

Title	監護者指定に関する最近の裁判例
Sub Title	The recent judgments concerning the appointment of a superintendent
Author	岡部, 喜代子(Okabe, Kiyoko)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2008
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.9 (2008. 2) ,p.103- 116
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	堀口磊藏教授追悼号 = A special issue in memory of the Late Professor Horiguchi Raizo 論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20080215-0103

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

監護者指定に関する最近の裁判例

岡 部 喜代子

- 1 親権と監護権の関係
- 2 監護者指定の適用ないし類推適用の範囲
- 3 第三者を監護権者と指定できるか
- 4 最近のいくつかの審判例
- 5 審判例の傾向
- 6 まとめ

1 親権と監護権の関係

民法は、子に対する監護教育の権利義務を親権者に属するものとしている（民法820条）。父母が婚姻中は父母が共同親権者である（同818条）が、離婚する際にはどちらか一方に定めなければならない（同819条）。一方で、民法は、父母が離婚するときは、子の監護をすべき者その他監護について必要な事項は父母が協議で定めるものとし、協議が調わないときは裁判所が定めるものとしている（同766条）。

明治民法は、婚姻中か否かを問わず親権者は原則として父と定め（明治民法877条）、親権者が監護をする権利義務を有する（同879条）。離婚時には、父母は監護をする者を定めることができ、定めないとき監護は父に属するものとしていた（同812条）。民法はこれらの規定を男女平等となるように改正したのである。明治民法下においても、親権者は監護をする権利義務を有していたから、親権者が決定されれば監護者も決定されるはずである。明治民法812条の

趣旨を、梅謙次郎は、「父母相別ルトキハ子ノ監護ヲ誰ニ託スヘキカーノ問題ニ属ス蓋シ子ノ監護ナルモノハ場合ニ依リ之ヲ父ニ委スルノ利ナルコトト之ヲ母ニ委スルノ利ナルカコトトアリ……原則トシテハ子ノ監護モ亦夫婦ノ協議ヲ以テ之ヲ定ムヘキモノトセリ」「以上ハ単ニ子ノ監護ノミニ付テ規定セルモノナルカ故ニ其監護以外ニ於テハ毫モ親権ニ影響ヲ及ホササルコト固ヨリナリ例ヘハ子ノ教育、懲戒、其代表及ヒ其財産ノ管理ノ如キハ総テ第五章ノ規定ニ従ヒ親権ヲ有スル者ノ権内ニ属スヘク……」¹⁾という。子を引き取って育てることについて母が行うことができるようにする趣旨という意味で少なからぬ意義を持ったといわれている²⁾。

現行民法のもとでは、離婚の際に親権者そのものを協議で定めることができるので、監護者をこれとは別個に定めることができるとする意味が問われる。親権者が監護をすることが適切でない場合に監護者を指定することができる³⁾、第三者を指定できることのみ意味がある⁴⁾、親権と監護権を分属させることによって共同監護の実現ができる⁵⁾、あるいは紛争解決が可能である⁶⁾等と指摘されている。しかし、監護者の指定の趣旨を明治民法におけると同様に解するならば、「父母平等が実現され、家制度が廃止された現行民法に、親権者とは別に監護者を認める制度を導入する必要はなかったのである。……この制度は戦後の民法改正に際しては、新たな親権法の理念のなかで明確な位置づけを与えられることなく、旧来の制度を無批判的に受け継いだものとして登場した、と言わざるをえない。……立法論としては、とくに父母間における親権と監護の分属といった構成を廃止する方向に傾かざるをえない。」との指摘

1) 梅謙次郎・民法要義巻之四206頁。

2) 神谷笑子「離婚後の子の監護」家族法体系Ⅲ18頁。

3) 中川善之助註釈親族法上253頁、村崎満「離婚と子」家族問題と家族法Ⅲ298頁。

4) 我妻栄=立石芳枝・コンメンタール親族法・相続法13 1頁。

5) 荒木友雄「親権と監護の分離分属」ジュリ661-112。

6) 明山和夫「離婚後の親権と監護」民商53-2-141。

が正鵠を得たものといえよう⁷⁾。

「監護」の性質についても、明治民法における「監護」は「現実に子の世話をすることであり」⁸⁾、監護権というものではなかった⁹⁾。しかし、現行民法の下で、親権の本質について、包括的な単一の支配権ではなく、義務ないし職務であるとの考え方が定着するにしたがって、親権の内容を監護と財産管理に大別し、それに応じて親権の内容として監護権と財産管理権が認められるようになった。そして、監護ができるのは監護権があるからであるとの考え方がはっきり示されるようになったものと考えられる¹⁰⁾。そして現在では、民法766条の監護者の指定は監護権者指定であると理解されるようになってきている¹¹⁾。

このような現在の監護者指定の位置づけからすると、民法766条の積極的な意味として、監護権のありかを明確にすることができるということを挙げることができる。つまり民法766条は、監護の権限付与を認めた規定であるということになる。そして、それと同時に、監護権を与えられなかった親権者の監護権又はその行使が停止されるという効果を生じさせることになる¹²⁾。監護権の内容として、明治民法と異なり広く教育も含むと解されるようになった現在、この効果は相当に強いものといわねばならない。

そこで、次に、この監護権は何に由来するものであるか、という点が問題となる。親権者の有する監護権を代行しているとの考え方¹³⁾、親権者の親権

7) 田中通裕「親権法の歴史と課題」252頁。

8) 中川善之助・親族法上278頁。

9) 我妻・親族法141頁。

10) 我妻・親族法317頁、328頁。

11) 二宮周平・家族法第2版120頁、内田貴・民法Ⅳ補訂版133頁。

12) 於保不二雄「父母の共同親権と親権の行使者」身分法と戸籍165頁は、親権の存在と行使の問題との区別を強調する。また監護者に指定されなかった親権者の監護権停止を我妻教授は明記され（親族法144頁）、裁判例等ではそれが前提とされている。

13) 中川・註釈上254頁。

から監護権を独立の権利として取得するとする説¹⁴⁾、親権者でない父または母も親権者であり其の行使が停止されているところ監護権はその停止された親権に基づくものであるとの説¹⁵⁾、民法によって与えられた特別の権限とする説¹⁶⁾などがある。現在は停止された親権に基づく説も支持がある¹⁷⁾。

2 監護者指定の適用ないし類推適用の範囲

民法766条が適用される場面として同条が定めているのは、「離婚をするとき」である。しかし、子の監護が問題となるのはそればかりではない。

婚姻中の父母間における監護者指定についても、類推適用できるとするのが実務の大勢である。子の引渡事件については、民法766条類推適用説と同752条適用説がある。752条説は以下のように説く。「夫婦間の協力扶助の内容として、夫婦が不和となって別居しても、子の監護については協力しあうべきで、いずれが子を監護するか、その費用をどうすべきかを協議して決めるのが望ましく、協議ができないか、または協議が調わない場合には、家庭裁判所がこれを定め、監護する者と決まった者にたいし子を引渡すことを命じうとするもので、より妥当なものと考えられるからである」¹⁸⁾。752条説を採用する大阪家審昭和54.11.5（家月32-6-38）は「当事者双方の関係は未だ「事実上の離婚」の状態に至っていないことが認められるので、事件本人らは依然として両親の共同親権に服しており、かかる場合親権の最も重要な要素である監護権を共同親権者の一方から奪うという意味で、他方を監護者に指定することは特段の事情がないかぎり現行法上許されないと考えられる。……民法752条の夫婦

14) 我妻・前掲144頁。

15) 於保・前掲191頁。

16) 中川善之助編・註釈親族法下45頁。

17) 神谷・前掲26頁、深谷・現代家族法第4版161頁。田中由子「単独親権者の死亡と親権」法律知識ライブラリー4家族法105頁参照。

18) 沼邊・注解家事審判法337頁。内田・前掲219頁も752条説を支持する。

間の協力扶助に関する処分として」審判の対象となると述べ、監護者指定を否定している。一方766条類推適用説を採用する神戸家尼崎審昭和49.3.19（家月27-1-116）は「現在の婚姻制度のもとではそのような別居は避けることができず、その際誰が未成年の子の監護者となるかは子の福祉にかかわる重大な事項であるから、民法766条を類推適用して家庭裁判所は子の利益のため必要があると認めるときは監護について相当な処分を命ずることができるものと解するのが相当である」として母を監護者と指定して父による妨害を禁止した（子の引渡ではない）。752条説によれば、監護者の指定はできないことになろう。近年は、766条類推適用説が実務であるといつてよいであろう¹⁹⁾ ²⁰⁾。

夫婦間における子の監護に関する問題について民法766条が類推適用されると、夫婦が不和になって子の監護の問題を解決しなくてはならないが夫婦間の協議でそれができない場合には、裁判所がこれを定めなければならない。この点に関する明文が無いのは、法の不備である。婚姻中の親子の問題を婚姻の効果と捉えるか、親子の問題として捉えるか、という相違である。民法は親権という形式ではあるが、親子の問題と捉えていると理解することができる。十分ではないものの、親子の問題として捉える契機を有する民法766条を類推適用するという考え方が民法の考え方に近いものと思われる。したがって、766条類推説を支持したい。

監護者指定については、別個の問題が存在する。すなわち、民法上、親権者が監護権を剥奪されるのは親権喪失宣告の場合しかない。夫婦間において監護者を定めると非監護者となった父又は母は、監護権又はその行使が停止されることになる。このような効果を明文の規定のないまま認めてもよいであろう

19) この部分の分析は、沼田幸雄「監護者指定とは何か」家事事件の現況と課題88頁以下に詳しい。

20) 最高裁も、夫婦間の面接交渉事件について民法766条を類推適用し、家事審判法9条乙類4号により、相当な処分を命ずることができるとして、面接交渉についてはあるが、上記実務の取扱いを是認する方向を示している。（最決平成12年5月1日民集54巻5号1607頁）。

か。

かなり問題はありますが、認めてよいのではなかろうか。第一に、民法766条そのものが監護権なき親権というものを認めている。すなわち親権喪失宣告によらずに監護権を行使できない場合を認めているともいえる。第二に、離婚時ではないが夫婦内に離婚に匹敵するような紛争が存在する（紛争が無い場合には類推できないことになる）ことが民法766条の背景事情と一致する。第三に、離婚まで、あるいは別居期間中といったある程度の期間が予想され、また、監護者の変更（民法766条2項）がありうるので事情によって監護権を回復することができる。第四に、必要性が高い。以上によって類推適用しうるものと解したい。

3 第三者を監護権者と指定できるか

我妻博士は「第三者でもよい。親権者は、婚姻中でも（父母共同して）、離婚後でも（親権者たる一方が単独に）、子の監護を第三者に委託することはできる。それは普通の委任契約である。しかし、離婚の際に協議（または審判）によって第三者に監護を委託したときは、其の変更には協議または審判を必要とする。この意味で、第三者を監護者と定めることの実益がある。」といわれる²¹⁾。これは、夫婦が協議でできることは審判でもできるという趣旨ではないかと思われる。

上述したとおり、民法766条の監護者指定を婚姻中の夫婦に類推適用するならば、婚姻中の父母があっても監護者を第三者に指定することは可能といえる。問題は、第三者に子の監護に関する処分申立権があるかということである。否定する説もある²²⁾が、子の監護者にも申立権を認める考え方もある²³⁾。

21) 我妻・前掲142頁。また「766条にいう監護者が第三者を含むことはほとんど異論なく」との指摘もある（明山・前掲160頁）。

22) 神谷笑子・註釈民法(21)157頁。

23) 綿引末男家事審判法講座第一巻162頁、沼邊愛一「親権者・監護者の指定・変更と子を事実上監護する第三者に対する子の引渡命令」家事事件の研究(2)98頁。

東京高決昭和52.12.9（家月30-8-42）は、「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さ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ものと解すべき」として、祖母の申立てを認めつつ祖母を監護権者と認めなかった原审の判断を是認した。

この点について 田中通裕教授は、「民法は親権全体または管理権のみを喪失させる制度をもつ反面、監護権のみを喪失させる制度をもたない。しかし、834条の解釈論として、監護権のみの停止（ないしはその一時停止）という、いわば一部認容というべき処理（弾力化）をすることは何ら越権ではなく許されるというべきであろう。……766条（の趣旨）を類推することを否定することもない。同条が離婚に際し監護者を定めうとするのは、離婚により子の監護状態に変動が生じ、子の福祉に重大な影響が及ぶおそれがあるためであり、離婚などがその典型であるにしてもそれに限定する必要はない」と論じて、民法834条と民法776条の重畳適用を説き、二宮教授はこれを支持される²⁴⁾。確かに、民法766条は父母の協議を予定し、それがかなわないときに裁判所が定めるのであるから父母、婚姻中であれば夫婦の申立てを予定しているといえよう。しかし、手続上それに限るとは明定されていないのであって、争いがある申立ての利益があれば認められてしかるべきである。田中教授も「第三者を監護者にすることが可能であるとする以上は、（その協議の当事者は父母及びその第三者であり、協議が不調の時には）第三者にも申立権があると解するのがむしろ自然である」という²⁵⁾。重畳適用説を否定するものではないが、民法766条のみの類推適用によっても、第三者の申立て及び第三者を監護者と指定する

24) 田中通裕「第三者からの子の監護者の指定申立てが却下された事例」判タ1099-86、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」家事事件の現況と課題113頁。

25) 前掲田中・判タ1099-87。

ことは可能であると解する²⁶⁾。

後に紹介する事例にあるように、単独親権者と第三者の子をめぐる紛争、夫婦間に争いがなく、第三者との間にのみ争いがあるという事例では、夫婦間の紛争という民法766条類推の根拠の一つを欠くので、その場合には、民法834条の趣旨を類推しなければならない。類推の根拠が、子の福祉のためには親権が制約されることがあること、その場合には第三者が申立をすることができることしかないからである。そして、民法766条の類推適用によって子の福祉に合致するよう子の監護者を定めることができる、と解することができることになろう。

4 最近のいくつかの裁判例

(1) 仙台高決平成12.6.22家月54-5-124

原審第一事件は、3年以上里親として事件本人を養育してきた夫婦が、親権者母を相手方として申立人らを事件本人の監護者と指定することを求めた事件であり、第二事件は、親権者母が里親として養育してきた夫婦を相手方として事件本人の引渡しを求めた事件である。事実関係は、特別養子縁組前提の里親委託がなされて長期間経過後に親権者母と実父（親権者ではない）の引取り意向によって里親委託が取り消され、元里親と親権者間で引渡しの交渉が行われ、さらに元里親への一時保護委託がなされているなどの若干特殊な事情がある。重要な点は、①元里親（現一時保護委託先）による事件本人の監護状態に問題は無く、心理的な両親は元里親であること、②元里親と引き離すことは一時的にせよ、両親を同時に失うのと同様の心理的状況におくことになること

26) 民法の条文が協議の当事者としている父母のみ当事者適格があるとの考え方は、条文には忠実であるが、手続を実体法に直結させすぎてはいないだろうか。第三者との間に協議がなされるべきときは第三者の当事者適格が認められてよいし、現に監護しあるいは監護しようとする者が協議をしない両親等を相手に申し立てることも、申立の利益あるものとして適格を認めてよいように思われる。

(以上原審認定事実)である。本決定は民法766条の趣旨につき「父母が協議上の離婚をするときは、その協議により子の監護者を定めるものとし、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これを定めるものとし……。家事審判法9条乙類4号は上記各規定による子の監護者の指定を家庭裁判所に対して子の監護者の指定を家庭裁判所の審判事項としているところ、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」としたうえ、「原告人は事件本人の母であり、その親権者であるが、事件本人の父と婚姻することなく事件本人を出産し、その父は事件本人を認知していない。このような場合に、家庭裁判所が親権者と別に子の監護者を定めうるものとする規定は民法上存在しない。もとより、第三者である相手方らにその指定の申立て権はない。原審は、本件については、民法766条の規定の趣旨を類推し、事実上の監護者である相手方らに子の監護者の指定の申立権を認め、家庭裁判所の審判事項として審理することができる」と解すべき旨をいうが、家庭裁判所が子の監護者を定めるべきものとされている趣旨は前記のとおりであって、本件については、上記規定を類推適用する基礎を欠くものといわなければならない。すなわち、本件の場合、原告人の有する親権から監護権を分離することはできないというべきである。」として、一時保護委託先らの申立てを却下した。

確かに、単独親権者であるので民法766条の予定する事態ではない。しかし、この場合には前述のとおり、民法834条との重疊的類推適用が可能ということができる。

また、この決定には、第三者が取得すべき(本件では取得できなかった)監護権が何に由来するものであるかということについて問題があると思われる。すなわち、第三者が取得すべき監護権が親権者の監護権に由来するものであれば、親権者から第三者にこれを付与することが可能なはずである。なぜなら、親権者は第三者に監護権を委託することができるのであるから、第三者の申立てを認め、監護者指定ができるとの上記の立場に立つならば、第三者への委託という協議ができないときは裁判でこれを行うことができることになるからで

ある。一方、第三者が取得すべき監護権が、非親権者の停止された親権にあると考えると、第三者は非親権者ではあっても潜在的な親権はないので、これに監護権を付与することは不可能である。つまり、規定がないことのみでは十分な説明になっていないのではないかと思われるのである。

このように考えると、単独親権者の場合にも監護権者の指定が可能である点で、監護権の根拠を親権者の監護権におき、かつ、独立取得を説く我妻説が妥当なのではなかるうか²⁷⁾。

(2) 新潟家審平成14.7.22家月55-3-88

現在里親委託されている未成年者らについて別居中の母から父を相手方にして監護者の指定が申し立てられた事件である。里親委託は養子縁組を前提としておらず、いずれ子らが引き取られる際に父母いずれが適切であるかが争われたものである。「現実に未成年者らを里親から引き取るかどうかは児童相談所の措置決定に委ねることになるが、AとBとの監護者としての比較においては、Bが監護者として相応しくないことは明白である。また、未成年者らの里親委託が養子縁組を前提としていないことから、里親の愛情に満ちた家庭環境が優れているとしても、未成年者らと実親との関係修復や引渡しを考慮する必要もある。そうだとすると、Aが児童相談所の指導を受けることを前提としてAを監護者として指定するのが相当である」。別居した夫婦間の子の監護者の指定について民法766条を類推適用する。里親委託中であって、里親の監護は監護権者の委託に基づいていることになろう。

27) 我妻博士は「父母の一方が監護者となる場合とは異なり、この第三者は元来親権をもたなかったものだから、親権者の権限に基づくものと解するのが至当だと思う」と述べている。また、この決定は、親権者母の、一時保護委託先の夫婦に対して子の引渡しを求める申立てに対し、行政処分の効力を家庭裁判所で争うものとなり家庭裁判所の裁判権の範囲を超えたとして却下している。この点も大問題であるが、別の機会に論じたい。

(3) 福岡高決平成14.9.13家月55-2-163

子らの祖母が両親を相手方として2名の子の監護者を仮に申立人と定め、仮の引渡しを求める審判前の保全処分事件で、これを却下した審判に対する即時抗告審である。相手方らの親権の行使が未成年者の福祉を害すると認めべき蓋然性があり、事件本人の状況が、同兄の福祉に反し生活環境を早期に安定させる必要があるとして保全の緊急性を認めた上、「同兄の早急な生活の安定を図るためには、現在未成年者Cが望んでいる抗告人による監護につき法的根拠を付与することが必要である」として、子のうち、1名について原審判を取り消して監護者を仮に申立人と定め、仮の引渡しも認めた。第三者に申立権があるか否かについては論じていないが、これが可能であることを前提としている。監護に法的根拠を与える必要があると明示した点が注目される。

(4) 仙台高決平成15.2.27家月55-10-78

親権者を父と定めて離婚したものの、子らを監護し続けている母から親権者変更の申立てがなされ、父からは子の引渡しの申立てがなされた事件で、母の申立てを却下し父の申立てを認めた原審に対する即時抗告審。母の親権者変更申立ては却下したものの、「子の監護権は親権の機能の一部であると解される
ところ、抗告人は、一貫して、親権者を相手方と指定するに際し、そのまま監護を継続できると考えていたと主張しているから、本件親権者変更申立てにはXの監護権者指定の申立て（民法766条）も含まれている」と解して、監護者を申立人と指定した。事実関係はなかなか微妙な点があるが、この判断の特質は、実質的な親権者変更を監護者指定という形式で行っていることである。

(5) 金沢家七尾支審平成17.3.11家月57-9-47

現に未成年者を監護する祖母から両親を相手方として申し立てられた子の監護者の指定事件で、申立人を監護者と指定した。事件本人の姉は相手方父の虐待によって死亡している。相手方らは手続にも協力していない。民法766条につき「父母の婚姻が継続していても父母が共に子に対して虐待・放置を行うご

とき場合など、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す事態は父母が離婚する場合に限定されないのであるから、同条は、父母が子の監護に関する適切な合意を形成できない場合に、家庭裁判所が、子の福祉のために適切な監護者等を決定する権限を定める趣旨の条項であると解すべきである」と述べ、民法834条の存在により、同834条の範囲の者の請求によって家庭裁判所は父母の監護権を制限する権限があると解することが同条の趣旨に沿うとし、さらに児童虐待防止法15条から民法766条1項、同834条を制限的に解釈することは相当でないと論じている。父母間の紛争でなく、虐待事例について第三者からの申立てを民法766条と民法834条の重疊的類推適用によって認めたものである。

(6) 広島高決平成19.1.22家月59-8-39

親権者母が現在子を監護中の親権者父に対し監護者の指定と子の引渡しを求めた事例である。原審がいずれも却下したのに対し、「原告人と相手方との婚姻関係は既に破綻に瀕しており、未成年者らを共同で監護するという実体は失われているから、このような場合には、民法766条を類推適用し、家事審判法9条乙類4号により、親権者の一方を未成年者の監護者に指定することができる」とし、「子の監護に関する処分は、子の福祉に直接に関係し、裁判所による後見的関与の必要性が高いものであること、本件においては、現に未成年者らの住所をどこに定めるかという監護の基本的な事項についても原告人と相手方との間で対立しており、原告人は、未成年者らが通っている保育所を変えたいとの意向を漏らしていること、現在離婚訴訟が係属中であってもその確定までには時間を要することに照らすと、監護者の指定申立てを受けた裁判所としては、監護者の指定をせずに上記実態を放置するのは相当ではなく、適切な監護者を定めるべきである」と述べて、現に監護中である父を監護者と指定した。実態としての結論は同一であるが、現状に法的な根拠を与えている。

5 裁判例の傾向

第一に、婚姻中の父母間の監護者指定事件につき、民法766条の類推適用説が定着していると評価できる。かつ、一方の監護が子の福祉にとって望ましいものであれば積極的に監護者を定めていこうとする方向が見られる。そして、子の監護が法的な根拠すなわち監護権に基づくものであることが明らかにされ、子の引渡しも監護権に基づくものであることがはっきりと示されるようになった。これにつき吉村判事は「父母の間における子の福祉を踏まえた子の引渡しという性質からして、同4号を類推した家事審判事項とするのが適切である（この場合、家事審判の申立の趣旨中に、将来に向けても自己を正当な監護者と認める家庭裁判所の公権的判断を求める意思が含まれ、家庭裁判所もそれに応じた判断を示すことで、具体的な子の引渡義務が形成されると解される）」と指摘して、子の引渡しの法的根拠を示すことが望ましいとの見解を示している²⁸⁾。ただ、このように子の監護権を積極的に定めるようになると、前記(4)の審判例のように、親権者は変更しないが監護権者を定めることによって、親権の最も重要な権能、機能が親権者から奪われることになるのであって、「監護・教育が親権の本質であることと矛盾し、監護者の権限が強化されればされるほど、親権の空疎化・権威化が促進されるという弊害も指摘される」との指摘²⁹⁾が現実味を帯びてきたともいえそうである。

第三者申立て及び第三者を監護者に指定することについては、前記(1)の審判に対する批判から、民法766条と民法834条との重疊的類推適用説が現れ、それを認める前記審判(5)も現れている。この考え方を積極的に子の虐待事例に利用していくべきとの提案もなされている³⁰⁾。そして第三者申立てにかかる

28) 吉村真幸「子の引渡しと人身保護請求」判タ1100号176頁

29) 前掲田中通裕「親権法の歴史と課題」251頁

30) 前掲二宮・家族法第2版233頁

前記裁判例(3)(5)はいずれも虐待事例である。おそらく、今後は虐待事例における有効な法的手段として定着していくものと予想される。

6 まとめ

日本の民法は、親子の効果を親権という権利のみで構成し、その他の子の監護に関する条文を独自には持っていない。民法766条は離婚の効果として規定されているのみである。多くの学説が指摘するとおり、法の欠缺というほかはない。現実には、子の監護に関する問題は父母がいかなる状況であっても生じうるし、紛争が深刻で緊急の解決が急がれる問題である。民法766条の類推適用、あるいは民法766条と民法834条の重疊的類推適用によって、子の監護に関する問題を家庭裁判所が統一的に解決できるようになりつつある現状は望ましいものとする。子の虐待問題に対処する法的根拠としても有効である。

そして、第三者に付与される監護権は、親権に基づくもの、すなわち親権者の監護権を根拠にすると解するほかはない。その監護権は独立して監護権者に与えられるとする考え方によって第三者の監護権が根拠付けられるのではなかろうか。

以上