

# 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

井 上 武 史

### I はじめに

#### (1) 問題状況

本稿は、別居親と子との面会交流の権利行使の機会を確保するための立法措置が行われていないことが憲法違反であるとして争われた違憲国賠訴訟（以下では「本件訴訟」または単に「本件」ということがある。）について、紹介と検討を行うものである。取り上げるのは、東京地判令和1年11月22日（LEX/DB25570637）と控訴審判決である東京高判令和2年8月13日（LEX/DB25571093）である。

面会交流とは、親権者・監護親でないため、子を現実に監護教育できない親（別居親）が子と会ったり、手紙や電話などで交流したりすることを<sup>(1)</sup>いう。面会交流については、長らく民法に規定されていなかったが、平成23年民法改正によって、父母が離婚協議をするときは、「父又は母は子の面会及びその他の交流」について、協議で定める旨の規定が導入された（民法766条1項）。

民法に面会交流が明記されたのは、立案担当者によると、適切な親子の面会交流が、子の利益の観点から重要であるからであるとされている。<sup>(2)</sup>

(1) 二宮周平『家族法〔第5版〕』（新世社、2019年）127頁。

(2) 飛澤知行編著『一問一答平成23年民法等改正』（商事法務、2011年）10

かし、実際には、調停・審判における面会交流の実施頻度が月2回以上定められている件数は全体の1割程度にとどまっており、極めて少ない頻度でしか面会交流は認められておらず、また、そもそも面会交流調停などの手続が長時間かかるなど、1年以上にわたって別居親が子どもと会えないことがあるという指摘もある<sup>(3)</sup>。

本件訴訟の原告らの状況を見ても、子どもとの別居後、数カ月から数年にかけて面会交流が実施されていないことがうかがわれる<sup>(4)</sup>。このような事実は、子の利益の観点から法が面会交流を規定した趣旨に適合したものとはいえ難いであろう。

## (2) 訴訟の概要

本件の原告は14名である。判決文によると、原告には父または母が含

---

頁。

(3) 高取由弥子編集代表『子ども・親・男女の法律実務』（日本加除出版、2019年）20頁。

(4) 本件では、父母間で面会交流の合意がなされていない、または、合意や審判があっても、同居親の拒否により面会交流が実施されていないという事情が認められる。前者の合意が別居後速やかに行われないことも問題であるが、より問題なのは後者であろう。この点について、二宮周平は、「離婚後の単独親権制度の下、親権者が面会交流を拒絶すれば、調停で面会交流が合意されたり、審判で面会交流を命じられても、さらには、その不履行について間接強制が命じられても、面会交流が実現しない状況がある」とし、「この強力な親権に対抗するためには、面会交流の権利性を肯定し、子と非監護親の人格的利益を保障するために、監護親が反対しても面会交流を実現する方向で、父母の協議、調停を進める必要があると考える」とする（二宮周平「面会交流の権利性——人格権的構成（3・完）」戸籍時報789号〔2019〕年2頁）。また、山口亮子も、「親権者は非親権者となった親の面会交流権を拒絶するだけの力を事実上有している」（山口亮子『日米親権法の比較研究』（日本加除出版、2020年）321頁）と述べる。本件で面会交流の（憲法上の）権利性が争われたのは、こうした現状があるからだと考えられる。

まれ、原告らは婚姻中または離婚後の夫婦の別居に伴い、子と別居するに至った親である。原告側は、憲法上保障されている別居親と子との面会交流権の権利行使の機会を確保するために必要な立法措置を取ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたって立法措置を怠ってきたことは、国家賠償法1条1項の違法な行為に該当すると主張し、国に対して損害賠償の請求を求める訴訟を提起した。

本件訴訟は、立法不作為の違法を理由とする国家賠償請求訴訟であるが、実質的な争点は、別居親の面会交流権が憲法で保障された権利であるか否かである。そこで、本稿の対象もこの点に限定して、検討を行うことにしたい。

## II 諸判決の内容

原告側は、別居親の面会交流権が憲法上保障されているとする根拠として、①憲法26条、②児童の権利条約および憲法98条2項、③憲法14条1項、④憲法13条、⑤憲法24条2項を挙げている。以下では、本件の諸判決が判例集などで公表されていないこと、また、諸判決では面会交流と憲法との関係に関する詳細な判断が示されていることを考慮して、原告側の主張と、地裁および高裁の判断を対応させるかたちで、詳しく紹介することにした。

なお、訴訟の経過をあらかじめ示すと、第1審の東京地裁は、別居親の面会交流権は憲法上保障されている権利ではないとして、原告側の請求を棄却した。また、控訴審の東京高裁も、地裁の判断を維持し、原告側の控訴を棄却した。

## 1. 憲法26条との関係

### (1) 原告側の主張

「最高裁昭和51年5月21日大法廷・刑集30巻5号615頁（以下「旭川学テ事件最高裁判決」という。）は、憲法26条は、子の学習権を充足するためのものとして、親の教育の権利及び義務を認めている旨判示しているところ、親の監護権は、教育権及び義務の前提をなすものであるから、憲法26条は親の監護権をも保障していると解される。そして、憲法上保障されている親の監護権は、同居や親権の有無により区別されることのない普遍的な権利であるから、親権のない別居親の監護権も憲法上保障されているといえる。そして、監護権の発露として想定される様々な場面において、親子が実際に会うことが予定され、そのことが監護権の中核をなしていることからすると、別居親の面会交流権は、親としての監護権の一態様として憲法26条より保障された権利であるといえる。」

### (2) 地裁判決

「ア 原告らは、旭川学テ事件最高裁判決において、憲法26条は同居や親権の有無によって区別されることのない親の監護権が憲法上保障されていることを判示しており、親子が実際に会って交流することが監護権の中核をなしていることからすると、別居親の面会交流権は、親としての監護権の一態様として憲法26条により保障された権利である旨主張している。

旭川学テ最高裁判決は、子どもの学習をする権利を定め、同権利に対応して、親が子の教育に対する一定の支配権（子女の教育の自由）を有する旨判示しているものの、同判決がそれを超えて、別居親の面会交流権を憲法上保障された権利であることまで判示したものとみることは困難である。この点につき、原告らは、旭川学テ最高裁判決において、『子どもの教育は、その最も始源的かつ基本的な形態としては、親が子との自然的関係に  
296(296) 法と政治 72巻1号 (2021年5月)

に基づいて子に対して行う養育、監護の作用の一環としてあらわれる』と判示する部分があることを指摘するが、同部分は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という社会的事実を指摘しているにすぎず、それ以上に憲法上の権利として監護権や面会交流権を保障されていることを判示する趣旨とは認められない。

イ そして、憲法26条が、原告らの主張するような別居親の面会交流権までを憲法上の権利として保障しているとする根拠も他に見当たらないのであって、憲法26条が別居親の面会交流権の憲法上の権利性を認めた規定と解釈するのは困難である。したがって、憲法26条に基づいて、別居親の面会交流権が憲法上保障された権利であるということはできない。」

### (3) 高裁判決

「控訴人らは、親の子に対する監護養育は、単なる社会的事実ではなく、子の教育の基本的形態であり、親の子に対する監護養育も憲法上保護されなければ、子の教育に関する憲法的保障は実現できないから、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。

しかし、旭川学テ事件最高裁判決が、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という社会的事実を指摘するにとどまり、それ以上に憲法上の権利として監護権や面会交流権が保障されていることを判示する趣旨とは認められないことは、補正の上引用した原判決第3の1(2)において説示したとおりである。そして、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から、控訴人らの主張は理由がない。

また、控訴人らは、親の子に対する監護養育が単なる社会的事実であるとすれば、親は子の監護養育について裁判所に権利の実現を求めることが

できないはずであるところ、面会交流は、憲法26条の下位規範とされる民法820条や改正後の民法766条1項等によって基礎づけられ、裁判所に権利の実現を求め得る法的保護性が確立しているから、別居親の面会交流権は憲法26条の保障を受けると主張する。

しかし、民法820条等が憲法26条の下位規範である旨の控訴人らの主張は、独自の見解であって採用できず、別居親の面会交流権が憲法26条の保障を受けるといふ控訴人らの主張は理由がない。」

## 2. 児童の権利条約および憲法98条2項との関係

### (1) 原告側の主張

「児童の権利に関する条約3条、9条1項及び3項等の規定からすれば、子の面会交流権を認め、子の権利保障のための法整備義務を定めたものと解し得る。そして、子は、自ら意思表示ができないのであるから、子の権利保障のためには、別居親の面会交流を保障する必要がある、子の面会交流権と別居親の面会交流権は表裏一体の関係にある。

憲法98条2項は、条約の遵守義務を定めており、児童の権利に関する条約を遵守して面会交流権を保障する立法をすることは憲法上の義務といえる。」

### (2) 地裁判決

「ア 最高裁判平成17年判決〔在外国民選挙権事件判決〕の趣旨に照らせば、仮に立法不作為が条約の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではないが、条約が、直接締約国の個々の国民に対し具体的な権利を保障するものである場合に、その権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠るときには、例外的に国家賠償法1条298(298) 法と政治 72巻1号 (2021年5月)

1 項の適用上違法の評価を受けるものと解する余地もあるので、さらに検討する。

そして、特定の条約が、国内法による補完ないし具体化といった措置を執ることなく、直接個人の所属国に対する権利を保障するものとして、国内の裁判所において適用可能であるというためには、当該条約によって保障される個人の権利内容が条約上具体的で明白かつ確定的に定められており、かつ、条約の文言及び趣旨等から解釈して、個人の権利を定めようという締約国の意思が確認できることが必要であると解するのが相当である。

イ そこで児童の権利に関する条約をみると、3条2項及び9条1項については、その文言上面会交流について定めたものとみることはできない。同条3項については、別居親と子との交流について規定する条項であるところ、同項は、父母の一方と分離されている児童について、『定期的に父母のいずれとも人的な関係及び直接の接触を維持する権利を尊重する。』と定めており、あくまで児童の別居親との面会交流の権利を尊重する旨を定めているにすぎず、別居親に対して直接権利を保障する旨の文言はなく、児童に与えられる権利の内容も具体的で明白とはいえないから、同条約が、国内法による補完ないし具体化といった措置を執ることなく国内において適用可能なものとはいえず、あくまで子の面会交流の権利を尊重する旨約したものにすぎないと解される。

ウ この点につき、原告らは、①児童の権利に関する条約10条2項において、父母と異なる国に居住する児童が、定期的に父母との人的関係や直接の接触を維持する権利を有すると定められていることや、②国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律が施行されていることを指摘し、父母が海外にいる場合の方が手厚い保護を受けられることの不均衡等を主張している。しかしながら、上記①については、前記イで述べた同条約9条3項の趣旨を、他国に居住する親子間の文脈におい

て、児童又は父母の出入国の自由の尊重として敷衍したものと解するのが相当である。また、上記②についても、同法律中の面会交流その他の交流に関する援助に関する規定（第2章第3節）が、別居親の憲法上又は条約上の権利の存在を裏付けるものとはいえない。

以上のとおりであるから、児童の権利に関する条約が、我が国の個々の国民に対し、面会交流について直接権利を付与するものとはいえず、面会交流権を保障するものであるともいえないから、児童の権利に関する条約及び憲法98条2項を根拠として、別居親の面会交流権が憲法上保障された権利であるということとはできない。」

### （3）高裁判決

「控訴人らは、児童の権利に関する条約9条1項は、子どもが親と物理的に接触を維持する権利を保障しているところ、わが国では子どもの連れ去りが法的に野放しの状態になっているため、9条1項に面会交流の機会の保障も含まれていると解さなければ、「権限のある当局」の「決定」によらない親子の分離、子どもの連れ去り別居が横行することを容認することになり、同条約の趣旨に反する結果となるから、別居親の面会交流権は同条項によって保障されており、同条約の批准時から、わが国は9条1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。

しかし、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とみることはできない。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解されないから、控訴人らの主張は理由がない。

また、控訴人らは、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実300(300) 法と政治 72巻1号 (2021年5月)



施に関する法律の第2章第3節は、親子の「接触の権利」、すなわち別居親の面会交流権の確保を目的としており、別居親の面会交流権が憲法上又は条約上の権利として保障されていることを裏付けていると主張する。

しかし、同節冒頭にある同法16条において、「当該国又は地域の法令に基づき面会その他の交流をすることができる者（日本国以外の条約締結国に住所又は居所を有しているものに限る）」と定めていることからすると、同節は、別居親の面会交流権が憲法上又は条約上の権利として保障されていることを裏付けているとは認め難いから、控訴人らの主張は理由がない。」

### 3. 憲法14条1項との関係

#### (1) 原告側の主張

「平穏な婚姻関係状態にある父母の下で育つ子」は、父母と日常的に会う機会があり、少なくとも法的にそれが阻害されている状況にはないが、「別居あるいは離婚した父母の下で育つ子」については、子と同居している親（以下「同居親」という。）が面会交流を拒んだ場合には、別居親と十分な交流の機会を持つことが困難であり、同居親の意向という子には如何ともし難い事情によって、別居親と交流する機会が制限されてしまう現状にあり、父母と日常的に交流することが法的に阻害されている状態にある。上記の同居親の意向による面会交流の制限を可能にしている法の欠缺状況は、「平穏な婚姻関係状態にある父母の下で育つ子」と比較して、「別居あるいは離婚した父母の下で育つ子」が父母と日常的に会う機会を合理的な理由なく制限するものであり、憲法14条1項に反する。

被告は、そもそも同居親には面会交流が観念し得ない旨反論するが、同居親が子と直接触れ合って監護養育することは広い意味での面会交流ができていない状態とも評価しうるのであって、別居親と子との間についてのみ

面会交流が制限されている現状は、法の下での平等に反する状態であるといえる。」

## (2) 地裁判決

「憲法14条1項は、法の下での平等を定めており、この規定は、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべきである（最高裁昭和39年5月27日大法廷判決・民集18巻4号676頁，最高裁昭和48年4月4日大法廷判決・刑集27巻3号265頁等）。

原告らは、「平穏な婚姻関係状態にある父母の下で育つ子」と比較して、「別居あるいは離婚した父母の下で育つ子」が父母の双方と日常的に交流する機会が少なくなっていることが憲法14条1項に違反する旨主張する。

しかしながら、上記の交流機会の差異は、本質的には、社会的事実としての両親の別居により生じるものであり、面会交流に関する立法の不作為によって親子の交流の機会に不平等が生じたものとみることはできないから、その差異を法的な差別的取扱いとみることは困難である。

結局、原告らの上記主張は、憲法14条1項との関係では、父母の双方と交流する機会の実質的不平等を是正するための積極的な立法措置を執る義務がある旨をいうものと思われるが、憲法14条1項が実質的平等までを直接保障した規定とは解すことはできない（最高裁平成27年12月16日大法廷・民集69巻8号2586頁〔夫婦同氏事件〕参照）。

したがって、別居親の面会交流権における現行法の規定が、憲法14条1項に違反するものとはいえない。」

## (3) 高裁判決

「控訴人らは、国境をまたぐ親子の面会交流については、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律によって、中央当局として外務省が関与するのに対し、国内での別居については、公的機関に

302(302) 法と政治 72巻1号 (2021年5月)

よる援助が存在せず、裁判所が関与するのは面会交流の内容を定めるまでであり、実際の面会交流は全て当事者に委ねられ、何の公的フォローもないという差別的取扱いが放置されていると主張する。

しかし、中央当局による援助は、面会交流支援機関のリストを公表し、同支援機関を利用する際の費用を一定の限度で負担するというものであり…、国内での別居であっても、面会交流支援機関は利用できるから、この点において差異はない上、国境をまたぐ親子の面会交流では、親子が言語、文化環境、法制度の異なる場所で生活していることから、国内の場合に比して、面会交流の実現について、より多くの困難を伴うと考えられることからすれば、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から、控訴人らの主張は理由がない。」

#### 4. 憲法13条との関係

##### (1) 原告側の主張

「憲法13条に基づく幸福追求権は、個人の人格的生存に不可欠な利益を追求する権利であるところ、自らの子と面会し、交流する機会を確保することは、親である一人の人間が人格的に生存するために不可欠なものであり、他方で、子にとっても、親との面会交流は人格的生存に不可欠であるから、憲法13条に基づく幸福追求権によって基礎付けられる権利の一つとして、別居親の面会交流権は憲法上保障されている。

面会交流権の内容は、一義的に明らかになっており、人格的利益として保障されていることは学説上も通説となっている。」

##### (2) 地裁判決

「ア 原告らは、自らの子と面会し、交流する機会を確保することは、親である一人の人間が人格的に生存するために不可欠なものであり、他方で、子にとっても、親との面会交流は人格的生存に不可欠であるから、別

居親の面会交流の権利は、憲法13条に基づく幸福追求権によって基礎付けられる権利の一つである旨主張し、これに沿う証拠として、O教授の意見書…を提出する。上記意見書は、要旨、面会交流を子の権利として捉えるとともに親の権利であるともとらえる複合的権利説…を前提として、別居親の面会交流も、親としてのアイデンティティを確立するという人格的利益を保障するものであり、面会交流の権利は別居親の人格的権利として法的構成することができること…を述べた上で、上記人格的権利は、親の人格的生存にとって不可欠のことであるから、憲法で保障される人格権と解釈することができる可能性を指摘している…。

イ しかし、上記意見書を前提としても、面会交流の法的性質についての議論の状況は、これを子の権利として構成する見解、親権・監護権の一部と解する見解、親の権利であるとともに子の権利であるとする見解があり、さらに、過去の有力説として、面会交流権を法的に承認することは、かえって子の利益に反するとして、権利性を否定する見解も紹介されるなど、通説的見解がいずれであるかはさておくとしても、別居親が面会交流の権利を有しているかどうかや、認められるとしてもその具体的内容がいかなるものであるかについて、その議論が一義的に定まっているとは評価し難い。

さらに、上記意見書は、別居親が面会交流を行う権利について、憲法13条により保障された人格権として「展開する可能性」との表現を用いるなど…、これを前提としても、上記の見解が、学説上において通説的地位を占めているとはいえない。

ウ (ア) そもそも、原告ら提出の証拠…を前提としても、面会交流の問題は、両親の別居等という社会的な事実を前提として発生し、両親の間で子の養育に関する意見が対立し、かつ、別居等自体に伴う感情的な相克や相互不信が存在する中で発生する問題であり、現行法（民法766条1項、304(304) 法と政治 72巻1号（2021年5月）

2項、家事事件手続法154条3項、別表第2の3項)の規定が、別居親による面会交流を直接阻害するという関係にあるとはいえない。

(イ) また、上記の対立構造の中で、別居親による面会交流を、どのような内容(頻度・時間・場所等)で、どのような方法により実現すべきかは、当該子及び両親の具体的な状況等により異なり、特に、子の利益(民法766条1項)又は福祉が優先して検討されるべきであり、その観点から、面会交流を全面的に制限すべき場合も存することは、原告の指摘する諸外国の制度…においても共通するところである。これらの事情に照らせば、別居親において、面会交流について人格的な利益を有することを前提としても、その具体的な内容を特定することは困難というほかない。

エ 以上によれば、別居親において、子の養育に関して人格的な利益を有するとしても、これを憲法13条により保障された権利と解することは困難なものというほかなく、原告らの前記アの主張は採用できない。」

### (3) 高裁判決

「控訴人らは、面会交流権は、子の利益の実現としての側面をも併せ持つ、別居親が面会交流を求める権利であり、ここで「面会交流」とは、「夫婦が離れて暮らすことになってからも、一緒に暮らしていない親と子どもが定期的、継続的に交流を保つこと」、「夫婦が離婚などにより離れて暮らすことになってからも、一緒に暮らしていない親と子どもが会ったり、電話や手紙などで定期的、継続的に交流を保つこと」であるから、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。

しかし、引用にかかる原判決第3の1(5)において説示したとおり、そもそも、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、控訴人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. 憲法24条2項との関係

### (1) 原告側の主張

「憲法24条2項は、家族についても個人と個人の関係であるとして、これを尊重しなければならないと規定したものであり、婚姻中に別居した場合や離婚後の親子のかかわり方についても、個人の尊厳に立脚した法整備が行われなければならないと解される。憲法24条2項は、憲法13条、14条1項を家族生活の中に具体化したものであるとされるから、憲法24条2項によっても、被告は別居親の面会交流を確保する法整備を整えるべき義務を負っているといえる。

イ 前記アのとおり、別居親の面会交流権は憲法上保障されている権利であるところ、現行法下においては別居親の面会交流の機会が十分保障されておらず、別居親の面会交流権の行使の機会を確保するために下記の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるといえる。

(ア) 現状では、民間の面会交流施設はあるが、裁判所との連携が法的に担保されておらず、そのことが面会交流の促進を大幅に阻害している。したがって、裁判所と第三者機関との直接的な連携に関する法的整備が必要不可欠である。

(イ) 現状では、同居親が面会交流を望まない場合、面会交流調停を引き延ばし、面会交流を命ずる審判に対して抗告する等して、面会交流の実現を先延ばしにすることが法制度上可能である。したがって、調停の申立時や面会交流を命ずる審判が出た際に、暫定的な面会交流を実施できるようにする法的整備が必要不可欠である。

(ウ) 現状では、面会交流の履行確保の手段がなく、同居親が面会交流に関する決まりを反故にしてもペナルティがない。したがって、柔軟に

間接強制を認め、養育費や婚姻費用の支払停止等の面会交流の執行を確保するための法的整備が必要不可欠である。

ウ 上記の立法不作為について、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠っているといえる。」

## (2) 地裁判決

「ア 憲法24条2項は、離婚や家族に関する事項について、具体的な制度の構築を第一次的に国会の合理的な立法裁量にゆだねるとともに、その立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したものである（最高裁平成27年12月16日大法廷・民集69巻8号2586頁参照）。

イ この点、前記（5）で述べたとおり、面会交流の問題においては、現行法自体が、別居親による面会交流を直接に阻害するものとはいえず、また、面会交流の実現につき、別居親において人格的利益を有するとしても、その内容を具体的に特定することはできないものであって、前記アで述べた国会の合理的な立法裁量について、上記の人格的利益を指針として何らかの限界を画し、その逸脱の有無を論ずることは、そもそも困難といわざるを得ない。

ウ（ア）原告らは、その主張する立法不作為との関係で法的整備をすべき事項として、①裁判所と民間の第三者機関との直接的な連携に関する法的整備、②面会交流調停の申立時や、面会交流を命ずる審判の確定前に、暫定的な面会交流を実施できる制度に関する法的整備、③同居親が面会交流を反故にした場合に、柔軟に間接強制を認め、養育費や婚姻費用の支払停止等により面会交流の執行を確保するための法的整備が必要不可欠である旨主張している。

（イ）しかしながら、①については、第三者機関の法制度上の位置づけや裁判所との「直接的な連携」等の点で、具体的にどのような法的整備

をすることを主張する趣旨であるかは明らかとはいえない。少なくともそのような立法がなされていないことが、立法府に与えられた裁量を逸脱したものと評価することはできない。

②については、調停・審判手続中の暫定的な面会交流の制度的担保として理解できるが、一方で、合意によらずにこれを行う場合には、当事者間の対立がさらに先鋭化し、手続全般が遅延する可能性等につき検討する必要があるものと考えられ、原告らの主張するような法的整備を設けていないことが直ちに不合理とはいえず、立法府に与えられた裁量を逸脱したものと評価することはできない。

③については、原告らの主張する「柔軟な間接強制」について、その具体的な内容は明らかではない上、現行の民事執行制度全般との整合性等についての検討を要するものと考えられるし、養育費や婚姻費用の支払停止等の制度については、当該支払停止自体が、少なくとも一時的には子の経済的利益に反する事態となることは十分考えられるのであって、そのような立法がなされていないことが国会の裁量を逸脱しているものとは到底いえない。

(ウ) 全体として、原告らが主張する立法措置は、一般的な意味で面会交流の実現を促進するといえるものの、具体的な制度設計についての検討を欠くものや、その導入のデメリットについての検討を要するもの、さらに、現行の調停・審判手続や民事執行手続との整合性の検討を要するものであり、この点は、前記イのとおり、原告ら（別居親）の人格的利益を基準として、立法裁量の逸脱等を検討することの困難を反映しているものといわざるを得ない。

エ したがって、原告らの主張するような立法がなされていないことが、国会に与えられた合理的裁量を逸脱するものとは認められず、民法766条1項、2項を中心とした現行の面会交流についての法律等の定めが、憲308(308) 法と政治 72巻1号 (2021年5月)



法24条2項に違反するものとは認められない。」

### (3) 高裁判決

「控訴人らは、憲法24条2項は、離婚並びに婚姻及び家族に関する事項について、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、民法上、離婚や別居により一方の親の親権・監護権が制限されることが前提とされ、事実上も、別居後は同居親の協力なくして幼少期の子どもと会えなくなることが容易に想定されるにもかかわらず、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ると主張する。

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の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巻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巻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から、控訴人らの

主張は理由がない。」

### Ⅲ. 検 討

#### 1. 面会交流の権利性

別居親の子との面会交流が別居親の権利であるかどうかについては、面会交流について民法に規定がない時期から、学説上争いがある<sup>(5)</sup>。その後、平成23年改正において、民法に面会交流が規定されたが、協議離婚の際に子の監護についての必要な事項の一つに挙げられただけであって、面会交流が別居親（非親権者・非監護親）の権利として規定されたわけでは<sup>(6)</sup>ない。同改正の立案担当者の解説によれば、「親子の面会交流について、親子が面会する権利として規定しなかったのはなぜですか」との問いに対して、「非監護親と子との面会交流については、それが権利として認められるのか、認められるとして親の権利か子の権利か、その法的性質はどのようなものかなどについて、なお議論が分かれています<sup>(7)</sup>」との回答がなされており、ここからは、面会交流をあえて権利として規定しなかったことがうかがえる。本件でも、高裁判決が「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」とし、また、地裁判決でも「別居親が面会交流

---

(5) 学説の概観については、栗林佳代「離婚後の親子の交流（面会交流）の保障」二宮周平編集代表『現代家族法講座第2巻 婚姻と離婚』（日本評論社、2020年）311～319頁参照。

(6) さらにいえば、民法766条1項は父母が離婚をする場合の子の監護に必要な事項に関する取決めについて定めているが、婚姻中の両親が別居をする場合については、民法に直接の定めがない。最高裁は同条を婚姻中の別居状態にも類推適用するが（最判平成12・5・1民集54巻5号1607頁）、立法の不備であると言うべきだろう。

(7) 飛澤・前掲注(2)12頁。

の権利を有しているかどうかや、認められるとしてもその具体的内容がいかなるものであるかについて、その議論が一義的に定まっているとは評価し難い」と述べているが、これらは従来の民法学説や立法経緯を考慮したものであると考えられる。

しかし、憲法学説から、「面会交流権は、実現内容・方法に具体的な形成が必要なだけで、例えば環境権のように具体的に何を求める権利なのか<sup>(8)</sup>が明確ではないというものではない」と指摘されるように、面会交流権の主体や内容については、地裁判決が言うような「議論が一義的に定まっているとは評価し難い」というものではない。比較法的に見ても、離婚後に別居親が子と会って交流できることは、諸外国では訪問権 (Visitation rights) や訪問・宿泊権 (droit de visite et d'hébergement) と呼ばれ、すでに別居親の権利として確立しているといえる。<sup>(9)</sup>

その理由は、父母の双方と交流を維持することが、子の利益になると考えられるからである。例えばフランスでは、子が双方の親と人格的関係を維持することは子の利益に適うというという理念が離婚家庭の子どもの問題に関わる人々の間で広く共有されるようになったからだとされる。<sup>(10)</sup> 日本でも東京高裁が、「子は、同居していない親との面会交流が円滑に実施されていることにより、どちらの親からも愛されているという安心感を得ることができる。したがって、夫婦の不和による別居に伴う子の喪失感やこれによる不安定な心理状況を回復させ、健全な成長を図るために、未成年者の福祉を害する等面会交流を制限すべき特段の事由がない限り、面会交

(8) 櫻井智章「面会交流権の憲法上の権利性」法教474号(2020年)123頁。

(9) 参照、前澤貴子「離婚後面会交流及び養育費に係る法制度：米・英・仏・独・韓」調査と情報882号(2015年)。

(10) 色川豪一「フランスにおける面会交流援助」棚村政行ほか『親子の面会交流を実現するための制度等に関する調査研究報告書』(2011年)法務省ウェブサイト (<http://www.moj.go.jp/content/000076562.pdf>)

流を実施していくのが相当である。」<sup>(11)</sup>と述べており、面会交流が子の利益になるという基本的な考え方が示されている。<sup>(12)</sup>

面会交流が権利として確立すれば、面会交流は実施されることが原則となり、子の利益にならないような例外的な場合に限り不実施という法的判断が行われる。<sup>(13)</sup>しかし、面会交流が権利でなければ、法論理的には、別居親は子との交流を正当に要求できないことになる。この場合、面会交流は同居親や裁判所が許す場合にのみ別居親に与えられる「恩寵」という位置づけにならざるを得ないだろう。

この点が妥当かどうかは、離婚後の親子関係のあり方とも関わる。離婚後は父母の一方のみが親権者となる現行法上の離婚後単独親権制度のもとでは、非親権者・非監護親となった親は子の監護養育に関わることが法的に許されていない。そこで、面会交流は監護権を有しない別居親にとって子と交流できる唯一の手段となる。

それにもかかわらず、現行制度は面会交流を別居親の権利として認めて

---

(11) 東京高決平成25・7・3判タ1393号233頁。

(12) これに対して、「非監護親との面会交流を認めることが子の利益に合致するという前提が、どれほど確立したものなのか、客観的にも論証された前提なのかという点が問題として残されているように思われる」（窪田充見『家族法〔第4版〕』〔有斐閣、2019年〕132頁）という見方も示されている。

(13) 行政法学の横田光平は、面会交流は親密な関係にある特定の他者との「親密な人的結合の自由」（憲法上の権利）に含まれるため、それを制限するには特別の正当化理由が求められるのではないかという試論を述べている。横田は同時に、「このような考え方を展開する上でも憲法理論によるサポートが期待される」とも言う（横田光平『子ども法の基本構造』〔信山社、2010年〕613頁）。また、山口亮子は、面会交流権が親固有の権利であるという観点から、「面会交流が全面的に否定されるときには、児童虐待等による親権制限の場合と同じような、厳しい基準での審査を受けなければならないものと考えられる」と述べる（山口・前掲注(4)320頁）。

いない。つまり、実体法上、別居親は子と会うことすらも正当に要求できない。このような現行制度は、離婚後の別居親と子との人格的関係は一切断絶されるべきという家族観によれば理解可能であるかもしれないが、民法はそのような家族観に基づいているのだろうか<sup>(14)</sup>、そうだとすると憲法や人権の理念に適合するのだろうか。もしそうでないのであれば、子と面会交流できる権利は別居親の最低限の要求として、法律で明確に位置づけられることが必要である。

## 2. 面会交流の憲法上の位置づけ

面会交流に権利性を付与するには、立法によるのが本筋である。それでは、立法を期待できないあるいは立法を待てない場合にはどうすべきなのか。本件で原告側は、面会交流権が憲法上の権利であると主張して、必要な立法措置を怠っている現状が立法不作為であるとして争った。そこで問題となるのは、面会交流権が憲法で保障された権利であるかどうかである。

最高裁は、面会交流を認めなかった裁判所の決定が憲法13条に違反するのではないかが争われた事件において、面会交流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766条1項または2項の解釈適用の問題であって、憲法13条に違背するかどうかの問題にあたららない

---

(14) かつて裁判所は、「我が子に会いたいという相手方〔母〕の一途な気持ちも十分理解し得るし同情も禁じ得ないのではあるが、二年前の離婚の際原告人〔父〕に事件本人〔子〕の監護を託した限りは、原告人の親権および監護権を尊重し、事件本人が成人して自ら条理を弁えるようになるまでそれとの面接を避け、蔭から事件本人の健全な成育を祈っていることが、事件本人を幸せにすることになるものと判断される」（東京高決昭和40年12月8日判タ204号193頁）として、親権者である実父と継母のもとで平和に暮らしている子と実母との面会を否定したことがある。たとえ民法がそのような家族観に立脚しているのだとしても、それは現在においてそのまま維持されるべきなのだろうか。

とし、憲法論には踏み込まなかった<sup>(15)</sup>。もっとも、下級審には、原審審判が面会回数を年2回に限定したことが憲法13条に違反するとの父の主張について、「親権者とならなかつた親はその子と面接することは、親子という身分関係から当然に認められる自然権的な権利であり、監護する機会を与えられなかつた親として最低限の要求であり、親の愛情、親子の関係を事実上保障する最後のきずなともいうことができる」と述べて、子との面会交流が親の「自然的な権利」であると判断したものがある<sup>(16)</sup>。

憲法学説において、これまで面会交流権の法的性格論が盛んに議論されてきたわけではない。わずかに竹中勲が、親子の面会交流権は、憲法13条で保障された親子の親交権の一内容をなすという見解を示していた<sup>(17)</sup>。

また、法社会学の柵瀬孝雄は、アメリカでは面会交流権（面接交渉権）が憲法上保護された親の子供を育てる権利の当然の一部をなすという考え方に共鳴し、日本ではそのような憲法上の権利として面接交渉権が確立していないために、面接交渉の要求が単なる私的な利益調整の問題として、子どもの静穏な家庭生活を維持する利益との間のバランス論に移行してしまうことを問題視している<sup>(18)</sup>。

---

(15) 最判昭和59年7月6日家月37巻5号35頁。

(16) 東京高決昭和42・8・14家月20巻3号64頁。

(17) 竹中勲『憲法上の自己決定権』（成文堂，2010年）194～196頁。

(18) 柵瀬孝雄「離婚後の面接交渉と親の権利（上）」判例タイムズ712号（1990年）10頁は、次のように述べている。

「日本でも面接交渉権を、「親子という関係から当然に派生するいわば自然権である」として、広義の基本的人権の中にも含めようとする考え方は少なくないが、実際には、そこではまだ、そもそも面接要求が裁判所が取り上げるべき正当な要求かどうかの確認にとどまって、憲法的権利本来の国家との対決という要素はみられない。それゆえ根拠づけにも、一般に親の感情的な利益、あるいはむしろ親を飛びこえて、子の両親の愛情をうける利益が持ち出されるだけであって、面接交渉の要求がたんなる私的な利

一方、民法学説からは最近、二宮周平が、面会交流権を憲法13条の個人の尊重および幸福追求権で保護される人格権として構成する見解を詳細に提示している。二宮の見解の特徴は、親と子の両面から、面会交流の憲法的基礎づけを行っていることである。まず、「子の面会交流は、親を知ることを通じて自己のアイデンティティを確立するという人格的利益を保障するものであり、子の人格権として法的に構成することができる<sup>(19)</sup>」とし、次いで、「非監護親の面会交流も、親としてのアイデンティティを確立するという人格的利益を保障するものであり、非監護親の人格権として法的に構成することができる<sup>(20)</sup>」とされる。そのうえで、面会交流と憲法の関係について、次のように述べている。

「(非監護親の面会交流を——本稿筆者) 人格的権利として法的構成することができるのであれば、次のステップとして、憲法13条の個人の尊重、幸福追求権で保護される人格権、すなわち、人格的生存にとって不可欠の権利に展開する可能性も出てくる。子にとっては、親を知ること、親の援助を受けて自己の人格を形成することは、まさにこの人格的生存に

---

益調整の問題として、監護親の、あるいはその監護に置かれた子供の静穏な家族生活を維持する利益との間のバランスの問題に直ちに移行してしまうのである。これに対してアメリカの「子供を育てる」権利は、文字どおり国家のその否定との対抗関係の中で生み出されてきた憲法的な権利であり、面接交渉権もそれと結びつけて観念されることにより、安易な利益衡量には服せしめられない強靱さを内に持つことになるのである。」

このような2つの見方は、「権利論アプローチ」と「利益衡量アプローチ」として区分できるように思われる。民法学の窪田充見も同様に、面会交流の判断構造について、2つのアプローチを対比しているが、ただし、窪田は棚瀬とは異なり、別居親の面会交流の利益を考慮要素の1つとする見方(利益衡量アプローチ)を支持しているようである。参照、窪田充見「面会交流の現状と課題」家庭の法と裁判13号(2018年)7頁。

(19) 二宮・前掲注(4)4頁。

(20) 同上。

として不可欠のことであり、非監護親にとっては、子の成長を見守り、関わることは、親のアイデンティティであり、まさに親の人格的生存にとって不可欠のことである。したがって、憲法で保障される人格権と解釈することができるのではないだろうか。<sup>(21)</sup>」(下線は本稿筆者)

二宮によれば、面会交流は、別居親にとっても子にとっても人格的利益が認められ、それは人格権として憲法13条で保障されるものである。この見解によると、面会交流を権利として規定しない法状況は、立法不作為と評価されることになるだろう。<sup>(22)</sup>

さらに、子の利益との関係では、原告側の主張でも引き合いに出されている子どもの権利条約がある。同9条3項は、締約国が「父母の一方又は双方から分離されている児童が定期的に父母のいずれとも人的な関係及び直接の接触を維持する権利を尊重」すべきと定めているが、日本は2019年2月、国連子どもの権利委員会から、「非同居親との人的な関係及び直接の接触を維持するための児童の権利が定期的に行使できることを確保す

---

(21) 同上。

(22) 最近の、離婚後単独親権違憲訴訟(東京地判令和3年2月17日LEX/DB25568758)において、裁判所は、以下のように述べて、親子の養育関係に人格的利益があることを認めている。

「親である父又は母と子とは、三者の関係が良好でないなどといった状況にない限り、一般に、子にとっては、親からの養育を受け、親との間で密接な人的関係を構築しつつ、これを基礎として人格形成及び人格発達を図り、健全な成長を遂げていき、親にとっても、子を養育し、子の受容、変容による人格形成及び人格発展に自らの影響を与え、次代の人格を形成することを通じ、自己充足と自己実現を図り、自らの人格をも発展させるという関係にある。そうすると、親である父又は母による子の養育は、子にとってはもちろん、親にとっても、子に対する単なる養育義務の反射的な効果ではなく、独自の意義を有すものということができ、そのような意味で、子が親から養育を受け、又はこれをする事についてそれぞれ人格的な利益を有すということが出来る。」(下線は本稿筆者)



る」よう勧告された。これは日本の現状が子どもの権利を侵害しており、条約違反の状態になっていることを示唆するものであろう。

しかし、高裁判決は、条約3条1項が子の面会交流の権利を尊重したものに過ぎず、「別居親の面会交流権を保障したものとは解されない」として、主張を退けている。法文の構造からはそのようにはいえるだろうが、意思能力のない未成年者の場合、親からの面会交流の要求がなければ子どもの権利を充足することが不可能であることを考えると、高裁判決のように割り切ってよいものかどうかには疑問が残る。<sup>(23)</sup>

### 3. 面会交流における国の責務

地裁判決は、そもそも面会交流の問題が両親の別居という社会的な事実を前提として発生し、両親の間で子の養育に関する意見が対立し、かつ、別居自体に伴う感情的な相克や相互不信が存在する中で発生する問題であることを考慮すれば、民法766条をはじめとする現行法の規定が別居親による面会交流を直接に阻害するものではないという。

しかし、地裁判決も指摘するように、面会交流が人格的利益にかかわるのであれば、現行法が面会交流を阻害していなければよいというのではなく、むしろ、法(国)はその実現に向けて適切な法的枠組みを整備するなどの積極的な措置をとるべきであるという考え方も成り立つであろう。また、本件のように、調停や審判がなされていても同居親の一方的な拒否で反故にされてしまう現状に照らせば、合意や審判の実効性を確保するため

---

(23) 民法学の棚村政行は、「児童の権利に関する条約9条にもあるように、親子の絆を確かめ継続的な接触や交流を維持する権利は、子ども自身の権利である。子どもの権利が保障されず、大人の激しい争いの中で傷つき、ないがしろにされ、対立の狭間で忠誠葛藤を起こしている様子は悲しいものがある」と指摘している(二宮周平編集『新注釈民法(17)』〔有斐閣、2017年〕361頁)。

の措置も求められる。

この点、欧州人権裁判所の考え方は、日本と対照的である。欧州人権裁判所は、面会交流権を「家族生活の尊重を受ける権利」（欧州人権条約 8 条）に含まれる権利であることを認めているが、さらに、その実現についても踏み込んだ考えを示している。

「父母が葛藤状態にある場合であっても、国は、親と子が再統合するための措置をとらなければならない。この国家の義務は、子が親と合流すること又は親と連絡をとることへの配慮に限定されず、そのような結果に至るための準備的措置にまで及ぶ。さらに、子と親を再統合する措置が十全になるためには、それらの措置は迅速に実施されなければならない。というも、時の経過によって、子と非同居親との関係は取り返しのつかない結果になるかもしれないからである。」

「申立人〔父〕は、2006年以來、息子との接触を試みたが、訪問権〔面会交流権〕を認めた裁判所の判決にもかかわらず、母親の強い反対によって極めて限られた方法でしか訪問権を行使することができなかった。」「離婚した父母に協力関係がないことは、家族関係を維持するあらゆる手段を講じなければならない国の責任を免除しない。」「国は、申立人の訪問権を実現するために必要かつ十分な努力をしておらず、当事者の家族生活を尊重される権利を侵害している。以上から、欧州人権条約 8 条違反が認められる。<sup>(24)</sup>」

ここには、「対立構造」があるからこそ、国には面会交流権の実現のための措置を講じる積極的義務（positive obligation）が課せられている、という考え方が示されている。<sup>(25)</sup>これは、上記東京地裁判決とは正反対の思考

(24) CEDH 15 septembre 2016 *Giorgioni c/ Italie*, no 43299/12.

(25) Claire Fenton-Glynn, *Children and the European Court of Human*

である。もっとも、東京地裁も面会交流には人格的な利益がある旨言及しているが、国が介入してまで実現すべき利益であるとは考えていないということであろうか。

#### IV お わ り に

本稿では、面会交流違憲国賠訴訟について紹介を行うとともに、簡単な検討を行った。面会交流や離婚後単独親権などの離婚後の親子関係の問題に関する憲法議論は、いまだ未開拓な状況にある。近年、離婚後単独親権や一方的な「子の連れ去り」について憲法訴訟が相次いで提起されているところであり、今後、憲法学説からの寄与も求められるであろう。<sup>(26)</sup> 本稿がその一助となれば幸いである。

\* 曾和俊文先生とは、法科大学院の「公法総合演習」で2年間、共同担当者としてご一緒する機会に恵まれました。先生の授業は格調高く、たしかな学識に裏打ちされた研究者の凄さを思い知りました。また、穏やかでユーモアを交えた語り口から、先生の素晴らしいお人柄にもふれることができました。とりわけ、「たぬきの森事件」のその後を楽しそうに語られる先生の笑顔は、いまでも忘れられません。先生のご健康とますますのご活躍を心からお祈りするとともに、これからも変わらぬご教示をお願いできましたら幸いです。

---

*Rights*, Oxford, 2021, p. 279.

(26) 筆者による論考として、井上武史「離婚した父母と子どもとの法的関係——夫婦の別れは親子の別れなのか？」法律時報93巻1号（2021年）98～104頁。また、同拙稿をめぐっては、山口亮子「離婚した父母と子どもとの法的関係」法時93巻2号（2021年）109～112頁が寄せられ、さらに、それに対する私の応答「山口コメントへの再応答」（113～114頁）がある。

## Droit de visite et d'hébergement du parent et la Constitution

Takeshi INOUE

La Cour d'appel de Tokyo affirme dans un arrêt du 13 août 2020 que le droit de visite et d'hébergement du parent n'est pas assuré par la Constitution japonaise dont l'article 13 garantit le droit au respect de la vie privée. Les requérants, mères et pères enlevés de ses enfants avant / après la divorce, ont condamné le manque de la disposition qui précise le droit de visite du parent. Cet article examine la décision de la Cour dans une perspective constitutionnelle.