

民法766条の解釈論

——第三者の監護者指定と祖父母と孫の面会交流——

二 宮 周 平*

目 次

はじめに

1 第三者の監護者指定

- (1) 事実の概要と経過
- (2) 大阪家審と大阪高決の解釈
- (3) 最一小決令3・3・29(許)14号の解釈
- (4) 事件の推移と問題点

2 祖父母と孫との面会交流

- (1) 事実の概要と経過
- (2) 京都家審と大阪高決の解釈
- (3) 最一小決令3・3・29(許)4号の解釈
- (4) 事件の推移と問題点

3 法の欠缺と補充解釈

- (1) 子の監護状況の変化と対応する法制度の不備
- (2) 「法の欠缺」の補充的解釈
- (3) 父母以外の者の申立権
- (4) 民法766条類推適用の基準と権限の範囲

おわりに

はじめに

① 祖父母から孫との面会交流を申し立てた事案について、大阪高決令1〔2019〕・11・29(未公表)は、民法766条1項、2項を類推適用して父

* にのみや・しゅうへい 立命館大学法学部教授

母以外の者と子との面会交流を認める余地があるとし、② 祖母から子の監護者指定を申し立てた事案について、大阪高判令 2〔2020〕・1・16 家庭の法と裁判 30 号 69 頁は、民法 766 条 1 項の法意に照らし、事実上の監護者である祖父母等も、子の監護者指定の申立てをすることができるものと解するのが相当であるとし、明文規定のない①②について、民法 766 条を用いる解釈を示した。

大阪高裁は①②の許可抗告の申立てを許可した。民法 766 条の解釈について最高裁の判断を仰いだものと推測される。②に関する家庭の法と裁判 30 号の解説は、「本件の論点は、事実上の監護者である祖父母等の監護者指定の問題にとどまらず、例えば、祖父母等が、親権者に対し、孫との面会交流を求める申立てをすることができるのかなど相当程度の広がりをする問題である。そして、本件を含めてこうした問題を解決するに当たっては、家族の在り方、家族をめぐる国民の意識や価値観の変容及び家庭裁判所の役割等について、十分かつ的確な考察をすることが求められるものといえよう。本件は、許可抗告の申立てが許可されたようであり、最高裁がどのような判断を示すのか注目される」と記していた¹⁾。

ところが、① 最一小決令 3〔2021〕・3・29 令 2 (許) 4 号 (裁時 1765 号 4 頁) も、② 最一小決令 3〔2021〕・3・29 令 2 (許) 14 号 (民集 75 卷 3 号 952 頁) も、上記解説で指摘された実質的な検討をすることなく、民法 766 条の文言と規定の並びから、父母以外の第三者に子の監護に関する処分の申立権はないとして、原決定を破棄した。すなわち、形式的な条文解釈によって、第三者からの申立てを門前払いするものである。これによって、当事者間の葛藤の高い事案について、調査官が関与し、事実を調べ、裁判官が法的判断をする必要がなく、効率的な事件処理をすることができる。

しかし、羽生教授は、「最高裁判所が形式的文理解釈を明示したことで、子の利益の考慮を中心に据えて子の監護紛争の解決に取り組んできた家庭裁判所実務に与える影響は計り知れないほどに大きい」と指摘し²⁾、棚村教授は、「本件最高裁決定は、法の欠缺を補充し、事案の妥当な解決のた

めに、民法766条の類推適用や準用を肯定してきた家裁実務にも逆行する判断と言わざるを得ない」と厳しく批判する³⁾。嫡出推定規定が排除されるか否かが争点となった最一小判平26〔2014〕・7・17民集68巻6号547頁の金築誠志裁判官の反対意見は、「事案の解決の具体的妥当性は裁判の生命」であると指摘する⁴⁾。家事審判事項は非訟事件であり、調停前置として当事者の合意解決を促す一方、家裁調査官や技官が当事者の意向や実情を調査、分析し、当事者に対して人間関係調整的な働きかけを行うなど、家裁は当該家事紛争の実態に即した法的解決をすることができるのだから、より一層「事案解決の具体的妥当性」が求められている。①②の最高裁決定の解釈はこうした要請を一切顧みない。

そこで本稿では、①②の事案を分析し、法の欠缺の補充解釈の必要性を検討する⁵⁾。なお、②が民集搭載であることから、②を先に取り上げる。

1 第三者の監護者指定

(1) 事実の概要と経過

民集搭載の本件の経緯によれば（なお年号は西暦で統一した）、原告人Y1と前夫は、2009年〇月、本件子Aもうけたが、2010年2月、Aの親権者をY1と定めて離婚した。Y1及びAは、2009年〇月、Y1の母である相手方XとX宅で同居するようになり、以後、Y1とXがAを監護していた。Y1は、2017年8月頃、AをX宅に残したまま、X宅を出て原告人Y2と同居するようになり、以後、Xが単独でAを監護している。2018年3月、Y1とY2は婚姻し、その際、Y2はAと養子縁組をした。

原審の認定事実によれば、XはY1とY2の再婚に反対であり、Y1へのAの引渡しを拒否していた。2018年2月、XはY1に対しAの監護者をXに指定する調停を申し立てた。これに対して、3月、Y1は大阪地裁に人身保護請求を申し立てたが、6月、棄却され、上訴も棄却され、8月に確定した。一方、9月、上記調停は不成立となり審判手続に移行した（甲

事件)。2019年3月、XはY2に対しAの監護者をXに指定する審判を申し立てた(乙事件)ことから、大阪家裁は両事件を併合し、9月27日、XをAの監護者に定める審判をした。Y1・Y2はこれを不服として即時抗告したが、2020年1月16日、大阪高裁は抗告を棄却した。そこでY1・Y2は許可抗告を申し立てた。

(2) 大阪家審と大阪高決の解釈

大阪家審令1〔2019〕・9・27家庭の法と裁判30号74頁は、「家庭裁判所において、第三者であっても監護受託者等については子の監護者に指定し得るとされていることに照らすと、民法766条1項所定の子の監護に関する事項に準じて家事審判事項(家事事件手続法別表第2の3項)となると解するのが相当である」とする。この解釈は、親権者が第三者(祖母)に対して子の引渡しを求めた事案において、大阪高決平29〔2017〕・11・29判タ1451号123頁が示していたものである。

これに対して、前掲大阪高決令2〔2020〕・1・16は、申立権を肯定し、監護者指定の基準を明確にする。「子の福祉を全うするためには、民法766条1項の法意に照らし、事実上の監護者である祖父母等も、家庭裁判所に対し、子の監護者指定の申立てをすることができるものと解するのが相当である」とする。本件の場合、XはAの出生後間もない時期からAと同居し、Y1とともにAを監護し、Aが就学する頃からはY1よりもAの監護をより多く担い、Y1がY2と同居するためにX宅を退去した後は、Y1の依頼を受けてAを1人で監護していたことから、XはAを「事実上監護する祖母」として、監護者指定の申立てをすることができるとする。

ただし、「祖父母等を子の監護者と定めることは、親権者の親権の行使に重大な制約を伴うことになるから、慎重な判断が求められ」、「その判断に当たっては、子の福祉の観点を最も重視すべきである」とする。「したがって、上記祖父母等を監護者と定めるためには、上記親権者の親権の行使に重大な制約を伴うことになったとしても、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適当であることなどにより、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認められることなどを要すると解するのが相当である」とする。

そこで上記のようなおそれがあるかどうかを判断する。① AはY2に対して嫌悪感、不信感を抱き、Y2を強く拒絶していること（Aは成人男性を苦手をしているのに、Y1はY2と3人で入浴させたり、Y2のストレッチを受けさせた。またAはY2の価値観に基づく言動に苦痛を感じていたなど）、② Y1はY2に追従し、AとY2との家族関係の構築を急ぐあまり、Aの意向や心情に対する配慮を欠く行動を繰り返していること（上記身体的接触や、転校と縁組についてAに伝えていないことなど）、③ Y1・Y2の言動が原因となつて、Aは精神的に不調を来とし、小学校に通学できない状況になったこと（2018年2月、医師から心身症と、6月、児童精神科医師から適応障害、転換性障害の疑いがあると診断されているなど）、④ Aは本決定時10歳であり、Y1・Y2との同居を拒否し、Xと二人で生活することを望んでいることなどから、「Y1らの親権行使が不適当であるため、AをY1らに監護させた場合、Aの精神状態が悪化し、学校に通学することができなくなるなど、Aの健全な成長を疎外するおそれが十分に認められる」とし、一件記録から、XによるAの監護状況に特段の問題はうかがわれず、XとAとは強い愛着関係にあること、適応障害等は治癒していないものの、現時点では落ち着いた生活を送ることができていることが認められることなどを併せ考慮すれば、Aの監護者をXと定めるのが相当であるとした。

（3）最一小決令3・3・29（許）14号の解釈

「民法766条1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、これを受けて同条第2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2項は、同条1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」とし、「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、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766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在しない」とする。

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ものと解するのが相当である」と結論する。XはAを監護してきた者だが、Aの父母ではないのだから、監護者指定の審判を申し立てることはできず、したがって、本件申立ては不適法であり、原決定は破棄を免れないとする。原決定（大阪高決）が設定した監護者指定が認められる判断基準は、一切検討されていない。

(4) 事件の推移と問題点

本件許可抗告理由は、監護権がXに認められなかったとしても、Y1・Y2は、当面、Aが事実上X宅で生活することを認めつつ、Aの福祉に配慮しつつ、AとY1とのみの面会交流の調整を試みるつもりであり、Xに監護権を認める必要性はなく、監護権を認めると、従来拒絶一辺倒だったXは、法的権限も獲得することになって、もはや母子再統合の調整は不能に帰してしまうと記述する。また、Y1・Y2は、XがAにとって不適切な行為として指摘している事項については、反省しており、Aが傷ついてい

る点について関係修復を図る必要があると捉えているとする。

しかし、Y1・Y2は許可抗告理由で記述されたように行動するだろうか。原決定はこうした主張よりも客観的な子をめぐる状況を重視したが、最高裁決定によりXの監護者指定は破棄されたのだから、親権者であるY1・Y2が子の引渡しを申し立てれば、認められる可能性が高い。原決定の認定事実では、Aは、出生後間もなくから10歳になるまで、X宅でXと同居しその監護を受けてきた。Y1に引き渡されることは、嫌悪感を抱いているY2と同居することであり、AはXの下で暮らすことを希望している。第三者の監護者指定は、祖父母やおじおば等がすでに子を事実上監護しているという現状に法的根拠を付与して、子が安心して祖父母等の監護者と生活することを保障する点に意義がある。したがって、原審のように、XをAの監護者と定め、Aの養育環境を安定させた上で、AとY1の面会交流を促し、AのY1やY2に対する信頼関係を回復させた上で、Y1・Y2との同居についてAの意思を尊重するという方法もありうる。子にとって重要なことは、信頼できる保護者の下で安心して暮らすことであり、実親と暮らすことそれ自体ではない。

ところで、本件許可抗告理由は、祖母を中心とした周囲の大人からの不当な影響が加わって、現状のAの症状が引き起こされている可能性は相当大きいとし、この意識が原決定には欠落しており⁶⁾、不当な影響力の有無について調査官調査すら実施していない⁷⁾と批判している。しかし、原決定の認定によれば、X及Y1・Y2らは、2018年6月、家裁調査官による2回のAとの面接で示されたAの意向が、原々審審判時（2019年9月）までの時間の経過によってY1・Y2に親和的に変化したとは考えておらず、また、2018年5月、人身保護請求手続における面会交流の実施の際に、Aは自分の希望した叔父の立会いとY1の男性代理人は同席しないという約束が裁判所によって破られたと感じていることもあって、調査官による現時点でのAの心情調査は困難であると考え、Aの心情に配慮して調査を望んでいなかった⁸⁾。

本決定が原決定のような解釈と監護者指定の判断基準を肯定していれば、原審に差し戻して、Aに十分な説明をして家裁調査官の心情調査や技官あるいは専門家によるカウンセリングなどを通じて、Aの意思や心身の状況の客観的な把握が可能になったかもしれない。しかし、本決定は、条文解釈として民法766条の適用又は類推適用を否定することによって、子の意思や心身の状況に配慮した解決の道を閉ざしたのである。

2 祖父母と孫との面会交流

(1) 事実の概要と経過

最高裁決定文による本件の経緯によれば、原告人Yは、2012年11月、X1・X2の子であるBと婚姻し、2016年8月、Bとの間にAをもうけた。Yは、B及びX1・X2とX宅で同居していたが、2017年1月頃、X宅を出て別居するようになった。YとBは、2017年3月以降、1週間又は2週間ごとに交替でAを監護し、X1・X2は、BによるAの監護を補助していた。Bは、2018年6月に死亡し、以後、YがAを監護している。

原審の認定事実によれば、Bは、妊娠中の2016年6月、甲市の実家に里帰りし、出産後も実家に滞在した。11月、Bは脾臓がんの手術を受け、その後、通院して抗がん剤治療を受けていた。Yは、2017年1月4日から介護休業を取得し、X宅に同居したが、同月末頃X宅を出て別居した。3月、Yは甲市に近い乙市に転勤し、Yの母ZがYと同居するようになったことから、B・X1・X2とYの合意により、上記の交替での監護となった。

10月、Yが合意に反し、AをBに引き渡さない、11月には、BがAをYに引き渡さないなどのトラブルが生じたことから、同月下旬、Yは大阪家裁に、Bを相手方として、Aの監護者をYと指定し、AをYに引き渡すことを求める審判及びこれを本案とする審判前の保全処分の申立てをした。2018年2月、第1回審判期日において、YとBは2週間ずつ交替でAを監

護することを合意し、この合意が実行されていたが、6月、Bが死亡したことから、上記手続は終了し、X1・X2はAを親権者Yに引き渡した。7月、X1・X2は京都家裁に、Yに対してAとの面会交流を求める親族間の紛争調整調停を申し立てたが、2019年7月、不成立となり、同月、X1・X2はYに対して、面会交流を命ずる審判の申立てをした。

京都家裁は、2019年8月15日、申立てを不適法とし却下したことから、X1・X2が即時抗告した。抗告審の大阪高裁は、同年11月29日、原審判を取り消し、原審に差し戻した。そこでYは許可抗告を申し立てた。

（2）京都家審と大阪高決の解釈

京都家審令1〔2019〕・8・15は、「家庭裁判所が審判をすることのできる事項は家事事件手続法39条において限定されており、同法の定める事項以外の事項について審判の申立てがされた場合、家庭裁判所はその申立てを不適法として却下するほかない」とし、「子の監護に関する処分についての家事審判事項は、未成年の子の父母が、父母の離婚等により婚姻関係を解消するに際し、面会交流その他の子の監護に関する処分について協議ができない等の場合に家庭裁判所が定めるものとされており、本件のように、未成年の子の父母以外の者が子との面会交流を求める場合は、上記別表第2の3号に係る家事審判事項には当たらないというべきである」とする。

これに対して、大阪高決令1〔2019〕・11・29は、「父母以外の者と子との面会交流については明文の規定はない。しかし、面会交流は、子が継続的に維持していた良好な人間関係を断絶させないことが子の利益に適うとの配慮に基づくものである。そして、面会交流について定めるに当たっては、子の利益を最も優先して考慮しなければならない（民法766条1項）。そうすると、父母以外の者であっても、子との間に父母と同視し得るような親密な実質的關係を有し、その者との面会交流を認めることが子の利益に適うと考えられる場合には、民法766条1項、2項を類推適用して、そ

の者と子との面会交流を認める余地があると解される」とし、「本件においては、抗告人らは、未成年者の祖父母であり、平成28年8月12日に未成年者が出生して以来約2年に近くにわたり、一貫して、膵臓がんを治療中のBを補助して抗告人ら宅における未成年者の監護を継続してきたという事情がある。しかるに、原審は、抗告人らによる未成年者の従前の監護状況、抗告人らと未成年者との親和性、未成年者の心身の状況その他抗告人らとの面会交流が未成年者の利益に適うかどうかの点について審理することなく、本件申立てを不適法として却下した」として、京都家裁の解釈や姿勢を厳しく批判し、「上記の点について更に審理を尽くさせるために、原審判を取り消し、本件を原審に差し戻すのが相当である」とした。

(3) 最一小決令3・3・29(許)4号の解釈

(許)14号と同じ解釈をして、「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審判を申し立てることはできないものと解するのが相当である」と結論する。本件へのあてはめでは、X1・X2は、Bによる本件子の監護を補助してきた者であるが、本件子の父母ではないから、面会交流について審判を申し立てることはできず、本件申立ては不適法であり、原決定は破棄を免れないとする。

(4) 事件の推移と問題点

X1・X2は孫Aの出生以来、約7か月、抗がん剤治療継続中の母Bを補助してAを監護し、その後、約1年3か月、父Yと1週間または2週間交替で、同じくBを補助してAを監護してきたのだから、出生以来、2年近い監護実績がある。原決定の基準を前提にした場合、「子との間に父母と同視し得るような親密な実質的關係」を有しており、面会交流を肯定することができる事情があるように思われる。他方、B死亡後は、X1・X2はAと面会交流できないでいる。がんで早世した娘の忘れ形見であり、目に

入れても痛くない孫Aとの交流を断たれた祖父母 X1・X2 の心情は察して余りある。大村教授は、祖父母と孫の面会交流について、「祖父母の人格的利益に配慮するという理念上の意義」があると指摘する⁹⁾。このような視点からは、孫との面会交流を実現することが望ましい。

X1・X2 は本件最高裁決定に納得がいかず、約 4 週間後、再度、〇〇家裁に面会交流審判を申し立てた。しかし、5 月 28 日、家裁は申立てを却下、8 月 11 日、高裁は抗告を棄却、12 月 3 日、最高裁第 3 小法廷は、違憲をいうが、その実質は単なる法令違反を主張するもので、特別抗告の事由に該当しないとして、棄却した。A との面会交流は実現していない。

本件では、A の人格的利益も重要である。現在（2022 年 1 月）、A は 5 歳半、母が亡くなっていることを認識できる年齢である。やがて成長と共に母がどのような人だったのか、自分をどのように可愛がってくれたのか、どのようにして父と知り合い、自分をもうけてくれたのか、そしてどのようにして亡くなったのかなど知りたいと思う時期が来る。父母は子にとってアイデンティティの要めである。子のこうした人格的利益をどのように保障すればよいのだろうか。

父が母のことを愛情を持って子に語ることができればよいが、子の監護を巡る対立・葛藤の中で亡妻や祖父母への信頼を失っていたとすれば、語りを期待することは難しい。かりに語ることができたとしても、母の生い立ちまでつぶさに知っているわけではない。子の人格的利益を確実に保障するのは、母の生い立ちと亡くなる過程を最もよく知っている祖父母と面会交流することであり、祖父母の母に対する愛情の中で母を知ることが、祖父母への愛情、信頼にもつながり、それ自体が子の人格的利益になる可能性が高い。

父は親権者として子を監護教育する義務がある。その一環として、子の人格的利益を保障する責任がある。子が母の死亡という辛い現実を乗り越え、自らのアイデンティティを確保するために、子の視点に立って、祖父母との面会交流を保障する責任がある¹⁰⁾。他方、祖父母は親権者の監護教

育に介入することのないよう配慮する責任がある。

Y の許可抗告理由では、X1・X2 が面会交流調停において、2 週間交替の監護など過大な要求をしていたことをあげて、面会交流を実施する中で、過大な要求をされたり、子連れ去られたりすれば、親権行使の妨害かつ子の福祉の阻害になるとし、そのようなことのないよう、面会交流をする者が親権者の親権行使を尊重する関係性が必要不可欠だと指摘し、本件ではそのような関係性がないとする。しかし、双方の信頼関係の回復が子の安心と安全を保障するのだから、原決定の結論、すなわち、差戻審において裁判官や家裁調査官による当事者への働きかけが必要だったように思われる。本決定や原々審の形式的な文言解釈では、こうした働きかけなど家裁による調整機能を発揮することができない。山口教授は、本決定に対して「親の拒否権を認めた」と批判する¹¹⁾。子の人格的利益はないがしろにされている。

3 法の欠缺と補充解釈

(1) 子の監護状況の変化と対応する法制度の不備

親権者の教育・監護が不適切な場合に子を保護する制度として、民法の親権喪失、親権停止制度、児童福祉法28条1項で定められている家裁の承認による里親委託や養護施設への入所措置（同法28条1項）などがあるが、2020年の統計では¹²⁾、新受件数は、親権喪失121、親権停止260、28条審判481であり、既済事件に占める認容件数は、親権喪失30、親権停止130、28条審判398である。認容されるのは、深刻な児童虐待やそれに近い状況にある事例に限定されている。

児童福祉法では、親子を分離して子の保護を図る措置がある。2018年の統計によれば¹³⁾、児童相談所が一時保護した児童数は47,453人、その後の対応別人数のうち、帰宅51.6%、児童福祉施設入所18.1%、里親等への委託3.6%である。また、要保護児童として措置を受けた児童は44,258人の

うち、児童養護施設56.3%、里親12.6%、ファミリーホーム3.5%である。里親のうち、親族里親は777人（里親全体の14.0%）にとどまる。

1のような事案では、親権喪失や停止が認められないおそれがある。本件許可抗告理由によれば、祖母XはY1・Y2に対して親権喪失・停止の審判を申し立てたが、却下されている¹⁴⁾。また、実母と養父による児童虐待ないしそれに準ずるような事案ではないため、児童相談所が関与し、保護措置をとることも難しいように思われる。「親権停止などの厳しい措置をとる前段階で子の利益を考慮した柔軟な調整を認めるニーズは小さくない」¹⁵⁾。こうした段階で子の養育環境を保障する制度が欠けている。

2000年代、共働き世帯が一般的となり、父親の子育て参加、父母の共同養育などがある程度進んだ。しかし、保育施設の待機児童は、4月入所の場合、卒園者、上の年齢クラスへの代替わりがあるにもかかわらず、16,772人、年度途中の育休明けなどの利用申込みの場合は入所が難しく、43,822人である（2019年）。厚労省の統計は、認可外施設に通う児童を待機待ちにカウントしておらず、希望する施設に入れないなど隠れ待機児童は7万1千人（2018年）という指摘もある¹⁶⁾。また、保育時間の制限、病児保育や休日保育が十分に整備されていないことなどから、家族、特に祖父母による孫の養育支援が必要不可欠となっている。祖父母宅と近接居住し、祖父母が孫を保育したり、保育所等の送迎をしたり、親の病気や事故の時に祖父母の一方が同居したり、祖父母宅で保育するケースなど、日常的に子の養育の担い手として機能する例が増加している。

子にとって祖父母は、父母と同じように安心して甘えることができる存在であり、こうした大人が複数存在することは、子の自己肯定感を高め、自尊感情を育むことができる。祖父母にとっても孫は、晩年の生活を彩る大切な存在であり、その成長を見守ることは、祖父母の生き甲斐になることもある。その意味で、祖父母と孫の面会交流は、別居親と子の面会交流同様、祖父母と孫双方の人格的利益に関わるものと位置づけることができる。しかし、現行法には祖父母と孫等父母以外の者との子との面会交流を

定める規定はない。

こうした制度と監護状況の現実を踏まえ、祖父母やおじおばなど親族を監護者に指定して、子の養育環境を安定させたり¹⁷⁾、子の監護に関する措置として祖父母と孫との面会交流を保障するために、家裁が調停や審判において後見的に介入する必要性を認める場合、その法的根拠が求められる¹⁸⁾。その一つとして、法の欠缺を補充する解釈として民法766条を用いることが考えられる。

(2) 「法の欠缺」の補充的解釈

1947年12月の改正民法766条には「面会交流」の文言はなく、第1項「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監護について必要な事項は、その協議で定める。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」、第2項「子の利益のために必要があると認めるときは、家庭裁判所は、子の監護をすべき者を変更し、その他監護について相当な処分を命じることがきる」と定めていた。

1964年、非親権者である母が父の再婚家庭で暮らす5歳の男子に対する交流を求めた事案において、東京家審昭39〔1964〕・12・14家裁月報17巻4号56頁は、親権もしくは監護権を有しない親の未成熟子に対する面接ないし交渉に関する明文の規定がないこと、しかし、こうした親は、未成熟子と面接ないし交渉する権利を有すること、この権利は、未成熟子の福祉を害することがない限り、制限または奪われることはないことを指摘した上で、「この権利は、監護そのものではないが、監護に関連のある権利というべきであり、面接交渉権行使のために必要な事項は、民法第766条第1項による監護について必要な事項と解される」として、父母間で協議が調わないとき又は協議できないときは、家裁がこれを定めるべきものであり、「離婚後の子の利益のために必要があると認めるときは、未成熟子との面接交渉権行使に必要な事項について相当な処分を民法766条2項によ

る監護に関する処分として命ずることができると解すべきである」とし、事実関係を具体的に審理して母の申立てを認容した¹⁹⁾。

日本で初めて面接交渉権を肯定した本審判は、明文の規定を欠いていることを「法の欠缺」と捉え、面接交渉権を監護に関連する権利と解釈し、民法766条1項の「監護について必要な事項」、2項の「監護に関する処分」に該当するとして、家事審判の対象としたのである。以降、面接交渉の申立てについて同条2項「子の監護に関する処分」の一内容とする実務が次第に浸透し、最二小決昭59〔1984〕・7・6家裁月報37巻5号35頁（離婚後の面会交流）、最一小決平12〔2000〕・5・1民集54巻5号1607頁（別居後の面会交流）が766条の類推適用を認めたことによって定着した。

このように家裁実務は、明文の規定を欠く事項についても、「法の欠缺」の補充的解釈という手法で対応してきた。それは、当事者の合意が形成されない家族間の紛争について、家事調停による当事者の合意形成の促進と家裁調査官・技官による専門的・科学的な調査・支援というインフラを用いて、具体的な解決を図ることが可能だからである。1、2の大阪高決の解釈は、この立場に立つものであり、私見も支持する。

（3）父母以外の者の申立権

1、2の大阪高決も、児童虐待事案（福岡高決平14〔2002〕・9・13家裁月報55巻2号163頁、金沢家七尾支審平17〔2005〕・3・11家裁月報57巻9号47頁等）において父母以外の第三者＝祖母を監護者に指定した審判・決定例も、事案の解決として家裁が関与する必要性を認識し、そのために民法766条を類推適用し、申立権も肯定している²⁰⁾。これに対して1、2の最高裁決定は、申立権がないから、民法766条の適用を認めないという逆転した論理をとるように見える。果たして申立権は法文が明記しない限り、認められないものなのだろうか。

第三者の監護者指定という事案類型については、申立権を第三者に認める判例・学説が主流だった²¹⁾。第三者を監護者に指定することができると

すれば、そのために必要な調停・審判を開始させることができればならないのだから、申立権も第三者に認める必要がある²²⁾。「第三者にも申立権を認めるのが通説」であると紹介し、「祖母に申立権を拡張して認めても法の趣旨に反することはないであろう。家族の崩壊がいわれて久しい現在、子の監護者の指定など子の監護に関する処分の申立権を父母のいずれかに限ることは時代の要請に応えるゆえんではないと思われる」と記すコメントもあった²³⁾。

梶村判事は、父母にしか申立権がないとすると、父母が第三者の監護に反対している場合には、申立てがなされるはずはなく、親権者の不適切な監護に苦しんでいる子を保護することができないと指摘する²⁴⁾。棚村教授は、「祖父母、里親等の事実上の監護者からの申立権を一切認めないとすると、法規が欠落していることによる不利益を結果的に実質的当事者である子どもに及ぼすことにもなり、子の福祉の実現が形式的資格や権限の有無により阻まれるという不幸な事態にとまらかねない」とし、明文の規定がなくても、「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は、民法766条の趣旨を類推適用して、子の利益の増進と監護関係の安定のためにイニシアティブをとらせるべきではないだろうか」と指摘する²⁵⁾。この論理は、祖父母と孫との面会交流にも妥当する。民法766条を類推適用するのだから、祖父母など子の監護に関わってきた当事者の申立権を認める必要がある。事案解決の必要性が申立権を肯定する解釈を導くのである。したがって、申立権者の範囲は、民法766条を類推適用する必要があるかどうかによって定まることになる²⁶⁾。

(4) 民法766条類推適用の基準と権限の範囲

そこで類推適用の基準が問題となる。監護者指定と面会交流では、監護の態様も父母の親権・監護権の制限の程度も異なるため、類型に応じた検討が必要である²⁷⁾。

- ① 第三者の監護者指定の場合 親権者は親権を有しており、子の身

分行為や財産管理に関して親権者の権限は制限されていないが、身上監護は第三者に委ねられ、事実上制限される。そこで、1の大阪高決は、申立権を「事実上の監護者である祖父母等」に限定した上で、民法766条類推適用の基準として、「親権者の親権の行使に重大な制約を伴うことになったとしても、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ことなどにより、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認められること」などを要するとして、親権者の権限とのバランスをとろうとする。法の欠缺の補充解釈である以上、慎重な対応が不可欠であり、上記解釈は妥当であると考ええる。

監護者の権限は、子の身上監護に関する事項である。その範囲外では、親権者の権利義務に変更はないのだから、監護者には財産管理権や代理権はない。しかし、子と同居して監護教育をする以上、監護者は日常的な監護教育に関する事項を行うことができなければならない。例えば、保育所・幼稚園・学校に関する事項（連絡・通知や面談等）、教育に関する事項（教科書・参考書・制服等の購入、給食費・修学旅行費用の負担等）、予防接種や風邪・腹痛・怪我など日常的な医療・治療、小遣いの支給、お年玉の保管、塾やスポーツ・芸術に関する教室通い、アルバイトの許可などである。私見では、家裁の監護者指定審判において、監護者による監護教育を安定させ子の利益を守るために必要な範囲で、監護者に日常的な監護教育に関する代理権を付与することができると考える²⁸⁾。これらについて、相手方に対して監護者の権限を示す必要がある場合には、家裁の監護者指定審判書主文の写しで対応することが考えられる。

監護者指定は深刻な虐待事案ではないので、以下のような柔軟な対応が求められる。例えば、監護者は監護内容を定期的に親権者に通知したり、子の意思を尊重した上で子と親権者との面会交流を保障する。また、重篤な疾病の治療や手術、進学先の決定など重要な事項については、親権者の親権が停止されていない以上、親権者が判断することなのだから、監護者

は遅滞なく親権者に連絡し、親権者の判断のサポートをする。監護に関する費用は、実情に応じて監護者と親権者が分担し、監護者指定が終了するときに清算することが考えられる。これらについては、監護者が親権者に代わって子の身上監護を行う上で必然的に求められることなのだから、家裁の監護者指定審判において、明示的に示す必要がある。

子と親権者の信頼関係が回復し、子が親権者との同居を希望する場合には、監護者指定は終了する。家裁の監護者指定という措置なので、親権者の申立てに基づいて、家裁が子の意思を把握した上で、指定を取り消すことになる。

以上のように、第三者の監護者指定は、監護が開始し継続する段階で、監護者の権限の内容、範囲、親権者との関係性（通知や面会交流等）、取消などフォローすべき実務的課題が多い。かつ、家裁の関与は具体的事案に対応して個別的になる。1、2の最高裁決定は解釈論による対応に限界を見出し、親権喪失、親権停止、児童福祉法28条審判の解決を志向するのかもしれない。しかし、1の事案について山口教授は、「家事事件手続においても、子の意思は調査されるが、第三者の申立権が認められないなら、また申し立てても第三者が監護者となり得ないならば、子の意思はどのように考慮されることになるのであろうか」と指摘している²⁹⁾。立法的措置が講じられるまで、子の意思を尊重するために可能な解釈論を追求すべきではないだろうか。

② 第三者と子との面会交流の場合 2の大阪高決は、民法766条類推適用の基準として、a「父母以外の者であっても、子との間に父母と同視し得るような親密な実質的關係を有し」、b「その者との面会交流を認めることが子の利益に適うと考えられる場合」を挙げる。面会交流の意義を子の人格的利益の保障に求めれば、bで足りると考えるが、①同様、法の欠缺の補充解釈である以上、慎重な対応が不可欠であり、上記基準により実例を積み重ねる中で、基準を緩和していくことが望ましいと思われる³⁰⁾。①のように、監護者の権限の範囲や内容などを個別に検討する必要

はないので、民法766条の類推適用は①よりもハードルは低いといえる。

③ 子の意思の尊重 第三者の監護者指定も第三者との面会交流も子の最善の利益のために存在する。したがって、どちらの場合も、家事事件手続法65条や子どもの手続代理人の選任等によって、子の意思や判断を尊重する手続をとり、子の年齢的成熟と判断能力に応じて、理解可能な客観的な情報を提供したり、専門家による科学的所見に基づき子の将来を見据えた配慮を行う必要がある。

おわりに

本稿で取り上げた1も2も、本来は立法的手当が必要な事項である³¹⁾。しかし、立法がなされるまで当事者、特に子の利益に配慮しないでよいとはいえない。杉原則彦東京家裁所長は、最高裁調査官として担当した別居中の親と子の面接交渉につき民法766条の類推適用を認めた前掲最一小決平12〔2000〕・5・1と2011年の民法766条の改正に言及した上で、「法令に定めがない場合であっても、家裁の裁判官、調停委員、調査官、書記官などが具体的な事案に正面から取り組むことによって、より良い実務が形成され、それが判例の形成に至ること、更には基本法の改正に至ることがあるのです。日々の調停や審判の際には、目の前の当事者間に現にある争いをいかにして解決するかということに心を砕くわけですが、その積み重ねが、判例を形成し、法律を変えることもあるということを心に留めていただければ幸いです」と述べている³²⁾。

韓国民法でも祖父母と孫の面会交流に関する明文の規定が存在しなかったところ、光州高等法院2015年1月7日決定は、祖母と孫の面接交渉権を認め、その理由として、①民法837条1項は面接交渉が子の権利であることを定めており、面接交渉権は子の最善の利益を実現することを主な目的とする自然権として理解できること、②こうした面接交渉権の性質と目的を考慮すると、密接な関係にある親族との交流ができること、③祖母

と孫との面接交渉権は、憲法に定められた幸福追求権、個人の尊重を基盤とする家族生活(36条1項)から導出される憲法上の権利であることを挙げている。ソウル家庭法院2016年2月11日審判も祖母と孫の面接交渉を認めた³³⁾。こうした下級審判例の動向も考慮されて、注31)で記した2016年12月の法改正に至ったものと思われる。

1, 2の最高裁決定が下されてから時日が経っていないが、本決定の解釈はできるだけ早く是正される必要がある³⁴⁾。それが適切な法改正につながるのではないだろうか。

- 1) 家庭の法と裁判30号(2021)71頁。
- 2) 羽生香織「判例評釈」法学教室489号(2021)168頁。
- 3) 棚村政行「判例評釈」判例秘書ジャーナル(文献番号HJ100112, 2021年7月30日)8頁。
- 4) 該当箇所は、民集68巻6号562頁。
- 5) 前注(2), (3)のほか, ①②に関する判例評釈として, 小川恵・法学セミナー800号(2021)125頁, 本山敦・法の支配203号(2021)111頁, 山口亮子・ジュリスト1564号(2021)81頁, ①に関して, 山口亮子・TKCローライブラリー新・判例解説Watch・民法(家族法)No120, ②に関して, 生駒秀俊・月報司法書士594号(2021)47頁など。なお①の審判・決定や第2次申立ての経過等に関して申立人代理人から資料の提供を受けた。記して感謝の意を表したい。
- 6) 民集75巻3号957頁参照。
- 7) 同968頁参照。
- 8) 家庭の法と裁判30号76頁。
- 9) すでに1999年の初版でこのことを指摘している(大村敦志『家族法』(有斐閣, 1999年)258頁)。
- 10) 「子の哀しみを共有し得るのは, 同居していた祖父母であろう」との指摘がある(山口・前注(5)(TKC)112頁)。
- 11) 山口・前注(5)(TKC)110頁。
- 12) 最高裁事務総局家庭局編「親権制限事件及び児童福祉法28条事件の概況〜令和2年1月〜12月」(2021年4月)(Web)による。
- 13) 総務省行政評価局「要保護児童の社会的養護に関する実態調査結果報告書」(2020年12月)(Web)5〜7頁による。
- 14) 前注(6)959頁。
- 15) 小川・前注(5)125頁。
- 16) 朝日新聞デジタル「待機児童『見える』化プロジェクト」(<http://asahi.com>)2021年6

民法766条の解釈論（二宮）

月9日閲覧。なお厚労省によれば、2021年4月時点での待機児童は5,634人だが、新型コロナウイルスの感染拡大による保育ニーズの低下の影響がある。他方、隠れ待機児童は73,670人とされる（朝日新聞2021年8月28日）。

- 17) 当事者間の監護教育の委託では、一方的に解消されるおそれがあるが、民法766条の監護者指定であれば、一方の意思により監護者指定を解除することができなくなり、監護の安定性が確保できる（生駒・前注(5)51頁）。
- 18) 山口・前注(5)（ジュリスト）86頁参照。
- 19) ただし、本審判は抗告審で取り消された（東京高決昭40〔1965〕12・8家裁月報18巻7号31頁）。
- 20) 詳細は、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」右近健男・小田八重子・辻朗編『家事事件の現況と課題』（判例タイムズ社、2006）118～125頁。その後、東京高決平20〔2008〕・1・30家裁月報60巻8号59頁は、「未成年の子に父母があり、その一方が親権者として定められている場合に、未成年の子の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ることは、家事審判法9条1項乙類4号の定める審判事項には当たらないというべきである」として、当該申立てを不適法却下した（なおこの事案は、児童虐待に相当する特段の事情が認定されなかったものである）。条文の形式的適用で申立て却下することができ、かつ、上級審である東京高裁の決定例であることから、家裁実務に大きな影響を与えた。さらに2011年民法改正で創設された親権停止制度の利用が想定されたこともあって、本件大阪高決まで、積極説に立つ事例は公表されなかった。
- 21) 棚村政行「第三者の監護者指定の可否について」木内道祥先生古稀・最高裁判事退官記念論文集『家族と倒産の未来を拓く』（金融財政事情研究会、2018）114頁。
- 22) 田中通裕「判例評釈」判例タイムズ1099号（2002）87頁、床谷文雄「判例評釈」判例タイムズ1120号（2003）83頁等。
- 23) 福岡高決平14〔2002〕・9・13に関する「解説」（判例タイムズ1115号209～210頁）。
- 24) 梶村太一「子の引渡請求の裁判管轄と執行方法」司法研修所論集98号（1997）328～329頁）。
- 25) 棚村政行「祖父母の監護権」判例タイムズ1100号（2002）149頁。
- 26) 申立ての背景の分析として羽生・前注(2)168頁。
- 27) 棚村・前注(3)9～10頁、本山・前注(5)119頁。
- 28) 生駒・前注(5)52頁、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287号（2003）227頁。
- 29) 山口・前注(5)（ジュリスト）86頁。
- 30) 二宮周平「祖父母と孫の面会交流～民法766条の解釈論」戸籍時報818号（2021）6頁。
- 31) 「家族法改正研究会報告書～父母の離婚後の子の養育の在り方を中心とする諸課題について」（商事法務研究会、2021）（Web）では、第三者の監護者指定（55～62頁）、親以外の親族（祖父母等）と子との面会交流（71～73頁）が課題として挙げられている。法制審議会家族法制部会で具体化されることを期待したい。例えば、フランス民法は、「子は、その尊属と身上の関係を維持する権利を有する。子の利益のみが、この権利を妨げることができる」と定める（371条の4第1項）。栗林佳代准教授によれば、祖父母の訪問権が法廷

で争われる場合には、祖父母と子の親との間に深刻な人間関係に関する紛争があり、祖父母の訪問権を認めるための障害は、祖父母の孫に対する有害な態度ではなく、むしろ子の親の閉鎖性にあることがあると指摘する（栗林佳代『子の利益のための面会交流』（法律文化社，2011）266～268頁）。また、大韓民国民法は、2016年12月の改正により、「子を直接養育しない父母の一方の直系尊属は、その父母の一方が死亡したか又は疾病、外国居住、その他やむをえない事情で、子を面接交渉することができない場合、家庭法院に子との面接交渉を請求することができる。この場合、家庭法院は、子の意思、面接交渉を請求した者と子との関係、請求の動機、その他の事情を参酌しなければならない」（837条の2第2項）として、祖父母と孫の面会交流を可能とする規定を設けた。

- 32) 杉原則彦「巻頭言 調停・審判が判例を作り法を変えた」ケース研究341号（2021）2頁。
- 33) 2022年1月30日離婚と子どもの権利保障研究会（立命館大学朱雀キャンパスでオンライン開催）における宋賢鍾インチョン家庭法院専門調査官のご教示による。
- 34) 定評のある実務書は、「この判例により、父母以外の者が子の監護者指定の審判を申し立てることができないとする運用が定着すると思われます」と記述する（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』（日本加除出版，2021）7頁）。