

別居親からの監護者指定の申立てを却下した事例

【文 献 種 別】 決定／福岡高等裁判所
【裁判年月日】 令和 1 年 10 月 29 日
【事 件 番 号】 平成 31 年（ラ）第 97 号
【事 件 名】 子の監護者の指定及び子の引渡しの審判に対する抗告事件
【裁 判 結 果】 取消、却下
【参 照 法 令】 民法 766 条、家事事件手続法 65 条
【掲 載 誌】 判時 2450・2451 号合併号 9 頁
◆ LEX/DB 文献番号 25566601

関西学院大学教授 山口亮子

事実の概要

原告人（父）と相手方（母）には、別居当時、小学 2 年生の長女と保育園年長の二女がいた。母は看護師として老人保健施設で就労し、二女の出産後に精神的に不安定となったが、同居中は主に家事育児を担っていた。他方で、パチンコや浪費で約 480 万円の借入金を作り、介護施設等就労先を頻繁に変え、抑うつ神経症と診断された時期もあった。父は、仕事が多忙で帰宅も深夜となることが多かったが、その後仕事を辞め、求職中は家で子の監護を父方祖母と共に担っていた。母が精神的に不安定になった以後は、子らの監護に相当程度関与し、保育園の保護者会の役員となって、保育園の送迎や連絡帳の記載はほぼ担っていた。

平成 30 年 3 月、母が男性と LINE で親密なやり取りをしていることが発覚し、同年 4 月には、別の男性とラブホテルに行ったことが判明した。父はこれに激怒し、母に別居を求めたが、母は行く当てがなかったため、同月 6 日に父が子らを連れて徒歩 5 分程度の父方実家に行き別居することとなった。このとき母は異議を述べることはなかった。

別居後、長女は引き続き同じ小学校へ通い、二女の保育園の送り迎えは父が行っていた。家裁調査官による調査では、子らとの面接の他、長女の担任教諭、次女の保育園および父母双方実家の訪問による聴き取りが行われ、子らは学習態度、健康状態、心身の発育に問題はなく、また父の監護状況にも問題はなかった。母はその後、自己の実家のある県外の E 市へ転居し、子らと面会交流を

行い、同年 11 月から看護業務に就労した頃は、月 1 回程度、母が子を迎えに行き、一緒にフェリーで E へ移動し宿泊付きの面会交流が行われている。また、長女は携帯電話でいつでも母に連絡を取ってよいことになっている。

しかし、父母間で面会交流の実施日や方法を巡り感情的な対立が深まったこともあり、母が監護者指定と子の引渡しの申立てを行った。原審（福岡家大牟田支審平 31・2・22 判時同号 15 頁）では家裁調査官調査を踏まえ、裁判所は、当事者双方の監護能力、監護権環境についていずれが優れているとはいえないこと、同居中は主として母による監護が継続されていたこと、長女が母と暮らしたいという発言をしており、母により強い精神的結びつきを感じ、母からの愛情を得ることを欲していることが窺われるとして、母を監護者に指定して、父に対し子らの引渡しを命じた。

これに対し父が即時抗告を行い、抗告審でも再度調査官による調査が行われたところ、担当教諭との面接において、長女は転校に際しては不安定な一面を表していたことが分かった。

決定の要旨

取消・申立て却下。

「就学後の子らについて監護者を定めるに当たっては、従前からの安定した監護環境ないし生活環境を維持することによる利益を十分考慮する必要があり、乳幼児期の主たる監護者であった相手方との親和性を直ちに優先すべきとまではいえない。さらに、長女は、相手方との面会交流時に

はEで相手方と暮らしたいと繰り返し発言しているが、担任教諭に対してはZ小学校や友人と離別することへの強い不安を訴えているのであって、相手方への上記発言が長女の相手方への思慕を示す表現であるとしても、本件監護者指定における位置付けについては慎重に評価・判断する必要がある。「以上の事情を考慮すれば、子らにとっては、現状の生活環境を維持した上で、相手方との面会交流の充実を図ることが最もその利益に適うというべきであるから、子らの転居・転校を伴う相手方への監護者指定と子らの引渡しは相当ではない。」

判例の解説

一 本決定の位置づけ

本件は、原審が、夫婦の別居中において、現在子を監護していない母からの監護者指定の申立てについて、主に主たる監護者と子の意思の要素を考慮し母を監護者と指定したのに対し、抗告審は、父と子らとの現状の生活環境を維持することが子らの利益にかなうとして原審を取り消し、申立てを却下した事件である。抗告審は、原審判を取り消して母からの申立てを却下する決定をしたのみであり、現在子を監護している相手方である父を監護者とする監護者指定の判断はしなかった。

別居中の監護者指定の申立ては、現に子を監護していない親からなされる場合が多いが、裁判所がこの申立てを認めないときは、申立てを却下するか、または原審の判断を取り消して差し戻すことが一般的である¹⁾。なかには、共同監護のような状態がある場合は監護者を指定することは相当ではないと明示して、却下する裁判例²⁾もある。また、監護者指定の申立てを却下するのみではなく、あえて相手方を監護者に指定する裁判例³⁾もあり、このような例については、裁判所の後見の関与が問題となるところである⁴⁾。

本件のように監護者指定の申立てを認めない場合に、他方を監護者に指定しないことは特別なことではないが、本稿では、父母の別居中に子の監護者を指定する意義と、しない意義について検討してみたい。また本件は、内容的には、原審と抗告審において調査官調査が行われ、子の意思を詳細に追求しており、監護者指定の判断基準において参考になる例であり、三において検討する。

二 別居中の監護者指定

1 紛争解決の根拠

子の奪い合い紛争は、父母の離婚後よりも別居中に生ずる場合が多い。別居中の子の監護を取り決める根拠として、学説は、①民法 752 条の協力義務に関する処分として処理する説と、②離婚後の監護者指定である民法 766 条 2 項を類推適用する説がある。

① 752 条説は、父母は、夫婦間の協力扶助の内容として、別居しても子の監護について協力し合うべきであり⁵⁾、婚姻中は監護権を共同親権者の一方から奪うべきではない⁶⁾として、監護者指定を否定する。

② 766 条説は、子にとっては現実に関身に自分を監護するのが父母のどちらかということは、父母が離婚するとしないとにかかわらず重要なことであるから、家庭裁判所は暫定的処分としてこれを認めるべき⁷⁾とする。

今日の別居中の子をめぐる紛争では、実務の大勢は後者を根拠として監護者指定を行っており、本件も②による。なお、民法 766 条の監護者指定は、離婚時にはほとんど用いられておらず、多くは別居中の子の監護者指定申立てにおいて類推適用されている。

本件では、裁判所は母からの監護者指定の申立てを却下した。現に子を監護していない親に監護者が指定され、子の引渡しが生じられるのは、父母間で相互に子の奪取が行われ、あるいは違法な奪取が行われた際に、子の従来の生活の安定性を重視するために判断されることが多い。典型例としては、一方の親（母である場合が多いため、仮に母とする）が他方の親（仮に父とする）に無断で子連れて突然別居を開始し、その後父が母子を見つけ出し、子を実力奪取したため、母が監護者指定の申立てを行い、母が子の監護者と指定されて子の引渡しが生じられる、というものである⁸⁾。子が他方親から実力奪取された場合には、審判前の保全処分も同時に申し立てられることがある。

これに対し本件は、違法な奪取や実力奪取はなく、父が母の同意の下で子連れて家を出て別居している例であり、また、その後に子の奪い合い紛争が生じている状況にはない。現に子らは父と安定した生活を送っており、また母とも面会交流を通して監護を受けている。そこで、子と共に暮らしていない母から監護者指定の申立てがなされ

たものである。

2 監護者指定の意義

父母の別居中に監護者指定を行うとは、法的にどのような効果をもたらすのであろうか。すなわち、監護者にはどのような監護権が付与され、他方親権者にはどのような権利が残るのであろうか。

離婚後に監護者が指定された場合、通説は、監護者は親権中の監護教育権を有し、親権者は財産管理権のみをもつ⁹⁾と解しており、これを踏まえ、父母共同親権中である別居時に民法 766 条を類推適用して子の監護者を指定する場合も、一般に他方親権者の親権中の監護権を停止ないし剥奪する効果をもたらすという考えがある¹⁰⁾。確かに、別居中の監護者指定は、子がどちらの親と暮らすかを決め、それに基づき子の引渡しを命じることができるものであるから、共に暮らす親が監護権をもつことになるし、当事者も子どもに関する権利を得たと理解するであろう。

しかし、監護者指定により、他方親権者もつ監護権を全て剥奪してしまうのかについては、民法上必ずしも明らかではない。別居中に監護者指定がなされても、親権者は監護養育権を完全に喪失するものではなく、居所指定権、および監護教育権を失うことも停止させられることもないとする考え¹¹⁾もある。法律上、婚姻中は共同親権を許しているのだから、離婚後の単独親権状態と同一には捉えられないであろう。特に、居所指定権も監護権の範疇に入るのかについては、検討を要する。

原審は、父母のいずれも監護者として適格であるが母を監護者に指定し、抗告審はその判断を却下した。別居中の監護者指定の効果は必ずしも明確ではないが、事実上、他方親の親権が制限され、それによって監護者が子に対する全ての権利をもったかのような状態になる。抗告審は、監護者指定をすることによって一方の親の監護権を制限するよりも、監護者指定をしないことで、現に子が父母双方から養育を受けている状況を認め、双方の監護権に影響を与えないことが子の利益に適うと判断したのかかもしれない。監護権を一方に付与することで、父母間が権利の対立に陥ってしまうと、同居親は他方親の同意なく子と転居し、別居親と子との面会交流を阻害してしまうこともあ

り得る。

すなわち問題は、監護者指定がなされることにより、子の監護者が他方親の親権を無視し得るという対立構造になってしまうことである。更に離婚後に単独親権になれば、親権者は他方親と子どもに対する関係を配慮しなくても構わない権利構造になってしまう。権利論で語ると、親と子の関係性を簡単に崩してしまうことができる。そこで、そのような零か百かに陥らないためにも、民法 766 条審判では、子の生活に際して親がどのように関わるのかを詳細に調整して、具体的に「監護に必要な事項」を取り決めることが必要となってくるであろう¹²⁾。

裁判所は決定の中で、「相手方との面会交流の充実を図ることが最もその利益に適う」と判示し、子が母との交流をこれまで通り続けることを推奨した。民法 766 条は、面会交流、その他子の監護について必要な事項を定めることができるのであるから、監護形態の内容に言及したことは、適切であったと思われる。

三 子の監護者指定の判断基準

1 主たる監護者

子の監護者指定の審判において、原審は父母双方の監護能力、監護環境については、いずれが特に優位にあるとまではいえないとしつつ、母が子の乳幼児期に主として監護を行ってきたことを判断基準の1つの要素として重視した。抗告審では、むしろ別居に至るまでの3年程度は、食事の準備を除けば、子らの監護を主として担っていたのは父であったと推認しており、別居後父は、保育園の役員や小学校のPTA役員を行い、ボランティア活動にも取り組んでいるとしている。

いずれにおいても、主たる監護者という要素は、あくまでも1つの判断基準であり、これは他の要素を圧倒する原則として取り入れられるべきではないであろう。

2 子の生活の継続性

1と同時に検討されるべき要素として、子の生活の継続性がある。監護者との生活の継続はもとより、地域や学校、友達との生活という要素は、子の利益にとって重要なものとなる。特に本件では、母が監護者となると、子は転居を余儀なくされ、現在順応している生活が一変するという影響

があった。

3 子の意思

原審ではまた、子らの発言を重視している。家庭裁判所調査官調査において、長女は、「EでママとCとDと一緒に住みたい。Dも一緒に気持ち」と、母の住むEで自分と妹Dと一緒に暮らすことを述べていた。また、「パパも優しいけれど、ママが好き」との発言もあった。家裁および高裁において、調査官は子への調査はもとより、家庭訪問による父母双方の監護環境や監護能力の調査、保育園の保育士および小学校教諭に対する調査も行っている。そして、抗告審において検討されたことが、担任教諭との面接において明らかになった、長女が一時的に不安定となり、担任教諭に対して、「Eに行ったらどうなるのかな。学校には友達もいるし、こっちにおりたいな」と話し、「ずっとZ小学校にいたい」と書いた手紙を渡すなどしたことである。抗告審は、「子らの転居・転校を伴う相手方への監護者指定と子らの引渡しは相当ではない」との結論に至っている。

父母の別居により、子は親に対し葛藤を抱えているため、親が好む答えを口にしがちとなる。裁判所の調査官に対しては、自分の発言がどのような効果をもたらすかを、子はその成熟度に応じて考えるであろう。したがって、裁判所は、学校での何気ない会話や行動も調査し、子の非言語的な表現や心の動きを捉えることが重要となる。本件では、子が調査官に発した言葉を額面通りに捉えるのではなく、様々な場面で吐露した子の心情を、原審時と抗告審時に調査したことで、抗告審は子の意思を多面的に捉え、子の利益を判断した。

4 面会交流の推進

これまでの面会交流に関しては、一時期父が宿泊付きの面会交流を認めないなどして、母は父による妨害があると指摘したが、抗告審は、「宿泊付きの面会交流を任意に実施することができており、子らも後ろめたさを感じることなく楽しんで過ごしている」と認め、父の対応が監護者として不適切ということはないとした。

親の一方が、子と他方親との交流に消極的であることは、監護者として不適格であるとの判断要素となるであろう。本件では、子が母と心を通わせた交流ができていたことは、子が母を好きとい

う発言からも明らかである。他方で、抗告審は、子の生活の継続性を重視し、監護状態を変えずに、今後面会交流の充実を図ることが子の利益に適うとした。

権利上は、いずれかの親を監護者と指定せざるを得ない場合があるが、面会交流は子にとって、親の権利の間隙を埋める重要な要素となるものであり、これの維持が本決定においても重要視されたとと思われる。

●——注

- 1) 名古屋高金沢支決平 28・4・7 家判 10 号 92 頁、大阪高決平 28・8・31 家判 11 号 90 頁。
- 2) 大阪家審平 26・8・15 判タ 1418 号 394 頁、金沢家七尾支審平 28・2・8 家判 10 号 96 頁（注 1）名古屋高金沢支決の原審）。
- 3) 広島高決平 19・1・22 家月 59 巻 8 号 39 頁、東京家審平 22・5・25 家月 62 巻 12 号 87 頁。
- 4) 若林昌子「抗告人ではなく相手方の子の監護者として指定した事例」民商 139 巻 4 = 5 号（2009 年）129 頁。親権者がその適格性を有するときに、別居中の監護者指定により、一方親の監護権を剥奪することについては、慎重な姿勢を示す。
- 5) 國府剛「破綻別居中及び離婚後の子の監護」『新家族法実務大系 2』（新日本法規出版、2008 年）300 頁。
- 6) 大阪家審昭 54・11・5 家月 32 巻 6 号 38 頁。
- 7) 斎藤秀夫＝菊池信男編『注解家事審判法』（青林書院、1987 年）336 頁〔沼邊愛一〕、島田充子「子の奪い合い紛争その 1——子の取り戻しをめぐる法的問題」『講座現代家族法第 3 巻』（日本評論社、1992 年）183 頁。
- 8) 仙台高秋田支決平 17・6・2 家月 58 巻 4 号 71 頁、札幌高決平 17・6・3 家月 58 巻 4 号 84 頁、大阪高決平 17・6・22 家月 58 巻 4 号 93 頁、東京高決平 17・6・28 家月 58 巻 4 号 105 頁。
- 9) 我妻榮『親族法』（有斐閣、1961 年）317 頁、328 頁。
- 10) 岡部喜代子「監護者指定に関する最近の裁判例」慶應法学 9 号（2008 年）107 頁、若林・前掲注 4）129 頁。椎名規子「別居前の主たる監護者を監護者にしない事情の存否」民商 154 巻 5 号（2018 年）264 頁は、別居中の監護者指定は、離婚後の単独親権を認めるのと同しいとする。
- 11) 清水節『判例先例親族法Ⅲ』（日本加除出版、2000 年）187 頁、於保不二雄＝中川淳編『新版注釈民法（25）』（有斐閣、2004 年）104 頁〔明山和夫・國府剛〕。
- 12) 椎名・前掲注 10）265 頁、沼田幸雄「監護者指定とは何か」判タ 1017 号（2000 年）72 頁。