



Title	家族法の権利的構成 : 自律分散型法秩序としての面会交流紛争
Author(s)	棚瀬, 孝雄
Citation	新世代法政策学研究, 2, 27-57
Issue Date	2009-07
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43677
Type	other
File Information	2_27-57.pdf



家族法の権利的構成

— 自律分散型法秩序としての面会交流紛争 —

棚 瀬 孝 雄

— はじめに

ご紹介にあずかりました棚瀬です。今、吉田さんから、家族の問題はあまり積極的に扱ってこなかったという話がありましたが、ずっと関心はありました。実は私、半年ほど前から弁護士をやっていて、面会交流の事件を多く扱っています。ちなみに、面接交渉という言葉が法の世界では慣用的に使われていますが、子どもと会って親子交流を図るのに、交渉という言葉もなじみませんし、最近では、裁判所でも面会交流という使い方をしています。今日の話では面会交流と言わせていただきますが、私もそうした事件を扱っていて、その中で、日本の現在の家族法の在り方に、かなり批判的な見解を持ってきています。

(1) 全体テーマとの関連

今回、北大から COE の全体テーマを見せていただきましたが、大変難解なテーマで、いったい何をするのかなという感じもありますが、その中で適当に、私として2つのポイントを抜き出しました。

1つは、自律分散型秩序です。法秩序を実現する場合、上から法を貫徹していくことが1つの在り方ですが、もう1つ、法の規制を受ける人々、あるいは法の便益を受ける人々に力を与えていくことによって、結果として、法律を実現することも可能です。そこでは、まさに社会の隅々に、この法を援用する主体が散らばっているわけで、それが自律分散型秩序といえる、というのが1つです。

もう1つは外部性です。これはもともと経済学の用語ですが、どうして

も権利には、権利を主張する者と義務を履行する者という相対（あいたい）的な関係、それは対審的な裁判の構造にも表れてくるわけですが、そうした二者間の関係という面が本質的にあります。しかし、その外で、第三者の利益が当事者の法援用の結果としてプラスに、あるいはマイナスに影響を受けるという場合も出てきます。この外部性を、相対で主張され、実現されていく権利の中に、どうやったら組み込めるのだろうかというのが、この第2の関心です。この2つの関心を拾い出して、今日の話につなげていきたいと思います。

二 面会交流紛争の特徴

(1) 離婚紛争の広がり

家族法の問題を考える時、まず家族法の事件が絶対数として非常に多いという特徴に注目する必要があります。離婚は、現在、平成18年のデータで年間25万組です。同じ年に婚姻したのが73万組ですので、2.8組に1組が離婚するという時代です。

そのうち約6割に子どもがいますので15万組、延べ数にすると25万人になります。同じように出生は、その年度で109万人ですから、4.3人に1人の子どもが成人になるまでに親の離婚を経験します。問題は、日本の家族法がこうした現代の離婚の増加、とくに離婚の中における子どもの問題に対して、十分に対応できているのかということです。

また、日本では、離婚訴訟も含め、家族法の事件は家庭裁判所で扱われますが、この家庭裁判所のあり方も問題になっています。とくに今日お話しします面会交流事件は、これも近年激増していきまして、平成10年に調停で1,700件あります。その一部が、調停不成立の後、審判に移行するわけですが290件です。ところが平成19年には、これは既済データで、新受はもう少し多いと思いますが、調停だけで5,100件あります。10年足らずの間に3倍強に増えてきています。

しかも、調停成立率は56%とかなり低く、それも月1回の合意が精いっぱい、それすら約半数でしか実現されていません。成立中、約半数でしか、月1回あるいはそれ以上の面会が得られていないので、ほとんどが年に2回とか3回という、外国の水準から見れば面会交流とも呼べないよう

な解決ですが、さらに日本の場合、合意しても守られないケースが非常に多くあります。執行力が弱く、合意しても、何だかんだと相手方が理屈を付ければ、もう一度調停をやりましょうかとなり、結局、なし崩し的に合意が反故にされていきます。その意味で、これは家庭裁判所の関係者の言葉ですが、「面会交流事件は扱いたくない」、すっきり解決できない事件だという言い方もされています。

このように、家族法の事件は非常に紛争のすそ野が広いのですが、その中で、面会交流の事件が激増したといっても、わずか6,000件弱です。実は面会交流事件は、裁判所の数え方では、対象となる子ども1人あたり1件と数えますので、この6,000件を、毎年、親が離婚する子どもの数25万件に引き写すと、その2.4%にすぎません。残りの97~98%の離婚ではどうなっているのか、という問題もあります。

日本は協議離婚で、当事者間の合意だけで離婚できるわけですが、離婚した後の子どもの問題について、はたして適切な取り決めがなされているのか、調査らしい調査は行われていませんが、別れた後、親と会っていない子どもが大部分ではないかと思われます。

そこには、また離婚の場合、一方の母子家庭の側に経済力がないことがあり、必要な法的援助を得にくいという問題もあります。自律分散型秩序という問題設定でいえば、裁判の外で、自律的に法を実現していくことの困難さです。具体的に、法に沿った形で、子どもを親がともに責任を持って養育していく、そうした離婚後家族の構築が行えるための法主体が育っていないという問題です。

今日、離婚紛争も法的な規律が必要な、まさに法秩序の中にあるものです。この法秩序を立ち上げるためには、離婚紛争の広がりに見合った主体の挺入れが必要になってくる、ということです。

(2) 権利紛争の外部

もう1つの外部性との関わりでも問題があります。先ほど、権利にはその外部があると言いましたが、実は家族紛争というのは、きわめて外部性の大きい紛争です。レジメに「紛争の外延の拡散性」とありますが、面会交流紛争、あるいは離婚紛争一般、さらに家事紛争一般ですが、そこには、しばしば非常に強い感情的対立を伴います。

実際、家庭裁判所が創設された頃の議論を見ますと、多くの人が家事紛争は非合理的な感情的要素が大きいからと、こういう言い方をしています。

そこからの結論の引っ張り方が私は問題だと思うのですが、非合理的かどうかは別として、少なくとも感情的対立が大きいことは事実です。ところが法には、どこにも感情的対立に対処するようなところはありません。法にとって感情的対立は、まったくの外部です。その意味で、私は面会交流の権利化を必要なものと考えますが、考えたとしても、この権利の外部にあるものを同時に考慮しないことには問題は解決しないということも、頭に入れて議論する必要があります。

次に、外部性として、「子の利益」が問題になります。面会交流紛争は、別居親から、その監護する子の別居親との面会を、親権行使として禁止する監護親に対して、面会交流を認めよという請求として行われます。別居親の、親として持つ子の面会交流の権利が、監護親の親権を制限するのですが、この監護親の親権行使をめぐる争いが、権利の相対性であり、その外部に、子がこの権利紛争に影響を受ける者として、独自の利益を持って存在するという構造があり、これが外部性の問題です。

子の利益を、法の中でどう捉えたらよいのか。この点で、日本の裁判所は、胸を張って、それは任せてください、私たちは「子の福祉」を旨として裁判を行っていますと言うと思います。家庭裁判所は、調停にせよ、調査官にせよ、そのための制度も持っています、と言うでしょう。しかし、本当にそうなのかということが実は問題です。むしろ子の福祉といいながら、実は親どうしの紛争に捕らわれていて、問題の解決ができていないと私は思っています。

この問題は、大事なことなので、後で（四で）詳しく見ていきます。

(3) 紛争の非完結性

この子どもが、別居親と監護親との親権制限をめぐる紛争の外部に、重要な利害関係者として存在するということが、実は、十分に認識されてきたことであって、別れた親とも定期的に面会交流することは、親、この場合、別居親のことですが、その権利ではなくて、むしろ子の権利である、という議論が、よく行われます。外国では、子どもの権利条約や、アメリカの立法例に見る「子の最善の利益」概念、さらには、ヨーロッパ諸国の、

直接に面会交流を子の権利として規定する例などが引用されて、そうした議論が行われます。私は、親の権利である、ただ、その行使が子の利益を害する場合には制約されるという立場を取ります。

その意味で、やはり重大な権利の外部なのですが、実は、この子どもは、固定した利益を持ち、面会交流紛争に1回的に登場して来るのではなく、ずっと、継続的に関わってきます。そこから、面会交流紛争が外に閉じられない、非完結性という特徴が出てきます。これも面会交流紛争の法的規律、とくに裁判所の役割を考える上で重要な特質となってきます。

これは、別の言い方をすれば、「関係形成的」ということです。一般の民事紛争は、多くが賠償金を払って終わりといった1回清算的であるのに対して、子の監護は、子どもが成人になるまで続き、その間、たとえば、片方の親が仕事の都合で転勤を希望し、しかし、それを認めれば、他方の親の面会交流が重大な制約を受けるといった問題が出てきます。面会交流紛争を解決するということが、その意味で、この子どもが成人になるまでの間、離婚した親同士が、一方の面会という形で子を共同して監護していく、そのための枠組みに合意していくという、いわば合同行為的な側面を持っています。

ただ、契約法でも、継続的な取引のために、市場条件の変化に柔軟に対応できる契約が必要であり、そのためには、何よりも当事者自身が、契約改定の協議を誠実に行うということが期待されてきたわけですが、面会交流が子が成人になるまで続けるためには、やはり柔軟な話し合いができることが必要になります。

しかし、この柔軟な話し合いということ、逆に、面会ができるための条件にしてしまうと、面会交流をめぐる対立がある親どうしの場合、「面会はやはりさせられない」となってしまいます。しかも、その対立というのが、監護親が面会を頑なに拒否することから生じてきている場合、反対すれば、結局、対立ができ、柔軟な話し合いができませんから、面会させられないとなり、監護親が我を通すことになります。

そこで出てくるのが裁判所であり、アメリカの場合には、持続的な面会交流が行われるからこそ、裁判所に、問題が新たに持ち上げられれば、その解決を求めて、再び訴えが起こされます。その意味で、ここに書いた関係形成的というのは、形成権のような、1回、法律行為が行われれば、関係が

将来に向けて確定的に成立するものというよりも、「関係」の方に主眼があって、そこで形成されたものが、まさに、組織のような、個別の権利義務に書ききれない、むしろ内から、状況に応じて個別的な権利義務関係を生み出す発展的性格をもったものという意味です。

(4) 社会の無関心

また、外部性ということで忘れてならないのは、国と、それから社会です。この国と社会は、当事者にとって、面会交流紛争の去就に関心を持つ利害関係者として現れます。なぜ利害関係を持つかといえば、家族は、何といっても社会関係の基礎ですし、家族の中で子どもが健全に育つことには、当然に大きな関心を国は持ちます。それは、様々な家族政策となっているわけですが、離婚で子どもを巻き込んだ紛争が起きる時、それを適切に解決に導き、離婚の危機を子どもや親が乗り越えていけるようにすることも、国の大切な役割です。

とくに、家族紛争というものが底辺が広く、年間25万組、親の数でいけば50万人、そして、子どもの延べ数でやはり25万人が、この離婚の危機に毎年直面しているとすれば、当事者をいかにエンパワーして、離婚から、離婚後家族の再構築を当事者が適切に行っていけるようにするか、やはり国の枠組み作りに期待が掛かっていきます。

同じように、社会も利害関係を持ちます。もちろん、社会といっても、様々な価値を持った人間が、それぞれその関心で動いている不定型な集合にすぎませんが、しかし、かつては、家父長的な支配や、因習的な道徳で個人を抑えつけるものとして否定的に見られてきたものが、今は、市民社会という形で見直しも行われています。離婚についても、様々な自助グループや、子どもに会えない親たちの運動組織が今日いくつか作られ、相互に必要な支援を与え合うとともに、国や自治体を突き上げています。本当に、社会には今怒りが満ちています。

しかし、社会は、引き続き因習的な道徳を維持し、押しつける場でもあります。あるいは、もう少し中立的に、社会は、家族のような、多くの人の重要な関心事については、あるべき家族の姿や、当事者の振るまい方について、一定の道徳意識を常に作り出しています。この家族道徳を背景に、離婚する家族に、その行動に様々な規範的評価が加えられ、それが、また

裁判所の、調停員や裁判官の判断にも影響を与えていきます。

私は、こうした自然発生的な家族道徳の役割を否定するものではありませんし、むしろ、自助グループや法改革運動の下支えをする大切な規範意識でもあると思っています。ただ、問題は、現在の、日本の中核となっている家族道徳が、今、離婚がこれだけ多く、その渦中に置かれる子どもも多い中で、はたして適切な問題解決を導くようなものとなっているか、ということにあります。一昔前の、古い家族の見方を今でも引きずっているのではないかということです。

具体的に、外国に比べて、日本では離婚後の、子どもを共同して育てていく、その関係形成に対する国家の関与が著しく低いという問題があります。それは、国自体の問題ですが、同時に、背後にある社会の規範意識もまだ時代に相応しいものになりきれていないということもあります。それは、離婚に対する社会の冷たさとして現れてきます。

どうして社会は離婚に対して冷たいのかといえば、やはり社会から見て、離婚というのはなんらかの形で当事者に問題がある、本人に何か欠陥があって離婚したのではないかという、そういう懐疑の目で見られるからです。それは、いうまでもなく、社会の離婚抑制の裏返しですが、そのような社会の目を受けた当事者たちは、離婚を隠すことになります。

離婚がプライバシーに掛かる問題であって、他人がむやみにのぞき込んだり、論評を加えたりしてはならないことは、その通りですが、しかし、離婚がそのように秘匿されると、離婚に絡む問題も公的な討議に現れなくなります。実際、離婚は当事者の問題であると同時に、背後にさまざまな構造的な問題が存在していますし、離婚の後の経済的な問題や、子どもの問題も、やはり、生々しい事実を語って、社会に問題を訴えかけていくことがなければ、解決も出てきません。家族法の現在の法や実務の背後には、これまでの国や社会の家族に対する見方が、大きな社会的慣性として存在していますので、それを打ち破って、法や裁判実務を革新していくためには、当事者の声と、無数の議論が反復されていく必要があるのですが、なかなか大きな声になりません。

(5) 離婚のトラウマ

とくに一番問題と私が思うのは、子どもの問題です。離婚は、子どもに

とって非常に大きなトラウマになります。阪神淡路大震災以来、PTSD ということが言われるようになりました。学校で犯罪が起きれば、スクールカウンセラーを派遣することも、今は当たり前のように行われます。しかし、本当は、一番ひっそりと誰にも言えずに悩んでいる子どもたちというのは、実は離婚の子どもたちです。

アメリカでは、この問題に関して膨大な文献があります。離婚がいかにかトラウマになるのか、そのトラウマを子どもたちが乗り切るためには、どういう形の支援をしていったらよいのかといった文献が、専門的なものから、一般向けの啓発書まで、それこそ山のようにあります。しかし、日本では皆無といってよい状態です。心理学者も社会学者も離婚のトラウマをあまり語りません。啓発書もほとんどありません。

なぜ離婚のトラウマを語れないのかというと、ちょうど離婚に対する冷たい目の裏返しだからです。このことを語るエピソードとして、私が、かつて京都大学の社会人大学院コースで教えた時の話がありますが、それは、「現代家族と法」というテーマの演習でした。その受講生の中に、少年院の教官が2人来ていました。その二人の話ですが、教育のために日記を書かせたり、身の上話を語らせたりするのですが、少し声を潜めて、非行少年の中には、非常に離婚の子どもたちが多くと言っていました。

その話の中で、印象的だったのは、ある少年が、「おやじなんか、子どもころ家を飛び出したきりで、どうなっているか知らん」と吐き捨てるように言っていたのが、段々話している内に、「酒飲みで、母親を殴ってばかりいた」とか、そんな話の中で、ぼつりぼつりと、「花火に行ったとき、おやじが肩車して見せてくれたことがある」といった思い出を語るようになる、と言っていました。「悪い父親」でも、やはり子どもにはお父さんであって、親への忠誠を子どもは持ち続けるという話ですが、この親子の繋がりが離婚で断ち切られることがトラウマです。それは、離婚して、親が、自分たちを置いて家を出ていくことであったり、あるいは、監護親が、離婚した相手の親を悪く言うことであったり、様々ですが、離婚で親から見捨てられたと思ったり、後者の、自分の親でもある別居親のことを、やはり親である監護親が悪く言うことも、何か、身を引き裂かれるようなつらさを感じるのでしょうか。

国や社会は、こういう子どもたちに手を差し伸べることができるし、し

なければいけない、と思います。そのためには、まず離婚について語らなければならない。離婚が子どもにとってトラウマとなることを率直に語る必要があります。しかし、そうすることに、ためらいがあるとすれば、それは、「トラウマを抱えた子ども」という言い方が、離婚中にある子どもに対する差別になることを恐れるからです。また、子どもの不幸を持ち出して離婚する親を非難する、そうした離婚への否定観も、離婚しなければならない人にとって、後ろ指を指すようなものとなるでしょう。結局、そうした離婚差別になることを恐れて、離婚のトラウマを語らない、ということがあるのではないかと、思います。

しかし、差別をしてはいけないことと、差別と取られることを恐れて語らないことは別です。離婚差別が社会にあるから、離婚を語らないというのでは、何時までも問題が解決しません。タブーを作ることは、優しさのように見えながら、実際には、離婚に苦しむ家族や、子どもたちに社会が無関心を決め込むことであり、私は、そこに離婚を、離婚する人の個人的な問題にして突き放す、社会の、深い意味での差別があると思っています。

三 法援用と法秩序

以上、「多元分散型制御の法政策学」という北大のプロジェクトに引っかけて、家族法、とくに離婚後の子の監護をめぐる法秩序の分析を語ってきましたが、ここで、少し一般的に、先ほどは外部性の方に重点を置いて説明してきましたので、今度は、自立分散型の法秩序を、個人の能動的な権利主張の活性化という形で捉えた時の、その問題点を検討してみたいと思います。

(1) 権利のための闘争

この自律分散型のもっとも端的な表現は、われわれになじみの深い、イェーリングの「権利のための闘争」です。権利の侵害に対して権利者が敏感になり、権利の回復を主張すれば、権利の安易な侵害は起こらなくなり、法秩序が維持されるというのが、その本来の意味ですが、同時に、そうした権利の主張によって、権利の外延、他者の自由な領域との境界も明確に

なるという意味もあります。これは、権利というものが、誰から見てもあるかないか、はっきりして、ただ国家の強制力だけが求められているという見方とは違って、むしろ、権利と権利がぶつかり合う中で、お互いの権利の境界も明確な線として引かれていくという見方を示しています。

この違いは、それだけ聞くと、そんなに大きな違いでないかのように思われるかも知れませんが、実際には、後者のような、対立する権利主張のぶつかり合いの中から、権利が結果として生まれてくるという見の方が、私は、より動的な、権利生成を視野に納めた法秩序観につながるという意味で、大切だと思っています。その方が、弁護士がそれぞれ依頼者の利益を擁護して主張をぶつけ合う、法実務の実態にも近いし、これまで法が取り上げてこなかった国民の切実な権利要求が、既成の権利にへこみを付けながら認知されてくるプロセスにも、正当な学問的表現を与えていけるのではないか、と思っています。

また、もう一步理論化を進めて、この権利主張をする当事者の、その推論過程をたどってみると、法があって、自分の主張する権利が演繹されるという、そうした上から下への形式的推論だけでなく、むしろ、この自分の切実な利益要求は、当然に法の認知を受けるべきであるという確信があって、「法」は、自分の権利主張を根拠づけるような法であるべきであるという、法の主張がそこには含まれていると見ることができます。実際、そうした権利主張に、下からの、現実の経験に根ざした法の要求があるということは、決して例外的なことではなく、むしろ、既成の法の、既成の法の解釈に基づいて権利要求する場合も、この下から上への法の要求が、既成の法で問題ないということで、潜在的なものに留まったにすぎない、というようにも考えられます。

ドゥオーキンが、裁判官の法的推論について言った、ある法とあるべき法との二重性は、ここでは、弁護士の権利主張に引きつけて、権利主張を根拠づける法の援用は、ある法の援用だけでなく、「あるべき法」の援用を常に含んでいる、というようにいえるかも知れません。

この動的な権利闘争観が、私は、自律分散型の法秩序を捉える上で有効ではないか、と思っています。

(2) 受益志向

あと、今日の私の報告からは、少し原理的なところに踏み込みすぎになりますので、簡単に話したいと思いますが、この当事者の権利主張に関わる問題を3つ指摘したいと思います。

最初は、受益志向です。イェーリングは、権利のための闘争は、名誉を重んじる高貴な市民の義務であるということを言うために、採算を度外視してでも、権利の侵害に断固反撃することを称え、逆に、利益のために、土地の境界を争ったりすることを、卑しいこととして蔑視的に語っています。その基準でいけば、ほとんどの権利主張には、金銭的な利益が絡んでいますので、否定的になってしまいますが、もちろん、これはレトリカルな誇張であって、権利意識には、不法に対する怒り、正義の希求が存在しているということだけ、確認すればよいと思います。

また、それも強調しすぎると、たとえば、「被害者」の訴えなど、かえって権利主張を重くしすぎて、加害者の反論ができにくくしてしまう、という偏向を生む危険もあります。権利が、対立する権利主張の中から生まれるとか、法の援用が、あるべき法の援用を常に伴うとかいった動的な法秩序が正常に作動するためには、権利主張への防御を、もちろん不当な応訴は許されませんが、社会的、道徳的な評価を持ち出して抑制することがあってはならない、と思います。

むしろ、この動的な法秩序のモデルに近いアメリカでは、権利主張のための利益誘導も行われています。1つ1つの被害は少額で、被害者が個々に訴訟を起こすことができないようなものを、まとめて1つの大きな権利にして、訴えを起こさせるクラスアクションの制度や、行政訴訟で、原告が勝てばその弁護士費用も行政に支払わせる、片面的敗訴者負担制度などは、その典型です。これらは、何らかの法や訴訟の原理から導かれたのではなく、どうしたら、こうした訴訟を起こすことが困難な、しかし、訴訟を起こすことが必要な事件で、当事者に訴訟を起こさせることができるか考えて、作られた制度です。

このように、訴訟を起こさせるために、原告に利益を与えるか、あるいは負担を軽減させるのですが、もちろん、その費用は、最後には、誰かが払わなければなりません。とくに、行政に払わせる場合は納税者が払いますが、なぜ、それが納税者の納得が得られるかという、結局、原告が、

その私益に基づいて訴訟を起こしても、また、その勝った場合の利益を自一人のものにしても、行政訴訟を通じて、行政行為の違法性を確認することが、法の支配という、大きな公益につながる、という判断があるからです。この権利主張には、私益と公益が不可分であって、公益を受益した国民が、その費用を負担するという構図だと理解できます。

(3) 小文字の法

次に説明したいのは、「小文字の法」という概念です。権利主張が、あるべき法の主張を伴うことから、また、裁判の結果が、直接に先例として、あるいは類似判断の累積から、法の形成につながることは、既に指摘したとおりですが、その、ここでの言葉でいえば、「大文字の法」の生成とは別に、当事者が、権利主張を通して、相手方との間で、自分たちの生活空間に法を引きつけて、独自の規範を作り上げていくプロセスがある、と考えるのが、小文字の法という考え方です。

なぜ、そのようなマイクロな法生成を考えるかという、やはり、当事者間の関係には、普遍的な法では規定しきれない、豊かな関係性がある、それも、できるならば取り込みつつ、法を妥当させていくことが好ましいという考え方があるからです。

普通は、権利主張に至るような関係のこじれがある場合、そもそも、当事者の間には、そのような関係を立ち上げていくような信頼関係は残されていないし、また、法を援用して権利を主張すれば、後は、ガチンコの対決だから、どちらが勝つかだけになる、と一般には考えられるかも知れません。また、実際、そういう場合が多いと、私も認めます。とくに、裁判をしていると、お互い必死になりますので、相手の主張を見て、「よくこんな主張をしてくるな」と思うこともあります。

そんな中で、豊かな関係性といっても、しょせん甘い幻想にすぎないのかも知れませんが、しかし、訴訟で争われる関係の中には、訴訟が済んだ後はもう他人で、関係ないという社会関係ばかりではないと私は思っています。実際、訴訟の後も続いていくような関係もいくつかあって、たとえば、この報告で問題にしている面会交流紛争はその典型です。面会交流は、1回、子どもに会わせれば終わりではありません。ずっと、子どもが成人するまで続いていかなければいけないものです。しかも、前に、関係

形成ということと言ったように、その内容は、様々な行事がある中で予定を付けていく必要や、子どもの成長、家庭環境の変化などに合わせて、予定を立て直していく柔軟性が求められます。

これが、生活空間に法を引きつけて、自分たちの法にしていく、つまり、小文字の法の定立ということです。ただ、その際、強調しなければいけないのは、このように言うことが、面会交流を権利の問題にしてはいけないとか、「隔週金曜日の5時から、日曜日の夕食後まで、父親の家に子どもが訪問する」といった硬直的な日程を組んではいけないといった意味で取られてはならない、ということです。この種の議論は、しばしば日本の実務家の間で聞かれますが、間違っています。やはり、面会交流には、監護親が、原因があつて別れることになった別居親に子どもを定期的に会わせるという、自然の性情に逆らって維持される面があり、どうしても法のしっかりした枠組みは欠かせません。柔軟性というのは、その上でのことです。

少し大きな言い方をすれば、今日のわれわれの社会空間は、法なしでは成り立ちません。その法の理解に食い違いがあつたり、法の違反があつたりする場合には、法を援用して争うのですが、最後は、やはり社会の中に帰って生活していきます。ただ、そこでは、法の新しい理解を伴って、社会関係が更新されているわけで、やはり、そこから、普通の日常生活と同じように、また関係を周りの人間と作っていくというプロセスが始まります。

そこでは、権利の主張は、何度も言っているように、法から始まる演繹的部分と、生活に根を下ろして、そこから新たな権利の確信を得ていく部分と、両面があつて、この法と生活世界との往復運動が、小文字の法の形成にもつながるといえるように考えられるのです。

(4) 権利主張の被傷性

最後に、もう1つ、権利主張に着目して法秩序を考えていく場合の着眼点というか、問題として、「被傷性」ということがあります。被傷性というのは、権利を主張することで、その人が傷つくということです。

権利を主張するためには、費用は時間が掛かり、周りからもクレマーとして見られ、関わりを持ちたくないと思われるなど、大きなコストが掛かってきます。結局、それを上回る経済的利益が得られるか、権利主張に、

大きな社会的意義が見いだされる場合に、人は権利を主張し、訴えを起こしていくのですが、自律分散型の秩序を構想する場合、経済的問題とともに、とくに、当事者が権利を主張することで人格の危機に直面するという問題を考えておく必要があります。

一つの例で、学校災害を考えてみます。昔は、学校災害では、ほとんど誰も訴えるという人はいませんでした。たとえば、子どもが学校の鉄棒から落ちたとしても、それは、男の子だったら事故の一つや二つ起きても不思議ではないとか、うちの子が乱暴で、悪かったんだとか、言うわけです。不運や、今風で言えば、自己責任となるのですが、現在は、学校の責任を皆考えます。

ちょうど、この転換期の頃の話で、NHKのある世論調査が面白いデータを出しています。修学旅行で、子どもたちが夕方、宿舎を出て町へ出たところ、地元の不良連中と争論になり、けんかしてけがをしたという事件を設定して、「あなたは、このような場合、学校に責任を求めて訴えますか」と聞くと、訴える人は非常に少なく、ほとんどが、「私は訴えません」と答えます。ところが、「あなたの学校の他の保護者たちは訴えると思いますか」と聞くと、今度は、「訴えるだろう」と答える人が多くなります。要するに、他の人は訴えるけれど、私はしない、ということです。

やはり不法行為訴訟というのは、どこか悪魔的なところがあって、本当は自分の子どもが悪いのに、学校のせいにするという社会の批判的な意識に逆らって、他者帰責をまず行う必要があります。それが、訴えの抑制になるのですが、逆に、訴えた者には、その社会の規範意識を自分も内面化している程度に応じて、人格的な毀損の危険に直面することになります。生命の価値が金銭で評価されて、賠償金が遺族に支払われるということも同じです。

もう1つ、この権利主張に人格毀損の危険が伴うということは、「被害者」を名乗らなければ、権利の主張ができないということと関係します。

たとえば、人種差別や性差別など、自分が「差別を受けた」と申し立てるわけですが、単なるからかいにすぎない、それを差別だというのは、被害者意識からする過剰反応ではないか、と反論されてきますし、差別でなくて、実際、客観的な能力からする区別だ、とも反論されます。また、そ

れ以上に、差別を受けたということは、自分が差別を受ける人のカテゴリーに属する、社会的弱者なのだと思認することを意味します。それは、日本でも、いじめを受けた者が、なかなかいじめを告発しない、むしろ、親や先生から聞かれても否定してしまう、といった現象の中にも現れているといえます。また、被害者の中には、突然、災難が降りかかってきた、純粋な被害者から、加害者と様々な関わり合いがあって被害者となった者もいます。世間の被害者への同情も、この「被害者」の純粋さに応じて、大きく変わったりします。

結局、こういう状況の中で被害者を名乗ることには、大きなリスクが伴います。それが、そのまま権利主張のためらいとなって現れます。社会学の用語で「ダブルバインド」という言葉がありますが、権利主張には、「被害者であると言え」、しかし、危険だから「被害者であると言えな」という二つのメッセージがあって、身動きが取れなくなるということがあるのです。

以上、市民の一人一人をエンパワーし、権利主張＝法援用を促していくことで、法秩序を立ち上げていくという構想の下で、実際、どのような点に留意すべきか、一般的な形で議論してきました。今日の報告のテーマも、「家族法の権利的構成」ということで、とくに、面会交流の権利化が日本の場合遅れていることを問題として指摘したいと考えているのですが、家族法に固有の権利化の課題だけでなく、こうした、家族の構成員が、それぞれ、離婚のような家族の危機に、権利を主張し、それを踏まえて離婚後の家族を再構成していくという展望を行っていくためには、自律分散型秩序の全体像にも目配りをしていく必要がある、ということでもあります。

それでは、面会交流の問題に戻して、どこに現在の家族法、そして裁判制度の問題があるか検討し、権利化への展望を行ってみたいと思います。

四 離婚の現実と子の福祉

(1) 離婚後複合家族

最初に指摘しなければならないことは、離婚した後も、やはり、未成年の子どもがいて、両方の親が子どもの成長と関わっていかなければいけ

ない所では、「家族」という観念を持たなければならないということです。離婚は家族の解体であり、「別れる」という言葉は、文字通り、もう一緒にいないということで、家族はもう観念できないように思うかも知れませんが、しかし、離婚した後も、子どもが両方の親と定期的に会い、親どうしも、最低限この親子の面会交流を維持するための協力をしあう場合、外から見ても、実際、家族としての実体があるといえます。

しかし、この離婚後の家族は、もはや同居を前提としていませんし、家庭という、外から仕切られた場で定義することもできません。それでは、どのような意味での家族かという、家族の成員が、それぞれ他の家族成員と「家族的繋がり」を持つ、その繋がりそのものが家族である、ということです。だから、離婚して、一緒に住まなくなった親とも、同居家族という垣根を越えた親子の繋がりを持ち、それが家族であります。

これは、たんに定義の問題ではありません。実は、日本で面会交流が進まない、その最大の理由は、監護家庭の中に子どもを囲い込み、別居親をその外に閉め出すことにあります。そこに当然のごとく観念されている家族観を問題にしないことには、面会交流を現在の国際水準にまで引き上げていくことは困難です。

家族がもし監護親と子の閉じた家庭で定義されるならば、別居親はその外にいる人間で、家族の一員ではありません。その別居親が、子どもに会うということで、この監護親と子どもの家庭に入り込むことは、「家庭の平穏を乱す」と見られることとなります。それは、実際、監護親の意識でもあり、離婚して、やっと相手から離れて生活を始められると思ったのに、子の面会で関わりを持たなければならない、というのは、耐え難いプライバシーの侵害と捉えられることとなります。

その監護親の拒否感をもっとも強く出てくるのが、また、その拒否に正当性があると認められるのが、DVがあつて離婚する場合です。子との面会交流をきっかけとして接触ができ、DVが再現するかも知れない、という不安が申し立てられ、そのために面会が制限されることも、実際、欧米でもあります。ただ、DVの不安というのも程度問題であり、子の受け渡しを外で、親同士が接触しない形で行うことで、DVの危険が避けられる場合には、外国では、面会の全面禁止になることはありません。

しかし、具体的な線引きでは、同じ別居親の面会交流を尊重する社会で

も、人によって考え方は様々であり、大きな括りでいえば、女性運動など、女性の権利を強調する立場からは、離婚を一般に抑圧的な婚姻からの解放と見るために、離婚後も、親と子との繋がりが維持され、あたかも別居親を含めた家族が存在するかのごとき外観が提示されることに、抵抗感を持ちます。日本の面会に消極的な社会こそが、この女性運動の人たちからは理想的な社会となるのかも知れませんが、もちろん、それは、一つの運動としての誇張であつて、婚姻の抑圧的な関係が、実際、離婚後も再現されるような場合に、なお面会交流を優先させる必要があるのかという批判として聞くべきものであつて、日本の面会拒否事例の大半では、当てはまりません。

(2) 連れ子養子と子の意思

むしろ日本の場合、婚姻中の抑圧に関係なく、ただ監護親が新しい生活を始めたいというだけで、面会拒否が行われます。この、前の別居親との関係を完全に断ち切るために、子どもが会うこともさせないということは、監護親が離婚後単独で子を監護する場合にも存在しますが、とくに、監護親が再婚し、そちらの方に新しい家庭ができてくると、いっそう顕著に表れてきます。

日本の民法の場合、監護親が再婚し、再婚相手が子どもと養子縁組みをする場合、このような配偶者の子を養子にすることには、15歳未満の子の場合であっても、家庭裁判所の許可が必要ありません。そのような養子縁組は無条件に子の福祉に適うものであり、裁判所が一々審査するまでもない、という考え方があるからです。

この日本民法の考え方からすれば、離婚が婚姻の清算であり、子どもも、別居親との関係を断ち切ることがむしろ当然であるという考え方になってきます。実際、家裁の審判でも、こうした再婚、そして連れ子養子が行われると、面会を認めるのにきわめて消極的になります。初期の判例では、父親が親権者になり、再婚して、母親からの面会要求を拒否した事例で、「(前の母親が会えば)新しいお母さんはかわいがれない」という理屈を認めて、母親に、「子どものことを考えれば、そっとしておいてやるのが親の愛である」と説いたものもありますし、言葉こそそのように露骨な表現をとりませんが、同じ発想で、再婚家庭にいる子どもへの面会を拒否した

事例は無数にあります。

この連れ子養育の問題と根が同一で、日本の面会交流を困難にしているのが、「子の意思」の問題です。それは、端的に、「子が会いたくない」と言っているとして、面会を拒否し、裁判所も、会いたくないと言っている子どもに無理して会わせても、子どもの負担になるだけだ、として、その面会拒否を追認するというものです。たしかに、子が会いたくないと言っているのに会わせるのは、会いたいという親のエゴにすぎないようにも見えますし、面会交流させるかどうかは、子の福祉に適うかどうかで決めるという原則からすれば、子の意思をまずは尊重するということになるかも知れません。

しかし、この「子の意思の尊重」には大きな落とし穴があります。それは、子どもは監護親の意向に影響を受けやすいということです。子が別れた親と会うことを監護親が嫌う場合、子どもは、それでも会いたい、会わせてくれということはずあり得ないことです。監護親の中には、直接、別れた元配偶者のことを子どもに悪く言う親もいますし、そうでなくても、子どもが「パパどうしているの」と聞いた時のその態度で、子どもは事態を察して、二度と話題にしなくなるということもしばしばあります。子どもには、とくに小さい内は、監護親に育ててもらっているのですし、その意思に逆らうことはできません。また、現実には、別れたきり一度も会っていない親であれば、なぜ別れたのか、自分を捨てて家を出たのかも知れませんし、現在、どう考えているかも分からないのに、会いたいと怖くと言えないでしょう。離婚した子どもは、親を失うことにきわめて過敏です。年齢不相応に親の顔を窺うと心理学者は言っています。

このことは、裁判所でも分かっているのに、なぜ子の意思など問題にするのでしょうか。一つは、もちろん、子どもに負担をかけたくないということですが、かりに会いたくない親であっても、会ったからといって子どもがトラウマになるわけではありませんし、世界のコンセンサスは、会うこと、会って、「別れた親とも親子の交流が続けられる」ことが子どもの心身の健全な成長にとって好ましいという判断ですから、会わせればよいに決まっています。

結局、子の意思を理由に会わせないのは、「子の意思」を持ち出して面会を拒否する、その監護親に遠慮しているからに他なりません。連れ子養

子の場合と同じように、監護親が反対し、子どもあえて別れた親に会わなくてもよい、今で十分幸せといえ、そのまま、そっとしておこうという判断に傾くのです。

(3) 高葛藤の回避

この監護家庭の自律、外からの干渉に対して守られているという意味での自律ですが、この自律と共通の根を持つのが、高葛藤の回避です。これは、親どうしの葛藤が強く、面会が円滑に行かないところで無理に面会交流を命じても、子どもの負担になるだけであり、面会を認めるべきでない、という考え方です。

たしかに、監護親も気持ちよく子どもを面会に送り出せるようになっていけば、それに越したことはないし、そのためには、引き続き、親の自覚を促し、社会一般の面会交流への理解を深めていくことが必要なのは、言うまでもありませんが、それができない時は、面会をさせるべきでないという結論を導くとしたら、それは誤りです。であれば、監護親が頑なに面会を拒否し、ぜひ子に会いたいという親をあからさまに挑発し、対立を深めれば、それだけで、裁判所から、「そのような状況で会わせるのは、子の福祉にならない」というお墨付きをもらえるのですから、まさに、別れた元配偶者に子どもを会わせてやるものかと思う監護親は、その我を押し通していくことが可能になります。

本来、その監護する子に、別居親との面会をさせなければならない面会義務者が、その義務をサボタージュして頑張り通せば、面会させなくてもよくなるというのが、この高葛藤の回避であり、それが認められるということは、端的に、面会交流は権利でない、裁判所は権利として保護しない、と言っているのと同じです。実際、裁判所は、面会交流を離婚後の監護内容の一部として審判の対象とは認めますが、それを「権利」と認めることはしない、という態度です。

権利にしない理由は、形式的に、民法に面会交流権が規定されていない、ということでもありますが、それ以上に、面会交流は権利の問題にはならない、という意識が強いように思われます。権利と考えれば、面会交流を別居親が「権利だから認めよ」と強く求めてくるであろうが、それは、本来、面会交流が子の福祉のためにあるのに、子の福祉に適わない場合に

まで、面会を認めることにつながり好ましくない、と考えるものです。

子の福祉になれば認めるし、ならなければ認めない、そのようなものは、誰かの利益のために与えられ、その請求を待って実現されるような権利とは違う、ということですが、問題は「子の福祉」の判断にあります。日本の場合、子どもが監護親の下でとくに問題なく育てられている場合、監護親が反対すれば、その反対を抑えてまで面会を認めることに消極的であり、その面会を認めないことが子の福祉である、と言われます。「子の意思」でも、監護親家庭で子どもが別居親から切り離されて養育されている、その現実に沿った形で形成された、その意味で、きわめて他律性の強い意思ですが、それまでも、この面会拒否のために、子の福祉の名で使われていきます。

とすれば、結局、離婚後の単独親権に沿った形で、監護親の家庭に子どもが取り込まれ、別居親との関係が切れていくことは必然的です。元々、嫌いで別れたのですから、監護親が、自発的に別居親との関係を子の面会交流を通して続けていくということはありません。それが、実際、日本の現実で、はっきりした調査はありませんが、別れた後も、定期的な面会交流が続けられているケースは、割合として非常に少ないと思います。この現実、離婚で親子の関係が切れることこそ、子の福祉に反する、というのが、現在の世界のコンセンサスですので、その意味で、日本では、権利的な思考を排除して、「子の福祉」一本で考えるという、一見、子の福祉を非常に大切にしようとしているが、結局、子の福祉に反する事態を作り出している、ということでもあります。

五 家裁実務

それでは、どうしたらよいのか。今日の報告の自律分散型秩序としていえば、年間15万組もある、子どものある離婚を前提として考えれば、双方の親が、対立感情は脇に置いておいて、子どものために離婚後の面会交流を話し合っ取り決めていかなければいけません。しかも、面会は、子どもが成人するまでずっと続いていくものですので、通常の民事紛争のように、お金を1回払えば終わるというわけにはいきません。「離婚後家族」のしっかりした枠組みが必要です。

そのためには、ルールが必要です。また、ルールには、それを守らせるための強制の仕組みも必要ですし、ルールの適用をめぐる争いが起きれば、迅速に対応できる裁判の仕組みも必要です。とくに、監護親が、別居親に子を会わせるというのは、その自然な感情に反して行われなければならない、ということを考えれば、まさにこれは、法が必要とされる領域であり、その法を動かしていくものとして、当事者に権利が付与されなければならないのです。

この基本的な方針から、日本の家族法と裁判所を見た場合、明らかに、時代の要請に見合ったものになっていない、といえます。

(1) 関係調整

まず、家庭裁判所のあり方ですが、一言でいえば、離婚後家族に必要なルール化を担保するという機能が十分に果たせていない、と思います。民法の規定も、離婚後の親権者の指定でも、また監護の問題でも、まず当事者が協議して決める、協議ができなければ家庭裁判所の審判ができますという、ただ、それだけが規定してあって、どのように決めるか、指針はありません。実際、指針といっても、「子の福祉」という大きな目標があって、後は、その具体化として個別に考えていくということしかできない、という議論になるのかも知れませんが、たとえば、アメリカの監護決定の規定では、子の最善の利益という大きな指針を掲げつつ、同時に、次のような点に配慮するとして、子どもと非監護親との面会交流を積極的に図っていくことを一つの考慮すべき要因としてあげています。

日本でも、審判例から、こうした要因を拾い出していけば、ある程度は、実体的な基準が浮かび上がってきます。判例ももちろん法としての機能を持ちますから、それでよいようにも見えますが、しかし、判例で内容をより具体化していくにしても、やはり、離婚後の親と子の関係という大きな問題に、立法で明確な指針を作っていくことは必要であります。また、現在、面会交流の争いが急増しているという話をしましたが、婚姻中も、子育てに両方の親が関わるようになってきましたし、社会の変化の中で、親と子の関係について、人々の意識が変わってきたり、子の健全な成長に両方の親との交流が不可欠であるという国際的なコンセンサスができてきたならば、やはり、それを法の形にして、家族法の現代化を図っていく

ことが必要です。

こうした立法で、これはぜひ考慮して離婚後の子の監護を決めていかなければいけないというものを明確にしていけば、そこからまた、判例を発展していくでしょうし、社会の、一人一人の親が直接に、あるいは弁護士を通してそのメッセージを受け取り、その自分たちの取り決め、前に「小文字の法」と呼んだものを発展させていくことも可能になります。

この法秩序のビジョンから見た時に、日本の家族法には、親が別れても、子にとって大切な親子の関係が維持されるのだという強いメッセージがなくて、ただ協議しなさいでは、人々の勝手な動き方だけが増幅されることになります。

(2) 調停の問題

この日本の家族法の、やや極端な言い方をすれば、基準を与えずに、まず「協議せよ」という、協議優先の作り方は、手続にも現れています。家事事件は、争訟的なものは、すべて調停前置です。面会交流でいえば、後に不調になれば審判がありますが、その比率は、だいたい、調停10に、審判1の割合です。数の上でも調停優位です。

しかし、この調停が、同じように、法に照らして当事者の主張を評価するという面が弱く、ルール化を困難にしています。弱いのではなく、家族の問題は、本来法で割り切れるものでないから、意識的に法を持ち出すことを回避しているのだ、という答が家裁関係者からは返ってくるかも知れませんが、実際、この調停の法回避の姿勢は、本来、日本の判例から見ても、面会拒否自由がないと思われる場合にまで、監護親の面会妨害があっても、結局、手が出ない、という問題となって現れています。

しかも、ただ、調停が無力であるというだけでなく、そうして調停でもみ合っている内に、半年とか、1年とかあつという間にたつて、今度は、子どもが会いたくないと言っているとか、会えなくていらだつ別居親からの攻撃的な主張を逆に、親どうしの信頼関係がないから面会は無理だという判断が出てきます。とくに、調停は、調停員の都合や、部屋の確保、そしてもちろん、弁護士がいれば、その双方の都合などを合わせるために、なかなか期日が入らず、1ヶ月半に一度ぐらいで、それが、間に、調査官の調査も入ったりして、5回とか6回期日を重ねますので、すぐに1年た

ちます。

子どもの、とくに小さな子どもの場合、この空白は大きく、かりに面会となっても、やっと年に2回、1回2時間ということでは、勢い込んで面会を求めてきた親も、半ばあきらめ気味になりますし、子どもも、そんな顔を見せるだけの面会を楽しむことはありません。結局、「面会を求めても、結局、長続きしないのが多いんだよね」という家裁関係者の声を聞くことができますが、それは親の側に問題があるのではなく、この程度の面会しか実現させられない、家裁の弱さにあるのだと私は思っています。

また、もう一つ、私が日本の調停で問題と感ずるのは、個別面接です。一時、同席調停というのが推奨されたことがありましたが、今は、ほとんどが個別面接です。当事者がそもそも顔を合わせないように、申立人と相手方と別々の部屋が用意されていて、一方が調停員と面接している間、他方は、部屋でじっと待っているというわけです。30分以上待たされて、今度は調停室に入ると、「相手方は、子どもも会いたくないと言っているし、会わせられないと言っている」と告げられ、「どうしますか」となるのですが、私など、「えっ、それだけですか。30分の間、他に何を話していたのですか」と聞きたくになります。

自律分散型は、お互いが、法を援用しつつ理性的な話し合いができる人間を前提とします。対立する主張があってもかまわないけれど、やはり、自分の主張を相手に向かって説明する、また相手の主張も聞き、必要なら反論をする、そうした討議ができなければ成り立ちません。日本の調停は、相手の主張のその結論は聞けても、その理由を直接に聞くようにはできていません。相手とは冷静な議論ができない、感情が爆発する危険がある、あるいは、調停員からは相手のいるところでは本音が聞けない、といった理由が挙げられますが、アメリカのADRでは、まさにそうした当事者のコミュニケーションに障害があるところで、調停人の介入で、コミュニケーションが回復することが目的とされています。

調停自体が法回避的、調整的である他に、この対面性がなく、当事者がおよそ筋が通らない勝手な主張でも無理強いできることが、いっそう日本の面会交流紛争を非合理的なものにしているように思いますし、それが、ひいては離婚後家族のルール化を妨げていると思います。

(3) 調査官の調査報告書

家裁実務で、もう1つ問題と思われるのは職権探知です。職権主義が家裁で取られる理由として、身分関係の公益性があげられます。つまり、家族関係はたんに当事者の意思で処分されてはならない、だから、訴訟の場面でも、処分権主義や弁論主義を排除するということです。面会交流でいえば、争いの当事者となっているのは別居親と監護親ですが、問題は子の身分関係に関わることから、その客観的に見て適正な関係が形成されなければならない、と考えられます。

しかし、子の身分関係に関わるといっても、実際、面会交流が問題になるのは、別居親が能動的に面会を求めるからであって、それ以前に国が独自に面会交流を保障する措置を取るわけではありません。また、面会交流を行うことで子の福祉が害される、そうした例外的場合に面会が制限されることは、それ自体どこの国でも認められていることですが、それも、基本的に、面会交流をしたい、させないという争いがある審判になっている以上、通常は、当事者の主張立証の中で必要な判断資料が出てきます。

もし問題があるとすれば、当事者の主張立証能力が低いか、一方に偏っていて、子の面会交流という、子の福祉にとって重要な判断に必要な資料が十分に出されない場合です。それに対しては、家事事件で当事者主義がとられるアメリカでも、子の法定代理人や、裁判所が任命し依頼する「法廷調査人」の制度があり、補充的な調査や主張が行われます。

日本には家裁専属の調査官がいて、こうした当事者の主張立証を補う制度は整っているのですが、問題は、その調査官調査が当事者の立証に代えて、圧倒的に大きな影響を持ってしまっているということです。子の監護をめぐる事件で、争訟性が強いと思われると、調停の頃から調査官を同席させ、調停でのやりとりを聞き、また発言もします。その上で、「子の現況」について調査をし、それを報告書の形にして出すのですが、そこで書かれた結論は、覆すことが困難な圧倒的影響を持ちます。なぜ覆せないかという、当事者には、とくに別居親には、子どもに会わせてもらっていないので、直接に子どものことについて証拠を出せないからです。たとえば、「子どもは現在の監護環境でのびのびと育てている。父親には良い思い出はないし、とくに会いたいとは思わない」と書かれている場合、反論しようにも、子どもを見ていないし、既に別れてから早くも半年、時には、

2年、3年と経ってれば、何言っても、「現在では…」と言われて終わりです。

手続的には、かつては、調査は裁判官に対してなされるだけで当事者にも開示されませんでした。最近では、さすがに、手続的正義の観点から、開示を求めると、裁判官が裁量的に許可する扱いになっていますが、また、調停では調査官に直接意見を聞いたり、あるいは審判では、意見書を出したりできますが、鑑定尋問のような制度はありません。また、あっても、子どもに会えているのは、監護親を除けば、調査官だけですし、調査報告の中の記述から矛盾や、違う解釈の手がかりを得て反論するのが精一杯です。もちろん、法律家がよく知っているように、事実の部分は、結論と整合的に取捨選択して書かれていますので、その事実を使って結論を反駁するのは、至難の業です。

私は、審判で、申立人が推薦する心理の専門家に、子どもの面接をさせ法廷に報告させて欲しいと言いますが、「先例がない」と言って、却下されます。日本の職権主義は、その意味で、足りないところを補うものでなく、当事者の主張立証の権能を奪った上での職権主義で、その点に、私は不当性を感じるのです。当事者は中立的でない、その推薦する専門家も信用できないというかも知れませんが、それだったら、医療過誤訴訟も、他の訴訟も成り立ちません。同じ専門家の良心をかけて、しかし、対象を違った目で捉えて分析するからこそ、訴訟に出てくる資料が豊かになるのであって、それを、当事者は自分の都合の良いことしか言わないから、として退けるのは、当事者不信以外の何ものでもないと思います。

家裁ができて60年、様々な改革は行われましたが、やはり、日本の家裁の仕組みは、戦後すぐの時期の、貧困な時代の家族紛争を制度の記憶として引きずっているといわざるを得ません。もっと、現代の家族紛争は、法で守られた空間の中で、一人一人の権利が大切にされる、そうした家族を構築するものとして捉えられなければならないと私は思っています。当事者不信するのではなく、当事者を信頼して、その力を高めるような家裁こそが求められていると思います。

六 面会交流の権利

(1) 親の権利

最後に、面会交流の権利性について確認したいと思います。私は、面会交流権を親の権利と理解します。一般には、この問題で親の権利を持ち出すことは、外国でも否定的に見られることが多く、実際、法の規定を見ても、どこでも、「子の最善の利益」が面会交流の可否を判断する至上の基準である、といった規定が存在します。また、各国の実定法ばかりでなく、現在の国際的なコンセンサスを表現しています国連の児童権利条約も、文字通り、児童の権利を謳ったものであります。

しかし、権利条約は、名宛人が国であり、児童が、「別れて暮らす親とも定期的に人的関係及び直接の接触を維持する」、その権利を尊重することを、締結国に義務づける、という構成になっています。つまり、国は、法の整備や、裁判制度、そして行政の施策などで、この親子の面会交流を図るよう努力しなければならない、その前提としての「子どもの権利」です。法理学では、そうした権利のことを、「モラル・ライト」と呼んだりしていますが、そうした法の背後にあって、法の生成を促すような権利としては、私も、子どもの権利を認めます。子どもが別れた親と面会交流を続け、両方の親から愛されていると実感できるようにすることは、本当に大切なことだと思います。

ただ、実定法的な権利としては、子どもが直接に裁判に訴え出て、面会交流を求めるという請求を観念することはできません。会いに来ないお父さんに、会いに来るように裁判所に命じて欲しいと求めるとか、お父さんと会おうとすると、お母さんが嫌な顔をする、このお母さんの面会妨害を排除して欲しいという訴えも、論理的には考えられないではありませんが、やはり不自然な感じがします。「会いに来ない」父親のことも確かに問題ですが、古くからある諺のように、「牛を水飲み場まで連れてくることはできても、水を飲むことはできない」のであって、やはり、もう成人の父親に、その意思に反して面会を命じることは、何のメリットも生みません。

監護親の妨害排除も、現実には、子どもは未成年ですし、法定代理人を立てて訴えを起こすことになるのでしようが、誰が法定代理人になるのでしょうか。それは、いるとしたら別居親でしょうから、その人が自らの権利として、面会を求めれば足りますし、そもそも、そんな監護する子ども

に、別居親に会いたいのに合わせてくれない、と妨害排除の訴えを起こされるような監護親なら、親権変更の手続きでもとる方が現実的だと思います。

(2) 共同親権

それでは、どのような意味で、親の権利なのでしょう。二つの考え方があります。一つの、分かりやすいのは、親権です。

最近、ドイツで法改正が行われたことを受けて、日本でも、離婚後の共同親権を主張する議論が盛んになってきました。単独親権制度だから、離婚した後、別居親は子どもに対して親としての権利を主張し得なくなるのだ、と考えて、まず、この大元を変えようというのです。もちろん共同親権に変えても、親子の面会交流が何よりも子どもにとって大切な、親から愛情を受けて育つためのものであることには違いはありません。また、面会が例外的に子の福祉に反する結果になる場合に制限されることも、変わりはありません。

違いは、監護親との関係で、別居親も、親として対等に子どもの成育に関わっていく、その権利と義務を負うことが確認されることにあります。面会交流の紛争は、監護親が、親権行使として、その監護する子どもと別居親との面会を制限することから始まりますが、その際、別居親には、日本の非権利的な理解では、ただ、子が自分と会うことが、子どもの福祉に適うことを申し立てて、面会を訴えるしか方法はありますが、共同親権になって、自分も親であるならば、もっと堂々と、親権の内容として、ことの面会交流を要求できるし、監護親の一方的な面会交流の制限を争っていきけるであろう、と考えられます。

このように、面会交流を求める、あるいは制限することが親の親権行使として行われ、それを前提として共同親権の立法的主張も展開されているのですが、逆に、共同親権者であっても、面会が制限されることはしばしばあります。別居の場合がそうで、一方の子を連れて別居した親が、まだ離婚が成立せず、相手に共同親権があるのに、面会を拒否する例は日本に無数にあります。その場合、共同親権が残っているから、面会を求めたら認められやすいかといえば、そのようなことはなく、離婚の場合とまったく同じで、「子が会いたがっていない」とか、「やっとな家を出たのだから、

しばらくそっとしておいて欲しい」といった理屈も、調停にいけば聞いてもらえ、調査官の調査でも、「子は今の環境に落ち着いている」、「対立を持ち込むことは子にとって好ましくない」といった報告がなされれば、それで面会は実現できなくなります。

その意味で、私も共同親権には賛成ですが、共同親権と言っただけで問題が解決できるわけではない、ということも考えておく必要があります。

(3) 家族形成権

親の権利には、もう一つの観念があります。それは、アメリカでいう家族形成権です。人は、不可侵の人権としての、好きな人と結婚し、子どもを産み、育てる権利を持っています。これを家族形成権といいます。今日まで三つぐらいの流れがあり、いずれも国家の法に対して、憲法的な保護が問題にされてきました。一つは、人種差別が強かった時代の、異人種間の婚姻を禁止した法律を違憲として、結婚する権利を認めたものです。それは、現在も同性愛者の結婚をめぐる論争に引き継がれています。

二つ目は、義務教育をめぐる一連の憲法判例です。親は、その監護する子どもにどこまで、その自由な判断で、義務教育を拒否して、独自の宗教教育や、民族教育を受けさせられるかが問題とされてきました。一見、面会交流の問題と関係ないように思われるかも知れませんが、背景にあるのは明確な自由権的発想で、それぞれの親が自分の子どもを、その信念に従って、自由に育てるからこそ、価値の多様性も引き継がれるという言い方がされています。子どもの健康や安全が脅かされる時は、国は断固として家族に介入し、子どもを守らなければなりません。そうでない限り、できるかぎり自由な子育てを尊重することは、別居親も含めた、親の子の監護を社会の基本的な仕組みとして守っていくという態度につながり、私は、それが、アメリカの面会交流を含めた親の権利の根幹にある考え方だと見えています。

3つ目は、ロウ事件で代表される、避妊や中絶など、子を産み育てる権利を、夫婦、あるいは女性のプライバシー権として尊重した判例です。これが狭義の家族形成権ですが、やはり強い自由権的な捉え方がなされています。中絶であれば、国はもちろん、夫や胎児の生物学的父親も、女性の中絶を選択する権利に干渉できない、とアメリカの判例は言います。家族

を作るというのは、どこまでも、個人の、特定の子ども、あるいは配偶者との間で家族的関係を作ろうという自己決定の問題だと考えるのです。

なぜ、私が、このような個人主義的な家族形成権に着目するかといえば、家族というものを団体ではなく、そのような一人一人の人間の、他の人間と家族的関わりを持つという個人の権利の束に還元することで、はじめて、離婚後の、もはや家庭という枠の中に収まらない、別居親と子との関係も、「家族」として捉えることができるからです。前に、離婚後複合家族と呼んだものがそれです。子どもにとって、一緒に住む監護親も、住まない別居親も大切な家族だというのは、この子どもから放射状に伸びていく家族形成権を考えれば、素直に受け止めることができます。

また、この家族形成権は、個人の人権です。そして自由権です。基本的に、暴力を振るったり、危害を加えたりするのではなければ、できるかぎり、自律的な関係の形成を遠くから見守っていくのが国家の役割です。逆に、誰かが、この権利を侵害する場合には、私人間の人権侵害行為と同じ意味で、実体法に基づいて、不法と認定し、その侵害を抑制していかなければいけません。別居親がその権利として、子どもとの家族的関わりを持つことを監護親が妨害する場合に、国は、断固として、その不法を排除するというのは、まさに、この別居親と、そして子どもの家族形成権の尊重です。

さらにいえば、日本では、子の福祉の名の下に、面会を制限する事例が多すぎるという話しをしましたが、これも、子どもと面会交流することが、憲法的に保護された人権だと見れば、憲法訴訟論でいう、「最小限の制約（となる代替措置）」の法理を用いて、かりに面会が難しいケースでも、様々な工夫をして、何とか、最大限の面会を実現していく努力が行われるはずで、この点でも、私は、この家族形成権の考え方をもっと日本でも大切にすべきだと考えています。

七 まとめ

以上、これからの日本社会の法秩序のあり方として、上から秩序を作っていくのではなく、下から、一人一人がその置かれた生活世界の中に法を持ち込んで、秩序を立ち上げていく、そうした展望を具体的な面会交流紛争に即して、検討してきました。

離婚後家族の再建は、今、世界で真剣に取り組まれている焦眉の課題です。それには、離婚が圧倒的に多いということもありますが、同時に、離婚の中で苦しんでいる子どもに、社会が目を向け始めたということも大きな要因となっています。日本でも、少子化や共働きで、両方の親が子育てに関わるようになって、争いが激増するようになりました。もう現在の家庭裁判所は手一杯です。それでも、まだ、離婚の中の子どもの25万人に対して、面会紛争の調停事件は5000件ですから、2%にすぎません。後、98%は自分たちで解決していかなければいけないのですが、そのためのしっかりした法の枠組みができていないかといえば、できていません。

やはり、個人を権利でしっかりエンパワーして、その上で、離婚後の子どもの監護を自分たちで取り決め、実行していくことが必要です。自律分散型法秩序が、そうした展望をもたらすであろうというのが、今日の私のお話です。

文献

今回は、講演原稿の反訳への加筆であり、本格的な脚注は省略するが、講演の背後にある私の問題意識や、法秩序の捉え方は、次の文献を参照頂きたい。

棚瀬孝雄『権利の言説—共同体に生きる自由の法—』（勁草書房、2002年）

とくに、

第3章「離婚後の面接交渉と親の権利」

1989年に書かれた文献であり、現在の時点で補足したり、考え方が変わっているところもないではないが、基本的な主張は今でも正しいと思うし、この問題の先進的な問題提起であると自負している。

第4章「法化社会と裁判」

本文中の「小文字の法」の概念と、その概念を提示した際の問題意識について

第2章「権利と共同体」

権利主張の被傷性など、自律分散型法秩序を考えたときの手がかりとして。ただ、この講演の後の質疑応答で、私の「共同体主義」と、講演との整合性について聞かれたが、「自律した個人を前提とした関係主義」の、その「自律」により大きな比重がかかってきていると、自分でも考えている。

また、私の、

「児童虐待事件の司法関与—職権主義と当事者主義の狭間—」法律時報77巻3号(2005年)66-71頁にも、日本とアメリカの手続観の違いが描写されている。

他に、面会交流に関する内外の文献は、現在までのものを含めて多数参照しているが、本文で言及した判例や家裁実務の批判として、本格的な分析は別に行いたい。