

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

元大阪高等裁判所部総括判事

松 本 哲 泓

[目 次]	
1 はじめに……………	2
2 最近の裁判例の傾向……………	4
(1) 母親優先の原則……………	4
(2) 主たる監護者……………	5
ア 主たる監護者の意味等……………	5
イ 主たる監護者であることを重 視した例……………	7
ウ 主たる監護者の監護に問題が あるとされた例……………	9
エ 主たる監護者であることを監 護者指定の前提にできない場合 ……………	12
(3) 現状の監護の継続性……………	16
(4) 監護態勢……………	20
ア 監護態勢の優劣……………	20
イ 母親の監護態勢に不安がある 場合……………	20
ウ 父親の監護態勢に問題がある 場合……………	22
(5) 監護補助者……………	24
ア 補助態勢の必要性……………	24
イ 監護補助者による監護の位置 付け……………	25
(6) 違法な監護の開始……………	27
ア 違法な監護開始と子の福祉の 関係……………	27
イ 違法性が強い例……………	28
ウ 面会交流の際の連れ去り等 ……………	29
エ 他方の親の同意のない監護の 開始……………	30
オ 原状回復が子の福祉に適うも のではないとした例……………	34
(7) 異性関係……………	36
ア 母親の異性関係……………	36
イ 父親の異性関係……………	39
(8) 子の意思……………	39
(9) きょうだい不分離……………	45
(10) 面会交流拒否……………	47
(11) 暴力……………	51
3 おわりに……………	52

1 はじめに

(1) 夫婦が離婚し、あるいは別居する場合に、未成熟の子をどちらが引き取るべきか。かつては、妻が子を残して婚家を去るというのが一般であった。これは基本的に家制度と大家族制の下でのありようであったといえる。しかし、戦後、家制度は廃止され、核家族化が進み、他方で、女性の生活力も向上したことなどから、最近では、別居の際に、母親が子連れて出るといのが多くなっているといのが実情ではないだろうか。そして、子の監護をめぐる紛争となった場合、子が幼いときは、その健全な発達のためには、母親の細やかな愛情が必要であり、原則として母親の監護に委ねるべきであるとして「母親優先」が主張されることも多い。

この点は、アメリカでも同様であり、10歳くらいまでの子については、母親が監護者となるのが子の利益に適うとする Tender Years Doctrine という原則が絶対的な基準とされた時代があった。しかし、その後、1960年代になると、これは性別に基づく判断であるとして、連邦憲法平等保護条項違反であるとする判例が相次ぐようになり、これに代わり、父母の監護者としての適格性を比較考慮して子の最良の利益を基準とする Best Interests of the Child という原則が行われるようになった。その後、性に左右されない主たる養育者による継続的な監護が子の最良の利益となると推定する主たる養育者優先の推定則ないしこれを重視する考え方も現れた。しかし、一般に父親は外に仕事に出るため子の養育をする時間が短くなり、結局家事を行う母親が優先され、Tender Years Doctrine と同一の効果をもたらすとして、現在では絶対的な原則とはされてお

らず、子の最良の利益を判断する上での一考慮要素とされている。さらに、アメリカでは、同じく子の最良の利益を判断する上での一考慮要素として、友好的に他方親との面会交流を認める親を監護者として適格と判断する Friendly Parent Rule が広く取り入れられるに至っている（五島京子「英米家族法判例紹介1 主たる養育者と監護権の決定」判タ628-135、山口亮子「アメリカにおける離婚後の単独監護者決定基準の変遷(1)」上智法学論集40-3-95）。

我が国においても、母親であることのみを理由に監護者を決定するという立場はとられておらず（後掲【1】仙台高秋田支決平6.5.17）、子の監護者を決定するについては、双方の親の過去の監護状況、監護態勢・監護環境、子との親和性や子の意向等の個別事情を総合的に比較検討して、どちらの親が監護するのが子の福祉に適するかという観点から判断するのが実務の大勢である。

(2) 本稿では、別居した夫婦間の子の引渡し・監護者指定について把握できた裁判例を中心にその傾向を概観する。

その傾向を分析するに当たっては、子の福祉について判断する上での様々な考慮要素のうち、各裁判例において判断のポイントとなったと思われるものごとに分類した。

引用の裁判例は、事件名が監護者指定であるものに限らず、親権者の変更等の事案において実質的に監護者の指定が問題となったものも含めて検討した。裁判例の引用にあっては、固有名詞は仮名とし、当事者については父親母親の別を括弧内に注記するなど決定等の趣旨を損なわない範囲で若干の変更を加えている。裁判例においては、子を未成年者と表記することが多いので、以下では、不統一であるが、子を未成年者とも表記する。

2 最近の裁判例の傾向

(1) 母親優先の原則

従前、乳幼児については、特別の事情がない限り、母親の監護養育に委ねることが子の福祉に合致するとして、母親優先の原則が主張されてきた。同原則は、当時の「乳幼児の健全な成長には母親の存在が不可欠である」という社会一般の常識的な判断とも一致するものとして、これに従う裁判例も多かった。しかし、家庭における父母の役割が多様化した現代においては硬直化した考えであるとの批判が生じ、また、母親に子の虐待や精神疾患等の不適格な事情がある場合や父親に適当な監護養育補助者がいる場合もあることから、無原則に母親優先を認めるのは問題であると認識されるに至っている（松原正明「家裁における子の親権者・監護権者を定める基準」判タ747-306、清水節「親権者の指定・変更の手続とその基準」判タ1100-157）。子の成長のために必要とされる監護環境等は事案によって異なるから、監護権者を定めるに当たっては、双方の親の個別事情を比較検討する必要がある。

【1】仙台高秋田支決平6.5.17家月47-4-40は、原審が、事件本人（子）が1歳未満の乳幼児であり、精神的発達上母親である申立人の監護養育が必要であるとして子の母親への引渡しを認めたのに対して、「1歳未満の時期に母親に養育されなかったからといって直ちに発育上重大な影響を及ぼすとは限らないのであって、事件本人を父母いずれの監護養育の下に置くのが相当か、特に本件のように事件本人につき現在の保護環境の変更を認める場合には、それなりの具体的根拠が示されるべき」であるとし、子を取り巻く双方

の監護環境等の実情を調べる必要があるとして、原審判を取り消し、原審に差し戻した。

双方の親の個別事情を比較検討する際に、母親であることを重視する傾向は根強いように思われるが、母親であることを理由とすることは、性差別であるという批判があり（山口亮子「判批」民商法雑誌132-4・5-192、同「判批」民商法雑誌136-1-140）、もはや、母親であることのみを理由にすることができる時代は去ったというべきである。もちろん、これまで心理学上の用語として「母性」あるいは「母性的養育」という言葉によって表現されてきた、乳児期の哺乳や幼児期のこまごまとした身上監護を基盤とした子と養育者との愛着関係や心理的絆が、子の健全な成長・発達のためには必要不可欠なものであることは疑いないが、そのニーズを満たす者は生物学的母や女性に限定されるものではなく、これらのニーズを満たす者が誰かを検討する必要がある。そこで、この点の考慮は、最近では、性別を問わない「主たる監護者」による監護継続の必要性を検討することにより判断されるに至っている。性差を感じさせる「母性」という用語を判断に際し用いることはもはや適切ではないというべきであろう。

(2) 主たる監護者

ア 主たる監護者の意味等

主たる監護者であることが考慮要素として重視されるのは、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である。この場合の監護者とは、子の精神的かつ身体的なニーズを満たす存在としての適格性を備えたものを指す。子と主たる監護者との間の情緒的な交流や精神的つながりは子の

健全な成長のために不可欠なもので、両親が別居した場合においても、これによる子の精神的安定を図り、その影響をできるだけ少なくするためには、主たる監護者による監護を継続するのが重要であるとされる。そこで、次のような処理方針が主張されることがある。

(ア) 現在も主たる監護者が子を監護している場合には、その監護状況、監護態勢、子の心情・意向等に特段の問題がない限り、現状維持とする。

(イ) 主たる監護者でなかった者が、現在監護するに至っている場合には、過去の監護に問題がなく、引取態勢が整っている限り、子は、原則として、主たる監護者へ引き渡す。

しかしながら、主たる監護者優先の原則というものではなく、主たる監護者であるということは、考慮すべき一つの要素にすぎない。そして、主たる監護者をあまりにも重視することは、育児は母親に任せられているのが一般的である我が国の現状では、結局、母親優先と同じことになるとの批判もある（山口前掲）。

主たる監護者による監護の継続を重視する理由が、上記のように、養育者との愛着関係や心理的絆が子の健全な成長・発達のために重要とされることにあることからすれば、一方の親がより長時間、子と接触してきたことをもって一応は主たる監護者といえる場合でも、その者と子との愛着関係や心理的絆がどのように形成されているかを無視し得ないであろう。要は、子の健全な成長・発達のために、その情緒的な交流や精神的なつながりをどのように評価するかということであるから、どちらが主たる監護者かという all or nothing の判断ではなく、子の福祉の観点から監

護実績を実質的に検討した上で、考慮の対象とすべきであろう。監護実績の評価については、子との接触時間の長短や、家事の分担の多寡等の量的側面だけでなく、監護の内容や子との関わり方等の質的側面についても考慮しなければならない。

裁判例の傾向は、主たる監護者と未成年者との間に親密な親和関係が形成されている場合には、主たる監護者による監護の継続を基本とするが、主たる監護者といえる場合であっても監護態勢や生活環境が顕著に劣るもの、監護中の主たる監護者による監護に看過できない問題があって、それが将来に継続する可能性がある場合などは、主たる監護者であることは重視しない。また、主たる監護者による監護継続の重要性は、事案にもよるが、子の年齢が高くなるとともに次第に低くなり、反比例的に、子の意向等の他の要素の重要度が増すとする。

イ 主たる監護者であることを重視した例

【2】大阪高決平21. 9. 25（平21(ワ)860公刊物未登載）は、父親が2歳の未成年者を連れて、その実家に別居したので、母親が、監護者の指定と子の引渡しを求めた事案である。原審が母親の申立てを認めたので、父親が抗告した。抗告審は「相手方（母親）が未成年者出生以来の主たる監護者としてその養育に当たってきたこと、そして、これまでの相手方の監護に特段問題はなく、未成年者もこれまで相手方の監護の下で養育され、相手方とは別居状態にあったがなお相手方に愛着を示していること、このような相手方と未成年者との精神的なつながりを維持・継続するのがいまだ3歳未満の未成年者の健全な発育のために重要であること、相手方の監護態勢に問題はないこと、抗告人（父親）の監護態勢

が整っているとしても、未成年者の食事や入浴その他の細やかな身の回りの世話については原告人の母親に委ねざるを得ないことを総合考慮すると、相手方に未成年者を監護させるのが未成年者の福祉に適うというべきである。」として、原告を棄却した。

【3】大阪高決平21. 9. 25（平21(ワ)874公刊物未登載、後記(6)ウ参照）は、母親が4歳の未成年者を連れて別居したが、父親が面会交流後に預かった未成年者を返さなかったので、母親から監護者の指定と子の引渡しが申し立てられた事案である。原審判が母親の申立てを認めたので、父親が原告した。原告審は、「未成年者の出生以来、その監護は相手方（母親）が主として担ってきており、その監護に問題があったとは認められず、これに対して、原告人（父親）も監護の一部に関与したことはあるものの、その監護は限定的なものであり、平成20年×月ころに原告人が未成年者を返さなくなったとき以降は、未成年者は原告人の実家において監護されており、その監護の内容自体には問題があるとは認められないものの、相手方を未成年者に会わせることを一方的に拒否しながら監護を継続することには問題がある上（中略）、未成年者の監護の大部分は原告人の父母に委ねられているのであって（中略）、未成年者の出生以来、約4年半にわたって相手方と未成年者との間に一定の愛着関係が形成されてきており、未成年者がいまだ5歳5か月の女兒であることを考慮すれば、主たる監護者であった母と子の精神的なつながりを継続することは未成年者の今後の情緒的成熟のために必要と考えられ、また、相手方は、勤務時間以外は未成年者の身体の世話や食事の世話といった具体的な形で監護することができる（中略）のに対し、原告人において

は、その監護の大部分を父母に委ねざるを得ないのであって、勤務から帰宅した後や休日に監護するとしても、その監護は限定的であって、未成年者の話し相手や遊び相手をするのが中心になることを考慮すれば、原告人の監護意欲、経済力、監護補助の態勢、居住環境に問題はないとしても、相手方に未成年者を監護させることが未成年者の福祉に適うというべきである。」として、原告を棄却した。

ウ 主たる監護者の監護に問題があるとされた例

【4】大阪高決平22. 2. 8（平21(ワ)1084公刊物未登載、後記(9)参照）は、主たる監護者であった母親が、10歳の未成年者（長男）について、監護者の指定と子の引渡しを求めた事案である。母親は長女（15歳）と長男（10歳）を連れて父親と別居し、従前から相談し、その下で勤務するようになった雇主A夫婦の家の6畳一間を借りて住み込んだが、原告人（父親）は、長男が通う小学校に出向き、伯父が危篤であるなどと虚偽の事実を告げて、長男を実家に連れ帰った。原審は、申立てを認容したが、原告審は、双方の監護態勢を検討し、「別居後のA方における生活状況は、いかにも1室を間借りしている状況であり、親子3人が居住するには不十分であって（中略）家族だけの安住の環境はなかったということができ、未だ10歳程度の未成年者にとって、A方での生活が快適で安心できるものでなかったことは明らかであって、未成年者がA方での生活に馴染めず気疲れしていたことは否めない。（中略）相手方は、△△マンションにおいて生活を始めるというものの、（中略）未成年者の心情に配慮した生活環境を構築できるかどうか疑問がある」とし、これに対して、原告人

の監護態勢については、問題はなく、未成年者には生活面でも学習面でも成長がみられ、その環境に適応しているとし、未成年者が父親との生活を望んだ点を重視して、原審判を取り消し、母親の申立てを却下した。

【5】大阪高決平22. 2. 8（平21(ワ)1137公刊物未登載，後記(6)エ，(8)参照）は，父親が11歳の未成年者（男児）を連れて別居したため，母親が監護者指定と子の引渡しを求めた事案である。母親は，主たる監護者であったが，未成年者が小学校に入ることになってからは，その事業のために家を空けることも多く，しばしば未成年者に生まなければよかったという暴言を浴びせて，その心情を傷つけてきた。未成年者は，被告人（母親）に反感を持つに至っており，原審における交流場面観察においても，その反抗的姿勢は顕著であった。原審は，母親の申立てを却下し，被告審も「被告人が未成年者の出生以来の主たる監護者であったことを考慮しても，未成年者が小学校に入学して以降，その監護養育には看過できない問題があり，未成年者の被告人を思慕する気持ちも失われるに至っており，これらを考慮すると，被告人を未成年者の監護者とすることは，未成年者の福祉とならないおそれが強く認められ，他方，相手方（父親）の監護状況については特段の問題がないから，相手方が未成年者の監護養育を継続するのが未成年者の福祉にかなう」として原審判を維持した。

【6】大阪高決平22. 3. 2（平21(ワ)1185公刊物未登載）は，母親が，未成年者A（5歳）及びB（3歳）の引渡しを求めた事案である。母親は，主たる監護者であり，親権者を母親として離婚した後，その実家において父母の援助を受けて監護養育してきた

が，未成年者らを実家に預けたまま一時所在不明となった。そのため，困惑した母親の母が，未成年者らを父親の実家に預け，以後，未成年者らは父親がその父母の援助を受けながら監護養育するようになった。父親は，母親が実家に戻って未成年者らの引渡しを求めたことから，未成年者らの親権者変更の申立てをし，母親は未成年者らの引渡しを求めた。原審が母親の申立てを認めたことから，父親が抗告した。抗告審は，「離婚の約3か月後に，相手方（母親）が，未成年者らを家において約40日間所在不明となったこと，特に，その当時，相手方の両親が，経済的にも，健康面でも，余力をもって監護できるとは到底言い難い状況であったにもかかわらず，両親に何の事情も告げずに所在不明となって連絡も絶ち，その結果，両親が，約10日程度で被告人（父親）方に未成年者らの監護を託さざるを得ない状況となったことは，監護者としての適格性を判断する上での重要な事情として斟酌されるべきである。さらに，離婚後，経済的に困窮していたにもかかわらず，児童手当等の申請もしないままであり，平成21年×月に肩書地に戻って以降も相手方の父母に隠したまま風俗関係の仕事を続け，転職等相手方の述べる生活設計についても，その具体的な見通しは立っていないのである。そうすると，相手方には，未成年者らに対する愛情や所在不明になったことについての反省の気持ちはあるとしても，現実生活への適応力や責任感は著しく不十分であるといわざるを得ず，今後，未成年者らの福祉に資するための安定した生活環境を維持・形成していく監護能力には，疑問を持たざるを得ない。」として，原審判を取り消し，母親の申立てを却下した。

【7】神戸家尼崎支審平22.10.14（平22家809～818公刊物未登載）は、母親が先夫との3児を連れて父親と婚姻し、3児は父親と縁組し、母親と父親との間に2児（原審判時6歳と2歳）が生まれたが、争いの結果、母親が単身別居し、その後、約3か月後に、未成年者らの監護者指定と引渡しを求めた事案である。母親は、同居中、当時16歳から10歳の上の子3人に1歳の末子の世話をさせ、人工乳を与えるなどの食事の世話から、おしめの交換、入浴の世話などもさせ、ときには、その世話をさせるために学校を休ませることもあった。上の子3人は、父親が、経済的な理由で児童養護施設に入所させたが、同未成年者らはそのような世話をさせられたことを理由に母親との同居を拒否している。原審判は、抗告人の同居時の監護状況が適切なものでなく、現監護態勢も整っていないとし、上の子3人については、相手方が離縁の意向であることから、監護者を抗告人と指定したが、引渡し申立ては全員について却下した。そして、抗告審（大阪高決平23.1.25・平22ラ1156公刊物未登載）もこれを維持した。

エ 主たる監護者であることを監護者指定の前提にできない場合

従来の監護実績等から母親を主たる監護者であることに疑問がある場合や、主たる監護者であることは認めながらもこれを重視できないとしたものに次のような例がある。

【8】盛岡家花巻支審平7.2.28家月47-12-53は、母親が、事件本人（子）の引渡しを求めた事案であるが、その経過は次のようである。母親は、その実家で事件本人を出産し、1か月後には夫婦で居住するアパートに戻ったが、その後、週1、2回、やがて毎日のように夜間に事件本人を父親に預けて外出するようにな

り、夫婦関係は険悪化して離婚話が出るようになり、当事者間で話し合いがもたれたが、その際、母親は事件本人の引取りを強く求め、父親は事件本人を母親の下に置けないと考え、事件本人は母親の実家において預かるということになった。そこで、父親が、治療中であった負傷の治療を継続するために実家に帰って別居し、事件本人は、出生後約3か月で母親の母に預けられたが、その約1か月後に治療を終えた父親が事件本人を引き取り、以後、父親が、その両親と祖母の協力を得て事件本人の養育をしている。母親は、父親が事件本人を引き取って約2か月後に本件申立てをした。審判時、事件本人の年齢は、満1歳0か月であった。審判は、「相手方（父親）は、事件本人の出生から申立人（母親）と別居する×月×日までの間、入院した期間を除いては申立人とともに事件本人を監護養育してきたのであり、その後、事件本人を引き取ってから今日に至るまでも主として自ら監護養育しているのであって、その監護養育については同居している相手方の両親、祖母の協力を得ており、事件本人の養育環境に格別の問題は認められないのである。そうすると、事件本人が生後約1年の幼女であって、母である申立人と情緒的交流が必要とされる成長過程にあることを考慮にいれたとしても、なお、申立人と相手方との婚姻関係を維持するか否かについて最終的な結論を出すまでの間は、事件本人を相手方の下で監護養育させることが事件本人の福祉に合致するものというべきである。」とした。審判は、申立人と相手方との婚姻関係を維持するか否かについて最終的な結論を出すまでの間との限定を付しているが、これは当事者間が離婚を巡って紛争中であったことを考慮して説示したものと解され、

結論を左右したものではなからう。

【9】大阪高決平21. 9. 1（平21(ワ)603公刊物未登載，後記(6)ウ，エ参照）は，母親の不貞が原因となって，父親が，4歳の双子の未成年者らを連れてその実家に別居したが，その後，母親が未成年者らを連れ帰ったため，父親が監護者指定と未成年者らの引渡しを求めた事案である。なお，審判前の保全処分による強制執行によって，未成年者らは父親の下に戻されている。未成年者らの世話は，その出生時から父親も，着替えや入浴をさせ，夜間のミルクやおむつ替えも，3時間ごとに起きて行うなど母親と同様に行っており，母親が未成年者らが出生した2か月後からアルバイトに行くようになり，一時期は，午前中は父親，午後は母親が未成年者らの世話をしていた。その後まもなく，月の半分以上を父親の実家で生活し，やがて同所に転居し，父親の母に未成年者らの世話をしてもらうことが多かった。父親は，母親が家事をしている間は未成年者らの世話をし，ミルクを与えたり，おむつ換えなどもしたりしてきた。その後，父親が転職して出張が多くなり，母親が監護することが多くなったが，父親は仕事以外の時間は専ら未成年者らと過ごしてその世話をしていた。未成年者らは，母親にも親和していたが，母親が連れ去った後，父親に「迎えに来て」と言っていた。抗告審は，母親を主たる監護者であったとしたものの，同居中の監護状況において父親が果たしてきた役割が大きいこと，未成年者らと父親との間に母親に劣らない親和関係が形成されていることを前提として，母親に未成年者らを不貞相手やその子らと遊ばせるなど未成年者らの心情に対する配慮が足りず，将来の生活に対して楽観的に過ぎ，監護態勢は

父親が安定しているとして，未成年者らの監護者を父親とし，父親への引渡しを命じた原審判を維持した。

【10】大阪高決平23. 2. 7（平22(ワ)1113公刊物未登載，後記(9)参照）は，母親が，当時1歳4か月の長女Aと生後5か月の二女Bを連れて別居したが，直後に長女を父親に引き渡し，その2か月後に長女の引渡しを求めた事例である。父親は，これに對抗して，二女の引渡しを求めている。決定は，長女について，母親が，専業主婦で長女が生後11か月のときに二女が生まれるまでは，長女の監護を主に行っていたし，二女が出生してから，二女の世話に手を取られて，その世話のほとんどを父親の母に頼ったが，就寝時は共に寝ていたという事実を認定して，主たる監護者であったとしたが，「主たる監護者の監護が子の成長に重要とされるのは，子と主たる監護者との精神的なつながりを継続することが重要とされるからであり，主たる監護者であった者と子に強い精神的な親和関係が形成されていることが前提となっている。そこで，抗告人（母親）と未成年者A（長女）との親和関係をみると，抗告人が，未成年者B（二女）が出生してから，その育児に集中し，未成年者Aの世話をほとんど相手方（父親）の母に任せるようになったことから，未成年者Aは，相手方の母に懐き，その後について回るような状態で，抗告人より相手方の母に強い親和関係を築いていることが認められ，他面，抗告人と未成年者Aとの間には，強い親和関係を形成できていないことが認められる。（中略）これは，抗告人が主たる監護者であった者であるとしても，そのことを理由として監護者としなければならない必要性を減少させるということができる。」とし，母親

の長女引渡し申立てを認めなかった。なお、二女については、父親の引渡し申立てを却下した。

【11】大阪高決平21.12.21（平21(ワ)965公刊物未登載）は、母親が当時6歳の長女と3歳の二女を連れて別居したことから、父親が未成年者らの監護者指定と引渡しを求めた事案であるが、夫婦は、長女が3歳の時に父親の実家でその両親と同居するようになったところ、母親は父親の実家での生活に馴染めず、自室に引きこもりがちで、未成年者らの世話は父親やその母が行うことが多くなり、長女は保育園に通うようになってからは母親よりも父親の母と過ごす時間が多くなっており、母親が主として監護したとはいえない状態であった。そして、未成年者らは父親のもとに戻りたいとの意向を示していた。原審は、長女については父親を監護者として父親への引渡しを命じ、二女については母親を監護者と指定したが、抗告審は、母親の上記監護状態を前提に、未成年者らの意向及び監護態勢は父親が優ることを理由に、未成年者両名とも父親を監護者とし、父親へ引き渡すのを相当とした。

(3) 現状の監護の継続性

かつては、監護者の変更は、子の生活環境を変化させ、子の心理的不安定をもたらすとして、これを避けるために生活環境の継続性が重視されたが、このような考え方については、子の奪い合いを助長し、あるいは、その結果を追認しかねないとして非難されてきた。監護環境の変化については、出生以来の成育歴全体の中で考慮すべきで、特に子が幼少の場合は、主たる監護者に戻すための環境変化を避けることより、主たる監護者との精神的つながりを継続することが重視される（中山直子「子の引渡しの判断基準」判タ

1100-182）。しかし、生活環境の変化が子の生活や精神の安定に影響を与えることは否定できないから、子の年齢や子が置かれている環境、その変化による子への影響の度合い等を具体的に検討する必要がある。子の年齢が高くなると、前記のとおり、主たる監護者との精神的つながりを継続する重要性は次第に低くなるし、子自身の交友関係などを継続することが子の成長にとって好ましい環境が形成されることも多く、これらを見做しできなくなってくる。なお、以下に引用の裁判例では、母性あるいは母親と述べ、母性を重視したような表現がみられるが、これらは主たる監護者と言い換えるべきものである。

【12】大阪高決平20.10.8（平20(ワ)590公刊物未登載、後記(5)イ参照）は、母親が、2歳4月の未成年者の監護者指定及び引渡しを求めた事案である。未成年者出産後、産後うつ症状を呈し、その治療を巡って紛争となって、未成年者の年齢が10か月のころ、別居するに至った。別居後、未成年者は東海地方の父親の実家に預けられた。父親は、関西に単身居住し、月に4回程度帰省して未成年者と接していた。原審判は、母親の監護能力が万全であるとはいえない難く、その監護者としての適格性が相手方よりも明らかに優っているとは即断できない以上、現在の父親及びその両親による安定した監護状況を尊重すべきであるとして、母親の申立てを却下した。別居期間は約1年半に及んでいたが、抗告審は、母親の精神症状は、現在は安定していて、監護能力に疑問を差し挟む事情はなく、監護環境、監護補助者の態勢も整っているのに対し、父親には監護実績はなく、今後も同居して自ら監護することは困難であるとの認定のもとに「現在の監護環境を変更させることは、一時的には未成年者に

相当な不安や混乱をもたらすものと危惧される。しかし、子の監護に第一義的な責任を負うべきものは、親であって、祖父母ではなく、子が実親（特に母性的親）と親密な関わりを構築して、その愛着や依存を満たすことは、その情緒的な安定や精神的な発達にとって極めて重要な意義を有することはいうまでもない。しかるに、本件において、現状を維持して、相手方（父親）の下（その実家）で未成年者を監護することとすれば、抗告人（母親）という母性的親が存在するにもかかわらず、実質的には、その役割を祖母が代替することとなって、未成年者と実母との十分な関係構築が阻害されるおそれがあるというべきである。（中略）未成年者の年齢からすれば、その生活環境が変化した直後等には、混乱や不安が高まったとしても、実母である抗告人と愛着関係を構築することについて必ずしも長期間を要するものとは予想されないし、抗告人の症状の経過や同人が面会交流時に相当な対応をとっていることからみると、抗告人において、そのような関係構築に向けての働きかけをすることが困難であるとも考えられない。そうすると、上記の一時的な混乱等を回避するために現状を維持するということは、長期的な未成年者の発育という観点からみれば、相当な対応であるとはいえず、抗告人との関係を早急に構築すべき必要性がある」として、母親の申立てを認めた。

【13】大阪高決平21. 3. 16（平20(ワ)1245公刊物未登載、後記(6)ウ参照）は、父親が面会交流の際預けられた7歳の長男と4歳の二男とを返さず、母親が監護者指定と子らの引渡しを求めた事案である。抗告審は、別居から1年4か月後の決定において、「未だ7歳と4歳の未成年者にとって、今後とも、母との恒常的な関わりが重

要であり、生活環境を変えることで、未成年者らが一時的に不安定になる可能性があっても、それを避けるために未成年者らと母親との恒常的な関わりを失わせることは、未成年者らの福祉に反する」とした。長男は就学しているが、母親を監護者としても転校の必要のない事案であった。

【14】東京高決平15. 1. 20家月56-4-127（後記(7)イ、(10)参照）は、母親が、協議離婚届が提出された後に、その無効確認訴訟を提起するとともに、未成年者らの引渡しを求めた事案である。未成年者の年齢は、14歳（中学2年）、11歳（小学5年）、8歳（小学3年）であり、別居期間は2年3月となっていたが、抗告審は、協議離婚は成立自体に疑義があり、親権は未だ共同して行使する状態にあるとした上で、母親の申立てを認めた。父親は、事件本人らを母親に引き渡すとなると、転校を強いられることになり、事件本人らの生活の中心である学校環境を変えることによって、事件本人らの生活に重大な影響が生じると主張したが、「被抗告人（母親）は、事件本人らの転校を回避するために〇〇町内に新たな住所を定めるつもりであり、本件記録によれば、そのための準備を進めていることが窺われるから、抗告人（父親）の主張は採用することができない。」とされた。

【15】大阪高決平22. 1. 15（平21(ワ)1268公刊物未登載、後記(6)エ、(7)ア参照）は、父親が、未成年者ら（長男A10歳、長女B8歳、二女C4歳）を連れて別居したところ、母親が、5日後には長男を連れ戻すとともに、未成年者らの監護者指定と長女と二女の引渡しを求めた事案である。これに対し、父親は、未成年者らの監護者指定と長男の引渡しを求めた。父親は医師であり、多忙故にその監

護はほとんど母親に任せており、母親を主たる監護者ということが出来るが、母親がいわゆる出会い系サイトで知り合った男性Xと不貞関係を結び、深夜、未成年者らを放置したまま男性と逢瀬を重ね、これが父親に発覚後もその関係を止めようとしなかったことから、父親において別居したものである。原審は、母親の申立てを却下し、未成年者らの監護者を父親と定め、母親に長男の引渡しを命じた。抗告審は、母親の原審判決後の行動をも検討の上、母親が監護を継続してきた期間は長く、長男Aは、原審判決後、父親が引き取った直後に母親の下に帰るなど、母親との親和関係も強固であったが、未成年者らの監護よりXとの交際を優先する抗告人の姿勢は監護者としての適格性を欠くものといわざるを得ないとし、母親の抗告を棄却した。

(4) 監護態勢

ア 監護態勢の優劣

監護態勢の優劣は、監護者の決定について、非常に大きな要素を占める。そもそも一定の水準の監護態勢が整っていないければ、そのような態勢のない者に未成年者を監護させることはできず、これが主たる監護者という要素より重視される例もある。監護態勢としては、経済力、居住条件・居住環境、心身の健康・性格、子に対する愛情・監護に対する熱意、面会交流に対する姿勢、養育能力、監護補助者の有無・その態勢等、経済的・物的な側面及び精神的環境が検討対象となる。そして、その態勢は、単に現時点における態勢だけではなく、将来を見通した態勢が検討される。

イ 母親の監護態勢に不安がある場合

主たる監護者であった母親の監護態勢に将来的な不安があるとされた事例に次のものがある。

【16】広島高決平19. 1. 22家月59- 8 -39（後記(5)ア，(11)参照）は、父親が母親に対して暴力を加えたために、母親が3歳と2歳の未成年者を残して別居し、その後、未成年者らの引渡しを求めた事案であるところ、抗告審は、「抗告人（母親）・相手方（父親）とも監護者として適性を欠くとまでいえず、（中略）物的な養育環境の面でも、抗告人・相手方とも未成年者らが安定して生活するに足りる住居や保育所などの環境を整えており、この面で両者に有意な差があるとはいえない。しかしながら、今後の未成年者らの人的な養育環境の面を考えると、抗告人は、当面は抗告人一人で現在の住居においてE（前夫との子）の外、未成年者らを養育し、いざというときには友人の援助も期待しているが、養育の意欲に欠ける点はないとしても、一人で未成年者らの監護を全うするのは現実的には困難であるという外なく、友人の援助なるものも具体性に乏しく、これを安易に期待することはできない。また、抗告人は、いずれ〇〇へ転居して実家の母を監護補助者とし、その援助を受けることをも期待しているが、これまでの経緯に鑑みると、その現実的な可能性には疑問を差し挟まざるをえないし、その具体的な態様も明らかでない。これに対し、相手方に関しては、現在の人的な養育環境に大きな変化のないまま、安定的に推移するであろうことが期待できる。」とし、「将来の人的な養育環境が不分明なまま現在の監護状況を変化させることはいたずらに監護の安定性を欠くことになるのであって、相手方の下で生活する方が、未成年者らの福祉に適うというべきである。」

として、母親の申立てを却下した原審判を維持した。

【17】大阪高決平20.9.1（平20(ワ)703公刊物未登載、後記(5)ア参照）は、母親が、三女出産に当たって、4歳（当時3歳）の長女及び二女（双子）を父親の実家に預け、三女出産後まもなく三女を連れて家出し、翌月、福祉施設に入所し、離婚調停を申し立て、かつ長女及び二女の引渡しを求めた事案である。抗告審は、「抗告人（母親）は、現在、母子生活支援施設に入所しているものであり、最近になって、飲食店のアルバイトとして、週に4日、1日に3、4時間程度働き始めたものの、いまだ生活保護を受けている状態であり、しかも、1歳になったばかりの〇〇（三女）を抗告人が1人で監護養育していること、抗告人自身、友人や行政機関の職員に対し、未成年者らの引取りへの不安を訴えていたことからすると、抗告人において、さらに2人の幼児を引き取る態勢が整っているとはいえない。抗告人は、上記施設を出て、定職に就き、親族の援助を受けながら未成年者らを監護養育したいと主張するものの、転居及び就職は、具体性に乏しく、これを安易に期待することはできない。また、抗告人の親族は、資力に乏しい上、これまでも、主に相手方の親族が未成年者らの育児に協力してきた経緯に鑑みると、抗告人の親族による援助についても、多くを期待することはできない。」として、母親の申立てを却下した原審判を維持した。

ウ 父親の監護態勢に問題がある場合

【18】大阪高決平22.12.7（平22(ワ)1083公刊物未登載）は、母親が9歳の長女、6歳の長男、1歳の二男を連れて別居し、その後3児は20日ほどの間に双方間を行き来した末、母親が3児を引

き取ったものの、父親が、長女と長男を学校からその自宅に連れ帰り、1か月後に母親が、長女と長男を学校から母親方に連れ帰って、以後、3児は、母親が監護しているという事案である。父親は、長女と長男を監護していた間に、長男に宿題をさせていなかったり、長女には、自販機を開けてお金を盗む方法を話したりしていた。抗告審は、双方の監護能力、監護態勢、監護に対する意欲、子の年齢及び意向等を総合的に検討すべきとして、母親の監護態勢等については問題がないが、父親については、「同居中においては、未成年者ら（長女及び長男）の監護をほとんど相手方に任せてきたことが認められ、相手方（母親）が夜間のパート勤務に出るようになった後、未成年者らの夕食を作るようになったり、自らが監護していた期間中には、未成年者らの食事の用意なども行っていたことが認められるものの、これまでの生活態度には、長期間無職の時期があるなど就労意欲に問題があったし、未成年者らを監護していた期間中には、このわずかな期間においても、長男の宿題をおろそかにしたりして、十分な監護がされていなかった。抗告人は、これをわずか1週間だけのことでありと主張するが、監護者としての配慮が充分でなかったことは明らかというべきである。そして、また、長女に自動販売機を開けてお金を盗む方法を話したことが認められるが、未成年者にする話としては不適切な内容の話であって、この点も、監護者としての配慮に欠けているといわなければならない」として、父親の未成年者らの引渡し申立てを却下した原審判を維持した。

なお、後掲【34】大阪高決平21.12.16（前記(8)参照）は、父親が未成年者に体罰を与えており、その審判前の保全処分（親権者

の職務執行停止、職務代行者選任)事件において、この事実も考慮され、父親の親権について職務執行停止が認められた事案である。

(5) 監護補助者

ア 補助態勢の必要性

監護態勢を考慮する上で、監護補助者の有無は、大きな比重を占める。監護者が有職の場合についていえば、その就業中の現実の監護の態勢が整っていなければ、子の監護に不安があるからである。そこで、監護能力の優劣は、監護補助者の有無を含めて考慮されている。主たる監護者であっても、監護補助者がいないため、監護態勢が十分でないといわれることは相当ある。

前掲【16】広島高決平19. 1. 22 (前記(4)イ、後記(11)参照)、同【17】大阪高決平20. 9. 1 (前記(4)イ参照)は、いずれも監護補助者がいないために十分な監護態勢がとれないことを、母親の申立てを認めない一つの理由としている。

【19】大阪高決平22. 1. 14 (平21(ワ)1224公刊物未登載)は、離婚後、親権者であった母親が4歳の未成年者の引渡しを求めた事案である。母親は、離婚後、うつ状態となって治療を受けていたが、育児に自信がないといって父親に未成年者を預け、そのため父親が親権者の変更を申し立てたりしたが、調停により、未成年者は母親に引き渡された。しかし、母親は、その後、体調を崩したといって未成年者を父親に預けることが多くなり、平成21年×月の面会交流の際に、父親に未成年者を預けて監護を依頼した。母親は、同年×月に入って未成年者の引渡しと養育費の支払を求めたが、その際、激しい口論となり、父親から暴力を振るわれる

事態となった。その後、未成年者は父親が監護している。母親の未成年者引渡し申立てに対して、父親が親権者の変更を求め、原審は、母親の申立てを却下し、父親の申立てを認めた。抗告審は、「抗告人(母親)は、現在、無職で、いまだ生活保護を受けている状態であり、うつ状態も完治したとまではいえない。抗告人の両親による未成年者の監護の補助は期待できず、また、抗告人のその余の親族についても、これまで未成年者の監護を継続的に補助した実績が認められず、監護の補助を期待しうるか否かは未知数である。また、離婚当初は、抗告人が監護者とされたものの、うつ病を患い生活保護状態にある抗告人が、相手方(父親)に育児を委ねることが多くなり、やがて、抗告人による育児に不安を覚えた相手方が未成年者を監護養育するようになったものであり、かかる経過が2度も繰り返されたことからすると、うつ状態は改善しているとしても、監護を補助する者がいない状況では、抗告人に、未成年者を継続的に監護養育する能力があるかについては相当疑問を持たざるを得ない。」として、抗告を棄却した。

イ 監護補助者による監護の位置付け

現実の監護を監護補助者にほとんど全面的に担当させている場合、それが親族の場合でも、監護補助者の監護は親の監護に劣後すると評価されている。

【20】大阪高決平21. 9. 17 (平21(ワ)617公刊物未登載、後記(6)オ、(7)ア参照)は、父親が、母親及びその両親を相手方として、長女(5歳)と長男(2歳)の引渡しを求めた事案である。母親の入院により、父親が未成年者らを監護してきたが、母親側の親

族が違法な手段で未成年者らを引き取り、現在では、母親が、実家で未成年者らを監護している。父親の監護態勢は、その職業が医師であり、多忙で、多くをその母や近所に住む姉、使用人に委ねざるを得ない状況にあった。原審が申立てを却下したので、父親が抗告した。抗告審は、母親による監護の開始が違法であることは認めながら、原状回復が必ずしも子の福祉に適うといえない場合には、原状回復を求める申立てを認めないこともやむを得ないとの立場をとり、原状回復が未成年者らの福祉に適うかどうかを検討し、未成年者らは、その出生以来、母親の入院時まで、母親によって主として監護されており、これにより築かれた未成年者らとの精神的つながりを継続することは未成年者らの発育のために資するものであるとした上で「相手方〇〇（母親）の監護態勢は、未成年者らの保育所等への通園中等を除き、ほぼ全日、直接、具体的に身体の手世や食事の手世といった具体的な形で関与することができるのに対し、抗告人（父親）においては、その監護は限定的であり、未成年者らが保育所から帰宅してもその母や姉、使用人に委ねざるえない。これらを総合して考慮すると、未成年者らを抗告人のもとに戻すことが未成年者らの福祉に適うとは必ずしもいえない。」として、父親の申立てを却下した原審判断を是認した。

【21】大阪高決平21.9.15（平21(ワ)787号公刊物未登載）は、母親が、うつ病治療に専念するために未成年者（生後10か月）を父親の父母に託し、概ね2か月後に、未成年者の引取りを求めたところ、これを拒否され、監護者の指定及び引渡しを求めた事案である。抗告審は、「抗告人（父親）については、現在の監護状況

に特段の問題はないものの、抗告人自身は1か月の内2週間程度は〇〇県に行っており、その間自ら監護することは全くできないし、自宅に戻っても、未成年者の遊び相手をするなど、監護における役割は限定的であって、監護のほとんどを父母に委ねている状況にある。これらに加えて、未成年者は未だ1歳3か月の幼児であるから、その出生以来主として監護することによって形成されてきた相手方（母親）との精神的つながりを維持・継続することが未成年者の健全な発育のために重要である」とし、母親の申立てを認めた原審判断を維持した。

前掲【12】大阪高決平20.10.8（前記(3)参照）は、関西に住む父親が、未成年者を東海地方の実家に預け、月に4回程度帰省するだけで、自らは監護にあまり関与していなかった事案である。抗告審は、「現状を維持して、相手方（父親）の下（その実家）で未成年者を監護することとすれば、抗告人（母親）という母性的親が存在するにもかかわらず、実質的には、その役割を祖母が代替することとなって、未成年者と実母との十分な関係構築が阻害されるおそれがある」とし、親がある場合に監護補助者を親の代替的存在にすることに慎重な見解を示している。

(6) 違法な監護の開始

ア 違法な監護開始と子の福祉の関係

違法な連れ去り行為によって有利な地位を獲得することを許すことは違法行為を助長させる結果となる上、法律や社会規範を無視する者には監護者としての適格性を疑わせるから、そのような違法な行為をせざるを得ないような特段の事情がない限り、これを不問にすることはできない。

しかし、その監護の開始が違法であるからといっても、それだけで直ちに監護者となる資格がないということではない。重視される事柄ではあるが、これよりも子の福祉が優先される。そこで、監護開始の違法性が強い場合には、それが監護者としての適格性を疑わせるから、これを主な理由として原状回復としての子の引渡しが肯定されることになると思われるが、監護の開始が相手方の承諾を得ていなくても、違法とまではいえない場合や、違法性が低い場合は、原則的に、子の福祉の観点からの監護態勢の優劣等によって決せられることになると思われる。

イ 違法性が強い例

【22】札幌高決平17.6.3家月58-4-84は、2歳の子について、母親が、別居に当たって、実家に連れて行き、その後、父親においてもこれを前提に面会交流していたところ、母親の母が子を連れて買物中、父親が現れて子を無理矢理奪い取り、母親も駆けつけ、交番において話し合ったが、泣き叫ぶ子を抱きかかえたまま、警察官の説得にも応じず、実家の母（祖母）に会わせたいと主張したため、母親においてやむ得ず父親が連れ帰るのを承諾したが、父親が、その後、子を母親に返さず、母親において子の引渡しを求めた事案である。原審は、これを認容し、抗告審も抗告を棄却した。抗告審は、母親の監護権を侵害した違法状態を継続している父親が現在の安定した状態を主張することは到底許されるものではないとした。

【23】東京高決平17.6.28家月58-4-105は、母親が7歳の子を連れて別居し、離婚調停中であったが、幼稚園への通園バスを待っていた子を、父親がその両親とともに待ち伏せて、強引に抱き

かかえて自動車に乗せて連れ去ったという事案である。原審は、父親を監護者と定めたが、抗告審はこれを取り消した。抗告審は、「相手方（父親）及び同人の実父母による事件本人の実力による奪取行為は、調停委員等からの事前の警告に反して周到な計画の下に行われた極めて違法性の高い行為であるといわざるを得ず、この実行行為により事件本人に強い衝撃を与え、同人の心に傷をもたらしただものであることは推認するに難くない。」「このような状況の下で事件本人の監護者を相手方と定めることは、前記明らかな違法行為をあたかも追認することになるのであるから、そのようなことが許される場合は、特にそれをしなければ事件本人の福祉が害されることが明らかといえるような特段の状況が認められる場合（例えば、抗告人に事件本人の監護を委ねたときには、同人を虐待するがい然性が高いとか、抗告人が事件本人の監護養育を放棄する事態が容易に想定される場合であるとか、抗告人の監護養育環境が相手方のそれと比較して著しく劣悪であるような場合）に限られるというべきである。」とした。

ウ 面会交流の際の連れ去り等

面会交流により預かった未成年者を戻さなかった事例では、原状回復が認められる場合が多い。ただ、これらの事例では、面会交流後に未成年者を戻さなかったこと自体を理由にはしていない。しかし、面会交流の実施は未成年者の福祉に重要な意義を持つものであるところ、その実施後に未成年者が戻されないことがあるとすれば、面会交流の実施は著しく困難になる。面会交流における約束違反は、それ自体を原状回復の理由にすることができるとは思われる。

前掲【3】大阪高決平21. 9. 25（前記(2)イ参照），同【13】大阪高決平21. 3. 16（前記(3)参照）は，いずれも父親が面会交流により預かった未成年者を戻さなかった事例であり，母親の子の引渡し申立てが認められている。また，前掲【9】大阪高決平21. 9. 1（前記(2)エ参照）では，母親が面会時に連れ去った子について，審判前の保全処分により，父親の子の引渡し申立てが認められている。

【24】大阪高決平20. 5. 22（平20(ワ)379公刊物未登載）は，5歳の女兒について，夫婦の別居後，毎週日曜日に面会交流がされてきたところ，父親が面会交流のために預かった未成年者を返さず，母親から引渡しが求められた事案である。原審は，申立てを却下したが，抗告審は，「原審判は，これまでの監護養育実績，未成年者に対する愛情等，居住環境及び監護補助者の援助態勢の各点について，当事者双方に有意な差がないと認定している。しかしながら，これまでの監護養育実績についていえば，未成年者が出生してからの5年余の間，抗告人が主に監護養育していたものであり，この点については，それなりの経緯があるとはいえ，抗告人にとって有利な事情というべきである」とし，「未成年者はこれまで継続的に監護養育されてきた〇〇市の抗告人の実家で引き続き監護養育されることが望まれる」として，原審判を取り消し，抗告人の請求を認容した。

エ 他方の親の同意のない監護の開始

他方の親の同意なく開始された監護は，その開始が平穏であったとしても違法であると主張されることがあるが，必ずしも違法であるとはいえない。別居に当たって，親が子を連れて出ること

は少なくなく，その場合，他方の親の同意を得ないで連れて行くことはまれではない。我が国では，親権を有する母親が共同親権者の同意を得ないでした行為であっても，法制度上，これが明確に違法であるとはされていなかったし，従来から，子が幼いときはその養育は母親の責任であり，母親が子のそばを離れることは育児の責任を放棄することであって許されないとする考え方もあって，社会通念としても，母親が父親の同意を得ないまま連れ出したとしても，これが違法であるとは，必ずしも考えられてこなかった。そして，核家族化した現在においても男性が育児を女性にはほぼ全面的に委ねている場合は決して少なくなく，そのような場合に女性が別居するに当たって子を連れ出せないとすれば，子の生命身体に危険が生じることもあり，主たる監護者であった母親が別居に当たって他方の親の同意なく子を連れ出したとしても，他方の親の意向に必ずしも反しないといえる場合もあり，これを一概に違法であるとすることはできない。その違法性の有無は，子の年齢やその意向，連れ出すに当たっての具体的な経緯及び態様等を総合的に考慮して判断すべきであると思われる。

子を相手方の同意なく連れ出すのは，必ずしも母親ばかりではなく，父親が子を連れて別居する例も多いが，これが違法であるといった主張自体されないか，されても違法とは評価されない例もある（前掲【9】大阪高決平21. 9. 1（前記(2)エ参照），【5】大阪高決平22. 2. 8（前記(2)ウ参照），【15】大阪高決平22. 1. 15（前記(3)，後記(7)ア参照，【28】大阪高決平20. 10. 22（後記(7)ア参照））。父親については，主たる監護者であったとは必ずしもいえない場合が多いが，これらの事例では，子の今後の監護養育につ

いて、父親が少なくとも当面の見通しを持っているなど、子の保護の観点からみても、特段の問題がないといった事情から、別居の際の連れ出しについては、違法性がないか、低いと評価されているものと推量される。他方、【25】大阪高決平21.12.15（平21(ワ)1079公刊物未登載）は、別居後、主たる監護者であった母親が監護する4歳の未成年者を父親が母親の意に反して連れ去り、母親が未成年者の引渡しを求めた事案である。父親は、抗告理由として、穏当な態様による連れ帰りであるから違法ではないと主張したが、抗告審は「暴力等を伴わなければ違法にならないということはなく、また、相手方（母親）が未成年者の引渡しを拒否する意向は明らかであるのに、これを無視して父方祖母と共に未成年者を連れ帰った行為が穏当な態様であるともいい難いことから、抗告人（父親）の上記主張は採用できない。」とした。

【26】大阪高決平17.6.22家月58-4-93は、母親が、4歳の未成年者を連れてその実家に別居した後、弟夫婦と幼稚園の運動会に連れて行った際、父親が、母親が競技に気をとられている隙に子を無断で連れ去ったという事案である。母親は、子の引渡しを求め、原審は、これを認容したが、父親が抗告し、抗告理由として、連れ去った父親の行為が許されないなら、母親の行為も許されないと主張した。抗告審は、「相手方（母親）は、未成年者の出生から抗告人（父親）との別居までの間、未成年者の監護を主として担っていたものであるから、そのような相手方が抗告人と別居するに際して、今後も監護を継続する意思で、未成年者とともに家を出るのは、むしろ当然のことであって、それ自体、何ら非難されるべきことではない。」とした。抗告審が、「未成年者と

ともに家を出るのは、むしろ当然」という点は、やや極端とも思えるが、従前の監護状況や未成年者と主たる監護者との親和関係を前提としての判断と解される。

【27】大阪高決平22.3.15（平21(ワ)1218公刊物未登載）は、父親が未成年者（4歳、女兒）の引渡しを求めた事案である。母親は、有職であったが、未成年者出産後の1年は育児休暇を取って育児に専念し、休暇終了後も、主として未成年者の監護に当たり、その監護に特段の問題はなかった。母親の不貞問題などから夫婦間に紛争が生じ、双方から調停が申し立てられていたが、母親は、3月末に未成年者と6歳の長男を連れて別居する旨を調停委員に告げ、父親は、2月末の離婚調停期日に、これを聞き、また、母親が転校手続などを進めていることを知り、母親にその中止を求めたが、母親はこれを拒否した。そこで、父親は、3月初め、監護者の指定と母親が未成年者らを連れ出した場合にはその引渡しを求める旨の審判及びこれを本案とする保全処分 of 申立てを行い、本案については調停に付された上で、これらの事件の期日が4月初めに指定された。しかし、母親は、3月25日、勤務先に出勤したふりをして保育園に赴き、未成年者を引き取り、同所で待ち合わせをしていたその父母に預け、次いで小学校に赴き、長男をも引き取りようとしたが、駆けつけた父親の父母らに阻止された。その後、未成年者は、母親の監護下にある。原審判は、母親は未成年者を連れ出すについて無理矢理同人を奪い去るなどの暴力的行為に及んでいるわけではないこと、家庭裁判所の手続を全く無視する態度までは窺われないこと、それまで同居して監護に当たっていた母親が未成年者を連れて家を出たもので、別居中

の非監護親が監護親の監護下に置かれていた子を連れ去る場合は状況を異にすることなどから、母親の行為には違法性はないとし、抗告審もこれを支持した。「抗告人（父親）は、未成年者の連れ出しが、未成年者の生育環境を一方的に変更するものであると主張するが、未成年者にとってはその両親の別居そのものが生育環境の大きな変化であって、これが避け得ない以上、出生以来主として未成年者の監護に当たってきた監護者が未成年者の監護を継続するために、未成年者を連れて自宅を出るに至り、そのため未成年者の生活環境に変化をもたらすとしても、無理矢理未成年者を奪い去るというような暴力的行為に及んでいるわけではないから、これを違法ということはできない。抗告人は、相手方による連れ去りが調停中や保全事件の審理中であったことを問題とするが、この点も原審判の説示のとおりであり、相手方は、もともと4月の新学期という時期を別居時期と考えて行動してきたもので、家庭裁判所の手続を全く無視する態度までは窺われず、この点の主張も採用することができない。」という。ただし、これに違法性がないと評価されたのは、母親が未成年者出生以来の主たる監護者として監護に当たってきたこと、その監護状況に問題がなかったこと等から、母親の上記行為がなくても母親が監護者と指定されるのが相当な事案であったことが前提となっているものといえよう。

オ 原状回復が子の福祉に適うものではないとした例

監護の開始が違法であっても、原状回復が子の福祉のためにならない場合は、原状回復は認めることができないとした事例もある。

前掲【20】大阪高決平21. 9. 17（前記(5)イ、後記(7)ア参照）は、母親が入院したことから別居となり、当時3歳6月の長女及び1歳6月の長男を父親が監護してきたが、母親の母は、父親側から未成年者らを交互に預かるとの提案を受け、預かった未成年者を父親のもとに戻す意思がないのにこれを隠し、父親側の提案に承諾したように振る舞って、長女の引渡しを受け、その後、長女を父親に返さず、さらに、4人ほどで押しかけ、父親の抵抗を排除して、長男を連れ去ったという事案である。抗告審は、「監護開始が違法な場合、特に、現実に監護する者の承諾を得ず、その監護を排除して連れ去るなどの行為は、これを容認することはそのような違法行為を助長することになるから、原則的には原状回復が認められるべきである。しかしながら、未成年者を誰が監護するかという点については、子の福祉に関わる事柄であり、監護者の指定の基準は子の福祉に適うか否かの点に求められている。したがって、違法に監護が開始された場合であっても、その態様や違法の程度にもよるが、そのこと自体が、直ちに子の福祉を害するというものではないから、原状回復が子の福祉に適うとは必ずしもいえない。そこで、監護開始の違法は、これが未成年者に与えた影響、今後の監護に与える影響を検討し、そのほかの当事者の過去の監護に関する関わりや監護能力、監護態勢等一切の事情とともに考慮して、原状回復が未成年者の福祉に適うとはいえない場合には、原状回復を求める申立てを認めないこともやむを得ない」とし、母親の監護開始は違法であったが、母親の監護態勢に比して父親の監護態勢においては父親の監護への関わりが限定的であるなどの問題点や未成年者らの年齢（5歳と2歳）

を考慮して、父親の監護者指定及び子の引渡し申立てを却下した。

(7) 異性関係

ア 母親の異性関係

不貞行為があったというだけで、監護者の適格を有しないということとはできない。それが未成年者の監護に具体的にどのような影響を及ぼすかが検討されなければならない。不貞関係の生じた時期に一時的に監護状況に不十分な点があったとしても、将来的に、監護態勢が整っており、未成年者が母親の監護を求めている場合は、監護適格はあるとされている。ただ、親の不貞が未成年者に好ましくない影響を与えることはあり得ることで、この点を指摘する裁判例もある。

【28】大阪高決平20.10.22（平20(ワ)867公刊物未登載、前記(6)エ参照）は、母親が、男性関係ができ、単身転居したが、その後も、自宅に通って、9歳と7歳の子の世話をしていたところ、父親が未成年者を連れて、その実家近くに転居し、母親が、自宅に戻って、子らの引渡しを求めたという事案である。抗告審は、母親は男性との交際から家庭の崩壊を招き、未成年者らに不安を抱かせたが、監護者としての適格性を欠くとまではいえず、男性関係のあった時期である転居前の秋以降行き届かない点があったにせよ、それまで主たる監護者であったし、父親は、転居後も、監護者としての関わりは限定的である上、未成年者らも本心では母親を慕っていると推認できるとし、母親の申立てを認容した原審判を維持した。

前掲【20】大阪高決平21.9.17（前記(5)イ、(6)オ参照）は、父

親が、5歳と2歳の未成年者の引渡しを求めた事案であるが、抗告審は、「相手方（母親）については、抗告人（父親）と同居中、未成年者らを寝かしつけてから深夜まで遊びに出かけ、さらにこれが高じて不貞行為にまで至ったものと認められるが、（中略）そのために未成年者らの監護を疎かにしたような具体的事実や、未成年者らに対して悪影響を及ぼしたような具体的事実は認められない。加えて、（中略）従前のような遊びは控えざるをえないし、転居によって監護者としての自覚もできていることを考慮すれば、現時点においては、未成年者らの監護よりも自己の快楽の追求を優先するようなことは考え難い。また、母親が父親以外の男性と不貞をしたという事実は、未成年者らがその意味を理解できる年齢に至った際には、これが未成年者らに好ましくない精神的な影響を及ぼすということは想定できるが、未成年者らがこれを理解できる年齢に至っていない段階では、現在の日常的な監護の必要性がこれに優先する」という。

前掲【15】大阪高決平22.1.15（平21(ワ)1268公刊物未登載、前記(3)、(6)エ参照）は、前記のとおり、父親が母親の不貞を知って、長男、長女、二女の3人を連れて別居したため、母親が、5日後に長男を連れ戻すとともに、未成年者らの監護者指定と長女と二女の引渡しを求め、これに対し、父親が、未成年者らの監護者指定と長男の引渡しを求めた事案である。母親は、父親との同居時、父親の帰宅が遅かったことから、未成年者らが就寝した後、未成年者らだけを自宅に残して不貞相手との密会を重ねていた。また、二女を連れて不貞相手と食事をしたり、自宅において不貞相手を長男の遊び相手としたりしていた。母親は、原審で、

一旦、不貞相手との交際を止める旨を約束したが、それは自己の信念に反するものであったとして、その後も不貞相手を自宅に引き入れ朝まで過ごすなどしている。ただし、原審判後は、不貞相手と長男を会わせたり、自宅に引き入れたりはしていないが、不貞相手との交際を止める意思はなく、自宅外で会っている。抗告審は、「抗告人（母親）がX（不貞相手）との交際により夜間頻繁に外出し、ときには未成年者らを夜間長時間放置したままにするなど、その生活や心情の安定への配慮を欠く行動をとってきた上、抗告人は相手方との同居中にXとの交際を深め、その交際の実態からはこれが不貞行為に該当することが明らかであり、このような行為は、当事者間の婚姻関係を破綻させるだけでなく、未成年者らが両親の下で監護養育されてきた家族環境を崩壊させるものであるにもかかわらず、抗告人は、Xとの交際が相手方との夫婦関係に影響を及ぼすことがあっても、親子関係に影響するものではないとの独自の信念に基づいてXとの交際を継続したばかりか、Xに二女を抱かせたり、自宅に出入りさせて長男の遊び相手をさせるなどしてきたもので、現時点では未成年者らは抗告人とXとの関係を十分に理解していないものの、未成年者らが将来、これらを理解する年齢に達した際の未成年者らの心情に対する配慮を欠く行為である。さらに、抗告人は、原審における審問期日において、Xとの関係が原因で別居に至り、未成年者らに辛い思いをさせたことを自認し、Xとの関係を絶つと述べながら、当審においては上記陳述を翻し、Xとの関係を絶つつもりはなく、Xとの接触は長男にとって悪影響はない旨述べるのであって、このような、Xとの交際を優先する抗告人の姿勢は監護者と

しての適格性を欠くものといわざるを得ない。」とし、母親の抗告を棄却した。

イ 父親の異性関係

父親の異性関係についても、母親の場合と同様、不貞行為があったというだけでは、監護者の適格を有しないとはできない。それが子の監護に具体的にどのような影響を及ぼすかが検討されなければならない。問題とされたものに次の例がある。

前掲【14】東京高決平15. 1. 20（前記(3)、後記(10)参照）は、父親が、別居後約2か月という時期に不貞関係にあった女性を同居させた事案である。父親は、未成年者らに母親代わりの女性が必要と考えたと主張したが、決定は、未成年者らに対する配慮を欠いているとし、抗告を棄却した。

(8) 子の意思

未成年者の意思については、これに従うことがその福祉に適うとは限らない上、未成年者の意思によって監護者が決まることになれば、それは未成年者に一方の親を選ばせることとなり、他方の親を捨てることを強いることに繋がること、未成年者の意思によることは、結論に関する責任を未成年者に負わせることになりかねないこと、未成年者に対する意向聴取そのものが未成年者に大きな精神的負担を与えることなどの懸念から、従来は消極的に考えられていた。しかし、時代とともに、未成年者も自己の意思を表明することができる権利主体であるという考え方が広く受け入れられるようになり、未成年者の意向を検討することの重要性が認識されるようになっている。特に、子の年齢が高くなると、その意思を無視することは相当でない。家事審判規則は、子が満15歳以上であるときは、

家庭裁判所は、子の監護者の指定その他子の監護に関する審判をする前に、子の陳述を聴かなければならないとしている（同規則54条。なお、平成23年5月25日公布の家事事件手続法（平成23年法律第52号）65条参照）。主たる監護者による監護継続の重要性は、未成年者が成長し、親とは別個の生活空間を持つに至ることによって、次第に低減し、これと反比例的に、未成年者の意思を考慮すべき重要度が増すといえることができる。裁判例は、未成年者の意思が強固であり、これに従うのがその福祉となる場合、あるいは従わないとその福祉を害する場合、未成年者の意思の形成が合理的で、これに従うのがその福祉に適う場合などには、未成年者の意向に沿った判断をしている。なお、その意思及びその程度をいかに把握し、どのように評価をするかは、一つの問題である。

【29】大阪高決平20.5.7（平20(ワ)257公刊物未登載）は、母親が、7歳の長男と5歳の長女の監護者指定及び引渡しを求めた事案であるが、父親は、長男は母親と生活することを望まないと述べていると主張した。抗告審は、未成年者の意向聴取の方法は、父親らの直接的な質問より、原審における家庭裁判所調査官（以下「家裁調査官」という。）の調査が妥当であり、その調査の際、未成年者らは父親以上に母親に親愛の情を示したと判断した。

【30】大阪高決平20.10.2（平20(ワ)318公刊物未登載）は、母親が、7歳の長男と5歳の二男の監護者指定及び引渡しを求めた事案であるが、父親は、長男は母親を嫌っており、長男二男とも父親と生活することを望んでいると主張したが、抗告審は、未成年者らの母親に対する感情は表面的なものであり、年齢から考えて、未成年者らの意思を重視することはかえってその福祉に反するとした。

【31】大阪高決平20.11.25（平20(ワ)920公刊物未登載）は、母親が、9歳の長女Aと7歳の長男Bについて、監護者指定及び引渡しを求めた事案である。母親は、未成年者A、B及び末子Cを連れて別居したが、Aは、別居後、なじみのない住居に連れて行かれ、友人のない小学校に転入し、約10か月を経過していた。その後、Aが登校途中父親と会い、その際、誘われたことから、Bとともに父親のもとに移ることを決意し、2人で電車を乗り継いで、父親のところへ行き、以後、父親と同居するに至った。原審が母親の申立てを却下したことから、母親が抗告した。抗告審は、「当時8歳と6歳であった同未成年者ら（A、B）は、相手方（父親）から誘われたとはいえ、自らの意思で相手方の下に帰ったもので、それなりに強い決意に基づく行動と評価すべきであり、その直後に抗告人（母親）が相手方宅に駆けつけ、抗告人宅への帰宅を強く説得した際にも、同年2月下旬に家裁調査官から意向聴取された際にも、同未成年者らは、相手方下での生活を継続する希望を具体的かつ明確に述べ、ことに、未成年者Aは、抗告人の心情を気遣う態度まで示していた。さらに、同未成年者らは、相手方の下に戻ってから4か月余りが経過した同年×月初旬に家裁調査官から再度意向を聴取された際にも、抗告人や未成年者Cと会いたいとの希望を表明しながら、相手方下での生活を継続する希望を具体的かつ明確に述べた。このように、未成年者A及び同Bは、両親の葛藤や度々の生活本拠の変化を体験せざるを得なかった中で、精神的な成長をしてきたというべきであるから、生活の本拠についての希望も、相応の判断能力に基づいて述べられたものと認めるべきである。同未成年者らが、相手方との生活の中で、抗告人を非難する相手方の

態度に影響を受ける可能性があることは否定できないが、それでも、同未成年者らは、抗告人に会いたい気持ちを表明するなど、母である抗告人を慕う気持ちを示しているのであって、この点でも、同未成年者らの意思は尊重に値するものといわなければならない。」とし、原審判を維持した。

【32】大阪高決平21.11.9（平21(ワ)699公刊物未登載）は、主たる監護者であった母親が、11歳の長女と10歳の二女について、監護者指定と引渡しを求めた事案である。父親は、母親と離婚についての話し合いをした際に、未成年者らの前でそのような話をするのは適当でないとして、未成年者らをその実家に連れて行き、その後、実家で未成年者らと生活するようになった。家裁調査官の調査において、長女は母親と会うことができるのであれば友人と離れたくないため、現状のまま相手方のもとでの生活を望む旨述べ、二女は習い事に行くなどのお金の心配がなければ母親と一緒に住みたいが、転校して母親の実家に住むのは嫌であると述べている。母親との面会交流は可能な状況にあった。原審は、母親の申立てを却下し、抗告審は、「未成年者らは、抗告人（母親）を慕っており、抗告人と自由に面会等することを希望しているが、生活の場としては、現状のまま相手方（父親）の実家で過ごし、学校生活や交友関係等が引き続いて維持されることを望んでいる。未成年者らは、それぞれ小学校の高学年に進級して年齢相応の社会性を獲得しつつあるもので、学校生活や交友関係がその成育過程に占める重要性も増していることを考慮すれば、このような未成年者らの意向は十分尊重されるべきである。」と述べ、抗告を棄却した。

【33】大阪高決平22.1.15（平21(ワ)812号公刊物未登載、後記(9)参

照）は、母親が、12歳の長男A、10歳の二男B、6歳の三男について、監護者指定と引渡しを求めた事案である。母親は、主たる監護者として未成年者らの監護をしてきたが、その不貞が原因となって、父親と別居した。原審は、当事者双方とも未成年者らに対する監護の熱意を持ち、居住環境、監護補助者も優劣はないとした上、長男、二男は、父親と暮らすことを望み、母親との面会交流も拒否しており、三男は母親との関係は良好で面会交流を喜んでいるが、父親とも親和しており、兄弟分離は好ましくないとして、申立てを却下した。抗告審における家裁調査官の調査では、長男は、父親と兄弟3人で暮らし、父親の仕事を継ぎたい、自分たちを置いて出て行った母親とは今は会いたくないと述べ、二男も父親と兄弟3人で暮らしたいと述べ、三男は、抗告人を慕う気持ちを明確に示す一方で、兄たちが抗告人に反感を持っていることを認識して、その感情を抑える様子が認められた。抗告審も、「Aは、自分の置かれた状況をほぼ客観的に認識した上、相手方（父親）との生活を希望している。その年齢からみても、抗告人（母親）が不貞という態様で、家族関係を損なったことに不信感、反感を持つことは不自然ではなく、さらに、将来の希望などを含めて、相手方との生活の継続を希望しているものであって、相手方の不当な影響力の行使の結果であるとは認められない。Bについても、相手方や兄の意向を取り入れている傾向は窺えるが、兄との心理的な結びつきが強く、将来を含めた情緒的安定のためにも、その意向を尊重することには十分な理由がある。」とし、三男については、兄弟分離を含む生活環境の変動がその福祉に悪影響を及ぼすことが予想され、抗告人と三男との接触の機会を確保することは必要だが2週間に1度程度の交流が確

保されているとして、原審判を維持した。

【34】大阪高決平21.12.16（平21(ワ)1047公刊物未登載、前記(4)ウ参照）は、離婚し、親権者となった父親が、その後母親の下に移った14歳の男児について、引渡しを求めた事案である。他方、母親は、親権者変更を求めた。離婚に至る前の別居の段階においては、母親が未成年者を監護してきたが、未成年者は、中学校に進学したころから母親が注意すると怒って暴れることが多くなり、その近所から苦情が来るほどであった。そして、未成年者は、父親のところへは頻繁に行き、ついには父親の下へ移った。このような経過で、母親と父親は、未成年者の親権者を父親と定めて協議離婚した。しかし、未成年者は、次第に父親と口論するようになり、父親が叱責すると反発し、そのため父親は一度体罰を加えたこともある。その結果、未成年者は、母親の下へ行き、父親のところへ戻ることを拒否し、児童相談所に一時保護されることとなった。その後、親権者変更申立事件の審判前の保全処分によって父親の親権者としての職務執行を停止し、職務代行者として母親を選任するとの審判を経て、未成年者は、母親に引き取られ、現状は一応安定している。未成年者は、父親との生活に息苦しさを感じたと述べており、父親に対し恐怖心を抱いている。原審は、父親の申立てを却下し、他方、母親の申立てに基づき、親権者を母親に変更した。抗告審もこれを維持した。

前掲【5】大阪高決平22.2.8（前記(2)ウ参照）は、母親が、未成年者を傷つける言動を繰り返したことから、未成年者が、母親に対する反感を持つに至っていたという事案であり、未成年者の気持ちを考慮し、父親を監護者とするのが相当として、母親の引渡し申

立てを却下した原審判を維持した。

(9) きょうだい不分離

兄弟姉妹（以下「きょうだい」という。）がある場合に、きょうだい不分離の原則があるといわれる。確かに、きょうだいの分離がきょうだい間に不平等感や亀裂を招くことはあり得る。そのような場合にきょうだいを分離することは好ましくないであろう。しかし、必ずしもこれが原則として運用されているわけではない。監護状況及びその態勢、未成年者の意思等の総合的考慮の中で判断することになる。

前掲【33】大阪高決平22.1.15（前記(8)参照）は、別居後、12歳の長男、10歳の二男、6歳の三男の3人の子らをいずれも父親が監護しており、長男、二男は兄弟3人で父親と住みたいとの意向を示し、三男は母親を慕う気持ちが濃厚であった事案であるが、原審は、長男及び二男について父親を監護者とすべきとした上で、兄弟分離は好ましくないとして三男についても父親を監護者として、母親の子らの引渡し申立てを却下し、抗告審も、長男二男について、原審と同様に判断するとともに、三男について、「兄弟分離を含む生活環境の変動がその福祉に悪影響を及ぼすことが予想される」として原審判を維持した。

【35】大阪高決平21.7.31（平21(ワ)667号公刊物未登載）は、夫婦間に長男（6歳）と長女（2歳）があり、別居の際、未成年者（長男）は父親が、長女は母親が引き取ったが、その後、母親が未成年者について監護者の指定と引渡しを求めた事案である。別居期間は約2か月である。決定は、母親を主たる監護者と認定し、父親の監護態勢が母親に比して顕著な優位性を持つものではなく、主たる監

護者との密接な関わりが保たれる必要が大きいとし、未成年者と長女との関係も良好であると窺われるので、このような兄妹は分離することなく生活させるのが望ましいとして、母親の申立てを認容した原審判を維持した。

上記の2例は、別居後もきょうだいと共に育てられているか、分かれてもその期間が比較的短く、きょうだい間に親密な関係ないし良好な関係が築かれている例であった。他方、きょうだい間の関係が良好でも、きょうだいを分離する判断がされた例もある。

前掲【4】大阪高決平22.2.8（前記(2)ウ参照）は、母親が15歳の長女と10歳の長男を連れて別居し、父親が長男を連れ出したので、母親が長男の引渡しを求めた事案である。長女の監護者は問題となっていなかったこともあるが、決定は、長男が長女と会いたいという気持ちを持っているなどその間の良好な関係を認定しているものの、監護環境や長男の意向を重視して、きょうだい分離の当否には触れずに、母親を監護者とするのは相当でないとして、母親の申立てを却下している。

主たる監護者の監護能力や監護態勢に問題がある場合は、きょうだい分離もやむを得ないとされているようである。

【36】大阪高決平20.10.28（平20(ワ)364公刊物未登載）は、父親が、母親が別居しようとしているのを知り、先手を打って、母親の外出中に、4歳の長女と2歳の二女を連れて所在を隠したというもので、母親が未成年者らの引渡しを求め、父親も監護者指定を求めた事案である。主たる監護者は母親であったが、父親も積極的に育児に協力し、特に二女妊娠後、長女の面倒は、主として父親が見ていた。母親は、精神的に不安定になると、未成年者らの適切な躰が

できず、未成年者2人とも監護を任せるには不安があった。父親は、別居後、ほぼ適切に監護しており、不適格とはいえないが、重点が長女に傾き、二女への配慮が欠ける面があった。抗告審は、長女の監護者を父親、二女の監護者を母親と定めた。

前掲【10】大阪高決平23.2.7（前記(2)エ参照）は、母親と長女との間に深い親和関係が形成されていなかった事案であるが、二女については、その監護を主として母親が担っており、母子関係も良好で、二女に対するこれまでの監護にも問題はなかったことから、その監護は母親が継続して行うべきものとした上で、母親の監護能力がこれまでの長女に対する監護状況から十分でないとし、上記のように親和関係ができていなかったことから、抗告人が長女を引き取った場合には抗告人の負担は過大となって、過去の行動からその監護に不安があるとし、きょうだいを分離することについて、「本件においては、未成年者A（長女）と未成年者B（二女）が分離して監護されることになったのは未成年者Aが1歳4か月、未成年者Bが生後5か月のころであって、その間に親密なきょうだい関係は形成されていないし、未成年者らの年齢が低いこともあって、当面は、未成年者Aと未成年者Bとを分離して監護することについて特段不都合な問題が生じることはない。」とした。

(10) 面会交流拒否

親権者や監護者の指定を巡っては、子を夫婦のどちらがとるかという観点から、激しい争いとなることも多い。しかし、子にとっては、夫婦が離婚ないし別居したとしても、その双方ともが親であって、子の健全な成長のためには、子が双方の親から愛情をもって接せられることが、重要なことである。一方の親が子を独占するとい

うことは、子の福祉のためにならない。近時、面会交流が重視されるゆえんである。両親ともが子に対して親としての責任を有するわけであるが、その責任の在り方として、子を他方の親と交流させる義務があるといえよう。そこで、面会交流を認める態勢にあるかどうかは、監護者決定の基準として大きな意味を持つ。

現在の実務では、監護権の帰属は子の福祉の観点から判断されるべきものであり、面会交流拒否という一要素だけで監護者適格がないとはしていないが（別途、調停ないし審判により、面会交流を認めれば足りるからである。）、子が幼少であって、面会交流を認めないことによって弊害が生じるおそれがある場合などは、子の引渡し申立てが認められる場合もある。

前掲【14】東京高決平15. 1. 20（前記(3)、(7)イ参照）は、面会交流の合意をしたが、子を監護する父親が非協力的な態度にあるため、その円滑な実施は困難な状況にある事案である。抗告審は、子らと母親との精神的結びつきや母親への思慕の念の強さ、母親の下で生活したい旨の意向のほか、父親は母親との面会交流の実施に対して非協力的な態度に終始していること等を考慮すると、子らを母親に監護させることがその福祉に合致するとして、子らの引渡しを命じた原審判を維持した。

【37】大阪高決平21. 6. 30（平21(ワ)211公刊物未登載）は、父親が、4歳の女兒について、平成20年×月の別居以来、主たる監護者であった母親との面会交流に一切応じなかった事案である。原審は、父親の監護状況に問題はなく、母親の監護状況が父親に比して優れているとはいえず、未成年者にとって、父親の実家が最もなじみの深い場所であることから、監護状況を変更すべき必要があると

はいえないとして、母親の監護者指定及び子の引渡し申立てを却下したが、抗告審は、次のとおり述べて、原審判を取り消し、母親の申立てを認容した。

「主たる監護者は母親である抗告人であり、その過去の監護に特段の問題はなく、将来の監護についても十分な態勢が整えられている。他方、相手方は現実に監護しているのであるが、その監護については、相手方の母の補助に依存している点が大きい以上には、現状では特段問題はない。しかしながら、相手方は、抗告人と未成年者の面会交流（面接交渉）を長期間認めてこなかったし、今後もこれを認める見込みがない。既に述べたように、別居した父母であっても、双方が子の養育に関わることは子の福祉にとって重要であり、面会交流は、子が非監護親から愛されていることを確認し、非監護親と交流する機会として、子の健全な成長にとって重要な意義があるもので、これを制限する事情がないのにこれを行わないのは子の福祉のために好ましくない事情といえる。本件においては、未成年者の年齢が4歳であって、母親との面会交流は特に重要と考えられるが、相手方はこれを拒否しており、記録によれば、原審の家裁調査官が面接した際には抗告人に対する愛情を素直に表現することが多かったのに、その後の相手方の監護養育の期間を経て、当審の家裁調査官が未成年者に面接した際には、抗告人に対する強い拒絶反応を示すに至っているが、これは子の福祉にとって憂慮すべきことである。このまま相手方の監護を継続することは、未成年者が未だ4歳という本来母性を必要とする年齢であるのに、抗告人と未成年者との精神的な結びつきを一層希薄にする可能性が多大であり、未成年者に抗告人による愛を感じつつ成長する機会を奪うもの

で、その精神的成長に悪影響を与えかねないものである。そうすると、相手方の監護を継続することは、未成年者にとって好ましくない事情があるというべきであり、他方、抗告人は、自らが監護する場合にも相手方の面会交流を認める意向にあるし、前記のとおりその監護態勢に問題はなく、実親が直接的により多くの監護を行うことができるという意味で抗告人の方が相手方より優れていること、また、監護する者を変更することについても、未成年者が相手方に監護されていた期間が短いこと、従前は抗告人が主たる監護者であって未成年者も抗告人に親和性をもち、しばらく面会する機会がなかった以上にその親和性を害する事情はないこと、年齢からみて環境の変化の影響も少ないといえることからすると、未成年者の監護者として抗告人を指定し、相手方に未成年者を抗告人に引き渡すように命じることが、未成年者の福祉に適うと認められる。」とした。

【38】東京家八王子支審平21. 1. 22家月61-11-87は、母親と父親は家庭内別居状態となり、離婚が問題となっていたところ、母親が7歳の未成年者（男児）を連れて別居したので、父親が未成年者の引渡しを求めた事案である。審判は、母親が未成年者を乳幼児のころから現在まではば専業主婦として食事や身の回りの世話をしてきたこと、母親と未成年者との関係は良好であることから、未成年者に安定的な母子関係を形成することが重要で、未成年者と母親とを分離することには問題があり、未成年者を父親の下に移すと転校を余儀なくされ、学校生活の継続性を失わせるとしたものの、他方で、母親には、未成年者が幼稚園で精神的に不安定な状態となった際に十分な対応をしなかったなどの従前の監護養育状況に問題がなかったとはいえず、未成年者を身近に置いて十全に監護できる状況

にあるとはいえない上、適切な監護補助者もないとし、加えて「相手方（母親）は、申立人（父親）と未成年者とが面接交渉（面会交流）をすることについて反対の意思を有しており、本件申立て以後においても、未成年者の通院等の手続についても申立人の協力を拒むなどし」、「相手方のかかる態度については、申立人と未成年者との交流を妨げる結果となっており、未成年者が社会性を拡大し、男性性を取得するなどの健全な発育ないし成長に対する不安定要素となっている」として、「相手方を未成年者の監護者と指定し、相手方において引き続き未成年者の監護養育を行うことよりも、未成年者の監護者については、申立人と定めてその下において養育させるのが未成年者の福祉にかなう」として、父親の申立てを認めた。

(11) 暴力

父親の母親に対する暴力は、子に対して向けられていない場合であっても、子の健全な成長を阻害する。甚だしい継続的な暴力がある場合には、それだけで監護者としての適格性がないというべきである。ただし、未成年者に具体的な害が発生しておらず、今後も暴力が未成年者に向けられるおそれがない場合には、総合的な判断により、父親を監護者とする場合もある。

前掲【16】広島高決平19. 1. 22（前記(4)イ、(5)ア参照）は、父親が母親に対しては夫婦喧嘩の際に暴力を振るい、養子である11歳の子にも暴力を振るっており、別居の原因は、夫婦喧嘩の際に暴力を振るわれたことから、母親が、養子のみを連れ、未成年者らを残して家を出たところ、母親への監護者指定が認められなかったという事案である。父親の暴力と監護者としての適性に関しては直接判断

されていないものの、父親は、未成年者らに暴力を加えることはなく、未成年者らは父親による監護の下で安定していることなどが重視された事案といえる。

3 おわりに

- (1) 以上に概観したところを、重複をいとわずまとめてみると、最近の主な裁判例は、子の福祉について判断するに当たり、子の精神的かつ身体的なニーズを満たす存在としての適格性を備えた主たる監護者による監護の継続が子の成長に重要であるという考え方を基本に展開していることが分かる。つまり、主たる監護者であった者による従来の監護に問題がなく、その監護能力や監護態勢等に問題がなければ、今後の監護は主たる監護者であった者に委ねるのを、基本的な姿勢とし、主たる監護者であった者以外の者を監護者とした事例では、その他に重視すべき事情が存在するものであったといえる。

基本的な立場を採用したのが【2】、【3】、【12】、【13】、【20】、【21】等である。そして、主たる監護者と扱えるかどうか疑問を呈したのが【8】ないし【11】、従来の監護に問題があったのが【4】ないし【7】である。主たる監護者といえるかどうか疑問がある場合の多くは、その監護に問題があったとされるのではないと思われる。主たる監護者であった者の監護態勢に問題があるとされたものが【16】、【17】、監護補助者がいないことによって監護態勢が十分でないとされた例が【19】、監護適格に疑問があるとされた例が【15】である。

現在の監護に問題がある場合は、当然、監護者変更が問題とな

る。【15】、【18】、【34】はその例といえる。

- 現在の監護が違法に開始された場合については、現在の監護者の監護適格に問題があるとされる。【22】、【23】は、監護開始に強い違法性が認められる事例である。面会交流時の連れ去りについては、【3】、【13】、【24】が、結果として、原状回復を認めている。別居に当たって、他方の親の同意を得ていない事例では、これが違法と評価されるかどうか、監護適格に問題があるとされるかどうかは、微妙な問題がある。正当な理由がないのに面会交流を拒否することは、面会交流の重要性から考えて、監護者としての適格性に疑問を呈することになる。【14】、【37】、【38】はそのような例である。
- (2) その他に重視すべき事情として、子の意思は、無視できない要素である。特に子の年齢が高くなると、その意思が尊重される傾向は強い。主たる監護者であった者による監護の継続より子の意思が尊重された事例が【31】、【32】、【33】である。

また、子が複数の場合、その監護者の判断は、まず、それぞれの子についてされ、その上で、結論がきょうだいを分離することになる場合、改めて分離が子の福祉にとって適切か否かを検討することになろう。きょうだい間の結びつきを考慮して不分離とした例が【33】、【35】であり、分離をやむを得ないとしたのが【10】である。

(3) 以上のように主たる監護者であったことを重視することは、女性が育児を担うことが多いという現実からは、性による差別であるという批判があることは前記のとおりである。しかし、現状では、女性が主たる監護者と評価される場合が多いとしても、具体的な事案における父母の監護態勢等によっては、常に母親が監護することが子の利益になるとはいえず、男女が平等であることを前提にすれ

ば、監護の継続性をも性差のない事実ととらえ、これに双方の監護態勢等を総合考慮して、子の利益を判断することになると思われる。現に、男性が主たる監護者と認定された事例もないではない。

つまるところ、監護者の指定の判断基準は、飽くまで子の福祉になるかどうかということであるが、子の福祉を判断するについて、絶対的な基準とか優先的な原則というものはないから、現在及び将来における監護環境が子の福祉になるかどうかは、個々の事案で具体的な事実に基づき、経験則や行動科学の知見も踏まえながら、検討されなければならない。その場合、主たる監護者であるとか、生活環境の変化、母親又は父親の不行跡、DVといったものが、どの程度子の精神的な安定や成長に影響するかという点は、抽象的にではなく、具体的に検討する必要がある。その際には、夫婦が別居した場合でも、面会交流による親子間の心理的な絆の継続が重要となることも考慮すべき場合がある。上記の裁判例の検討が、多少でも、実務の参考になれば幸いである。

家事関係裁判例