

親権の概念の整理等及び父母以外の者を監護者に指定することを可能とする方策について（二読）

5 第1 はじめに

本研究会資料11-2において検討を行った論点のうち、親権の概念の整理等（同資料第2）及び父母以外の者を監護者に指定することを可能とする方策（同資料第3）については、前回会議において、規律の在り方について更に検討を進めるべきであることに概ね意見の一致があった。

10 もっとも、いずれの点についても、最終的な取りまとめをするためには、更に整理を行うべき論点が残されているものと考えられる。

本資料は、これらの論点について、更に検討を行うために、検討すべき点をまとめたものである。

15 第2 親権の概念の整理等について

1 検討の方向性

(1) 前回会議における議論の状況

資料11-2では、親権の法的性質について、親権は権利であり義務でもあるという理解を前提に、親権について、「子に対しては義務性の観点から規律を置きつつ、第三者に対する権利を明示する規律を置く」という方向性が提案されていた。このような考え方に対して、前回会議では、親権を親の子に対する義務・責任を中心として捉えるという基本的方向性について異論はなかったものの、以下のような指摘がされた。

25 ① 親権者の「義務」は、通常の法的な「義務」とは内容が異なることから、それとは異なる言葉で説明すべきではないか。もっとも、これを単純に「責任」の語で置き換えた場合には、「責任」を有さないこととなる親（現在の非親権者）が、養育費の支払義務等の負担も負わなくなると誤解されるおそれがあることから、例えば、「責務」等の他の言葉で概念を説明してはどうか。

30 ② 第三者に対する権利性を明示した場合には、児童虐待等のために第三者が親子関係に介入すべき場面で、当該権利が濫用されるおそれがある。そ

ここで、例えば、上記①の「責務」という概念の中で、子の利益のために第三者からの不当な介入を排除する責務を負っているというような形で表現すべきではないか。

- 5 ③ 親の子に対する責任を中心に捉えるとしても、特に子が幼少である場合等、子に対して親が権限を有していることも確かであることから、その点が不明確にならないようにすべきではないか。

10 また、親権という用語については、親の子に対する義務・責任と捉えるという考え方から、「親責任」という用語を推す意見や、上記①の考え方から、「親の責務」といった用語が適切であるとする意見等があった。

15 さらに、親権の帰属と行使の点については、未成年養子縁組後の親権のあり方が問題となる場面を念頭に、親権の潜在的な帰属主体と行使主体とを分けて考えることについて賛成する意見があった。もともと、仮にこの方向性で規律を設けるとすると、子を巡る他の場面にも影響が及ぶところ、特に離婚後の非親権者によって潜在的な親権が濫用されるおそれがある等の指摘にも留意しつつ、慎重に検討すべきであることも指摘された。ただし、この点については、親権概念を子に対する義務・責任（責務）として捉えるという見直しを併せて行うとすれば、そのような濫用のおそれは限定的かもしれないとの指摘もされた。

(参考) 親権の在り方については、懲戒権に関する規定等の見直しを検討している法制審議会民法（親子法制）部会においても検討されている。同部会資料13-1では、以下のような中間試案のたたき台が示されている。

25 「2 懲戒権に関する規定の見直しに伴う検討事項

(1) 懲戒権に関する規定の見直しに伴い、親権者の一般的な権利義務を定めた民法第820条を次のように改める。

① 親権を行う者は、子の利益のために監護及び教育をする権利を有し、義務を負う（注）。

30 ② 親権を行う者は、①の監護及び教育に際して、子の人格を尊重しなければならない。

(2) 居所指定権を定める民法第821条及び職業許可権を定める民法第823条を見直すことについては、慎重に検討する。

(注)「権利を有し、義務を負う」に代えて、「義務を負い、権利を有する」とすることについて、引き続き検討する。 」

35

(2) 検討の方法

5 以上のように、上記の各論点については、親権概念の抜本的な見直しも視野に入れた検討を進めるべきであるとの意見があるが、上記(1)のとおり、各論点は相互に強く関連しているところ、まずは、親権の法的性質について一応の共通認識を持つことが重要であるように思われる。

10 この点について、親権の法的性質に関して単純な理解が容易でないこととの背景には、それが元々権利であり義務でもあるという多面的な性質なものであることによるところが大きい。更に、親子間の法律関係が、親子間に当然に生ずるものから、親権者と子との間にのみ存するものまで複層的な構造が存在しており、それらの境界が必ずしも明らかでないこともあるものと考えられる。

そこで、本資料では、まず、親子間の法的関係について整理を行った上で、親権の法的性質について整理を行うこととする。

15 2 親子間の法的関係の整理

現行法における親子間の法的関係については、研究会資料2において幅広く検討を行ったところであるが、それ以降の議論を踏まえて改めて整理すると、以下のとおり分類することができるものと考えられる(注)。

20 (注) 嫡出でない子の未認知の父親や、特別養子縁組後の実親は、法的な親とは位置付けられないことから、以下の検討では考慮に入れていない。そのような親についても、子に対して何らかの義務(子に対する扶養義務等)を負っていると考えられることも、理論的にはあり得ると思われるが、必ずしも一般的な考え方とはいえ、別途の検討を要すると思われる。

(1) 親子であることから当然に生ずるもの

ア 扶養義務

現行法下において、親は、未成熟子に対して、いわゆる生活保持義務を負っていると解されている。

30 ただし、このような義務の法的根拠については必ずしも明らかでなく、①民法第877条第1項とする考え方、②血縁を基礎とする親子関係の本質に求められ、条文上の根拠を要しないという考え方、③民法第820条に基づく子に対する監護の義務に含まれるという考え方等があるが、定まった見解はない状況である(資料2「第2」1(1)イ参照)。

35 また、例えば、2回の未成年養子縁組によって、養父母各2名及び実父

母2名が存在しているといったような状況を考えたときに、これら6名の親が子に対して同等の義務を負っているのかという点は、なお検討をする必要がある（資料12-1「第9」1(2)参照）。

5 **イ 特別養子縁組の同意**

特別養子縁組の成立には、養子となる者の父母の同意が必要であるとされている（民法第817条の6）。ここでいう「父母」については、養父母及び実父母の双方を含む全ての親であると解されている。

10 **ウ 婚姻の同意**

未成年の子が婚姻をするには、父母の同意を得なければならないとされている（民法第737条第1項）。ここでいう、「父母」は親権の有無にかかわらずとされている。

15 なお、本条は、成年年齢の見直しと婚姻開始年齢の引上げによって未成年者が婚姻することができなくなることとの関係で、令和4年4月1日の改正民法施行の際に削除されることとなる。

(2) 親権者以外にも認められるが一定範囲の者に限られるもの

ア 親権者変更によって親権者となり得る地位

20 父母の離婚後の子について、子の利益のため必要があると認めるときは、家庭裁判所は、子の親族の請求によって、親権者を「他の一方」に変更することができる（民法第819条第6項）。また、嫡出でない子について認知をした父は、父母の協議又は家庭裁判所の審判によって親権者となり得る（同条第4項及び第5項）。

25 もっとも、父母の離婚によって非親権者となった者については、最高裁平成26年4月14日決定民集68巻4号279頁は、「同条の規定の構造や同条6項の規定の文理に照らせば、子が実親の一方及び養親の共同親権に服する場合、子の親権者を他の一方の実親に変更することは、同項の予定しないところというべきである。」としており、少なくとも、常に親権者変更によって親権者となり得るわけではない。

30 嫡出でない子を認知した父についても、上記判例との関係で、当該子が既に母の配偶者の養子となっている場合等にも、当該父を親権者と定めることが許されるかについては検討を要することになるものと思われる。

35 **イ 民法第766条の「子の監護について必要な事項」の定めを求められる**

地位

5 父母が協議上の離婚をする場合には、子の監護をすべき者、父又は母と子との面会及びその他の交流、子の監護に要する費用の分担その他の子の監護について必要な事項を定めることとされており（民法第766条第1項）、同条は、裁判上の離婚についても準用されている（民法第771条）。

民法第766条は、直接的には、父母が離婚をする場合のことを定める規定であるが（婚姻しているが別居中の父母についても同条が類推適用されると解釈されている。）、民法第788条により、嫡出でない子の父母についても準用されている。

10 そうすると、少なくとも、離婚後の非親権者や、認知をした父については、子に関する監護費用の分担や子との交流を求め得る、又は求められ得る立場にあるといえる。

これに対し、未成年養子縁組がされている場合における、養親と実親との関係については、現行法上、規律がない。例えば、未成年養子縁組がされている場合に実親が養子との面会を求めることができるか（法的には、民法第766条第2項及び第3項が類推適用され、家事事件手続法別表第2第3項の子の監護に関する処分の事件として扱われ得るか。）という点（注1）や、実親と養親との協議により実親を監護者と指定することができるのかという点（注2）については、必ずしも明らかではない。

20 (注1) この問題は、まずは、子のために実際に面会交流を実施するのが相当な場合があるか否かという価値判断の問題ではなく、法的に家事審判事項に該当し得るか否かという法理論的問題として捉えるべきものと考えられる。すなわち、実施の適否については、様々な状況（社会的養護の場面や、反対に、父母関係が円満なときにその父母の一方の両親と孫養子をした後に父母関係が破綻したという場面等）を前提に実質的検討を行う必要があるが、ここでは、ひとまず、特定の状況とは離れた法的検討を加えようとしている。

30 (注2) 節税を目的とした孫養子の類型であれば、実際には、実親が養子を監護することについて、養親と実親とで合意されていることもあると思われるが、この合意の法的性質は明らかでない。

もっとも、この点については、そもそも民法第766条の監護者指定の法的な効果が判然とせず、単なる監護を委託する契約と同様のものに過ぎないのか、それとも、例えば親権者の監護義務の一部を減免させるといった身分法上の特殊な効果が発生するものなのかについても、必ずしも明らかでない（第3参照）。

(3) 親権者

親権者と子との関係については、資料12-1「第3」参照。

(4) 小括

5 以上の整理をまとめると、以下のとおりである。

すなわち、まず、親子の法律関係の中には、扶養義務、特別養子縁組の同意及び婚姻の同意といった、親であることから当然に認められる法律関係がある。このうち、特別養子縁組や婚姻の同意は、一見すると親の権利であるかのようにも見えるが、いずれについても、一次的には、未成年者が自ら十分な判断をすることができない状況下において、子の利益が害されるような縁組や婚姻がされることを防止する観点から、同意が求められていると考えられることから（いずれについても、子の利益の観点から親の同意を要する必要がないと考えられる場合には、親の同意がない場合にも婚姻や縁組ができる場合が規定されている（民法第737条第2項、第817条の6）。）、これらの同意も、第一次的には子の利益のために行うべき親の義務ないし責任・責務としての意味合いが強いものと考えられる。

10 15 そうすると、親であることか当然的に認められるこの「基礎的な」法律関係については、その義務、責任、責務としての性質から「職分」といった概念になじむものであることから、これらの事項は、親であれば当然担うべき「基礎的職分」として理解することができる（義務、責任、責務等の用語の候補があることから、以下では、議論のための価値中立的な概念として「職分」の語を用いる。）。
20

そうすると、親権とは、これとは別の概念として整理すべきこととなるから、上述の「基礎的職分」に上乗せされる「上乗せ職分」（「上乗せ」に代わる用語として、「追加的」、「本質的」、「実質的」等も考えられる。）として整理することができるように思われる。
25

これらに対し、上記(2)イのとおり、親権者変更によって親権者となり得る地位は、父母の離婚後において、親権者の配偶者と連れ子養子縁組がされた場合の非親権者は有さないこととされているし、民法第766条の「子の監護について必要な事項」を定め得る地位についても、未成年養子縁組後の実親については何ら規律がなく、そのような地位を有しているかは明らかでない。このように、現行法では、どのような者がその地位にあるかは、必ずしも統一的な説明がされていないように思われる。この点については、例えば、親権の帰属と行使を分けることの当否に関する議論との関係において、「基礎的職分」と「上乗せ職分」との間に位置づけられる「中
30 35

間的職分」と位置づけた上で、その性質を潜在的に「上乗せ職分」を担える者が負うものとするなどして、整理し直す余地もあるものと考えられる（後記4）。

このような整理を前提に、以下、更に検討を行う。

5

3 親権の性質及び名称

親権概念について、上記1のとおり、親であることから当然に担うべき「基礎的職分」に上乗せされる「上乗せ職分」であると理解した場合には、現行法上の「親権者」は、全ての親に共通する職分である「基礎的職分」に加えて、「上乗せ職分」を担っているものと理解することとなる。

10

このような理解を前提にすると、この「職分」について、「責任」やこれに類する名称を付けたり、責任の観点から概念を整理したりした場合であっても、非親権者は「基礎的職分」を免れないことから、非親権者が子に対して何ら「責任」を負わないという誤解は生じないように思われる（上記1(1)①の指摘との関係。）

15

その上で、「上乗せ職分」には、⑦第三者がその遂行を妨害する場合には、子の利益のために、それを排除する職分が付随することや（同②の指摘との関係）、④子の利益のために、子に関する決定を行う職分が含まれるとの規律を設けること（同③の指摘との関係）が考えられる。

20

このように、親権概念について、全ての親が負う「基礎的職分」に上乗せされる「上乗せ職分」として捉え、親権者の権利義務について、親の「職分」として規律するという方向性についてどのように考えるか。

また、仮にこのような整理をすることとした場合には、上述のとおり、親権について、単に「責任」「責務」の語を用いることが必ずしも適切でないとはいえないように思われる。これを前提に、これまでの検討の経過に照らすと、「基礎的職分・上乗せ職分」について、それぞれ「基礎的親責任・上乗せ親責任」ないし「親責任・親責務」と呼称することなども考えられる。

25

このように、「基礎的職分」及び「上乗せ職分」との整理を前提とした上で、現行法の「親権」に当たるものの名称を「上乗せ親責任」「親責務」とすることについて、どのように考えるか。

30

4 親権の帰属と行使について

上記3のように親権概念を整理した場合には、「基礎的職分」は全ての親が負うこととなるから、帰属と行使を分けて整理することとなるのは現行法下において「親権者」が負っている「上乗せ職分」であるということとなるが、

35

本項では、便宜上、「親権」の語を用いて検討を行う。

もともと、現行法下において、親権の帰属と行使を分けて考えることの実質的な意義は、①親が子に対して負う生活保持義務の説明をするためや、②親権者が不存在となった場合に、潜在的親権者が当然に親権者になるか（親権が復活するか）という問題について、理論的根拠を与えるためであったように思われる。しかしながら、①の点については、本研究会では、親の子に対する独立の規律を設ける方向で検討を進めているところであり、このこととの関係では、親権の帰属と行使を分けて考えることの実益は乏しい。また、②の問題についても、例えば、父母の離婚後に長期間が経過してから親権者が死亡した状況下において、没交渉であった非親権者が当然に親権者になるという結果は適切でないことから、当然に親権が復活するという解釈は必ずしも相当でなく、現在の実務においても採用されていないため、この問題との関係では、あまり論ずる実益がないように思われる（そのような観点からは、親権者が不存在となった場合には常に未成年後見が開始することとすべきようにも思われ、未成年養子縁組や特別養子縁組が終了した場合に、実親が常に親権者となるとされている現行法の規律についても、見直しを検討すべきとの考え方もあり得るように思われる。）

むしろ、親権の帰属と行使については、上記2(2)で「親権者以外にも認められるが一定範囲の者に限られるもの」と整理された、①親権者変更によって親権者となり得る地位及び②法第766条の「子の監護について必要な事項」の定めを求められる地位との関係で整理することを試みるのが有益であると考えられる。

すなわち、親権者でない親であっても、親権を行使していた際に親権制限を受けていなかった限りは親権が帰属していると整理した上で、親権が帰属している者に限って、親権者変更によって親権者となり得る地位にあり、また、民法第766条の子の監護に必要な事項の定めを求められる（面会交流を求め得る、養育費の支払を受け得る、監護者となり得る）と整理して、それを前提とした規律を設けることとする方向性が考えられる（ただし、監護者となり得ることについては、後記第3において、父母以外の第三者を監護者とすることができることとする場合には、実質的意味がなくなる。）。この規律の下では、例えば、未成年養子縁組後の実親も、子との面会交流を求めることができることとなるし、親権者変更によって親権者となり得ることとなるが、その当否について改めて検討する必要がある。

なお、この方向性は、未成年養子縁組に関する民法第797条第2項に関する検討において、親権も監護権も有さない親は、未成年養子縁組に関与する

5 ことができないにもかかわらず、いったん連れ子養子がされてしまうと親権者変更ができなくなる（上記最高裁平成26年決定）ことについて、同項の見直しの要否について議論された際に、同項の問題としてではなく、むしろ、そのような場面でも、親権も監護権も有しない親による親権者変更を可能にするアプローチを採るべきではないか、との指摘があったこととも一致するものである。

10 他方で、未成年養子縁組の後に、実親が親権者又は監護者となる余地を認めることについては、本研究会において、親権を実親に残すこととする未成年養子縁組制度の創設が検討課題として挙げられたものの、未成年者養子制度を養親が養子を養育するためのものと理解することとしたこととの関係で、このような制度を設けるのは相当でないとして、それ以上の検討を進めないこととしたこととの整合性が問題となり得る。しかしながら、縁組時点では養親が養育をすることを目的に縁組がされていれば、事後的に、養親が養育しなくなる結果が生ずること自体は、制度趣旨に反するとまではいえないように思われる。また、実際にも、縁組後に養親の養育が困難又は養育状況が不適切となったものの、養親子間になお親子としての結び付きがあり、親子関係を消滅させることが養子にとって適切とはいえないというような状況も想定されるから、養親子関係を維持したまま、実親に親権を行使させる場合を認める必要性も肯定され得るように思われる。

20 そこで、親権の帰属と行使について分けて考え、（親権を行使していないが）親権が帰属している者については、親権者変更によって親権者となり得ることとすることや、民法第766条の子の監護に必要な事項についての定めを定めることができることとすることについて、どのように考えるか。

25 なお、本研究会において、民法第766条の規定の置かれている位置について、親権の章に移動すべきではないかとの指摘がされているところ、このような整理を行った場合には、子の監護に必要な事項の定めに関する規律は、離婚に関する規律というよりも、親相互間の調整規定としての意味合いが強まることから、そのような要請がより強まるものと考えられる。

30 第3 父母以外の者を監護者に指定することを可能とする方策

前回会議では、東京高裁平成20年1月30日決定以降、実務的に、父母以外の第三者を監護者と指定する審判がされにくくなっているとの指摘もあり（注）、父母以外の第三者（祖父母等）を監護者に指定することができることを明示する規律を設ける必要性及び相当性があることに、概ね異論はなかった。

もつとも、このような方向性で検討を進めるためには、以下のような論点について、更に検討を深める必要があるものと考えられる。

5 ① 監護者の指定の法的効果は何か。(潜在的にも親権者になる地位にない第三者である) 監護者の責任と、親権者の責任について、両者の関係も含め、どのように考えるか。

学校など対外的関係での公証・公示の在り方について、どのように考えるか。

10 ② 父母の協議のみで第三者を監護者と指定することができることとすべきか。それとも、家庭裁判所の審判によることとすべきか。

また、監護者に指定されることになる第三者について、その手続的保障をどのように及ぼすこととすべきか。

15 ③ 婚姻中の父母が子と同居している場合でも、父母以外の第三者を監護者とすることができることとすべきか。また、認知されていない嫡出でない子(母しかいない子)についても、第三者を監護者とすることができることとすべきか。

④ 指定された監護者は、その意思のみで辞任することができることとすべきか。それとも、辞任に一定の制限を設けることとすべきか。

20 ①について、一般的に、子の監護者の指定は、実務上、婚姻関係にある父母間の子の引渡請求の前提問題とされることが多いと考えられることから、子の監護者指定に、子の引渡請求権を付与するという要素があることは疑いない。他方で、それ以外に、監護者が子や第三者に対してどのような権限を有しているのかという点や、その結果として、親権者の権利義務にどのような影響が生ずるのかという点は必ずしも明らかでないように思われる(例えば、子の引渡請求権についても、親権者が監護者に対して引渡請求権を行使できないことは明らかであるが、この場合の親権者が、子を違法に連れ去った第三者に対して、引渡請求をすることができるのかといった点は論点となり得る。)

30 この点について、前回会議では、監護者が指定された場合でも、親権者の責任に何ら変化は生じないのではないかとの指摘があったところである。もつとも、例えば、婚姻関係にある父母が別居を開始して子の監護者が争われ、家庭裁判所の審判で一方の親が監護者に指定され、他方の親と子との交流が途絶えているという事例を想定した場合、非監護親である親権者の権利義務
35 にどのような影響が生じているのか、それとも何らの影響がないのかという

点については、検討の余地があるように思われる（この場合でも、親権の内容ではない扶養義務に影響がないことは当然のことである。）。

5 なお、父母の離婚後の子との関係について、父母のいずれかしか監護者になれないという状況の下では、法的評価として、父が親権者（親権（父）＋0（母）＝親権）という状態と、母が親権者（0（父）＋親権（母）＝親権）という状態の間に、一方が監護者で他方が親権者（（親権－監護権）（父）＋監護権（母）＝親権）という状況を位置付けることができ、父母の間の子に対する権利義務の分担の問題として整理することが可能であるのに対し、ここに第三者が入ってくることによって、現行法の監護者概念を大きく変えることとならないかという点についても十分な検討が必要であると考えられる。

10 また、監護者であることは、現在でも戸籍等で公証されていないことから、父母でない第三者が、対外的関係で、監護権を有することを証明することに困難を来すことが想定される。

15 ②について、現行法の下で、離婚をした父母は、父母の協議のみによって親権を有さない方の親を監護者に指定することができ（民法第766条第1項）、離婚前・別居中の父母についても、同項の類推適用によって、父母のいずれかを監護者と指定することができる。これを前提にすると、父母以外の第三者を監護者とする場合であっても、父母の協議のみで指定することができることとしてよいようにも考えられる。もっとも、子の利益の観点から見ると、父母以外の第三者に監護される場合には、父母のいずれかに監護される場合よりも、典型的に、子の不利益が生ずるおそれが高いと考えるのであれば、父母以外の第三者を監護者に指定するためには、家庭裁判所の審判によらなければならないこととするとも考えられる。

25 なお、より大きな観点からは、子にとっては、誰が親権を行使するかよりも、誰により監護されるかということの方がより影響が大きいことからすれば、現行法において、監護権が父母の協議のみによって変更することができることとされている点そのものについても、見直す必要がないか検討の余地があるように思われる。この点について、「監護者」という言葉には、子の引渡請求権の主体という法的な意味から、実際に子を監護している者という事実上の意味まで、さまざまな段階を含んでいると考えられるところ、現行法において、父母の協議のみで変更することができることとされている「監護者」がどのようなものを意味しているのかという点も検討すべきであるように思われる（注）。

30 ③について、仮に第三者を監護者に指定することができることとした場合には、婚姻中かつ子と同居中の父母が、父母以外の者を監護者に指定すること

を認めるかが、その必要性や子の与える影響という観点から、問題となる。また、婚姻中の父母の一方が死亡したという場合において、生存している親以外の者を監護者として指定することができるかという問題や、さらに、例えば、認知されていない嫡出でない子のような、母しかいない子等についても、監護者指定を認めるかという問題も生ずる。仮にこれらを認める場合には、監護者の指定について、共同で子を養育することができない場合の父母間の取決めの問題と整理されている現行法の位置付けと異なる性質のものとして整理されることになるものと思われる。

④について、誰に監護されるかという点が子に大きな影響を有することからすれば、いったん監護者に指定された以上は、監護者の意思のみでこれを辞任することはできないとするとも考えられる。特に、上記①の論点において、監護者指定が親権者の責任に影響を生じさせるものであると理解する場合には、辞任を制限する方向になるものと考えられる。

(注1) 東京高裁平成20年1月30日決定(家庭裁判月報60巻8号59頁)は、父母以外の第三者を未成年者の監護者に指定することは、家庭裁判所の審判事項に含まれないとし、その理由として、「家事審判法第9条第1項乙類第4号は、その文言(「民法第766条第1項又は第2項(これらの規定を同法第749条、第771条及び第788条において準用する場合を含む。)の規定による子の監護者の指定その他子の監護に関する処分)及びその趣旨によれば、民法の上記各規定が、未成年の子の父母が離婚その他婚姻関係を解消するに際し、両者の間の未成年の子の監護者を指定し、及び監護に関する処分をするについて家庭裁判所がこれを定める旨を規定していることを受け、上記のとおり審判事項を定めているというべきであるから、本件のように、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、家事審判法第9条第1項乙類第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。その他、同法その他の法令において上記の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を家庭裁判所の審判事項として定める規定はない。」と説示している。

もつとも、同決定後も、例えば、大阪高裁令和2年1月16日決定(公刊物未搭載)は、「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。」とした上で、「事実上の監護者である祖父母等に子の監護者指定の申立権を認めるとしても、当該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となるから、慎重な判断が求められる。しかし、他方において、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。した

5 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。」としつつも、具体的事案の下で、未成年者の祖母を監護者に指定した原審の判断を維持する判断をしている。

(注2)「監護者」の意味するところについては、時代に応じて変遷がある。

10 すなわち、「子の監護をすべき者」について定める民法第766条は、明治民法第812条(①協議上の離婚を為したる者が、その協議を以て子の監護をすべき者を定めざりしときは、其の監護は父に属す。②父が離婚に因りて婚家を去りたる場合に於いては、子の監護は母に属す。③前2項の規定は、監護の範囲外に於いて、父母の権利義務に変更を生ずることなし。)を修正したものであるとされる。同条について、明治民法の起草者は、
15 「例えば、子の教育、懲戒、その代表及びその財産の管理の如きは、総て第5章の規定に従い親権を有する者の権内に属すべく、決して本条の規定に依りて監護権を有する者の権内に在らざるものとす。従って、当事者が協議を以て定むることを得るは、単に其の子の監護に付いてのみにして、その他の事項に付き協議を為すも、法律上何等の効力なきものとす。蓋し、親権の如きは公の秩序に関する権利義務にして、当事者の意思を以て左右することを許さざるものなればなり。」としている(梅謙次郎「民法要義 卷之四 親族編」
20 208頁)。

これに対し、現行法では、「監護権」は、まず、教育・懲戒を含むようになっており、ついで、身上監護に必要な財産管理をも含むようになってきていることが指摘されている。

以上