

祖父母の面接交渉権

本 間 美 鈴

(法学研究科 シビック・ガバナンスコース)

はじめに

面接交渉権の法的性質

- 1 学説の検討
 - 2 判例の検討
 - 3 ま と め
- 諸外国の制度
- 1 フランスにおける訪問権
 - 2 アメリカにおける訪問権
 - 3 イギリスにおける祖父母と孫の交流
 - 4 ま と め

日本における判例の検討

東京高決昭和52年12月9日 家月30巻8号42頁

- 1 事 実 概 要
 - 2 判 旨
 - 3 判 例 分 析
- 祖父母と子の交流の保障の具体化
- 1 日本の学説状況
 - 2 祖父母の面接交渉を認める根拠
 - 3 条文上の議論
 - 4 申立権者
 - 5 面接交渉を認める際に考慮すべき要素

おわりに 祖父母と子の交流の実現に向けて

はじめに

少子化・晩婚化が進んだ現代においては、一人っ子の家庭が増加している。子どもを取り巻く大人たちの財布の数が「6ポケット」あるといわれるなど、子どもを取り巻く環境は日々変化し続けている。子どもをめぐる家事紛争においては、祖父母などの利害関係がからんだため複雑になった

結果、修復が困難となることが考えられる。実際に、家族問題情報センターが実施した調査では、面接交渉の実行に対する阻害要因として親族関係との絡みが指摘でき、親との同居は監護親側の条件としても、非監護親側の条件としてもマイナスに働くとの指摘がなされている¹⁾。

しかし、非監護親と子の面接交渉においては子どもの意思を尊重する必要がある。子の意思を考えると子自身が非監護親のみならず、祖父母など両親以外の第三者とも会いたいという気持ちをもつこともあるように思われる。また、祖父母が子と会いたいという気持ちを持っているにも関わらず、面会が実現しない状況に対し、このような祖父母のニーズ²⁾に添えていく必要がある。他方、祖父母が親と一体となって子の奪い合いをすることが多くみられる現状においては、祖父母と子の面接交渉が認められることによって家事紛争の円滑な解決へとつながっていく可能性がある。加えて、親が自分の親と同居することが親と子の面接交渉の阻害要因となることも除去できるかもしれない。

本稿では、まず、日本における別居・離婚後の父母と子の面接交渉に関する学説、判例を分析することによって面接交渉の法的性質を考察する。次に、祖父母の自然な感情に添え、子の成長にプラスになる方向で祖父母と子の交流について明文規定を置いている諸外国の例を検討し、日本における祖父母の面接交渉に関する唯一の判例を分析する。最後に、それらを踏まえたうえで祖父母と子の面接交渉を法的に根拠づけることができるか、具体的には、条文上の根拠、申立権者、面接交渉を認める基準や考慮要素を検討する。子は父母のみならず祖父母やおじ・おば、兄弟姉妹、いとこなど多様な家族との交流の中で成長していく。これを法的に保障するものの1つとして祖父母の面接交渉を位置づけてみたい。なお、本稿では子の視点を取り入れて検討していくことから、子、父母(両親)、祖父母と表記していく。

面接交渉の法的性質

1 学説の検討

面接交渉権の法的性質に関しては、学説上権利性を否定する説と肯定する説があり、肯定説の中でも親の権利とする説、子の権利とする説、もしくは親の権利であり子の権利であるとする説に大別することができる。

まず、否定説は、親の子に会いたいという心情は、親子の血縁のつながりから流れ出る自然の姿として尊重に値するが、それは法的な権利として強制力を用いて保護するという性質のものではない³⁾などとして、面接交渉権の権利性を否定すべきであるとするものである。なかでも、否定説を明確に支持している梶村教授は、監護親の意思に反して非監護親との面接交渉を認めることは、子に忠誠心の葛藤（loyalty conflict）を生じ心理的親子関係の安定にとっても有害であることや、従来、過剰な権利的発想が災いして無理な面接交渉権が形成され、子の利益が害されるようになった例が少なからず存在⁴⁾していたことから面接交渉の権利性について、非監護親に審判申立権を認めるという限度で肯定してよいが、実体上の権利としてこれを認めるということになると、「純然たる民事訴訟事件として訴訟提起が可能であるということになり、これを肯認することには相当疑問がある（面接交渉に関する紛争を訴訟手続で解決するのは不相当である）ので、非監護親に実体法上の権利として面接交渉を認める必要はない」⁵⁾と考えている。

これに対して肯定説には、法的性質を考えるにあたって森口・鈴木裁判官が提唱した監護とは別個であって、その枠外にはみだしたと考えるべきである親であるがゆえに持つ、固有の自然権であるとする自然権説⁶⁾と、明山教授が提唱した民法766条ならびに家事審判法9条1項乙類4号と関係づけ、もって審判事項たることを確認しようとの意図をもち、監護そのものとはいえないが、監護に関連する権利だとする監護関連権説⁷⁾が、当

初は存在し対立していた。

しかし、このような「自然権説」と「監護関連権説」とを同一平面で対比する考え方に対して疑問が投げかけられた。面接交渉権を親として有する固有の自然権であるとした上で、かつ、それを「監護に関連する権利」と解しても差支えないと考えた久貴教授は、面接交渉権は親たる者に与えられた固有の権利であると同時に、子の成長を見守るべき親としての義務であるという前提があるとする。諸外国では親の固有の権利と構成しつつ、相互の観察と話し合いのための手段とみており、非監護親も監護親を監督する役割があるとする。そして面接交渉権を本質上親に与えられた固有の権利であると共に、その具体的な内容をみれば、それは正に、「監護に関する権利」とみるべきであるとして自然権・監護関連権説⁸⁾を提唱した。これは自然権説と監護関連権説を融合させた立場⁹⁾であるといえる。

また、これらの立場の監護に関連する権利を親権・監護権とは別個に認めなければならないということに疑問が呈される。確かに親権者監護者にならなかった親は親権者でないとする考え方をとれば、面接交渉権は親権監護権以外のもの、即ち自然権や監護に関連する権利とせざるをえない。しかしながら、非親権者、非監護者であっても子に対する愛情は変わらず、これらの親に一定の法的地位を認め、子に対する影響力を確保することが子の福祉の増進により有効だと思われる¹⁰⁾として、面接交渉権を率直に親権の一権能と解し、潜在親権または、停止された親権の内容として理解すべきであるとし、潜在親権または停止された親権行使の内容として把握する面接交渉権を親権の一権能と解する説(親権説)¹¹⁾が、山本教授をはじめとして提示された。

これらの親の権利としてとらえる多数の学説に対して、両親に離別された子の利益を守るために本当に必要なのは、面接交渉権を親の権利として確立することではなく、子どもこそがこの権利の主体者であることを確認することであるとして、稲子教授によって子の権利説¹²⁾が唱えられる。この説は、子は親から扶養を受ける権利をもっているだけでなく、別れて

暮らしている親に対して、日常生活を共にしなくても可能であるような親子の交流を求める権利すなわち面接交渉権を自分自身の権利としてもっている¹³⁾と解する。この説の背景には、離婚の際に子どもを引き取ったものの自分で育てきれなくなった親が、児童相談所に頼み込んで乳児院や養護施設に子どもを預けたまま1回も面会に来ないという例がかなり多かった¹⁴⁾という実情が挙げられる。この見解は児童の権利に関する条約の批准との関係で、世界的傾向にも合致しており¹⁵⁾、メリットがある。しかしその反面で、現行民法の体系上無理があるという点や民法766条の文理に反しており、解釈論としては取り得ないなどの批判がある¹⁶⁾。

他方、新たなアプローチとして、親は憲法上保護された子を育てる権利を有し、面接交渉権もこれと結び付けられ、面接交渉権を全面的に否定することは憲法違反であると解する基本権説¹⁷⁾がある。棚瀬教授は「本来子どもの監護も、親と子の普段の接触を通じてその間に強い絆が作られてこそ適正に行われるものであり、憲法的な保護を受ける親の子どもを育てる権利の中には、当然にこの親としての、子との愛情に満ちた交流を楽しむという子育ての喜びが不可欠のものとして入っていなければならない。その意味で、非監護親が離婚後も引き続き子どもと接触し、子どもとの心のつながりを保とうとするのは、この広義の子どもの監護＝子育ての一部を行っているにすぎないのであって、なにか離婚によって『面接交渉』という新しい権利が突如つくられたと考えるべきではない¹⁸⁾と説明される。

また、非監護親と子との関係も、親の家庭教育を受ける権利義務との相互作用の一環として捉えられ、この相互作用のなかで面接交渉も位置づけられる必要があるとする両性説¹⁹⁾が石川教授によって提唱される。そのなかでも二宮教授は、離婚後の親権者・監護者の適格性の一要素として面接交渉に協力できるかという点が家裁の実務において考慮されていることに注目している²⁰⁾。面接交渉は親の権利であると同時に子の権利であるが、子は権利として別居親からも監護教育を受ける権利があり、その交流を通じてこの権利が充たされる。そこから同居親は子の成長発達する権利を保

障し、監護教育義務を履行するために、別居親・非監護親と子の交流を確保する義務があると指摘する²¹⁾。

2 判例の検討

判例はどのような考え方をとっているのか。審判例は、面接交渉の法的性質について、両性説に立つ。例えば、大阪家審平成5年12月22日(家月47巻4号45頁)は、未成年の子らの父が子らを監護教育する母に対して、子ら(4歳と2歳)との面接交渉 電話による対話・物の授受を含む を求めた事案において、「面接交渉の性質は、子の監護義務を全うするために親に認められる権利である側面を有する一方、人格の円満な発達に不可欠な両親の愛育の享受を求める子の権利としての性質をも有するものというべきである」とした²²⁾。

他方、夫が子との面接交渉を求めた事案で、最高裁平成12年5月1日決定(民集54巻5号1607頁)は、「父母の婚姻中は、父母が共同して親権を行い、親権者は、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負うものであり(民法818条3項,820条)、婚姻関係が破綻して父母が別居状態にある場合であっても、子と同居していない親が子と面接交渉することは、子の監護の一内容であるということが出来る。そして、別居状態にある父母の間で右面接交渉につき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、民法766条類推適用し、家事審判法9条1項乙類4号により、右面接交渉について相当な処分を命ずることができると解するのが相当である。」とした。

この決定は、これまでの家事実務を肯定したもののだが、杉原最高裁判所調査官は、「面接交渉の内容は監護者の監護教育内容と調和する方式と形式において決定されるべきものであり、面接交渉権といわれているものは、面接交渉を求める請求権というよりも、子の監護のために適正な措置を求める権利であるというのが相当であると考えられる²³⁾」としている。面接交渉の権利性を否定的にとらえるものであるが、本判例は、面接交渉権は

協議や審判によって初めて具体的な権利として生ずるものであると思われる。面接交渉権が、協議や審判によって初めて具体的な権利として生ずるものであるとしても、扶養請求権、財産分与請求権と同様、協議や審判以前にも抽象的なものとして面接交渉権は当然に存在すると考えられる²⁴⁾との指摘がある。

判例によって見解に違いがあるものの、いずれの立場であっても別居親と子との円満で継続的な交流は子の福祉にとって望ましく、監護者の監護教育内容と調和する方式と形式において、面接交渉は監護に関する処分として認められうるものであるということに関しては異論がないようである²⁵⁾。

3 ま と め

面接交渉の法的性質について、学説、判例の状況についてみてきたが、子の福祉・利益を特に重視している点について両者は共通しているといえよう。現在の段階では、面接交渉を子の権利として捉えることは解釈論的に無理があることは否めない。しかしながら、子の意思を尊重することの重要性から、子の権利として面接交渉権を捉えていく必要性は大いにあると考えられる。また、非監護親の子に会いたいという気持ちに添えていくことも必要であり、親の権利的な側面があることも事実である。一方で、監護親が親権・監護権を盾に子を独占しがちな現在の状況に対して、権利のみではなく監護教育義務の中に、子が成長するために必要な非監護親をはじめとする家族、親族との交流を保障しなければならないという義務的側面があると考えられる必要がある。

つまり、非監護親は監護親との関係では、子の監護に関する処分として面接交渉を要求する権利があり、子との関係では、子の希望に応じて面接する義務を負う。監護親は、子の監護教育義務の1つとして、非監護親との関係では子と面接交渉させる義務を負い、子との関係でも、子の成長発達のために非監護親と面接交渉させる義務を負う。子は非監護親に対して、

面接を求める権利を有し、監護親に対しては、非監護親と面接交渉できるように求める権利があるといえる。したがって、さまざまな立場によって面接交渉の捉え方は異なってくるのであり、面接交渉には様々な側面があるのである。このことは、祖父母と子の面接交渉を検討する場合にも、あてはまることではないだろうか。

諸外国の制度

アメリカ、フランス、イギリス、ドイツなどでは祖父母など両親以外の第三者に対して「訪問権」などのかたちで子との交流を保障しており、諸外国においては祖父母の訪問権を保障する規定を置いている国がいくつか存在している。日本と諸外国とでは、社会状況や家族観などに違いがみられるが、参考になる部分も大いにあると思われるので、日本で紹介されているフランスとアメリカ、イギリスの制度について取り上げたい。

1 フランスにおける訪問権

1) 権利性の承認に至るまで

フランスにおける訪問権²⁶⁾は、判例法上形成され発展されてきた権利であり、新たな場面、新たな権利主体が登場するたびに、現実に訪問権論が歩み寄るべく議論が変化してきたものである²⁷⁾。父母の訪問権については、1970年に親権法の改正により明文化されたが、祖父母の訪問権に関しても同じく1970年に民法典371-4条²⁸⁾が新設され明文で規定されるに至っている。フランスでは、祖父母に訪問権を認めた1857年の最初の裁判例²⁹⁾から1970年に立法的承認を経て現在に至るまで祖父母の面接交渉権は議論されてきた³⁰⁾。早くから訪問権を様々な権利主体に認めてきただけに、権利主体の範囲の確定について論争が生じ、「父母以外の者でも特に子との紐帯の強い祖父母の訪問権が、権利主体の議論において頻りに採り上げ」³¹⁾られたのである。

当初、祖父母の訪問権は固有の権利ではなく、父権を制限するための手段としてしか考えられておらず、世帯が崩壊するなど例外的な場合にしか認められないと考えられていた。しかし、これではあまりにも制限的であるとのことから、祖父母の子への訪問に対して権利性を付与するようになっていく。それに伴って、訪問権の内容についても、子を自己の家に滞在させることまでを含まず、単に監護者の家において子と再会するだけのものから、子を自己の家に滞在させることまでを含むものにまで拡張されていった。

2) 法的性質

祖父母の訪問権の法的性質については見解が分かれていた。1970年に明文規定が置かれる前には、それまでに存在していた条文から法的性質を導き出す諸説³²⁾なども存在していたが、明文規定が制定され、愛情の絆や血縁を基礎とする自然的なものとして捉える説が通説となった。祖父母の訪問権を自然権的なものとして捉えるこの学説は、1965年4月6日のパリ控訴院によって採用された。そして、立法後も維持され破毀院判決によって、完全養子縁組（日本でいうところの特別養子縁組に相当する）がなされた孫を持つ祖父母にフランス民法典371-4条2項に基づき訪問権を認める際にも採用された。この説は、祖父母に認められる法的性質の本質的根拠は、「血縁関係に自然な愛情とともに祖父母と孫を結びつける緊密な親族の絆の中にあるとする。この本質的根拠は、時には『自然権（droit naturel）』、もしくは『血縁関係に基づく独自の権利』、あるいは祖父母と孫の間の『直接的な血縁関係の存在』であるとされる。この見解に従えば、訪問権は血族関係（parente）そのものにその根拠が求められ、かつ、血族関係にある者の間において自然に創造される愛情関係にその存在理由が見出される権利となる。ここでは、訪問権はこのような訪問する者とされる者の相互関係の中で捉え³³⁾ているのである。

また、権利主体を逆に捉える子の権利説がある。この見解は、訪問権は訪問する側の権利ではなく訪問を望む子の権利であるとするものであり、

従来の学説が子を単なる客体としてしか扱ってこなかったことを批判する。子の権利説は、訪問権を子の固有の権利とし、子は訪問権の債権者であるとする。そして、訪問者は子が債権者である権利義務関係の債務者になるとする。訪問の義務者が子への訪問を欠くことは、子の情緒的安定への侵害にあたり、そこから生じる精神的損害について、訪問の義務者に対して損害賠償請求を求め得るとする見解もある。

この学説は、近年子の権利への関心が高まる中で、注目を集めてきた。その結果、2002年3月の改正では、フランス民法典371-4条1項「子は、祖父母との身上の関係を保持する権利を有する。重大な事由がある場合にのみ、この権利を妨げることができる。」2項「裁判所は、子の利益であるときには、血族または血族でない者と子の関係の態様を定める。」となった。祖父母等との人的交流は子の権利であることが明規され、子の利益となる限り親以外の第三者との交流も定められるとしたのである³⁴⁾。

3) フランスの祖父母の訪問権のあり方

フランスでは、祖父母の訪問権の立法化において、国民議会では、感情に訴える発言がなされただけで、特に理論的な議論はなされず可決された。そのことから、社会的時宜性について議会での議論が十分でなく、子の利益に関する判例が生成途上である1970年という時期に判例を固定化させる立法的介入はしないほうが賢明である、また、祖父母と親が対立している場合に、子の利益が損なわれるなどとして、子ども利益の観点から批判がなされた³⁵⁾。しかし、実際に運用されるなかで、裁判官が裁量で訪問権を許可せず、子の利益に応じて訪問の拒否、または延期を決めることが可能となっている³⁶⁾。したがって、実務において子の利益が十分に考慮されており、祖父母の訪問権を認める明文規定を置いたことは、子の利益の観点から正当性を欠くものではなく、むしろ祖父母と子の交流を保障したことが子の利益にかなうものと判断されているように思われる。

このように、フランスでは祖父母の訪問権の法的性質を愛情の絆や血縁を基礎とする自然権的なものとして捉え、重大な理由がなければ妨げられ

ない祖父母の固有の権利と考える一方で、子の利益の観点も考慮して、望ましくない祖父母の訪問権行使は否定されてきた。そして、前述のように2002年の改正では訪問権の権利主体が子として明記されるに至った。これは、子の意思を尊重すべきであることが明確化されたものであり、フランスにおいても子の利益・福祉が重要であり、欠かすことのできないものであると捉えられているといえよう。

2 アメリカにおける訪問権

アメリカにおける祖父母の面接交渉権は、1965年に訪問権として制定されたのを皮切りに1970年代後半以降に判例及び制定法で認められるようになった。そして、現在に至っては祖父母訪問権法は全米50州すべてにおいて制定されている³⁷⁾。このような祖父母の訪問権を認めるようになった背景には、離婚率の上昇や高齢化社会の到来があるといえる。また、親子間から祖父母と孫の間に広がった訪問の問題は、現在では、継親や兄弟姉妹、子と親密な関係を有してきた者といったように広がりを見せている。

1) 祖父母の訪問権（ニューヨーク州）

ニューヨーク州³⁸⁾においても、当初は親の意思に反して祖父母が訪問権を得ることはできなかったが、1966年に初めて祖父母に訪問権の申立権を認める立法を行った。成立当初は、「子の親の一方または双方が死亡している場合に、死亡している親の親である祖父母にのみ申立てを許し、

当該訪問が子の最良の利益を促進する場合に訪問権が付与されることを定めたものであった。これは、あたかも死亡した親の靴に祖父母が足を踏み入れるかのように、死亡した親代わりとして祖父母が訪問することを認めたものである。また、この立法は子を失った祖父母の救済をも目的としているもの³⁹⁾だった。

それ以降の判例の影響を得て、1975年には裁判所の権限が拡大される。そこでは、申立人である祖父母が、死亡した親の親であることを不要とし、さらに親の死亡のほかに、「エクィティによって介入が相当と

みなされるであろう事情が存在していることが、当該状況から明らかである」ことを申立事由に追加した。これによって「親の生死や親が実親であるか養親であるかを問うことなく、子と祖父母との直接の関係の重要性のうえに承認される祖父母固有の権利となった」⁴⁰⁾。1975年法施行後の諸判決は、祖父母の訪問権を子の最良の利益を促進するために認められた祖父母固有の権利として捉えてその申立権を手続的に広く保障した上で、訪問権が付与されるか否かは子の最良の利益の観点から裁判所が裁量によって決定するという立場をとっている。そして、子の最良の利益の基準の下に訪問権付与の基準として、子と祖父母の関係、祖父母と監護親との関係、子の意思、子の健康、子の年齢などを考慮して裁判所が決定するのである。

なかでも注目すべきなのは、訪問権付与の基準として子と祖父母の関係に関して、子と同居または子を訪問して子との間に家庭的関係を形成してきたことが重要な要件であるとしている点や、祖父母と監護親の関係について、不和の存在は、祖父母の訪問権を否定する正当な根拠でも、祖父母の訪問が子の最良の利益であるかどうかを判定するものさしではないと判例が示している点である。これは子の最善の利益を最も重視した結果であるといえよう。

ニューヨーク州では2度の法改正を経たが、この変革を支える理論的背景としては、子を親の動産とみなすコモン・ローから親優先原理へ、そして子の最良の利益原理へという監護養育観の変遷が存在したことが挙げられる。子の最良の利益の基準が唯一の基準として採用されたからこそ、訪問が子の最良の利益を促進する場合には、たとえ監護親の意思に反したとしても祖父母に訪問権が付与されることとなったのである。

2) 継親子間の訪問権

アメリカでは、離婚率及び再婚率の上昇によって、継親子家族が増加していった。しかしながら、継親が継子と養子縁組をしていない場合には親と同様の権利を有することができない。その結果、再婚家庭が崩壊した場合は実親子とかわらぬ関係を有したにもかかわらず、継親と継子の訪問は

実現することが難しくなる。このような背景の下、継親子間の訪問を実現させるために継親子間の訪問権⁴¹⁾を判例法上認めている州や制定法を成立させている州がある。

継親子間の関係の保護は、in loco parentis の原則の適用、子の最善の利益の適用、または継親子間の訪問を認める規定の制定によってなされてきた。

(1) in loco parentis の原則（親代わりの原則） 判例は in loco parentis の原則を用いることによって、継親に訪問権を与えた。「in loco parentis の原則とは、正式な養子縁組なしに継親に対して実親及び養親と同様の権利を与え、義務を課すものである。この原則を認めるには、継親子間に、親密で愛情に満ちた関係が育まれていたこと、継子をしつけていたこと、継子の教育に積極的に関心をよせていたことなどがあつたことが、要求される」⁴²⁾のである。そして、in loco parentis の状態は、継親及び継子のみが終了させることができるとされる。しかしながら、in loco parentis の関係だけを立証すれば、継親に訪問権が与えられるのかというそうではなく、訪問権を決定する際の絶対の基準は、子の最善の利益である。結局のところは、継親に継子との訪問を認めることが子の最善の利益に適うという観点から、継親子間に訪問を認めるということを結論づけている。

(2) 子の最善の利益 また、判例は子の最善の利益もしくは子の福祉を理由として、継親に継子との訪問権を与える。裁判所は、訪問が子との訪問権を与えられた大人のためのものであっても、子の利益こそが重要なのであるとし、「現代の子は一人格としてみなされるものであり、親の排他的で変更のできない所有権下にある従属的な人格ではないという現実から、訪問に関する子の最善の利益の概念は生ずるものである。子は権利を有するのである」⁴³⁾と述べている。制定法上、親の権利としている訪問権を、子の最善の利益の観点から捉えなおすことによって、訪問権を子の権利として再構築しているようである。

3) アメリカの訪問権のあり方

訪問権の付与の判断基準としては、大半の州が子の最善の利益の基準を適用していることから、現在のアメリカでは、訪問の最終目的は子の最善の利益の促進であり、訪問を親の自然権である監護の一形態ととらえてきた概念は、過去の世代のものであるということが認識されているといえる。そして、このような訪問権が与えられる者の拡大は、現在では、監護それ自体が親の責のためのものではなく子のためのものである、と理解されたことによるものである。また、その理解は親子間にとどまるものではなく、子の最善の利益が要求するならば、父母以外の者との訪問も認められるようになってきているのである。

3 イギリスにおける祖父母と孫の交流

現在、イギリスにける祖父母の面接交渉の法的根拠は、1989年児童法(Children Act 1989: 以下「CA 1989」と略)⁴⁴⁾に存する。また、イギリスでは CA 1989 制定以前の法規定の段階からさまざまな条件のもとで、祖父母の面接交渉は認められていた。したがって、以下では、初めに CA 1989 制定以前の法状況を概観し、次いで、CA 1989 における祖父母の面接交渉に関する法構造を検討する。

1) 1989年児童法制定以前の祖父母の法的地位

CA 1989 制定以前⁴⁵⁾に、祖父母の面接交渉権に関して最も重要な規定を設けたのは、1978年家事手続および治安判事裁判所法(Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act 1978: 以下「DPMCA」と略)である。

DPMCA が制定されるまで、児童の両親が離婚、婚姻無効、または裁判別居によって生別した場合、祖父母も近親者の一人として位置づけられていたものの、近親者には原則として当該児童との面接交渉を裁判所に申請する権利は付与されていなかった⁴⁶⁾。そこで DPMCA では、児童の両親が生別し、裁判所が監護命令または養護権者命令をなすか、あるいは過去に発せられた同命令が効力を有している場合について、当該児童の祖父

母に対して子との面接交渉を裁判所に申請する権利が認められた。また、児童の両親の一方が死亡した場合には、その事実のみに基づき、死亡した親側の祖父母に面接交渉を裁判所に申請する権利が付与された。

2) 1989年児童法

現行法である CA 1989 の特徴は、祖父母と子の交流を祖父母固有の権利と規定していない点にある。これは、祖父母が他とは異なる地位（special position）にあるものとは位置づけられていないことを意味する。この点において、DPMCA が祖父母の権利に関する明文規定を設けているのとは異なっている。

子との面接交渉を希望する祖父母は、CA 1989 第 8 条に基づき裁判所に對して発給を請求することとなる。この命令を「第 8 条命令（section 8 order）」という。

(1) **交流命令** 第 8 条命令には「交流命令（contact order）」、「居所命令（residence order）」、「禁止命令（prohibited order）」、「特定事項命令（specific issue order）」の 4 種類⁴⁷⁾がある。そのなかで、面接交渉の場合は通常、交流命令の発給を請求することが多いといえる。交流命令は、訪問、滞在、および相互にその他の交流を持つことの実現を目的とする。また、その他の交流の具体的な内容は、「手紙、電話、コンピューター通信、オーディオテープ、ビデオテープ、プレゼント、バースデーカード、クリスマスカード」⁴⁸⁾である。

(2) **交流命令の判断の仕方** 申請権者は、裁判所の許可なくして命令の発給を申請する権限を有する者、と それ以外の者（命令の発給を申請するための許可が必要とされる者）の 2 種類に分類される。には、親、後見人、また、少なくとも 3 年間同居していた者⁴⁹⁾などが属する。祖父母は、主に に属することになる。祖父母などの の者は、裁判所が第 8 条命令の発給の判断の前段階で、まず申請者としての適格性が問われる。そして、当事者適格に関する審理を経て、申請者に対する命令の発給の諾否が判断がなされる。つまり 2 段階審査構造となっているのである。

一方で、CA 1989は、第8条8項で「第8条命令の申立てを行う許可を申し立てる者が当該の子である場合には、裁判所は、子が提案される第8条命令の申立てを行うに十分な理解力をもっていると認めるときに限り、許可を与えることができる。」と規定し、子ども本人にも第8条命令の発給を申請する権限を認めている。この場合に、年齢に関する条項が設けられていないため、子どもの判断能力は個別に判定することとなる。

(i) 当事者適格の判断基準 申請権者としての適格性の判断に際して、裁判所は、提起された申請の性質、申請者と子との関係、提起された申請が子の生活を脅かすような混乱を与えるおそれ、子が地方当局により世話をされている場合には、子の将来のための当局のプランおよび子の両親の希望と感情、の4つの事項を考慮すべき事項としてCA 1989 第10条9項でリストアップする。そして、これらの事実関係を判断した上で、許可を与えることとなるのである。

(ii) 発給段階の判断基準 申請の許可が付与されたものに対し、次の段階として交流命令の発給の諾否が判断される。その判断基準について、CA 1989 は第1条で、「子の福祉は、裁判所の至上の考慮事項とする」との一般原則を提示している。そのため、裁判所は子の福祉・利益に適うか否かの観点から判断する。しかし「子の福祉」という概念は極めて茫漠としたものである。したがって、子の年齢と理解力にてらして考慮された当該子の希望および感情、子の身体的・情緒的・教育的ニーズ、環境の変化が子に与える影響、子の年齢、性別、背景、および裁判所が関連すると考える子の特徴、子が受けてきたまたは受ける恐れのある危害、子のニーズを満たす能力、問題の手續において、本法に基づき裁判所が利用できる権限の範囲、を裁判所の考慮すべき事項としてCA 1989第1条3項に規定している。また、必要に応じてこれらに加えて他の事項を指定できるとしている。

一方で、判例では祖父母に第8条命令の申請が認められたとしても、命令の発給が認められないことがあることから、祖父母と親は異なる取り扱

いがなされている。したがって、祖父母たる地位を親と同一視しないと解されているが、一般的に特段の事由がない限り、面接交渉が認められる傾向にあるといえる。

3) イギリスの祖父母の面接交渉のあり方

イギリスでは、祖父母の面接交渉は、法的根拠は設けるものの祖父母の固有の権利として規定していない。そのため、祖父母の権利性は弱いものとなる。

一方、ヨーロッパ人権条約（以下「ECHR」と略）の国内法である1998年人権法が制定された。このことから、祖父母の面接交渉に関して、国際人権規範である ECHR を根拠に「権利基盤とするアプローチ」を行うことができないかが検討された。しかし、ECHR の法的効果は、第 8 条命令の申請の許可の付与に関する判断基準の緩和にとどまるものと解するのが妥当であるとされた。これは、祖父母としての特別の地位に基づく固有の権利を法的根拠とすることには限界があることを意味する。

イギリスにおける祖父母の面接交渉は、子の利益を他の何よりも重視しているといえよう。それは、子ども本人にも第 8 条命令の発給を申請する権限が認められていることから明らかであろう。

4 ま と め

以上のように祖父母の面接交渉に関して法的根拠を有するこれらの国々は、祖父母の固有の権利として規定するか否かに違いがある。一方で、子の利益を特に重視しているという点については共通している。そして、このように認められるに至った理由としては、親権者が子を独占していた状況に対して、子の利益に適うならば親以外の者との交流を認めるべきだという考えのもとに認められていったことが挙げられる。

当初は、これらの国でも、祖父母の面接交渉は親が死亡した場合など、限られた場合に認められるにすぎなかった。しかしながら、判例や立法によって内容が拡大されていき、今に至っているのである。これは祖父母の

面接交渉を求める社会のニーズがあり、それに応えていった結果であろう。漠然としている「子の利益」を、裁判所が基準を形成し、裁量によって判断することで考慮してきており、イギリスでは、申立権を子に付与さえしている。このように子の利益、子の意思を尊重することは、児童の権利に関する条約との関係で、世界的傾向としても合致している。

祖父母は、親以外の第三者の代表格として挙げられている。他方で、これらの国々に共通の離婚率の上昇やそれに伴って家族のかたちが多様化してきていることから、継親や兄弟姉妹、他の親族などに対する面接交渉も問題となり、次第に認められる傾向にある。フランス、アメリカ、イギリスは子の意思を重視し尊重する一方で、祖父母の意思をも汲み取った結果として立法がなされたのである。離婚率、再婚率の上昇による家族の多様化は日本においても共通しており、親族ネットワークの1つとして祖父母の面接交渉を求める社会のニーズに応えていく必要がある。

日本における事例の検討

日本において祖父母の面接交渉が問題となった裁判例で公表されているものはほとんど存在しない。その中で唯一祖父母の面接交渉について触れた事案としては東京高裁昭和52年12月9日決定(家月30巻8号42頁)がある。

1 事実概要

本件は、A・Bとその養女亡Cの夫Dとの間の、C・D間の子E(11歳)、F(9歳)監護をめぐる紛争である。DはCとの結婚当初からA・Bと同居しており、その後、E・Fが出生した。Fの出生直後にCが死亡したため、DはE・Fの単独親権者となった。その後も同居を続け、DはE・Fの養育費を渡すことにしたものの、A・BにE・Fらの日常の世話を依頼して従前同様の生活を送っていた。しかし、数年後に、Dは再婚し

てA方を出て行く意思を伝えたところ、E・Fを手放したくないA・Bとの間が険悪となり、A・BはDが提供するE・Fの養育費の受領をも拒絶するようになった。そのため、DはA方にいたたまれず、後日再婚してE・Fを手許におき監護教育ができる条件を整えたうえE・Fを引き取るべく、とりあえずE・FをA方に残し単身A方を出た。その後はA・Bが孫にあたるE・Fを監護養育していた。

その後、DはGとの間にDとともにE・Fを膝下においてその監護養育してくれることので承を得てGと婚姻し、GとE・Fの間で養子縁組をした。一方、A・Bとの間にE・Fの引取りにつき再三交渉を重ねたが、ついにA・Bの了承するところとならなかった。そのうちに、A・BはDを相手方にE・Fの監護者を自分たちに指定することを申立て、Dは、A・Bを相手方にE・Fの引渡しを申立てるに至った。

原審の浦和家裁越谷支部は、両申立事件を併合して審理し、A・Bの申立てを認めず、Dの引渡請求を容認する審判をなした。そこで、A・Bがこれを不服として即時抗告した、というものである。

2 判 旨

「家庭裁判所が親権者の意思に反して子の親でない第三者を監護者と定めることは、親権者が親権をその本来の趣旨に沿って行使するのに著しく欠けるところがあり、親権者にそのまま親権を行使させると子の福祉を不当に阻害することになると認められるような特段の事情がある場合に限り許されるものと解すべきことは原審判のいうとおりであり、原審判は、右の見解に立つたうえ、本件においてDにつき右のような事由があるとは認められないと判断しているのであって、当裁判所も原審判の右判断はこれを是認すべきものとする。……子の監護者指定申立事件についてはA・Bの抗告は棄却のほかない」として抗告を棄却した。

一方で、「幼児引渡申立事件については、その引渡を命ずるにつき環境の変化により事件本人らが受ける影響を考慮してその具体的方法につき特

段の配慮を施すことが相当であると考えられるところ、…… E・Fの引渡しにあたっては、当事者双方は前記趣旨を十分に諒承して、E・Fの真の幸福のため感情的対立を捨て誠意をもって議し実行すること、特にA・Bがそのために協力的態度をとることが望まれる。その引渡し方法は、…… 月一度以上のD宅に宿泊させることを伴うD及びその妻G(父及び養母)との面接交渉を少なくとも四回以上持った上で完全に引渡し、その後E・FがD宅が真の住宅であることを自ら納得し自らの意思でD方に帰宅するようにするため、その引渡のあった日から二か月以内に少なくとも一度以上A方に宿泊させ、A・Bと面接交渉をもたせることが相当である。」として、A・BとE・Fの面接交渉を命じた。

3 判例分析

本件は親権者の意思に反して第三者を監護者に指定することの基準を示した先例として注目されている事案である。しかしながら、他方で、子の引渡しの経過措置としてはあるが、祖父母に子との宿泊まで含む面接交渉の機会が与えられており、子の監護に携わっていた祖父母と子との面接交渉の必要性が認められた事案として注目できる。

その特徴としては、祖父母に監護の実績があったこと、親と祖父母が対立していることが挙げられる。祖父母は子らが出生して以来、継続して子らを養育しており、子らも祖父母らになつき円満な共同生活を送っていたという監護実績が存在する。そして、再婚し祖父母宅から子らを連れて出て行こうと考えた親と、子らを手放したくない祖父母が子の引き取り・監護をめぐる対立していたのである。

したがって、本件の場合、上記のような親と祖父母の対立の中で子の引渡しを円滑に進め、子が環境に慣れるための方法として、引渡しのあった日から二ヶ月以内に少なくとも一度以上の宿泊を伴う面接交渉が認められたのである。しかし、この面接交渉は、子の希望に応じて継続することが予想される。これは祖父母にそれだけの監護の実績があったからである。

したがって、監護実績が面接交渉を認める基礎にあったものと思われる。このことは、祖父母が監護した実績があり、親と同程度に子と心理的に親密な関係を持っていた場合には、子にとって祖父母と交流することが必要であると裁判所が認めたと考えることができるのではないだろうか。すなわち、本決定は、祖父母と孫の面接交渉の1つの基準を示唆しているとも考えられるのである。

祖父母と子の交流の保障の具体化

1 日本の学説状況

祖父母の面接交渉に関して、学説の議論は以下のような状況にある。

まず、否定的な見解として代表的なものは、フランス民法371-4条のような明文規定がない以上、面接交渉権はないと解さざるを得ないとし、祖父母の面接交渉の要求は、親族としての自然な親近感に基づくものとして事実上の問題として解されることとなる⁵⁰⁾と説明する。

それに対して、積極的な見解をとるものは、まず、祖父母に面接交渉を認める明文の規定がなくても、解釈論で一定の範囲の者に子の利益の観点から面接交渉を認めることは可能で、積極的に解したとしても、親と同視するような実質的關係を持ち、かつ面接交渉を認めることが子の利益となることの積極的証明をクリアした祖父母に、面接交渉の申立権を民法766条を類推適用して認めれば十分である⁵¹⁾とする見解がある。

同時に、父母と子の面接交渉の法的性質について、両性説の立場から、子は同居家族以外のさまざまな人々との交流を通じて成長するものであり、親密な関係にある親族との交流の保障は、民法766条の子に監護に関する処分として、祖父母は面接交渉を申し立てることができ、子の福祉に適うものである限り、認容されるべきものとする⁵²⁾見解がある。他方、従来の見解である法的性質を血縁関係や愛情関係を基礎とする自然権的なものとしつつ、根拠条文としては民法766条を類推適用すると解する説⁵³⁾や、

子の権利説に立ちながら、子の利益のためには必要であると認識される面接交渉は、親子間に限らず広く認められるべきであるとするもの⁵⁴⁾も存在する。さらに、祖父母の権利的側面を重視するものの中には、祖父母の面接交渉権を認めることは、祖父母の人格的利益に配慮するという理念上の意義があり、それに加えて、離婚後の両親の子をめぐる紛争を緩和できるのではないか⁵⁵⁾と指摘するものがある。

ところで、祖父母の面接交渉権を認めることを前提に、申立権について触れているものは、766条に規定されている文言にかかわらず、協議や審判の当事者は、親権者や非親権者たる親に限定されず、第三者も含まれるのであり(第三者も監護者と指定し得る以上第三者の当事者適格を認めなければ子の利益は確保できない)、協議や処分の時期も、離婚の時期に限定されるのではなく、全ての時期を含めてよいとし、これを前提とすれば、祖父母等による子への面接交渉を求める調停・審判の申立ても可能であると解することができることになる⁵⁶⁾と指摘する。

このように、学説においても祖父母の面接交渉権を認める必要性があるとされ、いくつかの見解が提唱されている。しかしながら、祖父母の面接交渉権と今まで議論されてきた父母の面接交渉権の法的性質に関する学説との整合性や、申立権をどうするか、などについて、なお検討する必要があるように思われる。

2 祖父母との面接交渉権を認める根拠

まず初めに、今まで日本において主張されてきた面接交渉権に関する学説の中から祖父母の面接交渉権を導くことができるのかどうか検討する。

面接交渉権について、民法766条から導き出された法的性質である監護権説や親権説、基本権説は、権利の主体を監護権者や親権者と限定する。これは主として父母を対象としているのであり、父母以外の第三者を予定していない。そのため、これを監護者、親権者以外の祖父母にまで拡張させることは解釈上無理があり、これらの学説はとりえない。

そこで、祖父母との交流も766条の「その他監護について相当な処分」として考えることによって祖父母の面接交渉権を認めることができないかということについて検討する。

他方、自然権説からは、父母の場合と同様に、フランスの場合と同様に法的性質を祖父母に関しても血縁関係や愛情関係を基礎とする自然権的なものとして捉えることができれば、祖父母との面接交渉も可能である。また、子の権利説からは、アメリカの場合と同様に子どもこそが面接交渉権の権利の主体者であると考えことから、子自身に祖父母と交流する権利があると捉えることができる。そして、両性説からも子は同居家族だけでなくそれ以外のさまざまな人々との交流を通じて成長することで権利が充たされるのであり、親密な関係にある親族との交流の保障は、同居親の監護教育義務の内容として位置づけることが可能であるから、祖父母との面接交渉をこれに含めて認めることができる。さらに、面接交渉の権利性を否定する説からも、監護について相当な処分として祖父母との面接交渉が子の利益となるのであれば、祖父母との面接交渉を設定することが可能である。

以上のように、両性説、自然権説、子の権利説、さらには否定説からであっても、民法766条2項を類推適用することによって祖父母にも面接交渉を認めることができる。これらをふまえた上で祖父母の面接交渉については、以下のように考える。

祖父母との面接交渉を認めることは、子どもにとっては、祖父母との交流をもちながら成長することができるという意味で非常に重要な意味を持つし、親にとっては、親には監護教育する義務があり、その監護教育義務の中に、子が成長するために必要な祖父母との交流を保障しなければならないという義務的な側面がある。そして、祖父母にとっては、愛情に基づき子との交流を認めて欲しいという、権利的な性格をもちうる。これに関して、面接交渉の権利性を否定する説からは、面接交渉は強制力を用いて保護する性質のものではなく、法的権利とはいえないという指摘があるが、

法的強制になじみにくいものであったとしても、面接交渉を法的に保護できなければ、親子・親族間の交流の実現が困難となってしまう。法的権利という構成をとることで、法が個人の利益や価値の実現に対して正当性を認めるという役割は重要である。したがって、直接強制できない相対的なものであっても、法的に保護される人格的利益である面接交渉は、権利として構成していくべきであろう⁵⁷⁾。

今までの学説において面接交渉権の権利性を考えた場合には、親の権利もしくは子どもの権利として捉える、または、親の権利であると同時に子の権利であるとするなど、答えを一つに求めた結果見解が分かれてしまっていた。また、現代社会においては家族のかたちの変化やそれに伴ってニーズが多様化しているにもかかわらず、現状では面接交渉権が父母のみにしか与えられていない。このような社会の状況に法は応えていくべきである。そこで面接交渉の権利性を子、親、祖父母それぞれの立場に応じて相対的に性質決定すべきであると考ええる。

3で述べたように面接交渉は、それぞれの立場によって様々な意味をもつ。そもそも、権利とは、相手方に対して、ある作為を求めることができる権能のことであり、相手方がいることによって性質が決定されるものである。したがって、祖父母の面接交渉は、子にとっては子の利益に基づく権利であり、親にとっては、監護教育に関する義務であり、祖父母にとっては愛情関係を基礎とする自然権的性格をもつと解することができるのではないだろうか。このように面接交渉を当事者ごとに性質決定することができるようにすることで、現在の社会状況や家族関係の多様なニーズに応じることが可能となるであろう。

3 条文上の議論

祖父母の面接交渉を認める場合どの条文を用いるべきなのであろうか。現段階では、766条2項を類推適用することが考えられる。他方で、本来の766条は離婚の際に限定すべきであるという条文の趣旨から離れすぎて

しまい、解釈上とりえないのではないかとの疑問もある。

ところで、766条は子の監護者の決定に関し、一般的には、離婚に際して、適任者に財産管理＝親権、身上監護＝監護権を委ねるために、あるいは父母の親権争いを調整するために、父母の一方を親権者とし、他方を監護者に定めることができるとともに、父母が監護しえない場合に、第三者を監護者に定めることができると理解されてきた⁵⁸⁾。

一方で、父母以外の第三者の監護者指定の是非について、判例は、前述の東京高決昭和52年12月9日で「第三者を監護者と定めることは、親権者が親権をその本来の趣旨に沿って行使するのに著しく欠けるところがあり、親権者にそのまま親権を行使させると子の福祉を不当に阻害することになると認められるような特段の事情がある場合に限り許されるものと解すべき」であるとして、第三者を監護者として指定できる基準を具体的に示した。そしてこの基準を使って、子の伯母⁵⁹⁾や祖母⁶⁰⁾を監護者に指定している。つまり、「子のために必要があると認めるとき」に、766条2項の「その他監護について相当な処分」として、第三者を監護者に指定できるとしており、最近の学説もこれを支持する⁶¹⁾。

これは、監護教育に関して親権者が子の利益を実現できない場合について監護者を定める方法こそ望ましいと判断される場合には、親族を中心とする第三者を監護者に指定して、子の福祉を実現できなければならないはずであることから認められるべきであると考えられているのである⁶²⁾。監護者を付与するか否かの決定が、同居を前提に子の日常的な養育に関する責任者を決定する問題であるのに対し、面接交渉権を付与するか否かの決定は同居とは無関係に子との交流や訪問などを維持することが妥当かどうかだけを決定する問題である。このことから、両者の基準は異なり、面接交渉権に関しては監護権に関する場合よりも緩く適用されるべきである。前述のように、判例は、父母以外の第三者を監護者に指定することを認めているのだから、より緩やかな基準になる面接交渉の場合には、当然のことながら子と祖父母との交流が必要であると判断されれば766条2項を類

推適用することは可能であると考えられる。

4 申立権者

申立権者については、本来であれば親が申立てをすべきである。しかし、親が祖父母との面接交渉に否定的であった場合には、親からの申立てを望むことは難しくなる。親が申立てをしない場合には、第三者に申立権の当事者適格を認めなければ、子の利益を確保することができなくなる。そして、実際に第三者を監護者に指定することが可能だとした場合には、766条の適用範囲を拡大し、監護指定を希望する第三者に申立権を認めている判例が存在している⁶³⁾。したがって、面接交渉の場合にも子の成長にとって祖父母との交流が必要であるのにも関わらず、父母が申立をしない場合には、祖父母が自ら申立てることができるべきである。

ところで、面接交渉を子の権利であると捉えた場合には、子自身に申立権を付与することが可能であるのではないかと考えられる。これに関して、梶村教授が「子の年齢が15歳未満であればその代理関係が、15歳以上であれば子の権利実現手続きが、それぞれ法定されていなければならないが、法はそのような手当てをしていない。子はどうしても事件本人の地位以上ではありえず、民法766条1項、2項や家事審判法9条1項乙類4号の子の監護に関する処分の審判事件の当事者(申立人)ではありえないのである⁶⁴⁾と指摘されているように、子に申立権を与えることは困難であるといえる。したがって、現行法では、子の意思を配慮して、父母や祖父母が子のために申立てをすることにならざるを得ない。

現行民法は、明治民法が家単位で考えられ、親族が介入する場面が多かったことから、他の者の支配には服さないよう、父母中心の規定にしている⁶⁵⁾。他方で、子の福祉を守るシステムとして、児童虐待をはじめとする、親権者の親権の濫用や親権者として不適切な行為に対しては、親権の喪失や親権者変更の申立権を、子の親族に対して認めている。子の福祉を守るためにこれらの規定を生かすためには、親族ネットワークの構築が不

可欠であるが、現段階の親族関係は稀薄であり、親族ネットワークは十分に機能していない。したがって、子に代わって子の福祉・利益を主張できる者がいなくなってしまう。この事態を打開するためには、立法論として、子自身が自分の利益を主張すべく、申立権を認めることを検討すべきではないだろうか⁶⁶⁾。

5 面接交渉を認める際に考慮すべき要素

祖父母と孫の面接交渉を実現させるにあたっては、祖父母であるという身分関係が必要である。しかし、身分関係を盾にそれさえあればいかなる場合をも認めるべきかといえ、それには疑問が残る。前述のように、子の最善の利益が考慮されなければならないことは、父母と子の面接交渉の場合と同様である。そこで、いかなる事柄を考慮に入れて認めるべきか。父母と子の面接交渉を認める場合に家裁の実務において考慮されている要素を参考にしながら、検討する。

1) 考慮すべき要素

(1) **子の意思・年齢** 子の意思を尊重することは最も重要である。しかしながら、子が面接交渉を拒絶したからといって、そのことのみを理由として面接交渉の可否を判断すべきではない。家裁は子どもの本意を面接交渉に反映させることができるよう状況を総合的に判断する必要がある。また、子の年齢に関して子が幼稚園や学校に通っている場合には、容易に交流することが難しくなる。そのため、その子の生活状況と祖父母の居住地、また祖父母の年齢なども考慮に入れたうえで面接交渉の場所、回数を判断していく必要がある。

(2) **祖父母としての適格性** 祖父母として不適格な言動、虐待があった場合や、監護親の監護方針に干渉する場合、そして、子を奪取するおそれのある場合には、子が精神的に傷つけられ混乱することや監護親の適切な監護ができなくなるおそれがあることから、面接交渉は認められるべきではない。したがって、面接交渉を認める場合には、祖父母が子に対して監

護親の悪口を言わない約束をあらかじめ交わすことなどが必要となる。それに加えて、祖父と祖母と一緒に子と面接交渉する場合には、祖父と祖母の関係性も重要となる。不和がないことや祖父と祖母が面接交渉に対する見解を一致させることが必要であろう。

(3) **祖父母と子の関係性** それまでの祖父母と子の交流が存在していたかどうかということである。ここでは、同居期間や監護実績が必要かといった親密さの程度が問題となる。面接交渉は子の日常的な養育に関する責任者となる監護権とは異なり、子と同居していない家族とが交流することを目的としたものであることから、同居期間や監護実績がない場合にも原則として認められるべきである。しかしながら、子の養育に関心を寄せるなど、心情的な支援やある程度の交流の存在は必要であるように思われる。また、子が祖父母へ心情的なつながりを持っていることも必要であろう。

(4) **祖父母と父母との関係性** 嫁姑問題など背後に激しい感情の対立がある場合には、子が祖父母と父母の間で混乱し、精神的に不安定になるなど、子の福祉を害する場合があるため、祖父母と父母との関係性が問題となる。確かに祖父母と監護親の争いに子を巻き込むべきではないし、不和が存在する中で面接交渉が認められたとしてもどの程度有効性があるかといった点には疑問がある⁶⁷⁾。しかしながら、面接交渉は子にとって有益な交流であるから、祖父母と父母の間の不和の存在のみを理由に面接交渉が否定されることがあってはならない。当事者の不和があっても子にとって面接交渉が必要だと判断された場合には、子の福祉が害されることのないよう交流の方法を工夫したりすることによって、面接交渉を実現させるべきである。

(5) **親と子の関係性** 非監護親と子との間に面接交渉が認められている場合に、非監護親側の祖父母と子の面接交渉を認めることに問題はないと思われる。しかしながら、非監護親と子の面接交渉が認められていない場合には、それまでに祖父母と子との間に頻りに交流があることはほとんど期

待できないことから、面接交渉を認めることは難しくなる。だが、祖父母が子に対して心情的な支援を行っている場合や、祖父母と子が非監護親よりも親密な関係にある場合には、親と子の関係よりも祖父母と子の関係性を重視すべきであろう。そういった場合に面接交渉を認める際は、子の情緒的安定や健全な育成を阻害するおそれがないかを見極め、子の福祉に配慮して判断する必要がある。

2) 考慮の際の留意点

以上に挙げたような要素を考慮にいたうえて、面接交渉を認めるべきかどうかを家裁が総合的に判断すべきである。その場合に、(1)~(5)までの要素のなかで重視されるべきであるのは、(1) 子の意思・年齢、(2) 祖父母としての適格性、(3) 祖父母と子の関係性である。(2)、(3)は、祖父母の面接交渉を認める大前提であり、これが満たされ、子が望むのであれば、(4) 祖父母と父母との関係性や (5) 親と子の関係といったものを満たしていなくても、原則としては、祖父母と子の面接交渉を認めるべきである。したがって、こうした場合に一番重要であり、決め手となるのは、子の意思である。

子の意思の把握に関しては、子の年齢が15歳以上である場合は、家裁が子の意見を直接聴取することができる。また、15歳以下の低年齢の子の場合にも子の意向を調査することが可能である。低年齢といっても、様々な段階があるので、段階的に分けるべきである。また、子の意思の把握には中立性が優れ、後見的役割を果たしうる家裁調査官の調査が最も優れていると考えられる⁶⁸⁾。特に、幼少期などは子の意思が明確化されない時期であるが、子的人格形成の過程を考えれば15歳以上の子と比較しても重要性はかわらない⁶⁹⁾。したがって、年齢によって段階的にわけたうえで、子の発育過程による個人差にも留意して調査すべきであろう。

祖父母と子の面接交渉が調停や審判の対象になった場合にも、家事事件一般の子の意思の把握方法は踏襲されるべきである。具体的には、(i) 乳幼児の場合は、直接面接するのではなく、日常生活レベルの事実の収集が

妥当である。家庭の生活状況を観察し、物理的環境を把握して、かつ、子の発育状態、表情、動作、食欲などを直接観察することも必要となる⁷⁰⁾。また、(ii) 幼年期の場合は子に心理的な負担を与えないように避けながら日常的な状況のもとで、日常的话题の中で子の意見を聴取することが適当である⁷¹⁾。(iii) 小学校低学年(6~9歳)の子に対しては、意向の聞き方も養育実態を観察しながらそれとなくなどにとどめ、子の養育実態を知るとともに心情把握がポイントとなる。それに対して(iv) 小学校高学年(10~12歳)の子は子どもから大人への前駆段階を迎えて、生活面では親に依存する一方で、精神面では他人とのつながりができつつあり親離れが始まる時期でもある⁷²⁾。そのため、その子なりの意見も持っている。したがって、調査官がはっきりと自己紹介した上で、意見を聴くべきである。その子の発達具合に応じて時には意向を聴くことも可能である。しかしながら、聴き方や意思の把握が最も難しい時期であるため、配慮が必要である。(v) 中学生の場合は、15歳以下であっても中学生になれば判断力を有している。そのため原則的に意向を調査すべきである。だが、中学生は思春期であることから、心身の発達のアンバランスに悩むことも多い⁷³⁾。そのため、心情を大切にしながら意見を聴くべきである。

子の調査の結果で聴取した意向は最大限に尊重すべきである。ただし、その結果に頼りすぎて、陳述した子に責任を負わせることのないような注意をする必要がある⁷⁴⁾。

おわりに 祖父母と子の交流の実現に向けて

祖父母と子の交流を面接交渉によって実現することは、祖父母の子に会いたい愛情を基礎とする自然な感情に添えていくことができ、祖父母にとっては権利的な性格を有することとなる。一方で、子にとっては成長過程において様々な人々との交流をもつことができる権利と解することができるが、監護親にとっては、子が成長過程において様々な人々との交流を

もつことができる面接交渉を保障する義務であるという認識を持つことが必要不可欠となる。

諸外国では、子の利益を第一に考え、祖父母と子の交流が子の利益に適うとした結果として祖父母の面接交渉を認めている。そして、その範囲は継親や兄弟姉妹など子を取り巻くさまざまな人々に広がりつつある。他方、日本では父母に関する面接交渉の明文規定も存在していない。しかしながら、家裁実務では766条の「子の監護に関する処分」として今まで運用されてきた。これは親の子に会いたいという気持ちや、子の利益を考慮した結果として家裁実務で創造されたものである。したがって、祖父母の面接交渉も、条文はなくとも、認めることが可能である。766条の「子の監護に関する処分」として祖父母と子の交流を保障することによって、社会のニーズに添えていくべきである。それは学説も支持しており、法的論理としても肯定することができる。

他方、実際に祖父母の面接交渉を円滑に実現させていくためには、当事者である祖父母及び監護親が、面接交渉が子にとって重要な意味を持つ、という共通認識を持たなければならず、監護親の正しい認識のもとでの協力なしには実現することが期待できない。したがって、教育プログラムや試行面接などを導入する必要性も出てくるだろう。

例えば、大阪家裁では欧米諸国の裁判所において行われている「親教育プログラム（parent education programs）」からヒントを得て進められてきた「父母教育プログラム」⁷⁵⁾が実施されている。これは、リーフレットやガイダンスビデオによって面接交渉に関する情報提供をしながら、当事者にはたらきかけていくものであり、このプログラムが面接交渉のスムーズな導入につながったという指摘がある⁷⁶⁾。また、当事者間の任意の面接交渉が行えない場合に、家裁のワンウェイミラーのある児童室で、非監護親と子が行う試験的な面接交渉⁷⁷⁾（以下「試行面接」という。）も存在する。これは、監護親がミラー越しに、子と非監護親が和やかに交流する様子を見ることによって、非監護親の存在の大きさを改めて認識することが

あるという。したがって、試行面接は対立する当事者に望ましい親子関係を考えさせ、新たな協力関係を構築させる効果があると指摘されている。このような試みを祖父母の面接交渉を実現させる場合にも活用すべきではないだろうか。

また、本稿では、主として両親の離婚の場合を想定してきたが、祖父母の面接交渉は766条の「子の監護に関する処分」として離婚以外の場合にも広がっていく可能性がある。核家族化が進み、共働きの家庭が増加した結果、家族の機能が衰退してきたといわれる今日、祖父母の家族への介入ではない愛情を基礎とした世代間交流を認めることの価値は大きいと思われる。多様な家族のかたち、家族観が変化してきている現代だからこそ、祖父母と子の交流が保障されれば、新たな親族ネットワークを形成することが可能となり、祖父母にとっての生きがいや、子どもにとっての支えとなりうる。子は、生まれてきたことを喜んでくれ、見守ってくれる大人がいるからこそ健全に発達し、成長していけるのである。その意味では、継親やおじ・おば、いとこや兄弟姉妹などの交流も認められるべきである。この点については、今後の検討課題としたい。子どもからお年寄りまで全ての人が、生きる支えを持って暮らしていけるような社会が求められているのではないだろうか。

- 1) 瓜生武・真板彰「離婚後の親子交流の実情」判例タイムズ925号70頁(1997年)
- 2) 読売新聞2002年10月4日「人生案内」では、息子夫婦と疎遠の祖母が、一度も孫と会わぬうちに息子夫婦が離婚し、母親が親権を取得したため、より会う事が困難となってしまったという悩みが綴られている。ここからも、祖父母が孫との面会を求めるニーズがあることがうかがえる。
- 3) 梶村太市「子のための面接交渉」ケース研究153号95頁(1976年)
- 4) 梶村太市「家事裁判例紹介 面接交渉を定める調停・審判に基づく間接強制の可否」民商法雑誌131巻3号484頁(2004年)
- 5) 梶村太市「『子のための面接交渉』再論」,(小野幸二教授還暦記念)『21世紀の民法』430頁(法学書院・1996年)
- 6) 森口静一・鈴木経夫「監護者でない親と子の面接」ジュリスト314号75頁(1965年),木幡文徳「面接交渉権の現状と課題(1)」専修法学46号115頁(1987年),高橋忠次郎「子の監護と面接交渉権」とくに、離婚後の親権・監護権を有しない親の面接交渉権につい

祖父母の面接交渉権（本間）

- て」ジュリスト472号119頁（1971年）などがこの説に立つ。
- 7) 於保不二雄ほか編『注釈民法（23）』75頁〔明山和夫〕（有斐閣・1969年）がこの説に立つ。
 - 8) 久貴忠彦「面接交渉権覚書 2つの裁判例をめぐって」阪大法学63号117頁（1967年）。ほかに沼辺愛一「子の監護をめぐる諸問題」法曹時報24巻11号15頁（1972年）、深見玲子「面接交渉権」村重慶一編『法律知識ライブラリー-家族法』120頁（青林書院・1994年）などがこの説に立つ。
 - 9) 棚村政行「離婚と父母による面接交渉」判例タイムズ952号58頁（1997年）。
 - 10) 北野俊光「面接交渉権」村重慶一編『裁判実務体系第25巻人事争訟法』194頁（青林書院・1995年）。
 - 11) 山本正憲「面接交渉権について」岡山大学法経学会雑誌18巻185頁（1967年）、中川淳「離婚後親権を行わない父母の一方の面接交渉権」法律時報41巻9号143頁（1969年）、佐藤義彦「離婚後親権を行わない親の面接交渉権」同志社法学110号55頁（1969年）などがこの説に立つ。
 - 12) 稲子宣子「子の権利としての面接交渉権」日本福祉大学研究紀要42号96頁（1980年）相原尚夫「面接交渉の実務覚書」ケース研究114号52頁（1969年）、國府剛「面接交渉権の制限と憲法13条」中川淳編『家族法審判例の研究』149頁（日本評論社・1971年）、山田美枝子「現代離婚法の課題としての子の権利の保障 日本法における親権概念の発展と離婚後の共同親権・共同監護を求めて」法学政治学研究11号115頁（1991年）、花元彩「面接交渉の法的性質に関する一考察 アメリカにおける継親子間の訪問権を中心に」関西大学法学論集52巻3号189頁（2002年）などがこの説に立つ。
 - 13) 稲子・前掲注12, 99頁。
 - 14) 稲子・前掲注12, 122頁。
 - 15) 棚村・前掲注9, 59頁。
 - 16) 梶村・前掲注5, 432頁。
 - 17) 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」判例タイムズ712号4頁（1990年）がこの説に立つ。
 - 18) 棚瀬・前掲注17, 11頁。
 - 19) 石川稔「離婚による非監護親の面接交渉権」別冊判例タイムズNo.8 286頁（1980年）、二宮周平『家族法（第二版）』129頁（新世社・2005年）、棚村政行「離婚後の子の監護 面接交渉と共同親権の検討を中心として」石川稔・中川淳・米倉明編『家族法改正の課題』256頁（日本加除出版・1993年）、山脇貞司「離婚後の面接交渉」法学セミナー466号22頁（1993年）、山口國夫「面接交渉権」（小野幸二教授還暦記念）『21世紀の民法』450頁（法学書院・1996年）などがこの説に立つ。
 - 20) 二宮周平「面接交渉の義務性 別居・離婚後の親子・家族の交流の保障」立命館法学298号330頁（2004年）。
 - 21) 二宮・前掲注20, 339頁。
 - 22) この事案では、今直ちに申立人が未成年者らと面接交渉するを認めるのはやや時期尚早であり、あと数年成長後父親を慕って面接交渉を望む時期を持たせることとするのが未成年

年者らの福祉のために適当であるとして、申立を却下した。

- 23) 杉原則彦「時の判例 婚姻関係が破綻して父母が別居状態にある場合に子と同居していない親と子の面接交渉について家庭裁判所が相当の処分を命ずることの可否」ジュリスト1199号86頁(2001年)。
- 24) 二宮・前掲注20, 334頁。
- 25) 二宮周平, 榊原富士子『離婚判例ガイド(第二版)』236頁(有斐閣・2005年)。
- 26) フランスの訪問権につき, 栗林佳代「フランスにおける訪問権からの祖父母・孫関係の考察 わが国の面接交渉権論の再考察にむけて」九州法学86号199頁以下(2003年)を参考にした。
- 27) 栗林・前掲注26, 220頁。
- 28) フランス民法典371-4条。
 - 1項 父母は、重大な理由がない限り、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。当事者間に一致がない場合には、その関係の態様は、裁判所が定める。
 - 2項 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者に通信または訪問の権利を付与することができる。
- 29) 破毀院1857年7月8日判決は、母の死亡後子の父が母方の祖母と子の交流を全面的に禁止したため、祖母が訪問する権利を求めて提訴した事案である。本件では、祖母が勝訴し、祖父母の訪問権が認められた。
- 30) 栗林・前掲注26, 231頁。
- 31) 栗林・前掲注26, 230頁。
- 32) まず、民法典371条(尊属に対する子孫の尊敬義務)を実定法上の根拠として用いたことに注目した学説があった。この説は、条文が明文化されるまでの判例に条文上の根拠を与えるためのものであった。これに対して、祖父母の訪問権が孫に対して有する親権(父権)の一部に基づくとする説や訪問権を特に監護権に結びつける説があった。しかし、前者に対しては親権(父権)の一部であるとする権利と訪問権は同一視できないということ、後者には訪問権と監護権には決定的な差異が存在するという批判がなされていた。
- 33) 栗林・前掲注26, 238頁。
- 34) 棚村政行「祖父母の面接交渉」判例タイムズ1100号193頁(2002年)。

371-4条2項では、祖父母以外の者にも面接交渉が可能になっている。義理の父母、事実婚解消後の前事実婚パートナーなどがこれにあたる。
- 35) 栗林・前掲注26, 246頁。
- 36) 栗林・前掲注26, 247頁は、実際、判例において、祖父母が子の利益を損なう危険性がある場合には、孫から祖父母を遠ざけようとする傾向があることを指摘する。
- 37) 早川武夫「祖父母が孫に会う権利」法学セミナー425号10頁(1990年)。
- 38) ニューヨーク州の祖父母の訪問権につき、鈴木隆史「祖父母の訪問権」早稲田法学会誌35巻115頁以下(1985年)を参考にした。
- 39) 鈴木・前掲注38, 121頁。
- 40) 鈴木・前掲注38, 123頁。
- 41) 継親子間の訪問権につき、花元・前掲注12, 146頁以下を参考にした。

祖父母の面接交渉権（本間）

- 42) 花元・前掲注12, 156頁。
- 43) 花元・前掲注12, 159頁。
- 44) イギリスの祖父母と孫の交流につき, 1989年児童法については, 増田幸弘「高齢者と家族 祖父母としての高齢者」社会保障法15号54頁(2000年)を主に参考にした。条文訳は許末恵「英国『1989年児童法』」林茂男・網野武博監訳『英国の児童ケア』(中央法規出版・1995年)参照。
- 45) イギリスの祖父母と孫の交流につき, 1989年児童法以前の法規定については, 増田幸弘「祖父母と孫の交流に関する英国法の動向」社会福祉45号80頁(2004年)を参考にした。
- 46) 増田・前掲注45, 80頁。
- 47) 交流命令以外のもので, 「居住命令」とは, 子が一緒に住むべき者に関して整えられるべき手配について取り決める命令を意味し, 「禁止命令」とは, 親が子に関するその親責任を果たす際にとられる措置で命令で特定された種類のもの, 裁判所の合意のない場合には, いかなる者によってもとられてはならないとする命令を意味する。そして, 「特定事項禁止命令」とは, 子のための親責任のいかなる側面に関連しても生じ, 若しくは生ずるかもしれない特定の問題を判断する目的で指示を与える命令を意味する。
- 48) 増田・前掲注44, 55頁。
- 49) 子と少なくとも3年間同居していた者については, 同居の事実に基づき交流命令の発給を申請する権限を有するとされる。
- 50) 北野・前掲注10, 196頁。
- 51) 棚村・前掲注34, 193頁。
- 52) 二宮・前掲注19, 133頁。
- 53) 栗林・前掲注26, 269頁。
- 54) 花元・前掲注12, 189頁。
- 55) 大村敦志『家族法〔第二版補訂版〕』269頁(有斐閣・2004年)。
- 56) 島津一郎・松川正毅編『基本法コンメンタール親族法第4版』88頁(梶村太市)(日本評論社・2001年)。
- 57) 棚村・前掲注9, 59頁。
- 58) 二宮周平「子の監護者指定(民法766条)の積極的活用」立命館法学287号207頁(2003年)。
- 59) 未公表のものであるが, 大阪家審平11・6・18平10(家)10093号, 大阪高決平11・8・23平11(ラ)631号がある。二宮・前掲注58, 210頁。
- 60) 福岡高決平14・9・13家月55巻2号163頁。
- 61) 二宮・前掲注19, 233頁。
- 62) 二宮・前掲注58, 217頁。
- 63) 二宮・前掲注58, 211頁。
- 64) 梶村・前掲注5, 432頁。
- 65) 大村・前掲注55, 271頁。
- 66) 申立権を子に保障すべきであるとする見解としては, 二宮周平「家族法と子どもの意見表明権」立命館法学256号1390頁以下(1998年)がある。

- 67) 鈴木・前掲注38, 128頁。
- 68) 若林昌子「家事事件における子どもの意思」306頁, 石川稔・中川淳・米倉明編『家族法改正の課題』(日本加除出版・1993年)。
- 69) 若林・前掲注68, 305頁。
- 70) 家庭裁判所調査官研修所『家事事件の調査方法について(上巻)』530頁(1991年・法曹会)。
- 71) 前掲注70, 531頁。
- 72) 依田久子「子どもの意見表明権 家事事件手続きとの関係など, 調査官の立場から」『家族 社会と法』10号199頁(1994年)。
- 73) 依田・前掲注72, 200頁。
- 74) 前掲注70, 532頁。
- 75) 大阪家庭裁判所「面接交渉等に関する父母教育プログラムの試み」『家裁月報』55巻4号111頁以下(2003年)。
- 76) 大阪家裁・前掲注75, 133頁。
- 77) 東京家庭裁判所「児童室を活用した試験的面接交渉の実施方法等についての考察」『家裁月報』51巻9号103頁以下(1999年)。また, 広島家庭裁判所「子の監護を巡る紛争事件における家庭裁判所調査官の在り方について 子の調査, 試験的面接交渉の活用の観点から」『家裁月報』57巻4号105頁以下(2005年)においても試行面接や親子面接などが紹介されている。