

別居中の面会交流と共同親権行使の可否

【文 献 種 別】 審判／東京家庭裁判所立川支部
【裁判年月日】 令和 3 年 11 月 30 日
【事 件 番 号】 令和 2 年（家）第 2510 号
【事 件 名】 夫婦間の協力扶助に関する処分申立事件
【裁 判 結 果】 一部認容、一部却下
【参 照 法 令】 民法 752 条・766 条、家事事件手続法別表第二
【掲 載 誌】 判例集未登載
◆ LEX/DB 文献番号 25591233

三重大学准教授 稲垣朋子

事実の概要

X 男と Y 女は平成 25 年に婚姻し、その間に長女・二女（平成 29 年生まれの子。以下、「子ら」という。）がいる。X・Y は週 5 日、勤務している。平成 29 年 2 月、X・Y は子らの出生に備えて Y の実家近くに転居した。Y は産前産後休暇・育児休業を取得し、出産後は Y 方実家で生活していたが、同年 7 月下旬以降は週末に子らと自宅に戻り、同年 10 月頃には自宅で X と同居して子らを監護するようになった。同居再開後は、主に Y が実母の援助を受けて子らの世話をし、X も平日仕事から帰宅した後や休日に家事・育児を行うなどして協力していた。平成 30 年 5 月上旬に Y が育児休業から復帰した後は、X は、毎朝の朝食準備や子らの保育園の送り等を担当し、少なくとも 1 か月に 1～3 回程度は保育園へ迎えに行った後、夕食、入浴、寝かしつけを 1 人で行っていた。

その後、X と Y は家事・育児をめぐる喧嘩が絶えなくなり、Y は令和元年 6 月、子らを連れて自宅を出て、以後、Y と子らは Y 方実家で生活している。Y は婚姻費用分担の調停を、X は夫婦関係調整（円満）調停を申し立てた。X は同年 9 月以降、1 か月に 1 回、午前 9 時から正午まで子らと面会交流を行うようになったが、頻度を増やすことを求めて面会交流の調停を申し立てた。しかし、同年 10 月以降、① X は毎日のように子らの登降園時に保育園前に立ち、子らや Y、その親族に向かって Y の行為が子の連れ去りであるなどと叫ぶことがあり、② Y が保育園に対し、X には子

らを引き渡さないでほしい旨話したり、③ X がツイッター上に Y が子らを誘拐している旨の投稿をし、同旨の文書を Y 方実家の近隣住居に投函するなどしたため、X・Y は相互に不信感を強めていった。

X と Y は、令和 2 年 6 月の調停期日で婚姻費用について合意し、同年 8 月 11 日までの間に、X と子らの面会交流を 3 回実施すること、遵守事項として、X は意図的に子らに会いに行かないこと、文書を投函しないこと、児童相談所に通報しないこと、X・Y は互いに誹謗中傷しないことなどを合意し、面会交流が実施された。しかしその後、面会の頻度等の条件が折り合わず、前記面会交流調停調整事件及び夫婦関係調整調停申立事件は、同年 8 月 12 日、不成立となった（面会交流事件は審判に移行したが、X が取下げ）。同年 11 月に Y が離婚訴訟を提起し同訴訟は係属中である。

X と子らの面会交流は、令和 2 年 9 月以降、1 か月に 1 回、午前 9 時から午後 3 時までの内容で実施されるようになり、令和 3 年 1 月以降は、1 か月に 1 回、午前 9 時から正午までの内容で実施されている。X は、合意に基づき面会交流が実施されていた期間等は登降園時の子らへの接触を控えていたが、令和 2 年 8 月 12 日以降は再び毎日のように子らの保育園前に立ち、子らや Y 及びその親族等に対して従前と同様の行為を繰り返し、保育園の連絡アプリに自らの主張を書き込んでいる。

そのような中、X が Y に対し、民法 752 条に基づき（主位的申立て）又は民法 766 条を類推適

用して（予備的申立て）、「養育計画」に従って、親権を共同行使せよとの審判を求めた。

審判の要旨

一部認容、一部却下。

1 主位的申立てについて

「民法 752 条を根拠規定とする家事事件手続法別表第二の一の審判は、夫婦関係それ自体に関するものであって、子の監護に関する事項は同条の協力義務において間接的、付随的なものと考えられ……Xの求める別紙『養育計画』に係る処分については、その内容に応じて、民法 766 条の類推適用を根拠とすべきものと解するのが相当である」。

「仮に、Xの求める別紙『養育計画』の内容の一部について、民法 752 条の協力義務に基づき定め得ると解する余地があるとしても、……XとYとは現在も激しい葛藤状態にあり、面会交流を調整する上で互いに連絡を取り合うことすら困難な状況にあること……からすると、親権を共同行使して子の監護に関する決定を行うことが事実上困難であるというほかなく、……民法 752 条に基づく協力義務として、Xの主張する別紙『養育計画』の内容を定めることは相当ではない。」

2 予備的申立てについて

「『養育計画』……についてみると、実質的にはXと子らとの面会交流の具体的内容を定めることを求めているものと解される。……面会交流を行うこと自体は相手方も認めていることから、以下、面会交流の具体的内容について検討する。

……令和元年 9 月以降、1 か月に 1 回、3 時間ないし 6 時間のXと子らの面会交流が実施されていること、……Xが、子らと同居中、子らの朝食準備や保育園への送り、保育園への送り、保育園の連絡帳の記載を主に担当していたほか、少なくとも 1 か月に 1 ないし 3 回程度、子らの夕食、入浴、寝かしつけまでを一人で行い、夜も一緒に寝るなどの監護を行っていたこと……は前記のとおりである。また、家庭裁判所調査官による保育園調査及び自宅家庭訪問調査において、子らがXに懐いており、Xとの交流を期待していることがうかがわれる……。以上のような同居時のXによる子らの監護状況、Xの監護能力、Xと子らの関係に加

え、当事者双方や子らの生活状況、子らの年齢その他本件に現れた一切の事情を考慮すると、Xと子らとの面会交流は、1 か月に 2 回の頻度で休日に行うのが相当であり、面会時間を現状の 3 時間より長時間とすることや、宿泊を伴って行うことも可能であるといえる。

もっとも、……現状の面会交流の内容を直ちに大きく変えることは子らにとって負担が大きいおそれがあり、……面会交流の内容については段階的に拡張すべきであり、[1] 本審判が確定した日の属する月の翌月から 6 か月目までは、月 2 回いずれも土曜日の午前 9 時から午後 5 時まで、[2] 7 か月目から 12 か月目までは、1 回が土曜日の午前 9 時から午後 5 時まで、他の 1 回が宿泊を伴う金曜日の午後 6 時から翌日の午後 5 時まで、[3] 13 か月目以降は、2 回とも宿泊を伴う金曜日の午後 6 時から翌日の午後 5 時までとするのが相当である。」

面会交流の具体的場所・方法は、子らの福祉を考慮し当事者で協議して定めるものとし、連絡調整は当面の間、第三者機関を利用する。19 か月目以降は、当事者の一方が実施時間の変更を申し入れた場合、協議する。それ以上に直接交流の頻度・範囲を増やすべきではなく、Xが誕生日とクリスマスに子らにプレゼントを送付する間接交流（これはYも認めている）を認容するにとどめる。

判例の解説

一 本審判の特徴

本件は、別居中の父母間で、共同親権の行使及び面会交流について争われた事例である。具体的事案のもとで、別居親が共同親権行使を直接的に求める形は、類例がないと思われる。本審判は、民法 752 条は夫婦関係それ自体に関する規定であり、子の監護に関する事項は同条の協力義務において間接的・付随的なものと考えられるとした。その上で、共同での養育計画に係る処分については、その内容に応じて、民法 766 条の類推適用を根拠とするのが相当である旨判示した。また、面会交流に関しては、父母が激しい葛藤状態にあるため、段階的な面会交流実施を命じている。

二 面会交流の態様

1 従来、離婚の場合の非監護親と子との面会

交流は、家裁実務において民法 766 条・旧家事審判法 9 条 1 項乙類 4 号（家事事件手続法別表第二 3 項）の子の監護に関する処分として認められていた（東京家審昭 39・12・14 家月 17 巻 4 号 55 頁、最二小決昭 59・7・6 家月 37 巻 5 号 35 頁）。一方、別居中の面会交流については、共同親権者相互の争いであり、子の福祉を第一にした自主的な協議に任せれば足り、家裁が具体的な内容を形成すべきでないという考え方もあった（高松高決平 4・8・7 判タ 809 号 193 頁）¹⁾。しかし、多数説・審判例は、離婚前の別居中においても、面会交流や監護者をめぐって激しい対立がある場合には、家裁が後見的な立場から紛争に介入して、子の最善の利益を保護する必要があるとする 766 条の類推適用説が有力であった（大阪高決平 4・7・31 家月 45 巻 7 号 63 頁、名古屋高決平 9・1・29 家月 49 巻 6 号 64 頁等）²⁾。この立場は最一小決平 12・5・1（民集 54 巻 5 号 1607 頁）によって肯定された。その後、2011（平成 23）年改正により、民法 766 条において離婚後の面会交流が明文化され、別居の場合に同条を類推適用する裁判例も積み重ねられている。面会交流の認否の判断にあたっては子の利益が一般的・抽象的な基準となる（766 条 1 項）。

2 近時の裁判例では、父母間に葛藤があっても面会交流を制限・禁止すべき特段の理由のない限り、別居・離婚後の面会交流を認める傾向にある。面会交流の障害が具体的な実施条件によって克服できるか否かが検討される³⁾。直接交流の他に手紙や写真の送付等による間接交流があり、また、直接交流については頻度や 1 回あたりの時間を段階的に増加させたり、監護親や第三者の関与・立会いのもとで認める事例がある⁴⁾。

3 本件では、直接交流につき段階的増加と第三者の関与（連絡調整）が命じられており、間接交流も定められ、実施条件における工夫が組み合わされているのが特徴的である。① Y は 1 か月に 1 回、3 時間の面会交流にとどめるべきと主張していたが、面会交流の実施自体は認めていること、② 家裁調査官による調査において、子らが X に懐いており X との交流を期待していること、③ X に子らと同居中の監護実績があることから、今回の判断のように、最初の半年は宿泊つきを見合わせ、段階を踏んで宿泊つき面会交流を認めるの

は妥当な判断と思われる。

三 別居中の共同親権行使の法的根拠

1 先に述べたように、養育計画に基づいて共同親権行使を求める申立ては過去には見当たらない。本件では主たる請求として民法 752 条に基づき別居中の共同親権行使を求めているが、こうした解釈の可能性を検討しておきたい。同条の夫婦の協力義務は一般に、「その他の夫婦間の権利義務関係（扶養義務、婚姻費用分担義務、家事債務の連帯責任、夫婦財産の帰属）全体にわたる基礎となっている」と説明される⁵⁾。協力義務違反に関する裁判例は極めて少ないが、いずれも夫婦相互の協力関係を問題とし、子の監護についての協力義務違反を問うたものはない⁶⁾。

一方で、子の養育を含め、家族に関する事項につき、十分に協議して家族にとって望ましい決定を共同で行う協力義務が存在すると捉える見解もある⁷⁾。そのような立場をとれば、民法 752 条に基づき、別居中の共同親権行使を求める余地は残されていると思われる。また、夫婦としての実態が失われた状況下での協力義務をも含むのかが問題となろうが、過去には、たとえば別居し、離婚訴訟係属中の夫婦間で家財・日用品の引渡しについて審判前の保全処分が申し立てられたが、夫婦である限り協力扶助の義務があったとした事例が存在する⁸⁾。このことから、夫婦の関係維持に向けた協力義務に限定されるわけではなく、夫婦の関係がもはや良好ではない場面での協力義務も要求される場面があるといえる。

2 さらに、別居中の面会交流を求める事案であるが、前記最一小決平 12・5・1 で民法 766 条の類推適用が肯定される以前には、一方的に別居を強いられている場合に民法 752 条の適用を肯定するものもみられた（岡山家審平 2・12・3 家月 43 巻 10 号 38 頁）。別居中の子の引渡しについても、夫婦間に離婚の合意のある「事実上の離婚」状態に至っていない場合には、民法 752 条を適用して認められる旨判示した審判例がある（大阪家審昭 54・11・5 家月 32 巻 6 号 38 頁）⁹⁾。

3 以上のことから、民法 752 条を根拠に別居中の共同養育を求める法的構成は、少なくとも別居・離婚の合意に至っていない事案では、理論

的には必ずしも不可能とまでは言い切れない。むしろ、別居中の面会交流が民法 766 条の類推適用によって認められるとするのが現在の判例の立場である以上、いわばその延長線上にある共同養育についても民法 766 条の類推適用を法的根拠とする方が容易な解釈であると思われる。

四 本審判の位置づけと評価

本件では結果として共同養育は認容されなかったが、養育の共同性に係る裁判所の判断は、他にもいくつかみられる。まず、①別居中の監護者指定の場面である。たとえば、大阪家審平 26・8・15（判時 2271 号 111 頁）は、ほぼ同程度に養育を行う共同監護のような状態が 1 年近く継続していること、子らがきょうだいは離れたいと述べていることを踏まえ、妻からの監護者指定の申立てを却下した。金沢家七尾支審平 28・2・8（判タ 1431 号 123 頁）も、交替監護の状態が安定し子らもその継続を強く望んでいたため、妻からの監護者指定の申立てを却下した¹⁰⁾。

また、監護者や親権者の指定・変更の裁判において、いわゆる「寛容性の原則」を重視する事例も出てきている。紙幅の関係で事案の詳細は割愛するが¹¹⁾、別居中の監護者指定について東京高決平 15・1・20（家月 56 巻 4 号 127 頁）、離婚後の親権者変更について福岡家審平 26・12・4（判時 2260 号 92 頁）、離婚後の親権者指定について千葉家神戸支判平 28・3・29（判時 2309 号 121 頁）がある。

さらに、直接的に離婚後単独親権（民法 819 条 2 項）の合憲性を争う訴訟も提起されており、最高裁に上告中である¹²⁾。別居・離婚後の親権制度のあり方は法制審議会で検討されているが、その結論にかかわらず、こうした共同養育の可能性を含んだ裁判例や訴訟が増えていることは今後も議論を促す要因となろう。そうした流れの中に本件も位置づけられる。

なお、裁判所は特に触れなかったが、X 提案の「養育計画」では子に関する重要な事項の決定（養子縁組、重大な医療措置等）に関する定めが置かれている。婚姻中共同親権の制度欠陥を訴える係属中の国賠訴訟につながる論点であり、これまでも議論されてきた¹³⁾。本件では、X の監護実績や子らの意思を踏まえても、子らの年齢の低さと父母間の葛藤の激しさを考慮すれば共同養育は困難

であり、結論は首肯できるが、現行規定の不明確な部分を指摘するものといえる。X の（子に対してではないが）過去の感情に任せた言動もやや懸念される点であり、段階的の面会交流によって様子をみて最終的に宿泊つき面会交流につなげる配慮は適切と考えられる。加えて、宿泊つき面会交流を含む段階的の面会交流を命じた公表裁判例は管見の限り見当たらず、これは X の監護実績を評価した上での柔軟な判断といえよう。

●——注

- 1) 二宮周平編『新注釈民法(17) 親族(1)』（有斐閣、2017 年）358 頁〔棚村政行〕。
- 2) 同上。
- 3) 同上。
- 4) このような面会交流における工夫については、拙稿「面会交流の多様化をめぐる序論的考察」国際公共政策研究 24 巻 1 号（2019 年）49 頁以下参照。
- 5) 松川正毅＝窪田充見編『新基本法コンメンタール親族〔第 2 版〕』（日本評論社、2019 年）63 頁〔犬伏由子〕。
- 6) 民法 752 条の協力義務違反をめぐる裁判例については、二宮・前掲注 1）198 頁〔神谷遊〕参照。
- 7) 大村敦志『家族法〔第 3 版〕』（有斐閣、2010 年）58～59 頁。ドイツ法やフランス法のように、夫婦の義務として子の共同養育に関する定めが明確に置かれているわけではないため（大村敦志『民法読解親族編』（有斐閣、2015 年））、この点については解釈が分かれるといえる。
- 8) 大阪高決平元・11・30 判タ 732 号 263 頁。二宮・前掲注 1）198 頁〔神谷〕。
- 9) 他に大阪家審昭 54・1・10 家月 31 巻 7 号 60 頁は、別居中の夫婦間において、民法 752 条の夫婦間の協力扶助に関する処分の一態様として子の引渡し等を求めるべきであり、子の監護に関する処分として求めることは相当でないとした。
- 10) 抗告審の名古屋高金沢支決平 28・4・7 判タ 1431 号 121 頁は、小学校の中学年から高学年にさしかかる子らの状況を踏まえると、交替監護の継続につき、更に審理を尽くした上で監護者指定の要否を見極める必要があるとして、原審判を取り消して差し戻している。
- 11) 各事案の紹介・比較に関しては、拙稿「判批」民事判例 14 号（2016 年）107 頁。
- 12) 地裁判決について、巻末矢紀「判批」法教 489 号（2021 年）166 頁。控訴審の東京高判令 3・10・28 においても棄却された。
- 13) 商事法務編「家族法研究会報告書——父母の離婚後の子の養育の在り方を中心とする諸課題について」別冊 NBL173 号（2021 年）141～148 頁。

* 付記 本稿は JSPS 科研費・若手研究（課題番号 18K12673）の研究成果の一部である。