

祖父母が子との面会交流を申し立てることを否定した事例**【文献種別】** 決定／最高裁判所第一小法廷**【裁判年月日】** 令和3年3月29日**【事件番号】** 令和2年（許）第4号**【事件名】** 子の監護に関する処分（面会交流）申立て却下審判に対する抗告審の取消決定に対する許可抗告事件**【裁判結果】** 破棄自判**【参照法令】** 民法766条**【掲載誌】** 裁時1765号4頁

◆ LEX/DB 文献番号 25571437

関西学院大学教授 山口亮子

事実の概要

Xは、平成24年11月、Yらの子であるBと婚姻し、平成28年8月、Bとの間に本件子Aをもうけた。Xは、B、AおよびYらとYら宅で同居していたが、平成29年1月頃、Yら宅を出て別居するようになった。XとBは、同年3月以降、1週間または2週間ごとに交替でAを監護し、Yらは、BによるAの監護を補助していた。Bは、Aが1歳10か月となる平成30年6月に死亡し、以後、XがAを監護している。これによりYらは、Aとの交流が途絶えたため、親権者Xを相手方として、家事事件手続法別表第2の3の項所定の子の監護に関する処分として、YらとAとの面会交流について定める審判を申し立てた。

原審（大阪高決令元・11・29公刊物未登載）は、「父母以外の実事実上子を監護してきた第三者が、子との間に父母と同視し得るような親密な関係を有し、上記第三者と子との面会交流を認めることが子の利益にかなうと考えられる場合には、民法766条1項及び2項の類推適用により、子の監護に関する処分として上記の面会交流を認める余地がある。Yらは、Aの祖父母であり、Bを補助して事実上Aを監護してきた者であるから、YらとAとの面会交流を認めることがAの利益にかなうか否かなどを審理することなく、本件申立てを不適法として却下することはできない」として、Yらの本件申立てを不適法として却下した原々審判を取り消し、本件を原々審に差し戻した。Xは、この抗告審の取消決定に対して許可抗告を申し立てた。

決定の要旨

破棄自判。

「原審の上記判断は是認することができない。その理由は、次のとおりである。

(1) 民法766条1項前段は、父母が協議上の離婚をするときは、父又は母と子との面会交流その他の子の監護について必要な事項は、父母が協議をして定めるものとしている。そして、これを受けて同条2項が『前項の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、家庭裁判所が、同項の事項を定める。』と規定していることからすれば、同条2項は、同条1項の協議の主体である父母の申立てにより、家庭裁判所が子の監護に関する事項を定めることを予定しているものと解される。

他方、民法その他の法令において、事実上子を監護してきた第三者が、家庭裁判所に上記事項を定めるよう申し立てることができる旨を定めた規定はなく、上記の申立てについて、監護の事実をもって上記第三者を父母と同視することもできない。なお、子の利益は、子の監護に関する事項を定めるに当たって最も優先して考慮しなければならないものであるが（民法766条1項後段参照）、このことは、上記第三者に上記の申立てを許容する根拠となるものではない。

以上によれば、民法766条の適用又は類推適用により、上記第三者が上記の申立てをすることができるかと解することはできず、他にそのように解すべき法令上の根拠も存しない。

したがって、父母以外の第三者は、事実上子を

監護してきた者であっても、家庭裁判所に対し、子の監護に関する処分として上記第三者と子との面会交流について定める審判を申し立てることはできないと解するのが相当である。」

判例の解説

一 親権者の権利と裁判所の権限

祖父母が孫との面会交流を求めた公表裁判例はこれまでなく、本件はその請求について、最高裁判所ではじめて判断を下したものである。本決定は、祖父母が面会交流を求める根拠が民法に存在しないことをもって申立てを却下したが、原審は、子の利益を基に面会交流を申し立てる余地はあるとした。そこで、親権者が祖父母の面会交流を拒否している場合でも、裁判所は子の利益を理由に親権者の意思に反して判断をすることができるかが問題となる。以下では、①第三者の面会交流を拒否し得る親権者の権利とは何か、②裁判所の権限とは何か、③子の利益とは何かについて検討する。

1 親権の内容

面会交流権の法的性質として、親の自然権説、監護に関連する説、自然権であり監護に関連する説、親権の一権能とする説、子どもの権利とする説、そして子どもの権利であると同時に親の権利であるとする説が論じられてきた¹⁾。2011年には民法改正により、父母間の協議および家庭裁判所の審判で子の利益に基づき面会交流の事項を定め得ることが明文化された。そして、面会交流が審判・調停調書において給付が特定されているときに、親権者・監護者がそれを実行しない場合は、間接強制が可能となる²⁾。このことから、親権者・監護者は、他方親と子の面会交流を定めることを拒否する権利までは有していないといえる。

これに対し、本決定は、親の拒否権を認めた。すなわち、親権者が第三者に対して子との面会交流を拒絶しているとき、裁判所がそれを定めることはできないと判断した。それは、民法上の規定がないことが理由とされるが、このことは、第三者による面会交流の請求を、親（非親権者・非監護者）対親と同列で検討してよいかという問題を発する。第三者の監護者指定において問題となる、親権者と第三者のいずれの監護が子に適しているかを、比較衡量によって判断するのか、それとも

第一次養育責任が父母にあることを根拠に³⁾、親権者が明白に不適切でない限り親権者を優先する基準をとるべきかの議論⁴⁾にも通ずる。従来、親である非親権者・非監護者は、基本的に親がもつ権利に基づき面会交流を申し立て、認められてきた。祖父母の面会交流もそれと同一に考えてよいかとの問いに対しては、それとは一線を画するものと思われる。

2 裁判所の権限

祖父母の面会交流権は、親の面会交流権と異なるレベルのものとはいえず、子の利益に適えば、面会交流を認めるべきとする考えは、以前から学説上支持されてきた⁵⁾。

本決定の問題点は、裁判所が子の利益を考慮することなく判断したことである。では、裁判所はどのような場合に親の拒否権を否定することができるであろうか。学説は、親権は子のために、子の福祉に適合するように行使されるべき制約を伴ったものと解しており⁶⁾、子の利害が問題となり裁判所に表れてきた場合は、裁判所は子の利益を検討し、子の利益に従った判断ができ得ると解することができる。

3 子の利益

諸外国において、祖父母との面会交流は、子の利益または子の権利として明文規定が置かれ、認められている。子の利益を判断するにあたり考慮される内容を、以下に検討する。

二 諸外国の状況

1 仏独米の立法状況

(1) フランス

フランスでは、民法典371-4条（1970年法）において、「父母は、重大な事由がない限り、子とその祖父母との身上の関係を妨げることができない。当事者間に意見の一致がない場合には、その関係の態様は、裁判所が定める。裁判所は、例外的な状況を考慮して、血族または血族でない他の者に、通信権または訪問権を付与することができる⁷⁾」と規定され、祖父母の訪問権を明文化したが、それ以前の立法根拠のない時代は、解釈により判例において認められていた。ここでは、祖父母と孫との関係に「利益と紐帯および権利と義務の相互性」を認め、その面会交流に反対する父権に対し裁判所が制限を加えることができることを示すことで認められてきた⁸⁾。

現在は、2007年の改正によって、民法典371-4条は、「子は、その尊属と身上の関係を維持する権利を有する。子の利益のみが、この権利を妨げることができる。子の利益に適うならば、家族事件裁判官は、血族または血族でない第三者と子との関係の態様を定める」と定め、子の権利として、祖父母および第三者との面会交流を認めている⁹⁾。

(2) ドイツ

ドイツも、立法上祖父母と孫との面会交流権を規定している。ドイツ民法1685条は、「①祖父母および兄弟姉妹は、子の福祉に資するときには、子と交流する権利を有する。②子と密接な結びつきをもつ関係者が、子に対し、事実上の責任を引き受け、または引き受けていた場合（社会的家族関係）も、同様とする。子と長期間にわたり家庭共同体で共同生活をしてきた者は、原則として、事実上の責任を引き受け、または引き受けていたものと推定する。③第1684条第2項から第4項まで（*筆者注：子と父母との交流）を準用する。第1666条（*子の福祉の危険における裁判所の措置）の要件を満たすときに限り、家庭裁判所は、第1684条第3項第3文から第5文に従い交流保護を命ずることができる¹⁰⁾」と規定している。

(3) アメリカ

州毎に家族法が異なるアメリカでは、1970年代後半より各州で祖父母の面会交流が立法化されはじめ¹¹⁾、2000年には全米に広がった。親が祖父母と子の面会交流に反対しているときに祖父母が裁判所にそれを認めるよう申し立てる場合、各州においてその認容基準はさまざまである。たとえば、裁判所が子の利益のみを基準として祖父母の面会交流を認めるとしている州では、祖父母に、面会交流を認めることが子の利益に適うことの証明責任を課すか、面会交流を認めないことが子の利益を害することとなる証明責任を課すかで分かれる。また、祖父母が面会交流を求める条件として、それ以前に同居した経験があることや、従来面会交流を行っていたなど十分な実質的関係の認定を求めている州もある。さらに、申し立てる契機を親の離婚後や親の死亡後に限るとしている州もある¹²⁾。

そのようななかで、合衆国最高裁判所は2000年に、誰にでもいつでも子と面会交流する申立てを許し、州裁判所が子の利益に適うと判断すれば、

面会交流を付与することができるとしていたワシントン州法を違憲と判断した¹³⁾。すなわち、最高裁判所は、同州法は広範囲に裁判所の決定を認めすぎており、合衆国憲法が保障している、子の養育を判断する親の権利を侵害するものであるとして、合衆国憲法のデュー・プロセス条項に反しているとした。ただし本判例は、祖父母の面会交流権を否定したものではなく、憲法上保障されている親の権利を再確認したものである。したがって、同州および他州においても、祖父母をはじめ第三者の面会交流は否定されたわけではない。なお、本判決の意義は、別居親も憲法上の権利を有する者として、監護親の反対では否定されない面会交流権をもつことを認めたことである。

2 祖父母の面会交流権が認められてきた背景

(1) 祖父母と子との関係

フランスで祖父母と孫の関係を法的側面から見ると、歴史的に祖父母は子の父権行使が不能となったとき、監督、婚姻同意、法定後見を行い、相互に扶養義務があるという関係にあり、祖父母は孫を身上的および金銭的に保護することが民法典に予定されている¹⁴⁾。また社会学的側面として、子が自我同一性を形成するために祖父母と孫の相互作用が必要とされ、また、祖父母の関わりは子の心理面や愛情面の発達にとって重要であり、父母の衝突時には中立的な立場から子を支援できる存在であるとされている¹⁵⁾。

アメリカでも2000年の最高裁判決において、18歳未満の子の28%はひとり親と暮らしており、1998年では18歳未満の子の5.6%に当たる400万人が祖父母と暮らしていることが示されている¹⁶⁾。さらに、アメリカでは、アフリカン系、ラテン系、インディアン系、そしてアジア系には拡大家族の伝統があり、その協力的な社会ネットワークや経済的協力が子育てに重要な役割を果たしていることが学説上指摘されている¹⁷⁾。そのような現実を踏まえ、祖父母の面会交流が法律上で権利として承認されたのは、子を親の所有物とみなしていた親の権利優先原理から、子の最善の利益原理へと法理論が動いてきたためであった¹⁸⁾。

(2) 面会交流が認められる基準

ドイツでは、祖父母の交流は子の福祉に資する場合に限られており、父母の交流が子の福祉に適うものと推定されていることは相違がある¹⁹⁾。

アメリカでも、祖父母の面会交流権は、父母間

の面会交流権とは別次元である。親は憲法上保障される権利をもっており、各州は、子が父母双方から養育される利益を保障するため、子が別居親と頻繁かつ継続して交流することを促進するよう州の政策を立てている。これに対し祖父母および第三者の面会交流は、子の利益に適う場合にのみ認められている。それは、司法に子の利益を擁護するという権限が働くことによる。裁判所は、離婚や死亡による家族の変化により子の利益が危機に瀕しているとき、親に合理的反対理由がなければ、子の利益に従って、祖父母および第三者の面会交流を認めることができる。このことは、国家（州）が、子の利益を守るために家族に介入し得る権限をもってしていることを意味している。そして、その場合の基準が、上記で示したように裁判例および立法において確立してきた。

三 さいごに

わが国でも、単独親権者の死亡後には未成年後見人の選任が認められ、同居していた祖父母や親族が選任される例²⁰⁾は多く、親権者変更との優劣が問題となってきた²¹⁾。家制度を経験しているわが国では、子と祖父母との関係が、重要な結びつきをもっている場合も少なくない。

また、本件においては、祖父母は子が生まれてから同居しており、父母の別居中は母の監護の補助を行っていたので、子とは約2年間、密接な関係性を有している。子の一方の親は死亡し、子の利益は危機に瀕しており、子の哀しみを共有し得るのは、同居していた祖父母であろう。日本の家庭裁判所にも、子の利益を守るための後見的権限があり、家族に介入して子の利益に従った判断をすることが求められるのではなかろうか。

最高裁判所は本決定と同日、祖父母の監護者指定に対して、明文の規定がないことからその申立てを否定した²²⁾。第三者の監護者指定の許否も含め、祖父母および第三者の面会交流の立法化についても議論されていたところであるが²³⁾、令和3年7月現在、法制審議会家族法制部会において検討されている。

●—注

1) 学説の変遷をまとめたものとして、島津一郎＝阿部徹『新版注釈民法(22)』(有斐閣、2008年)138頁以下[梶村太市]、栗林佳代『子の利益のための面会交流——フ

ランス訪問権論の視点から』(法律文化社、2011年)41頁以下。

- 2) 最決平25・3・28民集67巻3号864頁。
- 3) わが国に明文規定はないが、児童の権利条約18条1項がそれを定める。
- 4) 田中通裕「判例評釈」判タ1099号85頁は、親権者優位説をとるが、梶村太市「子の監護審判事件における第三者の当事者適格」判タ1281号149頁は、親権者と第三者に差を設けるべきではなく、比較衡量基準をとる。
- 5) 棚村政行「祖父母の面接交渉」判タ1100号192頁、二宮周平「子の監護者指定(民法766条)の積極的活用」立命287号(2003年)192頁、野田愛子「祖父母その他の第三者の監護権について」判タ1285号22頁、梶村・前掲注1)144頁。なお、消極的意見として、北野俊光「面接交渉権」『裁判実務大系(25)人事争訟法』(青林書院、1995年)196頁。
- 6) 我妻榮『親族法』(有斐閣、1961年)330頁。
- 7) 栗林・前掲注1)212頁。以下、フランス民法典訳は、本書に依る。
- 8) 同上123頁以下。
- 9) 同上266頁以下。
- 10) ドイツ家族法研究会「親としての配慮・補佐・後見(3)ドイツ家族法注解」民商144巻1号(2011年)143頁[遠藤隆幸]。
- 11) 鈴木隆史「祖父母の訪問権(Visitation Rights)——ニューヨーク州におけるその生成と展開を中心として」早誌35巻(1984年)115頁。
- 12) 山口亮子『日米親権法の比較研究』(日本加除出版、2020年)156頁以下。
- 13) Troxel v. Granville, 530 U.S. 57 (2000).
- 14) 栗林・前掲注1)151頁。
- 15) 同上152～153頁。
- 16) Troxel v. Granville, at 64.
- 17) 山口・前掲注12)155頁。
- 18) 鈴木・前掲注11)130頁。
- 19) 遠藤・前掲注10)145頁。
- 20) 大阪高決平19・9・20判時2033号24頁、大阪家審平26・1・10判時2248号63頁。
- 21) 於保不二雄＝中川淳『新版注釈民法(25)』(有斐閣、2004年)50頁以下[田中通裕]。
- 22) 最決令3・3・29/令和2年(ク)320号特別抗告棄却(公刊物未登載、LEX/DB25571436)。
- 23) 水野紀子「親権法」中田裕康編『家族法改正』(有斐閣、2010年)144頁、山口亮子「親権法改正要綱案(法定代理・財産管理を除く)」家族〈社会と法〉33号(2017年)65～66頁。

* 本決定の評釈として、羽生香織・法教489号168頁。