

親の面会交流権を改めて考える

南 方 暁

1 はじめに

離婚する親の間で面会交流¹をめぐる対立は激化する傾向を見せ、当事者間での合意が成立しないために民法766条事件として家庭裁判所で扱われる事件の増加²が顕著となっている。そして、このような状況の中で面会交流に関わる人々の関心が高まって久しい³。高葛藤の原因や真の申立理由が何なのかについて必ずしも明らかではないが、面会交流をめぐる紛争は離婚する親たちにとって自律的に処理することが難しいものとなっている。

面会交流紛争が増加する中で、面会交流は子どもの福祉にとって重要であるとの認識が法律家や心理学の専門家の間で共有されてきた。そして、

¹ 「面会交流」の他にも、「面接交渉」、「面会交流権」、「面接交渉権」「面接したり文通したりして交渉する権利」、「交流権」などが使われている。私見としては「交流権」が適切と思うが、多くの論者が「面会交流」を用いているので、本稿では「面会交流」を使う。

² 子どもの監護に関する紛争は調停および審判事件とも増加しており、その大半は面接交渉ならびに養育費をめぐる紛争と考えられている（細矢郁他「面会交流が争点となる調停事件の実情及び審理の在り方—民法766条の改正を踏まえて—」家月64巻7号9頁以下参照）。

³ 島津一郎編（1966年）『注釈民法（21）親族（2）離婚』（有斐閣）（神谷笑子）では、面会交流についての言及はないが、島津一郎・阿部徹編（2008年）『新版注釈民法（22）親族（2）離婚』（有斐閣）（梶村太市）では、解説は大幅に増え、かつ詳細なものとなっている。

民法 766 条の改正や⁴、法的効果はともかくとして離婚届けに子どもの監護に関するチェック欄が設けられるなど、面会交流に関する制度の整備も進んでいる。さらに、別居親と子どもとの面会交流を支援する機関も活動を活発化しており、円滑な面会交流を行うための支援の仕組みも効果的に機能して始めている⁵。

周知のように、面会交流は昭和 39 年の審判⁶が認めて以来、基本的には、子どもの利益に反しない限り裁判所によって認められてきた。最高裁は、両親の別居事件において子どもと別居親の面会交流を民法 766 条の類推適用によって認めており⁷、離婚時において面会交流を認めてきた実務が受け入れられたと解してよい。したがって、別居時もしくは離婚時における面会交流は、裁判所により認知された法的利益または権利と考えてよいと思われる。そして、学説においても面会交流が子どもの福祉実現にとって重要であること、ならびに法的に保護すべきものである点について異論は見られない。

ただ、面会交流については、①面会交流の法的性格、②面会交流に関する事項を決める手続、③面会交流をめぐる事項を判断する基準や考慮すべき要素、④面会交流を実施するために必要となる仕組み、⑤面会交流の実施をめぐる紛争が生じた場合の処理の仕組み、など面会交流の内容を決める段階から、ひとたび面会交流をめぐる事項が決められた後の実施段階における問題など論点はいくつもがあるが、本稿は、面会交流の法的性格をめぐる議論と関係するものとして別居親の面会交流権について検討するもの

⁴ 民法 766 条の改正は、定着した実務を反映したものであるが十分議論を経ないで「唐突な感じを払しょくできない」との指摘もある（門広乃里子「子どもと親に関わる最近の法状況を契機として」法時 83 卷 12 号 4 頁）。

⁵ FPIC は 1991 年に活動を始めたが、交流支援に対するニーズが高まっているとされ、また交流支援事件の内容も多様になっている（山口恵美子「子ども・親支援のあり方」法時 83 卷 12 号 32～33 頁）。

⁶ 東京家審昭和 39 年 12 月 14 日家月 17 卷 4 号 55 頁。なお、本審判前にも事件があったとされる（森口静一＝鈴木経夫「監護者でない親と子の面接」ジュリ 314 号 72 頁）。

⁷ 最判平成 12 年 5 月 1 日民集 54 卷 5 号 1607 頁。

である。

本論に入る前に、面会交流とは、離婚後（本稿では別居には触れない）、子どもと別居親が面会やメールなど多様な手段で親子間での交流を図ることと解しておく。また、こうした面会交流を実現するためには、面会交流を必要とする理由、子どもと別居親のために面会交流を法的に保護する必要性、そして、法的に保護する場合の説明（権利かどうかなど）などが問われることを抑えておきたい。

既に触れたように、両親の離婚後、子どもが別居親と継続的に関係をもつことは子どもの発育にとって重要であり、そのために面会交流が必要であるという点について異論は見られない。かつては、否定的な見解もあったが⁸、現在では、面会交流に関して適切な環境を用意する限り面会交流は制約されないという見解が共有されている。

ただ、別居親が子どもと面会交流を図りたいとの希望をもった場合⁹、親のこうした主張が親の権利として認められるかについては見解が分かれている。そこで、本稿では、別居親が面会交流することの必要性ならびに面会交流を法的に保護するための説明（権利性をめぐる論点を含む）について、面会交流をめぐる紛争の構造、面会交流をめぐる学説および判例、別居親にとって面会交流がもつ意味などについて検討し、最後に面会交流の権利性について触れることにしたい。

⁸ 子どもの発育段階と関連させて否定的な見解もみられた（Joseph Goldstein, Anna Freud, and Albert J. Solnit (1973), *Beyond the Best Interests of the Child*, The Free Press 参照）。

⁹ なお、子どもを中心点にした親や兄弟姉妹以外の親族関係あるいは親密圏にある者、例えば祖父母などとの面会交流について整理しておく必要があろう（棚村政行「祖父母の面接交渉」判タ 1100 号 192 頁）。東京高決昭和 52 年 12 月 9 日家月 30 巻 8 号 43 頁（経過的措置だが祖父母との面会交流）、東京家審昭和 49 年 11 月 15 日家月 27 巻 10 号 55 頁（同居していた継母との面会交流）。

2 面会交流をめぐる紛争の分類

面会交流を考える場合、別居親と子どもとの面会交流が行われる場面がどのような構造になっているか整理してみる。

(1) 別居親申立型

別居親が同居親に対して、別居親が子どもと「交流したい」と申し立てるものであり（下図内の①）、面会交流が最初に問われた昭和39年事件が典型例である。この事件では、調停離婚が成立するまで母親が監護してきた6歳の男子に対して、親権者とならなかった母親が離婚調停成立後1年も経過しないうちに「母である申立人に当然認められる権利であり、相手方がこれを拒否すべき何等正当な理由はない」として「面接交渉」を求めたものである。

(2) 子ども申立型

子どもが別居親に対して、子どもが「別居親と交流したい」と申し立てるものである（下図内の②）。先例は見当たらないが、家事事件手続法の制定後、子どもは親を介さずに面会交流を申し立てる余地があるので¹⁰、このような事件が生じることが考えられる。

(3) 同居親申立型

同居親が別居親に対して、子どもの福祉のために、子どもと別居親とを「交流させたい」と申し立てるものである。さいたま家審平成19年7月19日家月60巻2号149頁は、子どもが2歳の時に調停離婚した別居親である父親に対して、8歳になった子どもとの交流を同居親が求めたものである¹¹。申立の趣旨は「未成年者が相手方に会うことを希望しているので、

¹⁰ 家事事件手続法252条1項2号、23条など参照。

¹¹ 東京家裁八王子支審平成18年1月31日家月58巻11号79頁も子どもが望

月1回の面会交流が実現できるように審判を求める」というものであったが、同居親である「申立人としては、未成年者が相手方に面接することを希望しているものではない」という状況のもとで申立がなされた（下図内の③）。同居親は積極的に面会交流を望んではいないが、子どもの希望と福祉を考えて申し立てたものである。

（4）別居親申立型（親責務型）

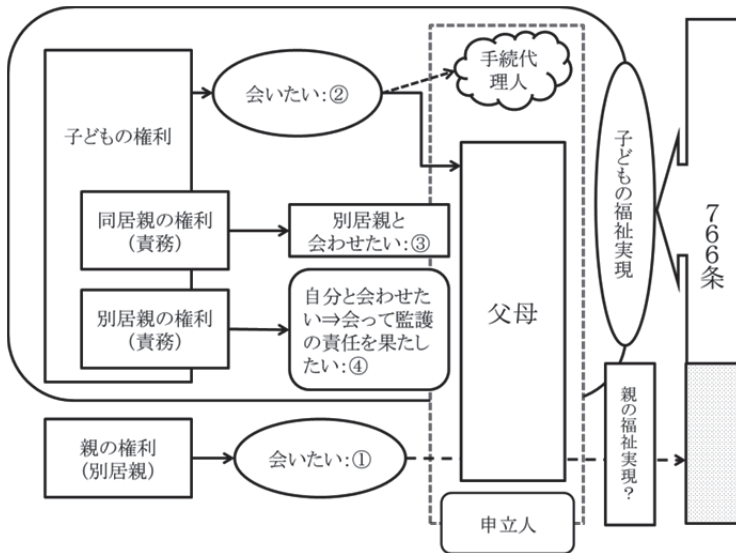
別居親が同居親に対して、「子どもと別居親である自分との面会交流が子どもの福祉になる」として申し立てるものである（下図内の④）。このようなケースは公開されている審判例には見当たらない。

面会交流に関する審判例は、民法766条にもとづき子どもの監護に関する処分として申し立てられるが、ほとんどが別居親申立型であり、同居親申立型は極めて珍しく、子ども申立型はこれから出てくる可能性があり、別居親申立型（責務型）は、別居親申立型と実質は同じようなものと思われるが、面会交流を必要とするための説明を異にするものである。

昭和39年審判以後の面会交流事件は、公表されている限りわずかの例外を除いて、別居親が子どもに会いたいという要求を民法766条に基づく監護処分として申し立てたものであり、民法766条が子どもの福祉実現を目的とする監護に関する申立を対象とし、監護に関する事項の一つとして面会交流があるとすると、別居親申立型は別居親の福祉のための申立であるから、本来、民法766条の対象となるのか疑問がある。もし、子どもの福祉を実現するために面会交流が必要であるという理由から、別居親と子どもの面会交流を監護処分として扱うのであれば、面会交流の申立は、別居親が「自分と子どもが面会交流を図ることは子どもの福祉に合致するので、自分と会わせる処分を求める」というものとなり、前述の別居親申立型（親責務型）と考えるべきであろう。しかし、面会交流は戦後の民法改正時に

んでいるとして申し立てられたものである。

は想定されていなかったと思われること¹²、昭和 39 年の審判が別居親申立型も監護に関する処分として認めたことから、子どもの福祉を目的とする申立も別居親の福祉を目的とする申立も、民法 766 条および家事審判法 9 条 1 項乙類 4 号事件として扱われてきたと言えよう¹³。



3 面会交流をめぐるこれまでの学説

面会交流権をめぐるのは多くの論者が主張を展開しており、また、それ

¹² 離婚後の子どもの監護に関してはほとんど大きな議論がなかったようである（我妻栄他（1956年）『戦後における民法改正の経過』（日本評論社）36頁（来栖発言）、39頁（中川発言）および164頁以下）。

¹³ 斉藤秀夫他編（1987年）『注解家事審判法【改訂】』（青林書院）363頁では、非親権者あるいは別居親が「ときどき子と面会交流をすることを求めることがあり」として審判の対象とされていた。

らの整理も詳細になされているので¹⁴、屋上屋を重ねることはせず、本稿では簡単に触れるにとどめる。なお、昭和39年に審判が出た頃の学説と現在の学説を検討する場合、約50年の間に、家族形態の変容にとどまらず法制度も子どもの権利条約、民法の一部改正と家事事件手続法の制定など、子どもの法的位置づけは大きく変容してきたので、学説を比較するとともに、時代的背景を考える必要があるだろう。

面会交流(権)は、①親の自然権であるとする説¹⁵、②監護関連権説¹⁶、③親権・監護権の一部説¹⁷、④自然権・監護関連権説¹⁸、⑤子どもの権利説¹⁹、⑥親の権利・子の権利説²⁰など多義に分かれている。さらに、子どもとの面会交流は、「別居親には子と交流する義務がある」とする見解²¹や

¹⁴ 梶村太市・前掲 138～143頁、山口亮子「面接交渉の権利性と家族性」若林昌子他編(2008年)『新家族法実務体系②親族[II]—親子・後見—』(新日本法規) 319～321頁。

¹⁵ 森口静一＝鈴木経夫「監護者でない親と子の面接」ジュリ 314号 72頁。

¹⁶ 田中実「面会交流権」現代家族法体系編集委員会編(1980年)『現代家族法大系(2)』(有斐閣) 258頁、中川善之助他編(1969年)『注釈民法(23)親族(4)』(有斐閣)(明山和夫) 74頁～75頁。

¹⁷ 野田愛子「面会交流権の権利性について」最高裁判所事務総局(1969年)『家庭裁判所の諸問題(上)』209頁。なお、親権の一部であり、非親権者は面会交流権を有しないとする決定がある(高松高決平成4年8月7日判タ809号193頁)。

¹⁸ 久貴忠彦「面会交流権覚書」阪大法学 63号 117頁、沼辺愛一「子の監護・引渡し・面会交流権の審判権」鈴木忠一他監修(1981年)『新・実務民事訴訟講座(8)』(日本評論社) 174頁・若林昌子「離婚後の面会交流権その一」川井健他編(1992年)『講座現代家族法(3)』(日本評論社) 227頁。

¹⁹ 稲子宣子「子の権利としての面会交流権」日本福祉大学研究紀要 42号 97頁。

²⁰ 犬伏由子「離婚訴訟中でDV保護命令下の父との面会交流(却下)」民商法 129巻 6号 172頁。石川実「離婚による非監護親の面会交流権」別冊判タ 8号 286頁、国府剛「面会交流権の制限と憲法13条」中川淳編(1971年)『家族法審判例の研究』(日本評論社) 144頁、田中通裕「面会交流権の法的性質」判タ 74号 323頁

²¹ 二宮周平「面接交渉の義務性—別居・離婚後の親子・家族の交流の保護—」立命館法学 298号 337頁。また、久貴忠彦・前掲 117頁は、「親として有する固有の自然権であるとした上で、かつ、それは「監護に関する権利」と解しても一向に差し支えない」「親たる者に与えられた固有の権利であると同時に、子の成育を見守るべき親としての義務の具現である」とする。なお、親権一般に関する議論の中で、米倉明「親権概念の転換の必要性」(1992年)『現代社会と民法学の動向(下)』有斐閣 405頁以下は「親権は名実ともに義務」とする

子を養育する親の権利を奪うことは、①親から子育ての喜びを奪うこと、②愛着追求を子どもから奪うことになり「幸福追求権」や「プライバシー権（自己決定権）」侵害と解されるという見解²²も見られる。一方、面会交流については実定法上の根拠がなく、また、後見的な役割を果たす家裁の審判権を認めることで子どもの保護には足りる²³として実体法上の権利ではないとする見解もある²⁴。しかし、民法 766 条を前提として家裁の審判権が認められるという手続面の法的性格と、現行法における手続きの前提となると思われる面会交流をめぐる法的性質とは分けて考えてよいと思われる²⁵。ただ、明文規定がなくとも権利構成ができないとは言えず、他者の妨害を排除しても実現する価値のある親子の関係をめぐる事項であるとすると権利構成も認められると解釈することは可能と思われる²⁶。

が、親権の中に面会交流を含むかについての言及はない。また、川田昇は非親権者にも子どもの養育が適正に行われているかについて「監視権」という「一種の親権」概念を提示しているが、子どもの監護に対する責務と共通する解釈と思われる（川田昇（2005年）『親権と子の利益』（信山社）20-21頁）。

²² 棚瀬孝雄「両親の離婚と子どもの最善の利益」自由と正義 60 卷 12 号 26 頁。

²³ 杉原則彦「婚姻関係が破綻して父母が別居状態にある場合に子と同居していない親と子の面会交流について家庭裁判所が相当な処分を命ずることの可否」最判解民事篇平成 12 年度（下）514 頁。ただし、親の面会交流は子どもの福祉に反する場合には、審判では全面的に否定することもあるので、「結果的には、権利性を否定するに等しいとも考えられる」（515 頁）と微妙な解説がなされている。また、民法 752 条を適用するという解釈があった（岡山家審平成 2 年 12 月 3 日家月 43 卷 10 号 38 頁）。なお、面会交流について権利構成をしなかったのは、「議論が分かれ」ているからと言われており権利性を否定したという説明にはなっていない（飛澤知行編著（2011 年）『一問一答・平成 23 年民法等改正』（商事法務）12 頁）。

²⁴ 「適正措置請求権」（梶村太市・前掲『新版注釈民法（22）離婚』142 頁）あるいは、民法 766 条から判断して「実体的権利＝実体的請求権としては規定されず、単なる監護の一態様とされたに過ぎない」とする（（2013 年）『裁判例からみた面会交流 調停・審判の実務』（日本加除出版）1 頁）。

²⁵ 犬伏由子・前掲 947 頁。二宮周平「面接交渉の義務性—別居・離婚後の親子・家族の交流の保護—」立命館法学 298 号 335 頁など参照。なお、面会交流を権利と解する説を「外国法の模倣か独自の解釈」、「理論的根拠がなく」、「人間関係諸科学上の根拠もなく」と評価する根拠はどのようなものであろうか（梶村太市・前掲『裁判例からみた面会交流 調停・審判の実務』（日本加除出版）1 頁参照）。

²⁶ 谷英樹「面会交流の実務の問題点と課題」自由と正義 60 卷 12 号 38 頁。

4 面会交流を扱ったこれまでの先例

昭和 39 年審判で面接交渉が「親の権利」として認められ²⁷、民法 766 条の子の監護処分として申立が認められるようになってから、裁判実務では、子どもと別居親との交流は子どもの育成にとって好ましいものとして認められてきた。面会交流を認めなかった事例でも、面会交流それ自体の重要性を否定したわけではなく、個別の事情を考慮した上で、子どもの福祉にそわないとして結果的に認めないというものであった。これまでの審判例は以下のように整理することができる。

(1) 面会交流の権利性を否定した先例²⁸

面会交流の権利性を否定した審判では、面会交流は「法律上の権利に該当するものと」は解せないこと、ならびに家事審判法 9 条にも規定されていないので、家事調停で決めるべきであり、審判事項ではないと説明された。

(2) 面会交流を肯定した先例とその論理構成

(1) 親の面会交渉権として面会交流を認めたもの

親の「面会交流権は親権者又は監護者として自ら実際にその子を監護養育しない方の親が、その子と個人的に面接したり、文通したりして交渉する権利であり、民法上明文の規定はないが、親子という身分関係から当然に認められる権利である」²⁹とされた。ただ、親の権利としても、「面会交流権は、未成年の子の非監護親の権利として構成されているが、第 1 次的には未成年の子の福祉に資する目的で行使されるべきもの」と解されてい

²⁷ 東京家審昭和 39 年 12 月 14 日家月 17 巻 4 号 55 頁。

²⁸ 大阪高決昭和 43 年 12 月 24 日家月 21 巻 6 号 38 頁。

²⁹ 横浜家審平成 18 年 3 月 9 日家月 58 巻 11 号 71 頁。

る³⁰。

(2) 面会交流権を親権の一部と解したもの

面会交渉権が独自に存在するのではなく、「子に対する面接は当然親権の中に包摂され、親権とは別個に親の権利としての面会交流権が存在するわけではない（面会交流権は、親権者でない親に認められる権利である）」³¹として親権の一部と位置付けて認めるという構成をとったものがある。なお、本決定は「親の子に対する親権の行使は、社会通念に照らし子の福祉の上から著しく相当性を欠くような場合を除き、親権者の自由な判断に委ねるべきであり、親権者間に親権の行使につき一致を見ず対立を生じたとしても親権者間の子の福祉を第一にした自主的解決にまつべきであって、裁判所はいたずらにこれに介入すべきものではないといわねばならない」という裁判所の介入に関しては謙抑的な姿勢をとっている。

(3) 親と子ども双方に面会交流権を認めたもの

子どもは「人格の完成をめざし、心身の健全な発達を求める基本的人権が保障されねばならない（憲法第26条第1項、教育基本法第1条）」とし、憲法上の権利主体である子どもの面会交渉権の性質は「子の監護義務を全うするために親に認められる権利である側面を有する一方、人格の円満な発達に不可欠な両親の愛育の享受を求める子の権利としての性質をも有する」と構成される³²。ただ、同時に「子の福祉を無視して、単に親または親権者であるからというだけで当然に面会交流権を有する旨の見解には同調することはできない」としており、親の面会交流に関する権利性は子どものそれに比べると後順位におかれている。

³⁰ 横浜地判平成21年7月8日家月63巻3号95頁。

³¹ 高松高決平成4年8月7日判タ809号193頁(別居中の夫婦が争った事件)。

³² 大阪家審平成5年12月22日家月47巻4号45頁。

(4) 面会交流の権利性に触れることなく肯定したもの

① 子どもの監護の内容として構成するもの：特に子どもの権利あるいは親の権利と明確に言及することなく、面会交流は「監護の一内容」として判断されている³³。

② 監護事件として民法766条を適用するが、権利性については触れられることなく、当然のように子どもにとって面会交流が重要であるとして判断するもの：現在の審判例のほとんどがこの構成をとっている。例えば、「子の福祉という見地からは、父母のうち監護教育を担当しない親（以下「非親権者親」という。）も、可能な限り親権者親による未成熟子の監護教育に協力することが重要であり、このため、非親権者親と未成熟子が接触・交流の機会を持つことが望まれることから、民法上明文の規定はないけれども、子の監護に関する処分の一環として離婚後の非親権者親による未成熟子との面会交流が肯定されている」³⁴、「一般に、父母が離婚した場合も、未成熟子が非監護親と面会交流の機会を持ち、親からの愛情を注がれることは、子の健全な成長、人格形成のために必要なことであり、面会交流の実施が子の福祉に反するなどの特段の事情がない限り、これを認めるのが望ましい。」³⁵とされ、特に面会交渉を権利として論じることなく面会交流の重要性を認めて面会交流に関する判断がなされている。

裁判所の判断を整理すると、裁判所のとった対応の特色は、第一に、子どもと別居親の面会交流は子どもの発達にとって重要であるとの認識にたつこと、第二に、かつては親の権利であることを明言していたが、現在では、子どもの権利あるいは親の権利に触れることなく、民法766条の適用（類推適用を含む）により監護に関わる事項として処理すること、第三に、

³³ 最決平成12年5月1日家月52巻12号31頁（別居事件）、東京高決平成19年8月22日家月60巻2号137頁（離婚事件）。

³⁴ 横浜家審平成8年4月30日家月49巻3号75頁。

³⁵ 東京家審平成18年7月31日家月59巻3号73頁。

面会交流は子どもの福祉にそう限り認めること、そして第四に、面会交流を親子関係についての様々な事項を検討して判断すること、などである。

5 面会交流と別居親の利益

(1) 子どもと面会交流の必要性

子どもと別居親との面会交流については、子どもの発達成長にとって別居親と関わるのが極めて重要であると説明されている。子どもの人格形成（精神の形成）については、心理学の世界では、新生児期・乳児期・幼児期・児童期・思春期・青年期を経て認知能力、他者との関係形成維持能力、情緒の安定能力などを段階的に身につけてゆくとされている。特に、子どもの心象の形成過程や人格の形成過程において父母との関わりが、安定した子どもの精神や人格に影響すると考えられ、また、人間関係に関する心的枠組みは環境によって影響をうけつつ時間の経過の中で変容してゆくと解されている³⁶。

子どもはこうした過程を経て成人になってゆくので、その経過段階では、大人からの様々な支援を必要としている。そこで、日常生活では、子どもの身近にいる父母、あるいは、父母に代わる者³⁷が次のような役割を果たすことが期待される。まず、身体的接触を伴う密接な関わり、子どもの世話の継続性、心理的・情緒的満足を提供する関わり、さらに、社会における男女のモデルの提示などである。

両親が離別した場合、別居親は上記の役割を常にはたすことはできないとしても、必要に応じて子どもと関わり、子どもの発達を支えることができる。そして、面会交流は、子どもが「①親から愛されていることの確認、

³⁶ 高橋恵子「人間関係」高橋恵子他編（2012年）『発達科学入門[2]胎児期～児童期』（東京大学出版会）165頁、177頁

³⁷ 里親などが想定される。

②親離れの促進、③アイデンティティの確立」³⁸を実現するために必要な一手段と言えるだろう。子どもが「非監護親との交流を継続することは、子どもが精神的な健康を保ち、心理的・社会的な適応を改善するために重要」なのである³⁹。多くの場合、別居親は父親であるが、婚姻継続中の父母を対象にした研究では、父親の関与が子どもの発育に好ましい影響があると解されており、面会交流を考える場合の参考になると思われる⁴⁰。

つまり、発達する過程において親との関わりを持續することが子どもの人格を形成し情操を深める結果をもたらすのであり、面会交流は子どもの健全な成長や人格形成極めて重要なものと言えよう。

裁判所も「子は、父母双方と交流することにより人格的に成長していくのであるから、子にとっては、婚姻関係が破綻して父母が別居した後も、父母双方との交流を維持することができる監護環境が望ましいことは明らかである」⁴¹、「子と非監護親との面会交流は、子が非監護親から愛されていることを知る機会として、子の健全な成長にとって重要な意義がある」⁴²「非監護親の子に対する面会交流は、基本的には、子の健全育成に有益なものといえることができる」⁴³などと説明しており、面会交流は子どもの発達との関係で重視されているのである。

子どもは心身ともに日々発達するという子どもに関する動的な認識に基づいて、子どもと別居親との継続的な関わりが重要であるとされ、面会交流はその関わりの一つとして位置付けられている。

(2) 別居親と面会交流の必要性

³⁸ 細矢郁他・前掲 48～49 頁。小田切紀子「子どもから見た面会交流」自由と正義 60 巻 12 号 29～30 頁。

³⁹ 細矢郁他・前掲 53 頁。

⁴⁰ 石井クンツ昌子（2013 年）『「育メン」現象の社会学』（ミネルヴァ書房）159～160 頁。なお、日本での研究は数少ないと指摘される。

⁴¹ 東京高決平成 15 年 1 月 20 日家月 56 巻 4 号 127 頁。

⁴² 大阪高決平成 21 年 1 月 16 日家月 61 巻 11 号 70 頁。

⁴³ 大阪高決平成 18 年 2 月 3 日家月 58 巻 11 号 47 頁。

子どもに関する動的な認識に立って子どもにとっての面会交流の意義が問われるとすると、別居親が子どもと面会交流する意味はどのように解されるだろうか。

第一には、別れて生活する子どもへの責任（同居して生活することを期待した子どもへの責任）を果たすための面会交流が考えられる。別居親との生活を期待していた子どもに対して親の役割を果たすことであり、離婚後も親として行う監護の一環と解することができる。現行法では離婚後の共同監護義務は規定されていないが、親として子どもが成人になるまで養育責任を負うとされているので、別居親は子どもの利益に反しない限り子どもと面会交流を行うべきことになるだろう。

第二には、別居親自身が自分の福祉を実現するための面会交流である。本来、面会交流が親の権利であるという論議は、この点に関するものであった（昭和39年審判など）。

別居親にとっての面会交流の根拠は、別居親の自然な情として成長する子どもを見守りたい・交流したいというように語られており、別居親のこうしたニーズについては、せいぜい親の自然な感情という説明にとどまって、その他の理由は指摘されないことが多い。親の状況に関しての言及が少ないのは、子どもは発達する「過程にある存在」であり、親はすでに人格を形成した者として見られているからではないかと思われる。

しかし、成人に関する静的な認識を見直す必要はないだろうか。人は生まれてから死ぬまで発達（成長・変化・変容とどのような用語でもよい）するのであり、先に挙げた成長期に加えて成人期・中年期と老年期を継続して迎え、死ぬまで発達してゆくと考えることが人の実態に合致するのではないだろうか。身体はもとより精神や人格もまた社会生活（他者との関わり）を通して発達し続けるものであるという動的な人間観にたつて、面会交流を再検討してもよいと思われる。すなわち、面会交流が子どもの福祉にそうものとして精神医学などに基づき根拠づけられるのであれば、別居親の面会交流についても、権利性を問う前に、親が子どもと関わること

の意味（親にとっての交流のもつ意味）を整理する必要がある。

これまで、親の心情として面会交流が説明されると、「大人なのだから我慢しなさい」という一言で面会交流が制約される可能性があった。先例に見られるように、別居親は子どもの発育を「遠くから見守る」ことが日本社会の伝統的な対応であったとの認識に立って、別居親は成人としての自制を求められることにもなる。別居親が子どもと会いたいという気持ちは分かるとしても「蔭から事件本人の健全な成育を祈っていることが、事件本人を幸せにすることになるものと判断される。事件本人のことが気にかかるときは人を通じてその様子を聞くなり、密かに事件本人の姿を垣間見て、その見聞した生長振りに満足すべきである。自己の感情のままに行動することはそれが母性愛に出ずるものであつてもかえつて子を不幸にすることがある。子のために自己の感情を抑制すべきときはこれを抑制するのが母としての子に対する真の愛というべきである」⁴⁴として、調査官による詳細な事実の調査を踏まえた原審を取り消した決定に見られる別居親に対する認識には疑問を感じざるを得ない⁴⁵。

現在の生涯発達心理学⁴⁶では、人の心理を「全生涯を通じての獲得（成

⁴⁴ 東京高決昭和40年12月8日家月18巻7号31頁。

⁴⁵ 面会交流を積極的に支持する論者からも「たとえば日本では、「別れた親は、柱の影から子どもの成長を見守るのがいい」とする考えが古くからある」（小田切・前掲29頁）とされるが、本当に古くからあるのかについては留保したい。改正前の民法では父が親権者とされたが、離婚時に父母のどちらが子どもを引き取ったか（子どもの性により違いがあったか）など実態は解明されているのだろうか。近世の例になるが、男の子は夫、女の子は妻という慣行があったが、常にそうした対応がなされたとは言えず、子どもの処遇については父母の熟議が期待されており、妻が男の子を引き取る事例もあった（高木侃（1999年）『増補三くだり半』（平凡社）140頁、法務大臣官房司法法制調査部監修（1989年）『司法省蔵版全国民事慣例類集』（商事法務研究会）123頁以下参照）。また、家族関係に関するイメージと実態との乖離については坂本佳鶴恵（1997年）『＜家族＞イメージの誕生』（新曜社）第4章「母もの映画と小市民映画」参照。

⁴⁶ サトウタツヤ・渡邊芳之（2011年）『心理学・入門』（有斐閣）92頁では「生涯発達心理学」という名称のもと人生すべての時期を含む」とする。鈴木忠（2008年）『生涯発達のダイナミズム』（東京大学出版会）229頁は、知能の発達に焦点が当てられているが、人は発達のグランドプランにもとづきながら、その

長」と喪失（衰退）とのダイナミズム」ととらえ、人は成人した後、歳を重ねても発達すると解されている。その発達を支えるものの一つは、夫婦の関わり・親子の関わり・兄弟姉妹の関わり・親族の関わりなど家族構成員として相互に関わり合うことである。親にとっては、「育児することはそのおとなの心と力に発達をもたらします…一見、育児とは無縁に思える多様で広い影響が、人格面や価値観にわたって自覚」⁴⁷されると言われるように、親子の相互関係であると同時に動的な関係である子育て経験を経ることによって人として得るものが多いとされる。例えば、親の役割達成感、父母ともに「心理的な発達」へ影響し、親が子どもや子育てを肯定的に評価することにより、環境制御ができたり、人格的成長を見せたり、生きる目的を見出し、他者と暖かな人間関係を築く傾向が高まるなど、子育ての体験は個人の心理的な発達にとって重要な役割を持つ可能性がある指摘されている⁴⁸。父親に関して言えば、親役割達成感が高い父親は、「環境制御力」「人格的成長」「積極的な他者関係」「人生における目的」の次元で達成感の低い父親よりも高い数値を見せる。さらに、父親自身が子どもをもってから「家庭に対する思いやりが深まった」「他人に迷惑をかけないよう心掛けるようになった」など父親が変わったとされている⁴⁹。このように「親になる」、「親をする」営みを通して「自己抑制、視野の広がり、人知を超えたものへの畏敬、自我の強さなどが、獲得され、より強まる」というのである⁵⁰。なお、こうした研究は、婚姻している父母を対象にし

時々の環境条件に応じて変化を「積み上げていく」と指摘する。

⁴⁷ 柏木恵子（2013年）『大人が育つ条件—発達心理学から考える』（岩波書店）126頁。

⁴⁸ 寺菌さおり「子育てによる親役割達成感と親の心理的な発達との関連性」小児保健研究 69巻1号47～50頁。

⁴⁹ 石井クンツ・前掲 185頁。面会交流は父親に限られたことではないが、子育てを楽しいとする男性が増えている現状を認識する必要がある（内閣府『少子化社会に関する国際意識調査』2011年3月調査（<http://www8.cao.go.jp/shoushi/cyousa/cyousa22/kokusai/mokuji-pdf.html>）：128～129頁）。

⁵⁰ 柏木恵子「親としての発達」高橋恵子他編（2012年）『発達科学入門[3]青年期～後期高齢期』（東京大学出版会）128頁。

たものであり、父母が離別した場合には、父母の関係ならびに環境が変わるので、人は発達し続けるという点はともかく、子育てについて全面的に適用できるかについては慎重である必要があろう。

このように考えると、成人である親もまた、心の豊かさや感性を磨くために、他者と関わるが必要であり、他者のなかでも家族との関係を継続的に続けてゆくことが極めて重要であると言える。一般に、親子の関係を維持することは、「親も子育てや子どもから影響されて成長していくという相互に影響を与えるプロセスである」と言われるように、別居親の成長の糧になるのである⁵¹。言い換えると、別居親と子どもとの面会交流は、親としての自然な感情の発露や子どもに対する適切な監護養育を提供する責務の一つにとどまらず、別居親が一人の個人として発達するために不可欠なものであるという認識が必要であると思われる。

(3) 別居親と面会交流の権利性

別居親の成長にとって子どもとの継続的関わり不可欠であるとする、別居親、同居親ならびに子どもとの間で面会交流をめぐる紛争が生じた場合、最終的には家庭裁判所で紛争処理がなされる以上、面会交流を法的利益として扱うことになる。そこで、面会交流の利益を権利として扱うかどうかは次の論点となる。

第一に、権利として構成することによって（それが実体的権利か手続的権利かを問わないとしても）、権利主体、権利の内容、権利行使の相手方や条件などが明確にされる。そして、権利とする以上、最終的には司法の場において紛争が処理されることになり、別居親は司法による保護を期待することができる。もちろん、民法 709 条に見られるように、「権利」としなくとも、「法律上保護される利益」と解することで法的保護を受けられることは言うまでもない。しかし、面会交流を権利として構成すると、面会交

⁵¹ 石井クンツ・前掲 183 頁。

流が不当に妨げられる場合には、妨害禁止や損害賠償請求などの根拠とできるなど⁵²、別居親が一定の作為や不作為を求めるに当たって説明しやすくなるだろう。

第二に、権利構成により、行為規範としての面会交流を明らかにすることができる。両親に対して面会交流の内容とその重要性を認識させ、別居親は面会交流権を行使する場合、その権利行使が子どもの福祉に合致するよう常に考慮しなくてはならないことになる。

第三に、面会交流を権利として位置付けることは、国家法が面会交流を子どもの福祉にとって重要であると認識していることを示す象徴的な意味合いもある。権利構成は、面会交流をめぐる紛争処理過程における実務上の必要性だけでなく、国家法が面会交流の法的重要性を宣言したのと言うことができる。例えば、民法 766 条が改正されて「交流」と言う文言が条文に加えられたことは、離婚する（別居する）父母が離別後の子どもの監護を考える時に、面会交流についてきちんと取り決める必要があること、面会交流は子どもの利益にとって重要であること、国家は面会交流を条文に明記してまで重視していること、などというメッセージを公にしたと解することができる。つまり、法の象徴的機能という役割から見て、別居親と子どもの面会交流を「権利」にまで高めて表現する意味は大きい。

第三に、面会交流を権利として扱うことにより、紛争処理過程における両親や子どもを適正に扱う意味もある。例えば、別居親が面会交流をめぐって同居親と対立した場合、面会交流の内容もよく分からない、別居親の法的地位も明確とは言えないという状況の中で、面会交流についての法的決着がなされても、別居親はその結果を納得できるであろうか。別居親には面会交流権という法的地位を認めた上で、個別の事情を考慮しながらその実現や制約が図られることは、当事者が適正（fair）に扱われたと認識することにつながり、法的な決着を納得して受け入れやすいと思われる。そ

⁵² 東京家審平成 24 年 6 月 29 日家月 65 卷 3 号 52 頁（妨害禁止の事件）、横浜地判平成 21 年 7 月 8 日家月 63 卷 3 号 95 頁（損害賠償請求の事件）。

のためにも、面会交流に関する親の法的利益を権利として構成する必要がある⁵³。

このように別居親が子どもと面接交渉を行う権利があるとすると、学説の両性説のように憲法13条に基づく権利ととらえて非親権者（非監護者）にならなかった別居親に認められる親子関係を維持するための権利として保障されてよい⁵⁴。

一方、すでに触れたが、面会交流権は審判事項の対象となっているなどの理由から実体法上の権利として議論することに対して疑問が出されている。平成12年の最高裁判決を念頭において、民法766条に基づく面会交流は、面会するあるいは交流することを親が求める権利ではなく（実体法的請求権ではない）、面会交流という子どもに適切な措置（面会交流となろう）を求める権利であるという解釈があり⁵⁵、そして、面会交流権と言うものは「手続的請求権（適正措置請求権説）」であり「実体的権利であると解するような明らかなミスリードはもはや許されない」とされる⁵⁶。ただ、民法766条の解釈に限定して子どもと別居親との面会交流を論じるのであれば、この解釈も一つの解釈とされるだろうが、子どもと別居親の面会交流の法的性質についての議論としては限定的すぎると思われる。

6 むすび

これまで述べたように、面会交流事件において、別居親は子どもと定期

⁵³ 家族関係に関する紛争において当事者が本当に納得することを期待できるのかという疑問は残る。ただ、こうした割り切れない性質をもつからこそ、当事者を適切に位置付け、当事者に法的地位を与え、適正に扱うことで、導かれた結果を「納得したもの」として扱うことしかない（尾崎一郎「現代的法機能と秩序」和田仁孝編（2006年）『法社会学』（法律文化社）33～34頁参照）。

⁵⁴ 犬伏・前掲948頁。

⁵⁵ 杉原・前掲注23参照。

⁵⁶ 梶村太市・前掲注釈民法142～143頁。

的に関わることによって親としての責任を認識し、人間関係を円滑にする思考や情緒の枠組みを一層豊かにしてゆくことができるとすると、別居親の面会交流の利益は法的保護の対象となつてよい。

別居親のかかる利益を適切に実現するためには、別居親には面会交流権があるとし、面会交流をめぐる紛争が生じた場合には、権利主体として扱われ、別居親の要求は家事審判など紛争処理過程で検討されると考えるべきであろう。現行法のもとでは、面会交流に関する条文は、多数説によれば民法 766 条とされており、別居親は子どもと面会交流をしたいと望んだ場合、面会交流権があることを前提に、民法 766 条における監護に関する処分として家庭裁判所の判断を仰ぐということになる。

最後に面会交流を権利として構成することの限界に触れておきたい。面会交流事件に適用される家事事件手続法の特色として挙げられる「手続的保障」は、第一には適切な結論を導くために必要であること（当事者が情報を適切に提供できることなど「実質的な意義」がある）⁵⁷、第二には、当事者が手続的に適切に「扱ってもらった」という実感により結論を「納得する」と関係していると思われる⁵⁸。面会交流事件の処理構造は、①子どもと両親の権利を認める、②裁判所は適切な判断基準で判断する、③子どもと両親の利益を表明できる機会を用意する、④裁判所が適切に判断して結果を強制する、⑤子どもと両親は適切な経過を経て出された結論を「納得した」として受け止める、ということになる。現実の紛争では、当事者が裁判所の出した結論にどれだけ「納得して受け入れる」かどうかの保証はない。しかし、こうした紛争処理構造はフィクションに過

⁵⁷ 山本和彦「非訟事件手続法・家事事件手続法の制定の理念と課題」法律時報 83 卷 11 号 6 頁では、意見表明を例にあげて「憲法の保障に基づく人権を構成する」とする。その他、木内道祥「家事事件手続法の理念」自由と正義 64 卷 1 号 53 頁など、審判・調停における手続保障を法の特色とする。

⁵⁸ 横田光平「子どもの意思・両親の権利・国家の関与」法律時報 83 卷 12 号 15 頁は、子どもが面会交流を望む事例では「子どもの当事者性が正面から問われる」のであり、「面会交流が子どもの権利であると理解することの意義が一層明らかになる」とする。

ぎないかも知れないが、面会交流のように裁判所が正解を見つけることの極めて難しい事項を扱う以上、かかる構造を当事者は引き受けるほかないと思われる。⁵⁹

⁵⁹ 退職に際して退職記念号を出版してくださった新潟大学法学会ならびにご多忙にもかかわらず、ご寄稿してくださった執筆者の方々に心よりお礼を申し上げます。また、在外研修のリープ中にもかかわらず本号の編集作業をして下さった田巻帝子准教授にはお礼の言葉もありません。