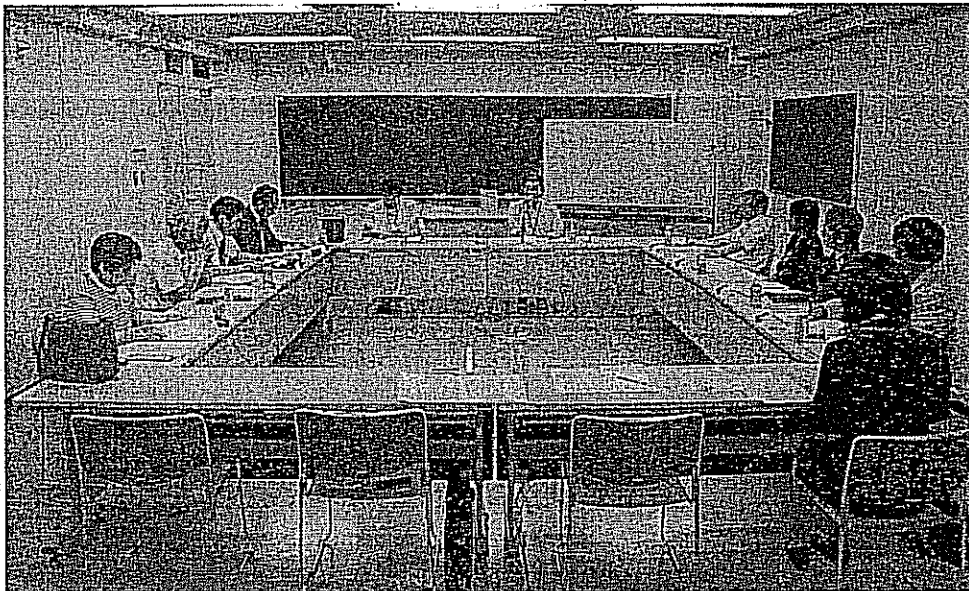


第4章

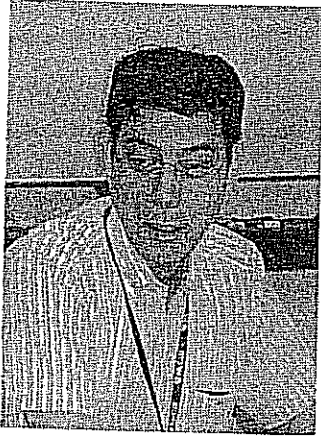
座談会「親権法改正に向けて—— 論点整理と法改正の展望」

- 1 はじめに（自己紹介）
- 2 我が国の親権・監護法制の実務面からみた不合理性
- 3 比較法的スコープ
 - (1) アメリカ
 - (2) イギリス
 - (3) ドイツ
 - (4) イタリア
 - (5) フランス
 - (6) 比較法的スコープからの総括
- 4 親権・監護法制の課題と展望



1 はじめに (自己紹介)

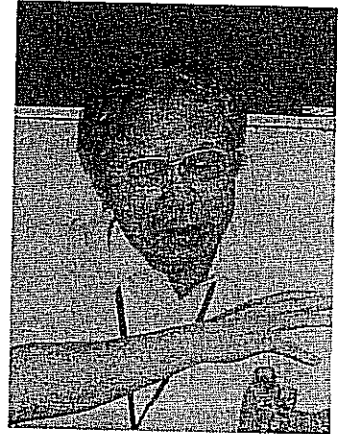
1 はじめに (自己紹介)



遠山 (司会) それでは簡単な自己紹介からお願いします。私は、本日司会を承った遠山信一郎です。中央大学ロースクールの特任教授をしております。

川田 川田昇です。神奈川県立大学法学部教授をしております。大学では財産法ばかり教えておりました、実は家族法は教えたことはほとんど

ないのですが、長らく、イギリスの家族、主として親子関係の法を研究してきました。どうぞよろしく願いいたします。



棚瀬 棚瀬一代です。専門は臨床心理学です。神戸親和女子大学の大学院でもっぱら臨床心理士の養成に携わっています。また私自身、長く家事調停委員も勤め、カウンセラーとしては現在も離婚後の家族の問題と向き合っております。そもそも離婚の問題に関心を持ち始めたのは、1984～1985年にかけて、カリフォルニア州のバークレーに暮らしていた頃です。当時カリフォルニア州では、

離婚後に共同監護も選べるようになってから数年が経っていました。当時4人の子どもたちが、それぞれ幼稚園、小学校、中学校、高校に通っていましたが、その授業参観や懇談会の際に、御夫婦だと思っていたら、実は離婚後に共同監護をしている人たちだということを知る機会が何度かあり、すごく興味を持ちまして、インテンシブに面接調査を始めました。それが離婚の問題に首を突っ込んだきっかけです。その後20年近くずっとこの問題に取り組んでまいりました。その後、児童虐待の

問題にも興味を持ち、博士論文はそのあたりで書きましたが、現在は、離婚と児童虐待やDVなどの問題が絡んだ困難なケースが結構多く、複数の関心がいつの間にかドッキングしてきております。

松浦 松浦千誉です。拓殖大学の政経学部で家族法を、また、大宮法科大学院大学で非常勤で家族法を教えています。研究者があまりいないイタリア法を専攻しておりますおかげで皆さんの中に入れていただけたのではないかと思います。今回、離婚後における或いは別居中の監護、親権、とくに、共同監護・親権の問題、単独監護・親権の問題といった親の法的責任の問題を考える機会を与えて



いただき、ありがとうございます。我が国とイタリアの類似点、相違点というのは、かなり明確に出てきているように思っております。実は先日1週間ほど、企業の子育て支援・家庭と仕事の関係で、イタリアに行く機会がありまして、共同監護を取り入れた2006年2月の改正を含んだ新しい教科書なども買うことができましたので、概略を報告したいと思います。よろしくお祈いします。

増田 増田勝久でございます。大阪弁護士会所属の弁護士で、必ずしも家族法が専門というわけではないのですが、遠山先生から、デュッセルドルフ調査団の団長代行を仰せつかり、それ以来抜けられなくなってしまいました。現地に行ってみたことで、海外において実際に共同親権というものがどのように行使されているのかにつき、実務家の方に話を聞いてある程度理解できたということは収穫だったし、今後の法改正に向け、意欲がわいてきております。よろしくお祈いいたします。



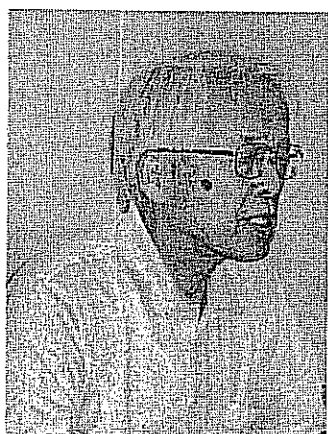
大国 広島から来ました弁護士の大国和江です。2003年度に日弁連副会長をやりまして、そのときはまだ司法改革実現本部の中の一つのパート

1 はじめに (自己紹介)



でありました家裁PTを、副会長として担当することになりました。そのとき家裁PTで執り行ったシンポジウムの2回目には棚瀬先生に御出席いただきました。その後、家裁PTは、家事法制委員会として、独立の委員会になりましたが、その初代の委員長をやらせていただき、今日に至っております。家裁シンポジウムもそれ以後ずっと去年まで続けており、本年も開催する予定で準備を

しています。その中で、家庭裁判所が扱う事件の中では、離婚事件を中心に、親子の問題だとか、離婚に絡む親権問題などをずっとテーマにして取り組んでおりました関係で、この比較法研究会を立ち上げるときも、家事問題の離婚における親子の法律を少し深めて勉強してみようということで携わっております。今後もこれを続けていく予定ですので、よろしく願いいたします。

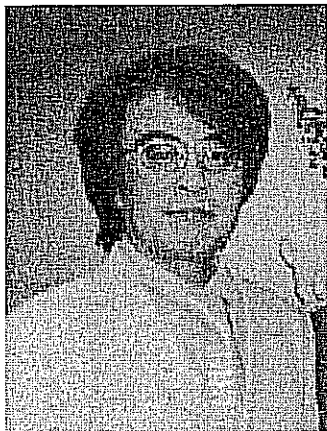
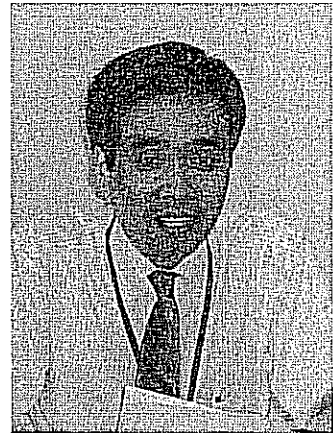


鈴木（経） 埼玉弁護士会で弁護士をしております鈴木経夫です。裁判所に長くおまして、民事の裁判官が断然長かったわけですが、家庭裁判所の仕事も比較的長くやりました。現在は、児童虐待その他の問題、高齢者、障害者の関係が私の仕事の中でかなりを占めています。離婚そのものからはちょっと離れていると言った方が正確かもしれません。しかし、家裁PT以来ずっと、当初から

大国先生と一緒にここの仕事にかかわっておりました。よろしく願いします。

鈴木（博） 中央大学法学部の鈴木博人でございます。昨年（2006年9月）、大国先生たちとデュッセルドルフに行つてまいりました。その後、大学の出張で、今年（2007年）春に1か月間ミュンスターへ行ってまいりました。ドイツの離婚関係のこともそれぞれの機会にお聞きしてきました。ドイツでは、1998年の親子法改正によって親の別居・離婚に伴う子の

処遇が改善されると裁判官も弁護士も非常に自信を持って話されていまして、それを前提にものを考えておりました。ところが、このたび新しい法律案が提出されました。この法律案の要点は、本日の座談会のテーマと密接な関係がありますので、後ほどの報告のおしまいで簡単に法律案の内容を紹介したいと思います。近年、ドイツ家族法および関連する法律の改正が頻繁に行われており、フォローするのが大変な状況です。よろしくお願いします。



松川 大阪大学高等司法研究科の松川正毅です。高等司法研究科とは法科大学院のことです。現在、研究科長をつとめており、毎日、雑務に追われ、研究の時間が全くとれないでいます。フランスは2000年に入り、親族、相続法の分野に大きな改正を加えています。すべて重要な改正ばかりで、しっかりと研究したいのですが、延び延びになり、満たされない気分の毎日です。科長の任期の間は、本格的な研究はあきらめなければならないのかもしれませんが。

親権に関する法律の改正には、興味深いものがあります。突然このような法律ができたのではなく、判例や学説などの流れそれにEUの影響を丹念に分析し、そのなかから、言葉としての改正の条文が生まれてきました。このことは、ポルタリスが民法典序説で述べたフランスの伝統的な立法方法と同じで、フランスの法律学と、立法の伝統を感じさせます。いずれ、親権、後見はしっかりと改正の精神をフォローしたいと思っています。

谷 大阪の弁護士の谷英樹と申します。私はこの親権の問題にかかわるようになったのは、さかのほれば大国先生と同じく日弁連の家裁PTの時代からですが、さらにさかのほれば、もともと私は大阪の岸和田の、今でいう町弁の事務所におりまして、離婚事件などが非常に多かったと



いう背景の中で、大阪家裁の岸和田支部から井垣康弘裁判官を中心とする調停の改革の動きが始まり、大阪弁護士会としてどう取り組むのかという組織をつくったとき、それに参加するようになりました。それが今の日弁連の活動につながってきているという経過であります。日弁連では、家事法制委員会の事務局長という立場で、この問題については息長く取り組んでいくことになるかと思

います。お話をお聞きしておりますと、今日は海外調査に行かれた実際の状況をお聞かせいただけるようです。それが一番重要なことだと思いますので、ぜひ御議論をお聞かせいただいて、今後の参考にさせていただきたいと思っております。よろしく申し上げます。



棚村 早稲田大学の棚村政行です。大学では財産法もかなりさせられて、ロースクールでは法律基本科目の債権法も教えさせてもらっています。ただ、「家族法特殊講義」や「子どもと法」も担当しています。「子どもと法」は、大人をモデルにして作られた法というもののの中に、子どもの地位とか、子どもの声をどうやって反映させるかということで、少年事件も含めて、福祉とかメディアと子ども

というような、あるいは教育と子どもとか、分野横断的に新しく法のシステムの中に子どもをどう組み込めるのかという講義をしております。子どもの問題は、川田先生も棚瀬先生も皆さん共通に関心を持っておられますので、私自身も、家族法とか民法という枠を越えて、先生方という協力して、子どもに少しでも幸せな環境とか配慮ができるような社会を作ることができれば、子どもを大切にするシステムとして法が大きな役割を果たせるのではないかという趣旨で取り組んでいます。

私はむしろ法のシステムというのは大枠だけで、子どもに対して具体的にどういう支援やケアをするかということの方が問題解決をするには

重要だと思えます。法制度という大枠だけを対象にしましたが、残るきめ細やかな支援の方策とかバックアップ、それは棚瀬先生がいらっしゃるので安心していきます。そんなことで法制度の改正と、それを社会的にどう支援していくかみたいなことを中心に、みなさんで一緒にいろいろと知恵を出せればと思っております。よろしくお願ひします。

2 我が国の親権・監護法制の実務面からみた不合理性

遠山 それでは、最初のテーマとして、我が国の別居、離婚に伴う親権、監護法制の実務面から見た不具合について、実務家である鈴木経夫先生にペーパーをいただいています。まずお話をいただいて、それに対して大国先生、増田先生、谷先生から追加のコメントをいただきたいと思ひます。

鈴木（経） 我が国の離婚法制全体を考えてみるときに、裁判所に関係しない協議離婚の制度が存在し、90%以上を占めているということ、そこでの親権の問題とか監護の問題は一体どうなっているのかということは、裁判所や弁護士など法曹の目に触れる機会がほとんどないということ、これが特徴だと思ひます。実際にその実体について、綿密な調査がされたこともない。その中には非常にうまくいっているケースもあるだろうけれども、法の救済が必要であるのに、そこまでたどり着けないケースも結構存在しているんじゃないかということが推測されます。

一方、実体法の面から見ると、戦後60年、親族法については、改正らしい改正はほとんどされていない。親権法のところはほとんどされていないと言っていると思ひます。これだけ婚姻関係、子どもに対する考え方に変化があったにもかかわらず全く改正がなされていないというのは、それだけでも驚くべきことではあります。一つは、紛争性のある事件について家庭裁判所の調停がある程度柔軟に対応してそのギャップを埋めてきたということも言えるとは思ひますが、今はもうそうした段階はとっくに過ぎて、実務上幾つか困った問題が起きてきていると思ひま

す。

子どもの奪い合いということがよく言われますけれども、それを適切に解決する現実的な手段がない。面接交渉なども、一応権利性が判例上認められたといっても、じゃあ不履行の場合に何ができるのかというと、家庭裁判所はそれへの対応のすべをほとんど持っていないと言ってもいいかと思います。

子どもの権利条約を批准したわけですけれども、子どもの立場から見た両親の問題、離婚の問題、監護の問題、そうした視点は家庭裁判所や実務家の間では相当欠落しているのが現状ではないかと思います。すぐに共同親権とはいかなくても、もっと子どもと親との関係を実質的に考察して、それに見合った法制に変えていくこと、実務もそれに従って動いていくことが必要な段階に来ているのではないかと考えています。

遠山 子どもの奪い合い問題、面接交渉の不履行問題という典型的な解決困難テーマを提示していただきました。大国先生、鈴木先生のお話にさらにつけ加えて、不具合性についてのコメントをいただければと思います。

大国 重複するかもしれませんが、私が担当副会長で家裁PTのシンポジウムに携わらせていただいたときに、初めて親子法というものを、その視点で民法を考えることができたのではないかなと思いました。というのは、我々は現行民法で勉強して弁護士になっているものですから、離婚したら当然単独親権、離婚のときに親権者がどちらになるか、ということだけでずっと裁判をやってきたような気がします。しかし、棚瀬先生の講演などを拝聴し、いろいろな関係を実務上考えていったときに、それよりも子どもの視点でどう親子法を考えていったらいいのか、ということ目からうろこが落ちたということを実感しています。

また、子どもの目から見た親子法をどう考えていったらいいのか、というときに思ったのが、親が本当に親になりきれてない。離婚していようが結婚していようが、過程において婚姻か離婚かの場面で変わらない親子法が現在の日本では実現されていないということ、すごく痛感した

気がしています。離婚のときに初めてどちらが親権者になるかということで考えても、いい結論は絶対出ないんですよ。それまでずっといい親子だったとは限らないわけだから、それをどちらが親になったらいいかというレベルでしか解決できない今の制度が、すごく不十分だと実感しました。いい親になりつつ、離婚をもしていく、というシステムが本当に必要ではないか。

それでメデイエーションについてお聞きしたりいたしまして、親が離婚するとき、親になるための支援システムがないと、離婚によってどう本当の親になり切るかという制度は絶対つukれないということを経験した記憶があります。それ以来、調停についてもそうなんですが、どういう親子関係を新しくつくっていくのか、これまでの欠落した親子法をどうつくっていくのか、という視点が要るのかなという印象を受けております。

遠山 大国先生は、事件処理を通じて、今の制度はとても窮屈だとか、使いつらいとか、もしくは欠陥があるということはありませんでしたか。

大国 私は広島に帰ってもう30年になるんですが、最初の10年、20年というのは、離婚のときに親権者がどちらになるかというときに、最初のころは徹底して男性が悪いという立場で、男性親を排除して親権を奪うという闘いばかりやっていました。しかし、10年くらいしてからでしょうか、母性優先主義だとか、母性がどうだこうだといったことを考えたときに、私の事件の中で、すごく親に向いている男性が出てきたんです。女性が全然親らしいことをしてないのに、離婚で子どもの奪い合いになったら必ず親権、親権と言う。3歳未満は絶対女性優先でしたね。これは間違っているということを経験しました。どっちが親か決めなくちゃしょうがないと思っていて、しょうがないから女性と言っているけれども、女性は女性であるがゆえにいい母親ではないということを実感しておりました。しかし現状は、3歳未満は、現状維持的な、女性を優先させる親権が決められます。私が男性の、いい父親だった人の立場でやったときには、本当に子どもの奪い合いで、父親が泣きまし

たね。それは今シンポジウムでファーザーズがされる発言とはちょっと違ったレベルなんですけど、そのときにはすごい不都合を感じました。どうやって父親も、離婚後も父親をやっていけるんだらうかということを実際に考えましたし、母親は母親で、必ず父親を排除するという考え方をどうやったら変えられるのかなということを考えておりました。

遠山 ありがとうございます。次に増田先生、お願いします。

増田 日本の単独親権という制度はオール・オア・ナッシングです。したがって、子どもに対する親権の帰属を決めないと離婚ができない。このことによって紛争が長期化していることは間違いなことだと思います。

子どもにとっての悪影響という点においても、オール・オア・ナッシングですから、自分が親権を得たいと考える当事者は訴訟の主張の中で必ず相手の悪口を言うことになるわけです。自分がいかに適格であるか、相手がいかに不適格であるかという事実をあげつらう。それをお互いが言い合う、ということになる。それについて将来裁判所の調査が入るということを当然当事者は予想しますから、裁判所調査官の調査結果を有利にしようと子どもの取り込みを行う。つまり、子どもと同居している人は相手の悪口を吹き込むといったことが日常的に行われています。

このことによって子どもは親に対して不信感を抱くことが多いだろうと思います。現実には、同居親の主張と同居親に内緒で非同居親が子どもと連絡をとって話をしている内容とは一致しないことも多々ありますが、これは子どもの親不信につながると同時に、親同士の相手方に対する不信感にもつながってくるわけです。実際に子どもがどうしているのかということが全くつかめないし、どうも相手方の言っていることとは全く違う暮らしをしているようだということになると、離婚後にある一定程度の信頼関係を築けるのかどうかについてすら疑問が生じてくるといった問題があります。

以上は当事者間の問題ですが、裁判所の調査にしても、オール・オア・ナッシングでどちらか決めればよいということですから、いずれの親がいいかという観点からのみ行われる。そうになると、現在の状況を調

査して特に問題がなければ現状追認というような結論を出して事足りりということになる。つまり、将来どのような親子関係を築いていくのが望ましいかという観点からの調査は全くされていないので、どうも建設的ではない。これからどういう親子関係を築いていくかという視点は、海外の状況を見てうらやましいなと思っています。

遠山 谷先生、子どもの奪い合いということだけじゃなくて、子どもの押しつけ合いということもあるんでしょうか。

谷 先生方の話をお伺いして、まさにそのとおりでつけ加えることはございませんし、私の視点も間違っていないと自信を持っているところです。今までご指摘のあった制度の問題点をまとめてどう言えるかということですけど、まず、単独親権という実体法のあり方が、紛争のあらわれ方を規定していると考えられると思います。子の奪い合いが生じたり、訴訟では相手方の悪口を言い合うという、そういう紛争のあらわれ方、手続の運用は単独親権という制度が規定していると言えるのだろうと思うんです。

親権の争いになるような事件を担当した場合には、調停なり訴訟の手続に集中してしまいますので、実際のところ、離婚した後の子どもと親の関わり方をどんなふうに作り上げていったらいいのかという視点で事件を処理するということはなかなか難しいところがあります。さかのぼっていえば、それは選択肢が限られているからだろうと思います。いろんなバリエーションの中でこういうあり方が考えられるんじゃないかという柔軟な解決の仕方を展望できないわけです。ひいてはそれが押しつけ合いということすら生じてきている一つの要因になっているのかも知れません。

また、今申し上げたのは調停なり裁判になるという紛争性の高いものですけれども、紛争性の高くない事案は実際どうなのかという幅広い調査は行われてないんですね。一部、1997年に当時の厚生省が行った比較的大きな規模の調査によれば、調査対象となった4,459件のうち514件、11.5%が、親権者ではない親と子どもが毎日あるいは週に1回程度

面会しています。調停とか裁判になって我々が実務で体験するような深刻な争いになっている事件ではほとんど考えられないわけですが、そうではない9割以上を占める協議離婚で離婚した場合には、そういう頻繁な接触というのものもあるのではないかと思いました。しかし、そういう場合でも、結局いずれにしても親権者をどちらかに決めなければならないという法制度になっているため、その中でどう責任を分担し合うのかということになると、法律的な面から分担し合うということはできない制度になっています。そういう意味では選択肢は極めて少ないということだと思います。

それともう一つ、日本の特徴として指摘しなければならないのは、離婚後の子どもとのかかわり方を支援する制度とか仕組みが極めて貧弱だということです。法律上の制度とは別に、事実上の共同の子育てや、あるいは、頻繁な面接交渉がうまくいかない困難な事例で面接交渉をどう支援していくかという点では、援助の制度は極めて貧弱です。諸外国では面接交渉が困難な事案でも監督つき面接とかいうものがしばしば行われて、できるだけ接触は保っていこうということをやっているのですが、日本の場合には少し困難があると面接交渉をさせないという方向に流れがちで、審判でもかなりの割合で却下の例があるわけです。

そういう意味で、法制度とともに支援の仕組みが貧弱だという点も、大いに指摘しなければなりません。鶏が先か卵が先かということがあって、法制度を変えようとしても支援の制度がないから無理じゃないかという議論もあるわけです。しかし、逆に法制度が変われば、それに応じて支援制度も整備していかざるを得ないところもあり、その典型が裁判員制度をめぐる動きではないかと思うんです。決まれば官僚の人たちは頑張っただけでそれを実現しようとするわけです。だから、どちらが先かということではなくて、法改正もやり、支援制度も充実させていくということもやる。こちらがないからこちらができないということではだめだと思います。

鈴木（経） 一つ言い落としたんですが、日本の法制度は、単独親権と、

裁判で同時解決するということがタイアップしてるような形なんですね。ですから、離婚も、慰謝料も、財産分与も、親権も、全部一つの判決で同時に解決しようとするわけです。しかし、世界の趨勢を見ても、離婚と親と子どもとのかかわりというのは、別の視点から見られているし、日本もそういうことが必要な状況に来ていると思います。裁判所が、判決で、すばっと親権者を決めて、後は知りませんという態度ではなく、むしろ離婚とか財産関係は別に片づけた上で、子どもとのかかわりをどうしていったらいいのか、少し時間をかけてやっていくという法制度にしないと、なかなか現状は改まっていけないのではないかと考えます。

3 比較法的スコープ

遠山 今まで実務家の先生方に、現行制度、特に単独親権制度のもとでの実務上の不具合もしくは欠陥を御指摘いただきました。次に、この研究会のテーマは比較法的スコープということですから、日本の問題状況を各国の制度、仕組み、現状から見た場合に、どういった提言とか、アイデアの提供ができるのかということ、それぞれの専門家の先生方に順番に御意見をいただければと思います。

(1) アメリカ

遠山 まず、アメリカから行きますので、棚村先生、日本の現状に対するアメリカのスコープから見た場合の検討点を御指摘いただければと思います。

棚村 大まかなところで少しお話します。ほかの国とも共通のところがあると思うのですが、一つは、グローバル化が非常に進んでいますので、日本での基準だけではもう通用しないということです。

例えば、最近私が家庭裁判所で3年くらい関わっている涉外事件で言えば、日本で暮らしているアメリカ人同士の夫婦が、子どもをめぐって面接交渉とか親権の争いが起きる場合が少なくありません。ここでは、

3 比較法的スコープ

アメリカのカリフォルニア州法が適用になるということになります。しかし、共同親権について、アメリカだと共同監護という法原則をバックアップしたりケアしたり調整したり制度や手続が充実している、つまりどういう合意やルールがあるかということがかなり明確になっていて、しかもそれを守らなかった場合にはどういうサンクションがあるかということも、かなりはつきりしているのです。ところが、カリフォルニア州法が準拠法にはなっているにもかかわらず、日本の家庭裁判所で手続を進める限り、総合的な支援制度や執行制度が不備なために、全くそこから一步も進まない。つまり、法的権利は認められるけれどもそれをどう実現するかという方法や手続を欠いているわけです。しかも、日本的な解決のスタイルみたいなことを強制しようとする、外国人の当事者たちは正義が実現しないと、公正な司法でないと反発します。

国際人権規約とか児童の権利条約とか女性差別撤廃条約とか、その中で、特に子どもの権利、法主体性、子どもの地位みたいなことをどういうふうに位置づけていくかということは、アメリカ法でも、親の権利とか、それに対して継親だとか祖父母だとか里親とか、事実上子どもの養育に関わっている人たちが子どもの監護や面会交流にどういう関与をするかという形で問題が起こっています。日本も当然祖父母だとか第三者が子どもの親権とか監護の問題にどうかかわるか、面会交流ができる人の範囲がどこまで拡大できるのかという問題が出てくると思います。

もう一つは、「親権」という古い言葉をこのまま維持していいのか。成年後見のときもそうですけど、「禁治産」とか「準禁治産」という非常に差別的な用語は改めましょうということで、ネーミングとか用語自体を改めるということが起こっています。例えばワシントン州などは1984年くらいの段階でペアレンティング・レスポンシビリティ (parenting responsibility) という、イギリスの児童法とかいろんなところで言われた、親の責任みたいなことで、用語を変えているところもありますし、基本的にはカストディ (custody) という形とか、要するに古い親の権利というものから、子どもを中心とした用語に変わって、親

の養育責任、コペアレンティング (co-parenting) とか、ペアレンティングプラン (parenting plan) という形で、離婚や別居によって、親が共同生活できなくなったときの子の監護や交流の形態についての法的権限と責任の分担、こういうことにシフトしています。

それからもう一つは、身上監護においても、多様な生活関係があつて、それに対するかかわり方をどうするか、たとえば医療の問題は非常に重要ですし、教育も重要ですけれども、そういった身上監護についての問題のリストを挙げて、それを時間的な系列と项目的な問題と分けて議論していく。それを専門的立場からコーディネートする人たち (Parenting Coordinator) が養成されているということも重要です。単独親権で、どっちが監護権をとるかという、お互いが火に油を注ぐような形になって非難し合ったりしますけれども、あなたは一体どういうことを子どもに対してやってきましたか、これから離婚した後どういうことができますかという、そこで競争し合うわけです。そういう意味でのコンフリクトとか意見の違いというのが当然起こるわけですが、それを破壊的な形でお互い同士に向け合うのではなくて、競争しながらお互いの役割や責任というものを自覚させる方向で競わせる、意見の対立を解消していく、そういう大きな流れがあります。

さらにもう一つは、そのときに、親だから、離婚しようがしまいが子どもに対しては共同の責任と一定の権限を持っていることが大前提になっている。親としての地位とか役割というのは不変で、親権や監護権をとるかとらないかで、オール・オア・ナッシングに法的な地位が決まるというのではなく、親として子どもに対してどう向き合っていくか、どうかかわり合っていくかということをも前提とした上で法制度が組まれているということにも大きな違いがあるように思います。

たとえば解決の基準においても、子どもの利益ということが言われますが、子どもの利益という言葉自体が非常に不明確で漠然としているわけですから、それを場面ごとに、紛争の状況ごとに、どういう原理や原則が解決基準として具体的に機能するのかということを考えています。

3 比較法的スコープ

それから、一番大きな違いというのは、紛争をめぐる調整とか支援の具体的なサービスが充実し、その問題の解決や調整のためのプロフェッショナルを養成し、紛争解決の専門性を強化しているという傾向がたいへん強いことです。父母の教育プログラムなど、ファミリーサポートセンターという形で家庭を支援する、地域のコミュニティでのさまざまな窓口やバックアップの体制が充実していることだと思います。社会福祉とか児童保護機関というところがチームを組んで、子どもの問題について各機関の特性とか役割を果たしていく。そうした関係プレーとかチームプレーが組織化されているというのが、アメリカでも言えるのかなと思います。

いずれにしても、多様な紛争と多様な当事者がそれぞれの問題を抱えているわけで、それにはかなり弾力的、柔軟な共同の子育てについての参加とそのための不可欠の条件づくりとか、法整備みたいなことは進んでいて、それに対する社会的支援制度が充実しつつあると思います。以上です。

遠山 棚瀬先生、これに加えてコメントをいただきたいのですが。

棚瀬 1980年前後のアメリカでは、離婚後の対応に関して革命的と言えるほどの発想の転換、意識の転換があったと思います。それはどういう転換だったかといいますと、子どもの視点に立つということだと思います。それ以前は心理学者も、親が高い葛藤を抱えて結婚生活を送っているよりは、別れて葛藤から解放されて、それぞれ幸せな家庭をつくるほうが子どもにとっても幸せである、ということで、「親の幸せ」イコール「子どもの幸せ」と考えていたと思うんですね。

ところが、子どもの権利条約とかそういう流れと一貫していると思うのですが、子どもという弱者の考えを実際に聞いてみようじゃないかということで、心理学者によって、親が別居・離婚した130人を超える子どもにインテンシブに半構造化面接を行ったんですね。子どもの意向の把握というのは家裁の調査官も試みていますがなかなか難しいものですが、訓練を受けた臨床家がやれば、投影的な方法を用いたり、オ

オープンエンドな質問をするなどの方法で、真意をつかまえられるわけです。その時に得た結果というのが非常に衝撃的でした。つまり親が離婚して幸せに思っている、子どもは必ずしも幸せとは思っていない。こうした事実が明るみに出てきて非常に大きなインパクトを社会に与えました。結局、子どもというのは、ある程度両親間に葛藤があっても、やはり両親が別れずに居てくれる方がいいと思うようで、親が離婚した後も和解幻想が強いということが分かったわけです。しかし、親が離婚の話題に触れずにいると、その話題はタブーになり、子どもはそうした気持ちを封印してしまいます。その当時の心理学者は、アンナ・フロイトもその一人ですが、結局、離婚後に両親と接触し続けなければ忠誠葛藤が起きてくるので良くないと主張し、80年頃までは、アメリカも8割5分ぐらいが母親による単独監護でした。しかし、ここで現在の日本と大きく違うのは、単独監護であっても、別居親には法律的な権利として面接交渉権というものが100年近くきちんとあったことです。この辺を考えると、日本の家族法はアメリカよりも100年以上遅れていると私は思っています。当時のアメリカの子どもたちは、今の日本の子どもたちと違って、離婚後、多くの場合はお母さんと暮らして、隔週末ごとにお父さんと会うというのが基本的な形でしたが、それでも子どもの気持ちを聞き取り調査してみますと、お父さんにもっと会いたいという気持ちが圧倒的に強かったのです。

そこから、子どもたちの「もっとお父さんに会いたい」という気持ちを法制度に何とか生かせないかということになったのです。それに加えてフェミニズムの浸透によって人々の意識も変わり、実際に父親の中にも母親並に子どもの養育に関わったり、非常に母性的関わりをしている父親も増えてきていました。それにもかかわらず、一度離婚すると母親が監護権をとってしまうということで、男性からの反撃も強くありました。こうしたさまざまな要因が重なって、アメリカのカリフォルニア州で1980年に、基本的には両親が共同監護という合意をした場合、あるいは合意ができなくても裁判所で合意に達すれば、それが子どもの最善

3 比較法的スコープ

の利益に合致しているという推測が働くというふうに法制度が大きく変わりました。

それと支援システムと法制度のどちらが先かという議論ですけれども、私はアメリカの実態を見ていて、法制度が共同監護という方向に大きくシフトして、そこからいろんな矛盾とか問題点が出てきて、その後に支援制度が必要に迫られていると育ってきたという見方をしています。例えば、相当なる面接交渉権はアメリカでは100年以上もあります。共同監護となってもすべての人が共同監護を選ぶわけではなくて、さまざまな形式の養育の形が出てきており、共同監護をしていない別居親には面接交渉権がすべての場合に与えられます。けれども、その時に相当なる面接交渉権と子どもの福祉という点で、非常に大きな葛藤が起きてくるケースがあります。そういうケースというのはDVや児童虐待が絡んだケースですが、そういう問題への対応方法が定まってきたのもアメリカではここ10年ぐらいとごく最近のことです。そういうケースの場合であっても子どもと両親の接触を基本的には継続していこうとすれば、どういう風に監護親と子どもの安全を守りつつ非監護親が子どもと会えるという体制を作れるのかということで、その辺からビジテーション・センターでの監督つき面接交渉であるとか、あるいは非常に葛藤の高い夫婦であれば、監督だけするのではなくて、もう少し治療的に介入していくという方法も取り入れるとか、そのほか葛藤の高い夫婦に対しては、単にビデオを見せるという教育プログラムではなくて、もう少し積極的に介入する10時間ぐらいのインテンシブな教育プログラムであるとかができてきました。日本では両親間に協力関係が築けないようであれば、少なくとも直接的な面接交渉は控えたほうが良いといった判決が出ることが多いのですが、アメリカでなされた別居・離婚後の両親の関係性に関する実証研究の結果によれば、別居後5年半ぐらいの時点で協力的な関係を持てる親というのは3割弱とされています。一番多い形は、共同で子育てに関与していますけれども、お互いに一切関わりを持たない無関与的なパラレル・ペアレンティングの形で、6割5分ぐらいを占め

ています。非常に葛藤が高いのは1割弱ということになります。

離婚自体が子どもに悪影響を与えるのではなくて、葛藤の狭間に子どもを置くことが良くないと言われていますが、上記の調査によれば9割ぐらいの親というのは、葛藤の狭間に子どもを置いていないわけですから、別居・離婚後に協力関係がなくても子どもにとって利益となる共同子育ての形は可能だと思います。ですから、先ほど触れましたアメリカの支援システムというのはこの1割弱の非常に葛藤が高くて、何度も何度も裁判所に戻らなくてはいけない人たちにターゲットを絞っております。つまりアメリカでは高葛藤を抱える人たちでも親子関係を断絶させるのではなくて、さまざまなサポートをしつつ接触を続けさせようとしているわけです。こうした少数の人たちのために国を挙げてシステムづくりに力を注いでいるというあたり、非常に心強いという感じがします。その辺の問題は、日本でも今後、大きな問題となってくるだろうと思っています。

遠山 実務家の先生方が御指摘くださった子どもの奪い合いの問題とか、面接交渉の困難化の問題というのは、端的に言って、棚村先生、アメリカではクリアされていると考えてよろしいのですか。

棚村 棚瀬先生がすでにおっしゃったのですが、当事者がお互いの話し合いで十分問題の解決ができる夫婦というの也不错いあります。弁護士に間に入ってもらうだけで簡単に合意ができていくというのもあるわけですが、話し合いで解決しそうなときは裁判所のメデイエーションという手続を使って合意をします。ところが、なんとしても、話し合いができず最後に残ってしまう葛藤の激しいグループがあります。対立葛藤の激しいグループに専門家がそれなりの時間や労力をかけて介入をし、支援をし、それでもどうにもならなければ、最後は判決で争わざるをえません。それを段階的にスクリーニングしながら、ここら当たりの紛争程度のカップルにはどういうお手伝いをすればいいかというのをどんどん振り分けていきます。そうした紛争の管理や整理の仕方がかなり工夫されています。教育プログラムに参加するような人たちは、自分たちでかな

3 比較法的スコープ

り話し合いができたりする人たちですから。父母教育プログラムに参加しないとか、参加してもかなり葛藤が激しいとか、あるいはDVとか虐待とか、そのあたりの困難なケースをいかに拾い上げて、それに対して適切な支援システムや情報提供とか、専門的介入をしていくかということがアメリカ法では大いに参考にはなると思います。日本は全部家裁に集めてしまって、また、協議離婚では、子どもの問題についても財産の問題についても当事者に丸投げしていくわけで、そこで十分な合意がされず紛争が非常に複雑になっていくというケースがあったり、逆に当事者に少し情報提供すれば簡単に解決するようなものも家裁に来させたりする。そのあたり、協議離婚という丸投げしている部分については何らかの工夫をするなり、基準を示すなりして、当事者では解決できないようなケースだけを司法の場で、一定の基準などで調整したり、判断をしたりすべきかと思います。システム全体をもう一度見直していかなくちゃいけないのかなと思います。

遠山 同じ質問を、棚瀬先生お願いします。日本の制度だとこういう困難な問題が生じているけども、アメリカの制度であれば、すべて解決することはできなくても、困難度をかなり低下させているのかどうか、ということをお伺いしたいです。

棚瀬 基本的には、日本の場合には、面接交渉も監護権を持った親の意思次第というあたりで、紛争は非常に激化していると思います。面接交渉が法的権利として規定されていれば、今の状態よりは良いと思うんですね。さらに、両親が離婚後も子どもの教育や医療など大きな問題にも関わられるという、結婚中の親としての役割がそのまま残るような法制度であれば、さらにもっと今の争いは低くなってくると思います。

しかし、離婚後も子どもの養育に平等に関わることもできる、というところまで選択肢を増やしても、それでも葛藤が高い夫婦が最後には残るわけです。人格障害の人もいますし、あるいは一方が離婚する時に相手に非常に大きな屈辱を味わわせたとか、さまざまな離婚の経緯が原因となって、法制度さえ変えればすべての葛藤や争いがなくなるとは言い

きれないというのが今のアメリカの実態を見ていて感じることです。アメリカでも子の奪い合いは激しいです。どうしても合意が成立しない時には、本当は自分が子どもと暮らしたい、あるいは本当は別れたくないということで嫌がらせで子どもを奪う人も現実にはいます。そういう場合でも、法制度としては、離婚後も子どもと親というのは継続して接触を保つことが子どもの福祉に適うというポリシーを出していますので、禁止するわけにはいきません。そこで苦肉の策として、子どもを奪うという行為が現実化しないための方策として、ビジテーション・センターで監督つきで、必要とあればパスポートも預かって、絶対に誘拐が起きないような守りの中で会わせます。原則を貫くために徹底してやり抜くというあたりは、非常にいいなと感じます。

(2) イギリス

遠山 それでは、次にイギリスについて、川田先生にイギリスのスコープから見た場合の検討点をお願いします。

川田 イギリスは、破綻主義離婚法のもとで、5つの離婚原因のいずれかに該当すれば破綻したとして離婚が認められてきました。しかも、立法ではなく、裁判所規則によって、離婚をすること自体を争わない「無防衛事件」の場合には、書類審査でほとんど自動的に離婚を認めるというシステムにしてしまいました。そうなりますと、離婚が認められるかどうかはどうでもいい問題となり、子どもとか財産とかの「付帯事項」をどうするかが、問題の中心になってきます。

そこで、1996年に、離婚を望む者のために1年間の「反省と熟慮の期間」を置き、その経過後に離婚を認めるという法律が成立しました。この期間に、本当に婚姻が破綻したかどうかを反省させるとともに、離婚した場合の子の措置等を十分話し合わせることを狙ったのですが、期待どおりにはならないということが検証され、結局、2000年施行の取りやめが決定され、古い制度がそのまま存続することになってしまいました。

3 比較法的スコープ

そして、今日の実態でいいますと、離婚は申し立てがあれば、ほとんど認めるわけですから、離婚そのものは完全に行政的な処理になっています。しかし、子どもの将来のアレンジについては、合意されたアレンジ申告書を必ずつけることになっています。父母のどちらと住むか、面接交渉はどうするか、学校はどうするか、といった事項について、フォームに書き込んで、離婚請求書類とともに提出します。法規定上は、裁判官はアレンジの不十分さを理由に離婚を却下することができますが、その例はほとんどないようです。

そして、子どものためのアレンジ、ことに子の居所か、面接交渉について合意できない夫婦は、裁判所命令を求めて、別に訴えを起こします。面接交渉に関していえば、約10%（数字の上では、日本の裁判離婚とほぼ同じ）いるそうです。これについて、裁判所がアレンジをして命令を出すことになります。しかし、その結果についての満足度調査によりますと、自分たちで合意できたカップルは、そのほとんどがアレンジの結果に満足しているのに対し、裁判所命令に対しては、大体5～6割の人は不満足なのです。離婚を決意した場合に、必ず弁護士に相談に行き、弁護士のアドバイスのもとにそのアレンジは作られていますから、当然といてもよいのでしょう。

ところで、つい最近、面接交渉に関する立法が成立しました。これは、前述の約1割の子の監護についてのアレンジの合意ができないカップルのために、裁判所でなく、自分たちの合意による面接交渉の確立・維持に支援を用意し、うまくいかないケースについて、拒否する側に、地域での無償労働を課すという罰則つきで面接交渉命令を出すというものです。同時に、面接交渉の拒否のために相手側に生じた何らかの損失、例えば、休業補償とか、無駄になった交通費について賠償をさせることができます。できたばかりですから、実際どういうふうに機能するかわかりませんが、とにかくそのような立法を今回実現させました。

また、先ほどの皆さんの話をうかがっていて感じましたが、日本の場合はあくまでも離婚訴訟としてやって、離婚をさせるかどうかにかかわ

るわけです。しかしそれは、むしろイギリス的に、そっちはどうでもいい問題として、むしろ付帯事項の方を重視するような仕組みはできないのか。イギリスのように、離婚届に、単に親権者を定めるだけでなく、子どもの措置も含めたものを書かせ、しかもどこかでチェックできるような機構を設けることができないのか、と思いました。それにより、多くの問題が解決できるのではないかと感じたからです。

それともう一つは、この立法の過程で、父親側の子に対するものすごい執念が示された場面がありました。ほとんど母親が子を引き取り、父親には面接交渉が認められるのですが、その場合に、父母の育児時間は均等という原則を法文上明記し、父親が満足できる程度の面接交渉の実現を図るべきだという運動が、父親が組織する圧力団体によって起こされ、それをマスコミも取り上げ、大騒ぎになりました。そこに、父親の子に対する執念の強さを感じました。日本では、単独親権で、親権を取るか取られるかだから、取られてしまったら、もう仕方がないとして、関心が薄れてしまうということになるのでしょうか。

このような、子と会うことに対する執念の違いは、単に民族とか文化とかという違いじゃなくて、制度の相違から来るのではないのかと思いました。イギリスの場合に、離婚をしても、親責任は両親がそのまま同等に持ち、100%行使できる建前です。そのように、親の責任について、単に愛情を頼りにするのではなく、法的な裏づけを持たせるという建前をとって問題を考えていくということが、問題を解決していく途かなという気がしているところです。

遠山 面接交渉の容易化とか円滑化というのにはとても工夫されているなという印象なんです。イギリスでは子どもの奪い合いという問題は余り顕在化しないのですか。

川田 先ほど1割くらいの夫婦が裁判所にもち出すと申し上げたのは、面接交渉に関してなのです。子をどちらが引き取るかという、居所命令について、かつての監護権についての争いも、同じくらいあるようですけども、その実態についてはわかりません。

3 比較法的スコープ

大国 離婚とその他の付随的な問題は別々だということを言われたので、法律上よくわからないのですが、日本の場合には未成年子がいる離婚は親権者を定めないと離婚が成立しないという法律になっているんですよね。ですから、財産分与の関係では、2年間は除斥期間があるので、財産分与が決まらなくてもとにかく離婚をして親権を決めてから、というような解決の仕方があるんです。慰謝料もそうですね。養育費も、子どもがとれば今のところは放棄しておこう、決めなくてもいいわ、そのうち養育費は請求するぞって、事後で決められるものもあるんです。しかし、親権だけは単独親権規定ですから、未成年子は必ず離婚のときに親権者を単独親権で決めなければならないとなっています。イギリスの法律だとどうして離婚とその付随的なものが別々にできるのですか。

川田 親権そのもの（親責任）は、離婚しても両親双方が離婚後も持っているという前提です。どっちが引き取るかを争って、しかも、引き取ってない方も親権を持っています。例えば夏休みは父親と過ごす、あとは母親と過ごすとか、そういうアレンジも、面接交渉命令でなくて、共同居所命令の請求として争うことも可能です。

棚瀬 そのほかに面接交渉も日常あるわけですか。

川田 面接交渉命令が出される割合が最も多いようですが、共同監護者として、言ってみれば時間を決めるような形での命令が出されることもあります。

棚瀬 面接交渉じゃなくて共同の身上監護ということですね。

松浦 イタリアも、アルテルナート (alternato) といって、交互的監護と言いますか、そういうものと養育 (affidamento) を分けて考える立場、用語があります。日本でいう面接交渉は、監護権の行使の一形態ということになるようです。したがって、訪問権 (diritto di vista) は、父母についてではなく、祖父母など親族についての問題として取り扱われています。

大国 それで裁判所に請求をしなければいけない。そうした請求に対して裁判所がアレンジというのを示して、それだけは合意するというように

なるんですか。

川田 ジョイント・レジデンス・オーダー (joint residence order) といいまして、共同居所命令という形で、夏休みはこっちという形での命令を出しえます。必ずしもどちらかを主たる監護者、そして面接交渉という形は、とらなくてもいいわけです。

棚瀬 自分たちで合意する9割の場合は単独居所ですね。つまり、共同居所命令で両方に居所を持つのは1割弱くらいなのですね。それは結構アメリカとも似ています。アメリカは今多様な形になっており、イギリスのように自動的に共同法的監護、親権を共同でということはありませんが、大体7割5分ぐらいは共同で法的監護権を持っていますね。しかし、共同身上監護という、居所が両方大体平等で面接交渉が必要ないというのは、カリフォルニア州では多くて2割近いですけど、マサチューセッツ州などは5%ぐらいと少ないと報告されています。イギリスも1割弱と二重の居所は少ないですよ。

川田 イギリスで1割といったのは、子のアレンジについて争われる割合です。ほとんどは、離婚についてソリシタに相談した段階で、そのアドバイスでアレンジは合意されてしまうようです。

棚瀬 アメリカでも、選択肢を与えても、それは非常に少なく、お母さんがもっぱら日常の監護を一人でしていますし、イギリスも、選択権をもらってもやはり母親が監護している人が多いようですね。母親優先を一度取っ払って性的にニュートラルな子の最善の利益基準にしましたけれども、それでも母親優先が実態としては残っているという実情がありますよね。

大国 それも働く母親がふえてきているといますか、育児時間の均等、というのは男性側が言うわけでしょうか。日本もだんだん働く母親がふえてきていますが、育児時間にかかわる時間は、均等と言われても社会的に均等性がないわけで。

川田 いや、命令を出すについては、児童法に、子の年齢その他、子について考慮すべき項目が列挙されていますから、その中に養育時間の均等

3 比較法的スコープ

の原則を明記せよという要求です。法律や裁判官は男に偏見を持っていて、母親ばかりが有利に扱われていることを是正するために、その精神を徹底させろというわけです。

棚村 アメリカでも父親の権利主張というのは今すごく強くなって、ファミリーロー・クォーターリーなんかでもシンポジウムをやって、父親の権利というのを主張する、あるいはディフェンドする研究者も増えてきています。父母双方が共働きですから、おじいちゃん、おばあちゃんを含めて、ベビーシッターとかそういう人たちの監護の実績や監護能力を比較するような裁判が行われるケースもでてきています。それくらい監護や養育補助者みたいなものが必要になってくるので、その意味では母親優先原則というのは崩れつつあって、ただ、プライマリー・ケアテーカーみたいな形で、事実上は母性が復活してみたり、いろいろするんですけど。結局、男性でも子どもを養育し、むしろ母親以上にマザーリングをできる人たちもいるし、母親の中でもマザーリングが十分できない人たちもいるので、そういう形で父親の権利の主張は、イギリスでもそうでしょうけど、アメリカでも勢いを増している。1979年のカリフォルニアの共同監護法はそのような背景で登場したものです。

棚瀬 逆差別だということで騒いだわけですね。

川田 さっきの父親の主張がどのように受け止められたかということ、もちろん、主張自体は立法には反映されませんでした。しかし、議会の特別委員会がこれを取りあげ、そのような主張が出てきたのは、家族法関係の裁判が余りにも非公開で、裁判官の大きな裁量に任されていることに対する不満が、この問題に火をつけたためだとして、できるだけ家族法裁判を公開せよという趣旨の報告書を出しています。

大国 日本でそれを言うときには、日本の裁判官は男ばかりだと。だけど、イギリスやアメリカでは割と女性が多いんでしょ。だから必ずしもそのような考え方でもないんですね。裁判官の裁量というのは日本の場合には男の裁判官だからわからないということは言えていたのですが、イギリスやアメリカでも言えるんでしょうか。

川田 それは問題にしていけないようです。法が悪いんだ、法がひいきしていると言っています。ただ、母の側からも、同じような不満があるかもしれませんね。

増田 離婚そのものに争いがなければ書類だけですむが、その書類には子どもについての措置を書かせるというようなことを伺いましたが、それはどの程度具体的に内容を書かなければならないのでしょうか。アメリカではペアレンティング・プラン (parenting plan) といって、かなり詳しいものをつくらなければならないというご紹介があったんですが、それと似たようなものと理解していいのかどうかという趣旨の質問です。

川田 それにはフォームがあります。ペアレンティング・プランというようなものではなく、事務的な事実の記述を求めているにすぎません。

増田 ペアレンティング・プランというのはすごく魅力的な制度だと私は思っているんです。親が自主的に、いろんな専門家のアドバイスを受けながらつくっていかなければならない、子どものためにいい計画をつくらなければならない、という意味ですごく有意義だと思うんですね。私の専門分野から連想したのは、リハビリテーション・プラン (rehabilitation plan)、つまり民事再生計画ですね。破綻企業の再建手続として平成12年4月に施行された民事再生法の下では、会社が従来通りの経営者による経営を行いつつ、弁護士や公認会計士などの専門家の協力を得て、あるいは裁判所や監督委員の意見を聴きながら、会社の再生計画を立案し、実行する手続ですが、それが日本では今かなり機能している状況です。かつての和議は、何ら保証のないまま債務者が建てた和議条件に渋々同意しなければならず、和議が認可されても履行の保証もない、結局再破綻することも多い、信頼できない制度と言われてたんですが、民事再生になって、制度の信頼性が高まった結果、日本の倒産法制は、全体が過去の清算よりも将来の再建を重視する方向に動いています。過去の清算というところにはかなり感情的な部分が入ってくるから、管財人ではなく従来の経営者が引きつづき経営していく自主的再建手続が本当にうまく機能するかという危惧が当初はあったのです

3 比較法的スコープ

が、現在では実務に定着しており、和議のころとは比べものにならないほど多く用いられています。ペアレンティング・プランも、同じように、第三者からこうしろといわれるものではなく、自分たちで専門家の助力を得ながら、自主的に話し合っ、考えて、破綻した家族関係を別の形で再生していくということですね。

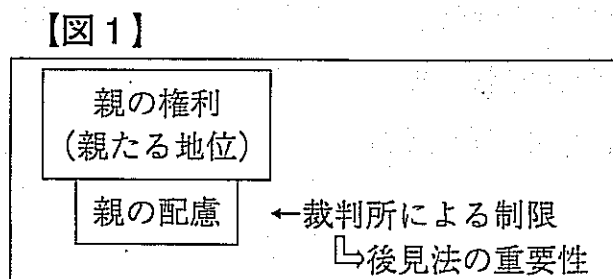
棚村 親が相談しあって、親の養育計画書を出さないと離婚も認められない。ただ、その調整や援助を子どもの問題の専門家から受けられる。紛争性が高いものは心理とか児童とかの専門家が調査官とか調整官という形にいるので、そのペアレンティング・コーディネーターが合意やルールを作る支援をする。お互いをいかに子の利益のために積極的な役割を果たせるかで競争させるわけです。私も実際にカリフォルニアのロサンゼルス家庭裁判所などで見ましたけど、週ごとに月単位で年間のスケジュールを立てさせ、課外活動とか学校とか医療とかいった項目ごとに、今までこういうことをやってきて、今後どういう協力や支援が自分ではできるかということ埋めていく作業です。当事者それぞれが埋めた項目や事項を足して、課外活動ではこれでいいですね、学校ではこれでいいですかみたいな形で進めます。したがって、自分たちで冷静に話し合いができる人たちは割とそういうものを既につくっているもので、合意形成は比較的簡単です。大体、教育とか宗教とか医療とかでトラブルになるケースが少なくありません。年間の面会交流も月に1回だったら第何土曜日の何とかとか、毎週だったら何時から何時までというカレンダーがあって、それに丸をつけていくのです。これに何か変更や修正があれば、トラブルが起こったときはどういう連絡方法をとるとか、そういうものもほとんどひな型があって、それに従ってやってくことになります。子育てへの関与や協力、交流の具体的なプランを作らせたり、共同作業をやらせていく中で、自分たちが本当に子どもと関わりたければ、争っている余地なんかありません。昔どうだったとか、あんなひどいことをやられたとかいう過去の争いより、もちろん争うケースも10%、20%いますが、ほとんどの父母はそういう形で中長期の養育計画を埋めて、争

いの解決方法や問題の交渉方法まで取り決めておく。そういう具体的作業を日本もさせた方がいいのかも知れません。協議離婚も含めて、子どもさんがいれば、どこかの機関で、相談センターとかそういうところに行かせて、専門家のアドバイスを受けながらつくらせれば、民事再生じゃないけど、将来に向かった計画ができます。今はシステムとして争わせている、右か左か、黒か白か、どちらをとるかという、あれは本当に不幸な知恵のないシステムです。

(3) ドイツ

遠山 ドイツの制度について、子どもの奪い合いの問題とか、面接交渉の困難化とか、根底にあるのは子どもにとってハッピーかどうかということですね。鈴木先生、そういう点をドイツ法の制度の視点からお願いします。

鈴木 (博) ドイツ法の特徴の一つは、1979年の親権法改正で、親権という名称が、“elterliche Sorge”, 「親の配慮」という概念に変更されました。この親の配慮の上位概念として、基本法(憲法)6条2項で、明文をもって親の権利が規定されています。子の養育と教育は親の自然の権利であり、かつ親の義務であるとしています。これは民法上の親の配慮というものの上位概念として、「親たる地位」として設定されていると考えられているわけです。両者の関係を示したのが図1です。



日本でいうところの親権制限、親の配慮の制限ということを裁判所は法律(民法1666条・1666a条)の要件に従って行うわけですが、それはあくまでも「親たる地位」を制限してしまおうのではなくて、親の配慮、日本でいうところの親権を制限するということです。この親の配

3 比較法的スコープ

慮の制限については、全面的に制限する場合もあるし、部分的に制限する場合もあります。日本法と異なるのは、制限した場合には、その制限をした程度に応じて、全部制限した場合には後見ですが、一部制限した場合には保護という制度があり、保護人にその権限をその都度委譲していくというシステムになっております。これはきょうのテーマとは違うところに行ってしまうからこの程度にとどめますが、児童虐待のように子の福祉が危険にさらされるときに、今まで以上に家裁が介入をしやすくするという改正案が2007年7月11日に出たところです。

それで、ドイツでは1997年に改正が行われて1998年から新しい親子法が施行されています。この親子法で、法文上は共同親権、共同配慮が原則になりました。それ以前は日本法と同じような単独親権でした。単独親権ではあったけれども、1982年に連邦憲法裁判所が、共同親権を行うことができないということについて憲法違反であるという判決を出しています。これは、離婚をしたけれども近くに住んだり、場合によっては一緒に住んでいるようなケースであって、そこで子どもを共同で見ているというケースについても単独親権であるということ、つまり親双方が共同親権をできるという状態と能力を持っていて、しかも親が共同親権を行うという意思を持っていながら、それができないというのは基本法に違反するという判決です。それ以後、現実には共同親権ということをやろうと思えばできるようになって、1982年以後は、民法の条文上は単独親権であるけれども、実際にはおよそ2割程度が共同親権を行ってきたと言われております。

1997年にドイツ法が全面改正されたわけですが、その一つは、アメリカの80年前後と似たような状況がドイツにもあったのだと思います。どういうことかということ、意識が変わったんだということをしきりに申します。社会環境も、離婚が非常にふえたし、意識も変わった。その意識というのが突然、ある年になったらいきなり変わったということはないと思いますが、その状況に法律を合わせる必要が発生した。

それともう一つは、子どもの権利条約を批准承認したので、それに対

応する法制度をつくらなければいけないということから改正が行われました。現実問題としては、離婚の後、実際に子どもがだれと住むかという母親と住むことが多いわけです。これは単独親権のときにもそうだったわけですが、そうすると問題になるのは、その当時「交通権」と日本では訳しておりましたが、面接交渉権です。大体父が次第に子どもと面会しなくなって、1年もたつと交流がなくなるということが非常に問題視されてきたわけです。子どもの権利条約（9条3項）も父母双方と交流し続けることが子の福祉に合致するのだという基本的なスタンスに立っていると思います。ドイツだけではないと思いますが、法改正に際して、その時代、その時代の心理学や精神分析学の研究成果を比較的素直に受け入れています。離婚後、子どもが父母と関係を持ち続けるということが、子どもにとってはいいことなんだ、子どもはそれを望んでいるんだ、子どもの福祉にそれが合致するんだという基本的なスタンスに、97年の改正は、立つのです。これは1970年代に、ゴールドシュタイン、フロイト、ソルニットの学説が出たときに、ドイツではこの学説が非常に大きな影響力をもち、79年の法改正前後の文献では、頻繁にこの学説が引き合いに出されています。子どもの時間感覚を尊重しろという主張は、今もなお生きていると言えると思います。

現行の離婚後の親子関係に関する規定というのは、1976年の改正でドイツは離婚法に破綻主義を全面的に導入しましたので、親の離婚については理由のいかんを問わずに、一定の別居期間の存在によってこれを裁判所が認めるという基本的な立場に立ったわけです。そのときに行われたのは、全件が裁判所による判決離婚ですので、親権者をどちらにするのかということについては逐一裁判所がチェックを入れるという、これは手続の強制結合と呼ばれていましたが、このシステムをとりました。しかし、98年法ではこのシステムをやめました。やめたことについては一部には批判があるわけです。子どもの福祉に合致するのかどうかということを、逐一チェックしなくなることになるので、子どもの福祉の確保にとってどうなのかという批判もあることはあります。これは、一

つは、共同配慮制度を離婚後について原則にする。親は離婚するときに1年間別居しなければ離婚できない。1年間別居すると、その間に年金調整であるとか、財産の清算であるとか、子どもの処遇以外の点についても話し合いをして、書面をつくって、子どもについては共同配慮で合意ができていればその旨の記載をし、単独配慮で合意ができていればその旨の記載をし、裁判所に提出すると、裁判所はその合意を基本的には尊重する。裁判官によってはその場で、子どもについての話し合いがちゃんとできているかということを確認することもあるようですが、それは裁判手続の中では義務づけられてはいない。書面によってそれは審査をするということになっていて、そこでもし合意ができ上がってれば一々チェックはしない。あとは裁判所がその他の点についても、特に年金調整とかその辺の判断をして判決を下して、届出をするだけだ。ドイツの人と話をしていると、日本には協議離婚制度があり、協議離婚の場合、当事者が合意すればあとは届出だけでいいんですよと言うと、それはドイツと同じだと言うんですね。しかし、周知のように日本とは大きな違いがあり、合意は合意なんですけど、ドイツでは全件判決離婚です。この点は根本的に違うわけです。

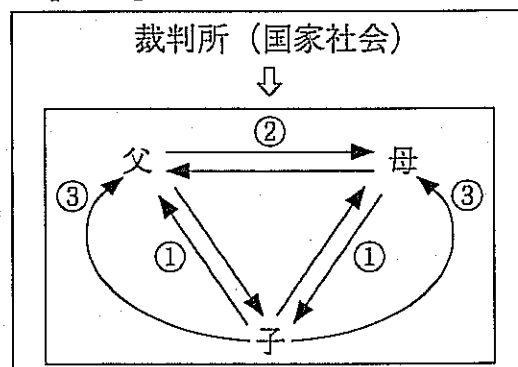
問題は同意がない場合なんです。単独配慮でも、同意があればそれによろしいということになっていますので、単独配慮でもめるというときには、14歳以上の子どもが、親同士は同意しているけれども単独では嫌だという意思表示をした場合には、裁判所は単独配慮を認めることはできない。親が自分に親の配慮権をよこせと争っている場合には、もちろん裁判所が実質審議をする。単独配慮にすることが子どもの福祉に合致するのかわからないのかということについて審査をすることになって、ここは従来型の紛争が持ち越されるということになるかと思えます。

単独配慮か共同配慮かということで行きますと、大体7割が共同配慮を選んでいて、残り3割が単独配慮。日本は批准・承認していませんが、子の奪取に関するハーグ条約を批准・承認しています。つまり、ヨーロッパの場合には国境を越えるのは簡単ですし、ドイツ固有の事情として

は、中東、トルコ、アフリカなどからドイツに来て、そこで離婚紛争が起きているというようなケース、例えば、ドイツ語がしゃべれないけれどもドイツで働いて、離婚になって、離婚判決でドイツの裁判所が通訳をつけて判決を出すというようなケースはまれではありません。そうしたケースで子どもを連れて行ってしまえば、国際的な子の奪取の問題になります。

重要なのは面会交流ですが、用語が変わりました。フェアケールスレヒト (Verkehrsrecht)、交通権という単語から、ウムガンクスレヒト (Umgangsrecht) という名称が変わりました。交流権と訳されています。面会交流権は、子の権利であり、かつ親の義務であって、さらに親の権利であると規定されています (民法 1684 条 1 項)。ドイツ的な考え方でいくと、子どもは親に対して面会交流を求める権利を有していて、それに対してはそれに応じる義務が親にはある。図式化しますと、これは図 2 の①の部分にあたります。と同時に、親も権利を持つわけですが、子どもに対して会えという権利ではなくて、父母相互間でちゃんと面会交流を行わせろという権利義務があって、これは図 2 の②の部分にあたります。さらに子どもの権利として考えなくてはいけないのは、お互いに面会交流をさせるという機会を確保しろという権利を子どもは父母双方に対して持っているというふうに、ドイツ法の構成としてはなるだろうと思います。この部分は図 2 の③の部分に該当します。それを、憲法は国家社会という言葉であらわしていますが、裁判所がチェックをします。

【図 2】



3 比較法的スコープ

申し立てを契機にチェックするということになると思いますけれども、そういう構造をドイツ法はとっています。

面会交流に関連しては、お互いに子を取り込んだり、あるいは悪口を言ったりということをしてはいけないという義務を法文上用意しております（民法1684条2項）。親同士が悪口を言わないということについてこの法文が止めることができるかどうかはわからないと指摘されていますが、そういうことをしてはいけないという義務が法文上書かれていて、さらに、手元に子どもを置いて育てている親に対して、他方の親は子どもに関する情報請求権を持つということを民法で規定しております（民法1686条）。それから、実際に共同配慮が7割ですから、それぞれ親の配慮権を持つといいながら、日常生活の面倒見では、細かなことについては手元に置いて育てている親が判断しなくてはいけないわけです。そういうことについての判断は、現に手元に置いて子どもを育てている親が判断権を持つという規定を民法は置いております。例えば小遣いを幾らにするのかとか、何時に寝るとか、言いつけを守らなかったからきょうはテレビなしだとかというような判断は、現に子を養育する親が判断権を持つ。ただ、重要な事項については共同で決定しなくてはいけないという条文を設けております（民法1687条, 1687a条）。

以上が98年法の概要で、私どもが昨年ドイツへ行ったときの状況だったんですが、それが、非訟事件手続法を全面改正し、家事事件に関する総合的な裁判手続に関する家族法の手続法を全面改正し、新しく作り直すという法案が、今年の5月9日に出了ました。この法案の内容が、今私が概要を述べましたドイツ法のさらなる改善を要するべきと考えられている点だといえると思います。以下、簡単にその内容について言及いたします。

1つ目は、面会交流に関する紛争が今よりももっと迅速に処理されなくてはならないという点です。2005年の統計で面会交流についての紛争がある場合、決着する期間が平均6.8か月かかっている、これは長過ぎるので、紛争が係属中も子どもが父母双方との関係を維持できるよう

にするために、係属中にも面会交流が可能となるような法改正が行われるということ。

それから、父母の合意によって解決するようなことが今でも行われていますけれども、それをもっと明確な法的根拠に基づくものにするという提案が出されていて、面会交流についての手続をもっと短くすることと、手続中も面会交流を確保するということが一点であります。

さらに、こういう家事関係の事件については、申し立て後1か月以内に裁判所は関係者全員を集めて討議をしないといけないということを改正案に盛り込んでおります。そのときに、面会交流は非常に重要で、裁判所は仮の命令を場合によっては考えないといけないし、面会交流問題こそ、子どもと、世話をしていない父母の一方との接触が維持されて、その関係が損なわれないようになるべく裁判が早く行われなければいけないという改正を行うということであります。

我々がインタビューしてまいりました手続保護人 (Verfahrenspfleger) という制度をやや改めて、子どもの関与、あるいは裁判に関する参加権をもっと強化する。そのためには、名称上はフェアファーレンスバイシユタント (Verfahrensbeistand) といって、プフレーガー (pfleger) ではなくて、補佐人と訳されていますけれども、手続補佐人という制度を強化する。この補佐人の仕事というのは、子どもの利益を代弁し、子どもに裁判手続の経過とか影響力の行使について、子どもに対して情報を提供するということになります。さらに、従来の手続保護人とは違って、紛争においてより積極的な役割を引き受け、かつ、面会交流による取り決めのために、場合によっては父母と協議するというような積極的な役割を担う制度にするということになっております。

また、手続への参加人の範囲が拡大される。父母と子どもだけではない、実際に子どもを養育している養育人で、典型的には里親がそれに該当しますけれども、そのほかに祖父母などが手続に参加を求めることができるようにすると提案しています。なぜかという、子どもに関する事件では、例えば里親は、子どもに関して父母よりもよくその子どもの

3 比較法的スコープ

ことを知っているからであるというのです。

面会交流の執行の問題ですけれども、現在は面会交流を行わない親に対して強制金 (Zwangsmittel, Zwangsgeld) が科されることになっておりますが、これをやや強化して、秩序金, オルドヌンクスミッテル (Ordnungsmittel) ということで、お金を科すことには変わりはないんですが、やや強化したサンクションを与える。例として挙げられているのは、例えば、イースター休暇中に宿泊つき面会交流で父のところに行くことになっていたんだけど、これを母親がさせなかった。従来の手段でいくと、させないということがわかっている場合に、させろということで事前に強制金を科すことはできたけれども、その期間が過ぎてしまった後、実際に行わなかったことについてはサンクションを科せなかった。今度では行わなくてもサンクションを科すということで、やや強い、事後にも強制金を科すという制度に変える。時間が過ぎてしまっても執行可能な制度を取り入れるということを言っております。

それから、将来的には手続補佐人のほかに、面会交流保護人 (Umgangspfleger) を創設する。面会交流について難しい紛争があるときに、子どもと面会交流権者の交流を中断しないようにするために設けるのであって、例として挙げられているのは、葛藤の強い夫婦の場合に、その夫婦が直接会わないで済むように身上配慮権者のところへ迎えに行き、その子を持って、面会交流をする権利を持っている親のところへ連れて行って、面会交流が終われば再び身上配慮権者のところへ連れていくというシステムを導入するということです。

これは、監督つき面会交流とはやや違うということです。監督つき面会交流についてはドイツでも行われていて、多くの場合は教会系の団体が離婚相談や面会交流の監督者として立ち会う。それは少年局と言われる福祉機関が直接立ち会う場合もあるけれども、多くの場合は少年局が民間機関に委託するということがあります。

福祉との関係を見ますと、少年局が、日本でいう児童福祉法に該当する法律 (Kinder- und Jugendhilfegesetz, 児童ならびに少年援助法, 以下で

はKJHGと略称する)によって、離婚のときにもちゃんとケアをしろという規定が設けられていて、家庭裁判所は、未成年子がいる離婚事件では全件について管轄する少年局にケースを通知し、全件について少年局は父母に対して、少年局は離婚の際の援助をする用意があるという通知を行う(KJHG17条)。それを利用するかどうかは父母あるいは子ども本人の判断によるというシステムになっているというのがドイツの関与です。

遠山 ありがとうございます。増田先生、大国先生、ドイツに視察に行かれているので、つけ加えるコメントがあればお願いいたします。

増田 今の質問とはちょっとずれるかもしれませんが、ドイツに行って驚いたのは、もともと一般市民の間に共同親権的な考え方が広まっていたわけでも、離婚しても子育てを共同でやっていた人が多いわけでもなく、改正により一般市民の意識が変わったということですね。以前は離婚して1か月たてばお父さんは面会にも来ないという現状がドイツにもあった。一般市民の意識は単独親権にそれほど疑問を感じていなかった。それで、法曹の裁判官、弁護士たちの間では、法を改正して共同親権にしたところで実際には機能しないだろう、あるいは争っている夫婦間では逆に紛争が頻発して現在より大変になるんじゃないかという懸念を持つ人が大半であったということなのですが、いざ共同親権を原則化する法改正がなされてみると市民の意識が変わってきて、親は最後まで子どもを育てるという責任を自覚するようになってきた。親の意識が変わってきた。これによって実感としての紛争は少なくなっている。それは意外な変化だという発言を、面談したすべての法曹関係者が異口同音に話されていたのが最も印象的でした。

大国 今日お聞きして、緊急の親子関係事件は優先的かつ迅速に処理されなくてはならないというところで、前回行ったときと修正されようとしているとのことですが、ちょっと気になったのは、家庭裁判所を傍聴したときも、日本の家庭裁判所の人訴の手續と比べるとものすごく早くて、そして当事者主義が実行されていて、問題が浮き彫りになるような、す

3 比較法的スコープ

ぐそこで裁判所が決定を出すんですよね。調書もつくりません。そういう手続を見て、びっくりして、結構当事者主義であるし、口頭主義であるし、すぐ結論が出るという印象を持ったんですが、そんなに優先的に迅速に処理されていないという支障が現実にあったのだろうか、というのが一点です。

それから、子どもの立場に立ってというので、これも日本の制度と違うなと思ったのは、子どもの意向を聞くとか、子どもの立場からどうしたらいいかというのは、日本では調査官が当たっていて、裁判官が判断するに当たっての資料を集めているような感じを私は持っています。子どもの立場からどう解決するのが妥当なのか、あるいはどういう資料を集めなければならないのかという視点で、少年局の手続保護人ですか、日本でいえば子どもの国選付添人みたいな制度で、ちゃんと子どもの代理人的な役割を果たす補佐人がおられたのを、さらに手続補佐人というのは、少年局で、しかも専門性を養成するとおっしゃってましたよね、というのと同じような制度なんですかね。今までの保護人と補佐人とがどう変わってきているのかというところが具体的にわからなかったのですが。

鈴木（博） 調査官制度はドイツにはないのですが、それに該当するのは少年局のソーシャルワーカーです。少年局は、日本で対応する組織をあえていえば児童相談所ということになるかと思います。組織とか人員とか全然違うのでそこは誤解されると困るのですが、日本の調査官と似たようなことは少年局のソーシャルワーカーが行います。その調査についても、児童ならびに少年援助法で少年局に対して裁判所に対する調査協力義務というのが定められており、少年事件と家事事件について行います（KJHG50条～52条）。日本とやや違うのは、調査するだけではなくて、その後とその前、その最中もそうですが、実際のケア、例えば支援とか、少年事件でしたら、労働奉仕の最中の監督であるとか、そういうことも含めて全部、調査をした少年局がフォローアップもします。つまり、調査官に当たる仕事は少年局が行い、少年事件と家事事件の全件

で、少年局は、申立権者としているか、申立権者が別にいてそれと同席しているかは別にして、法廷にいるわけです。

次に、少年局は子の福祉のための判断をするわけですが、それと子どもの意向は必ずしも一致するとは限らない。そのようなとき、離婚事件でも難しい事件、例えば、親から子どもが引き離されなければならないような事件などでは、手続保護人をつけることになっている。これは法律では非訟事件手続法に規定されています。ところが、現行の手続保護人制度は、例えば離婚事件で難しい事件につけるということになっていて、必ずつけなければならない事件というのがありますが、つけてもいいか、つけなくてもいいかという事件についてはあいまいなところがある。これをもっと明確にするという点が改正理由としては挙げられているようです。

それからもう一つ、補佐人にするというのは、現行の手続保護人よりも権限をもっと強めて、子どもとしての立場を裁判手続の中で主張できるようにしようという側面と、子どものために合意形成を行っていくときに、手続保護人はそういうことをしません、新しい制度では親などに働きかけをして、実質的に合意形成の手助けをする位置づけを与えようとしています。これは、今の手続保護人よりは内容的には権限の強化ということでもあります。

(4) イタリア

遠山 次に、松浦先生に、イタリアのスコープから見た場合の検討点を御指摘いただければと思います。

松浦 共同監護権というものを我が国の法制の中に取り入れた方がいいかどうかという問題については、私は取り入れるべきであると考えています。共同監護権と共同親権の両方について、考察が必要だと思います。共同親権及び監護権について、我が国の法制の中に取り入れた方がいいと思いますが、場合によっては単独親権・単独監護権も認めるというような柔軟性のある法制度を取り入れたらいいのではないかと思います。

3 比較法的スコープ

そういうふう考えた理由ですが、イタリアでは、ローマ法の伝統から、パートリア・ポデスタ (*patria potestà*) というところから親権は始まっているんですが、その後、1975年以降、用語としてはポテスタ・ジェニトリア (*potestà genitoria*)、あるいはポテスタ・デイ・ジェニトリー (*potestà dei genitori*)、といった、「両親の権能」というふうな言葉に変わっております。もっとも、翻訳では、親権としておりますが。

イタリアでは、1865年の近代国家最初の民法典から、親権は「両親」に属すると規定しています。しかし、その行使は、「父」に属するというのが1975年までの法制でした。それで75年に平等理念からの家族法の大改正があって、親権は、父母両方に属し、その行使も原則的に父母に属する、権限ももちろん責任も父母が平等に持つということになってきたわけです。

そういう親権を前提にして、通常の状態でないときにどうなるかということで、別居、離婚、それから婚姻無効、誤想婚など共同行使が通常できないような場合の取扱いについて法制はどうなってきたかということを検討する必要があります。

まず、別居については民法に規定があります。その別居は、裁判別居と、協議別居と、事実上の別居という3種類あるのですが、法的評価を受けるものは裁判別居と協議別居であって、事実上の別居は原則としてはカウントしないということになっています。ちなみに、この法的別居3年というのが離婚原因として入っておりまして、一番使われる離婚原因になっています。そこでは結局、まず親権は共同行使が原則とされています。しかし、監護権は、規定の上では単独行使でしたが、離婚法との関連もあって、実務上、場合によっては、共同監護が認められてきました。この場合の共同監護の内容ですが、交互監護 (*affidamento alternato*) とか、共同分担監護 (*affidamento condiviso*)、共同行使監護 (*affidamento congiunto*) といった態様になるようです。もっとも、これらの用語の定義が確定しているわけではないようです。父母の様々な係わり合いを視野に入れていきます。もちろん、わが国の面接交渉的なもの

も含まれています。

交互監護とは、子は（婚姻）住居にいて動かず、父母が交替で、そこで子と一緒に生活する場合や、親それぞれの住居に子が一定期間ごとに行く場合などを意味しているようですが、その他の用語も、学説でも、判例でも確固としたものではありません。

とにかく、離婚法6条の規定を準用、類推して、または、先例を引いて、単独監護規定のもとで、共同監護を認める実務上の努力がなされてきました。とはいえ、共同監護は2005年で、15.4%にすぎず、母の単独監護が8割以上を占めているのが現実です。或いは、共同監護が徐々に増え、15%にもなっていることに注目すべきなのかも知れません。（第3章VI表2「別居・離婚と監護者（2000-2005）」（216頁）参照。）

それで、民法の定めている別居の部分について昨年2月に法改正がありまして、監護においても共同ということになったわけです。親権はもちろん前から共同なのですが、監護権も共同、しかし、虐待その他の事情があれば単独行使も可能だという法制になりました。

次に、離婚ですが、離婚は、イタリアでは民法の中に取り込まれないで、「婚姻解消の諸場合の規律」ということで、特別法のまま存在しています。イタリアでは、1970年に初めて離婚も法律になったのですが、大きく改正されたのが1987年です。そのときに入りました子どもに関する措置として、親権の共同行使の原則で、単独親権も場合によっては承認することを前提にして、監護権についても、共同監護、交互監護もあるというような規定を設けております。

新しい民法の別居規定は、監護に関して、離婚についても、婚姻の無効や誤想婚についても適用されるということが、改正法4条の中に規定されております。これにより、離婚の場合の監護権についても、共同監護が原則、そして、単独の監護もあるというふうなことになっています。そしてまた、すごくこれが飛躍的なんです、法律婚ばかりではなくて、事実婚の両親の子についても、その手続のなかで、共同親権、共同監護といった規定が適用されるということになりました。

3 比較法的スコープ

これがイタリア法のおおよその骨子なのですが、今グローバル化ということが問題になっている視点からみると、国際的なスタンダードの採用ということが、イタリアの今回の立法の中にも含まれています。たとえば、EU評議会の2003年2201規則（New Brussels II Regulation）の影響です。そして、その基盤となったヨーロッパ家族法の調整と共通化の動きです。そうしたことを考慮して、イタリアの近隣諸国が共同監護ということを取り入れた法制にイタリアも合致させるというようなことがありました。また、それはEUの縛りからも来ていると思いますし、ストラスブルグの欧州人権裁判所などの影響もある。そういうものに整合性を持たせ、親責任というようなこと、そして権限と責任の分担というようなこと、そういう問題を法制化してはっきりさせるということによってこういう制度になったわけです。しかし、これは、近隣諸国の制度を受け売りの取り入れたのではなくて、イタリアの社会の中に存在していた具体的なケースを通して承認されているものであり、また、イタリア社会に合致した取り扱いであるということが言えると思います。

昨秋、日伊女性会議のために来日されたキアラ・サラチエーノというイタリアの社会学者の調査によると、イタリアでは、親の婚姻破綻後における父親と子の交流がほかの国よりも多く、その原因は何かというと、一つには、イタリアでは婚姻破綻とか離婚というものが生活に手一杯という下層にはあまり起こらないで、中・上流の家庭に生じる。そのため、親の教育程度が高く、親の自己規制があるため、離婚した父と監護権を持っている母、その子と父との面接というのは1週間に1回以上というのが80%以上（全然会わないのも6%いるのですが）ということです。2番目としては、家族のきずなの強さというものがまだイタリアの社会の中には強くあって、子どもを中心に家庭が成り立っているということも忘れてならない事実であるということです。また、社会が家族に課している役割、家族機能の残存も指摘しています。3番目には、離婚原因としての婚姻破綻の破綻状況を認定するときの別居期間が3年という長い期間を定めているので、ホットな段階では紛争が起きやすい状態が、3

年凍結することによって解消されるということ、親として、冷静に状況に対処することができるようになるといいます。サラチエーノは、このような3つが、父親と子の交流が他国より多いという社会的な事実の原因になっていると主張しています。

しかし、今皆さんのお話を聞いていて思いますことは、イタリアの社会は、まだ離婚事実についての後進国状態にあるように思います。離婚が少ないのが遅れた事実として評価してよいかどうかは分かりませんが、アメリカなどの先端的な親子関係に比べると、まだ人間性が残存していて、数値や統計で処理するというようなところまでは、意識がいていないと言いますか、破綻の困難さが社会的に、そこまでいていない段階であろうと思います。弱体化したとはいえ、カトリックの影響、倫理、社会統制の残存もあるでしょう。

法制としては一応よりどりみどり整えて、対応できるような建前になっているので、実際、問題が起こって、さてどうなるかというようなときには、多分ドイツとかフランスの後追いという事実が生ずるだろうと思います。

面接交流権という言葉は、法文の中には出てきません。学説や理論では親権に由来する権利とする考え方がある一方、監護親、非監護親との関係で取り扱われるとするものも見られますが、大きな論点ということはありません。論理的に、イタリアの甘さというか、情緒的な面がまだ随分残っているのではないかと思います。

それから、用語の問題ですが、イタリアではポテスタ・ジェニトリーですが、親権の権利性を主張した最初の民法典から見ますと、1942年民法典では、パートリア・ポテスタ (patria potestà) で「父権」、親権の中の父権というものが強かったんです。75年以降においても potestà dei genitori「両親の権能」というところにとどまっているわけです。近隣の国を見ると皆、リスponsビリテイ (responsibility)、親の責任あるいは配慮ということ強く打ち出している中、イタリアにおいてはまだ「権能」(potestà)を残していますが、内容的には、権能ではなくて

3 比較法的スコープ

義務というふうになってきているのだと思います。

しかし、結局このような共同監護というような考え方は、扶養料、養育料の確保をより完全にする一つ的手段と思える面もあります。もともと交流はしているわけですから、さらにそのものを強化するというのは、結局、経済的な問題の保障ということであろうかと思えます。民訴に弁済規定なども置いており、払わない人に対する損害賠償とか、子どもから親に対する損害賠償、元配偶者から払わない人に対する損害賠償とか、そんなことも今度の民事訴訟法の改正の中に取り入れられています。払わない人には刑法の刑事罰が下されるということなども改正法には規定しているのです。ですから、そういう意味では身上監護という側面、心理的側面プラス財産的側面が一緒になって、この改正は行われているのではないのでしょうか。夫婦財産制にみられる厳格な金銭感覚やイタリア人気質を考えると、あながち、うがった見方とも思われません。

しかし、今年の改正によって、従来、問題になっていた別居と離婚で法解釈が分かれるというような論点はすべて解消され、別居も離婚も同一の規範、つまり共同監護を原則として、そうでない場合、虐待など共同監護ができない場合には単独監護を認めるというようなことになりました。

そして、強調したいのは、すべての段階、つまり別居の最初から離婚の最後まで段階で、子どもに関する措置は、裁判所の対象事項、未成年者裁判所の関与事項ということになっていることです。当事者の合意を前提に置きつつ、それに対して裁判官が判断する、決定を出すという形で解決する、そういうふうに法規定はなっています。

なにぶん法規定ばかりの話で、実際に別居した人とか離婚した人に会っていませんので、去年からの運用で、その前の段階は、全国ばらつきがあって学説も分かれていた、という状態なので、本当にこの法律のとおり運用されているかどうかということについてはわかりません。しかし、少なくとも法規定で見ると、ローマ法の直系相続人らしくかなり整合性を持って規定がなされてきたと思うわけです。また、ヨーロッ

パの先進国のように、親責任というような用語を使っていない点で、わが国との近似性も感じます。

また、監護者がだれになるかということについては、2000年までの統計では、やはり母が80%以上で、父が監護者というのは5%以下、共同監護は1割以下というようなことになっています。しかし、明文規定がないときでも、共同監護は1割近くはあったということになります。

それから、イタリアの場合は地域によって格差があって、北部、中部、南部と大きく分けると、南部の方が後進的で北部が先進的なんですけれども、北部においては離婚が多くて南部では少ないということになります。母が監護者というのも南部に多くて北部は少なくなっているという、かなりの有意差が見られます。はっきりとした南北の格差が出ているということが言えます。少なくともイタリアでは、経済的、文化的に進んでいる地帯に、離婚が多いので、先のサラチェーノの主張を補強しています。

遠山 子どもの奪い合いという問題性は別に発生してないと考えてよろしいんですか。子どもの奪い合いの問題性がなくて、なおかつ面接交渉もすごく円滑にいつているというお国柄でしょうか。

松浦 離婚に伴う子どもの奪い合いは、イタリア人の間の問題としてはとりあげられていないですね。80%近くの別れた父親が1週間に1度、子どもと会うということだけで。繰り返しになりますが、サラチェーノの結論としては、イタリアでは離婚する人は上流、中流の人が多くて、それで理性が働いて冷静な態度を子どもに対してとれている。家族のきずなが強いということと、3年別居なので、その間に夫婦間の激しい争いが静まって子どもに影響を与えないようになると書いています。国際結婚や外地にいるイタリア人の間では、奪い合いが問題になり、マスコミを騒がせています。

鈴木（経） 親子関係を補助する役割をする人たちはいないんですか。

松浦 はっきりした法制度は分かりませんが、民間にはクレシエレ・インシエーメ (Crescere Insieme) 「一緒に成長する」というような両親の会

3 比較法的スコープ

が、全国組織であったり、民間団体のグループは10個くらい知っています。これらが、法文にも明文規定がある合意形成のためのメディエーションに関わっているようです。合意形成援助機関が関与する場合には、判事は決定を延ばすことができるという条文があるので、そのメディアツォーネ (mediazione) をする組織がどのくらいあるかわからないのですが、一応そうしたものがあることは確かです。教会などの活動で話し合いをする、助言を得るといったこともあると思います。また、センター・オブ・ファミリー・メディエーションでのカウンセリングというものもあるようですが、これらは裁判所の組織の中に組み込まれているのではないようで、民間団体だと思えます。しかし、条文の中に、裁判官が決定を出す場合、メディエーションに当事者が合意している場合はまだ出さない、延ばすことができるという条文があるのです。このメディエーションということをめぐる、地方による格差が予想されますが、調べたいと思っています。

(5) フランス

遠山 最後に、松川先生に、フランスのスコープから見た場合の検討点を御指摘いただければと思います。

松川 フランスのことを解説するということでご指名を頂きましたので、ここで、共同親権の目的、意味、位置づけや機能などについて述べたいと思います。

日本の現状をフランスで講義しますと、まずはざわめきが起こります。共同親権でないということ、また、それが取り入れられていないという話をしますと、現代の社会状況の変化に立法はちゃんと追従する努力をしていないのではないかと学生から質問が来ます。フランスで共同親権が民法典の中に取り入れられ、なぜ加えて親権法の改正を行ったかということ进行分析すれば、興味のある一つの方向性があることに気がきます。

一方で、父母の男女としての生き方の自由が尊重されていったという事実、傾向がフランス社会にはあります。自由結合、パックス等です。

現在では、婚姻外から生まれてくる子どもが、40%を超える社会になっています。それから、そのうちの90%を超える子どもが父親によって認知されています。また、離婚というのが2組に1組の時代になっています。親の生き方というのは、実に様々です。結婚しないでずっと関係を維持する人もいれば、男性同士、女性同士で生活する人もいます。

また他方で、そのような中であって、お父さんとお母さんたちは自由に生きるけれども、その自由が子どもにはできうる限り影響を及ぼさないようにという配慮が基本にあるということが重要です。フランスの家族の中では、お父さんとお母さんの関係に生じている事柄は、子どもには全然わからないのが普通です。お父さん、お母さんのベッドルームには、お風呂とかトイレは完備してしまっていて、子どもが中に入れないというのが今までのフランス社会の普通のことです。だから、お父さんとお母さんに何が起きているか知らずに、突然離婚の話がやってくるというのが多々あると思われます。そこで、父、母、男女はどのように生きようとも、子どもにはできうる限り影響しない、この考え方が共同親権が出てきた背景にあると思えます。

すでに共同親権がとられていましたが、さらに2002年に大きな改革、利用しやすいように親権法の改正がなされていきます。子どもの主たる居所というのにこだわらずに、交互居所が取り入れられていきます。その結果、いままで、父親が子どもの教育に興味を失っていく傾向があったものが、父母がより共同して子どもを育てていくことが可能なように改正がなされています。また、2004年の離婚法の改正と、嫡出という概念を廃止し、母子関係、父子関係で親子関係を考えるという2005年の改正とも一体となって、親権の改正が実効性を発揮できるように考えられていると言えます。今まで、離婚の章に書かれていた、離婚後の親権に関する条文は、婚姻外から生まれてきた子に関する共同親権の問題とともに、2002年の改正の結果、親権の章に入れられた経緯は重要であると思われます。

フランス家族法の一連の改正は、2002年の親権法の改正から始まっ

3 比較法的スコープ

ているとしても過言ではないと思います。これに続いて2004年の離婚法改正、2005年の親子法改正と続いています。経験談で恐縮ですが、2002年にフランスに滞在していたときに、有斐閣「アルマ」の親族・相続法という本の出版準備のために、フランスで何か親族法の最初のページにふさわしいイメージになるような絵とか写真を探したことがあります。親族法の最初の頁を飾る絵画はどのようなものがよいかという質問をいろいろな先生方に投げかけところ、興味深い回答があったのを思い出します。当時、フランスで出版された親族法の本を見てみますと、古い時代は男女の絵が出てきます。場合によっては、アダムとイブが表紙になっている婚姻法の本もあります。だから、私もカノーバーのキューピッドとプシケーの彫刻を選んだ経緯がありました。ところがその話をしますと、パリ第一大学のカトリーヌ・ラブリュース教授は、「家族法の世界では、もはやこのような時代は終わった。子どもの絵を掲げるのが現代の家族法を象徴する」と仰ったのが非常印象に残っております。家族法というのは、子どもの観点から体系化し、見ていかなければならない時代が始まり、始まろうとしていると説明を受けました。当時何のことかよくわからなかったのですが、2002年の法改正、離婚法の改正と進んでいきますと、どうやら親権を離婚法から独立させ、子と親の関係を親権に集中させていくという作業を行った後、親の生き方からも離れていくという方針をとった意味が分かってきたのです。さらに、非嫡、嫡出子の考え方も放棄して、子どもにとって親子関係は父子関係及び母子関係が中心になっていくという考え方が出来上がっていったのが理解できます。現在のフランス家族法は、父母の生き方にできうる限り影響を受けないように体系化を図り、子どもを中心とする家族法の実現にむけて大きな一歩を踏み出していると思います。

面接交渉権、フランスでは訪問権と言いますが、共同親権では問題になりません。しかしながら例外的に単独親権がとられているような場合には問題になります。訪問権でおもしろいのは、祖父母の孫に対するいわゆる訪問権というのが私には興味を引きます。またそれと同時に、

2002年は子どもが祖父母に会う権利というふうに、子どもの権利と位置づけられていきます。子どもは欲すれば第三者とも会うことができるように改正がなされていきます。これも子ども中心に家族法を考えていくという姿勢の表れであると言えます。

フランス社会ですと、長いバカンスがあります。かつて別荘をお持ちの先生の家には招待されたことがあります。その先生は離婚されていますので、前の奥さんが子どもに会いにくる。この前の奥さんを今の夫がむかえに来る。子ども同士も複雑な関係で、夏の間いろいろな人が、静かに別荘で共同で生活をしている。その中でまた高学年のお兄ちゃんとかお姉ちゃんがいたら、ガールフレンド、ボーイフレンドを連れてきて共同で生活をしていく。共同親権というのは、これを前提とする社会というのは非常に複雑な、表立って喧嘩はしないけれども静かな側面を持っているということも事実として指摘できると思います。

共同親権に向かうというのは、私はぜひ必要なことだと思いますので、この研究会の活動に非常に期待しています。

(6) 比較法的スコープからの総括

遠山 英米独伊仏の5か国をお聞きして思ったんですけど、普通の法領域では、傾向として英米法系とか大陸法系という形で、結構くくられるんですよね。これは家族法でもそういうのはあるんでしょうか。

川田 あるでしょうね。しかし、一般的にいえばかなりアメリカの影響力が強いですね。

棚村 かなりグローバル化していますから紛争解決手続では大きな影響を与えていると思います。特にメディエーションなどは大陸法にも広まったわけですし、ペアレンティングコーディネーターとか、ペアレント・エデュケーション・プログラムというのかなり広まりつつあるし、そういう意味では従来のような大陸法と英米法という法システムの違いが大分変わりつつあるといえます。

鈴木（博） メディエーションについてはドイツ法でも重視されていると

3 比較法的スコープ

思います。先ほどもあげました KJHG17 条に基づく別居や離婚の際の少年局による助言・援助の際には、父母は、子どもも適切に参加する中で親の配慮の実行についての合意案の作成について支援されなくてはならないとされています。他方で、ドイツ法では、援助のやり方という点では、強制という契機がかなり弱い。強制という契機はなるべく親に対しては用いないという方針で、支援をして親の自発性にゆだねるということが強調されます。そのこのところだけ見ると、現場の専門性という点では違いがありますが、日本の児童相談所が、親の意見をかなり聞き親と関係を取りながらやろうとして、それで失敗することもあるかもしれませんが、そのやり方とかなり似ているところがあります。一例を挙げると、親支援をしなければいけないということが法律に規定されているけども、それでは親に対して子育てはこういうふうにしたらいいいじゃないですかというようなアドバイスは、基本法による親の権利との関係がってできないのだということをミュンスター市の少年局のソーシャルワーカーは言うておりました。

棚瀬 アメリカでも基本的には育児は親の自由で、どういう風にしてもいいですよというスタンスですが、子どもの福祉が害されるような時には国家が介入します。DV とか児童虐待がある時にはかなりの強制力でもって子育てに介入するわけです。先ほどの鈴木先生のドイツ法の話をお伺っていますと、相手親の子どもとの関わりに対して抵抗を示したりすると、かなり、罰金、秩序金ですか、強制力を強化する方向に変わっているように思います。アメリカの場合、一時期は、面会交流を阻害した時には法廷侮辱ということで、罰金とか、拘留とか、そういう罰則でかなり厳しく法律で取り締まっていたんですが、今は逆方向に向かっています。法の力によって押さえつけてやらせようとする、子どもも反発するし、お母さんもすごく嫌がるということで、その面では、直接的な強制ではなくて父母教育プログラムなど、できるだけソフトな強制力によろうとしているのですが、そのあたりが逆で、おもしろいなと思ってお聞きしていました。

谷 強制かどうかということとは別に、今お話に出た父母教育プログラムにしても、アメリカではかなり体系的なものに組み立てられて、その受講を義務づけるということになっているのが、ドイツでは必ずしもそうではないんじゃないでしょうか。アメリカの方が、親に対する働きかけを仕組みとして整えてやっていこうとしており、ドイツでは、個別に少年局が相談を受けたり、介入していったりする中で援助なりをするのですが、そういう点での違いみたいなものがあるように思うのですが、いかがですか。

棚瀬 結局、一時期は、アメリカも、子どもが面会交流を拒否すると、PAS (Parental Alienation Syndrome) ということで、ひどい場合には監護者を子どもが会うことを拒否している相手に変更したり、あるいはもっとひどい場合には、行かない、行きたくないと言っている子どもをその期間、罰として少年院あるいは精神科の病院に措置入院させるなど、強硬に面会交流を実現しようとしていました。最近は、そういう形ではなくて、父母教育プログラムを義務づけるなど、もっとソフトな形で面接交流を実現していくという方向に変わりつつあるという感じがします。父母教育プログラムの義務化に関してもいろいろ試行錯誤をして、最初は高葛藤の人たちだけを選んで、1割弱の人たちにターゲットを絞ってやろうとしていましたが、どんなことがあってもそういうところへ行きたくないという人たちもこの中にはいるわけで、そうなるとうり効果がありません。選び出して義務化すると差別ということでますます反発するので、今は州によっては、未成年の子どもがいて離婚しようとする人全員に父母教育プログラム受講を義務づけているところも出てきています。

日本では最近、間接強制でアメリカの昔のような形で強制して、一部では効果が上がっている場合もありますが、本当に葛藤が高い人には効果が上がっていません。1回の面接交渉不履行に対して20万円払えと言っても拒否しているケースが判例で報告されていますけれども、最後は気持ちの問題であって、なぜそこまで拒否するのかというあたりに焦点を絞って行って、気持ちを和らげていかない限りは、結局は、そこま

3 比較法的スコープ

で力で強制しても余り良い親子関係もできません。その辺への認識がアメリカでは深まってきたのかなという感じがしますね。家裁の調停は3回ぐらいと回数が限られていますので、葛藤が高い困難なケースを扱うことは不可能です。アメリカの場合に臨床心理士兼メディエーター（調停者）、あるいは弁護士兼メディエーターという個人開業の調停者がたくさんいますので、裁判所からの強制で、こうした所にリファーしてきます。その時には、必ず子どももリファーされます。子どもにもカウンセラーをつけて、子どもの気持ちも知った上で全体を見定め、家族全体の福祉に適うようなペアレンティング・プランを作っていくという風に工夫されてきています。

棚村 アメリカとドイツの違いでいうと、一つは裁判所に対する期待とか役割の問題で、司法優位型のドイツなんか、社会サービス機関というのは少年局とかそういうところがあって、そこと連携するので、裁判所の中には特別に人間関係を調整したり、社会サービスするような部門とか、つなぐ人を置いていません。ところがアメリカは、むしろ裁判所内に司法機能と、人間関係とか社会サービスのことをやる調査官とかエバリュエーターとかいう人たちを置くわけです。もちろん、小さな裁判所では民間に業務委託をしたりするし、そういう形で司法コストを削減しないと、強制力を強化したり司法的解決だけをねらっても紛争はどんどんエスカレートしてきます。アメリカでも、子の奪い去りというのも80年代は10万件くらい起こっていました。親が子ども奪ったのは誘拐にならないという、日本もかつてそうだったのが、今は最高裁でも未成年者略取になるという判決を出しています。

要するに、ハードな強制力だけを強化しても、司法的解決だけを重視してもだめだということで、イギリスなどはそういう調整や支援の手續や制度を導入してくる。それは民間に置くか、ほかの社会サービス機関に委託してそれを活用するか、その違いはあるものの、大きな流れになりつつある。ただし、裁判所が司法という強制力を持って権利を実現する場所であるということは間違いなし、社会サービス機関が一番ふさわ

しいのか、それをどうつなぐかというのが今日本でも問題になっています。アメリカでも、一部は裁判所の中にそういう機能を取り込みながら、場合によっては民間の機関とも連携しながらやる。そのスタンスの違いについては、ドイツだって強制力だけに頼ろうとは思ってないし、逆に社会サービス機関だけでもなかなか難しいし、その連携の模索みたいなところがあります。どっちから出発しているかの違いかもしれません。裁判所は裁判所なんだというのが大陸法の基本的な考え方です。これに対して、日本は、幸か不幸か、戦後アメリカの影響の中でファミリーコートという制度を導入して、調査官という専門機構を置いて、そういう社会サービスの機能も取り込もうとしました。ところがこれにも限界があって、裁判所がやることなんて、成年後見とかいろんな新制度を導入してきちゃうと、遺産分割や成年後見とかそういうので事件処理の負担が過重になり、本来やるべき子どもの問題をできない。そういう中で、強制という契機と任意という契機、これは対立しているわけではなく、アメリカだって基本は任意だったのです。ただ、強制ということで司法裁判所がいくら強権を発動しても、子どもの問題とか継続的な人間関係というのは全然改善しない。そういう意味では暴力の問題なんかも、ジェイルに行きますか、それともコミュニティセンターで研修みたいなものを受けますかみたいなことを言って、9割くらいは教育プログラムを選ぶことになります。しかしながら、その中で改善する人たちというのは3割いるかいないかで、また戻って来ちゃやるわけです。じゃあジェイル行きますか、そうしますかというので、要するにイタチごっこみたいな中で、前よりはちょっとはいいとかいうことで、どうしようもない人たちというのはいて、それは強制力以外では解決できません。そのあたりがスタンスとしては違うんだと思います。司法の機能と社会サービス機関の取り込み方の面で、アメリカは社会サービスや教育機能へとシフトし始めている。

大国 日本親権法改正に向けてということで、具体的に現実的にどういう展望を持っているのか、というところで深めていきたいと思っている

3 比較法的スコープ

んですが、日本は協議離婚が原則で、ドイツはその反対で、という感じ
です。そういう離婚制度の枠組みは、親権法の改正に向けてのネックに
なる、あるいは、それは全般的に離婚法を変えなくてはならず、そうし
ないと親権法も現実的な改正に向けられないのか、そのあたりの法制度
的な問題はいかがでしょうか。

棚村 離婚と子どもの親権とか監護というのをどの程度リンクさせるか。
そのときに、協議離婚ということで全く介入をしないで、当事者だけに
任せて子どもの問題を合意させているわけですが、その合意のさせ方と
か相談の仕方が十分でないので、後で相当激しい紛争になっているとい
うことが少なくない。そうであれば、今の協議離婚のメリットを生かし
て、簡単にできることを活かしつつ、書面作成だとか、どこかの民間機
関や公的機関に行って相談をさせるようなことを付け加える。裁判所が
全部やろうとするとこれは家裁もいっばいだから嫌です、何をやっても
家裁はもうできませんとかいう話になってしまうので、協議離婚も少し
見直すという議論も提言に入れるべきだと思います。家裁に来ている親
権者の指定変更と、子の監護に関する処分事件だけでも、年間大体4万
件くらいあるわけですね。年間約26万2000件の離婚の6割くらいに子
どもがいます。大体夫婦関係調整で家裁に来ている86%くらいが、子
どもがいるケースなんです。ですから、潜在的には、子どもがいるから、
財産の問題でもめるから家裁に来るとというのが常識だと思います。それ
以外は、正直言ってどうでもいい。そうすると、子どもがいるケースで
協議離婚みたいなものに対して、きちんと子どもの問題について何ら
かの話し合いをしているのかどうかというのをチェックするシステムが
あるといい。ただ、それに手をつけると協議離婚制度は大変なことにな
るので…というのであれば、少なくとも4万件に上る子どもの問題につ
いてトラブルをかかえているものについて、きちんとさせるべきです。
韓国では、子どものいる夫婦の協議意思確認制度のほかに、ガイダンス
を受けることを義務づけようとする改正が提案されています。

協議離婚とか離婚制度そのものが一番問題なのは、親権者をそこに書

かせないと受け付けられないという形になっています。しかも、いずれか一方という単独親権の原則です。離婚でいうと、基本的にはそのあたりが問題になるのではないのでしょうか。

鈴木（博） 日本法を考えると、協議離婚のいいところというのもあるかもしれないとも思うのですけれども、棚村先生の話を引き継ぐと、単独親権と共同親権と両方を選べるということにすると、ある部分については親権者の決定という付帯事項についての争いが争点化しなくなるので、その部分で解決する紛争というのはあると思います。けれども、実質的に子の福祉を確保するのはどこがチェックするのかというのが問題で、現行の協議離婚制度ではこの点がまったくノーチェックです。それは本来は裁判所が行うべきです。日本の現状、つまり家庭裁判所裁判官や調査官の少なさやこの部門の拡充が予算的にも難しそうだというのは理由になりません。子の福祉にとっての危険をチェックするシステムというのが、届出のときであろうと、事後であろうと存在しません。それは新しく制度を創設するのか、児童虐待などの対応が市区町村におりたように、届出の窓口が市区町村であるということとリンクさせて、そこがある程度担うような新しいシステムをつくるのか、それはわかりませんが、協議離婚のときに、子の福祉の確保がノーチェックなのは制度上なんとかしなくてはならないと思います。

川田 イギリスでは、先ほど申し上げましたように、実質は届出離婚みたいになってしまっているわけですね。しかも子どものアレンジについて書かないといけないから必ず弁護士に相談しますが、裁判所はそのアレンジの如何により離婚自体を拒否する権限はあるけれども、その例はほとんどないようです。面接交渉等について争いがある場合には素人判事が構成するかつての magistrates' court に行って、そこで争うわけです。

そのことを考えますと、離婚自体でソリシタに相談する意味は余りなくなっているにもかかわらず、依然としてほとんどは相談します。ですから、ソリシタの団体自体も、離婚そのものよりも、子どもの措置その他に関する紛争の解決面を充実させようと、近時組織替えをしています。

3 比較法的スコープ

そして、会自体が、ミディエータ・トレーニングのプログラムを開発してソリシタにミディエータの資格を持たせたり、アメリカで開発されたコラボレイティブ・アプローチといわれる紛争解決方式を積極的に取り入れたりしています。さらに、最初の相談を裁判への第一歩ではなく、解決のプロセスとして位置づけるために、法律扶助 (legal aid) を、裁判費用ではなく、相談ないしは裁判外での紛争解決のために利用できるよう、再構築をはじめているようです。そういう動きから見ますと、日本において、協議離婚における届出に、子どものアレンジについて記せというのは、大変な法改正になってしまっていてできないでしょうから、制度はそのままにしておいても、法律扶助などを使って、例えば弁護士会が代替的に、協議離婚でも何でも相談でき、しかし必ず通り抜けなければならないような道としての専門家の組織をつくるというのも一つの方法なんじゃないかとは思いますが、いかがでしょうか。

鈴木 (博) 弁護士との関係でいきますと、ドイツには専門弁護士制度があります。専門性という点でいうと、例えば心理学的親子関係についての理解を考えるとわかりやすいと思いますが、依頼者の言うことをなんでも 100% 聞くことが弁護士の仕事ではないということがわかるのではないかと思います。日本の弁護士の制度が各事件分野についての専門性を持っていけばいいのですが、弁護士に依頼したら、火に油を注いで、紛争が一層激化、紛糾するということだと困ります。

棚瀬 アメリカでは離婚という家族法の文脈で働く弁護士は、当事者の利益のみを追求する「ハイアド・ガン」になるのは倫理基準違反と規定されていて、家族全体の利益は何か、子の福祉に適うのは何かという視点を忘れないということが倫理基準として求められているので、今のお話のような専門的な弁護士が出てこないと思ってしまうんですね。

それと、日本の調停は非常にだらだらと、離婚するかどうかの問題にかなり時間をとって、下手をすると子どもの問題に関して余り話し合わずに終わってしまう場合があります。アメリカは子どもの問題に関して争いがある時のみ離婚調停を利用する。だから離婚に関してはそういう

専門の弁護士さんに相談に行って、もう離婚するという決意をした後に子どもとの面接交渉であるとか、養育費の問題、ペアレンティング・プランのあたりで合意ができない時に調停に行って、そこに焦点づけて調停を進めるわけですが、こうした方向は、調停の効率化のためにはすごくいいと私は思っています。

鈴木（博） あわせて、その長くかかっている期間に、何とか子どもと親との関係を絶たない、面会交流を行うという努力を、調停であろうと何であろうとさせていただかなければなりません。

棚瀬 そうですね。現実には訴訟係属中は会えないということで、こっそりと会いに行って、それがばれて紛争を激化させるということも起きて来ていますので、それは非常に大事だなと思います。

大国 今は、離婚をしたら会わせてあげるというふうになっています。早く離婚を解決したら子どもに会える、と。

4 親権・監護法制の課題と展望

遠山 今まで、5つの国のお話をいただいた上で、またもとに戻って、日本の現行制度の運用の工夫で、出発点である子どもの奪い合いの問題とか、面会交流の問題とかが何とか解決できるのか。運用が限界であれば立法課題に転化します。そういったことについてのコメントを、鈴木先生、大国先生、増田先生、谷先生の順番でお話していただきたいと思います。

鈴木（経） その発想と違うかもしれませんが、先ほど、調査官の役割は事実の調査だというような話も出ました。最初は家庭裁判所はそうではなかったのです。調査官の重要な柱は人間関係の調整ということが言われていて、当時の東大の医学部教授だった土居健郎先生のところへ、これはアメリカのカウンセリングの技法を日本に持ってきた人ですが、6か月くらい交代で研修に行ったりしていた。離婚そのものについては、一見破綻したように見えてももとへ回復できるような夫婦についてはそ

4 親権・監護法制の課題と展望

ういうこともする。まして親子の関係については、いろいろ親権者のところでもめているのについても、それは調査官が入って調整をするというようなことを現にやっていて、幾つも成功例はあります。

しかし、それがなくなってきた。忙しいということも原因です。家庭裁判所は福祉事務所だというふうに高裁から揶揄されたような時代もありました。しかし、昭和40年代になって、司法的機能をもっと強化すべきではないかという意見が強くなりました。それとともに次第に調査官がそういうかかわりをしなくなってきた。まして遺産分割とかそういうところにまで調査官が使われるようになったから、余計にそういう調整機能というのは、使われなくなって、家庭裁判所全体として、司法的な紛争解決はするけれども、そういうふうなバリエーションが、ほとんどなくなってきたということなんですね。

それと一方では、これも早くから、協議離婚の中で未成熟児がいるのをあのまま放っておいていいんだらうかと。何らかの形でチェックしなければいけないんじゃないか。せめて養育費の支払いがどうなっているか、当時まだ面接交渉という概念はなかったですが、親と子どものかかわりはどうなのかということをチェックして書面に残さなきゃいけないんじゃないか。どこがやるべきなのか。家庭裁判所がやるべきだという意見もかなり昔はあったんです。しかし、数に押されて、つまり協議離婚の相当数が家裁に来たら一体どうするんだということでもしり込みをして、結局そのままになって現在まで来てしまったということですね。

児童相談所などを見ていると、子どもの養育の仕方が十分わからない、その能力を備えていない両親がかなり目立っているわけですがけれども、それは別としても、離婚のときに何と何が必要なのかというようなことについて、インターネットで調べればすぐわかるなどという人もいるけれども、実際はよくわかっていない。さいたま家庭裁判所では氏の変更というのを、離婚してその後すぐに子どもの戸籍を移すための手続に裁判所がかかわっているわけですが、そこでチェックをしてみようじゃないかということで、ペーパーをつくって、養育費の問題がどうなってい

るのか、面接交渉はどうか、それで専門家の参与員がいて、いろいろ話をする。そして、その場で審判書を渡すということをやっていたんですが、想像以上に基本的な行動をしていない。養育費がない人も結構いるし、まして面接交渉なんていうことは知らないでそのままになっている人が多い。

いずれにしても、トータルに制度そのものを考えなきゃいけないときにきていると思います。一つは共同親権の方向ですし、もう一つは、離婚そのものと親子の関係を分けて、親子の関係については特別な配慮をしなければいけない時期だと思います。どこの機構がやるのかということについて、本当は裁判所がもう少し機構を充実してやる、例えば簡易裁判所でもこれはできますから、もう少し人員を増やしてやる、というくらいに打って出てもいいと思うんだけど、どういうわけか、特に最高裁家庭局を初め消極的なことばかり言っていて、とても現状では望めない。だとすると一体どこがそれをやれるのか、という問題になります。

しかし、いずれにしても今のままでは問題だと思います。少なくとも養育費の取り決め、面接交渉についての取り決め、それくらいは書面に残すというのが最低限必要不可欠なのではないかと思います。

大国 私も鈴木先生と似ていますが、離婚の争いと親子関係の決め方とはどこかで分ける必要があると思います。ただ、イギリスの場合のように、とにかく離婚を先に成立させてというところがひっかかるのですが、我が国で民法を改正しようというときに、破綻主義の導入が徹底的に排除されたのは、子どもが小さいときは、子どもが成長するまでは両親が社会的に必要なんだという論理です。それと、経済的に女性が依存しているから、離婚はせざるを得ないと思っても、夫の収入で生きていくためには、なかなか有責配偶者の考え方、夫が女をつくって出ていったときに残された糟糠の妻は一体だれに食わしてもらうのよという考え方が変わりません。長くやっている夫婦の離婚事件は皆それなんですよ。絶対一緒に暮らしたくないと言いつつも、離婚しないという例です。

それから考えると、未成熟子の場合は、とにかく子どもが大きくなる

4 親権・監護法制の課題と展望

までは両親が必要だから離婚しないというようなことや、養育費を決めなきゃいけないということも、養育費は、婚姻していてすら生活費が成り立たないのに、離婚してそれぞれが独立して経済的に支えられるかどうか分からない、その上にさらに養育費をと言えば、とてもとても経済的に成り立たない状況があるわけで、そこが逡巡しているのですね。

離婚は離婚で、もうだめねといったときには破綻的にさっと届けて、あとは親子でどうするかというのを、どういう形や制度で、あるいは行動でできるかというのを、いろいろと皆さんのお話をお聞きしながら、それをどこで支援したり、相談に乗ってあげたり、どういう親子関係を形成していかなければならないのかというところの支援システムを、現在の民法を前提として、制度的に何をつくっていったらいいのか、具体的に民法改正する方向で何が提言できるか、というところが悩みです。

川田 一言補足します。イギリスでは20年近い前に養育費の問題は行政が取り立てるという方法になっています。また、養育費の基準については、最初は複雑な計算をしすぎて破綻してしまい、子どもの数により夫の収入の何%とって割合で取立てることにしました。離婚後も親責任を存続させていますから、その問題についてはクリアできています。なお、この養育費取立ての制度も、行政への大きな負担で渋滞しがちであること等から、親自身による養育費アレンジをサポートし、その懈怠に厳格かつ効果的な強制をもつてのぞむという新方式が、つい最近に提案されています。

鈴木（博） それは、ドイツでも表がありまして、デュッセルドルフ表が旧西ドイツ諸州で、ベルリン表が旧東ドイツ諸州で適用されます。養育補助金が来たときには補助金を引いて残りを払うというような形ですね。

鈴木（経） 日本もそれに似た養育費の算定基準をつくりましたよね。（編注：東京・大阪養育費等研究会「簡易迅速な養育費等の算定を目指して」判例タイムズ1111号）

棚瀬 協議離婚のことについて考えたのですが、結局違いは、アメリカもイギリスもドイツも協議離婚の場合でも裁判所に届け出るが、日本の場

合は市役所に届け出るということです。市役所に届け出る時でも、少なくとも親権者だけじゃなくて面接交渉を含むペアレンティング・プランと養育費は書くことを要求する方向に変えていく必要があると思います。ドイツも基本的に合意がきちんとしていれば、裁判所はチェックしなくなっておっしゃっていましたよね。アメリカも一時はチェックをしていましたが、今は郵送で離婚の合意書を裁判所に送り、内容があまりにもひどい場合以外は簡単に判を押して、それを返送して離婚成立ということになっています。協議離婚届けの時に子どもの問題について合意内容を書くことを求めるということは、少なくとも子どもの今後の問題について両親で考え、合意に達しなければいけないわけで、社会的なメッセージとしてそういうことを求めていくことは大変大事なことであると思うのです。

増田 男女共同参画社会を進めていく上でも、離婚後の親子関係を自主的に決めていく制度をつくるということは非常に大事なことだろうと思います。ただ、ペアレンティング・プランをチェックする機関がどこかということになると、子の利益の保護、当事者調整機能、価値中立性の要請などから考えて、市役所とか行政機関じゃだめで、裁判所しかない。日本の場合には、訴訟法はドイツ法の枠組みをとっていますが、家庭裁判所はアメリカのものをそのまま持ってきているわけです。本来アメリカ流なんだから、家庭裁判所がもう少し機能を充実させるべきだと思います。法曹人口の増大をいうならば、そこにリンクするべきであり、弁護士にまで矛先を向ける前に、家庭裁判所の人員を増員する、家庭裁判所の機能を充実させるという方向に行くべきだと思います。家庭裁判所が時代の変遷によって本来の役割を失ってきて、成年後見など少し従来とはちがった方向に膨らんでいますが、そこをもう一度子の福祉を守る裁判所に戻すべきだと思っています。

といっても、プランの作成についてまで助言しろということになると、やはり家庭裁判所ではオーバーフローする部分があって、日本の場合は相談機関だとかメデイエーション機関が非常に貧困なことが問題になり

4 親権・監護法制の課題と展望

ます。なぜ貧困かということは、一つは人的資源の問題と、もう一つはお金の問題であると思うんですね。人的資源については、社会心理学とか児童心理学などを学んだ人はたくさんいるけれど、大学を出てからそういった専門を生かした職業についている人が実は少なく、臨床心理士、家庭裁判所調査官のような少数の専門職以外には学校の先生くらいしか思い当たりません。この辺を何とか生かす方向で、例えば大学が何か組織をつくるということも一つの方法だと思います。

お金の面で言えば、民間がやる以上は利益を追求できるシステムでなければなりません。合理的な費用を当事者からとれるようにして、払えない人には何らかの公的支援をするという方策が必要だろうと思います。

本来、親子関係というのは自主的なものですが、離婚によっていったん家族が破綻しているわけですから、新たな人間関係をつくっていく上では、それをバックアップする組織が必要で、今の日本には欠けている。そこをつくっていかないと、いかに法制度としていいものをつくっても実際には機能しないと思うんですね。

谷 離婚と子どもの問題を分けて、子どもの問題については、チェックという言葉が使われていましたけども、それをどう適正なものにしていくかという仕組みをつくらなければならないという意味ではそのとおりなんだろうと思いますし、幾つかの案も出されましたから、その中で現実的なものを検討していけばいいと思います。しかし、共同親権の実現という観点から見た場合に、子どもの問題をチェックする仕組みがないから共同親権のための法改正ができないということではないという点ははっきり整理しておく必要があるだろうと思います。

協議離婚で、単独親権のもとで親権者をどう決めるのかというのは、そういう意味では全くノーチェックです。そのもとで出されている養育費の問題、面接交渉の問題、これも全くノーチェックですので、共同親権の制度を実現する前提として何らかのチェックが必要だという議論になるのはおかしいわけで、共同親権は共同親権として、子どもとの継続的な接触を確保するという意味で重要なものですから、それはそういう

方向で法改正をしていく。あわせて、子どもと親との関係を適正なものにしていくためのさまざまな工夫をしていかなければならない。そういう議論の整理をする必要があるだろう、と感じました。

遠山 離婚は夫婦関係の清算ですが、親子関係を清算するわけではない。それでは親子の関係はどうなるのかといえば、子どもにとっては、子どもの福祉のために新しい家族関係の再生を考える。そのための現実的な運用の提言とか、または立法的な提言をここで作り上げていければ非常に価値のあるアピールになるものと確信いたしました。長時間にわたりありがとうございました。

(この座談会は、平成19年7月16日に中央大学市ヶ谷校舎にて行われました。)

