

本稿は1988年頃にある総合誌に投稿したもののボツになった原稿を基本にしています。引用した事実や参考文献等は、全て書いた時点以前のものです。(ゴーヤチャンプル)

---

## 親子の生き別れを生み続ける単独親権制

ゴーヤチャンプル

### 1. はじめに

私は四年程前に娘のことで朝日新聞の声欄に投稿し、掲載された。とりあえず事情の概略を知っていただくため、それをここに再掲する<sup>(1)</sup>。

「離婚後も子と会える制度に」

私は最近、離婚した。結婚して一年半程は間欠的に同居したが、その後は別居状態だった。別居と同時に、妻が娘を実家へ連れて行き、それ以来、私に会わせない。満一歳にもならない時に別れた娘は、もうすぐ六歳になる。

この間、いろいろな人を通じ、娘に会えるよう努力したが、妻は全く無視した。

やむを得ず審判を申し立て、娘に会わせるようにとの決定が確定したが、それをも無視している。

両親が別居しているのなら、子供はどちらかの親(大抵は母親)と一緒に暮らし、もう一方の親とは会わない方が子供のためによいという考えがある。しかし、このような考えは何の根拠もない間違った思い込みだと思う。

子供は両親の間に生まれた。従って、両方の親から扶養され、愛情を受ける当然の権利を持っている。親の都合や離婚で、それが妨げられてよい道理は何もないはずである。

子供が親の意思に関係なく、両親と自由に会えるような法的システムの確立を強く望むものである。離婚が増加している。私と同じような例が多くあるものと考え、あえて私事を書かせてもらった。

表題は、私が最初に投稿した時のものとは違っていた。担当者の判断でそうなったのだと思うが私の意図とは少し異なっている。そのことについては後にのべる。

投稿掲載後、電話番号は記されていなかったにもかかわらず、いく人かの方々から電話を頂いた。中にはかなり遠方の方から頂いたり、また、電話ではなく会って直接話をしたいという人もあって、その人とは休日に会って話したりしたこともあった。いずれも離婚後、子どもと一緒にいる方の親が子供を会わせないという点で共通しており、そのような

問題で悩んでおられる方が少なからずおられることを実感した。そして切実に解決策を相談されたが、私も同じ問題を抱えた同じ立場の人間であり、何もお答えできないまま、そして事態は何もかわらないままに、ずるずると日がたった。私にとってはただ一人の子どもであり娘であるが、生後のごく僅かの期間一緒に過ごした以外は今にいたるまで離別状態がつづいている。

この四月で私の娘も小学校の四年生になった。この機会に、私や娘を含めた多くの人々の問題の解決のきっかけになればと、もう一度ペンを執った。

(投書の表題について)

娘が生まれて以来、私が実際に娘と一緒に生活した期間はほとんどなかった。娘の母親(以後、便宜上 A 子とする)の母親(つまり娘の祖母)が連れて行ったまま離さなかったからである。離婚が成立したのは娘が五歳の時であるが、離婚もしていないのに完全に娘との離別を強いられた期間だけでも約四年もあった。朝日新聞へ投稿したのは離婚後、間もなくであったが、問題はそれ以前から生じていた。したがって離婚もしていなくてもそのような事態が実際に起こり得るので、「子どもの人権について」と題して投稿した。そのように題した、もっと重要な理由は、(離婚した親をもつ)子どもの置かれている状況に大きな問題があり、そのことについて述べようとしたものであって、たんなる親の願望ではないからである。とはいっても、「子どもの人権」ではあまりに漠然としていると担当者が考えて前述のように変えたのであろう。

なお離婚の裁判は、たとえば、高裁で、三人の裁判官の内のひとりが、双方ともが認めていてなんら問題がないことを取り上げて頓珍漢な質問をした(つまり家裁での記録をほとんど読んでいない)のを別の裁判官があわてて横から説明するという、信じられない程いいかげんな裁判であったが、このことについては本稿の問題と直接の関係がないので省く。

(面接交渉のこと)

娘との面接交渉の申し立ては二回行なっている。それを説明するが、なるべく最小限の事実のみを述べるようにする。分かりにくい点があるかもしれないが、本稿で取り上げるような問題が生ずるに至った過程は各ケースでいろいろであると考えられ、個人の特別な事情をとりあげても意味がないと思うからである。

娘が生まれて以来、継続的に一月以上一緒に住んだことはなかったが、それはしばしば A 子が実家へ娘を連れて帰ったからである。A 子の母親がなにかと口実をつけてそうさせたが(A 子の母親は A 子に対しては、いわば、絶対権力者であるが、そのようなことの説明は省く)、娘が生まれる前に住居を A 子の実家のすぐ近くのアパートに移していたからそれは簡単であった。しかしその頻度は常識の範囲を越えたものであり、ついには、異様な執念で娘を離さなくなった。私に会わせないために娘を家に閉じ込めたままの状態が続き、もちろん近所の子どもと遊ばせることもほとんどなかった。そのような状態が 2 年以上

続き、止むを得ず娘に会わせるようにとの最初の申し立てを家庭裁判所に行なった。

このときは調停が成立した。もめて長引くより、まず娘の無事を確かめることが先決であったから他のことには目をつぶり、とにかく調停を成立させた。すでに娘は三歳になっていた。

その骨子は「毎月一回、一時間、××家庭裁判所において相手方（A子）と調査官立会いのもとに娘と私を面接させる」、というものであった。私が親権者である自分の娘にこのようなかたちで面接するという異常としか言いようのない事態であった。

面接は数回続き、娘の無事を確かめるという当初の目的は達せられたが、しかし面接そのものはA子の頑なな態度によって、調停どおりには行われなかった。調停条項の一つに「相手方（A子）は申立人（私）に対し、申立人がB子（娘）に肉体的に接触したり話しかけたり、あるいは贈り物をするを妨害しない。」とあったが、たとえば、私が娘の写真を撮ろうとするとA子は娘を抱えて、写させないようにしたり、殊更に仏頂面をして娘に無言の威圧感を与えたりした。母親のこのような態度を見て幼い娘が自由に振る舞えるわけがない。この面接は突然A子が出てこなくなって途切れた。

新たに面接交渉を求める申し立てを行って審判になったが、結局、高裁で確定した。その主文は次のようであった。

相手方は、申立人の申出があるときは、1か月に3回、午後1時より午後5時まで、事件本人を申立人に引渡し、申立人と事件本人を面接交渉させなければならない。（下線は筆者）

先の調停と大きく違うのは、面接ではなく、娘を私に引き渡すように命じている点である。しかしこの審判の決定は強制力を持たないため、一度も実行されないままA子の無視によって反故にされている。その後、離婚し、今日に至っている。

## 2. 日本の現状

投書がきっかけで、私と同じような問題で悩み苦しんでいる人々が多くおられることを実感したのであるが、現実はその私の実感よりもはるかに深刻で悲惨である。

- ・「母親に会いたがるので殺害」息子殺しの父自供<sup>(2)</sup>
- ・離婚…渡されぬ娘連れ去る 養育争い<sup>(3)</sup>
- ・子争いで口論 刺されて死亡 離婚した妻<sup>(4)</sup>
- ・「2人の子を夫連れ去る」離婚を協議中の妻自殺<sup>(5)</sup>

生易しい問題ではない。これらはいずれもここ数年内の新聞記事の見出しから拾い出したものである。事件として記事になるのはよくよくのことであろうから、これらはまさに氷山の一角であろう。そのことは第1図からも分かる。親権者の指定や変更および子の監護に関する紛争が急増している。

このような問題は日本だけではなく、たとえば離婚先進国といわれるアメリカでも離婚した親をもつ子どもの置かれている状態は深刻な問題になっている<sup>(6)-(11)</sup>。しかし他の国では、不幸にして親が離婚したとしても、そのために子どもが受ける被害をできる限り少なくするため、十分ではないにしても法律上の規定を設けて配慮している。たとえば親と子との面接についても多くの国では法律上の規定がおかれている。それに対して日本の民法には全く規定がないのである<sup>(12)-(14)</sup>。それどころか親権者であっても私のように面接することすら保障されていない(強制力を伴った法律上の規定がない)のが現状である。離婚に際して子の親権者を定める場合でも旧民法下では原則として父親が親権者になったが、現行民法下ではそのようなことはなくなった代わりに、あらたな激しい紛争のもとになっている<sup>(15)(16)</sup>。

裁判所が判断を下す根拠の一つに「現に子を有している」方の親を親権者とする、というのがあり、つまりどんな手段で子どもを引き取ったとしても、裁判所が判断を下すその時点で子どもをもっている方が親権者になる、というのである。また、たとえ子どもをどちらかの親へ引き渡すように判決がなされたとしても、あくまで親が拒否した場合は直接的な強制ができないので容易に問題はかたずかない<sup>(17)</sup>。以前に法廷内で子の奪い合いが演じられるという世間の耳目を集めた事件があったが<sup>(18)(19)</sup>、むしろ起きても不思議ではない事件である。

子の奪い合いが嵩じると、他の目的で作られた法律でさえ当事者にとって都合よく解釈され利用される。たとえば人身保護法という法律がある。憲法 34 条(拘留・拘禁の要件、不法拘禁に対する保障)の趣旨を具体化した<sup>(20)</sup>とされるこの法律は、もともとは、「職権濫用的国権行為によって不当に制限あるいは剥奪された基本的人権である個人の自由を速やかに回復し、ふつうの救済では非実効的なところを補う」(下線筆者)ことを主な目的にして制定されたもの<sup>(21)</sup>である。しかし、この法律は強制力をもち、しかも短期間におこなわれるため拡大解釈され、現実には多くの子どもの引き渡し事件に利用されてきている<sup>(15)(22)-(25)</sup>。

ある女性弁護士はその著書の中で人身保護請求をした経験について述べている<sup>(25)</sup>。すこし長くなるがその箇所を引用させていただく。

実は私も一度、人身保護請求をしました。

その事件はすでに離婚判決がおりていて、小学校三年の長女、幼稚園の次女、まだ幼児の三女とも母親の方に渡すべきことが決まっていながら、長女だけを父親がどうしても離婚そうとせず、おまけに学校を休ませては釣りやドライブに連れ出し、あげくの果ては父親が愛人とデートする間、モーターの前に車をとめてその中に子どもを待たせておくということまでやっていたのです。そのために子どもは学業がおくれ、学校での友達もなく、学校嫌いの徴候をあらわしはじめた様子なので、背に腹はかえられず人身保護手続きに訴え

たのです。

そしてこの弁護士は「人の子の親としては忍び難い思いをしながら」その少女を法廷に呼び出し尋問をしている。そのときの少女とのやりとりも調書から引用されている。再びその一部を引用させていただく。

…（略）…

A あなたも、四月からお母さんのうちへ行くよって、約束をしたでしょう？

B しなかった。

A アキコちゃん、ユキコちゃんと一緒にくらしてみたいと思わない？

B うん。

A どうして？

B つまんない。

A 楽しいことがないと思うの？

B うん。

A お父さんと一緒の方がいいのですか？

B うん。

A どういうところが？

B ……。

A なにか買ってくれるの？

B うん。

A 洋服とかクレヨンとか買ってくれるの？

B うん。

…（略）…

このようなやりとりがあったにもかかわらず、判決は、父から母に子を引き渡せというものであった。さらに引用を続ける。

…九歳の少女のばくぜんとした「お父さんと一緒に暮らしたい」「お母さんや妹たちのところに行っても楽しくないと思う」という意思是、彼女の自由意思とは認められなかったわけです。

判決言い渡しの日、父と母が法廷の両側でにらみあっている真中におかれた彼女は、小さな体が風に吹かれる苗木のように頼りなく、今にも泣き出しそうにみえました。

言い渡しが終わったとたん、子どもを奪われまいとする父親が、いち早く彼女を連れ去ろうとかけよってきます。それよりも早く、私は彼女に抱きつきました。そのまま二二キロの体を両手で抱え込んで法廷をとび出したのです。

... (以下略) ...

悩みながらも人身保護法を持ち出し、最後は少女を抱えて法廷をとび出した様子が描写されている。子どもを母親の手に渡すことができよかった、という著者の気持ちが伝わってくるようである。

この本のカバーには「初めて子どもの立場から法律を見直した本」とある。しかしながら、ここに述べられている事実について別の観点から考えてみると、本当に子どもの立場にたった処置であったか、という点に疑問を持たざるをえない。

たしかに、弁護士は依頼人の希望が実現するように弁護活動をするのが仕事であろうから、長女が母親の方にゆくようになって、この弁護士はその「職責」を十分に果たした訳であり、多分、依頼人である母親もまた、十分な満足を得たことであろう。

父親の立場からすればどうであったか。「(三人の娘とも)母親のほうに渡すべきことが決まっていながら、長女だけを父親がどうしても離そうとせず...」とある。法廷でどんなやりとりがあったのか知らないが、事実上、父親は三人の娘に会えなくなる裁定が下されたのである。子どもに対する愛情をもっている普通の親なら「どうしても離そうとしない」のはごく自然のことであろう。もし母親が、いや、この女性弁護士自身がこの父親の立場であったとして、「さあ今日からあなたは、あなたの子どもさんに会ってはいけませんよ。それが法律の決まりですからネ」などと言われて、「はい、分かりました」と素直に承知するであろうか。「学校を休ませては釣りやドライブに連れ出した」ことを責める前に、父親をそのような行動に追い込んだ法の裁定こそが問題にされるべきではなからうか。

子どもの立場からはどうであったろうか。長女だけではなく次女も三女も含めてのことである。実はこのことが一番問題である。上に親の立場からの考えを述べたが、しかし子どもにとっては、どちらの親の言い分が正しいとか、正しくないとかは関係がないのである。にもかかわらず法廷では「離さぬ」から「渡せ」という、いわば親どうしの財産争いのようなレベルで争われ、片方の親へ「渡す」裁定が下される。悲しくも法廷に引っ張り出された子どもが自分の素朴な気持ちを話したとしても無関係に、である。子どもからすれば、自分達には何の責任もないのに、事実上、片方の親に会えなくなるのである。このことの認識がここでは致命的に欠けている。

たとえば子どもの誘拐事件が起こると極限に近いほど大々的で、センセーショナルな報道がなされる。子どもの命が脅かされることが第一の理由であろうが、抵抗ができないのをよいことに、無理矢理子どもを親から引き離すという卑劣な行為に対する怒りも同じ位大きな理由であろう。しかしそのかげで特に子どもにとっては、事実上、それと同じ残忍なことが法廷で陰陰と行われている。私には長女を離さぬ父親の気持ちがよく分かるが、それ以上に、大人達によって父親に会えぬ決定がなされた、物言わぬ、言っても聞いてもらえぬ子ども達があわれに思えてならない。この肌寒い現実がどうしても問題にならないの

であろうか。

誤解のないように付け加えたいが私は上記の弁護士を非難しているのではない。この弁護士は、こうした争いをすること自体が子どもを傷つけ、しかもその傷つける張本人が実の親であるということも別の箇所述べている<sup>(27)</sup>。そのことが分かっているながら、時には人身保護法までが持ち出されて子どもの奪い合いが演じられている、それが現状である、ということ述べたにすぎない。

どんなに真剣に親どうしが子どもを奪い合ったとしても、そのような争いそのものが子どもにとっては何の益もないどころか有害であることは明らかであり、しかもその結果、子どもは片方の親を奪われる。そのような争いをすることが最善の解決策であるとは到底思えない。そもそもこのような争いそのものが生じないように制度を改めることこそが根本的な解決策であろう。

### 3. 法制上の問題点

解決策の前に、現行法制上どのような点に問題があるのかを看一看することにする。ここでは本稿の問題に直接関係すると考えられる親権と面接交渉権を取り上げ、2、3の問題点について述べる。とはいっても、学者や法律家の間ではすでに以前からそれらについて疑問のあることが指摘されてきており、以下に述べることもそのような疑問の一部であって、それに私なりの考えを加えたものである。

(親権)

民法の第八一九条では父母が離婚した時にはその一方を親権者とするように定めている。言い換えると他方の親は親権者ではなくなる。その理由として、「婚姻関係にない場合に父母の一方のみが親権者と定められるのは、ただ、父母が生活を共同にしていないのに親権を共同して行使させることは不当ないし困難だ、というだけのことだからである」とされている<sup>(28)</sup>。

「婚姻関係にない父母が共同で親権を行使することは不当ないし困難である」というのは本当であろうか。ここでいう親権がとくに監護を意味しているものとする、たとえばアメリカでは実際に共同親権が行われている。あるいは父母ともが同時に親権者にならなくても、ある一定期間ごとに交互に親権者になるということも行われている(後述)。工夫すれば共同親権を実行することは可能なように思われるのである。とすると共同親権は困難であるから単独親権にする、というこの法律の根拠が意味をなさなくなる。

国連の児童権利宣言の第六条には、「児童は、その人格の完全、かつ、調和した発展のため、愛情と理解とを必要とする。児童はできるかぎり、その両親の愛護と責任の下で、又、いかなる場合においても、愛情と道徳的及び物質的保障とのある環境の下でそだてられなければならない。(以下略)」と謳われている。児童権利宣言を持ち出すまでもなく、子どもが両方の親から監護を受けることはいわば当たり前のことであろう。ところがこの当たり前のことが、現実には、両親が離婚していない子供にしか認められていないのであ

る。

たとえ両親が離婚したからといっても子どもにとって親であることに変わりはない。離婚したからといって、そのことが、両方の親からできる限りの愛情を受ける自然な権利が消滅する理由にはなり得ないであろう。現在のように、そのような子どもが片方の親から事実上完全に接触を断たれている（これが不当でなくてなんであろう）ということがなくなることは、子どもにとっては、たとえ少しくらい不便な点があったとしても十分に妥当であると思われるのである。

現行民法を旧法と比べると、親権の内容には注目すべき重要な点が二つあるとされている<sup>(29)</sup>。その要旨は次のようである。

第一は、親権は権利といわれるけれども、実は親の「職分」である。以前には、親は子に対する生殺与奪の権をもっていると考えられた。現在でも、親が子を自分の利益のために利用することは、親の権利だと考えているものも少なくない。しかし、それは単に道徳的に許されないだけでなく、法律的にも許されないことである。

第二に、旧法では、親権を行使するものは父だけであったが、改正法が親権は父母共同してこれを行うものと定めたことは、最も重要な点である。

しかし現実はどうであろうか。しばしば親権が親の権利のように考えられ、しかも離婚した場合には単独親権にするようにわざわざ規定が置かれ、結果において子どもが一方の親から監護されたり、愛情を受けたりすることをできなくしている。何たる矛盾ではないか。

単独親権が行われている実状についても疑問がある。裁判所の下す判断は最近ではほとんどが母親を親権者とするものである（第2図）。たとえば昭和五八年では「全児の親権者は夫」が二二・一％、「全児の親権者は妻」が七一・八％、「その他（子どもが複数の場合に夫と妻が親権を分け合う）」が六・一％になっている。これは離別による母子世帯が四二年の一二万二〇〇〇世帯（全母子世帯数の二三・七％）から、五八年の四五万九〇〇〇世帯（同六三・九％）へと急増していることと軌を一にしている<sup>(30)</sup>。個々の場合を検討した結果、たまたまそうなたただけである、というには偏り過ぎている。これでは明らかに性差別があると言わざるを得ない。条文には「父母の一方を親権者とする」とはなっているが、「母親を親権者にする」とはなっていないのである。

男は外で仕事をし、女は家で家事や育児をするものだ、という考えが裁判官にあるからであろうか。もしそうだとすれば、その考えは、多くの女性が男性と同じように働くようになった現在の状況から著しくズレている、といわざるを得ない。

もうひとつその理由を推察すると、母親のほうが父親よりも育児に適しているという思い込みが裁判官にあるからであろうか。しかしそのことを証明するような報告は私が探した範囲では見あたらなかった。ちなみに、私は保母（保父）の講習<sup>(31)</sup>を受け、いくつかの科目にパスした経験があるが、とくに男にはできない、というようなことはないように思

えた。

(面接交渉権)

面接交渉というのは、日本では「自ら未成年の子を手もとで養育していない親が、その子と手紙とか電話などで交渉し合ったり、面接して一定期間接触し合い、時に若干共同生活をも持ち合う関係」とされている<sup>(32)</sup>。したがってたとえば離婚後、単独親権ではなく共同親権が行われるならば、その場合には必要がない。しかし単独親権が行われている現状では、親権を有しない親と子の間で、当然、面接交渉の問題が生じる。そこで多くの国では、親権者でない親が子に会うことができるというように法律で決められている(後述)。ところが完全な単独親権制が行なわれている日本で、前述のように面接交渉についての規定がない。

規定にはないものの、面接交渉の権利を認める審判は、実はかなり以前に初めてなされている。それは昭和三九年の東京家庭裁判所での審判<sup>(33)</sup>であり、それが日本で最初に面接交渉権を認めた裁判例とされている<sup>(13)(34)</sup>。しかしこの審判はそのあと東京高裁で相手方の抗告が認められ、面接は拒否されている<sup>(35)</sup>。その概略は次のようである。

大川とみ子と芝山則男は家庭裁判所の調停により離婚したが、その際二人の間の子どもである勝男の親権者は則雄とすることで調停が成立した。

[申立人]とみ子によると、離婚に際し勝男を手離すことは甚だ不本意ではあったが、謝停の席上で[相手方]則男が、離婚後は何時でも勝男をとみ子に面接させることを約束したのでとみ子は調停に同意し勝男を則男に引き渡した。ところが則男はその約束を実行せず頑強に拒否している。とみ子が勝男に面接することは調停の席上で繰り返し確認された了解事項であるのみならず、母であるとみ子に当然認められる権利である、として勝男をとみ子と面接させる旨の調停をとみ子は申し立てた。

しかし則男は、勝男には「本当の生みの母親は(再婚相手の)さちこであり、ある事情があって、これまで勝男をとみ子が育てていたのだ」と言い聞かせてあり、勝男をとみ子と面接させることは、折角さちこになつて安定した生活をしている勝男に二人の母親をつくって、その心を動揺させ、勝男本人の福祉を害することになる、などとして調停に応じず、審判に移行した。

これに対し東京家庭裁判所の判断は次のようであった。「離婚後親権もしくは監護権を持たない親は未成熟子に対し面接交渉する権利を持っており、とみ子との面接により勝男の心が動揺し、その福祉が害されるとの則男の主張には理由がない。また面接交渉権の行使に必要な事項は民法第七六六条第一項による監護についての必要な事項と解されるので、両親の間で協議ができないときには家庭裁判所が審判をすることができる。もし本審判が確定したにもかかわらず、これに従わないならば、家事審判法第一五条および民事訴訟法第七三四条により間接強制が命じられるし、またこれに従わないことは監護者変更の一つの理由となる。」

しかし東京高裁での抗告審では則男の主張が認められ、この審判は覆されている。「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が、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」というのがその理由であった。そして次のように述べられている。

「我が子に会いたいという相手方（とみ子）の一途な気持も十分理解し同情も禁じ得ないのではあるが、二年前の離婚の際抗告人（則男）に事件本人（勝男）の監護を托した限りは、抗告人の親権および監護権を尊重し、事件本人が成人して自ら条理を弁えるようになるまでそれとの面接を避け、蔭から事件本人の健全な成育を祈っていることが、事件本人を幸せにすることになるものと判断される。事件本人のことが気にかかる時は人を通じてその様子を聞くなり、密かに事件本人の姿を垣間見て、その見聞した生長振りに満足すべきである。自己の感情のままに行動することはそれが母性愛に出ずるものであってもかえって子を不幸にすることがある。子のために自己の感情を抑制すべきときはこれを抑制するのが母としての子に対する真の愛というべきである。」

この裁判に対する疑問点を列挙すると次の様になる。

第一に、ここでは母親（とみ子）は「事件本人が成人して自ら条理を弁えるようになるまで」生きていることを前提にしている、万一の不幸に見舞われて亡くなった場合のことは無視していることである。そのような場合、子（勝男）は永遠に自分の母親に会えなくなるが、ではそれまでの、このように法廷で会うことを禁じた期間に対する補償は一体どのようななされると裁判官たちは考えたのであろうか。子が亡くなった場合でも全く同じである。

第二に、「抗告人の親権および監護権を尊重し…」とあるが、もともと単独親権にされている理由が「ただ、父母が共同して行使させることは不当ないし困難だ」ということであるならば、親権や監護権をもっているからといって、それが母と子が面接するのを拒否する理由とはならないであろう。実の親と子が会えることは説明を要しない当たり前のことであって、不当でもなく困難でもない。

第三に、「自己の感情のままに行動することはそれが母性愛に出ずるものであってもかえって子を不幸にする…」というくだりはむしろ親権をもつ親の方にこそ求められるものである。多くの不幸な事件が、親権をもつ親が子に対して全ての権利をもっていると錯覚していることから起こっていることを考えると、親権をもたない親にこのようなことを求めるのは筋違いというべきである。子の監護に関してかなり詳細に述べた論文<sup>(36)</sup>によると、この問題は忠誠葛藤と呼ばれ、つまり、未成年の子が監護者であると非監護者であるとを問わず、別々の人物によって養育されれば、そのいずれの監護に従順であるべきかの心理的な葛藤に悩むという考えである。しかし同論文は「この見解が現在の監護者に悪用されて、子のためにという観点からではなく自分の非監護者に対する報復の観点から、非監護

者からの面接交渉の要求を拒否する手段とされるおそれもある」とした上で、「最近の多くの研究の成果が、離婚によって一方の親との人間関係を絶たれた未成年の子が自分を遺棄されたと感じ、離婚の結果の単独監護が少年の非行化や心情面での変調の一因ともなり、また単独監護者にも情緒的、身体的、経済的な負担を強いる結果となり、子の健全な発達とはほど遠い結果となる科学的なデータを提供しているのにくらべれば、この見解は科学的根拠に欠け、観念的な結論であると言えよう」と述べている。

アルハンブラ（米・カリフォルニア）大学の心理学の教授が行なった調査の結束もこのことを裏付けるデータの一つであろう。それは次のようなものであった<sup>(37)</sup>。「八歳から一三歳までの子どもを対象に、両親が離婚してはいるが共同監護（joint custody = 共同保護養育、あるいは、たんに共同養育とも訳されているが便宜上、共同監護に統一しておく）下にある子ども二十人、離婚した後、一方の親から引き離されて育てられている子ども二十人、離婚はしていないが、夫婦関係が円滑にっていない両親の子ども二十人、比較的夫婦関係が円滑な家庭の子二十人を調査した。その結果共同監護下にある子どものほうが、単独監護下の子どもより、はるかに幸せ感と精神的安定を得ているばかりでなく、夫婦関係が険悪だが離婚せずにいる家庭の子どもよりも、これまたより精神的に安定している」。実際に、離婚した夫婦が物理的にも法的にもまったく平等に子どもを養育している具体例も報告されている。

共同監護というのは、一九七九年にカリフォルニア州上院で共同監護法として成立し、州民法四六〇〇条の改正と四六〇〇・五条の追加によって共同監護の定義はもとより、手続に至る細部までも規定されたものである。たとえば、「共同監護とは未成年の子の親権（custody）を双方の親に付与し、身上監護（physical custody）を双方の親に親密にして継続的な接触を確保することにより分担せしめることを認める命令をいう。」「[四六〇〇・五（c）]とされており、つまり、分担されるのは身上監護だけでなく監護権を含む親権全般であるとされている<sup>(38)</sup>。

日本で最初に面接交渉の権利を認める審判がなされて以後、いくつかの審判例があるが裁判所は基本的には親権者でない親が子に会うことができるとし、またそれについて判断できるとしている。父母が離婚していないが別居している場合も、同じような考え方をしている。学説も一般的には、面接交渉権を認めてもよいと解しているようである<sup>(39)</sup>。しかし実際に裁判所で認められた面接交渉の内容は、欧米諸外国のそれと比べると親定がないせいもあってか極めて僅少である<sup>(40)</sup>。

冒頭に記した私と娘の場合でも第一回目の審判では面接交渉は認められたものの、僅かに月に一時間だけで、狭い部屋の申で第三者立ち会いのもとで、という極めて制限されたものであった。第二回目の審判では月に三回引き渡せという、第一回目に比べれば大幅に面接交渉が認められたものの、決して十分とは思えない。私は親権者であり、しかも娘からすれば、何の責任もないのにこんな形でしか父親に会えないというのはまことに奇怪な

ことと言う他ない。それもこの審判が強制力を持ち、確実に実行されるならばともかく、母親が従わないとそれまでである。親権とは何なのであろうか。もし逆に娘が私と一緒に住み、そして私が娘を頑なに母親に会わせないとしたら、父親と母親が入れ替わっただけでやはり娘は同じ立場に立たされるであろう。

#### 4. 解決策について

離婚しても親と子どもが自由に会っている人もいる。放送ジャーナリストのその父親は「二人の人生観がくい違って、別れるのはしかたないにしても、子どもにとっては父親であり母親であることは変わらない。子どもや周りへの被害を最小限に止めるのが、共同社会を破る原因をつくったお互いのせめてものつとめではないだろうか」と話している<sup>(41)</sup>。離婚が子どもに与える影響にマイナスの面があることは否定しがたいが<sup>(42)</sup><sup>(43)</sup>、それでも、全ての親がこのジャーナリストのような考えであれば、離婚による子どもへの被害も軽減されるであろうし、前述したような悲惨な事件は起こらなかったであろう。しかし現実はそのようではない。(家庭裁判所で離婚になったケースで、母親に引き取られた子が父親に会っているのはせいぜい十五パーセント程度であろうといわれる<sup>(44)</sup>。)

親の良識に期待できないのなら、実効のある法律の制定、または改正が必要な対策であろう。ところが家族法に関して、たとえば相続法などについてはポツダム宣言以降、改正作業が行われてきたが<sup>(45)</sup>、(離婚後の)親権や面接交渉の問題については、深刻な事態が生じているにも拘らず手がつけられていないようである。早急な改正作業が望まれる。

(面接交渉)

離婚後、単独親権になるために子どもの奪い合いが起こっている。もともと子どもが両親から監護され愛情を受けるとするのは当然の権利であって、それが親の都合による離婚によって奪われてよいものではない。子どもの立場を守るために、無益な紛争を無くすために、また男女同権の立場からも早急に単独親権はやめ共同親権にするべきである。しかしながら共同親権にするにしても、どのように行なうかについての規定作りの作業が必要であり、実施までには時間がかかると思われる。そこでとりあえずの応急措置として面接交渉の完全な実施が考えられる。そのためには多くの外国と同じように、強制力を持った面接交渉についての明文規定が必要不可欠である。参考として、外国の面接交渉についての立法例などを次に掲げる<sup>(46)</sup>。

(スイス) 民法一五六条で、離婚判決で親権者とされなかった親には子どもとの適当な交際権 (Recht auf persönlichen Verkehr, Besuchsrecht、手紙のやりとりなどを含む) が認められている。子どもの教育に有害な場合でなければ奪うことのできない自然権とされ、権利者の離婚に対する責任の有無や分担義務履行の有無などには無関係に認められている。

(イギリス) 監護権の与えられなかった親に対して、殆ど例外なく面接の権利は(通常、回数・時間・場所等を限定して)与えられる。

(ポルトガル)離婚後も両親は親権をもち、かつ子どもの教育を注視・監督する権利があり(離婚法二二条)日本とは全く異なっている。また離婚者の一方が子どもに面会したり、訪問したり、または訪問を受けることを禁ずるような何等かの定めをすることは禁じられている(同二三条)。

(スウェーデン)子どもの養育権のない父親または母親は、子どもと交際する(子どもと面会し、または子どもを自分の家へ訪問させる)権利がある。この点について両親の間に紛争が生じた場合には、裁判所が、交際の権利をどのように行使するか決定を行なう、とされている。なお、他の北欧諸国(デンマーク、フィンランド、アイスランド、ノールウェイ)においても、北欧共通の婚姻法の成立を企図した共同作業などがあって、基本原則で一致している。

(ドイツ)民法一六三四Iに「共同の子に対する一身監護権を有しない配偶者は、子と個人的に交通する権利を保有する。」と明記されている。

(フランス)民法三三三によると、「子の監護をまかせられた者がなんびとであるかを問わず、父母は各子の養育および教育を監督する権利」を有するので、その子を訪問する権利(droit de visite)をもつと解されている。また、その未成年の子の婚姻に同意を与える権利も失わないものと解されている。

(アメリカ)<sup>(47)</sup>面接交渉権については、州の制定法によって定めているところと、判例法によって確立されているところがあるが、いずれにせよ、面接交渉権は、監護権とは別に定め、親固有の権利としてであると解されている。

具体的な面接交渉に関する条件は論文<sup>(48)</sup>に紹介されているアメリカ、ロスアンゼルス法廷での次のような判決条件が参考になる。

#### 面接交渉権の条件(Control of Visitation)

- (a) 面接交渉権者は、彼が決定できる責任ある行動について、責任ある立場で子どもを連れて行くことができる。
- (b) 後見人は、子どもに支度させ、訪問のために速やかに役立つようにする。
- (c) 前もって知らされた場合には、後見人は計画のために役立つものとして、特別に準備した衣服を子どもに用意する。
- (d) 後見人は、子どもが訪問を妨害するかも知れない他の行動に参加することを、面接交渉権を妨害されるであろう人の事前の承認なしに、許可や同意をすることはできない。
- (e) 面接交渉権者は、子どもと文通でき、後見人はこれを検閲できない。
- (f) 面接交渉権者は、水曜と日曜の午後七時から九時の間一五分を越えない範囲で、又は当事者間で同意した他の時間に、子供達と電話することができ、後見人は、この電話に関与することができない。
- (g) 後見人は、扶養の懈怠のために、面接交渉を減らしたり拒絶することはできない。

かなり細かいことまで決められているが、そうしなければ実行されない可能性も考えられるから仕方のないところであろう。ただし(f)については「子どもたちからは電話はいつでも自由にかけることができる」ということを加えるべきであり、そして「このような条件が実行されない場合には監護権の変更や親権喪失の理由になる」という項目が加えられなければならない。当然ながらこれらは過去の離婚にさかのぼって適用されるべきである。

面接交渉については前述したように学問的にも裁判所でも基本的には認められている。しかし実行されなければ意味がない。他の多くの国では明文の規定を置き、権利として認めている。日本でも有効に機能しうる規定の設定が望まれる。

(共同親権制へ)

さて面接交渉が完全に実施されたとして、それで問題が解決したと言えるだろうか。確かに片方の親との接触が断たれるような状態が無くなる点では前進であろう。しかし子どもにすれば父親も母親も、どちらも親であることには変わりはない。であるのに一方の親とは普段一緒に住み(親権に含まれるいろいろな権利を行使され)、もう一方の親とは面接(いろいろな形態があるにしても)でしか会えないというのは、やはりおかしい。たとえば仮に、普段一緒に住んでいる親に愛人がいたとしよう。そんな場合、愛人は子どもと自由に交渉するのに、(もう一方の)親は面接というきわめて限られた交渉しかできないということになる。どうして子どもは(母あるいは父)親の愛人を(父あるいは母)親の代わりにしなければならないのか。

親権は永く、家のため、あるいは父のためであった。20世紀に入ってようやく父母同時親権になり、そして子のための親権へと変わってきた<sup>(49)</sup> <sup>(50)</sup>。そのような経過からしても離婚後、単独親権になるのは時代に逆行している。面接交渉は単独親権(監護)であるために生じた無理を、即物的に部分的に是正しようとしたものであり、いわば対症療法的な応急策であって、根本的な解決法とは思えない。実際、単独監護による弊害は面接交渉程度(の接触)では治癒されないことが論文に示唆されている<sup>(51)</sup>。

根本的にはまず単独親権制そのものを見なおし、共同親権制(この場合の親権の内容は民法に規定されている全てを含むものとする)に改めて、子どもがどちらの親とも物理的にも精神的にも障害なく接触できるようにすることが必要であると考えられる。離婚しても父母のどちらも親権を奪われないということであれば、少なくとも親権をめぐる無益な争いはなくなるであろう。なによりも子どもにとっては、父母どちらの親も対等の親であり続けることは、どちらかの親が(法という見えぬ壁で)断たれたという無用な不安感を抱かずにすむ。

具体的な監護の方法などについては、離婚時に、話し合いによって父母がなるべく等しく行なえるように取り決めを結べばよい。それができない場合には家庭裁判所が双方の仕事などの条件を考慮して職権によって決めることができるようにする。もちろん父母がな

るべく同等に行なえるように決める。そのように決めておけば話し合いを拒否しても意味がないので、むしろ話し合いによって決めるケースが多くなるかもしれないが、そうなればそれに越したことはない。

たとえば父母どうしが近くに住んでいる場合には、子どもは一週間ずつを父と母のもので過ごす。父母どうしが離れて住んでいる場合には、普段は一方の親のもので過ごし、夏休みや春休みにもう一方の親のもので過ごすようにする。突飛なように思えるかもしれないが、不可能でも何でもなく、これらはアメリカで実際に行なわれている例である[なお、文献<sup>(6)</sup> (11) (52)-(54)に紹介されている共同監護の実行例は、いずれも、法律が制定されて間もない頃のものであり、一般的ではなかったようであるが、現在ではかなり普及しているようである。正確な資料は持たないのであるが、アメリカでながく研究生活をおくったことのある知人から最近聞いた話では、彼の(アメリカの)友人のうち二人が共同監護を行なっている、とのことであった]。その他の細かいことはさきに引用した面接交渉権の条件などを参考にして決めればよい。

もちろん関連する法律も男女平等になるように改正されなければならない。たとえばスウェーデンのように男性も育児休暇を取れるようにする<sup>(55)</sup>。

離婚によって多くの子どもは否応なく片方の親から引きはなされる。そしてある場合には、そのことを正当づけるためになんらかの形で片方の親を中傷されてきたかもしれない。そのために、子どもは無意識のうちに片方の親を憎むようになっていくかもしれない。あるいはそのことで劣等感をもっているかもしれない(そうであれば二重の虐待を受けていることになる)。したがって法律が改正され共同親権制になったとしても当初は戸惑いや多少の混乱があるかもしれない。しかし両方の親から等しく監護を受けるようになれば、やがてそのようなこともなくなるであろう。

#### ( 専門機関の設置 )

共同親権にするのと同時に、それを円滑に行なうための専門機関の設置が望まれる。たとえば心理学や教育学を修め、かつカウンセラーとしてのトレーニングを積んだ人を家庭裁判所内に配置する。離婚時に子どもの監護などの取り決めをするときや、その後、何か問題が起きたとき、あるいは親権者の勤務地の変更などで取り決めの一部を変えなければならないような必要が生じたときなどに、どちらかの親から依頼があれば、相談にのったり助言したりする。そして片方の親が取り決めを守らない場合には、一時的に監護権をとりあげたり、取り決めの変更の際に双方の親で話し合いがまとまらないような場合に、それを決定したりする権限をもつ。その場合カウンセラーはあくまでも子どもの人権を守る立場からのみそれらのことを行ない、親の教育方針などには干渉しない。もちろん重要な仕事であるので、法で定めた試験によって国家が採用し、一定の権限を付与された専門職とする。

なんでもかんでもいきなり裁判に持ち込む前にワンクッションを置き、できれば無用な

争いを避けようという現在の調停制度は、一部の弁護士にとっては望ましいものではないかもしれないが、制度としては良い制度であると思われる。しかしながら子どもがいる離婚の調停では必ずしもそうではない。

現在の制度では、(どんな結論になっても)調停が成立すれば委員の仕事として評価されることになっているようである。そのため私の経験からすると委員の態度に一貫性がなく、また強い権限もないので、たとえば調停を受ける側の一方が頑なな態度をとり続ければ話しは進まない。そんな場合、何の实りも予想できない同じことの繰り返しを、延々と調停委員としなければならぬ精神的な苦痛は並大抵のものではない。全く時間と労力の浪費であるばかりでなく、長引く分だけ、結局は子どもに一番おおきな被害が及ぶ。現在の調停制度を全面的に前記のようなカウンセラーを置く制度に変えるか、少なくとも子どものいる場合は現在の調停制度とは別に扱うべきである。

## 5. 最後に

社会は時代とともに変わっていく。当然、さまざまな社会のルールも時代にあわせて変えてゆかねばならない。親権について言えば、家のため親のためにあった親権も、本当は子どものためにあるべきである。ところが現在の制度は、子どものためどころか、事実上、子どもを犠牲にしている。

古い制度を見直し、時代に合った、世界の規範となるような制度に改めることが急務である。工業技術の面だけ先進国、というのはあまりに悲しい。

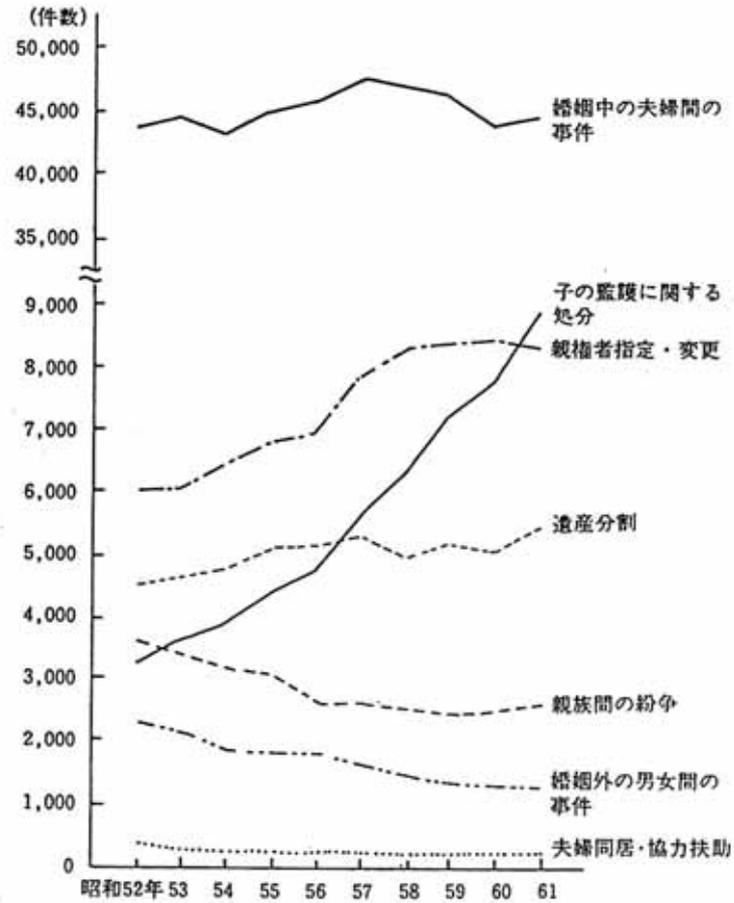
### 引用文献等

1. 一九八四 朝日新聞 昭和五九年七月一六日「声」欄
2. 一九八四 読売新聞 昭和五九年八月一八日夕刊 記事
3. 一九八四 読売新聞 昭和五九年一二月八日 記事
4. 一九八六 朝日新聞 昭和六一年九月一四日 記事
5. 一九八七 朝日新聞 昭和六二年六月一八日 記事
6. 下村満子 一九八二 アメリカの男たちは、いま 一 - 一三九 朝日新聞社
7. ゴールドスタイン、ソルニット 片岡しのぶ(訳)一九八六 離婚と子ども 晶文社
8. A. K. Richards, . Willis 託摩武俊他(訳)一九八六 親の離婚 - ひきさかれた子どもたちへのガイド - プレーン出版
9. 梢・カックス 一九八六 アメリカの離婚 ころの科学 No. 9 一四 - 一一一
10. NHK取材班 一九八五 21世紀は警告する 4 - 小さな家族の大きな崩壊 電子社会の孤独 - 九 - 六九 日本放送出版協会
11. ベンジャミン・シュレジンガー(編) 吉澤英子(監) 一九八六 ひとり親家庭 - 1980年代における北米の動向 - 七四 - 七五 全国社会福祉協議会

12. 東京家庭裁判所身分法研究会 一九七一 身分法研究 ジュリスト No. 472  
一一五 - 一二一
13. 久貴忠彦 (編著) 一九八六 法学基本講座 - 7 親族法・相続法 100 講 一二四  
- 一二五 学陽書房
14. 宮井忠夫 一九七八 家族法教室 一一 有斐閣
15. 中村好子 一九七九 離婚と子どもの奪い合い ジュリスト増刊総合特集 No. 16  
日本の子ども 二三六 - 二四一
16. 深谷松男 一九八八 新版 現代家族法 一四六 - 一四九 青林書院
17. 14 の一一八 - 一二一
18. 一九七八 朝日新聞 昭和五三年三月九日、同一 日 記事
19. 家裁月報 三 卷一一号 五 - 六三
20. 藤木英雄他 (編) 一九七七 法律学小辞典 五二一 有斐閣
21. 谷口知平 一九八一 家族法判例研究 一八六 有斐閣
22. 山畠正男 一九七八 離婚と子の奪い合い ジュリスト No. 665 四七 - 五三
23. 渥美雅子 一九八三 子どもたちの法律問題 一八二 岩波書店
24. 有地 亨 一九八六 家族法の判決・審判案内 一 五 弘文堂
25. 石川 稔 一九八 幼児の引渡と人身保護法 別冊ジュリスト No. 66 一三  
- 一三一
26. 23 の一九一 - 一九五
27. 23 の一八八
28. 佐藤義彦 一九八六 親の権利と子どもの人権 ジュリスト増刊総合特集 No. 43  
子どもの人権 二六
29. 我妻 栄 一九八七 新版 民法 六九 勁草書房
30. 田村健二 一九八六 日本の社会・家族と離婚 こころの科学 No. 9 四九
31. 一九八 大阪府社会福祉協議会による大阪府保母試験講習会
32. 明山和夫 一九八 親権を行わない親の面接交渉権 別冊ジュリスト No. 66  
一三二
33. 家裁月報 一七卷 四号 五五 - 六三
34. 14 の一 九
35. 家裁月報 一八卷 七号 三一 - 三三
36. 菊地和典 一九七八 面接交渉から共同監護へ - 子の監護についての新しい動向 -  
家庭裁判論集 - 創設三 周年記念 一五六 - 一五七
37. 6 の九八
38. 36 の一六 - 一六一
39. 14 の一一三 - 一一七

40. 12の一一九
41. 一九八三 朝日新聞 昭和五八年一二月一三日 記事
42. 児童福祉研究会 一九八六 離婚後の問題 こころの科学 NO. 9 九四 - 九七
43. 小此木啓吾 一九八六 家庭のない家族の時代 一九八 ABC 出版
44. 湯沢雍彦 一九八六 子どもにとっての離婚問題 ジュリスト増刊総合特集 No. 43 一五二
45. 太田武男 一九八七 昭和六二年六月一六日 京都大学創立記念講演
46. 宮崎孝治郎(編) 一九六二 新比較婚姻法 勁草書房
47. 12の一一七
48. 12の一一九 - 一二
49. 石川 稔 一九八六 家族法のなかの子ども - 子どものための家族法とは - ジュリスト増刊総合特集 No. 43 子どもの人権 一四二 - 一四九
50. 中川 淳、松本暉男(編) 一九七 学説・判例 家族法 一五五 法律文化社
51. 36の - 六
52. フランク E. A. サンダー 水野紀子(訳) 一九八三 子の監護権 - アメリカ家族法の現状 - ジュリスト No. 782 八七
53. 36の一四三 - 一四四、一五八
54. 7の一八三
55. 一九八八 朝日新聞 昭和六三年六月一日 「窓」欄

調停事件新受件数の推移



第1図 「深谷松男、1988、新版 現代家族法、p.147、青林書院」から引用



第2図 「新田 慶、1986、離婚と子ども、こころの科学、No.9、p.88」から引用