

100日面会交流事件

小川 富之

父と母とで子の監護能力および環境等に大きな差がない場合で、父母別居後に母による監護が安定的に継続しているのに対して、父から共同監護的な視点から非常に頻繁な面会交流の提案がなされている事例における子の親権者指定

最高裁第2小法廷平成29年7月12日決定（平成29年（受）第810号、離婚等請求事件、判例集未搭載）

第1審：千葉家裁松戸支部平成28年3月29日判決（平成24（家ホ）19号、判時2309号121頁）

控訴審：東京高裁平成29年1月26日判決（平成28（ネ）2453号、判時2325号78頁）

本件は、母が父に無断で、当時2歳4か月の子を連れて別居し、5年余りの間別居が継続しており、別居後しばらくしてから後は父に子と面会交流させていなかったという事案。母側の主張は、子の親権者は母とし、父と子の面会交流については、FPIC等を利用するという条件で認めるというもの。これに対して、父は第三者を介しての面会交流は一切拒否、子の親権者は父とし、母と子の年間約100日の面会、一日1時間の電話での会話という詳細な「共同監護計画書」を提出している。

千葉家裁松戸支部（平28・3・29判時2309号121頁）は面会交流に寛容な父を親権者としたが、東京高裁（平29・1・26判時2325号78頁）は、面会交流だけで子の健全な生育や子の利益が確保されるわけではないとして、安定して子の監護を継続している母を親権者とした。

子の親権者指定の際に、第1審は家庭裁判所が近時、強力に推進している面会交流原則的実施論を前提とした審理方法（明白基準説＝抗弁説）を採用したのに対して、原審は父母双方の事情を比較衡量して丁寧に審理する従来の審理方法（比較基準説＝請求原因説）に立ち返ったとして注目された。これは、親権者・監護者指定の際に、「寛容性の原則（フレンドリー・ペアレント・ルール）」によるという最近の裁判所の傾向に見直しを迫るものであると解される¹。

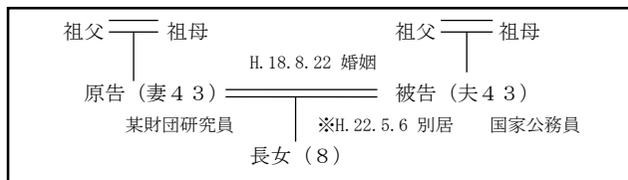
《事実》

X（母）とY（父）は、平成18年に婚姻し、平成19年にA（長女）をもうけたが、長女の養育等を巡って夫婦仲が険悪となり、平成22年5月6日に、XがAを連れて自宅を出て別

1 安田まり子「『松戸100日面会裁判』が投げかけるもの」梶村太市・長谷川京子・吉田容子編『離婚後の子の監護と面会交流』（日本評論社、2018（平成30）年）64頁。なお、「明白基準説＝抗弁説」と「比較基準説＝請求原因説」という文言については、梶村太市『裁判例から見た面会交流調停・審判の実務』（日本加除出版、2013（平成25）年）の中で、両者の違いについて詳細に検討されており、近年家庭裁判所で採用されている「原則面会交流」という考え方に立つのが前者で、（従来の）裁判所や実務の主流が後者とされる。

居状態となった。Xは自分の両親が住む実家近くのマンションで、両親の援助を受けながら、Aの養育をしている。Yは、自分が監護者となるべく、平成23年に、子の監護者指定および子の引き渡し申立て事件、ならびにこれらを本案とする審判前の保全処分を申し立てた。これに対してXも子の監護者指定事件を申し立てた。家庭裁判所は、平成24年2月28日、Aの監護者をXと定め、Yの申立てをいずれも却下した。その後、Yは2度にわたって、子の監護者変更を求める申立てをしたが、いずれも却下された。

Xは、平成24年に、婚姻関係破綻を理由に、離婚および慰謝料500万円の支払いを求め、附帯処分として養育費の支払いおよび年金分割を求めて、千葉家裁松戸支部に訴えを提起した。Xは親権者の指定について、AはXと安定した生活を送っていること、監護者指定の審判において、Xが監護者と指定されていること等から親権者をXと指定すべきであると主張した。これに対して、Yは、離婚請求の棄却を求めるとともに、予備的に、Aの親権者をYと定めるべきであると主張し、その場合に、附帯処分として、Aの引き渡しのほか、XとAとの面会交流に関して、時期、方法等を定めることを求めた。



(100日面会交流事件)

第1審（千葉家裁松戸支部）判決：一部認容、一部棄却（控訴）

婚姻関係の破綻を理由に離婚請求を認容し、慰謝料請求を棄却し、年金分割についての請求すべき割合を0.5と定めた。そして、主たる争点である親権者の指定について次のように判示した。

「XはYの了解を得ることなく、以来、今日までの約5年10か月間、Aを監護し、その間、AとYとの面会交流には合計で6回程度しか応じておらず、今後も一定の条件の下での面会交流を月1回程度の頻度とすることを希望していること、他方、Yは、Aが連れ出された直後から、Aを連れ戻すべく、数々の法的手段に訴えてきたが、いずれも奏功せず。爾来今日までAとの生活を切望しながら果たせずきており、それが実現した場合には、整った環境で、周到に監護する計画と意欲を持っており、AとXとの交流については、緊密な親子関係の継続を重視して、年間100日に及ぶ面会交流計画を予定していることから、Aが両親の愛情を受けて健全に成長することを可能とするためには、Yを親権者とするのが相当である」としたうえで、Aを慣れ親しんだ環境から引き離すのはAの福祉に反するとのXの主張に対しては、「今後Aが身を置く新しい環境は、Aの健全な成長を願う実の父親が用意する整った環境であり、Aが現在に比べて劣悪な環境に置かれるわけではない。加えて、年間100日に及ぶ面会交流が予定されていることも考慮すれば、Xの懸念は杞憂に過ぎないというべきである」として、XにAのYへの引き渡しを命じた。

Xの控訴の趣旨は、次のとおりである。

- ①原判決中 X 敗訴部分の取消し
- ② A の親権者として X を指定
- ③養育費として月額 6 万円の支払い
- ④慰謝料として 500 万円の支払い

本件の最大の争点である親権者指定に関して、控訴審における X の主張は次のとおりである。

A は主たる監護者である X の下で安定した生活を送っているのに、原判決は、Y の提案する年間約 100 日面会交流を認めるとの主張について、その現実性、父母間を高頻度で行き来する 8 歳の A への影響等を考慮せず、X が提案する Y・A 間の面会交流が少ないことをもって、A の親権者を Y と定めたもので、現実には生きている A の福祉という観点に立たず、面会交流の回数のみから親権者の適格性を判断するという過ちを犯している。

控訴審（東京高裁）判決：一部変更（上告）

A の親権者を X と定める。その理由は、次のとおりである。

「父母が裁判上の離婚をするときは、裁判所は、父母の一方を親権者と定めることとされている（民法 819 条 2 項）。この場合には、未成年者の親権者を定めるという事柄の性質と民法 766 条 1 項、771 条及び 819 条 6 項の趣旨に鑑み、事案の具体的な事実関係に即して、これまでの子の監護養育状況、子の現状や父母との関係、父母それぞれの監護能力や監護環境、監護に対する意欲、子の意思**その他の子の健全な生育に関する事情**を総合的に考慮して、子の利益の観点から父母の一方を親権者に定めるべきであると解するのが相当である。」

「父母それぞれにつき、離婚後親権者となった場合に、どの程度の頻度でどのような態様により相手方に子との面会交流を認める意向を有しているかは、親権者を定めるにあたり総合的に考慮すべき事情の一つであるが、父母の離婚後の非監護親との面会交流だけで子の健全な生育や子の利益が確保されるわけではないから、父母の面会交流についての意向だけで親権者を定めることは相当でなく、また父母の面会交流についての意向が他の諸事情より重要性が高いともいえない。」

「このような観点から本件をみると、まず、これまでの A の監護養育状況等については、A の出生後別居時までの主たる監護者は X であった。そして、X は Y と別居後も一貫して A を監護養育しているところ、A は、X の下で安定した生活をしており、健康で順調に生育し、X との母子関係に特段の問題はなく、通学している小学校での学校生活にも適応している。」

「監護能力等については、X と Y とで決定的な差はない。」

「子の意思については、A は平成 28 年、X と一緒に暮らしたいとの意向を示した。」

「Y は、自分が親権者に定められた場合には、X と A との面会交流を年間 100 日程度認める用意があるから、Y を親権者に定めるべきであると主張する。一般に、父母の離婚後も非監護親と子との間に円満な親子関係を形成・維持することは子の利益に合致することであり、面会交流はその有力な手段である。しかし、親権者を定めるに当たり、非監護親との面会交流に関する事情は、唯一の判断基準ではなく、他の諸事情よりも重要性が高い事情でもないことは、上記説示のとおりである。そして、X 宅と Y 宅とは片道 2 時間半程度離れた距離関係にあり、現在小学校 3 年生の A が年間 100 日の面会交流のたびに Y 宅と X 宅とを

往復するとすれば、身体への負担の他、学校行事への参加、学校や近所の友だちとの交流等にも支障が生ずる恐れがあり、必ずしもAの健全な生育にとって利益となるとは限らない。他方、Xは自分が親権者に指定された場合にも、YとAとの面会交流自体は否定していないが、その回数は当面月1回程度を想定している。しかし当初はこの程度の頻度で、面会交流を再開することがAの健全な生育にとって不十分でありAの利益を害すると認めるに足りる証拠はない。」

「以上の諸事情のほか、Aの現在の監護養育状況にその健全な生育上大きな問題はなく、Aの利益の観点から見てAに転居および転校をさせて現在の監護養育環境を変更しなければならないような必要性があるとの事情は見当たらないことも総合的に勘案し、Aの利益を最も優先して考慮すれば、Aの親権者はXと定めるのが相当である。」

最高裁判所の判断：

上告不受理

《研究》

本件は、第1審と原審が、離婚時の親権者の指定について、異なる理由づけで反対の結論となったところ、最高裁が上告不受理とし、原審の判断が維持されたものであり、原審の理由づけと結論に賛成する。

1 本判決の位置づけ

親権者の指定は、親の利益や家系の継承の都合等からではなく、もっぱら子の利益や福祉の増進等の観点から行われるべきであると解される（民法819条6項は「子の利益のために必要があると認めるときは、家庭裁判所は、子の親族の請求によって、親権者を他の一方に変更することができる。」と規定し、親権者変更が認められる場合を「子の利益のために必要があると認めるとき」としているが、この趣旨は親権者指定にも及ぶと解されている。）。何が子の利益にあたるかが問題となるが、父母のいずれが親権者として適格であるかを当該事案における諸事情を総合的に比較衡量して決定されることになる。比較衡量すべき具体的事情としては、父母側の事情として、①監護能力、②精神的・経済的家庭環境、③居住・教育環境、④子との親和性および⑤監護補助者の有無等が挙げられ、子の側の事情として、①子の年齢・性別・心身の発達の程度、②従来への環境への適応状況、③環境の変化への適応性、④子の意向および⑤父母および親族との親和性等が挙げられている²。

これらの諸事情を比較衡量するといっても、個々の諸事情をどの程度考慮するのか、また考慮に際して定量化ができないこと等から、子の親権者指定は容易でない。そこで、これらの比較衡量の基準では優劣がつけにくい場合には、次のような具体的基準が用いられることが多いとされていた³。①乳幼児期には、子と「母性」的な役割を持つ監護者である主たる養

2 松原正明「家裁における子の親権者・監護権者を定める基準」野田愛子＝人見康子編『夫婦親子215題（判例タイムズ747号）』（判例タイムズ社、1991（平成3）年）305頁。

3 若林昌子「親権者・監護者の判断基準と子の意見表明権」野田愛子＝梶村太市総編集『新家族法実務体系（2）』（新日本法規、2008（平成20）年）389頁。

育者を優先するという原則、②監護の継続性・現状維持を優先するという原則、③子の意思尊重の原則および④兄弟姉妹不分離の原則である。しかしながら、①の原則は、従来の「母親」優先原則につながるため公平性を欠くと批判され、②の原則については、子連れ別居をした者が有利に扱われると批判され、監護開始の際に実力行使や違法な奪取行為のある場合には、特段の事情の無い限り、これを追認することは許されないとする傾向が強くなっており⁴、③については、子の意見には同居親の影響があるので真意とはいえない場合が多く、必ずしもそれを尊重することはできないと批判されている。

そこで、近時優勢となっているのが、「寛容性の原則（フレンドリー・ペアレント・ルール）」という考え方で、親権を争う父母相互の他方に対する寛容性の程度のテストで、非監護親と子との面会交流に関して、より寛容な方が親権者として適切であるとされる。この考え方は、家庭裁判所で事実上採用されている「原則面会交流実施論」と軸を同じくするものである⁵。

第1審では、この「寛容性の原則（フレンドリー・ペアレント・ルール）」という考え方に重点を置いて判断したのに対して、控訴審では、親権者指定は、子の健全な生育に関する諸事情を総合的に考慮して、子の利益の観点から定めるとし、非監護親と子との面会交流に関する事情は、唯一の判断基準ではなく、他の諸事情よりも重要性が高い事情でもないと判断し、平成20年に民法766条が改正されたころから、家庭裁判所の実務で台頭してきた「原則面会交流実施論」と「寛容性の原則（フレンドリー・ペアレント・ルール）」を前提とする判断を行わなかった。

2 本判決の分析と検討

(1) 分析

第1審では、妻による「無断での長女を連れ出し」や「5年10か月間の中で面会交流に6回程度しか応じておらず」ということに言及した上で、離婚後の子の面会交流を重視して、父を親権者として、母に子の引き渡しを命じた。

父母それぞれの面会交流に関する考え方は次のとおりである。

母：第三者機関を通じた月1回程度の面会

理由は、父子間の面会交流には長期間のブランクがあること。また裁判期間を含めたこれまでの夫の過激な態度からさらなるトラブルを招くことを防ぐ趣旨。

父：詳細な面会交流計画を定めた案を作成し、年間約100日の面会交流を行い、実施しない場合には親権変更の事由とする。

控訴審では、親権者は子の健全な成長に関する事情を総合的に考慮して、子の利益の観点から決定するとして、次の考慮事項を例示した。

4 このような傾向の裁判例として、東京高決平成24年6月6日判時2152号445頁、仙台高秋田支決平成17年6月2日家月58巻4号71頁等がある。

5 棚村政行「親権者・監護者の決定とフレンドリー・ペアレント（寛容性）原則」家族〈社会と法〉33号（日本〈家族と法〉学会）1頁。

- ①それまでの子の監護養育状況
- ②子の現状や父母との関係
- ③父母それぞれの監護能力や監護環境
- ④監護に対する意欲
- ⑤子の意思

・その他の子の健全な生育に関する事情

離婚後の面会交流の評価については、次のように判断した。

- ・父母それぞれにつき、離婚後親権者となった場合に、どの程度の頻度でどのような態様により相手方に子との面会交流を認める意向を有しているかは、親権者決定にあたり総合的に考慮すべき事情の一つ（④の内容のうちの一つ）であること。
- ・父母の離婚後の非監護親との面会交流だけで子の健全な育成や子の利益が確保されるわけではないから、父母の面会交流についての意向だけで親権者決定するのは相当でないこと。
- ・父母の面会交流についての意向が（子の健全な成長に関する事項として総合考慮されるもののうちで）他の諸事情より重要性が高いとはいえないこと。

考慮事項を事案の具体的な事実関係に即して当てはめると次のとおりである。

- ①②：妻（母）が別居後も一貫して子を監護養育し、子が安定した生活の中で健康で順調に生育しており、母子関係に特段の問題もなく、学校生活にも適応している。
- ③：父母の監護能力等については決定的な差はない。
- ④：（前述の面会交流の評価）
離婚後も非監護親と子との間に円満な親子関係を形成・維持することが子の利益に合致するということは一般的にはいえるが、（事案の具体的な事実関係として）100日面会交流（といったような高頻度の交流）が必ずしも子の健全な成長にとって有益だとは限らないし、当面月1回程度の頻度での面会交流の再開が子の健全な生育にとって不十分で子の利益を害するとは認められない。
また、「(子にとっては) 非監護親との面会交流だけではなく、離婚後の父母が少しでも関係を改善し仲が悪くなることも、その心の安定や健全な生育のために重要なことであると推認される…。」=>高葛藤の父母の状況が子に与える影響への配慮。
- ⑤：子が母と暮らしたいとの意向を示しており、これが子の意思に反するものであることをうかがわせる事情がない。

その他の子の健全な生育に関する事情：

以上の諸事情のほか、Aの現在の監護養育状況にその健全な生育上大きな問題はなく、Aの利益の観点から見てAに転居および転校させて現在の監護養育環境を変更しなければならないような必要性があるとの事情は見当たらないことも総合的に勘案し、Aの利益を最も優先して考慮すれば、Aの親権者はXと定めるのが相当である。

なお書きではあるが、無断での子連れ別居と別居後の面会交流について次のような判断を示

した。

・子連れ別居の評価

妻（母）が、夫（父）の了解を得ずに子を連れて別居したが、子を夫（父）の監護に委ねることが困難であり夫婦関係が険悪で破綻に瀕していたので予め協議をすることも困難であったと認められる。

・別居後の面会交流の評価

別居後に夫（父）と子の面会交流が実施されなかったことについては夫（父）側に（も）原因がある。

（2）検討

第1審では、無断での子連れ別居とその後の面会交流の実施が不十分であることを問題としたうえで、離別後の親子の交流を欠くことが子の健全な生育を損なうという考え方に立って⁶。離別後も親子の交流を維持継続するのに積極的で、別居親との面会交流に寛容であることが、子の健全な生育を実現できるとして⁷、Yを親権者に指定した。

これに対して、控訴審では、まず、子連れ別居について、これを違法とするかどうかについての判断基準を示した。夫婦関係が破綻し、葛藤が高まった険悪な状況で、将来的に離婚を視野に入れた場合には、同居して対応するか別居して対応するかを選択が迫られるわけである。同居を継続した場合には、そのような状況下に未成熟子を置いた状態で父母が争いを続けることになり、これを避けるためには父母が別居することになる。父母が別居する場合には、未成熟子を残して別居するか子を連れて別居するかを選択が迫られることになる。控訴審では、「子をYの監護に委ねることが困難であり…」と判示した。これは、子を連れての別居について、子を残して自分だけが家を出た場合と、子を連れて家を出た場合の子の健全な生育を判断基準としたものである。続いて、子を連れて別居する場合であっても、できればそのことについて協議をすべきであるが、この点については、「夫婦関係が険悪で破綻に瀕していたので予め協議をすることも困難であったと認められる。」と判示した。これは、協議の有無について、その実現可能性を基準としたものである。

6 片親疎外症候群（PAS）または片親疎外（PA）という考え方。これは、1980年代初頭にアメリカ人精神科医のガードナーが提唱した「別居や離婚紛争において、親の一方が他方の誹謗中傷を子に行うことで、子と他方の親との関係性につき障害をきたす」という考え方で、「子は同居親との間に強い関係性を築き、別居親との交流を拒絶するため、その拒絶意思をいかに抑えるかが重要な問題である」と主張された。

このような診断学上の「症候群」と位置付ける考え方への批判から、その後PAとして再定義され、また、PASの理論に対しては「証拠能力が認められない、根拠のない独断的な主張である」という考え方が定説になっている。夫婦関係解消後に子と父母との交流の継続を促進する根拠としてPASの考え方をもち出すことは「表面的に交流を許可する処方箋」のような論理バランスの欠如、個別具体的な事実関係の正確な調査に基づく紛争解決の可能性を閉ざすと非難されている。

PASの考え方の問題点を指摘する多くの研究成果が公表されているが、例えば佐々木健「面会交流における子の意思-片親疎外（症候群）理論を巡って」法律時報85巻4号61頁を参照のこと。

7 この考え方は、平成20年ころから実務で台頭し、現在家庭裁判所で事実上採用されている「原則面会交流実施論」の考え方に立って、親権者としての適格性は、離婚後に非親権者（別居親）と子の面会交流に寛容であるかどうかで判断するというものである。夫婦関係解消後に子と父母との交流を継続することが子の成長に有益で、子の利益に合致するにもかかわらず、その実現に積極的でない親はフレンドリー・ペアレントとは言えないので、子と同居して子の養育をするにはふさわしくないという考え方が主張されるが、この考え方が子の最善の利益を損なう結果になるということは、欧米先進工業諸国の事例から明らかにされている。たとえば、拙稿「離別後の子の監護に関する考え方-欧米の経験を参考に」梶村太市・長谷川京子・吉田容子編『離婚後の子の監護と面会交流』（日本評論社、2018（平成30）年）201頁。

親権者指定の判断基準については、「片親疎外症候群 (PAS)」や「片親疎外 (PA)」の考え方や、「寛容性の原則 (フレンドリー・ペアレント・ルール [FP])」の考え方に立って親権者の適格性を判断することなく、親権者は子の健全な成長に関する諸事情を総合的に考慮して、子の利益の観点から決定するとした。この考慮事項を前述の「2 判決の法理の分析と検討 (1) 分析」のとおり示し、離婚後の面会交流の評価については、このうちの「④監護に対する意欲」の内の更に一内容と位置づけ、父母の面会交流についての意向が (子の健全な成長に関する事項として総合考慮されるもののうちで) 他の諸事情より重要性が高いとはいえないこと、父母の離婚後の非監護親との面会交流だけで子の健全な育成や子の利益が確保されるわけではないので、父母の面会交流についての意向だけで親権者決定するのは相当でないとことを明示した⁸。

さらに、子の意向については、同居して一緒に生活している主たる監護親の影響を受けていることは当然のことであり、それを踏まえた上で、子の意向を尊重すべきことを示した点、また、高葛藤であること自体の問題点を指摘し、これを軽減することの重要性について言及した点も重要である

3 親権者・監護者の判断基準

(1) 親権の意義

父母が未成年の子を一人前の社会人となるまで養育するため、子を監護教育し、子の財産を管理することを内容とする親の権利義務の総称。親権と表記するが、権利というよりもむしろ義務の色彩が強い。

父母の婚姻中は、原則として、父母が共同して親権を行い (共同親権 [民法818条])、離婚するときは、父母の協議で、または協議の調わないときは請求により家庭裁判所が、また、裁判上の離婚の場合は裁判所が職権で、どちらか一方を親権者と定める [民法819条]。

親権の内容は、子の身分上の監護教育権と財産上の管理処分権に大別される。身分上の監護教育権に属するものとしては、監護教育権 [民法820条]、居所指定権 [民法821条]、懲戒権 [民法822条]、職業許可権 [民法823条] 等があり、財産上の管理処分権には、財産管理権のほか、子の財産に関する法律行為の代表権 [民法824条] が含まれる。父母の離婚等の場合に、親権者と監護者とが分離することがあるが、その場合は、監護者が身上監護権を、親権者が財産管理権をそれぞれ持つことになる。

8 離婚により夫婦関係が解消されたとしても、それはあくまでも夫婦間の問題であり、離婚後も親子関係は父子および母子の関係が継続し、父または母のいずれか一方が親権者として子と同居して子の監護をする場合であっても、他方の親ができるだけ頻繁に子との交流を継続することが子の成長にとって有益であり、子の最善の利益に合致するといふ考え方が示され、多くの人に受け入れられているようである。家庭裁判所の離婚後の面会交流の考え方を含めて、離婚後の面会交流の評価に大きな影響を与えているものとして、細谷郁・新藤千絵・野田裕子・宮崎裕子「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」家裁月報64巻7号1頁がある。この論文では「非監護親との交流を継続することは子の精神的な健康を保ち、心理的・社会的な対応を改善するために重要であるとの基本的認識が認められる」と結論付ける見解が示されているが、この考え方が、父母間に葛藤がある事例にも該当するという根拠は全く示されていない。家庭裁判所が関与し、されに上訴等で親権や面会交流を争う紛争性の高い事案において、面会交流が子の成長に有益であることを実証する文献や研究成果はいまのところ見当たらない。小川富之・高橋睦子・立石直子編『離別後の親子関係を問い直す』(法律文化社、2016 (平成28) 年) 114頁。

（２）親権者指定の際の判断基準と裁判例

離婚後の親権者については、父母が協議上の離婚をするときは、その協議で、その一方を親権者と定なければならぬ（民法819条1項）と規定されている。親権者指定は、離婚の要件であり、協議離婚の場合には合意で指定することになる。父母が協議離婚の協議の中で親権者指定ができない場合には、まず家庭裁判所の調停で（家事244条）、さらに家庭裁判所が父母の請求によって、協議に代わる審判をすることができる（民法819条5項、家事39条）と規定されている。家庭裁判所の審判は「協議に代わるもの」とされているだけである。裁判上の離婚の場合には、裁判所は、父母の一方を親権者と定める（民法819条2項）と規定されているだけである。このように、裁判所が関与する場合の親権者の指定では、指定の判断基準に関する規定を欠いている。親権者変更では、「子の利益のために必要があるとき」と抽象的判断基準が規定されているだけで、具体的判断基準の規定はなく、裁判所の自由裁量に委ねられている（同条5項・6項）。親権の内容は、身上監護権と財産管理権・財産法上の代理権と同意見であるが、親権者指定の際に重要とされるのは、前者であると解されることから、具体的判断基準の中心は子に対する監護能力と解される。この点では、親権者指定と親権者変更とで違いはない。したがって、親権者指定の際の具体的判断要因としては、監護意欲、監護補助の可能性の有無・程度、従前の監護状況、物的・経済的・生活環境、健康、子の年齢・性別・意思・性格、兄弟姉妹関係、婚外子と父の妻との関係等、諸般の事情が考慮されることになり、その際、過去の事柄だけでなく将来の子の健全な生育に適うか否かという見地から具体的に検討し、監護能力の有無を判断する必要がある⁹。

これまでの裁判例では、①乳幼児につき母親優先の原則によるもの¹⁰、②監護の継続性や現状維持を重視するもの¹¹、③父母双方の監護能力を比較するもの¹²、④兄弟姉妹の不分離を原則とするもの¹³、⑤子の年齢・性別・性格、環境変化の程度、兄弟姉妹の交流継続の可能性、父母の監護能力等から兄弟姉妹を分離したもの¹⁴、①と②を合わせたもの¹⁵、②と④の内で②を優先させたもの¹⁶、等があった。

9 野田愛子「親権者指定変更の基準」中川淳編『家族法審判例の研究』（日本評論社、1972（昭和47）年）125頁。

10 名古屋高金沢支決昭和60年9月5日家月38巻4号81頁。父母の生活条件は、いずれも未成年者を養育監護する能力を有するが、4歳の幼児は母親により多く依存しているとみられ、また母親の親族の協力援助等を受け得る等の観点から見れば、現時点では母親に親権者として養育監護に当たらせる方が未成年者の育成にとってより良好であると判断された。

11 宇都宮地真岡支判昭和62年5月25日判タ651号192頁。父母ともいずれも親権者たりうるものであり、特に優劣があるともいえないが、これまで主として母が子らと生活を共にしてきており、その間経済的事情のほかは取り立てて問題となるようなこともなかったのであるから、母を親権者として指定し2人の子を母と生活を共にさせる方が、父を親権者と指定して子を父の両親のもとに居住させるよりは環境の変化がなく、子らの精神的安定に良いと思われること、経済的な面については、経済力のある父が優位のようにも見えるものの…不足分は、父母間において養育費等の協議をし、最終的には養育費についての審判で解決可能であると認められることから、経済的な優位は必ずしも親権者としての決定的要因とはならないこと等、その他諸般の事情を考慮し…親権者は母に指定するのが相当と認められると判断された。最近の事例としては、広島高決平成19年1月22日家月59巻8号39頁がある。これは、3歳の長男と2歳の長女の監護者につき母親優先の主張を斥け、継続性や監護養育環境の安定と現状の尊重という考え方に立って父を監護者と指定し母からの子の引き渡し請求を却下したものである。

12 浦和地判昭和59年9月19日判時1140号117頁。

13 京都地判昭和30年9月12日下民集6巻9号1976頁。

14 東京高判昭和63年4月25日判時1275号61頁。父母双方の監護能力、監護意欲に優劣はないが、別居中の父による長男に対する暴行が認められ、息子は父親の暴力の対象になりやすいこと、子の年齢・性別等から15歳の長女の親権者を父、12歳の長男の親権者を母に指定した。

15 東京高判昭和56年4月27日家月34巻6号62頁。

16 東京高判昭和56年5月26日判時1009号67頁。夫婦が別居し、その子を1人ずつ各別に養育するという状態が2年6月も続いて、長男は11歳半に、次男は8歳近くになり、2人とも現在の生活環境、監護状況の下において不

これらに加えて、近年では、新たに「寛容性の原則（フレンドリー・ペアレント・ルール）」の重要性も説かれるようになってきたと指摘されている¹⁷。寛容性の原則を重視した最近の裁判例としては、別居中の監護者指定に関するものとして東京高決平成15年1月20日¹⁸。親権者変更に関するものとして福岡家審平成26年12月4日¹⁹がある。

4 この事件と関連する判例評釈

第1審の千葉家裁松戸支部判決を扱うものとして、①稲垣朋子「寛容性の原則を重視して親権者を父と定めた事例」民事判例14号106頁と、②棚村政行「離婚の際の親権者の指定における未成年者との面会交流の提案の意義」私法判例リマークス55号62頁がある。また、最高裁の不受理決定を扱うものとして、③久保野恵美子「母による監護が安定的に継続し、父と母の監護の能力および環境等に差がない場合における親権者の指定の一事例」法学教室446号151頁がある。東京高裁判決を扱うものとしては、判例評釈ではないが速報として紹介し、離別後の親権と面会交流とのかかわりについて問題点を指摘するものとして④拙稿「日本における離婚後の子の監護について－最近の注目すべき事件を中心に」戸籍時報759号4頁、家庭裁判所が強力に推進している面会交流原則実施の流れに対して、大きな反省を迫る契機となった事例として取り上げ分析するものとして、⑤安田まり子「『松戸100日面会交流裁判』が投げかける問い」梶村太市・長谷川京子・吉田容子編『離婚後の子の監護と面会交流』（日本評論社、平成30（2018）年2月25日）64頁がある。

①では、控訴審である東京高裁の判断についても触れ、その判断が妥当であると評価しているが、高等裁判所の判断の分析として「父母の離婚後も非監護親と子との間に円満な親子関係を形成・維持することは子の利益に合致することであり、面会交流はその有力な手段である。…」と判決を引用している。この判決には「一般論として」という文言が冒頭についており、この点の重要性を見落としている。面会交流についての評価で、東京高等裁判所は、あえて「原則として」でなく「一般論として」という表現をしているところが重要である。一般論として「離別後も非監護親と子との間に円満な親子関係を形成・維持することは子の利益に合致する」ことについて異論はない。しかしながら、この問題について、父母間に対立があり、協調・協力して子との面会交流が実現できない場合に、「原則面会交流」という

適応をきたしたり、格別不都合な状況を生じさせたりしていないときは、現時点において、それぞれの現状における監護状況を変更することはいずれも適当でなく、長男の親権者母は、次男の親権者は父と定めるのが相当であるとした。

17 稲垣朋子「寛容性の原則を重視して親権者を父と定めた事例」民事判例14号106頁、棚村政行「離婚の際の親権者の指定における未成年者と面会交流の提案の意義」司法判例リマークス55号63頁。これらはいずれも第1審の千葉家裁松戸支部判決を扱うものである。なお、棚村評釈では、学説の紹介で、「親権者の指定・変更、子の監護者の指定や子の引渡しの際の判断基準として、面会交流への許容性（フレンドリー・ペアレント・ルール）や相手方への親としての立場の尊重、子の連れ去りや返還拒否、交流妨害等については、親としての適格性の問題として重視すべきではないかとの積極説が有力に主張されている。」として、この立場をとる学説や論文等について詳細に紹介している。筆者を含めた慎重論についての言及もあるが、重点の置き方は前者にあると解される。

18 家月56巻4号127頁。他には、東京家八王子支審平成21年1月22日家月61巻11号87頁がある。

19 判時2260号92頁。

考え方を採用することを問題点として検討する必要があるのである²⁰。さらに、第1審である千葉家裁松戸支部の判断の評価として「離婚後に他方の親と子との結びつきを不当に害する親への警鐘となった点では大いに評価できる…Xは今回の裁判とは別に調停を申し立てているといい、そこでXの当初の案よりも寛容な面会交流が取り決められることが望まれる。」との見解を示しており、「寛容性の原則（フレンドリー・ペアレント・ルール）」に立った立場が示されている。また、注の中ではあるが、面会交流の実施に協力的でない場合の損害賠償や間接強制を積極的に評価する立場が示されている。この事件では、これらの考え方の評価が問題とされているわけであり、その検討が求められる。

②でも控訴審である東京高裁の判断に言及しているが、「…子の監護養育状況や父母との関係、監護能力や監護環境、子の意思等を総合的に考慮して、親権者を決定すべきで、面会交流の意向のみを重視すべきではないとし…」と述べたうえで、「面会交流の具体的な内容は家裁で決めればよいと判示して、主たる養育者優先の原則や子の意思の尊重原則を重視した」と評しているが、これは東京高裁の判断についての分析として正確性を欠くものである。評論の中の、「親権と監護権の分属による共同監護や面会交流確保の可能性」で、「…離婚後も父母が子の養育に共同で関与し、離婚後の単独親権の原則の弊害を是正する意味での子の監護者制度を位置づけようとする積極説も有力である」と評価しているが、現行法では親権については「原則」ではなくて「例外なく」単独性が採用されており、これが弊害であるかどうかについては評価の分かれるところで、むしろ単独親権制を積極的に評価する立場も存在する²¹。さらに「親権者の指定・変更と寛容性の原則の位置づけ」で寛容性の原則を支持する立場を示し、「…葛藤が高いケースでも第三者の立ち会いや関与のもとでの面会交流や交流の実績に応じた段階的な回数や時間、方法の設定で調整することは可能であろう。」と述べられている。これは、家庭裁判所で事実上採用されている「寛容性の原則（フレンドリー・ペアレント・ルール）」、「面会交流原則実施論」、面会交流が争われている場合に、裁判所が関与してこれを定める場合には、回数、日時および場所等について詳細に定めるといった、最近の傾向を支持する考え方である²²。父母が高葛藤な場合に、このような考え方による対応から生じる弊害について認識する必要がある²³。

③は、最高裁の不受理決定を対象にするもので、原審である東京高裁の判断が維持された事件であるとして紹介されているが、その中で「…上告不受理であるから、親権者指定の解

20 これに関しては、梶村太市・長谷川京子・吉田容子編『離婚後の子の監護と面会交流』（日本評論社、2018（平成30）年）の中で、子どもの心身の健康な発達という視点から、原則面会交流論の問題点について、詳細に分析されているので参照のこと。

21 拙稿「婚姻解消と子どもの問題について－単独親権・共同親権の問題を中心に」日本弁護士連合会両性の平等に関する委員会編『離婚と子どもの幸せ－面会交流・養育費を男女共同参画社会の視点から考える』（明石書店、2011年）、「親権・監護権・親責任」法律時報85巻4号67頁等で、共同親権の問題点を指摘しているので参照のこと。

22 これに関しては、「離婚後の子と父母との交流の継続が子の成長に有益で、子の最善の利益に合致する」という見解の根拠として、一般にウォーラースタインの研究成果が挙げられることが多いが、それは彼女らの研究成果の評価を誤っている。確かに、ウォーラースタインらは、高葛藤状況の続く夫婦の間で子が成長するよりも、そのような夫婦関係を解消して子の成長をはかる方が子にとって有益であるとの研究成果は公表している。しかしながら重要なのは、裁判所の命令のもとで、厳密なスケジュールに従って行われる親と子の交流は子の成長に有益どころか有害であるという調査結果が研究成果として公表されているということである。ウォーラースタイン他・早野依子訳『それでも僕らは生きていく－離婚・親の愛を失った25年間の軌跡』（PHP研究所、2001（平成13）年）。

23 立石直子「高葛藤ケースへの対応－離婚後の面会についての当事者の抱える困難と子どもの福祉」戸籍時報759号6頁参照。

積について積極的な意義を認めることはできない」と断定し、さらに「親権者指定をめぐる紛争において、他方親の意に反する子の連れ出しの事実や非監護親との面会交流に関する事情がどのような意味を持つかが問われた事例として、紹介する」と述べている。そして、「…本件の事案には、一方親から提案された面会交流の内容が子の利益になるとは言い難い極端なものであったという特殊性があるのに対し、子の利益に適う内容の非監護親との面会交流に寛容な一方親と面会交流に全く否定的な立場の他方が争った場合に、面会交流に関する事情にどの程度の重要性を認めるかは、問題として残る」と評価している。さらに、「原審は、幼い子の主たる監護者が他方親の意に反して子を連れ出すことについて、子の利益の観点からみて親権者の不適格性を示す事情ではないと評価するが、子の連れ出しを原則として認めない国際的移動の事案についてのハーグ条約の考え方はどのように異なるのか（判時2325号80-81頁の匿名記事参照）、検討を要する」と指摘している。これらの評価や指摘は、原審である東京高裁の判断の分析として問題であることは前述のとおりである。

④および⑤については、本判例研究の見解と方向性を一にするものであるので、ここでの言及は省略する。

5 結論

この「(いわゆる)100日面会交流事件」は、第1審である千葉家裁松戸支部の判決が出る前から、また東京高裁に控訴されてからも、さらに最高裁での不受理決定後現在に至るまで、新聞、テレビや雑誌等でとりあげられ、注目を集めてきた。一審判決は、近時台頭してきた面会交流原則実施論の立場に近いことから、その支持者からはおおむね歓迎されるコメントが寄せられた。これに対して控訴審判決は、従来の面会交流審判の主流的傾向である継続性の原則を判断の基礎としたため、原則実施論に批判的な立場の者から歓迎されるコメントが寄せられた。この控訴審判決は、家庭裁判所が強力に推進している面会交流原則的実施の流れに対して、慎重な立場を求めるものであると評価できる。原則実施論からは多くの弊害が生じていると指摘されるなか²⁴、最高裁の不受理決定により（事実上最高裁でも）支持されたということで、この東京高裁の判断は重要な意義がある。この判決後、ごく最近になって、東京高裁で原則面会交流実施論に基づく実務運用に疑問を呈したと思われる判断が示された。これは、東京高裁民事23部（家事事件集中部）の平成29年（ラ）第1661号面会交流審判に対する抗告事件（原審・前橋家庭裁判所平成28年（家）第828号、同第829号）での平成29年11月24日決定で、原則面会交流実施論から従来の比較基準説に立ち返る判断を示したものであった²⁵。事案は、夫婦関係破綻後に母が2人の子を連れて別居し、父が面会交流を求めたというもので、原審が直接面会を認めたが、抗告審では、面会時間の短縮と段階的增加、第三者立会い期間の大幅な延長等に変更したというものである。原審が「…非監護親と子との面会交流を実施することは、一般的には、子の福祉の観点から有用であり、子の精神的な

24 原則実施論の弊害について詳細に検討するものとして、梶村太市「面会交流の弊害から子どもを守るための調停・審判の在り方－面会交流原則実施論と第三者支援の理論的破綻と実際の危険性」梶村太市・長谷川京子・吉田容子編『離婚後の子の監護と面会交流』（日本評論社、平成30（2018）年2月25日）179頁参照。

25 面会交流審判に対する抗告事件。東京高決平29・11・24判時2365号76頁。この判断は、東京高裁の家事事件集中部の判断という意味でも注目に値する。

健康を保ち、心理的・社会的な適応をする種に重要な意義がある。もっとも、面会交流を実施することがかえって子の福祉を害するといえる特段の事情があるときは、面会交流は禁止・制限しなければならない。」と面会交流原則実施論での決まり文句を説示した。これに対して、原則実施論の弊害を指摘して控訴したところ、次のような判断が示された。

- ①「…父母が別居し、一方の親が子を監護するようになった場合においても、子にとっては他方の親（以下「非監護親」という。）も親であることに変わりはなく、別居等に伴う非監護親との別離が否定的な感情体験となることからすると、子が非監護親との交流を継続することは、非監護親からの愛情を感じる機会となり、精神的な健康を保ち、心理的・社会的な適応の維持・改善を図り、もってその健全な生育に資するものとして意義があるということが出来る。」としたうえで、これに続けて
- ②「他方、面会交流は、子の福祉の観点から考えられるべきものであり、父母が別居に至った経緯、子と非監護親との関係等の諸般の事情からみて、子と非監護親との面会交流を実施することが子の福祉に反する場合がある。そうすると、面会交流を実施することがかえって子の福祉を害することがないように、事案における諸般の事情に応じて面会交流を否定したり、その実施要領の策定に必要な配慮をしたりするのが相当である。」との見解を示し、さらに
- ③「抗告人は、いわゆる面会交流原則実施論を論難するが、抗告人の主張の趣旨とするところは、上述した考え方と必ずしも矛盾するものではない。」と結論付けた。

①の部分は一般論として父母がその協議で協調・協力して面会交流ができる場合について述べられた部分であるが、重要な点は、原則面会交流実施論批判（③）がこの東京高裁の考え方（②）と矛盾しないと明言していることから、原則面会交流論から一步踏み出すものであり、特に面会交流紛争が深刻化する高葛藤事案では面会交流の弊害が多いことを考えると、裁判所が関与するような事案ではむしろ面会交流原則実施論を採用しないことを示していると評価したい²⁶。

（福岡大学教授）

26 この判例の掲載誌でも「…原則実施論の見直しも受け取られ、家裁実務に与える影響は小さくないと考えられる。今後は再び、本件判旨に倣い、比較基準論が実務に定着していくことも予想される。」と評価されている（判時2365号77頁）。なお、原則面会交流の抱える問題について、社会福祉、臨床心理、脳科学、乳幼児精神保健といった子の成長の問題を扱う専門領域の研究者と共同研究をし、その研究成果をもとに離婚後の子と父母の交流の継続について科学的・実証的に検討した成果として、小川富之・高橋睦子・立石直子編『離別後の親子関係を問い直す』（法律文化社、2016年）も参照のこと。