

**離婚後の親権と監護権の分離分属**

- 【文献種別】 決定／大阪高等裁判所  
【裁判年月日】 平成30年3月9日  
【事件番号】 平成29年（ラ）第1475号  
【事件名】 子の監護に関する処分（監護者指定、子の引渡）申立却下審判に対する抗告事件  
【裁判結果】 取消、認容（確定）  
【参照法令】 民法766条1項・2項・4項、819条1項  
【掲載誌】 家庭の法と裁判 18号 63頁

LEX/DB 文献番号 25562382

**事実の概要**

原告人A（母）と相手方B（父）は平成23年に婚姻し、C（平成24年生）をもうけた。平成28年Bは単身赴任し、以後別居を経て同年BはAに離婚を申し入れ、Cの親権を要求したがAは承諾せず、親権をめぐるやり取りが繰り返された。平成29年Aは親権者をBとして離婚届けを提出したが、引き続きAがCの監護を継続している。同年、ゴールデンウィーク明けまでにはCを返還するとの約束でAはBにCを引き渡した（以下、本件引渡しという）が、それに反しBはAにCを返さずに、今後はBが監護養育するつもりであると伝え、審判終結日までの間BがCを監護養育している。Bは現在Hと再婚し、Hの子と共に4人で暮らし、CはHとの関係も良好で幼稚園へ通っている。Aは平成29年、Cの監護者指定と子の引渡しを求めて本件審判を申し立てた。原審（大阪家審平29・10・31家法18号67頁）は、AB間の監護権者に関する合意の有無について、AはBが自分に子の監護養育を委ねる意思を有していない可能性があることはある程度認識していたと認定したが、BはAと復縁するつもりもないのに嘘をついて親権者指定を含めた離婚までの行動は極めて不誠実であるとした。そこで、「CをAが監護する方が、Bが監護する場合に比べて、子の福祉に適うことが明らかと認められるような場合には、Cの監護者をAと指定する必要がある」との基準を示して双方の監護状況とCとの関係性を検討した。しかし、Aが監護する方がCの福祉に適うことが明らかとまで評価することは難しいとして、本件申立てを却下した。Aが即時抗告。

**決定の要旨**

本件離婚に際し、非親権者であるAが引き続きCを監護養育するという合意が成立していたとまでは認めることができず、Cの監護者について協議が調わない状況にあった。「父母が協議上の離婚をするとき、その協議でその一方を親権者と定めた場合でも、その時点において、子の監護者に関する協議が調わない状況にあった場合には、家庭裁判所において、子の監護者を定めることができるというべきである」。未成年者の監護者指定について、従前の監護状況は、Aが「Cの出生時から本件引渡しまでの5年2か月余りの間、主たる監護者であったこと」、現在の監護状況は、「Bが、Aに対し、Cを引き取って監護する意図を秘し、ゴールデンウィーク期間中には返還する旨の虚偽の説明をして行われたものであり、その態様は著しく相当性を欠いている。Cは、本件引渡しにより、一方的に従前の主たる監護者と切り離されており、Cの福祉の見地からも問題が大きい。本件引渡しを契機として開始されたBの監護は是認することができないというべきである」として、Aを監護者に指定した。Cの引渡しについて、「Cが間もなく小学校に入学することも考慮すれば、現時点でCをAの監護の下に置くことがCの福祉に資するといえる」として、Bに対し、CをAに引き渡すよう命じ、原審判を取り消した。

**判例の解説****一 本判例の意義**

本件は、協議離婚において父Bを親権者と定めて離婚した後、引き続き子を監護している母Aが

親権者変更ではなく監護者指定を求め、高裁が親権と監護権の分離分属を認めた事例である。原審は監護権者（ママ）に関する合意の有無を中心に検討した上で、非親権者による監護が親権者の監護に比べ子の福祉に適うことが明らかかという明白性の基準を用い、Aの優位性を認めずに監護者指定を却下した。これに対し抗告審は、主たる監護者の要素と奪取の態様を検討しAを監護者に指定し、Aの監護権に基づきBに子の引渡しを命じた。本件は、親権・監護権の分離分属を許した点で意義を有しており、監護者指定における判断基準と考慮要素について一定の方向性を示したことが特徴的である。

## 二 親権と監護権の分離分属

民法 819 条は離婚後に単独親権に変わることを定めるが、民法 766 条は離婚時に協議または家事審判で子の監護をすべき者を定めることを認めている。したがって、法律上離婚後に親権者と監護者が父母間で分かれることは可能である。これまで学説及び裁判例は、父母の親権争いにおいて、双方の愛情を満足させるために父母に親権と監護権を分属する必要があることを認めている<sup>1)</sup>。近年では、親権者である母が非親権者と子の面会交流を拒否する状況において、親権者の監護権は残したまま親権者を変更して親権者と監護者を分離した事例（福岡家審平 26・12・4 判時 2260 号 92 頁）がある。父母の離婚にかかわらずこれまで通り子が別居親とも交流し養育されることが子の利益から肯定される場合、離婚後の共同監護の実現を目指して親権と監護権の分属を積極的にとらえる学説<sup>2)</sup>もあり、この事例も父母の協力すべき枠組みを設定した<sup>3)</sup>。

もう一つの類型としては、親権者変更申立てがなされている中で、監護者指定を認める場合がある。従来裁判例は、子の監護の状況を維持するため、または親権者変更の妥協策として親権者と監護者の分離を認めてきた<sup>4)</sup>。近年では仙台高決平 15・2・27（家月 55 巻 10 号 78 頁）が親権者を父として協議離婚したが、母が引き続き監護している状況で、親権者を変更する特段の事由は認められないとしながら、子の情緒的安定の観点から監護者を指定した。横浜家審平 21・1・6（家月 62 巻 1 号 105 頁）は、現に子らを養育している非親権者母を監護者に指定し、金銭管理に大きな不安

があるとして、親権者変更は認めなかった<sup>5)</sup>。本件もこれらの事件の流れにあるものと位置づけられる。ただし本件は親権者変更を申し立てておらず、当初より親権者と監護者の分離を目指して監護者指定を申し立て、それが認められたものである。しかしそれが、特段の事情の変更がない限り親権者変更は容易に認められないという判例法理のための方策であれば、本件も親権者変更の前哨戦、あるいは親権者変更の抜け道として監護者指定が行われたと見ることもできる。そうであれば、親権と監護権を分属させる意義とは何であろうか。

## 三 親権と監護権の分離分属の効果

本件は監護者指定に基づき子の引渡しを命じており、これは親権者ではなく監護者が子と居所を共にすることを認めるものである。通説<sup>6)</sup>は、離婚により非親権者の親権は喪失すると解するが、監護者が指定されると監護者には親権の一内容である身上監護権が属し、その効果として監護教育権、居所指定権、職業許可権、懲戒権も有し、これに基づき子の引渡請求ができるとする。そして、親権者の身上監護権は停止すると解している。これに対する説は、監護者の監護権行使は離婚によってもなおその親が潜在的に有している自らの親権に基づくと言<sup>7)</sup>。この説に従えば、離婚後も父母双方とも親権はなくなり、単独親権によって他方の親権行使が停止しているだけ<sup>8)</sup>であるから、監護者指定によりその行使を監護者がすることに決められるのであり、場合によっては離婚後の監護者は 1 人に限られる必要もなく、父母が共同して監護することを 766 条は排除しているわけではないと解する<sup>9)</sup>ことも可能である。

離婚後に監護者だけが子を独占し、親権者の子どもに対する権利と義務を制限するのであれば、親権と監護権の分属は意味がなく、親権者変更を行うべきである。親権者とは別に監護者を定める意義があるとすれば、親権者の権利義務を再検討する必要がある。従来の説の通り財産管理権は親権者が有するとしても、親権の主要な効果である監護権に関して今一度その内容を分析してみると、子の日常の世話、しつけ、家庭教育、宗教教育、学校教育の選択、子の成績表・健康診断表等の開示請求を含めた管理、学校への対応、学校への各

種同意書の提出、転居を含めた子の居所の指定、予防接種等の同意、医科・歯科治療の同意、手術を含めた医療同意、身分法上・財産法上の法定代理等、多岐にわたる。日常の子の養育と監護の権利は密着に関連しているが、子に対し重要な権利と責任を伴うこれらすべての分野を監護者のみが有するのであろうか<sup>10)</sup>。親権者を父と定めていた旧法が母に子の養育を任せるために監護者指定の規定を置いたことを理由に、監護者の権限を強く主張していた学説の従来の状況と今日では大きな違いがある。現代においては実質的な共同監護の実現のため、または子の奪い合いの対処のために親権者と監護者が分離するという事情や目的に応じて、権利の内容が具体的に検討されるべきであろう。本件も父母双方とも監護者としての適格性に問題はなく、子は父の再婚家庭とも親和している状態であるから、親権者は面会交流時に日常の子の監護を行うことはもとより、重要な法的決定に関して子に関与していくことは、子にとって利益となろう。

#### 四 監護者指定の判断基準

原審は監護者指定に際し、明白性の基準を取った。これは権利者である親権者が養育するより非親権者が監護する方が子の福祉に合うことが明らかでない限り監護者指定はしないというものであり、権利者を優先する基準である。この権利に基づく判断基準は、親権者から非親権者へ子の引渡請求において用いられたことがある。東京高決平15・3・12（家月55巻8号54頁）は、協議離婚時の親権者指定の経緯が曖昧であったケースであるが、現に子を監護している非親権者である父は子を監護する権限を有していないので法律上の根拠がなく、親権者である母の申立てが子の福祉に反することが明らかな場合等の特段の事情が認められない限り、親権者へ子を引き渡すとした。しかし、これに対して学説は批判しており、監護権があるから子の利益に適うのではなく、子の利益に適うから監護権が認められるべきであり、家庭裁判所は子の利益を唯一の基準として父母双方を比較衡量すべき<sup>11)</sup>としている。

これに対し、母を親権者として協議離婚したが、母の生活が安定するまで5歳と4歳の子の面倒を父方の父母が行っており、数カ月後父が親権者変更を求めた事件で、福岡高決平27・1・30（判

タ1420号102頁）は、必ずしも事情変更の有無のみで決められるのではないとし、親権者を指定した経緯や双方の監護能力、監護の安定性の比較衡量を行い、親権者変更を認めた。ここでは比較衡量による判断基準がとられた。

特に離婚時の親権者指定の協議に問題があった本件では、抗告審が権利による基準ではなく比較衡量基準によったのは妥当であったと思われる。まず父母の協議により親権者が定められるわが国では、必ずしも権利の有無が子の利益に合致しているとは限らないため、権利による判断は硬直化を招いてしまいかねない。

#### 五 比較衡量要素

子の監護者を判断するにあたり父母の比較衡量をする際、様々な要素<sup>12)</sup>があるが、抗告審では、主たる監護者と奪取の態様が検討された。

主たる監護者とは、父母の同居中子をどちらの親が主に養育してきたかを重視するものである。主たる監護者が重視されるのは、養育者との愛着関係や心理的絆が子の健全な成長・発達のために重要とされることにあるが、監護の実績は量的側面だけでなく質的側面についても考慮しなければならない<sup>13)</sup>。本件では、子の出生時から本件引渡しまでの5年2カ月余りの間、専業主婦であった母が主たる監護者であったことが評価された。本件では、子どもを養育する者をいずれか一人に決めなければならないという制度的制約の下で主たる監護者という要素を用いて判断されたが、父母双方ともそれぞれに子育てを行い、その質量ともに子にとって等しいものであれば、双方ともが主たる監護者となりえる状況は大いに存在する。本件も父の監護能力を否定するものではない。過去の実績だけが過大に評価される必要はないようにも思われる。

本件引渡しの態様について、抗告審はBがゴールデンウィーク明けに子を返還するとしたのを虚偽の説明であったと認定し、その態様は著しく相当性を欠いていると評価した。これまでの子の奪取による子の引渡請求事件でも、子の奪取の態様が問題とされてきた。父が保育園から無断で子を連れ去った事例（仙台高秋田支決平17・6・2家月58巻4号71頁）、調停中に委員等からの事前の警告があったにもかかわらず、周到な計画の下に相手方及びその両親が子の奪取を行った事例（大阪

高決平 17・6・22 家月 58 巻 4 号 93 頁)はいずれも消極的要素としてとらえられている。他方、相手方の暴力を逃れるために子を連れて別居した場合(仙台高秋田支決平 17・6・2 家月 58 巻 4 号 71 頁)、夫から威圧的な言動を受けていると感じ、不信感及び恐怖感を抱いたままで生活するのは自分と 8 歳の子のためによくないと考え子を連れて別居に及んだ場合(東京家審平 22・5・25 家月 62 巻 12 号 87 頁)、主たる監護者であった母親が 2 歳の子を連れて家を出た場合(東京高判平 29・1・26 判時 2325 号 78 頁)等は、公然かつ平穩に子を監護下へ置いたものであり、裁判所は、違法性はないとみなしている。

本件引渡しが生じたのには、A B 間に B を親権者とするも、C の監護養育についての合意が成立していなかったという事情が認められた。離婚後も C の居所は流動的であったが、C は A B 双方から十分な養育を受けており、いずれにおいても子の監護状態に問題はなかったが、抗告審は、「C は、本件引渡しにより、一方的に従前の主たる監護者と切り離されており、C の福祉の見地からも問題が大きかったことが奪取の態様として著しく相当性を欠いていると認定した。その後子が母と交流できていないということも鑑みれば、子の側面から判断した点で妥当であろう。

## 六 おわりに

本件が親権者変更ではなく監護者指定を申し立てたこと、そしてそれが認められたことの意義は大きい。実質的な親権者変更ではなく、離婚後に親権者とは別に監護者が指定されることの必要性があることを裁判所は認めた。ただしそのように解決されたとき、親権者と監護者がどのように子と関わっていくかが問題である。裁判所は具体的にどのような生活実態を想定しているのだろうか。民法は離婚時の子の監護に関する事項を協議に任せているから、その態様は千差万別であり、監護内容の共同行使も現実的には可能であるが、当事者が親権・監護権の分離分属をそのように捉えて実行するかは分からない。そこで今後、父母が親権、監護権の態様に関し申し立てたとき、裁判所が柔軟な対応と判断をすることができるかがこれからの課題となってくる<sup>14)</sup>。

- 1) 村崎満「離婚と子」『家族問題と家族法Ⅲ』(酒井書店、1957年)298頁、荒木友雄「親権と監護の分離分属」ジュリ 661号(1978年)112頁。
- 2) 棚村政行「離婚後の子の監護」『家族法改正への課題』(日本加除出版、1993年)231頁、若林昌子「親権者・監護者の判断基準と子の意見表明権」『新家法実務大系 2』(新日本法規、2008年)386頁。
- 3) 田中通裕「面会交流の拒否と親権者変更」新・判例解説 Watch (法七増刊) 17号(2015年)113頁。ただし、父母の協力関係が十分に築けないことが予想される場合には効果を望めない指摘している。
- 4) 福島家白河支審昭 42・6・29 家月 20 巻 1 号 95 頁、札幌家審昭 46・11・8 家月 25 巻 9 号 98 頁、札幌高決昭 51・9・10 家月 29 巻 2 号 94 頁、旭川家審昭 52・2・17 家月 29 巻 11 号 100 頁。
- 5) 椎名規子「判批」民商 142 巻 6 号 103 頁は、当審判例は共同監護の実現を目指した、より積極的な監護者指定と位置づけてもよいのではないかと指摘している。
- 6) 我妻栄『親族法』(有斐閣、1961年)143~144頁。
- 7) 神谷笑子「離婚後の子の監護」『家族法大系Ⅲ』(有斐閣、1959年)13頁。
- 8) 於保不二雄「父母の共同親権と親権の行使者」『民法著作集Ⅲ』(新青出版、2005年)373頁は父母共同親権の大原則の下、下位原則として親権の行使があると説く。
- 9) 石川稔「監護者の地位と権限」判タ 747 号(1991年)277頁。
- 10) 離婚後の共同親権の検討においては、子の養育に関する重要事項は原則共同行使とするという案が出されている。許末恵「親権をめぐる法規制の課題と展望」家族<社会と法> 24 号(2008年)126頁、犬伏由子「親権・面会交流権の立法課題」家族<社会と法> 26 号(2010年)35頁、山口亮子「親権法改正要綱案(法定代理・財産管理を除く)」家族<社会と法> 33 号(2017年)64頁。
- 11) 梶村太市「判批」法の支配 131 号(2003年)110頁。若林・前掲注 2) は、基本的に権利に基づく判断により行い、特段の事情に応じて権限に優越する子の利益を実現すべきとする。
- 12) 松本哲弘「子の引渡し、監護者指定に関する最近の裁判例の傾向について」家月 63 巻 9 号(2011年)1頁では考慮要素としてその他に、監護の継続性、監護補助者の有無、父母の異性関係、子の意思、きょうだい不分離、面会交流拒否、暴力を挙げている。
- 13) 同上 6 頁。
- 14) 裁判官であった沼田幸雄氏は、同「監護者指定とは何か」判タ 1017 号(2000年)74頁において、監護者指定において親権者の親権行使を一律に停止するのではなく、子どもの時間を平等にするような形態の内容まで、夫婦の実情に合わせて「共同監護形態の形成処分」ができるのではなかろうかと指摘している。