

## 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

栗林, 佳代  
九州大学大学院法学府

<https://doi.org/10.15017/10958>

---

出版情報：九大法学. 86, pp.199-272, 2003-09-12. Kyudai Hogakka i  
バージョン：  
権利関係：

# 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—

栗 林 佳 代

はじめに

1 問題の所在

2 考察の手順

一 わが国の面接交渉権論の状況

1 父母の面接交渉権

(一) 面接交渉権に関する初の裁判例

(二) 面接交渉の権利性の変遷

(三) 面接交渉権の法的性質

(四) 適用場面の拡張

—面接交渉権に関する離婚前の審判の可否—

2 祖父母の面接交渉権

—父母以外の者への権利主体の拡張—

3 小括 —わが国における問題—

二 フランスにおける訪問権

1 訪問権について

2 祖父母の訪問権の沿革

(一) 祖父母の訪問権に関する初の裁判例

(二) 祖父母の訪問権に関する学説の整理

(1) 権利性の承認と内容の拡張

(2) 法的性質

(3) 訪問権を承認される祖父母の範囲の拡張

(三) 一九七〇年法による祖父母の訪問権の立法的承認

(1) 立法的承認の概要

(2) 社会的時宜性に関する議論

(3) 祖父母の訪問権への制限

—子の利益との関係—

3 祖父母の訪問権が問題となる場面

4 小括

三 日本法への示唆

1 面接交渉権の適用場面と権利主体の拡張の必要性

2 従来の面接交渉権論の具体的検討と問題点

むすびにかえて

## はじめに

## 1 問題の所在

近年、わが国において、祖父母と孫の関係は重要性を増している。このことは、高齢社会が到来した一方で、女性の社会進出が盛んになり、また、孫の両親が離婚や再婚をすることが珍しくなくなったことなどにより、祖父母が孫を監護する例が多くみられるようになったことからいえる<sup>④</sup>。このような場合、孫にとって祖父母は「育ての親」として重要な存在となる。さらに、祖父母の存在が、増加する子の虐待などの社会的病理現象に対して、抑止的効果を及ぼすことさえある。

ところが、現行法は、このような祖父母と孫の関係を十分に考慮していないのではなからうか。先に述べたように、祖父母が孫にとって重要な存在となる場合でも、親が子の引渡しや、祖父母と孫との交流の中止を要求すれば、婚姻家族ないし核家族こそが法律の保護に値する家族であると考えがちなわが国の民法解釈では、祖父母と孫の關係は当然のごとく遮断されることになりかねない。少なくとも、このような解釈への歯止めは何もないように思われる。そして、特段の事情がない限り祖父母は父母(または父母の一方)の親権行使を妨げることとはできないという結論になりそうである。しかし、祖父母と孫の關係は、家族關係の一部として存在し続けているのである<sup>⑦</sup>。社会学の分野では、この關係の重要性が認識されており、孫にとって祖父母は社会における最も身近な權威ある年長者であり得ると同時に、祖父母と孫の關係は時として緊張をはらむ親子關係よりも親密さが強調される關係となるとの指摘がなされている<sup>⑧</sup>。このように、紐帯が強いと思われる祖父母と孫の關係は、法的な面からも考察が加えられる

べきであると考ええる。

そこで、本稿では、子の監護に関する子と父母以外の者との法的関係において、特に、父母に次いで子（祖父母からいえば孫）と強い紐帯を持つ祖父母の面接交渉権（以下、わが国で一般的に用いられる表現に従って、「面接交流」ではなく「面接交渉」ということにする<sup>9)</sup>）に主に焦点をあてて考察する。なぜなら、父母の別居や離婚または死別などにより家族が分裂した場合において、祖父母と孫が離れ離れになれば、これらの直接的な交流の継続の可否は、面接交渉権の成否によって大きく左右されると思われるからである。また、少子化の影響によって増加傾向にある子の奪い合いに、祖父母が関与する場合も少なくないともいわれており、これを緩和するのに、確実な面接交渉の保障が有効な手段であるとも考えられている<sup>10)</sup>。このことから、祖父母の面接交渉権の考察は重要である。しかし、わが国の民法は、祖父母と孫の関係についての規定をほとんど持たない。それゆえ、祖父母と孫との面接交渉などが表だって問題になることはあまりなく、このような問題への関心も薄いように思われる。そして、議論すらほとんど存在しないのであるが、裁判例<sup>11)</sup>などを眺めれば、子の監護に携わる祖父母に関する問題は潜在的に存在していることがわかる<sup>12)</sup>。したがって、祖父母と孫の面接交渉権に考察を加えることは、今日の問題に正面から対処する方策を検討することにもなり、大きな意義を有すると考える。

## 2 考察の手順

本稿では、祖父母と孫の面接交渉について検討を行うことを目的とするが、わが国には祖父母と孫の面接交渉を規律する規定がない。そこで、わが国の議論に何らかの示唆を得るために、フランスの法制度の変遷を検討することに力点を置く。まず、最初にわが国における従来の面接交渉権論の問題点を指摘する。ここでは、面接交渉権の

権利性、法的性質、適用場面と権利主体の拡張という点から判例・学説の検討を行い、そのうえで、従来の議論では祖父母・孫関係を規律するには十分でないことを明らかにするとともに、その理由を示す。(一) わが国の面接交渉権論の状況)。

次に、わが国における面接交渉権論の再考察のためにフランス法における祖父母の訪問権(わが国でいう面接交渉権)検討を行う。なぜなら、フランス法は、一九七〇年まで明文規定を持たないという点では、わが国と同じであったにもかかわらず、祖父母の訪問権は、古くから判例により創造され、発展させられ、一連の家族法大改正<sup>13)</sup>によって立法的承認を得るに至ったからである。したがって、本稿では特に立法化までの議論に注目して検討を行う。父母の面接交渉権に関する規定すら持たないわが国の現状を考えると、フランス法においてどのような過程のもと、いかなる議論がなされ、祖父母の訪問権が立法されるに至ったのかを明らかにすることが有用であると思われる。そこで、フランス法における祖父母の訪問権の沿革を、その内容や権利性、法的性質、具体的な適用場面の観点から、判例・学説の議論、立法資料などを参照し検討する(二) フランスにおける訪問権)。

この検討によって明らかにしたフランス法における祖父母の訪問権の議論をふまえて、わが国の面接交渉権論との比較検討を試み、祖父母の孫に対する面接交渉権につき一定の方向性を示すこととする(三) 日本法への示唆)。

わが国とフランスでは、規定の背後にある社会的状況、経済的状況も違い、家族観にも違いがあるといわれている<sup>14)</sup>。しかし、家族関係は国境を越えて普遍的に存在するものであり、この意味において、家事事件には共通するところも多いのではないかと考える。わが国でも、一九九六年(平成八年)の民法改正要綱案<sup>15)</sup>に父母の面接交渉権についての規定が登場しており、子の監護をめぐる議論の中で、わが国がこれから直面するであろうと思われる父母以外の者、特に祖父母と孫との面接交渉の問題には、フランス法がこれらの問題の「経験者」として何らかの示唆を

与えてくれるはずである。なお、近年のフランス法における子の権利への関心の高揚により、<sup>(16)</sup> 訪問権についての法改正も盛んに行われているようであるが、法改正の検討についてはほかの機会に譲る。

なお本稿では、用語の混乱をさけるために、原則として、「子」、「父母(両親)」、「祖父母」という用語を使うことにする。さらに、本稿では、祖父母と孫の法的関係を考察することを主たる目的とするため、これらの関係をよりわかりやすくすべく、祖父母と孫の相対的關係においては、「子」を「孫」と表現する。

(1) 平成一三年簡易生命表(厚生労働省)によると、男の平均寿命は七八・〇七年、女の平均寿命は八四・九三年と、男は初めて七八年を越え、前年と比較して男は〇・三五年、女は〇・三三年上回った。<http://www.mhlw.go.jp/koukei/saikin/hw/life/life01/life-1.html>(二〇〇三年八月一日現在)。

(2) 平成一三年度女性雇用管理基本調査(厚生労働省)によると、各事業所における女性労働者の割合は、パート・アルバイトも含め増加傾向にある。詳しくは、「各事業所における平均女性割合」、「三年前と比較した一般労働者数の増減・労働者区分別増減状況別事業所割合」を参照。<http://www.mhlw.go.jp/houdou/2002/05/h0524-5b.html#2>(二〇〇三年八月一日現在)。

(3) 離婚に関する統計(厚生労働省)によると、人口一〇〇〇人当たりに対する離婚率は、昭和三〇年には、〇・八四人、平成一〇年には、一・九四人と倍以上に増えている。<http://www.dbk.mhlw.go.jp/koukei/kihon/data/KH019a.htm>(二〇〇三年八月一日現在)。

(4) 平成一〇年国民生活基礎調査(厚生労働省)によると、乳幼児の年中における保育等の状況を構成割合で見ると、「父母」が全体の六六・〇%、「保育所(認可)」二二・九%、「幼稚園」二二・七%、「祖父母」一一・六%となっている。また、父のみが仕事に従事する場合には、祖父母に保育等をされる乳幼児数の割合は五・七%にとどまるのに対して、母も仕事に従事する場合には、この割合は二三・九%にも及ぶ。[http://www1.mhlw.go.jp/koukei/10-kyosai2-5\\_8.html](http://www1.mhlw.go.jp/koukei/10-kyosai2-5_8.html)(二〇〇三年八月一日現在)。

(5) 平成一二年度児童相談所における児童虐待相談処理件数報告(厚生労働省)によると、平成一二年度の相談数は一七七二五件にのぼり、平成二年度に比べると約一六倍に増加しており、前年度と比較しても約一・五倍に増加している。<http://www.mhlw.go.jp/houdou/011/h1114-3.html>(二〇〇三年八月一日現在)。

(6) 夫婦間の同居・協力・扶養義務についての民法七五二条や、未成年者が父母の共同親権に服するという民法八一八条という

民法の個別規定からは、民法の予定する典型的家族は、婚姻家族ないし核家族と考えることもでき、現行法の中心的な起草者の家族観でもあったとされる。以上は、大村敦志『家族法二版』二三頁(有斐閣、一九九九年)参照。このように、親族法が夫婦と未成熟子から成る核家族を基礎とするという考えは、早くから法学者の間では常識となっていたようである。これにつき、中川善之助『親族法』五頁(新法学全集、一九三七年)、我妻栄『家の制度——その理論と法理——』二九頁(酣燈社、一九四八年)参照。このような家族観がわが国の家族法学において一般的になったのは、明治以降の「家」制度の影響があったからといわれている。昭和二年(一九四七年)の民法改正の際、「家」制度の廃止に伴い、親子関係は「家」から解放されることになった。婚姻家族ないし核家族の観点からのみ「家族」を枠づけしようとしがちである通説的見解は、戦前からの「家」制度に由来する家族イデオロギーに対する反動としてのものであると考えられる。川島武宜『イデオロギーとしての家族制度』三〇—六六頁、一二六—一九〇頁(岩波書店、一九六七年)参照。

(7) 実証主義の立場は、婚姻家族(*conjugal family*)モデルを実証的社会調査から引き出された経験的事実ではなく、一九五〇年代アメリカの家族社会学が望ましいとした価値観にとつて都合がよい理念型にすぎないとする。そして、一九六〇年代の末までは、この指摘の妥当性が西欧諸国の家族社会学界で広く認められるようになった。このように、実証主義の立場は、婚姻家族ないし核家族を、現実社会に存在する「家族」関係の一部を切り取って見るために作り出された概念に過ぎないとする。W.J. Goode, *World Revolution and Family Patterns*, London, 1968. 参照。また、近年、わが国における「家族」は多様化していると考えられ、「家族」の多元モデルが提唱されている。大村・前掲註(6)二四、二五頁、水野紀子「団体としての家族」ジュリスト一一二六号七二頁(一九九八年)参照。これらの見解は、世帯形態の変化に着目し、同時に家族法においては、事実が重要であることを喚起させるものである。事実の重要性については、中川善之助『身分法の基礎理論』一一五、六八、八八頁(河出書房、一九三九年)参照。これらの見解のように事実に着目すれば、たとえ世帯形態が多様化しても、「家族」関係は、第二次大戦後の民法改正の前から普遍的に存在し、その重要な一部を構成する祖父母・孫関係は、民法が改正されても何ら影響を受けないはずであろう。なお、家族構成と世帯構成の違いについては、比較家族史学会編『事典家族』一七五頁(弘文堂、一九九六年)参照。

(8) 祖父母・孫関係については、比較家族史学会編・前掲註(7)五七四頁参照。家族関係において、祖父母は孫にとつて社会における最も身近な権威ある年長者であることから、孫に伝統や文化を伝承したり、学習の模範となることもあり得る。また、

子と親が隣接世代にあるのに対して、祖父母と孫は互隔世代にあり、時として緊張をはらむ親子関係よりも緊張が緩和された関係となる。

(9) 「面接交渉」という言葉は子を客体にした印象があるとされる。それに対して、「面接交流」は子との相互的な関係をよりの確に表しているとされるが、わが国で通常、「面接交渉」という言葉が使われているので、本稿では、便宜上、「面接交渉」という言葉を以後使うことにする。二宮周平『家族法』八六頁(新世社、一九九九年)では、「面接交渉」という言葉は日常生活に馴染みにくいとして、「面接交流」という表現を用いている。これに関してほかには、浦本寛雄『家族法』八六頁(法律文化社、二〇〇〇年)など参照。なお、一九九六年(平成八年)の民法改正要綱案では、「面会及び交流」という表現が用いられている。

(10) 大村・前掲註(6)二五七頁。

(11) 裁判例において当事者として登場することは少ないが、多くの場合に、例えば、子の監護者を決定する際に祖父母の存在は事実上の考慮要件とされている。祖父母が当事者もしくは事実上の当事者として、子の監護の場面に登場する裁判例については、「2 祖父母の面接交渉権」の後掲註(42)、(43)を参照。

(12) 読売新聞二〇〇二年一〇月四日の「人生案内」の欄に、孫と会わせてもらえない祖父母からの相談が掲載された。この事案の祖父母は、息子夫婦とうまく行かず疎遠になっており、孫に一度も会わせてもらえていなかった。そして、息子が離婚した後、孫の親権・監護権とも、息子の別れた妻が取得したので、一層、孫に会いづらい状況になった。この孫に、息子を介さずに会うことができないだろうかという祖父母からの相談であった。わが国でも、このように現実社会には祖父母と孫の問題は存在している。この事案で、祖父母の面接交渉権を認めるべきかは別にしても、現在のわが国において、祖父母が子の両親を介さずに、直接、面接交渉権を請求する方法が全くないのは問題ではないだろうか。

(13) 詳しくは、有地亨「フランスにおける親子法の近時の展開」ジュリスト六〇四号一〇六頁(一九七六年)。

(14) フランスでいういわゆる「家族」の範囲はかなり広範であるとされる。有地亨『フランスの親子・日本の親子』(NHKブックス、一九八一年)参照。また、フランスとわが国では労働契約に対する認識の違いがあり、例えば、家族関係の尊重のため、人事異動も同じ市内に留めるなどの配慮があるようである。それゆえ、祖父母世帯と父母世帯の物理的な距離は、わが国に比べるとより近く、実際に、交流もより頻繁である場合が多いようである。ほかに、フランスの家族について、浅野素女『フランス家族事情』(岩波新書、二〇〇一年)。



(15) 「第六 協議上の離婚」における、「一 子の監護に必要な事項の定め」の「一 父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者、父又は母と子との面会及び交流、子の監護に要する費用の分担その他の監護について必要な事項は、その協議でこれを定めるものとする。この場合においては、子の利益を最も優先して考慮しなければならないものとする」となっている。平成八年一月一六日法制審議会民法部会「民法の一部を改正する法律要綱案」(掲載誌としてジュリスト一〇八四号一二六頁)(一九九六年)。

(16) 大村敦志「立法紹介 親権の行使―兄弟姉妹の絆の維持に関する一九九六年二月三〇日の法律第一二三八号」日仏法学二二号二九三頁(一九九九年)。

## 一 わが国の面接交渉権論の状況

本章では、祖父母の孫に対する面接交渉権を法的に規律するうえで、現行法上いかなる問題点があるのかを明らかにすべく、これまでの面接交渉権に関する議論を検討する。

面接交渉権とは、親権者または監護者として現実に自ら子を監護・教育できない親が、その子と会ったり、手紙や電話などを行うことができる権利とされている<sup>17)</sup>。諸外国には、明文の規定を設けている立法も少なくないが<sup>18)</sup>、わが国ではこれを認める直接的な明文規定はなく、面接交渉権に関する議論も、第二次大戦前にはほとんどなされていなかったようである。戦後においても極めてわずかな学者<sup>19)</sup>によって言及されてきたにすぎない。これは、子を「家」の子とする明治以降の「家」制度の影響があつたからといわれている<sup>20)</sup>。そして、後述のように、昭和三九年(一九六四年)に、東京家裁が民法七六六条の離婚に関する条文を適用することによって、父母についての面接交渉権を容認したのが、議論の端緒となつたようである。現在では、父母の面接交渉権に関する裁判例や先行研究がす

でに数多く存在する<sup>(21)</sup>。また、昭和四八年(一九七三年)には、東京家裁の調査官による大規模な調査とその分析も行われている<sup>(22)</sup>。しかし、面接交渉権は、まだ判例法上で生成中の権利であり、その権利性や法的性質について判例・学説は多岐に分かれている。さらに、面接交渉の請求者が祖父母や第三者となる場合については、ほとんど議論されていない。

そこで、裁判例や先行研究を参照し、わが国の現状と問題点を明らかにする。わが国の面接交渉権は父母の権利として議論されてきたことから、父母の面接交渉権につき検討する。まず、面接交渉の権利性が一連の議論なしには承認されなかったことをみる。次に、その多岐に見解が分かっている法的性質について概観する。さらに、面接交渉権の審判の根拠条文が離婚に関する民法七六六条とされたことに由来する争点、すなわち、離婚前でも家裁で審判できるかという適用場面の拡張についてみる。以上のように、順を追って従来の面接交渉権論を確認する。そのうえで、祖父母や第三者の面接交渉に関する裁判例を検討し、権利主体と適用場面を祖父母に対応できるように拡張するうえでの問題点を探る。

## 1 父母の面接交渉権

### (一) 面接交渉権に関する初の裁判例

わが国における面接交渉権に関する議論は、公表されたものでは初の裁判例となる東京家裁の審判を契機に盛んになった。この審判は、後の議論に大きな影響を及ぼしており、今日の面接交渉権について検討するうえで重要な位置にあると考える。そこで、以下、この審判の概要を述べるとともに問題点を指摘する。

〔東京家裁昭和三十九年二月一日審判〕<sup>28)</sup>

父母の離婚に際し、母が子(六歳男児)の親権者を父と定めることに同意し、母子の面接を認める協議ができたのであるが、具体的内容の協議に至らず、代理人を通じてさらに協議を申し入れたが、父の方が応じなかつたので、子の監護に関する処分として、母が審判を申立てたものである。

東京家裁は、「親権もしくはは監護権を有しない親は、未成熟子と面接ないし交渉する権利を有し、この権利は、未成熟子の福祉を害することがない限り、制限されまたは奪われることはない」と判示した。そして、この権利は、「親権もしくはは監護権を有しない親としての最低限の要求」である。そして、「監護そのものではないが、監護に関連のある権利といふべきであり、この面接交渉権行使のため必要な事項は、正に民法第七六六条第一項による監護について必要な事項と解されるから、離婚に際し親権もしくはは監護権を有しないことになった親は、未成熟子との面接交渉権行使に必要な事項につき、他方の親権もしくはは監護権を有する親との協議で定めることができ、その協議が調わないとき、またはできないときは、家庭裁判所がこれを定めるべき」であるとした。また、「家庭裁判所は、離婚後子の利益のため必要があるときは、未成熟子との面接交渉権行使に必要な事項について相当な処分を民法第七六六条第二項による監護に関する処分として命ずることができる」として、相手方(父)は、毎月一回、当裁判所の指定する日時および場所において子を申立人(母)と面接させることとし、申立人および相手方は、面接の実施について、家庭裁判所調査官の指示に従うように判示した。

この裁判例の意義は以下の点に見出せる。東京家裁が面接交渉権という表現を用いたことにより、わが国の判例法上で初めて、面接交渉権という権利の存在が明らかにされたことである。次に、東京家裁は、家裁が面接交渉権

について審判をする際の根拠条文と、その法的性質を示したことが挙げられる。すなわち、東京家裁は、面接交渉権を「親としての最低限の要求」という表現を用いて、親なら当然持つ自然権的な権利としながらも、離婚に関する民法七六六条を条文上の根拠とし、監護について必要な処分として家裁が面接交渉に関する審判をなし得ることを明らかにした。

父母に関する面接交渉権は、多くが離婚の場合において問題となるため、民法七六六条が根拠条文であることは、このような事案の場合には不都合は生じない。しかし、民法七六六条を根拠条文としたことにより、わが国における面接交渉権論は、離婚の場合のみを想定し、かかる権利の法的性質や権利主体は親権の枠内でのみ捉えられ、結果的に根拠条文に縛られた硬直化したものになっているようである。もともと、この裁判例の後、面接交渉権の適用場面は離婚から別居にまで広げて議論されるようになった。しかし、依然として、面接交渉権論は離婚法に従属しており、父母以外の者についての議論はほとんどなされてこなかったのである。

### （二）面接交渉の権利性の変遷

前掲の東京家裁の審判を契機に、面接交渉についての請求が認められることには異論がなくなったように思われる。しかし、明文規定を欠く面接交渉が法律上の権利であるか否かについては、見解が分かれた。この東京家審の後の裁判例や学説には、面接交渉の権利性について、積極的なものと消極的なものとの双方がみられた。

権利性を積極的に認めるものとして、前掲の東京家審が挙げられるが、ほかにも次のようなものがある。抗告審である東京高決昭和四〇年十二月八日<sup>25</sup>は、「実の母が我が子に面接することは本来ならば何人にも妨げられないはずである。しかし未成年の子が何らかの事情で実母の手を離れ他の者の親権および監護権に服している場合には、

親権および監護権の行使との関係で制約を受けることはこれを認めた法制上当然のこと」として母親の子に対する面接交渉を否定し原審判を取り消した。しかし、これは、生来的に持つとされる母の面接交渉権が親権・監護権との関係において制限されただけであり、面接交渉の権利性まで否定したのではないと考えられる。さらに、最決昭和五九年七月六日<sup>26</sup>がある。事案は、協議離婚に際し長女の親権者とならなかった父が、同女との面接交渉は同女の福祉に合わないとしてこれを認めなかった原審決定は、憲法一三条に違反すると主張して特別抗告したものである。この事案において、最高裁は抗告を却下した。そして、本件最高裁は、面接交渉の権利性や法的性質には直接に触れなかったものの、面接交渉権という権利があることを前提に、面接交渉を認めるかどうか、認めるとしてその具体的内容などは民法七六六条に関する事件として決定し得るとした。このように面接交渉の権利性を認める裁判例が大半であった。

これに対して、面接交渉の権利性について消極的な裁判例は数少ないが、大阪高決昭和四三年一月二四日<sup>27</sup>がある。これは「面会権なるものは法律上の権利に該当するものとは解することはでき」ず、家事審判法九条の審判事項にも掲げられていないことから面接交渉の権利性を否定し、かかる紛争は関係者間の協議もしくは調停において調整されるべきことであり、家事審判の手續において判断を受ける事項ではないとした。さらに、権利性を否定する有力な学説が現れた。この学説は、親の面接交渉権を権利として承認し、現実の監護者の意向いかんにかかわらず、これを審判等で命ずることは、監護権の分割につながりかねないとした。そして、監護者と子との間にそれまでに成立している安定した親子関係を乱すおそれが多く、子の福祉を害する結果となりやすいと指摘している。また、実務経験者からも、同様の批判的な指摘がなされている<sup>28</sup>。

このように権利性に否定的な見解が存するものの、この否定的見解も、子の福祉を主眼とする点においては積極

説と異なるところはない。判例・学説において、面接交渉の権利性を肯定するものが大半であり、一九九六年の民法改正要綱案で面接交渉権は明記されるに至っている。しかし、権利性それ自体を認めるとしても、その権利の法的性質が何であるかについてはさらに見解が分かれるところである。これについて次に述べる。

### (三) 面接交渉権の法的性質

面接交渉権の法的性質に関する判例・学説の見解は、おおよそ次の五つに分かれる。

第一は、面接交渉権は、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とする自然権説である。この説は、面接交渉権の問題を監護の外に出る部分であるとし、それゆえ、明文の規定はなくても、親子という身分関係から当然に認められる権利であると解する。そして、面接交渉権を、監護する機会が与えられない親の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絆であると考えられる。自然権説は、面接交渉権の性質の最も基礎的な部分を追求したものであると考えられる<sup>(29)</sup>。

第二は、面接交渉権を監護に関連する権利とみる監護権説、第三に、親として有する固有の自然権であるとともに具体的には監護に関連する権利とみる折衷説がある。これらの説は、自然権説に対するものであり、わが国には、面接交渉権の明文の規定がないため、その根拠を自然権的なものであるというだけでは、家裁が審判をするための根拠条文が不明確であるとして登場したものである。監護権説は、面接交渉権は、監護そのものではないにしても監護権に関連し、民法七六六条一項の「監護について必要な事項」であるとする。それゆえ、父母が協議上の離婚をするときはその協議でこれを定めることができ、その協議が調わないか協議することができないときは、家事審判法九条一項乙類四号に掲げられている家事審判事項として、必要に応じて家裁がこれを定めるものと解する。さ

らに、離婚後でも子の利益のために必要があると認められるときは、家裁は民法七六六条二項にいう「監護について相当な処分」として、同様に面接交渉権行使について必要な審判をなすことができるものとする。このように、監護権説は面接交渉権に関する審判の根拠条文から法的性質を導き、法的性質そのものを監護に関連するものとしている<sup>30)</sup>。これに対し、折衷説はかかる権利の法的性質と審判の根拠条文とを区別し、面接交渉権の法的性質は自然権的なものと捉えつつも、審判をする際の根拠を民法七六六条に求めるといふ説である<sup>31)</sup>。しかし、両説が親の監護権の枠内で面接交渉権を捉えているという点については異ならない。

さらに、第四に、親権の一権能とする親権説がある。親権説は、自然権説に対しては、親権とは別の権利として面接交渉権があると解するのは婚姻中に父母が共同で親権を行使する場面において疑問が生じるとして、また、監護に関連する権利とする説に対しては、監護権を親権とは別個に認めなければならぬ根拠が明らかでないとして登場した説である。面接交渉権を親権の一権能とみなすこの見解は、離婚の際に親権者とされなかった親も、親権の行使を停止させられているだけで親権の帰属は失われていないと考えている。それゆえ、親権者でない親も潜在的な親権を有しており、親権に基づき必要に応じて監護権の一部を行使し得るとし、面接交渉権を親権の一権能としての監護権の一部と解する<sup>32)</sup>。

最後に、これまでの説と異なる視点から考察する第五の見解として、面接交渉権を子の権利とする説がある。子の権利説は、前四説が面接交渉権は面接交渉を請求する大人側の権利とすることに対して、これを子の権利とする点でこれまでの説と権利構成を逆にするものである。わが国でも、児童の権利条約が批准され、家族法上において、子の福祉を尊重するという大きな変化の局面の中で、子の権利説は最も時代の流れに沿ったものといふこともできる。この説は、親との交流を通して精神的に成長し、発達することは、親から扶養を受けると同様に、子が生まれ

ながらにして持っている権利と考える<sup>33</sup>。そして、子を権利主体と考えるので、子は面接交渉権の権利者となり、子が要求する場合にのみ面接交渉が行われることになると思われる。もっとも、面接交渉権を子の権利であると同時に親の権利であると解する説もある<sup>34</sup>。

以上のような諸説の中で、現在、わが国においては、面接交渉権の法的性質を第二ないし第三説の監護権に関連するものとして捉える説が通説的見解であると思われる。また、実務においても、これと同様の解釈が大勢を占めているように思われる。

#### （四）適用場面の拡張——面接交渉権に関する離婚前の審判の可否——

わが国においては、以上に見てきたように、面接交渉権に関する初の裁判例で民法七六六条が根拠条文とされたことから、主に面接交渉権が問題となる場面は、離婚の場合が想定され、それゆえ、その権利主体は父母であると考えられ議論されてきたようである。しかし、現実に面接交渉権が問題となるのは、このような場面に限らないことから、適用場面と根拠条文に揺らぎがでてきた。このような適用場面の拡張に、わが国の議論はどのように対応してきたのであろうか。ここでは、離婚の場合だけでなく別居の場合にも民法七六六条が面接交渉権の根拠条文になるのかという議論をみる。

これまでも、多くの裁判例は、この問題に対して肯定的な取り扱いをしてきた。一九七〇年（昭和四五年）には、子の監護に関する処分事件の一つである子の引渡し事件における最高裁家庭局の見解として、家事審判官会同で次のような見解が示された。「父母が事実上離婚状態にある場合には民法七六六条の類推適用、単なる別居状態にとどまっている場合には民法七五二条を適用する<sup>35</sup>」。そして、一九七三年（昭和四八年）には、一九七〇年の見解を改



め「事実上離婚状態にあるかを問わず、すべて民法七五二条を適用する」とした<sup>36</sup>。この問題に肯定的な対応をする裁判例でも、最高裁家庭局の見解のように、すべて民法七五二条を適用するというものと、単なる別居の場合には、婚姻中の同居義務のほかに協力・扶助義務を規定する民法七五二条を適用し、事実上の離婚状態にある場合には、民法七六六条を類推適用するというものに分かれる<sup>37</sup>。

また、数は少ないが、面接交渉権について離婚前の審判自体に否定的な見解を示すものがある。近年の裁判例として、高松高決平成四年八月七日が「両親は婚姻中、それぞれ親権を有し、面接交渉権は、当然に親権に包摂され、別個に親の権利としての面接交渉があるわけではないから、親権から独立した面接交渉権の行使として他方の親権者との調整を求めることはできない。親権の行使は、社会通念に照らし子の福祉の上から著しく相当性を欠くような場合を除き、親権者の自由な判断に委ねるべきであり、親権者間に対立を生じたとしても子の福祉を第一にした自主的解決を待つべきであって、裁判所はいたずらにこれに介入すべきものではない」とし、離婚前の面接交渉権を否定した。高松高裁のこの硬直的な判断は、民法七六六条にとられ過ぎた解釈の結果ではないだろうか。たとえ離婚前であっても、婚姻が破綻しているが離婚届を提出していない、またはできない場合には、紛争は深刻化していることも多く、子の福祉を主眼とするならば、このような場合にも裁判所が介入すべきであると思われる。この決定に対しては、批判も少なくない<sup>38</sup>。

このように、離婚後の面接交渉権についての審判は、民法七六六条を適用して家裁が審判できるとする扱いが定着したようであるが、離婚前については、依然、見解が分かれていた。そして、この点について、平成一二年五月一日の最高裁決定が次のように判示して、実務的には決着がつけられた。「父母の婚姻中は、父母が共同して親権を行い、親権者は子の監護および教育をする権利を有し、義務を負うものであり(民法八一八条三項、八二〇条)、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面接交渉につき協議が調わないときは、家裁は、民法七六六条を類推適用し、家事審判法九条一項乙類四号により、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。これによって、離婚前の面接交渉権の審判については、民法七六六条を類推適用することにより、家事審判事項として、離婚前であっても家裁が審判できるという解決方法が採られた。

この適用場面の拡張に関する一連の議論において、別居の場合の面接交渉権の問題にも離婚に関する条文である民法七六六条を用いて解決するという方法が示された。このように民法七六六条を離婚以外の場面に類推適用することにより、より様々な場面に対応することが可能になったように思われる。それでは、面接交渉を父母以外の者が請求した場合、すなわち、権利主体が父母以外の者である場合には、根拠条文との関係でどのような解決が図られるのであろうか。

## 2 祖父母の面接交渉権——父母以外の者への権利主体の拡張——

前述のように、わが国には父母の面接交渉権に関する明文規定すらないために、審判などの場面において、離婚に関する条文である民法七六六条が主に根拠条文とされてきた。それゆえ、結果的に、わが国における面接交渉権論は、離婚の際に親権者または監護者とならなかつた親についての議論が中心となった。このため、面接交渉権の場面は離婚が想定され、別居の場合にも民法七六六条を類推適用するという解決策に落ち着くまでも長い期間を要した。さらに、問題が父母以外の権利主体への対応方法に移ると、わが国では、表だって問題とされることはな

く、正面からほとんど論じられていないし、これに関する文献も少ない<sup>(41)</sup>。最近の文献で、これらの者の面接交渉の問題について取り上げているものがあるが、規定がないということだけを理由に、単なる事実上の問題とするものもある<sup>(42)</sup>。

父母以外の者の面接交渉が問題となる事案は、父母の事案のようには多くないかもしれないが、紛争の深刻さから考えればどうであろうか。例えば、離別や死別後の再婚を理由に、祖父母と婿あるいは嫁であった者との間に潜在的に存した不和が勃発または再燃したような場合を考えると、父母の別居や離婚の場合よりも面接交渉の場面はより複雑になっており、紛争は激しくなるのではないだろうか。このような当事者間の話し合いでは問題が解決できそうもない場合にこそ、法律が介入すべきであると考ええる。実際に、裁判例をつぶさに観察すれば、祖父母が子の監護の場面に深く関係している場合が多いことがわかる。そして、子の監護に関する決定がなされる際に、祖母の存在が、事実上、考慮されることは少なくない。また、子の監護に関する事案において、祖父母が実際に監護に携わっている例も散見される<sup>(43)</sup>。そして、このような子の監護に携わった祖父母が、孫の両親の離婚後、定期的に孫と会わせてもらえないため、孫を力ずくで奪うような事件まで惹き起こすことさえある<sup>(44)</sup>。これらの裁判例から、父母以外の者で、特に祖父母の面接交渉の問題は潜在的に多く存在しているのではないかと考える。ゆえに、事実上の解決法に委ねるのでなく、法的に位置付けることが必要ではないだろうか。もっとも、祖父母と孫との面接交渉が行われた裁判例で、かつ、公表されているものは次のものしか見当たらないので、以下、これについて検討する。

〔東京高裁昭和五二年二月九日決定<sup>(45)</sup>〕

この事案の祖父母は、娘夫婦の結婚当初から同居しており、その後、二人の孫（一歳と九歳の子）が出生した。しかし、下の子の出生直後に母親が死亡し、その数年後に父親は子らを残して家を出たので、子（孫）らは母方の祖父母に養育されていた。そこで、祖父母は、出ていった父親を相手方として子（孫）らの監護者を自分たちに指定することを申立て、他方、この父親は、祖父母を相手方に子らの引渡しを申立てた。この併合審判事件において、原審が祖父母の申立を認めず、父親の申立を認めたことに対しこれを不服とする祖父母が抗告したのが本件である。

本決定は、原審の結論を維持し、事件本人らを父に引渡すことを命ずると同時に、その引渡しにともなう環境の変化が急激でなくなだらかに行われるようにとの配慮から、引渡しの実行前における父と子らの宿泊まで含む面接交渉を、引渡しの実行後における祖父母と子らとの宿泊まで含む面接交渉を、経過措置として認めた。

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り、祖父母が孫との面接交渉を請求した事案ではない。しかし、子の引渡しの経過措置としてではあるが、祖母に孫との宿泊まで含む面接交渉の機会が与えられており、孫の監護に携わっていた祖父母と孫との間の面接交渉の必要性が認められた事案としても注目され得る。特に、ここでの祖父母の面接交渉は、父親へ認めたのと同様に、孫を自己の家に宿泊させることまで含むという広い範囲で認められている。

さらに、第三者の面接交渉に関する事案で公表されているものとして、東京家審昭和四九年一月一五日<sup>(46)</sup>がある。事案は、生後間もなかった夫の連れ子と五年間ほど一緒に暮らし養育していた継母が、別居後、その子との面接交渉を請求したというものである。この継母と夫の連れ子との間には、血縁による親子関係もなく、法的にも何ら関係がなかったため、親権者との関係において制限的な判断を受け面接交渉は否定された。しかし、子の福祉の観点

からは、継母と子との面接交渉を認める検討の余地があったのではないだろうか。<sup>47</sup>

これらの事案に共通する背景として、子との面接交渉を要求する者が、過去に子の監護をしていた(もしくは過去に子との一定の交流を持っていた)ということが挙げられる。この点が、父母以外の者へ面接交渉を認めるか否かの一つの境界線になるのと同時に、父母間以外における面接交渉の問題を生じやすくする点ではないかと考える。後述のように、フランス法においても、このような状況がある場合こそが、父母以外の者と子との交流が問題となり得る典型的な事案である。特に、祖父母と孫との面接交渉が問題になり得る場面は両国において酷似しているにもかかわらず、フランスにおいては祖父母と孫との交流への保護は厚く、わが国においてはあまり重要視されないという対照的な状況にある。しかし、フランスにおける事案との類似性を考えれば、今後、このような問題が数多く浮上してくるのは想像に難くない。このことから、前掲の祖父母の裁判例は、祖父母の面接交渉を考察するための事案として重要であると考ええる。しかし、従来の面接交渉権論が、根拠条文にとらわれ、離婚や別居の場面における親権の枠内でしか議論されてこなかったため、これらの祖父母や第三者に関する面接交渉の事案の位置付けはなされていないし、なすことは難しい。

前述のように、父母の面接交渉権が問題となる場面については、民法七六六条の類推適用が検討され広がりを見せてつつあるものの、面接交渉権論の入口ともいえるべき権利主体の拡張については、未だ十分な検討がなされておらず、根拠条文との関係も明らかにされていない。しかし、前掲の祖父母や第三者の面接交渉に関する審判においても、民法七六六条の離婚に関する条文が審判の根拠とされている。このことは、権利主体に対する民法七六六条の拡張的解釈の可能性を示していると考えられるのではないだろうか。子の監護にかかわる者も増えている中、今後、子との面接交渉の問題は複雑化していくであろうし、子の福祉の観点からも、このような面接交渉の問

題を放置しておくわけにもいかないであろう。それゆえ、権利主体を父母に限定せず面接交渉権の問題に法的な対処をすることも必要となってくるのではないか。

### 3 小括——わが国における問題——

高齢社会の到来、女性の社会進出、離婚や再婚の増加などの影響により、子の監護の在り方も変貌し、祖父母や第三者など子の監護へ参加する者の範囲は広がりつつある。このような状況がある一方で、わが国においては、普遍的に存在する家族関係の重要な一部分である祖父母・孫関係を規律する規定もない。子の監護の場面において、このような現実と法律の乖離が顕在化するのは、子の監護に携わった父母以外の者が、理由のいかんを問わず、監護を終了した後に子と隔離されてしまった場合である。このような場合には、これらの者と子との面接交渉が問題になる。さらに、確実な面接交渉が保障されていないことにより、子の奪い合いが激化することも考えられる。ゆえに、子の福祉のためにも、父母以外の面接交渉権の権利主体について考察することは不可欠であると思われる。にもかかわらず、従来の面接交渉権論は、以上に見てきたように離婚または別居の場面における父母の権利を中心としたものであり、父母以外の者に関しては、議論すらほとんどない。これは、面接交渉権に関する最初の裁判例において、民法七六六条が根拠条文とされたことに起因すると考えられる。結果として、根拠条文に縛られ、その後の議論において、面接交渉権の適用場面と権利主体は、条文から導かれた「離婚」と「父母」が想定されることになった。それゆえ、面接交渉の権利性の有無、法的性質論なども、父母を念頭において議論され、法的性質における通説的見解は、民法七六六条に影響を受けたものになっている。このように、従来の面接交渉権論は離婚法に従属したものになっているので、離婚前の審判の可否という争点が議論されることになり、また、条文に忠実にな

り過ぎたため離婚前の審判を否定するという硬直的な判断を下した裁判例も登場した。このように現在のわが国の面接交渉権論は離婚法に従属し硬直的なものとなっており、様々な場面や権利主体に対応できないという問題を抱えている。

この点、フランスにおける訪問権(わが国の面接交渉権に相当する)は、わが国と同様に、明文規定ができるまでは判例法上で生成され、発展させられてきた権利であったにもかかわらず、新たな場面、新たな権利主体が登場する度に、現実に訪問権論が歩み寄るべく議論は変化してきた。特に、訪問権の権利主体について、父母以外の者で父母の次に子との紐帯の強い祖父母の訪問権は、現実に問題となることも多く、頻繁に議論に取り上げられている。第三者の訪問権も、祖父母の訪問権の内容や範囲などの対比において、しばしば引き合いに出されている。このため、後述のように、フランス法における訪問権論は、一九七〇年の立法以前においても、根拠条文とは別のところで法的性質などが包括的に議論されている。わが国における従来の面接交渉権論を、民法七六六条の監護という言葉にとらわれずに現実に起こり得る問題により柔軟に対応すべく再考察するために、フランス法における祖父母の訪問権を以下に検討していく。

(17) 中川淳「面接交渉権」山島正男・泉久雄編『演習民法(親族・相続)』二五六頁(青林書院新社、一九七二年)、中川淳『現代の家族法』一一〇頁(日本評論社、一九七六年)、二宮・前掲註(9)八六頁参照。

(18) スイスは、民法典一五六条において親が子に面接する権利を定める。この権利は、子の監護とは一応別のものとし、親の固有の自然権であるとしている。スイス法は、このことを最も明確に規定しているとされる。また、面接交渉は子の扶養料などの支払いと同時履行であり、その他の関連性はないとされ、監護者が誰であるかは婚姻破綻責任が考慮されるが、面接する権利はそれとも関係がないとされる。なお、一五六条は新親子法によって改正され、面接交渉に関する制限規定が追加されてい

る。新法については、松倉耕作「スイス改正親子法(仮訳)」南山法学二巻三号一五五頁(一九七八年)参照。フランス法では、一九七〇年の民法典三七三—二条が、一九七五年の民法典二八八条も、明文規定として父母の訪問権を定めている。また、父母の訪問権だけでなく、民法典三七一—四条で祖父母、第三者にも訪問権が認められている。現在の通説的見解における訪問権の法的性質は、権利主体の拡張により、自然権と考えられているようである。フランス法について詳しくは、本文「二」フランスにおける訪問権」参照。さらに、ドイツ法では民法一六三四条が規定する。詳しくは、谷口知平「ドイツ・スイスにおける親子法改正」ジュリスト六〇二号九四頁(一九七五年)、イギリス法は、一八八六年の未成年者後見法(Guardianship of Act)五条で規定する。詳しくは、川田昇「イギリスにおける面接交渉権の歴史的考察」神奈川法学八巻三号一頁(一九七二年)、山本正憲「面接交渉権について——我が国およびイギリスにおける若干の事例を中心に——」岡山大学法経学会雑誌一八巻二号四三三頁(一九六八年)参照。なお、祖父母と孫との面接交渉については、一九八九年児童法(Children Act)がある。祖父母の面接交渉権について定める児童法八条の解釈に関する初の訴訟は、控訴院判決一九九五年三月一日である。アメリカ法では州によって訪問権を規定するところも多い。詳しくは、鈴木隆史「祖父母の訪問権(visitation rights)——ニューヨーク州におけるその生成と展開を中心として——」早稲田法学会誌三五巻一一五頁(一九八四年)、早川武夫「祖父母が孫に会う権利(アメリカ法の最前線)」法学セミナー三五巻五号一〇頁(一九九〇年)、山口亮子「離婚後の親子の交流の確保——アメリカの訪問権判例からの考察」山梨大学教育学部研究報告四八号一七七頁(一九九七年)。山口亮子「面接交渉権と子供の利益——日米の比較」上智法学論集四二巻三・四号二九九頁(一九九九年)、花元彩「面接交渉権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——」法学論集五二巻第三号一四六頁(二〇〇二年)参照。ほかに、面接交渉権に関する外国法を紹介した文献として、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四二号七一頁(一九八〇年)、などがある。

(19) 谷口知平『新法学全書 親族法』九三頁(評論社、一九四八年)、島津一郎『法学新書 親族法』一一三頁(法文社、一九五五年)、明山和夫『注釈民法(二三)親族』七四頁(於保不二雄編)(有斐閣、一九六九年)。

(20) 「家」制度が確立されたため、子は「家」に所属するとの観念が強く、親権を持たない親(すなわち、子と同じ「家」に属さない親)は、子と何らかの交流を持つことが許されなかった。田中實「面接交渉権——その性質と効果——」谷口知平他編『現代家族法体系(二)婚姻・離婚』二四八頁(有斐閣、一九八〇年)。



(21) これまで註に挙げた文献以外で面接交渉に関する文献は次のようなものがある。以下、年代順に列挙する。森口静一 鈴木経夫「監護者でない親と子の面接」ジュリスト三一四号七二頁(一九六五年)、久貫忠彦「面接交渉権覚書」阪大法学六三号九頁(一九六七年)、沼邊愛一「子との面接」島津一郎編『夫婦親子の法律相談』一七八頁(一九六八年)、佐藤義彦「離婚後親権を行わない親の面接交渉権」同志社法学一一〇号五〇頁(一九六九年)、中川淳「離婚後親権を行わない父母の一方の面接交渉権」法律時報四一卷九号一四〇頁(一九六九年)、中川淳「面接交渉権」ジュリスト四二四号二頁(一九六九年)、相原尚夫「面接交渉権の実務覚書」ケース研究一一四号三七頁(一九六九年)、野田愛子「面接交渉権の権利性について」最高裁判所編『家庭裁判所の諸問題(上)』一八一頁(一九六九年)、野田愛子他(座談会)「離婚後の子の監護に関する一考察」ケース研究一一四号六六頁(一九六九年)、寺戸由紀子「離婚後の子の監護に関する一考察」ケース研究一一七号四二頁(一九七〇年)、沼邊愛一「注釈民法(二二)の一親族(三)」三五〇頁(中川善之助編)(有斐閣、一九七一年)、高橋忠次郎「子の監護と面接交渉」ジュリスト四七二号一一五頁(一九七一年)、国府剛「面接交渉権の制限と憲法二三条」中川淳編著『家族法審判例の研究』一一四頁(日本評論社、一九七一年)、藤本和男「一方の親を失う子」ケース研究一三〇号四八頁(一九七二年)、沼邊愛一他「子の監護をめぐる諸問題——面接交渉・子の引渡しを中心に——」ケース研究一三〇号一八頁(一九七二年)、野田愛子「面接交渉権」ジュリスト四四〇号一一頁(一九七二年)、佐藤義彦「親権を行わない親の面接交渉」我妻栄編『家族法判例百選(新版)』一五〇頁(有斐閣、一九七三年)、沼邊愛一「子の監護をめぐる諸問題」家庭裁判月報二五卷四号一頁(一九七三年)、田中宏「調停にあらわれる子の親権・監護権の問題」ケース研究一三五号二五頁(一九七三年)、野田愛子「未成年の子の監護・養子縁組をめぐる紛争の処理と展望」ジュリスト五四〇号四七頁(一九七三年)、梶村太市「子のための面接交渉」ケース研究一五三号八八頁(一九七六年)。川田昇「面接交渉権」『民法の争点I』三七〇頁(有斐閣、一九七八年)、山島正男「離婚と子の奪い合い」ジュリスト六六九号四七頁(一九七八年)、山本正憲「養子に対する実親の面接について」窪田隼人編『法と権利(二)』一〇二頁(有斐閣、一九七八年)、明山和夫「親権を行わない親の面接交渉権」加藤一郎 太田武男編『家族法判例百選(第三版)』二二二頁(有斐閣、一九八〇年)、佐藤茂子「離婚後の別居子と親の面接交渉に関する一考察」法学研究五四卷六号三七二頁(一九八〇年)、上野雅和「稲子宣子」子の福祉としての面接交渉権」民法学の歩み」法律時報六四四号一一七頁(一九八一年)、沼邊愛一「子の監護・引渡しおよび面接交渉に関する家裁の審判権」鈴木忠一 三ヶ月章監『新・実務民事訴訟講座(八)非訟・家事・人訴事件』(日本評論社、一九八一年)、柳澤千昭「面接交渉をめぐる紛争——現場の報告」判例タイムズ

- 五四四号五二頁(一九八五年)、犬伏由子「父の面接交渉を認めなかった判決に対する抗告(却下)(昭和五九・七・六最高二小決)」民商法雑誌九一卷六号一一七頁(一九八五年)、松倉耕作「面接交渉を全面的に否定できるか」判例タイムズ五五二一七頁(一九八五年)、牛田高文「面接交渉を進めるための指針」ケース研究二〇九号一一一頁(一九八六年)、木幡文徳「面接交渉権の現状と課題(一)」専修法学論集四六卷六七頁(一九八七年)、石田敏明「面接交渉権と憲法二三条(昭和五九・七・六最高二小決)」久貴忠彦Ⅱ米倉明編『家族法判例百選(第四版)』一一二頁(有斐閣、一九八八年)、佐藤千裕「子の監護事件における面接交渉」家庭裁判所月報四一卷八号二〇三頁(一九八九年)、若林昌子「子の監護をめぐる若干の問題―主として面接交渉と子の引渡について」ケース研究二二三号一三四頁(一九九〇年)、篠田悦和「面接交渉の時期・方法・履行確保」判例タイムズ七四七号三三五頁(一九九一年)、篠田悦和「子の奪い合い、面接交渉権をめぐる紛争の迅速処理」判例タイムズ七四七号三三八頁(一九九一年)、田中通裕「面接交渉権の法的性質」判例タイムズ七四七号三二二頁(一九九一年)、田中通裕「離婚訴訟継続中に父子の面接交渉を命じた審判の当否」民商法雑誌一〇四号二二四頁(一九九一年)、山脇貞司「離婚後の親子の面接交渉」法学セミナー三八卷一〇号二〇頁(一九九三年)、佐藤義彦「離婚後の子の監護教育・面接交渉」ジュリスト一〇五九号八二頁(一九九五年)、瓜生武Ⅱ山口恵美子「面接交渉の実情と実行のための援助」判例タイムズ八九六号一〇頁(一九九六年)、上野雅和「父と子の面接交渉が子の福祉に適合しないとした事例(平成五・一一・二二大阪家審判)」民商法雑誌一一五卷一号一〇三頁(一九九六年)、瓜生武Ⅱ真板彰子「離婚後の親子交流の実情」判例タイムズ九二五号六七頁(一九九七年)、二宮周平「子の年齢、心身の成長状況と面接交渉の可否」判例タイムズ九四〇号九五頁(一九九七年)、棚村政行「離婚と父母による面接交渉」判例タイムズ九五二号五六頁(一九九七年)、和田忠義「面接交渉と養育費の相互関連性について」判例時報一六五〇号二五頁(一九九八年)、山田美枝子「面接交渉事件における子の福祉の判断例(平成八・四・三〇横浜家審判、平成九・一・二九名古屋高決)」民商法雑誌一二〇号一号一五四頁(一九九九年)、山口亮子「父との面接交渉は子の福祉を害するとして棄却した事例(平成二三・六・五東京家審判)」民商法雑誌一二七卷一号一四九頁(二〇〇二年)。
- (22) 相原尚夫他「面接交渉の実態調査」家庭裁判所調査官研修所紀要二三号一一頁(一九七三年)、相原尚夫他「面接交渉の実態調査」ケース研究一三五号三八頁(一九七三年)。
- (23) 東京家審昭和三九年一月一四日家庭裁判月報一七卷四号五五頁、判例タイムズ一八五号一九五頁。
- (24) 本文中に挙げたもののほかに積極説なものとして次のものがある。東京家審昭和四二年六月九日(家月二〇卷三三六六七頁)は

面接交渉権を認めている。これの抗告審である東京高決昭和四二年八月一日(家月二〇卷三号六四頁)は、棄却はしているものの、面接交渉権を親の自然権であると言っている。大阪家審昭和四三年五月二八日(家月二〇卷一〇号六八頁)は、親は本来的に面接交渉権を持つとしているが、子の福祉のために全面的に面接を制限した。東京家審昭和四四年五月二二日(家月二二卷三号七七頁)は、面接交渉権を親として当然に有するとし、子の福祉のために、これを認めた。ほかには、京都家審昭和四七年九月一九日、大分家中津支審昭和五一年七月二二日、大阪家審昭和四四年一月五日などがある。離婚前であるが面接交渉権が認められた事案として、大阪家審昭和四九年二月二〇日、東京家審昭和四九年三月一九日(抗告審、東京高決昭和四九年六月一九日)、東京家審昭和五〇年一月二七日などがある。

(25) 東京高決昭和四〇年二月八日家庭裁判月報一八卷七号三一頁、判例タイムズ二〇四号一九三頁。

(26) 最決昭和五九年七月六日家庭裁判月報三七卷五号三五頁、判例タイムズ五三九号三二五頁。

(27) 大阪高決昭和四三年二月二四日家庭裁判月報二二卷六号三九頁、判例タイムズ二四一号二六四頁。

(28) 面接交渉の権利性を否定するものとして、島津一郎『判例コンメンタール六民法Ⅵ親族』二四〇頁(島津一郎編)(三省堂、一九七八年)、梶村太一「子のための面接交渉」ケース研究一五三号九五頁(一九七六年)。

(29) 森口〓鈴木・前掲註(21)七五頁参照。ほかに、高橋・前掲註(21)一一九頁に「親子関係から当然に発生する自然権」、「親権・監護権などに定められない部分が、共同生活の中に埋没しており、これが、離婚により自然権として顕在化するものである」とある(もつとも、具体的適用の場面では、この説の論者も民法七六六条を類推適用して家事審判事項の対象になると考えているようである)。次の裁判例は、面接交渉権の法的性質について自然権的なものとしている。前掲註(24)に挙げた東京高決昭和四二年八月一日、大阪家審昭和四三年五月二八日、東京家審昭和四四年五月二二日、大分家中津支審昭和五一年七月二二日などがある。ただし、審判の具体的な根拠を民法七六六条とするなら折衷説に分類される。ほかに、外国法では、スイス法、フランス法など。前掲註(18)参照。

(30) 明山・前掲註(19)。

(31) 久貴・前掲註(21)一一七頁で「面接交渉権は、本質上親に与えられた固有の権利である」と言っている。沼邊愛一『注解家事審判法』三四〇頁(斎藤秀夫〓菊池信男編)(青林書院、一九八七年)には「親として自然の情であり、親として最小限度の要求とも言うべきもの」とある。そして、両者とも審判をする際の具体的な根拠は、民法七六六条に求めるようで、折衷説の

立場をとっていると考えられる。裁判例では、本文で引用した東京家審昭和三九年二月一四日が折衷説であると思われる。前掲註(23)参照。

(32) 佐藤・前掲註(21)「離婚後親権を行わない親の面接交渉権」五五頁。判例では、平成四年八月七日の高松高裁決定がこの立場をとっていると思われる。

(33) 稲子・前掲註(18)九七頁。また、外国法では、アメリカ法にこの立場が多いとされる。アメリカ法の研究について詳しくは、鈴木・前掲註(18)、早川・前掲註(18)、山口・「離婚後の親子の交流の確保—アメリカの訪問権判例からの考察」前掲註(18)、山口・「面接交渉権と子供の利益—日米の比較」前掲註(18)、花元・前掲註(18)参照。裁判例では、大阪家裁平成五年二月二二日審判(判例タイムズ九一三三三頁)が、面接交渉権を子の権利として認めたものとして挙げられる。

(34) 石川稔「離婚による非監護親の面接交渉権」加藤一郎∥岡垣学∥野田愛子編『家族法の理論と実務』二八五頁(判例タイムズ社、一九八〇年)。

(35) 家庭裁判月報二二巻九号六八頁。

(36) 沼邊・前掲註(21)家庭裁判月報二五巻四号一一頁。

(37) 事実上の離婚状態にある場合に民法七六六条を類推適用したのは、「離婚効果の前倒し」と解することが可能だと考えられたからではないだろうか。

(38) 高松高決平成四年八月七日判例タイムズ八〇九号一九三頁。

(39) 田中通裕「別居中の夫婦間における子の監護をめぐる紛争への民法七六六条・家事審判法九条一項乙類四号の類推適用」判例タイムズ八二四号七〇頁(一九九三年)、田中優「父母が事実上離婚状態にある場合であっても、民法七六六条、家事審判法九条一項乙類四号を準用又は類推適用して、家庭裁判所が子の監護者を定めることはできないとした事例」判例タイムズ八五二二頁(一九九四年)、田中由子「婚姻中の夫婦の一方が別居状態にある他方の監護している子についての面接交渉権の行使として調整を求めることはできず、家庭裁判所も右権利の具体的行使等について審判することはできないとされた事例」判例タイムズ八五二二頁(一九九四年)。

(40) 最決(第一小法廷)平成二二年五月一日民集五四巻五号一六〇七頁。この決定について次のような文献がある。久貴忠彦「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な処分を命ず

ることの可否」民商法雑誌一二四巻四・五号七〇八頁(二〇〇一年)、村重慶一「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な処分を命ずることの可否(平成一二・五・一最高一小決)」戸籍時報五二二号五三頁(二〇〇〇年)、田中通裕「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な処分を命ずることの可否(平成一二・五・一最高一小決)」法学教室二四四号一〇六頁(二〇〇一年)、杉原則彦「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な処分を命ずることの可否(平成一二・五・一最高一小決)」ジュリスト一一九九号八六頁(二〇〇一年)、本山敦「離婚前における面接交渉の可否(平成一二・五・一最高一小決)」NBL七七八号六八頁(二〇〇一年)、石田敏明「父母別居中の面接交渉権」久貴忠彦・米倉明・水野紀子編『家族法判例百選(第六版)』七八頁(有斐閣、二〇〇二年)。

- (41) 最近になって、祖父母と孫の関係を正面から論じる文献が登場した。棚村政行「祖父母の監護権」判例タイムズ一一〇〇号一四九頁(二〇〇二年)。ほかに大村・前掲註(6)一五五、一五七頁。また、比較法研究については、次のようなものがある。フランス法における祖父母の訪問権は民法典三七一一四条に規定されているが、詳しくは、田中通裕「フランスにおける訪問権(droit de visite)」—その権利主体の範囲と法的性質をめぐって—」法と政治三二巻一号一五三頁(一九八一年)、山脇貞司「訪問権(droit de visite)に関する若干の考察」静岡大学法経研究三二巻一・二号一〇三頁(一九八二年)、アメリカ法における祖父母の訪問権に関しては、鈴木・前掲註(18)、早川・前掲註(18)。なお、イギリス法における祖父母と孫の面接交渉については、一九八九年児童法(Children Act)がある。祖父母の面接交渉権について定める児童法八条の解釈に関する初の訴訟が、一九九五年三月一日の控訴院判決である。これによると、祖父母が孫と交流するためには、児童法八条による裁判所の許可が必要である。そして、一旦この許可を取得しても、祖父母は父母と同等の立場には立たないということが明らかにされた。この事案においては、父方の祖父母と子の母親の対立が激しかったことに加え子が幼かったため、時期尚早として、この時点での祖父母が孫と交流する権利は否定された。

(42) 北野俊光「面接交渉権」村重慶一編『裁判実務体系(二五)人事訴訟法』一九六頁(青林書院、一九九五年)。

- (43) 子の監護に関する裁判例のうち面接交渉権に関するもので、祖父母が当事者もしくは事実上の当事者として登場するものに次のようなものがある。

①大阪高決昭和五五年九月一〇日(家月三三三巻六号二二頁)は、子の監護に関する処分申立却下審判に対する即時抗告申立事

件であるが、別居状態にある父母のうち母が子を実家(祖父母と一緒に)で監護している場合、子の福祉を考慮して、別居中の父の面接交渉は認められなかった。

②名古屋家審平成二年五月三十一日(家月四二卷一一二号五一頁)では、被告である父とその母(祖母)が、子を捨ててほかの男を選んだとして、申立人(母)の面接交渉権に反対したが、子の将来の利益を考えて母の面接交渉権は認められた。

③岡山家審平成二年二月三日(家月四三卷一〇号三八頁)は、被告である父とその母(祖母)の影響で子が申立人(母)に対し面接交渉を望まなかったが、裁判所は、母のところに休暇中の子の宿泊を認めた。

④仙台家気仙沼支審平成五年一月一日(判タ八三三二号一六三頁)では、亡き夫の母(祖母)が現に子を監護している場合、母親への引渡しは認められないが、子の自由意思での面接交渉は妨害されてはならないとされた。

これらの事案において、④の事案では、祖母が被告に、その他では、事実上の被告②、③では、祖母が事実上の被告、①では、祖父母が事実上の被告)になっている。とりわけ、④の仙台家裁気仙沼支部の審判では、実の息子を亡くした祖母が単独で被告となり、子の母親から面接交渉権を請求されており、祖母が被告であるという違いはあるものの、本文で紹介した東京高決昭和五二年二月九日と事案の背景は似ている。これらの事案は、祖父母の面接交渉に関するものとして注目されるべきではないだろうか。また、これらの事案から、祖父母の面接交渉に関する問題は、近年ますます増えてきているとみることもできるのではないだろうか。

- (44) 子の奪い合いに関する裁判例のうち祖父母が関与するものとして、横浜地判昭和三十七年一月二〇日(家月一四卷一一号一三〇頁)、名古屋半田支審昭和四三年七月二九日、仙台家気仙沼支審平成五年一月一日、最決(大法院)昭和三三年五月二八日、大阪地決昭和四八年一〇月九日などがある。一方、孫との定期的な面接交渉を認められているため孫を奪取する気がない祖父母について、熊野克彦「ある面接交渉の思い出」家庭問題情報センター編『家裁に来た人びと』三九頁(日本評論社、二〇〇二年)。

- (45) 東京高決昭和五二年二月九日家庭裁判月報三〇卷八号四三頁、判例時報八八五号一二七頁。本件は、浦和家越谷支審昭和五一年三月三十一日に対する抗告審である。

- (46) 東京家審昭和四九年十一月一日家庭裁判月報二七卷一〇号五五頁。

- (47) 花元・前掲註(18)一七九、一八〇頁。

## 二 フランスにおける訪問権

### 1 訪問権について

フランス法には、わが国の面接交渉権に相当する権利として、「訪問権(droit de visite)」といわれるものがある。この訪問権が立法によって認められたのは一九七〇年であり、一八〇四年のフランス民法典は、わが国の民法と同様に、訪問権についての明文規定を持たなかった。そのため、この権利は、もっぱら判例により創造され、発展させられた。そこで、立法もなく議論も乏しいわが国の祖父母の面接交渉権論への示唆を得るために、祖父母の訪問権が一九七〇年の立法に至るまでの議論に焦点を当てて、フランス法における祖父母の訪問権論を検討する。まず、祖父母の訪問権の概要を知るために、その沿革、権利性や法的性質についての学説の整理、一九七〇年の立法的承認に関する議会の議論と学説の反応について検討する。そして、さらに祖父母の訪問権が問題となり得る具体的な適用場面を立法直後の資料をもとに検討する。なお、訪問権に関する規定は立法後も頻繁に改正されているが、本稿における条文は議論当時のものである。それぞれの条文の内容と改正については、適宜、註に挙げておく。

フランスにおける訪問権とは、一般的に、子と直接かつ人格的な関係を維持し、子に会いに行き、または、子を受け入れ、訪問から宿泊へ移らせる権利とされている。<sup>(48)</sup>そして、訪問権の起草者であるカルボニエは、訪問権には、三つの段階が含まれているとして、次のように分類する。それは、①訪問権の最小限の表現である通信の権利(droit de correspondance)、②監護者の家へ子に会いに行き、その日、子を外に連れ出す権利(droit de visite, au sens strict)、③長期休暇などの間、子を自己の家に受け入れ、宿泊させる権利(droit d'hébergement)である。<sup>(49)</sup>

明文の規定ができる前は、父母の訪問権の条文上の根拠は、次のように説明されていた。フランス民法典三〇二条<sup>50)</sup>によって、父母の離婚または別居の際に子の監護者が原則的に無責配偶者に決定される。そして、民法典三〇三条は「子が託される者がいかなる者であっても、父母は、それぞれその子の養育および育成を監督する権利を保持し、かつ、それらの能力に比例してそれを分担する義務を負う」と規定しており、その解釈として、離婚の際に子の監護者にならなかつた親も、子の婚姻に同意する権利、監護者の養育の方法を監督する権利(droit de surveillance)を有し、これらを適切に行使する前提として、訪問権を持つとされていた<sup>51)</sup>。

一九七〇年の親権法改正により、父母の訪問権は、当初、フランス民法典第九章第一款の「親権の行使」における民法典三七三―二条に明文文化され「父母が離婚または別居する場合には、親権は、それらの者のうち裁判所が子の監護を委ねた一方によって行使される。ただし、他方の訪問および監督の権利を妨げない」と規定された。さらに、一九七五年の離婚法改正によって、民法典第六章第三款の「子に関する離婚の結果」における民法典二八八条二項にも規定された。二八八条一項は「子の監護を委ねられなかつた親は、子の養育および育成を監督する権利を保持する。その者は、自らの収入および他方の親の収入に応じて、子の養育および育成を分担する」とし、二項は「訪問権および宿泊させる権利は、重大な理由によるのではない場合には、その者に対して拒否することができない」と規定された。このように、民法典三七三―二条によって離婚または別居の際に子の監護を委ねられた親は、他方の親の訪問権を妨げることができないことが明記され、さらに民法典二八八条により、監護権を有しない親も子を監督する権利を有し、この監督権の必然的帰結として訪問権を有することが明文文化された。そして、この訪問権は、重大な理由がない限りそれを妨げられないとする。

一方、祖父母と第三者の訪問権に関しては、同じく一九七〇年に、民法典三七一―四条が新設された。



フランス民法典三七二―四條<sup>54</sup>

一項「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(relations personnelles)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」。

二項「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(correspondance)または訪問(visite)の権利を付与することができ」。

一九七〇年以前は、父母の訪問権と同様に判例法上で権利の生成がなされた。祖父母の訪問権を固有の権利でないと考える見解からは、民法典三七二条と三七三条に規定されていた父権の絶対性を否定することの反射的效果として訪問権が説明された。ただし、このような立場も含めて、条文上の根拠は、尊属に対する子孫の尊敬義務を定める民法典三七一条とされることが多かったようである<sup>55</sup>。現在、これらの訪問権に関する条文は改正されているが<sup>56</sup>、フランス法においては、このように父母と祖父母と第三者の訪問権は、それぞれ明文で規定されるに至った。

フランス法における訪問権は、わが国におけるそれとは、沿革を異にし、権利主体などにつき包括的に議論が展開されてきたようである<sup>57</sup>。フランスでは、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た。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繁に採り上げられている。これとの対比において、第三者の訪問権もしばしば引き合いに出されている。また、権利主体の広がりと同時に適用場面も広がりを見せた。フランス法における訪問権論は、根拠条文にとらわれることなく、現実により適切に対処すべく柔軟な検討がなされているようである。以下、まずは、祖父母の孫に対する訪問が認められた最初の裁判例から、フランス法における祖父母の訪問権論を検討していく。

## 2 祖父母の訪問権の沿革

### (一) 祖父母の訪問権に関する初の裁判例

フランスにおける訪問権論は、早い時期から祖父母や第三者の訪問権を取り上げ、訪問権の権利主体の範囲について議論してきた。祖父母に訪問権を認めたと一八五七年の最初の裁判例から一九七〇年に立法的承認を経て現在に至るまで祖父母の訪問権は議論されてきた。一八五七年の裁判例の概要は次のようである。

#### 〔破毀院一八五七年七月八日判決<sup>58)</sup>〕

事件本人である孫娘たちの両親は、一八四〇年に婚姻し、一八四〇年と一八四四年に孫娘たちが誕生した。しかし、一八四五年に孫娘たちの母親が死亡し、二人の娘は母方の祖母に預けられていた。その後、一八五二年に、父親は再婚して、二人の娘を祖母から引き取り、居所のあるモンペリエの寄宿舎に入れた。その後、父は、母方の祖母と二人の孫娘との交流を全面的に禁止したので、祖母は裁判所に孫娘たちを訪問する権利を求めて提訴した。一八五四年に第一審で祖母は勝訴したが、一八五五年に控訴審で敗訴し、破毀院に上告したのが本件である。

本件では、父権の性質と範囲が争点となっていた。子の育成に対する悪影響と自らの権威を弱めることを理由に、子が父権者・監護者以外の者と交流するのを禁止または制限することは可能か、とりわけ父権者はその理由を示すことなく、それを行うことができるのかということが争われていた。これにつき、破毀院は、原審判決を破毀し、次のように述べた。まず、民法典二七二、三七三条<sup>59)</sup>に規定される父権 (*puissance paternelle*) の絶対性<sup>60)</sup>を否定し、制約を受けないわけではないとした。そのうえで、唯一、子の育成を監督する権利を享受する父は、訪問者の影響力が懸念される場合に、その訪問を禁ずることができるが、民法典二七一条によって子が敬意 (*honneur*) と尊敬 (*respect*)

の義務を負っている家族の構成員に対しては、父による訪問の禁止の決定は、裁判所の審査に服する絶対的な理由(d'impérieuses raisons)が存する場合にしかできないと述べた。原審判決は、子と母方の直系尊属との間の交流に対する父による禁止について、この禁止の動機を説明する必要はないとしたが、これを何らの調査なく裁判所によって承認することはできない。このような場合に父権の行使の正当性を評価することは、裁判官の権限に属するとした。そして、父権の絶対性を否定した反射的效果として、また、子の利益を理由に、祖母の孫への訪問は認められた。

本件で注目すべきことは、祖父母の訪問が認められた背景には、祖父母が一時的に子の監護をしていたという状況があることである。このような背景がある場合こそが、祖父母の訪問権が問題となり得る典型的な例でもあると思われる。これは、わが国で唯一、祖父母に面接交渉が認められた事案と共通の背景である。そして、このような事情がある場合には、祖父母の孫への愛情が推定されやすく、祖父母・孫間における愛情関係を訪問権によって保護することが、子の利益につながると考えられた。

本判決は、訪問権という表現を用いてはいないものの、フランス法における祖父母の訪問権に関する初の裁判例であり、この判決を契機に多くの下級審判決も登場した。そして、祖父母・孫間の訪問権は判例法により創造され、発展させられた。また、訪問権を主張できる祖父母の範囲は、当初は、嫡出子の祖父母(grands-parents légitimes)だけであったが、後述のように、一九三八年には自然子の祖父母(grands-parents naturels)にも拡張されるに至り、これと並行するように訪問権の内容も拡張されていった。学説においてもまた、このような祖父母の訪問権の権利性や内容、法的性質などについて議論されるようになっており、以下、それらを検討する。

## （二）祖父母の訪問権に関する学説の整理

### （一）権利性の承認と内容の拡張

前述の一八五七年の破毀院判決によって、子と近親との交流を理由なく断絶するような父権の行き過ぎた排他主義を制限した反射的效果として、また、子の利益のために祖父母の訪問権は認められた。このような子の利益のためという考えは、その後、多くの判決によって踏襲されたようであるが、その一方で、判例が訪問する側の利益を保護しようとしていた側面も否めないといわれている<sup>62</sup>。しかし、当初、祖父母の訪問権は、固有の権利として認められておらず、父権を制限するための手段としてしか考えられていなかった。そして、訪問権は父母に第一次的に属するものであり、祖父母の訪問権は世帯が崩壊するなどの例外的な場合にしか認められないと考えられた<sup>63</sup>。また、祖父母の訪問権は、その内容に孫を自己の家に滞在させることまで含まず、単に監護者の家において孫と面会するだけの権利であるとされていた。では、どのようにして、祖父母の訪問権は現在のように固有の権利として認められ、その内容に孫を滞在させることまで含むものに発展していったのであろうか。

祖父母の訪問権は固有の権利ではなく例外的な場合のみに認められるという見解は、二〇世紀初めには、祖父母にとつて、あまりにも制限的であると考えられるようになった<sup>64</sup>。学説においては、この後に述べるように、祖父母の訪問権を固有の権利とみなす学説が登場し、祖父母の孫への訪問に対して権利性を付与するようになっていく。そして、一九七〇年の立法的承認によって、祖父母の訪問権は例外的に認められるのではなく、原則的に認められることが明らかになった。

祖父母の訪問権の内容についても、次第に拡張されていった。祖父母の訪問権の内容についての発展は三段階に分けられる<sup>65</sup>。第一の段階において、未成年者は決して父権者の監督下から離れてはならないという考えによって、<sup>66</sup>

破毀院<sup>67</sup>は、祖父母の訪問権に、孫を自己の家に滞在させるという内容を含むことを否定した。これに対して、下級審裁判所<sup>68</sup>では、早くから祖父母の訪問権に孫を滞在させることを認めていた。その後、第二段階として、破毀院<sup>69</sup>は、父権者や父権代行者がいけないという例外的状況のもと、祖父母の訪問権の内容として孫を滞在させることを認めた。この裁判例が、祖父母の訪問権の通常の内容として孫を滞在させることを認めるきっかけになった。さらに、第三段階として、破毀院<sup>70</sup>は、祖父母に訪問権の行使をしばしば困難にさせる現実的な問題、すなわち、孫の両親の家と祖父母の家が遠距離であるという問題により適切に対処するために、祖父母に一時的な訪問だけでなく、孫を自己の家に受け入れ滞在させることを認めた。そして、今日では、滞在させることは、訪問権の通常の内容として認められている。ただし、長期の滞在については、例外的な理由が必要とされている<sup>71</sup>。例えば、孫が結核などの病気になった時、親の監護権のもとに留まりながらも療養のために祖父母の家にいるような場合である。

このように、祖父母の訪問権は祖父母固有の権利であると認める見解が一般的になり、訪問権の内容についても孫を自己の家に滞在させることまで含むものにまで拡張された。しかし、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ので、次にこれについてみる。

## (2) 法的性質

前述のように、現在では、判例・学説の大多数により、祖父母が孫を訪問することは、祖父母固有の権利であると認められているが、この権利性を認めない見解も議論の初期の段階では存在した。

祖父母の訪問権を権利として認めない学説は、祖父母の孫に対する訪問の根拠を、父権者の権利濫用を制限することの反射的效果でしかないとする<sup>72</sup>。この権利濫用説によれば、監護者が正当な理由なくして子がその近親と関係

を持つのに反対することは監護権濫用にあたり、この濫用は裁判所によって排斥されなければならないとされる。

これは、祖父母の孫へ対する訪問を最初に認めたと一八五七年の破毀院判決の理論である。そして、この権利濫用説は、父権はもはや専断的な権力ではなく、権利というよりむしろ子の利益のために授けられる職務(fonction)<sup>(73)</sup>であり、子の最大の利益という観点からのみ行使されるべきであるとする。それゆえ、監護者が、祖父母と孫の関係を破壊しようとするとき、その者は子の利益に反すると推定されることになる。しかし、この学説によると、祖父母の訪問権は、権利といえどもその実態は権利ではなく、単なる期待(simples espérances)を有するにとどまることになる。

これに対して、訪問権を祖父母自身の固有の権利として捉える学説が登場する。この立場は、権利濫用説に対して次のような指摘をする<sup>(74)</sup>。①権利濫用説は、祖父母と孫の関係の維持が子の利益に合致するとの原則を提示するが、訪問権が裁判所で争われる時は、子の親と祖父母の間に不和や軋轢が存在する場合であるので、子がこのような紛争に巻き込まれる危険がある。したがって、祖父母と孫の関係は、子の利益に必ずしも合致するとは言えない。②裁判所が訪問権を認める際にはむしろ、訪問者自身の利益を保護しようとしている現実がある。訪問権は、訪問を要求する者の利益、あるいはその背後にある社会の利益を擁護するために制度化されたものである。③権利濫用説は、訪問を主張し得る者の範囲の過度の拡張を招く。これに基づけば、子との愛情的関係を正当化し得るすべての人に訪問権が拡張されねばならないことになるが、判例はこのような拡張を承認しない。④逆に、訪問権は、訪問者の固有の権利でないとすれば、監護者の単なる「重大性のない」理由によっても訪問が妨げられる可能性がある。そして、これらの理由から、学説の多くは固有権利説の方へ傾いた。もつとも、訪問権を祖父母固有の権利と認めるとしても、その法的性質については、次のように見解が分かれていた。

まず、祖父母の訪問権に関する多くの裁判例が、子が直系尊属に対して敬意を払う義務があることを規定する民

法典三七一条<sup>(76)</sup>を実定法上の根拠として用いたことに着目した学説がある<sup>(76)</sup>。この学説は、民法典三七一条が、父母以外のほかの尊属も対象にしていると解釈されていることから、祖父母の権利を正当化する二つの根拠を導き出した。一つ目は、子に関することであり、子は、祖父母を知って恒常的な関係を保つことにより、初めて彼らに敬意を示すことができるということである。二つ目は、子の親に関することから導かれる。親が子と祖父母の関係を妨げるということとは、年長者に彼らが示さなくてはならない尊敬の欠如になるというのである。この二つの根拠によって、祖父母の訪問権が正当化され得るとする。しかし、この学説は、祖父母の権利を正当化する根拠としては幾分古くなつてきていることが指摘され、近年になつてほとんど採用されていない。そして、フランス民法典三七一条を根拠とすることに意義があつたのは一九七〇年以前までのことで、祖父母の訪問権を認めた判例に条文上の根拠を与えるための学説であつたとされる。この学説に対しては次のような批判もなされている。知っている者に対してでなければ子は敬意を示せるものではないが、一九七〇年法の立法者が、民法典三七一条の規定をより尊重するようにとの配慮から、祖父母に孫との人格的な関係を保つ権利を民法典三七一条により規定したと考えることには疑問がある<sup>(77)</sup>。

これに対して、民法典三七一条とは別の条文に根拠を求める学説がある。この説は、祖父母の訪問権が彼らが孫に対して有する親権(父権)の一部に基づくとするものである<sup>(78)</sup>。すなわち、祖父母が、孫との恒常的な関係を保つ権利と解し得る親権の一部(フランス民法典一四二条の尊属による子の監護権、一五〇条の婚姻同意権、四〇二条の尊属の法定後見<sup>(79)</sup>)を保持していることに依拠する。特にジュグラー<sup>(80)</sup>は、祖父母のこれらの権利を、父母の親権に依拠しない「自律的な父権(*puissance paternelle autonome*)」であるとさえ言っている。そして、一九七〇年以降は、親権喪失の条文であるフランス民法典三七八条の二項が「この失権は、父母以外の尊属に、その卑属について帰属すること

がある親権の部分に関して適用される」となったことから、祖父母が親権を保持することを強調する。しかし、これらの条文で認められる権利は、子の両親が死亡または意思を表明できない状況にある場合という例外的状況においてのみ行使され、親権を行使できない親の役割を補完するための祖父母の特別の権利(*prérogative*)であると考えられる。そして、特別の権利という点においては、祖父母の訪問権もこれらと並置され得る<sup>(81)</sup>。しかし、これらの権利と訪問権は、同一視されないとの批判がなされている<sup>(82)</sup>。なぜなら、訪問権の請求は、むしろ親の意思に反するところでなされるからである。定義上、訪問権は、親権を持たない者に帰属する権利であるとされ、子との関係を親権者・監護者によって禁じられる可能性もある。つまり、訪問権を請求する者は、親権を持たない者か、もしくは、それを行使できない者かのどちらかである。また、訪問権を親権と結びつけるために、第三者の訪問権の説明が困難になるともいわれている。

さらに、訪問権を特に監護権に結びつける学説がある。この説は、訪問権を監護権の分割物と捉え、訪問権が認められる場合には、親は子の監護の一部を訪問者に譲渡することを義務づけられると構成する。この説に対しては、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ある。監護権には、単に子を膝下に置く権限という意味での物質的監護(*garde matérielle*)のみならず、子の育成、教育に関するすべての決定をする権限である精神的監護(*garde morale*)までもが付加されなければならない。これに対して、訪問権には、子の人格・身上(*personne*)に関して指導することについてのいかなる権限も含まれない。裁判所が、あまりに長期で頻繁な訪問や滞在を子に多大な影響を及ぼす可能性があるとして認めないのは、このためだとされる。この点、精神的監護と物質的監護を分離し、訪問権を物質的監護だけの監護権と捉えることができるのであれば、この批判を回避し得よう。しかし、精神的監護と物質的監護が揃ってはじめて監護権を構成するのであり、物質的監護だけではもはや監護権とはいえない。それ



ゆえ、子の育成、教育に介入せず家族関係を維持する訪問権は、子の育成、教育を目的とする監護権とは全く異なる性質の権利とされねばならないのである。<sup>85)</sup> また、破毀院一九六六年三月二九日判決<sup>86)</sup>によって、訪問権は親権・監護権から独立し、自立した権利であることが示された。

次に、条文から法的性質を導き出す以上の諸説に対して、条文上の根拠から離れて法的性質を捉える学説について述べる。この説は、祖父母に認められる訪問権の本質的根拠は、血縁関係に固有の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いだされる権利となる。<sup>85)</sup> 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られているのである。祖父母の訪問権を自然権的なものとして捉える学説は、一九六五年四月六日のパリ控訴院によっても採用された。<sup>86)</sup> この見解は、一九七〇年の祖父母の訪問権の立法後も維持され、破毀院判決によって、完全養子縁組(わが国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三七一―四条二項に基づき訪問権を認める際にも採用された。この判決は、祖父母は孫への訪問権を行使する自然権的資格を当然に有しているとし、実の祖父母とその孫との間に、もはや法的に血族関係が認められない場合であっても、現実の血族関係の存在を根拠に訪問権を認めた。<sup>87)</sup>

さらに、祖父母に認められる訪問権を正当化するのは、社会の利益であるとする学説がある。<sup>88)</sup> この学説は、家族の結び付きとその構成員の愛情の絆を維持することは、社会の利益であるとする。そして、この絆が、家族の構成員の間の恒常的な関係があることによつてのみ存在し発展するものであることから訪問権を根拠づける。しかし、

この主張は確かに正しいものの、祖父母の権利の本質的根拠とはなり得ず、せいぜい祖父母の訪問権の根拠をより強固にするための補足的なものでしかない<sup>88</sup>とされる。

また、これまでの説とは権利主体を逆に捉える子の権利説がある。この見解によると、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される<sup>89</sup>。この説は、従来の学説が訪問権の場面における三面関係（子、訪問者、監護者）をあまり意識せず、子を単なる訪問の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し、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<sup>91</sup>。一九九三年の法改正後、この学説は、法改正により新たに認められた子の意見表明<sup>92</sup>に対する法的保護を訪問権の法的性質の基礎としている。以上の祖父母の訪問権に関する法的性質についての諸説から、次のことが明らかとなった。一九七〇年の法改正以前から、多くの場合、祖父母の訪問権は法律よりむしろ愛情の絆や血縁を基礎に認められてきた<sup>93</sup>。法改正により、民法典三七一―四条が制定され、祖父母の訪問権に関する実定法上の根拠について争いがなくなった後も、その法的性質は、根拠条文にとらわれず法改正前と同様に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る説が通説である。

### （3）訪問権を承認される祖父母の範囲の拡張

前述のように、フランス法においては、祖父母・孫関係の重要性が認識されており、祖父母の孫に対する訪問は判例によって早い時期から認められてきた。そして、祖父母の孫に対する訪問に権利性が認められるようになり、

祖父母の訪問権の内容も孫を滞在させることまで含むものへと拡張されていった。しかしながら、これらの祖父母の訪問権は、祖父母の自らの子(父母)が嫡出子であり、かつ、孫も子(父母)の嫡出子である場合にみに認められたものであった。一九七二年の法改正以前は、子に対して嫡出子か自然子(単純自然子、姦生子、乱倫子)かという法的な区別がなされ、それに伴い訪問権が承認される祖父母も区別されてきた。その区別とは、祖父母自身の子(父母)が嫡出子であるか否か、そして、訪問される孫が、祖父母自身の子(父母)の嫡出子であるか否かというこれらの関係から生じる祖父母の区別である。また、孫が嫡出子であっても完全養子縁組をされているか否かによっても祖父母の訪問権は影響を受ける。このような祖父母の訪問権に対する区別は、すべての子の平等を認める一九七二年の法改正まで完全には取り除かれなかったが、それでも、祖父母・孫間に愛情関係が推定される場合には、子の利益のために、祖父母の訪問権は拡張され認められる傾向にあった。以下に、①孫が嫡出子であり、かつ、子(父母)も嫡出子である場合の祖父母、②孫も子(父母)も嫡出子であっても、孫が他人の養子となった場合の祖父母、③孫または子(父母)が自然子である場合の祖父母について検討を行う。

まずは、孫も子(父母)も嫡出子である場合の祖父母についてである。前述の一八五七年七月八日の破毀院判決は、孫らの母親の死亡後、孫らを預かって監護・教育していた祖母が、孫らを引取り祖母と孫らの交流を全面的に禁止した父親に対して、孫らへの訪問を請求し認められた事案である。この事案において、祖母の訪問権は、父権の絶対性を否定することの反射的效果として、祖父母・孫関係の相互性を強調しつつ、子の利益のために認められた。このような訪問権が認められるのは、嫡出子の祖父母であったからとされる<sup>95</sup>。このように、祖父母の訪問権の承認において、当初、念頭におかれていたのは孫も子(父母)も嫡出子である場合の祖父母であった。

次に、孫と子(父母)が嫡出子であっても、孫が他人と養子縁組をした場合の祖父母についてである。フランス法

における単純養子縁組(adoption simple)はわが国でいう普通養子縁組に、そして、完全養子縁組(adoption plénière)はわが国における特別養子縁組に相当するものである<sup>96</sup>。フランスにおいて、現在のところ、単純養子となった孫に対する訪問権に関する公表された裁判例は存在しないようである。しかし、単純養子縁組をする前から孫が両親の嫡出子であるなら、養子となった孫の祖父母を養子となっていない孫の祖父母と同一に扱う必要があると思われる。とはいえ、孫がもとの家族と関係を保っている場合、その孫に対して訪問権を主張する可能性がある祖父母は、四人ではなく五人から八人になる。これらの祖父母が、それぞれの権利を主張する場合には、訪問者たちの間で訪問される孫を奪い合うという問題が生じ得る<sup>97</sup>。裁判官のシュットンは、このような単純養子縁組の場合に懸念される子への訪問が煩雑になる事態に対して、子の利益のために、なるべく訪問者の権利を一括して行使され得るように、訪問の場所や方法などを工夫すべきとの見解を示している<sup>98</sup>。他方、完全養子縁組をした孫の祖父母は、子が実方から離脱することから、祖父母の訪問権を第三者の訪問権として認めた裁判例がある<sup>99</sup>。

最後に自然子の祖父母の訪問権についてである。これらの祖父母は、さらに、孫が自然子の場合、子(父母)が自然子の場合、両方が自然子の場合の祖父母に分けられる。自然子の祖父母に、嫡出子の祖父母と同じ権利を認めることは、難しい問題であった。自然子の親子関係が法的に認められないことに付随する強い社会的非難<sup>100</sup>があったほかに、孫が自然子の場合の祖父母の訪問権は、相続法の条文であるフランス民法典七五六条<sup>101</sup>と衝突したのである。この条文は、「自然子は、相続人ではない」と規定していた。このことから、自然子の血縁関係は遡ることができないという、一般的な原則が導き出されると考えられ、自然子である孫は法的に祖父母を持たないとされた。したがって、裁判官にとって、祖父母の訪問の要求は、孫とは法的に無関係の者からの要求以外の何ものでもないということになり、受け入れ難かったのだとされる<sup>102</sup>。

そして、祖父母自身の子(父母)が自然子の一つである姦生子であっても、孫自身が嫡出子である次のような事案において、自然子の祖父母の訪問権は認められた。<sup>(10)</sup>これは、破毀院一九三八年七月二七日判決であるが、嫡出子の祖父母の訪問権が認められた判決の八一年後のことであった。概要は次のとおりである。孫の亡くなった父親は、当時、不倫関係にあった祖父母の姦生子として一九〇六年に生まれた。その後、一九二四年に祖父母は婚姻した。孫は、父親の生前、婚姻関係にあった妻(被告)との間に生まれた子であり、嫡出子である。父親の死後、孫の母親が祖父母と孫との間の交流を禁止したので、祖父母は孫との交流を求めて提訴した。第一審と控訴審は、孫の父親が姦生子であったことを理由に、祖父母と孫との間にはいかなる法的な関係も存在しないとし、祖父母の訪問権を否認した。この判決を不服として祖父母が上告したのが本件である。破毀院は、父親の準正について原審判決が十分に検討していないことを不当として破毀、差戻した。

この事案は、孫の親が姦生子である場合であったが、ギャレはこのように祖父母自身の子(父母)が自然子であっても、その自然子(父母)の子(孫)が嫡出子であれば、自然子の祖父母にも訪問権を認め得ると述べている。<sup>(10)</sup>しかしながら、孫自身が自然子である場合の祖父母には、依然、判例は原則として訪問権を認めていなかった。それは、孫が祖父母の嫡出子(父母)の自然子である場合と、孫が祖父母の自然子(父母)の自然子である場合の両方を含む。しかし、例外的にはあったが、子の利益の観点から、父母は嫡出子であるが孫自身が自然子である場合の自然子の祖父母に訪問権を認めた次のような判決がある。パリ控訴院一九六八年一月八日判決である。<sup>(10)</sup>概要は次のとおりである。事件本人である孫は、一九六二年に婚姻外から生まれたが父親に認知されていた。その後、父親は死亡し、一九六三年に、孫の後見人を決定するための審理が行われ、父方の祖母が後見監督人として指名された。祖母は、単純自然子である孫を訪問するための法的な権利を得るために提訴した。原審は、祖母が、「自然子の祖母」

または「後見監督人」であるといった肩書きからのいかなる権利も持たないことを明らかにした。しかしながら、「実の子に持っていたのと同じ愛情を、孫にも注ぐと思われる、孫の父の母」との関係を保つことが子の利益であるということを強調し、自然子の祖母に必要最小限の行使方法で訪問権を認め<sup>107</sup>た。これを不服として、孫の母親が、子と祖母との間にはいかなる法的な関係も存在しないことを理由に控訴したのが本件である。パリ控訴院は、控訴を棄却し、原審の判断を維持した。そして、改めて孫と祖母の間にいかなる法的な関係も存在しないことをはっきりさせつつも、孫へ愛情を注ぐと思われる祖母に対して、子の利益のために訪問権を認め<sup>108</sup>た。

このような状況のもと、一九七〇年の立法は、自然子の祖父母が享受する権利について決定的な議論の展開をもたらした。まず、あらゆる子に関する一般的な規定の中に位置する民法典三七一―四条は、祖父母を子に結びつける関係の性質がいかなるものであっても、あらゆる祖父母に関係するものでなくてはならないことが指摘された。さらに、三七一―四条一項の「祖父母(*grands-parents*)」という包括的な表現をとらえて、法律が区分しない場合には区分してはならない(*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*)<sup>109</sup>という法諺から、自然子の祖父母にも訪問権を認めるべきであるという議論が導かれた<sup>110</sup>。

これらの議論は、一九七二年一月三日の法案採択によってさらに強化され、親子関係に関する権利の改革をもたらした。一九七二年の改正により、フランス民法典三三四条一項<sup>111</sup>で、すべての子が基本的に平等に扱われることが定められ、さらに、フランス民法典三三四条二項<sup>112</sup>で、自然子の親子関係の効力を一親等に制限しないことが定められた。この立法的介入が、新法の起草者であるカルボニエの考える自然子の祖父母の訪問権に対する解決策である<sup>113</sup>。未公開の裁判例であるが、一九八五年一月二九日のリヨン裁判所は、監護親の家まで子を送り迎えするという条件のもと、自然子の父方の祖父母に孫を自己の家に受け入れる方法での訪問権を認め<sup>114</sup>た。このように、現在では立法

的解決により、フランス民法典三七一—四條一項の恩恵を自然子の祖父母に認めることへのあらゆる障害が取り払われ、祖父母の訪問権に対する区別がなくなった。<sup>(15)</sup>

### (三) 一九七〇年法による祖父母の訪問権の立法的承認

#### (1) 立法的承認の概要

一九七〇年六月四日の法律第七〇—四五九号によるフランス民法典第九章の改正で、祖父母の訪問権に関する立法がなされた。この立法により、フランス民法典三七一—四條(二—1訪問権について)参照が新設され、一項は祖父母の訪問権、二項は第三者の訪問権を定めている。以下、この立法の概要を説明するとともに、立法時になされた議論である立法の社会的時宜性に関する議論、さらに、祖父母の訪問権の制限に関する議論をみる。

前掲の民法典三七一—四條が示すように、祖父母の訪問権は「原則的」であることが明確にされ、これにより、訴訟手続においては立証責任の転換が図られた。また、祖父母の訪問権は「身上の関係」という表現で表されたが、これは、祖父母の訪問権の内容に、単に祖父母が孫と会ったり文通したりすることだけでなく、祖父母の住居に子が定期的に滞在することまでを当然に含ませるためであるとされる。<sup>(16)</sup>これに対し、第三者の訪問権は「例外的」であり、滞在まで含まない狭義の訪問権であるとされる。なお、一項による祖父母の訪問権を、ほかの者、例えば、血縁関係のない社会的祖父母(祖父母の再婚相手など)や第三者が主張することはできない。このように、祖父母の訪問権は、固有の権利であり、基本的権利であることが明文で保障されている。

ただし、「重大な理由(motifs graves)」がある場合には、祖父母の訪問権は制限される。「重大な理由」の中身については見解が分かれているが、一般的に、子の健康、安全、精神が危険に瀕したり、子の教育条件が祖父母と子の

関係によつて重大に損なわれる場合に限定されねばならないとされる。この基準は、親に何らかの問題があつて、育成についての一定の危険に瀕している子に与える育成扶助(assistance educative)の制度<sup>⑩</sup>において、育成扶助を与えるために子を親から引き離すなどの措置を決める判断基準となる「重大な理由」と同一のものである。このように、立法時においては、祖父母の訪問権を制限する「重大な理由」は、かなり限定的にとらえられていたようである。しかし、実際の裁判所の適用は、両親へ育成扶助の措置を認める基準より、祖父母の訪問権を制限する基準の方をより緩やかに解しているといわれている<sup>⑪</sup>。

以上のように、祖父母の訪問権は立法されるに至つたが、この立法に対しては、立法当時に社会的時宜性の観点による議論がなされ、その後、訪問権を制限する「重大な理由」と子の利益との関わりについて議論がなされた。以下、これらの議論についてみる。

## (2) 社会的時宜性に関する議論

祖父母の訪問権の立法において、国民議会では、感情に訴える発言<sup>⑫</sup>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。元老院でも圧倒的多数の賛成により可決に至つたが、元老院での審議においては、この立法の社会的時宜性について以下のような議論がなされた。

元老院議員であり、法律家であるマルシアシ議員は、家族規模の縮小から、この条文は「現在の風習に、全くそぐわないものである」、すなわち、祖父母に認められる訪問権が「いわば家父長制的精神を引き起こすものであると考えられる」として、祖父母の訪問権が判例上認められることには反対はしなかつたが、それを立法的承認まですることには反対した<sup>⑬</sup>。この意見については、立法委員でもあるマリネ議員が、この立法は社会的風習に逆行



するものではなく「条文の中に最新の判例が確立したことを取り入れ」たものであり、パリ控訴院一九六五年四月八日判決が祖父母の訪問権を例外的でなく原則的なものとしたことを引き合いに出し反論をおこなっている。<sup>(12)</sup>

この条文は、学説においても好意的に受け入れられ「家族法の最も新しい傾向」を示すとさえいわれた。<sup>(13)</sup>しかし、この社会的時宜性については、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一九七〇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方が賢明であると批判された。<sup>(14)</sup>

このように、この立法の社会的時宜性については、社会的風習に逆行するという観点と、子の利益を守るといふ二つの観点から批判がなされた。社会的風習に関してはその後の議論は見あたらぬが、子の利益に関してはその後も議論されており、以下、その点についてみていくことにする。

### (3) 祖父母の訪問権への制限——子の利益との関係——

(1)で述べたように、立法当時、祖父母の訪問権を制限する「重大な理由」は、かなり制限的に解釈されていた。これに対し、立法に批判的であったゴベールは、子の利益の観点から次のような批判を行っている。祖父母の訪問権を定めるフランス民法典三七一—四条は、訪問権を求める祖父母と、それを阻止しようとする子の両親との紛争の場面において用いられるが、特に両親の一人が死亡するなどして祖父母と生存配偶者との対立が激化した場合、訪問権と子の利益が対立する。すなわち、子(孫)にとっては教育的環境が安定して持続することが望ましいとされるが、訪問権の行使によって、子(孫)は対立する両者の影響を交互に受けることになってしまう。さらに、このような状況下では、子は祖父母と親のどちらを見習って成長すればよいかひどく混乱するなど、子の利益が損なわれる可能性がある。ゴベールは、訪問権は離婚によって離別を経験した子(孫)に追い打ちをかける無駄なものだと批

判する<sup>(128)</sup>。そして、訪問権を制限する「重大な理由」について、次のような拡張的解釈を提案した。「重大な理由」には祖父母の人間性が問題となるだけでなく、子の人間性、具体的には子の極端に若い年齢、外からの影響に対する抵抗力の弱さも、祖父母の訪問権を抑止する理由になるというものである<sup>(129)</sup>。

しかし、一九八九年のギャレ論文は、ゴベールの指摘が杞憂であったことを示している<sup>(130)</sup>。ギャレによると、「重大な理由」と子の利益は密接な関係にあるため、ゴベールの指摘のような子の利益が損なわれることが懸念される場合には、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である。実際、判例において、祖父母が子(孫)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<sup>(131)</sup>。公表された裁判例の中には、当事者が子を彼らの口論から遠ざけておくだけの思慮分別を持っているという条件においてのみ、祖父母の訪問の再開を裁判官が許したものもある。この破毀院判決は、訪問権が認められるのは、祖父母の人格的長所から、彼らが孫に再会した時、孫を現在の不和に巻き込まないと判断することができる場合のみであるとする。さらに、ゴベールの指摘に対して、祖父母との関係を完全に断つてしまふのは、子(孫)にとってむしろ良くないかもしれないこと、すなわち、教育は多様性の学習を必要とする以上、子は異なった環境に向かい合い、様々な像を比較検討することが望ましいと思われることを強調する<sup>(134)</sup>。

以上のように、一九七〇年法による祖父母の訪問権は、立法当時において、ゴベールによって子の利益が損なわれる危険性が指摘されていたが、その後のギャレの見解によれば、裁判所が子の利益が損なわれないように裁量を働かせることが可能になっていること、そして、むしろ祖父母と孫の交流を継続させる方が子のためになると思われることから、子の利益の観点からも正当性を欠いていないとされる。

### 3 祖父母の訪問権が問題となる場面

フランス法における祖父母の訪問権は、具体的にどのような場面において問題になったのであろうか。これらの具体的場面について、パリ大審裁判所の裁判長シュットンの分析があるので以下に検討する。ただし、これは、一九七〇年から一九七二年の間に、パリ大審裁判所の家族部(Chambre de la Famille)において、祖父母が孫との交流を求めた一七の訴訟および七つの急速審理手続(*référé*)<sup>(135)</sup>についての分析であり、一九九三年以降は法改正により、このような事件は、小審裁判所の家事事件裁判官(*Juge aux affaires familiales*)のもとで係争されることとなった<sup>(136)</sup>。

これによると、二四件中、一五件が祖父母「夫婦」によって提起されている(うち少なくとも四件は、祖母が主導的役割を果たしている。祖父が主導的役割を果たしているのは一件のみ)。ほかの九件については、単身で居住する祖母によって請求がなされている(うち四件は、祖母が夫と死別した寡婦である場合であり、ほかの五件は、夫との離婚後に請求がなされている。さらに、五件のうち四件は、祖母が再婚している)。この調査による限りでは、祖父のみが訴えを起こした事案はない。このことから、男性の原告である場合より女性の原告による事案がより多いことがわかる<sup>(137)</sup>。

さらに注目すべき特徴は、係争事件の三分の二(一六件)において、祖父母が六五歳未満であることである。このうち二件の祖父母夫婦は、五〇歳と四八歳、五二歳と五一歳でしかなかった。そして、この年齢の若さゆえに、祖父母は親としての役割をやめようとしないのである。このことが、紛争になる二世代の間の関係に影響している可能性がある。未熟なうちに婚姻した子の両親(祖父母)は、ほとんどいつの場合も、若夫婦の生活に、少なくとも最初の時期に、積極的に関与し続ける。金銭的援助をしたり、幼い孫の監護を頻繁に引き受けたり、時として若夫婦の世帯と住まいを共にしたりするなどである。訴訟の場において、家族関係の専門家は、特に同居の場合において、夫婦のどちらかの両親(祖父母)に過度に依存することが、夫婦関係を成熟させることや子を安定させることに関し

て不都合を生じさせる可能性を指摘する<sup>(138)</sup>。一八件のうち六件(三件は非婚関係)は、子の両親が訪問権の請求者である祖父母に依存した生活を送っていた過去を有する<sup>(139)</sup>。

さらに、孫との交流をめぐる争われるのは、実親と実子でなく、義父母(*beaux-parents*)と婚あるいは嫁の間の場合が圧倒的である(二四件のうち一九件)。一九件の内訳は、子(孫)の両親の一方が死亡した場合が一二件(子の母に対して訪問権が請求されたのが七件、父に対しては六件である)である。さらに、一三件のうち九件については生存親が再婚をしている。そして、一九件のうち残る六件が、離婚後に提起されたものである。義理の親子関係における紛争においては、すべての場合に子の両親の離婚または死別を契機とした姻族関係の解消が存在しているのが特徴的である<sup>(140)</sup>。一方、少数であるが二四件のうち残る五件は、祖父母が実の子に対して孫への訪問権を請求している<sup>(141)</sup>。そのうち四件では、息子が結婚しておりその妻が訴訟に巻き込まれている。五件目は、両親がその娘を相手取ったもので、娘は離婚している。これらの事案は、それぞれに特有の難しさを示すが、このうち三件は、訪問権の請求者と彼らの子との間に昔からあった対立を表面化させているという共通点がある<sup>(142)</sup>。

また、訪問権に関する紛争の確執の対象は、祖父母の訪問権に子を宿泊させる権利まで含むか否かについてである。二四件中、二〇件は、祖父母が一時的に子に会うことだけでは満足せず、彼らのもとへ子を周期的に滞在させることを要求し、これを容認しない父母(二件が部分的な拒否、一八件が全面的な拒否)との間で争われている事案である<sup>(143)</sup>。

以上の調査は、祖父母の訪問権に関する訴訟のほんの一角を分析したものではあるが、次のような当事者の具体像を垣間見ることができ興味深い。まず、祖父母の訪問権の主体となるのは、祖母の場合が圧倒的に多いということである。次に、訪問権を請求する祖父母の年齢が若いということである。これは、年齢が若い祖父母は世帯にお

いてはまだ現役である反面、若夫婦は未熟な場合が多いことから、祖父母が若夫婦の世帯に介入する場合が多いということを示している。それゆえ、祖父母が子(孫)の監護に携わる機会も自然に多くなる。そして、義理の親子関係の場合に世代間の衝突が生じやすく、離婚または死別後などの姻族関係の崩壊を機に訪問権の問題が顕在化していく。さらに、元婿あるいは嫁が離婚または死別後に再婚した場合には、紛争は極端に先鋭化する。また、この調査から、祖父母の訪問権が問題となる典型的な背景がわかるが、それは、祖父母が子の監護に携わったこと、あるいは子との交流が定期的にあつたということである。また、これらのフランスにおける祖父母の訪問権が問題となった具体的場面は、フランスに特有のものではなく、一般的に起こり得る場面であることは注目に値する。

#### 4 小括

これまでのフランス法の検討から以下のことが明らかになった。フランス法における訪問権は、わが国におけるそれよりも包括的に論じられてきた。そのため、訪問権に関係するあらゆる権利主体についての判例法理および学説における議論もわが国よりすすんでいる。特に、祖父母の訪問権は、祖父母が家族関係において父母の次に子との紐帯が強い者であることから、親権・監護権との関係においてしばしば問題となり活発な議論がなされてきた。

訪問権は、一九七〇年に立法的承認がなされる以前は、判例法により生成され、発展させられてきた。祖父母の訪問権が判例によって初めて承認されたのは、一八五七年破毀院判決によってであった。祖父母の訪問権は、当初、父権の絶対性を制限した反射的效果としてしか認められていなかったが、二〇世紀初めには、固有の権利として認められるに至る。そして、その権利性や内容においても徐々に拡張されてきた。現在では、祖父母の訪問権は、その内容に孫を自己の家に滞在させることまでを含むものと解されるのが一般的であり、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して考えられている。また、訪問権の法的性質については、包括的な訪問権論が展開され、新たな権利主体の登場はその度に議論に変化をもたらしした。現在、訪問権の共通の本質的根拠は、自然権的なものと考えられている。そして、注目すべきことは、一九七〇年法による訪問権の立法化以前から、根拠条文が判例・学説により提示されたにもかかわらず、訪問権の権利主体や法的性質論などは、根拠条文とは別に考察されてきたことである。

そして、一九七二年以前のフランスにおいては、自然子に対する区別が細くなされ、自然子は法的に祖父母を持つことがなかったが、このような区別が撤廃された後は、自然子の祖父母の訪問権に関する区別もなくなった。一九七〇年の親権法改正後は、父母の訪問権は、フランス民法典三七三—二条に明文化され、さらに、一九七五年の新離婚法によって、フランス民法典二八八条二項により具体的に規定された。祖父母と第三者の訪問権に関しては、同じく一九七〇年に、フランス民法典三七一—四条が新設されるに至った。一九七〇年の祖父母の訪問権に対する立法的承認の是非に関して、議会や学説において、その社会的時宜性や子の利益の観点から議論がなされた。そして、祖父母の訪問権を規定する条文は、社会的時宜性は欠いておらず、子の利益は裁判官の裁量によって考慮されることになっていることが指摘されている。

さらに、フランスにおける祖父母の訪問権が問題となる具体的場面の検討によって、その場面はフランスに特有のものではないことがわかった。

(48) *Encyclopédie juridique, divorce*, Dalloz, 1998, n° 724.

(49) J. Carbonnier, *Droit civil, t. 2, La famille*, 18<sup>e</sup> éd, Paris, P. U. F., 1997, n° 184, p. 251.

- (50) フランス民法典三〇二条は「子は離婚した夫婦の一方に託される」と規定する。なお、三〇二条は別居の場合にも適用されることに学説は一致している。詳しくは、田中通裕『親権法の歴史と課題』一一六頁以下(信山社、一九九三年)参照。三〇二条は、一九七五年七月一日の法律第七五—六一七号による新離婚法で改正された。三〇二条についても同様である。
- (51) Plantol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 2, *La famille*, par Rouast, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L. G. D. J., 1952, n. 654. これによると、訪問権と並んで子と文通する権利、子の学校教育、宗教教育を監視する権利が、監督権の一形態として挙げられている。また、H. Mazeaud, J. Mazeaud et François Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 1, *La famille*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1995, n. 1145, p. 561. これによると、監督権は、その必然的帰結として訪問権を有するとされる。また、この点についての邦文文献は、田中・前掲註(50)一一七頁参照。
- (52) 条文訳は、法務省司法法制調査部編『フランス民法典——家族・親族関係——』(法曹会、一九七八年)参照。なお、一九九三年一月八日の法律第九三—二二二号による改正で、民法典三七三—二二二条は「父母が離婚または別居する場合には、親権は、フランス民法典二八七条(共同親権の行使について定めている)が予定した状況において行使される」と改められた。さらに、二〇〇二年の改正により、現在は、一項「父母別離は、親権行使の帰属準則に影響することはない」、二項「父母の各々は、子と身上の関係を維持しなければならない。そして、父母の他方と子の絆を尊重しなければならない」、三項「父母の一方が住居を移すことは、それが親権の行使の態様を変えるものである以上、事前かつ適宜に、父母の他方から知らされる情報の対象となる。意見の不一致がある場合には、もっとも適切な親族が、家事事件裁判官の裁定を求める。家事事件裁判官は、子の利益の要求するところにしたがって決定を下す。裁判官は、子の移転費用を配分し、子の育成・扶助の分担金額を相応に調整する」となっている。
- (53) 条文訳は、法務省司法法制調査部編・前掲註(52)参照。なお、一九八七年の法改正については、田中・前掲註(50)二四四頁。
- (54) 条文訳は、法務省司法法制調査部編・前掲註(52)参照。
- (55) P. Guibo, *Essai d'une théorie générale du droit de visite*, J. C. P. 1952, I, 963, n. 8; V. Gaston, *Essai sur le droit de visite sous la puissance paternelle*, thèse Poitiers, 1941, p. 38.
- (56) 父母の訪問権に関する民法典二八八条、三七三—二二二条と、祖父母と第三者の訪問権に関する民法典三七—二二二条は、一九九三年一月八日の法律第九三—二二二号による改正で、大審裁判所が管轄していた事件は、小審裁判所の家事事件裁判官のもとで

係争されることになった。さらに、二〇〇二年三月四日の法律第二〇〇二—三〇五号による改正で、民法典三七三—二条は前掲註(52)のように改正され、民法典の離婚の効果として規定されていた二八八条は廃止され、子の身上に関する親権として三七三—二—一条が新設された。三七三—二—一条は次のとおりである。一項(旧二八七条)「子の利益が命ずるならば、裁判官は、両親の一方に親権の行使を委ねることができる」、二項(旧二八八条二項)「訪問と宿泊させる権利は、重大な理由がない限り、他方の親に対してこれを拒絶できない」、三項(旧二八八条一項)「親権の行使を有しない親は、子の養育および育成を監督する権利と義務を保持する。その結果、その親は、子の生活に関する重要な選択を通知されねばならない。その者は、三七三—二—二条によって定められる負担義務を尊重しなければならない」。祖父母と第三者の訪問権に関する民法典三七一—四—一項は「子は尊属と身上の関係を保つ権利を持つ。重大な理由がなければこの権利は妨げられない」とされ、二項は「子の利益になるならば、家事事件裁判官は、親族または親族ではない第三者と子の関係の具体的な態様を定める」と改正された。これまでも異なるところは、形式的には訪問権の権利主体が子になったことと、祖父母(*grands-parents*)という表現が尊属(*ascendants*)という表現に改められたところである。

(57) 田中・前掲註(41)一六〇頁。フランスの文献からは、論者が訪問権の権利主体につきどれほど区別していたのかは、必ずしも明確でない。この点につき、田中論文では包括的に議論されていたとしているが、特に区別なく論じられていることから妥当な分析であると考えられる。

(58) *Civ.*, 8 juill. 1857, D. 1857, I, p. 273.

(59) 一八〇四年のフランス民法典三七二、三七三条は、それぞれ次のように規定されていた。三七二条「子は、その成年またはその解放まで、父母の権威のもとにある」、三七三条「父のみが、この権威を婚姻中行使する」。

(60) 田中・前掲註(41)一六二、一六三頁によると、一八〇四年のフランス民法典の父権概念は、ローマ法の父権や家長権(*patria potestas*)にみられるような絶対的な支配的性質をもち持たなかったが、依然として子に対する排他的支配の性格は持っていたようである。具体的には、一八〇四年のフランス民法典三七四—四—一項によつて、子が父の許可なくして父家(*maison paternelle*)を離れることは禁止されており、父権者は、父権の属性の一つとして子を膝下に置く権利(*droit de retenir l'enfant*)である監護権(*droit de garde*)を持つとされている。

(61) 民法典三七—一条は「子は、すべての年齢において、その父母に対して、敬意(*honneur*)および尊敬(*respect*)の義務を負う」。



と規定されるが、これは、父母に対してのみならず、すべての直系尊属に対しても、このような義務を負っていると解されている。また、本条には制裁規定がないことから、単に道徳的規範にすぎないといわれるが、ほかの規定の解釈基準として用いられるという意味において、法律規範ともとれるといわれている。谷口知平『現代外国法典叢書仏蘭西民法(Ⅰ)』三五八頁(有斐閣、一九五六年)参照。

- (62) Guinho, *op.cit.*, n° 10, 11.
- (63) Hébraud, note sous Civ., 2 Nov. 1955, D. S. 1956, p. 153.
- (64) M. Gobert, *L'enfant et les adultes (à propos de la loi du 4 juin 1970)*, J. C. P. 1971, I, 2421, n° 13.
- (65) Hébraud, *loc.cit.*
- (66) Naurois, *Le contrôle judiciaire de la puissance paternelle*, Rev. crit. 1936, p. 486; T. Garé, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, thèse Lyon, 1989, n° 295.
- (67) Civ., 26 juill. 1870, D. P. 1871, I, p. 217; S. 1891, I, p. 385; Civ., 28 juill. 1891, D. P. 1892, I, p. 70; S. 1891, I, p. 385; Req., 12 fév. 1894, D. P. 1894, II, p. 218; S. 1894, I, p. 240.
- (68) Paris, 14 août. 1869, D. P. 1869, II, P. 238; S. 1869, II, P. 267; Aix., 12 nov. 1890, D. P. 1892, I, p. 70; Aix., 15 mars 1929, D. P. 1930, II, p. 111, note Nast; Trib. Avesnes, 15 Janv. 1931, Gaz. Pal. 1931, I, p. 533.
- (69) Req., 5 juin 1931, D. H. 1931, p. 361; Civ., 6 juill. 1931, D. H. 1931, p. 428; S. 1931, I, p. 390.
- (70) Req., 24 fév. 1942, D. C. 1942, J., p. 98, note Lebrun; S. 1942, I, p. 59; J. C. P. 1942, II, 1559.
- (71) Req., 5 juin 1931, *supra*.
- (72) L. Jossierand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, Dalloz, 1927, n° 71; Garola-Giulianis, *Le fondement du droit de visiter et d'héberger l'enfant*, D. 1965, Chron., p. 1; Guinho, *op.cit.*, n° 6.
- (73) Donnier, *L'intérêt de l'enfant*, D. 1959, I, p. 179.
- (74) Guinho, *op.cit.*, n° 10-13. への点で詳しい邦文文献として田中・前掲註(41)一六四、一六五頁。
- (75) 前掲註(61)参照。
- (76) Gaston, *op.cit.*, pp. 38 et s.

- (77) Garé, *op.cit.*, n° 282.
- (78) Juglart, *Les droits de puissance paternelle des ascendants*, R. T. D. C. 1938, pp. 383 et s.; Guinho, *op.cit.*, n° 15.
- (79) 一八〇四年のフランス民法典一四二条は「母が父の失踪の時に死亡していた場合、または母が父の生死不明が宣言される前に死亡するに至る場合には、子の監護は、父の失踪から六ヶ月後に、家族会によって最も近い尊属に、それらの者がいない場合には、仮の後見人(*tuteur provisoire*)に付託される」と規定する。現在は、この規定は削除されている。一九二七年法によるフランス民法典一五〇条は「父及び母が死亡している場合、又はそれらの者がその意思を表明することが不可能である場合には、祖父母がそれらの者に代わる。同一の系(*ligne*)の祖父と祖母との間に不一致がある場合、又は二つの系の間に不一致がある場合には、この不一致は、同意とみなされる」と規定される。一八〇四年のフランス民法典四〇二条は「父母のうち最後の死亡者によって、未成年者に後見人が選ばれなかったときは、後見は、当然にその父方の祖父に属する。父方の祖父がいない場合には母方の祖父に、およびこのようにして同一親等では父方の尊属がつねに母方の尊属に優先される方法で遡る」とある。一九六四年法によるフランス民法典四〇二条は「父母のうち後に死亡する者によって後見人が選ばれなかった時は、嫡出子の後見は、尊属のうち最も近い親等の者に付託される」と規定する。この条文は、二〇〇二年に改正されている。
- (80) Juglart, *op.cit.*, p. 388.
- (81) Garé, *op.cit.*, n° 283.
- (82) Garé, *loc.cit.*; Guinho, *op.cit.*, n° 15.
- (83) Guinho, *op.cit.*, n° 16.
- (84) 破毀院一九六六年三月二九日判決(Civ., 29 mars 1966, D. 1966, p. 396)は、姦生の父の訪問権に関する事案ではあるが、訪問権は親権・監護権から独立し、自立した権利であることを示した。この判例については、田中・前掲註(41)一八五頁が詳しい。
- (85) Guinho, *op.cit.*, n° 18.
- (86) Garé, *op.cit.*, n° 286.
- (87) Civ., 21 juill. 1987, D. 1987, I. R., p. 191; J. Rubellin-Devichi, *Droits de visite*, R. T. D. C. 1988, pp. 319 et s.
- (88) Guinho, *op.cit.*, n° 11.
- (89) Garé, *op.cit.*, n° 285.

- (90) G. Viney, *Du «droit de visite»*, R. T. D. C. 1965, n° 5; H. Bosse-Platière, *La présence des grands-parents dans le contentieux familial*, J. C. P. 1997, I, 4030, n° 2; Kamdem, *L'enfant et le droit de visite*, Gaz. Pal. 1996, p. 2. 子の権利説は、近年、フランスにおいて、ますます子の権利への関心が高まる中、注目を集めている説である。この学説の論者の一人であるカムダンは、一九八九年一月二〇日に国連総会で採択のされた児童の権利条約が、フランスで批准され一九九三年一月八日の法律によって国内法に導入されたことにより、この条約の個人としての子の保護という考えを強調する。
- (91) Kamdem, *op. cit.*, n° 15. なお、損害賠償については、民法典一三三二条が「他人に損害を生じさせる人の行為はいかなるものであってもすべて、過失によってそれをもたらした者に、それを賠償する義務を負わせる」と定める。法務省司法法制調査部編・前掲註(52)。
- (92) 一九九三年に民法典三八八―一条が新設され、子の意見表明に対する法的保護を定める。三八八―一条一項「意思能力のある未成年者(*le mineur capable de discernement*)は、この者に関わる全ての訴訟において、この者の発言または同意を定める諸規定に反しない限り、裁判官により、または裁判官がこのために指名する者により、意見を聴取される」。二項「未成年者が前項の請求をするときは、この者の意見聴取は、特に理由を付した裁判によらない限り排斥され得ない。未成年者は、単独でも、弁護士またはこの者が選ぶ者と共にでも、聴取され得る。この人選が当該未成年者の利益に合致しないと思われるならば、裁判官は、ほかの者の指名を行うことができる」。
- (93) A. Lebrun, *note sous Civ.*, 27 juill. 1938, D. 1939, I, p. 75.
- (94) フランス法には、嫡出子と自然子という概念がある。嫡出子に対する非嫡出子を意味するフランス法上の表現で、一般的に用いられるのは、自然子(*enfant naturel*)である。ほかに非嫡出子(*enfant illégitime*)、婚外子(*enfant né hors mariage*)という用語がある。従来のフランスにおける親子関係に関する法律の特徴の一つとして、一八〇四年のフランス民法典は、嫡出子、自然子の区別のほかに、自然子間にも、単純自然子(*enfant naturel simple*)、姦生子(*enfant adultérin*)、乱倫子(*enfant incestueux*)の区別を設けていた。単純自然子とは、婚姻障害のない未婚の男女から生まれた子である。なお、乱倫子は、婚姻障害のある男女から生まれた子である。そして、姦生子とは、少なくとも一方が第三者との婚姻関係を有している男女から生まれた子のことである。さらに、姦生子は、父が既婚の場合の父方姦生子(*enfant adultérin a patre*)と、母が既婚の場合の母方姦生子(*enfant adultérin a mate*)とに区別されることがある。一九七二年の改正まで、乱倫子と姦生子に該当する者には、法的親子関係の立証

をすることが禁じられていた。このフランス法上の子の区別については、田中通裕「フランスにおける自然親子関係成立に関する一考察」法と政治二八巻三・四号四八四頁(一九七七年)参照。ほかにフランスの親子法、自然子法一般については、谷口・前掲註(61)三〇四頁、神田博司「仏蘭西私生子法における父の搜索——とくに一九五五年法を中心として——」法学新報六六巻一〇号三二頁(一九五九年)、加藤高『注釈民法(二)の二親族(三)』四三二頁(中川善之助編)(有斐閣、一九七一年)、久貴忠彦「フランス非嫡出子法の動向に関する一考察(一)」阪大法学八九号五九頁(一九七四年)、有地・前掲註(13)一〇六頁などを参照。

(95) Garé, *op.cit.*, n° 270.

(96) 現在のフランス法上の養子制度には、完全養子縁組(*adoption plénière*)と単純養子縁組(*adoption simple*)がある。従来の普通養子、断絶養子、養子準正の三態様構成を廃止し、これらの二態様構成を採用した。そして、養子準正を特例的形態としていた旧法とは逆に、完全養子縁組を原則的形態とし、単純養子縁組を特例的形態として位置付けた。完全養子縁組は、子を完全に実方から離脱させ、養方の血族とし、かつ、離縁を認めない養子縁組である(フランス民法典三四三条から三五九条)。一方、単純養子縁組は、養子の年齢を問わず、また、実方から離脱せず、扶養、相続の関係を維持するなどの点で完全養子縁組とは異なる(フランス民法典三六〇条から三七〇—二条)。詳しくは、稲本洋之助『フランスの家族法』七五—九〇頁(東京大学出版会、一九九三年)参照。一方、わが国においては、特別養子縁組は養子となる子が六歳以下の場合に限ってなされるが、普通養子縁組にはこのような制限はない。

(97) Garé, *op.cit.*, n° 271.

(98) Sutton, *Du droit des grands-parents aux relations avec leurs petits-enfants*, J. C. P. 1972, I, 2504.

(99) Civ., 21 juill. 1987, *supra*, Rubellin-Devichi, *loc.cit.*

(100) Jean-Louis Halpéin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, P. U. F., 1996, n° 11.

(101) これは、一八九六年三月二五日の法律による規定である。一九七二年一月三日の法律第七二—二二二号により改正され、フランス民法典七五七条は「自然子は、一般的にその父母及びその他の尊属並びにその兄弟姉妹及びその他の傍系血族の相続において、嫡出子と同一の権利を有する」と規定した。さらに、二〇〇二年に改正されている。

(102) Garé, *op.cit.*, n° 272.

- (103) *Ibid.*, n° 273.
- (104) Civ., 27 juill. 1938, D. H. 1939, I, p. 73.
- (105) Garé, *op. cit.*, n° 273. ただし、ギャレは、この破毀院判決を自然子の祖父母に訪問権が認められた事案として挙げているが、破毀院は、本文で述べたように準正につき検討するように言っている。仮に、準正が認められれば訪問権が認められると、破毀院が考えているならば、準正による嫡出子の祖父母の問題となるので、ギャレの見解には疑問の余地がないわけではない。
- (106) Paris, 8 nov. 1968, D. 1969, p. 145.
- (107) 原審は、毎年二、四、六、一〇、一二月の最初の日曜日に一〇時から一八時の間、母親の家まで迎えに行つて送り届けるといふ責任において、祖母に対して孫を自己の家に受け入れるという方法で訪問権を認めた。
- (108) 一九七〇年の立法以前は、嫡出子の祖父母の訪問権の承認でさえも、法律を基礎にするより、むしろ、「愛情の絆」や「血縁」を基礎にするほうが多いとされていたようである。Lebrun, *loc. cit.*
- (109) Henri Roland et Laurent Boyer, *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1999, n° 453.
- (110) Garé, *op. cit.*, n° 275.
- (111) フランス民法典三三四条一項は「自然子は、その父母との関係において、一般に嫡出子と同一の権利および同一の義務を有する」と定める。三三四条は二〇〇二年の改正により廃止された。
- (112) フランス民法典三三四条二項は「自然子はその親(auteur)の家族に入る」と定める。
- (113) Carbonnier, *op. cit.*, n° 305, 307, 332, 333.
- (114) Garé, *op. cit.*, n° 277.
- (115) Colombet, *Commentaire de la loi du 4 juin 1970*, D. 1971, Chron., p. 1; Garé, *op. cit.*, n° 276.
- (116) Garé, *op. cit.*, n° 279. じれによると、曾祖父母については、「法律が区分しない場合には区分してはならない」という法諺により、フランス民法典三七一一四条一項の「祖父母」に入ると考えられているようである。これに対して、破毀院(Civ., 17 mai. 1972, D. 1972, Somm., p. 162)によって、血縁関係はないが、社会的祖父母(例えば、祖父母の再婚相手)は、民法典三七一一四条一項の「祖父母」には入らず、同条二項の第三者の範疇に入ることが明らかにされた。なお、二〇〇二年三月四日の法律第二〇〇二—三〇五号によって、民法典三七一一四条の「祖父母(grands-parents)」という表現は、「尊属(ascendants)」という

表現に変わっている。

(117) Civ. 6 juill. 1931, *supra*; Req. 24 fév. 1942, *supra*. 特に、これらの判決以降は、祖父母の訪問権の内容に孫を滞在させることまで含まれることが一般的になってきたようである。Colombet, *op.cit.*, n° 4; Sutton, *op.cit.*, n° 11. なお、「身上の関係」とは、R. Legéais, *L'autorité parentale*, éd. Rep. Def. 1973, p. 67, n° 68. によれば、「祖父母・孫間の通常の愛情的交流に当たる全てのもの」とされる。

(118) 三七―四二項にいう第三者(*autres personnes*)には、姦生子の父、傍系血族のほか、いわゆる「育ての親 (*parents nourricier*)」や子の幼児期に子と密接な関係を維持した者や代父・代母などの第三者まで含むとされる。Gare, *op.cit.*, n° 280, 281. 一九七〇年の立法以前では、姦生子の父の訪問権は、扶養料の支払いの有無と結びつけられて判断されることが多かったようである。パリ控訴院一九五四年六月四日判決(D. 1954, p. 544)でも扶養料支払は訪問権承認の大きな根拠となったようである。さらに、姦生子の父への訪問権の承認にとどまらず、フランスの下級審レベルの判例では、傍系血族や代父(*parrain*)・代母(*marraine*)などの第三者にまで訪問権の権利主体を拡張した。傍系血族に関しては、おばの訪問権を承認した事案であるセーヌ大審裁判所一九四六年二月一四日判(J. C. P. 1947, IV, p. 750)において、①血族関係(*parenté*)、②奉仕(*services*)という要素が訪問権の承認の基礎になっており、子のおばに対する尊敬、感謝の義務が理由とされている。その他の事案では、血族関係や奉仕のほかにも、③愛情的関係(*liens affectifs*)が、根拠にされている。しかし、一九五八年のオルドナンス〔後掲註(119)〕により、義務としての「訪問の職務(*mission de visite*)」という概念をもたられ、この傾向に歯止めがかけられた。代父・代母の事案である破毀院一九六一年三月二二日判決(D. 1961, p. 521)は、これらの第三者に訪問権を否定した。この破毀院は「未成年子の監護権を授けられている親は、直系尊属(*ascendants*)以外の人のために、訪問あるいは宿泊させる権利を課され得ない」と述べ、訪問権の権利主体の範囲についての大原則を宣言したといわれる。田中・前掲註(94) 五〇七頁、田中・前掲註(41) 一六九―一七九頁参照。

(119) 危険にさらされている青少年の保護に関する一九五八年二月三日のオルドナンスは、育成についての一定の危険な状況にある未成年者を、一時的に監護者以外の人または施設に委ねる権限を児童裁判官に授け、育成扶助の制度を整備した。これは、後に、フランス民法典二七五条から三八二条を廃止し、新たな規定を設けるに至る。民法典二七五条は次のように規定する。「健康(*santé*)、安全(*sécurité*)、精神(*moralité*)または教育(*éducation*)が危険にさらされている二一歳未満の未成年者は、三

七五―一条から三八一条に規定される条件のもと、育成扶助の対象となる」。詳しくは、田中・前掲註(50)六二―六七頁参照。

(120) *Legais, op.cit.*, p. 68, n° 65.

(121) 国民議会では祖父父母の訪問権に関して、次のような発言があり、拍手喝采を受けた。M. Andre Tisserand (M. Andre Tisserand, J. O., *Déb. Ass. Nat.*, 7 avr. 1970, p. 810)

「髪は白くなり、手は皺だらけになった時に、人は、心を締め付けられ、魂が苦い目に遭うことがしばしば生じる。それは、一般に、家長たちが、彼らに批判的であることのある祖父父母と、その孫との接触を避けさせようと考えることである。このような時、祖父父母は世帯に深く関わっているため、老人の心と、おそらく、その孫たちの心もまた、どれだけのドラマが生じるだろうか。……判例は、祖父父母に訪問権と通信する権利を得ることを許したのである。これらの権利は、法律に記載されるべきである。時折、不当な祖父父母から、身を守るためにも、両親が定めた祖父父母の権利行使の方法は、法律によって規定されるべきである。なぜなら、このような濫用事例も実在するからである。また、祖父父母が本質的に持つ、これらの権利は、条文によって認められるべきである。このことは、私は、孫との通信に関する豊富な判例を見て、そのことを確信しているのだが、祖父父母たちの心の闇に、彼らの孫との別離によって悲しませられた老人に、喜びをもたらすであろう」。

(122) M. Pierre Marcilhacy, J. O., *Déb. Sénat*, 13 mai 1970, p. 386.

(123) M. Léon Jozeau-Marigné, J. O., *Déb. Sénat*, 13 mai 1970, p. 386. さらに、「祖父父母の訪問権が、両親の特権 (*prérogatives*) と相容れないとしても、もしくは、その性質から子の重要な利益を害することになろうとも、祖父父母の訪問権を妨げることができない」とも言っている。

(124) *Garé, op.cit.*, n° 261.

(125) *Gobert, op.cit.*, n° 14. ゴベルは、国民議会でのティスラン議員の発言を取り上げ、議会では「お涙頂戴の議論」しかなされていないことを非難した。*Sutton, op.cit.*, n° 3. シュットンによると、国民議会でのティスランの発言・前掲註(121)を捉え、「力強いが現実的でない胸打つもの」と形容し、現実には祖父父母の訪問権が問題となるのは、ティスランの発言のように祖父父母が年老いた時からでなく、それ以前の不和から問題はすでに生じており、それは根深く、潜在的に存在しており、離婚などの家族の危機と共に表面化するとされる。

(126) *Gobert, op.cit.*, n° 15. これに対して、ギャレは、立法的介入について、一九七〇年の状態に判例法理を固定することを目的と

はしていないと反論する。Garé, *op.cit.*, n° 262.

(127) 子の利益の具体的内容については、伝統的立場で、子を親の膝下に置き、子の育成の完成に重きを置くものと、新たな立場で、子の利益を子の好みおよび希望と同一視し、子を親の膝下に置くことを重視しない立場と、これらの折衷的な立場の折衷説とがある。Viney, *op.cit.*, n° 5. この点に詳しい邦文文献として、山脇・前掲註(41)一〇八頁。

(128) Gobert, *op.cit.*, n° 16, 17. ほかにも訪問権が問題となる場面について次のものを参照した。Garé, *op.cit.*, n° 263; Sutton, *op.cit.*, n° 8, 9.

(129) Gobert, *op.cit.*, n° 20.

(130) Garé, *op.cit.*, n° 265-267.

(131) 子の利益は、①重大な理由を構成し、②三面関係(子、訪問者、監護者)の調整において、裁判官に帰属する役割によって実現されると考えられるからである。Garé, *op.cit.*, n° 304.

(132) *Ibid.*, n° 266.

(133) Civ., 17 mai 1972, Bull. Civ. 1972, I, p. 116.

(134) Garé, *op.cit.*, n° 302.

(135) Sutton, *op.cit.*, n° 2.

(136) フランスの司法制度について詳しくは、山本和彦『フランスの司法』一九五頁(有斐閣、一九九五年)参照。

(137) Sutton, *op.cit.*, n° 5.

(138) M. Porot, *L'enfant et relations familiales*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, P. U. F., 1967, pp. 175 et s.; Jean-G. Lemaire, *Les conflits conjugaux*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Edition sociales françaises, 1970, p. 99 et s.

(139) Sutton, *op.cit.*, n° 6.

(140) *Ibid.*, n° 7-9.

(141) アメリカでは、州によっては実親子間での訪問権をめぐる訴訟は認められないこともある。詳しくは、鈴木・前掲註(18)参照。

(142) Sutton, *op.cit.*, n° 10.



### 三 日本法への示唆

#### 1 面接交渉権の適用場面と権利主体の拡張の必要性

「一 わが国の面接交渉権論の状況」でみてきたように、わが国では、昭和三九年の最初の裁判例により、民法七六六条を面接交渉権の審判の根拠とする判断が示され、それを支持する実務と学説が定着した。これが結果的に、面接交渉権論を離婚法に従属させることになった。すなわち、わが国における面接交渉権論は、離婚または別居の際に子の監護権を得なかつた親のみが念頭におかれたものになっている。ここでは、このような狭い範囲の適用場面と権利主体に限定された面接交渉権論を、祖父母を中心とした父母以外の者に対応できるように理論へ再構築する必要性があるか否かを検討する。

まずは、前掲したフランスとわが国の事案を比較することから検討を行う。古くから訪問権が認められてきたフランスにおいて、その権利が祖父母に拡張するきっかけとなった事案の概要は次のとおりである。母方の祖母が孫らを、娘(母)の死後、数年にわたり監護・教育していたのであるが、父親が孫らを引き取り、その後の祖母と孫らとの一切の交流を禁じたため、交流の再開を求めて祖母が提訴し、それが認められたというものである。これは、わが国において祖父母に面接交渉が認められた最初の事案と状況が酷似している。わが国における事案は、直接的に祖父母が面接交渉を請求したものではないが、両事案には次のような共通の背景がある。まず、子の両親が死別し

た後に生存配偶者が再婚しているということ、さらに、その生存配偶者と祖父母との間には血縁関係がないことである。そして、孫との交流の請求者である祖父母が、過去にその孫の監護・教育をしていたという背景がある。このような事案の背景はまさに祖父母の面接交渉が問題となり得る典型的な場面であると思われる<sup>(46)</sup>。このように、問題となる状況にフランスの事案との共通点が見出される以上、わが国においても、今後、父母以外の者、特に祖母の面接交渉権に関する問題が多く顕在化するのではないだろうか。ところが、わが国では父母の面接交渉権だけに議論が集中している。確かに、数のうえでは父母に関する事案が圧倒的に多いのかもしれない。しかし、紛争の深刻さという面では、子の両親の死別が介在する祖父母の典型的な事案の方が、むしろ紛争は尖鋭化するのではないだろうか。争いが紛糾している場合には、当事者間での話し合いは難しく、このような場合にこそ、法律が介入する必要があると思われる。実際、フランスでは祖父母の訪問権が問題となっている場面の多くが、このような場面である。また、典型的な事案ではないかもしれないが、祖父母が自らの子（父母）の面接交渉権の恩恵を受けられない場合、例えば、子の監護権を有しない親の個人的理由から面接交渉が禁止されている場合、あるいは、面接交渉権を行使しない場合など、これらの影響を受けることなく、祖父母が独自に面接交渉権を行使できるという点において、祖父母固有の面接交渉権を認める意義があると思われる。

さらに、次のような子の福祉<sup>(46)</sup>の観点から、祖父母の面接交渉権を規律することが必要である。一つ目は子の奪い合いを緩和させるといふ観点、二つ目は監護・教育に関して恵まれない子を救済する（親の愛情の補完、子の虐待の抑止効など）という観点である。

まずは、子の奪い合いに関して、祖父母の面接交渉権を規律することにより、子の奪い合いを緩和させることが可能になると考える<sup>(46)</sup>。面接交渉権に関する紛争では、子と監護者と面接交渉の請求者という三者が関係する。面接

交渉を求めたが孫に会わせてもらえない祖父母が、孫の身体を直接拘束し勝手に連れ去るといふように、面接交渉をめぐる紛争が子の奪い合いへと発展することは容易に想像できる。実際に、子の監護処分に関する審判をつぶさに観察すれば、祖父母が関与していることが見受けられる事案は多く、特に、子の奪い合いに関する事案では、孫と引き離された祖父母が、当事者もしくはは事実上の当事者として登場するものが少なからず存在する<sup>(17)</sup>。このような事態を緩和させるために、確実な面接交渉権を保証することが有効である。また、子の身体拘束とまではいかなくても、子への面会を争い合うような場合も程度がひどくなれば、子の福祉を害するような子の奪い合いといえるであろう。このような場合には、子の福祉を十分に考慮し、面接交渉を大人の都合による利己的で過度なものにしないために、裁判所の審査に服させる必要があると思われる。

次に、子への監護・教育を補完する目的で祖父母に面接交渉権を認めることに関してである。「はじめに」で述べたように、近年、様々な社会的要因により子の監護の場面は複雑化している。離婚などにより、両親による監護・教育を受けることができない子へ祖父母の定期的な面接交渉を認めることが、愛情面や経済面における祖父母の援助を引き出すこともあると思われる。また、特に、社会的病理現象である子の虐待を抑止するために、祖父母の孫への定期的な面接交渉は有効である<sup>(18)</sup>と考える。実際に、祖父母は、家族関係において父母の次に子と強い紐帯を持つゆえ、子の監護に携わることも多く、家庭の崩壊後もこのような祖父母との愛情関係を保つことは孫のためになる場合が多いと考える。

以上をあわせて考えると、面接交渉権論に祖父母を権利主体として取り込み、規律することによって、これらの問題により実態に即した法的な対応が可能になるのではないだろうか。子の監護に携わる者が増えている中、子との面接交渉の問題は、祖父母に関するものだけでなく、第三者へも広がっていくであろうし、問題となる場面も離

婚の場合だけでなく、フランス法にもあるように死別の場合も問題となるであろう。このことから、より広い権利主体に適用可能な面接交渉権論が検討される必要があるように思われる。

このように、フランスとの事案の類似性、そして、子の福祉の要請から（子の奪い合いの緩和、子への愛情面や経済面での援助、子の虐待の抑止効）、離婚以外の場面における祖父母を中心とした父母以外の権利主体を取り込んだ理論を構築する必要性は高いと考える。それでは、現在のわが国の面接交渉権に関する議論で、特に離婚または別居以外の場面で問題となることが多い父母以外の者の面接交渉権を取り込むことが可能であろうか。以下、わが国における面接交渉権の法的性質の議論をもとに、この点について検討を行う。

## 2 従来の面接交渉権論の具体的検討と問題点

「一 1(三)面接交渉権の法的性質」で述べたとおり、わが国における面接交渉権の法的性質に関する学説は、①自然権説、②監護権を基礎にする監護権説、③自然権説と監護権説が合体した折衷説、④親権の一部とする親権説、④子の権利説とに分けられる。これについて、フランス法の検討で得た示唆をもとに権利主体の拡張について、その法的性質と根拠条文の両面から検討を行う。

まず、監護権説、および親権説であるが、これは、面接交渉権に関する審判の根拠条文とされている民法七六六条から導き出された法的性質である。それゆえ、根拠条文との整合性を考えると、最も望ましい考え方といえる。しかし、監護権説、親権説の共通の問題点として、権利主体を監護権、および親権を持つものに限定してしまう効果を持ったために、祖父母などを含めて権利主体を拡張する場合に対応できない。それゆえ、祖父母の面接交渉権の法的性質を監護権や親権とすることはできないと考える<sup>49</sup>。このように監護権説、親権説が採れない以上、祖父母に

面接交渉権の主体を広げていくためには、民法七六六条からは離れて考えざるを得ない。そこで、民法七六六条から離れて法的性質を捉える子の権利説、および自然権説を検討する。

子の権利説において、子は面接交渉権の権利主体であると考えられるため、面接交渉を子が請求するならば、面接交渉の相手方として祖父母を取り込むことも可能となる<sup>⑩</sup>。また、面接交渉権を考慮するうえで最も重視されなければならぬ子の福祉という観点を取り込むことも、比較的容易であると考えられる。このように、子の権利説は子の福祉への配慮と面接交渉の対象の拡張という二局面から秀でていえるといえる。しかし、子の権利説には、現段階では以下のような訴訟法上と実定法上の問題があると考えられ、子の福祉への配慮も現実には難しいのではないかと思われる。すなわち、訴訟法上の問題とは、子が幼い場合など、面接交渉権の権利主体として訴える事ができず、法定代理人となることが多いと考えられる監護者は、その利益状況において、面接交渉権を行使する側と対立する立場にある。この場合には、親と子の利益相反行為(八二六条)として、特別代理人を選任するのか、するとして、それは誰が適任なのかなど、実際の権利行使の場面においてどのような手続きになるのか、今のところ不明確である。また、実定法上の問題とは、子の福祉をどのように解するのかという法の趣旨の問題である。すなわち、子の福祉の内容には子の意見尊重だけでなく子の健全なる育成も含まれると考えれば、すべてを子の意思にまかせるということは難しくなる。子の意見をどのように、どこまで尊重するのが子の健全なる育成につながるのか検討の必要性が残される。このように、子の権利説を採ったとしても、それが即、子の福祉に結びつくとは現時点では考えにくいと思われる。

そこで、面接交渉権の法的性質を血縁関係や愛情関係に基礎を求め自然権説の検討をする。フランス法には同じく自然権説があるが、この学説が示す根拠はわが国におけるそれよりも、より具体的であるので参照したい。こ

れば、父母や祖父母、第三者の訪問権を血族関係や愛情的関係を基礎に考えるものであり、現在では通説的見解となつてゐる。このような考えに立つと、面接交渉権の権利主体の範囲に、直系尊属である祖父母、または第三者を取り込むことも可能である。このような考え方は、面接交渉権が、血縁関係や愛情的関係を事実上保障する最後の絆であり最も基礎的な部分を構成するものといわれていることから妥当である。ただし、この血族関係や愛情関係という自然権的根拠は、法的な根拠としてはやや曖昧である。とはいえ、祖父母の面接交渉権を認めるべき必要性が高い以上、現段階では、ほかにより妥当な考え方がなく、この見解に基づくよりほかはないと考える。また、面接交渉権を考察する際に、これまでの検討でも明らかになつたように、子の福祉の観点は欠かすことはできず、自然権説と子の福祉との関係は、別途考慮されなければならない。これにつき、フランスにおいて、子の利益の観点から望ましくない祖父母の訪問権行使は否定されているように、わが国においても、子の福祉に反する場合には祖父母の面接交渉は認められないと考えるべきである。

このように、自然権説を面接交渉権の法的性質と考える場合、次に根拠条文が問題となる。これにつき、自然権説から素直に導かれる条文はないため、根拠条文と法的性質は分けて考えるよりほかはないと思われる。これについては、フランスにおける考え方および従来わが国の判例法理における面接交渉権の適用場面の拡張方法が参考となる。フランス法では、一九七〇年の立法以前においても、実定法上の根拠はいかなるものであれ、祖父母の訪問権の法的性質は、血縁関係と愛情に基づく自然権的なものに依拠すると解されていた。このように、根拠条文とは別のところで、祖父母の訪問権の本質的根拠は考えられたのである。わが国の判例・学説においても、「一 1 (三)面接交渉権の法的性質」で検討したように、法的性質と根拠条文を区別して考える見解もある。

そこで、フランス法に倣つて、わが国における祖父母の面接交渉権の適用条文について具体的に検討する。しか

し、わが国には、家事審判という制度があるために、この審判の対象となるには、家事審判法九条一項に列挙される家事審判事項に該当することが必要であるという特殊事情がある。親権代行に関する民法八三三条、八六七条や、扶養義務に関する民法八七七条などを実定法上の根拠とすることはできるのであろうか。親権はそもそも家事審判事項ではないし、扶養義務はあくまでも扶養のための審判となることを考慮すると、面接交渉権に関する審判の実定法上の根拠となり得ないと思われる。そこで、民法七六六条の類推適用によらざるを得ないと考える。民法七六六条を類推適用するという方法は、わが国の判例法理において、面接交渉権の適用場面を離婚から別居に拡張する際に採られた。この民法七六六条の類推適用という方法を、権利主体の拡張の場面にも用いることができるのではないだろうか。このような考え方に対しては、民法七六六条の解釈に関して、同条による申立権を離婚協議の当事者である父母に限定する多数説からは、祖父母や第三者にまで民法七六六条の申立権を認めることは、同条の文言や立法趣旨を大きく離れ、解釈論の限界を超えるものであり、親権者・監護者の権限に対する不当な干渉ともなりかねないと批判されるであろう。<sup>(15)</sup>これに対して、民法七六六条の申立権を祖父母や第三者に認めることに積極的な見解は、子の福祉を考慮して、必要に応じて親権者・監護者以外の者にも、同条による申立権を認めるとする。<sup>(16)</sup>確かに、同条の文言や立法趣旨に反するとの多数説からの批判は、その限りで正当とも思われるが、親権者・監護者の権限に対する不当な干渉になりかねないとの批判には賛成できない。なぜなら、実質的当事者である子の福祉を考えれば、父母以外の者に面接交渉を認める必要があることは否定できないからである。<sup>(17)</sup>父母以外の者に関する面接交渉権の問題も現実に取り得ることが十分に考えられる。したがって、現行法において規定がない以上、祖父母や第三者の面接交渉権にも民法七六六条を類推適用するべきと思われる。なお、判例は、先に検討した祖父母や第三者の事案において、権利主体の拡張に対して民法七六六条の類推適用の可能性を示している。

以上から、わが国において祖父母の面接交渉権を考える場合、現段階では、その法的性質は血縁関係や愛情関係を基礎とする自然権的なものとし、根拠条文としては民法七六六条を類推適用する。そして、子の福祉に反する場合は面接交渉権を認めるべきではないと考える。このような考え方は、従来の見解である法的性質を自然権的なものとしつつも、根拠条文は民法七六六条とした折衷説に近いものといえる。しかし、従来の折衷説のように権利主体として父母のみを念頭に置くのではなく、祖父母を含めて考えるべきである。そして、検討の結果、父母以外の者の面接交渉権の実定法上の根拠を、民法七六六条の類推適用と考えざるを得なかったが、このことは、祖父母の面接交渉権に関し、立法による解決が望ましいことを示しているともいえよう。<sup>(14)</sup>しかし、繰り返しになるが、立法がない以上、本稿のような考え方は、家事審判により根拠条文が制限を受けるといふ特殊事情を考えれば、現時点では妥当な解決であると考ええる。

(144) このわが国における事案において、父と同等に祖父母に対しても宿泊させることまでも含む面接交渉を認めていることは興味深い。面接交渉の内容に宿泊まで含むことについては、祖父母の訪問権に関してわが国より議論が進んでいるフランス法においてすら、当初、その内容に宿泊させることまで含まないとする考え方が実務では一般的であったようである。この限りにおいて、わが国の祖父母の面接交渉に対する実務の考え方に、今後の進展の可能性を感じることができるといえる。

(145) 子の福祉の基準は、①一定の年齢に達した子どもについてはその意思が尊重されるということ(家審規五四条)、②乳幼児については母親優先の取り扱いがされているということ(テンダー・イヤール・ドクトリン)、③現状をできるだけ動かさない方がよいと考えられていること(継続性の原則)である。大村・前掲註(6)一六二、一六三頁、野田愛子「子の監護に関する処分の基準について」谷口知平他編『現代家族法体系(二)婚姻・離婚』二二六頁(有斐閣、一九八〇年)参照。

(146) 大村・前掲註(6)二五七頁。確実な面接交渉権の保障が子の奪い合いを緩和させるといふ点については、国際法協会(International Law Association)の国際家族法委員会(Committee on International Family Law)からの報告(The 2002 Conference



Report, Section 5, 10)においても言及されている。 [http://www.ija-hq.org/html/Layout\\_committee.htm](http://www.ija-hq.org/html/Layout_committee.htm) (二〇〇三年八月一日現在)。

- (147) 前掲註(43)に掲載の裁判例を参照。
- (148) *Bosse-Platière, op.cit., n. 17.* フランスでは、裁判官によって、このような祖父母の孫への面会の効果が期待されているようである。
- (149) この監護権説に関しては、フランスにおいて、監護権は継続的な子との関係が必要とされるのに対し、面接交渉権は一時的であり、そもそも親権や監護権を持たないものが行使する権利であるから、そもそも面接交渉権とは相容れないという批判も存する。
- (150) または、面接交渉の範囲は、児童権利条約三条二項、五条、九条四項の「その他の構成員」に祖父母、兄弟姉妹が含まれると考えることができるのであれば、父母以外の者にも面接交渉は認められやすいのではないだろうか。
- (151) 神谷笑子『注釈民法(二二)親族(二)』一五七頁(島津一郎編)(有斐閣、一九八七年)、沼邊・前掲註(31)三三八頁、北野・前掲註(42)一九六頁、仙台高決平成二二年六月二二日(家月五四巻五号一二五頁)など。
- (152) 梶村太市「子の引渡請求の裁判管轄と執行方法」司法研修所論集創立五〇周年記念特集号二巻三二二頁(法曹会、一九九八年)、梶村太市『基本法コンメンタール親族四版』八八頁(島津一郎・松川正毅編)(日本評論社、二〇〇一年)、山形家審平成二二年三月一〇日家月五四巻五号一三九頁。
- (153) 実質的当事者である子の福祉が、形式的資格や権限の有無によって阻まれる事態になってはならないとの批判がある。棚村・前掲註(41)参照。
- (154) 父母の面接交渉については、民法改正要綱案がある。前掲註(15)参照。しかし、考え方によっては、父母の面接交渉権は確立された判例法理があるのであるし、本当に必要なのは、父母以外の者についての規律ではないのであろうか。

## むすびにかえて

本稿では、祖父母・孫関係を法的に考察する一場面として面接交渉権についてフランス法における訪問権に関する議論を参考に検討してきた。

以上にみてきたように、わが国における従来の面接交渉権論は、根拠条文の民法七六六条にとらわれ、結果的に、離婚または別居の場面における親権の枠組みでのみ議論されることになった。他方、フランス法における訪問権論は、その発展の過程において新たな権利主体の問題が発生することに議論され、現在では、様々な権利主体と場面に対応した包括的な訪問権論となっている。しかし、裁判例という具体的事案を見る限りでは、わが国でもフランスにおいても、子との面接交渉が問題となる典型的な場面はよく似ている。特に、祖父母と孫との面接交渉が問題となった最初の裁判例の事案は酷似している。また、ほかの裁判例も検討することによって、子の福祉にも関係する「過去において子との交流があった」という祖父母や第三者に面接交渉を認めるべきか否かの一つの境界線が見いだされた。そして、孫に対する祖父母の面接交渉は、義理の親子関係にあつたもと婚あるいはもと嫁との間で争われることが多く、このような状況は、フランス特有のものとは思われず、わが国においても存在すると考えられる。それゆえ、より広い観点からの面接交渉権論の再検討が必要であるといえる。

さらに、フランス法において、訪問権論は、現実により適切に対処すべく根拠条文とは離れたところで議論されている。そこで、わが国における面接交渉権論も、様々な権利主体や適用場面に對してより適切に対処するために、一旦、根拠条文から離れて再検討されるべきであると考えた。検討の結果、現段階では、面接交渉権の法的性質を

自然権的なものとし、審判の根拠条文としては民法七六六条を類推適用するという解決方法によるほかはないと考える。その際には、子の福祉との関係において、面接交渉権をどのような場合にまで認め、祖父母以外の者にはどの範囲まで拡張すべきかなど、さらに具体的な検討が必要である。

近年のフランスにおいては、子の権利への関心がますます高まっているようであり、この影響を受けて訪問権に関する条文も大幅に改正された。訪問権論における子の権利の追求は具体的にどのようなように実現されるのであろうか。また、さらに拡張されつつあるように思われる権利主体の範囲と、それらの者の訪問権の頻度や程度はどのような規律されるのであろうか。そして、二〇〇二年の改正により、「離婚の効果」として規定されていた父母の訪問権に関する条文が廃止され、「親権の行使」へ移設され、統一された。このことは、訪問権の適用場面の議論にどのような影響を与えるのか、今後、検討の必要がある。そして、この法改正により、これまでの判例・学説はどのように変化していくのかなど、フランス法の最新の動向にも注目しつつ、わが国の面接交渉権論についてさらなる検討を進めていきたい。