

〔民集未登載最高裁民訴事例研究 五〇〕

①父母以外の第三者で事実上子を監護してきた者が子の監護をすべき者を定める審判を申し立てることの許否  
子の監護に関する処分（監護者指定）審判に対する抗告棄却決定に対する許可抗告事件（令和三年三月二十九日最高裁第一小法廷決定（令和二年（許）第一四号））、裁判所時報一七六五号三頁

②父母以外の第三者で事実上子を監護してきた者が上記第三者と子との面会交流について定める審判を申し立てることの許否

子の監護に関する処分（面会交流）申立て却下審判に対する抗告審の取消決定に対する許可抗告事件（令和三年三月二十九日最高裁第一小法廷決定（令和二年（許）第四号））、裁判所時報一七六五号四頁

〔事 実〕

①について

Y<sub>1</sub>（Aの母）（相手方・原告人・被告人）と前夫は、平成二二年二月、本件未成年者Aをもうけたが、平成二二年二月、Aの親権者をY<sub>1</sub>と定めて離婚した。Y<sub>1</sub>およびAは、平成二二年二月、Y<sub>1</sub>の母でAの祖母であるXとX宅で同居するようになり、以後はY<sub>1</sub>とXがAを監護していた。

Y<sub>1</sub>は、平成二九年八月頃、AをX宅に残したままX宅を出

てY<sub>2</sub>（相手方・原告人・被告人）と同居するようになり、以後はXが単独でAを監護している。Y<sub>1</sub>とY<sub>2</sub>は平成三〇年三月に婚姻し、その際Y<sub>2</sub>はAと養子縁組をした。

Y<sub>1</sub>は平成二九年七月頃からAをX宅から自己の居住するマンションに連れ帰り、AおよびY<sub>2</sub>と滞在することもあったが、Y<sub>1</sub>はAにY<sub>2</sub>と入浴させたりY<sub>2</sub>のストレッチを受けさせたりしたこと、AはY<sub>2</sub>に嫌悪感を抱くようになり、また、Y<sub>2</sub>の言動に追従するY<sub>1</sub>にも反感を感じるようになった。平成二九

年一〇月頃には A は精神状態が不安定となり、不登校になった。平成三〇年六月には児童精神科の医師から、適応障害などの疑いがあり、Y<sub>1</sub>の再婚に関連したストレスから不安、頭痛などの身体障害が生じていると診断された。調査官の質問に対して、A は X と生活を続けたいと答え、Y<sub>2</sub>を強く拒絶していた。

このため X は、Y<sub>1</sub>および Y<sub>2</sub>を相手方として、家事事件手続法別表第二の三の項所定の子の監護に関する処分として、子の監護を定める審判を申し立てた。

これに対して原々審の大阪家審令和元年九月二七日<sup>(1)</sup>および原審の大阪高決令和二年一月一六日<sup>(2)</sup>は、事実上の監護者である祖母も民法七六六条一項の法意に照らして子の監護者指定の申立権を有するとし、祖父<sup>(2)</sup>など監護者として指定するためには、親権者の親権の行使に重大な制約をともなうこととなったとしても子の福祉の観点からやむを得ないと認められる場合であること、具体的には、親権者の親権の行使が不相当であるなどにより、親権者に子を監護させると子が心身の健康を害するなど子の健全な成長を阻害するおそれがあると認められることを要するとし、A の監護者を X と指定した。

Y<sub>1</sub>および Y<sub>2</sub>が許可抗告を申し立てたところこれが認められ、最高裁が判断を示したのが①決定である。

②について

Y (父) (相手方・抗告人) は、平成二四年一月、X<sub>1</sub>と X<sub>2</sub> (祖父母、以下「Xら」という)。(申立人・抗告人・相手方)の子である B (母) と婚姻し、平成二八年八月 B との間に本件未成年者 A をもうけた。Y は、B、A および Xらと Xら宅で同居していたが、平成二九年一月頃、Xら宅を出て別居するようになった。

Y と B は平成二九年三月以降、一週間または二週間ごとに交替で A を監護し、Xらは B による A の監護を補助していた。その後母 B は平成三〇年六月に病気で死亡し、以後は Y が A を監護している。これにより Xらは A との交流が途絶えたため、親権者 Y を相手方として、家事事件手続法別表第二の三の項所定の子の監護に関する処分として Xらと A との面会交流について定める審判を申し立てた。

原々審の大阪家裁は、祖父母に面会交流の申立権はないことを理由に本件申立てを不適法として却下した。Xらの即時抗告に対して、原審の大阪高決令和元年一月二九日<sup>(3)</sup>は、父母以外の事実上子を監護してきた第三者が、子との間に父母と同視し得るような親密な関係を有し、上記第三者と子との面会交流を認めることが子の利益にかなうと考えられる場合には、民法七六六条一項および二項の類推適用により子の監護に関する処分として上記の面会交流を認める余地があるとし、Xらは A の祖父母であり、B を補助して事実上本件子を監護してきた者であるから、Xらと A との面会交流を認める

ことが本件子の利益にかなうか否かなどを審理することなく本件申立てを不適法として却下することはできないとして原々審判を取り消し、本件を原々審に差し戻した。これに対してYが許可抗告を申し立てたところこれが認められ、最高裁が判断を示したのが②決定である。

#### 〔決定要旨〕

最高裁判所第一小法廷は、ともに裁判官全員一致の意見で、以下の理由により①については原決定を破棄し、原々審判を取り消してXの本件申立てを却下し、②については原決定を破棄し、原々審判に対するXらの抗告を却下した。

①「民法七六六条一項前段は、父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者その他の子の監護について必要な事項は、父母が協議をして定めるものとしている。そして、これを受けて同条二項が「前項の協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所が、同項の事項を定める。」と規定していることからすれば、同条二項は、同条一項の協議の主体である父母の申立てにより、家庭裁判所が子の監護に関する事項を定めることを予定しているものと解される。

他方、民法その他の法令において、事実上子を監護してきた第三者が、家庭裁判所に上記事項を定めるよう申し立てることができ旨を定めた規定はなく、上記の申立てについて、

監護の事実をもって上記第三者を父母と同視することもできない。なお、子の利益は、子の監護に関する事項を定めるに当たって最も優先して考慮しなければならないものであるが（民法七六六条一項後段参照）、このことは、上記第三者に上記の申立てを許容する根拠となるものではない。

以上によれば、民法七六六条の適用又は類推適用により、上記第三者が上記の申立てをすることができると解することはできず、他にそのように解すべき法令上の根拠も存しない。したがって、父母以外の第三者は、事実上子を監護してきた者であっても、家庭裁判所に対し、子の監護に関する処分として子の監護をすべき者を定める審判を申し立てることはできないと解するのが相当である。」

②「民法七六六条一項前段は、父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者その他の子の監護について必要な事項は、父母が協議をして定めるものとしている。そして、これを受けて同条二項が「前項の協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所が、同項の事項を定める。」と規定していることからすれば、同条二項は、同条一項の協議の主体である父母の申立てにより、家庭裁判所が子の監護に関する事項を定めることを予定しているものと解される。

他方、民法その他の法令において、事実上子を監護してきた第三者が、家庭裁判所に上記事項を定めるよう申し立てる

ことができる旨を定めた規定はなく、上記の申立てについて、監護の事実をもって上記第三者を父母と同視することもできない。なお、子の利益は、子の監護に関する事項を定めるに当たって最も優先して考慮しなければならないものであるが（民法七六六条一項後段参照）、このことは、上記第三者に上記の申立てを許容する根拠となるものではない。

以上によれば、民法七六六条の適用又は類推適用により、上記第三者が上記の申立てをすることができると解することはいずれも、他にそのように解すべき法令上の根拠も存しない。したがって、父母以外の第三者は、事実上子を監護してきた者であっても、家庭裁判所に対し、子の監護に関する処分として上記第三者と子との面会交流について定める審判を申し立てることはできないと解するのが相当である。」

〔評 釈〕

本決定に反対する。

一 本決定の意義および位置づけ

本件決定①は、Aの祖母であるXが、Aの実母であるYと養親であるY<sub>2</sub>を相手方として、家事事件手続法別表第二の三の項所定の子の監護に関する処分としてAの監護をすべき者を定める審判を申し立てた事案であり、本件決定②は、Aの祖父であるX<sub>1</sub>およびY<sub>1</sub>が、Aの父であるYを相

相手方として、同じく家事事件手続法別表第二の三の項所定の子の監護に関する処分としてX<sub>1</sub>およびY<sub>1</sub>とAとの面会交流について定める審判を申し立てた事案である。民法七六六条一項は、父母が協議上の離婚をするときに、子の監護をすべき者、父または母と子の面会交流、子の監護に要する費用の分担その他の子の監護に必要な事項は父母の協議により定めること、同条二項は、協議が調わないとき、または協議をすることができないときは家庭裁判所がこれを定めることを規定する。しかし、祖父母などの父母以外の第三者が監護者の指定や面会交流などの子の監護に関する処分事件の審判を申し立てることができるか、できるとすればどのような第三者かについては明文を欠くため、裁判例や学説が分かれていた。

本件決定①②は、子の監護に関する処分事件について事実上子を監護してきた第三者である祖父母による審判の申立てを不適法とした。これは最高裁としては初めての判断であり、この点で意義を有する。

第三者である祖父母が子の監護に関する処分事件についての審判を申し立てることのできる地位を有するか、すなわち申立てについて当事者適格を有するかは、祖父母という地位が紛争解決について適切かどうか、すなわち祖父母

が家事事件手続法別表第二の三の項所定の子の監護に関する処分としての審判の申立権を主張できる地位にあるか、面会交流権を主張できる地位にあるかにより定まる。これは祖父母の子の監護に関する処分事件に関する申立権の有無により決せられることから、以下では子の監護に関する処分事件における第三者の申立権に関する裁判例を概観し、次にこれに関する学説を挙げて検討を加えることとする。

## 二 子の監護に関する処分事件における第三者の申立権の有無についての裁判例

従来、子の監護に関する処分事件における第三者の申立権に関する裁判例は監護者の指定に関するものが多いが、申立権の有無については以下のように結論が分かれていた。

1. 第三者の申立権を肯定した裁判例

子の監護に関する処分事件における第三者の申立権を肯定した裁判例としては、高裁では①東京高決昭和五二年二月九日<sup>(4)</sup>、②福岡高決平成一四年九月一三日<sup>(5)</sup>などがある。<sup>(6)</sup>

①東京高決は、未成年者の実母Aが出産直後に死亡したため実父が単独親権者となったが、その後実父は子を実父の養親のもとに残して家出したため養親が自分たちのもとで養育監護していたところ、実父の養親が子について監護者

指定の審判を申し立て、実父が子の引渡しを求めた事件である。東京高裁は、結論としては前者を棄却して後者を認容したが、その理由中において「家庭裁判所が親権者の意思に反して子の親でない第三者を監護者と定めることは、親権者が親権をその本来の趣旨に沿って行使するのに著しく欠けるところがあり、親権者にそのまま親権を行使せると子の福祉を不当に阻害することになると認められるような特段の事情がある場合に限って許される」とし、本件は特段の事情があるとは認められないとして養親を監護者とすることは認めなかったが、養親が本件審判を申し立てることができること自体についてはこれを肯定した。②福岡高決は、子の母親の母親（子の祖母）が、自らのもとで保護していた子について監護者を指定する審判を申し立て、審判前の保全処分として仮の監護者指定を求めた事案である。福岡高裁は、父親の暴力や性的虐待の可能性が高く、親権行使が子の福祉を害する蓋然性があり、子は一時保護された児童相談所から逃走して祖母のもとにかくまわれている状況にあるなど早急な生活の安定を図るために祖母の監護に法的根拠を付与することが必要であるとして申し立てを認め、祖母に仮の監護者としての地位を認めた。

第三者の申立権を肯定する家裁の裁判例としては、③大

阪家審昭和五七年四月二二日<sup>(7)</sup>、④山形家審平成二二年三月一〇日<sup>(8)</sup>、⑤金沢家裁七尾支審平成一七年三月二一日<sup>(9)</sup>などがあつた。③大阪家審は、離婚に際して親権者であつた父親が死亡した後に母親が親権者の変更を求めたのに対して、子を監護養育してきた父方祖父が監護者を指定する審判を申し立てた事件である。大阪家裁は祖父の申立てを認め、親権者は母親に変更するが、しばらくは祖父のもとで生活し、母親と接触の機会を積み重ねることが未成年者の福祉に合致するとして、母親との同居するまでの監護権を祖父に認めた。ただし、この審判は①決定の用いた「特段の事情」の有無の基準は用いていない。④山形家審は、民法七六六条の趣旨を離婚による単独親権への移行による子の監護状態の変動に対応するための規定にとらえ、実母からの引取請求により子の監護状態が変動する場合には民法七六六条の趣旨を類推して解決する必要があるとして事実上の監護者である里親らに監護者指定の申立権を認め、①東京高決の枠組みにもとづき、特段の事情があるとして里親らを監護者に指定した。⑤金沢家裁七尾支審は、実父母が子を虐待するために同居して一年半にわたり面倒をみてきた母方の祖母が、監護者の指定の審判を申し立てた事件である。金沢家裁七尾支部は、父母が子の監護権に関する

合意を適切に成立させることができず子の福祉に著しく反する結果をもたらしている場合には、家庭裁判所の権限について民法七六六条を、申立人の範囲について民法八三四条をそれぞれ類推することにより子の親族である祖母が子の監護に関する処分事件を申し立てることを認め、祖母を監護者と定めた。

## 2. 第三者の申立権を否定した裁判例

これに対して、子の監護に関する処分事件における第三者の申立権を否定した裁判例としては、高裁では⑥仙台高決平成一二年六月二二日<sup>(10)</sup>、⑦東京高決平成二〇年一月三〇日<sup>(11)</sup>がある。⑥仙台高決は④山形家審の抗告審であるが、④とは異なり、民法七六六条と旧家事審判法九条一項乙類四号(現在の家事事件手続法別表第二の三の項に該当する。)の規定の構造を根拠として、「家庭裁判所に対して子の監護者の指定の審判の申立てをすることができる者が協議の当事者である父又は母であることはいうまでもない」とする。また、子の母であり親権者である者が子の父と婚姻せずに子を出産し、父が子を認知していない場合について、家庭裁判所が親権者と別に子の監護者を定めることができるとする規定が存在しないことから、第三者である里親らは監護者の指定を申し立てる地位にないとして申立てを却

下した。⑥仙台高決はまた、保護者に児童を監護させることが著しくその福祉を害する場合には、児童福祉法二八条により都道府県が家庭裁判所の承認を得て里親委託などの措置を採ることができると、民法八三四条所定の要件がある場合には親権喪失の宣告の申立てができることから、子の保護はこれらによりはかられるべきであるとする。⑦東京高決は、現に子を監護する祖父母からの、子の監護に関する処分事件について監護者を指定する審判を求める申立てを却下したものである。東京高決は、祖父母が未成年後見人その他の法令にもとづく権限を有する保護者ではないこと、家事審判法九条一項乙類四号の審判事項は、その文言および趣旨によれば、民法七六六条などが未成年の子の父母が離婚などをする際に家庭裁判所が未成年の子の監護者を指定し、監護に関する処分について定める旨を規定することを受けて定められたものであるから、父母の一方が親権者としてすでに定められている場合に父母以外の親族が自らを監護者として指定することを求めて申立てを行なうことは家事審判法九条一項乙類四号の定める審判事項にはあたらないことをその理由とする。

第三者の申立権を否定する家裁の裁判例としては、⑧横浜家裁川崎支審平成二七年一月四日がある<sup>12)</sup>とされる。⑧

横浜家裁川崎支審は、母方祖父母のもとで監護養育され、母親死亡後は父親から監護養育を委託されてきた子について母方祖父母が監護者の指定を求めてなした審判の申立てを⑦東京高決と同様の理由で却下した。

### 三 子の監護に関する処分事件における第三者の申立権の有無についての学説

親権者・監護者でない祖父母や里親、事実上の養親などの第三者が監護者の指定や面会交流などの子の監護に関する処分事件の申立権を有するかどうかについては見解が分かれている。

1. 多数説は従来、民法七六六条の申立権者は協議の当事者である父母であるから、親権者から監護を委託され、または養子縁組を前提として子を預かるなどして事実上の監護をしている第三者には申立権は存在しないと、<sup>13)</sup> 第三者の申立権を否定していた。その根拠としては、まず、監護者指定などの子の監護に関する処分は非訟事件であり、協議に代わる家庭裁判所の処分によって監護者が指定される点で形成訴訟と同様に法律関係の変更を生じさせるものであることから、審判の当事者となる者は形成訴訟同様、法律上明確に記載されている者に限られるべきであること

る、事実上の監護者などの第三者に申立権を認めることは民法七六六条の文言から大きく離れ、解釈の限界を超えること、すなわち、明文で定められていない以上第三者に申立権を認めるべきではないことが挙げられる<sup>(14)</sup>。また、申立権を認めると親権者や監護者の権限に対して第三者からの不当な干渉が生じかねないことも根拠とされる。

2. これに対しては、民法七六六条の適用ないし類推により第三者の申立権を肯定する見解がある。この見解はまず、民法七六六条の趣旨は子の利益保護にあるとし、本条を子の監護に関する処分についての一般規定と解し、このことから家庭裁判所は親権者に監護を任せておけないと考えたときには別の最適任者を監護者に指定することができ、また、親権者以外との面会交流が子の利益にかなうと判断したときには当該第三者に対する面会交流を認めることができるとする。そして、父母以外の第三者を監護者として指定でき、面会交流を認めることができることから、これらの者にも子の監護に関する処分事件の申立権が認められるべきであるとする<sup>(15)</sup>。

3. また、同じく第三者の申立権を肯定するが、その根拠を民法七六六条だけでなく民法八三四条の類推にも求める見解もある。この見解は、前述した民法七六六条適用ない

し類推説と同様に、民法七六六条が離婚に際して監護者を定めたり、面会交渉権を認めたりするのは離婚により子の監護状態が変動する結果として子の福祉に重大な影響が及ぶおそれがあるためであるところ、単独親権者の場合や父母が婚姻中である場合であっても事情によっては子の福祉の観点からこれらの子の監護に関する処分を認める必要が生じる場合があるから、民法七六六条の適用場面を離婚の場合に限定する必要はないとする。ただし、第三者を監護権者として指定するなどの子の監護に関する処分により父母の監護権は実質的に一時停止することになることを理由として民法八三四条の類推も認め、民法七六六条と八三四条を重疊的に類推して祖母からの申立てによる監護者指定などを認めるべきであるとする<sup>(16)</sup>。

さらに、監護者の指定などに関する紛争の類型に応じて柔軟に対処すべきであるとして、家族再編型紛争および暫定的介護型紛争は民法七六六条類推で対応し、児童虐待型紛争は七六六条と八三四条の両条の類推で対応すべきであると見解<sup>(17)</sup>、各説はニュアンスを異にするもの的大同小異であるとして、民法七六六条・八一九条六項・八三四条・八三五条など関連規定の全部を類推すればよいとする見解<sup>(18)</sup>も主張されている。



## 四 検 討

## 1. 本決定の立場

本決定は、①事件において⑥仙台高決および⑦東京高決と同様に監護者の指定に関する第三者である祖母の申立てを不適法とするとともに、②事件において、従来実務上ほとんど議論がなかった第三者である祖父父母からの面会交流の申立ても否定して、父母以外の第三者は、その者が事実上子を監護してきた場合であっても、家庭裁判所に対し子の監護に関する処分として子の監護をすべき者を定める審判および第三者と子との面会交流について定める審判を申し立てることはできないとした。その根拠として、まず明文の有無に関し、民法七六六条二項は同条一項を受けて規定されたものであり、家庭裁判所が「子の監護をすべき者その他の子の監護について必要な事項」を定めることができるのは「父母が協議上の離婚をする」場合の「協議が調わないとき、または協議をすることができないとき」に限られると解すべきであるから、同条二項の家庭裁判所による監護について必要な事項の審判を求めることができる者は同条一項の協議の主体である父母と解すべきであり第三者は含まれないと解すべきこと、また、子の監護について必要な事項の審判の申立権を事実上子を監護してきた第三

者に認めることを定めた規定が民法その他の法令に存在しないことを挙げる。そして、解釈としても、第三者が事実上監護してきたという事実があつたとしても、この第三者を父母と同視することはできないこと、また、子の利益は子の監護に関する事項を定めるにあたり最も優先的に考慮すべき事項ではあるが、このことは第三者に申立権を認める根拠となるものではないため民法七六六条は類推できないと解すべきことを挙げる。

しかし、本決定は、なぜ第三者を父母と同視することができないのかという理由については述べていない。また、子の利益を最も優先すべきことが第三者に申立権を認める根拠とならない理由についても言及していない。すなわち、本決定はもっぱら明文がないという形式的根拠および充的な説明のない根拠にもとづいて本件申立てを却下したといえるのであり、不当である。

親権者・監護者でない祖父母や里親、事実上の養親などの第三者が監護者の指定や面会交流などの子の監護に関する処分を求める審判について当事者適格を有するかどうかは、家事事件手続法がこれらの第三者に申立権を認めているかどうかにより決せられ、第三者に申立権が認められるかどうかは、家庭裁判所が第三者を監護権者として指定で

きるかどうかにかかると解される。たしかに、第三者が監護権者とされるのは民法七六六条一項による協議の結果、合意した場合に限られるとの解釈も一応は成り立ち得る。このように解するときには、第三者からの申立権を否定する余地が生じる。しかし、第三者を監護者として指定すべきかどうかが問題となるのは、父母が虐待や放置などにより監護者として不適格と解されるために祖母などの第三者が監護権の獲得を争う場合が多いことから、そのような父母が協議により合意して祖母などの第三者を監護者とすることは通常考えられない。第三者は自己が監護権者と指定され、あるいは自己についての面会交流が認められることを求める点で法律上の利害関係を有しており、また子の福祉の確保に照らして第三者を監護権者とするのが最も適当な場合があると考えられることから、家事事件手続法が第三者を監護権者と指定する旨の審判をすることを認める場合には、これらの第三者には申立権が認められ、したがって子の監護に関する処分を求める審判についての当事者適格が認められると解すべきである。そこで、第三者の当事者適格の有無を判断するために、家庭裁判所が子の監護に関する処分事件として第三者を監護権者と指定する旨の審判をすることができ、あるいは第三者に面会交流

権を認めることができるかと解すべきかについて検討を加える。

2. 家庭裁判所は第三者を監護権者と指定でき、また面会交流権を認めることができるか。

本件決定は、民法七六六条の文言を重視してこれを否定する。非訟事件の限定的性格を根拠として、この結論を支持する見解があることは前述したとおりである。<sup>(19)</sup>

たしかに、裁判所法が家庭裁判所は家事事件手続法で定める家庭に関する事件の審判および調停をなす権限を有するとし(裁判所法三二条の三)、家事事件手続法三九条および別表が審判の範囲を列挙していること、また、家事審判は家庭裁判所が私人間の法律関係に形成的に関与するものであることから、国家による必要以上の関与は避けるべきであり、したがって、家事審判事項は家庭に関する事項のうちで法律により家事審判事項と定められているもの(原則として限られる<sup>(20)</sup>)。しかし、このことは拡張解釈や類推を全く許さないことを意味するとまでは解すべきではない。当該審判事件の基礎となる実体法の解釈が拡張解釈や類推を認める場合には、家事事件手続法においてもその趣旨に反しない限りで拡張解釈や類推が認められるべきである。一般論として家事事件手続法は厳格に解釈すべきであると

する見解の中にも、子の親族を民法七六六条の申立権者として認めるものがあることはこれを裏付けるし、また、判例が民法七六〇条の婚姻費用分担義務の内縁関係への類推を認め、民法七六八条を財産分与規定の内縁解消への類推を認めること、さらに離婚前の別居における面接交渉の審判について民法七六六条の類推を認めること<sup>(24)</sup>からみても、非訟事件の限定的性格のみをもつて家庭裁判所による第三者を監護権者と指定する審判を否定する根拠とすることはできない。

では、どのように解すべきか。子の監護教育に対して、現行法は、児童福祉法上の措置としては児童相談所への入所などの措置（児童福祉法二八条）を置き、民法上の措置としては民法七六六条の監護者の指定のほかに、親権者変更（民法八一九条六項）、親権喪失（民法八三四条）、親権停止（民法八三四条の二）の審判制度を設けている。父母の離婚や婚姻の取り消し、父の認知の場合にはこれらにより対応が可能だが、単独親権者である場合や婚姻中で共同親権を有している父母と子の利益が対立している場合には親権者の変更では対応できない。また、親権喪失、親権停止の制度は親権者に対して大きな影響を与えることから極めて深刻なケースにしか用いられておらず、その利用は必

ずしも進んでいないとのことである<sup>(25)</sup>。そうであるとすれば、家庭裁判所に、第三者を監護者として指定することを認める必要が生じる。

民法七六六条一項が、子の監護者の指定などの子の監護について必要な事項についての父母の協議は子の利益を最も優先して考慮しなければならないとし、これを受けて同条三項が、協議が調わないうとき、または協議できないときは家庭裁判所が子の監護についての相当な処分をなしうるということから、協議が調わないう場合になされる家庭裁判所の審判も、子の利益を最も優先して考慮してなされなければならぬと解される。そうであるとすれば、たとえば父母どちらも子を監護することができない場合や、父母に虐待や放置などの何らかの監護者として不適格な事由がある場合などの監護することが不適当な場合には、子を父母から離して子の利益を確保するために、第三者を監護者と指定して、親権者の立ち直りを図るなどの方策をとることが必要である。民法七六六条による監護権者指定および監護に関する処分は親権を喪失させるものではないことから親権者にとって制裁的な受け止めをされにくく、申立てをする関係者にとっても申立てについての負担感が少なく済むこと、親権者の立ち直りの状況に応じて第三者の監護

権を優先する段階から、定期的な面会交流など親権者の監護権行使を部分的に認める段階、親権者と第三者が共同で監護する段階と柔軟に対応できることからみて、子の利益を確保するために民法七六六条は活用されるべきであり、本決定のように第三者に対する監護者の指定申立てを却下することは妥当でない<sup>(26)(27)</sup>。また、面会交流についても、その権利性、法的性質についてはさまざまな議論があるが<sup>(28)</sup>、民法七六六条は面会交流を子の監護に含まれるものとし、子の監護に関する処分の具体的内容のひとつとすることから、面会交流の審判が申し立てられたときには、家庭裁判所はこれを認めるかどうか、認めるとしてどのような態様をとることが妥当かを判断する際に子の利益を最も優先して考慮する必要がある。そうであるとすれば、第三者に対する面会交流が子の福祉に最もかなうものであれば、家庭裁判所はこれを認めるべきである。子の監護に関する処分が子の福祉を中心に理解されるべきであることは、子どもの権利条約九条が親子の継続的な接触や交流を維持する権利を子ども自身の権利として位置づけていることから裏付けられるであろう。家庭裁判所の実務も、子の虐待などの面会交流を禁止・制限すべき事情がない限り、葛藤などの面会交流の阻害要因を克服してできる限り子の面会交流を

はかろうとする傾向があるとされるが<sup>(29)</sup>、賛同すべきである。ただし、第三者を監護権者として指定するなどの子の監護に関する処分を認めると、その結果、父母の監護権は失なわれることになる。親権は子の財産管理のほか子の身上監護を主たる内容とするものであり、監護権の喪失は実質的にみて親権の一部喪失と考えられる点で、監護権者の指定は民法八三四条の親権喪失制度と共通の基盤をもつ。そこで、第三者を監護権者として指定するなどの子の監護に関する処分を認めるにあたっては民法七六六条に加えて八三四条を重畳的に類推することが考えられるべきである。民法八三四条を類推の根拠とすることは、同条が親族などに親権喪失の審判の申立権を認めていることから民法七六六条のみを根拠とするよりも監護に関する処分の申立てが認められる第三者の範囲がより明確になる点からみて、この見解<sup>(30)</sup>に賛成したい。

3. 子の監護などを求める審判についての第三者の当事者適格について

前述したように、第三者に監護や面会交流について定める審判の申立人としての適格が認められる場合とは、家庭裁判所が当該第三者を監護権者と指定でき、また面会交流を認めることができる場合と解すべきである。そして、父

母などにより虐待や放置がなされている状況において、従来から事実上子の面倒をみてきた祖母などが父母に子の監護を任せておくことができないと考え、自己が監護者として最適であると主張して自己を監護人としてを求め、監護者の指定を申し立てた場合には、子の利益をはかるためにはこれら祖母などを監護権者と指定するのがもっとも適していると考えられる。この場合にこれらの祖父父母などに監護や面会交流について定める審判の当事者適格が認められないとするには祖父父母を監護権者と指定したり面会交流を認めたりすることができなくなる結果、子の福祉を実現できなくなることが考えられる。したがって、家庭裁判所は、第三者に対しても子の監護などを求める審判についての当事者適格を認めるべきである。

なお、事実上子を監護している第三者について民法七六六条を類推することには疑問を呈しながら、このような第三者は法律上の利害関係人に該当することを理由として審判手続きへの参加（家事事件手続法四一条）を認める見解もある<sup>(31)</sup>。しかし、このような第三者は単なる参加者ではなく、当事者に準ずる、より直接の利害関係を有していると考えられることから、民法七六六条・八三四条の類推を認める法律構成の方がより実態に即したものと考える。

4. 第三者に子の監護に関する処分を求める審判について  
 当事者適格を認める場合の第三者の範囲については、親代わりをしたり監護に関わり実質的な関係を形成してきた者に限定すべきであるとする見解<sup>(32)</sup>、これまで監護状態を形成してこなかった第三者も、その者が子の監護にふさわしいと判断される場合には含まれるべきであるとする見解<sup>(33)</sup>などがある。両者の結論に差が生じる典型例としては、児童相談所長が考えられる。子の福祉の確保を最善の利益として決定すべき問題である以上、これまで監護状態を形成してこなかった第三者であっても、その者が子の福祉にとって重大な役割を有し、適切と考えられる場合にはその者を監護権者として認めるべきであり、あるいは面会交流を認めることが妥当と考えられることから、これらの者の当事者適格を否定すべき理由はない。したがって、里親や児童相談所長などの子の福祉の確保に適切と考えられる者についても審判の当事者適格を認めるのが相当と考える。児童相談所長については、児童福祉法三三条の七が公益的な見地から民法八三四条・八三四条の二の親権喪失・停止の請求権を認めるため、民法八三四条の類推によれば監護に関する処分を求める審判について児童相談所長などの当事者適格を認めることができ、当事者適格を有する者の範囲を

明確にすることができる。

5. 従来から第三者の監護者指定を含め、祖父母などの第三者に監護権や面会交流を立法化するかどうかについて議論がなされていた。<sup>(34)</sup>この点について商事法務研究会「家法研究会報告書」は、「本研究会では……実務的な必要性の紹介もあり、父母以外の第三者を監護者に指定することができる方向で検討を進めることについて異論はなかった。」<sup>(35)</sup>とし、また、現在行なわれている法制審議会家族法制部会でも検討事項とされて「祖父母等の親族等を念頭に、子との面会交流を求めることができる主体の範囲に規律を設けてはどうか。」などの意見が出されている。<sup>(36)</sup>今後の議論が注目される。

本決定については、柵村政行教授（本決定に<sup>(37)</sup>反対）、羽生香織教授、小川恵講師、決定<sup>(1)</sup>について安達敏男弁護士・吉川樹士弁護士、決定<sup>(2)</sup>について山口亮子教授<sup>(41)</sup>による評釈がある。

- (1) 判例時報二四六五・二四六六合併号五〇頁。
- (2) 裁判所時報一七六五号四頁。
- (3) 公刊物未登載。
- (4) 家裁月報三〇巻八号四二頁。

- (5) 判例タイムズ一一一五号二〇八頁。
- (6) なお、判例タイムズ一四七九号五一頁の解説には、公刊物未登載の高裁決定として大阪高決平成一六年五月十九日が挙げられている。

- (7) 家庭裁判所月報三五巻八号一一八頁。
- (8) 家庭裁判所月報五四巻五号一三九頁。
- (9) 家庭裁判所月報五七巻九号四七頁。
- (10) 家庭裁判所月報五四巻五号一二五頁。
- (11) 家庭裁判所月報六〇巻八号五九頁。
- (12) 判例集未登載ではあるが、柵村政行「本件判批」判例秘書ジャーナル H1100126 頁は、「川見未華弁護士、柵村隆行弁護士より、当事者の了解を得て資料を頂戴した。」とする。

- (13) 青山道夫ほか編『注釈民法（21）親族（2）』一五七頁（神谷笑子）（有斐閣、一九八二年）、斎藤秀夫ほか編『注解家事審判法』三三八頁（沼邊愛一）（青林書院、一九八七年）、北野俊光「面接交渉権」村重慶一編『裁判実務大系（25）人事争訟法』一九六頁（青林書院、一九九五）など。

- (14) 野田愛子ほか「家族法における実体規定と手続規定との相関性」判例タイムズ二二六号二五頁（岡垣学発言）、鈴木忠一「非訟事件の裁判と執行の諸問題」法曹時報一三巻一一号二〇頁。

- (15) 梶村太市「子の引渡請求の裁判管轄と執行方法」司法研修所論集九八号三二八―三二九頁、島津一郎ほか編『基本法コンメンタール親族』八八頁（梶村太市）（日本評論社、第四版、二〇〇一年）、棚村政行「祖父母の面接交渉」判例タイムズ一〇〇号一九三頁。
- (16) 田中通裕「判批」判例タイムズ一〇九九号八五頁、床谷文雄「判批」判例タイムズ一二二〇号八三頁、二宮周平「父母以外の者を子の監護者に指定することの可否」右近健夫ほか編『家事事件の現況と課題』一二七頁（判例タイムズ社、二〇〇六年）。
- (17) 棚村・前掲注(12)八頁。
- (18) 梶村太市「本件判批」判例タイムズ二二八号一四六頁。
- (19) 注(13)・(14)の文献参照。
- (20) 鈴木忠一「非訟事件の裁判の既判力」二〇三頁（弘文堂、一九六一年）、加藤令造編『家事審判法講座（一）』一六二頁（綿引末男）（判例タイムズ社、一九六六年）、齋藤秀夫ほか編『注解家事審判規則』七頁（山口幸雄）（青林書院、改訂版、一九九二年）、佐上善和『家事審判法』五二頁（信山社、二〇〇七年）など。
- (21) 鈴木・前掲注(20)二一五頁など。
- (22) 最判昭和三十三年四月一日民集一二卷五号七八九頁。
- (23) 最判平成二二年三月一〇日民集五四卷三号一〇四〇頁。
- (24) 最決平成二二年五月一〇日民集五四卷五号一六〇七頁。
- (25) 二宮周平「子の監護者指定（民法766条）の積極的活用」立命館法学二八七号一九四頁。二〇二〇年の親権喪失審判申立事件の既済件数が九七件、停止事件は二七五件であったが、そのうち喪失審判申立事件の認容は三〇件、却下一件、取下げ五二件であり、停止事件の認容は一三〇件、却下は四一件、取下げ一〇一件であった。最高裁判所事務総局家庭局編「親権制限事件及び児童福祉法二八条事件の現況」令和二年一月～二月」参照。
- (26) 島津一郎ほか編『注釈民法（22）親族（2）』一〇一頁（梶村太市）（有斐閣、新版、二〇〇八年）。
- (27) 二宮・前掲注(25)一九五頁は「未公表審判例から推測すると、家裁実務では、当該事案の結果を重視し、子の監護に関する処分として、父母以外の家族などに監護者指定の申立権を認め、それらの人を監護者に指定するケースがかなり存在するようである。」とする。
- (28) 面接交渉の権利性、法的性質については、棚村政行「離婚と父母による面接交渉」判例タイムズ九五二号五六頁以下、善元貞彦「面接交渉とその制限」右近健夫ほか編『家事事件の現況と課題』一五九頁以下（判例タイムズ社、二〇〇六年）、山口亮子「面接交渉の権利性と家族性」野田愛子ほか編『新家族法実務大系Ⅱ』三二八頁以下、山口亮子「本件判批」TKCローライブラリー

Z18817009-00-042102058 二頁な<sup>41</sup>参照。

- (29) 二宮周平編『新注釈民法(17) 親族(1)』三六一頁〔棚村政行〕(有斐閣、二〇一七年) など参照。
- (30) 田中・前掲注(16)八七頁。
- (31) 沼邊愛一「子の監護・引渡しおよび面接交渉に関する家裁の審判権」鈴木忠一ほか監修『新・実務民事訴訟講座(8)』一六八頁(日本評論社、一九八一年)。
- (32) 棚村政行「判批」判例タイムズ一一五四号一〇二頁、棚村・前掲注(29)三三八頁。
- (33) 二宮・前掲注(16)一一二頁。
- (34) 中田裕康編『家族法改正』一四四頁(水野紀子)(有斐閣、二〇一〇年) など。
- (35) 大村敦志ほか「家族法研究会報告書」五七頁(商事法務研究会、二〇二一年)。
- (36) 「養育費及び面会交流に関する論点の検討」六頁(家族法制部会資料3参照)。
- (37) 判例秘書ジャーナル H1100112。
- (38) 法学教室四八九号一六八頁。
- (39) 法学セミナー八〇〇号一二五頁。
- (40) 戸籍時報八一三号五三頁以下。
- (41) 山口・前掲注(28)一頁以下。

河村 好彦