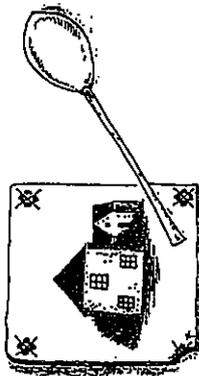


特集
◎両親の離婚・別居の際の面会交流の問題点と課題
◎ペット医療過誤を取り巻く法律問題

5	ひと筆 外洋クルージング 田川 章次
9	◎特選1 両親の離婚・別居の際の面会交流の問題点と課題 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族実務 棚瀬 孝雄
28	子どもから見た面会交流 — 離婚家庭の子どもの声 小田切 紀子
35	面会交流の実務の問題点と課題 — 子どもの最善の利益の観点から 谷 英樹
43	◎特選2 ペット医療過誤を取り巻く法律問題 総論：ペットを取り巻く法律問題 渋谷 寛
52	日本における獣医療過誤訴訟と獣医師の民事責任 長谷川 貞之
64	獣医療過誤事件 — 獣医師による詐欺事件を委任して 浅野 明子
70	連載 憲法リレートーク(第17回) 日弁連憲法委員会第2回全体会議講演 紛争地域でのNGOによる人道支援活動の現状 木山 啓子
80	連載 変わる刑事裁判 — 裁判員裁判における弁護活動(第22回) 情状事件における立証 神山 啓史/岡 慎一
85	連載 弁護士任官の窓(第24回) 家事調停官として過ごして 宮崎 真
86	連載 海外レポート(第26回) JICA 国際協力専門員の仕事 磯井 美葉
88	連載 スタッフ弁護士顧問記 ～道しるべになりたくて～(第4回) 法テラス岐阜法律事務所 中澤 康介
90	季刊企画 スタッフ弁護士の現場から(2009年冬) 法テラス三川越法律事務所 大森 三起子
91	連載 法曹養成新事情(第27回) 2009年司法試験の結果について 塚原 英治
92	連載 全国の弁護士需要 — 地方での開業を考えてみませんか(第12回) 静岡県弁護士需要 諏訪部 史人



94	佐賀県の弁護士需要 辻 泰弘
96	連載 リレーエッセイ・公設事務所だより「津々浦々にひまわりの花を」(第71回) 佐渡ひまわり基金法律事務所 佐藤 克敏
100	寄稿 家事調停の身形 高野 耕一
113	寄稿 民事執行、保全による債権時効障害(中断) — 民法(債権法)改正検討委員会「基本方針」批判 戸根 住夫
124	寄稿 消費者庁・消費者委員会の創設と日弁連の活動 — 日弁連消費者行政一元化推進本部の解散にあたって 中村 雅人/石戸谷 豊
134	弁護士のための新法令紹介(329) 公文書等の管理に関する法律(平成21年法律第66号) 衆議院法制局
140	BOOK REVIEW 日本弁護士連合会編『裁判員裁判における弁護活動 — その思想と戦略』 浦 功
141	141 荻原正道・荻原洋子著『利息制限法潜脱克服の実務』 小野 秀誠
142	資料 第63回中国地方弁護士大会宣言・決議・議題 中部弁護士会連合会第57回定期弁護士大会宣言・決議 第62回九州弁護士会連合会定期大会宣言・決議
153	153 弁護士名簿登録・登録換え・登録取消し・弁護士法人名簿等
174	174 懲戒処分公告
184	184 弁護士研修情報[2009年度日弁連特別研修(ライフ研修)]
185	185 研修カレンダー
189	189 倫理研修カレンダー「2009年度弁護士会等倫理研修(日弁連のみし倫理研修)一覧」
192	192 2009年度新規登録弁護士研修実施一覧
193	193 自由と正義第60巻く2009年1月号～12月号>総目次
210	210 次号案内・編集後記

両親の離婚・別居の際の面会交流の問題点と課題

特集 1

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、米国の法制及び審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
東京弁護士会員

棚瀬 孝雄
Tamase, Takao

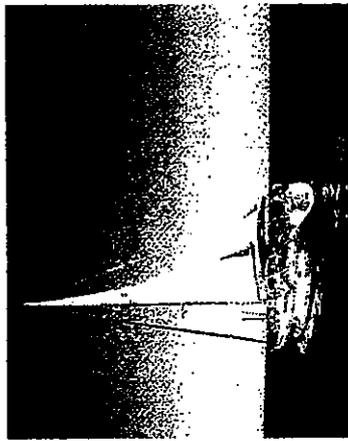
- I 面会交流の意義
- II 「子の福祉」の現実
- III 離婚後家族の構築

I 面会交流の意義

I 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)”。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、

という計画だった。出港後、船長はこの時期ミコノス島は季節風が強く近づけないという。妻と娘が来るのだと懇請すると何とかミコノス島に行ってく



エーゲ海 チャーターヨット

れ、妻たちとのドッキングがかなった。このクルージングで、私は、ヨットの楽しみ方の真髄を知った。帆走は手段で港に早く到着して余暇を楽しむというのが真のヨットライフである。茄子紺色の美しいエーゲ海で島々を回り、余暇の楽しみ方も知り最高のクルージングだった。

九州、四国一周そして日本一周へ

国内クルージングは、玄界灘、周防灘を日帰りや数泊程度で行った。これまで、対馬、壱岐、五島等の離島も数回出かけた。特筆すべきは、奄美大島往復で果した九州一周と、阿波踊りレース参加を機にした四国一周である。いずれも、遭難寸前の危機も何度かあった。それも過ぎてしまえば忘れがたい経験である。残された課題は日本一周である。70歳までの3年間で、この願いを実現すべく艇のリストアを進め、身体づくりも努力をしている。いつまでも現役ヨットマンでありたい。



那津記(自費出版)

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		うち面会交渉	
	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	293	1,696	
10年	12,590	247	1,936	
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 家事部)

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。また、合意ができて守られないケースが多く、家事事件の中でも、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。

1) 本論文は、日評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)」(2008年11月15日)で私が報告したものを基盤に、比較法的、理論的側面を強化して書き下したものである。なお、外国との比較という場合、本論文ではアメリカだけに取上げられる。しかし、文字どおり、今、全世界で面会交流の深化、共同親育の奨励が進んでおり、「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、実態には月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会交渉権の研究」司法研修所講義1997第2号、281頁。

表2 面会交流事件の処理状況

審判 認却 取下 その他 計	平成20年(既済)		総数	7,104件
	審判	認却		
認却	322	34	356	(4.9%)
取下	232	24	256	(3.6%)
その他	204	21	225	(3.2%)
計	188	19	207	(2.9%)
調停	946	100	1,046	(14.7%)
成立	3,050	49	3,099	(43.6%)
不成立	808	13	821	(11.6%)
取下	2,056	33	2,089	(29.4%)
その他	234	3	237	(3.3%)
計	6,158	100	6,258	(88.1%)
認許・成立	3,473	63	3,536	(49.7%)
月1回以上	1,903	54	1,957	(27.5%)
2、3か月に1回以上	508	14	522	(7.3%)
4~6か月に1回以上	175	5	180	(2.5%)
その他	887	5	892	(12.4%)
宿泊有	524	15	539	(7.5%)
無	2,949	84	3,033	(42.5%)

(出典：司法統計年報 家事部 平成20年 第3、4、41表)

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、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

2008年11月15日)で私が報告したものを基盤に、理論的側面を強化して書き下したものである。なお、外国との比較という場合、本論文ではアメリカだけに取上げられる。しかし、文字どおり、今、全世界で面会交流の深化、共同親育の奨励が進んでおり、「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、実態には月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会交渉権の研究」司法研修所講義1997第2号、281頁。

表3 婚姻及び離婚事件数(平成20年)

離婚事件数	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	284,625人
婚姻事件数	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か月後)

母と居住 (父との)	定期的な面会なし	67.6%
	昼間だけの面会	18.3
	宿泊付きの面会	19.6
共同居住(父の家に2週間の間に)	4~6日間宿泊	29.7
	7~10日間宿泊	15.0
父と居住 (母との)	定期的な面会なし	4.9
	昼間だけの面会	9.5
	宿泊付きの面会	2.8
子が別れて居住	4.1	2.6
父母が現在も同居 ¹⁾	2.2	4.1
どちらの親とも同居せず	5.0	2.2
	0.7	5.0
	100.0%	0.7

*調停は離婚申立の3か月後に行われ(平均して別居6か月後)、その時点で同居を継続しているものもいる。

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小的に表していることや、そこで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

9) 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さま述べておく必要があるが、裁判所の監護決定について言えば、別居親に面会交流が容認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、面会が保証されたのは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. ただし、面接調査によれば、約25%の者が面会交流をめぐって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、また母親側は、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」に比べて共同親育の意識、そして母親側からいって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、現在見られるような、離婚後も両方の親が親にまわっていきつづけるような状況が、面会交流の深化を促している。Eleanor E. Maccoby and Robert H. Mnookin, *Dividing the Child: Social and Legal Dilemmas of Custody* (Harvard UP, 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、可能な限り両方の親に面会して行われた。1回目の面会は、離婚申立後3か月(別居からは約6か月)に、また3回目の面会は、その3年後に行われている。調査できたサンプルは1回目が1124件、3回目が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)。

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。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・ウェイツマンの研究(1992年)によれば(表4参照)、別居後6か月の時点で、定期的な面会が行われているのはわずか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%、昼間だけの22%である。別居3年半後でも、過去1か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」

接に明白に否定的態度を示している」とし、「子の福祉」の観点から、「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。

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¹¹⁾、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。「父及び養母が共同親権の下で未成年者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遠いから未成年者の心構や精神的安定に悪影響を及ぼす危険が否定できないから、(年2回)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回感問のみに限定した。

ほかに、養子縁組(再婚・養母・共同親権) + 面接交渉で統制しても、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。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、子の忠誠をめぐる養母との葛藤がある中で、元妻が出てくることが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る。

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

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、内に閉うという意味で、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ぬやというのが、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、円滑な面接交渉が実現できない場合、面会が子の負担に転ずるとして否定するという法理である。

[3]横浜家裁平成8年4月30日審判は¹²⁾、「父再婚の対立が激しく、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¹³⁾、「更に子の福祉に資するような円滑かつ協力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、その指示の下にやら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、未成熟な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、必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とは言ってもないが、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。理想的な面会でなくても、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ず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えないが、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

11) 家裁月報45巻3号75頁。
12) 家裁月報59巻3号73頁。

11) 家裁月報58巻11号47頁。
12) 青元前掲(注9)は、公判例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庭の許可すら必要なく、そこに面会禁止の効果が生じ、まさに監護親の一方で、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)。

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、いくらかでも理由は挙げられるのであり、面会交流を求めた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線にとつて、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、調停委員の説得に依らず、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3カ月1回という「最小面会」に落ち着くことになる。

これによいのだろうか。子の精神的負担を考へ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くのではないか。

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)は¹⁶⁾、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、謝って迎えに来たと思つたのに来ず、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、『ばく、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ぱり回すから嫌だ』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がゆえに抑えてきた、母への思慕の念が溜ほど伝わってくる。

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、言ってもいいことを書い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』と頭

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つともない。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、面会交渉の実施は非常に難しいといえる。相手方から面会交渉を受け入れる気持ちにまでもならない限り、自らの意向を曲げないであらうし、無理に行つたとしても、相当の心理的負担を与えるにすぎないであらう」と結論づけている。

ここでは、子の意思は、確信的な忌避に変わっている。「太っているし、みつともない」と吐き捨てているが、しかし、たつた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、しよせん、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ぜない。しかし、子どもはその半分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ィアを自覚することはないが、やがて思

期になって親離れをし、自分探しを始めた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、福祉の観点から問題にしななければならない

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¹⁷⁾。この子どもの心が理解できな親に、子どもの親権者になる資格など本来なかつたと言ふべきである。

調査官の報告書では、面会禁止の結論を導くので、「相手方から面会交渉を受け入れられないから」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、「面会交渉を拒否する相手方」つまり、監護親の「親の意思」であることとを物語っている。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つても、親子の絆の切断であつてはならない。この面会交流を考へる大原則が、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

¹⁶⁾ 高野一「離婚と子ども—心理療育家の視点から—」(創元社、2007年)、第2章。また、「夜回り先生」こと水谷将は、「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、ぼくは捨てるからと勝手にいきました。……外で父と子が手をたないでいるのを見ると、その手を引き離したくなりまじました」と書いています(朝日新聞2009年9月15日)。そのつらいつらいつらい体験があつたから、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、親を憎む経験だけはなくしなければならぬと思う。

16) 高野、面会交渉調停事件—親権と面会交渉を巡って4年争った事例—(1999年)95-146頁。

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ふ場合、常に、「相応な面会」という言葉が書かれている。一種の白地規定であり、何が相応かは、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ものは、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。この相応な面会に対して、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「常識的です」と納得され、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、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。公園で言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。もつと親子の本来のつながりが持つべき、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、離婚の傷手を生延負いつけるであろう。

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。州によって規定の違いはあるが、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」(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、「いずれの親が子が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「相応な面会」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奨励してきた、その積み重ねがあることが大きい。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つポウルビエの愛着理論は、子ども、とくに幼児期の子にとつて、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

り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が強い不安を感じ、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

二次養育者と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。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1次養育者としての愛着対象となるが、それがなくとも、普通にかわいがつたり、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、子どもが少くも第一

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」などと、子どもと父親との関係を喜んでいることが分れば、健全な、両方の親との愛着が作られていく。それによつて、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蒙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ずに、平気で、この一方の愛着対象を切り捨てていくことに抗議したいからである。

離婚は、子どもにとつて、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、心理学者の目での確に与えられている。恐怖、無力感、悲しみと相隣幻想、親への心配、また、早期に愛着が形成されている。Richard A. Warshaw, "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過剰な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、心理学者のコメントが盛んに行われている。また、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、面会交流と関連して、とくに0歳から2歳(または3歳)以下の子どもに面会交流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、親にとつても子にとつても、愛着を形成する上できわめて有益であること、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つけをした経験が必要であることが了解されている。集約で紹介しているディアン・グレイのガイドラインもその趣旨で作られている。また、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、類似の権利(面会交流権)を認めるかどうかの問題で、なんと重なる」というだけでなく、(親生学的親)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 HSH-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仕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.

特集1

両親の離婚・別居の際の面会交流の問題点と課題

子どもから見えた面会交流

離婚家庭の子どもの声



東京国際大学人間社会学部教授 小田切紀子 Odagiri, Noriko

私の仕事は、そのような過酷な状況の母親が、生活面と精神面で安定して子どもと暮らせるように援助することだった。ところが近年は、子育てに積極的にかかわる父親が増えた。このような父親は、離婚後、子どもと離れて暮らすようになって交流を持ち続けたいと望んでいる。父子の交流ができれば、子どもは両方の親から大切にされていることがわかり、離婚が子どもにも与えるマイナスの影響はかなり緩和できると、両親が連絡を取り合っ面会交流を続けていくことは容易ではなく、面会交流は子どもの権利であるにもかかわらず、両親の対立関係に振り回されトラブルが付きものである。そこで本稿では、離婚家庭の子どもたちとの日常的なかかわりとインタビュー調査をもとに、子どもの立場から面会交流について述べる。対象となった子どもは、インタビュー調査にに応じてくれた高校生から20代の社会人まで29人と、セルフ・ヘルプ・グループに参加している小学4年生から20代の社会人までの子ども25人である。

はじめに

私は、1990年代後半から児童福祉学の教員とともに、離婚家庭の子どもセルフ・ヘルプ・グループを主宰している。その少し前から、離婚当事者のセルフ・ヘルプ・グループの活動に関与し心理相談を始めた。その当時多かつたのは、離婚後、母親が子どもを引き取り、父親は子どもの扶養義務を果たさず面会交流も養育費もなく、父親と子どもの関係は離婚によって途絶えるというパターンだった。母親は、元夫から経済的な支援も子育ての支援もない孤立無援の状況で、就労しながら子どもを育てていた。

- I はじめに
II 日本の家族観
III 子どもにとっての面会交流の意味
IV 面会交流の実際
V 面会交流で親が心がけたいこと
VI 子どもから親と仲間への言葉
VII さいごに

II 日本の家族観

面会交流が広く受け入れられない背景には、単独親権であることのほかに、日本の伝統的な家族観がある。たとえば日本では、「別れた親は、住の影から子どもの成長を見守るのがいい」とする考えが古くからある。また、「離婚した夫婦が、協力して子育てをするのは難しい」という固定観念がある。これらの古いしきたりや考えがあるため、離婚後も元夫婦が協力して子育てをし、面会交流を続けるのが子どもにとつて好ましいという考えが定着しにくい。この状況では、離婚は別居親と子どもとの別れを意味する。そのため子どものいる夫婦が子どものために離婚を我慢した方がいいのではないかと悩むことになる。

さらに、日本はもともと夫婦関係よりも親子関係、とくに母子関係が優先される文化である。離婚後、「あんなひどい父親(母親)に子どもは会わせない方がいい」と親が子どもにも与える影響ばかり重視して、元夫婦の対立関係が子どもにも与える影響について軽視する傾向がある。同居親が子どもを会わせない理由は、「相手の性格に問題がある」が多く、子どもにも会えない親は「別れた妻(夫)は、自分勝手だから話し合いができない」という。しかし、別れた相手の問題は夫婦間で生じる問題で、子どもへの態度ではないことがほとんどである。子どもにも会わせないことを相手への制裁や復讐の手段とする親も多く、子どもが元夫婦の対立や葛藤関係に巻き込まれて犠牲になっている。しかし、親の離婚が子どもにも与える最大の影響は、片方の親と

1) 小田切紀子「離婚を乗り越える」(ブレーン出版、2004)
小田切紀子「離婚家庭の子ども自立支援」(平成18-19年度科学研究費補助金基盤研究(C)研究成果報告書、2008)
小田切紀子「離婚を越えた親の心理」青木紀久代編「親のメンタルヘルス」(ぎょうせい、2009)

かかわりがなくなることと、離婚後も続く両親の争いである。ドメスティック・バイオレンスや虐待などにより面会交流が難しい場合もあるが、父親と母親は離婚しても自分たちの関係が子どもにも与える影響の深刻さを考え、「親として子どもにできないことは何か」を一緒に問うていかなければならない。社会学者のデズバートは、「夫婦が離婚するのではない」といい、離婚後の親が離婚するのではない」といい、離婚後の親役割を強調している。

III 子どもにとっての面会交流の意味

I 親から愛されていることの確認

面会交流がある子どもは、別居親は離れて暮らしていても自分のことを大切に思い愛してくれていることを確信できる。子どもは、両親から尊重され育つことで、自分自身を大切にしようとする自信を持ち、やがて他人を尊重し大切にしようになる。

他方、子どもが別居親と会えないと、子どもは「自分のことを好きじゃないから会おうとしないのだ」と思い、自分は価値のない人間だとか、親から愛される資格のない人間だと感じ、自尊心が傷つき自己評価が低くなる。

II 親離れの促進

子どもが別居親と会えないとき、子どもは同居親が語る別居親イメージを持ち続けた。年少の子どもは、同居親の味方になって別居親を非

難して嫌ったり、同居親に健気に尽くす傾向が見あった。同居親に逆らうことは、別居親から見捨てられたように同居親からも見捨てられるのではないかという不安があるためである。このような状況では、子どもは青年期の発達課題である親からの心理的自立を容易には達成できない。

他方、子どもが別居親と交流があるとき、両方の親の考えと気持ちを知ることができた。これにより、同居親の意見や感情に巻き込まれることなく、両親から等距離をおき親離れが可能となる。

3 アイデンティティの確立

子どもは青年期になると、自分の居所と場所、自分の能力や適性などを知って、自分らしく生きること、つまりアイデンティティを確立しなければならぬ。これを達成するためには、自分のルーツである父親と母親を深く知ることが必要となる。父親と母親という性別も性格も価値観も異なる大人が、自分の人格の形成にどのような影響を与えたのかを理解してはじめて、親とは異なる自分らしさを発見して生きていくことができる。

IV 面会交流の実情

面会交流は、継続タイプ、拒否タイプ、中断タイプ、遅延開始タイプの4つに分類できた。それぞれのタイプの特徴と問題点について事例を用いて説明する。なお、文中の事例は本質を損なわない程度に修正を加えている。

1 継続タイプ

別居親と子どもの安定した交流が続いている

継続タイプの特徴は、父親と母親が面会交流の重要性を理解し、子どもの成長や生活スタイルに合わせて面会交流の方法や内容を柔軟に変更していることである。

●事例1 高校生のケンジ(仮名)は、小学校低学年のときに親が離婚し、母親と弟と暮らしている。小学生の間は、母親と父親が連絡をして日程を決め、ケンジは弟と一緒に父親に会っていた。しかし、中学生になると母親と日程の相談をして小学生の弟と出掛けるのが煩わしくなり、ケンジが会いたいときに自分で父親に連絡をして1人で会うようになった。ケンジいわく、父親に会いたいときは、「うまい物を食べたいとき」や「ちよつと話したいことがあるとき」(進路や進学、部活のこと)だった。

●事例2 中学生のミチコ(仮名)は、幼稚園のときに親が離婚し姉と一緒に母親と暮らしている。ミチコは吹奏楽を熱心にやっており、週末のコンクールや合同練習のとき、父親に自宅まで車で迎えにきてもらいたい会場まで連れて行ってもらう。ミチコは「楽器が重くて1人じゃ運べないし、家には車がないし、いつも友達達の親に頼むの悪いし、パパが来てくれてラッキー。パパは時間があるときは涼しさを感じていくよ」という。面会交流の日程は、吹奏楽部の行事次第なので、月に3〜4回会うこともあれば、1カ月以上会わないこともあるらしいが、2人には吹奏楽といふ共通の話題がある。

2事例ともに子どもも主導で面会交流が行われている。母親は子どもに「お父さんに聞いてみたら？」、「パパに頼んでみたら？」と父親と子どもの交流をさり気なく促している。

2 拒否タイプ

離婚後、1回も面会交流が行われていないタイプで、別居親が再婚し養育費の支払いもなく、子どもとのかかわりを一切拒否している場合と、別居親は子どもに会いたがっているが子どもがそれを拒んでいる場合がある。

●事例3 大学生のミキ(仮名)は、3歳のときに親が離婚し父親の記憶はない。離婚後は、母親と兄と一緒に暮らしている。父親は再婚したらしく音信不通でどこに住んでいいるかわからなかった。高校受験が終わったとき、父親がどんな人か会いたいと思ひ、さんざん迷った挙句、行き来のある叔父(父親の弟)に頼んで、父と連絡をとってもらった。しかし、父親は「新しい家庭を大切にしたいから」という理由で断ってきた。ミキは、「自分の父親がどんな人なのかたまたま知ることがただけなのに、なんで…」と語っている。

●事例4 高校生のマキコ(仮名)は、小学校高学年のとき親が離婚し、父親と父方祖父と暮らしている。マキコは、父親たちから「母親が自分勝手な人でマキコを捨てて出て行った」と聞かされていた。母親からは面会交流の希望が繰り返されたが、マキコは自分が母親に会うと父親たちが嫌な思いをするのかわかっていて面倒だと思ひ、「会いたくない」と父親に言っていた。それでも母親は誕生日やクリスマス、卒業、入学のときに手紙とプレゼントを送ってきた。ところがある年の誕生日は母親から何も届かなかった。マキコはセルフ・ヘルプ・グループの合宿のとき私に、「どうしたんだらう」とぼつりと言う。聞いてみると、マキコの母親への気持ちは非常に複雑で、「会うつもりはないけど、何もないとやっぱ私のこと嫌いになったんだ」と

不安になるという。

子どもたちは高校生くらいまでは同居親への速達や同居親の考えや気持ちに強く影響され、別居親を批判したり無関心を装ったりする。しかし大学生以降になると、自分のルーツを知りたいとの思いから別居親に会ってみたくなくなる。子どもたちは、別居親に特別な要求があるわけではなく、「どんな人か知りたい」、「顔を見たい」という気持ちなのだが、それが別居親に伝わらず会えないと「どうして…」と悩み鬱つきは大きい。周囲からの適切なサポートがないと、「望まれなかった子ども」、「親から捨てられた子ども」という自己像を持った。

他方、子どもが会うことを拒否している場合でも、別居親は子どもに「あなたのことを気にかけている」というメッセージを送り続けることが、子どもが親からの愛情を感じ健全な自己像を形成するために重要である。

3 中断タイプ

離婚後しばらくは面会交流は行われていたが、ある時期から途絶えたタイプである。中断の理由は、別居親の再婚と子どもの事情がある。子どもは、中学生になると部活や習い事、友達との付き合いが忙しくなったり、あるいはきょうだい葛藤があり、仲の悪いきょうだいが別居親と親しくしている、それだけの理由で別居親と会うのをやめてしまうことがある。

●事例5 専門学校生のエリカ(仮名)は、小学校のときに親が離婚し、母親と妹と暮らしている。中学生までは妹と一緒に父親と会っていたが、妹と仲が悪くなつてからは、妹が会っている父親の声を聞くのにも嫌になり、父親と全く連絡をとっていない。母親は、もともと面会交流を快く思っていないので、エリカが

V 面会交流で親が心がけたいこと

父親に会おうとしないことを内心ほっとしている。

この事例では、「父親・妹」対「母親・エリカ」という構図が家族にできあがり、元夫婦の対立にきょうだいの不仲が加わり、家族が2つに分裂してしまっただけでなく、父親がエリカに交流を断られ続けても「大切に思っている」というメッセージを送り続けることが、親子関係ときょうだいの関係の修復のために必要である。

4 遅延開始タイプ

離婚後長い間、面会交流は実現しなかったが、ある時期から始まったタイプである。

● 事例6 23歳社会人のユウジ(仮名)は、中学3年のとき親が離婚し、母親と弟と暮らしている。ユウジは高校受験に失敗し、留年しての高校に入学した。ユウジは「オレが受験で大変なときに別れて、親のせいだと恨んだ」という。高校生活は最低だったというが、大学は第1志望に合格し、念願のひとり暮らしが始まった。サークル、友人、恋人関係がうまく進み始め余裕が出てくると、細々と養育費を払い続けてくれた父親に「会ってみてほしいかな、会いたくないといひ続けたのも大人気ないし…」といい、大学3年から帰省のときに会うようになった。

ユウジがひとり暮らしを始め、両親と自分の関係を冷静に考えられるようになったこと、生活が順調にいらっていることが振機となり、ユウジは自分に「会いたい」とラポールを送り続けた父親に会う決心をした。親は、子どもから交流を拒まれても、長期的視点にたつて子どもにメッセージを送り見守り続けることが重要なのである。

面会交流を奨励するための布石となる。

3 見守る

子どもが別居親と会うときは、うれしさと期待、緊張、同居親あるいは別居親へのうしろめたい気持ちなどさまざまな気持ちが交錯する。帰宅してから、不機嫌になったり、無口になったりするのには、一般的によく起きることである。詮索したり、質問攻めにしないでそつと見守る姿勢が大切である。

4 過剰に反応しない

子どもが一方の親の不満や悪口を他方の親に言うことがある。「お母さんはすぐに怒る」、お母さんは、自分が好きなご飯を作ってくれなさい、「お父さんと会っても、行きたくないところへ連れて行ってくれない」などである。このよきなとき、子どものいうことをそのまま受け止める。「自分が引き取って育てよう」、「あの子どもは会わせない」と思ったり、気持ちが高くなって相手に連絡をして怒りをぶつけるかもしれない。しかし、親が子どもの言葉に過剰に反応して、相手を非難したり、「会わせない」といふと、子どもは二度と親に対する素直な気持ちをえなくなってしまう。子どもに「お母さんに自分の気持ちを話してみたら?」、「お父さんに連れて行ってほしいところを言ってみたら?」と話しができるように励ますことが必要である。

VI 子どもから親と仲間への言葉

私は、子どもたちと同じ境遇にある仲間と離れる親へのアドバイスを尋ねた。内容は面会交

流に困ってだけではないが、子どもが親の離婚をどのように感じているのを知りたいので紹介する。

I 質問「親が離婚した子どもへのアドバイスはありますか」

- ・物事がうまくいかなかったとき、親の離婚のせいにして自分で自分の問題として考えてほしい。
- ・何でもかんでも親の離婚のせいにして投げやりになるのはやめて、やりたいことを見つけて自分の人生を歩んでほしい。
- ・相談できる人を見つけてほしい。
- ・親の離婚を経験している友達を見つけて話すといい。
- ・親を責めたり批判したり、自分を責めることをやめてほしい。
- ・両親が揃っている「普通の家族」にこだわらなくてほしい。
- ・親も苦しんでいるのを理解してあげてほしい。
- ・離婚はあなたのせいではない。
- ・離婚して家庭がきちんとした家庭になった。

この質問により、子どもたちは自分の生活や行動を振り返る機会を得た。今までの自分の行動に対して距離をおいて見つめ直し、後悔したり反省した。つまり、これらは子どもが親の離婚から学んだことである。

子どもたちは、親の離婚後、急な生活の変化に不安や孤独、怒りを感じ、親に心を閉ざしたり、反発したり、投げやりな生活態度になっていた。その経験があるからこそ、親のせいにして、自暴自棄な生活を送っても、そこから何も生まれないことを体験し、これらの言葉が語られていた。

両親の離婚・別居の際の面会交流の問題点と課題

特集 1

面会交流の実務の問題点と課題

子どもの最善の利益の観点から



大阪弁護士会会員
谷 英樹 Tomi Hidaki

されている」と感じた子どもは1人もいなかった。年少の子どもは、「自分のせいで親が離婚できないうちが、私があることで親が離婚できずに苦しんでいる」と感じ罪悪感を持っていた。そして、不幸な親にこれ以上心配をかけてはいけないと思い、自分が楽しむことよりも親が喜ぶことを優先させ、親の顔色がばかり気にするようになった。年上の子どもは、「離婚しないことを子どものせいにしてほしい」と思っていた。いずれにせよ親は、夫婦の問題があることを認めて解決しようと思わず、子どもを巻き込んで家族の形だけを維持しようとしており、これは子どもの人格形成に大きな傷を与える。

VII さいごに

離婚家庭の子どもは、社会的にも経済的にも不利な状況におかれ苦しい生活を余儀なくされているが、新しい生活に慣れようとして必死で頑張っている。子どもたちの声から、子どもは離婚後も続く親のいざかいに心を痛め、自分を「離婚家庭の子ども」と定義して周囲に引け目を感じていることが理解できる。ときに子どもは、行き場のない怒りをもてあまして自暴自棄な生活態度になり、自己嫌悪や無力感に陥ることがあった。

このような子どもをサポートして心の安らぎを与えられるのは両親である。親の対立関係が長引けば、子どもへの影響は深刻である。しかし、離婚後も両親が協力して子どもにかかわり面会交流を継続できれば、子どもは両親から愛されていることを確信し、離婚による影響を最小限に抑えることができる。鍵となるのは、親の子どもへの対応である。両親が子育ての協力体制を取れないときは、子どもの気持を聞いて、それを親に伝える第三者の存在が必要である。子どもの代理人制度が望まれる。

質問「離婚した、あるいは離婚を考えている親へのアドバイスはありますか」

- ・別居親と会うことを嫌がらないでほしい。
- ・相手の悪口や不満を言わないでほしい。
- ・子どもが父親と会ったあと、父親のことをあれこれ聞かないでほしい。

- ・「うちはお父さんがいないから…できないうちが」をいわないでほしい。
- ・親も趣味や友達を見つけて生活を楽しくしてほしい。
- ・「あなたのために離婚を我慢している」といわないでほしい。

実は、この質問で子どもたちは自分の親に直接言いたいことを語っている。子どもは、一緒に暮らす母親から「お父さんは、まだパパンコしているの?」と聞かれると、「うん」といえば父親に悪い、「してないよ」といえば嫌をつくことになるので答えに困るという。また、別居親の父親から「お母さんは、楽しそうか?」と聞かれると、父親が母親の生活はうまくいっていないことばかり話してしまおうという。子どもは母親に申し訳ない気持ちになるという。どちらの場合も子どもの心に大きな負担をかけていた。

また、親の「あなたのために離婚を我慢している」という言葉は、多くの子どもが言われていたが、子どもがもつとも聞きたくない言葉のひとつだった。これを聞いて、「私は親から愛

年、強い批判が加えられるようになった。それは、とりわけ、面会交流を容易に制限するという裁判所の判断のあり方と、面会交流を認める調停が成立したり審判が確定したりしても、監護義務が拒否すると、その実態が容易でないという法制度と実務の限界に対する批判を中心とする。最近では、別居や離婚により子どもと離れ、その後、子どもと会うことができなくなつた多くの親たちもこのような実務のあり方に対する批判の声を上げ始めている。

一方、目を海外に転じてみると、欧米諸国では親と子の面会交流を認めるのが原則であり、裁判所が面会交流を認めないのはきわめて例外的な場合に限られるというのが一般である。たとえばアメリカでは、訪問権の全面的否定が認められるのは子への著しい直接的悪影響があるという例外的場合に限られ、DVが理由で離婚した場合など父母の協力が期待できない場合でも、子どもに直接的な暴力がなければ、第三者の介入によって暴力被害者の親を徹底して守りつつ、子どもと他方の親との接触を可能にする方向にサポートしていくというのである。

はじめに
面会交流をめぐる実務の問題点—事例から
面会交流の根拠とその制限
「子どもの最善の利益」とは何か
原則とルール確立のために—むすびにかえて

はじめに

別居または離婚によって子どもと親の一方が別で暮らす場合に面会交流を求めることができ、それが否かについては、古くは学説・判例に争があったが、1964年の東京家庭裁判所の審判以来、これを認める裁判例が続き、今日で面会交流を求めることができるといふ実務が立っている。そして、面会交流の方法や頻度、どのような場合に面会交流を制限できるかについての判断基準も、各種の論者や裁判例の蓄積によってある程度形成されつつある。われわれ弁護士も、こうした判断基準を念頭に置きながら依頼者へのアドバイスや主張立証などの活動を行っているというのが実情であろう。しかし、このような実務に対しては、特に近

解明することは、わが国の実務の問題点を明らかにするうえで、避けて通れないものと思われる。

本稿は、このような視点から、わが国における面会交流をめぐる実務の現状と問題点を明らかにしようとするものである。

II 面会交流をめぐる実務の問題点 — 事例から

わが国における面会交流の実務を述べるにあたって、まず二つの事例を紹介したい。いずれも2008年11月に開かれた日弁連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」で当事者自身から報告を受けたものであるが、この二つの事例に現在の実務の問題点が凝縮されていると思われる。一つ目の事例は面会交流を認める調停・審判がありながら、監護親が協力せず、結局その後親子の交流が完全に断たれてしまったという事例であり、もう一つは監護親の協力によって面会交流が続けられている例である。

(事例1)

木下氏(仮名)は、1993年妻と別居し、3人の子ども(当時8歳、5歳および3歳)はいずれも妻が監護することとなった。

1994年、調停が成立し、離婚と、元妻

を3人の子どもの親権者に指定すること、月1回の面会交流を認めることが定められた。ところが、元妻は全く子どもと会わせようとしなかった。

その後、面会交流について4回の調停が行われた。このなかで、調査官による調査が行われたり、調停委員が子どもにテレビゲームを買わうと呼び出すことを試みたりしたが、元妻は面会交流を拒否し、子どもたちに会わせようとしなかった。4回にわたる履行勧告も行われた。

1998年、元妻は再婚し、子どもたちは再婚相手と養子縁組をした。

木下氏は、元妻を相手に面会交流に応じなかったことによる損害賠償の訴えを提起した。裁判所は、面会交流が実現するよう和解を試みたが、元妻は応じず、元妻に損害賠償金の支払いを命じる判決が言い渡され、確定した。

ところが、2000年、今度は元妻が家事調停を申し立て、その後の審判で家事裁判所は、子どもらは養子縁組して安定した生活を送っており、このような状況での面会交流は子の福祉を害するとの理由で面会交流を取り消し、子どもへの接近を禁止した。高裁も、子どもらが父親と会いたくないと述べているなどとして、原審判を維持した。

2003年、木下氏が再度面会交流を求める家事調停を申し立てたが、不成立に終わ

り、その後の審判では同じく子どもたちが会いたくないとの意向であるとして、申立てを却下された。抗告審も、養父と相手方との共同親権の下で監護、養育されているものであるから、面接交渉するとしても、この共同親権下における監護、養育の妨げとならず、かつ、その下における子の福祉を害さない程度にしか面接交渉権を行使することができないなどとして、抗告を棄却した。

2007年、木下氏は、面会交流および子どもたちの消息を知らせることを求める調停の申立てをしたが、審判に移り、家庭裁判所は子どもたちの意向を理由にいずれの申立ても却下した。

このような経過により、木下氏は、別居後現在に至るまで子どもたちとの面会を実現できないうままである。

(事例2)

柚木氏(仮名)は妻との間に男児がいたが、2006年、柚木氏が家を出る形で別居した。

柚木氏が離婚を求めて調停を申し立て、親権者の指定を主張したが、不成立となり、訴訟となった。この間、柚木氏は面会交流を求めたが、妻は拒み、裁判所も親権者が決まらなければ面会の話し合いも進められないとの考えを示し、面会交流は実現しなかった。

親権者を母親とするとの和解案について協議されるようになったところ、妻から面会交流の打診があり、面会が実現した。これをきっかけに、柚木氏は親権者を妻とする和解に応じる決心ができ、離婚の和解が成立した。和解条項には、月2回の面会交流を認める条項も盛り込まれた。

和解成立後は、和解条項で定められた面会交流に加えて、毎週土曜日に子どもが通うクラブでも、面会交流を行うようになった。

そのうち、子どもにも気がかりな仕草が現れたことに気づき、元妻にそのことを伝えたと、元妻は最初は反発するだけであつたが、しばらくして、元妻の方から「私が仕事でいない日曜日は、息子に会ってやって」と連絡してくるようになった。その後、現在まで面会交流は継続されている。

この二つの事例から明らかになるのは、面会交流の合意なり審判なりがあつたとしても、それが実現するか否かは監護親の対応に大きく依存しているということ、そして、いったん親同士や親子間の関係がこじれてしまうと裁判所は簡単に面会交流を制限し、それだけではなく、親子の交流の機会を奪うような命令を平気で発するという現実である。これは、結局のところ、ルールがルールとして通用していないということを示している。この二つの事例に現在の実務の問題点が凝縮されているといった根拠はここにある。

III 面会交流の根拠とその制限

それでは、家庭裁判所の実務では、どのような場合に面会交流が制限され、または禁止されているであろうか。まず、その前提として、面会交流が認められる実定法上の根拠を確認しておこう。

周知のとおり、面会交流に関してはわが国の民法典に明文の規定は存在しない。そこで、実

1) 東京家法1964年12月14日家判17巻4号55頁。
 2) すでに1990年には、橋本孝雄「離婚後の面接交渉と親の権利—比較法文化的考察—」判例タイムズNo.712(1990年)4頁以下、No.713(同)4頁以下によって本格的な批判がなされている。それが労働士を中心とする実務家にも共有されるなど、広がりを見せようになったのは最近である。
 3) インターネット上で検索してみると、面会交流の現状を批判し、面会交流の廃止を主張している団体として、親子の面会交流を実現する全国ネットワーク(<http://blog.goo.ne.jp/oyakonot>)、フォーサース・ウェブサイト(<http://www.fathersweb.site.com>)、親子ネットワーク関西(<http://oyakonot-kansai.seesaa.net/>)などをみつけることができる。
 4) アメリカの変遷については、柳川敏行「各国の法制度とそれを支える社会システム アメリカ1」日弁連法務研究資料団離婚後の子どもの親権及び監護に関する比較法的研究会編「子どもの福祉と共同親権」日本加除出版(2007年)62頁以下、柳川一代「各国の法制度とそれを支える社会システム アメリカ2」同書122頁以下、同「離婚と子ども 心理臨床家の視点から」創元社(2007年)56頁以下などが詳しい。

V 原則とルールの確立のために 一むすびにかえて

の二つの要因によって、子どもの片親に対するあからさまな拒絶反応が生ずるとされる。

しかし、この考え方は後に厳しく批判された。ケリー(Kelly,J.B.)とジョンストン(Johnston,J.R.)は、これに対する批判をもとに、子どもによる面会交流の拒否についても、正常かつ現実的な理由または養育上予期できる理由に基づき、場合と、不当な理由に基づき執拗に面会交流を拒否する二つの場合があるとして、後者を「疎外された子ども」(A.C: Alienated Child)と呼んで、この両者を区別することが重要であると主張した(2001年)。そして、「疎外された子ども」については、歪んだ認知ができ上がっていると考えられ、効果的に介入することが必要であるとされる¹⁹⁾。

ともあれ、監護親が面会交流を拒み、その結果として、あるいはそれは独自に子ども自身も面会交流を拒否するに至り、またはそれが予想される事案については、監護親や子どもが拒否する理由を分析し、対応策をとっていくことが重要である。これが子どもの最善の利益を現実する道筋であって、単に面会交流を制限することでは事足りず、このことは許されないといえるべきである。

そして、そのためには、子どもの「意思」が監護親を通じて明らかにされるだけでは不十分である。ドイツの手続補佐人(Verfahrenspfleger)²⁰⁾やオーストラリアの子どもの独立弁護士(Independent Children's Lawyer)²¹⁾と同様の、子どもに直接アクセスし、子どもの立場に立って、その意見や心理状態、監護親との関係などを独自に手続に反映させるための制度を設ける必要があると考える。

19) この要約は、藤澤一代・前掲注4(『離婚と子ども』)37頁以下を参照した。
20) 岩田一郎「ドイツにおける「子どもの代弁人」——手続補佐人の新たな規定」法律時報1005号(2009年)参照。
21) 小川富之「オーストラリアにおける子どもの手続上の代理人」法律時報1005号(2009年)参照。
22) その内容は藤澤一代・前掲注4(『離婚と子ども』)160頁以下参照。
23) 安部隆夫ほか「面会交渉等に関する父母教育プログラムの試み」家庭裁判月報55巻4号(2003年)111頁。

特集 2

ペット医療過誤を取り巻く法律問題

本年6月にペットフード安全法が施行されたが、ペットブームにあって、ペットを取り巻く法律関係も独自の専門分野として充実発展している。本特集では、気鋭の弁護士がペットを取り巻く法律問題を総論するとともに、不法行為を専門とする民法学者・弁護士が、概説として、日本における獣医療過誤訴訟と獣医師の民事責任を、同じく気鋭の弁護士が、獣医療過誤に伴う民事訴訟、刑事処分、行政処分にかかる実例をノウハウと共に紹介する。

総論：ペットを取り巻く法律問題



東京弁護士会会員

渋谷 寛
Shibusawa Hiroshi

- I はじめに
- II ペットに関してどのような法律問題が生じているのか
- III ペットは「物」と同じか
- IV ペットを取り巻く法令
- V おわりに

はじめに

ペットに対して我が子が同然の愛情を注ぎ飼育が増えている。従来、犬は泥棒よけの番犬、猫は食糧を食い散らかすねずみ退治として飼われることが多かった。ところが、ペットを室内で飼うことが多くなり、我が子と同様の家族の一員としてかわいがられるようになり、飼育されるペットブームが始まり、飼育されるペットの頭数も増加した。飼われている犬及び

び猫の頭数は、ついには子供の数を超えたようである。ペットにかかわる産業界も拡張し、その取引数も増加している。これらの現象に伴い、ペットを取り巻く法律問題の件数は増大し、また新しい類型の法律問題が生じている。そこで、ペットに関してどのような法律問題が生じているのか、ペットは「物」と同じか、ペットに関する法令にはどのようなものがあるのかについて概観してみる。

II ペットに関してどのような法律問題が生じているのか

実際の法律問題は数え切れないほどあると考えられるから、ここでは裁判例として表れた事例に絞って検討してみる。