

2 親権・面会交流について

弁護士 福市 航介

Q2-1 親権者の決定方法と決定の基準

現在、夫と離婚について話しあっています。私達には小学6年生になる息子が1人いますが、子どもの親権を巡って夫と対立しています。離婚をする場合に親権はどうやって決定されますか。

A2-1

夫婦が離婚した場合、まずは、夫婦の協議によって親権者を決めます。しかし、今回は、親権を巡って夫と対立しているということですので、親権者は、裁判所で決めます。その判断においては、実務上、従前の子の監護の実績、現在の監護状況、子どもの意思が重視されているようです。

解説

親権は、子に対する身上監護、財産管理及びその他親の子を哺育・監護・教育する職分とされ¹、親権の効力として、子に対する身上監護、財産管理を行ったり、その他未成年者に対する同意権等を行使する権限があるとされる（民法820条。²）。

日本民法においては、父母に未成年の子が存在した場合、父母の婚姻中は共同親権（民法818条3項）であるが、離婚をすると単独親権となるので（民法819条1項）、夫婦が離婚をする場合には、親権を行使する者を決めなければならない。

協議離婚にあっては親権者の指定は夫婦の協議によって行い（民法819条1項）、その協議が整わない場合は、家庭裁判所が父又は母の請求によって協議に代わる審判で決定する（民法819条5項）。判決離婚では、裁判所の判決で親権者が指定される（民法819条2項）。

いずれにしても親権者を決定する基準が必要となるが、その基準は『子の利益』であるとされるものの（民法819条6項）、何が子の利益であるのかの判断は容易ではない。そのため、実務上は、種々の指標と事情を総合考慮し、親権者の指定がなされているのが現状である³。

しかし、実務上、監護の実績、監護の継続性の尊重という指標が重視されているように思われる。これは、子の健全な成長のためには親と子の不断の精神的結び

つきが重要であって、養育監護者の変更は子の心理的不安定をもたらすことを理由とする^{4,5}。これに対しては、子の奪い合いを助長するという批判も存在することに留意すべきであろう。次に、実務上、子の意思の尊重という基準が重要視される（なお、子どもの権利条約12条参照）。子が15歳以上であれば、家庭裁判所は、その子の陳述を聞かなければならないとされるが（人事訴訟法32条4項、家事審判規則54条、70条、72条）、10歳前後以上であれば、意思を表明する能力に問題はないとされており、裁判例でも、当該年齢の子であれば、その意思が重視される傾向にある⁶。その他、現在では、面会交流に対する寛容性も親権者決定の指標として、考慮される場合もある。なお、従前、乳幼児期における母性優先の原則と言われる考え方が存在したが、現在では、生物学上の母親ではなく、子と母性的な役割を持つ監護者との関係を重視する傾向にある。

なお、平成23年5月27日に可決成立した民法等の一部を改正する法律における付帯決議では、「今日の家族を取り巻く状況や本法施行後の状況等を踏まえ、…離婚時の親権の決定方法…離婚後の共同親権・共同監護の可能性など、多様な家族像を見据えた制度全般にわたる検討を進めていくこと」とされており、注目される。

Q2-2 面会交流の決定方法及び決定基準

私は、妻と離婚しましたが、私と元妻との間には、小学校3年生になる娘がいます。離婚の際に元妻が娘の親権者となり、娘は元妻のもとで生活しています。大事な一人娘なので、娘と会いたいののですが、元妻は会わせてくれません。娘に会う方法はないですか。

A2-2

家庭裁判所に面会交流の調停を申し立てて話し合うことができます。調停で話がまとまらなければ、家庭裁判所が、審判によって、面会交流の有無や頻度を決定します。面会交流の有無や頻度は、個々の家庭により異なりますが、月1回程度の面会交流が認められることが多いようです。

解説

面会交流事件は、現在、顕著に増加している事件類型であり⁸、かつ、解決が困難な事件類型とされている⁹。なお、面会交流は、以前、面接交渉などと表現されていたが、親子の交流を表現するのに好ましくないと理由から、現在では、『面会交流』と表現する

のが一般的である¹⁰。

面会交流は、現在、明文上の規定はないが、子の監護に関する処分（家事審判法9条1項乙類4号又はその類推適用）の一内容として、離婚後につき最決昭和59年7月6日家裁月報37巻5号35頁で、別居中につき最決平成12年5月1日家裁月報52巻12号31頁で最高裁判例上認められている。なお、面会交流の権利性の有無及びその内容については争いがある¹¹。前記最決平成12年5月1日の最高裁判所調査官の解説では、面会交流権は子の監護のために適正な措置を求める権利という手続的請求権であって、実体的な権利としては正面から認められていない。この点については、実体的な権利性を認めるべきとする学説からの異論もあるが、面会交流が認められるべきことには争いがない。面会交流は、まず、家庭裁判所に調停を申し立て、調停が成立しなければ審判手続に移行する。調停では、家庭裁判所調査官が立ち会うことも多く、家庭裁判所調査官が子の意向を調査することもある。

面会交流の有無及び程度は、「子の福祉」を基準として判断されるが、その内実は必ずしも明らかではない。実務上は、子の心身の状況、監護状況、子の意思、年齢、監護教育に及ぼす影響、父母のそれぞれの意思、葛藤・緊張関係の程度、面会についての父母の協力の可能性、申立ての目的、別居親との距離等の事情を総合して決定される¹²。かつての裁判例では、面会交流自体に消極的であったものも散見されたが、最近では、面会交流自体の重要性も認識され始め、特段の問題がなければ面会交流の実現を目指すものとされている¹³。ただし、面会交流の内容は、月1回程度で数時間であることが多く、親子交流にとって充実しているといえるのかという点から批判もある。

私見ではあるが、別居親と子との円満かつ継続的な交流は、親子の絆を保つものであるから、子どもの教育や生活と調和する限りにおいて、できる限り多くの面会交流が認められるべきであると考えられる。そのため、他方の親に対する寛容性の程度により親権者を決定するフレンドリー・ペアレントルールが考慮されるべきであると思われる。なお、調停後あるいは審判後の当事者間の面会交流の支援を充実させるべきであるが、現状充実しているとは言い難い状況にあり、この点の改善は急務であると思われる。

なお、前記民法改正によって、民法766条1項に「父又は母と子との面会及びその他の交流」との文言が付加され、面会交流が明文化されると共に、平成23年5月19日に成立し、同月25日に公布された家事事件

手続法にも面会交流の規定が導入された。

Q2-3 子の引渡しの請求

離婚をして私が親権者となったのですが、相手方が小学校を下校中の息子を車に乗せ、そのまま私に返そうとしません。息子を取り返すことができるのでしょうか。

A2-3

子の引渡しの審判の申立て、審判前の保全処分の申立て、人身保護手続によって、取り返すことができます。

解説

別居中又は離婚後の父母間で、別居親から同居親に対して子の引渡し請求をするには、種々の方法があるが、大きく分けると一般民事手続、家事審判手続、人身保護手続のいずれかを選択して、子の引渡し請求をする。

一般民事手続では、親の親権又は監護権を根拠として、地方裁判所に子の引渡しを求めることになるが、手続が迅速とはいえないこと、家庭裁判所調査官や国選代理人が存在せず、子の福祉への配慮が難しい点でデメリットがあり、家事審判手続と人身保護手続を利用することが多いと思われる。

家事審判手続を利用する場合、家庭裁判所へ子の引渡しを求める申立てを行い、併せて審判前の保全処分を申し立てるのが通常であると思われる。家庭裁判所では、家庭裁判所調査官により子の福祉に配慮した調査がなされ、審判前の保全処分がなされていた場合は一般民事手続を利用するよりも迅速な解決が得られるのが一般的である。

他方、人身保護手続を利用する場合、地方裁判所又は高等裁判所に申立てを行うことになる。人身保護手続は、審問の開始は請求のあった日から1週間以内とされ（人身保護法12条4項）、審理・裁判は他の事件に優先して行われるため（人事保護規則11条）、極めて迅速である。また、子どもには国選代理人（弁護士）が就任し、同人による調査が行われる点でもメリットがある。

人身保護請求が認められるためには、相手方の拘束の違法性が顕著であることが要求されている（人身保護法2条、同規則4条）。この点、監護権者から非監護権者に請求する場合、原則として違法性の顕著性が認められる¹⁴。なお、子が10歳を超えない程度であれば、拘束と評価されるとされるようである¹⁵。

ただし、当事者が、離婚紛争中であって別居中である等、未だ親権者同士である場合には、親権に基づく監護は原則として適法とされ、例外的に監護が子の幸福に反することが明白である場合にだけ違法性の顕著性が認められるとされる¹⁶。そのため、親権者同士で子の引渡しを争う場合には人身保護手続を利用することは難しい。

Q2-4 強制執行

親権が私に決まったのに相手方が子どもを引き渡ししてくれません。相手方に対して強制執行できますか。

A2-4

親権が決まっただけでは相手方に対して強制執行により子の引渡しを求めることはできません。しかし、子の引渡しの審判がある場合には、間接強制（金銭のペナルティを課して、間接的に引渡しをさせる方法）又は直接強制（執行官が子を取り上げることで引渡しをさせる方法）により引渡しを求めることができます。人身保護請求の場合には、裁判所が事実上適当な方法で引渡しを実現します。

解説

親権や監護権の帰属が決定したのみでは、強制執行を行うことはできない。強制執行を行うためには給付条項がある債務名義を取得する必要がある。債務名義としては、前記の一般民事手続による判決、家事審判手続による審判がある。なお、人身保護手続の場合は特殊であるので後述する。

債務名義を取得した場合、考えられる強制執行は、間接強制と直接強制がある（民事執行法 172 条、引渡債務の直接強制につき同法 168 条乃至 170 条）。子の引渡しにおいて間接強制が認められることには争いが無いが、直接強制の方法による強制執行の可否については議論がある。従前は間接強制説が通説判例とされていたとされるが、現在では、引渡しの実効性確保の観点から直接強制説が多数を占めているようである。なお、この場合によっても、子の意思能力や発達段階に応じ、子が強制執行を拒む場合には執行不能となることもあるので、留意すべきである¹⁷。

人身保護請求については、判決がなされた場合、理論上、判決に先立つ保護命令の効果として、人身保護命令が相手方に送達されたときから被拘束者（子）は裁判所の支配下に移る（人身保護規則 25 条 1 項）。そのため、裁判所が自ら開放状態を形成するので、執行の問題は生じない。そして、自ら開放状態を形成しな

ければならないことから、解放及び引渡しを実現するために、審問期日の開始時に裁判所の職員が事実上幼児を書記官室等で預かって、判決言渡後に判決に従って請求者又は拘束者に幼児を引き渡す等の方法をとっているようである¹⁸。

- 1 我妻榮『親権法』（有斐閣、昭和44年）316頁参照。
- 2 島津一郎・阿部徹編著『注釈民法（22）親族（2）』（有斐閣、平成20年）92頁以下（梶村太市執筆分）参照。
- 3 二宮周平・榊原富士子『離婚判例ガイド（有斐閣、第2版、平成18年）198頁参照
- 4 秋武憲一・岡健太郎編著『離婚調停・離婚訴訟』（青林書院、平成21年）143頁参照。
- 5 東京高判昭和56年5月26日判例時報1009号67頁
- 6 佐賀家審昭和55年9月13日家裁月報34巻3号56頁
- 7 秋武他・前掲5・202頁参照。
- 8 家庭裁判所月報63巻1号12頁参照。平成21年と平成12年を比較すると、その事件数は3倍になっている。
- 9 田中由子「子をめぐる家事事件の審理と運営について—初めて家事事件を担当する裁判官のために—」家裁月報62巻4号2頁以下、横田昌紀・石川亨・伊藤彰朗・加藤幸・吉永希「面会交流審判例の実証的研究」判タ1292号5頁（2009）参照。
- 10 裁判所時報1485号11頁参照。
- 11 学説の整理については、島津他・前掲2・138頁以下参照。
- 12 二宮他・前掲3・236頁参照
- 13 田中・前掲9・34頁参照。
- 14 平成6年11月8日家裁月報47巻6号26頁、最判昭和47年9月27日家裁月報25巻4号42頁、最判平成11年5月25日家裁月報51巻10号118頁参照。
- 15 内田貴『民法Ⅳ』（東京大学出版会、補訂版、平成17年）220頁参照。
- 16 最判平成5年10月19日家裁月報45巻10号33頁
- 17 石田文三・大江千佳・大田口宏・渋谷元宏・檜山洋子・昇慶一『新版「子どもの引渡し」の法律実務』（清文社、平成22年）82頁乃至92頁。
- 18 石田他・前掲19・93頁以下参照。