

親以外の第三者による子の監護に関する規律の創設

2023年10月31日

弁護士 池田 清貴

弁護士 佐野みゆき

弁護士 原田 直子

第1 意見

親以外の第三者を子の監護者とすることについて、次の規定を新設すべきである。

- 1 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、親権を行う者、子又は子の親族の請求により、現に子を監護する子の親族を監護者に指定することができる。
- 2 前項の規定によっては、監護の範囲外では、親権を行う者の権利義務に変更を生じない。

第2 意見の理由**1 第三者への監護者指定の必要性****(1) 東京弁護士会「子どもの人権110番」の相談から見る第三者監護の実情**

東京弁護士会「子どもの人権110番」では、概ね毎月100件前後、子どもに関する電話、面接相談を受けている。2021年1月から2023年8月までの間で、親族等の第三者による監護に関わる相談は64件（月平均2件程度）であった。

相談内容としては、親権者による子の監護が不適切、あるいは親権者による養育困難といった事情の下、第三者が子の監護を開始したいがどのような方法があるかといったものや、かかる事情の下、第三者がすでに子を監護しているところ、親権者からの引渡請求があったが、監護を維持するにはどうすればよいか等、第三者による監護開始・監護維持に関する相談が18件と多かった。その他第三者監護中の監護費用や保険証の授受、手当の受給、進学対応、その他の親権者対応といった、監護に伴う生活上の諸問題についての相談も相当数見受けられた。

相談は、監護（候補）者からが最も多く、次いで未成年者本人や行政等支援機関からの相談も多かった。

その他、以下の特徴が見られた。①監護（候補）者は祖父母が最も多く、次いで叔父叔母（伯父伯母）であった。②すでに第三者による監護が開始されているケースが36件で半数以上であった。③児童相談所の関与があるものが15件あったが、いずれの現監護者も親族里親には指定されていない。④児相から祖父母宅生活を条件に一時保護を解除されたが、その後自宅に戻されたという相談も複数件あった。

(2) 第三者への監護者指定の実務、学説上の扱い

こうした相談状況からも分かるように、親権者による不適切監護、養育困難等の事情により、親族等第三者が、親権者あるいは児童相談所等の行政機関に代わって子を監護

する役割を担っており、親権者との間で監護を巡る紛争が生じることは現実には多い。

そこで、学説上も、現行民法 766 条 1 項に明示されていないものの、同条によって親以外の第三者を監護者に定めることができるかと解するのが通説とされ（島津一郎＝阿部徹編『新版注釈民法（22）親族（2）』（有斐閣、2008 年）〔梶村太市〕98 頁、二宮周平編『新注釈民法（17）親族（1）』（有斐閣、2017 年）〔棚村政行〕334 頁以下）、実務の上でも、その現実的必要性から、第三者を監護者に指定する裁判例も多数ある（東京高決昭和 52・12・9 家月 30 巻 8 号 42 頁、大阪家審昭和 57・4・12 家月 35 巻 8 号 118 頁、山形家事審判平成 12・3・10 家月 54 巻 5 号 139 頁、福岡高決平成 14・9・13 家月 55 巻 2 号 163 頁、大阪高裁令和 2・1・16 判時 2465・2466 合併号 46 頁など）。

ところが、後述のように最高裁令和 3 年 3 月 29 日決定（民集 75 巻 3 号 952 頁）が、第三者の監護者指定申立権を否定したため、立法によりこれを認めなければ、親権者による適切な子の監護が期待できない状況であっても、第三者による監護に親権者が反対しているというような場合には、第三者監護者指定という手段が選択できない状況になっている。

（3）他の制度との対比

ア 親権制限制度

ところで、親権者による虐待があるような事例では、第三者監護者が子の親族である場合、請求権者として、親権喪失（民法 834 条）又は親権停止（民法 834 条の 2）の申立てができる。

この点、事例としては、元々、親権者の委託により第三者監護が開始されたが、後に親権者が翻意して子の返還を求めているというようなものが多い。このような事例で、子が第三者たる監護者との間ですでに愛着関係を形成しているような場合には、子がその愛着関係から分離されることを強く拒否し、親権者との再統合を果たすために一定の期間や適切な支援を要することも多い。そして、第三者監護者（多くが親権者の実方親族である）としても、子の上記ニーズを満たすために、当面の監護状態を維持できればよいと考えている場合も少なくないところ、親権喪失や親権停止は親権全体を直接的に制限するものであって、かつ、親権停止の事実が戸籍に記載されるなど、その効果が重すぎるといえる問題がある。現実に必要なのは、現状の監護状態の当面の維持と、それに伴う親権者の権限との調整（監護費用、手当の受給、健康保険、親権者の決定との調整（進学、医療等）等）なのである。

また、親権喪失や親権停止がなされたとすれば、親権者の心情や第三者監護者との関係性の決定的悪化という点から、将来的に親権者による適切な監護が期待できる場合にも、その実現が困難となり、却って子の不利益をもたらすという問題も指摘できる。

さらに、親権停止に関しては、児童相談所申立てではない事案では第三者監護者自らが未成年後見申立てや 2 年毎の停止申立てをしなければならず、一般私人としての負担が大きい上に、親権制限制度における子の親族申立ての場合の認容率は、親権喪失で

20.8%、親権停止で27.7%と極めて低いという問題も指摘できる（親権制限事件及び児童福祉法に規定する事件の概況－令和4年1月～12月－参照）。

イ 社会的養護

親権者に子の養育をさせることが適当でないとき、子は、児童相談所を介して、里親や児童養護施設といった社会的養護の下で養育される場合がある。

もともと、児童相談所としては、「家庭における養育環境と同様の養育環境において継続的に養育」する（児童福祉法3条の2）という基本方針などから、親権者に代わって親族が子を適切に養育しており、子がその環境下で安心して生活できているような場合には、子にとってはその環境での生活が維持できる方が望ましく、これを維持するケースワークをすることが多い。

しかし、児童相談所により、当該親族による安定的な監護を基礎付けるための法的手段が積極的に活用されているとはいえない。かかる手段として、たとえば親族里親の制度があるが、これは「親族里親の活用により経済的支援を行わなければ、親族による養育が期待できず施設措置を余儀なくされる場合には、親族里親を積極的に活用」（令和5年4月5日こども家庭庁支援局家庭福祉課「社会的養育の推進に向けて」25頁）とされ、経済的支援の必要なときに活用されているにすぎない。実際、親族里親に養育されている子は令和4年3月末現在で、里親委託児童全体で6080人のうち819人（13%）に過ぎない（上記資料2頁）。また、親権喪失、親権停止の制度もあるが、児相長申立てによる親権喪失・停止の申立件数は令和4年で70件にすぎず、認容件数は57件である。

すなわち、児童相談所が親族である監護者による監護を活用するケースワークをする場合にも、その監護を安定的に維持するための法的措置が適切にとられている状況にはない。結果、親族監護者による監護下から親権者による取戻しの危険が生じた場合には、子は、施設入所など元の環境から切り離された社会的養護下に置かれることを余儀なくされる現状がある。

ウ 権利濫用

親権者が自ら適切に子を養育できない状況であるにもかかわらず、親権者に代わって子を適切に養育している親族等の第三者に対し子の返還を求めることは、権利濫用として許されないと判断される場合もありうる（民法1条3項）。しかし、第三者監護を巡る紛争の多さからすると、その解決を一般条項に委ねることは適切とは言えないであろう。

（4）小括

上記の諸点を踏まえると、親権者による適切な子の監護が期待できない状況における親族等の第三者監護者指定には、

- ① 安定的な子の監護環境の維持
- ② 親権制限制度と比して、より制限的でない手段の提供、親権制限制度とは異なる関係者間の調整を後押しできる手段の提供
- ③ 社会的養護と比して、より現在の関係性を維持できる養育環境の提供

といった、従前の枠組みでは捕捉できない積極的意義が認められる。

なにより、子の目線から見た安心しうる生活環境を維持しつつ、必要に応じて親権者との再統合の機会を提供することができるという点で、子の人格を尊重し、子の心身の健全な発達に資する有用な法制度である。

2 要件等

(1) 申立権者・監護者となりうる第三者の範囲

監護者になることを希望する第三者の申立権については、最高裁令和3年3月29日決定（民集75巻3号952頁）が明文の規定がないこと等を理由に否定した。

しかし、親権者による適切な子の監護が期待できない状況であるにもかかわらず、第三者による監護に親権者が反対しているというような場合には、第三者監護者指定という手段が選択できなくなり、子の利益の保護に欠ける。そこで、立法により監護者となりうる第三者には第三者監護者指定の申立権が認められるべきである。

もっとも、その監護者となりうる範囲については、濫用的申立防止や親権者による監護の安定性維持の観点からは一定の制限を定める必要がある。この点、これまで多くの事案では、祖父母等子の親族が監護の担い手となっていること、第三者監護者指定の中心的意義は、すでに子を監護している第三者の監護の維持にあることに照らせば、申立権者は「子を現に監護している子の親族」とするのが相当である。

(2) その他の要件

父母に第一次的養育責任があり（子どもの権利条約18条）、親権者には「子の利益のために子の監護及び教育をする」権利義務がある（民820条）。

そのため、親権者の同意の下で第三者を監護者に定める場合は、親権者がその制限を受忍しているといえるものの、監護教育という重い責任を第三者に委ねるものであるから、その第三者の監護が「子の利益のために必要」であることの確認は必要となる。

他方、親権者が同意していないにもかかわらず、裁判所が第三者を監護者に定める場合は、親権者の監護教育権を制限することになるため、現に子を監護している者の監護の維持が、子の利益のために必要であるかを裁判所において考慮することになる。

そのため、親権者の同意の有無にかかわらず、家庭裁判所の関与を必要とする手続とすべきである。

もっとも、親権者の同意がない場合でも、その効果を、親権喪失や親権停止のように、親権者の親権を直接制限するものではなく、児童福祉法47条3項のように、親権者の親権と併存しつつ、監護者として指定された第三者が、監護及び教育に関し、当該子の福祉のために必要な措置をとることができるにとどまるものと考えれば、親権者の権利義務の状態を大きく変更するものではなく、親権喪失、親権停止ほど重い要件を課す必要はない。そこで、第三者監護者指定の要件としては、「子の利益のために必要と認めるとき」とするのが相当である。

以上