

青森法政論叢 第20号

2019年8月31日発行

〈書評〉

梶村太市・長谷川京子・吉田容子編著

『離婚後の共同親権とは何か——子どもの視点から考える』

(日本評論社 2019年2月刊 205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  
『離婚後の共同親権とは何か——子どもの視点から考える』  
(日本評論社 2019年2月刊 205頁)

渡辺 義弘

1. はじめに

昨年7月の新聞報道により、父母が離婚しても、双方が子どもに対し共同親権を持つ法制の導入問題が突如浮上した。そのための民法改正の検討方針を、上川法務大臣(当時)が記者会見で表明した。法制審議会への諮問は予断を許さない。

しかし、この「離婚後共同親権」法制を採用している先進諸国においても、この制度は曲がり角ともいふべき苦悩の中にある。その導入は、はたしてわが国の家事司法、とりわけ紛争家族にどのような影響を及ぼすのだろうか。

本書は、紛争家族の目線で、この法制の導入に「危うさ」を実感している学者と弁護士たちが、正面からこの法制に対決して論じた初めての論文集である。各論文はいずれも、事実と執筆者の体験に基づき、法制導入に対する警告の主張と理論を展開している。

法制を推進しようとする側は、誠実に対応する限り、これらの主張と理論を一つ一つ論破しない限り、国民に対して説得力を持たないと考える。立法化は、これらの主張を無視して進められるのだろうか。以下、本書の内容を章の順に、紹介しないし論評したい。

2. 「第1章 共同親権は何を引き起こすのか? ——映画『ジュリアンを手掛かりにして』 (千田有紀)」

社会学者千田有紀教授の執筆による。同教授は法律家とは異なり、さすがに社会学者として鋭い観察をしている。親権があってもなくても、離婚後の両親の関係が良好であれば、子どもとの交流は可能である。離婚後共同親権の法制化は、国が「あるべき家族像」を設定し志向する。この法制化は、本来であったら、共同養育が不可能な関係において、共同親権が強制され、「子どもの利益」が大きく害される可能性が出てくるだろうと同教授は警告する。

映画『ジュリアン』(グザビエ・ルグラン監督、2018年公開、フランスで40万人動員のロングヒット)で、「裁判所が必死に守っているものは、離婚という結果に至った家族の『残像』なのではないか」と同教授は観察する。離婚により「解体された家族」に、残像としての理想像を求めることが、現実には生きて子どもを傷つける倒錯があってはならない。

「子どもの育ちのためには、監護親が精神的に安定していることがまず必要である。」「そもそも子どもは離婚しても、両親がそろっていなければ、『健全なアイデンティティ』をはぐくめないのだろうか。」「形式的に両親によって監護されることはすべてを投

げ打っても優先すべき課題なのだろうか？」等々——同教授の様々な提起に評者は啓発される。

### 3. 「第2章 離婚後共同親権と憲法 ——子どもの権利の観点から(木村草太)」

木村草太教授は周知の憲法学者である。従来の民法学者や民事手続法学者とは異なる人権感覚に立った根本的提起を本章で率直に提起する。

同教授は、憲法13条による子どもが個人として尊重されるという理念、同25条1項による子どもの生存権を問題解明の出発点とする。前者から子どもにとって何が最善かという視点が構築運用され、後者から子どもの生存権や教育を受ける権利を実現する「権利具体化法」としての民法の親権規定が位置づけられるとする。親権制度は、子どもと同居し保護する監護権(同法820条)と、教育・居所・職業選択・財産管理などの重要事項決定権(同法820条～824条)に2分される。同教授は、問題となっている離婚後共同親権制度の重要な意味を、次のように理解すべきと提起する。それは、「離婚した父母双方に、子どもに関する決定の拒否権を持たせる制度」の意味である。

1882年と1991年のドイツ憲法裁判所のドイツ民法の単独配慮(親権)規定の違憲判決は、離婚後や婚外子につき、適切な共同配慮の合意を含め、これがふさわしい事案があるにもかかわらず、一律単独配慮としていることを違憲と判示した。ドイツ民法に導入された共同配慮の仕組みは、日本の現行民法で充分に対応できる。むしろ、そのような対応が、不本意な共同親権の合意による「重要事項決定の拒否権」の濫用と、煩瑣な実態を導くリスクを回避できる。ここに同教授の見解の核心がある。具体的には、共同監護は766条・771条で対応できる。そして、共同親権制度で実現できる効果は父母の個別契約で実

現できることばかりである。日本法では、憲法でも民法でも広範な契約自由が認められている。重要事項決定の共有は、民事契約(ただし、民法90条の適用は当然)によって実現可能である。むしろ、そうした契約が機能しない事案は、民法で共同親権を強行したからといって、父母が協力できるようになるわけではない。法律で人の心は変えられない。不幸なケースを増すばかりである。以上が同教授の率直な意見である。評者は共感できる。

同教授の憲法学者としての人権感覚は、「共同親権は面会交流強制権ではない」とする表現にも発現している。

### 4. 「第3章 『離婚後共同親権』を導入する 立法事実があるか(斉藤秀樹)」

斉藤秀樹弁護士は、豊かな実務体験の痛感により立法事実論を展開する。これが本章である。離婚後共同親権の危険性に共感する弁護士の中にも、細かな点(例えば、「ねつ造DV」の存否)では異論があるかもしれない。しかし、本章による説得は、斉藤弁護士の実務体験から得た骨太な論旨の迫力が圧倒している。

離婚後共同親権制をもっては、激しく対立する家裁紛争を鎮静化させる機能を期待できない。欧米諸国の法の仕組みの実質は選択的共同親権制である。同弁護士は、現在ある単独親権紛争が形を変え「今度は、共同親権か、単独親権かといったところで激しい紛争が生ずることは必至である。」「かえって紛争は激しくなることさえ想定される。」と述べる。なるほどと思う。

その上で、共同親権獲得後は、子育て判断の深刻な意見対立自体が、更なる裁判所紛争として次々に登場することになる。鎮静化しない。

子どもの主たる監護者の妻が、子連れで夫と別居するのは、そうしないことの方が、置き去り、育児放棄になるという社会的事実が

ある。同弁護士は、「ある日、突然の連れ去り」論を立法事実として批判する。この点は説得力がある。

同弁護士は、非身体的DVを含め「パートナーに対する不当な支配・コントロール」の本質に着眼する。卓見である。評者はかねてから、多様な「……的DV」を総括する上位概念自体に、「DV」の言葉を入れて表示するのは、常識的誤解につながるのと私見を持ってきた

同弁護士は、裁判所の面会交流原則的実施政策の普及を肯定しているわけでないことは自明である。評者は、同弁護士が、その体験も踏まえ、裁判所の判断の「至極当然」性を述べている部分、面会交流原則的実施政策と共同親権推進論者の面会交流促進の意図との関係を論じている部分について、更なる論理の展開をしてほしいと思った。

まだまだ、多面的に立法事実不存在論は発展していただろうとの感想を抱かせるのが本章である。

#### 5. 「第4章 離婚後共同親権は子どもの利益とならない(可児康則)」

可児康則弁護士は、本章において、具体的警鐘を論ずる。可児弁護士が本章で述べる「裁判所の関与する事案の多くは父母間の協議が困難な事案であり、離婚後共同親権の導入で最も影響を受ける事案と重なる」というテーゼは重要である。多くの弁護士の実感である。裁判官の抱く感覚とは異なる。なぜなら、紛争父母の裁判官に見せる顔と、担当弁護士に見せる本音は異なる。

同弁護士は、DV解決に関する著作もあり、この分野に造詣が深い。しかし、DVに限らず、離婚後父母間に深刻な対立のある子どもに関する重要事項決定が、離婚後共同親権下の対立ゆえに、裁判所手続に持ち込まれることが、いかに非現実的な現象を生むかを、本章は実務の現場から訴えている。

①監護親の転居は、自らの就業、子どもの進学、親の介護その他様々な事情(同弁護士は、証拠の保全に難のあるDV事案の場面も想定する)から生ずる。②子どもの教育、進路の決定は、価値観により正解がない分野でもあり、刻々と変化もする。小学校は、公立が良いか私立が良いか、同じ私立でも何処が良いか、中学校・高校卒業時の進学、就職の判断、障がいのある子どもにつき普通学級、特別支援学級の選択等々が生ずる。③子どもの重い疾病や怪我の重大な医療方針の決定に医学的正解のない場合が生ずるのも現実である。④子の氏の変更の可否、宗教の選択の問題もある。⑤監護親の再婚相手と子どもの養子縁組の問題もある。

これらの場合、司法機関である裁判所の判断能力を超える課題となることは必至である。また、「仮の決定」(審判前の保全処分)も馴染まない分野である。しかも、生活の苦しい当事者(母子家庭の貧困化の背景あり)に多大の裁判手続の経済的負担を課し、仕事を休ませ、職場に居辛くさせる。

同弁護士の警鐘は、示唆に富む。

#### 6. 「第5章 共同身上監護——父母の公平を目指す監護法は子の福祉を守るか(長谷川京子)」

長谷川京子弁護士は、この分野についての精神医学等の行動科学の知見を、法律家の経験をもって考察している第一人者であると、評者は思っている。同弁護士執筆の本章は、本書中でもとりわけ読み応えがある。あたかも鋭いメスで解剖するような展開である。

本章の問題意識の第1は、「共同」推進論が家裁の判断に及ぼした「監護法の目的についての転換」「枠組みの変質」という点にある。同弁護士は、監護裁判の目標が、「子どもの福祉」から「父母の権利と父母間の『公平』を図ること」へ変質したと見る。

同弁護士は、「立証責任の分担原理」「フレ

ンドリー・ペアレント・ルール」「DV・虐待主張失敗に対する制裁システム」「似非科学としての片親引き離し/症候群」を、有害な「装置」と位置づける。これらの「装置」が一緒に導入され、家庭裁判所の安易な「共同」判断に続々と連動して行く。欧米諸国の裁判事案で、急速に「共同」監護が増加した現象の本質は、親からの激しい批判を想定した個々の裁判官の、プレッシャーからの回避行動にあるとの核心を突く。その結果、紛争性の高い事案ほど「共同」身上監護が命じられる現象となる。

本章の問題意識の第2は、「共同」身上監護の具体的有害性のリアルな指摘にある。

①子どもの慰めと休息なき生活の本拠流動化の苦痛、②一貫性なき養育秩序、しわ寄せとしての養育の質低下、③養育費の削減、時間分配をめぐる紛争激化、④監護親の転居制限の非現実性、等々。まさに、わが国での同様立法の帰結として深刻な想像を掻きたてる。

評者は、法政策としての「福祉的アプローチ」か「人権的アプローチ」かの図式を超えて、「子どもの最善の利益」という人権感覚こそ大切であると考えている。

#### 7. 「第6章 「共同」監護（親責任「分担」）を採用している国の経験（小川富之）」

小川富之教授は、オーストラリア家族法を研究テーマとするわが国の代表的研究者である。同教授執筆の本章は重要な教訓を示す。本章は、オーストラリアにおいて、離婚原因から有責性を排除し徹底した破綻主義に立つ1975年家族法が、連邦統一法として成立して以降の、父母離別後の子どもの養育法制の改正の推移を紹介する。1995年同法改正は、従前の監護に代わり両親の「親責任」概念を導入した。2006年同法改正は、両親の「養育時間分担」の表現を使用した。同改正は、「片親疎外症候群」理論を背景にした父権運動の影響の中で立法された。改正後は、別居親に

よる「養育時間配分の均等」思想が、法的紛争の実態を支配した。その結果は、①裁判所で争う事例が増加した。②父母間に葛藤のある人たちに、養育分担の要求が非常に強くなり、結果として、養育分担の比率や時間配分が高まった。③離別父母全体を見れば、養育分担の現状に大きな変化はなかった。——すなわち、葛藤、対立のある父母間の場合、紛争性がさらに高まり、葛藤をより高める事態となった。同教授は、次の3点の弊害を逆効果として指摘している。①「フレンドリー・ペアレント」条項により、立証不成功のペナルティを恐れ、虐待、DVの事実をあえて主張しないため、子どもの生命、身体が危険にさらされる実態、②時間配分が高まれば、高まるほど、(基本的必要費用に変化がないのに) 養育費減額紛争が激しくなる実態、③リロケーション（同居親の転居制限）問題の顕在化——がそれである。したがって、わずか5年後の2011年同法改正により、様々な改善（例えば「フレンドリー・ペアレント」条項の廃止）がなされた。しかし、実体としての問題払拭には大きな障害が残っている。同教授は、わが国に「離婚後共同親権制」導入検討にあたっての教訓として重視すべきと警告している。

#### 8. 「第7章 『離婚後共同親権』選択法制の是非（渡辺義弘）」

本章は評者自身の執筆による。したがって論評は控える。もっぱら読者の皆様のご批判を受けるのが筋である。

本章の論旨として、上記選択法制ならば、容認に支障はないか否かを論じた。結論として、評者は従前の自説（厳格な条件下に選択制を容認していた自説）を改説し、選択法制に反対した。最大の理由は、次の点にある。

「選択制」であることは、当事者父母の選択の自由があってこそ意味がある。強者の押しつけや、国家が選択して結論を強制するの

であれば、選択の自由はない。そこで、立法事実が問題となる。立法事実の中で最も重視されるのは、父母の切実な選択への要求という社会的事実である。ところが、関係する父母一致の切実な要求を示す実態調査結果も、これら父母が一致して国に立法を求める運動の存在も発見できない。なぜなら、意思疎通や子育ての価値観の共通性に問題がなく、自然に離婚後共同親権を選択できる父母は、現行法下であっても離婚後の「共同監護」を事実として実践でき、痛痒を感じないからである。

切実な社会的要求として存在する事実は、父権運動を背景に離婚後共同親権を求める側の激しい要求と、これに反対し危険と防衛を訴える側の要求の激突である。要求が対立し相容れない当事者父母は、互いに同数である。「選択制」を採用すれば、不一致の一方の要求に勝利の旗を揚げるプロセスが焦点となる。

わが国の離婚の約87%は協議離婚である。協議離婚届に離婚後共同親権の選択肢を加えた場合、強者の弱者への意思抑圧の有無に、韓国法のごとく司法審査を加えることは、あまりに現実性を欠く。

対立当事者に裁判で離婚後共同親権を強制することは、まさに、選択の自由を欠く。

家裁の調停や和解で、対立当事者に離婚後共同親権を合意させるプロセスには、欧米型メティエーションと異なる制度の構造があり、選択の自由保障には遠い。

#### 9. 「第8章 民法と調停・審判等の双方からみた離婚後共同親権立法化の危険性 (梶村太市)」

梶村太市弁護士の学者としての正確な深い知識と、多年にわたる家庭裁判所裁判官・弁護士を通じた実務体験の蓄積により、考え抜かれた論述と提言が本章の特徴である。評者は、本章を読み進むごとに既存の曖昧であっ

た知識が整理され、多くの啓発を受けることができた。

本章にて、同弁護士は、福岡家審平成26・12・4が採用した共同監護推進説の欠陥を鋭く指摘した。さらに、木村草太教授の新説、同居保護監護権・重要事項決定権区別説を体系的に位置付け、好意的な評価をした。これらを背景に、同弁護士は、離婚後共同親権論の台頭に対し、なぜその立法化が危険なのかにつき、周到に論を進める。

同弁護士は家族法学会の現状を観察し、次のように核心を突く。「家族法学会は、これまで共同監護論のオンパレードであり、批判説にはほとんど応えておらず、多くの家族法学者は以上のような立法化の動きに対しては表だって批判していない」(下線は引用者)——と。実は、小川富之教授関与の国際会議の場では、既に欧米諸国での離別後共同監護型への改正の結果に対し、深刻な苦慮と困難が議論されている。紛争の実態に肉薄するほど、わが国での批判説の浮上は必至である。梶村弁護士は本章で、立法論を、①原則的共同親権制(完全共同親権制)、②選択的共同親権制、③原則的単独親権制に分類し、法制審の動向いかんで、とりわけ実際の立法が危惧される③の原則的単独親権制運用の結果に論述を集中する。その運用は、調停、審判、訴訟(附帯処分)に及ぶ。その運用のもたらす危険の根は、現在の家裁実務の在り方に孕まれている強固な根である。この根(面会交流原則的実施政策への無批判的崇拜・「情報独占下の垂直型調停」の当然観・など)を絶つにはどうすべきか。それこそ、今ある課題にはかならない。

#### 10. 「第9章 監護法の目標と改正検討の要点 (吉田容子)」

吉田容子弁護士は、本章にて、錯綜する議論を「子どもの安全・安心、監護環境の安定」視点から整理し、問題点を提示する。同弁護

士の持ち味は、正論による直球勝負であり、あたかも精密な最終準備書面を読むような感がある。原点をなす子どもの健康な発達という視点の論旨で、評者が共感した点は、①子どもの「安全リスクは証明の成否にかかわらず、取り除かなければいけない。」ということ、②監護の安定には、子どもの定住する生活の拠点の落ち着きと、監護親の情緒の安定が重要であること、③監護費用の資金は、国家から来ても、別居親から来ても差し支えなく、公的給付の充実を避けた改正論議であってはならないこと、などである。これらを含む原点から出発し、同弁護士は、①「離婚後も共同親権であるのは当然」という見解、②「改正により人々の意識を変えることも法の役割」という見解、③「父母が同意している場合には離婚後共同親権を選択できるようにすればよい」との見解、④養育者は複数の方が単数よりよい」との見解、⑤「一方が反対するときは、家裁は共同親権を命じることはできないとすればよい」との見解を、次々に論破する。同弁護士の背景認識で啓発された点は、①監護者と子どもとの無数の連続した子どもの成人まで続く相互作用に、司法が一定の条件づけを行い介入しても、その後の経過を見ない状態では確かなことはわからない。それが、監護のありかたと調和しなくても、将来の改訂は司法という手続では日々の変化に対応しきれない限界があること、②先進国（オーストラリア、イギリス、アメリカ）で、離婚後共同監護による子どもに対する「双方親の関わり」を追い求めた結果、肝心の「子どもの安全・安心」が守られない苦悩に対し、反省への新たな揺り戻しがはじまっていること、などの指摘である。

## 11. 結びに代えて

離婚後共同親権法制導入により深刻な被害を受ける人々がいる。その導入に反対するならば、反対意見を国民の多数派とする努力が

望まれる。そのためにも、学識経験者として、立法当時の欧米型法制を理想化しつつも、感覚的に不安や異和感も覚えている家族法学者の方々に一人でも多く、見解を転じていただくためにはどうすればよいか。このような家族法学者の見解中の感覚にも注意を集中し、抵抗理論に幅広さ、柔軟性を加えることはできないものだろうか。評者個人としては、子ども、非監護親、監護親相互の人権論的アプローチにも関心を払いたい。離婚後共同親権導入賛成説に対する批判においては、その説自体に潜む内在的批判は効果的である。また、梶村弁護士の本書の「あとがき」が紹介する矢野謙次氏の「関係的福祉（理論）」にも注目していきたい。（2019年5月12日脱稿）