

特集 1

## 両親の離婚・別居の際の面会交流の問題点と課題

近年、離婚件数の増加に伴い、家庭裁判所における面会交流に関する調停及び審判の件数も急増している。両親の別居や離婚に伴う親子の面会交流の権利性や性質、法的根拠については従前から議論がある。特に最近では、家裁の実務のあり方と問題点を検証し、面会交流を権利として認め、その実効的な実現に向けた法整備と支援体制作りを求める声が高まっている。家族法の改正に向けて具体的な検討と議論が始まる中、本特集は、実例や審判例を通して日本における面会交流の実情とその問題点を描き出すと共に、当事者である子どもたちの声や、米国の法制及び裁判例を中心とした比較法的見地から、今後の日本における面会交流に関する議論のために、有益な情報と視点を提供するものである。

# 両親の離婚と子どもの最善の利益

## 面会交流紛争と日本の家裁実務



中央大学法科大学院教授・  
東京弁護士会会員

棚瀬 孝雄 *Tanase, Takao*

- I 面会交流の意義
- II 「子の福祉」の現実
- III 離婚後家族の構築

### I 面会交流の意義

### 1 面会交流紛争の激増

現在、面会交流紛争が激増している(表1参照)<sup>1)</sup>。平成10年では、調停1700件、審判290件の申立にすぎないのが、平成20年には調停が6260件、審判1000件と、この10年間で4倍近くにも増えている。また解決も困難で(表2)、審判・調停併せて、既済7100件の内、

表1 面会交流及び子の監護事件の推移

年度	子の監護者の指定その他の処分(乙4) 新受		
	乙4事件	うち面接交渉	
	審判・調停	審判	調停
昭和30年	53		
35年	77		
40年	242		
45年	825		
50年	2,016		
55年	4,512		
60年	7,855		
平成元年	7,727		
5年	9,421		
10年	12,590	293	1,696
11年	13,456	247	1,936
12年	15,041	322	2,406
13年	16,923	434	2,797
14年	19,112	509	3,345
15年	22,629	638	4,203
16年	22,273	725	4,556
17年	21,570	760	5,013
18年	21,997	952	5,488
19年	22,524	883	5,917
20年	23,596	1,020	6,261

(出典：司法統計年報 家事編)

表2 面会交流事件の処理状況

平成20年(既済)		総数 7,104件
<b>審判</b>		
認容		322 (34.0%)
却下		232 (24.5)
取下げ		204 (21.6)
その他		188 (19.9)
計		946 (100%)
<b>調停</b>		
成立		3,060 (49.7%)
不成立		808 (13.1)
取下げ		2,056 (33.4)
その他		234 (3.8)
計		6,158 (100%)
<b>認容・成立 3,473件のうち</b>		
月1回以上		1,903 (54.8%)
2、3カ月に1回以上		508 (14.6)
4～6カ月に1回以上		175 (5.0)
その他		887 (25.5)
宿泊有		524 (15.1%)
無		2,949 (84.9)

(出典：司法統計年報 家事編 平成20年 第3、4、41表)

面会交流が認められたのは49%にすぎない。月1回以上の面会が認められたのは、さらにその半数、宿泊付きは15%にとどまっている<sup>2)</sup>。また、合意ができて守られないケースが多く、家裁事件の中でも、面会交流事件は最後まで争いが残り、「すっきり解決できない」事件となっている。

背景には、離婚の増加がある(表3参照)。平成20年の離婚数は25.1万件であり、同じ年の婚姻数72.6万件で割ると、2.9組に1組が離婚

していることになる。この内、子どもがある夫婦の離婚は14.4万組で、子どもの延べ数にして24.5万人である。出生数がこの年109万人なので、子どもの4.5人に1人が、成人になるまでの間に親の離婚を経験する計算となる。面会交流事件(調停新受)が増えたといっても、この子どもの数の24.5万と対比すれば、その2.6%にすぎない。

はたして、残りの97%では円滑な面会が実現できているのか。信頼できる調査がこれまで

1) 本論文は、日弁連主催のシンポジウム「家事法制シンポジウム『離婚と子どもⅢ—子どもの最善の利益を考える』(2008年11月15日)で私が報告したものを基礎に、比較法的、理論的側面を強化して書き下ろしたものである。なお、外国との比較という場合、本論文ではアメリカだけを取り上げる。しかし、文字どおり、今、全世界で面会交流の深化、共同養育の奨励が進んできており、「日本の常識」が、「世界の非常識」になりつつある。本論文もこの危機意識から書かれている。一つだけ、この現在の法の変化を巧みに整理した、オーストラリアの文献を引用したい。Helen Rhoades, "The Changing Face of Contact in Australia," in Mavis Maclean, *Parenting after Partnering* (Hart Publishing, 2007), pp.129-145.

2) 「月1回以上」の多くが、実際には月1回である。横浜家裁の平成8年の調査によれば、月1回が74%で、月2回は3%にすぎない(後は2月に1回以下)。大塚正之「家事調停における面接交渉権の実証的研究」司法研修所論集1997第2号、281頁。

表3 婚姻及び離婚件数(平成20年)

離婚件数	251,136件
うち子供あり	143,834件
親が離婚した未成年の子の数	244,625人
婚姻件数	726,106件
出生数	1,091,156人

(出典：厚生労働省 平成20年 人口動態統計)

表4 子の居所別の面会交流状況(別居6カ月後)

母と居住	67.6%
(父との) 定期的な面会なし	18.3
昼間だけの面会	19.6
宿泊付きの面会	29.7
共同居住(父の家に2週間の間に)	15.0
4~6日間宿泊	10.1
7~10日間宿泊	4.9
父と居住	9.5
(母との) 定期的な面会なし	2.8
昼間だけの面会	2.6
宿泊付きの面会	4.1
子が別れて居住	2.2
父母が現在も同居 <sup>(*)</sup>	5.0
どちらの親とも同居せず	0.7
	100.0%

\*調査は離婚申立の3カ月後に行われ(平均して別居6カ月後)、その時点で同居を継続しているものもある。

ないので、正確なことは分からないが、裁判事件が離婚当事者の対立を縮図的に表していることや、そこでの処理が一つの規範となることを考えれば、現実も、離婚の後、子に会えないケースが多いのではないかと思われる。また、会えたにしても、たかだか月1回というのは、面会

交流としてはきわめて貧困なものである。

## 2 外国との比較

外国では、典型的な面会交流は隔週2泊3日であり、それを当然と考える外国人には、「日本では、離婚したら子に会えない」という話が広く流布している<sup>3)</sup>。実際、外国ではどのような面会交流が行われているか、学術的な調査として価値の高い、マッコビー＝ムヌーキンの研究(1992年)によれば(表4参照)<sup>4)</sup>、別居後6カ月の時点で、定期的な面会が行われていないのはわずか21%であり、面会交流の内容も、子どもが「パパの家、ママの家」と両方あって泊まる共同監護が15%、単独監護でも、宿泊面会をするものが34%、昼間だけが22%である。別居3年半後でも、過去1カ月の間に別居親と会ったことがあるものは、母親監護の場合64%、父親監護で67%に上る。2年以上会ったことがないのは、それぞれ6%と3%にすぎない。

これは、今から25年前のデータであるが、その後、さらに離婚後の面会交流が子の健全な成育に不可欠であるという認識は徹底し、立法や司法、そして行政が一体となった面会交流確保のための法制面の整備、そしてNPOなども含めた面会支援が行われている。一つだけ、インディアナ州の「親時間ガイドライン」

- 3) Collin P.A.Jones, "In the Best Interests of the Court: What American Lawyers Need to Know about Child Custody and Visitation in Japan," *University of Hawaii Asian-Pacific Law & Policy Journal* 8(2007), pp.166-269. アメリカでの、実際の面会交流の状況はすぐ次に述べるとおりであるが、裁判所の監護決定について言えば、別居親に面会交流が否定されることはほとんどない。カリフォルニア州での1968年と72年の裁判記録の分析では、面会が禁止されたのは1%にも満たない。また、その9割が「相当な面会」である。Lenore J. Weitzman, *The Divorce Revolution* (Free press, 1985), pp.228-230. ただ、面接調査によれば、約25%の者が面会交流をめぐるトラブルがあると答えており、別居親(父)側は、母親の面会妨害を、また母側は、父親の面会態度の悪さやルーズさに不満を述べている。「相当な面会」をほぼ例外なく裁判所で認められつつも残るこうした不満を背景に、この後、アメリカは、別居親からの権利要求や、子どもにとっての共同養育の意義、そして母側からは、DVや虐待など、子の安全への関心が問題として出され、議論が深められていく中で、現在見るような、離婚後も両方の親が養育にかかわっていく仕組みへと、面会交流は深化していくのである。
- 4) Eleanor E. Maccoby and Robert H. Mnookin, *Dividing the Child: Social and Legal Dilemmas of Custody* (Harvard U.P., 1992), pp.74, 176. 調査は、カリフォルニア州の二つの郡で、1984年9月から1985年4月までの裁判所の記録の内、16歳以下の子どもがある離婚事件を対象に、可能なかぎり両方の親に面接して行われた。1回目の面接は、離婚申立後3カ月(別居からは約6カ月)に、また3回目は、その3年後に行われている。調査できたサンプルは1回目1124件、3回目917件である。詳細はp.316。ちなみに、弁護士代理は、双方47.1%、母親のみ24.4%、父親のみ8.8%、代理なし19.7%である(p.300)。

(2008年)<sup>5)</sup>を例に挙げたい。

まず、冒頭に、「両方の親と頻繁で、有意義かつ継続的な接触を持つことが通常子の最善の利益である」との仮定の下に<sup>6)</sup>、このガイドラインが作られているとしている。その上で面会の方法に踏み込んでいくのであるが、子の健全な適応と発達を促すために、親はまず「子の基本的なニーズ」を理解する必要があるとする。8項目掲げているが、いずれも含蓄の多いものである。

1. 親が別れることに子は責任がないこと(を子が知ること)
2. 子は両方の親とそれぞれ独立の関係を維持発展させ、それぞれの親から継続的な養育と監護(care and guidance)を受けること

以下、略。

また、このガイドラインが「面会交流」ではなくて、「親時間」(parenting time＝親養育時間)のガイドラインとしているのは、「親が子と過ごす時間こそが大切であり、面会(visits＝訪問)は継続的な親子関係の現実を捉えていない」からである、とする。

その上で、具体的に、子が親と自由に連絡を取れることや、学校の成績、学校行事などを知らせること、また、医療行為を受ける際や緊急の場合には直ちに連絡することなど、別居親も子の養育にともにかかわることを前提にした連

絡義務を監護親に求めている。さらに、年齢に応じた親時間の割り振りを細かくモデル化しているが、たとえば、

- ・1歳から1歳半では、週に3日、内1日は休日に10時間以上、後は3時間。プラス、すべての祭日の8時間、そして、子の養育に実際携わったことがある別居親の場合には宿泊面会もする。
- ・3歳以上では、定期的な面会として、隔週金曜の夕方6時から日曜の6時まで。プラス平日の週1日、夕食を挟む4時間と、すべての祭日。さらに、長期面会として、4歳までは、年間4回各1週間、5歳以上は、夏休みの半分、プラス学期中は、可能であれば同居親の期間を交替し、平等に分ける。

日本の現実からは別世界のようなものである。当事者間では、そのような先進的な取り決めをしているものもあるかも知れないが、裁判では、調停も含めて、およそあり得ない監護内容である。日本にはなじまない、家族観が違うから、という意見も多いかも知れない。

しかし、アメリカでも、ここまで来るのには長い時間がかかっている。その間に、離婚の渦中に置かれた子どもたちのトラウマ体験を認知し、そのつらい経験を乗り越えていくための対応を専門家の立場から提案してきた心理学者たちや<sup>7)</sup>、「親が子と過ごす時間」の大切さを訴え、

5) <http://www.in.gov/judiciary/rules/parenting/index.html>(インディアナ州司法協議会家族関係部会、2008年3月28日改正)。  
 6) この認識は、実際、アメリカの面会交流を考える基本的な前提である。カリフォルニア州の家族法典3020条(監護法の一般規定の最初の条文)は、(a)項で、「子の健康、安全、そして福祉が裁判所の最大の関心である」とした後、(b)項で、「立法府は、子が両方の親と頻繁かつ継続的な接触を持つことを保障することが、また、この政策を実現するために、親が子育ての権利と責任を共有するよう促すことが、州の公共政策であることを宣言する」としている。*California Family Laws and Rules 2008*(Thomson/West)。  
 7) Judith S. Wallerstein and Joan B. Kelly, *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce* (Basic Books, 1980)は、この面で大きな影響を与えたものである。離婚した夫婦とその子ども50組に数年にわたって無料の心理面接を提供することで、サンプルになってもらい、離婚を経験する者たちの「内面世界」を理解しようとしたものである。その中で、あらためて別居親との面会交流を持つ意義を発見した、と著者たちは述べている。とくに別居開始の当初、子どもたちがほぼ一様に父親との面会を待ち望み、面会の少なさを不満として著者たちに訴えていることや、訪問親の限られた、家族という枠組みがない下での多義的な子とのかかわりの中で、なお子の成長に合わせ、父親役割を果たし続けてこられた親がいることは、面会交流の子どもにとっての重要性を確認し、まだ萌芽的な段階にあった共同監護を理論的に強く後押しするものとなった。ただ、ワラーシュタイン自身は、その後、共同養育の可能性に悲観的な立場に転じ、批判を受けている。後注24参照。

限られた「訪問親」に押し込まれることに抗議してきた親たちの運動が一貫してあって<sup>8)</sup>、同居親も別居親もともに、家庭という枠を超えて子の養育にかかわっていく、「離婚後家族」の社会的な構築がなされてきているのである。

## II 「子の福祉」の現実

このアメリカの現在の到達点と比較して、日本は、隔週宿泊面会すら、まだ裁判所の規範となっていない。なぜなのか。819条の単独親権制や、面会交流権の規定がないことも、もちろんあるが、しかし、766条の規定はある意味できわめて包括的な規定であり、何も規定していない代わりに、何も排除していない。監護権を分属させ、共同監護を実現することも可能である。なぜ、そのような方向に判例法を発展させなかったのか。

また、監護の問題は子の福祉に従って判断するとすれば、インディアナ州のガイドラインにあるような、「頻繁かつ継続的な接触」が子の最善の利益になるとするその判断は、なぜ日本では共有されないのだろうか。日本の「子の福祉」には、何か、日本でしか通用しない観念がある

のではないか。

この疑問を、日本の、面会交流が否定される典型的な事例を通して、以下、考えてみたい<sup>9)</sup>。

### 1 監護家庭の尊重

一つは、監護家庭で子が安定している限り、別居親の面会交流は制限されるとする法理である。[1]大阪家裁昭和43年5月23日審判は<sup>10)</sup>、このリーディング・ケースである。面会交流の紛争が最初に裁判所に現れてきた頃の判例で、現在から見ると少し古い面もあるが、それだけに裁判所の論理がくっきりと現れている。

夫に愛人ができ、最初は、妻は離婚に反対していたが、やがて条件闘争になり、親権者の指定を争ったがかなわず、何度か調停を重ねてやっと週2回の面会を獲得した。しかし、離婚が成立し、晴れて愛人と結婚できた後、元夫は、新しい妻と子との間に養子縁組をさせ、面会を拒否してきたという事例である。

家裁は、「子は父と義母との共同親権に服していて、……その生活に満足、定着しており、環境の変化を希望していない。また、小学校に通うようになった後、Xは面接したことがあるが、そのような場合、必ず精神的に動揺し、好ましくない影響が現れるので、学校関係者も面

8) 他の国でも同様の動きがあり、近年の家族法の改正につながっている。その分析として、Richard Collier and Sally Sheldon, *Fathers' Rights Activism and Law Reform in Comparative Perspective*(Hart Publishing, 2006). 日本でも、近年、運動が広がってきているし、韓国では面会交流権を強化する法改正が行われている。やはり、現代家族を取り巻く大きな変化が全世界的な規模で生じてきているのである。

9) 以下の三つにまとめた日本の面会交流法理は、まとめ方に若干の異同はあれ、基本的に共通の理解となっている。山田美枝子「親権の帰属と面接交渉の拒否の具体的基準」調停時報155号(2003年)72-82頁、善元貞彦「面接交渉と制限」判例タイムズ1064号(2001年)32-46頁、横浜面会交流研究会「面会交流審判の実証的研究」判例タイムズ1292号(2009年)5-35頁など。また、二宮周平「別居・離婚後の親子の交流と子の意思(1)~(3)」戸籍時報574, 579, 581号(2004-05年)は、同じ日本の面会法理の中でも、面会交流の意義を理解し、その実現に積極的な判例を拾い出し、安易に子の意思を持ちだして面会を拒否したりせず、面会が監護親の義務であることを理解しない親に裁判所が強い態度で臨むべきことを説いている。私もこうした裁判所の努力や、学者の積極的な議論を評価しないわけではないが、やはり、日本の裁判所には、安易に面会の禁止を導き、あるいは認めても最小面会にしかならないような固有の論理があり、以下の分析も、判例の整理というより、この論理を明らかにすることを目的としている。

10) 家裁月報20巻10号68頁。棚瀬孝雄「離婚後の面接交渉と親の権利」同『権利の言説』(勁草書房)第3章に、この事件の分析がある。この論文は、私が面会交流の問題を扱った最初の論文であるが、本稿での、アメリカの面会交流権の把握、とくに、面会交流の原則や、離婚後家族、家族形成権の基本的考え方は、そこに文献とともに出されている。

接に明白に否定的態度を示している」とし、「子の福祉」の視点から、「現在の段階においては」、面会交流は全面的にその行使が制約されるべきであるとする。

現在では、当時に比べれば、裁判所でも面会交流の必要性を認めてきているが、しかし、[2]大阪高裁平成18年2月3日決定では<sup>11)</sup>、やはり再婚養子縁組事件で消極的な判断がなされている。「父及び義母が共同親権の下で未成年者らとの新しい家族関係を形成する途中にあることに鑑み、生活感覚やしつけの違いから未成年者の心情や精神的安定に悪影響を及ぼす危惧が否定できない」から、(年2回の)宿泊付き面接交渉は避けるのが相当であるとし、原審判の内容を変更し、母親との面接を月1回昼間のみ限定した。

ほかに、養子縁組(再婚・義母・共同親権)+面接交渉で検索しても、夫婦間の葛藤や子の意思を併せて理由づけにし、同様に制限する裁判例はあっても、正面から、再婚養子縁組でも実親との親子の絆は断たれるべきでないとして、面会交流を積極的に認めた裁判例は皆無である<sup>12)</sup>。再婚即面会禁止という法理はないにせよ、再婚に伴う新家庭の形成、そして、子の忠誠をめぐる義母との葛藤がある中で、元妻が出てくることを嫌う意識に逆らってまで、裁判所は実親との面会交流を認めることに躊躇するのであろう。

その監護親の面会忌避は、しかし、裁判の中では、「子の福祉」の言葉に転換されて語られて

いる。[1]では、「子は現在の生活に満足、定着している」ことや、「面会した後、精神的に動揺した」こと、[2]では、「生活感覚やしつけの違い」があり、「子の心情や精神的安定に悪影響を及ぼす」ことなどを挙げ、母親と面会交流させることは子の福祉に反するとするのである。

しかし、本当にそうなのだろうか。現在の生活に定着していたら、もうお母さんには会いたくないと思うのだろうか。また、会って、生活感覚が違うお母さんに甘えたら、精神的安定に悪影響があるのだろうか。精神的に動揺したのも、本当は会いたかったからだし、父や義母が嫌がるから会えないだけではないか。

私は、子どもの立場に立ったら、もっと素直に会わせてやるべきだと思う。この面では、日本の子も、アメリカの子も変わりはないし、アメリカでは、しっかりした実証研究で、子どもたち、とくに小さな子どもたちが、皆、別居親との面会を待ち望んでいることが確認されている<sup>13)</sup>。違うのは、日本では、大人が、その監護する子を別れた相手に会わせたくない、その気持ちを露骨に出し、裁判所もその「監護親の心情」に理解を示すことである。

そこには、家庭というものを、監護親が子を支配し、外に閉ざされたものと観念する日本的な家族観もあるであろう。この家庭の中に子が定着することが子の福祉であり、別居親は外の、違う生活感覚やしつけを持ち込む者として警戒的に見られるのである。日本では、親の権利は、単独親権とされた者のその「親権」という意味で

11) 家裁月報58巻11号47頁。

12) 善元前掲(注9)は、公表判例6件の内2件だけで例外的に面会が認められているとし、「この類型においては、原則として面接交渉を認めないというのが全体の傾向である」とする(35頁)。その例外(本文の[3]のケース)も、2人の子の内、中学生の子だけに、しかも「年1回」という限られた面会を認めたものである(ほかに国際結婚の事例が1例)。しかし、再婚養子縁組には家裁の許可すら必要なく、そこに面会禁止の効果が結びつくとなれば、まさに監護親の一存で、別居親の子との親子関係を断ち切れることを意味している。

13) 前注7参照。また、前注4の調査でも、別居後3年半たった時点でも、なお8歳以下の子どもでは、4人に3人が、また14歳以下の子どもでも6割から7割が「面会に喜んで行く」と答えている。面会することに消極的なのは、14歳以下で1割にすぎない(p.190)。

は強いのである。それは、別居親の親としての権利を否定するばかりでなく、子の意思を抑え込み、内に囲うという意味で、子の権利を否定するものでもある。

日本のこの家族観、そして親権の観念は、面会交流の消極性とともに変わらなければならないというのが、私の実践的な主張であるが、結論を急ぐ前に、もう二つの面会交流法理を検討したい。

## 2 高葛藤の回避

その一つが、父母間の葛藤が強く、円滑な面会交流が実現できない場合、面会が子の負担になるとして否定するという法理である。

[3]横濱家裁平成8年4月30日審判は<sup>14)</sup>、「父母間の対立が激しく、親権者が面接交渉に強く反対している場合は、特別の事情が存在しない限り面接交渉を回避するのが相当である」とする。「親権者親の協力なしには円滑な面接交渉は事実上不可能であり」、「その意思に反して強行すれば不利益が大きい」から、というのが理由である。

この論理は、裁判で繰り返し現れるが、最近では、[4]東京家裁平成18年7月31日審判が<sup>15)</sup>、「真に子の福祉に資するような円滑かつ安定的な面接交渉を実施するには、父母相互の信頼と協力関係が必要である」とし、紛争性が強い本件では、面会交流は、1カ月半に1回、専門の支援センターにおいて、その指示の下に行われるべきことを命じている。

審判では、「父母が離婚した場合も、未成熟子が非監護親と面接交渉の機会を持ち、親からの愛情を注がれることは、子の健全な成長、人格形成のために必要なことである」と、面会交

流の積極的な意義を認めている。しかし、「面接交渉は子の健全な成長、人格形成のためであり、その程度、方法には、自ずから一定の限度がある」と留保を付け、結局、「相互の信頼と協力が無い」本件では、監視付きの、限られた面会のみが認められているのである。

面会交流が監護親の理解も得て、円滑に行われることが好ましいのは言うまでもないが、だからといって、円滑に行われない面会交流は制限されなければならないという結論が導かれるわけではない。理想的な面会でもなく、親が子に会って交流を行うことには意義があるし、対立が強いというのなら、むしろ、子を監護している親が、別居親との交流の大切さを理解して、子の前で対立を見せないよう自制を命じることも可能である。

しかし、裁判所は逆で、この相互の信頼と協力が無いことのその不利益は、面会を申し立てる別居親に負わされている。不貞や暴力など別居親側に破綻の原因があるような場合は、なおさらである。不貞をしたからとは言わないが、相手方の不信が強く、その心情には理解できるものがあるから、今面会させることはできないというのである。

この論理も、結局、夫婦間の問題を、親子間の面会交流に持ち込むものにほかならない。本来、離婚は夫婦間の問題であり、どのような事情で別れるにせよ、親子のつながりは断つてはならない。それが、現在の世界のコンセンサスであり、日本でも承認された考え方である。

引用した判例でも、[4]では、お互いに相手方から暴力を振るわれたと主張されているが、判決は、激しい喧嘩はあったものの双方向的なものであったと認定している。むしろ問題になったのは、別居後2年間にわたり、断続的に、双

14) 家裁月報49巻3号75頁。

15) 家裁月報59巻3号73頁。

方の弁護士を介して行われたその面会交流の際に、毎回のように日程や方法をめぐって争いが繰り返されたことにある。しかし、面会への反対には、子どもが精神的に動揺した、相手方の悪口を子どもに言った、あるいは面会を電話で強要した、暴言を吐いたなど、いくらでも理由は挙げられるのであり、面会交流を求めること自体が対立に見えてしまう。また、見えてしまうように装うことはきわめて簡単である。

とすれば、信頼と協力を要件とすることは、面会交流をさせたくない親にとって、その我を押し通すことの格好の理由づけとなる。別居親が法的手段に訴えても、調停委員の説得に応じず、手詰まり状態に持ち込み、審判でも拒否を押し通せば、面会の禁止か、せいぜい2カ月から3カ月に1回という「最小面会」に落ち着くことになる。

これでよいのだろうか。子の精神的負担を考えて面会を制限すると言うが、実際に、子の福祉の、子が両方の親と会って愛情を受けるといふ、その肝心の所が抜け落ちているのではないか。

### 3 子の意思

子の福祉を言いながら、結局、親の対立にとらわれ、子の福祉に反する結果を導くという、日本の面会交流法理の誤りは、もう一つ、「子の意思」の法理でもいえる。

具体的な例を見てみたい。[5]「ケース研究」(平成10年10月23日)<sup>16)</sup>、実際の調停事例である。連日朝帰り、生活費も遊興につき込む夫に、懲らしめの意味で置き手紙をして実家に帰ったところ、謝って迎えに来ると思ったのに来ず、かえって、戻ってくるな、離婚だと言われたという事例である。子は別居時上が満

5歳、下が2歳半である。2人とも父方に引き取られ、その母が監護に当たっている。

ここで関係するのは、調査官の報告に現れた子の意思である。2回行われているが、最初は別居1年後である(上の子のみ)。

「日常生活に関してはハキハキと答え、人懐っこくおしゃべりな印象を受けた。だが、部屋で未成年者だけになり、申立人のことを話題にすると、急に小声になり、言葉少なに、『ぼく、ママが来ると吐いちゃうんだ』『ママは起きてから寝るまでガミガミ叱ってばかりいた』等、ポツリポツリ語った。申立人と会うことも『前の晩眠れないし、ママはあちこち引っ張り回すから嫌だ』と言う」とある。

この報告は、調停では、親権者指定及び面会交流で申立人の不利に使われるが、むしろ、素直に読めば、現在の監護家庭では表明してはいけないうえに抑えてきた、母への思慕の念が痛いほど伝わってくる。

このさらに2年後に、2回目の調査が行われている。小学2年である。

「学校には喜んで通っており、通知表の成績も良い。健康状態も良好だ」とまず、現在の監護状況が語られた後、「申立人のことは、家で『あいつ』とか、『あのバカ』と呼んでいる。訴訟資料の中で、言ってもいないことを書いてたりしたので不信感も強い」とある。そして、「相手方が、子に本件のことを言い、『会いたかったら、会ってもいいぞ』と言っても、頑として首を縦に振らなかった」

「申立人については、『先日運動会を見にきたが、太っていた。自分の後をついてきたのでむかついた。学校に来られると嫌だ』と顔

16) 「離婚・面接交渉調停事件—親権と面接交渉を巡って4年争った事例—」ケース研究259号(1999年)95-146頁。



をしかめた。『目立つし、手を振ったり、うろちょろするのでみっともない。友達にも「お母さんだぞ」と言われるから』というところがある。

結局、これを受けて、調査官は、「強固に『申立人と会いたくない』と意思表示をしている現状では、面接交渉の実施は非常に難しいといえる。相手方らが面接交渉を受け入れる気持ちにでもならない限り、自らの意向を曲げないであろうし、無理に行ったとしても、相当の心理的負担を与えるにすぎないであろう」と結論づけている。

ここでは、子の意思は、確信犯的な忌避に変わっている。「たっているし、みっともない」と吐き捨てているが、しかし、たった7歳である。普通に育てられていれば、子どもがこのように母親を嫌悪することはあり得ない。

家庭では、申立人のことを「あいつ」とか、「あのバカ」と呼んでいたというが、しょせん、元夫やその母は、元妻とは別れてしまえば他人であり、徹底的に憎み、蔑んでも何の痛痒も感じない。しかし、子どもはその半分の血を母親から受け継いでいるのであり、この人格否定は、そのまま子どもの人格の否定とならざるを得ない。もちろん、まだこの年齢では自分のアイデンティティを自覚することはないが、やがて思春期になって親離れをし、自分探しをし始めた時、この父と祖母が母親に対して行った人格否定は、重くその心にのしかかってくるに違いない。それこそが本当は子の精神的負担として、子の福祉の観点から問題にしなければならない

事柄である。

また、そこに至る前でも、母親のことを悪く言う家庭の中で、子どもは苦しかったのではなからうか。別居の時5歳であれば、もう母親との間に愛着関係が築かれていたはずである。アメリカでは、子どもは、とくに小さい内は、皆、面会交流を楽しみにしていると言ったが、日本でも、子どもが離婚に傷つきながらも、なお親に忠誠心を持ち続け、逆にその親から拒否された時、立ち直れないぐらいの痛手を受けることが報告されている<sup>17)</sup>。この子どもの心が理解できない親に、子どもの親権者になる資格など本来なかったと言うべきである。

調査官の報告書では、面会禁止の結論を導く所で、「相手方らが面接交渉を受け入れる気持ちにならない限り」、子の意思は変わらないだろうからと、子の面会忌避の頑固さを言うが、これは、図らずも、「子の意思」の実体が、実は、子の意思ではなく、「面接交渉を拒否する相手方ら」、つまり、監護親の「親の意思」であることを物語っている。本来、親の意思である元妻の否定が、監護家庭の中の子の支配を通じて、子の意思になることで、子は自ら母親を忌避し、親子の絆が断ち切られている。「会ってもいいぞ」と言っても、子は会わないのである。

離婚は夫婦の関係清算であっても、親子の絆の切断であってはならない。この面会交流を考える大原則が、ここでも、日本の子の意思の面会法理の下で妥協されている。日本の法は、親の意思が子の意思になる過程に有効に介入できないがゆえに、また、形成された子の意思を、「無理に面会させても子に負担となるだけだか

17) 棚瀬一代『離婚と子ども—心理臨床家の視点から—』(創元社、2007年)、第2章。また、「夜回り先生」こと水谷修は、「おやじの背中」というコラムで、「3歳の時に両親が離婚し、母が写真を全部処分したので、おやじの顔も名前も20年前に死ぬまで知らなかった。どんなおやじだったか、母は話さない。けど、ぼくは捨てられたとずっと憎んでいました。……外で父と子が手をつないでいるのを見ると、その手を引き離したくなりました」と書いている(朝日新聞2009年9月13日)。そのつらい体験があったから、今日の水谷先生があるのかも知れないが、やはり、親の離婚で、子が親を失い、親を憎む悲劇だけではなくさなければならぬと思う。

ら」と受容するがゆえに<sup>18)</sup>、原則があやふやにされるのである。

### III 離婚後家族の構築

#### 1 単独親権の呪縛

以上、監護家庭の尊重、高葛藤の回避、そして子の意思と、日本の面会法理に共通して、離婚の際の夫婦間の葛藤が、そのまま面会交流の可否にも関係し、監護親の意向に反するような面会交流の実現を困難にしているのを見てきた。これらの法理が日本の裁判実務を形作ることで、日本の面会交流は世界の水準から見て貧困なものになっているのであるが、しかし、あらためて、なぜ日本では、離婚の夫婦間の争いが親子の関係まで切断する、そうした法理が今でも実務を支配しているのであろうか。

裁判も社会を映し出しているという面では、

離婚を「縁切り」と観念していた時代の、その家族観が日本社会に残っているということかも知れないし、女性史が教えるように、高度経済成長期を経て日本に定着した「近代家族」の理念が、その内の親密性と、外への閉鎖性から、家庭の中に新たな抑圧を生んだのかも知れない。性別分業を基礎にした夫から妻への抑圧、そして、ここでの文脈では、親から子への、監護という名の母子一体化からくる抑圧である<sup>19)</sup>。日本の面会法理には、いつも根底に、監護する親が嫌がるようなことをすれば、結局子どもの監護に悪影響が及ぶ、それが子の福祉に反するという懸念が語られている。

この家制度の下の縁切りと、近代家族の閉鎖性が、新旧入り交じる形で日本の単独親権制度を支えてきた。それは、ただ819条の規定だけでなく、再婚養子縁組の暗黙の奨励、連れ去り別居の容認、そして面会交流の制限的運用と、日本の監護法制全般を貫いており、制度と呼ぶにふさわしいものである。

しかし、現代の家族が置かれた状況は、家制

18) 最近でも、東京高裁平成19年8月22日決定(家裁月報60巻2号137頁)で、同じ論理が繰り返されている。子の意思が監護親の強い影響下で形成される場合、本来、親の「片親疎外」行為(parental alienation)を疑い、その呪縛を解くようにしながら、強制的に会わせることが必要である。子どもがそもそも親を忌避すること自体、不幸なことであるし、それがただ離婚の渦中で、親の葛藤を原因として生じているのなら、必ず、適切な面会支援をしながら、自然な親子交流ができるような頻度と方法で会わせれば関係は修復できるし、子どもも、本心では、本当に喜ぶと思う。外国には、そのための無数の議論と実践があり(次注Johnstonなど)、この面でも、日本の決定的な遅れを感じざるを得ない。

19) 二つ文献を挙げておきたい。日本の家族観を歴史社会的な視点で分析した、牟田和恵『戦略としての女』(新曜社、1996年)、及び、ジェンダー規範としての母性愛の社会的構築を分析した、田間恭子『母性愛という制度』(勁草書房、2001年)である。日本にとくに強い母子一体化も、日本に固有の文化という面と、伝統的な女性の抑圧、及び近代化の中での性別分業の強化という歴史的な負の遺産という面が混じり合って存在しているのである。

同時に、別居親=父親を家庭から排除して、面会に拒否的になる中には、しばしば監護親の側の、離婚に伴う葛藤の中で、子を所有することで、自らの精神的平衡を保とうとする心理的戦略も働いている。これは、アメリカでは、面会交流に抵抗する高葛藤事例として、臨床心理の観点から詳細な分析がなされており、実際、英語で、mental health professionalsといわれる専門家が、裁判の内外で、こうした困難事例での面会仲介ないし指導を行っている。日本でも、同じようなメカニズムが働いて面会困難を作り出していると考えられるが、違うのは、アメリカでは、それが、監護親の、そして子に有害な精神病理としてとらえられ、その治療及び克服が試みられるのに対し、日本では、「信頼関係がない」、だから面会禁止、あるいは2ヶ月に1回の顔を見る程度の最小面会とすることである。時に、「写真を年1回送る」といった、「間接面会?」が命じられることもある。その面で、「単独親権の呪縛」が、裁判所も含めてかかっているのである。

ちなみに、アメリカでは、そのような事例でも隔週2泊3日、より小さい子であれば、週2回遅い午後から就寝前まで、プラス週1回の宿泊といった面会スケジュールが立てられ(裁判で命じられ)、それを専門家の仲介支援を受けながら実行している。このあたりの面会困難事例の分析と、その克服の仕方についてのすぐれた専門書として、Janet Johnston, et al., *In the Nature of the Child: A Developmental Approach to Understanding and Helping Children of Conflicted and Violent Divorce* (Springer, 2nd ed., 2009).

度の時代からはもちろん、恋愛結婚が、見合い結婚との対比でロマンチックに語られた時代からも大きく変わっている。女性の職場進出が進み、晩婚化、少子化とともに、男性も子育てに参加するようになり、離婚の際に子どもの監護をめぐる争いが先鋭化している。また、DVや児童虐待に象徴されるように、法は家庭に入らずという原則ももはや絶対的なものではない。権利の侵害があれば、法が介入して保護することは当然と考えられている。

その上に、冒頭に述べた、離婚の増加があり、親の離婚を経験する子どもは4人に1人にまでなっている。この子どもが、親の都合で、別居親との関係が断たれているとしたら、それは、本来、放置できない権利の侵害である。日本の裁判でも、理念としては、離婚後も子どもが両方の親から愛情を受けて育つことが好ましいことを認めている。問題は、それが監護親が強く反対する場合に貫徹できないことにある。法が弱いのである。

離婚が縁切りであった時代は、法の出番は少ない。別れるかどうか、じっくり話を聞いて、心の整理をすることに主眼が置かれればよかった。しかし、今は、離婚した後も、離婚家庭の中の子どものその別居親と会う権利を、しかも1回的でなく、「定期的、かつ継続的に」会うことを保障していくという役割が裁判に期待されている。また、それに抵抗する監護親の権利主張も強くなっている。法の弱さは、ここでは、ただ、子を手元に置いた親がその我を通すためのものでしかない。

監護家庭の中の親の養育だけでなく、その外の別居親と子どもとの交流、そしてその円滑な実施に必要な限りでの監護親と別居親の協力という、三者の緊張をはらんだ「離婚後家族」が機能する必要がある。そのための、しっかりした

法の枠組みがなければ、面会交流は続けられないのである。

この離婚後家族のための法という観点から、あらためて面会交流のあるべき法理を考える時、三つの基本的な視点が必要となる。いずれもアメリカ法からの示唆であるが、欧米並みの離婚大国になった日本で、離婚後も子どもが両方の親から愛情を受けて育つようにするためには、欧米の先進的な法の仕組みを学ぶことが必要である。

## 2 面会交流の原則

最初の、面会交流を定着させるために必要な視点は、「面会交流の原則」である。その実定法的な表現は、カリフォルニア州の家族法典3100(a)「裁判所は、面会交流が子の最善の利益を害することが示されない限り、親に相当な面会交流(reasonable visitation)を認める」という規定である。日本も批准している、**国連児童権利条約9条3項**の、「締約国は、児童の最善の利益に反する場合を除くほか、……児童が定期的に父母のいずれとも人的な関係及び直接の接触を維持する権利を尊重する」も同様である。いずれも、子の最善の利益に反しない限り、親に面会交流を認める／親との面会交流を子に保障する(国の責務として)という内容である。

これだけを見ると、日本と変わらないようにも見える。明文の規定はなくても、面会交流が766条の子の監護事項であり、審判の対象になることは、東京家裁昭和39年12月14日審判、及び最判二小昭和59年7月6日決定以来<sup>20)</sup>、確立した判例である。また、面会交流が円滑に実施されれば子の健全な発達、成長に好ましいという考えも広く実務で受け入れられている。その上で、外国では、最善の利益、日本では子

20) 家裁月報17巻4号55頁、及び同37巻5号35頁。

の福祉に反する場合に制限するという扱いである。

しかし、違いは、アメリカでは、面会交流を「権利」と呼び、またそう扱うことと、「原則／例外図式」がはっきりしていることである。裁判官の判断が、この二つの枠組みを背景に、実際どう行われているか、無数の判例の中から2、3拾い出してみたい<sup>21)</sup>。

[6] *Devine v. Devine*, 213 Cal. App. 2d 549(1963)は、離婚の際、別居親に週末の宿泊面会が認められたが、その後、養育費の支払いや面会の実施をめぐる強く対立し、原審では最初の監護決定が取り消され、あらためて面会禁止が出され、それが上訴されたという事案である。裁判所は、まず、「この種の事件では子の最善の利益に最大の配慮が払われなければならない」とした上で、「しかし、父親も、子の最善の利益には従わなければならないが、子との相当の面会をする権利を持っていることが想起されなければならない」、「親子の関係の大切さ、また子が成長する過程での親との相当な面会から得られる利益のゆえに、裁判所は、親との接触が子に有害である(detrimental)との明確な立証がない限り、親からこの面会の特権を完全に奪うべきではない」とする。

同じ、子の福祉の観点から制約を持ち出す場合でも、父親の子との相当な面会を権利と認識し、有害であるとの明確な立証がない限り奪えないとする点で、面会交流の実現に違いが出てくるのである。

次は、再婚養子縁組に、子の意思が絡んだケー

スである。[7] *Radford v. Matczuk*, 223 Md. 483(1960)では、結婚し、すぐに妊娠したが、子が生まれる少し前に父親が窃盗罪で逮捕され、離婚、その後1年足らずで父は再婚、母はさらに8年ほどたって再婚した。この母が、新しい夫との間に子の養子縁組をしようとし、実父に許可を求めたところ、面会交流を要求してきたという事例である。

母は、この9年間父親は子どもに会おうとしなかったし、現在子は適応もよく、実父に会いたいという気持ちを持っていない。また、婚姻の破綻の前に不貞も働いているし、前科もあるといった理由を挙げて反対したが、裁判所は、「そのような接触によって子の最善の利益が危険に陥れられるというのでない限り、裁判所は、通常、悪い父親にでも子と相当の面会交流をする権利は否定しない」と答えている。

また、子の意思に関しては、監護者の決定では考慮することもあるかも知れないが、面会交流ではほとんど問題にならない。「監護親の影響を受けた感情からなされた選択(=面会忌避)は選択ですらない」。「面会交流の権利が子の福祉に有害な影響を及ぼすという証明はなされていない」し、「問題になっているのは、養子縁組でも、監護権でもない。ただの、父親がその子どもと会う権利だけではないか」と一蹴している<sup>22)</sup>。

最後が、より深刻な子の意思のケースである。[8] *Shapiro v. Shapiro*, 54 Md. App. 477 (1983)では、裁判官が、代理人を入れず、裁判官室で直接10歳の男の子に面接をしている。

21) 山口亮子「面接交渉権と子どもの利益—日米の比較—」上智法学論集42巻3・4号(1999年)299-327頁にも、アメリカの「訪問権」の権利性の議論がある。また、『子どもの福祉と共同親権』(日本加除出版、2007年)62-67頁(棚村政行執筆)参照。

22) この事件も含めて、メリーランド州では、「子どもには、非監護の生物学的親と継続的に関係を持つことがもっとも利益となる」という推定規定が法にあり、今日に至るまで、裁判所が完全に面会交流権を否定した事例は1件もないとされる。Kim H. McGavin, "Child Custody and Visitation in Maryland: In the Best Interests of the Child," *University of Baltimore Law Forum* 26(1995)3-9, at p.4. 論文は、虐待があったことが認定されているようなケースでは、子の最善の利益の観点から制限すべき場合があるのではないかという議論であるが、日本から見ると、アメリカの裁判所が別居親の面会交流権をどのように理解してきたかを知る上で興味深い。

子は、父親を非常に恐れ、嫌いで、一切会いたくないと述べ、また、前の面会の時に、母親に暴力を振った様子も説明した。その後、速記録を開示し、双方の代理人と協議した結果、母親に監護権を与え、父親には相当な面会交流を認めた。ただ、子どもには双方が合意した精神科医の治療を受けさせ、父親との関係が修復されるようにすること、そして、その精神科医がよいと言った時から面会を始めることが合意された。

しかし、精神科医の治療をめぐる争いになり、その許可が出ず面会が中断したままになっていることで、再び裁判で争われたのが、この事件である。法廷では、この精神科医は、「父親との面会は子の最善の利益にならないだろう。ただ、面会したら、この子どもが完全に駄目になってしまうというわけではない」と証言した。

裁判所は、「(前の)裁判官は、面会交流の権利を完全に喪失させる意図はなく、ただ、子どもとの関係が修復するまで一時延期しただけである。いかなる親にも面会交流の権利を永久に否定したことはない」という。その上で、そもそも医師に面会交流の権利を停止させることができるような決定は誤りであったとし、第三者が付き添う形の面会をまず始めるよう命じた。

この最後のケースは、アメリカでも制限を厳しく掛けている事例であるが、しかし、その中でも、権利の完全な剥奪になってしまわないように、面会交流の筋道を具体的につけ、面会を

始めさせているのが印象的である。

以上、三つのケースを通して、面会交流がいかなる意味で権利であるのか、明らかになったと思われる。アメリカでも、子の最善の利益を害する場合に面会交流権が制約されることは同じであるが、また、どのような場合に最善の利益が害されると見なされるかは、具体的な事実認定の問題であるが、しかし、少し判例を拾うだけでも違いは明らかである。

アメリカで用いられている判断枠組みの中には、日本で用いられている監護家庭の尊重や、高葛藤の回避など、監護親の心情や、監護の都合を配慮した議論は全くといってよいほどない。あるのは、どこまでも、面会交流が直接に子に害悪をもたらすかどうかだけである<sup>23)</sup>。子の意思も、その実体が親の意思にほかならないものはまず排除され、さらに、根拠があるケースでも、合わせて関係修復を図ることが行われている。

この例外を子どもへの直接的影響だけに絞り、それも、日本のような、「子の精神的負担」といった短期的な影響ではなく、本当に、子の健全な成長や人格の発達にとって、親との面会交流の大切さを上回るほどの深刻な悪影響があるかどうかを判断しようとする点で、明確に原則と例外の位置づけがなされている。これが面会交流の原則である。

23) こうした子への害悪があるとして面会制限を付けた判例として、よく取り上げられるものに、*Larroquette v. Larroquette*, 293 So. 2d 628(1974)や、*Marlow v. Marlow*, 702 N.E.2d 733(1998)などがある。前者は、8歳の娘を家に泊め、金曜から日曜まで宿泊面会を行っていた父親に対し、その愛人と同じベッドに寝させられたと言って、子どもが怒って帰ってきたということで、週1日、朝から夜の10時まで面会を制限するよう母親が求めたものである。また、後者では、8歳と5歳の男の子3人のやはり宿泊面会が行われていたが、父親は同性愛者であり、家に男性の友人を泊めるだけでなく、子どもを同性愛者の集まりに連れていったりしていた。そのため、それまで保守的なキリスト教の教育を受けてきた子どもが混乱するとして、母親が、宿泊付き面会の際には男性の友人を家に泊めないこと、同性愛者の集まりに連れていかないという条件を付けるよう求めた事件である。いずれも、面会制限が申立どおり認められたが、前者では、「子の最善の利益」という中に、裁判官の隠れた道徳観が入っていると、後者では、同性愛者への偏見があるとして、アメリカでは議論されてきた。しかし、いずれも、面会の全面禁止や、月1回2時間といった制限ではなく、あくまでも面会を子どもの年齢やニーズに合わせるための条件の付加である。

### 3 共同養育の原則

あるべき面会交流を行うために必要な、第2の視点が共同養育の原則である。

アメリカの法律を読んでも、また判例を見ても、面会交流を認めるという場合、常に、「相当な面会」という言葉が書かれている。一種の白地規定であり、何が相当かは、社会のその時の一般的な考え方によって決められる。しかし、隔週2泊3日というのが相場で、当事者間で合意ができない場合、この面会が、権利として別居親には認められる。それ以下に抑えるというのは、別居親が自発的に認める場合は別にして、2で見たような、子に直接に有害であるという立証に監護親が成功しなければ不可能である。

この相当な面会に対して、日本では、月1回、あるいは2カ月に1回が、調停委員からは「常識ですよ」と説得され、審判でも、面会を認めるケースで、そのように言い渡される。また、その1回というのも、時に2時間から3時間であり、さらに紛争性が高い事案では、「FPICで」と言われ、窮屈な面会を強いられることになる。冗談に、「先生、犬の散歩ですよ。公園で会っておしまいですから」と別居親が笑って言っていたことがあるが、なぜ、こんな貧困な面会しか日本では認められないのだろうか。

このような「最小面会」では、親も、子ども生き生きとした交流を楽しむことはできないし、面会交流を通じて、親が子の成長にかかわっていくことも、また、子の人格形成に影響を与えていくことも期待できない。もっと親子の本来のつながりが持つ楽しさ、子の心の支えとなるような、親の養育が感じられる面会交流にしていかなければ、離婚で片親を失った毎年25万人という子どもたちは、離婚の傷手を生涯負い続けるであろう。

アメリカで、隔週2泊3日の面会が一般化するようになったのは、もう半世紀以上も前のこ

とである。日本は、まずそこに追いつかなければいけないが、現在のアメリカは、さらにその先を行っている。カリフォルニア州で、最初の共同監護法の制定が1980年に行われ、たちまち全米に広がっていった。州によって規定に違いはあるが、カリフォルニアでは、家族法典3080条で、「両親が共同監護に合意している場合には、それが子の最善の利益になると推定する」という規定が置かれ、さらに、「いずれかの親の申立がある場合、裁判所の裁量で共同監護を命じることができる」(3081条)とされている。

現在の規定では、直接、共同監護を原則化するところまでは踏み込まず、単独監護を含めて裁判所の裁量を認めているが(3040条(b)項)、前にも書いたように、「子が両方の親と頻繁かつ継続的に接触することを保障し、かつ親が子の養育の権利と責任を共有するよう促す」ことが州の公共政策である(3020条(b)項)と宣言している。また、子の最善の利益の定義規定の中に、「子の両方の親との質量両面での接触」を含め(3011条(c)項)、さらに、単独監護の場合、「いずれの親が子に非監護親との頻繁かつ継続的な接触を許容するか」を裁判所は考慮すべきであるとする(3040条(a-1)項)。完全な共同監護にならない場合も、共同養育に近い面会交流こそが子の最善の利益であるとして、裁判所が強い決意を持って後押ししていこうとする姿勢が明確に現れている。

これは、日本の、離婚は縁切りと観念する伝統的家族観、あるいは、内の親密性と外への閉鎖性を離婚家庭にも貫徹しようとする近代的家族観の、いずれもと異なった新しい家族観が誕生してきていることを物語っている。この背後には、既に「相当な面会」を裁判実務で確立し、社会もそれに従って離婚後の面会交流を実践してきた、その積み重ねがあることが大きいが、同時に、アメリカでも、この時期の圧倒的な離

婚の増加と男性の育児関与、そして、子どもの福祉、その健全な発達への社会の関心の増大という社会変化が関係している。少なくとも、離婚後家族においては、子どもと別居親との関係を切つてまで、監護家庭の閉鎖性を維持することが好ましいとは考えられなくなったのである。

また、この頃、心理学で圧倒的な影響力を持ったボウルビイの愛着理論は、子ども、とくに幼児期の子にとって、親と強い愛着関係を形成することが、生涯にわたる基本的信頼感を持つようになる上で決定的に重要であり、何らかの形でこの愛着対象から切り離される場合に子どもは強い不安を感じ、それがトラウマ体験になることを明らかにした。そして、この愛着は、第一次養育者との間にまず形成されるが、父親との間にも、子の発達段階に応じて同じように形成される。ほとんどの健全な家庭では、子どもは両方の親に強い愛着を持つようになるのである<sup>24)</sup>。

その際、父親も、おむつ換えや、入浴、寝かしつけなど育児関与をすれば、ごく早期に、母親と同じ第一次養育者としての愛着対象となるが、それがなくても、普通にかわいがったり、いっしょに遊んだりするだけでも、愛着は作られていく。とくに、子どもが少しずつ第一次養

育者から離れ、より広い世界につながっていく過程で、母親が、「ほら、パパが帰ってきたよ」とか、「パパに抱っこしてもらいなさい」など、子どもと父親との関係を喜んでいることが分かれれば、健全な、両方の親との愛着が作られていく<sup>25)</sup>。それによって、違う人格とのふれあいを通じて、子どもの人格形成が促されていくのである。

この教科書的な知識をここで書いたのは、アメリカでは、それが、無数の心理学者や精神科医の研究や啓発を通じて社会の意識を変え、裁判実務も変えて、今日の共同監護法の制定になっているのに、日本では、この間、全くこうした知識が裁判実務に影響を与えることなく、平気で、この一方の愛着対象を切り捨てていることに抗議したいからである。

離婚は、子どもにとって、この大事な愛着対象と切り離されることであり、社会としてできることは、その不安を抑え、トラウマ体験とならないように配慮することである。それが、子どもを大切にすることである。前に引用したワラーシュタインの研究でも、この一方の親が家を出ていく前後の子どもの不安と混乱が、心理学者の目での的確にとらえられている。恐怖、無力感、悲しみと和解幻想、親への心配、また、

24) ボウルビイは、当初、第一次養育者(母親)との愛着を強調していたが、その後の実証研究を通じて、父親との間にも、早期に愛着が形成されることが示されている。Richard A. Warshak, "Social Science and Children's Best Interests in Relocation Cases: *Burgess Revisited*," *Family Law Quarterly* 34(2000), pp.83-113は、面会交流を困難にする監護親の遠隔地への移動の可否をめぐる裁判でのワラーシュタインの意見書を批判する形で、この父親との愛着形成に関し、現在、心理学者のコンセンサスができつつあるとする。

ただ、父親も育児に積極的に参加することで、より強い愛着が早期に形成されることも事実である。この問題は、面会交流との関連では、とくに0歳から2歳(または3歳)以下の子どもに宿泊面会をさせるかどうかの問題として議論されている。基本的に、宿泊面会が、親にとっても子にとっても、愛着を形成する上できわめて有意義であること、ただ、それが可能になるためには、同居中、一緒に食事の世話や寝かし付けをした経験が必要であることが了解されている。最初に紹介したインディアナ州のガイドラインもその趣旨で作られている。

25) 少し異なった文脈(同性婚の事件)で、アメリカでは、「事実上の親」に、親類似の権利(面会交流権)を認めるかどうかの問題で、たんに養育したというだけでなく、親(生物学的親)が、この事実上の親を、共同養育者として承認してきたことを評価するが(*Holtzman v. Knott (In re Custody of H.S.H.-K)*, 533 N.W.2d 419 (Wis. 1995)), それも、この親子の愛着形成が、とくに共同養育という枠組みの中で促されることを示している。この判例の分析として、William B. Turner, "The Lesbian De Facto Parent Standard in *Holtzman v. Knott*," *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice* 22(2007), pp.135-180.

自らの見捨てられ感、親が子に慰めと同情、相手方非難への同意を求めることからくる忠誠の葛藤、そして親への怒りと、また小さな子の場合、自分が離婚の原因と誤ってしまい感じる罪の意識と、様々な感情が渦巻いている。また、種々の退行現象や心理的不適応も生じてくる。

この混乱の時期に最大の力となるのは、親が、子どもにとって、変わらぬ愛着対象であり続けることの保障である。だからこそ、面会交流は、すぐに、別居とともに行われなければならない。よく日本では、とくに連れ去り別居の場合など、その後ろめたさや、連れ戻されることへの不安から、面会をかたくなに拒否し、調停を始めても、「調停が行われているのだから、終わるまでは会わせられない」と、今度は手続を口実に面会を先延ばしすることが行われるが、順序は全く逆である。まず会わせよ、それも同居の頃に匹敵する頻度と、生活時間の共有を伴った密度の高いものであるべきである。それから、調停である。

こうした愛着対象と切り離されることでトラウマ体験とならないような配慮と並んで、長期的には、一般の家庭で行われるような、子どもが愛着関係を形成した親から、成人になるまで、引き続き養育と監護を受けられるようにすることが必要である。ワラーシュタインは、別居親の面会交流が、その限られた役割から、継続的に続けられてもなかなか理想的な子育てまでは

いかないとし、その困難を分析しているが、同時に、5年後も3割ぐらいの父親が、親にとっても、子にとっても価値のある面会交流を続けていることを見いだしている。その共通する特徴は、面会親という役割の中でも積極的に子どもの養育責任を果たしていこうというコミットメントであり、また、子どもの成長に合わせ、そのニーズを理解して巧みに父親役割を遂行する親能力である。

これが、別居親も参加する離婚後の共同養育である。すべての離婚後家族に期待することは困難にしても、本当に子の福祉を考えるならば、目標とすべき理想である。共同養育に対しては、親同士の葛藤が強いところで実践する場合、とくに年齢の高い女子の場合、両方の親に忠誠を持ち、それぞれに共感するがゆえに葛藤を引き受けて悩むといった問題も指摘されている<sup>26)</sup>。しかし、多くの研究は、総じて、別居親との関係がよく、子の学校を含め、その日常生活に別居親も積極的にかかわるような場合には、子どもの適応が有意によいことを示している<sup>27)</sup>。

大切なのは、別居親が頻繁に、かつ多様な機能的場面で子どもとかかわることであり、とくに、幼児や小さな子の場合、宿泊することが心理学的に重要である。子どもをあやし、寝かしつけ、夜中に泣いたら抱いてあげるといった積み重ねが、愛着形成に大きな意味を持つのである<sup>28)</sup>。

26) Janet R. Johnston, et al., "Ongoing Post-Divorce Conflict in Families Contesting Custody," in Jay Folberg(ed.), *Joint Custody and Shared Parenting*(2nd ed., Guilford Press, 1999), p.183. ちなみに、ジョンストンは、ワラーシュタイン(注7)の共同研究者であり、スタンフォードの心理学博士である。以来、臨床心理家として、高葛藤夫婦の面会交流・共同養育の問題をライフワークにしてきている。ここでも、困難を分析し、だから面会を最小化するというのではなく、その困難を実践的に克服し、子どものために最良の共同養育を仲介指導していこうとしているのである。その中で生まれたのが、前注19の文献である。

27) 無数の研究があるが、多数の研究をまとめたメタ分析として、Robert Bauserman, "Child Adjustment in Joint-Custody versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review," *Journal of Family Psychology* 16(2002), pp.91-102, 及びChristy M. Buchanan and Parissa L.Jahoromi, "The Best Interests of the Child: A Psychological Perspective on Shared Custody Arrangements," *Wake Forest Law Review* 43(2008), pp.419-439.

28) Michael E. Lamb, "Improving the Quality of Parent-child Contact in Separating Families," in M. Maclean(ed.), *Parenting after Partnering, op.cit.*, pp.11-28, at 16, 18.



そんなかわり方を日本の親が別居親に許すわけがない、机上の空論だと思われるかも知れない。しかし、やってみれば、コロンブスの卵のようなもので、アメリカでは、監護親にとっても、子育ての負担を分け持ってもらえるし、子どもの監護親への尊敬も強まるという結果が報告されている。また、共同養育では、子どものために親同士が連絡を取り合うことが不可欠であり、子どもと気持ちよく交流が続けられるために、別居親も監護親を尊敬することが必要である、と説かれている<sup>29)</sup>。子を中心することで、共同養育は、対立の顕在化を抑える働きもするのである。

これが、離婚後の面会交流を考えるための共同養育の原則である。

#### 4 家族形成権

最後に、面会交流を進める三つ目の視点として、家族形成権の考え方がある。これは、若干論争的であり、アメリカでも、親の子を監護する権利を、憲法的な保護を受ける「親の権利」とする考え方に対し、子がかかわる監護の問題はすべて「子の最善の利益」が判断基準として用いられ、「子の権利」に取って代わられるべきである、という考え方がある。また、児童権利条約も、面会交流を子どもの権利として位置づけて、その尊重を締約国に求めていることから、ヨーロッパを中心として、子の権利と観念する考え

方が強く主張されている。

この親の権利か、子の権利かという論争は、親の権利が、親が子に対し強い支配権を親権の名で行使していた時代の名残であり、現代の、子の利益を最優先して考える行き方とそぐわないという点と、また、とくにアメリカで、親の権利が憲法的な保護を受ける権利と観念されるようになった、*Meyer v. Nebraska* 262 U.S.390(1923)などの判例が、ナチズムや社会主義との戦いという時代背景から、強く家族への国家の干渉を嫌う自由主義のイデオロギーに染め上げられていて、子どもを社会が育てるという、社会国家的な視点が排斥されている点に異議を唱える中で<sup>30)</sup>、行われてきた。

私は、これらの子の権利を重視する立場の主張にも賛成するが、しかし、日本の面会交流法理に見るような、親の子との面会交流をすべて離婚後の監護の問題とし、親に面会を求める固有の権利はないとする立場は<sup>31)</sup>、やはりバランスを失していると思う。実際、子の利益を優先する、また子どもを社会が育てるといっても、見てきたように、監護親の親権だけが異様に強く、法の弱さもあって、結果として子の福祉に反する現実が日本では作られている。

むしろ、親が子を育てるというのが、われわれの社会の基本としてあって、「親子の自然な紐帯が、親が子の最善の利益のために行動することを強く推定させる」こと、また、「この愛情に満ちた紐帯を国家の干渉から守る必要がある」

29) Wayne Parker, "Making Joint Custody Work: Five Keys to Succeeding at Joint Custody,"

<http://fatherhood.about.com/od/managingcustody/a/jointcustody.htm?p=1> (2009.7.26検索).

30) Barbara Bennett Woodhouse, "Child Custody in the Age of Children's Rights," *Family Law Quarterly* 33 (1999), pp.815-832. 親が、移民の母国語教育や、アーミッシュの宗教教育を、州の義務教育の義務づけに対しどこまで主張できるかの憲法判例が、自由主義のイデオロギーから、親の自主的な子の養育を強く擁護しすぎていて、子の監護の問題でも、子の最善の利益を常に優先して考えることを困難にしているというのである。

31) 最近でも、「家庭裁判所事件の概況」(家裁月報60巻1号(2008年)62頁)は、「面接交渉の権利性については、最高裁はこれを明確に肯定していない」というまとめ方をしている。親の権利か、子の権利かという以前に、義務者である(「相手方」として現れてくる)監護親が、別居親に対する忌避感や、子の私物化の上に、面会を頑固に拒否すれば、「監護家庭の安定」や「信頼関係のなさ」、あるいは「子の意思」の法理から、その意思を貫徹できるという、まさに面会交流の実現が義務者の恣意に依存することが、日本で面会交流が「権利でない」理由となっているのである。

ことから、親の子を養育する権利に憲法的な保護を与えるのである<sup>32)</sup>。この権利の剥奪は、直接に親から子育ての喜びを奪い、また子から見れば、重要な愛着対象である親を奪うものである。日本の憲法でいえば、幸福追求権であるが、同時に、アメリカでは、プライバシー権(=自己決定権)としても観念されている。憲法判例では、異人種間の婚姻、人工中絶、そして同性婚に至る、家族形成を自由権としてとらえる流れにその強い表現があり、子育てを家族という枠の中で考えるものと対立する面もあるが、現代の家族が多様化する中で親の権利を考えるためには、むしろ家族を個人にばらして行って、あらためて子育てを考えていく必要もあり、この憲法的権利との融合が生じてくるのである<sup>33)</sup>。

ただ、子を養育する権利の尊重といっても、親権の争いや、親権喪失が問題になる状況の中では、もはや、国家に対して家族の方から介入を求めるか、国家が、家庭の中の不法を認知して介入を開始しているのであり、単純な自由権では片付けられない。面会交流は、その中間的なものである。家庭が解体され、国家の介入を求めているともいえるが、しかし、親権者の指定と違い、本来は、親として子どもの養育を行っていく、その権利がただ離婚を超えて継続されているだけであるともいえ、そうであれば、あえて国家が介入する必要はないといえる。

実際、監護親との葛藤があっても、多くは一方的な面会妨害であり、むしろ別居親が、こ

の監護親に対して、子を養育する親の権利を主張していくというのが、実際の紛争場面である。[7]の判例がいうように、「ただ、親の子に会う権利が問題になっているだけではないか」、つまり、本来の親の権利の行使だというのが実態なのである。それが、アメリカの面会交流権の基本にある考え方である。

もちろん、誤解のないように付け加えれば、憲法的な保護を受ける自由権といっても、当然に優越する権利によって制約されることはあり、子の利益のために国家がその行使を制限しうることに異論はない<sup>34)</sup>。また、児童権利条約のような、子どもが別れて暮らす親とも定期的に接触し、交流する権利の承認が、むしろ、現在世界で進んできて、子を監護家庭に囲い込むその親権がこの子どもの権利から制約されてきている。その意味で、一方で、別居親の子との「相当な面会」が親の権利と観念されてきたこと、また他方で、子どもの権利も、別居親との「頻繁かつ継続的な接触を持つ権利」を含み、より強く保護されるようになることで、面会交流の原則が、現在見るような共同監護への深化を伴って、制度として確立しているのである。

同時に、この親が子を育てる権利は、自由権としての性格から、共同養育の原則とも親和的である。離婚後の別居親が行う子育ては、もはや家庭という枠の中では行われぬ。それも子育てと観念するためには、これまでの、家族と家庭とを重ね合わせて考えてきた、われわれの

32) "Developments in the Law: The Constitution and the Family," *Harvard Law Review* 93(1980), pp.1156- . 引用はp.1317. この代表的な判例が、*Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645(1972)である。未婚の父は当然には子の監護権がなく、母の死とともに子は州の後見に移され、ただ、父からの申出があり、「子の最善の利益になる」ことを証明した時に、未婚の父も監護権を持ちうるとするイリノイ州法の合憲性が争われたものである。連邦最高裁は、実の父には当然に子の養育権があり、「親として不適格」であることを州が証明した時だけ、その養育権を奪うことができるとした。

33) 前注の *Stanley* の流れの親の子の養育権と、このRoeに代表されるプライバシー権とを、同じ親の権利の憲法的基礎づけとするものとして、Martin Guggenheim, *What's Wrong with Children's Rights* (Harvard U.P., 2005), ch.2. 個人の結婚、出産の自己決定権と、親としての子の養育とを、同じ国家の干渉を受けずに(後者では、デフォルトの「適格な親」という条件下で)、家族を形成する権利ととらえるのである。

34) 面会交流権は、このように憲法で保護された親の子を養育する権利であるが、「ほとんどの州で、既に別居親の特権として、特別の事情があって、特に子どもに害悪を与えるのでない限り面会交流を認めてきているので、あらためて憲法的な保護が議論されることはほとんどない」。*"The Constituion and the Family," op.cit.*, p.1332.

思考を組み替えていく必要があるが、自由権の個人主義的な性格がそれを可能にするのである。

家族法が憲法的な規律を受けるということは、実は、家族法が、家族という団体の法ではなく、個人の家族的関係の法であることを意味している<sup>35)</sup>。家族は、個人が形成するこの家族的関係が寄せ集まったものにすぎず、それゆえ、家庭という枠を超えて外に広がることも当然にあり得るのである。

この視点は、アメリカの面会交流法をとらえる上で重要である。共同養育を実践する離婚後家族を、家庭という範疇でとらえようとすれば、どうしてもはみ出したものを切り捨てざるを得ないが、それは、別居親が子どもを養育監護していく、その大切な家族関係を法の保護の外に置くことになる。子の側からみれば、それは、自分が愛着形成した別居親との関係が、監護親の干渉を受けて断ち切られることを意味している。それに対して、国家の憲法を頂点とした法が、この子どもと、別居親が親子関係を形成維持する権利を保護する、という形で働くのである<sup>36)</sup>。

また、最近では、監護親がDVを申し立てて、面会交流を拒否することも多いが、そのことも権利としての把握を必要とする理由となってい

る。現代の家族法は、一方で、家庭の中での抑圧にも敏感であり、被害を受けた女性を保護しななければならないが、他方で、親子の絆は可能なかぎり維持しなければならない。この矛盾した要請を、それぞれ最大限に配慮しつつ、ぎりぎりの所で線引きを行っていくためには、どうしても憲法的考察が欠かせない。憲法訴訟のLRA(最小制約の法理)のような人権への感受性が必要であり、適正手続の要請も満たす必要がある<sup>37)</sup>。DVの具体的態様や、その親子の面会に与える影響を精査せず、DV即面会拒否では、これからの家族法としては粗雑すぎるのである<sup>38)</sup>。

こうした、家庭の中でも家族という団体に解消せず存在し、また家庭という枠を超えても広がる、個人の家族的関係を形成する権利、それが家族形成権である。その考え方は、前からアメリカ法にあったものであるが、現在の、個人の自由な生き方が尊重され、家族も多様化していく中で、憲法的保護を伴ってより前面に出てきている。この法的な枠組みが、また離婚が一般化する社会の中で、家庭という枠にとらわれない離婚後家族の構築を可能にし、子が両親の愛情を失わずに、離婚の危機を乗り越えていく仕組みを可能にするのである。

35) *Ibid.*, p.1160.

36) 最近、最高裁は、*Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57(2000)で、父親が亡くなった後、祖父母が面会交流を求めた事件で、「子の最善の利益に適う場合には、誰でも面会交流を申し出ることができる」とするワシントン州法を、広範に過ぎ、親の権利を不当に制約するとして違憲とした。家庭を超えて家族的関係が広がる(祖父母の面会交流権も広く立法で認められてきている)中で、やはり、親の、別居親も含めて、子育てに特別な重みを与えていこうとする、その意味での親の権利の概念と、「子の最善の利益」であれば、親の意向にかかわらず、子に良いと思われることを命じられるということが、親の子育てへの国家の過剰な干渉になるという、Stanley以来の憲法法理が働いたのである。

線引きは難しいが(この事件でも全く面会を認めないわけではない。ただ、程度、方法そして手続において、親の子育ての尊重が反映されることを憲法の要請としたのである)、家族的関係が家庭を超えて広がるとともに、新たな権利間の調整を憲法的次元で、それゆえ、また家族のあり方に関する根源的な問いとともに考えていく必要が出てきているのである。

37) カリフォルニア州の家族法典では、虐待またはDVの保護命令が出された場合、子の最善の利益のため必要があれば、監視付き面会か、面会の一時停止、あるいは禁止を命じられるとする(3100条(b)項)。また、DVが申し立てられ、緊急保護命令が出された場合、面会が命じられる際、子の授受の方法を特定し、DVが起き、子が目撃するようなことがないように注意が払われる(同(c)項)。また、保護命令は、過去に暴力があったというだけでなく、保護命令を出さなければ身体的、精神的な傷害が生じることが示された時だけ、命令を出すことができる(6321条(b)項)。

38) DVの態様を分析し、それと面会交流との関係を類型に分けて議論した最近の心理学の文献として、Peter G. Jaffe, et al., "Custody Disputes Involving Allegations of Domestic Violence: Toward a Differentiated Approach to Parenting Plans," *Family Court Review* 46(2008),pp.500-522.