

父母が事実上の離婚状態にある場合での 民法七六六条、家事審判法九条一項乙類 四号の類推適用の否定

高松高裁平成四年八月七日第二部決定（判例タイムズ八〇七号二三三五頁）

石 堂 典 秀

（事 実）

婚姻中にある父母がその不和から別居するに至り、その妻Xが子を有している夫Yを相手方として、その未成年者の監護者をXと定める審判を申し立てた。

原審判は「父母が事実上の離婚状態で別居し、子の監護につき協議が調わない場合において、子の福祉のため必要がある時は、家庭裁判所は民法七六六条、家事審判法九条一項乙類四号

を類推適用して、子の監護に関して必要な事項を定めることができる」として、Xを監護者に指定した。

そこで、Yは、民法七六六条、家事審判法九条一甲乙類四号の適用は、離婚を前提とするものであり、離婚手続をしていない状態で監護者を父母の一方に定めることはできない。そして、離婚原因がないにもかかわらず、Xが実家に帰ったことは、夫婦の同居、協力、扶助義務に違反しているなどを理由として

抗告した。

(判 旨)

「民法七六六条、家事審判法九条一項乙類四号によって、家庭裁判所が子の監護者を定めるのは、父母が協議上の離婚をする際、子を監護すべき者を定めるにつき協議が整わない場合であって、婚姻中においては父母がそれぞれ親権を有し、子の監護は親権の行使となされるものであって、監護権が親権から分離された独立の権利として行使されるものではない。

原審判は、本件を、夫婦の不和により親権の共同行使について調整がつかない状態にあると認識し、子がXの許で養育されている事実を視点を置いて、Yの親権の行使を抑制し、Xだけが親権を行使できる状態を形成するために、Xの申立てに従いXを監護者と定めたものであると推測されるところであるが、前述のとおり、監護権は親権の一内容であって、離婚後において親権者でない方の親に監護権を認める場合を除いては、親権から独立して存在するものではないから、親権者であるXに監護権を認める趣旨の審判は法律上意味がないだけでなく、これにより他方の親権者であるYの親権から監護権を剥奪する効果を生ずるものではない。このような申立ては、『親権は父母の婚姻中は父母が共同して行う』との民法八一八条の趣旨に反するものであって許されず、この申立てを認容した原審判もまた違法として取り消しを免れない。右の理は、夫婦間に不和があ

り、親権の共同行使が困難である場合であっても、またそれが俗にいう事実上離婚状態にあるという場合であっても、別異に解すべき理由はない。ただし、離婚という明確な法律上の区切りを設けて定められた法律の規定を、事実上の状態を持ち出し右の枠をはずして適用されるべきものではなく、また、準用ないしは類推適用されるべきものでもないからである」

(評 釈)

一 民法上、父母が婚姻中にある場合には、子に対する親権は共同行使が原則となっている(八一八条)。もっとも、本件のように父母が別居状態に至り、事実上、父母の子に対する親権の共同行使が望めないような場合について民法は何ら規定をおいていない。そこで、従来の判決・審判では、民法七六六条を類推適用して、婚姻中であっても子の監護者を家庭裁判所は定めることができるとして、この問題の解決にあたってきた。

これに対して、本決定(本文中、本決定と用いている場合は、高松高裁平成四年八月七日第二部決定を指している)は、婚姻中における父母の親権の共同行使の原則を理由に、離婚の際でなければ子の監護者の指定はできないとしたのである。周知の如く、この親権の共同行使という原則は、旧法における父と母の差別的扱いを撤廃し、男女平等の理念を家族法にも反映させたものであり、家族法上の重要な原則とされている。そして、家族法上、この原則とならば「子の福祉」ないし「子の利益」

ということも現在では重要なファクターとされている。

そこでまず、本決定がいうように父母による親権の共同行使という原則が、夫婦の別居という事実関係によっても影響を受けない絶対的要請であるのか問われなければならないであろう。すなわち、婚姻中の父母の一方による単独親権行使の余地はないのであろうか。これについて、八一八条三項但書は「父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方がこれを行う」と規定しており、通説によれば、親権者が禁治産宣告・準禁治産宣告を受けたとか、行方不明・子との別居・重病・受刑中など事実上親権行使ができない場合がこの規定に該当するとされている。そして、「子との別居」に関して単独親権行使を扱った事件として、東京地判昭和三七・七・一七（下民集二三・七・一四三四）がある。ここでは、「親権は父母の婚姻中は父母共同してこれを行うのが原則であるが、父母が共同して親権を行使すべき場合にも『父母の一方が親権を行うことができなるときは他の一方がこれを行う』ことを定められており、右のいわゆる『親権を行うことができない』ときには父母の一方の行方不明、長期旅行、重病などの場合のみならず、父母の婚姻関係が事実上破綻し、父母の一方が他の男又は女と同棲し、子との別居が長期に及んでいるような場合も含まれると解す」として、母親の単独親権行使を認めている。

かように例外としてはあるが、婚姻中であっても父母の一方の単独親権行使を認める余地はあるわけで、事実関係いかに

よっては共同親権行使という前提が必ずしも当を得ない場合もあるのである。もっとも、通説・判例がいう子との別居が事実上の行使不能を当然かつ独立の欠格事由とすることには疑問とする説もみられる。たとえば、松倉教授は、「八一八条三項の場面では、『事実上の離婚』という制約のみで単独親権行使を認めることは、共同親権行使の要請及び子の福祉に反する結果になることも少なくないと思われる。とすれば、右要請の限度で単独親権行使が制約をうけるのは、当然のことかと思われる」と述べ、本条の適用には慎重であるべきで、むしろ具体的な状況における狭い範囲での単独親権行使を主張している。思うに、別居という事実のみが、共同親権行使から単独親権行使に移行させる決定的なファクターであるということまではいえないであろう。なぜなら、父母の子との接触の必要性や婚姻の回復の可能性を考慮するならば、単独親権行使を認めることで、親権のあらゆる権能を停止させることには問題があると思われるからである。ここでの重要な判断基準は、「子の福祉」を基準とした解釈であって、これによって共同親権の行使は制約を受けるものと考ええる。

二 本決定は、婚姻中の父母が監護者に指定されることの可否を判断したものであるが、これは子の引渡の問題にも及ぶと考えられる。すなわち、この事案では、母親が、別に暮らしている子の監護者の指定を求め、その請求が否定されたわけであるが、この請求は子の引渡請求の一つの方法でもあろう。この

別居中の父母間の子の監護・引渡に関する手続については、明文がないために、判例・学説ともにこれに関しては錯綜している。そのため、これについては、①訴訟事件として一般の民事訴訟で解決するという説⁶⁾、②民法七六六条、家事審判法九条一項乙類四号を類推適用して家事審判の対象とすることができるという説⁷⁾、③民法七五二条、家事審判法九条一項乙類一号の夫婦間の協力扶助に関する処分として審判事項と解する説⁸⁾、④人身保護法に基づく請求がある(以下、これらの説を①説、②説、③説と略称する)。もっとも、現実には別居中においても父母双方ともが親権者であるために、両者が権利を主張することができるために、その解決はより困難かもしれない。

まず、民事訴訟と解する①説によれば、子の引渡は子の監護に関する処分などに付随して行われるもので、独立した家事審判事項と解することはできないとする。そして、この場合には、子の幸福を観点として、父母の一方の親権が他方に優先し、その優先する親権に基づいて子の引渡ないし妨害排除請求が成立すると解している⁹⁾。しかしながら、この見解によれば、第三者に対する妨害排除請求が親権者である他方の親にも成立するのであれば、その親には親権が存在しないとか、その者から親権を剥奪する状態になり、親権喪失の問題になるのではないかとの疑問も生じる。また、子の引渡を含めた子の監護の問題は、家庭に関する専門裁判所である家庭裁判所に委ねる方が科学的調査診断を行って妥当な判断を行うことができるとの批判も

ある¹⁰⁾。

次に、②説によれば、父母が事実上別居している以上、いずれか一方は子の監護にあたれないので、離婚の際に関する民法七六六条一項、家事審判法九条一項乙類四号の監護者指定を類推適用して、家事審判事項とするとしている。この説には、父母が事実上の離婚状態にある場合に限るとする考え方と事実上の離婚状態に関係なく、別居という事実でこの適用を認める考え方に分かれていたが、後者を採用するのが実務・学者において多勢を占めている。たとえば、別居中の夫婦間で、子の監護者を母親とする調停が成立したけれども、その後父親が無断で子を連れ去り、母親からの子の引渡請求がなされた東京家審昭和四〇・三・二六(家月一七・五・七一)では、「別居のためその子女を共同して監護することができないので、その親権のうち子の監護につき申立人においてこれをなすべき協議したものと認められる。かような協議は勿論適法であって、別に協議し直すか、民法七六六条に準じ家庭裁判所の処分によらない限り、(その子)の監護は監護の権能を行使し得ないものと考えざるをえない」と判示し、この類推適用を認めている。その根拠として、梶村判事は、「子の立場からみれば、父母が法的に離婚しているかどうかという形式面が重要なのではなくて、父母が現実には別居していて、自己の監護権について争っているという実質面こそが重要なのであり、かような場合に、家庭裁判所がその後見的機能により、現実の子の監護者を定める必要性

のあることは、離婚の場合と少しも異ならない¹³⁾として、その類推適用を正当化している。

しかし、かような民法七六六条の類推適用にも批判がないわけではない。たとえば、沼辺判事は、「家事審判は、法律によって審判事項とされているものについてのみ、その対象となしうる、すなわち、審判事項は限定的であると解されているが、かく限定的であるからといって民法や家事審判法の合理的な類推適用は否定されるべきではないであろう」との立場をとりながらも「合理的な類推適用にも限度がある」として、離婚を前提とする民法七六六条一項の類推適用には無理があると指摘する。そこで、最近では③説が有力に主張されてきている。そして、本決定も、「離婚という明確な法律上の区切りを設けて定められた法律の規定を、事実上の状態を持ち出し右の枠をはずして適用されるべきものではなく、また、準用ないしは類推適用されるものでもない」として、この②説の適用を否定している。この本決定は、従来の実務で認められてきた子の引渡に関する一方法を初めて否定した事例であり、今後、本決定の考え方に従う判決が出てくるかは定かではないが、本決定の適否は、さらに論じる必要がある。

さらに、この②説の考え方は、法解釈上無理があることから、子の引渡の問題は、民法七五二条、家事審判法九条一項乙類一号の夫婦間の協力扶助に関する処分の中で解決するという③説がでてきた。たとえば、明山教授は「夫婦が単に別居している

ときには子はあくまで婚姻中として父母の共同親権に服するたてまえであり、にもかかわらず現実には父母の一方が子をそのもとで監護して他方はその監護を失当として子の引渡等を欲求する場合というのは、共同親権の行使について婚姻中の夫婦の協力義務が有効に履行されない状態に該当するので、夫婦間の協力に関する処分として家庭裁判所は子の監護をめぐる協力の妥当なあり方を指示するものとして子の引渡等を命じうるものと解すべきであろう¹⁴⁾」として、共同親権を前提とする以上、夫婦の協力義務の範囲で子の監護の問題を決定すべきであるとしている。例えば、大阪家審昭和五四・一・一〇(家月三一・七・六〇)は、別居中の夫婦間における子の引渡の問題について、「夫婦に未成年子がある場合、未成年子は夫婦の単なる付属物ではなく、夫婦とともに夫婦共同生活の本質的構成部分を形成する存在であるというべきであり、したがって、未成年子が誰と、どこで生活するかという生活の場や、未成年子の生活費の問題はいずれも夫婦共同生活を維持していくうえでの根幹にかかわる問題といわねばならない」として、「別居中の夫婦間の未成年子の生活費の問題は民法七六六条、家事審判法九条一項乙類四号に規定する子の監護に関する処分の問題ではなく、民法七六〇条、家事審判法九条一項乙類三号の婚姻費用分担の問題として考えるべきであり、かつそれが現在の実務上の取扱いの大勢でもある。それと同様に、別居中の夫婦間の未成年子の生活の場の決定もまた、前叙子の監護に関する処分の問題と

してではなく、民法七五二条、家事審判法九条一項乙類一号の夫婦間の協力扶助に関する処分として考えるべきである。ただし、別居中の夫婦間の未成熟子の生活の場の決定の問題を、子の監護に関する処分として考えることは、子の監護に関する処分が離婚した夫婦の問題を対象としているがゆえに妥当でない。のみならず、夫婦が別居している場合、その間の未成熟子の生活は、通常の場合夫婦のいずれかのもとにおいてなされざるをえないが、いずれのもとにおいて生活をさせるべきかという問題は、未成熟子が前叙のように夫婦共同生活の本質的構成部分を形成する以上、夫婦の協力扶助義務の重要な内容をなしているというべきであるからである。そして、別居中の夫婦においては、その間の未成熟子の生活の場につき協議が調わなるときには、協力扶助の一態様として、その子を自己のもとに引き渡すべきことを要求し、または相手方に対して引き取るよう要求しうるものと解すべきである」と判示し、監護者指定の請求を退けた。しかし、本審判のように子の生活の場の決定が夫婦の共同生活の本質的構成部分であると解するとしても、婚姻関係を維持する通常の夫婦における子の監護・教育については、親権に基づく権利・義務関係が基調とされ、「子の利益」を中心とする別個の法原則が支配しているのである。ところが、別居という事実によってこれが夫婦関係を調整する民法七五二条で扱われるべきだとすると、親権を前提とする権利・義務関係は問題とならないのであろうか。また、この民法七五二条に

基づいて、「協力扶助の一態様として」子との同居が認められた親とそうでない親との子に対する権利・義務の内容は、どうなるのであろうか。そして、③説では子に対する権利・義務関係を明らかにしないまま、父母双方ともが親権者として併存する以上、子の引渡をめぐる紛争は終結しないことになるのではなからうか。

また、③説がいうように婚姻費用の分担とあわせ子の監護費用を請求することは、実務上有益なかもしれないが、監護費用を婚姻費用の中に包含することには有力な批判がある。すなわち、夫婦・親子関係は、婚姻関係に基づく生活共同体の中で形成されているのであるが、夫婦関係についてはこの共同体が崩れることで、夫婦間の扶養義務が弱まることになるかもしれない。しかし、子に対してはそれはかわることがないわけ、本質的に夫婦関係上の扶養義務と子に対する親の扶養義務は、別個のものであろう。すなわち、子の監護と養育費の関係について、西原教授は、「監護教育義務はその性質上親子の共同生活を前提とするが、扶養義務においては『一般に親子というものは共同生活をしている』ということが前提になっているだけで、当該親子が事実上の共同生活をなすべき必然性はない」と述べられる。思うに、子の監護費用が夫婦協力義務の中で扱われているからということだけで、子の監護の問題もこの範囲内で扱われるべきであるということには疑問が生じる。まず、婚姻分担費用の請求や計算においては、夫婦の協力義務の有無が

判断され、協力義務に違反するような親に対してその有責性が考慮されている。そのため、協力義務を前提とする以上、協力義務に違反した有責である父母の一方が子の引渡請求をする場合、その有責性も判断材料の中に加わり、有責な親が子の引渡を認められない可能性もあるのではなからうか。この有責性を判断基準の一つに加えるならば、「子の福祉」を基調とした判断とは異なる結果をもたらすおそれがあるのではなからうか。また、逆にその有責な親に子の引渡請求が認められるとすると、協力義務に違反していない親は、協力義務を理由とした判決に従うことができるのであろうか。さらに、夫婦関係が完全に破壊してしまつた場合にも父母双方に子の監護に関する協力義務を要求することは実際上可能であらうか。

そこで、裁判例では、この③説をとりながらも、婚姻中であっても監護者の指定を完全に否定していないように思われるものもある。たとえば、大阪家審昭和五四・一一・五（家月三二・六・三八）は、別居中の夫婦間での婚姻費用分担等申立事件における子の監護者指定について、「別居中ではあるが事実上の離婚状態に至っていない夫婦の子の監護者を一方の親に指定することは、特段の事情のない限り許されない」として、この事実上の離婚につき、「事実上の離婚」の状態にあると言いつつ、ためには、単なる夫婦共同生活の終了に止まらず、夫婦間に離婚することの明示もしくは黙示の合意が存することを要すると解する」との要件を示している。そこで、「当事者双方の婚姻

関係ははまだ『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限り現行法上許されないと考えられる」と判示し、民法七五二条の夫婦間の協力扶助に関する処分の範囲内であるとして、監護者指定の申立を棄却している。この事案では、「事実上の離婚」という基準が用いられ、この事実上の離婚状態が形成されている場合には、監護者指定の余地を残しているものと思われる。もしそうであるならば、「事実上の離婚」という基準の設定は、夫婦の協力義務の限界を示すことになるのではなからうか。すなわち、別居に加え父母双方に離婚意思を求めたとしても、「事実上の離婚」がまだ法律上の婚姻関係にあることにはかわりないのである。しかし、それでも婚姻関係に基づく協力義務を父母双方に求めてもそれを期待できない場合もあるということではなからうか。そのため、一時的な別居ならともかく、離婚に発展する可能性のある別居では、この婚姻関係を前提とする協力義務ではなく、子の養育の適任者を指定し、その者の地位を安定させる必要が高くなるのである。したがって、このような場合に夫婦に協力義務があるとして子の奪い合いの紛争を終結させることには無理があるのではなからうか。それゆえ、父母双方の権利主張を抑制するために監護者指定が要請せざるをえないのであろう。

そして、人身保護法に基づく子の引渡請求は、人身保護規則四条の「拘束がその権限なしにされ、又は法令の定める方式若しくは手続きに著しく違反していることが顕著である場合」が判断基準とされるが、最高裁は「意思能力のない幼児を監護するときは、当然幼児に対する身体を制限する行為を伴うものであるから、その監護自体を人身保護法及び同規則にいわゆる拘束と解するに妨げない」(最一小判昭和四三・七・四民集三二・七・一四四一)として、夫婦のいづれに監護させるのが子の福祉に合致するかを主眼として拘束の状態の適否を決めるとしている。人身保護法に基づく子の引渡請求では、夫婦が婚姻中であるか、離婚後であるかには関係なく審理されるため他の手続きと比べその点での煩雑さはない。そのため、最近では人身保護法による解決の迅速性からこの手続が活用されている。もっとも、この方法は、あくまでも親権者・監護者の指定などの手続が確定するまでの暫定的な措置であり、終局的な解決策ではない。⁽²⁾

もっとも、前述したいずれの手続をとるにしても、別居中の父母間での子の引渡請求は可能なわけであり、本決定が、婚姻の共同親権を理由に監護者指定の方法を否定したとしても、他の手続きによる子の引渡請求の可能性が残されており、父母の共同親権行使には制約が加わることにはかわりがないであろう。そして、本決定が別居中の父母間における監護者指定のみを否定し、父母の協力義務の一態様としての子の引渡は認容す

るものであるかは、不明であるが、これまでさほど議論されることのない別居中の父母間における、一方の子の監護・養育と共同親権の関係に関して問題提起をしていることには意義があろう。

三 最後に監護権の性質について検討してみようと考ええる。これについて本決定では、「婚姻中においては父母がそれぞれ親権を有し、子の監護は親権の行使としてなされるものであって、監護権が親権から分離された独立の権利として行使されるものではない」として、監護権は親権に内包されたものであり、共同親権のもとでは、監護権と親権が分かれるという状態は生じないとしている。⁽³⁾

婚姻中の父母の共同親権の行使は、子との共同生活が前提となっているとことから、要請されるのであり、共同親権下でも父母の一方の親権行使が不可能な場合には、必ずしも共同親権行使が要求されるわけではないのは前述したとおりである。この場合には、「子の福祉」を基準として共同親権の行使に制約が認められているのである。そして、本決定を評釈された田中教授は、「父母の一方を監護権と定める旨の審判は、親権を有しない父母の一方にそれとは別個・独立の監護権を認めるものではなく、むしろ親権を有するもの間における親権行使の分配・調整によって監護者のみが監護に関する親権を行使しうる状態を形成するものであると見ることはできないであろうか。すなわち、他方の監護に関する親権行使を停止させることは不可能

ではないように思われる⁽²³⁾と述べられ、共同親権下であっても親権行使の停止により、別居中の父母の監護者指定の可能性を指摘される。かように別居中の夫婦にあっては、父母双方の親権の存在を認めながらも、親権の行使の側面で制約を行うという解釈をせざるを得ないかもしれない。

親が裁判で子の監護者指定ないし子の引渡を求めるということはまさに双方親権者であることからの権利主張の発現である。しかし、「子の福祉」を第一に配慮するのであれば、かような権利主張から生じる子の奪い合いを抑制することに主眼をおかなければならない。そのためには、子の適任者を定めるための監護者指定が要請されるのではなからうか。ここでは、子との共同生活を前提としているのは親権そのものではなく、その中の監護権と考えるべきではなからうか。その意味では、監護権を裁判上創設する権利として解する必要もあると考えなければならぬであろう。なぜなら、親権中の監護権は独立したものであるのではないとすると、離婚後の親権者と監護者の分属状態をいかに説明するのであろうか。この場合には、親権者がいながら、子との共同生活は監護者が行っており、この監護者の地位は親権者であってもむやみに変更することができないのである。ただ、別居の場合には父母双方が婚姻中からの親権（監護権）を有してきたことで、子との共同生活を行うための監護権行使の優先順位が判断されているのである。婚姻中における父母の親権の共同行使は重要な原則ではあるが、常にこれが「子の福祉」

との適合しているのか、適合しない場合には「子の福祉」を優先させる方向に向かうべきであろう。

〔注〕

- (1) 裁判例として、宮崎地裁都城支部昭和三五・九・二九（家月二二・一一・一三三）、東京家審昭和四〇・三・二六（家月一七・五・二〇）、東京家審昭和四四・三・二四（家月二四・一一・九）、大阪高決昭和四六・四・一二（家月二四・一・五一）、東京家審判昭和四九・三・一（家月二六・九・八〇）、東京家審昭和四九・三・二九（家月二八・六・五九）、東京高決昭和四九・六・一九（判時七四七・五九）大阪家審昭和四九・二・二〇（家月二七・一・一〇〇）、神戸尼崎支部審判昭和四九・三・一九（家月二七・一・一一六）、東京高決昭和五七・六・一（家月三五・九・七二）、奈良審判平成元・四・二一（家月四一・一一・九六）など多数である。

- (2) 阿部徹・民法講義7二五三―二五四頁参照。単独親権行使を扱った判例を分析したものと、松倉耕作「事実上の離婚と単独縁組の可否」判タ五四三頁一四〇頁、同「別居中の単独親権行使の可否」法律時報五六卷六号一三三頁参照。
- (3) 阿部・前掲民法講義7二五四頁。
- (4) 松倉耕作・前掲判タ五四三頁一四〇頁。
- (5) 親権の存在と親権行使を区別され、親権行使の停止を認める於保教授は、単独親権行使を可能とされているが（於保不二雄「父母の共同親権と親権の行使者」戸籍制度八〇周年記念論文集・身分法と戸籍一六五頁以下）、私は一時的でない部分的親権行使の停止を考えるうえで、民法八一八条三項

を考えてみたいと思う。

- (6) 裁判例として、最判昭和三五・三・一(家月一二・五・一一)、鳥取地決昭和四八・二・五(判時七〇〇・一一五・判タ三〇二・二二七)、最判昭和四五・五・二三(判時五九九・二九・判タ二四九・一五〇)、仙台高判昭和四五・一〇・二三(判時六二〇・五三・判タ二五二・一六二)がある。学説としては、我妻・親族法三三一頁、中川善之助編・註釈親族法(下)四八頁「山木戸」、田中加藤男「家事審判と民事訴訟の交錯する面における実務上の問題(上)」ケース六八号五頁、鈴木忠一「非訟事件の裁判と執行の諸問題」法曹時報一三・一一・一頁、渡瀬勲「非訟事件についての一考察(一)」判タ一九〇号七頁などがある。

(7) 裁判例は、注の(一)参照。学説として、田中加藤男「家事事件の研究(1)一〇三頁、沼辺愛一「家事事件の研究(2)一〇三頁、梶村太一「別居中の夫婦間における幼児引渡をめぐる諸問題」家裁月報二八巻八号一頁がある。

(8) 裁判例としては、大阪家審昭和五四・一・一〇(家月三一・七・六〇)、大阪家審昭和五四・一・一五(家月三二・六・三八)がある。学説としては、於保不二雄編・注釈民法(3)八二頁「明山和夫」、沼辺「子の監護をめぐる諸問題」家月二五巻四号一〇頁、野田「未成年の子の監護・養子縁組をめぐる紛争の処理と展望」ジュリスト五四〇号四八頁、山島「離婚と子の奪い合い」ジュリスト六六五号四九頁、久貴忠彦・親族法二六一頁など最近ではこの説を支持する者が増えている。

(9) 鈴木・前掲法曹時報一三巻一一号二〇頁、渡瀬勲・前掲判タ一九〇号七頁。

(10) 梶村・前掲家裁月報二八巻八号八頁。

(11) 裁判例として、東京家審昭和四九・三・二九(家月二八・六・五九)、また「事実上の離婚状態」にないことを理由に否定したものとして、大阪家審昭和五四・一・一五(家月三二・六・二一八)がある。学説として田中・家事事件の研究(1)一〇〇頁がある。

(12) 前掲注(1)及び(7)参照。

(13) 梶村・前掲家裁月報二八・八・九頁参照。

(14) 沼辺・家事審判事件の研究(1)二三四頁。

(15) 明山・前掲注釈民法(3)八二頁。

(16) 鈴木祿弥・親族法講義四一頁、深谷松男・新版現代家族法五一頁参照。そもそも、婚姻費用と夫婦の協力扶助義務を同時に扱うことについて、通説・判例は、両者の概念は異なるとしても本質的に異なるないとの立場をとっているが、学説上異論が出されている。これについては、青山・有地編・注釈民法(3)四二六頁「伊藤昌司」参照。

(17) 深谷松男「生活保持義務と生活扶助義務」講座現代家族法四巻一九八頁。

(18) 西原道雄「親権者と親子間の扶養」家族法体系V九四頁。

(19) これについて、荒川英明「夫婦の同居、協力扶助」講座・実務家事審判法?一三頁は、協力扶助による子の引渡の判断基準を「子の健全な成長をもってその基準とすべきである」との立場から、この説を主張される。

(20) もっとも、「事実上の離婚」状態に関係なく、民法七五二条・家事審判法九条一項乙類一号の適用を説く説もある。たとえば、沼辺・前掲家月二五巻四号一一頁。

(21) 人身保護法に関する論文は多数あり、ここでは、田中英

夫「人身保護手続」新・実務民事訴訟法講座8四一五頁、半田吉信「幼児引渡請求とその強制方法(一)」「(二)」千葉大学法学論集一卷二号、二卷一号、二卷二号をあげておく。

(22) しかし、第三者を監護者に指定した場合には、親権に固有の権利として監護を考えることはできないのではなからうか。監護者としての第三者の地位確保を配慮するならば、法に基づいて監護権が付与されると考えるほうが妥当であろう。監護に関する性質及び学説の歴史的展開については、拙稿「離婚後の子の監護に関する一考察」中京大学大学院生法学研究論集一一号一頁を参照されたい。

(23) 田中通裕・判タ八二四・七三。