

# 面会交流申立て却下例の検討

櫻 井 弘 晃

## [目次]

1. はじめに
2. 検討対象判例とその特徴
3. 検討対象各判例の事実と判旨、論理構成
  - 3-1. 却下例①
    - 3-1-1. 事実と判旨
    - 3-1-2. 判旨の論理構成
  - 3-2. 却下例②
    - 3-2-1. 事実と判旨
    - 3-2-2. 判旨の論理構成
  - 3-3. 却下例③
    - 3-3-1. 事実と判旨
    - 3-3-2. 判旨の論理構成
4. おわりに（却下判断に影響を与えた事情、要因）
  - 4-1. 事情（背景）
  - 4-2. 要因
  - 4-3. まとめ（各判例から考えられること）
- （1）却下例①②について
- （2）却下例③について

## 1. はじめに

面会交流については、子の利益を考えて原則実施すべきとする考え方（以下、原則実施論という）が、平成20年頃より東京家裁を中心に採用され始め<sup>(1)</sup>、現在、全国的に普及している。そうした流れの中で、面会交流申立てを却下する判例（以下、申立て却下例という）は稀有といえ<sup>(2)</sup>、貴重な判断例である。このような判断例は、はたして、どのような事情、どのような要因から申立てを却下したのか。

本稿は、近年の判例を使って判旨の論理的な分析をすることで、その点を中心に検討し、実務上の参考に資することを目的とする（事前に、却下となる事情や要因が分かれば、調停等の方針も立てやすくなる）。

## 2. 検討対象判例とその特徴

判例集に掲載された申立て却下例は極めて少ないが、本稿の検討対象判例は、以下の3判例である。

すなわち、①東京高裁平成28年5月17日決定（却下例は原審）<sup>(3)</sup>（以下、却下例①という）、②仙台家裁平成27年8月7日審判<sup>(4)</sup>（以下、却下例②という）、③大阪家裁平成27年3月13日審判<sup>(5)</sup>（以下、却下例③という）である。

却下例①は、父母は別居中（離婚していない）で、離婚をめぐる対立が激しい事案で、子を監護する母親から面会交流を申し立てたものである。却下例②は、父母は離婚し、子の面会交流実施をめぐる対立が激しい事案であり、非監

---

(1) 梶村太市「裁判例からみた面会交流調停・審判の実務」3頁（平成25年、日本加除出版）。

(2) 原則実施論をとった場合の面会交流制限・禁止事項は、①子を連れ去るおそれがある、②子を虐待するおそれがある、③DV等配偶者への虐待のおそれがあるという3原則に類型化されている（梶村・前掲注（1）3頁参照）。

(3) 判例タイムズ1437号127頁（家庭の法と裁判10号89頁）。

(4) 判例時報2273号111頁。

(5) 家庭の法と裁判6号89頁。

護親である父親から面会交流を申し立てたものである。最後の却下例③は、生物学的つながりのない法律上の父親からの面会交流申立てであり、その父親と母親はまだ離婚はしておらず、母親は子とともに不貞相手と同居している事案である。

### 3. 検討対象各判例の事実と判旨、論理構成

#### 3-1. 却下例①

##### 3-1-1. 事実と判旨

###### (1) 事実関係（認定事実）

X女（申立人・抗告人）とY男（相手方）は、平成24年〇月〇日に婚姻をし、平成26年〇月〇日にAが生まれたが、平成27年〇月〇日頃、Yが家を出て、現在まで別居状態にあり、現在、Xが、その実母と同居して、Aを監護している。なお、XとYは、それぞれ地方公務員として稼働している。

Yは、Xからの連絡に一切応答しようとせず、Xに対して、その実際の住所を明らかにしていない。

その後、Xは、平成27年〇月〇日、水戸家庭裁判所下妻支部に本件申立てをし、平成28年〇月〇日、第1回調停期日が開かれたが、Yが出頭せず、Xの言い分のみが聴取され、同年〇月〇日に開催された第2回調停期日にもYが出頭しなかったため、調停の成立の見込みがないとして調停の手続が終了し、審判に移行した後、同年〇月〇日、Xの申立てを却下する原審判がされた。なお、調停段階では、X Y双方の意向が調査されている<sup>(6)</sup>。またXは、本件申立て

---

(6) Xは、上記第1回調停期日において、YとAとの面会交流の条件として、①少なくとも2か月に1回の割合で面会交流して欲しい、②Aの年齢等を踏まえて、面会交流時におけるXの立会いを希望するが、④第三者機関を利用する場合には、立会いを条件としなくとも良い、③2か月に1回の割合での面会交流に応じられなければ、YがAの通う保育園の行事に参加して、Aとの交流を図って欲しい旨の希望を述べている。

また、Yは、上記第1回調停期日前、水戸家庭裁判所下妻支部から進行に関する照会を受けた際、調停に出席するつもりはない旨を回答して、同期日を欠席した。さらに、同期

に先行して、水戸家庭裁判所下妻支部に婚姻費用分担の申立てをしている。

## (2) 判旨

東京高裁は、「①未成年者と非監護親との面会交流が、未成年者の健全な成長と発達にとって非常に重要であることはいうまでもなく、Aは、別居当時には生後10か月で、現在1歳7か月になったばかりの乳児期にあって、母親であるXの身上監護を受けているとはいえ、できるだけ速やかに父親であるYとの定期的な面会交流の実施が望まれるところである。②XとYとの間には、離婚をめぐって厳しい対立関係にある様子がうかがわれ、Yにおいて、③Aとの面会交流の実施につき、Xが離婚交渉に応ずることを条件とするようであるが、そもそも④面会交流は、上記のとおり未成年者の健全な成長と発達にとって非常に重要であり、その未成年者の利益を最も優先して考慮して実施すべきものであるから、⑤監護親及び非監護親は、その実施に向けて互いに協力すべきものである。本件においては、監護親であるXが面会交流の実施を強く望んでいることは上記のとおりであり、一件記録によれば、⑥非監護親であるYもAとの面会交流自体には必ずしも否定的な姿勢ではなく、⑦第三者機関を利用した方法による実現の可能性も考えられるところである。そうすると、なお、⑧当事者に対する意向調査等を通じて、面会交流の趣旨の理解とその実施への協力が得られるように働き掛けを行うなど、面会交流の実施に向けての合意形成を目指して両当事者間の調整を試み、これらの調査や調整の結果を踏まえた上で、最終的に面会交流の実施の可否やその条件等を判断する必要がある」り、「原審において、更に審理をする必要があると認められるので、原審に差し戻した上、改めて面会交流の実施に向けた調整等をし、その結果を踏まえて判断する

---

日の後、家庭裁判所調査官の書面による意向照会に対し、Xが円満に離婚に応ずることが面会交流の条件であるとした上、円満に解決を望むならば、⑥第三者機関を利用した面会交流の実施も検討できるとし、保育園と連絡を取ったが、Aに会わせることは難しいと伝えられた旨を回答している（下線および下線記号は、筆者が付した）。

なお、上記XYの意向については、判例タイムズ1437号128頁参照。

ことが相当である」と述べ、原審判を取り消して、本件を原審（水戸家裁下妻支部）に差し戻した（なお、判旨中の下線および下線番号は、筆者が付した）。

### 3-1-2. 判旨の論理構成

東京高裁は、まず、「…できるだけ速やかに父親であるYとの定期的な面会交流の実施が望まれる」（判旨中の下線①、以下、「判旨中」という表現は省く）とあるように、前提は原則実施論を採っている。そして、次にXとYの現状を説明し（下線②）、離婚に応じることというYの掲げる交流条件を示している（下線③）が、その後で、面会交流は未成年の利益を優先考慮しなければならないことを説く（下線④）とともに、交流実施にあたっての父母の協力を説く（下線⑤）。すなわち、東京高裁は、下線③④⑤を通して、子の利益にもとづく面会交流は、父母間の事情に関係なく、父母の協力のもと実施されるべきであり、いわば、父母の対立関係と面会交流実施とを分けて考えるべきこと（以下、このことを「分離」という）を説いているものといえる。そして、終わりに、父母の対立関係と面会交流実施の分離可能性を（父母が協力できるかを中心に）検討している（下線⑥⑦）。とくに、Yが面会交流を否定していないこと（下線⑥）や、XYの意向調査（Xは第三者機関を利用するのであれば自分は立ち会わないし、Yは第三者機関の利用検討できるとすること<sup>(7)</sup>）にもとづき、第三者機関を通じた面会交流の実現可能性に言及する（下線⑦）ことで、原審が当事者間の協力の調整や審理を尽くしていないことを指摘して（下線⑧）、原審に差し戻すという構成を採っている。

すなわち、東京高裁は、①「原則実施論を述べ（下線①）」→②「面会交流における子の利益を強調し（下線①④）」→③「父母が対立関係にあれば、父母の対立と面会交流実施との分離を説く（下線⑤）」→④「現状での分離可能性について、事実にもとづき検討する（下線⑥⑦）」→⑤「分離できそうであ

---

(7) 前掲注 (6) の傍線③④参照。

れば、面会交流認容」⑥「分離できないのであれば、子の福祉への影響を述べて、面会交流請求棄却」という流れの中で、㉔「分離できそうであれば、面会交流認容」を判断したといえるのではないか。東京高裁の分離の判断に影響を与えているのが、第三者機関による介入の可能性である。もし、XYが第三者機関利用の意向を示していなければ、東京高裁も⑥「分離できないのであれば、子の福祉への影響を述べて、面会交流請求棄却」という判断になっていたものと思われる。なお、原審は、XYの第三者機関利用の意向を考慮せず、双方の対立関係に目を向けていたため<sup>(8)</sup>、⑥の判断になったものと考えられる。

### 3-2. 却下例②

#### 3-2-1. 事実と判旨

##### (1) 事実関係(認定事実)

X男(申立人)とY女(相手方)は、約2年間の同居期間を経て平成13年5月9日に婚姻の届け出をし、平成13年10月11日には長男Aを、平成19年10月4

---

(8) 原審は、未公表判例であるが、判例タイムズ 1437号 127頁の本高裁決定解説では、原審の判断内容について、「XとYとの間には、本件申立てに先行して、XからYに対して、婚姻費用分担の申立てがなされていたが、その段階で、既にYは、離婚に応じなければ、一切交渉はしないとの強硬な姿勢を示していたようであり、その間には、XがYの勤務先に押しかけたり、Aの汚物の写真を添付したメールを送るなどして、度々トラブルが発生していた模様である(なお、⑨X及びYの双方とも弁護士が関与していなかった)。このような経過の中で、Xが本件申立てをしたものであるが、Yは、これもXによる嫌がらせ行為の一環であると捉えて、かたくなな姿勢を崩さず、⑩裁判所からの進行照会に対して期日に出頭しない意向を伝え、家庭裁判所調査官の書面による意向照会に対しても、Xが円満に離婚に応ずることが面会交流の条件であると回答していた。原審は、このような経過から、面会交流の調整は事実上困難であると見ていたようであり、調停の段階で、Xに対して、審判に移行した場合には本件申立てが却下される可能性があることを伝えて、本件申立ての取下げを勧告していた様子であるが、Xがこれに応じず、結局、本件申立ての却下審判に至ったものである」と解説している(下線および下線番号は、筆者が付した)。原審は、XY双方が代理人(第三者)を立てないこと(下線⑨)、およびYが面会交流の実施条件として離婚に応ずることを挙げ、調停に出頭しないこと(下線⑩)から、父母の対立関係と面会交流実施との分離可能性はないと判断して却下したのではないかと考えられる。また、非監護親が離婚を求め、面会交流を拒否している(本来ならば、求めるはずの非監護親が求めてない)という特殊事案であり、そのことが却下判断に影響を与えた(非監護親も交流を求めていないし、離婚を条件としていて調整が難しいという親を対象にした視点が影響したのではないかと)とも考えられる。

日に長女Bをもうけた。

Xは、婚姻前から、Yに対し、自分の思いどおりにならないと暴言を言ったり暴力をふるうことが度々あった。例えば、Xは、平成16年5月2日、Yの右目を手拳で殴り、右眼窩底吹抜け骨折の傷害を負わせたり、平成23年10月10日、Yの足を蹴るなどの暴力をふるい、右頸部・右肘・左大腿・左膝・左下腿打撲の傷害を負わせたことがあった。こうしたことから、Yは、Xの暴力から避難すべく、警察等に相談しながら別居の準備を進め、同年11月4日、子らを連れて大阪市内の自宅を出て、仙台市内に転居した。Yは、別居後から現在に至るまで、子らを監護養育している。

Yは、平成24年1月13日、大阪地裁において、配偶者暴力に関する保護命令の申立てをし、同月23日、保護命令が発令された。しかし、保護命令発令期間中である同年6月、XがYや子らに度々接触したことから、同年7月13日、仙台地方裁判所において、再び保護命令が発令された。ところが、Xは、その後も同人の家族や知人等を通じて、Yに対し、子らと面会交流させるよう働きかけるなどしたことから、平成25年1月11日にも再々度の保護命令が発令され、同年2月20日にはこれに対する即時抗告が棄却された。

Yは、平成24年3月1日、大阪家裁において離婚調停を申し立てたが不成立となり、同年10月6日、Xを被告とし、大阪家裁において離婚訴訟を提起した。同家裁は、平成26年2月13日、離婚を認容し、Bらの親権者をYとし、離婚慰謝料を200万円の支払いを命ずること等を内容とする判決をした。

## (2) 面会交流の経過について

XとYは、本件離婚訴訟係属中である平成26年1月頃、当時の各人の代理人弁護士を介して、Bとの面会交流について話し合い、Xが、毎週日曜日30分間、Bと電話交流することを約束した。

Xは、同年3月23日、上記電話交流をする時間になってもYから電話がかかってこなかったため、Yの自宅を訪れたところ、Yが110番通報をし、警察

官が臨場する事態になった。Yは、後日、警察署に対応を相談し、警察署内において警察官の立ち会いの下、XとBとの面会交流について話し合ったことがあった。

その後、Yは、弁護士から助言を受け、Xの心情を考慮して、同人とBとの直接的な面会交流に応じることにし、弁護士を通じ、同年4月2日に面会交流させることを約束した。しかし、Yは、当日になって、宮城県石巻市内のYの実家に帰ることになったとして面会交流の中止を申し入れたこともあり、Xは、Yを信用できず、Yの意に反して同人の実家を訪れるなどしたため、警察官をも交えて面会交流の話し合いが行われた。結局、XとBの面会交流は、4月5日に実施されたが、このとき、Xは、Yに対し、面会交流の約束を破った場合には「罰則」として金員を支払うように述べたこともあった。なお、Xは、この頃、仙台市内に居所をかまえた。

Yは、上記面会交流後、Xに対し、面会交流のルールについて公正証書を作成するべく、弁護士と相談するなど述べたが、進展しなかったことから、Xが、Bの登校に同道していたYに対し、弁護士から連絡がないことを度々問い質したり、電子メールを送信するなどした。

その後、XとY代理人弁護士は面会交流について協議し、同月29日午後1時から午後5時頃まで（このとき、面会交流の終了時間について、Xが、午後4時51分頃、Yに対し、Bの意向で午後6時くらいに戻る旨の電子メールを送信し、Yが午後5時45分までには送って来てほしい旨伝えたことがあった）、同年5月10日午後0時から午後5時頃まで（このとき、面会交流中にBが車内で嘔吐したことについて、Y代理人がXに対して問い質したところ、XがYの養育を非難するようなことを述べたことがあった）、同月25日午後0時から午後5時頃までXとBの面会交流が行われた。Xは、同日の面会交流後、Yに引き渡す際、Bの希望に応じ、次回は宿泊付きの面会交流を希望する旨、Yに伝えている。

Xは、上記のような面会交流が実施されている最中も、Yに対し、「虐待」「異



常者」等と記した電子メールを度々送信したり、大阪市内にあった当時のY代理人弁護士事務所を訪れて面会交流中の約束について問い質したりしたことがあった。

なお、Yは、同年4月頃、仙台地裁において、4度目の保護命令を申し立てたが、同年5月9日、XがYに対し生命又は身体に重大な危害を加えるおそれがあるとは認められないとして、この申立ては却下されている。

Yは、上記各面会交流後、Bが疲れてぐったりした様子であることやXが面会交流をめぐってYの意に反する言動を繰り返したこと等から、これ以上の面会交流には応じられないと考え、Y代理人弁護士を通じて、同月30日、Xに対し、週末の面会交流を中止すると連絡した。さらに、同日深夜、Bがてんかん発作を起こしたこともあり、Y代理人弁護士は、同年6月2日、今後は電話による交流も含めて保留すると通知した。これに納得しなかったXは、同月から同年8月頃にかけて、度々Yの自宅付近を訪れてBの登校に付き添っていたYに接触したり、電子メールを送信するなどして、Bとの面会交流を強く求めたり、Y代理人弁護士に強い口調で迫ったり、Bが利用する保育所の職員への声かけや小学校への架電などもした。これに対しYも度々警察に通報したり、弁護士に相談して、当時のX代理人弁護士を介してYに待ち伏せ等の直接的な接触や関係機関への架電等を止めるよう忠告するとともに、同年7月3日、仙台家裁において、XとA及びBとの面会交流についての調停を申し立てた。

Yは、この調停において、Xがさらに執拗に面会交流を求めて付きまとうことに不安があるとして、Xがこれらの行為を止めるかどうか半年ほど様子を見た後、面会交流のルール作りをしたいとの意向を示した。他方、Xは、同年9月から毎週の電話交流及び宿泊付きの面会交流を求め、折り合いがつかなかった（なお、Xは、今回の調停申立てを知り、当時の代理人弁護士を解任した）ため、Yは、同年12月16日、調停を取り下げた。

なお、Xは、上記調停係属中も、Yの自宅付近等を訪れて、Bに話しかけたりYに面会交流について直接話しをしたり、Y代理人弁護士事務所に繰り返し

架電したり、約束なく同事務所に赴き、インターホン越しに面会交流について強い口調で問い質したりしたほか、仙台家裁に対して、Yを「異常者」、「児童虐待者」と評する書面を提出したり、Y代理人弁護士に対し、Bの待ち伏せや付きまとい等を予告するような書面を送付したりしている。

また、Xは、上記調停終了後の同月31日から平成27年1月1日にかけて、Yに対し、Bらにプレゼントを渡しにYの実家に行くなどと記した電子メールを度々送信し、Yがこれを拒否する意向を示していたにもかかわらず、平成27年1月2日、Yの意に反してY実家を訪れ、Bらに会わせるよう求め、結局Yがこれに応じたことがあった。

### (3) 審判に至る経緯について

Xは、平成27年1月5日、仙台家裁において、離婚後、YがBとXとの面会交流を拒絶しているとして、B<sup>(9)</sup>との面会交流する時期、方法等について定める調停を申し立てた。なお、Xは、Yの自宅付近を訪れ、登校途中のBに声をかけたり、Yの実家を訪れたり、Yに対してBらに話しかけることを予告する内容のメールを送信するなどした。また、Xは、この調停においても、Yに対し、虐待行為をやめろとか、児童虐待を働くような人間は人間として認める気はないなどと記載した書面を提出したり、春休みに面会交流を実施しろなどと述べたりしている。

結局、この調停は、早急な直接的な面会交流を強く求めるXと現時点におい

---

(9) Bは、この時点で7歳、小学校2年生で、「平成23年10月頃、てんかん及び精神運動発達遅滞との診断を受けて、現在は、支援学級に在籍している。Bが6歳時に施行した発達検査では、運動能力、精神能力ともに3歳レベルの発達段階にあり、体力が弱く、自分を取り巻く環境への変化に対応できずに情緒不安定になることがあるとの指摘や、自分の意思表示を他人へ伝える能力や環境に順応する能力が十分ではなく、てんかん発作を抑制するためには、Bにストレスが及ぼされるような環境の変化は避けるべきであり、より慎重な対応が望まれるとの意見が示されている。なお（一筆者付加）、Bは、1歳11か月の頃初めててんかん発作を起こし、その後、平成23年2月からは消失していたものの、平成26年5月に再出現した。最近では、平成27年5月7日、6月5日にもてんかん発作を起こし、救急搬送されている」（判例時報2273号115頁）。

て面会交流には応じないとするYの意向が強く対立したため<sup>(10)</sup>、同年2月16日不成立となり、本審判に移行することとなった。

Xは、審判移行後、Yの自宅を訪れたりYにメールしたりすることはなかったが、BやAに度々話しかけたことがあったほか、Yの実家を訪れたり、仙台家裁に対しても、今後もBへの声かけを続ける旨記載した書面や「児童虐待者Y様」と題する書面を提出したり、ゴールデンウィークに面会交流をさせるよう強く求めたりした。また、審問において、Xは、Yが子らとXを面会交流させたくないという意向を子らに押し付けるといふ虐待行為をしているとか、嘘ばかり述べているなどと強い口調で繰り返して、Yを非難した。

#### (4) 判旨

仙台家裁は、「離婚の際に未成年の子の親権者と定められなかった親は、①子の監護に関する処分の一つとして面会交流を求めることができるところ、一般的には、子の福祉の観点からすれば、非監護親との適切な面会交流が行われることが望ましいが、②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には、面会交流は禁止・制限されなければならない。

---

(10) XとYの状況及び意向についてであるが、Xは、「仙台市内に居所をかまえて、主に不動産収入を得て生活して」おり、「Bとの面会交流について、①毎週末（土曜日又は日曜日）は、午前10時から午後5時までの面会交流と、土曜日午前10時から翌日午後5時までの宿泊付面会交流を隔週で実施すること、②三連休以上の大型連休のときは、2泊3日で行うこと、③Bの春休みと冬休みには、2泊3日以上の宿泊付面会交流を2回実施すること、④Bの夏休みには、2泊3日以上の宿泊付面会交流を毎週実施すること（ただし、日にちの調整には応じる。）を求め、そのほか、Bに水泳教室等週1回の運動を習わせること」を希望していた（判例時報2273号115頁参照）。

またYは、平成24年12月、うつ状態との診断を受けて投薬治療を続けるとともに、仕事をしながら生活保護を受給して、子らを監護養育している。なお、Yは、住民票閲覧制限の措置を講じている。そして「Yは、離婚に至る経緯やBの健康状態等には慎重な配慮が必要であるにもかかわらず、これをXが十分に理解していないこと、Aに対する暴力や心情に配慮しない言動を繰り返していること、Xが自らの希望ばかりを優先しようとする態度であること等から、Xとの直接的な面会交流には応じられない」との意向を示していた（判例時報2273号115頁参照）。

これを本件について検討してみると、③Bとの面会交流にかかるXとYとの間の紛争状態は長期間にわたっており、高い緊張状態が続いている。また、④Xは、…（筆者補足一事実）（1）ないし（3）のとおり、Xの希望どおりの面会交流をさせないYを「虐待者」「異常者」などと呼び、Yの心情を慮ることなく強い言辞で非難し続けたり、Yの意に反することを十分に認識しながら再三にわたってYやBに話しかけたり、連絡を取ったりして、自らの希望を実現しようとしている一方、⑤Yは、…（筆者補足一事実）（1）ないし（3）のような従前の経緯やこれまでのXの言動等から、精神的に疲弊しているのみならず、Xに対する強い不信感や嫌悪感を抱いている。このように、XとYの相互の不信感は相当深刻であり、容易に解消できるものではない。⑥XとBとの面会交流を実施するに当たっては、非監護親であるXと監護親であるYとの協力関係を築くことが必要不可欠であるが、こうした状況においては、上記協力関係を期待することは極めて困難であり、また、⑦面会交流を実施した場合にはBが葛藤に陥りやすい状況にもあるといわざるを得ない。⑧これまで様々な関係者等の関与があったにもかかわらず実効的な意味をなさなかったことやXの言動等からすれば、適切な第三者や第三者機関の関与があったとしても円滑な面会交流は到底期待できない。

さらに、これまでのXの言動等や従前行われたXとBの面会交流が必ずしも円滑に実施されたとはいえないこと等からすれば、Yが、Xにおいて、面会交流のルールを遵守しないのではないかと疑いを抱くのも不自然不合理なことではない。これに対し、Xは、自らの行為がYやBらに与えている影響を十分に認識しているとは言い難い。こうしたことからすれば、Xにおいて、Yの監護を尊重し、同人やBの心身の状況、生活状況等に配慮した適切な面会交流を期待することも困難である。

以上のほか、本件にあらわれた一切の事情を考慮すると、現時点においてXが求める面会交流を認めることが子の福祉に合致するとは認め難く、かえってBが両親の抗争に巻き込まれ、Bを父親であるXと母親であるYとの間の複雑

な忠誠葛藤の場面にさらし、その結果、Bの心情の安定を害するおそれが高いというべきである」と述べ、本件申立てを却下した（判旨中の下線および下線番号は、筆者が付した）。

### 3-2-2. 判旨の論理構成

仙台家裁は、「子の福祉の観点からすれば、非監護親との適切な面会交流が行われることが望ましい」（下線①）と述べて、一般論として原則実施論を採用するとともに、その後、「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には、面会交流は禁止・制限されなければならない」（下線②）として、面会交流の制限・禁止事項を挙げる。この流れは、原則実施論を採った場合の典型的な構成である<sup>(11)</sup>。次に、仙台家裁は、本件に言及して、XY間で面会交流をめぐり対立関係であること（下線③）、Xの一方的な言動・行動（下線④）、およびYの精神的疲弊とYのXに対する不信（下線⑤）から協力関係の構築は期待できない（下線⑥）と指摘する。とくに、下線⑥部分は、父母の対立と面会交流実施との分離を検討しているといえ、XとYの状況にもとづく検討の結果、協力関係の構築が期待できない（分離できない）と判断し、もし面会交流を無理に実施すれば、Bに悪影響を及ぼす（下線⑦）とする（当事者の関係を時系列的に見た場合、Bの発作はXとのかわりがある時期に起きていることが多い）。そして、本件では第三者の関与も功を奏さず、第三者機関が関与しても、円滑な面会交流は期待できない（下線⑧）とする（事実関係を見ると、XY離婚後、代理人がついても、Xの非難言動等、一方的な行動は激しさを増し、警察の介入も効果がなかったといえる）。

すなわち、仙台家裁は、①「原則実施論を述べ」、②「面会交流における子の利益を強調（下線①）し」→③「次に例外（制限・禁止の場合）を述べ（下線②）」→④「そして本件における制限・禁止すべき事情について述べる（下

---

(11) 前掲注 (2) 参照。

線③④⑤)」→㉔「父母が対立関係にあれば、父母の対立と面会交流実施との分離を説くところ」「本件事情のもとでは父母の協力、第三者の介入期待できないので、分離できない（下線部⑥⑦⑧）」→「本件では制限・禁止すべき」という流れを採ったものと考えられる。

こうした流れを前述の却下例①の論理構成にあてはめてみると、㉔「原則実施論を述べ（下線①）」→㉕「面会交流における子の利益を強調し（下線①）」→（例外（面会交流の制限・禁止）を述べる（下線②））→㉔「父母が対立関係にあれば、父母の対立と面会交流実施との分離を説く（下線⑥）」→㉕「現状での分離可能性について、事実にもとづき検討する（下線③④⑤）」→㉔「分離できそうであれば、面会交流認容」㉕「分離できないのであれば、子の福祉への影響を述べて（下線⑦）、面会交流請求棄却」という流れになる。これからわかることは、却下例②では、原則実施論であるものの、例外の場合を検討し、それにもとづく結論に導いているので、上記の㉔㉕が逆転している点である（下線番号を見ると、逆転していることがわかる）。いわば、仙台家裁は、最初から却下するつもりで審判文を書いているので、㉔を説くつもりがないといえる。このことは、原則実施論を貫く場合、却下例①の構成で、例外を検討する場合は却下例②の構成になることを示している。そして、分離の判断に大なり小なり影響を与えているのが、第三者（機関）による介入の可能性（下線⑧）であり、本件の場合、第三者による介入が功を奏していれば、結論は変わっていたかもしれない。

### 3-3. 却下例③

#### 3-3-1. 事実と判旨

##### (1) 事実関係

X男（申立人）とY女（相手方）は、平成16年〇月〇日、婚姻の届出をした。Xは〇〇メーカーに勤務し、Yは〇〇の教師をしていたが、婚姻当時、Xは〇〇所在の勤務先に単身赴任中であり、別居生活であった。その後、XとYは、

Yの希望により、Yの両親とともに、Yの実家があった〇〇所在の土地に二世帯住宅（以下、単に「自宅」という）を建築し、その2階に居住し、1階にはYの両親と妹が居住するようになった。

ところで、Yは、平成19年頃、交流サイトを通じてBと知り合い、その後、親密な関係となった。なお、Bは、平成〇年〇月に妻と婚姻し、妻との間に長男と二男（以下、長男と併せて「Bの子ら」という）をもうけたが、平成〇年に別居し、平成〇年〇月〇日、Bの子らの親権者をBと定めて離婚し、以後、BはBの子らを監護養育している。

その後、Yは、平成21年〇月〇日Aを出産し、同月〇日Xとの間の嫡出子として戸籍届出をしている。Yは、Aを出生後、平成〇年〇月まで育児休暇を取得して、自宅でAを監護養育し、同年〇月、Aを保育所に預け、職場復帰したが、その後も、自宅で、Yの両親や妹の援助を受けながら、Aを養育していた。

Aが出生した当時、Xは、〇〇所在の勤務先に単身赴任中であり、その後、Xは、平成21年〇月から平成22年〇月頃まで、〇〇所在の勤務先に上記自宅から通勤し、Aの寝かしつけや保育園への送迎などを手伝っていたが、同月頃、再び〇〇所在の勤務先に転勤となり、単身赴任となった。なお、Xは、単身赴任中も上記自宅に月に2、3回程度帰っていた。

Yは、Aを出生後も、Bとの交際を続け、〇〇市内に所在するB宅を訪問してAをBの子らと遊ばせるなどしていたが、平成23年〇月頃、Bとの交際がXに発覚するに至った。そして、Yは、平成23年〇月、私的に、Y、B及びAから採取した細胞のサンプルに基づきDNA検査を依頼し、BがAの生物学上の父である確率が99.99%であるとの検査結果が得たため、Yは、Xに対し、その事実を告げ、離婚を求めたが、Xは離婚を拒んだ。

Yは、平成23年〇月頃、Aとともに、自宅を出たが、Yの両親や妹は、BよりもXと一緒に住み、XがAの父となる方がよいと考え、Yに対し、その旨述べたりした。

Yは、その後、一時自宅に戻ったが、再びAを連れて自宅を出て、同年〇月

頃から、B宅で、A、B及びBの子らの5人で同居生活を始めている。

Xは、平成23年〇月〇日、大阪家裁に対し、Aの監護者をXと指定し、Yに対してAの引渡しを求める審判を申し立て、Yも、同年〇月〇日、Aの監護者をYと指定することを求める審判を申し立てた。大阪家裁は、これらの事件を併合し、平成24年〇月〇日、監護者をYと指定し、Xの申立てを却下する審判をした。Xは、大阪高裁に即時抗告をしたが、同高裁は、同年〇月〇日、抗告を棄却し、Aの監護者をYと指定する審判が確定した。

Yは、平成23年〇月〇日、大阪家裁に対し、Xと離婚することなどを求める調停を申し立てたが、Xが離婚に応ぜず、平成24年〇月〇日、調停不成立となったため、Yは、同年〇月〇日、Xと離婚を求める訴訟を提起したが、同年〇月〇日、訴えを取り下げている。

他方、Xは、Bに対し、Yとの間で不貞行為があったとして不法行為に基づく損害賠償を求める訴訟を提起し、Bに対し275万円の損害賠償金の支払いを認める判決が確定し、その支払が完了している。

Yは、平成23年〇月〇日、大阪家裁に対し、XとAとの間に親子関係が存在しないことの確認を求める訴え（以下、「確認訴訟」という）を提起したところ、同家裁は、平成24年4月10日、AとXとの間の親子関係が存在しないことを確認する判決をし、控訴審である大阪高裁も、同年11月2日、Xの控訴を棄却したが、上告審である最高裁は、平成26年7月17日、原判決を破棄し、第1審判決を取り消して、訴えを却下した。この結果、Aの法律上の父はXであることが確定した<sup>(12)</sup>。

---

(12) 最高裁第一小法廷平成26年7月17日判決・裁判所時報1608号6頁（判例時報2235号21頁）。判旨は次のとおりである。すなわち、最高裁は、「民法772条により嫡出の推定を受ける子につきその嫡出であることを否認するためには、夫からの嫡出否認の訴えによるべきものとし、かつ、同訴えにつき1年の出訴期間を定めたことは、身分関係の法的安定を保持する上から合理性を有するものということができる（最高裁昭和54年（オ）第1331号同55年3月27日第一小法廷判決・裁判集民事129号353頁、最高裁平成8年（オ）第380号同12年3月14日第三小法廷判決・裁判集民事197号375頁参照）。そして、夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的証拠により明らかであり、かつ、子が、現時点において夫の下で監護されておらず、妻及び生物学上の父の下で順調に成長してい



Xは、平成26年8月〇日、大阪家裁に対し、XとAとの面会交流を求める調停事件を申し立てたが、Yは面会交流を拒んだため、同年12月〇日、調停不成立となり、本件審判手続きに移行したものである。この審理でのXYの争いは、法律上の父に面会交流を認めるかどうかであり<sup>(13)</sup>、審理においては、家裁調

停という事情があっても、子の身分関係の法的安定を保持する必要が当然になくなるものではないから、上記の事情が存在するからといって、同条による嫡出の推定が及ばなくなるものとはいえず、親子関係不存在確認の訴えをもって当該父子関係の存否を争うことはできないものと解するのが相当である。このように解すると、法律上の父子関係が生物学上の父子関係と一致しない場合が生ずることになるが、同条及び774条から778条までの規定はこのような不一致が生ずることをも容認しているものと解される。…もっとも、民法772条2項所定の期間内に妻が出産した子について、妻がその子を懐胎すべき時期に、既に夫婦が事実上の離婚をして夫婦の実態が失われ、又は遠隔地に居住して、夫婦間に性的関係を持つ機会がなかったことが明らかであるなどの事情が存在する場合には、上記子は実質的には同条の推定を受けない嫡出子に当たるといえることができるから、同法774条以下の規定にかかわらず、親子関係不存在確認の訴えをもって夫と上記子との間の父子関係の存否を争うことができると解するのが相当である（最高裁昭和43年（オ）第1184号同44年5月29日第一小法廷判決・民集23巻6号1064頁、最高裁平成7年（オ）第2178号同10年8月31日第二小法廷判決・裁判集民事189号497頁、前掲最高裁平成12年3月14日第三小法廷判決参照）。しかしながら、本件においては、YがAを懐胎した時期に上記のような事情があったとは認められず、他に本件訴えの適法性を肯定すべき事情も認められない」として、原判決を破棄し、第1審判決を取り消した上で、訴えを却下した。

- (13) Xは、前記確認「訴訟によりXがAの法律上の父であることが確定した。Xは、Aの誕生を待ち望み、初めてAを抱いた時、この上ない喜びを感じ、「これからの人生はこの子のためにある」と決心した。XのAに対するこの思いは、DNA検査の結果によって失われるものではなかった。Xは、Aに対しAの父として変わらぬ愛情を有しており、父子交流は実現されなければならない。…YはXとAとの面会交流を拒否するが、親権者となった親が再婚した場合、非親権者が子と面会交流を続けることは一般的に見られることであり、子が「2人の父」と接する事例も無数に存在している。また、様々な家族があり、子が血縁のない育ての親と愛情や絆で結ばれている例は少なくない。面会交流で重視されるべき「子の利益」とは、子に選択可能性を与えることであり、Yの意向によって、子の選択可能性を奪うことは、子の利益に反するというべきである。したがって、家庭裁判所において、XとAとの面会交流の時期、方法等を定めるべきである」と主張する（家庭の法と裁判6号92頁参照）。

これに対して、Yは、前記確認「訴訟ではXが嫡出推定制度により法律上の父と認められたが、本件は、Xと子の面会交流が子の利益に合致するかという観点から検討されるべき問題である。そして、本件では、Aが父母の婚姻関係が破綻したために法律上の父の下を出て、血縁上の父と生活して新たな養育環境が形成されているという事案であり、法律上の父に面会交流を認める必要や利益は認められない。Aは、まだ5歳であり、法律上の父と血縁上の父の区別もつくはずがないのであり、2人の父がいることを教えることにはいかなる意味があるのだろうか。…また、Xは否定するかもしれないが、XがAと面会交流を求める目的は、Yの背信行為に対する仕返しであるか、最高裁判所まで争って勝訴し、法律上の父となったことを確認するためのものにすぎないのではないだろうか。…確かに、YがXとの婚姻中にBと性的関係を持ち、Aをもうけたうえ、Aの出生後2年にもわたっ

査官によるXY双方の意向調査<sup>(14)</sup>とAの状況調査<sup>(15)</sup>が行われている。

なお、Xは、平成26年当時、〇〇市内にある工場において、〇〇の開発に従事しており、〇〇市内の会社の借上げ社宅に居住しているものの、月に2回程度、〇〇にある実家に帰った際、Aが通園している幼稚園の外遊びの時間に、門の外からAの様子を見に行ったり、幼稚園行事でAがいるスキー場に行き、そこでAと簡単な会話をしたことがある。また、Xは、Yの両親や妹からもAの様子を聞いている。

これに対してYは、平成26年当時、〇〇の教師として大阪市内で勤務し、職場では婚姻後も旧姓の「〇〇」を使用していたため、その後も旧姓を使い続け

---

てXの子であるように見せてきたことは、Xに対する背信的な行為であることは事実であり、謝罪するが、それはあくまでもXとYとの間で別途解決すべき問題であり、Aに転嫁させるべきではない。したがって、本件申立ては却下されるべきである」と主張する(家庭の法と裁判6号92頁参照)。

- (14) Xの意向は、「AはXを覚えており、Xと会うと喜んでくれている。この先もその関係を続けていきたいし、交流の場を広げたいと考えている。現在は、時々、幼稚園の外遊びのときに顔を見る程度のことではできているが、小学校に入学すると、そのような機会を持つことは難しくなると思う。定期的に、例えば、月に1回程度、…自宅とかで交流することを考えている。Aは、2人の父がいる今の状況を受け入れていると思う。Xは、必要以上にYの家庭を壊そうとは考えていない。Aに対し、Yにこんな行為があった等というようなことも一切言うつもりはない。Aが将来、真実を知りたいということがあれば、Aにも知る権利はあると思うので、話すことがあるかもしれないが、それまでは話すつもりはない。」というものであった(家庭の法と裁判6号94頁参照)。

これに対して、Yの意向は、「YがXにしたことは反省しないとはいけなと思っています。でも、Aのことに關しては、それとは別に考えてほしい。AはBを父、Bの子らを兄と信じている。Bの子らはAを大変かわいがってくれている。Yとしては、可能な限り、Aが信じている状態を守っていきたい。Aの性格はデリケートなところがある。話す必要のないことを話して、Aを苦しめるような結果にさせたくない。…(筆者補足—上記確認)訴訟により、XとAの親子関係が存在しないと確認することが法的に認められないことは理解した。戸籍ではBの子にしてやれなかったが、何とかBが父だと疑いのないまま育ててやりたい」というものであった(家庭の法と裁判6号94頁参照)。

- (15) Aの状況調査については、家裁調査官がB宅を訪問し、Y、A、B及びBの子らと面談する形で行われている。その結果は、次のとおりである。すなわち、家裁調査官が「案内されたB宅のリビングには、AとBの子らがそれぞれに羽織袴を着て3人で写っている七五三の時の写真が3枚飾ってあった。普段、Bの子らは午後9時には自分の部屋に行って眠り、AはBとYと同じ部屋と一緒に寝ている。家庭裁判所調査官がBとYを指し、Aに対し「普段何と呼ぶの」と聞くと、Aは、「Bをお父さん、Yをお母さんと呼んでいる」旨答えた。家庭裁判所調査官がAに「お名前は」と聞くと、Aは「〇〇(編注：Bの氏とAの名)」と答えた。Aは、YとB、Bの子らと家族として生活していることが確認された(家庭の法と裁判6号94頁参照)。

ている。またAは、平成26年当時、幼稚園に通っている（小学校入学は平成28年4月である）。なお、Yの両親が幼稚園に赴いて、Aに対し、XがAのパパであるとしてXの写真を見せたりしたことがあり、最近、AがYに対し「パパってなに」と聞いたことがあった。

## （２）判旨

大阪家裁は、「（１）…（筆者補足—前記確認）訴訟においてAとXとの親子関係不存在確認の訴えが却下された理由は、概要、「Aは、XとYとが婚姻中に懐胎し、夫婦の実態が失われていたなどの事情もないので、民法772条により嫡出の推定を受ける子であるところ、嫡出であることを否認するためには、夫が子の出生を知った時から１年以内に嫡出否認の訴えを起すことが必要であるが（民法774条、777条）、夫であるXは嫡出否認の訴えを提起していないので、他の者が当該父子関係の存否を争うことはできない。」というものであった。こうした嫡出推定と否認の制度は、嫡出推定により父とされる者について、子との血縁関係がないとしても、その否認権の行使を制限することによって、父子関係を早期に安定させるためであると考えられ、一定の合理性を有するものといえる（もっとも、嫡出推定により父とされる者が父となることを決意さえすれば、子や母の意思と無関係に父子関係を確定させるという現行制度が相当かという点は、立法論としては検討の余地がある。）。Xは、こうした嫡出推定規定により、Aの法律上の父となった。

…（２）子を監護していない親（以下「非監護親」という。）と子との面会交流については、従来から、家庭裁判所がその方法を定め又は制限することができるものと解されてきたが、平成23年法律第61号による改正後の民法766条において、当事者間で協議が整わないとき又は協議をすることができないときは、家庭裁判所が面会交流について必要な事項を定める旨の規定が設けられた。そして、その場合には、「子の利益を最も優先して考慮しなければならない」とされており（民法766条１項）、面会交流については、種々ある考慮要素

のうち、①子の利益を最優先すべきことが定められている。…一般的に言えば、②子がその成長過程において、一方の親のみではなく、両親から愛情を注がれて育つことは、子の健全な成長、人格形成のために重要であり、面会交流の実現が子の福祉を害するような事情がない限り、非監護親と子との面会交流を実施することが望ましいといえる。…もっとも、本件は、Aの父として、法律上の父であるXと生物学上の父であるBがいるという希有な事案であり、③前記一般論から直ちに結論を導き出すことができるものではない。

…(3) ④面会交流は、法律上の父又は母の権利として認められるものではなく、前記のとおり、子の利益を最優先して決めなければならないものである。すなわち、面会交流は、嫡出推定制度という身分法上の原則に関わる問題ではなく、法律上の父と子の面会交流が子の利益にかなうかという観点から個別具体的に検討されるべき問題である。以下、この観点に立って検討する。

…ア 本件の事実関係の概要は、次のとおりである。

Yは、Xとの婚姻中にBと性交渉を持ってAを懐妊したが、AがBとの間の子であることをXには隠して平成21年×月○日Aを出産した。Aは2年余りXの子として育てられた。ところが、Yは、Xとの離婚を望むようになり、私的にDNA検査を実施して、AがBの子であることが明確になった後、Xに対しAがXの子でないことを告げた。その後、Yは、平成23年×月、Aと共に…(筆者注—前記)自宅を出て、一時…自宅に戻ったものの、同年×月、再び…自宅を出て、以後、B宅で、B及びBの子らと生活している。Aは、自らを「××××(編注：Bの氏とAの名)」と名乗っており、Bを父、Yを母と思い、Bの子らを兄と認識している。Aが…自宅にいたのは平成23年×月ないし×月までであり、⑤2歳4、5か月の時であって、Xが単身赴任していたこともあり、Xの認識はほとんどないと考えられる。もっとも、その後、AはXと会ったりしており、Xを「知っている人」という認識はある(Aは、最近、Yに対し「パパってなに」と聞いたことがあるが、その年齢からして、Xを父と認識しているわけではないと考えられる。)

…イ ⑥Aの父を巡る経緯は、以上のとおりであるが、血縁上の父の下で平穩に暮らしているAに対し、Xとの面会交流を認め、法律上の父がいることをAに明らかにすることは、子の利益を最優先しなければならない面会交流の趣旨からすると、相当性を欠くと思われる。すなわち、家庭裁判所においてAがXと定期的に面会交流することを命じると、まだ5歳であるAに対し、Xが誰であるかを示すことが必要になると考えられるが、Aにとっては法律上の父がいかなる者であるかおよそ理解できないのに、血縁上の父のほかにもう1人の父がいることを教えることは、Aを混乱させ、精神的に不安定にさせるおそれがあり、XとYとの紛争にAを巻き込む可能性も否定できない。⑦XとAとの面会交流は、Aが成長して自ら考える力がついた時点で、検討すべき課題とするのが相当であるように思える。…Xにおいて、血縁上のつながりはなくとも、自ら親としてAと関わりたいという意思を有していることは、家庭裁判所調査官による調査から認められるところであり、Yが主張するような、Yの背信行為に対する仕返し等のために面会交流を求めているものとは認められないが、こうしたXの意思を十分考慮しても、現時点において、家庭裁判所がXとAとの面会交流を命じることが相当とは思えない。

…ウ Xは、親権者となった親が再婚した場合、非親権者が子と面会交流を続けることは一般的に見られ、子が「2人の父」と接する事例も無数に存在しているし、様々な家族があり、子が血縁のない育ての親と愛情や絆で結ばれている例は少なくない旨主張する。…確かに、Xが主張するように、⑧離婚して子の親権者となった母が再婚し、再婚相手の父と子が養子縁組した場合には、「2人の父」が存在し、血縁上の父と子との面会交流を実現させることは望ましいといえる。しかし、そのような事例は、数多く存在し、⑧夫婦の離婚ということの子が理解することもさほど困難なことではないが、本件は、子が、父母の婚姻関係が破綻し、嫡出推定規定による法律上の父の下を出て、血縁上の父と生活して新たな養育環境が形成されている場合に、法律上の父との面会交流を認めることが子の利益にかなうかという事案であり、前記のような再婚事案と

は本質的に異なるといえる。…また、様々な家族があり、⑨子が血縁のない育ての親と愛情や絆で結ばれている例は少なくないと考えられる。しかし、本件においては、AがXと同居していたのは2歳4、5か月までであり、Aにおいて、Xによって育てられたとの認識はなく、Xを「知っている人」という認識がある程度であり、AとXが愛情で結ばれているという事案でもなく、この点でも面会交流を認める必要があるとはいえない」と述べ、「当裁判所は、これから成長していくAのためには、当面、現在同居し家族として生活している血縁上の父との関係を大切にし、法律上の父であるXとの面会交流を控えるのが、Aの利益にかなうものであると考える」として、Xの申立てを却下した(判旨中の下線および下線番号は、筆者が付した)。

### 3-3-2. 判旨の論理構成

大阪家裁は、まず改正民法766条を挙げ、そこで「子の利益を最優先すべきことが定められている」(下線①)と述べて、面会交流における子の利益優先を強調している。そして、大阪家裁は、子の健全な成長、人格形成にかかわり、「非監護親と子との面会交流を実施することが望ましい」(下線②)として、原則実施論を採る。いわば、下線①は、下線②を述べるための前提となっている(原則実施論は子の利益優先にもとづくものであることを示している)。次に、大阪家裁は、XとBという2人の父の存在により、本件が「前記一般論から直ちに結論を導き出すことができるものではない」(下線③)として、原則実施論で考えられない事案であることを示すとともに、面会交流が、法律上の親の権利ではないことを指摘する(下線④)。さらに、大阪家裁は、Xを父であるとする認識がAにないことを強調(波線)する(下線⑤)とともに、Aの生活状況(Bを父と認識し平穏に生活していること)を挙げて(下線⑥)、面会交流を実施すれば、もう1人の父の存在がAを混乱させAの利益に反することから、Xとの面会交流は不相当とする(このことから(下線⑤⑥)を通して)、大阪家裁は、子が面会交流当事者を親として認識できるかを面会交流実施の基本

としていることがわかる)。もっとも、大阪家裁は、Xとの面会交流を完全に否定したわけではなく、Aの成長に合わせて今後の課題とする（下線⑦）。また、再婚の場合（2人の父が生じる場合）の面会交流に関するXの主張に対し、大阪家裁は、子が親の離婚・再婚を理解（2人の父が存在することについて理解）できるのであれば面会交流ができる（下線⑧）が、本件は再婚事案と異なると否定し、下線⑨とそれ以降の表現で、親（育てられた）としての認識と、そのもとでの愛情と絆で結ばれていることが面会交流にあたって必要とする（下線⑨）。

本件では、XとAの交流は、平成21年のA出生から、平成23年のYとBの交際が発覚しYが家を出るまでの約2年間のみであり、その交流は、X単身赴任のため、断続的交流であった。大阪家裁は、このXとAの交流期間を中心に判断し、AはXを父として認識していない（愛情・絆でも結ばれていない）とする。また、大阪家裁は、その後出されたところの、Yの親子関係不存在確認の訴えを却下した最高裁判決を意識し（Xがこの訴訟結果（XがAの法律上の父であるとする判決）にもとづき面会交流を求めたため、この最高裁判決を意識して）、面会交流が法律上の父の権利ではなく、その実施にあたり子が当事者を親として認識しているかどうかが重要と説くに至った。そのため、この大阪家裁の価値は、この点（面会交流実施にあたり子における親としての認識が重要と説く点）にあるといえる。

以上、大阪家裁の論理構成をまとめると、次のような流れとなる。すなわち、まず④「面会交流における子の利益を強調し（下線①）」→⑤「原則実施論を述べ（下線②）」→⑥「次に例外（制限・禁止の場合）を述べるとともに（下線③④）」→⑦「本件における制限・禁止すべき事情について述べて（下線⑤⑥⑨）」→⑧「却下すべき」という流れとなっている。大阪家裁は、上記⑥で例外を述べるにあたり、面会交流は法律上の親の権利ではないこと、子の利益になるかで判断するとする。大阪家裁は、それを強調するため、⑤原則実施論の前に④子の利益を述べていると考えられ、却下例①②と異なり、これまでの④

から⑩という論理的な流れが逆転している。これは、いわば、あらためて子の利益のために面会交流が原則実施すべきであることを確認するとともに、面会交流が親の権利、あるいは子の権利といった権利性で語られることを否定するための構成（権利性を語れば、Xの権利として考慮する余地もあり得るから、それを否定するため）ではないかとも考えられる<sup>(16)</sup>。また、大阪家裁は、上記④で、X＝親という認識がAにないこと、そしてBを父と認識しているAにとって、Xの存在が混乱を誘発すること、さらにXA間に、親（育てられた）と子の認識のもとでの双方向的な愛情・絆がないことを強調する。そのため、もしXA間で愛情・絆があり、AがXを親と認識していれば、大阪家裁は、あるいは面会交流を認めたのではないかと考えられる。大阪家裁は、判旨全体を通して、いわば、面会交流とは、子の利益配慮のもと、子が親の存在を認識するためのものとし、しかも、親の定義づけには、愛情・絆での紐帯を挙げ、その意味で育ての親もここにいう親に含まれると解している<sup>(17)</sup>。

## 4. おわりに（却下判断に影響を与えた事情、要因）

### 4-1. 事情（背景）

各判例の却下判断に影響を与えた事情（以下、事情という）は、次のとおり

(16) 面会交流については、平成23年の民法766条改正（平成23年法律第61号）において、権利性に関する議論（親の権利か、それとも子の権利かといった議論）が分かれていたため、権利性について明記されず、子の監護に必要な事項（一つの態様）として定められるに至っている（飛澤知行編『一問一答・平成23年民法等改正—児童虐待防止に向けた親権制度の見直し』（商事法務、2011年）12頁以下参照）。

(17) 似たような考え方としては、欧州人権裁判所（European Court of Human Rights）の考え方がある。すなわち、欧州人権裁判所は、親子間における面会交流（contact）について、欧州人権条約（European Convention for the Protection of Human Rights）第8条にもとづく家族生活（family life）に関する権利の一部として認識している（See, Kate Standley Family Law (Palgrave Macmillan: 7th edn, 2010) p.300）ようであり、親あるいは子の権利といった特定当事者の権利とはせず、それとは違ったとらえ方をしている。なお、この「家族生活」については、家族間（法律上の婚姻、血族、親族関係に限らず、内縁、祖父母と孫、おじとめい、育ての親と子など）の絆（bond）に相当するものとされている（See, Kate Standley, *op. cit.*, p.13）。



である。すなわち、却下例①の事情は、父母の深刻な対立関係であり、副次的に監護親からの申立てであったことも事情として挙げられる。また、却下例②の事情は、却下例①と同様に、父母の深刻な対立関係であり、副次的にXの執拗な非難言動、つきまとい、Aの病気が事情として挙げられる。なお、却下例①②ともに、父母が婚姻中か離婚後かの区別は、判旨中に出てこないで、事情には関係しないと考えられる。却下例③の事情については、XとAに血縁がない（Xが法律上の親である）ことであり、副次的にAが生物学上の父Bと同居していることが事情として挙げられる。

#### 4－2．要因

各判例の却下判断に影響を与えた要因は、次のとおりである。すなわち、却下例①では、第三者（機関）の介入の可能性（介入できるかどうか）であり、却下例②においても、第三者（機関）の介入の可能性（介入できるかどうか）が挙げられる。却下例③については、AにX＝親の認識があったかどうかが挙げられる。

#### 4－3．まとめ（各判例から考えられること）

##### （1）却下例①②について

原則実施論の流れの中で、父母間に深刻な対立がある場合、第三者（機関）の介入があり得るのか、また過去の第三者介入のもと交流が成功したかどうか（成功しなかった例として、相手方が遵守事項を守らなかった、子が精神的に不安定となったなど）が、認容・却下のポイントとして重要になると思われる。

##### （2）却下例③について

却下例③は、申立者が生物学上のつながりがない法律上の父という特殊事案である。

その点、大阪家裁も、面会交流に必要な要素（子に当事者が親であるとの認

識があるかどうか)を挙げて却下しているので、この判例の価値は、「面会交流とは子に親(育ての親を含む)の存在を認識させるもの」として面会交流の側面を明らかにしたことにあるといえる。すなわち、子が幼少で親の記憶がなければ、面会交流を実施することで、親の存在を認識させ、子に意思能力があれば、面会交流を実施することで、親の存在を再認識させるということになる。こうしたことは、いずれも、親子関係に問題がない場合にいえることであり、親子関係に問題があれば、そもそも面会交流実施の話とはならない。その点で、却下例③では、親としての認識および愛情・絆による結びつきを挙げているわけだから、それがないXには、Aから面会交流をしたいといわないかぎり、将来的に面会交流の実施可能性はないといえるのではないだろうか。