

別居中の父母間における監護者指定ときょうだい分離の可否**【文 献 種 別】** 決定／東京高等裁判所**【裁判年月日】** 令和2年2月18日**【事 件 番 号】** 令和1年（ラ）第2151号、令和1年（ラ）第2153号**【事 件 名】** 子の監護者の指定及び子の引渡し審判に対する抗告事件、子の監護者の指定及び子の引渡し申立却下審判に対する抗告事件**【裁 判 結 果】** 原審判変更（確定）**【参 照 法 令】** 民法766条**【掲 載 誌】** 判時2473号88頁、判タ1482号96頁、家判30号63頁

◆ LEX/DB 文献番号 25569298

専修大学教授 佐々木 健

事実の概要¹⁾

X男とY女は平成20年3月に婚姻し、両者の間には長女A（平成20年生）・二女B（平成23年生）・三女C（平成26年生）がいる。Yは専業主婦であったが、Cが1歳を過ぎた平成27年頃より、パート勤務をしている。未成年者らの監護については主にYが担い、会社員として稼働するXは、保育園への送迎等をしていた。

Yは、平成29年7月頃から、中学の同級生D男と連絡をとりあうようになり、その際、未成年者らも含めて交遊することもあった。Yは異性関係をめぐってXと口論になる等、夫婦関係は悪化し、平成30年3月、Xが仕事で不在の折、未成年者らを連れて別居を開始した（転居先は自宅から徒歩数分の貸家）。しかし、その翌日にAは自らの意思でX宅に戻っており、以後はXと生活している。なお、X・Yの別居後は、XとB・C、YとAが面会する機会がもたれており、子の誕生日等には家族5人での交流をしている。

Xは、別居中のYに対して、未成年者らの監護者をXと指定するとともに、B・Cの引渡しを求め（第1事件）、他方、Yは、Xに対して、未成年者らの監護者をYと指定するとともに、Aの引渡しを求めた（第2事件）。原審（長野家裁飯田支部審判年月日不詳）は、第1事件につき、未成年者らの監護者をいずれもXと定め、B・CをXに引き渡すようにYに命じ、第2事件につき、Y

の各申立てをいずれも却下した。Yが即時抗告。

決定の要旨

原審判変更（確定）。

下記理由から、Aの監護者をX、B・Cの監護者をYとそれぞれ定め、X・Yのその余の申立てをいずれも却下した。

1 Aの監護者指定について

①Aの従前の主たる監護者はYであったものの、Yに別居先に連れて行かれたAがその翌日に自らの意思でX宅に戻り、その後2年弱にわたってXに監護されていること、②Aは、家庭裁判所調査官に対し、Yの異性関係についての不信感や同居中の生活態度等について不満を述べ、Yとの同居生活を拒否していること、③Aの行動内容を考慮するとAの意向は真摯なものであり、年齢（11歳）に照らして一定程度尊重すべきものであること、④Xが仕事で不在時には、Xの父母が監護を補助しており、家庭裁判所調査官の調査結果を踏まえても、Xの監護体制に具体的問題はないこと、⑤生活態度等につき若干不安定なAに対してXが適切に対処していることを総合考慮し、Aの監護者をXと定めた。

2 B・Cの監護者指定について

B・CはX・Y同居中からYが主として監護を

担当し、別居後もYと同居しており、監護状況には特段の問題点もなく、また、Aと異なり、Yとの生活に何ら拒否感がなく、Yとの関係は良好で、健やかに成長している。「一般的に、低年齢の姉妹を同一の監護者の下で養育した方が望ましいとはいいい得るものの、これは、監護者を定める上での一考慮要素にすぎないものであって、父母のいずれを監護者と定めるのが子の福祉に合致するののかについては、個々の未成年者ごとに個別具体的に検討すべき事柄であ」って、B・Cとの関係では、従前ないし現在の監護環境の維持が最も子の福祉に合致すると考えられ、A・B・Cで監護者を異ならせたとしても、X・Yは比較的近い距離に居住しており、実際に、AとB・C間の交流も相当程度頻繁に行われていることから、監護親が異なることによる弊害が大きいとはいえないとして、B・Cの監護者をYと定めた。

判例の解説

一 本件の特徴

本件は、別居中の父母間において、それぞれが監護する姉妹をめぐる、監護者指定及び子の引渡しに申し立てられた事案であり、子の利益の観点から姉妹の分離監護を認めた点に特徴がある。以下、本件特徴に照らして解説を試みたい。

二 別居中の父母間における監護者指定

民法 766 条は、「父母が協議上の離婚をするとき」と記し、離婚後の子の監護に関する事項について定めている。離婚により、父母いずれか一方の単独親権となるが（民 819 条 1、2 項）、別居中の父母については、婚姻が継続している以上、共同親権者である（民 818 条 3 項前段）。別居中も双方が共同で子の監護につき責任を負うものの、共同監護が困難となるために、父母間でどのように子を監護するかが問題となる。このような監護紛争において、いかに家庭裁判所が子の監護に関する処分をなすのが問題となる。

この点について、学説上、①別居中といえども子の監護は重要であるために、離婚後の監護者指定につき定める民法 766 条 2 項を類推適用し、家庭裁判所による暫定的処分を認める説²⁾、②民法 752 条における夫婦間の協力義務に基づ

き、協議不調の場合には家庭裁判所への申立てを認める説³⁾がある。かつて民法 752 条の夫婦間の協力扶助に関する処分として審判の対象とないうる旨を示した審判例⁴⁾もみられたが、判例上、別居中の父母間において子との面会交流が問題となった事案において、父母間で協議が調わないときには民法 766 条を類推適用ないし準用して、家庭裁判所が相当な処分をすることができるとし、問題解決を図っている⁵⁾。家庭裁判所の実務においても、かねてより① 766 条類推適用説のもとで、家庭裁判所での調停・審判がなされている⁶⁾（家事別表第二 3 項（旧家審 9 条 1 項乙 4 号））。

三 監護者指定の判断基準

民法 766 条 1 項が最優先考慮事項として「子の利益」を掲げるように、子の監護に関する処分全ての事項についての判断基準は「子の利益⁷⁾」である。この一般的・抽象的基準については、個々の事案における父母・子双方の事情を総合して判断する必要がある。つまり、具体的には、父母側の事情として、監護意欲や（親族等の補助も含めた）監護能力の程度、監護の実績（継続性）、主たる監護者⁸⁾が誰か、心身の健康状態、子に対する愛情の程度、経済的・精神的環境、居住・教育環境、性格や生活態度、親としての適格性、子との情緒的結びつき、監護開始の違法性、面会交流に対する寛容性等が挙げられ、また、子の側の事情としては、年齢、性別、心身の状況、きょうだい（兄弟姉妹）関係、養育環境への適応状況、環境変化への適応性、子の意向・心情等が挙げられる⁹⁾。

本決定において裁判所が考慮した事情として、Aについては、Yに対する不信任感、Yとの同居に対する拒絶意思、自らの意思でX宅へ戻った事実、Aが望むXとの同居生活の継続、Xとその父母による監護の適切性等が挙げられる。なお、主たる監護者をYと認定しているが、Aの一連の言動をみる限り、AのYに対する心理的結びつきは強いものとはいえず、Yによる主たる監護継続の事実よりも、A自身の意向・心情をその年齢に即して重視しているといえよう。Yによる監護環境の質的側面において特段問題があるとはいえないが、監護実績の長短やその内容のみに即した判断をしているのではない。

他方B・Cについては、主たる監護者がYであ

り、その監護が別居後も特段の問題もなく継続していること、Yとの同居に対する拒絶意思がないことを重視している。AとB・Cにおける監護者指定の判断において、主たる監護者の考慮につき濃淡があるが、これは、あくまでも同要素が考慮事由の1つにすぎず、他の考慮事由に優先されるものではなく、その評価も子によって異なるためである。将来的に適切な監護のあり方を定めるに当たっては、子の年齢を踏まえた子の意向の考慮¹⁰⁾や親子間の心理的愛着関係の形成状況等をも踏まえ、具体的事案における子の特性を踏まえた総合的判断が必要である。

四 きょうだい分離の可否

1 未成年子におけるきょうだい関係の考慮

本決定では、父母・子双方の視点から「子の利益」に関する諸事情を総合的に判断した結果、AとB・C姉妹の監護者を異にする判断がなされた。この点について、原審は、Yとの同居を拒否するAの意向の尊重が子の福祉に適うとし、B・CはAと共に生活させるのが望ましいと判断していた。きょうだい関係の考慮の程度は原審と抗告審で異なる。

父母間に子が複数名いる場合の監護者指定においては、きょうだいの監護者を同一とするか、またはきょうだい別の監護を認めるかが問題となる。同じ環境下で育てられたきょうだいにおいて、自身を養育監護する父母との関係とは別に、共同生活を通じて形成される自身と近い年代の者との関係が（特に幼少期において）自身の成長や発達に大きな影響をもたらすことは否定できないと思われる¹¹⁾。これは学校生活を通じて形成される友人関係とも性質が異なるといえよう。

子の監護紛争において、きょうだい関係も子の利益の判断基準の1つと捉え、きょうだいの不分離「原則」¹²⁾とも称されてきた。親権者指定¹³⁾・監護者指定¹⁴⁾に関する裁判例においても、これを子の利益として積極的に捉える事案も散見される。この点、本決定においても、一般論として、低年齢のきょうだいにつき同一監護者の下での養育が望ましいと述べているが、具体的事案においては、子の福祉の観点から個別に未成年子の監護者を指定する必要性を論じている点に注意しなければならない。実務上、きょうだい不分離は必ず

しも「原則」として運用されているものではなく、監護状況やその態勢、子の年齢や意思等の総合考慮の中での一要素として捉えられている¹⁵⁾。学説上も、きょうだい不分離については子の年齢が高くなるほど後順位となるものであり¹⁶⁾、「理由づけを補充する程度」に論じられているとの指摘がある¹⁷⁾。本件B・Cの監護者指定においては、監護環境の維持・継続性が重視されており、その結果生じる監護者の異同について理由を補充する意味で、X・Y居宅の近接性、きょうだい間の交流可能性について言及しているともいえよう。

2 本件類似事案について

本件と同様に、別居夫婦間における監護者指定につき、きょうだいの分離を認めた事案がある（大阪高決令元・6・21判タ1478号94頁）。子の母（主たる監護者）が、別居中の父に対し、二子（兄妹・二卵性双生児。小学6年生11歳）の監護者指定と父宅での監護下にある長男の引渡し等を求めた事案であるが、当初、母が二子連れて近隣に転居したところ、長男は、自らの意思で父宅に戻り、父との同居継続を希望する一方で、母への拒否感を強めている等、本件事実関係と類似する点が多い。原審（大阪家審平31・1・11同号97頁）は、父の監護経験の乏しさ、監護補助者たる父方祖父の健康上の問題による監護不足の可能性等から、二子の監護者を母と指定した。父が即時抗告。

大阪高裁は、長男の従前の監護状況や父母双方との心理的結びつきや意向、母に対する拒否感情、今後の監護態勢等を総合考慮した上で、長男の監護者を父とする方が子の心理的安定や健全な成長に資するものとして、長男の監護者を父と指定し、原審判を取り消し、子の引渡しに係る母の申立てを却下した。

同事案は、本決定のように、きょうだい不分離に関する一般論を展開するものではない。未成年者らが双子という特性を踏まえつつも、殊更にきょうだい不分離を論ずるものでもない。ただし、妹と自由に会いたいとの長男の意向、良好に形成されたきょうだい関係、父母相互の居宅の距離も近く自由にきょうだいが交流できることを踏まえ、監護者をそれぞれに分離しても兄妹間の心理的結びつきに大きな影響を与えるものではないと判断する。きょうだい不分離を原則や優先的考慮

事項と捉えず、あくまでも子の利益をめぐる総合判断の一考慮事項として捉え、子の意向やきょうだい間の心理的結びつきへ配慮をした結果としてきょうだい分離を認める点で両事案は共通する。

五 本決定の意義

本決定は、子の監護者指定の事案において、きょうだい関係を個別具体的事案に即して総合判断すべき「子の利益」判断基準の考慮事項の1つであることを再確認するものとして評価できる。未成年者ごとの具体的事情を精査しつつ、子の利益の総合判断からきょうだい分離を認める本決定について、私見としても賛同する。

きょうだい分離の可否という問題は、いわば、従前同じ環境の下で監護されてきた者と引き続き同じ環境下で監護されるか（子の視点からの監護環境・態様の継続性）、それが困難でも形成されたきょうだい間の心理的結びつきが維持できるか（人格的交流の継続性）、そのあり方や家族の和合に関する子自身の意向・心情をいかに考慮するか（年齢に応じた子の意思尊重）等、多面的様相をもつものであって、これらの論点を精査する中で配慮される事項と考えられる。なお、本決定は「一般的に、低年齢の姉妹を同一の監護者の下で養育した方が望ましい」と論じる。本件B・Cの年齢を踏まえてではあるが、一般論として、可塑性に富む幼少期の子について、きょうだい関係の交流を通じた健やかな成長発達・人格形成につき配慮するものとして評価できよう。

●——注

- 1) 原審が判例集未登載につき、掲載誌の匿名解説に依拠する点が多い旨を付言する。
- 2) 齊藤秀夫＝菊池信男編『注解家事審判法』（青林書院、1987年）336頁〔沼邊愛一〕。
- 3) 國府剛「破綻別居中及び離婚後の子の監護」野田愛子＝梶村太市編『新家族法実務大系第2巻親族Ⅱ—親子・後見—』（新日本法規出版、2008年）300頁。
- 4) 大阪家審昭54・11・5家月32巻6号38頁。ただし、同審判は、親権の重要要素たる監護権を共同親権者の一方から奪う意味で、別居中の監護者指定は特段の事情のない限り許されないとする。
- 5) 最判平12・5・1民集54巻5号1607頁。
- 6) 二宮周平編『新注釈民法（17）親族（I）』（有斐閣、2017年）334頁〔棚村政行〕、能見善久＝加藤新太郎編『論点体系判例民法10〔第3版〕』（第一法規、2019年）158頁〔宮

崎幹朗〕。

- 7) 「子の福祉」や「子の幸福」等、呼称の別に実質的な差異はない。島津一郎＝阿部徹編『新版注釈民法（22）親族（2）』（有斐閣、2008年）124頁〔梶村太市〕。
- 8) 当該監護者が子の出生以来、主として子を継続的かつ適切に監護してきた場合に、考慮要素として重視される。松本哲泓「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）5頁以下。なお、別居時の監護者指定がされる前であるから、「主たる養育者」との表現が適切との指摘がある。山口亮子「子の引渡し（監護紛争）の解決手法」二宮周平編『現代家族法講座第2巻 婚姻と離婚』（日本評論社、2020年）342頁。
- 9) 野田愛子「子の監護に関する処分の基準について」現代家族法大系編集委員会編『現代家族法大系2 婚姻・離婚』（有斐閣、1980年）231頁以下、棚村・前掲注6）340頁、341頁、梶村・前掲注7）124頁。
- 10) 事案によるが、主たる監護者による監護継続の重要性は子の年齢とともに低くなり、子の意向等の他の要素の重要度が増すとの指摘がある。松本・前掲注8）7頁。
- 11) 子どもの個と関係性を育み、人の自己定義の形成過程におけるきょうだい関係の重要性を説くものとして、磯崎三喜年「きょうだい関係とは何か——個別性と関係性を探る」子ども社会研究25号（2019年）185頁。
- 12) 梶村・前掲注7）125頁、清水節『判例先例親族法Ⅲ—親権—』（日本加除出版、2000年）115頁等。
- 13) 京都地判昭30・9・12家月7巻11号76頁は、「兄との同居は一層其の幸福を増進する」とし、仙台家審昭45・12・25家月23巻8号45頁は、「一般的にいつて兄弟姉妹の親権者を分離することが考えられないわけではないが、これは特に止むを得ない事情の存する場合のみ許されることであって、特に幼児期においては兄弟が生活を共にすることによって互いに得る体験は人格形成の上で何ものにもかえがたい価値のあるものであり、親の子に対する情愛の満足のためにそれを奪うべきではない」と述べる。
- 14) 東京高決平15・7・15判タ1131号228頁は、補足的に、未成年者らの「極めて親密な関係を考慮すれば、未成年者兩名を引き離して個々に養育することは考えられない」と述べる。
- 15) 東京家事事件研究会編『家事事件・人事訴訟事件の実務——家事事件手続法の趣旨を踏まえて』（法曹会、2015年）237頁〔石垣智子＝重高啓〕。
- 16) 例えば、東京高判昭63・4・25判時1275号61頁は、一般に複数の未成年子とはできるだけ共通の親権に服させるのが望ましいとしつつも、ある程度の年齢に達すれば、その望ましさは必ずしも大きいものではないと述べる。
- 17) 二宮周平『家族法〔第5版〕』（新世社、2019年）116頁、梶村太市＝岩志和一郎＝大塚正之＝榎原富士子＝棚村政行『家族法実務講義』（有斐閣、2013年）〔榎原富士子〕。