が死亡した場合は後見が開始し、もはや、親権者変更の余地はないとする見解もあるが、生存している父、又は母が未成年者の監護養育に適していない場合は格別、生存している父、又は母が未成年者を現実に監護養育している場合には、その親は後見人としてではなく親権者として子の監護養育に当たりたいと願うのが国民感情であり、離婚の場合両親のうち一方の単独親権とするのは共同親権の行使が不可能であるからやむを得ず一方の親の親権を喪失せしめるのであって、親権者たる親が死亡した場合には、他方の親の親権の復活を認めるのが相当である」として、未成年後見は開始せず、生存する親への親権が当然に復活するという当然復活説の考えを示している。その理由として「本件の如くいわゆる継父母との養子縁組がなされる場合、いわゆる後見開始説によると、親権者となっていない親は一旦後見人となり、再婚した配偶者が養親となった際に民法818条3項によって共同親権者となる結果親権者となるが、このような論理過程をとるのは奇異である。これに対し、親権復活説によれば、先ず生存している親に親権が復活し配偶者が養親となれば養親も親権者となって親権を共同で行使することとなり、親権復活説の方が直截簡明である」と述べている。離婚した後、再婚した場合を想定した理論構成となっているものの、単独親権者の死亡後に生存親に

---

37) 秋田家裁昭和47年4月14日審判（判時681号79頁）。

親権が当然に復活することを明確に示した審判である。

松山家裁昭和47年5月27日審判（審判3-8）は、離婚後単独親権者となった子の父親が死亡した後、生存している母親が親権者変更を申立てた事案である<sup>38)</sup>。申立人BはAと婚姻し、2人の子C1とC2をもうけたが、夫婦仲に不和を招き、子C1らの親権者を夫A（子の父親）と定めて調停離婚した。その約半年後に子の父親Aが交通事故により死亡した。調停において、子の親権者を夫Aと定めたのは、当初夫Aが離婚に応じない意向を強く示していたため、離婚を希望していたBがある種の妥協条件として親権者を夫に譲るという態度をとったという事情があり、Bとしては全面的に子C1らの監護教育から手を引く考えをもっていたわけではなく、現に、離婚後も子C1らの身の面倒をみていたし、親権者となった子の父親Aの死亡後は名実ともに子C1らの監護を担当しており、子の現在の生活状況には格別の問題はない。子の父親Aの両親や兄弟は必ずしもBに好感情をもたず、Bの財産管理面の言動や姿勢に警戒的であるが、監護教育の職分に関してはBに親権を濫用する恐れがあるとまでは見ていない。Bと子の父親Aの親族との間では対立があるものの、その感情的葛藤の点については親族関係調整事件の調停成立に伴って大幅に緩和される見通しがついていると裁判所は判断している。以上のような事実認定のもとで、申立人Bを親権者とするのが子C1とC2の福祉に合するという判断をしている。そして、「単独親権者が死亡した場合には親権者変更の審判をすることが許されるか否か、説のわかるところであるが、当裁判所は、次のような理由から積極説を相当と解する」として、次のような理由を述べている。第一に、現行民法上、後見制度は親権制度の補充・代用たる性格を有し、未成年者に父母がいる場合には、親権喪失その他特段の事情がない限り、未成年者の監護教育は第一的に父母が親権者としてその任にあたるという建前がとられており、それが国民感情に合致するというものである。第二に、単独親権者が死亡した場合に後見が開始することはいうまでもないが、後見が開始されたから

---

38) 松山家裁昭和47年5月27日審判（家月25巻5号46頁）。

とって親権者変更が許されないと断定するのは疑問であり、現に親権者の所在不明を理由とする親権者変更が一般に承認されていることと対比すれば、後見開始後後見人が選任されるまでの浮動状態をどのように処理するかという視点に立って考えるのが素直であると思われるということである。第三に、親権者変更の審判は、旧親権者の地位を解消せしめ、新たな親権者に権能を付与するという創設的形成処分であるところ、単独親権者死亡の場合、前者の必要はないが、後者の必要は残っているし、その限度で家庭裁判所にその権限を認めることは差し支えないということである。第四に、一般に離婚により親権者とならなかった親も、親権者たりうるといふ権利能力的な資格を有しているものであって、変更審判によって親権の回復とも称すべき効果を発生させることに特別な障害はないと思われるということである。ただし、生存している親が親権者としての適格性を有しているかどうかについて軽々な判断をくだすべきではなく、生存している親以外に後見人を選任するとすれば誰が適当か、後見人候補者と比較して適格性の優劣如何という観点からの吟味を要することを付加している。最後に、手続的な問題として、親権者変更事件は乙類事件と定められているところから、相手方の不存在ということが手続法的には疑問を招く面もあるが、本来は父母の間で親権者の地位を争うといった性格のものではなく、「子のためにより良い親権者を与える」という趣旨のものであり、理論的には甲類事件的な色彩が濃く、このことからいっても手続的な難点は存在しないとしている。後見制度の補充的性格や一般の国民感情という点が指摘されているのは、これまでの審判例と共通している。後見が開始した場合であっても、後見人が選任されていない場合にはむしろ親権者変更を認める実益があること、適格な親を親権者と認めることに支障がなく、むしろ子の利益にかなうことなどをあげて、親権者変更の可能性を積極的にとらえようとしている。

新潟家裁昭和48年9月17日審判（審判3-9）では、離婚後単独親権者となった父親が死亡した後、生存している母親が後見人に選任された場合には改めて親権者の変更を申立てることはできない旨を判示している<sup>39)</sup>。2



人の子C1とC2の親権者を父親Aと定めて協議離婚した後、単独親権者となった父親Aが死亡したため、生存している母親Bが子C1とC2の親権者を自分に変更したい旨を役場の戸籍係員に相談したところ、この場合は後見人の選任の審判を求めなければならないと説明されたため、家庭裁判所に後見人の選任を申立て、子C1らの後見人として申立人Bを選任する旨の審判を得た。しかし、Bは子C1らの実母であり、現在子C1とC2と同居して扶養し、実質的に親権を行使しているので、この際子C1とC2の親権者を死亡した父親AからBに変更するという審判を求めたというものであった。裁判所は、「案ずるに、父母が離婚し、その一方が単独で親権を行使している際、その者が死亡すると、後見が開始するのが原則であるから、当裁判所は申立人のした後見人選任申立に基づき、昭和48年7月18日申立人を事件本人らの後見人に選任する旨の審判をしたのであるが、成程民法は、未成年者の監護教育は第一次的に父母が親権者として、親の自然的愛情に基づきその任に当り、補充的に親権者がその任務を遂行できない場合に限り、後見を開始させる立前をもっているから、後見人選任後でも、生存配偶者が親権者となることを希望し、かつその者が親権者として適任であるならば、本来の姿にもどし、その者を親権者として、未成年者の監護教育にあたらせた方が、制度の趣旨に合致し、子の福祉にも適合するとする見解も理解できないことはない」と述べて、申立人の主張に理解を示しているものの、「しかしながら、同じ後見人選任であっても、本件の場合は生存配偶者が後見人に選任されたのであって、名義は後見人でも実質的には、親の自然的愛情に基づき、親権者同様の結果の実現を期待することができるのであるから、特段の事情のない限り後見人に選任された生存配偶者を改めて親権者に変更する必要はない。もっとも、父母が離婚したところの子弟は、えてして境遇に恵まれない場合が多いので、実の父母でありながら後見人であることを知って暗い気持になるかも知れない不安はあろうけれども、しかし実質は親権者と同一であって、名義がそうであるに止まるゆえんさ

---

39) 新潟家裁昭和48年9月17日審判(家月26巻4号74頁)。

え説明すれば、十分納得できる事柄であるから、このことのために、直ちに後見人に選任された生存配偶者を改めて親権者に変更する理由とはなしえない」として、後見人に選任された者が改めて親権者への変更を求めることはできないことを明確にした。離婚後の単独親権者の死亡後には未成年後見が開始することが原則とする考えがここでも示されている。その上で、後見人も親権者と同様の役割を有しており、両者の間に実質的な差異がないことを前提としている。結果的に見ると、制限回復説の立場に立っているように思われるが、判決文からは、後見人として選任された者が実親でない場合には、親権者変更の申立の可能性があると理解できる。

東京家裁昭和49年12月13日審判（審判3-10）は、未成年の子に対する実親の監護養育および財産管理は親権者の形において行われるのが本則とし、そのような親権者がいない場合に補充的に後見人がその任に当たるとしているのが民法の基本的態度であるという判断を示したものである<sup>40)</sup>。夫Aの氏を称して婚姻し、3人の子C1、C2、C3をもうけた夫婦が、妻Bの母親から妻Bが実家の跡を継ぐことを求められたため、その希望をいれて、協議離婚し、妻Bが旧姓に戻ることにした。そして、3人の子のうち、長男C1の親権者を申立人である夫A（子の父親）、二男C2と長女C3の親権者を妻B（子の母親）と定めて協議離婚した。その後、妻Bが二女C4を出産し、その直後に死亡した。AとBの離婚後も、長男C1はもちろん、二男C2と長女C3も申立人Aと共同生活をしてきており、二女C4も出生以来現在に至るまで申立人Aおよび他の兄姉C1らと共同生活をしている。妻Bの死亡によって二男C2、長女C3、二女C4について親権者がいない状態が続いているとして、父親である申立人Aが、二男C2および長女C3について親権者の変更を求め、二女C4について親権者の指定を求めたという事案である。裁判所は、二男C2および長女C3に関する親権者変更の申立について、「通常親権者変更（民法819条6項）は生存する親同志の間においてなされるものであり、親権者たる親が死亡した場合には民法838条1号により『親権を行う者がいない

---

40) 東京家裁昭和49年12月13日審判（家月27巻11号51頁）。

とき』に一応該当するものといえる。しかし、未成年子に対する親の監護養育および財産管理は親権者の形においてなすのを本則としており（民法818条1項）、かかる親権者がいない場合あるいはその親権行使が制限される場合に、いわば補充的に、後見人がその任にあたるものとしているのが民法の基本的な態度と解する。いいかえれば、親たる地位にある者を未成年子の監護養育、財産管理の面で第三者と区別し、何人でも適当な者である限り就任しうる後見人とは異なる親権者たる地位を優先的に認めているものといえるのである。したがって親権者たる親が死亡してもなお他方の親が生存する場合には、その生存親についてさきほどの親たる地位において子の監護養育、財産管理をなさしめるのにふさわしい事情が認められる限り、後見人ではなく、親権者たる地位に同人をつけるのが適当であると解する」と述べている。ただし、そのためには親権者変更のための親族の請求が必要であり、後見人選任手続内では家庭裁判所は親権者変更の審判をなし得ないこと、後見人選任後では親であっても親権者たる地位につく余地がなくなることを指摘している。また、二女C4に関する親権者指定の申立については、「子の出生前に父母が離婚した場合は、母が親権者となり、子の出生後に父母が協議して父を親権者と定めることができるところ、その協議が調わないとき又はできないときに、父又は母の請求によって、家庭裁判所が協議に代わる親権者指定の審判をなしうるのであるから（民法819条5項）、通常は親権者指定審判というのは父母がともに生存する場合において考えられるのである」と述べた上で、親権者変更の場合において述べたように、親たる地位にある者が親権者の形で未成年子の監護養育や財産管理をなすのを本則とし、親権者たる親が死亡しても生存する他方の親が親たる地位において子の監護養育や財産管理をなさしめるのにふさわしい事情が認められる限り、後見人ではなく親権者たる地位につけるのが適当と解されるので、後見人選任前においては生存親に対して親権者指定の審判をなしうると解するのが相当であるとしている。その意味では、制限回復説の見解に立っているとみることができる。親が子を監護養育する場面においては、親が生存する限り親たる地位に基いて行うべきであり、

未成年後見制度はあくまでも親権制度の補完的性格を有していることを強調して、非親権者である生存親への親権者変更ないし指定を認容している。

熊本家裁人吉支部昭和50年2月21日審判（審判3-11）は、離婚後親権者となった父親の死亡後に生存している母親からの親権者変更の申立を却下したものである<sup>41)</sup>。AとBの夫婦が長男C1の親権者を父親A、長女C2の親権者を母親Bと定めて調停離婚した。離婚後、子の父親Aはその両親D夫婦と同居して会社に勤めるかたわら農業をしていたが、離婚から約4年後に死亡した。その後、長男C1は父親の両親D夫婦（子の祖父母）によって養育されている。他方、母親Bは長女C2と同居し生活を続けており、離婚後いったん再婚したものの再度離婚し、兄の経営する木工所で勤務し収入を得ているほか、児童福祉手当を受給している。父親Aが死亡したため、長男C1について祖父Dが家庭裁判所に後見人の選任を求める申立を行い、その後Bが長男C1について親権者変更の申立を行ったというものである。裁判所は、「申立人よりも祖父母の方が経済生活面においてより安定していることがうかがわれ、事件本人もこれまで祖父母と同居して生活を共にして親しんできたこと、祖父母も事件本人の養育について強い熱意を示していることなどの事情を考慮すれば、事件本人の監護養育はむしろ祖父母に委ねるのが相当であると考えられる」として、祖父Dを後見人に選任することとするとして、申立人Bからの申立を却下している。この審判では、特に詳細な理由を付しているわけではないが、単独親権者の死亡によって後見が開始した場合でも、生存する親への親権者変更の可能性を否定しているわけではない。この事案においては、生存している母親Bと実際に子C1の監護養育に携わっている祖父母D夫婦のいずれが子C1の監護養育に関わるのが適切かという点について、特に経済的生活面について判断して、その結論を導いている。母親Bの方が経済的に安定していると判断されれば、母親Bへの親権者変更が認められたということになる。理論的な整合性というよりも、現実の子の生活上の利益について、親権者候補者と後見人候補

---

41) 熊本家裁人吉支部昭和50年2月21日審判（家月28巻1号78頁）。

者とを直接に比較したという点にこの審判の特徴がある。

山口家裁岩国支部昭和50年3月10日審判（審判3-12）は、以下のような事案である<sup>42)</sup>。婚姻して3人の子C1、C2、C3をもうけた後、AとBの夫婦が父親Aを3人の子C1らの親権者と定めて協議離婚した。その後、父親Aが刑事事件をおこし服役することになり、その間子C1らの母親である申立人Bが3人の子を引き取って監護養育していた。しかし、子の父親Aは出所後も生活態度が安定しなかったため、引き続き子を監護養育するについて親権者変更する必要があるとして親権者変更の調停を申立て、長子C1を除いて2人の子C2とC3の親権者を申立人Bに変更するという合意が成立し、その後、長子C1は父親Aと、2人の子C2とC3は母親Bと同居して生活してきた。その約1年半後、父親Aが交通事故で死亡したため、早急に長子C1の後見人の必要に迫られ、母親Bが家庭裁判所に後見人の選任の申立を行い、母親Bが後見人に選任された。その後、母親Bが長子C1も引き取って他の子C2とC3の2人とともに養育しているが、2人の子C2とC3について親権者として、長子C1については後見人として使い分けしなければならないことは実母として恐び難いとして、親権者変更を求めて申立を行ったという事案である。これに対して、裁判所は「本件の如き、後見人選任後における親権者変更については消極的な立場が多いが、後見開始後未だ後見人が選任されていない場合の親権者変更については後見制度が親権の補充的役割を果たすものとして積極的に解されて親権者変更を認められているのが現状であるところ、後見人選任の前後によって潜在的な親権が変化制限されるものではないし、親権を喪失した場合や、親権者の行方不明により親権行使が不能となった場合でも、その事由が止んだ場合は再び親権が回復することを認める所以が、親の自然的愛情に期待し、その親権の行使をさせることは、親としての権利であり、義務でもあるし、国民的感情からも、子の福祉的面からしても親権者をして子の監護養育させることが望ましいからであるなどの点を併せ考えるならば、後見人選任の前後によって親権者変更の容認

---

42) 山口家裁岩国支部昭和50年3月10日審判（家月27巻12号58頁）。

を区別する必要はないと思料されるので、当裁判所はこれを積極的に解するものである」と判示している。単独親権者の死亡後に未成年後見が開始して、後見人が選任された後であっても、親権者変更の可能性があることを肯定したものである。無制限回復説に立ったものであり、また、実母がいったん後見人に選任された後であっても、親権者変更が可能という判断が示されている。子の監護養育について考える上で、後見人の選任の前後で区別する必要がないということが主たる理由となるが、この事案では、特に、数人の子がいる場合に、子によって親権者となったり、後見人となったりするということとなり、それは子の監護養育面からすると不自然であり、子の健全育成を期し、子の福祉的心情面を考慮して、親権者として統一することが適切だという判断をしたことになる。

東京家裁昭和50年3月25日審判（審判3-13）では、離婚後に単独親権者となった親が死亡した場合には、家庭裁判所が子の福祉の見地から親権者指定の審判を行うべきか後見人選任の審判を行うべきかを選択すべきであり、その審判は旧家事審判法9条1項甲類14号の審判に準じる独自の性質を有するものと解するという判断を示したものである<sup>43)</sup>。事案は以下のようなものである。3人の娘C1、C2、C3を持つ夫婦AとBが協議離婚し、その際、3人の子の親権者を父親Aと定めた。親権者を母親Bとした場合には養育費を支払えないため、父親Aが子C1らを引き取る旨を述べ、Bが夫婦の別居中からパーのホステスをしていて子の監護に適当でないと考えたためであるとBは説明している。しかし、離婚から約6年後子の父親Aが死亡し、Bが親権者の変更の申立を行ったものである。長女C1は、父親Aの死亡時には成年に達しているが、離婚直後から申立人と同居しており、父親と同居したことはない。二女C2は中学校卒業と同時に申立人Bと同居し現在に至っている。三女C3は、父親Aの死亡から約3か月後に申立人Bと同居して現在に至っている。父親Aの遺産は、Bと離婚後Aが再婚した配偶者Kがすべて相続し、子C1らが相続したものはない。申立人Bは以上のような事実を主張

---

43) 東京家裁昭和50年3月25日審判（家月28巻3号51頁）。



し、裁判所はその主張の事実が認められるとしている。その上で、裁判所は「一般に、離婚後に親権者である父母の一方が死亡した場合、子について後見が開始し後見人の選任を要するとの見解と、父母の他方が生存する場合、その他方が親権者となることのできるとの見解の対立がある。離婚に際し、父母の一方を親権者と指定する趣旨は、父母の離婚による父母と子の共同生活が不能になったのに伴い、父母の一方を親権者としてその行使適格者を定めるのが子の福祉に合致するからであり、親権者とならなかった父母の他方との間でも、基本的には共同親権の帰属に変更はない。したがって、親権者と定められた父母の一方すなわち親権の行使者が死亡した場合、生存する父母の他方に帰属する親権の行使が子の福祉に合致するかどうか、民法第819条第1項の準用として問題になる。しかし、また、他方では民法第838条第1号の後見開始原因との関係でみると、親権者の死亡は同条同号にあたるものである。そこで、両者の関係についてみるのに、両者は法条競合の関係にあり、子の福祉からみて何れか一つを家庭裁判所が選択すべきものと解するのが相当である。思うに、まず、実体法的にみて、親権者が死亡している以上、死亡者の親権の指定を取消すことはできないから、その取消をした上で新たな親権者を指定するとの意味での親権者変更は法律上不可能であり、親権が共同帰属している関係で当然に生存親を親権行使者とする、生存親が子を現実に監護せず、或いは、監護不能ないし困難、または、監護不適当などの事情で、子の福祉を害する結果をもたらす場合もあり、子の福祉からみた家庭裁判所の後見的判断を介在させる必要がある。その後見的役割は、一旦親権者とした後さらに親権（管理権）剥奪事件として処理するよりは、直ちにその判断をした方が子の福祉にも合致する。他方において、親権者死亡の場合後見人選任だけで解決することは、前記の親権の共同帰属を無視し、生存する父母の一方が親権者となる機会を何らの法律上の根拠に基づかないで奪うことになり不当な結果となる。そこで、離婚後の親権者が死亡した場合には、子の福祉からみて、生存する他方の親を親権行使者とするか、後見人を選任すべきかにつき考慮しなければならない。そして、生存親を親権行使者とするの

が相当である場合は、生存親を親権者と定める旨、換言すれば、親権行使者としての地位を形成する旨の審判を行う、他方、生存親が将来の子の監護、財産管理にあたるのが相当であるときでも、従前の子との接触状況、子の財産目当てなど特段の事情があって、家庭裁判所の直接的な後見監督、または、その目的で選任した後見監督人の監督の下におく方が子の福祉に合致する場合、または、従前子を監護していた祖父母など第三者を後見人に選任するのが相当である場合は、後見人を選任することができるものと解する」と述べて、家庭裁判所の後見的役割を強調している。そして「ところで、手続的にみて、前記親権者を定める審判、後見人を選任する審判は、結局、子の福祉に合致するよういずれか一つの審判をすべきであり、双方の審判がなされ判断が二途に出ることは防止しなければならないものであり、実質的にみて、事件は一個でなければ子の福祉を害する虞れがある。このような事件についての審判は、家事審判法第9条第1項甲類第14号を準用すべきものと解するのが相当である。すなわち、結論として後見人を選任するときでも、生存親を親権者と定めるべきかについて審理判断しなければならないとの点で、本来の同号事件ではない。また、同乙類第7号は、父母の双方が生存し親権行使者をいずれにするかの協議を前提とし、その合意の当否につき、家庭裁判所の後見的役割からする判断が、調停ないし審判の形式で加えられるものであるところ、父母の一方が死亡すると、前記の協議を欠くことになり、直接裁判所の後見的役割が浮かび上がるので、後見人選任の場合の後見的役割とほぼ同種であり、その間に本質的差異はなく、實際上後見監督を要するかにつき差異があるのにすぎないから、乙類第7号の準用相当とはいえない。したがって、この場合に親権者を定める審判をしても、それは甲類性が否定されず、審判に対する即時抗告は許されず、即時に執行力を生ずることになる。このような審判は独自の性質を有するものと取扱うべきであるが、もし従前の取扱いによる処理をするというのであれば、親権者指定または後見人選任のいずれかで審理中互いに他方が相当である場合、従前の申立は他の申立に変更させて判断すればよく、また、この種の親権者を定める審判に執行力を付与する必要があるれば

その付与を拒否する根拠もないから、直ちに付与して戸籍の記載を求めれば足りる」と述べている。審判は、最終的には、この事案について、子C2らの監護先として考えられるのは、父親の再婚相手か母親である申立人Bのいずれかであり、申立人Bに監護される方が子C2らの利益に合致すると判断して、民法819条1項を準用して、申立人を親権者に指定するという判断を示している。これまでも見てきたように、この種の事件はある場面では後見人の選任を求める事件となって現れ、別の場面では親権者の指定・変更を求める事件となって現れている。厳密に考えれば、それぞれの場面ではその手続と根拠が異なっているという現実がある。それらの問題を踏まえた上で、この審判では、家庭裁判所がこの種の問題を親権者の変更として処理するか後見人の選任として処理するかについての裁量権を有していると考えべきだと主張していることになる。そう考えることが現実の問題の処理にとって適切な結論を導き出せる可能性は否定できないとしても、手続面を考慮すると疑問が残る。当事者の申立が、ある場面では親権者変更の申立として処理され、別の場面では未成年後見人の選任の申立として処理されることになり、そこまでの裁量権を家庭裁判所が有していると考えることには抵抗がある。

徳島家裁昭和51年1月22日審判（審判3-14）の事案は、離婚後親権者となった父親が死亡した後に、一方で亡くなった父親の弟（子の叔父）から後見人選任の申立がなされ、他方で子の母親からの親権者変更の申立が行われたというものである<sup>44)</sup>。夫Aは仕事にあきやすく、転職を重ね、怠惰で欠勤が多く生活が不安定であり、日常の生活態度もだらしない面が目立ち、妻Bはこれに不安と嫌悪感を抱いていた。夫Aがまた転職の意思を示したことから、妻Bが子Cを連れて実家に戻り、夫Aが自宅に戻るよう懇請したが、妻Bは応じなかったため、夫Aは妻Bの不在中に子Cのみを自宅に連れ戻った。その後、夫Aが反省してこれまでの態度を改めることなどを約束させて、夫Aの親族が妻Bを説得して円満に解決しようと試みたが、妻Bの

---

44) 徳島家裁昭和51年1月22日審判（家月28巻10号66頁）。

離婚の決意が固く、親族による調整は不調に終わった。その結果、夫婦間で離婚の合意は成立したものの、子Cの親権者指定については双方が譲らず、離婚を強く希望していた妻Bが妥協条件として、親権者を夫Aに譲るということになり、子Cの親権者を父親Aと定めて協議離婚した。妻Bの側もやむを得ず親権者を譲ったが、子Cの監護から全面的に手を引くつもりはなく、離婚後も子の成長を心配して、衣類や絵本等を送付していた。母親である妻Bは、離婚話の進行中に准看護婦の資格を取得しており、見習看護婦として医院に住み込みで勤務していた。父親Aは子Cを保育所に入所させ、保育所への送迎その他日常の監護を近くに住む両親D夫婦に依頼し、働いていたが、離婚の約4か月後に事故死した。その後は、父親Aの両親Dらが全面的に監護に当たることになった。子の母親Bは父親Aの死亡を知って、子Cを引き取る気持ちになったが、子Cの祖父母D夫婦は子Cを後継者として将来いわゆる婿養子を迎えて一家を成すまで手許で監護養育し、子Cが相続した財産を管理していくとして、母親Bとは全く協議せず、亡くなった子の父親Aの弟F（子の叔父）を後見人候補者として後見人選任の申立を行った。子Cは、両親AとBが結婚以来共稼ぎであったため、昼間は祖父母D夫婦が監護してきたので、乳児の頃からよくなつており、祖父母D夫婦も子Cを世帯の一員として何くれとなく愛情をそそぎ、子Cも現在の環境で一応無難に安住しており、祖父Dおよび叔父Fとも経済的に安定し、家庭状況、健康状態も特に問題点は認めがたく、子Cの現在の生活状態は比較的平穏なものといえど裁判所は判断し、子の身上監護面での愛情も期待でき、後見職務の遂行能力についても特に支障となる点はないとしている。他方、子の母親Bは子の祖父母D夫婦に子Cを引き取りたい意向を示したが、祖父母D夫婦は子Cに家を継いで、亡くなった父親Aの墓をみてもらいたいとして、これを拒否したので、母親Bは親権者変更の申立を行った。母親Bは現在准看護学校に入学しており、修了後准看護婦試験の受験資格を得ることができるが、高校中退後約10年間見習看護婦として修業してきているので、試験に合格する確実性は高い。母親Bは離婚後親権者とならなかったが、離婚後子Cの身を案じなかったわけではなく、父親Aの死亡後は一日も早く自分

が母親として責任を持ち、愛情をもって子Cを養育したいと希望して親権者となることを切望している。母親Bが子Cを引き取った場合は、母親Bの妹G夫婦およびその親族の協力を得て、子の監護養育に当たるつもりであり、妹G夫婦の生活も安定し、家庭も健全で、子Cを事実上監護する上で支障となる点は見当たらないと裁判所は判断している。そして、子C自身の積極財産として亡くなった父親A名義の土地建物および労災保険による遺族補償年金があり、消極財産として亡くなった父親A名義の借入金150万円があり、これらは祖父Dらが事実上管理している。子Cの母親Bは、遺族補償年金を将来子Cの学費等に使用したいと考えている以外は、財産管理および処分については祖父Dらの指示に従う意向を示しており、祖父Dらは母親Bに好感情は持たず、子Cの監護教育面の姿勢には警戒・不安があるが、財産管理の職分に関し親権濫用するおそれがあるとまでは見ていないようであるとして、子の福祉を考える限り、財産管理について将来混乱することは認めがたいと裁判所は指摘している。以上のような事実を前提として、裁判所は以下のように述べている。「本件申立の許否を決するには、本件事案のごとく離婚の際未成年者の子の単独親権者となった者が死亡した場合に後見の開始することはいうまでもないが、その場合親権者とならなかった他方実親が生存しており、新たに親権者となることを希望し、かつその者が未成年者の監護養育にあたることが未成年者の福祉に合すると認められる場合、親権者を死亡した単独親権者から生存する実親に変更する審判が許されるか否かという問題があり、従来分説しているところであるが、当裁判所は、この点につき積極説を相当と考える」として、離婚後単独親権者となった者が死亡した場合に未成年後見を開始するとしながら、生存親が子の監護養育面で適格であれば、後見人選任ではなく、親権者変更が認められるとすべきという立場を採用した。その理由として、「親権も後見もともに子の監護および財産管理を内容とする制度であるが、現行民法上、後見制度は親権の補充的役割を果たすべきものとして規定され、未成年者に父母がある場合には、親権の喪失その他特段の事情がない限り、未成年者の監護教育は、第一次的には父母が共同又は単独で、親権者としてその任

に当たるといふ建前がとられており、それは父母の自然の愛情に期待しているからであり、親権者たり得る者をして先ず監護養育を全うさせることの方が、より制度の趣旨に合致し、それが同時に国民感情にも合致するものと考えられる。従って現行法上親権者変更を認めうる解釈の余地ある限り親権を優先させるべきものであるところ、もともと離婚の際に単独親権者を定めることは、事実上親権の共同行使が不能または困難であることに對する便宜的措置であり、離婚により親権者とならなかつた者も親権を離婚により失つたものではなく、親権者たりうる適格性（権利能力性）を有しているものであつて、離婚後の親権者死亡の場合、生存親に親権行使者としての適格性がある場合にまで親権の審判による回復を否定する根拠は見当たらない。また、現に親権者の所在不明を理由とする親権者変更が一般に承認されており、親権の剥奪や辞任により後見が開始した後でも事情により親権が回復することがあり、これらと對比した場合、親権者の死亡という偶然の事実により生存親に親権者となる道を閉ざすことは均衡を失するといふべきである」として、民法819条6項の類推適用によつて単独親権者死亡による親権者変更の審判を認めるのが相当であるといふ判断を示している。そして、「親権者変更につき生存親が子の監護を継続していることを不可欠の要件と解すべきものではなく、また後見人選任の先後により區別する必要もない。かくて、同一裁判所に親権者変更と後見人選任の申立が相前後して係属した場合には、裁判所は子の監護、財産管理等の権限を生存親に委ねることが子の福祉に合致すると認めれば先ず親権者変更を優先して認容し、もし生存親が親権者として不適當と認められ、その愛情ある措置を期待できない場合には親権者変更申立を却下して、後見人を選任すべきであり、子の福祉の観点から親権者変更あるいは後見人選任のいずれが適當かにわかに断じ難い場合には、前述の後見の補充的機能よりして、先ず親権者変更の審判を認容すべきものとする」と続け、無制限回復説の見解に立つた判断を示している。その上で、親権者変更を申立てた母親Bが子Cの親権者となることが子Cの福祉に適するかどうかを考察している。一方で、現在子Cと生活を共にしていないことや準看護学校に通学



していることなどから、全面的に子の監護教育のみに専念できる態勢が整っているとはいい難いとしている。他方で、後見人候補者である叔父Fには後見人として不適当と認めるべき特段の事情は見当たらず、子Cが現在祖父母であるD夫婦の日常監護のもとに平穏な生活を送っている様子であり、養育環境の変化による子どもの心理的動揺は軽視できず、4歳5か月の子の環境を変えることについては慎重に留意しなければならないと述べている。しかし「本件は離婚の際定められた単独親権者がわずか4か月後に死亡したことに起因する特異な事案であって、単独親権者の死亡後間もなく後見人選任ならびに親権者変更が相次いで申し立てられており」、母親Bは離婚時まで約3年8か月間にわたって子Cと同居して愛情を注いでいたこと、離婚原因についても母親Bには有責となる事情も見当たらず、離婚に伴う親権者指定の際には、離婚を実現したいあまり、父親Aを親権者とすることに合意したことを指摘し、離婚後も子Cに対して心遣いを示し、全く接触が絶たれたわけではないこと、親権者であった父親Aが死亡してからは、子Cを手離した罪悪感が芽生え、母親としての責務を自覚して、子Cの引き取りを希望していること、そして当分の間常時手許で監護することができないとはいえ、現在妹Gやその親族の了解を得て、子Cの監護につき全面的協力が約束されており、それぞれ生活状況も安定した健全な状態にあることをあげて、母親Bが子Cを引き取った後、「母親としての愛情ある接触を期待できないとは断ぜられず、かつ本件親権者変更申立が昭子に対する純粋な愛情を動機とすること、生みの母親の愛情としつけを中心とする母子の相互作用は幼児の養育にとって最も不可欠なものであること、その他上記認定の諸事情を勘案すると、今ここで申立人を親権者とするにより昭子の身上ににわかにな都合な事態が生ずることは考えられない」と述べている。これに対して、後見人選任の申立の背景としては、子を「家」の後継者としてほしいという子の福祉の観点からは必ずしも相容れない大人の側の事情があることも見逃せないとして、母親を親権者とするのが子の将来の福祉のために最も適していると判断している。そして、母親Bからの親権者変更の申立を認容し、それを認容する限り、同時審判の対象となる後見人選任

申立については必要なものとなり、これを却下すると審判している。この審判においても、離婚後の単独親権者の死亡によって未成年後見が開始することは言うまでもないとしながら、親権者変更の審判が可能だという見解に立つことを明らかにしている。その理由は、未成年後見制度の親権制度に対する補充的役割にあり、親権者となることのできる適格な実親がいる場合には、第一次的にその者が親権者として子を監護養育することが建前とされており、国民感情にも合致するという点にある。また、親権者変更申立と未成年後見人選任申立がともになされた場合についてこれを同時審判の対象となるものと解して、一方が認容されれば他方は必要なものとして却下するという態度を示している。

大阪家裁昭和51年6月18日審判（審判3-15）は、以下のような事案である<sup>45)</sup>。AとBが婚姻し、双子のC1とC2をもうけた後、婚姻から約4年後から夫婦仲が悪くなり、婚姻から9年後に協議離婚した。その際、C1の親権者を父親であるA、C2の親権者を母親であるBと定めたが、Bが病気療養のため入院したこともあり、AはC2をBに引き渡さず、そのままC1とともに同居生活を続け、Aの母親であるDの援助を得てC1とC2を監護養育してきた。Bは離婚の約2か月後に死亡し、Bの唯一の遺産である不動産の相続登記の必要があり、Bの母方の叔父に当たるGが後見人の選任の申立を行い、GがC2の後見人に選任された。その後、AがC2の親権者を自分に変更することを求める申し立てを行ったというものである。Gは、C2とほとんど接触はなく、不動産管理上もC2と同居して生活しているAが後見人候補として適当であると考えていたほどであり、Aが親権者変更の申立を行ったことを知った後に、AがC2の親権者となることに異議がなく、自らは後見人辞任の申立を行っている。なお、AはKと再婚し、C1とC2と同居し安定した生活を送っており、C1とC2は現在中学1年生となり、Kにもよくなつて格別の問題もなく、順調に生育している。Aと一緒に生活しているC1とC2について、C1の親権者がAで、C2の後見人がGであるという不自然な形が忍び

---

45) 大阪家裁昭和51年6月18日審判（家月29巻1号79頁）。

がたく、C2についてもこの際自分が親権者となりたいと強く希望して申立を行ったものである。これに対して、裁判所は「本件のように、離婚の際単独親権者と定められた一方の親が死亡し、後見人が選任された後、生存する他方の親への親権者変更が許されるかどうかについては立法上明確でなく争いのあるところであるが、これを積極的に解すべきである。ただし、未成年子の監護教育は父母が親権者として自然の情愛に基いてその任にあたるのを本則とし、このような親権者がいない場合あるいはその親権行使が制限される場合にいわば補充的に後見人がその任にあたるものとしているのが民法の基本的態度と解され、従って親権者たりうる者が存在しかつ適任者であるならば、その者を後見人としてではなく親権者として監護教育を全うさせる方がより精度の趣旨に合致し子の福祉に適合するわけで、現行法上変更を認める解釈の余地ある限り親権を優先させるべきである。また、生存する親は後見人としてではなく親権者の地位で子の監護教育にあたりたいと希望するのが一般的な国民感情にも適する。のみならず、親権の剥奪ないし辞任、親権者の所在不明により後見人が選任された後であっても事情の如何によっては親権を回復しうる（民法第836条、第837条第2項、第32条）民法の立場からすれば、後見人選任の有無は本件のような親権者変更の可否に理論上なんら影響しないと解すべきである」と述べて、後見人選任後であっても親権者変更が可能である旨を明確にし、無制限回復説の立場を明らかにしている。また、「なお親権者変更事件は、いわゆる乙類審判事件と定められているところから相手方の不存在ということが手続法的に疑問となるが、乙類審判事件であっても必ずしも対立当事者を予定するものとする必要はなく、この場合の親権者変更というのは、従来非親権者であった親を親権者たる地位に就けることを本質としているもので、むしろ甲類審判的色彩が強く、審判による限り相手方を要しないものと解すべきである」として、家事審判手続上の問題についても触れている。

東京家裁昭和53年2月2日審判（審判3-16）は、離婚後に単独親権者となった母親が死亡したため後見人が選任された後に、生存している子の父親から親権者変更の申立がなされたという事案に関するものである<sup>46)</sup>。昭

和28年に婚姻したAとBの夫婦について、長男C1、二男C2、長女C3の3人をもうけた後、性格の不一致を理由に夫婦の和合を欠くに至り、長期間にわたる紛糾の挙句、昭和48年に調停離婚した。その際、長男C1と長女C3の親権者は母親B、二男C2の親権者は父親Aと定めて、それぞれ子どもたちは親権者の許で養育・監護されていた。その後、昭和52年に母親Bが死亡したため、当時未成年であった長女C3について後見が開始し、母親Bの姉F（子の伯母）から家庭裁判所に対して後見人の選任の申立がなされた。これに対して、家庭裁判所は、長女C3が離婚までの父母の対立紛争を体験したことから、父親Aに対して好感情を持たず、父親Aとの同居を強く拒否していたのに反し、伯母Fは娘同様に親交・往来していたこと等を考慮して、伯母Fを長女C3の後見人に選任する審判がなされた。長女C3は伯母Fに引き取られて生活することとなったが、遠慮がちな後見人宅になじむことができず、その家族との間の違和感を解消できないまま、2か月後に父親Aの許に行き、現在、父親Aに学費等を負担してもらって、資格取得のためタイプ学校に通い、以前から父親と同居していた兄C2（二男）を含む家庭生活に落ち着き、特に日常生活に支障をきたすような事情もなく、円満に生活している。そのため、後見人となっていた伯母Fは家庭裁判所に後見人辞任許可の申立を行った。そこで、父親Aが長女C3の親権者となる旨を希望して、親権者変更の申立を行ったというものである。裁判所は以上の事実を認めた上で、まず「離婚の際に、定められた未成年者の単独親権者（母）が死亡した場合において、民法を形式的な側面から解釈すると、同法第838条1号前段の『未成年者に対し親権を行う者がいないとき』に該当して、後見が開始すべきもので、生存中の他の実親（父）への親権者変更の余地がないものとされ、ただ同人が適任者であれば、同人を後見人に選任すれば足りることとされるが、本件申立において、申立人が、現にその手許で事実上監護・教育をしている事件本人（長女）に対する心情として、後見人であるというよりも、親権者でありたい旨を強く希望するように、国民感情から、実親

---

46) 東京家裁昭和53年2月2日審判（家月30巻9号80頁、判時894号108頁）。

である以上、親権者として未成年者の監護・教育にあたらしめることが望ましいし、その方が当事者間のわだかまりも少なく、子の福祉的な面にも合致するものと思われること、また、離婚の際に、親権者を一方と定めるのは、親権の共同行使ができなくなった結果、その主たる行使者を定めたに過ぎず、親権者とならなかった親に対し、親権者としての適格性までも否定するものではない」と述べている。続けて「我が民法では親権と後見とを区別し、未成年者の監護・教育は、先ず父母がその愛情でもってあたるのが自然であって、これを親権として把え、後見制度は、あくまでも右親権行使に期待できない未成年者に対し、補充的な役割を果たすのが、民法の基本的な態度とされていることからすれば、第一次的な方法が法律解釈によって可能であれば、先ずこれによって対処すべきものであるから、後見人よりも親権者でありたいという申立人の意向は、法的地位が与えられる場合の単なる法律上の呼称にすぎず、法律論を離れた感情論的なものとして、これを一蹴することは困難と思われる」としている。さらに、「民法第836条、第837条第2項によれば、親権の剥奪ないし辞任、親権者の所在不明により、後見人が選任された後であっても、親権を回復しうる場合があることの権衡上からみても、生存中の親が当然に親権者としての地位を回復するとの解釈はできないとしても、家庭裁判所が、具体的事情を考慮して、生存中の親に親権者としてのふさわしい事情が認められ、これが子の福祉の観点から肯定できる場合においては、親権者変更（形成）の審判もなしうるものとするのが相当である」という考え方を示している。本事案については、「すでに後見が開始し、第三者が現に後見人として選任されている場合であって、このような事態に至っては、もはや親たる地位に基づき親権者たる地位に就く余地はなくなるとの見解もあるが、当裁判所は、このような時期に至っても、前記のような解釈による結論は、これを異にすべき理由はないものとする。ただし、このような場合、通常、後見人を排除して親権者の変更を認める必要性は少ないであろうが、後見人が選任された後においても、適格性の認められる実親が親権者となった方が子の福祉の面において、より適当な場合もあり、その途を全く封じ得

ないからである」と述べて、無制限回復説の考えを示している。そして、親権者変更の申立が適法なものとして、諸事情を検討した結果、長女C3と父親Aとの感情的反発が解消され、兄C2も含めた家庭生活が安定してきたこと、後見人である伯母Fから円満に後見人の辞任の意向が表明されていること、父親Aと亡くなった母親Bの親族とのあつれきもすでに見られなくなっていることなどを総合して、父親Aを親権者としての責任ある地位に就かせて、長女C3の監護・教育に当たらせることを肯定する事情があるということができ、この措置が子の福祉に合致するとして、父親Aからの申立を認容して、親権者変更を認めている。この審判では、単独親権者の死亡によって後見が開始されるとしても、法解釈として生存親が適格性を有する場合には親権者の変更が可能だという論理を展開している。その主たる理由は、親権制度に対する後見制度の補充性および実親が親権者となるというのが国民感情に合致するということであり、最終的には子の福祉にとってどういう形が望ましいかという判断をしたことになる。

大阪家裁昭和53年6月26日審判（審判3-17）は、離婚後に単独親権者が死亡した場合になされた生存親からの親権者変更の申立を却下したものである<sup>47)</sup>。事実関係は以下のとおりである。婚姻し、子CをもうけたAとB夫婦について、その仲が急速に悪化し、妻Bが子Cを連れて実家に帰り、夫Aが子Cを連れ戻し、妻Bがまた連れ帰すことが再三あり、妻Bの兄Fの助言で妻Bは夫Aと子Cと交渉を絶ち、一人で生活をするようになった。その後、妻Bは職場の上司と交際するようになり、女兒Hを出産した。そこで、正式に夫Aと離婚しようと思い、戸籍を取り寄せたところ、すでに子Cの親権者を父親Aと定めて協議離婚の届出がなされていたことを知ったが、結局これを追認した。その後、妻Bは交際していた上司と別れ、生まれた女兒Hと二人で生活していた。他方で、別れた夫Aは他の女性Jと再婚し、その連れ子Hとの間の養子縁組届出をし、子Cとともに共同生活をしてきた。しかし、再婚した女性Jと子Cとの間では養子縁組は行っていなかった。子Cは父親A

---

47) 大阪家裁昭和53年6月26日審判（家月31巻7号71頁）。



が再婚した女性Jが自分の実の母親ではないことは分かっていたが、ママと呼び、良好な親子関係を形成してきたとともに、連れ子である女兒Hとも良好な姉妹関係を形成している。そのような状況の中で、父親Aが交通事故により不慮の死を遂げた。その交通事故の保険金の受領手続に関連して、子Cの親権を行使する者がいなかったため、父親の再婚した女性Jが後見人選任の申立を行った。家庭裁判所は、家庭裁判所調査官に対して包括調査に付したところ、実母Bの存在が判明し、調査のための照会書を送付したところ、これにより子Cの実母Bは元夫Aの死亡を知り、元夫Aの母親Dもすでに死亡していることや子Cが実母でない元夫Aの再婚相手Jと生活していることを知って、裁判所からの照会書に対して再婚相手の女性Jが後見人となることに反対の意向を記し、実母である自分が子Cを引き取って育てたいとして親権者変更を求める審判の申立をしたというものである。その後も担当調査官において各種の調査を続けるとともに、後見人選任を申立てた父親の再婚相手Jと親権者変更を申立てた実母Bとの合同面接を数回にわたり実施したが、両者間の調整はできなかった。その間に子Cは15歳に達したので、調査官において本人の意向調査を行った結果、父親の再婚相手の女性Jと養子縁組してでも現在の生活を続けていきたい旨の意思表示をした。以上のような事実を前提として、裁判所は、実母Bが実の子Cに対してできる限り愛情の手を差し伸べ監護養育に当たりたいと願う心情は理解できるとしながら、子Cが手許を離れてから既に9年余の時間が経過しており、その間に何の交渉もなかったことから、実母Bが子Cを引き取り監護養育に当たるとしても、最初から新しい環境づくりをして、母子関係を形成し直さねばならず、心理的にも肉体的にも不安定期にある子に及ぼす影響は大きく、必ずしも子の福祉に適合した結果を招来するとは言えないと判断している。他方で、子Cは父親の再婚した相手Jの許で5歳頃から養育されてきており、実の母子と変わらない安定した関係が形成されているものと認められ、両者の間には心情面においても特段に問題となるべき点がないという判断を示している。さらに、子C自身が15歳となり、現在の生活状態の継続を望んでおり、以上の諸般の事情を参酌すると、現在の安定した生活を

変えて子Cを実母Bの手に委ねるには躊躇を感じるとして、実母Bからの親権者変更の申立を却下している。父親の再婚相手の女性との安定した生活関係と子自身の意思を尊重して、実母からの申立を認めなかったもので、この審判は父母の離婚後単独親権者となった者が死亡した後の子の監護養育の問題について子の福祉に適うように配慮した判断を行ったといえる。後見人の選任か親権者の変更かの二者択一ではなく、子の福祉に適合した監護養育のあり方を種々の事情を考慮して判断した点に特徴がある。

千葉家裁昭和53年9月30日審判（審判3-18）は、離婚後に単独親権者となった母親が死亡した後に生存親である父親が後見人に選任された後に、父親が親権者の変更を申立てた事案であり、家庭裁判所は親権者の変更を認めなければならない特段の事情は認められないとして申立を却下している<sup>48)</sup>。婚姻した夫婦AとBが2人の子C1、C2をもうけた後、母親Bを子らの親権者と定めて協議離婚をし、母親Bは子C1とC2を連れて実家に帰り生活していたところ、離婚から約1年半後に交通事故により親権者であった母親Bが死亡した。そのため、2人の子C1、C2について後見が開始し、父親Aが再婚していたものの、後見人に選任され、その後子C1とC2を引き取って監護養育している。その後、父親Aが親権者として子C1らの監護養育に当たりたいとして、親権者変更を申立てたという事案である。母親Bの交通事故による死亡に関する損害賠償金として約1960万円が支払われることになり、父親Aは子C1とC2の後見人として1200万円を受領しているが、自己の借入金と合わせて宅地を購入しているほか、節税対策として子C1、C2や再婚した女性Jの名義で貯金するなどしている。これらの子C1とC2が所有に属する金銭の保管状況などは明瞭とは言い難い状況であると裁判所は指摘している。また、2人の子C1とC2と父親Aの再婚相手Jとの間の親和状況に問題視すべき点はないとされている。以上のような事実を前提として、裁判所は「申立人は右未成年者二名の実父であるから後見人としてではなく親権者としてその監護養育に当たりたいとの心情を有することは当裁判所も充

---

48) 千葉家裁昭和53年9月30日審判（家月31巻2号159頁）。

分理解し得るところであるが、既に後見人として申立人が選任されていること、未成年者二名が多額の現金を有しておくためその財産管理については適切な監督措置をとり得る余地を残しておくことは未成年者二名の福祉に合致するところであり、他方申立人の未成年者二名に対する身上監護については何ら問題とすべきことはないから身上監護の必要上から申立人を親権者としなければならぬ特段の事情は窺えない」として、子がある程度成長する時期まで家庭裁判所による後見監督の余地を残しておくことが子の福祉に合致するという判断を示している。身上監護面においては、後見人であっても親権者であっても同じであること、本件の場合には母親Bの死亡によって子C1とC2が多額の損害賠償金を保有しており、それに関する現在の父親Aの管理状況を考慮すると、家庭裁判所が後見人を監督するという途を残しておくことが必要という判断をしたものといえる。主に、子らの財産管理面に注目して、監督の余地を残しておく必要性から、親権者変更ではなく監督人を付すことが可能な後見人の方を選択したという実質的な判断をしたものと評価できる。

福岡家裁小倉支部は、同種の事案について、昭和55年5月6日審判が2つある。別々の裁判官が同日に審判をくだしている。まず、昭和55年（家）第402号および第562号事件（審判3-19）の事案は、以下のようなものである<sup>49)</sup>。2人の子C1、C2をもうけた夫婦AとBが、長男C1の親権者を父親A、二男C2の親権者を母親Bと定めて協議離婚した。夫婦間の関係が破綻するに至った原因は、父親Aが派手好きで金銭面にルーズな点があり、生活が苦しかったうえ、たびたび傷害事件を起こし警察沙汰になったため、母親Bが夫である父親Aに対して嫌悪の感情を抱いたことにあったと判断されている。離婚後、母親Bは二男C2とともに実弟F方で生活し、飲食店に勤務している。父親Aは長男C1と二人で生活していたが、離婚の翌年、父親Aが心不全によって死亡し、その後父親Aの実母D（子の祖母）が長男C1を引き取ってその監護に当たることになった。そして、祖母Dが母親に相談もし

---

49) 福岡家裁小倉支部昭和55年5月6日審判（家月33巻1号70頁）。

ないで、自己を後見人候補者として後見人選任の申立を行ったため、以前から長男C1の引き取り希望を父親Aの実母Dに伝えていた母親Bがそれを知り、親権者変更の申立を行ったというものである。その時点で、祖母Dは父親Aの生命保険金の支払いを受けて、それによって生活をしており、健康状態も良く、子C1に対する監護面での愛情も期待でき、後見人としての職務を遂行するのに支障はないと判断されている。また、母親Bの方は、その両親E夫婦、弟F1および妹F2と一緒に生活しており、生活は安定し、家庭も健全であり、子の監護養育について問題となるべき点はないと判断されている。長男C1の財産管理については、父親Aの死亡に伴う生命保険金のほか学資保険があるが、その財産管理について将来混乱することは認めがたいという判断がされている。長男C1自身は、現在小学校2年生で、友達と離れたくないことと可愛がっている猫がいることを理由にして、祖母Dとの生活を望んでいる。そのような状況を前提として、裁判所は、実母Bが長男C1の親権者となるのが長男C1の福祉に適するかどうかを判断している。祖母Dが後見人として長男C1を監護することについては不相当と認めるべき事情はなく、長男C1が祖母Dの監護のもとで安定した生活を送っている現状を考慮すると、養育環境の変化による子の心理的動揺について慎重な配慮が必要と指摘しながらも、以下のように述べて、実母Bが親権者として長男C1を監護養育することが長男C1の福祉に合致するという判断を示した。すなわち、長男C1自身が祖母Dと暮らすことを望んでいるとしても、本人の将来の福祉という観点に重点を置いて考えると、「本件は離婚の際に定められた単独親権者が8か月して死亡した事案であって、申立人は離婚時まで約7年間にわたり母親として事件本人を養育しており、離婚原因につき申立人に有責任は認められず、親権者指定の際には専ら経済的事情から事件本人の弟だけは引き取り事件本人については和之を親権者とするにしましたもので、現在では生活状況も安定し、また、本件親権者変更申立が事件本人に対する母親としての愛情を動機とするものであること、子が母親と共に生活することは子の養育にとって最ものぞましいことであること、その他上記認定の事実関係によると、申立人を親権者とすることに

より事件本人に対し特に不都合な事態を生ずるとは考えられないこと等を考慮すると、申立人に事件本人の監護養育の責任を委ね、親権者たる母親としての愛情ある接触を保持していくことが事件本人の将来の福祉のために最も適合するものと認めるのが相当である」としている。子の将来も考えた上で、子の福祉にとって適切な選択を行うことが明示されている。そして、実母Bが親権者として適切であるとして親権者の変更を認容する結果、祖母Dからの後見人選任の申立は必要がないとして却下している。ここでは、単独親権者の死亡によって、後見が開始するのかどうかという問題について触れることなく、子の福祉という観点から実母と祖母のいずれと子が生活するのが適切かを考慮して、いずれが監護養育すべきかを判断している。その結果として、実母が監護養育することが子の福祉に合致すると判断して、親権者変更を認めたことになる。祖母と生活する方が適していると判断された場合には、祖母を後見人に選任するということになったものといえる。単独親権者の死亡による理論的な問題についてはほとんど触れることなく、子の監護養育に関する実質的判断を行ったものである。

もう一つの福岡家裁小倉支部昭和55年5月6日審判は、昭和55年（家）第561号事件（審判3-20）である<sup>50)</sup>。AとB夫婦が生後7か月の子Cの親権者を父親Aと定めて調停離婚し、子Cは父親Aのもとで、父親Aと同居していた父親の母D（祖母）と父親の姉F（伯母）の手で養育されてきた。その際に、子Cは実母Bがすでに死亡したものと教えられていた。父親Aの死亡後、子Cは伯母Fのもとで養育されている。伯母Fから後見人選任の申立がなされ、裁判所による実母Bへの意向調査によって、実母Bが父親Aの死亡を知り、子Cを引き取って養育したいと考えるに至り、親権者変更の申立を行ったという事案である。子Cは現在小学校4年生となっているが、子の乳児期から伯母Fが実母同様に監護養育に当たってきている。伯母Fは長く小学校の教員をしており、結婚歴はなく、いずれは子Cを養子にしたいと希望している。実母Bは、離婚後子Cとの生活交渉はほとんどないまま現在に至っており、

---

50) 福岡家裁小倉支部昭和55年5月6日審判（家月33巻1号75頁）。

食堂のレジ係として働き、衣食住には困ることはないものの、資産はなく収入も安定していない。以上の事実をもとに、裁判所は、子Cが実母Bのもとで養育されるべきか、伯母Fのもとで養育されるべきかについて判断し、伯母Fのもとで養育されるのが最も子Cの福祉に添うものと認められるとして、実母Bからの親権者変更の申立を却下している。裁判所は、実母Bが子Cに対して深い愛情を持っており、人柄も誠実で生活態度も堅実であると認められ、経済的に不安定な点を除いて親権者として欠けるところは見られないとしながらも、実母Bと子Cの間の10年間の空白期間があり、これを埋めることができるかどうか懸念があり、最近まで死亡したと聞いていた実母Bと子Cが円滑に親子の情愛を取り戻すことができるか疑問があるとしている。他方で、伯母Fと子Cが真実の母子同様の情愛で結ばれており、実母Bを親権者とした場合、伯母Fと離れることになり、子Cが受ける精神的外傷は極めて大きいものと考えられることを指摘し、伯母Fが子Cを手離したくない気持ちが強いことから伯母Fと実母Bとの間に子の引き渡しをめぐる争う事態が予測され、子Cが受ける打撃動揺が更に大きなものとなると心配されることを指摘している。子Cの監護養育に関して実母Bと伯母Fの双方に問題はないと判断しながら、それまでの子Cの生活状況等を考慮して、子Cの福祉にとって実母Bとの生活と伯母Fとの生活のいずれが望ましいかを判断し、伯母Fに監護養育させる方がより良いものと判断したものと見える。その結果、実母Bからの親権者変更の申立を認めず、伯母Fを後見人とすることを選んだことになる。単独親権者が死亡した後の未成年子の監護については、種々の事情を考慮して適切な監護者を検討するという立場を示したことになり、その結果、それが実親であれば親権者として、実親ではない者である場合には後見人として認めるという結論になるものといえる。福岡家裁小倉支部の同日の審判（審判3-19）と同じ判断枠組を示している。

浦和家裁川越支部昭和55年6月23日審判（審判3-21）は、離婚後子の親権者となった父親が死亡し、実母が子の引き取りを希望し親権者変更の申立を行い、他方で父親が再婚した相手女性が後見人の選任を申立てたとい



う事案に関するものである<sup>51)</sup>。AとBの夫婦が婚姻し、子Cをもうけた後札幌で生活していたが、生活苦等から夫婦の仲が悪化し、その後スナックで働いていた妻B（子の母親）は店の客の男性Kと親しくなり、子Cの養育を両親D夫婦に託して上京し、その後札幌に戻り、その男性Kと同居するようになっている。父親Aは子Cを連れて上京し、婚姻前に交際していた女性Jと交際を始め、一緒に生活を始め、その後寿司店を開店し、順調に営業を伸ばしていた。子Cの父親Aと一緒に暮らし始めた女性Jも子Cを実子同然にかわいがって、現在までその女性Jと子Cは生活を共にしている。その間、母親Bが子Cを引き取ろうとしたものの、子Cが泣いて嫌がったため、母親Bはあきらめて帰ったということもあった。父親Aと母親Bとの間で、借金の返済方法、離婚問題、子の引き渡しなどについて、何度か交渉があったものの結論が出ず、家庭裁判所の調停によって離婚が成立し、子Cの親権者を父親Aと定めた。その後、父親Aは一緒に暮らしていた女性Jと再婚し、別の子Hが出生している。母親Bも交際していた男性Kと再婚し、子Iをもうけている。父親Aが死亡した後、母親Bは父親Aの再婚した女性Jを相手方として、家庭裁判所に子の引き渡し調停と親権者変更の審判を求める申立を行ったが、子Cが女性Jになついている様子を見て、争いをするのは子にとって良くないと考え、取り下げたという経緯がある。しかし、その後、女性Jが別の男性Lと同棲を始め、家庭裁判所に子の後見人選任の申立を行ったことを申立に伴う調査に訪れた家庭裁判所調査官から聞き及んだ母親Bは、子を複雑な家庭環境に置くことによって精神的・肉体的な苦痛を受けると考えて、再び、子Cの引き渡しと親権者変更を求める申立を行ったものである。女性Jは、同棲を始めた男性Lと婚姻したものの、男性Lの親族が子CとIらに対して冷淡であることや、男性Lの連れ子と子らとの間の折り合いも悪化し、3人で生活する方がよいと考え、協議離婚した。母親Bの現在の生活状況について問題はなく、母親Bの両親D夫婦も健在で近くに居住しており、現在の夫Kも子Cの引き取りに賛成しているなど、生活環境にも恵

---

51) 浦和家裁川越支部昭和55年6月23日審判（家月32巻11号71頁）。

まれている。死亡した父親Aの再婚相手の女性Jは子Cに対して深い愛情を抱いて養育を続けてきており、その生活状況も安定しており、将来の子の教育面についても問題はない。子C自身は現在小学校5年生であり、安定した生活を送っており、自分が置かれている立場や境遇についての認識も有しているが、従来通り父親が再婚した女性J（継母）と弟Iとの共同生活を強く希望しており、実母Bとの生活はもちろん、面会についてもかたくなに拒否している。死亡した父親Aの父親E（子の祖父）は、Jが再婚したと聞いたことから、実母Bが引き取るのが良いと考えていたが、現段階ではそのまま子Cが女性Jのもとで生活する方が望ましいと考えている。以上のような事情を前提として、家庭裁判所は以下のように述べている。「夫婦が離婚する際に親権者と定められた者が死亡した場合に、生存実親へ親権者を変更することについての可否については、種々議論の存するところであるが、当裁判所は、かかる場合事件本人に後見人が選任されているか否かを問わず、親権者変更の審判が可能であると考え」とし、無制限回復説の立場を示した上で、「一般に親権者変更の基準については、特定の基準が存するものではないが、当事者双方の経済（扶養）能力、生活環境等の物的側面と、子に対する愛情、子の人格形成に影響を与える親族との人的交流等の精神的環境の側面を二大支柱とし、そのうえに子が事理を弁識し得る年齢に達していたならば、その自由な意思とりわけ思慕の念を尊重し、その他諸般の事情を比較考慮して、いずれが子の福祉・利益にかなうかを判断すべきものとする」という原則を示している。そして、本件について検討している。現在の物的環境の側面においても、精神的側面においても、実母Bと継母Jとの間で一概に優劣はつけ難いということを指摘し、子C自身の気持ちを考慮すると、現状においては継母Jとの生活を維持することが子Cの福祉・利益にとって望ましいと判断している。子Cの親権者を実母Bとしたとしても、実母Bとの間で正常な親子関係を形成することができるかどうか憂慮されるとして、子C自身が社会的経験を積み、考えを改めるに至ればともかく、現状においては、従来通り継母Jに子Cの身上監護を託すのが相当であるとして、実母Bからの親権者変更は妥当でないと判断して

いる。それに伴って、実母Bからの子Cの引き渡し請求については、親権者変更が認められないことから、引き渡し請求の実質的要件に欠け失当であるとし、実母Bからの申立を却下している。単独親権者が死亡した場合に親権者変更の申立が可能かどうかという問題については、種々議論があることを認めながら、実質的に子のために誰がどのようにして監護養育を行うのが適切かを判断することが必要であるという立場を明確にしたものといえる。

福岡高裁昭和56年6月15日決定（審判3-22）は、離婚の際に単独親権者となった母親Bが死亡したため、生存する実父Aが行った親権者変更の申立を親権者変更の余地がなく不適法として却下した原審判（福岡家裁八女支部昭和56年5月20日審判）を取消し、差し戻したものである<sup>52)</sup>。二人の子C1とC2をもうけていたAとB夫婦が母親Bを子C1とC2の親権者として調停離婚したが、約1年後に母親Bが交通事故で死亡した。そこで、父親Aが2人の子C1とC2を引き取り、養育監護するようになり、家庭裁判所に親権者変更の申立を行ったところ、原審判は親権者変更の余地がないとして却下したため、即時抗告したという事案である。本決定では、「本件に関し、民法838条1項に基づく後見人選任の手続はとられていないことが窺われるところ、右事実関係のもとにおいては、右未成年者の親権者の変更を求める抗告人の本件申立は、ほかに特段の事情のない限り相当としてこれを許容すべきである」と述べて、原審判を取消し、家庭裁判所に差し戻した。後見人の選任がなされていないという条件を付してはいることから、制限回復説の立場を示したといえるものの、特段の事情がない限り親権者変更の申立は許容すべきということであり、特段の事情があるかどうかの判断を家庭裁判所に求めたことになる。

大阪家裁昭和57年4月12日審判（審判3-23）は、離婚の際に3人の子の単独親権者となった父親が死亡した後、3人の子について、母親から親権者変更の申立がなされ、他方で父親の父親（子らの祖父）から子の監護者の

---

52) 福岡高裁昭和56年6月15日決定（家月34巻11号27頁）。

指定を求めて子の監護に関する処分の申立が行われたという事案である<sup>53)</sup>。3人の子C1、C2、C3をもうけていたAとB夫婦の折り合いが次第に悪くなり、妻B（子の母親）が子C1らを残して実家に戻り別居し、その約1年後離婚の話し合いをなし、家庭裁判所において子C1らの親権者を父親Aと定めて調停離婚した。その際、母親Bは子C1らを引き取り自ら養育することを強く望んだが、生活が不安定であり、父親Aが養育費の支払いを拒み、強く親権者となることを望んだことから一応父親Aを親権者と定めたものである。3人の子C1、C2、C3らはその後、父親Aと父親の両親D夫婦（祖父母）に養育されることとなった。しかし、その約3か月後に父親Aが自殺して死亡した。祖父D1は子C1らの養育を継続したが、自身が多忙であることに加え、祖母D2が高齢で病身であったので次第に子C1らの養育が重荷となり、母親Bに対して子C1らの引き取りを求めて、家庭裁判所に子C1らの親権者変更の申立を行った。この申立に対して、母親Bは、当時の住居が狭隘で、収入も低額であり、経済的自立に不安があったことに加え、子C1らが相続により取得すべき相続財産の範囲を祖父D1が明確にしなかったことなどから、子C1らの引き取りに同意しないどころ、亡くなった父親Aの妹Fが祖父母D夫婦と同居して子C1らの養育を事実上引き受けるようになったので、祖父D1は自ら子C1らを養育する意思を固め、親権者変更申立事件を取り下げた。その約3か月後、祖母D2は死亡している。そして、その翌年、祖父D1は母親Bとその両親E夫婦を相手方として子C1らの扶養料額の確定と過去の扶養料の支払いを求めて家庭裁判所に扶養程度方法協議事件を申立てた。一方、母親Bは子C1らの親権者を亡くなった父親Aから自分に変更する審判を求める旨の申立を行った。この二つの事件について併行して調査・審問が行われ、その過程で祖父D1と母親Bの間で、子C1らの扶養料の支払いについて、母親Bが祖父D1に300万円を支払う旨の合意が成立した。そこで、扶養程度方法協議申立事件は調停に付され、両者の合意のとおり調停が成立した。同時に、両者間で、子C1らの事実上の養育は祖父D1におい

---

53) 大阪家裁昭和57年4月12日審判（家月35巻8号118頁）。

て行うこととしたうえで、親権者を母親Bに変更することに異議がない旨の合意がまとまり、その趣旨にのっとり、祖父D1が家庭裁判所に子C1らの監護者を祖父D1とする旨の審判事件を申立てたという経過をたどっている。裁判所は、祖父D1は父親Aと母親Bが別居して以来、現在まで子C1らと同居生活を継続してきて、所有家屋を賃貸して収入を得て安定した生活を行っており、子C1らの養育を継続するにつき格別支障となる事情はないと判断している。また、母親Bについては、現在は病院の看護補助者として勤務し、安定した収入を得て、子C1らを引き取っても十分経済的に自立していける状態にあることを認めている。子C1、C2、C3らは、現在、それぞれ高校入学が決まった中学3年生、中学1年生、小学校5年生であり、落ち着いた学校生活を送っており、3人とも祖父D1の適切な監護のもとに順調に成育しており、日常生活についても不安は認められないと裁判所は判断している。また、子C1らの気持ちについて、中学3年生のC1は今直ちには母親Bとの生活を望んでいないように見受けられ、中学1年生の子C2は母親Bを慕ってはいるが祖父D1の許を去ることにはとまどいを感じているように思われ、小学校5年生の子C3は母親Bとの生活を望んでいると判断している。それらの事情を総合的に勘案した上で、母親Bが親権者として不適当と認められる事情はないが、子C1らが祖父D1の許で安定した生活を継続していること、母親Bと子C1らが別居生活になってから約5年間が経過し親近感にやや欠けるところがあると解せられることを考慮して、暫く祖父D1の許での生活を継続させ、母親Bと子C1らが接触の機会を積み重ねたうえ円滑に同居に至るのが、子らの福祉に合致するものと解せられると述べて、現時点では子C1らの監護者を祖父D1と定めたうえで、子C1らの親権者を母親Bに変更するのが相当であると判断して、親権者変更申立および子の監護に関する処分申立はいずれも相当であると認めるものとしている。この事案においては、最終的に、関係者の合意が成立し、それに基づいて監護者の指定と親権者の変更が行われたわけで、通常の離婚に伴う子の親権者指定事件や子の監護に関する事件と同様な処理がなされたことになるものといえる。単独親権者死亡後の子の監護のあり方を考える上では貴重な事案といえる

が、単独親権者の死亡後の理論的な問題には全く触れられていない。

名古屋高裁昭和58年7月1日決定（審判3-24）は、離婚の際に子の単独親権者となった父親が死亡するに至ったため生存する母親への親権者変更を認めた原審判（福井家裁昭和58年4月26日審判）について、単独親権者の死亡のみを理由とする親権者変更審判を取消し、親権者変更の相当性について審理を尽くす必要があるとして差し戻したという事案である<sup>54</sup>。婚姻し、夫Aの両親D夫婦と同居し、子Cをもうけた夫婦AとBが子Cの親権者を父親Aと定めて協議離婚した。子Cは母親Bが家を去った後も、父親Aが死亡した後も父親の両親D夫婦（祖父母）によって監護養育され、現在は保育園に通っている。家庭裁判所に母親Bから親権者変更の申立がなされるに先立って、祖父D1から後見人選任申立がなされており、家庭裁判所に係属中である。母親Bは、離婚後、住居と職業を転々としていたが、離婚から約2年3か月後には紡績工場に就職し、寮生活をしている。したがって、現時点においては、母親Bが直接子Cを引き取って監護養育することは困難であり、自己の実家の協力も得られないため、収入や居住関係が安定するまでは、子Cを養育施設に入所させることを考えている状況である。他方、祖父D1は子Cを可愛がっており、将来は養子として家を継がせたいと思っており、仮に母親Bが親権者となっても、引き続き自分のもとで子Cを監護養育することを強く希望しており、子Cが養育施設に預けられるようなことは忍び難いと言っていると認定されている。以上のような事実関係を認めた上で、裁判所は、まず「離婚により親権者となった親が死亡したのち、生存する他方の実親から親権者変更申立があった場合には、民法第819条6項を準用し、右他方の親を親権者に定めることが未成年子の福祉のため適当であるときは親権者変更の審判をなすことができると解するのが相当である」と述べている。しかし、「生存する他方の親の申立にかかる親権者変更について審判をなすに当たっては、当然に親権者変更の審判をなすべきものではなく、生存する親を親権者に定めることが未成年子の福祉を害さないも

---

54) 名古屋高裁昭和58年7月1日決定（判時1096号77頁）。



のであるか、右相当性についての検討を経るべきである」と付け加えている。そして、「さらに本件においては、前記二の諸事情を勘案すると、相手方を事件本人の親権者に変更することが適当であるとしても、右審判において同時に監護者の指定をなすことが事件本人のため、必要であると考えられる」として、単に原審判のように母親への親権者変更を認めるだけではだめで、親権者変更後の子の監護養育の状況を考慮する必要があることを指摘している。そのまま親権者変更を認めるだけでは問題の解決としては不十分であることを明確にしている。本件では、祖父が子を監護している現状を考慮すると、現に子の監護養育について支障がない状態で親権者変更のみを認めれば、子が養育施設に預けられることになり、それが子の福祉を考慮した判断として適切なのかということであり、子の福祉や利益をも視野に入れて、親権者変更を認めるべきかどうかを考察すべきということをはっきりと示した決定である。

東京高裁昭和61年12月5日決定（審判3-25）も、親権者変更を認容した原審判に対して、親権者変更が子の福祉に沿うものであるか否かを検討すべきであるとして原審に差し戻したものである<sup>55)</sup>。8歳と5歳の男児C1とC2をもうけた夫婦AとBが親権者を父親Aと定めて協議離婚し、その後子C1らは父親Aの姉F夫婦のもとで監護養育されている。離婚から約3年後に父親Aががんで死亡し、子C1らを引き取って養育していた伯母F夫婦が後見人の選任を家庭裁判所に申立てたところ、裁判所からの通知によってこれを知った子C1らの母親Bが親権者変更の申立を行ったというものである。なお、母親Bは離婚後再婚し、2人の子H1とH2をもうけている。離婚以来子C1らの監護養育には関わっていないが、子C1らに対して愛情を持ち、育てなければならないと考えている。伯母F夫婦には4人の子がいるが、すべて大学を出て結婚して独立し、現在は子C1ら2人とともに4人で自宅に居住し、安定した生活を送っており、子C1らも順調に成長している。子C1らはそのまま伯母F夫婦のもとで生活することを望んでおり、今更母親Bと一緒に暮

---

55) 東京高裁昭和61年12月5日決定（家月39巻5号25頁）。

らすことは望んでいない。したがって、子C1らが母親Bのもとで育つことが子C1らの福祉のためになるという特段の具体的理由は見当たらないと裁判所は判断している。以上のような事実に基づいて、「事件本人らは、8才及び5才という幼いときから抗告人のもとで育ち、友人を作るなど新しい環境のもとで暮らしているのであるが、現在の生活は安定したものと認められるところ、民雄15才、昌英12才という動揺しやすい多感な年ごろにおいて、父を異にする妹、弟と共に、新しい生活を始めることの心身に及ぼす影響を考えると、他に特段の事情の存しないかぎり、事件本人らの意思に反してまで親権者変更をなし相手方を親権者とするのが事件本人らの福祉にそうものとはいい難いところ、特段の事情について十分な検討をしないで親権者変更を認めた原審判は失当であるといわざるを得ない」として、原審判を取消し、特段の事情の存否についてさらに審理を尽くさせるために原審に差し戻すとした。この決定でも、単独親権者の死亡によって自動的に親権者変更が認められるのではなく、その必要性があるかどうかを子の福祉・利益を考慮して判断すべきとしており、子の監護に関する処分と同様に処理することを考えているものと思われる。結果的に子の福祉に配慮した結論が導き出されることになり、合理的な結果が期待できるとはいえるが、単独親権者死亡に伴って、後見開始と親権者変更のいずれが妥当するののかという理論的な問題にはほとんど触れられていない結果となっている。

千葉家裁昭和63年8月23日審判（審判3-26）は、子の親権者を母親と定めて離婚した後、親権者となった母親が死亡したため生存する父親が親権者変更の申立を行った事案であり、申立が却下されたものである<sup>56)</sup>。AとBが事実上の婚姻をして、Bの実家でBの両親D夫婦と同居して生活を始め、AはD夫婦との間で養子縁組の届出を行い、同時にBとの婚姻届出を行った。AとBはともに働いていたが、Bは最初の子を妊娠した後、夫であるAがやさしくないことについて職場の男性に愚痴を聞いてもらっていた。ところが、

---

56) 千葉家裁昭和63年8月23日審判（家月41巻2号158頁）。

その男性が夜酔ってBの自宅に入り込み大騒ぎになるなどしたため、Aは実家に戻り、その直後にBは流産した。自宅に戻ったAは、D夫婦に懇願されて帰ってきたものの、Aの態度は固く、家人とも余り口を利かない状態となった。Bは着付けの免許を持っていたので、妹から依頼されて村の婦人会の人たちに着付けを教える教室に通っていたところ、それに不満を持っていたAは車の購入についてBの母親であるD2に説教されたこともあり、家を出て再び実家に帰った。その約半年後、BはCを出産した。Aは、Cに対する嫡出否認とBとの間の夫婦関係調整を求める調停を申立てたが、1年半後にAとCとの間の父子関係の確率が99.96%であるという鑑定が出て、嫡出否認の申立を取り下げ、Bとの間でCの親権者をBと定めて協議離婚をした上、夫婦関係調整の申立も取り下げた。その後、D夫婦はAとの間の離縁の調停を申立てたが、AはBとの離婚の原因はBの不貞行為が原因であるなど主張したため、D夫婦が1500万円の解決金を支払うことで調停離縁が成立した。また、Bは離婚後Cを監護養育していたが、Aに対して養育費請求の調停を申立て、Cが成年に達するまでの間Aが毎月2万5千円を支払う旨の調停が成立した。その後、Bは通勤途中、JRの踏切で特急電車と衝突する事故を起こし、死亡した。CはBとD夫婦と同居し、日中働いているBが不在の間は祖母であるD2がCの世話をしていたが、Bの死亡後もD夫婦と同居して生活している。以上のような経緯をたどった上で、Bの姉であるF1が、D夫婦とCとの養子縁組を前提として、家庭裁判所に後見人の選任を申立てたという事案である。D夫婦およびBの姉であるF1およびF2の間では、CをD夫婦が養育監護していくこと、D夫婦がCを養子としてCに家を継いで跡継ぎになってもらうことを考えており、経済的には問題はなく、D夫婦が高齢となり養育監護が難しくなった場合には、F2夫婦がD夫婦の自宅に入り、Cの監護養育に当たることで話ができており、CもF2夫婦に馴染んでいる。一方、Cの父親であるAは、実家に戻って以来、Cとの直接の接触はなく、Cが自分の子であるとしてD夫婦らに差別されないかと心配しており、自分でCを引き取り養育したいと考えているが、親権者となってもすぐにCを引き取ることは無理だと考えており、家庭裁判所の調査官にはCを引き取った場合

にはAの母親EがCの世話をしてくれることになっていると言っており、D夫婦に何があってもF1らが責任をもってCの面倒を見てくれることや現在以上の養育費を請求したりすることがないように念書を取りたいと述べている。裁判所は、以上のように事実関係を認定した上で、「現在ようやく安定に向かい祖父母とともに母の死亡による精神的動揺を整理しつつある未成年者にとっては現在のままの環境に置いておくのが最も良いことであって、親密な関係が形成されている祖父母を親権者変更によってうしなうことは未成年者にとって、大きな痛手となるであろうと考えられる。申立人には、将来未成年者から必要とされた時に、未成年者に対してその必要とするものを与えられるような父であって欲しいというのが、未成年者の表現されない心からの願いであろうと思われる」と情緒的な表現を用いながら、父親であるAからの親権者変更を却下し、母親Bの姉であるF1を後見人に選任することが相当であるとしている。親権者の死亡後の未成年子について後見が開始するのか、親権者変更が認められるのか自体については触れることなく、子の福祉・利益にとって、父親と伯母とのいずれが監護養育することが適切かを判断していることになる。

山形家裁昭和63年10月14日審判（審判3-27）も離婚後に子の親権者となった母親が死亡したため生存する父親が親権者変更を求めた事案に関するものである<sup>57)</sup>。AとBは婚姻し、C1とC2の子をもうけた。婚姻から約6年半後、家庭不和が原因でBはC1とC2の二人の子を連れて実家に戻ったが、その後いったんAのもとに戻った。しかし、乳がんの治療などのためC2だけを連れて再び実家に戻り、Bの父親であるDを通じてAに離婚を申し入れた。そこで、Aは家庭裁判所に婚姻関係調整の調停を申立てたが、Bが当初から離婚を求めたため、離婚の方向で調停が進められ、C1の親権者をA、C2の親権者をBと定めて調停離婚が成立した。その後、BはC2を監護養育していたが、離婚から約2年後にBは乳がんで死亡し、その後C2はBの両親であるD夫婦によって監護養育されている。Aは、C1とともにAの両親E夫婦

---

57) 山形家裁昭和63年10月14日審判（判時1298号123頁）。

と同居しているが、主にAの母親であるE2がC1の面倒をみている。Aは工員として働き、Aの父親E1は農業に従事している。E1には田畑、宅地、預貯金があり、経済的には安定しており、家族全員の健康状態に特に問題点はないとされている。そのような状況で、父親であるAはC2を引き取って養育監護することを強く希望しており、Bとの離婚に至る過程でBの両親であるD夫婦から実家への訪問を拒否されたため、C2に会いたい気持ちを抑えて離婚後一度もC2に会っていないが、離婚の際に約束したC2の養育費については支払ってきており、将来のC2の学資にあてるため毎月財形貯蓄をしている。AはBの両親であるD夫婦からBの死亡についての連絡は受けなかったが、人づてにBが死亡したことを聞いたため、親権者変更の申立を行ったものである。AとBの両親であるD夫婦の関係は、離婚に関する調停以来悪化していたため、Bの死後にC2の養育問題について話し合いが持たれたことは一度もない。D夫婦の自宅では、C2のほか、Bの弟Fとその子二人が暮らしており、Bの母親であるD2がC2をはじめ三人の子の面倒をみている。その家庭内は円満で、全員の健康状態も良好であり、経済的にも安定している。D夫婦はBの遺志を尊重して今後もC2を養育監護したと強く希望しており、Aが親権者変更を申立てたのに対抗して、Bの父親であるD1が後見人選任の申立を行った。このような事実関係のもとで、裁判所は「本件のように離婚の際に未成年者の単独親権者となった者が死亡した場合において、親権者とならなかった他方の実親が新たに親権者になることを希望し、かつ、その者が未成年者の養育監護にあたることで未成年者の福祉に合致すると認められる場合には、家庭裁判所は、民法819条6項の親権者変更の規定を準用して、子の親族の請求により親権者を死亡した単独親権者から生存する実親に変更することができるものと解するのが相当である」と述べている。そして、「親権も未成年後見もともに未成年者の養育監護及び財産管理の面における保護を目的とする制度であるが、未成年後見の開始事由、終了事由等についての民法の規定に照らすと、民法の基本的態度は、親子の自然的社会的関係に基盤を置く親による子の保護を原則とし、後見は、親権者たる親がない場合または親の親権行使が制限される

場合に補充的にその機能を果たすことを予定しているものと解される。そして、もともと離婚の際に一方の親を未成年者の親権者と定めることを要するのは、離婚した両親が親権を共同行使することは事実上困難であるという理由によるものであるから、離婚の際に親権者となった者がその後死亡したために、生存している他方の実親が親権者になることを希望しかつ、それが未成年者の福祉に合致する場合に、親権者変更の審判をすることを認めることは、民法の基本的態度に合致するものであり、国民一般の感情にも合致するものである」と述べて、「本件のように同一裁判所に親権者変更と後見人選任の申立が相前後して係属した場合には、子の福祉の観点から親権者変更あるいは後見人選任のいずれが適当かを判断するのが相当というべきである」として、C2の監護養育および財産管理について、父親であるAと母方の祖父であるD1のいずれが適しているかを判断している。そして、双方とも問題はなく、優劣をつけ難いことを認めた上で、D夫婦がC2のみではなく、Bの弟の子二人の面倒をみていることを指摘し、その負担が重く、それに対してAがC2を引き取る方が期待できると判断している。他方で、C2が4歳頃から約3年間にわたってD夫婦とともに安定した生活を送ってきたことを考慮すると、C2をAが引き取った場合には、養育環境の変化がC2に対して心理的動揺を与えることが予測されると判断している。その上で、心理的動揺というマイナス面があったとしても、実親であるAと実兄であるC1と一緒に生活した方が幸福かどうかの点に帰すと指摘し、C2の年齢および性格からみて養育環境の変化に対する順応性は充分あると考えられ、マイナス面は一時的なものと予想できること、幼児の人格の形成や発達にとって家庭内における日常的な親や兄弟姉妹との接触およびそれによる相互作用が最も重要なものであることを考慮すると、C2がD夫婦のもとで生活する場合には、C2と父親Aおよび兄C1との交流は期待できず、将来C2自身がAに対して「自分だけが父親から見捨てられた」という被害感情を抱き、C2自身の人格の形成および発達に悪影響を及ぼすおそれがあるとして、C2の養育監護の責任を父親であるAに委ねる方がCの福祉に最も適合すると述べている。そのような判断から、Aからの親権者変更



の申立を認容し、D1からの後見人選任の申立を却下している。親権者変更か、後見人選任かの問題が二者択一ではなく、誰が問題となっている子の監護養育を行うのがその子の福祉に適合し、その子の利益になるかという観点から判断すべきという態度を明確にした審判といえる。

仙台高裁昭和63年12月9日決定（審判3-28）は、前述の山形家裁昭和63年10月14日審判（審判3-27）の抗告審である<sup>58)</sup>。原審判において、後見人選任申立を却下された子C2の祖父母であるD夫婦およびBの弟であるFからの親権者変更審判に対する即時抗告が許されるか否かがまず問題とされている。親権者変更の審判に対して即時抗告できる者については、当時の家事審判規則72条と55条によって「父、母又は子の監護者」に限られていたことから、子の祖父であるD1が含まれるかということである。一般に、ここでいう「子の監護者」については事実上子の監護をする者を含んでいないと解されているとして、「通常の場合には、親権者変更の審判については、実質上、父、母または子の監護者の何れかは、利害が対立し、その審判が不当と考えるときには、その何れかが即時抗告をして審判の当否について抗告審の裁判を求めることができ、これらの者が不服申立をしないようなときには、親権者変更の審判の相当性が確保されるものといえ、特に他の親族等の不服申立権を認める必要がないといえる」としながら、「しかし、本件のように、離婚に際し、親権者と定められた母（妻）が死亡した場合において、父（夫）から親権者変更の申立がなされ、その申立が認められたようなときには、親権者であった母からの委任に基づき事実上子を監護する者があれば、たとえ、協議または審判等により特に監護者と指定されていなくても、子の幸福と福祉を護るため、その審判に対しては、即時抗告を申し立てることができる」と解するのが相当である」という判断を示し、子の祖父であるD1に即時抗告をする権利を認めるとしている。その理由として、事実上子を監護している者であり、親権者であった母親の委任に基づいて子を監護している以上、その地位は子を監護する者とし

---

58) 仙台高裁昭和63年12月9日決定（家月41巻8号184頁、判時1298号122頁）。

て親権者たる母親に最も近い者として最も重要な立場に立つ者ということができるといふ点を指摘し、事実上子を監護している者も「子の監護者」に含まれると解するのが法の精神に適うと述べている。そして、C2の事実上の監護者であるD夫婦からは即時抗告の申立ができるものと解しているが、FについてはC2と同居し、その監護養育に深く関係しているとはいうものの、D夫婦の補助的な地位に留まっているものと認めるのが相当として、独自に即時抗告の申立ができる者に該当するとすることは困難であるとして、Fからの即時抗告は不適法として却下すべきとしている。そのような理解に立った上で、D夫婦の即時抗告の当否について判断し、原審の判断を正当と認めるとして、子C2の父親であるAに親権者を変更するのが相当と認められると述べて、D夫婦からの即時抗告を棄却している。この抗告審では、即時抗告できる者の範囲が主として問題とされ、親権者変更を認めるかどうかの実質的判断については原審審判の結論を正当と評価している。

福島家裁平成2年1月25日審判（審判3-29）は、離婚後単独親権者となった親が死亡した後に生存親への親権者変更を認めるか、後見人を選任するかは家庭裁判所の裁量によるという判断を示したものである<sup>59)</sup>。AとB夫婦が婚姻し、子C1およびC2をもうけていたが、不仲となり、妻Bは婚姻から19年後に家出し、別居した。その後、C1とC2の親権者を父親であるAと定めて協議離婚した。子C1らの親権者をAとしたのは、当時Bに異性関係があり、監護能力が乏しかったことや子C1とC2の学校関係のためであったとされている。離婚後親権者となった父親Aは、父子3人の生活を続けていたが、C1らを残していわゆる蒸発をし、その約半年後に自殺した。Aが蒸発中および葬儀の段取りなどについては、Aの兄であるFがC1らの相談相手となり、何かと世話をしていた。Aの葬儀修了後間もなくの頃、BはAの親族とC1とC2を交えてC1らの今後のことについて協議をした際、C1らと同居して監護したい旨を主張し、C1らもBとの同居を望んだため、Aの親族はC1らについ

---

59) 福島家裁平成2年1月25日審判（家月42巻8号74頁）。

ては一切Bに任せるということになった。Bは離婚後、H（内縁の夫）と同居生活をして、共働きで生活をしている。Hは前妻に対する慰謝料の支払いが残っており、経済的にゆとりがあるとまでは言えないとされているが、BはHとともにC1らの許に転居し、同居生活をするにしている。現在、C1は専門学校1年生、C2は高校2年生であり、C1らの財産としては、父親Aの遺産である宅地と建物のほか、いくらかの預貯金があり、父親Aの生命保険金の給付手続はまだしていない状況にある。C1らは、母親であるBとその内縁の夫Hとの同居生活を認めており、Bが親権者となることを望んでいる。また、C1らとHとは何度か面接し、共同生活には危惧を抱いていないと認定されている。裁判所は以上のように事実関係を認定して以下のように述べている。「本件はいわゆる『単独親権者死亡後の親権者変更申立事件』であり、本来の親権者指定・変更とは性質を異にするものであって、その実体面、手続面において種々の考え方がなされる場所であるが、単独親権者の死亡後は親権者、後見人未定の状態となり、そのいずれにするかは家庭裁判所の裁量によって定まるものと解するのを相当とする」として、本件について判断し、母親であるBを親権者として不適であるとして排斥する理由が見当たらず、子C1とC2の両名の福祉のためには両名の親権者をいずれも母親であるBと定めるのが相当であると述べている。裁判所は親権者変更か後見人選任かは家庭裁判所の裁量に属すると指摘している点に注目すべきといえる。この事案は実母であるBからの親権者変更申立のみがなされたものであり、仮に母親であるBがC1らの監護養育に当たる親権者として適していないと判断した場合、申立もなされていないにもかかわらず、誰かを後見人に選任するということになるのかという疑問が生じる。親権者変更の申立と後見人選任申立とが競合する場面ならともかく、この事案について家庭裁判所の裁量権を強調する必要性があったとは思えない。

東京家裁八王子支部平成5年3月15日審判（審判3-30）は、離婚後単独親権者となった母親が死亡したため、生存する父親が親権者変更の申立を行い、これが認められたという事案である<sup>60)</sup>。AとBは平成元年6月に婚姻し、翌年Cが出生した。AとBはCの出生の1年後に別居し、Bは子Cと生活してい

たが、平成4年3月にCの親権者をBと定めて協議離婚した。別居からしばらくした頃からBは精神状態が不安定になり、体調も崩して、Bの母親であるDがCを預かることもあった。平成4年6月、Bは自宅で自殺し、Aが第一発見者となった。Bの葬儀はBの実家で行われ、Bの死亡でショックを受けたBの母親Dの申し出でCの養育監護をDが当面行うことがDとAの間で話合われ、CはDの自宅に引き取られた。この状態はとりあえずBの四十九日あたりまでということが両者の間で了解されていた。Aは葬儀当初から一週間くらいは毎日D宅へ来て線香をあげていたが、約二週間後に来たときにCの引き取りについてAとDとの間で口論があり、その後AがD宅へ来訪することが途絶えていた。約二週間後にAがD宅を来訪した際にも再度口論となり、以後Aは四十九日の法要の際も含めてD宅を来訪することはなくなった。Aは実父としてCを引き取り、自ら手元で養育することを希望している。現在、Cは祖母であるDの自宅でDの内縁の夫Hとともに暮らしており、心身ともに安定した状態にあり、Aが引き取ると当面CがAに馴染まず精神的に混乱することは覚悟しているが、Cの長い将来のことを考えると、父親である自分がCと一緒に生活する方がよいと考え、そのために一日も早くCを引き取って一緒に生活を始めたいとAは思っている。AがCを引き取っても、DがCと会うことも認めるつもりでいる。Aは少年時に道路交通法違反や傷害事件で補導歴があり、平成4年に背中に入れ墨をしている。高校を中退して、土建業手伝い、トラック運転手などの仕事についていたが、平成2年に砂利採取業を始めている。事業は順調であり、Aも毎日仕事に精を出し、経済的な不安はない。現在、Aは一人でマンションに居住しているが、Cを引き取った場合はAの両親E夫婦や妹Fらの協力を得てCと一緒に暮らす予定である。Aは正業についている社会人であり、客観的な居住環境、人的な資源等の面ではCの育成環境として、父母離婚の家庭としては適格であると思われる。一方、現在、Dは内縁の夫HとともにCと一緒に生活しており、保育園への送迎も含めてCの日常生活万端の世話をし、

---

60) 東京家裁八王子支部平成5年3月15日審判(家月47巻8号42頁)。

Cへの愛着を深めている。DはBの死亡直後はCをAに引き渡さねばならないと考えていたが、その後Aとの対立紛争やCが自分やHを慕っている様子があり、Aの過去の行状やB死亡の際のAの態度からAにCを任せることに不安を感じ、現状のまま自分とHの家庭でCを養育することがCの福祉幸福に合致すると思うようになり、感情的にもそれを強く希望するようになっている。Dは現在53歳で、最初の婚姻でBらの3人の子をもうけたが交通事故で最初の夫と死別し、その後再婚して子を1人もうけたが離婚し、やはり離婚していたHと内縁の夫婦として生活し、Hが経営している飲食店を手伝っている。DもHも健康であり、店の経営も順調で、生活は安定しており、Cの成育環境として、物質的、経済的にも、人的な面での特に問題は見られないと判断されている。また、Cの年齢が年齢であり（現在2歳8か月）、D宅での生活が長期間継続し、Aとの交渉がない状態が続いていることもあって、D宅での生活に安住し、DやHを生活の中で最も親近な者として受け入れており、通園している保育園にも馴染み、心身ともに現在の状態に安定していることが認められており、現段階でAに引き取られ生活環境が激変することは、一時期Cに心身にわたる大きい衝撃を与えることになるものと推察されると指摘している。なお、平成4年9月21日にDは東京家庭裁判所にCについて後見人選任の申立を行い、平成4年10月1日にDをCの後見人に選任する旨の審判がなされている。この審判においては、Dのみが審問され、その他の関係者に対する審問や家庭裁判所調査官の調査などの調査が行われた形跡はなく、Aもその事実を知らなかったとされている。以上のような事実に基づいて、裁判所はCの福祉幸福にとって、父親Aが養育監護することと、祖母であるDが現状のまま養育監護していくこととのいずれがよいのが問題となるとして、この点について判断している。そして「この場合、重大な意味を持つのは、やはり申立人が未成年者の生物的に実の父であるということであり、実質的にも父に値いするということであろう。そしてまた、ここでは家族とか親子関係とかいうことについての現在のわが国社会の普通の見方は重視せざるを得ないであろうし、また梅子の年齢等の本件諸事情を踏まえ、今後未成年者が成年に達する頃までの長期的な

展望をもって見るならば、当面は環境を変えることが未成年者の精神状態に混乱をもたらし、未成年者に苦痛を与えるであろうことは容易に察することができるのではあるが、ここでその障壁を乗り越えさせて、一日も早く、父である申立人のもとでの生活に入らせ、親との生活という現在求め得る最も普通な成育環境の中で成長させることが『自然』というものであり、結局はそれが未成年者の福祉幸福につながる最上の途ということがいえるのではないだろうか」と述べて、父親であるAからの親権者変更の申立を認容している。その結果、Cについて後見の必要性がなくなり、Dの後見は終了することになったというものである。この審判では、実父との生活が自然で普通の成育環境であるとして、現在では祖母との生活が安定していると認めているものの、子の将来を考えた長期的な展望に立つと父との生活が望ましいという判断を示している。子自身で生活環境が変わることによる混乱を乗り越えることを期待している。現状において、父と祖母のいずれと生活することが望ましいかという観点よりも、子の将来の生活を視野に入れた考慮をしたということになる。また、すでに祖母であるDが後見人に選任されているにもかかわらず、親権者変更を認めており、その点に関する言及はほとんどなく、離婚後の子の監護の問題と同じような問題として処理したものと思われる。

東京高裁平成6年4月15日決定（審判3-31）は、前記の東京家裁八王子支部平成5年3月15日審判（審判3-30）の抗告審決定である<sup>61)</sup>。子Cの祖母であるDが、父親であるAへの親権者変更を認めた原審判に対して即時抗告を行ったものである。抗告審において新たに付加された事実としては、以下の点が注目される。Cの父親であるAは、離婚に際し公正証書によりCに対する養育費として月6万円、亡くなった妻Bへの慰謝料として月6万円の支払いを約束していたが、その履行状態は悪かったということが認められている。また、AがCを引き取った場合には、Aの両親であるE夫婦らの協力を得て養育監護にあたる方針であると言いながら、E夫婦はCが物心ついてか

---

61) 東京高裁平成6年4月15日決定（家月47巻8号39頁）。



らほとんど会ったことがなく、物品を贈るなどの愛情を示す行為もしていないとされている。AとCとの交流がないことを心配した家庭裁判所調査官がAに対してCとの面接や交流を勧めたものの、Aはこれに応じようとしていない点も指摘されている。さらに、DがCの後見人に選任された後、DはHとの婚姻届出を行っている。DとHはともにCに対して深い愛情を有し、その生活に細かい配慮をして、母を失って衝撃を受けたCを明るく育てようと最大限の努力をしており、親戚や近所の人もこれに協力しており、C自身の健康状態も良く、心身ともに安定した状態にあると判断されている。そのような事実認定の上で、裁判所は「本件のような親権者変更申立については、民法819条6項を準用すべきものと解されるが、右申立を許可すべきか否かは、同項が規定する子の利益の必要性の有無によって判断することになり、具体的には、新たに親権者となる親が後見人と同等又はそれ以上の監護養育適格者であり、かつ親権者を変更しても子の利益が確保できるか否かという観点から判断すべきである」と述べて、本件では、現在CがDの元で愛情に育まれた環境の中で安定した生活を送っているとしている。他方、Aが父親として子であるCに対して愛情を持ってはいるが、Cに面会するなどの愛情を示す行為をしておらず、その生活態度に問題がないわけではなく、Cを引き取った場合にはCの養育をAの両親であるE夫婦に頼らざるを得ないにもかかわらず、E夫婦のCに対する愛情は未知数であるとしている。そのような点を考慮すると、Cを新たに物心ついてからほとんど一緒に生活を共にしたことのないAやE夫婦の養育に委ねることは、Cに大きな苦痛をもたらし、子の利益に合致しないばかりか、新たな生活環境に適應できないおそれがあり、Cに回復が困難な精神的打撃を与える可能性があるとして、新たに親権者を定めるのは相当ではないと判断し、原審判を取消し、審判に代わる裁判として親権者変更の申立を棄却した。原審判（審判3-28）が、実の父との生活が自然であり、新しい生活における困難を子自身が乗り越えることを期待して親権者変更を認めたのに対して、抗告審では純粹に現時点での子の利益を判断したものといえる。また、事実として判断の変化に大きな影響を与えたのは、父親であるA自身が子Cに面会する

ことを拒否していたこととAの両親であるE夫婦にCに対して愛情を示す行動が見られなかったことであったように思われる。いずれにしても、ここでもこの問題の処理が離婚後の子の監護に関する処分と同じような問題として処理されたことになる。

福岡家裁小倉支部平成10年2月12日審判（審判3-32）は、離婚後単独親権者となった母親が死亡した後に父親からなされた親権者変更の申立がいったん認められたもの、抗告審で原審に差し戻されたという事案に関するものである<sup>62)</sup>。AとBは双方の親から反対されたものの婚姻し、翌年子Cが生まれた。しかし、AはBの実母であるDとの折り合いが悪かったうえ、シンナーを吸引したことがあり、就労状況が不安定であった等の理由で生活費が不足し、借入金がかさんだことから、BはCを連れて実家に戻り、AとBは別居した。その後、AとBはCの親権者をBと定めて協議離婚した。その後、CはBの実家でBによって養育されていたが、Bが急死したため、それ以後は主にBの母親であるDによって養育されている。AはBからCの養育費を支払うよう求められていたが、一度Cの治療費として5万円を持参したものの、その後は多額の借入金の返済のため余力がないため支払っておらず、AとB双方の親まで巻き込んだ感情的対立や相互の不信感が極めて強い状態が続いた。そのため、AはBから養育費を請求しない代わりにCと会わせないと告げられ、Bの死後もDはAに会わせることなど問題外という態度であり、AはCと会うことが困難な状況にあった。Aは市営住宅でその両親であるE夫婦と生活し、長距離トラック運転手として働いていた。その後、転職し、別の運送会社で近距離トラックの運転手として働いている。Aの借入金は離婚時には300万円、家賃の滞納が40万円に達していたが、3年後には借入金は60万円に減少し、その後父親であるE1の援助もあって完済している。Aの父親であるE1は年金生活者であり、母親であるE2はパートで就労し生計を立てている。E夫婦はCの養育に協力する意思があり、AがCを引き取ることになれば、E2が勤めを辞めてCの養育にあたることにしている

---

62) 福岡家裁小倉支部平成10年2月12日審判（判タ985号259頁）。

が、これまでCと会う機会が少なかったことからCの引き取りや養育監護に不安がないわけではないと判断されている。Cは現在5歳で、祖母であるD、Dの再婚相手であるHとBの兄F（伯父）と生活しており、Dになつてややわがままであるが明るく健康的に成長しているとされている。Hは自宅の一室でスポーツマッサージを開業し、Fもその仕事を手伝って営業しており、月数十万円の収入を得て生計を支えている。また、Dは裁判所に対しても仮にAが親権者となってもCを引き渡すつもりがない旨を表明している。さらに、Aは調査官立会いの下でCと面接したが、Cから「おじちゃん誰」、「どこから来たの」と問いかけられたことに衝撃を受け、今すぐCを引き取ることは無理かもしれないと考えたが、会えるようになりたいと感想を述べたと指摘されている。裁判所は、以上のように事実関係について判断した上で、Aが親権者として不適格とはいえないとしている。そして、DがAに対して感情的でたくな適切さを欠いた対応を取ったことが本件紛争を深刻化させた一因となって、AとDらが協力してCの養育にあたるというCにとって最も望ましい養育環境を遠ざける結果を招いたことを否定できないとしている。そして、「しかしながら、親権者の変更は、もっぱら子の福祉または利益の増進という観点から判断されねばならない」とした上で、DらがCに対して愛情を有していること、Dらの経済的家庭環境や居住環境に格別の問題がないこと、Cが生後間もない時期からDに4年間以上養育されており、Dらになつて安定した生活を送っていること、他方で、AにはCと接触する機会が乏しく、Cとの間の情緒的結びつきが希薄になっていること、Aの母親であるE1も同様の状況で養育監護に不安がないとはいえないことを考慮すると、現時点で親権者を変更してCの環境を変えて新たな環境に適応できるかどうか不安を残すより、今しばらく現状を維持してDのもとでCの養育を続ける方がCの福祉に合致するという判断を示している。その結果、Aからの親権者変更の申立を却下したものである。

福岡家裁小倉支部平成11年6月8日審判（審判3-33）は、離婚後親権者となった母親が死亡した後の子の監護について生存する父親と亡くなった母親の母親とが争い、祖母が後見人として子の監護養育に当たることが相当

として、父親からの親権者変更の申立を却下したものである<sup>63)</sup>。AとBが昭和60年に婚姻し、子Cをもうけたが、平成10年にCの親権者を母親であるBとして協議離婚した。Cは幼少時に小児喘息に罹患したことから、その世話をBの母親であるD2に援助してもらうためとしてCが6歳頃からBとCはBの両親であるD夫婦の自宅に同居し、週末にAと会うという生活をするようになった。その後、AはBが3人の生活に戻る気持ちを有していないと知り、平成9年頃弁護士に相談して離婚協議をするようになり、当事者間で会うのは控える方が適当だという弁護士の助言を受け、BやCと会わないこととした。話し合いではうまくいかなかったため、Aは離婚を求める夫婦関係調整調停を申し立てたが、平成10年4月頃Bが自殺を図るなど精神状態が不安定で入院することとなったことから、Aは申立を取り下げ、その後も話し合いを続けて、8月にCの親権者をBと定めて協議離婚したという経過であった。その後、10月にBが自殺したが、Aがそのことを知ったのは11月末であった。そこで、Aは弁護士を通してD夫婦との間で数回話し合いを行い、AがCと面接交渉することといずれCをAが引き取ることを希望したが、DらはBの死亡の原因がAにあるとしてAに対して悪感情を抱いていたことから、なかなか合意に達しなかった。そのため、Aは下校中のCに近づいて会おうとしたが、CがAを振り切って帰宅するという出来事があり、それを契機にD2が監護者の指定を求める審判と審判前の保全処分を申立て、同時にBを契約者兼被保険者としてCを保険金受取人とする保険金の受領等の必要もあったことからD2が後見人選任を申立てた。これに呼応して、Aが親権者変更の申立を行ったという事案である。裁判所は、Cの意向や生活状況、D夫婦の生活状況とCに対する監護状況、Aの生活状況について判断して、以下のように認定している。Cは、Bの死後、一時教室の隅にじっとしていたり、喫煙する上級生と交際するなど不安定な様子が見受けられたが、次第に落ち着きを取り戻し、小学校6年生に進級してからはスポーツ少年団に入って野球を始めるなどして生活している。Cは、現在の友人と別れたいくな

---

63) 福岡家裁小倉支部平成11年6月8日審判(家月51巻12号30頁)。

いこと、学校を転校したくないこと、祖父母であるD夫婦が優しいことなどを理由として、引き続きD夫婦と生活することを希望している。また、CはAと面接交渉することは拒否していないが、D夫婦のAに対する悪感情の影響も否定できず、Aに対する感情は親和的なものではなくなっている。D夫婦はD1名義の自宅にCと3人で生活して、D1の年金とD2の年金等で収入があり、特に経済的に困ることはない。D2はCに喘息の持病があることから、食事や健康面に気を配る必要があり、今後もCについて責任をもって監護養育するつもりである。D夫婦は、Cが高校進学する頃にCが希望すればAに託する意向を示しており、それまでにAとCとの間の関係を改善する必要がある、そのために両者の面接交渉が重要な意味を有することについて理解を示し、Aの申出があれば拒否しないという立場をとるに至っている。他方、AはAの父親名義の住居に単身で居住し、同族会社の取締役として勤務し、収入を得ており、Cの養育料として1か月2万円ずつC名義の預金口座に送金しており、学資保険の保険料も引き続き支払っている。平成9年以降は、Bの気持ちや病状に配慮してCと会っていないが、Cが孤独ではないということを認識させる意図で、引き取りたい意向である。ただ、これまでCがD夫婦のもとで生活してきたことを考慮し、直ちにはなく、中学校入学ころまでに引き取りたい意向で、引き取った際には実家が比較的近くにあることから、実家の協力が得られる予定である。裁判所は以上の事実を認めた上で、以下のように述べている。まず、「単独親権者が死亡した後に、親権者を生存親に変更し得るか否かについては、民法は後見と親権とを区別して規定するところ、父または母の監護養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から、未成年者の監護養育については、親があたるのを原則とし、未成年者後見は補充的なものと解される。従って、親権者として定められた一方の親が死亡した場合に、生存する親が親権を行使することが当該未成年者の福祉に沿うときは、民法819条6項の規定を類推適用して親権者変更をすることができる」と解する。もっとも、親であるという理由で当然に親権が復活するとすれば、親権者として不適格な者も親権者となることになって妥当ではないから、生存親

に親権者を変更することと、第三者に監護養育を委ねるべく後見を開始させることのいずれが未成年者の福祉に適合するかを比較検討する必要があるというべきである」と述べて、種々の状況を検討して、C自身の意向や現在の安定した生活環境と将来はAにCを託してもよいというD夫婦の気持ちの変化を考慮すると、D2をCの後見人としても、AとCとの面接交渉に支障をきたす事情はないとした上で、Cの親権者を直ちにAに変更しなければならない事情は認められないと述べている。そして、「現時点においては、監護養育状況の実態に合わせるとともに、康子が未成年者のために残した保険金の受領等の手続を進めるためにも、隆子を後見人として選任し、申立人と未成年者との面接交渉が円滑に進むように、当裁判所の後見監督をもって原口らを指導し、申立人と未成年者との信頼関係が回復し申立人の受入態勢が完備した段階で、改めて申立人に親権者を変更することを検討することが、未成年者の福祉に適合するというべきである」として、D2を後見人とした上で、家庭裁判所のD夫婦への監督指導によってAとCとの面接交渉を進め、将来のAとCとの共同生活をめざすことがCにとって望ましいものと判断している。この審判でも、親権者変更か後見人選任かは、いずれが未成年者の福祉に適合するかによって判断すべきこととしている。単独親権者が死亡した場合に生存する親の親権が当然に復活すると考えると、親権者として適切でない親が親権者となり、未成年者の福祉を害することになると考えていることが明らかにされている。

函館家裁平成13年6月19日審判（審判3-34）も、単独親権者となった母親が死亡した後に父親からの親権者変更申立と亡くなった母親の兄からの後見人選任申立が競合した事案である<sup>64)</sup>。AとBは昭和56年に婚姻し、昭和57年から60年にかけてC1、C2、C3の3人の子をもうけた。しかし、Aが事業に失敗して多額の借金を背負ったことなどから、AとBは平成4年7月にC1らの親権者をBと定めて協議離婚した。Aは離婚後も、B名義の居宅で、BおよびC1らと生活をともにしていたが、平成10年頃に家を出た。平成10年12

---

64) 函館家裁平成13年6月19日審判（家月54巻6号103頁）。



月に、Aは札幌地方裁判所において破産宣告を受け、その後さらに免責決定を受けた。Bは飲食店を営み、その収入によって生活していたが、Bが仕事で不在の間はBの母親であるDが同居して、C1らの身の回りの世話をしていた。その後、平成12年7月にBが交通事故に遭い死亡し、Bの親族が集まり、C1らの今後のことについて協議が行われ、C1らの日常の監護養育は原則としてDが引き続き行い、Bの兄であるF1がC1らの未成年後見人として財産管理や交通事故の損害賠償交渉等にあたることとした。F1はこのことをAに話してC1らの了解も得て、Aを同行して弁護士Lを訪問し、後見人選任手続を依頼した。Aはその際にはF1が後見人となることについて同意したものの、真意は自分自身がC1らの面倒を見るべきであると考えていたため、C1らの親権者を自分に変更することを求めて、親権者変更の申立を行った。他方で、F1はC1らの後見人として自分を選任し、後見監督人として弁護士Lを選任することを求める申し立てを行ったという事案である。双方の申立以後、AとF1との間で感情的な対立がおり、互いにBの死亡保険金目当てであるなどと非難しあっている。C1らがBの死亡によって取得・相続が見込まれる資産は、居住していた土地および家屋、死亡保険金約1億6000万円、交通事故自賠責保険金約3000万円および交通事故加害者に対する損害賠償請求権などであり、相続される負債としては住宅ローン等約4130万円が判明している。C1は現在東京の短大に通っており、F1の妹であるF2と生活している。C2とC3は高校および高専の2年生であり、B名義の住居で祖母であるDとともに生活している。C1らはいずれも幼少の頃から親密に付き合いしてきたF1を信頼しており、F1が後見人になることを希望しており、Aが親権者となることについては、Aの性格上の問題と財産管理に対する不安から拒んでいる。Aは、現在、弁当や総菜等の販売を営む会社の企画室長となっており、借財はない。F1は、現在、大理石を販売する会社の営業部長であり、マンションのローンの残債があるが、C1らの学費等の財産的援助として、Bの死後約600万円を投じている。また、F1は、C2およびC3の居宅から自動車で10分程度の場所に妻と3人の子どもとともに暮らしており、週に2～3回程度、C2とC3の様子を見るために訪問している。なお、Aは、

本件係属中に、B名義の保険金のうち簡易生命保険の分について、何ら権限がないにもかかわらず、不正に請求し、1979万円余を受領し、Aの代理人でもある弁護士Mから注意を受けるなどしたにもかかわらず、受領した保険金はC1らのために保管しているとして、特段反省の姿勢も見せていない。また、家庭裁判所調査官の調査結果によれば、Aは別の死亡保険金についても不正に引き出そうとした事実が窺えるとされている。以上のような事実を前提として、次のように述べている。「離婚に際して単独親権者と定められた父母の一方が死亡した後に生存する他方の親から親権者変更の申立がなされ、これと相前後して、別の者から未成年後見人選任の申立がなされた場合については、そのいずれが当該事件本人である未成年者の福祉に適うかという観点から、その当否を判断する必要がある。その際には、血縁上の親子関係の存在といった点を重視すべき場合も多いことは確かであるが、これに限らず、未成年者の意思、未成年者と各申立人との関係、各申立人の監護養育及び財産管理についての能力や適格性等、当該事案における具体的な事情を比較考量して判断しなければならない」とした上で、本事案についての検討をしている。その結果、すでに大学生や高校生となっている未成年者であるC1らのF1を後見人としてほしいという希望、現実にはC2とC3が祖母であるDと同居し、安定した生活を送っていることを考慮し、さらに母親であるBの死亡に伴う多額の保険金等の資産の取得や相続という面も考慮すると、後見人もしくは親権者がこれを適切に処理できるかどうか非常に重要であると指摘している。そして、この点から、Aの財産管理の適格性には大きな疑問があり、C1らが強い不安を有していることも無理からぬことであるのに対して、F1の財産管理の適格性には特段問題は認められないと述べて、Aを親権者として財産管理を委ねるより、未成年後見制度を活用して、家庭裁判所や未成年後見監督人の監督の下、公明・適正に財産管理を図っていくのが相当であるとして、F1をC1らの未成年後見人として選任するのが相当であり、未成年後見監督人として弁護士Lが適任であると認めて、Aからの親権者変更の申立を却下したというものである。この審判でも、離婚後の単独親権者死亡後の未成年者の監護養育

について、親権者変更と後見人選任のいずれが適しているかについて判断するとして、血縁関係には必ずしも拘泥しない旨を明確にしている。この事案では、未成年者である子らがすでに大学生や高校生となっており、監護養育面よりも子らの財産管理面が重要だったケースといえる。その点で、過去に多額の借金で自己破産を経験した上、一部とはいえ、無権限にもかかわらずかつての妻であったBの死亡保険金を請求し受領しているという事実が裁判所の財産管理の適正さに関する判断に大きく影響を与えたものと推測される。

札幌高裁平成13年8月10日決定（審判3-35）は、前掲の函館家裁平成13年6月19日審判（審判3-34）の抗告審である<sup>65）</sup>。原審判を支持し、子の実父であるAからの抗告を棄却している。決定では、次のように述べている。「抗告人は、もっぱら、抗告人と事件本人らとの間の自然血縁関係に基づいて、事件本人らの親権者を抗告人と定めるべき旨主張するが、原審判が摘示する、事件本人らの意向（事件本人らはいずれも15歳以上であり、その意思は十分に尊重されるべきである。）、生活状況及び財産管理に特段の配慮と監督を必要とする事情に鑑みると、事件本人らの父親である抗告人の心情を最大限考慮しても、事件本人らの保護のためには、親権者の変更よりも、家庭裁判所及び後見監督人の監督下におかれる未成年後見人制度を活用すべきであるとの原審の判断は正当であって、首肯することができる」と述べている。また、Aは、この決定に対しても、判例違反と法令解釈に関する重要な事項に当たると主張して許可抗告を申し立てたが、最高裁判所はこれを棄却している<sup>66）</sup>。

佐賀家裁唐津支部平成22年7月16日審判（審判3-36）は、離婚後単独親権者となった父親が死亡し、祖母が後見人に選任された後、母親が親権者変更を求めたという事案である<sup>67）</sup>。AとBは平成12年に婚姻し、C1（平成13年生まれ）とC2（平成15年生まれ）をもうけた後、平成18年にC1らの親

---

65) 札幌高裁平成13年8月10日決定（家月54巻6号97頁）。

66) 最高裁平成13年10月30日決定（家月54巻6号101頁）。

67) 佐賀家裁平成22年7月16日審判（家月63巻6号103頁）。

権者をAと定めて協議離婚した。Aは自分の両親であるD夫婦と同居し、その援助を受けながらC1とC2を養育していた。Bは、Aから里心がつくから1年から一年半は子どもたちに会わないでほしいと言われていたことから、離婚後、C1とC2と交流を持つことはなかった。平成19年にAが死亡し、その後はAの両親であるD夫婦がC1とC2の保護者としての役割を果たしてきた。BはAの死亡を知ったが、C1とC2との交流がなかったことなどから、二人の引き取りに向けた行動はとらなかった。平成20年に、D2がC1とC2の養育と遺産分割等を理由に、家庭裁判所に後見人選任の申立を行い、D2が後見人に選任された。D2は、C1とC2を監護養育してきたが、自分の健康に不安があることから、Bに引き取りを求めて、平成22年にBの親族に連絡をとり、以後、D夫婦とBの両親G夫婦との間で話し合いがなされ、BとG夫婦の間でも話し合いがもたれた。その頃、Bは再婚し、新しい夫であるJと生活していたが、Jと相談した上で、C1とC2を引き取る決意を固め、平成22年にBとC1、C2が再会し、その後少しずつ交流を深めてきた。BはJと二人暮らしをしており、平成22年にはJの東京への転勤が決まっており、転居した後、C1とC2を引き取る予定である。BとJの健康面に問題はない。C1とC2は現在それぞれ小学校3年生、1年生であり、家庭裁判所調査官との面談の際に、祖母であるD2と離れてBのもとに行くことについて尋ねられると、「行く」と答えるなどして、BとJとの生活を楽しみにしている様子を見せている。現在後見人であるD2は、これまでC1とC2と同居してその生活全般の面倒をみるとともに、財産管理をしてきたが、健康面の不安を抱えている上、C1らが活動的であることから、今後、長期間、C1らを養育していくことに困難を感じ、そのためC1らの実母であるBが親権者となって、C1らを引き取り、養育していく方がよいと考えている。このように事実関係を認めたくて、「民法は、未成年者に父母が存在する場合には、親権者として親の自然的愛情に基づき監護教育・財産管理をさせるべく、親権者としての権利義務を遂行できない特別な事情がある場合に限り、初めて、未成年後見人が補充的代行制度として機能するものと予定している。したがって、親権者が死亡して後見が開始して、後見人が選任された後であっても、非親

権者が生存しており、新たに親権者となることを希望し、かつ、その者が後見人と同様またはそれ以上の監護養育の適任者であり、親権者を変更しても子の利益が確保できる場合には、民法819条6項の規定を準用して、親権者変更をすることができるとするのが相当である」と述べている。そして、この事案では、後見人であるD2は、Bが親権者となって、子を引き取って養育することを望んでおり、Bの家族関係、生活状況、C1らとの親和性にかんがみても、Bは監護養育の適任者であり、親権者を変更してもC1らの利益を確保できるとして、Bからの親権者変更の申立を認容している。単独親権者の死亡によって未成年後見が開始することは認めた上で、未成年後見制度の補充性を強調して、親が子の監護養育および財産管理に適正性を有しているのであれば、後見人が選任された後であっても、親権者の変更を認めることができるという考え方となっている。

昭和30年代および昭和40年代の多くの審判では、大阪高裁昭和28年9月3日決定（審判3-1）が示したように、「単独親権者の死亡によって未成年後見を開始する」という前提に立っているものの、後見開始説に当たる審判例はほとんど見られず、親権者変更の可能性は肯定して、申立を行った実父母が当該の子の監護養育および財産管理についての適格性を有しているかどうかについて実質的な判断を行っているものがほとんどである。また、当然復活説に立つ審判もわずかにあるのみで、理論的には、制限回復説ないし無制限回復説の立場に立つとみられる審判例が大半となっている。そして、「子の福祉および利益」という観点から、誰が実際の未成年子の監護養育に当たるのが適切かという実質的な判断を行った上で、生存する実親が適切と判断した場合に民法819条6項を準用して親権者変更を認め、祖父母や伯叔父母などの実親以外の者による監護養育が適切と判断した場合には親権者変更の申立を却下し、後見人を選任するという姿勢を示している。また、実際に、親権者変更を求める生存親が実際に子の監護を行っているか否かが裁判所の判断に影響を与えていることは否定できず、すでに監護している子について親権者変更が申立てられた事案では、親権者変更が認められている例がほとんどであるといえる。それに対して、生存し

ている親が子の監護に携わっていなかった事案では、裁判所の判断は分かれており、むしろ事実上子の監護を継続してきた祖父母や伯叔父母など第三者を後見人に選任している審判例が多くみられる<sup>68)</sup>。また、後見人選任申立と親権者変更申立が競合する事案では、特に、誰が子の監護養育に適しているかという判断が結論に影響を与えている傾向を強めている。昭和50年代以降の審判では、理論的にいえば、単独親権者の死亡の場合にも親権者変更は可能という立場に立っていると考えざるを得ないが、審判文中では単独親権者の死亡後に後見が開始するかどうかに触れることなく、生存親への親権者変更と第三者後見人選任のいずれが子の福祉・利益にとって適切かについて判断するという傾向を強く示すようになっている。したがって、結果的には、生存する実親からの親権者変更申立が却下されるものも見られる<sup>69)</sup>。親権者の変更を認めている審判例では、後見制度の補充性および親権制度の優先性を指摘し、理論的な解釈の可能性として親権者変更の余地を認めつつ、他方で実親が後見人となることの不自然さを国民感情の面から指摘して、生存親への親権者変更を可とする理論構成を展開している審判例がほとんどである。そのような審判例の傾向は、単独親権者死亡後の子の監護養育の実質を考慮したものといえ、離婚後の親権者または監護者の指定問題と同様の配慮が見受けられるものとなっていると思われる。親権者か後見人かという形式的判断枠組にこだわるのではなく、子の監護養育を担うべき者が誰かという観点を重視して判断した上で、その者にあわせて親権者という地位と後見人という地位を使い分けるべきと考えている傾向が強く示されている。

岡山家裁児島出張所平成3年6月28日審判（審判4-1）は、協議離婚後単独親権者となった母親が交通事故による脳挫傷のため禁治産宣告を受けた

---

68) 前掲・許末恵「未成年後見をめぐる諸問題（監護養育）」野田愛子・梶村太市編集『新家族法実務大系2』403頁以下参照。

69) 前掲・許末恵「未成年後見をめぐる諸問題（監護養育）」野田愛子・梶村太市編集『新家族法実務大系2』405頁では、「理論的には親権の回復を前提としながら、具体的事案では親権者変更を認めない裁判例の公表がむしろ目立つ」と指摘している。

70) 岡山家裁児島出張所平成3年6月28日審判（家月44巻6号76頁）。



ことを理由とする父親からの親権者変更の申立の事案である<sup>70)</sup>。単独親権者が死亡した場合とは異なる事案ではあるが、同様の問題として考えることができる。AとBが婚姻し、C1とC2の二人の子をもうけた後、婚姻から約8年後に協議離婚し、その際母親であるBをC1とC2の親権者と定め、BがC1とC2を養育していた。ところが、離婚から約8年後に、Bは原動機付自転車を運転中に交通事故に遭い、脳挫傷等の傷害を受けて植物状態となり、翌年禁治産宣告審判が確定し、その後見人としてBの兄であるFが選任された。その後、FはC1について高校の入学手続の必要性からC1の財産管理権のみを有する後見人に選任された。FはC1とC2と同居して監護養育することとなったが、その養育態度に問題があり、C2を厳しく叱責するなどしたことから、C2が家出するという事態が生じたりしていた。そのため、FとAおよびAの母親であるDとの間で話し合いがなされ、その結果、AがC1とC2を引き取って監護養育することとなり、Aが親権者変更の申立を行うに至ったというものである。Aは、Fとの話し合いの後、C1とC2と同居し、監護養育をするようになり、C1とC2もAに親和し、落ち着いた生活を送っている。そのような事実を前提とした上で、裁判所は、子の福祉のため、親権者をBからAに変更するのが相当であるとして、Aからの申立を認容している。なお、裁判所は「民法838条1号に定める『未成年者に対し、親権を行う者がいないとき』には、親権者の心身に著しい障害があるため事実上親権を行うことができない状況にある場合もこれに当たり、したがって、後見が開始するものというべきであるが、このような場合であっても、未成年者の福祉のために、なお生存している実親を親権者とするのを相当とする特段の事情が存する場合には、その実親への親権者の変更をすることが認められると解すべきである」と述べて、この事案の場合には「特段の事情がある」として、親権者変更を認めている。ここでは、原則として「後見が開始する」場合に当たるとしながら、例外的に親権者変更が認められ、そのためには「特段の事情」が必要という見解が示されている。何が「特段の事情」に当たるかは明確にされているわけではないが、「子の福祉」がその判断を左右していることは明らかである。その意味では、子の福祉の観点から親権者変更を認めた事案であるといえる。

## 5 親権者変更申立事件係属中に単独親権者が死亡した場合の審判例の検討

夫婦が離婚し、いずれかが子の単独親権者となった後、親権者とならなかった親が親権者の変更を求める申立を家庭裁判所に行い、その審判ないし調停が係属している間に、単独親権者が死亡した場合には、どのように処理されることになるのかが問題となる。そのような場合に関する審判がいくつか見られる。

釧路家裁昭和53年11月15日審判（審判5-1）は、以下のような事案である<sup>71)</sup>。AとBは婚姻し、C1、C2、C3の3人の子をもうけ、お互いに若干の不満もないではなかったが、平穩に生活してきた。Bが腹痛を訴えるようになったが、貧しくて国民健康保険の保険料を納入していなかったため病院代を気にして医者にもかからないでいるうちに、更に痛みが増し症状も悪化してきたため、医療扶助を受給する目的で、BがAに離婚を求め、Aもやむなくこれに応じ、協議離婚し別居することとなった。その際に、C1らの親権者はBの強い希望によりBがなり、C1らはBが引き取って養育することとなった。その後、Bは医療扶助を受けて、病院に入院したが、胃がんと診断され、入院から約1か月後に死亡した。Aは、入院したBを見舞った際に、退院するまでC1らの監護養育を頼まれ、かつ病院の医師からBの余命が幾許もない旨を聞かされたため、C1らと同居し監護養育してきており、市役所の福祉課の職員の助言もあり、親権者変更の申立を行った。その後、Bが死亡したものである。裁判所は、まず「通常一身専属の権利が問題となっている事件においては、当事者が死亡した場合は、その性質上受継の問題は生ぜず、事件は当然に終了するのが原則であり、親権も一身専属の権利であるが、後記のとおり親権者が死亡した場合においても親権者変更の審判が許されると解すべきである以上、審判を妨ぐべき特段の事情のない限り、親権者変更請求事件の係属中における相手方親権者死亡は当然に事件の終了を来たすものではなく、右手続内でなお親権者の変更を求めうると解するのが相当であり、従って、上記特段の事情の認められない本件にお

---

71) 釧路家裁昭和53年11月15日審判（家月31巻8号68頁）。

いては、なお、審判をなしうるものというべきである」として、親権者変更申立の相手方である親権者が死亡した場合でも審判をなしうるという判断を示している。そして、「単独親権者が死亡した場合に親権者変更の審判をすることが許されるかについてはかねてから問題のあるところであるが、現行民法上未成年者に対する後見制度は親権制度に対する補充、代用的性格を有するものであり、父母の未成年者に対する監護教育はできるだけ親権として行使させるのが両者を区別する民法の趣旨及び我が国の国民感情に合致することに、父母の離婚による一方当事者の親権喪失は共同親権の円滑行使が期待できないことに基づくのであって、必ずしもその当事者の不適格を前提とするものではないこと等からみて、親権者の死亡が当然に他方の親権を復活させるべきものと解すべきではないにしても、親権者として適格であれば、なお親権者変更の審判により親権者となりうるものと解するのが相当である」と述べて、親権者変更の審判の継続中に相手方であるBが死亡したものであること、AがC1とC2と出生以来2か月間別居しただけで今日までC1らを監護養育してきていることを考慮して、AをC1らの親権者とするのがC1らの福祉に合致することは明らかというべきとして、Aからの親権者変更の申立を認めている。単独親権者死亡後の親権者変更申立と同様の問題として処理し、後見制度の補充的性格と国民感情をあげて、親権者変更を認めたものである。

新潟家裁糸魚川支部昭和55年1月8日審判（審判5-2）は、同じく親権者変更事件が係属中に単独親権者が死亡し、新たに後見人選任申立がなされた事案で、親権者変更申立が却下され、後見人が選任されたというものである<sup>72)</sup>。AとBはBの氏を称して婚姻し、Bの母親であるDと同居し、婚姻から約1年後に子Cをもうけたが、AとDとの仲が悪化し、婚姻から2年後にAはCを連れて実家へ帰り、別居するに至った。Aは家庭裁判所に夫婦関係調整を申立てたが、BがAの酒乱と暴力が原因で夫婦関係が破綻しているとして終始離婚したいと主張したため、Cの親権者をAと定めて調離離婚が成立

---

72) 新潟家裁糸魚川支部昭和55年1月8日審判（家月32巻3号120頁）。

した。その後、BはCの親権者をAとしたのは、どうしても離婚したい一心で妥協してしまったためであり、Aの実家付近に出かけて近所の人にCの様子を尋ね歩いて、かんばしくない噂を聞いたりしたとして、親権者変更を求めて調停を申立てた。その第1回目の調停期日にAは出稼き中のため不出頭であったが、その後、Aは出稼き先の工事現場の事故が原因で死亡したため、実質的進展のないまま審判に移行したところ、Aの父母E夫婦の養子であるFが自らをCの後見人に選任することを求めて申立を行ったという経緯をたどっている。Fからの申立は、当初Aの出稼き先から保険金が出るため後見人の選任を指示されたことが発端であったが、FはAの出稼き中Aの母親であるE2とともにCを監護養育し、Aから臨終の床でCの監護養育を頼まれたこともあって、Cに対し肉親の情を感じ、強く監護養育を継続していくことを望んでいる。現在、Fは建設会社に勤務し、E2とCと同居し三人で生活しており、Cの日常の監護養育は主としてE2が行っている。CとE2およびFとの関係には特段不適当というべきものは認められず、CはE2とFを信頼し、心的交流も問題なく円満に行われていると裁判所は判断している。一方、Bは先夫Jとの間の子Kと実母であるDと同居し、三人で生活しているが、男手がないこともあって親戚からの影響を受けやすい立場にあり、離婚後Cとの交流はほとんどなく、Cを引き取った場合に心的交流が適切に行われるか否か不安があり、B自身が働きに出なければならないことから、Cの監護養育は実質的にはDに頼らざるをえない状況にあると判断されている。そのような事実判断を前提として、裁判所は「本件のように離婚の際未成年子の単独親権者となった者が死亡した場合には後見が開始することはいうまでもないが、その場合親権者とならなかった他方実親が生存しており、新たに親権者となることを希望し、かつ、その者が未成年者の福祉にあたるのが未成年者の福祉に合すると認められる場合には、親権者を死亡した単独親権者から生存する実親に変更する余地を否定すべき理由はないと解するのを相当とする」としながら、認定した事実によると、BはCが1歳になったばかりの頃から生活を共にしていないばかりか、Cと交流を持っておらず、今後のCの監護養育に全面的に専念できる態度が十分でない

ことを指摘し、他方で、Fについても今後のCの監護養育について不安な面がないわけではないが、Cが現在FとE2の許で一応平穏な生活を送って安定していることを指摘して、Cの監護養育および財産管理についてFに不適当と認めるべき事情がないこと、現在3歳余のCの生活環境および人的環境を変えることには慎重であるべきこと等を考慮して、現時点でCの監護養育をBに委ねるよりも現状のままFとE2の許で生活を継続させることの方が適切だとして、Bからの申立を却下し、Fを後見人に選任することを認めるという判断を示している。単独親権者の死亡によって後見が開始することを前提としながら、生存する実親からの親権者変更申立については否定せず、しかし親権が当然に回復することを認めるのでもなく、未成年子の監護養育についてそれを担うべき適切な者が誰かを実質的に判断したものといえる。親権者変更申立後の単独親権者の死亡という問題については、この審判では全く触れられておらず、単に離婚後単独親権者となった親が死亡した後の親権者変更事件として処理されている。この事案の場合には、現時点での子の生活状況に配慮して、子の生活環境の変化を引き起こさない状態を維持する方策を優先したということになる。

熊本家裁昭和56年8月7日審判（審判5-3）では、親権者変更申立事件の調停の係属中に親権者が死亡した場合に、事件を終了させるのは適当でないとして調停を不成立にして、審判事件に移行させた上で生存する実親への親権者変更を認めたというものである<sup>73)</sup>。AとBが婚姻し、C1とC2の二人の子をもうけたが、Aには女性関係が絶えず何かと暴力を振るうので、Bはこれに耐え切れず家庭裁判所に離婚の調停を申立て、離婚の調停が成立した。その際、C1とC2の親権者はAとし、C1らはBが引き取り、実際の監護養育はBが行い、AがC1らの養育費を支払うことを約した上で、子どもたちの中学卒業時に親権者および監護者については別途協議することにしていった。C1が高校進学する際には、C1が高校卒業後に話し合いたいということであったため、そのままにしていたが、C1が就職するのを機会に親権者

---

73) 熊本家裁昭和56年8月7日審判（家月34巻11号51頁）。

を変更したいとして、BがC1とC2の親権者の変更を求める調停を申し立てた。第1回目の調停期日に、Aは入院中で出頭できず、病状回復をまって調停を進めることとしていたが、Aが肝臓がんのため死亡したという事案である。裁判所は「父母の離婚による一方当事者の親権喪失は共同親権の円滑行使が期待できないことに基づくものであって、必ずしもその当事者の不適格を前提とするものではないこと等からみて、単独親権者が死亡した場合に親権者変更の審判をするについては一方当事者が親権者として適格であれば審判により親権者となりうると解するのが相当である」と述べた上で、Bが事実上の親権者としてC1とC2を監護養育してきたという事実からBが親権者として適格であり、そうすることがC1らの福祉に合致することが明らかであるとして、Bからの親権者変更申立を認めている。ここでも、調停事件の係属中の相手方の死亡によって審判事件に移行させるという処理をした上で、親権者として適格であれば親権者変更が可能という見解を示している。

ここで取り上げた審判については、釧路家裁審判（審判5-1）のみが事件係属中の問題の処理について触れているものの、基本的には「離婚による単独親権者死亡後の親権者変更の可否」の問題として扱っている。その意味では、前章で取り上げた審判と同じ傾向を示しているといえる。

## 6 養子縁組後の親権者の死亡と親権者指定に関する審判例の検討

離婚によって単独親権者となった者が再婚し、監護している子と再婚した配偶者との間で養子縁組届出がなされた場合、親権者である実親と養親が共同親権者となり、離婚の際に親権者とならなかった実親から親権者変更の申立があったとしても、その変更は許されないものとして扱われている。盛岡家裁昭和38年10月25日審判（審判6-1）では、このことが明確に示されている<sup>74)</sup>。協議離婚したAとBの夫婦が、C1とC2の二人の子のうち女の子C1の親権者を母親であるB、男の子C2の親権者を父親Aと定め、それ

---

74) 盛岡家裁昭和38年10月25日審判（家月16巻2号81頁）。



ぞれ子を引き取って養育していた。その後、父親Aが他の女性Gと再婚し、その間で子Hが出生し、父親が引き取った子C2は再婚した妻Gの実家に預けられている。このような事情の下で、母親であるBが、経済的にも将来の見通しが明るくなってきたとして、Aが親権者となった子C2を引き取って親子3人の生活を送りたいと念願して、親権者の変更を申立てたという事案である。なお、父親Aの再婚相手Gと子C2との養子縁組届出が母親Bからの親権者変更の申立の後に行われている。裁判所は、「離婚によって、父母の一方を親権者と定めた場合、離婚後に生まれた子の親権者を父と定めた場合、認知後に父を親権者と定めた場合に、子の利益のために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。この変更が許されるためには、親権者の親権が依然単独行使の状態にあることを要する。もし、単独親権者が死亡してその親権が終了し、後見が開始したときは、もはや変更は許されない。また、単独親権者であった者が、子の養親と婚姻したとき、または単独親権者の配偶者が子と養子縁組をしたときは、親権は実親と養親との共同行使となるものとされているが、この場合も実親の親権は単独行使の状態にないので、その親権を他の一方に変更することは許されないものと解する」としている。そして、「もともと、民法は、親権は婚姻中にある父母の共同行使を当然のことでおけるのに、もし、以上の場合実親の親権を他の一方に変更することができるものと解すると婚姻関係にない一あり得ない一二名の男性または二名の女性の親権者が同時に存在するという、民法の全く予想だにできなかった事態が生ずることになるし、また、この二名の親権は、いたずらに衝突反ばつして事端を繁くし、子の福祉を目的とする親権が正しく行なわれない結果を招くであろう」と述べて、養子縁組が無効でない以上、親権者を変更することはできなくなったものとしている。親権者となった一方の親が生存し、再婚して養子縁組がなされると、親権者となった実親と養親がともに生存している場合には、親権者変更の申立は許されないことが示された。

これに対して、単独親権者となった実親が再婚し、その再婚相手が子と

養子縁組をして、実親と養親とが共同親権者となった後で、親権者である実親と養親がともに死亡した場合に、他方の生存している実親が親権者変更を申立てたという事案がある。大阪家裁昭和50年3月13日審判（審判6－2）は、そのような場合に親権者の変更を認容している<sup>75)</sup>。いったん2人の子C1とC2の親権者を母親Bと定めて離婚したAとBの夫婦が、その後復縁しBが子を連れて父親であるAの家に戻り、その後婚姻届出をしないまま同棲生活を続けたが、夫婦仲が再び悪くなり、Bは他の男性Jと親しくなり、単身家出して、その男性Jと同棲生活を始め、その直後にはJとの間の婚姻届出をなすとともに、自分が代諾して2人の子C1とC2と再婚相手であるJとの間の養子縁組届出を行った。子の実父Aは、Bが戻って来ることとC1とC2の養子縁組の離縁を求めたが、実現しないままであったところ、Bとその再婚相手の男性Jが心中により死亡した。子C1とC2の実父であるAは、協議離婚から復縁までの半年余りの期間を除き、子の出生以来子を養育してきて現在に至っているとして、死亡した養父Jと子C1およびC2との離縁許可の申立をなすとともに、その手続のために自分を子の後見人に選任することを求める申し立てを行い、家庭裁判所においてこれらが認容された。そして、Aがあらためて親権者の変更の申立を行ったというものである。裁判所は「実父母・養父母の第一次的な親権と第二次的な後見とを区別し、親権を行使する者がいないときに初めて後見が開始するという民法のたてまえおよび実父母の未成年の子に対する監護養育の職分は親権者として行使させるのが一般国民感情に合致しており、実父母でありながら後見人であるというのは一般常識に照らし奇異の感を免れないことを考え合わせると、親権者である実父あるいは実母が死亡等により親権を行使することができなくなった場合、民法838条1号により後見は開始するけれども、他方非親権者の他方実親も親権者たり得べき地位を回復するものと解すべく、その者から親権者変更の申立がなされ、その者に親権を行使させることが子の利益・福祉に合致すると認められる場合には、家庭裁判所は民法819条6項に

---

75) 大阪家裁昭和50年3月13日審判（家月33巻12号64頁）。

より親権者をその者に変更する審判をなすことができ、これが確定したとき一旦開始した後見が終了するものと解するのが相当である。親権者変更の審判により一旦開始した後見が終了するのであるから、その審判は後見人選任の前後を問わずこれをなすことができるものというべきである。また、上記の理は親権者である養父母が死亡し、その亡養親と養子である未成年者との離縁を許可する審判がなされ、亡養親との養親子関係が解消された場合の非親権者実親についても同様にあてはまるものといわねばならない」と述べている。そして、「そうすると本件のように共同親権行使者であった養父・実母夫婦が同時に死亡し、亡養父と未成年者養子である事件本人らとの間の死後離縁許可の審判がなされた場合には、生存非親権者実父である申立人は、亡養父との関係においても、亡実母との関係においても、親権者たり得べき地位を回復するものと解すべく、申立人に親権を行使させることが事件本人らの利益・福祉に合致すると認められる場合には、親権者を申立人に変更することができるものというべきである」という判断を示して、実父への親権者の変更を認容した。単独親権者の死亡によって後見が開始されることは認めつつも、親権制度と後見制度の関係については親権の第一次性を前提にしており、親権者の存在の可能性がある以上、後見が開始しても適切な親権者候補者がいれば親権者指定・変更は可能だという判断を示している。当然に生存している実親の親権が回復するのではなく、親権者としての適格性を問題とした上で、後見人としてではなく、親権者として認めることが国民感情に合致するとしている。

札幌家裁昭和56年6月9日審判（審判6-3）の事案も、離婚によって単独親権者となった実親が再婚し、その再婚相手と子との養子縁組届出がなされた後、親権者である実親と養親がいずれも死亡した場合に、親権者変更が申立てられた事案である<sup>76)</sup>。子Cの親権者を母親Bと定めて協議離婚した後、母親Bが再婚し、Bが代諾して子Cとその夫Jとの養子縁組届出がなされた。しかし、婚姻届出から4か月後、養父Jが死亡し、その4年半後には子の

76) 札幌家裁昭和56年6月9日審判（家月34巻11号45頁）。

母親Bも死亡した。子Cは母親Bの父D（子の祖父）に引き取られ、Dに養育・監護されることになり、労災保険金の支給手続等に必要のため、関係機関からの指導もあって、Dは子Cのための後見人の選任の申立を行った。家庭裁判所における子Cの実父Aへの意向調査がなされ、その過程で、Aから子Cを引き取って養育・監護したい旨の意向が強く示されたため、祖父Dと実父Aとの間で数回にわたって話し合いが行われ、子Cと実父Aとの面接や子Cの真意確認などの経過を経て、祖父Dと実父Aとの間で、実父Aが子Cを養育・監護するという合意が成立した。そこで、祖父Dは後見人選任の申立を取り下げ、これに代わる措置として、実父Aが家庭裁判所に親権者変更の申立をなすに至ったというものである。その後、子Cの小学校1年生の課程が修了するのをまって、実父Aは子Cを引き取り、内縁の妻Kの協力を得て、共同生活を始めている。子Cは新しい家庭生活に定着し、実父Aの内妻Kとの間にわだかまりも見られず、転校先の小学校にも元気に登校し、新しい学校生活にも馴れていて、子をめぐる生活環境は極めて良好であり、実父Aの親権者としての適格性についても何ら懸念されるべきものは見当たらないと裁判所に認定されている。以上のような事実を踏まえて、裁判所は、実母Bと養父Jとの婚姻によって子Cはその二人の共同親権に服していたものの、その後養父Jの死亡により実母Bの単独親権となり、実母Bの死亡によって子の親権を行う者がなくなったものというべきであるとしている。そして、「このような場合に、民法838条1号によれば、事件本人に対する後見を開始すべきものとされているが、このような場合にも、法の解釈上、後見人選任の措置に出ないで、他の生存親へ親権者変更の審判が許されるかについて争いのみられるところであるが、もともと、未成年者に対する後見制度は、民法上、親権制度の補充的性格を有するものであり、かつ、生存親と実子という関係における一般的な国民感情を無視しえないこと等を考慮して、生存親が親権者であることを希望し、かつ、同人が、親権者としての適格性を有するものと認められるかぎりにおいては、生存親への親権者変更の審判をなしうるものと解するのが相当である」と判示して、「本件において、事件本人と、すでに死亡している養父との間で、

未だなお離縁の手続がとられていないため、兩人間に法律上の養親子関係が継続しているけれども、養父の死亡により、その養親子関係の実態は解消されているものと認められるほか、子の利益・福祉に鑑み、以上のような解釈は、これ（法律上の養親子関係の存続）により何ら影響されるものではない、と解するのが相当である」という判断を示している。そして、実父Aに親権者としての適格性を十分肯定できるとして、親権者変更の申立を認容している。この事案では、死亡した養父との間の養子縁組について離縁の請求はなされていないため、法律上の養親子関係は存続したままとなっている。親の労災保険金の受給手続のために子の法定代理人が必要となったために、行政機関から求められて、子の祖父が後見人選任の申立を行ったことがきっかけになっているが、家庭裁判所の意向調査によって子の実父がその間の事情を知ったということになっている。そして、祖父と実父との話し合いで、当事者間で親権者変更の方法が選択されたということになる。この審判では、理論的には後見開始に当たる場合であっても、その間の事情や子の利益・福祉に対する考慮をした上で、生存している親への親権者変更を認めることが可能だという解釈を示している。

東京高裁昭和56年9月2日決定（審判6-4）は以下のような事案である<sup>77)</sup>。2人の子C1とC2について夫Aの母親Dとの間で養子縁組届出を行ったが、その1年後に養母D（子の祖母）が死亡したため、実親AとBが家庭裁判所に親権者変更の申立をしたが、家庭裁判所が親権者変更を認めなかったため、抗告したというものである。抗告審も原審判を支持して、抗告を棄却している。裁判所は、まず「未成年の養子は養親の親権に服するものとされているから（民法第818条第2項）、養子の実親は、養子縁組の存続中は養子の親権者となる資格を有しないものといわなければならない。そして、養親が一人である場合にその養親が死亡しても、養子縁組は当然には解消しないから（同法第811条第6項参照）、実親の親権が当然に復活するものではなく、後見が開始すると解すべきである」と述べて、養母の死亡によ

77) 東京高裁昭和56年9月2日決定（家月34巻11号24頁、判時1021号108頁、判タ456号148頁）。

て未成年後見が開始することを認めている。そして、後見が開始しても親権者の変更が可能だという実親の主張に対しては、「養子根組が解消されないかぎり実親は養子の親権者となることができないと解されるから、仮に事件本人らが抗告人らと同居している等抗告人ら主張の事実がすべて認められるとしても、親権者の変更により事件本人らを抗告人らの親権に服せしめる余地はないものというほかはない」としている。また、「なお離婚に際して親権者と定められた父母の一方が死亡した場合において他方への親権者変更が可能であるかどうかについては見解の分かれるところであり、これを積極的に解した審判例があることは抗告人ら主張のとおりであるが、この場合は親権者でなかった親も親権者となる資格に欠けるところはないのであるから、右審判例のようにこれを肯定する余地がないわけではないが、本件はこれと異なり、右述のとおり抗告人らは親権者たる資格を有しないのであるから、離婚の場合の前記審判例にならい親権者の変更が許されるものと解することは困難である」として、離婚後の単独親権者の死亡の場合と養親の死亡の場合とは、事案が異なるという理解を示している。

宇都宮家裁大田原支部昭和57年5月21日審判（審判6-5）では、上記の東京高裁決定（審判6-4）とは異なる理論構成をしている<sup>78)</sup>。子Cの養親Gが死亡したため、子Cの実父Aが後見人の選任を求める申立を行ったところ、裁判所は、養親が死亡して親権者を行使する者がいなくなった場合には、離縁等の手続をすることなく、養子は当然に実親の親権に服することになるとして、後見人選任の申立を却下した。次のように述べている。「未成年者が養子縁組をしたときは実親の親権を脱して養親の親権に服することになり（民法818条2項）、その結果養親が実親に優先して専ら養子に対し親権を行うことになるが、それは養親が生存し現実にも親権を行使しうる状態にある場合のことであり、もし養親が死亡し養子に対する親権を行使する者がいなくなれば離縁等の手続をまたずして当然再び実親の親権に服

---

78) 宇都宮家裁大田原支部昭和57年5月21日審判（家月34巻11号49頁）。



することとなるものというべきである」と述べている。ここでは、当然復活説の立場が示されているといえる。そして、「ところでこの点については離縁の場合には再び実親の親権に服することになることを認めながら、養親死亡の場合には法律上未だ縁組が解消していないことを理由に養子は実親の親権に当然服することなく後見が開始するとする見解があり、本件申立もこのような見解の下になされたものと思われるが、養子縁組の結果実親は親権を喪失したものと解すべきではなく、実親は親権を失わないが、唯養親が優先的に親権を行使する限りにおいて実親の方はその間親権の行使を停止されている状態にあるにすぎないものというべきであり、従って養親において死亡等により親権を行使し得ない状態に立ち至れば法律上当然に実親の親権はその停止を解かれ、養子は再び実親の親権に服することとなるものというべきである。それにまた、養親の死亡の場合にはこれにより養親との法定血族関係が当然には消滅しない点において離縁とは異なることはあっても、これにより養親が養子を監護養育する現実の法律関係が消滅することは離縁の場合と何ら異ならないのであるから、離縁の場合に養子が再び実親の親権に服することを認めるのであれば、養親死亡の場合にも同様の結論を認めるのが妥当というべきである」という理由を示している。現実には、子を監護養育しているのが申立人である実親であり、このような場合に実親でありながら後見人として子の監護養育を行うというのは、国民感情からしても奇異な感じを免れず、受け入れがたいとしている。その点では、離婚後の単独親権者死亡後の問題と同一視していることは明らかである。

まず、離婚後単独親権者となった実親の一方が再婚し、その再婚相手と子との養子縁組届出がされた後、実親が死亡した場合には、生存している養親の親権が優先し、生存している非親権者である実親からの親権者変更は原則として許されないことが明らかにされている。そして、次の段階として、親権者である実親と養親が死亡した場合の問題となる。この場合に未成年後見が開始することになるというのが原則だが、後見が開始した場合であっても、また死亡した養親との間で離縁の手續が行われていない場

合であっても、生存している実親が親権者としての適格性を有している限り親権者変更を認めるべきとする審判がある。また、離婚後の再婚に伴う養子縁組ではない事案では、養親の死亡によって未成年後見が開始し、実親の親権は当然に復活するものではなく、親権者変更が認められないとする審判がある。これらでは、離婚後の単独親権者の死亡の場合の問題と同視して、無制限回復説に立って、実質的な判断を行っている。これに対して、この場合に未成年後見は開始せず、当然に実親の親権が復活するという判断を示す審判もある。

## 7 未成年後見者指定の遺言と親権者変更に関する審判例の検討

民法839条1項では、未成年者に対して最後に親権を行う者が遺言で未成年後見人を指定することができる旨を規定している。そして、この指定がなかったときに、家庭裁判所が申立に基づいて後見人を選任することとなる。最後に親権を行う者による後見人の指定が最初に認められているのは、その者が未成年に対する後見人として誰が適格かを最も適切に考えられるからであるとされている<sup>79)</sup>。しかし、実際には、遺言による未成年後見人の指定はほとんど行われていない<sup>80)</sup>。そのような中で、近時、遺言による未成年後見人指定に関する審判例があらわれた。離婚後に単独親権者となった親が未成年後見人を指定する遺言を残して死亡した場合に、親権者変更の申立ができるのかどうかについては、これまでほとんど議論されてこなかった。学説では、遺言の意義および遺言をした親権者の意思の尊重という立場から、未成年後見人の指定がある場合には、生存している親からの親権者変更申立は問題にならないとする立場が示されていたにすぎな

79) 前掲・於保不雄・中川淳編集『新版注釈民法(25)〔改訂版〕』285頁〔久貴忠彦〕参照。

80) 山本敦「遺言による未成年後見人の指定と親権者変更」月報司法書士521号(2015年)73頁では、「法律家でもない市民が、遺言で未成年後見人を指定できるというような知識を有しているとも考えられない」と述べて、このような指定が見当たらないのも当然であると指摘している。なお、山本によれば、これまで遺言による未成年後見人指定に関する裁判例は第2次大戦前の旧法下のものが2つあるだけということである。

い<sup>81)</sup>。

大阪家裁平成26年1月10日審判（審判7-1）は、以下のような事案である<sup>82)</sup>。AとBは婚姻し、C1、C2、C3の三人の子をもうけたが、平成21年にC1らの親権者を母親であるBと定めて離婚した。離婚後、BがC1らと同居し、養育し、Aは休日にはC1らと食事を一緒にするとか、遊園地に出かけるなど交流を続けており、その父子交流の頻度は年間4回ないし5回程度であった。その後、Bが平成25年に死亡し、C1らはBの母親であるDに引き取られ、現在、DおよびDの夫Jと同居して生活している。Aは平成25年に別の女性Gと再婚し、夫婦で生活している。Bは、死亡前に、C1らの未成年後見人としてDを指定する旨の自筆証書遺言を作成し、Dが保管していた。Bの死亡後、Dは家庭裁判所に遺言書の検認を申立て、家庭裁判所はこの遺言書を検認した。そこで、DはC1らについて親権を行う者がいないため未成年後見人に就職した旨の戸籍上の届出を行った。これに対して、AがC1らの親権者を自分に変更することを求めて家庭裁判所に申立を行ったというものである。Dは、未成年後見人の指定を遺言事項とし、その指定がない場合に裁判所が後見人を選任するという民法の規定からすると、未成年後見人が存在しているのに親権者変更の手法によって未成年後見人の地位を奪うことは、後見人指定を遺言事項と定めた意味をなくすものであり、遺言を残して死亡した者の意思を無にすることであり、遺言制度の趣旨にも反すると主張している。これに対して、裁判所は、「離婚の際に一方の親を親権者と定めることを要するのは、離婚した両親にとって親権を共同して行使することは事実上困難であるためであるから、親権者と定められた一方の親が死亡して親権を行う者が欠けた場合に、他方の親が生存しており、未成年者の親権者となることを望み、それが未成年者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と解される。そして、親権者によ

---

81) 前掲・於保不二雄・中川淳編集『新版注釈民法(25)〔改訂版〕』288頁〔久貴忠彦〕参照。また、蕪山巖ほか『遺言法体系』（西神田編集室、1995年）63頁〔蕪山巖〕は、遺言者の意思を尊重すべきと指摘している。

82) 大阪家裁平成26年1月10日審判（判時2248号63頁）。

る未成年後見人の指定がされているときでも、未成年後見制度が元来親権の補完の意味合いを持つにすぎないことに照らすと、親権者変更の規定に基づいて親権者を生存親に変更することが妨げられるべき理由はない」として、後見人が指定されている場合であっても、親権者変更が可能であるという解釈を示している。親権であれ、未成年後見であれ、未成年者の利益を重視して運用されるべきものであり、遺言による未成年後見人の指定の場合にはその適性を審査する機会が存在しないことを考慮すると、未成年後見人の指定がされたときに親権者変更の余地がないとすることは、未成年者の利益を害しかねないものと考えられるからと述べている。その上で、一般論として「親が子に対する養育の意思を有しており、客観的な養育の環境も整っており、子が親との交流を円滑に行える状況にあり、親と暮らすことが子の意思にも沿うものであれば、最後に親権を行う者が遺言により未成年後見人の指定を行っているとしても、特段の事情がない限り、最後に親権を行う者から生存親への親権者変更を認めることが子の利益に沿うというべきである」と述べた上で、本件の事案において、親権者変更が適切かどうかを判断している。その結果、まず、家庭裁判所調査官のもとで行われたAとC1らの交流場面観察においても、自然な交流が行われたことやC1らがAと暮らすことに肯定的な感情を有していることが認められたとして、特段の事情がない限り、Aへの親権者変更を認めるべきという判断を示している。そして、特段の事情の存否について判断し、DからのAのBに対する暴力や精神的虐待等の行為の存在の主張に対し、AとBとの婚姻中にAの暴力とみられる行為があったことが認められるとしても、その程度は必ずしも明らかではなく、そのことによりC1らがAに対して拒否反応を抱くに至っているとは認められないと判断し、未成年後見人指定の遺言があっても親権者変更を妨げる事由とまではいえないとして、現在C1らがDにより監護養育されている状況に問題はないとしながらも、Aへの親権者変更を認めている。この審判では、遺言による未成年後見人の指定の場合に、家庭裁判所の判断を要せずに子の監護養育の担い手が定まることに対する疑問が示されており、この点をあまりに強調すると、遺言による未

成年後見人の指定を認めている民法839条の趣旨を否定することになりかねないという問題点もあると思われるが、家庭裁判所が未成年子の監護養育について実質的な判断を行う場面の必要性が強調されていることは疑いがないように思われる。

大阪高裁平成26年4月28日決定（審判7-2）は、前記の大阪家裁平成26年審判（審判7-1）の抗告審である<sup>83)</sup>。大阪家庭裁判所の審判に不服だったDが、法令の解釈適用違反と事実誤認を理由として大阪高裁に即時抗告したが、抗告は棄却されている。Dがあらためて、Bが遺言した動機が、婚姻中からAの暴力行為や多額の借金などがあり、Aが信用できなかつたため、C1らの未成年後見人としてDを指定したという主張についても、BがAとC1らの交流を認めていたことやそもそもAの借金はBがA名義でつくったものであることを指摘して、Aが信用できない人物とまではいえないとして、排斥している。結論として、原審判は正当であり、抗告は理由がないから棄却するという判断を示している。

遺言による未成年後見人の指定と親権者変更申立の競合に関する事案は他にないが、取り上げた事案では、離婚後の単独親権者死亡後の親権者変更申立の事案と考慮すべき点ではほとんど違いがないように思われる。論理の上では、適用される条文に若干の違いが生じてくることにはなるが、結果的に、未成年子の福祉・利益のために、誰が監護養育に当たるのが最も適切かという実質的な判断を家庭裁判所が行うという観点が重視されているといえる。しかし、わざわざ遺言による未成年後見人の指定を認めている現行制度に照らすと、遺言者の意思の尊重を原則とする遺言制度の趣旨に合致しないという批判もありえる。審判7-1および7-2が示した論理構造および結論は、遺言者の意思の尊重よりも未成年子の監護養育の実質的な確保をより重要視したことになるとともに、誰が当該の未成年子の監護養育および財産管理を適格に行うかという点に対する実質的な判断を優先させ、それに対する家庭裁判所の後見的機能を重視しているといえる。そ

---

83) 大阪高裁平成26年4月28日決定（判時2248号65頁）。

の点では、第3章以下で検討した審判例の傾向と同一であるといえる。

## 8 おわりに

親権者が死亡した場合、未成年子の法定代理人が必要となり、場合によっては子の親族から未成年後見人の選任が申立てられ、あるいは生存している実親から親権者変更が申立てられることがある。それが、未成年後見の開始に関する民法838条1号の「親権を行う者がいないとき」に関する理論的な問題となり、非嫡出子の母親が死亡した場合、離婚後の単独親権者が死亡した場合、養子縁組後の養親が死亡した場合などがそれに該当するかどうか解釈上の問題とされてきた。すでに指摘してきたように、この問題に関する見解は分かれており、家庭裁判所の審判でも異なる見解が示されており、分かれている。しかし、その中でも、現在の家庭裁判所審判の傾向は、いわゆる無制限回復説の立場に立ち、実質的に未成年子の監護養育や財産管理を誰が行うのが適切かを検討した上で、親権者変更を認めるべきかどうかを判断しているものといえる<sup>84)</sup>。したがって、生存する実親への親権者指定や変更が認められている場合もあれば、親権者変更が否定されている場合もある。結果的に、未成年子の監護養育や財産管理を行う者が親権者であるか未成年後見人であるか自体が重要なのではなく、未成年子の監護養育をどのように維持・確保していくのが最も重要であるということが示されているととらえることができる。特に、昭和50年代以降の多くの審判例を見ると、未成年子の監護養育や財産管理に当たって、誰がこれを担うべきかという観点から、家庭裁判所が後見的役割を果たすべきという姿勢が強く示されていることを感じることができる。審判3-23のように実親が親権者となり、祖父が監護者となることを認めるような審判もあらわれていることを見ると、この種の問題が離婚後の子の監護に関する問題と同様に扱われているようにも感じられる。この傾向は、未成年子の監護養育のあり方を考える上では、重要であるといえる。

---

84) 前掲・許末恵「未成年後見をめぐる諸問題（監護養育）」野田愛子・梶村太市編集『新家族法大系2』401頁以下参照。



本稿で取り上げた多くの審判例において、親権と未成年後見との関係について、実親が存在する場合には第一次的に親権制度が適用され、実親が存在しない場合に第二次的に未成年後見制度が適用されるという考えが示されている。未成年後見制度があくまでも補完的の制度として理解されていることは明白である。親権の内容と未成年後見の内容がほぼ同様であるという理解から、未成年子の監護養育や財産管理を担うべき者が実親であれば親権者として、そうでない者が担うべきである場合には未成年後見人として、未成年子の監護養育および財産管理を認めるという姿勢が近時の家庭裁判所の審判例の傾向として圧倒的である。未成年後見と親権の両者の違いは、親権について未成年後見の場合の後見監督が存在しないという点だけであるといえる。親権か未成年後見かという問題が二者択一の問題ではなく、実質的に未成年子の監護養育および財産管理を適切に行う仕組みの一つの手法としてそれぞれの制度が配置されていると考えれば、このような理解も自然である。その点からかつての「親権後見統一論」の主張があったといえることができる。しかし、むしろ、この主張の重要な論点は、親権についても監督制度を強化することであったと指摘されている<sup>85)</sup>。審判例の中には、たとえば、審判3-30のように、実の親子関係の存在を重視して、実親であることによって未成年子に対して適切な監護養育や財産管理が期待できると考えていると思われるものもあるが、他方で、審判3-34のように、未成年子の監護養育について血縁関係の有無にこだわらない考えを明確に示しているものもある。むしろ未成年子に対する適切な監護養育や財産管理について配慮することを実親に期待できない場合もあることがいくつかの審判例で明らかになっているともいえよう。実親であっても、適切な監護養育を行ない得ないことがあることは、現実に多くの事案が示しているといえる。したがって、審判3-33のように、当然復活説のような立場に批判的な審判もあらわれているわけである。そして、実親であっても、場合によっては親権者としてではなく、未成年後見人として選任され、家

85) 久貴忠彦「親権後見統一論について」川井健ほか編『講座現代家族法4』（日本評論社、1992年）3頁以下。

庭裁判所の監督を付すような審判も見られる。

しかし、理論的に考えると、未成年後見が開始したと考えられる場合に、未成年後見人ではなく親権者の指定や変更が認められ、あるいは未成年後見人が選任されているにもかかわらず、親権者の指定や変更が可能となるというのは、理解し難い理論構成だといわざるを得ない。また、手続面について考えると、現在の家事事件手続のあり方からして、親権者の指定または変更に関する事件と未成年後見人選任事件とは別個の種類の事件として位置づけられている。その実質的判断において同様の部分があるとしても、対立する当事者の存在を前提とする親権者変更・指定の事件と家庭裁判所の後見的判断を前提とする未成年後見選任事件を同視して処理する手法に疑問の余地があることは否定できない。これらの点について考えると、現行の親権制度と未成年後見制度、あるいは子の監護制度に関して十分な法整備がなされていないことを認めざるをえない<sup>86)</sup>。その意味では、親権や未成年後見をはじめとする子の保護に関する一切の問題を家庭裁判所が扱う一つの事件類型として位置づけ、家庭裁判所の後見的配慮の下で、利害関係者の調整を図る方法ないし制度を構築するべきとする主張は、この種の問題の合理的・妥当な解決を目指すうえでは適切な考えだといえるように思われる<sup>87)</sup>。いずれにしても、未成年後見制度のあり方を考えるに際しては、親権制度に加えて、子の監護のあり方に関する規定および仕組みを視野に入れて検討されなければならない問題であることは明らかである。本稿で検討してきた多くの審判例は、親権者ないし単独親権者の死亡後の未成年子の監護養育の問題を考える上で、当該の未成年子の福祉および利益を図るために、誰がその未成年子の監護養育に携わり、誰がその財産管

---

86) たとえば、山島正男「単独親権者の死亡と親権者の指定・変更」沼邊愛一ほか編『家事審判事件の研究 (1)』(一粒社、1988年) 164頁参照。

87) 前掲・許末恵「未成年後見をめぐる諸問題 (監護養育)」野田愛子・梶村太市編集『新家族法実務大系2』409頁、櫻田典子「単独親権者の死亡による親権者変更審判の変遷と今日的課題」清水暁ほか編『現代民法学の理論と課題』(遠藤浩先生傘寿記念、第一法規出版、2002年) 606頁以下、前掲・山島正男「単独親権者の死亡と親権者の指定・変更」沼邊愛一ほか編『家事審判事件の研究 (1)』168頁など。

理を行うことが適切かという判断が求められていることを明らかにしてきたと評価できるが、本稿で取り上げた問題以外の部分についても、未成年子の監護ないし財産管理に関わる問題において未成年子の福祉や利益をいかに保障していくべきかを検討していく必要性は高い。未成年子自身にとっては、自分を監護養育してくれる人が親権者か未成年後見人かという区別自体は重要ではなく、誰がどのようにして自分自身を保護し育成してくれるかという問題が重要である。そして、そのための法的保障のあり方を考えるべきである<sup>88)</sup>。また、最初に指摘したように、親権者の指定や変更および未成年後見人の選任という制度が主に未成年者の財産管理の必要性から利用される傾向が強いことは、本稿で取り上げた多くの審判例の事案をみれば明らかである。単独親権者が死亡した場合でも、事実上未成年の子の監護養育については誰かがそれを担っている場合がほとんどであり、そのために未成年後見人の選任や親権者の指定・変更が家庭裁判所に申立てられることは少なく、申立の理由が死亡した親権者の遺産の処理、損害賠償金や保険金・補償金の受領、学校への進学手続きなどのためである場合が多かったことがわかる。もちろん、これらの事情も当該の未成年子の保護のために重要な問題であることは明らかではあるが、未成年子の監護教育などの身上監護部分を中心として、親権制度や未成年後見制度のあり方を再検討しなければならないと感じられる。たとえば、離婚後の単独親権者の死亡後の親権者変更の問題に関して、多くの審判では、共同監護が認められていない現行法の下でやむなく実親のいずれかを親権者としなければならないという点を指摘して、生存実親が親権者として適格であれば親権者の変更を認めるべきとする論理を展開しているわけだが、このことを考えると、離婚後の共同監護が可能な制度が導入されれば、これらの問題に関する処理は異なってくることになる<sup>89)</sup>。

親権に対する家庭裁判所や児童相談所などの後見的機能のあり方を含め

---

88) 前掲・許末恵「未成年後見をめぐる諸問題（監護養育）」野田愛子・梶村太市編集『新家族法実務大系2』409頁参照。

て、社会福祉の側面についても視野に入れて、親権制度や未成年後見制度、ひいては未成年子の監護に関する問題を検討していく必要性があることは否定できない<sup>90)</sup>。

---

89) 前掲・許末恵「未成年後見をめぐる諸問題（監護養育）」野田愛子・梶村太市編集『新家族法実務大系2』410頁参照。

90) 上野雅和「親権・後見制度」山昌正男・泉久雄編『演習民法（親族）』（新演習法律学講座、青林書院、1985年）253頁参照。