

面会交流権の憲法上の権利

【文献種別】 判決／東京高等裁判所

【裁判年月日】 令和2年8月13日

【事件番号】 令和2年（ネ）第45号

【事件名】 国家賠償請求控訴事件

【裁判結果】 控訴棄却

【参照法令】 憲法13条・14条1項・24条2項・26条・98条2項、児童の権利に関する条約9条、民法766条、国家賠償法1条1項

【掲載誌】 判時2485号27頁

◆ LEX/DB 文献番号 25571093

関西学院大学教授 山口亮子

事実の概要

X（原告）らは、夫婦間の別居又は離婚により、未成年の子と会うことのできなかった別居親14名である。Xらは国に対し、別居親には子との面会交流権の権利行使が憲法上保障されているにもかかわらず、国はその機会を確保するために必要な立法措置を、正当な理由なく長期にわたって怠ってきたとして、国家賠償法1条1項上の違法な行為に基づき、Xらに各50万円又は100万円の慰謝料及びその遅延損害金を支払うよう求めた。Xらは、別居親の面会交流権は、①憲法26条、②児童の権利に関する条約及び憲法98条2項、③憲法14条1項、④憲法13条、⑤憲法24条2項により憲法上保障された権利であると主張する。

原審（東京地判令元・11・22判時2485号30頁）は、被告の立法不作為について、違法性が認められないとして、Xらの請求を棄却した。Xらが控訴した。

判決の要旨

控訴棄却。

「別居親の面会交流権が憲法上保障されており、その権利行使のために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であって、それが明白であるとは認められないから、別居親の面会交流権についての立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものとはいえない。」

① Xらは、別居親の面会交流権は憲法26条に

より保障されていると主張するが、「憲法26条は『教育を受ける権利』を保障するものであるところ、子の教育の最も基本的な形態が親の監護としてあらわれるからといって、親の子に対する監護養育が憲法上保護されなければ、子の教育を受ける権利が保障されないとはいえない」。

② Xらは、別居親の面会交流権は、児童の権利条約9条1項によって保障されており、わが国は同条項及び3項を実現し、別居親の面会交流権を保障するための立法措置を執る法的責務を負っていると主張するが、「同条約9条1項は、子が親から引き離されることのできる場合を限定した規定であって、面会交流について定めたもののみみることにはできない。また、同条約9条3項は、あくまで子の面会交流の権利を尊重する旨の規定にすぎないと解され、同項と9条1項を併せても、別居親の面会交流権を保障したものとは解されない」。

③ Xらは、国際的な子の奪取における場合と、国内での別居における場合で、公的なフォローがない点に差別的取扱いが放置されていると主張するが、「上記差異は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものというべきである」。

④ Xらは、面会交流権は権利としての一義的明確性を有しており、憲法13条により保障されていると主張するが、「面会交流の法的性質や権利性自体について議論があり、別居親が面会交流の権利を有していることが明らかであるとは認められないから、Xらの主張する別居親の面会交流権が憲法上の権利として保障されているとはいえない」。

⑤ Xらは、憲法 24 条 2 項は、個人の尊厳に立脚して法律を制定することを義務付けるところ、面会交流を保障する法整備を行っていないのは、法の不備にほかならないと主張するが、「婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法 13 条、14 条 1 項に違反しない場合に、更に憲法 24 条にも適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものとするのが相当である（最高裁平成 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 卷 8 号 2586 頁参照）。

しかるに、別居親と子との面会交流については、民法 766 条により、子の監護に関する事項として、子の利益を最も優先して考慮して父母の協議で定めるものとされる一方で、協議により定めることができないときは、家庭裁判所がこれを定めることとされており、家庭裁判所に、監護親に対し別居親と子の面会交流をさせるよう命じる審判の申立てをすることができ、また、当該審判において監護親が命じられた給付の特定に欠けることがない場合には、当該審判に基づき間接強制をすることができるものとされている（最高裁平成 25 年 3 月 28 日第一小法廷決定・民集 67 卷 3 号 864 頁）。面会交流に関する以上の法制度は、別居親と子との面会交流が不当に制約されることがないようにされているものといえ、個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠くものとはいえない。

判例の解説

一 本判決の位置づけ

本判決は、別居親（別居、離婚を含む）の面会交流権が憲法上保障されているとはいえないと判示するとともに、別居親の面会交流権について立法措置を執らないことが、国家賠償法上、違法の評価を受けるものとはいえないとした。

ドイツ法のように、抽象的規範統制訴訟が認められていないわが国では、国家賠償請求は違憲立法審査の貴重な機会となっており¹⁾、近年、家族法に関する立法不作為に対して、再婚禁止期間²⁾、

夫婦別姓³⁾、嫡出否認⁴⁾、同性婚⁵⁾、離婚後の単独親権⁶⁾について国家賠償請求が提起されている。本件もこの流れの中にあるとみることができ、面会交流権については、初めての国家賠償訴訟である。

二 学説の動向

別居親が、子との面会交流を家庭裁判所に求めることについて、従来その規定がなかったため、学説・裁判例は、面会交流権の権利性をめぐって諸説を展開し、豊富な議論を重ねてきた。2011 年の民法改正により、父母間の協議が調わないときに、家庭裁判所の審判を求めることができることが、民法 766 条 1 項および 2 項に明文化された。しかし、本条項において権利性が示されたわけではないため、現在でも面会交流の権利性をめぐっては、議論が続いている。

1960 年代後半より学説は、面会交流権を親の権利として、親子関係から導かれる親固有の権利とする説、潜在的な親権・監護権の一部とする説、憲法上の権利とする説を主張し、子の権利として、児童の権利条約を根拠として主張してきた。今日では、面会交流権を親の権利であり子の権利とする複合的権利説が、学説の到達点であるとみてよい⁷⁾。その中でも近年、憲法上の権利として、子は親を知り自己のアイデンティティを確立する人格的利益をもち、親は子の成長に関わる親としてのアイデンティティとして人格的利益をもち、これらが憲法 13 条により保護される人格権に当たるとする説が主張されている⁸⁾。憲法 13 条説は、これまでにも、アメリカ法の比較研究から議論されてきており、親が子を育てる権利は、国家から介入されないプライバシー権に基づくものとして、憲法上の権利とする⁹⁾。また、憲法学者からの支持もある¹⁰⁾。

これに対し、面会交流は子の利益に適うときに限って認められるものであるから、面会交流は原則的に実施されるものではなく、別居親が子の利益を主張立証してはじめて認められるとする学説が主張されている¹¹⁾。

三 判例の動向

別居親が子と会うことを求めることは、東京家審昭 39・12・14（家月 17 卷 4 号 55 頁）がはじめて、その権利性を「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」であり、「監護そのものではないが、監護に関連のある権利」として認めて以降、裁判所は明文規定がない中で、民法 766 条を類推適用することにより判断してきた。

憲法に関しては、別居親が、子との面会交流を認めなかった原決定を憲法違反と主張した特別抗告で、最決昭 59・7・6（家月 37 巻 5 号 35 頁）は、面接交渉を認めるかどうかは、子の監護に関する処分について定める民法の解釈適用の問題であって、憲法違反の問題は生じないとした。もう一つの最高裁決定である最決平 12・5・1（民集 54 巻 5 号 1607 頁）は、面会交流は監護の一内容であり、裁判所は別居中も民法 766 条を類推適用してこれを命ずることができるとした。この判断に関しては、親の面会交流権は請求権ではなく、子の監護のために適正な措置を求める権利であるとの解釈もされている¹²⁾。

裁判所実務の運営方針としては、子と別居親との適切な面会交流は、基本的に子の健全な成長に有益なものという理解を前提としている¹³⁾。裁判例に現れるのは、高葛藤な事件が多くなるが、近年の傾向として、他方親と子との面会交流に好意的な親が監護者・親権者として適格であると判断するものもある¹⁴⁾。

四 面会交流権の意義

本判決は、⑤において、法律の規定が憲法 13 条、14 条 1 項にも違反しない場合に、憲法 24 条に適合するかについて、「当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討」した結果、別居親は民法 766 条により面会交流の申立てをでき、その執行も法的に用意され、判例もそれを認めており、面会交流に関する法制度はあるから、個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠くものではないとした。

確かに、面会交流は明文化され、それを取り決めることが法的に認められている。しかし、わが国で面会交流は任意の調整に委ねられているため、平成 28 年の厚労省の調べによると、母子世帯でのその取決割合は約 24% であり、実施率も約 30% と低く、社会的に広がっていない。したがって、面会交流が権利として認められ、法的整備を行うことを、X らは求めているのである。そこで、(1) その法的根拠として、別居親が憲法上

の権利を有する意義と、(2) どのような制度が執られるべきか、そして、(3) 立法することにより生ずる影響について検討していきたい。

1 現行法では、離婚後に親権者とならなかった親は、親権を失う。親であることは失わないが、民法は親権しか明文化していないため、社会的には、親権者でなくなれば親でもなくなるという意識が生まれている。しかし、夫婦の婚姻関係にかかわらず、親は親固有の権利義務をもっている。それは、子に対する扶養義務であり、法的親子関係が終了する特別養子縁組の同意権である。加えて筆者は、面会交流権もそれに含まれると解している。それは、親子が血縁的關係および法的關係に基づき築き上げた人間的關係性を、国が妨げることはできないというプライバシーを根拠とするものであり、人間の尊厳に基づくものと考えからである。親には、適正な手続なしには国家から奪われない権利があると考えするため、憲法的観点からとらえることが必要となる。

民法は、親固有の権利を明示しておらず、その権利は具体的に保障されていないため、監護親（監護者、親権者を含む）には、別居親と子との關係性保持について何ら配慮は求められていない。子との交流が困難になる転居も、監護親は別居親への通知や同意は必要ない。これに対し、別居親は権利的に対抗することができない。また、別居親に権利が認められていない状態では、民法 766 条が定める協議において、権利關係は極めて不均衡なものとなっており、監護親が拒絶していれば、面会交流の取決めおよび執行が困難であるという実態がある¹⁵⁾。別居親が憲法上の権利を根拠として、私法上の権利をもつことは、私人間の交渉である協議の前提としても、必要なものである。

2 面会交流権に反対する学説は、面会交流の権利性を認めると原則的实施となり、嫌がる子を強制的に別居親に会わせて子の福祉が害される状況が出てくると反発する¹⁶⁾が、別居親に面会交流権があることは、子との面会交流を義務付けることを意味するものではない。監護親と別居親が公平に協議する際、および裁判所がこれを定める際には、子の利益が最も優先することは法が認めるところであり、これに関していずれの学説においても異論はない。

問題は、子の利益に対する評価の違いが生じることであり、これが面会交流の取決めおよび実施において最難関となる。しかし、面会交流をしないかというレベルではなく、どのような面会交流であれば子の利益になるかを考えるべきである。そこでXらは、裁判所と民間第三者機関との連携、暫定的面会交流の実施、柔軟な面会交流執行等のための法的整備を主張している¹⁷⁾。また、これまで学説は、諸外国の例を参考に、離婚時の親ガイダンスや専門的な第三者機関による面会交流の支援により、子の利益に合う面会交流の制度や方法があることを紹介してきた¹⁸⁾。行政では明石市が、離婚後の子育てガイダンス、養育プランの取決め促進、親子交流サポート事業等を実行しており¹⁹⁾、成果を上げている。

3 面会交流の権利性を認める立法、および子の利益に適った多様な面会交流に関する制度が用意される影響は、高葛藤家族のみではなく、未成年子を抱えて離婚する全ての家族を対象として考えるべきである。別居・離婚家庭に、子のために面会交流を取り決めて準備するという風潮が広がっていないため、子どもたちは、別居親からの養育と愛情を受けられないという不利益を抱えているにもかかわらず、何ら声を上げることもできない。面会交流を現実化していく法制度が採用されることの意義は、これまで何ら取り決めてこなかった多くの家族に行為規範を与えることにある。人的および行政的な社会的支援が乏しいわが国では、面会交流は監護親および子の不利益を招くということが懸念されているが、しかしそれは、別居・離婚後の親子の面会交流が法的に確保されておらず、個人に任せられていることが原因である。立法されることにより、社会の整備が進むことは、諸外国の例が示すところである。立法化の意義は、国民の行為規範も変えるとともに、社会の整備も促進されるところにある。

●—注

- 1) 宇賀克也「立法不作為の国家賠償法上の意義と効果——最大判平成27年12月16日を契機に」法の支配183号(2016年)93頁。
- 2) 最大判平27・12・16民集69巻8号2427頁。
- 3) 最大判平27・12・16民集69巻8号2586頁、東京高判令2・2・26判タ1484号110頁、東京高判令2・3・26LEX/DB25566659、広島高判令2・9・16判時2486号

- 60頁、東京高判令2・10・20訟月67巻8号1205頁、東京高判令2・10・23LEX/DB25571302。
- 4) 最判令2・2・5LEX/DB25565317。
- 5) 札幌地判令3・3・17判時2487号3頁。
- 6) 東京地判令3・2・17LEX/DB25568758。
- 7) 面会交流権の学説をまとめるものは多数あるが、最近のものとして、二宮周平「面会交流の権利性——人格権的構成(1)(2)(3・完)」戸時785号(2019年)2頁、同787号(同年)2頁、同789号(同年)2頁参照。
- 8) 同上(3・完)4頁。
- 9) 棚瀬孝雄「離婚後の面接交渉と親の権利(上)——比較法文化的考察」判タ712号(1990年)10頁。棚村政行「離婚と父母による面接交渉」判タ952号(1997年)60頁も、面会交流権の根拠を憲法13条の幸福追求権とする。
- 10) 竹中勲『憲法上の自己決定権』(成文堂、2010年)194～196頁、井上武史「別居後の親子の面会交流権と憲法——面会交流立法不作為違憲訴訟の検討」法と政治72巻1号(2021年)310～319頁。
- 11) 梶村太市『第2版 裁判例から見た面会交流調停・審判の実務』(日本加除出版、2020年)9頁、280頁。
- 12) 杉原則彦・最判解民事篇平成12年度(下)511頁。
- 13) 細矢郁ほか「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(2012年)1頁、細矢郁ほか「東京家庭裁判所における面会交流調停事件の運営方針の確認及び新たな運営モデルについて」家判26号(2020年)129頁。
- 14) 大阪高決平30・8・2家判28号119頁は、面会交流に寛容である父を監護者と指定し、東京高決平30・5・29家判20号41頁は、親権者変更事件において、面会交流を促進してきた実績を考慮し、福岡家審平26・12・4判時2260号92頁は、子が面会交流を楽しむことに罪悪感を覚えさせた母から、父へ親権を変更した。東京家八王子支審平21・1・22家月61巻11号87頁は、父との面会交流を認めない母を監護者に指定しなかった。
- 15) 石田敏明「面接交渉権と憲法13条」家族法判例百選〔第5版〕(1995年)109頁は、一方親から他方親の悪口を聞かされたり、監護親が面会交流を嫌がる態度で子と接したりしていると、子も別居親との面会を嫌がり、それが子の福祉に反するとされて面会交流が認められないことになりがちとなるとする。
- 16) 可児康則「面会交流に関する家裁実務の批判的考察：『司法が関与する面会交流の実情に関する調査』を踏まえて」判時2299号(2016年)13頁。
- 17) 東京地判令元・11・22判時2485号35頁。
- 18) 二宮・前掲注7)(3・完)5～6頁、二宮周平編『面会交流支援の方法と課題』(法律文化社、2017年)参照。
- 19) 「明石市子ども養育支援ネットワークの奇跡」参照(<https://www.moj.go.jp/content/001349383.pdf>(2022年1月14日閲覧)) (法務省法制審事法部会に2021年5月に提出された資料より)。