

面会交流原則的実施方針に対する疑問

—心理学的知見の教条化を排した実務運用はどうあるべきか—

渡辺 義弘

目次

- I はじめに
- II 紛争の実質と実施方針の背景
 - 1. 面会交流紛争の真の焦点
 - 2. 原則的実施方針採用の原因
- III 面会交流原則的実施方針
 - 1. 理念把握
 - 2. 方針と運用
- IV 検討
 - 1. 心理学的知見の教条化についての評価
 - 2. 特段事情の苛酷な一元的絞り込みの評価
 - 3. 裁判所の司法政策に求められるもの
- V 関連する諸問題
- VI 結語

I はじめに

家庭裁判所実務における面会交流紛争の解決は難問である。在野法曹の立場からは依頼人の苦悩が分かる。家裁による解決がさらに当事者の矛盾をはらみ無力である体験に接することが多い。2012年頃から東京家裁における面会交流の原則的実施方針の実務運用を体系的に整理し紹介する文献⁽¹⁾に接するようになった。この実務運用の基本思想は、既にかなり前から全国の家裁実務の一部を支配し、いまや大きな影響を与えようとしている。ここに何らかの問題はないだろうか。また、紛争の多発、拡大、泥沼化の真の原因は何だろうか。

本稿の目的は、これらの問題意識に基づき、上記原則的実施方針の中に潜む心理学的知見の教条主義と、それが紛争の現実との間に引き起こす軋轢とを考察し、その審理はどうあるべきかを探求するものである。この分

野については、既に梶村太市教授による先行研究⁽²⁾がある。筆者は、紛争の実相にふれる在野の実務体験の視角からこの問題を究明していきたい。

II 紛争の実質と実施方針の背景

1. 面会交流紛争の真の焦点

(1) 焦点となる子の父母の利益の葛藤

面会交流紛争は「子の最善の利益」をめぐる争われる。しかし、筆者の実務的体験では、まさに、紛争の本質は、親相互の自らの利益（多くは精神的苦痛を軽減する利益）をめぐる葛藤にある。この焦点を重く見据える必要がある。

円満な婚姻関係にある両親の場合はどうか。例えば、その一方が、単身赴任などで長期に別居していても、他の一方の元で過ごす子と面会し交流することは、その子の心神の成長にとって有効かつ大切な機会となることは言うまでもない。まさに子ども中心の、面

会や交流が実現する。またそれにより、別居している親も、子と日常生活を共にしている親も、いずれも心が癒され、なんらの矛盾も生じない。

しかし一転、婚姻関係が破綻し深刻な葛藤と憎悪のなかにある両親に、同じ原理を強要することはできない。しかも、全体の離婚の中で約1割を占めるに過ぎない家裁での離婚に関連する面会交流をめぐる紛争の本質は重く深いものがある。

レーゲンスブルク大学教授データー・シュヴァーブは東京での講演⁽³⁾で次のとおり、その心理的理由を分析している。

「a)『自分自身の』もの、したがって自らの人格の一部と考えてきた子を失うことは、その人の心的・社会的構造への深刻な介入を意味します。その人が子供中心の生活をし、職業生活その他人格の発展に関して子のために大きな犠牲を払ってきたとすれば、尚更なことです。」「離婚によって、それまでの生活世界が破壊されてしまうのに加えて、子供とも別れなければならないとなれば、まさに精神的破滅になりかねません。」「b)「離婚訴訟はしばしば当事者に一連の罪悪感を残し、当事者はそれを正当化したいという強い要求に駆られます。」「つまり、親達は、子供達に対しても自らを正当化しようと望むのですが、そのためには子供達に対しても影響力が存続することが大体において前提になります。」「自己確証と自己正当化の欲求が少なからぬ役割を果たす」ため「激しく争うことにもなるのだと、いえるのでしよう。」「c)「妻が多くの場合子供も連れて一夫のもとを去ったというような場合には」「自分に対して著しい不法がなされたと確信する強い被害者感情が結び付くことになります。」「子をめぐる闘争は今日、この『不法秩序』に対する闘争と化して組織化されるに至っています」

影響力あるアメリカの心理学者ジュデス・ウォラースタインの実態調査の結論は、さらに問題の本質に肉迫している。ウォラースタインは述べる。「弁護士や判事・調停人を含む多くの人々は、理性的な不平のもとにどれ

だけ無分別で強大な感情が隠れているかを理解しない。さもなくば、不平が映し出すのは奥深い悲しみではなく、常に連れ合いへの怒りだけだと思こんでいる⁽⁴⁾。」「法廷闘争の根っこは往々にして、多くの時間を子供と過ごしたいという親の単純な要求ではなく、大人の絶望にあるのだ⁽⁵⁾」と。

これらの指摘は、解決の焦点が、親自身の人間的本能と深い苦悩にあることを物語る。

(2) 非監護親の「寄る辺のない孤立感」

家族社会学による核家族の分析は次の特徴を明らかにする⁽⁶⁾。わが国の核家族の割合は、1920年から2000年までの80年間に55%から60%に増加した程度である。しかし、その質は大きく変化した。①家族規模が小さくなった。②一代限りの家族になった。③個人の自立がすすんだ。④社会が機能化したため、家族への情緒的依存が増した。一という点である。すなわち、現代の核家族は小さく身軽である。この身軽さは同時に不安定でもある。

一方、政治の流れも深刻である。1980年代にイギリスの「サッチャリズム⁽⁷⁾」、アメリカの「レーガノミックス⁽⁸⁾」が動き出した。「小さな政府」を目ざし個人の自助努力、自己責任を求める新自由主義（新保守主義）である。この経済政策と政治思想は、10年ないし20年のサイクルの遅れでわが国に浸透してしまった。それは、わが国の社会に幾筋もの亀裂を生んだ⁽⁸⁾。そして、これが重層的に若い成人層を飲み込んだ。大量の非正規雇用層、正規雇用者の地位の危機、中小企業と大企業との就労の二重構造、男女・人種による就労格差などが相乗した。相対的貧困率が高まった。このような成人層に、具体的人間関係の中で目標を得ること、自らの存在を承認され「生の意欲」を高める場が失われていった。この承認の場が小さな核家族であったとするなら、婚姻関係から離別後の非監護親は「真空の浮かぶような寄る辺のなさ⁽⁹⁾」を痛

感するであろう。子に対する面会交流という家裁の権利形成策の副作用に非監護親が意識を集中していく必然性が生まれた。本来は、総合的な社会政策としての救済策が必要である。

（3）監護親の面会交流義務の「感情労働」性

梶村教授は、近時の家裁による面会交流の原則的実施の遂行の結果として次の事例を紹介する。

「ある母親は調停委員から面会交流は親の権利だからこれを認めなければ親権・監護権が奪われると聞いて子育てに自信をなくし母子心中未遂まで起こしたという（伝聞）」別の「ある母親は調停委員と裁判官から面会交流を強引に説得され、わけも分からないまま、言われるとおりに調停を成立させたが、生きているのか死んでいるのか分からないような無表情の裁判官（当事者の表現そのまま）の顔がその後脳裏から離れず、悪夢に促されて、母子ともに精神に変調を来したという。また、子どもが嫌がる面会交流を実施された結果精神障害を来し精神科への通院」をした⁽¹¹⁾。

監護親の代理人を経験した弁護士は、上記の梶村教授の紹介する究極の被害に至らない程度なら、多数の監護親から面会交流についての精神的苦痛の胸中を聴き、対応に苦慮している。

近年、労働法の研究者により、「感情労働」（「感情管理労働」ともいう）の概念が、新たな研究テーマとなっている。「感情労働」とは、「自己や他者の感情管理を核心もしくは重要な要素とする労働」と定義され、現代社会のサービス労働に不可分に内在する。それは、感情の可視化としての「演技労働」も含み、労働者自身が怒りや衝動的行動を抑制し、感情管理が強く求められる労働である。そのため、労働者はたえずストレスにさらされ、結果的にメンタル不全に陥りやすく、うつ病などによる労働不能の原因になる⁽¹²⁾。

面会交流紛争の監護親（梶村教授の実例のように母親が多い）は「感情労働」性を持つ

た継続的な行為の履行義務者の立場に置かれる⁽¹³⁾。そのストレスの高低は事案により多彩である。例えば、親権・監護権獲得紛争は面会交流紛争と不可分である。先行する親権・監護権獲得紛争において、代理人弁護士は依頼人の監護親に、面会交流に対する「寛容性のテスト」（フレンドリー・ペアレント・ルール）⁽¹⁴⁾の意味を説明する。高葛藤事案の監護親は愚かではない。裁判官の面前で本心を語って不利益を受けるのを恐れる。本心を語らない依頼人を、高みに立って弁護士が責めることなど人道上できない。このような経緯などを含めて「感情労働」性をもった役務を監護親が負担することになる。現在の家裁は「寛容性のテスト」には注目しても、監護親の「感情労働」性に基づくストレスの受忍限度（神経の強弱による個人差があるのは当然）をそのメンタルにまで立ち入って検討のテーマとしていない。監護親に対してはこの点の救済策が求められる。

2. 原則的実施強化の背景

（1）離婚後の共同親権・共同監護の法制を検討する研究の高まり

1980年代以降、親子法・家族心理学の研究者の内部で、先進欧米諸国で法制化されていった離別父母の共同親権・共同監護の法制の紹介・有用性の検討の研究が時と共に高まっていった⁽¹⁵⁾。そして、当初は「まだ、実験段階である」と評価された⁽¹⁶⁾この法制の有用性を、親権・監護権獲得紛争を解決する鍵として注目するようになった。裁判所内部では、とりわけ心理学の専門性を自負する家裁調査官の世界に影響が強く、立法論としての限界を、面会交流の強化として取り組もうとする志向が支配的となった⁽¹⁷⁾。学会では、面会交流法制を、比較法的に研究する熱意も高まった⁽¹⁸⁾。一方、このような動きに呼応して、日弁連家事法制委員会など在野法曹の内部でも、離婚後の共同親権に向けての

法改正が必要かについての議論が、真剣に行われる状況になった⁽¹⁹⁾。これらの流れが一体となって、裁判所の面会交流原則的実施の運用方針を励ましたことは容易に想像できる。

(2) 非監護親の団体による家裁での実務運用批判と立法改革運動

2008年に国立市で発生した運動は、2010年頃までに、一般社団法人の「共同親権運動ネットワーク（Kネット）」をはじめ、全国に13団体に及ぶ非監護親の団体の運動に広がった。そして、この間、「親子の面会交流を実現する全国ネットワーク（通称、親子ネット）」が生まれ、別居・離婚後の、親子交流促進の民法改正、単独親権制度から「共同監護」制度への移行を求める活動を展開した。その中には、個別事件と裁判官、家裁調査官の氏名とを例示し、体質の改善を求める意見書⁽²⁰⁾を最高裁の責任者あてに提出する活動などもあった。2011年頃にはこのような諸団体が「親子断絶防止法制定を求める全国連絡会」を結成し、法務委員会で質問する国会議員の支援もなされた。そして、2014年2月、「親子断絶防止法」制定を求める院内集会が開かれ、翌3月18日、自民、公明、民主、みんな、維新、結い、の衆参43名の議員が名を連ね「親子断絶防止議員連盟」が設立された⁽²¹⁾。法務省や最高裁関係者に対する議員の質疑も熱心である。裁判所の面会交流原則的実施の方針には、これらの運動の反映も否定できない。

(3) 監護親側の運動

監護親側の団体にとっては、ひとり親の経済生活の窮乏と社会保障制度の不十分不合理に直面し、支援施策と制度改革を求める運動が急務であることが伺われる。ネット上では、シングルマザーの面会交流に対処する憂鬱や、家裁調停に対する不満の声が流れている。しかし、「しんぐるまざあす・ふおーらむ」など監護親側の運動の指導者の考え方と

しては、家裁の養育費算定表の改革・養育費の支払確保制度を切実とし、面会交流はDV事案などを除き子どもの成長と安定に良い効果をもたらすという視点⁽²²⁾の方が強いようである。

Ⅲ 面会交流原則的実施方針

1. 理念把握

2011年に成立公布された民法一部改正を契機として、東京家裁において採用されたこの方針は、全国の家裁実務に大きな影響を与えている。この方針は、家裁月報64巻7号1頁以下に、細谷郁、進藤千絵両判事、野田裕子、宮崎裕子両家裁調査官により発表された「審理の在り方」としての方針が骨格をなす。その方針を支える理念把握の定式的表現は次のとおりである。

「我が国及び海外の心理学の諸研究からは、一方の親との離別が子にとって最も否定的な感情体験の一つであり、非監護親との交流を継続することは子が精神的な健康を保ち、心理的・社会的な適応を改善するために重要であるとの基本的認識が認められるなど、子の福祉の観点から面会交流を有益なものにとらえる意識が社会の中の定着しつつある⁽²³⁾」（下線は引用者）。

2. 方針と運用

(1) その方針⁽²⁴⁾

上記の理念把握に基づく方針である。

【基本方針】

面会交流を禁止・制限する特段の事情なき限り面会交流を実施する。

【特段の事情の判断方針】 特段の事情（禁止・制限事由）は、監護親が主張することの多い次の①から⑤の類型毎に以下の方針に基づき判断する。① 非監護親による子の連れ去りのおそれ ② 非監護親による子の虐待のおそれ等 ③ 非監護親の監護親に対する暴力等 ④ 子の拒絶 ⑤ 監護親又は非監

護親の再婚等

①については、禁止・制限事由ありとする。但し、過去に子の連れ去りがあったとしても、その違法性について非監護親の理解を得て、第三者の立会、面会場所の限定等による防止条件を定めることによる実施可能性のある場合は、同事由に該当しない。②については、禁止・制限事由ありとする。但し、診断書、写真等の客観的資料がなく事実認定困難な場合は慎重な判断の必要がある。③については、子が精神的ダメージを受け、現在も回復できていない場合は、禁止・制限事由ありとする。但し、DVの存在、子の精神状態は、監護親の報告だけでは足りず、家裁調査官の調査が必要となる場合が多い。監護親のPTST（心的外傷後ストレス傷害）が子に悪影響を及ぼす旨の主張に対しては診断書、保護命令の決定書等の証拠により判定する。また、子の意向、年齢、発達段階、親族の協力の有無、第三者機関の利用可能性により、監護親との直接接触を避けて実施可能の場合もある。④については、子の年齢、発達程度、事情に応じて、禁止・制限事由となり得る。但し、背景事情（子の忠誠葛藤、監護親の影響等）を総合的に考慮し慎重に判断し、子の意思が真意と評価されない場合は、同事由に該当しないこともあり得る。⑤については、再婚等の事実から直ちに禁止・制限事由ありとはいえない。諸般の事情を丁寧に検討する。

(2) その運用⁽²⁵⁾

上記の方針に基づき、調停委員会による当事者や子への働き掛け、家裁調査官による調査、試行的面会交流、夫婦関係調整事件から別件としての独立の判断、調停条項への面会交流の頻度・態様・強制的緩急の判断、審判手続への移行の判断などを行う。

IV 検討

1. 心理学的知見の教条化についての評価

(1) 「意識が社会の中に定着しつつある」

という根拠の評価

面会交流の有益性の意識の定着を調査する場合の核心問題は、家裁に登場し面会交流の可否、程度が争われるという個性をもつグループの母体の意識が重要である。なぜなら、このような当事者に適用する方針を東京家裁が打ち出したのであり、争われる程度が高くなる事案ほど、この方針が必要になり適用されるからである。

社会の常識としては、心理学者に言われるまでもなく、無理なく面会できる事案は子にとって有益であり、面会することに苦痛が激しく揉めている事案は有益とは言えず、また有害な場合もあるということではないだろうか。

ウォラースタインは、アメリカの共同監護についての調査結果を次のように述べている。

「これは一筋縄ではいかない。ある年齢の子供にはうまくいくものがその子供の別の成長段階に移行すれば有害になる場合もある。すべて子供や家庭に適用する協定などないのだ。子供を頻繁に行き来させる共同監護協定は、両親が対立している子供にとっては有害なものだ。二つの戦場の間を行き来する子供たちは、肉体および精神に変調をきたす。こうした子供たちは苦しみ、彼らの順応力は急激に低下する⁽²⁶⁾。」「両親の仲がうまく行っている離婚家庭の子供にとっては有益なものになりうる⁽²⁷⁾。」「共同監護が役立つ子供もいれば、そうでない子供もいるということだ⁽²⁸⁾。」「一つの規範がすべての子供にあてはまるはずはないのだ⁽²⁹⁾。」「物を言うのは、親の精神状態と親子関係の性質、両親の協力体制、そして子供の年齢と気性と順応力である⁽³⁰⁾。」

本来、面会交流の有益性についての理念が正当であるか否かは、社会の意識いかに関わりなく、科学的に正しいかどうかによって決せられるべきである。科学的に正しいといえないのであれば、仮にそのような社会の意識があったとしても、その意識の方が正しくない。ウォラースタインが想定したような

「両親が対立している」事案に、「皆がそう思っているから、あなたもそう思いなさい」と言ったところで、その事案に有益性が客観的に発生するわけではない。科学とはそういうものである。

(2) 理念における、単純な「心理学的教条」の想定

東京家裁の方針発表者は、その把握理念の根拠たる心理学的知見として、次の内外の心理学の調査研究内容を引用する。そこで、その引用する文献・研究ごとにその内容の当否を検討する。

(ア) わが国の調査研究文献

① 野口康彦、櫻井しのぶ「親の離婚を経験した子どもの精神発達に関する質的研究—親密性への怖れを中心に—」三重看護雑誌11号9頁ないし17頁（2009年）⁽³¹⁾

親の離婚が、特に青年期成人期の発達段階に焦点をあてたとき、子どもの精神発達にどのような影響を及ぼすかという点の研究してある。論者が、大学生男女14人、独身社会人男女10人、婚姻経験又は有子経験ある成人女7人に対する面接調査した結果として、ウォラースタインが述べるように、子どもの成人期又は青年期において人間関係に対する「親密性の怖れ」として顕在化する場合があるとの結論を述べる。親の離婚がそのような現象を生むことは、ウォラースタインの述べるのと同様かもしれない。しかし、全体で7頁のこの研究文献に、面会交流の有無と、子どもの「親密性の怖れ」との、因果関係についての記述は皆無である。

② 青木聡「面会交流の有無と自己肯定感／親和不全の関連について」大正大学カウンセリング研究紀要34号5頁ないし17頁（2011年）⁽³²⁾

内容は次のとおりである。青木教授は2010年7月に、授業時間を使って国立大学、私立大学の学生計510人（有効回答）から質問紙調査を行った。質問紙において面会交流の有

無など事実把握の質問とは別に、例えば「私は自分のことを大切に感じる」という命題に、「まったくあてはまらない」「あまりあてはまらない」「ややあてはまる」「よくあてはまる」のいずれかに○印をつけるなどの方式により、37命題について質問を行った。この調査結果を青木教授が分析したところ、その核心は、親が離婚した家族につき、面会交流の有無により、次のとおり得点に有意差があったという点にある。

【自己肯定感の平均得点】 両親のそろっている家族のもとにある回答者429人の平均得点21.35・標準偏差4.50。両親が離婚した家族のもとにある回答者の内、面会交流のある回答者30人の平均得点20.70・標準偏差2.98。両親が離婚した家族のもとにある回答者の内、面会交流のない回答者23人の平均得点17.78・標準偏差4.63。

【親和不全の平均得点】 両親のそろっている家族のもとにある回答者434人の平均得点3.07・標準偏差1.00。両親が離婚した家族のもとにある回答者の内、面会交流のある回答者30人の平均得点3.28・標準偏差1.16。両親が離婚した家族のもとにある回答者の内、面会交流のない回答者22人の平均得点3.79・標準偏差1.02。以上である。

しかし、常識的に考えても、面会交流が実施されている場合は、両親が多かれ少なかれ子どものために良いと考えて実施されているのである（間接強制により強制実施される場合は例外中の例外、大量観察においては希有）。その結果、それが子どもの心理に良い結果を与えたからといって、驚くにはあたらない。青木教授も、わが国の現状において、協議離婚が90%近い（2008年、87.8%、厚労省）状況では、標本の抽出に困難を極めるといふ。したがって、経験則上、この研究の標本となった学生中、親が離婚した学生の約9割は協議離婚に該当するケースと考えられる。家裁に登場するケースは、葛藤の程度に

強弱はあるもの、法的紛争性の高いケースである。この研究の大量観察において、子どもの自己肯定感や親和不全に良好な状態が存在するのは、面会交流のあるグループである。しかし、逆は必ずしも真ならずといえる。家裁に登場して面会交流を争う葛藤グループ（当然、高葛藤グループも含まれる）に面会交流を実施させることが、子どもの自己肯定感を高め、親和不全を低くすることは、何ら実証されていない。

(イ) 外国の調査研究

① ウォラースタインらの研究⁽³³⁾

ウォラースタインらの25年目の追跡調査研究の発表（2000年）⁽³⁴⁾は、まさに東京家裁の方針発表者が面会交流の効果として考えている内容とは逆であった。そこで、同方針発表者は、ウォラースタインらの研究は「比較対象の統制群がない」「母集団に偏りがある」「臨床的な描写にすぎず客観性がない」などの批判が存在すること⁽³⁵⁾を述べる。それは、あたかも家裁調査官の世界が、それまでウォラースタインらを讃美していた過去を弁解しているとも解される。たしかに2004年に、コンスタンス・アーロンズは、ウォラースタインらが対象とした母集団の60家族の性格を論じている。その母集団について、ウォラースタイン自身が、以前の著書などで、新聞やチラシなどで子どもをもつ離婚カップルを募集し、調査に協力する代わりに無料カウンセリングを提供したこと、応募して参加した人々の多くは重大な問題をかかえていたこと、その半分程度は男女とも、慢性的なうつ状態、ときには自殺願望を抱えていたことなどを述べていると、アーロンズは指摘している⁽³⁶⁾。しかし、そのようなことのない残りの半分をプラスした母集団の全体は、まさにわが国の家裁で、面会交流の成否をめぐる鋭く対立している高葛藤事案の全体像にも匹敵するのではなからうか。ウォラースタインらは、「私の研究では、裁判所の命令の

と、厳密なスケジュールに従って親を訪ねていた子供たちは、大人になってから一人残らず、親のことを嫌っていた⁽³⁷⁾。」等の厳しい現実を明らかにした。ウォラースタインらは、その採用した研究手法を次のように述べる。「大規模な研究の多くは」「お膳立てされた電話インタビューや、表面的な情報を引き出すアンケートなどに頼っている。信頼関係のもと、何時間もかけて直接話し合うことによつてのみ、自然な会話のなかから予想外の話題が生まれ、統計値の向こうにある生の体験に踏み込めるのだ⁽³⁸⁾」と。この研究を、「臨床的な描写にすぎない」「客観性がない」などと評価することは、その研究手法の長所を、あたかも短所のごとく描き出しているにすぎない。

② アメイトらの研究⁽³⁹⁾

東京家裁の方針発表者が引用するアメイトとキースの「親の離婚と子どもの幸せメタ分析」（1991年）は、わが国での紹介文献⁽⁴⁰⁾を読む限り、なぜ、東京家裁の把握理念の根拠になるか不明である。アメイトとキースは、既に発表されている92の研究を結びつけるメタ（高次）分析の手法により、全部で1万3000人以上の子どもを、学業成績、品行、心理的適応、社会的適応、母子関係、父子関係、その他の8つのカテゴリー別に、離婚によるひとり親家族にある半分の群と、離婚経験のない家族にある残り半分の群とを比較した。その結果、前者の子どもは、後者の子どもより「幸せの得点が低かった」という結論を統計的に明らかにしたにすぎない。仮に得点の比較に差があったとしても、それが面会交流いかに原因があるなどという根拠は、この研究のどこにあるのか疑問である。しかも、アメイトとキースが対象とした既研究の比較について、「1950年代と1960年代に行われた研究をもっと最近の研究と比較すると、最近のものについては子どもたちが影響を受けるという示唆はかつてほど見られない。こ

の傾向は、過去数十年と比べて今日では離婚率が高くなったことや社会的にもそれが受け入れられるようになったことが関連しているだろう⁽⁴¹⁾」と同紹介文献は解説している。

わが国でも、ひとり親家庭が、いかに収入、保育、教育、親の学歴、就労先などで悲惨な状態にあるかは「しんぐるまざあす・ふおーらむ」赤石千衣子理事長の近著『ひとり親家庭』（岩波書店、2014年）によっても自明である。

③その他の各種研究

東京家裁の方針発表者が、ケリーとエミリーの文献から引用する離婚の長期的影響に関するテーゼは、アメイトとキースがメタ分析により明らかにした結果と大同小異である。同文献が、面会交流いかんの差として明らかにしたもの⁽⁴²⁾は、親同士の紛争の激しい高葛藤事案は子どもの適応に逆効果（悪い効果）となり、紛争性の低いものはより良いその適応が生ずるという当たり前の常識論を示したにすぎない。アメリカにおいては、わが国で約90%を占める協議離婚に相当するものは存在しない。わが国の残り約10%に相当するアメリカの事案こそ高葛藤事案ではなからうか。

以上の検討によっても、家裁における面会交流の紛争性をもつ事案のグループに、東京家裁が適用しようとする心理学的知見は科学的根拠に乏しい。葛藤の低い事案につき常識で分かる効果を裏付ける文献を、あたかも知見の「教典」であるかのように引用し単純な「心理学的教条」を想定し、理念としたにすぎない。まさに、この理念における教条主義が、同家裁の面会交流原則的実施の方針における例外的苛酷な絞り込みに連動している。

2. 特段事情の苛酷な一元的絞り込みの評価

(1) 原則的実施方針推進前の家裁の面会交流形成との対比

従前は、家裁における面会交流の具体的形

成は、多彩な判断要素を総合してなされていた。2008年時点での文献⁽⁴³⁾によると、その判断要素は次のとおりである。

①【面会交流の目的】専らいやがらせ、復縁などの不当目的の有無（有れば、制限方向の要素）②

【非監護親の事情】強度の性格的偏りや反社会的な生活態度の有無（有れば、制限方向の要素）、同居中の暴力（内容、程度、監護親・子の心身への影響、保護命令の有無、非監護親の反省などの諸般の事情を判断要素）、正当理由のない養育費の不払（一種の権利濫用として制限要素）③【監護親と非監護親の紛争等】

父母間の激しい感情的対立と紛争（深刻な暴力などを除き鎮静化に努め、感情対立が解消されない場合、他の要素と総合し、子への影響如何を判断要素）、面会交流の過程における子の奪取や合意への著しい違反についての紛争・非監護親の監護親の監護方針への不当介入や不適切な行動の、有無（有れば、制限方向の要素）④【子の心身の状況、意思および年齢等】

子の心身の状況に重大問題の有無（有れば、否定要素）、子の意思（子が相応の判断能力を有している場合は、15歳未満であっても尊重。但し、慎重に子の真意を調査評価して判断要素とする）⑤【監護親側の事情】監護親の再婚や再婚相手と子の養子縁組の場合は、子の監護状況の不安定の有無（有れば、否定方向への要素）

従前の判断様式と比較して、東京家裁の当該原則的実施の方針は、複雑多彩な判断要素をいくつか単純化し、さらに重大なことに、監護親側からの「抗弁事実」的要件に一元化してしまったことに特徴がある。このことは、職権探知主義によって援助されてはいても、監護親側が面会交流を禁止・制限されるべき要件を主張し証拠の裏付けに成功しない限り、原則的に面会交流義務が形成されるという家裁の判断枠の激変をもたらした。前記の根拠に乏しい教条的「心理学的知見」の適用であるから、現実との軋轢は必至である。

(2) 要件事実論からの検討⁽⁴⁴⁾

職権探知主義の下で客観的証明責任があるか否かについては議論がある。しかしそれは、

裁判所の判断枠組みを前提とした議論である。判断枠組みが、「抗弁事実」的側面にのみ集中し、それが証拠の裏付けを持たない限り面会交流義務が具体的に形成されてしまうのであれば、客観的証明責任の有無の議論は、「抗弁事実」的側面にしか生じない。面会交流実施の方針の枠組みを「請求原因」的と「抗弁」的との二元的に構成するか、「抗弁」的のみの一元的に構成とするかは個別事件の当事者にとっては重大な影響がある。前者を請求原因説、後者を抗弁説と呼ぶとすれば、東京家裁の当該方針は抗弁説である。抗弁説は在野の実務家の多くの弁護士に違和感をもたらす。要件事実論に造詣の深い伊藤滋夫教授もこの点につき、抗弁説的な裁判所の運用方針につき、「相当数の弁護士さんがそうではないと思っておられる⁽⁴⁵⁾。」と率直な感想を研究会の意見交換の場で述べている。杉井静子弁護士は、「少なくとも、『申立人と子の面会交流は、子の健全な成長にとっては不可欠である』『申立人と子はもともと良好な関係あった事実』『遅滞なく婚姻費用や養育費を支払っている事実』は申立て時の要件事実といえるのではなからうか。それに対して相手方からの『①子が申立人に対していまだ恐怖心を抱いている事実』『②子が面会を拒否している事実』『③子に申立人との面会を勧めるだけで身心症状（じんましの発疹、急性胃炎等の症状）が出現する事実』『④申立人が突然学校や保育園に現れたため、子がパニック症状を起こした事実』等は、抗弁事実と把握できるであろう⁽⁴⁶⁾。」と述べている。しかし、東京家裁の抗弁説の考え方によれば、申立人に、非同居親であるという申立適格さえ明らかになれば、子の利益を害する特段の事情（「抗弁事実」的側面）が認められるときに限って、例外として、面会交流が否定されることになる。抗弁説が相当数の弁護士に違和感をもたらしている理由は、「子の利益」をめぐる総合判断型一般条項の事実

認定に、原則と例外を設けることへの不安にあると思う。その不安をつきつめれば、裁判所で面会交流の是非を鋭く争点とする事案に、裁判所が信ずる心理学的知見をそのまま貫いて証明不要の分野を設けることへの不安である。杉井弁護士の考え方が多くの弁護士に馴染む。

（3）裁判所の裁量統制について

この点について、山本和彦教授が問題提起している。山本教授の見解⁽⁴⁷⁾を要約すれば、筆者に誤解がなければ次のとおりである。①職権探知主義と主張の概念は論理的に相容れないものではない（人事訴訟は主張の概念を想定している）。②総合判断型一般条項（民法766条の「子の利益」なども同教授は想定していると考え）の審理においては、訴訟、非訟の区別なく、証明責任の観念は妥当しない。個々の事実毎の証明度を踏まえて、それを総合判断の一要素とすれば足りる。③結果として総合判断型一般条項においては要件事実も機能しない。④要件事実の考え方そのものでなく、その基本的発想は、裁判官の裁量を統制するという点に意味がある。しかし、その発想のみでは不十分で、具体的な手続の中で裁判所と当事者との間での、法的観点の対話に基づくルールに関する共通認識の形成が必要である。⑤裁判官の裁量は、考慮された事実を総合して、およそ通常人であれば、合理的に導くことのできない結果の裁判になっていない限りその裁判は違法とはいえない（逆に言えば、なっているときは違法となる）。

以上の山本教授の見解について、とりわけ②の点について筆者は納得できる。④の点については、審理を担当する裁判所と当事者との力関係の現実から見てイメージがつかみにくく、実現性に疑問が残る。しかし東京家裁の方針に関し、山本教授の問題提起は重い。

（4）弁護士実務の視角からの評価

弁護士は、依頼人の生の現実に直面する。

依頼人は監護親のときも、非監護親のときもある。自らの依頼人にとって有利な事実や事情を必死になって主張、立証する。非監護親側に立ったとき、裁判所が、心理学等の「教典」を根拠に入口での主張、立証を免除してくれたからといって、目標達成が楽になったなどとはとうてい思えない。なぜなら、事実の力ほど恐ろしいものはない。裁判所の心証を最終的に動かすのは事実である。法律論などは後付けの理屈になることを、弁護士は今までの経験則で痛いほど知っている。監護親側に立ったときは、なおさら、事実の力を意識する。双方が、主張立証責任的な構成がどうなのかなどと検討するまでもなく、「子の利益優先……」という総合判断型一般条項につき、自らに有利な多彩な事実の主張とこれを裏付ける証拠の提出を行う。「請求原因・抗弁の積極否認」的事実、「抗弁・請求原因の積極否認」的事実を問わない。そして効果的に裁判所の心証を動かそうとする。子の利益を押し立てたからといって、実は親の利益が不可分に密着している。弁護士の依頼人は親である。親の利益（それは、親の精神的苦痛の軽減による精神的利益であることが多い）を弁護士は同時に守らなければならない。Ⅱの1. で述べたとおりまさに紛争の真の焦点は父母の利益の葛藤にある。いくら裁判所の機関が理想論を述べたからといって、その裁判官、調停委員、家裁調査官が、子の一生について責任をとってくれるわけではない。その責任を負担するのは親である。だからこそ、紛争の解決には親の納得が必要である。裁判所が教条的「心理学的知見」に基づき判断しても、それにより受忍限度を越える不利益を受ける当事者は納得しない。必ず現実との間で軋みが生ずる。その判断には従わない。新たに不服申立の手續にエネルギーを注ぎ、または別件の係争を準備する。強制執行には別の対策を考える。それが人間というものだ。結果的に裁判所のその判断で利益を

得た当事者も散々振り回されたあげく、トータルで見れば不利益そのもので、結局その要求は実現しない。これらの展開は、例えば次のとおりである（以下、事例は一切の個人情報を含まない、起こりうる想定設例である）。

（ア）事例

Aは、事実婚解消後、パートナー（以下、「妻」と呼ぶ）の手許の1歳と2歳の子を認知した。まず養育費の家事調停が成立し、Aは「妻」に対しその養育費として月額5万円を以後4年に亘って欠かさず支払い続けている。その支払いが始まってまもなく「妻」からAに対する慰謝料請求訴訟が開始した。Aも「妻」に対し慰謝料請求の反訴を提起し、その係争が1年数か月続いた。ちなみにDVなどは一切ないが、Aのうつ症状の兆しが争いの原因である。判決は、双方の慰謝料請求を棄却し確定した。独立した面会交流調停のみが延々と続いた。Aのうつ状態は高葛藤の中でどんどん進行した。うつ病の原因は子に会えないことにあり、面会は好影響との医師の診断が出た。1年半続いて調停は審判手続に移行しさらに6か月後に審判がなされ確定した。この間、「妻」は試行面会交流にも断固として一切協力しなかった。「妻」は調停の期日にも欠席が多く、出席しても絶対にAとは顔を合わせなかった。そしてこの間、Aと同居した父母はAの様子に気が気ではない。夜、Aは1人で外出する。父や母はこっそりAを尾行する。前にAの車には練炭が持ち込まれていた。うつ病は自死に注意しなければならない。Aは職場でもミスが多く、孤独であった。Aの面会交流の要求は子の利益以前に、まさにA自身の要求であった。審判の主文は、「妻」に対し、年4回、1回当たり2時間の面会交流を命じた。債務名義となりうるように日時、受渡場所・方法も、きちんと特定されていた。しかし、その1回目の面会交流すら「妻」の協力は得られなかった。今後の葛藤が思いやられた。Aの代理人弁護士は間接強制の申立をAに打診した。Aは間接強制の申立などすれば、どんな混乱が起きるか判らないので、申立しないでほしいと自ら訴え続けた。いくら立派な主文による面会交流実施の債務名義があっても、事実上、執行することができな

い。間接強制などすれば、ますます葛藤が強まり、権利者A自らの病状が悪化する。Aは自らを守るために自粛せざるをえない。「妻」はこのことを十分に見通して断固たる対応をした。現実の面会交流紛争は、裁判所が頭の中で考えるようには動かない。千差万別の事案は、事案毎の自然法則と、自然法則に添った力関係が事を決する。

（イ）事例

Bの破綻した婚姻生活はまさに修羅場であった。DVはない。しかし、深夜の3時まで毎日のように妻との大声での口論が続く。夜が明ければBは勤務先での責任の重い早朝の会議が待っている。心の平穏のために離婚紛争は一刻も早く決着させねばならない。離婚調停で妻と同居する小学生の2人の子に対する面会交流の要求は持ち出せなかった。調停期日に立ち会った家裁調査官が、Bが何も言わないのに、しきりに面会交流はどうするのかを尋ねた。Bは黙っていた。とりあえず離婚が急務であった。面会交流の件を持ち出せば大元の離婚紛争の決着がどれだけ難航するかは目に見えていた。離婚調停が成立し、妻が子らの親権者となった。しかし、実はBにとって子と会うことは、Bの「生の意欲」を高めるために救いとも言うべき要求であったことが後に判る。Bは2人の子の養育費月額7万円を律儀に別れた妻に送金して6か月が経過した。突然、Bは1人で住んでい家で自死した。自死の前日、Bは勤務先の上司から仕事の上で強く叱責された。しかし、Bの父母は、Bが2人の子に面会交流を求める調停申立をするか否かに毎日悩んでいたという。子の利益以前にB自身の心の問題であった。Bの遺書にはその気持が痛切に綴られていた。他に推測される悲劇の引き金があったとはいえ、Bは、そもそもこれから展開される現実との軋みによる精神的ダメージを、予測したからこそ、離婚を急ぎ、面会交流要求を自粛した。これも自然法則による一つの決着であった。この事例も、面会交流が親自身の奥深い要求であること、裁判所の思惑や理想どおりには現実には進行しないことを示している。

（ウ）事例

Cと元夫との葛藤は、むしろ面会交流をめぐる

高まった。Cは別居中の夫と、「月2回程度」「日時方法は、その都度協議」により1歳の子を面会交流させる条項の調停を成立させた。その後、Cと夫との離婚調停、次いで訴訟が始まった。別居して間もない時期に、Cと夫の母が、路上でその子を奪い合い乱闘になった。夫の母は傷害を負った診断書を取りCを刑事告訴した。Cはかなり長期にわたり、警察から取調を受け、検察庁からも任意出頭の呼び出しをうける状態で離婚訴訟は続けられた。離婚は判決により認容された。Cに対する夫（離婚後は元夫）の面会交流要求は極めて厳しかった。1年10か月の間に28回の、各午前10時から午後5時までの長時間の子との面会交流が行われた。Cと子の住居は甲市、夫（元夫）の住居は乙市にあった。車で2時間弱の距離にある。Cの職場は土日祝日が忙しい。夫（元夫）の職場は土日祝日を休日とする。子の体調管理、受け渡しを含め容易なことではない。離婚後、元夫はCを相手に面会交流強化の調停申立をした。そして、宿泊付きの面会交流、保育所の行事への参加、子の風邪などの通院につき医院に同行しての病状確認、子の様子の動画映像の交付などを求めた。Cも面会交流回数削減の調停申立をした。いずれも審判となり、面会交流回数が「月1回程度」に削減された。抗告審でようやく確定した。すると、元夫はCを相手に地裁に、面会交流の債務不履行による損害賠償の民事訴訟を提起した。地裁は、Cの面会交流不履行の16回につき、1回当たり1000円、計1万6000円を元夫に対し支払うことを判決でCに命じた。元夫は控訴した。控訴審判決により1審判決は確定した。Cはこの1万6000円を支払った。元夫は離婚判決の中で命じられ債務名義となった養育費の支払いをストップした。以後、面会交流は事実上不能となった。Cも何年間にわたり滞納が高額に累積している（今後ますます累積する）養育費について、元夫の給与差押えなどを保留し続けることが面会交流の事実上の阻止の保障になっている。Cが別居中の監護権、ひいては離婚後の親権を獲得するために調停により課することになった、遠距離で勤務形態を異にする夫と1歳の子との月2回もの長時間の面会交流のストレスは想像を絶するものである。よほど神

経が図太くなければ耐えきれぬものではない。離婚訴訟、刑事告訴による被疑者対応、調停（審判手続）の応酬、不履行の損害賠償訴訟、これらに対する控訴、抗告を通じてCはよく耐え抜いた。これだけの葛藤が続けば、子の利益以上に、C自身の精神的苦痛の減少というCの利益の救済こそが急務となろう。行き着くところは元夫の養育費送金の不履行と引き換えに面会交流義務の実質的阻止が実現することになる。まさに、裁判所の理想論を越えた自然法則による決着である。

このような現実の展開を射程に入れるなら、裁判所の手続過程においては、なおさら、当事者の納得、自然法則に反しない解決への配慮が求められる。裁判所の先入観による心理学的知見の教条の推進は、現実の決着を複雑にするのみである。このような納得・配慮を尊重する見地に立つとき、杉井弁護士の提唱する請求原因説は、申立人側の請求原因相当事実提出と同時進行的に、相手方側の抗弁事実相当事実提出を認め、すべての要素を裁判所が総合判断する提唱であり、この説による実務運用が最もふさわしいものと考えざるをえない。この見解は東京家裁の当該方針遂行前の従前の実務運用に加え、当事者主義的な要件事実の視点を導入したものである。また、総合判断型一般条項に客観的証明責任の観念は妥当しないと考える山本教授の指摘も正しいと考える。個々の事実毎の証明度を踏まえ、それを総合判断の一要素と位置づけなければならない。

3. 裁判所の司法政策に求められるもの

面会交流紛争は子の利益が争点であっても、その解決のためには、紛争を奥深く支える親の利益の葛藤に道筋をつけなければならない。なぜなら、係争の当事者は親であり、当然の帰結である。その親の利益（ないし苦痛）は微妙に子の利益と不可分である。この親の要求は、IIの1. に述べたとおりの現実

の社会の中での親の人間としての苦悩に根ざしている。親から依頼を受ける弁護士には、このことはよく分かる。しかし、この紛争を担当する裁判官が、自らの信じた心理学的知見を絶対視し、その知見を当事者も納得するのが当然であるかのごとき目線に立ち、「中には、頭で面会交流の必要性を理解できても、申立人に対する感情的反発から間接的交流すら絶対に応ずることができないという頑なな当事者も存在する⁽⁴⁸⁾」「当事者双方が、本来、子の福祉の観点から……適切な交流について考えなければならないにもかかわらず、……客観的に子の利益を考える姿勢に欠けるため、裁判所としてその対応に苦慮する事案が珍しくない⁽⁴⁹⁾。」などと説くことは、問題の把握の仕方があまりにも平面的にすぎると評価できる。裁判所が想定する「心理学的知見」の教条理念を説明し説得しても、より深い現実のまっただ中で苦しんでいる多くの当事者は内心を語らず、その真の理解は得られないと考える。求められる裁判所の司法政策は、その把握理念としての「心理学的知見」の再検討と、原則的実施方針の遂行により決着した事案の行方の追跡調査（たとえ、被調査者の任意回答であったとしても、個人情報情報を把握している裁判所のみが総合的調査をなす）である。

V 関連する諸問題

本テーマに関連するいくつかの問題について、筆者の意見を述べておきたい。

1. 間接強制の効果

梶村教授は面会交流債権の間接強制による民事執行についての従前を見解を、修正（事案の内容により例外的に間接強制を認めるとし、さらに「一定の留保付きで」間接強制を肯定するという見解に修正）された⁽⁵⁰⁾。しかし、筆者は修正前の同教授の見解（民商法雑誌131巻3号481頁以下（2004年））を支持

する。面会交流の任意履行的、継続的、人格不可分の性格は、直接強制はもちろん、間接強制にも馴染まない。この点に例外を設ければ、基本的ポリシーが一貫しなくなる。同教授と家族思想において対極にあると思える心理学者の棚瀬一代教授が「間接強制は、監護親ばかりでなくて子どもにも『私との接触をお金で強制しようとするの?』との反発を招き、葛藤を低めるところかますます火に油を注ぐ行為であり、逆効果以外の何物でもなく、長い目で弊害の方が多いと私は思っている⁽⁵¹⁾」と述べていることが注目される。

筆者は非監護権者から監護権者への子の引渡し債務の履行については積極的に直接強制を認め、また、立法論的には、このような場合の子どもの引渡し拒否に限り、水野紀子教授が紹介している⁽⁵²⁾フランス刑法227-5条と同様に刑罰を課してもその実効を確保すべきと考える。この問題と、監護権者から非監護権者への面会交流させる債務の強制問題とは、区別して考えなければならない。

したがって、筆者は、面会交流に間接強制との親和性を認めることを前提とした、3事件の最高裁第1小法廷平成25年3月28日各決定の立場には賛成できない。高葛藤事案であればあるほど、執行に疑義のない調停条項、精密な審判主文が作られる傾向を助長する。ますます紛争は深刻となる。

2. 具体的形成前の実体権の存否論争

筆者はかつて、具体的な面会交流権が形成される前に抽象的にも実体権としての面会交流権が存在したほうが良いとの見解を述べた。これにつき、梶村教授から、同教授の論文「新時代の家庭裁判所家族法(23)」戸籍872号10頁以下(2012年)において反論をいただいた。反省の機会を得たことに感謝する。検討の末、筆者は梶村教授と見解を異にするかもしれないが、同実体権の存否に関す

る見解の相違は、心理学的知見の教条主義を背景とする面会交流原則的実施方針に対する賛否とは連動しないと考えるに至った。

人権が承認される根拠として「人間性」「人間の尊厳」があり、宗教的に無色の自然法を想定することも可能である。このような人権概念を裏付ける原理として、親子が切断されない原理、子どもの最善の利益が保護される原理、親子関係に関して人間性に反する精神的苦役を受けない原理などが存在すると考える。そして、民法学者の多数説は、自然法を根拠にするか否かには違いがあるものの、具体的形成前の面会交流権の概念を認めている。その背後にある潮流の中には、梶村教授と立場の異なる法文化論に基づく思想もある⁽⁵³⁾。また、いわゆる「沼邊審判」などが国の審判例として少数ながら、自然権としての面会交流権（面接交渉権）を認めたものがある⁽⁵⁴⁾。野田愛子元判事も、英米法の共同監護の原則の確立の歴史から推測し、面会交流権を「共同監護そのものの変質、否むしるそこから派生する監護の一態様、それは親権者でない親が扶養義務を免れないのと同様の関係、あるいは監護権者に対する監護監督権ないし責任⁽⁵⁵⁾」と解している。いずれにしても民法学会における多数説は、子の養育環境の安定性の維持を含めた子の利益による制約を受ける同実体権としての面会交流権を認めている。

たしかに、わが国の解釈論上、具体的形成前の抽象的面会交流権は自然権的色彩が強く、梶村教授から見れば、ファジーなものかもしれない。しかし、民法学者の多数が、平成12年の最高裁決定（最1小決平成12年5月1日民集54巻5号1607頁）（「子の監護の一文内容」と表現）後も、同実体権を承認している見地を否定することは、筆者には抵抗がある。一方、子の監護親の側には、人格の限界を越える精神的苦役を受けない自然法原理によっても支持される人格権（権利といえない

のであれば、法益)があると解される。とりわけ、高葛藤事案において監護親に求められる義務は「感情労働」性が高い。神経の強弱に個人差のある監護親の「感情労働」(役務)としての受忍を越えるような場面において、面会交流の原則的実施の方針が遂行されるとき、梶村教授が上記のⅡの1.(3)で紹介するような非人間的な実例が発生すると考える。このような非人間的遂行を阻止するためには、民法学者の多数を含めた理論線戦の共同を達成しなければならない。具体的形成前の実体権があるかないかの点に、阻止理論の成否を集約⁽⁵⁶⁾してしまうことは、共同の力を削ぐことになる。逆に、念頭に置くべきは、このような実体権の存在を否定しつつ、面会交流の原則的実施の方針を遂行できると考える見解⁽⁵⁷⁾が成り立つことである。

筆者は、具体的形成前の当事者に自然法原理による抽象的面会交流権と、これと対立する人格権との、両者を認めることは、調停・審判の手續過程において、当事者主義的実務運用の側面を強化し、公権力による裁量をチェックする機能を高めるものと考ええる。裁判所の裁量に比較基準による枠を設定する梶村教授の見解、具体的形成に裁量統制を考える山本教授の見解は、このチェック機能を高めるために大切である。そのうえで、筆者は当事者的実務運用を強化したいのである。これが弱化又は後退するとき、パターンリズム(いわば、裁判官を家父長とする干渉主義)に陥ることを恐れるのである。実体権について厳密な議論は将来の課題として保留して、今は面会交流原則的実施方針の非合理性の是正のために、共同を強化すべきと考える。

3. 離婚後の共同親権・共同養育の立法論

筆者も離婚の際に夫婦が共同して望み、選択する場合に、その後の共同親権・共同養育(共同監護)を可能とする立法には賛成である(選択的夫婦別氏制と同じ発想)しかし、

裁判所が、夫婦の少なくとも一方が希望しないにもかかわらず、共同親権・共同監護権を設定する制度には反対である。そして仮に夫婦が共同して望み、共同親権・共同監護権が実現した場合でも、子(子ども代理人の制度を拡大)の側から不服申立があったときは必ず単独親権・単独監護権に直す制度、協議離婚の場合の元夫婦の一方から異議申立てがあれば、必ず単独親権・単独監護権に直す制度を、完備すべきと考える。

ちなみに、離婚後も共同配慮(身上・財産)が継続する制度下のドイツでも、父母の一方が裁判所に単独委譲の申立をしたときには、連邦憲法裁判所決定により、共同か、単独かに「原則—例外関係」はないとされている⁽⁵⁸⁾。また、アメリカで共同監護の発展を促進させたカリフォルニア州法も、父母の合意があるときに限り共同監護(法的・身上の各監護の双方又は一方)を認めている⁽⁵⁹⁾。

わが国の家裁調査官の世界に多い、離別後共同監護を理想とし、官許心理学であるかのごとくその「心理学的知見」を教条化している論者は、アメリカにおける子どもの共同養育がいかに大変なものであることを知っているのだろうか。わが国における共同監護運動を支援する青木聡教授が邦訳したエリザベス・セイアー、ジェフリー・ツィンマーマン著『離婚後の共同子育て』(コスモス・ライブラリー、2010年)は、いろいろな難問を解決するために、とてつもないほどの準備と対応策が必要となることを詳細に論じている。ちなみに、棚瀬一代教授はアメリカの実態につき、「離婚後に非常に葛藤の高い元夫婦は5%ぐらいと言われており、その他の人たちは、裁判所の力を借りずに何とか離婚後の子育てをしている。だが、少数の葛藤の高い人たちが、いつまでも些細なことで争い続け、その結果、裁判所のエネルギーの90%近くがこうした高葛藤家族への対応に使われているとも指摘されている⁽⁶⁰⁾」とも述べている。単純

なユートピアは存在しない。

4. 同席調停論

家裁の面会交流紛争においては、低葛藤事案であるほど、同席調停により解決の可能性がある。筆者も面会交流紛争における同席調停に賛成である⁽⁶¹⁾。いろいろな調停技法⁽⁶²⁾が論じられている。しかし、筆者には一抹の不安がある。葛藤に潜む根本的な事実の相剋を調停テクニックによって一時的に乗りきったとしても、その解決が長続きするだろうかという不安である。この点について筆者はさらに研究を続けたい。

VI 結語

以上の検討の結果、次のとおり総括する。面会交流の目的は、「子どもの最善の利益」にある。しかし、現実の紛争の実相から見る真の焦点は親の利益（それは精神的苦痛の軽減による精神的利益であることが多い）の対立にある。非監護親の「寄る辺のない孤立感」、監護親の「感情労働」性を持った精神的苦役による受忍の限界、などが相剋する。これらは、究極においては家事法制や家裁の手続の在り方のみによって解決するものではない。しかし、その手続の在り方が解決に寄与することは当然である。この在り方として東京家裁の採用した面会交流原則的実施の方針は、その理念の把握において、内外の文献が示す心理学的知見を単純化、教条化してしまった点に最大の問題がある。その教条から演繹的に策定された同方針の実施結果は、高葛藤事案になればなるほど現実と軋みが拡大し、ついには無力化する可能性が高い。同方針は職権探知主義に立ちつつ、いわゆる「抗弁説」的運用の審理を行い、監護親側の特段の例外的事情のみに審理を集中する。ここに、無理の原因がある。

本来、望ましい審理は、職権探知主義のもとで、いわゆる「請求原因説」をとりつつ抗

弁事実も同時進行的に提出を確保し、多彩な個別事実をそれぞれ証明の程度に応じ総合判断して結論に至ることである。この審理方式が、大方の弁護士に馴染みやすく、また、妥当な方式である。これは上記原則的実施方針が策定される以前の実務が行ってきた比較基準による総合判断方式に通じている。但し、近時、要件事実論の視点からも検討が加えられ、考察の深まりがある。同原則的実施方針の推進を阻止するためには、民法学の多数説とも共同の理論戦線を強化すべきである。筆者は形成前の実体権としての面会交流権の存否の論争と同原則的実施方針の当否の結論は必ずしも連動しないと考える。この論争は内部の議論として保留しつつ、共同して理論的検討を進めるべきときである。筆者は、審理手続がパターンリズムに陥らぬよう当事者主義的運用を強化する理論を大切にしたい。

（2014年5月18日脱稿）

注

- (1) 細矢郁、進藤千絵、野田裕子、宮崎裕子「面会交流が争点となる調停事件の実情及び審理の在り方—民法766条の改正を踏まえて—」家月64巻7号1頁（2012年）、細矢郁「面会交流の理論と実務『裁判官の立場から』」戸籍時報690号40頁（2012年）、安倍嘉人、西岡清一郎監修『子どものための法律と実務』（日本加除出版、2013年）88頁以下〔進藤千絵、野田裕子、宮崎裕子執筆部分〕、近藤ルミ子「家事事件における裁判所の役割」伊藤滋夫編『家事事件の要件事実・法科大学院要件事実教育研究所法第11号』（日本評論社、2013年）162頁以下、棚村政行編『面会交流と養育費の実務と展望』（日本加除出版、2013年）36頁以下〔関根澄子執筆部分〕。
- (2) 梶村太市「新時代の家庭裁判所家族法（23）」戸籍872号1頁（2012年）、同『新家事調停の技法』（日本加除出版、2012年）200頁以下、同「民法766条改正の今日的意義と面会交流原則的実施論の問題点」戸籍時報692号18頁（2013年）、同「親子の面会交流原則的実施論の課題と展望」判時

- 2117号3頁(2013年)、同『新版実務講座家事事件法』(日本加除出版、2013年)266頁以下、同『裁判例からみた面会交流・調停の実務』(日本加除出版、2013年)、同「面会交流の協議規範・調停規範・審判規範・間接強制記規範一面会交流原則的実施論の問題点と実務的危険性を考える―」田山古稀記念『民事法学の歴史と未来』(成文堂、2014年)365頁。なお、前掲注(1)細矢ほか家月64巻7号1頁の発表前の文献として、梶村太市『家族法学と家庭裁判所』(日本加除出版、2008年)199頁ないし269頁、同「親権者指定変更・面接交渉審判事件の要件事実の事実」河上正二ほか編伊藤喜寿記念『要件事実・事実認定論と基礎法学の新たな展開』(青林書院、2009年)331頁以下。
- (3) デイター・シュヴァーブ、海老原明夫訳「ドイツ法における両親の別居・離婚に際しての子をめぐる闘争」日独法学11巻24号17頁。この文献の22頁以下は、きわめてリアルに監護権紛争の本質を、監護権獲得、面会交流、共同監護のすべての領域にわたって歯に衣を着せず論じていて示唆に富んでいる。
- (4) ジュディス・ウォラースタイン、ジュリア・ルイス、サンドラ・ブレイクスリー、早野依子訳『それでも僕らは生きていく―離婚・親の愛を失った25年の軌跡』(PHP研究所、2001年[原著は2000年]) (以下、ウォラースタインら邦訳と略称) 53頁。
- (5) ウォラースタインら邦訳前掲注(4)60頁。
- (6) 夏刈康男、石井秀夫、宮本和彦編著『不確実な家族と現代』(八千代出版、2006年) 87頁以下[石井秀夫執筆部分]。
- (7) 今日、再び貧困が社会科学のテーマとなる遠因は、80年代以降の、グローバルと大競争の時代変化により、高度経済成長と資本に対する国家の統制、すなわち福祉国家の前提が崩れたことにある。この社会的進化論を要求する状況に対応する洗練された理論が「サッチャリズム」と呼ばれる新自由主義であるとみられている(村松恵二教授弘前大学人文学部[政治思想]の講義レジメ、2014・2・8より筆者が理解した)。
- (8) 仲正昌樹『集中講義!アメリカ現代思想、リベラリズムの冒険』(日本放送出版協会、2008年)150頁以下によれば、サッチャーもレーガンも“自律した強い個人”を培う場としての市場の重要性を強調するハイエクの経済思想の影響を強く受け、レーガンが、①規制緩和の推進、②(国防予算を除く)政府の財政支出の大幅削減、③大幅減税による民間投資の活性化、④金融政策によるインフレ率の低下、を組み合わせ追求した政策が「レーガノミックス」と呼ばれるとする。
- (9) 宮本太郎『生活保障』2頁(岩波書店、2009年)。
- (10) 宮本前掲注(9)12頁、13頁。
- (11) 梶村前掲注(2)「新時代の家庭裁判所家族法(23)」15頁。
- (12) 水谷英夫『感情労働とは何か』(信山社、2013年)13頁以下。
- (13) 小島妙子『DV・ストーカー対策の法と実務』(民事法研究会、2014年)33頁以下は、DVの害悪の分析に関して、私的領域あるいは「親密圏」と呼ばれる領域において、「精神」と「身体」がわかちがたく結びついて営まれている人間にとって「感情管理」が重要な影響を与えていることを指摘している。面会交流義務を負担している監護親の履行行動には、個人差はあろうが、「感情管理」の限界を忘れてはならない。
- (14) 若林昌子「親権者・監護者の判断基準と子の意思表明権」野田愛子ほか編『新家族法実務体系2』(新日本法規、2008年)390頁。
- (15) 棚村政行「アメリカ合衆国における親子法の新しい展開」ケ研228号2頁(1991年)、同「離婚後の子の監護―面接交渉と共同監護を中心として―」石川稔ほか編『家族法改正への課題』231頁(1993年)、吉田邦彦「子の監護紛争をめぐる日米の法状況(下)」ジュリ1049号89頁(1994年)、山口亮子「アメリカにおける共同監護と子どもの利益(一)(二)」上智法学論集39巻3号99頁・40巻1号133頁(1996年)、棚瀬一代『離婚と子ども、心理臨床家の視点から』(創元社、2007年)46頁以下、エリザベス・セイアー、ジェフリー・ツインマーマン、青木聡訳「離婚後の共同子育て、子どものしあわせのために」(コスモス・ライブラリー、2010年[原著は2001年])、稲垣朋子「離婚後の父母共同監護について―ドイツ法を手がかりに―(1)(2)完」国際公共政策研究16巻1号243頁(2011年)、16巻2号135頁(2012年)、椎名規子「イタリヤにおける子に対する共同親権の新制度(1)(2)完」専修法学論集113号113頁(2011年)、116号95頁(2012年)、善積京子『離別と共同養育―スウェーデンの養育訴訟にみる「子どもの最善」』(世界思想社、2013年)、など。

- (16) フランク・E・A・サンダー、水野紀子訳「子の監護権—アメリカ家族法の現状」ジュリ782号87頁（1983年）
- (17) 家庭裁判所調査官実務研究（指定研究）報告書1号『親権（監護権）の帰すうが問題となった事件における子の福祉について』（家裁調査官研修所、1986年）69頁以下。
- (18) 佐々木健「ドイツ法における親子の交流と子の意思—PAS（片親疎外症候群）と子の福祉の観点から—」立命館法学327・328号347頁（2009年）、栗林佳代『子の利益のための面会交流—フランス訪問権の視点から—』（法律文化社、2011年）、高橋由紀子「ドイツの交流保護制度—親子の面会交流実現のための親権制限—」帝京法学27巻2号15頁（2011年）、遠藤隆幸「面接交渉の執行について」棚村政行ほか編中川卒寿記念『家族法の理論と実務』（日本加除出版、2011年）397頁、同「面会交流の第三者関与—ドイツ法を素材として」田井義信編『民法学の現在と近未来』（法律文化社、2012年）314頁、原田綾子「アメリカにおける面会交流支援」・南方暁「イギリスでの交流権と英国の子ども交流センター」・高橋由紀子「ドイツにおける面会交流支援」・色川豪一「フランスにおける面会交流援助」いずれも棚村政行代表・法務省委託研究『親子の面会交流を実現するための制度等に関する調査報告書』に所収、（法務省ホームページに公表・2011年）、進藤千絵、小澤敦子「アメリカにおける子の監護と面会交流について—ニューヨーク州を中心に—」家月64巻4号1頁（2012年）、など。
- (19) 日弁連法務財団離婚後の子どもの親権及び監護に関する比較法研究会編『子どもの親権と共同監護』（日本加除出版、2007年）21頁以下〔谷英樹執筆部分〕。
- (20) 親子ネット「意見書」（2011年12月9日）（親子ネットのホームページに公表）。
- (21) 自民党保岡興治議員のブログ（2014年3月18日）ほか。
- (22) 赤石千衣子『ひとり親家庭』（岩波書店、2014年）106頁、240頁。
- (23) 細矢ほか前掲注(1)家月64巻7号74頁。
- (24) 細矢ほか前掲注(1)家月64巻7号75頁以下。
- (25) 細矢ほか前掲注(1)家月64巻7号81頁以下。
- (26) ウォラースタインら邦訳前掲注(4)321頁13行目以下。
- (27) ウォラースタインら邦訳前掲注(4)321頁19行目以下。
- (28) ウォラースタインら邦訳前掲注(4)440頁12行目以下。
- (29) ウォラースタインら邦訳前掲注(4)440頁14行目。
- (30) ウォラースタインら邦訳前掲注(4)322頁7行目。
- (31) 細矢ほか前掲注(1)家月64巻7号45頁、54頁に引用。
- (32) 細矢ほか前掲注(1)家月64巻7号47頁、55頁に引用。
- (33) 細矢ほか前掲注(1)家月64巻7号43頁に引用。
- (34) ウォラースタインら邦訳前掲注(4)。
- (35) 細矢ほか前掲注(1)家月64巻7号43頁。
- (36) コンスタンス・アーロンズ、寺西のぶ子監訳『離婚は家族を壊す—20年後の子どもたちの証言』（バベル・プレス、2006年）10頁以下。
- (37) ウォラースタインら邦訳前掲注(4)282頁。
- (38) ウォラースタインら邦訳前掲注(4)40頁、41頁。
- (39) 細矢ほか前掲注(1)家月64巻7号43頁、54頁。
- (40) H.R. シャファール、無藤隆・佐藤恵理子訳『子どもの養育に心理学が言えること・発達と家庭環境』（新曜社、2001年）147頁以下。
- (41) H.R. シャファール、無藤ほか訳前掲注(4)148頁。
- (42) 細矢ほか前掲注(1)家月64巻7号46頁、47頁。
- (43) 榮春彦、綿貫義昌「面接交渉の具体的形成と執行」野田愛子ほか編前掲注(4)333頁。
- (44) 伊藤滋夫編前掲注(1)では、複数の研究者と実務家が、とりわけ面会交流事件の審理について議論を行っており啓発される。
- (45) 伊藤編前掲注(1)55頁。
- (46) 杉井静子「当事者から見た家事事件における要件事実」伊藤編前掲注(1)152頁。
- (47) 山本和彦「家事事件における裁量とその統制のあり方雑考—裁量統制の手法としての『要件事実』論の意義」伊藤編前掲注(1)103頁。
- (48) 細矢前掲注(1)戸籍時報690号40頁。
- (49) 近藤前掲注(1)162頁。
- (50) 梶村前掲注(2)戸籍時報692号29頁、田山古稀記念389頁。
- (51) 棚瀬一代前掲注(5)125頁。
- (52) 水野紀子「公権力による家族への介入」同編『社会法制・家族法制における国家の介入』（有斐閣、2013年）174頁。
- (53) 例えば棚瀬孝雄「離婚後の面接交渉と親の権利(上)」判タ712号10頁、11頁。

- 54) 東京家審昭和39年12月14日家月17巻4号55頁など。沼邊愛一『家事事件の理論と実務』（日本評論社、1990年）133頁は「抽象的には親として固有の自然権」と述べる。
- 55) 野田愛子『家事事件の理論と実務』（判例タイムズ社、1988年）275頁、276頁。
- 56) ちなみに、伊藤編前掲注(1)26頁、27頁の小池泰教授と伊藤滋夫教授との議論を見ても、実体法上の面会交流権の設定は請求原因説、抗弁説いずれにも機能する。
- 57) 近藤ルミ子元判事は、実体法上の面会交流権を否定しつつ（伊藤編前掲注(1)47頁）、裁判所の裁量権行使の枠組みとして抗弁説的な要件事実的な構成が機能し、当事者主義的運用にはなじまない（近藤前掲注(1)206頁、207頁）とする見解であると理解される。ちなみに、東京家裁の方針を示す代表的文献である細矢ほか前掲注(1)家月64巻7号4頁以下も実体法上の面会交流権が存在するとは断定していない。
- 58) 稲垣前掲注(15)国際公共政策研究16巻1号255頁。
- 59) 棚村前掲注(15)石川稔ほか編250頁、稲垣前掲注(15)国際公共政策研究16巻1号248頁。
- 60) 棚瀬一代前掲注(15)157頁。
- 61) 離婚調停事件の当事者代理人として弁護士が活動するとき、相手方本人が裁判所に来ているにもかかわらず、事件終了まで相手方本人の顔も姿も知らないなどということがよくある。特に調停不成立の場合に多い。裁判所や両本人はこれらを知っていても、弁護士には相手方本人の雰囲気、キャラクターなど感覚によりイメージがつかめず、柔軟な対応ができない。依頼人も不満であろう。
- 62) 梶村太市『離婚調停ハンドブック第4版』（日本加除出版、2013年）363頁以下など。なお、筆者には、レビン教授式の技法はやや難解である。現実社会の中で躓く当事者の苦悩と葛藤を洞察し、これに対応していく代理人弁護士としての技法は、裁判所の側とは別に、体験的に習得すべきと考える。