

離婚時の親権者指定と 面会交流の許容性

—離婚時の親権者指定の判断において、父母の面会交流に対する態度（許容性）はどのように考慮されるか

客員弁護士 二本松 利忠

第1 はじめに

成年に達しない子は、父母の親権に服する（民法818条1項）。婚姻中の父母は共同して親権を行うが（同条3項）、父母が離婚した場合は、いずれか一方の単独親権となる。協議離婚の場合には父母の協議で親権者を定め（同法819条1項）、協議が調わないとき又は協議をすることができないときは、家庭裁判所は、父又は母の請求によって、協議に代わる審判をし（同条5項、家事事件手続法別表第二の8）、裁判離婚の場合には裁判所が父母の一方を親権者と定める（民法819条2項、人事訴訟法32条3項）。

民法上、親権者を定める（親権者の指定）基準は明文で規定されていないが、監護者に関する民法766条1項及び親権者の変更に関する民法819条6項において「子の利益」が明文で定められていることから、離婚時における親権者の指定においても、「子の利益」が最優先の基準として考慮されることになる。具体的には、①父母側の事情として、監護能力・態勢、監護実績、監護の現況、親としての適格性など、②子の側の事情として、子の年齢・性別、心身の状況、養育環境の安定性・継続性・適応状況、子の意向・心情などを比較考慮して、父母のいずれを親権者に指定することが「子の利益」に適切か総合的に判断される¹。

最近、離婚に伴う親権者指定を判断するに当たり、父母双方の面会交流に対する態度（許容性）を重視すべきか否かが問題となった判決（後記第2）が出された。以下、この事例を紹介し、親権者の指定に当たり、父母双方の面会交流に対する態度をどのように考慮すべきかを考察してみる。

第2 離婚時の親権者指定を判断するに当たり面会交流に対する態度を重視すべきか問題となった事例

1 事案の概要

(1) X女とY男は平成17年に婚姻し、平成19年に長女Aが生まれたが、夫婦関係が次第に悪化し、平

成22年5月初め、Xは、A（当時2歳4か月）を連れて自宅を出てXの実家で生活するようになり、別居状態となった。XとAは、その後、実家近くのマンションでXの実父母の援助を受けつつ二人で生活し、Aは住居近くの小学校に通うようになった。

(2) Yは、自分がAの監護者になるべく、平成23年、子の監護者指定及び子の引渡し申立事件並びにこれらを本案とする審判前の保全処分を申し立て、Xも子の監護者の指定事件を申し立てた。家庭裁判所は、平成24年2月、Aの監護者をXと定め、Yの申立てをいずれも却下した。Yは、その後、二度にわたって子の監護者の変更を求める申立てをしたが、いずれも却下された。

(3) 平成22年5月の別居後、Yの求めに応じてYA間の面会交流が行われていたが、同年9月上旬、離婚後片親と会えなくなる子どもの現状を特集したテレビ番組で、Yが提供したAの映像（目の部分にはぼかしが入ったもの）が放映されたことを契機として、同月26日の面会交流を最後にXはYA間の面会交流を拒み、週に1回の電話による交流のみを認めた。しかし、平成23年3月にYがAとの面会交流を求めてX方を訪れて警察を呼ぶ騒ぎが起きた後からは、Xは、YがAと電話で話すことも拒むようになった。

(4) Xは、平成24年、離婚及び慰謝料の支払を求める訴えを提起し、Aの親権者をXと定めることを求めた²。これに対して、Yは、離婚等の請求の棄却を求めるとともに、予備的に、離婚が認められた場合はAの親権者をYと定め、子の引渡しのほか、XとAとの面会交流に関して、時期、方法等を定めることを求めた。

2 第一審（千葉家裁松戸支判平28・3・29判時2309号121頁）

第一審は、Xからの離婚請求を認容したが慰謝料請求は否定し、A（当時小学校2年生）の親権者としてYを指定するとともに、Yへの引渡し及びXA間の面会交流を命じた。

そのうち、親権者の指定に関しては、要旨、次のとおり判断した。「XはYの了解を得ることなく、Aを連れ出し、以来、今日までの約5年10か月間、Aを監護し、その間、AとYとの面会交流には合計で6回程度しか応じておらず、今後も一定の条件のもとで面会交流を月1回程度とすることを希望していること、他方、Yは、Aが連れ出された直後から、

Aを取り戻すべく、数々の法的手段に訴えてきたが、いずれも奏功せず、爾来今日までAとの生活を切望しながら果たせずに来ており、それが実現した場合には、整った環境で、周到に監護する計画と意欲を持っており、AとXとの交流については、緊密な親子関係の継続を重視して、年間100日に及ぶ面会交流の計画を提示していることなどを総合すれば、Aが両親の愛情を受けて健全に成長することを可能とするためには、Yを親権者と指定するのが相当である。」

この判決に対してXが控訴した。

3 控訴審(東京高判平29・1・26判時2325号78頁)

控訴審は、Xからの離婚請求を認め、慰謝料請求を棄却した第一審判決の結論は維持したが、親権者はXと定めた。親権者の指定については、これまでの子の監護養育状況、子の現状や父母との関係、父母それぞれの監護能力や監護環境、監護に対する意欲、子の意思、その他の子の健全な成育に関する事情を総合的に考慮して決定すべきであるとの基準を述べたうえ、面会交流に対する態度については、「父母それぞれにつき、離婚後親権者となった場合に、どの程度の頻度でどのような態様により相手方に子との面会交流を認める意向を有しているかは、親権者を定めるに当たり総合的に考慮すべき事情の一つであるが、父母の離婚後の非監護者との面会交流だけで子の健全な成育や子の利益が確保されるわけではないから、父母の面会交流についての意向だけで親権者を定めることは相当でなく、また、父母の面会交流についての意向が他の諸事情より重要性が高いともいえない。」とした。そして、「X宅とY宅は片道2時間半程度離れており、現在小学校3年生のAが多数回の面会交流のたびに両宅を往復するとすれば、身体への負担のほか、学校行事への参加、学校や近所の友達との交流等にも支障が生ずるおそれがあり、必ずしもAの健全な成育にとって利益になるとは限らない。」などとしたうえ、Aの現在の監護養育状況に問題はなく、Aの利益からみてAに転居・転校をさせて現在の監護養育環境を変更しなければならない必要性は認められず、Aの利益を最も優先して考慮すれば、その親権者をXと定めるのが相当であるとした。

Yは上告受理申立てをしたが、最高裁(二小)の平成29年7月12日の上告不受理決定(LLI/DB判例秘書LO7210055)により、控訴審判決が確定した。

第3 検討

1 親権者の指定等と面会交流に対する態度(許容性)

(1) ドイツ、フランス、カナダ、米国の一部の州などは、父母はそれぞれ子との人格的な関係を維持し、子と他方の親との絆を尊重しなければならないという「フレンドリー・ペアレント・ルール」を法律で定めており、米国カリフォルニア州では、「子の最善の利益」を判断する際に、両方の親との接触や交流の程度を考慮するとしている³。

(2) 我が国でも、近年、親権者の指定・変更、子の監護者の指定等に際しての親の適格性を判断する基準として、面会交流への許容性や相手方の親としての立場を尊重していることを重視する見解が有力になってきている。例えば、親権者の適格性の判断基準として、別居親と子の面会交流を認めることができるか、別居親を信頼して寛容になれるか、元夫婦としての感情を切り離して、子に相手の存在を肯定的に伝えることができるかという点を考慮するというものである⁴。我が国では、「フレンドリー・ペアレント・ルール」は「寛容性の原則」と呼称され、これと「面会交流の許容性」との関係は必ずしも明らかではないが(同義として論じられることもあるようである。)、 「寛容性の原則」は子どもの利益のために相手方の親としての立場を尊重することを要求するものであるから、「面会交流の許容性」は「寛容性の原則」に包含されるとみてよいであろう。いずれにせよ、これらの見解の背景には、別居親とも良好な関係を形成できることは、子の人格形成にとって極めて重要であるという考えがある。

ただし、上記のような傾向に対し、近時の家裁の面会交流の運用は「原則実施論」であるとして厳しく批判する立場から、家裁での「寛容性のテスト」により、監護親はやむを得ず面会交流に依っており、そのストレスは受忍限度を超えていると問題視する見解もある⁵。

(3) 上記のような国内外の動向を反映して、調停・審判等において、裁判官や調停委員が子を会わせたくないという同居親に対し「寛容性の原則」を説いて面会交流に依るように説得したり、面会交流が実現しない事案では、親権者の指定・変更、子の引渡し等の事案において、別居親から「寛容性の原則」の主張がなされることが多くなっている。

裁判例でも、監護者指定等の判断をするに当た

り、「寛容性の原則」ないし面会交流に対する態度を考慮した事例として、次のようなものがある。

ア 東京高決平15・1・20家月56巻4号127頁

現に3人(中2、小5、小3)の子を監護している父に対して母が子らの引渡しを求めた事案である。本決定は、子らと母との結びつきや子らの思慕の念の強さ、母の元で生活したいとの意向などに加えて、「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できる監護環境が望ましい。」としたうえ、父は母と子らの面会交流の実施に対して非協力的な態度に終始していること等から、子らを母に監護させることがその福祉に合致するとして、母への引渡しを認めた⁶。

イ 東京家八王子支審平21・1・22家月61巻11号87頁

7歳の子を監護する母に対して別居中の父が子の監護者の指定と子の引渡しの保全処分を申し立てた事案である。本審判は、母の従前の監護状況や現在の就業形態から子を十全に監護できる状態にあるとはいえないことに加えて、母は父との面会交流に反対の意思を有しており、かかる態度が子と父との交流を妨げる結果となっており、未成年者の社会性を拡大する等の健全な発育に対する不安定要素となっているなどとして、子の監護者を父と定め、子の引渡しを認めた。

ウ 福岡家審平26・12・4判時2260号92頁

4歳の子の親権者を母として調停離婚した父が調停で定められた面会交流が子の拒否によりまったく実現できないのは母がそのように仕向けているからであるなどとして親権者の変更、子の引渡し等を求めた事案である。本審判は、子が父を強く拒絶するに至った主な原因は母の言動(母によるマイナス評価と子の引き込み)にあると認定したうえ、子の利益のために面会交流を確保する方策として親権者を変更する必要があると判断して親権者を父と定めたが、監護者は母とし(親権と監護権の分属を認めた)、父からの子の引渡しの申立てを却下した⁷。

2 本件第一審判決及び控訴審判決に対する評価

(1) 前記第1のとおり、親権者の指定は様々な事情を総合考慮して判断されるが、「寛容性の原則」

ないし「面会交流の許容性」もその判断要素となることについて、大方の異論はないと考えられる。子どもが両親からの愛情や接触・交流の機会を平等に持つ権利があるとの立場からは、相手の親としての立場を否定したり、面会交流を妨害するような親は、親権者としての適格性を疑われることになる。

しかしながら、「寛容性の原則」ないし「面会交流の許容性」は、親権者・監護者の指定等の判断をする際の一要素として判断されるべきで、それのみで主要な判断要素とされるべきではない^{8・9}。

(2) このような観点からすると、第一審判決は、監護能力・態勢に差はないが、監護の実績や継続性に勝る母より、年100回程度という頻回な面会交流の提案をした父を親権者にすることが子の利益になると判断をしたもので、これまでの判断枠組みからすれば、かなり異例に属するものといえる。しかも、本件のような高葛藤のケースで、子の近くに引っ越さない限り遠く離れて暮らすことになる母と子が上記のような頻回の面会交流を円滑に実施できるのか、それが子の負担となり、かえって子の利益に反することにならないか疑問が生ずるところである¹⁰。

(3) これに対し、控訴審判決は、「面会交流の許容性」が判断の一要素であることは認めたものの、それは他の諸事情より重要性が高いとはいえないとしたうえ、むしろ従前の監護実績や監護の現状、監護状況の変化が子にもたらす影響、子の意向を重視して、親権者をXと定めたもので、父母のいずれかを親権者に選ばなければならない以上、やむを得ない判断といえよう¹¹。

しかし、AがXの元で安定した生活をし、学校生活にも適応しており、Xと一緒に暮らしたいとの意向を示したことを重視している点については、一方で「別居前におけるYとAとの父子関係は良好であった。」と認められたYにとっては、Aが2歳4か月のときにXの監護下に置かれ、Yとの交流も間もなく遮断されたことによって作出された状態(XによるYA関係の一方的切断とその固定)であるにもかかわらず、監護の継続性や子の意向に決定的ともいえる重みが与えられたことになり、大いに不満が残るところであろう。

(4) 本件の経過は、高葛藤の夫婦がたどる決定的破綻の典型例といえる。本件では離婚等の訴え提起

から第一審判決までに約4年、面会交流の中断から数えると約5年半以上を要している。本件訴訟において、Xは、YのXに対する身体的・経済的・精神的・性的暴力が婚姻破綻の原因であるとして慰謝料500万円を請求するとともに、このようなYはAの親権者にふさわしくないと主張し、Yは、これらの主張はYを誹謗中傷するものであると強く争うとともに、XがAを一方的に自宅から連れ去り、Yやその両親等との関係を一切断ち切ったと非難した。これに対して、第一審は、X主張の破綻原因は認められず、破綻の原因は双方にあると認定し、控訴審も、破綻の原因が専らYだけにあったと認めるに足る証拠はないとして、Xの慰謝料請求を認めなかった。このような争いが双方の不信感をあおり、関係を修復不能な程度まで悪化させ、これは当然にAに影響が及ぶことになる。

一方、XとYは、本件訴えの提起前と提起後に、監護者の指定、子の引渡しをめぐる何回か争っている(ただし、Yは、監護者になることにこだわり、面会交流の調停・審判の申立てはしなかったようである。)。訴訟でお互いを非難しあう前に、家裁関与のもと、Aの利益を優先して何らかの解決を図ることができなかつたのであろうか。

こうした経過をみると、本件では子の利益は置き去りにされ、父との関係修復(再構築)の機会を奪われたAがいちばんの被害者といえよう。

第4 おわりに

「結局、離婚と子どもの問題では、大人の勝ち負けでなく、子どもの権利に焦点を当て、過去の責任追及でなく、新たな親子関係の再構築へ、破壊的な対立・非難から建設的な協働・協力関係の形成へとパラダイムの転換が必要」である¹²。しかし、子の奪い合いや面会交流をめぐる鋭く対立している夫婦にこのような理念を理解してもらうことは現実にはなかなか困難である。紛争が先鋭化する傾向にある中、法整備を含め、紛争が激化する前の相談・養育支援、親教育、裁判後の支援等の総合的な対処が迫られている。

- 4 二宮周平「別居・離婚後の親子の交流と子の意思(2) - 家事審判における面接交渉実現の到達点 -」戸籍時報579号(2005年)8頁。清水節『判例先例親族法Ⅲ - 親権』(日本加除出版、2000年)120頁は、子どもの利益の観点から、親権者としての「寛容性のテスト」を重視する。
- 5 渡辺義弘「心理学的知見の教条化を排した実務運用はどうあるべきか」梶村太市=長谷川京子編者『子ども中心の面会交流』(日本加除出版、2015年)140頁。
- 6 山口亮子「監護者基準としてのフレンドリー・ペアレント・ルール」民商132巻4・5号(2005年)195頁(判批)は、面会交流をスムーズに調整するために、他方親に友好的な親を優先する判断をしたとして、本決定の結論及び理由に賛成する。
- 7 本件判批として、渡辺義弘・戸籍時報724号(2015年)15頁、道垣内洋人=松原正明編『家事法の理論・実務・判例1』(勁草書房、2017年)155頁〔羽生香織〕がある。
- 8 棚村政行『面会交流と養育費の実務と展望』(日本加除出版、2013年)15頁。
- 9 「寛容性の原則」は、子の養育にかかる父母の協働・共同責任が離婚後も継続することを気づかせ、これを促進する実務上のツールという面が強く、親権者指定の判断基準の中では、親権者・監護者の適格性に関わる副次的要素に位置づけられるとして、総合的判断をする際に、監護の状況等に比べ、それほど重みを持たないという見解もある(小池泰・ジュリスト臨時増刊平成29年度重要判例解説(2018年)82頁 - 本件判批)。
- 10 棚村政行「離婚の際の親権者の指定における未成年者との面会交流の提案の意義」私法判例リマークス55 [2017] [下](2017年)65頁(本件判批)。
- 11 棚村・前掲(注10)本件判批85頁。
- 12 棚村政行「【講演】離婚と子ども - 円滑な調停運営のための留意点」調停時報200号(2018年)75頁。

- 1 松原正明「家裁における子の親権者・監護権者を定める基準」判タ747号(1991年)305頁。判断基準の詳細と裁判例については、二宮周平編『新注積民法(17)親族(1)』(有斐閣、2017年)340頁以下〔棚村政行〕参照。
- 2 本件では、附帯処分として養育費の支払及び年金分割の申立てもなされたが、以下、この点の説明は省略する。
- 3 前掲(注1)『新注積民法(17)親族(1)』355頁〔棚村政行〕。