

## 判例研究

### 離婚後親権を行なわない親の面接交渉権

家族法判例研究（四七）\*

佐藤義彦

東京高等裁判所昭和四二年八月一四日決定（昭和四二年（ウ）第三八二号親権者指定審判事件に対する即時抗告事件）家裁月報二〇卷三号六四頁―棄却

【決定要旨】 親権者とならなかった親がその子と面接することは、親子という身分関係から当然に認められる自然的な権利であるが、面接が子の監護養育上相当でない場合には、これを制限することはもとより妨げないものといふべく、右の制限をしたからといって憲法第一三条に違背するものといふことはできない。

【事実】 X女（申立人）とY男（相手方、抗告人）は昭和三五年六月婚姻し、翌三六年八月にはA女（事件本人）を儲けたが、昭和四二年五月親権者の指定を残して離婚が成立した。本件はAの親権者指定に関するものである。

原審（東京家裁）は、Aの親権者をXと定めた後、「しかしながら、子供の人格の健全な育成のためには両親の愛情が必要であるから、たとえ両親が離別するに至ってもできるかぎり両親の愛情に接するのが望ましいと考えられるので、Aのため、親権者の監護養育を混乱させないかぎり、できるだけ自然な形でAをYに面接させることが相当であると考え。そして事件にあらわれた総ての事情を考慮して、AとYの面接は少くとも年二回程度が適当であると考え。」という理由により、「Xは六か月に

一回、一日間（朝食後より夕食前まで）その指定する日時場所においてAをYに面接させよ。」との審判を下した（昭和四二年六月九日）。

これに対してYは、Aとの面接について原審判が年二回に限定したことは憲法第一三条に違反するかそれとも著しく不当であるという理由で、即時抗告した（もっとも、YはAの親権者をXと定めたことは不当であることをも抗告の理由としているが、本稿ではこの部分については触れない）。

**【決定理由】** 「次に、Yは、Aとの面接について原審判が年二回に限定したことは憲法第一三条に違反するか、あるいはいちじくしく不当であるというところ、親権者とならなかった親はその子と面接することは、親子という身分関係から当然に認められる自然権的な権利であり、監護する機会を与えられなかった親として最低限の要求であり、親の愛情、親子の関係を事実上保障する最後のきずなどということができなければならない、面接が子の監護養育上相当でない場合には、これを制限することはもとより妨げないものというべく、右の制限をしたからといって憲法第一三条に違背するものということはできない。しかし、原審判においては、Yの面接の機会を全く奪ったものではなく、Aの監護養育に関する事情を斟酌すると、原審判で定めたYのAに対する面接の方法、程度について不当にその機会を制限したものはということができないから、この点に関するYの主張は採用できない。」

**【参照条文】** 民法第七六六条、家事審判法第九条第一項乙類第四号。

**【研究】** 本判例の持つ意義は、(一)離婚後親権および監護権を行使しなくなった父母の一方も子と面接・交渉する権利（以下では仮に「面接交渉権」という）を有すること、(二)この権利は親子という身分関係から当然に認められる自然権的な権利であること、(三)子との面接・交渉が子の監護養育上相当でない場合にはこれを家庭裁判所の審判によって制限することができ、右の制限をしたからといって憲法第一三条に違背するものではないこと、の三点を認めた点にある。

一 離婚後親権および監護権を行使しなくなった父母の一方が子と面接・交渉する権利を有するかについては、諸外国では明文の規定を置いている（諸外国の立法例については、久貴忠彦「面接交渉権覚書―二つの裁判例をめぐって―」阪大法学六三号（昭42）一〇六―一二三頁に詳しい。その他、森口静一・鈴木経夫「監護者でない親と子の面接（身分法研究第二一回）」ジュリスト三一四号（昭40）七三―七四頁）にかかわらず、我が法はこれに関する規定を設けていないので、一応問題となり得る。

学説はこの点につき、「子が順調に成育し正しい社会人となるように導くのは、親たる者自身に与えられた権利義務であって、それは法律上親権者・監護者であるか否かにかかわらず、常に彼らに帰属しているものである。そして、第一次的には子の監護は親権者・監護者によってなされるものであるけれども、監護の権限をもたぬ親も、最小限の権利もしくは義務として、子と接触し成育を見守り援助を与えるべきものと考えられ、それが面接交渉権として具現されているとみられるのである。」（久貴前掲一一五頁）という理由で、あるいは、「子との面接（文書による交通も含まれる。）は、監護する機会を与えられない親としての最低限の要求であり、親の愛情、親子の関係を事実上保障する最後のきずな」（森口・鈴木前掲七五頁）であるという理由で、いずれも面接交渉権の存在を是認している。

他方、判例においては、公表された最高裁判所の判例は現在のところ見当たらず、下級裁判所のそれが一件あるのみである（東京高決 昭和四〇年二月八日 家裁月報一八巻七号三一頁。なお、原審は、東京家審 昭和三九年二月一四日 家裁月報一七巻四号五五頁。前掲久貴論文は右両裁判例をめぐっての研究である。原審の東京家裁は、「未成熟子に対する面接ないし交渉は、親権もしくは監護権を有しない親としての最低限の要求であり、父母の離婚という不幸な出来事によって父母が共同で親権もしくは監護権を行使することが事実上不可能なために、一方の親が親権者もしくは監護者と定められ、単独で未成熟子を監護養育することになっても、他方の親権もしくは監護権を有しない親は、未成熟子と

面接ないし交渉する権利を有し、この権利は、未成熟子の福祉を害することがない限り、制限されまたは奪われることはないものと考える。」という理由により、抗告審の東京高裁は、「思うに、実の母が我が子に面接することは本来ならば何人にも妨げられないはずである。」との理由で、いずれも面接交渉権の存在自体についてはこれを肯定している（もつとも、結論的には、東京高裁は、当該事案の下で面接を認めることは子の利益にならないとして、面接・交渉を認めた原審審判を取り消している）。

本件は、現在までに発表されたこれら学説・判例に従い、我が法上も離婚後親権および監護権を行使しないことになった父母の一方に面接交渉権が認められることを確認したものと位置づけられる。

## 二 問題は右の面接交渉権の性質をどのように解するかである。

学説は、「面接交渉権は、本質上親に与えられた固有の権利である」（久貴前掲一二七頁）とか、「親であるがゆえに持つ権利、明文の規定はなくても、親子という身分関係から、当然に認められる自然権的な権利である」（森口・鈴木前掲七五頁）というふうに解されており、判例も、「実の母が我が子に面接することは本来ならば何人にも妨げられないはずである。」（前掲東京高決）という理解に基づいていることは既に一で紹介したとおりである。

本件決定は、「親権者とならなかった親はその子と面接することは、親子という身分関係から当然に認められる自然権的な権利である」と述べているのであるから、右の学説や判例の立場に従ったものといえることができる。

しかしながら、右のように子と面接・交渉する権利を親子という身分関係から直接に認められる自然権的な権利であると解するときは、それは父母が婚姻中であり共同して子に親権を行使している場合にも、親権とは別に、父母に与えられていると解さざるを得ないから、親権と面接交渉権との関係において疑問が生ずるように思われる。すなわち、面接交渉権を親権とは別個の権利であり親権には子と面接・交渉する権能を含まないと考えることは、監護・教

育権としての親権概念と一致しないことは言うまでもない。また、面接交渉権は親権とは別の権利であるがその内容において親権と一部重複する権利であると解するときは、たとえば著しく不行跡であるために親権の喪失宣告を受けた父母も親権の範囲外で子と面接・交渉する権利を持つこととなるほか、実父母が離婚したときと養父母が離婚したときとは親権・監護権を行使しないこととなった父母の一方の有する面接交渉権に法律上当然の差異が生ずることとなる。実父母の面接交渉権と養父母のそれとは必ず同一でなければならぬという必然性は存しないかもしれないが、法律上常に実父母は面接交渉権を与えられるが養父母は常にこれを有しないと解しなければならないという必然性も存在しないように思われる。

さらに、裁判管轄の点でも問題が生ずる。面接交渉権の本質を自然権であると解するときは、これが審判事項であると定める明文の規定はどこにも存しないから、たとえば本件におけるように「Xは六か月に一回、一日間（朝食後より夕食前まで）その指定する日時場所においてAをYに面接させよ」という裁判を家庭裁判所の審判によって行なうことはできないことになる（もつとも、久貴氏は「面接交渉権は、本質上親に与えられた固有の権利であると共に、その具体的な内容をみれば、それは正に、「監護に関連する権利」とみるべきなのである。」と解されて、面接・交渉に関する事項は民法第七六六条、家事審判法第九条第一項乙類第四号による審判事項であると説かれる（一一七頁）。しかし、内容上「監護に関連する権利」を何故親権・監護権とは別個に認めなければならないのが明確でないうえ、民法第七六六条は、異論はあるけれども、親権のうち監護・教育およびその遂行に必要な一切の権利義務についてその権利者ならびにその権利内容および行使態様を定める方法についての規定であると解される（神谷笑子「離婚後の子の監護」家族法大系Ⅲ離婚（昭34）二二二頁参照）から、面接交渉権を第七六六条による監護に関する権利であると解することはとりも直さずそれが、自然権ではなくて、親権・監護権の一権能であることを意味するように思われる）。

私は、面接交渉権を親権の一権能であると解すべきではないかと考える。未成熟子の哺育を最大の課題とする我が国の親子法の下にあっては親と未成熟子との間の権利義務関係は、原則として、すべて親権として規定されており、哺育関係から切りはなされた親の権利は、たとえそれが子の福祉に反しないかぎりにおいて認められるものであれ、あるいは子の福祉と合致する範囲においてのみ認められるものであれ、これを法律上の権利として容認すべき必要はないと思われるからである。

もつとも、面接交渉権を私のように親権の一権能であるとしつつ、離婚後の父母は、親権・監護権を行使しないこととなったときにも、子と面接・交渉することができると解するには、その前提として、離婚後親権・監護権を行使しないこととなった父母の一方も少なくとも監護権の一部はこれを行なうことができなければならない。ところで、父母が離婚したときは父母の協議または裁判所の裁判によって定められた父母の一方が親権を単独で行使することになるのが原則である(第八一九条第一項・第二項)が、離婚に際してもしくは離婚後父母の協議または裁判によって親権のうちの監護権は他の一方が行使すると定めまたは個別的な監護の内容について具体的な定めをすることもできる(第七六六条)。それゆえ、子と面接・交渉しようとする父母の一方は、同規定に基づき、監護権者の一部変更を申し立てることができ、そのことによつて面接・交渉についての審判を求めることができるものと思われる。

三 面接交渉権を、右のように、親権に基づくものであると解すると、本決定要旨の第三点であるところの「面接が子の監護養育上相当でない場合には、これを制限することはもとより妨げないものというべく、右の制限をしたか」といって憲法第一三条に違背するものということはできない。」という部分は親権の本質上当然のことを言ったにすぎないことになる。もつとも、本決定は「制限」という語を使っているが、その意味は、私のように考えるかぎり、内容において元来無制限の権利を特に限定するという意味においてではなく、監護・教育の範囲においてのみ権利が

存在するという意味において理解されるべきであろう。

四 本決定は、実父母が離婚しその一方が親権を監護権とともに単独で行使する場合における他の一方の面接交渉権に関するものである。しかし、子との面接・交渉が問題となるのは右の場合だけとは限らない。養父母が離婚しその一方が親権を監護権とともに行なう場合における他の一方、離婚後実父母または養父母の一方が親権を他の一方が監護権を行なう場合における親権者、離婚後に子が出生した場合における父および場合によって母、親権が第八三三条によって代行されている場合における父母、養子の実父母、転縁組の場合における養父母、親権喪失宣告がなされた場合における失権宣告を受けた者、非嫡出子の父（父が親権を行なうときは母）などについても同じような問題が生じ得る。それぞれの場合に応じ異なった取扱いはなされなければならないとしても、原則的には、面接交渉権は親権の一権能であるという面から考察されるべきであろう。これに反し、直系尊属である祖父母や兄弟姉妹は、法律上の権利としては、面接・交渉することはできない（反対、森口・鈴木前掲七六頁）。

(一九六八・一二・一八)

#### 追記

面接交渉権については、その後、本判例を機縁として山本正憲教授の研究が発表された（『面接交渉権について——我が国およびイギリスにおける若干の事例を中心に——』岡山大学法経学会雑誌一八卷二号（昭43）四三三～四五三頁）が、校了実際に入手したため、参照させていただくことができなかった。