

り、当事者同士で子の受け渡しができない場合には利用されている。しかし、短期間で当事者が自立し自分たちだけで実施できるようになるのは難しい。大阪家庭裁判所でも、月に1回程度が6割に上り、ある程度交流の実績があり、当事者で連絡を取り合えるケースは、双方の協議や話し合いで決められるので、細かくルール化する必要はない。これに対して、交流の実績に乏しく、些細なことで紛糾しそうなケースでは、具体的詳細に決めることが多い。また、大阪に限られないが、最近は渉外関係の子どもの事件が増えている⁴⁾。

3 面会交流をめぐる理論・実務上の問題点と課題

(1) 面会交流の意義・目的・基本的なスタンスの取り方

児童の権利に関する条約9条1項では、締約国は、児童がその父母の意思に反してその父母から分離されないことを確保するとし、同条3項で、締約国は、児童の最善の利益に反する場合を除くほか、父母の一方又は双方から分離されている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と定めている。本条からも明らかなように、面会交流は、子どもが両親との交流や接触・絆を維持し守るために不可欠の児童自身の権利であって、父母の対立や葛藤が激しいからという理由だけで制限することは許されない⁵⁾。平成23年の民法の一部改正で、家裁実務は、子の虐待、子の連れ去り、DV、暴力、ストーカーなど面会交流を禁止したり制限すべき事情がないかぎり、葛藤や拒否など感情的な対立に伴う消極的な姿勢があっても、面会交流の阻害要因や問題点を克服してできるかぎり非監護親と子の面会交流を図ろうとする傾向が見られる⁶⁾。これについては、子どもの権利条約の基本理念の再確認やその適合性など

4) 面会交流調査報告書102～109頁参照。

5) 石川稔・森田明編『児童の権利条約』222頁(山口亮子)(一粒社、1995年)、喜多明人・森田明美・広沢明・荒牧重人『逐条解説子どもの権利条約』95頁(許斐有)(日本評論社、2009年)参照。

6) 細矢郁・進藤千絵・野田裕子・宮崎裕子「面会交流が争点となる調停事件の実務及び審理の在り方」家月64巻7号1頁以下(2012年)、関根澄子「家庭裁判所における面会交流と養育費をめぐる事件の実務」『面会交流と養育費の実務と展望』36～47頁(日本加除出版、2013年/本書初版)等参照。

から、現行法制度のもとでの実務努力として支持する立場もある⁷⁾。

しかしながら、これを面会交流原則的実施論として、これによって子どもの精神的安定が害され、DVや暴力の被害を受けている同居親や子どもたちが面会交流や非同居親との関わりを強制され、その結果、子どもの虐待に近いダメージを受けていると批判する見解もある⁸⁾。もちろん、実務はケースバイケースで考えるべきであり、事案によっては、面会交流をさせることが困難であって、適切でないケースもありうる。しかし、児童の権利条約の9条にもあるように、親子の絆を確かめ継続的な接触や交流を維持する権利は、子ども自身の権利である。子どもの権利が保障されず、大人の激しい争いの中で傷つき、ないがしろにされ、対立の狭間で忠誠葛藤を起こしている様子は悲しいものがある。このような子どもの利益や権利を守るために、裁判所だけでなく、行政も民間機関も、弁護士なども総合的な支援をすべきであろう⁹⁾。

(2) 面会交流の権利性

面会交流は、ようやく日本でも民法766条で明文の規定がおかれ、子の利益を最優先に考慮しなければならないことが明らかにされた。学説では、面会交流を法的権利と構成すべきではないとの有力な考え方がある。この説では、面会交流は、親子の交流ができる限り任意かつ円満に形成され実現されるべきもので、法的強制力により合意によらないで決定され執行されても、子の利益に反して、かえって有害だと説く¹⁰⁾。

7) 若林昌子「面会交流事件裁判例の動向と課題」論叢35巻2・3号406頁(2012年)。なお、村上正子・安西明子・上原裕之・内田義厚『手続からみた子の引渡し・面会交流』101～106頁(弘文堂、2015年)(上原裕之)は、留保付で賛成する。

8) 梶村太市「子ども中心の面会交流論(面会交流原則的実施論批判)一面会交流の実体上・手続上の諸問題」判時2260号4～10頁(2015年)、長谷川京子「子どもの監護と離別後別居親の関わり」判時2260号11～18頁(2015年)、梶村太市『裁判例から見た面会交流調停・審判の実務』7頁以下(日本加除出版、2013年)、梶村太市・長谷川京子編著『子ども中心の面会交流』1頁以下(日本加除出版、2015年)。

9) 棚村政行「面会交流の実情と課題」ケ研316号86～134頁(2013年)参照。

10) 梶村太市「子のための面接交渉再々論」『小野幸二先生古希記念論集21世紀の家族と法』207頁以下(法学書院、2007年)、同「新時代の家庭裁判所家族法(23)」戸籍872号1頁以下(2012年)、同「民法766条改正の今日的意義と面会交流原則的実施論の問題点」戸時692号18頁以下(2013年)、同「親子の面会交流原則的実施論の課題と展望」判時2177号3頁(2013年)以下参照。

しかし、面会交流には民法766条で明文の根拠規定が与えられ、面会交流の侵害や妨害に法的保護がなされている以上、法的保護に値する利益であることは明らかである。面会交流が子の幸せのための親責任・親の義務という面からは、面会交流が親の権利であり、子の権利でもあるとして、権利構成をすることのほうが、デメリットより、メリットのほうが大きいように思われる。大切なのは、実体的ルールとして民法に規定され、手続的にも調停・審判が認められている以上、法的利益の侵害に対してどのような法的救済手段が認められるかどうかであろう。反対説では、協議で定められた面会交流を守らなくても法的問題にはならないとするが、調停や審判で決まったことを守らないと、間接強制で強制しようと説く。しかしながら、双方の協議で定められた面会交流を正当な理由なく守らない場合も、損害賠償、調停・審判の申立て等はできるであろうし、調停・審判で具体的な方法・回数・場所が定められ、これが履行されない場合には、間接強制も可能とするなら、権利構成を採らなくても、法による強制実現機能は一定程度付与されたことになる¹¹⁾

論点としては、親の権利か子どもの権利か、面会交流を求められる人的範囲はどこまでか、祖父母や兄弟姉妹等の父母以外の第三者は子に対する面会交流をする権利が認められるのか、それとも子の利益となる限りで認められる弱い権利や法的利益というべきか、面会交流原則的实施論にかりに問題があるとしても、面会交流は望ましいとして、当事者の協議・調停において、説得や提案としてできる限り推奨することはかまわないのか、等がある。いずれにしても、面会交流は、権利と構成しても、相対性、流動性、可変性、相互性、双方向性が強く、他律的解決や強制的実現よりも、合意による自律的解決、教育的働き掛けやカウンセリングなどが重要であることは言うまでもない。

(3) 面会交流と親権・監護権との関係（共同親権の導入との関係）

面会交流と親権・監護権との関係について、かつては、面会交流は親

11) 富永忠祐編『改訂版 子の監護をめぐる法律実務』240頁以下（新日本法規、2014年）参照。

権・監護権の一部かどうかという議論もなされてきた。親の自然権だとか、監護に関連する権利だとか、子どもの権利だという立場もある。親権概念をどのように捉えるかとも関係するが、非親権者・非監護親・別居親でも、親としての子に対する基本的な権利は有していると考えられる。たとえば、親は、子の学校での生活・生活の様子・成績・健康状態・医療などの重要な情報へのアクセス権はもつ¹²⁾。そして、子と交流をしたり、子と一緒に時間を過ごしたり、手紙・電話・メールなどで連絡を取ったり、直接間接の交流を図る権利もある。権利と義務は表裏一体となっており、子の利益のために権利行使する義務があり、明らかに本来の目的を逸脱した権利行使はできないし、不適切な使い方も権利を制限されたり停止されたりする。共同親権・共同監護も、さまざまな子の問題に関する重要事項の決定権やコミュニケーションを共同にすることで、子の利益が実現される場合に認められるもので、争いが起こり合意が困難なときに誰がどのように決めるかを事前に決めておけばよいであろう¹³⁾。児童の権利条約9条にいう親子不分離原則、定期的な交流確保原則に立てば、子は父母と交流し、父母も平等に子との関わりをもつ権利があると言わざるを得ない。もっとも、DVや暴力、子どもの強い拒絶など子の利益に反するときは、面会交流や共同親権・監護は適切でなかったり、好ましくない場合もある。

ところで、面会交流の確保のための親権と監護権の分属は可能であろうか。たとえば、父母の間で、長男が生まれてから双方で子育てをし、子との実質的なかわりを持ってきたところ、離婚後親権者となった母親が調停で定められた面会交流を子自身が拒絶しているとの理由で応じず、試行的面会交流の際も、母親のいないところでの父子の交流は順調であったにもかかわらず、母親が「ママは、見ていたわ」と子どもに言った途端、長男が調査官に暴力をふるうなどした場合に、母親のマイナスの評価と子の引き込みを認定し、親権者を父親、監護者を母とする親権と監護権の分属

12) 棚村政行「日本法の問題整理」家族（社会と法）24号91頁（2008年）参照。

13) 離婚後の共同親権・共同監護については、水野紀子「親権法」中田裕編『家族法改正』119頁以下（有斐閣、2010年）、山口亮子「共同親権・面会交流」戸時673号21頁以下（2011年）、田中通裕「親権法の立法課題—離婚後の共同親権を中心として」法時83巻12号24頁以下（2011年）等参照。

を認めた事例もある¹⁴⁾

学説では、面会交流の確保と親権者変更との関係について、監護権は母親にあるため、面会交流への協力・介入・促進とはならない¹⁵⁾とか、事態を改善させるどころか、面会交流の円滑な実施が困難で、かえって紛争を激化させないか疑問とする立場がある¹⁶⁾。これに対して、海外の共同養育を原則とする国々は、面会交流や共同養育への協力や相手方の親としての立場の尊重等を子の利益の一要素として考慮しており、日本においても、実力で子の連れ去り、面会交流の許容性、相手方の親としての立場の尊重など親権者・監護者としての適格性・相当性を判断する一要素とし、必要があれば親権者を変更して、監護者としては一方を指定し、それでも交流や教育を妨害するような場合、最後の手段として、親権を停止したり、変更したりすることは認められてよいとする立場もある¹⁷⁾。

(4) 面会交流と養育費との関係

面会交流と養育費とは、法的には別の独立した権利と構成されている。しかし、両者は実質的には相互に密接に関連しており、欧米諸国でも、面会交流と養育費は、離婚後の父母の共同養育責任とも関わる重要な義務であって、面会交流は子を精神的に支え、養育費は経済的に支える義務で、両方があいまって親としての子の幸せを実現する重い義務と構成される。実際に、面会交流を実施しているケースでは、養育費も支払われていることが多く、養育費が支払われない場合には、面会交流も行われていないことが少なくない。両者は、同時履行の関係に立つものではないが、両者は車の両輪のような関係といってよい¹⁸⁾。

14) 福岡家審平成26・12・4判時2260号92頁。

15) 梶村太市・判比・私法判例リマックス54号(2014・下)65頁。

16) 田中通裕・新・判例解説Watch(法セミ)17号116頁(2015年)。

17) 山口亮子・民事判例12号110頁(2015年)、富永編・前掲注11)書245頁。

18) 面会交流調査報告書65頁参照。

(5) 面会交流の判断基準・許否基準(拒否・制限される事由)——とくにDV・ストーカー・暴力、子の連れ去り(フレンドリー・ペアレント)、片親疎外、再婚や養子縁組との関係

面会交流は、親子の交流を図ることが子の利益や幸せにつながるという前提で認められている。したがって、DVや暴力があっても、子が身体的精神的に危険な状態におかれたり、子の福祉に明らかに反する場合には認められないことがある¹⁹⁾。

とくに、DV・ストーカーについては、2017年1月に、長崎市でストーカー被害を訴えていた元妻(28歳)が息子(2歳)に合わせるために元夫(30歳)の自宅近くに行ったところ止めていた車の中で刺殺された事件があり、また、同年4月には伊丹市で、モノに当たったりモラハラの被害を受けていた母親から面会交流で預かっていた長女(4歳)を、うつ状態の父親(40歳)がマンションの一室で無理心中を図るという痛ましい事件が起こった。面会交流は、監護親や子どもの安心・安全が第一にされなければならない、精神的な暴力やストーカー型DVについては、とくに慎重な対応と関係機関の連携が求められる。

また、子の違法な連れ去りも、実力行使であって、安定し継続した養育環境を壊す行為として、その危険性が明らかなきは、面会交流も制限されてもやむを得ない。片親疎外(PAS)の主張がなされることも多くなった。これは一方の親が他方と子を引き離した結果、子が親との接触を拒絶したり、喪失感にさいなまれるという問題と言われるが、父母の葛藤や同居親への気遣い、子の事情等が複合的に問題を引き起こしているとみられることが少なくない²⁰⁾。さらに一歩進んで、一方が他方の親の悪口を言い、子どもの親としての相手方の立場を尊重しないことをどのように評価すべきであろうか。最近では、欧米諸国での共同親権・共同監護、友好的な親(フレンドリー・ペアレント)ルールなどを面会交流に際しても考慮する考え方や審判例が現れている。

たとえば、千葉家裁松戸支部は、離婚の際の親権者指定に関して、子を

19) 細谷都ほか・前掲注6)論文79頁参照。

20) 細谷都ほか・前掲注6)論文51頁参照。

ているにもかかわらず、2014年算定表だけ19歳を上限とすることは2012年調査結果を歪曲しかねないこと、実際に19歳を超える子の養育費が問題となっていることなどを考慮したためであるとされる。¹⁰⁾

5 若干のまとめ

韓国の動きから看取できるのは、養育費の問題ひいては協議離婚の過程に国が積極的に介入しようとする点、および養育費の確保のための国の支援策を定めた養育費履行法が整備されている点といえる。各国の背景事情はそれぞれ異なるものであることを考えれば、容易く比較することはできないが、離婚後の子の養育に関する事項も含め、すべてを当事者の協議に任せている日本の協議離婚制度についても、再検討の時期にきているといえるのではなかろうか。

(金亮完・山梨学院大学大学院法務研究科教授)

〔第2版〕面会交流と養育費の実務と展望 子どもの幸せのために

定価：本体3,200円(税別)

平成25年5月29日 初版発行
平成29年9月1日 第2版発行

編著者 棚 村 政 行

発行者 尾 中 哲 夫

発行所 日本加除出版株式会社

本 社 郵便番号 171-8516
東京都豊島区南長崎3丁目16番6号
TEL (03)3953-5757(代表)
(03)3952-5759(編集)
FAX (03)3953-5772
URL <http://www.kajo.co.jp/>

営業部 郵便番号 171-8516
東京都豊島区南長崎3丁目16番6号
TEL (03)3953-5642
FAX (03)3953-2061

組版・印刷 (株) 郁 文 / 製本 (株) 川島製本所

落丁本・乱丁本は本社でお取替えいたします。

© 2017

Printed in Japan

ISBN978-4-8178-4418-7 C2032 ¥3200E

JCOPY (出版者著作権管理機構 委託出版物)

本書を無断で複写複製(電子化を含む)することは、著作権法上の例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に出版者著作権管理機構(JCOPY)の許諾を得てください。

また本書を代行業者等の第三者に依頼してスキャンやデジタル化することは、たとえ個人や家庭内での利用であっても一切認められておりません。

JCOPY) HP: <http://www.jcopy.or.jp/>, e-mail: info@jcopy.or.jp
電話: 03-3513-6969, FAX: 03-3513-6979

10) ソウル家庭法院・前掲注6)20-21頁。