

青森法政論叢 第21号

2020年 8月31日発行

〈書評〉

梶村太市・長谷川京子・吉田容子編著

『離婚後の子どもをどう守るか——「子どもの利益」と「親の利益」』

(日本評論社 2020年3月刊 232頁)

渡 辺 義 弘

青森法学会

〈書評〉

梶村太市・長谷川京子・吉田容子編著
『離婚後の子どもをどう守るか——「子どもの利益」と「親の利益」』
(日本評論社 2020年3月刊 232頁)

渡辺 義弘

1. はじめに

本書は、同じ編著者が世に問題提起する三部作の完結編である。

三部作を貫くテーマは、離婚後の子どもの監護をめぐる「子どもの利益」の追求と解明である。

そして、三冊目の本書は、いよいよ、「子どもの最善の利益」の内実に焦点を絞る。

本書の特徴は、学問と実務の両面から現実を照射する。それは次の2つの実践を励ます。

第1は、「離婚後共同親権法制」の立法化が、父母の高葛藤紛争の現実からいかに遊離しているかを世論に訴える実践である。

第2は、家庭裁判所実務が採用する面会交流原則的実施政策を、具体的紛争の中で苦悩しつつ比較基準方式に転換を求める監護親たちの実践である。

以下、本書の内容を章の順序に、私見により紹介し、若干の論評をする。

2. 離婚後共同親権の罨とは何か

本書の第1章の実質的テーマである。

(1) 「『共同親権の罨』(上野千鶴子)」

ジェンダー論に造詣の深い上野教授が総論的問題提起をする。論旨は、「法が理念上ジェンダー中立性を謳っても、現実が少しも平等でなければ、タテマエ平等は弱者に不利に働く。」「法は加害的である」。最弱者は子ども

である。「ケアをめぐる男女のこれほどの非対称性を目の前にするとき、男には共同親権を要求する準備がまだない、というべきだろう」との提起である。

(2) 「罨」をめぐる5人の論者の各論(可児康則・岩佐嘉彦・長谷川京子・鈴木隆文・吉田容子)

可児弁護士は、「共同親権で Win-Win 論」に反論する。論旨は次のとおりである。離婚後「共同親権」制は、親どうしの信頼関係を不可欠要素としない。監護親との信頼関係がなく、子どもに関与できない状況を、この制度の実現により「強権的」に実現しようとすることは無理である。非監護親の不同意権(拒否権)行使により子どもの教育(幼稚園、保育園への入園、小中高校進学、特別支援学級、フリースクールへ希望の決定)、居所の指定、重大な医療方針の決定までその都度、その解決を裁判所に委ねる弊害(デメリット)は容易に想像できる。非現実的である。非監護親によるDV、虐待事案などでは、危険性すらある。これらは、「Win-Win」どころか、非対称の「Win-Lose」である。

岩佐弁護士は「面会交流と共同親権は虐待防止に役立つ」論を検証する。結論はこの論に直接のエビデンスはなく、面会交流が子どもにとって一定の保護的要素になる可能性もあるものの、それほど単純なものではないと述べる。評者の勉強不足を前提としつつ、同

弁護士には、今後、更に具体例の紹介を期待する。

長谷川弁護士は、わが国の父権運動が訴える「虚偽DV論」に反論を加える。論旨は理解できる。評者は同弁護士に、さらに懐の深い批判を期待したい。なぜなら、この批判に好意的な論者の中からも、「『虚偽DV』が皆無であるというのは言い過ぎ」との意見が垣間見える。このような感想は、それなりに自然である。人間は弱いもので、男女いずれかにかかわらず、いざ抜き差しならない紛争に直面すれば、監護親側にも「演出」や誇張はありうると思える。また、監護親側が「虚偽のDVを訴えるメリットは皆無である」とまで言い切つてよいか。これらにつき、客観的でリアルな反論が待たれる。

鈴木弁護士による「不分離は子どもの権利条約が謳う権利か」の論稿に、評者は眼から鱗の啓発を受けた。同弁護士以外の多くの研究者や実務家の思考に、「子どもの権利条約」の条文の文言をもって思考停止し、同条約を基にした国連委員会の総括所見や勧告を、あたかも水戸黄門の印籠のように扱う権威主義を感じるようになった素朴な啓発である。

吉田弁護士は、「ハーグ子の奪取条約に基づく子の返還」制の、国内の「子連れ別居」事案への類推適用論の失当性を述べる。曰く、同条約は、子どもの監護権紛争の実体審理の国際裁判管轄を子どもの常居所地国とする担保の迅速手段にすぎない。類推適用論には次の無理がある。①国内別居事案は、国境を越えていない。②同条約による子どもの返還先は「残された親」ではなく「常居所地国」である。③国内事案では管轄裁判所が公平に定まっており、適用法律も同一である。④子どもの安全のための監護親の子連れ移動は「正当行為」であり、「違法な自力救済」ではない。慎重な実体審理が前提となる。⑤「返還」の類推は、単なる「原状回復」とは次元が異なる。子どもの愛着対象者および、愛着

対象者のいる居住環境からの分離の実体審理と不可分である。⑥虐待・DVの保護を、避難前の土地の裁判管轄に限定する類推は被害親子の利益に反する。いずれも妥当な評価である。

3. 生々しい当事者の声（「トゥモロー」・「A・R」・「T」）

本書第2章前半の、現行の家庭実務を象徴する当事者の3つのレポートである。

第1の「トゥモロー」氏のレポート「娘を守りたかった」は、裁判所スタッフに反省を促す。国家賠償紛争化の可能性すらはらむ。同居中のDV、離婚後のストーカー行動を示す精神状態の父の求める面会交流調停の中で、調停委員は、母（同氏）に対し、「娘さん、おもちゃ買ってもらってよろこんでいるなら大丈夫ね」などと発言する。しかし、母は不安に怯えている。父の要求に対し、調停委員は、面会交流の連絡用メールアドレス又はラインのIDを父に教えるように母に繰り返す。母は不安に蓋をして娘を面会交流に送り出した。その日の面会で娘は父に殺された。誠に痛ましい。

第2の「A・R」氏（母）のレポート「私は面会交流調停で、調停委員や裁判官からどのように説得されたか」は、あまり表に出ない実態の報告である。夫の5年間に及ぶ身体的DVに我慢した後、子連れで実家に帰った同氏に対し、調停委員は「面会した方が子どものためにいいですよ」の一点張りで、その理由の説明は一切しない。担当裁判官は、直接同氏に「裁判所として、面会交流調停は、『面会する』という結果に決まっている。あなたがどうあがいても、結果が変わることはない。」「DVがあっても何があっても関係ない。面会交流はやった方がいいというのが裁判所の見解だ」と言った。信じられない実態である。

第3は、現在19歳の「T」氏のレポート「子どもの心を守ってほしい」である。これも信じられない驚きである。T氏は、裁判所で面会交流係争が始まって17年、子どものT氏が訴え続けて12年ようやく、希望しない限り父に会わなくても良いという決着をみた。調査官はT氏の面会は嫌だとの答弁に対し、何度も「わかった」と答えるのみで、聞き入れない。T氏は「思い出すだけで不愉快な経験であり、不愉快な過去でしかない」と述べる。

4. 支援と臨床・社会学の各専門家の視点 (森田ゆり・平井正三・信田さよ子・千田有紀)

本書第2章の後半は、4人の支援・臨床・社会学の専門家の論稿である。

第1は、エンパワメントセンターの森田主宰の論稿である。タイトルは「米国の共同親権制度に翻弄される子どもたちの怒り」。同論稿は、2018年9月25日の、米国連邦下院議会提案「離婚後の子どもの監護及び面会交流の裁判所判定において子どもの安全が第一優先事項である。州裁判所は家庭内暴力が訴えられた場合の子どもの監護のあり方を改善する必要がある」との決議に象徴されるアメリカのいろいろな現実を紹介している。

第2は、御池心理療法センターの平井臨床心理士の論稿である。タイトルは、「子どもと親の心理支援の現場から見た『子どもの利益』」。評者は、同論稿中の次の文章に注目した。曰く「子どもはしばしば、覚えていないとか、わからないという扱いを受けてしまう」「司法では法制度的にそのような扱いになりがちである。」「しかし、子どもは従来大人が思っていた以上に記憶し、理解する力もある」「子どもの最善の利益は子ども自身がその答えを大筋知っているかも知れないと考える必要があらう」。最近の発達心理学の知見である。

第3は、原宿心理学センターの信田所長の論稿である。タイトルは「面会交流原則的施の現場で何が起きているのか」。同論稿中、①2001年以来2019年9月まで同センターの被害者女性を対象とする有料のグループカウンセリングの参加者総数144名中、非身体的DVの被害者が70%を超えること、②役所のDV相談で「逃げろ」と言われ身を隠した相談者に、公的機関が推薦し依頼した女性弁護士すらが、「面会交流は今では義務になっている。だから会わせなければならないんですよ」と言う現実、③グループカウンセリングでは、家裁調査官との接触が語られることが多く、子どもの言葉はすべて母親の影響下にあると決めつけて子どもの説明を信じない家裁調査官の対応が多い、——などに注目した。

第4は、社会学者千田教授の論稿である。タイトルは、「DV、虐待事件から考える『子どもの利益』と『親の利益』」。同教授は、「離婚後共同親権制」、「親子断絶防止法案」(のちに「共同養育支援法案」)が子どもにとって利益とならず、かえって悲劇を生むであろうことを明らかにする。そのために、最近の「心愛ちゃん事件」「結愛ちゃん事件」の虐待死をめぐる事実の本質を深く考察する。迫力のある論稿である。「共同親権であれば実のお父さんが、最高の監視役となります」という見解がいかに皮相な見方が判る。前者の事件は、母が、同じ相手(子どもの父)となぜ再婚せざるをえなかったのか、別れた父親と没交渉を貫いていたら、子どもは殺害されずに済んだ。子どもの利益は家族の再統合ではなかった。後者の事件は、母の前夫が、元妻であった母に金銭を無心するという関係の継続が、後夫との再婚を後押しし、「合意がなければ子どもを連れて逃げてはいけない」との発想がその再婚相手から子連れ別居できない呪縛となった。これらの論述の展開に評者は啓発された。

5. 法は「子どもの利益」をどう実現すべきか——法学者・実務法曹の提言

本書第3章では、次の10人の論者が、各論稿により提言する。

(1) 「子どもの利益と憲法上の権利」(木村草太)
憲法学者の木村教授の論稿である。

ここでは、同論稿の読後感により触発された評者自身の独自の見解を以下に述べることをお許しいただきたい。評者には、在野法曹としての職業的感覚がある。司法権の判断は、民衆が黙っていても、自動的に公正に機能するわけではない。裁判官の良心といえども、支配的権力や国民世論の絶えざる力のバランスに左右される。木村教授の説く「親権と憲法上の権利」は示唆的であった。親権・監護権の義務的要素を論ずるのは次元が異なる。面会交流論の領域で、法律以前の基本的人権としての自然権を論じないわけにはいかない。そうしなければ、評者には人権感覚上の抵抗がある。憲法13条の幸福追求権こそ自然権である。「人間」として人権の享有主体である子どもと親には、「親子が交流する自由」という木村教授の説く自然権がある（ちなみに、同教授は、親子交流以外の、親の「重要事項決定権」「監護権」を国家以前の当然の権利とは見ない）。しかし、幸福追求権はそれのみではない。逆に国家が国民に親子交流の応諾行動に、受忍限度を超える意に反する苦役を課するならば、その交流からの解放の自由も、苦役を受ける側の「人間」が享有する自然権＝幸福追求権であると考えられる。このような自然権相互の緊張関係に関心を払わず、裁判所スタッフが、司法官僚機構上層部の意向のみに敏感に反応し、監護親に耐えがたいほど苛酷に適用する面会交流原則の実施政策こそ問題である。

(2) 「国際人権法から見た子どもの最善の利益」
(鈴木隆文)

外国文献の読解を含め、この分野に博識な鈴木弁護士論稿を評者が正確に理解できたとはいえない。次のような論旨は判る。国際人権法秩序における「子どもの最善の利益」は、子どもの権利条約のみの単眼で理解すべきでない。1989年採択の同条約は、家族の権利に対するいびつさを持つ。同条約の成立の原点は、子どもを客体や支配の対象から権利主体とする視点の転換にある。しかし、この時期、父権運動は、表面的・効果的に、家族内の「平等」を語った。自身の伝統的な家族内の居場所と子どもに対するアクセスを失った父側の怒りを運動の原動力とした。そのため、父権運動の強かった国々では、家庭内の実質的平等が実現しないまま、父親の子どもへの平等のかかわりの権利の部分だけが実現されてしまった。子どもとの実質的な関与・実質的なケアへの分担は置き去りにされた。このような背景の力学が働き、子どもの権利条約が成立した。その成立には、子どもの周りの人間の権利の調整や、周囲の人間たちの力関係やそれを取り巻く社会構造には考慮が行き届いていない。同条約は、他条約特に女性差別撤廃条約や欧州評議会のイスタンブール条約との関係で整合する読み方をすべきである。このような同弁護士の提言は貴重である。

(3) 「親権・監護は子どもの権利を実現する親の責任」(吉田容子・長谷川京子)

吉田、長谷川、両弁護士のこの論稿は、本書の主題「子どもの最善の利益」の中身を探求するハイライトである。同論稿は次のとおり述べる。「子どもは、人の手で育てられて、育つ。その手を縛るような監護法や政策は子どもの利益を害する」と。両弁護士が述べる子どもの監護ケアの重要性は印象的である。「子どもの監護者には子どもが第一愛着を寄

せる人になるべきである。「身上監護は大小無数の多くは地味な活動からなり、切れ目もない」「具体的活動の順序・内容を決め、修正し、実施し、さらに修正し、編成し、実施していく。身上監護は、個々のバラバラの活動ではなく、監護者によって『その子』のために刻々と編み上げられていく、織物のような、文脈を備えた活動である」。したがって、両弁護士による次の指摘は納得できる。「身上監護の分割は監護の一貫性を害し全体の質を損なう」「身上監護は不当に軽視されてきた」「身上監護を軽視して子どもの利益は図れない」。説得力ある提言である。

(4) 「安全は最優先の子どもの利益」(長谷川京子)

長谷川弁護士の論稿である。同論稿は次のように指摘する。DVの構造の本質は何か。一般社会に、有形無形の性差別が根強く残る。この格差を利用して親密圏にある女性の人権を奪い従属的な地位に押し込める。これが「家父長制」意識である。それは家族への「所有・支配」意識である。ここに同構造の本質がある。離別後DVは、その支配を復元しようとして、あるいは「思い知らせるために」激しい攻撃を執拗に仕掛ける傾向がある。最も好都合の対象として子どもに対する面会交流がある。DV家庭では、通常、母親がDVを受け、子どもの監護機能が劣化する。同弁護士は、①DV・虐待統一法の整備、②保護命令の非身体的暴力への拡充、③子連れ避難(別居)支援の仕組みの整備、④裁判所の対応としての子どもの安全確認、⑤子どもの安全懸念事案における監護法と司法政策の確立を、各提案する。評者は同弁護士に対し、近時、非身体的ハラスメントとして注目されるようになった「モラルハラスメント」と命名され特徴が鮮明となった事象について、今後、是非深く論じてくださることを要望する。

(5) 「児童虐待の現場から見た子の最善の利益」(岩佐嘉彦)

岩佐弁護士の論稿である。同論稿は、必ずしも離婚・離別に伴う子どもの利益を主題とするわけではない。しかし、同論稿は、児童相談所の被虐待児に対する取り扱いに、いかに「子どもの最善の利益」を考慮する仕組みが働いているか、保護者(親)との関係、児童相談所長の行政裁量・都道府県知事の権限及び義務との各関係、家庭裁判所の関与の関係につき論じ、あわせて、一時保護又は措置後の親との面会交流の可否の基準などを紹介する。

(6) 「再婚家庭における子の最善の利益」(渡辺義弘)

評者自身の論稿であるため、論評は控える。読者のご批判が気になる。同稿は、種類の多い再婚家庭の子どもに対する実父の面会交流要求に対して考慮の求められる二つの視点を紹介する。第1は、現代精神医学により再認識されている「愛着理論」の適用、第2は、研究者が明らかにする「継親子関係」のファミリー形成の発達段階を視野とする対応である。これらの視点抜きに、家裁スタッフが高葛藤事案につき、面会交流を説得又は半強制する場合の、おかしな結果の現出を論じた。

(7) 「仲裁ADR法学会シンポジウム『子の最善の利益保護とADR(家事調停)のあり方』批判と提言」(梶村太市)

梶村弁護士の論稿である。同論稿は次のとおり述べる。上記シンポジウムにおける各報告(仲裁ADR法学会機関誌「仲裁とADR」(商事法務)14号登載)に対する期待は見事に裏切られた。各報告への不満はいろいろある。しかし、その中で最大のものは、4人の報告者(長谷部教授、林元家裁調査官、池田弁護士、原田教授)が共通して、シンポジウムが「子の最善の利益保護」をテーマとして掲げ

ているにもかかわらず、肝心の子の最善の利益の中身とはどういうものか（現実には、熾烈な論争がある）、それがどのように保護されているかを述べることを回避していることである。そこで、梶村弁護士は、家事調停を中心とするADRにおいて「子の最善の利益」の確保・推進のため、6項目の提言をする。面会交流原則実施論に基づく運用を見直し、従来の比較基準説に基づく運用に立ち返ることの大切さを強調し、子の意思の把握の多面的対応、多害・無益な試行面会の原則廃止、原則同席調停方式の採用、第三者機関の活用の慎重性などを求める。いずれも、的確な提起である。

(8) 「欧米先進国における『子の最善の利益』の変遷」(小川富之)

比較法に造詣の深い小川教授の論稿である。同教授は、従来にも増す新しい情報を加え、同論稿にて、わかりやすく説得力を展開する。同教授の問題意識の焦点は、①面会交流の制約現象は、日本の離婚後単独親制にのみ起因するのか、②欧米では、離婚後に日本で観念される「親権」というものを、父母が共同で行使する制度になっているのか、③欧米の離婚後の子の養育制度で、果たして本当に子の健全な養育が実現できているのだろうかの、諸点にある。同教授は紹介する。上記①②については、欧米諸国で、日本で観念するような「親権」を離婚後も父母が共同行使する例はほとんどない。同諸国では、「監護」の共同行使が制度化され、その後「親責任」に変更され、さらに現在はより中立的な「ペアレイティング」という表現が一般的になりつつある。訴訟で紛争化するのは10%程度といわれている。ほぼ均等な時間配分の養育分担の取り決めはわずか3%にすぎない（イギリスの例）。オーストラリア2011年改正法が成立するに至った教訓、2019年4月のオーストラリア法改正委員会の公表した最終

レポートの指摘、イギリスの議員立法案に関連する政府作業部会の2010年中間報告の指摘などは、上記③を巡る苦悩を示している。教えられることが多い。

(9) 「英国における『子の最善の利益』」(矢野謙次)

矢野弁護士は、2018年まで英国に留学し、現在はオーストラリアで在外研究中にある。同弁護士は、オックスフォード大学のジョナサン・ヘリング教授が子どもの利益（福祉）を考察し提唱した「関係の福祉アプローチ」（関係の福祉理論）を支持し、これを日本で紹介した功績を持つ（判例時報2417号）。同弁護士は、「子の福祉」概念を、個人主義的な理解から関係的な方法で捉え直そうとする同アプローチを上記論稿で説く。評者の能力では、同論稿の説く理論を正確に理解したとは言えない。しかし、同弁護士が次のように説くのが印象的であった。曰く「子の利益は本来、子を取り巻く親などの関係性や利益から分離することはできない。」「子どもにとって最も有益なのは公平かつ公正（正義）に基づく家族の中で育てられることである。一方の親（特に子をケアする親）に対する容認できない程の要求やその利益または権利の不適切な侵害に基づく関係は、子の福祉を促進することにはならない。子をサポートすることはその養育者をサポートすることであり、養育者をサポートすることは、当該子をサポートすることである」。比較基準説と同様の提言になっている。

6. 結びに代えて

以上、拙い書評であった。しかし、本書発刊の意義は極めて大きいと思う。本書を入手された皆様には、本書の叙述の一部でも、心を動かす断片があれば、更に読み進まれることを期待する。

（2020年5月16日脱稿）