

**別居夫婦間における監護者指定と子の利益——主たる監護者の心身の状態、
監護者と子の「同性」性を中心に**

【文 献 種 別】 決定／名古屋高等裁判所

【裁判年月日】 令和 2 年 6 月 9 日

【事 件 番 号】 令和 2 年（ラ）第 78 号

【事 件 名】 子の監護者の指定申立却下審判に対する即時抗告事件

【裁 判 結 果】 抗告棄却

【参 照 法 令】 民法 766 条

【掲 載 誌】 家判 37 号 50 頁

◆ LEX/DB 文献番号 25506581

専修大学教授 佐々木 健

事実の概要

X 女と Y 男は平成 20 年に婚姻し、平成 25 年に長女 A をもうけた。X・Y 同居中は主に X が A を監護していた。

X は、婚姻後、Y や Y 親族への不満、将来の不安等によるストレスから不調を訴え、平成 24 年頃より約 1 年半、心療内科に通院して抗うつ剤を服用していた。その後も X はストレスから、Y やその家族が死ねばいいと口走ったり、Y に離婚を度々要求したり、A を置いて出ていく等と口にし、平成 30 年 12 月頃からその言動はエスカレートした。

令和元年 5 月、X・Y は Y 実家での食事をめぐり口論となった。怒りがおさまらずに台所から包丁を持ち出した X を見た Y は、婚姻生活の継続を諦め、離婚の覚悟を X に伝えた。Y は、X の就寝中に A を連れて Y 実家への避難も考えたが、X の逆上を恐れて諦めた。

翌朝、Y は自身の母 B・父 C、X の母 D に事情を説明した。X・A の外出中、B・C・D は Y 宅で待機し、Y は A の荷物を Y 宅から持ち出した。X・A の帰宅後、B は A を連れて車で待機し、X・Y・C・D は離婚について長時間話し合ったが協議は調わず、B は Y 実家へ A を連れ帰った。Y は、Y 実家への転居を決意し、X を残して Y 宅を出た。Y は、その後 3 日間、毎朝登校する A を連れ、Y 宅に残る X に会わせていた（後に X は Y 宅を退去し、X 実家で母 D・父 E と同居）。

同年 6 月以降、X は A の登下校時や習い事の

経路で待ち、A に会っていたが、他の児童や保護者の前で A を大声で呼び寄せて抱きしめ、耳元でひそひそ話をする等、X・Y が紛争状態にあることを誇示するかの言動をしていた。

令和元年 6 月、Y は X との離婚調停を申し立て、令和元年 8 月に X は子の監護者指定調停を申し立てたが調停不成立となり、審判へ移行した。

原審（名古屋第一宮支審令 2・2・13 同号 55 頁）は、Y の監護状況や監護補助者 B・C に問題はなく、A は現在の生活に適応しつつあること、Y の協力により X・A の面会交流が継続されていること（月 2 回）、A が現在の生活を希望していること等を踏まえ、現在の生活環境の継続が A の健全な発育に資するとし、また、精神的不安定な X が刃物を持ち出したことが Y 単独監護の契機であり、A の安全確保のために Y は子連れ別居を開始したものであって監護開始に違法な点はないとした上で、適法に開始した Y 単独監護において A が安定した生活を継続していることは子の監護に関する処分を決めるに当たって重要な要素であり、精神的不安定の末に刃物を持ち出した X に A の監護を委ねることが子の福祉に適うとは認められず、別居後の A との面会をめぐる態様からも X が精神的不安定な状況にあることは明らかであるために、同居時の主たる監護者が X である点や X・A が同性である点を考慮しても、X が Y より監護者として適していると認めることはできず、現在の監護環境の継続が未成年者の福祉に適い、かつ社会正義に反するところもないとして、X の申立てを却下した。

これに対してXが即時抗告。Xは抗告理由として①Yが監護者として相応しいならば裁判所はYを監護者と指定する旨の審判をすべきところ、申立てを却下しただけであり、理由不備も明らかであること、②Xの監護実績を無視していること、③Aの将来的成長を考えると同性のXが監護者として適切であるのに、将来のAの成長に言及しない原審判は監護者の適格性についての検討が不十分であること、④将来確実視される離婚によってストレスが生じることはあり得ないにもかかわらず、Xが精神的・不安定の末に刃物を持ち出した事実を過大視する原審判の不当性等を挙げた。

決定の要旨

抗告棄却。

名古屋高裁は次の通り簡潔に判示し、Xの即時抗告を棄却した。「未成年者の監護者指定の審判の申立てがされた場合に、常にその審判の主文において当事者のいずれが監護者になるべきかを指定することが要求されているわけではない。」「未成年者の監護者を決定するに当たり、別居前にXが未成年者の主たる監護者であったこと」、「Xが未成年者と同性であることは考慮されている。」「XがYと離婚した後何らかの原因により精神的なストレスを抱え、それに伴って危険な行為に及ぶ可能性も否定することはできない」。

判例の解説

一 本決定のポイント

本件は、別居親の母が子の監護者指定を申し立てたところ、原審が主たる監護者を母と認定するも相手方（父）を監護者として適格と判断し、申立てを却下したために、母が即時抗告したもの、抗告も棄却された事案である。本件における検討のポイントは、①別居夫婦における監護者指定申立ての法律構成、②「子の利益」の具体的判断基準と本件の考慮要素の検討、③監護者指定の申立人と子を監護する相手方において、相手方が監護者としての適格性を有すると判断された場合に、相手方を監護者として指定することの可否の3点である。なお、②について、本決定では適法な監護の開始・安定した監護の継続性・子の意思を重視しているが、本稿では本件にみられる特徴

的な事情（主たる監護者の心身の状態をめぐる問題、子との「同性」性）に焦点をあて、検討したい。

二 別居中の夫婦間における監護者指定の申立て

別居夫婦は共に親権者（820条）であるが、離婚の前哨戦のような状態にある場合、円満な共同監護はおおよそ困難である。子の監護に必要な事項を定める民法766条は離婚後の監護を扱う規定であるために、本来、別居夫婦は同条の適用対象ではない。

学説上、①民法766条類推適用のもとで家裁による暫定的な処分を認める説¹⁾や、夫婦間の協力義務（752条）に基づき、協議不調の場合には家裁への申立てを認める説²⁾が展開されてきた。後に、別居夫婦間の面会交流事件であるが、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裁の相当な処分を認める判例³⁾が登場した。現在の家裁実務においても、別居夫婦間における子の監護者指定や子の引渡しについては、766条類推適用説のもと、子の監護に関する処分として対応している（家事39条、家事別表第二3項）⁴⁾。

三 監護者指定の判断基準としての子の利益

監護者指定における判断基準は「子の利益」である（766条1項）。この一般的・抽象的基準については、当該事案における父母・子双方の事情を総合して判断する必要がある。具体的には、父母側の事情としては、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⁵⁾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⁶⁾等が挙げられ、子の側の事情としては、年齢、性別、心身の状況、きょうだい関係、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⁷⁾。家事審判事件としての性質から、父母双方が主張し、疎明した事実のみならず、家裁の後見的関与のもと、職権調査（家事56条1項）や調査官調査（家事58条）を通じて判明した事情も含めて「子の利益」を総合判断する。

四 本件における子の利益判断の構造と その検討

1 原審と抗告審の判断

原審で考慮した事情は主に、①別居前の主たる監護者がXであること、②Yの精神状態に鑑みてAの安全確保のためにAを連れて別居したために監護開始の違法性はないこと、③（Y父母の監護補助を含めて）別居後のYによるAの監護状況に問題がないこと（監護環境や監護能力）、④Yにつき親権者として不適格な事実も認められないこと（監護親の適格性）、⑤別居後の監護環境にAが適応しつつあり、監護状況を変える必要性がないこと（監護環境への子の適応と監護の継続性）、⑥A・X間の面会交流に対するYの協力姿勢、⑦現在の生活の継続を希望するA（7歳）の意思である。

Xは抗告理由として、申立て却下にとどまる原審判の問題点のほか、「子の利益」評価上の問題点として、④過去の監護実績の評価、⑥子の将来的成長の利益と監護者と子の「同性」性の評価、⑦X自身の精神状態をめぐる評価を抗告理由に挙げていた。ただし、抗告審は原審判をほぼ引用するため、基本的には原審での考慮要素を「子の利益」判断の基礎としているといえる。

2 検討

(1) 主たる監護者の心身の状態をめぐる諸問題
具体的事案では、主たる監護者が誰かを認定することが監護者指定の判断基準たる「子の利益」を導く出発点となる⁸⁾。この考慮要素は「主たる監護者と子との間の情緒的な交流や精神的なつながりを維持して子の精神的安定を図り、別居による子への影響をできるだけ少なくすることが子の福祉に適う」との考えを前提としており、「従前の主たる監護者による別居前の監護や同人が監護者に定められた場合の監護態勢に特段の問題のない限り、従前の主たる監護者を監護者と定め」るものとされている⁹⁾。実務上も別居前の監護状況を確認し、主たる監護者の認定とその者の監護態様の検討をした上で、別居後の監護態勢の比較検討や子の福祉的要素に関わる検討ヘシフトしているといえよう¹⁰⁾。

本件の特徴として、裁判所は主たる監護者Xの精神的不安定をもとに監護開始の違法性を否定し、同人の監護能力を評価するのに対して、抗告人Xが強く異論を呈している点にある。Xは、Y

がAを連れ去り、既成事実を作出して親権を獲得しようとする行為から、監護開始の違法性のみならず、監護者としてのYの不適格性を主張する。たしかに、適切な監護環境が継続していたとしても、違法に開始された監護を認めることは、法を軽視する者が違法に作出した既成事実を認めることとなり、結果的には違法行為の助長につながりうる。しかし、従前の主たる監護者の監護態様から子の利益が害される蓋然性とその程度によっては、その監護開始の違法性の評価は変わりうる。本件ではXによるAへの暴力の事実はなくとも、日頃から衝動的な言動がみられ、口論の末に刃物を衝動的に持ち出した事実から、X自身のみならずAへの危害可能性を考慮してXはAの監護を開始したのであって、Yの監護開始に違法性なしとする本決定の判断には賛同できる。

子の福祉の確保、未成年者保護の観点からは、監護養育責任をもつ者の心身の状態は考慮事情の1つといえよう。例えば民法838条1号に定める後見開始原因として、心身の著しい障害等によって事実上親権を行えない場合も含むと解されている¹¹⁾。ただし、監護者としての適格性は、その者の精神状態を医学的見地のみから判断するものではなく、裁判官が法的に「子の利益」の観点から事案に即して判断するものである。あくまでも子の利益に適う安定した監護が継続的にないうるか、子に与える影響はどうか、治療状況や監護補助者による支援態勢・ストレス原因の解消可能性等を通じた将来的な心身の健康状態の見込み等、総合的に判断されるものと考えられる¹²⁾。

(2) 子の将来的成長における監護者と子の「同性」性

監護者適格性の判断に際して、監護者と子の性別が問題となるだろうか。子が乳幼児の場合にいわゆる母性優先原則が問題となりうるが、現在の家裁実務においてこの要素が重視されているとは言い難い¹³⁾。監護者と子の性別については、子の年齢や将来の成長発達の観点を踏まえて考慮要素の1つとはなりうるだろうが、特段重視されるものではないと考える。あくまでも監護者と子との心理的情緒的絆が形成され、子にとって安心できる監護環境が保たれるか、子がいかなる監護を希望しているかが問題であって、父母の役割が多様化する現代社会において殊更に監護者と子の「同性」性を将来的成長における「子の利益」の

判断要素として強調するのは、性中立的判断の観点からも問題ではなかろうか。

五 相手方を監護者として指定することの可否

子の利益判断のもとで相手方（大抵が同居親）が申立人（大抵が別居親）より監護者としての適格性を有するとの結論に至った場合には、申立てを却下するに止まるか、明示的に相手方から監護者指定の申立てがなくとも相手方を監護者と指定する審判をなしうるかが問題となる。

この点につき学説は、審判物が適当な者を監護者と指定することを求めるものであり、申立人に自己への監護者指定を求める権限はない（申立てに拘束力はない）との理由から、主文にて相手方を指定することを認める¹⁴⁾。近年の実務も同様であり¹⁵⁾、裁判所の後見的関与のもとで相手方を監護者と指定する裁判例¹⁶⁾もある。

監護者としてAの利益に合致する者をYと判断するならば、Yを監護者と指定する審判をすることも考えられうる。しかし、Xが主張する同旨の「審判をすべき」ものとは言い難い。近年の裁判例からは、申立て却下¹⁷⁾のほか、子の利益判断について（家裁調査官調査を含めて）審理不尽として原審判を取り消し、差し戻す¹⁸⁾傾向がみられる。相手方の申立てがない場合に裁判所がその者を監護者として指定するには、当該事案について子の福祉の観点から後見的関与が強く求められる事案かどうかを見極める必要がある。

六 本決定の意義

本決定における子の利益判断と結論について、私見としても賛同する。本決定は、別居夫婦間における子の監護者指定の事案において、「子の利益」について複数の考慮要素をもとに総合的に判断している点から、従前の判断過程と異なることはない。ただし、主たる監護者の心身の状況や子の利益に関する主張を鑑みるに、極めて慎重な判断を要する事案であり、その意味でも今後の実務において参考となる点が多いと考えられる。

●——注

- 1) 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]、裁判例として大阪高決昭46・4・12家月24巻1号51頁。
- 2) 於保不二雄編『注釈民法(23)親族(4)』（有斐閣、1969年）82頁 [明山和夫]、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・後見一』（新日本法規出版、2008年）300頁、審判例として大阪家審昭54・11・5家月32巻6号38頁。

- 3) 最判平12・5・1民集54巻5号1607頁。
- 4) 二宮周平編『新注釈民法(17)親族(1)』（有斐閣、2017年）334頁 [棚村政行]、松川正毅＝窪田充見『新基本法コンメンタール親族〔第2版〕』（日本評論社、2019年）85頁 [許末恵]。
- 5) 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重視される要素である。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）5頁以下。
- 6) 他の要素よりも優先される決定的要素と位置づけられるものではない。東京高判平29・1・26判時2325号78頁（最決平29・7・12LEX/DB25547054。上告不受理確定）参照。
- 7) 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4）340頁、甲斐哲彦『家庭裁判所の家事実務と理論——家事事件手続法後の実践と潮流』（日本加除出版、2021年）146頁 [中山直子]。
- 8) 片岡武＝村松多香子＝萱間友道＝馬場絵理子『家庭裁判所における監護者指定・保全の実務——子の利益の判断過程を読み解く』（日本加除出版、2021年）48頁。
- 9) 大阪高決平28・8・31判タ1434号127頁。
- 10) 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）238頁 [石垣智子＝重高啓]。
- 11) 於保不二雄＝中川淳編『新版注釈民法(25)親族(5)』（有斐閣、2004年）[山口純夫]。大阪家審昭43・12・23家月21巻6号62頁、札幌家審昭56・3・16家月33巻12号68頁。
- 12) Xは離婚によるストレス原因の解消のほか、通学路等でAと接した際の行為が精神的不安定を表すとの原審判の誤りを主張するが、Aの生活圏にて父母の紛争状態を誇示するような言動が及ぼしうるAへの心理的影響が特に問題となろう。
- 13) 片岡ほか・前掲注8）50頁、中山・前掲7）147頁。
- 14) 島津一郎＝阿部徹編『新版注釈民法(22)親族(2)』（有斐閣、2008年）123頁 [梶村太市]。
- 15) 片岡ほか・前掲注8）21頁。
- 16) 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頁等。
- 17) 大阪家審平26・8・15判時2271号111頁、福岡高決令1・10・29判時2450＝2451合併号9頁、監護者指定・子の引渡しに係る審判前の保全処分につき東京高決令1・12・10判タ1494号82頁等。
- 18) 名古屋高金沢支決平28・4・7判タ1431号121頁、大阪高決平28・8・31判タ1434号127頁等。