

# 面接交渉の義務性

別居・離婚後の親子・家族の交流の保障

二 宮 周 平

## 目 次

- 1 はじめに
- 2 別居後の親子の交流を阻害する要因
- 3 面接交渉に関する判例の展開
- 4 面接交渉の義務性の検討
- 5 面接交渉実現の具体的方法
- 6 おわりに - 対立から協力へ

## 1 はじめに

2003年の離婚件数は、283,854件、その内170,331件（60.0%）が未成年の子のいる夫婦であり、夫がすべての子の親権者となるケースが15.3%、妻がなるケースが80.8%、複数の子について夫と妻で親権を分け合うケースが3.9%である。離婚をしても親子であることには変わりはないが、離婚後、親権者とならず、もしくは監護者とならず、別居している一方の親と子の交流が円滑に行かなかつたり、会えないままのケースも少なくないように思われる<sup>1)</sup>。離婚全体の約9割（03年90.7%）を占める協議離婚では、「面接交渉」<sup>2)</sup>や「養育費の支払い」など子に関わる事項は、すべて離婚する父母の合意と善意に依存しており、合意を確認したり、履行を確保する制度的な保障が乏しいからである。したがって、離婚を経験するすべての子に、別居している親との交流を保障するためには、協議離婚制度自体の改革が不可欠である<sup>3)</sup>。しかし、現状ではその可能性は乏しい<sup>4)</sup>。そこで現行制度の下で面接交渉を実現する仕組みとして存在する家庭裁

判所の調停・審判から、面接交渉が認められる基準やその内容を明らかにし、一つの判例法として協議離婚当事者にも認識してもらうことが求められる。

ところで2003年の司法統計年報によれば、家庭裁判所の調停・審判で扱われた「面接交渉」事件は、子の監護に関する処分事件の17.4%、3,894件である(養育費・扶養料が75.6%で圧倒的に多い)。そのうち、認容審判150件、調停成立1,875件であり、面接交渉が認められた事件は合わせて2,025件(52.0%)にとどまる。養育費・扶養料の認容率69.3%に比べてかなり低い。家事審判官、家庭裁判所調査官、家事調停委員など関係者の説得にもかかわらず、合意に至らないケースが多く、子どもが低年齢の場合には、同居する親の協力なくして実現不可能なことから、調停でまとまらない事案では、審判でも交流を認めにくいものと推測される。

しかも認容審判や調停成立があっても、その内容が履行されない場合もある。たとえば、親権者を母とし、父による月1回、2時間程度の面接を認め、日時・場所・方法等について協議する旨の調停が成立したが、母が面接を拒否し、家庭裁判所による履行勧告にも応じないため、父から慰謝料を請求した事案において、裁判所は、父親としての愛情に基づく自然の権利を妨害したとして、母につき500万円の慰謝料を認めた事例(静岡地浜松支判平11〔1999〕・12・21判時1723号92頁)がある。この事案で、裁判所は、「被告(母)が十分に親離れしないまま未熟な人格として成長したこと」、「別居後の被告の両親の態度等にもそれが見受けられる」ことを指摘し、「別居後の調停等の席上、父から子を遠ざけようとする被告の態度は、……父性原理を子が学習すべき絶好の機会を被告自らが摘み取っている態度」であって「讃められた態度」ではないとし、子は「母親たる被告の所有物ではない」と述べる。しかし、母は控訴している。この判決によって、父と子の交流が実現されたわけではない。

同じく子との交流の調停が成立したが、その後、監護者である母が子と父との交流を拒否したため、父が履行勧告を申し立て、それでも実現しな

いため、間接強制による強制執行を求めた事案もある（大阪高決平14〔2002〕・1・15 家月56巻2号142頁）。裁判所は、執行抗告審、受差戻審、再執行抗告審において、3度にわたり間接強制を認めたが、母はこれにも従わず、最高裁まで争い、父子の交流を拒否し続けた。

ここまで同居親（監護親）がかたくなになる背景には、第三者の計り知れぬ事情があるのだと思う。しかし、別居親（非監護親）が児童虐待など子に対して親としての適格性を欠いている場合を除けば、別居後も親子が交流するのは当たり前のことである。むしろ親子の交流を保障することによって、別居・離婚から生じる親子双方の生活上、精神上的の困難を乗り越えることを可能にするのではないだろうか。

もちろん子自身の意思と行動によって別居親と交流ができる年齢に達するまでは、同居親と別居親の何らかの協力が不可欠であり、そのために、離婚紛争の中で心の通い合わなくなった父母双方が自分の気持ちを自制しながら、子のためにより良い交流の方法を追及しなければならないのだから、相当な困難を伴う。家庭裁判所はこの困難をできるだけ解消し、親子の交流が円滑に進むよう調整をする任務を負っており、そのための努力を積み重ねている。

本稿では、1つの具体例を素材に親子の交流を妨げている要因を分析するとともに2、判例の展開を確認し3、判例で示唆されている面接交渉の義務性の検討を行い4、面接交渉の阻害要因を取り除く具体的な方法として、家裁調査官の優れた実践である「面接交渉等に関する父母教育プログラム」と、子自身の手続参加を保障する試みを紹介、検討する5。こうした積み重ねから、離婚後の親子の交流が社会常識として定着し、協議離婚における面接交渉の合意と履行の確保にもつながるものと考えられる。

## 2 別居後の親子の交流を阻害する要因

ここで事例として、前掲大阪高決平14・1・15を取り上げる。事実関係

は、審判および決定で認定されたものであり、存在する事実のすべてではない。認定されていないが、当事者にとっては重要な事実もあるはずだが、一応、裁判所から重要な事実として認定されたことを基礎に分析する。

1) 夫婦関係の悪化と協力意思の喪失

1 夫婦関係の変容 夫Xと妻Yは、1986年10月に婚姻し、1992年11月に男子Aをもうけた。Xは医師の資格を有し、現在は、課長として勤務し、兵庫県尼崎市に居住している。Yも医師の資格を有しており、94年9月頃から、兵庫県佐用郡 町に亡父が開業した医院を継ぐことになったため、YとXは別居を始めた。別居後は、Xはほぼ毎週金曜日の夜にY宅を訪ねて1泊し、翌土曜日にX Y A 3人でX宅へ行って1泊し、翌日曜日にYがAを連れて帰宅するという形で、夫婦および親子の交流を続けていた。

しかし、X Yは不和になる。Xはもともとやや鬱の傾向があったようで、仕事や母親の介護のことで悩んでおり、一人暮らしの淋しさも加わって、相当ストレスが蓄積していた模様で、以前から患っていた糖尿病も、2000年6月頃から悪化し始め、鬱状態も増強して、精神的にもまとまった考えができない状態となり、年末まで生き長らえないと感じるようになって、内心では切羽詰まった状態となっていた。

一方、Yは更年期に入っており、2000年11月頃から情緒不安定な言動が目立つようになっていた。同年12月頃から、XとAの交流を泣いて拒んだり、X宅に「来たら警察を呼ぶ」などの内容のファックスを送りつけるなどした。翌年、1月11日、家庭裁判所に、Aの監護者をYと指定する申立てをし、15日には、離婚調停の申立てをした。

2 阻害要因 以上の経緯から、当初はお互いの理解の下に、別居しながら、週末には行き来をして子どもを含めた家族共同生活を営んでいたものが、ほぼ毎週の遠距離の往復が、加齢とともにXにもYにもかなりの肉体的、心理的負担になり、それに心身の状況、さらにはXの側には母親の介

護という心労も加わり、夫婦としての信頼関係が薄れていったように思われる。こうした状況について、どちらに責任があるとはいえない。しかし、夫婦の信頼関係の希薄化が同居親の協力意思を失わせてしまう。阻害要因の第一は、当然といえば当然であるが、夫婦関係の悪化である。

他方で、夫婦としては信頼が失われても、子のために別居親との交流を確保するための努力をする可能性は残されている。しかし、そのような冷静な判断は難しい。本件でも、母Yは子の気持ちを確認することもなく、自分の意向で、X宅とY宅との往復を拒み始めている。親子の交流の当事者である子自身の気持ちや考えが優先的に考慮されていない。阻害要因の第二は、同居親に、親子の交流を保障することが親の義務であることの自覚が乏しいことである。本件では子は当時、小学2年生である。乳児を除けば、3、4歳の子でも、父に会いたいかどうかの思いがあるように思われる。しかし、夫婦の信頼関係が弱まりつつある時点で、子と同居する親の側の意向が事態をリードしてしまう。正直な子の思いが別居親に伝えられない結果、別居親の方は、なぜという思い、早く会いたいという焦りなどから、心身ともに不安な状態に陥ってしまう。それがさらに同居親の別居親に対する信頼喪失を加速させる。悪循環が始まり、事態は当事者の努力では解決できない段階に至る。

## 2) 家庭裁判所における調停合意の形成過程

1 調停内容 2001年3月14日、Aの監護および「面接交渉」につき調停が成立したが、離婚調停は不成立で終了した。上記の調停の内容は、次のとおりである。

- 「1 当事者双方は、Yが当分の間、AをY方で監護養育することに合意する。
- 2 Xは、Yに無断で、Aを連れて帰ることなどしない。
- 3 Yは、XがAと毎月少なくとも2回面接することを認める。具体的な面接方法は以下のとおりとする。

面接は、毎月第2土曜日からその翌日の日曜日、および第4土曜日からその翌日の日曜日に行くこととする。

Xは、第2土曜日、第4土曜日の午前9時頃から午前10時頃までの間にY方において、YからAを引き取り、Yは、翌日の日曜日の午後5時台(大阪発の時間)の特急(スーパー白兔)に乗ることができるとする時間帯に、XからAを引き取ることにする。

なお、平成13年3月の面接日は、17日(土曜日)の昼頃から翌日の日曜日とし、具体的な時間については、当事者双方が事前に協議の上定める。

YとAとが面接交渉するにつき、その日時・場所・方法等で都合が悪い場合には、Aの意思を尊重し、かつ、その福祉を慎重に配慮して、その都度、当事者双方が事前に協議の上、前項の日時等を変更することとする。

- 4 Aが前項の他にもXとの面接を希望する場合などには、その意思を尊重し、当事者双方が協議の上、適宜、面接回数を増やすなどすることとする。」

きわめて詳細で具体的な定め方であるが、XYにとってみると、これまでの父子の交流を、ほぼ毎週から隔週にし、かつ1泊に減らし、母Yと一緒に行かないという点で違いがあるだけなので、XYに違和感はなく、合意に至ったものと推測される。本調停条項3 および4では、子の意思を尊重する旨が定められ、また具体的で詳細な取り決めであるがゆえに、都合の悪い場合には、子の意思を尊重しながら、父母の協議で変更できる旨が定められている。理想的な調停条項である。

2 その後の経過 調停合意に従い、2001年3月17日と31日に、AがX宅に1泊する形で親子の交流が実施された。しかし、17日に、Xは自宅において、Aにメモ用紙にY宛の手紙として、「あまがさきでパパママサンド(XY家族内では「同居」を意味する)をしますか」「ぼくはパパがかわいそうなのであまがさきのしょう学校へ行くかいかないか考えてくださ

い」と書かせ、翌日、これをYに交付したりした。またXは頻繁にYやA宛にファックスを送りつけ、中には「4月になったらAを尼崎に連れて行く」というものもあり、Yは心理的に動揺していった。

その後の受差戻審（神戸家決平14〔2002〕・8・12家月56巻2号147頁）におけるYの言によると、4月14日の3回目のX方への訪問直前に、Aがこれを嫌がるようになり、当日、AがXに対し、一緒に行きたくない旨拒んだので、同日以降、面接を実施していない。しかし、Xの述べるところでは、3月の2回の面接終了時に、Aには別段面接を負担に感じている様子は見られなかったという。

後日、受差戻審における家裁調査官が実施した心理テスト、観察および聴取によれば、従来、AとXの父子関係が充分形成されていないため、Aには、Xと2人きりになると会話が弾まず、面接を負担に感じるという面も見られるが、他方で、Xを拒否する、あるいは嫌悪するといった感情や、Xに拒否されているという感情は有していない。かえって、Xにもっと構ってほしいという気持ちを有していると分析されている。調査結果では、Aの福祉のためには、Aとの適切な父子間の交流が、むしろ必要と認められている。

受差戻審の裁判官は、Aが3回目の面接交渉を拒んだのは、Xと2人きりで会うことの負担感を訴えると同時に、Yに対しては3人で会いたいとのメッセージを発したものとして理解できるし、忠誠葛藤からYの内心を気遣って、行きたくないという旨の行動に及んだものとしても理解できるとしている。

以上の経過を見ると、Xには一方的な気持ちの押しつけが見られ、それがYやAの心理的な負担になりつつあったことがわかる。しかし、調査官の調査によれば、A自身は、これまでと違う訪問・交流のあり方にとまどっているのであり、Xを拒否しているわけではない。せっかく1泊して親子の交流をしているのに、父が子にプレッシャーを感じさせるような手紙を書かせるということは、してはならないことである。子に負担感を与

えるようなことをしては、別居後の交流はうまく進まない。それなのに、XはAやYの気持ちを退かせるような行動をしてしまっている。しかし、これはXの個人的な責任とばかりはいえない。夫婦関係の不和から、被害感情が芽生えつつあるXには、どういう行動をとるべきかについて、理性的な判断が難しかったようにも思われる。

3 阻害要因 X Yはもともと別居して暮らしており、別居親と子の交流は経験済みであり、それが前述の調停合意に至った背景にあると推測される。調停委員も実現可能と考えたことであろう。しかし、夫婦関係が不和になり、妻から離婚の意思を知らされてからの面接交渉は初めての経験である。子は父母の不和に気がついていないとしても、親子3人の交流が父と2人だけで行われるという、子にとっては初めての経験である。こうした不安定な状況の下で、面接する親が子に対して、あるいは同居親に対してしてはならないことや、うまく交流が図れない場合の乗り越え方などを、事前に情報提供したり、学習してもらう必要があったのではないだろうか。

具体的には、試行面接（試行的面接交渉）を実施し、家裁調査官がこれを観察し、その状況を踏まえて、調停条項を練り上げることである。また受差戻審における家裁調査官の調査内容を、もっと前の調停段階でYに伝えていれば、Yも、自分に気を使っているAの内心を推し量ることができ、Xへの対応が柔軟になり、それに呼応してXも柔軟になる可能性があった。同時に、父子だけの交流にAが負担を感じていることを、X Yがこの時点で気がついていれば、もっと違った、履行しやすい調停条項になったかもしれない。しかし、これらが実行されなかった。すなわち、阻害要因の第三は、現在の家事調停における合意形成のあり方にある。

現在の調停実務では、当事者の合意があれば調停が成立する。本件のように、将来的には離婚をして親権者になろうと思っている側にとっては、まず監護者の指定を確保する必要があるから、従来からの交流と似たような形態のものであれば、とりあえず合意しておく。さらに強制執行の難し

い面接交渉では、仮に調停内容を守らなくても制裁がないことから、別居親の要望を尊重したような調停合意に至る可能性もある（もっとも本件の場合、Yはこの合意に基づいて、2回は面接交渉を実施しているので、真意がなかったというのは言い過ぎであるが）。他方、別居親にとってみれば、面接交渉が認められるのだから、やはり調停案に合意する。こうしてとにもかくにも合意が成立したのだから、合意内容が実際にうまく行くのかどうか十分に検証する必要がない。

そしてこの過程に、面接交渉の当事者である子の意思が反映しない。Aは成績も良い利発な子である。父母の中がうまくいっていないことを伝え、その中でどのような親子の交流を希望するか、Aの意向をきくことで、調停合意がうまくいくかどうかの最低限の確認がとれる。現行制度でも、調停の段階で家裁調査官に調査命令を出し、子の意向調査をしてもらうことが可能である（2003年の司法統計年報によれば、子の面接交渉事件では、66.3%で調査命令が出されている）。これによって、後日の受差戻審での調査内容に近い情報、子の気持ちを、当事者や調停委員が得ることができた可能性もある。さらに子の事件本人としての当事者性を高める方法としては、調停に子を当事者として同席させること（同席調停）、あるいは調査官が、子を父母と同じ席につかせて面接させること（合同面接）も可能である。

しかし、これらの方法は、父母間の合意形成を促す手段として活用されているから、父母の間で面接交渉について合意が形成されている以上、あえて調査命令を出したり、合同面接、同席調停などをする必要がない。その結果、前述のような調停条項や実際にうまく行くのかどうかの確認、検証がなされないまま、調停が成立し、終了してしまうのである。

### 3) 調停合意の履行確保

1 調停合意の不履行 本件では、2回の面接交渉の実施後、調停合意が履行されなくなった。その経過は以下のとおりである。

妻Yは2001年5月に離婚訴訟を提起した。当該訴訟の第1審判決では、

Yは夫Xの「独り暮らしの淋しさに対する理解がなく」、離婚してAの親権者をYとすることにより、Yの実家である「T家の存続を図るという現在の民法の理念にそぐわない古い家制度の存続を図る意図も加味し本件訴を提起しているもの」と断じられている。かなり一方的な見方ではあるが、おそらくXもこうした受け止め方をしたであろうと推測される。したがって、具体的に離婚訴訟に入ったことにより、Xの被害感情も、Yの拒絶反応も増幅していく。

6月、Xの母の告別式に、YはAを連れて出席し、XAは会うことができた。8月25日、XはY方を訪問したが、Yは警察官を呼ぶ騒ぎになった。この時にXはAと会っているが、それが最後になり、以降、面接は拒否されたままとなる。

Xは11月2日、家庭裁判所に本件調停条項に基づく「面接」につき、履行勧告を申し出た。しかも同日、XはY宛に「今後毎週土曜日にAを迎えに行きます。作用の医院兼住居に誰もいない場合は、Aの生存確認のため、警察官立ち会いの元に住居に入ります。家の者が居てAがいない場合は、誘拐されたとして警察に通報します」などの内容のファックスを送りつけた。

家裁調査官はYに対し履行勧告をしたが、YはXが次々とファックスを送りつけてくるので、XとAは怖くて気持ちが落ち着かず、AはXと会うのを嫌がっているから、当分の間そっとしておいてほしいとして、勧告に応じなかった。Xは強制執行などを検討するという意向を示したので、履行勧告事件は、11月26日に終了した。

しかし、Xは26日、再度、履行勧告を申し出たが、Yの態度は変わらず、12月5日、Xは本件調停条項に基づく、間接強制を求める申立てをした。翌6日、XはA宛ての形で「Aがママにやさしくなさい。ママは病気のようなので。そうしないとママの病気がわるくなります。ママが病気で入院したら、Aはどうしますか？ よく考えておいてください。婚約不履行7年間に渡る同居義務違反 病気の配偶者の扶養義務 作用 町は尼崎よ

り通勤可能です 有責配偶者からの訴訟 これから毎日のようにAに連絡します」などの内容のファックスを3回送りつけた。これに並行して、XはYに対しAの監護者をXに変更することを求める審判を申し立てた。

以上の経過を見ると、会えないこと、体調の不良、心身の不安定などが重なり、Xはますます攻撃的になり、ファックスの文面も情緒不安定を露呈するものとなっている。これにより、YはXへの拒絶感情がさらに強まっていく。そうした父母のあり様を、Aはどう感じていたのだろうか。Xには上記のようなファックスを送ることが、YやAにどんな影響を及ぼすか、逆効果になりはしないかなどと想像する力が働いていない。これをXの「特異な性格」と見るのではなく、それほど追いつめられていたと見るべきであろう。誰か話を親身に聞いてくれて、慰めてくれる人がいれば、ここまでの行動はしなかったように思われてならない。孤独なXの姿が想像される。

2 司法による履行確保 阻害要因の第四は、調停条項が履行されない場合に、それを確保する司法的手段が柔軟性と強制力に欠けることである。

履行勧告 本件では、2度にわたるXからの履行勧告の申立てに際し、家裁調査官がYに履行勧告をしたが、その際に、前述のようなYの気持ちを聞き取っている。そしてYが勧告に応じないことと、Xが強制執行等を検討するとの意向を示したことから、3週間で事件終了としている。調査官の事件処理としては、問題はないだろうが、これまで履行勧告が一定の成果を収めてきたのは、調査官が、当事者に働きかけ、ある種のカウンセラー的な役割を果たしてきたからである<sup>5)</sup>。Yの気持ちをXに伝えて、それで終わりというのでは、これまでの役割を十分果たしたはいえないように思われる。

Xに対しては、ファックスなどの対応がY側の気持ちを後退させていることを理解させ、より穏やかな、Aに心理的負担のかかからない交流の仕方を考えさせ、Yに対しては面接交渉が子のために必要であると同時に、

面接交渉に応じることが、子の監護教育にかかわる親の義務でもあることを認識させて、対応を柔軟にさせるなどの働きかけをしたり、必要とあれば、XまたはYに再度の調停申立てを促し、実現可能な調停条項の調整を図らせるべきだったのではないだろうか。

執行裁判 本件では執行裁判が5回行われている。原審(神戸家龍野支決平13〔2001〕・12・7家月56巻2号144頁)は、「面接交渉においては、子の意向を出来る限り尊重する必要がある、また、現に未成年者を監護している親の反対を押し切って面接交渉を強制的に実現することが子の福祉に反する結果となる可能性が高い」ことから、面接交渉の義務については、強制執行は許されないとし、Xの申立てを却下した。

Xの執行抗告に対して、執行抗告審(前掲大阪高決平14〔2002〕・1・15)は、「家庭裁判所の調停又は審判によって、面接交渉権の行使方法が具体的に定められたのに、面接交渉義務を負う者が、正当の理由がないのに義務を履行しない場合には、面接交渉権を行使できる者は、特別の事情のない限り、間接強制により、権利の実現を図ることができるというべきである(家事審判法15条,21条但書き参照)。上記の事実によれば、相手方(Y)は、抗告人(X)との間で、成立した調停において、面接交渉について具体的な合意をしながら、平成13年5月以降、2度の履行勧告を受けながら、義務を履行していないのであるから、抗告人は相手方に対し、間接強制の申立てをすることは許されるというべきである」として、原決定を取り消し、間接強制の申立てに対する決定をするには、相手方の審尋が必要であるとして、原審に差し戻した。

受差戻審(前掲神戸家決平14〔2002〕・8・12)は、「非監護者である実親の子に対する面接交渉権は、子の福祉のために認められるべきものと解されることからすれば、面接交渉義務者である監護者実親が間接強制を拒むことができる『正当の理由』とは、例えば、監護している子が面接交渉権利者である実親に対し、その従前の養育態度などに起因する強い拒否感情を抱いていて、面接交渉が子に情緒的混乱を生じさせ、子と監護者実親

との生活関係に悪影響を及ぼすなど、子の福祉を害する恐れがあるといった、主として子及び監護者実親の側における、間接強制を不相当とすべき諸事情をいうものであり、他方で、面接交渉権利者である非監護者実親が、間接強制を求めることが許されない『特別な事情』とは、例えば、非監護者実親の面接交渉が、もっぱら監護者実親に対する復縁を目的とするものであるとか、その方法・手段が不相当であるなど、面接交渉が権利の濫用に当たるといった、主として非監護者実親の側における、間接強制を不相当とすべき事情をいうものと解される」と、一般論を述べる。

そして事実関係を分析し、月2回のX方に泊まりがけの面接交渉は、小学4年生のAにとって、体力的に過重の負担ではなく、AがXとの面接交渉の機会を持つことは、Aの健全な発達にとって有意義であるとし、Yが面接交渉の間接強制を拒む正当な理由は存しないと判断した。その上で、Yに対し、Aが忠誠葛藤を生じないよう配慮し、XとAとの面接交渉の実現に協力すべきものとした。他方、Xのファックス内容やAにY宛の手紙を書かせたことなどは不適切な行為ではあるが、これらをもって、間接強制によることが許されない「特別な事情」は、認め難いと判断した。

以上のことから、Yは調停条項記載のとおり、XをAと、毎月少なくとも2回面接させなければならないとし、Yが開業医として相当額の収入を得ていることを考慮して、Yが前記の義務を履行しないときは、YはXに対し、不履行1回につき20万円の割合による金員を支払え、との決定を下した。

Yの執行抗告に対して、再執行抗告審（大阪高決平15〔2003〕・3・25家月56巻2号158頁）は、2001年5月以降現在に至るまで、本件条項に基づくXとAとの面接交渉が実施されていないことを確認し、原決定を相当として抗告を棄却した。Yの許可抗告に対して、許可抗告審（最決平15〔2003〕・8・6家月56巻2号160頁）は、これを棄却した。

以上、1年8か月を経て、間接強制による強制執行が確定した。実際に執行されたのか、面接が実現したのかは不明である。これだけの時間の経

過の後で、父Xと思春期に入りかけた子Aの交流が、適切な専門家の仲介なくして、円滑に実現するかどうか疑問がある。この執行裁判の過程で、再度、調停に付し、父母子の話し合いの場を確保すべきではなかったのだろうか。ここで執行裁判の問題点を整理しておきたい。

執行裁判の問題点 原審は、Xの申立てから2日後に、前述の理由で、いとも簡単に申立てを却下している。しかし、間接強制を認めた審判、決定例があるのだから<sup>6)</sup>、もう少し慎重に対応して、この段階で受差戻審が行った当事者の審尋を実施していれば、子の意思とYの気持ちの変化を早い段階で把握することができ、事情の変更に対応した面接条項の改定という作業へ当事者を促すことができたかもしれない。事実、受差戻審では、抗告審の決定が示した、面接交渉義務者が義務を履行しない「正当の理由」、および面接交渉権者の権利行使が相当でない「特別の事情」の存否の判断に当たり、Yの審尋や家裁調査官によるAに対する調査などを通じて詳細な事実認定をしている。もはや執行裁判ではなく、実体審理の裁判に近いほどである。しかし、審尋の内容から再調停が可能であると思われても、これを保障する制度がない。

受差戻審によれば、Yが、XにはAへの配慮が欠けており、このまま面接を実施すれば、Aの福祉が害されるおそれがあるから、当面は面接を差し控えて欲しい、あくまでも面接を望むのであれば、家庭裁判所内で家裁調査官が立ち会うような方法を検討してほしいと述べていたことに注目したい。家裁調査官など客観的な第三者との対応の中で、Yが条件つきでの面接に合意している。この機会に、調停合意以降の事情の変化を踏まえて、調停条項どおりの面接交渉の実施が妥当かどうかを、子の意思を踏まえて当事者に考えさせ、XY双方が、Aが安心して交流できる条件を作り出すために、可能であればA自身もその作業に参加させ、面接条項を改定することを、司法の場で保障すべきであった。

しかし、これは制度的には不可能に近い。この一連の手続は、調停条項に基づく面接交渉の履行につき、強制執行を申し立てた事案であったため、

審理の対象は、間接強制の妥当性だけである。がほぼ1日で結論を出しても審理不十分とはいえない。この審理の限界は、再執行抗告審で端的に示されている。すなわち、は、「Yは、上記義務（面接交渉をさせる義務～引用者注）を履行しないことにつき正当な理由がある旨主張するが、同主張は請求異議の事由として主張し得るにとどまると解される。また、上記調停成立後の事情の変更により、相手方と未成年者の面接交渉が未成年者の福祉に反するに至ったと主張するならば、本件条項の取消しを求めべき（調停ないし審判の申立て）である」とする。本来、執行裁判所の審理内容を超える問題を抱え込んでしまった事件であり、裁判手続上、これ以外の判断のしようがないことだった。

同様のことは、間接強制を認めた未公表事例（高松高決平13〔2001〕・3・7<sup>7)</sup>）でも言及されている。この事例は、毎月第2土曜日の午後の4時間、子と単独で面接交渉をするというものだったが、子の成長に連れて子の意思を尊重する必要もあり、子の意思を無視してまで面接交渉を強制することはできないとする相手方の抗弁に対して、もし相手方の方で、面接交渉の条項に異議があるのであれば、再度、協議・調停・審判を申立てればよく、子が相当の年齢に達し、自らの意思で面接交渉を拒否するようであれば、一応、条項は履行されたものと解されるので、条項が間接強制の対象になるとしても、債務者に不可能を強いるものではなく、子に対して面接交渉を強要することにもならないとした。

以上のように、現行制度の下でできることは、XY双方を説得し、Xには執行申立てを取り下げさせ、YあるいはXに面接交渉の内容変更の申立てをさせて再度の調停に回すことしかない。これは、当事者が説得に応じてくれなければ、不可能なことであり、制度的保障のない、無い物ねだりのことである。しかし、今後の課題としては、執行抗告審が、せっかく義務を拒む「正当の理由」と、権利行使を制約する「特別の事情」という、実質審理を不可欠とする要件を課したのであるから、原審の執行裁判所（家庭裁判所）において、この要件の審理の過程で、当事者間に調停条項や

審判内容につき再調整が不可欠と判断したときには、再調停に付しうる運用を検討すべきだと考える。

間接強制 本件の場合、不履行1回につき20万円の割合による金員を支払えという内容が確定した。だからといって、XがYにこれまで2年4か月の不履行分640万円の支払い請求をするだろうか。監護親に支払い能力があれば、なお面接交渉を履行しない場合もありうる。こうした形で強制することが、子にとって安心な面接交渉の継続を保障するかどうかにも問題が残る。

しかし、家庭裁判所で定められたことには、強制力があることを明示する必要はある。約束を守らないことに対して、きちんとした対処を示すこと、つまり間接強制として、適切な制裁金を課すこと<sup>8)</sup>が、長い目で見れば、家庭裁判所を利用する当事者の信頼を増すことにつながり、調停における当事者の合意形成への努力を担保することにつながるものと思われる。これまでの家裁実務は、この点についてあまり言及してこなかった。執行抗告審が間接強制を認める基準を明示し、受差戻審が具体的にこれを適用したことは、少なくとも強制力の点では、意義は大きい。

#### 4) 阻害要因を取り除く課題

以上の検討から、面接交渉を阻害しているのは、第一に夫婦関係の悪化であり、第二に親としての自覚の乏しさだった。司法機関に到達してからは、調停における合意形成のあり方や司法手段の柔軟性・強制力の欠如が阻害要因となっていた。これらを踏まえると、面接交渉を実現するためには、夫婦関係が決定的に悪化する前に、面接交渉が円滑に実施できるかどうかを検証をした上で、面接交渉の合意を形成することが不可欠であることがわかる。合意が形成された後の履行確保については、3)で述べたような間接強制による強制と、履行勧告や執行裁判の過程で、いつでも調停に付せるような運用が対応する。

したがって、まず初めに対処すべき問題は、協力関係が希薄になった夫

婦間で、検証を踏まえた上での合意形成が可能かどうかであるといえる。そのためには、面接交渉の意義と、面接交渉を保障することが親権者の義務であることが父母双方にとって正しく認識されていなければならない。法規定のない現状では、判例がその役割を果たす。司法関係者が面接交渉の意義、許否の基準、具体的な方法に関する判例の動向について正確な情報を把握し、家事相談や家事調停の場面で当事者に情報を提供する必要がある。そこで面接交渉に関する家事審判の到達点、さらには最近の新たな展開を確認しておきたい。

### 3 面接交渉に関する判例の展開

これまで家庭裁判所は、子の心身の状況、監護状況、子の意思、年齢、監護教育に及ぼす影響、父母それぞれの意思、葛藤・緊張関係の程度、面接についての父母の協力の可能性、面接交渉申立ての目的、別居親との距離などから総合的に判断してきた。今では、同居親が再婚し、その家庭で子が安定的に暮らしていることを理由に、別居親からの面接交渉の申立てを却下したり、父母の葛藤が激しいことや子が面接に消極的であることだけを理由に、申立てを却下することはしない。また直接的な面接交渉が当面は無理な場合でも、手紙やビデオなど間接的な方法による面接交渉を認める傾向が見られる。

#### 1) 子が面接に消極的な場合

子が面接に消極的な態度を示していても、それが同居親や祖父母の影響を受けていたり、会いたくても両親に対する忠誠葛藤に悩んだり、面接による軋轢そのものを嫌ったりするためであったりすることがある。子の意思の把握は容易ではないが、子の真の意思について総合的に後見的な判断がなされている。

たとえば、【1】8歳6か月の男子が「ほっといてちょうだい」など

と、父との面接に消極的な反応をしていた事案で、子は格別父に悪感情も抱いておらず、父と直接的な生活が経験されていないことや、父母の激しい葛藤を子どもながら敏感に感知しての反応であるとして、春および冬の休暇に各 1 日、夏期休暇に 3 日間の面接を認めた(東京家審昭 62〔1987〕・3・31 家月39巻 6 号58頁)。

【2】9 歳10か月の兄と 8 歳 8 か月の妹について、母が監護者の指定および子の引渡しを求めたが、兄は祖母(夫の養母)の言葉を信じ母を嫌っており、調停中に家裁調査官を通じ試みた面接でも、子らの拒否が強く 1 回しか実現しなかったという事案で、監護者の指定や引渡しは認めないが、子の人格形成のために母との面接交渉は認めるべきであるとし、夏休み 7 日間、春と冬の休みに各 3 日間面接することを命じた(岡山家審平 2〔1990〕・12・3 家月43巻10号38頁)。

とりわけ【2】は、子が別居親との交流に否定的な背景をていねいに分析した上で、子が長期的に見て真に健全な心身発達を遂げ、年齢に応じた健全な人格形成を図っていくためには、母親との間の心的な信頼関係を回復することが不可欠であり、そのためには、子と母との間の面接交渉を実施し、これを通して意思の疎通を図っていくことが肝要であるとし、この面接交渉を実現するためには、父及び祖母において、子に対し母親を敵視するような言動をとってはならないことはもちろん、子の母に対する誤解をとかせ、子が母との面接に応じていくように、子に働きかけていく必要があり、この働きかけは、子を監護している父にとっては、子の「健全な発育を図るために実行しなければならない責務である」としている。すなわち、子と別居親との間の信頼関係を回復することが、子の成長にとって不可欠であると述べている点、面接交渉の実施について、同居親および同居の祖母に協力の必要性を説き、特に同居親に対しては、子の別居親に対する誤解を解き、面接に応じるよう働きかけることを、同居親の責務としている点で注目される。

このように述べたからといって、同居親が素直に従うか、子が誤解を解

くか、保障はない。しかし、は、別居後の交流に関する基本的な考え方として貴重な指摘である。本件は、別居親が母であり、母との絆を回復させることが、子にとって不可欠という説明は、納得しやすいものがある。幼い子には母が必要との発想は、2歳9か月の双生児が乳児院入所中の事案で、「事件本人両名のような幼児について、父母、特に母親との交流を図ることは幼児の健全な発達を促進するもの」として、月1回、乳児院職員立会いのもとの面接を認めた（大阪高決平4〔1992〕・7・31家月45巻7号63頁）ように、なお面接交渉の判例に見られるが、親子の交流の大切さには、母子と父子の間に違いはない。別居している父との交流も、子にとっては不可欠なものであり、この判旨は、父子間にも妥当する。または、子と別居親との交流を保障することが、同居親の責務としており、この論理を展開すれば、交流を保障しないことは、正当な理由がない限り、親権者の義務違反行為であり、別居親を親権者に指定したり、同居親から別居親に親権者を変更する事由に該当することも考えられる。

## 2) 父母の葛藤が激しい場合

このような場合でも、親子の交流が不可欠と判断されると、面接交渉が認められる。

たとえば、【3】6歳11か月の男子Aについて、母から親権者父に対して面接交渉を求めた事案で、大人の側の面接を困難にする事情は工夫して乗り越えるべきであるとして、年1回の面接を詳細な方法で決めて命じた（名古屋家審平2〔1990〕・5・31家月42巻12号51頁）<sup>9)</sup>。この事案では、Aは父と父方の祖母に養育されており、Aは父母の離婚時から母について口を閉ざし、一切触れない状況にあり、父と祖母は、母が子を捨てて他の男を選んだとして強い怒りをもっており、面接を強く拒絶している。母は離婚後、3年近くAとまったく接触がなく、別件で親権者変更も申し立てている。

【3】は、判旨として、「本件においては、Aが自立すべき年齢まで安定して父の側でAを監護養育できるかどうか危惧される部分も残り、場合

によっては将来母側でAの監護養育を引き継ぐような可能性もある程度存するのであり、その為にも、Aと母側との最低限の接触は必要であると考えられる。……Aの福祉に資する問題について個人的な感情だけから最低限のことも拒否するとなれば、母については以後の面接交渉が困難となることが考えられ、父についてはAの親権者としての適格性まで問題にされることに通じるから、ルールが設定されればそれなりの自制が働くことは期待しうる余地もあるとみられる」とする。事案の特殊性もあるので、一般化は慎重にすべきではあるが、面接交渉を保障しないことが、親権者としての適格性の問題につながることを指摘しており、場合によっては、親権者変更の可能性も出てくることを示唆して、面接交渉への協力を促しているとみることができる。

### 3) 親権者・監護者の決定と面接交渉の許容性

離婚後の親権者・監護者の決定は、子の利益(民819条6項)や福祉を基準として行われる。父母ともに子に対する強い愛情を有している場合には、何が子の利益であるかの判断は、さまざまな事情の総合判断によって決定されているのが実情であるが、最近、注目すべきことは、子の引渡し事件に関して、子の監護者としての適格性の一要素として、「他方の親をどれだけ信頼して寛容になれるのか、子どもの相手方親との面接交渉を認めるのか」という「面接交渉の許容性によるテスト」「寛容性のテスト」を満たすかどうかが挙げられていることである。こうしたテストの背景には、「子どもは父母双方と交流をすることにより人間的・人格的に成長を遂げるのであるから、婚姻関係が破綻した後も父母の相互補完作用のある監護教育環境が望ましいという思想」がある<sup>10)</sup>。

すなわち別居親を信頼して寛容になれるか、元夫婦としての感情と切り離して、子に相手の存在を肯定的に伝えることができるか、これらの総合として面接交渉に協力できるかという点が、親権者あるいは監護者の適格性の判断基準の一つとなりつつある。たとえば、子の引渡し請求に関して、

面接交渉への協力を説いたり（【４】）、非親権者である母を監護者に指定する際の考慮要素として、面接交渉の可能性をあげたり（【５】）、申立人（母）の子の引渡し請求を認める前提として、申立人が子の監護をすべきであるとする際の重要な要素として、面接交渉の許容性をあげている判例（【６】）がある。

【４】離婚後、母が２名の子（７歳男子，５歳女子）の親権者になったが、事情で父が２名を引き取ったため、母が子の引渡しを求めた事案で、原審は、男子が父を慕っていること、父母の間で子の環境に優劣はないことなどから、女子の引渡しのみを認めたのに対して、抗告審は、離婚後親権者になった者が、非親権者であって監護者でもない者に対して、子の引渡しを求める場合には、他方には子の引渡しを拒絶する法律上の根拠はないから、「子の福祉を実現する観点から、本件申立てが子の福祉に反することが明らかな場合等特段の事情が認められない限り、本件申立てを正当として認容すべきである」とし、きょうだい揃って母が養育監護することが今後の成長にとって好ましく、男子も小学１年生で可塑性があることから、２人について引渡しを認めた（東京高決平 15〔2003〕・3・12家月55巻8号54頁）。この事案において、審判理由の中で「抗告人（母）と被抗告人（父）は、今後も十分に話し合っ、被抗告人と未成年者らとの面接交渉を円滑に実施するとともに、未成年者らが順調に成長するように相互に協力することが大切である」と説示する。

【５】女子（６歳）と男子（３歳）につき親権者を父として協議離婚したが、離婚後も母が監護していた事案で、原審は母からの親権者変更の申立てを却下し、父からの引渡し請求を認容したのに対して、抗告審は、親権者変更申立てには監護者指定の申立ても含むと解して、親権者変更は却下しつつ、子の情緒の安定および父との面接も期待できることなどから、母を監護者として、親権と監護権を分属させた（仙台高決平 15・2・27家月55巻10号78頁）。この事案で、裁判所は、決定理由の１つとして、「抗告人（母）のもとで、相手方（父）と 及び との面接交渉が期待できると

認められること」をあげる。

【6】夫(父)の不貞と暴力から不和になり、心身の衰弱もあって、単身で家を出た妻(母)から、3名の子(中学生、小学5年、小学3年)の引渡しを求めた事案で、別居後2年余り経過しているが、子らと母の精神的結びつきや母親への思慕の念の強さ、子らの母の下で生活したいという意向、父の母に対する暴力を目撃した子らの心情、父が合意に反して面接交渉の実施に非協力的な態度をとり続けるため、母との対立がさらに悪化する事態に陥っており、父の態度が早期に改善される見込みが少ないこと、子らが面接交渉をめぐる父母の対立に巻き込まれて精神的ストレスが高まったことなどから、「父との面接交渉について柔軟に対応する意向を示している母に監護させ、父に面接交渉させることにより、子らの精神的負担を軽減し、父母双方との交流ができる監護環境を整え、もって子らの情緒の安定、心身の健全な発達を図ることが望ましい」として、母から父に対する子の引渡し請求を認めた原審を支持し、夫からの即時抗告を棄却した(東京高決平15・1・20 家月56巻4号127頁)。

別居親と子が良好な関係を形成できることは、子の人格形成にとって同居親との関係に劣らず重要である。以上の判例は、面接交渉の許容性(寛容性)を親権者・監護者決定の一つの基準として用いる方向性を示すものであり、面接交渉に否定的あるいは消極的な子に、別居親との面接交渉を働きかけることを、親権者の責務とする【2】【3】と軌を一にするものである。この点で、面接交渉の問題は、親権者・監護親側の面接交渉の義務性に注目するという新しい段階に入ったと評価できるように思われる。

#### 4) 間接的面接交渉

一般的に、面接交渉をめぐる審判に至る事例は、親どうしの理性的な話し合いが困難で感情的対立・葛藤の激しいケースである。あまりに対立の激しい事案で面接交渉を認めると、親の葛藤が子に反映し、子の精神的安定を害し子の福祉を害する場合があります、そのような程度に至っている場合

には、面接が認められないことがある（たとえば、東京高決平2〔1990〕・2・19家月42巻8号57頁など）。しかし、最近の審判例では、直接的な交流<sup>11)</sup>は認めないが、間接的な方法で子の情報を別居親に伝えることを義務づけたり、示唆するものがあり、何らかの形で別居親と子のつながり自体を肯定的に捉えている。

【7】子が4歳5か月、2歳7か月の事案で、父母の葛藤の激しさを考慮して、「数年成長後に申立人（父）を慕って面接交渉を望む時期を待たせる」として、当面の申立てを却下しつつ、相手方母に対して、子の健全な成長のためには、別居親の愛情も必要であり、子の監護養育について関心を寄せる申立人の心情も理解するよう説得し、「子らの発育状態について自発的に信書または写真を申立人に送付するなど、きめ細かい配慮をすることが望ましい」とした（大阪家審平5〔1993〕・12・22家月47巻4号45頁）。

【8】子が3歳4か月の事案で、子と申立人（父）との2回の面接実施の後、子の情緒が不安定になったことから、相手方（母）が3回目を拒絶したところ、父は夜中に母子のアパートを訪ねドアを叩くなどし、翌日は駐車場で相手方を待ち伏せ、路上で相手方を大声でなじったりしたため、子の情緒不安定を根拠として、申立てを却下したが、理由中で「今は、相手方（母）がこまめに事件本人をビデオや写真に撮り、これを申立人に送付する等して、申立人に事件本人の近況を知らせる程度に留めるのが相当である」と付記した（岐阜家大垣支審平8〔1996〕・3・18家月48巻9号57頁）。

【9】ドイツ在住の母と日本在住の子（16歳）の面接交渉について、父が母子の接触を妨害しているのではないかと不信に思って、母が面接交渉の申立てをした事案で、子の年齢に照らし、また子のが自立心が強く自らの決断に基づいて行動するのに十分な能力を有することから、主文において、相手方（父・同居親）は、子の福祉に反しない限り、「直接的な面接交渉又は手紙、電話等の通信手段を介する等の間接的な面接交渉をすることを妨げてはならない」「面接交渉をするについて必要な援助をしなければならぬ」「子の意思に反しない限り、子の学校の各学期の終了ごとに、

子の近況を示す写真を送付し、子の成育状況や学校での成績を知らせるなどして、子の成育状況を知らせなければならない」とした(浦和家審平12〔2000〕・10・20家月53巻3号93頁)。この事案では、審判は、理由中で「申立人と相手方が、できるだけ早くその信頼関係を回復し、子が不安を抱くことなく、自らの意思で日本とドイツとにまたがった国際的な成長を果たせる環境を整えることを希望する」と述べる。

以上のように、直接的な面接に代えて、手紙、ビデオ、写真の送付などによる間接的な面接交渉を命じる判例がある。DVや児童虐待などで親としての不適格性の顕著な場合には、間接的な面接交渉すら子の生活を脅かし、不適切な場合も少なくないが、そうでない場合には、現時点で両親の葛藤などから直接の面接交渉が不可能であっても、可能な限り、それに代わる何らかの親子の交流を保障し、将来の直接的な面接交渉に発展させる基盤づくりをしておくことが、子の福祉のためには不可欠である。子の情報を定期的に得られるだけでも、別居親の不安・不満をある程度和らげて満足させることができるし、押しかけるなどの強硬な面接の強要による混乱を防ぐことができる。ここに家裁実務の工夫を見ることができる<sup>12)</sup>。

#### 4 面接交渉の義務性の検討

家庭裁判所では、子自身が会いたがらなかったり、当事者間の感情の対立が激しいというだけで、申立てを却下せず、家裁調査官の積極的関与や裁判所における試行面接の実施、家事調停委員による教育・説得などにより、極力合意による面接を実現しようとしたり、やむをえず審判に至った場合にも、方法を具体的に詳細に指定したり、第三者の立会いを条件にするなどにより面接交渉の実効性を高める努力、少なくとも間接的な方法でも親子の交流を確保しようとする努力が続けられている。この方向をより確実なものにするためには、面接交渉の法的性質を明らかにし、親の権利であると同時に子の権利であることを確認するだけでなく、子の権利に

対応した親の義務でもあることを正面から認識する必要がある。

### 1) 面接交渉の法的性質

面接交渉の法的性質に関しては、親の固有の権利とする見解から出発し、家庭裁判所の審判事項として根拠づけるために、監護に関連する権利とする見解が現れ、親権・監護権以外にこのような権利を定めることへの批判から、親権者に指定されなかった親も潜在的には親権を有しており、こうした親権の一権能として捉える見解が生まれた<sup>13)</sup>。これらはいずれも親の側の権利とするが、子には親との交流を通じて精神的に成長・発達する権利があるとして、面接交渉を子の権利とする見解も現れ<sup>14)</sup>、今日では、子育てにかかわる親の権利および義務であると同時に、親の養育を受ける子の権利でもあること、そして両者の利益が対立する場合には、子の利益を第一に考えることについて異論はない<sup>15)</sup>。

判例でも、「子の監護義務を全うするために親に認められる権利である側面を有する一方、人格の円満な発達に不可欠な両親の愛育の享受を求め、子の権利としての性質をも有するものというべきである」としている（前掲【7】大阪家審平5・12・22）。面接交渉に消極的なのは、離婚した配偶者への感情的な反発と子への影響を危惧する同居親とは限らない。別居親やそれぞれの親族に対しても、子の福祉の立場から面接交渉を働きかけていく一つの方法として、子の権利として捉える意義がある。また父母以外の家族、たとえば、別居親の祖父母、父母が兄弟姉妹の親権を分け合った場合の兄弟姉妹などとの面接交渉も、子の福祉のために有益とされる場合には、子の権利の視点から認められる可能性がある<sup>16)</sup>。子は同居家族以外のさまざまな人々との交流を通じて成長するものであり、親密な関係にある親族との交流の保障は、監護教育の内容として位置づけることができるからである<sup>17)</sup>。

## 2) 権利性に対する消極的な見解

しかし、最近、親としての権利性を消極的に捉える見解が現れている。たとえば、杉原最高裁調査官は、「面接交渉の内容は監護者の監護教育内容と調和する方法と形式において決定されるべきものであり、面接交渉権といわれているものは、面接交渉を求める請求権というよりも、子の監護のために適正な措置を求める権利である」とする<sup>18)</sup>。梶村判事(当時)は、面接交渉権を実体法上の権利として捉えることに疑問を呈する<sup>19)</sup>。こうした見解が生まれる背景には、請求側が、監護者や子の立場を配慮せず、非妥協的に争う態度をとることが少なくなく、面接交渉の実現に最も必要な双方の信頼関係の再構築をないがしろにしがちな実情がある。

たとえば、【10】非親権者である父が、面接交渉に関する調停条項に違反し、自分の都合に合わせて不規則に面会するため、親権者母が調停条項以外の日時に面接交渉を行うことを止めさせて欲しい旨の履行勧告の申し立てがなされたが、父は、子(14歳)を待ち伏せて車に乗せて学校まで送るなどしたため、母が、子の監護に関する処分として、調停条項の変更を求めた事案がある。裁判所は、父は、母の監護教育方針を自己のそれに沿うようにさせようとして介入し、専らそのための手段として子らとの面接交渉を求めている傾向がうかがえると認定し、現状において父と子らとの面接交渉を認めると、親権者である母による有効適切な監護養育に支障が生じ、子らの精神的安定に害を及ぼすおそれが強いというべきであり、子らの福祉のために、当分の間は面接交渉を認めないこととするのが相当であるとした(福岡高那覇支決平15〔2003〕・11・28家月56巻8号50頁)。このような事例や、前掲【8】(岐阜家大垣支審平8・3・18)などがある。

しかし、「面接交渉権」が協議や審判によってはじめて具体的な権利として生ずるものであるとしても、扶養請求権、財産分与請求権と同様、協議や審判以前にも抽象的なものとして当然に存在すると考えられる。夫婦の同居協力義務(民752条)や親権者の監護教育義務(民820条)は、夫と妻あるいは親権者の作為義務であるが、これに対応する妻と夫あるいは子の

権利の実現を直接強制する方法はない。家族法上の権利には直接強制のできない権利もある。だからといって、所有権のような財産に対する権利観念を前提に、これらを権利でないとするのは、家族関係を個人と個人の関係と捉える体系の下では、この関係を権利と義務として構成せざるをえないという近代法の原則を踏まえていないように思われる。

別れた子に会いたいと思うのは、親として自然の感情であり、親子の交流の基礎となるものである。親が子との交流によって、励まされ、幸福を感じるのも事実である。そのうち子は自立し、親をうとましく思う時期が来る。淋しくもある反面、子の成長を実感できて嬉しくもある。親であれば誰も経験することを、どのような理由で別居親から奪うことができるのだろうか。それにもかかわらず同居親が面接交渉に応じようとしなない事態が存在するのだから、このような事態を解消する法的構成こそ、まず初めに検討されるべきあり、権利要求の激しさを抑えるために、別居親の権利性を弱めるのは筋が違う。

したがって、これまでの学説・判例が築き上げてきたように、子の権利であると同時に、親の権利でもあることを正面から認め、権利の制限は、別居親が児童虐待をするなど、親としての適格性に欠ける場合に限定し、「監護者の監護教育内容と調和する方法と形式において」実現すべきである。もし面会交流が現在の監護状況を悪化させる可能性がある場合には、【8】【10】のように、子の福祉に反するものとして制限すればよいのである<sup>20)</sup>。

### 3) 面接交渉の義務性

1 事例の分析 2で紹介した事案では、受差戻審審判によると、子Aの現状は次のように記述されている。Aは、全校生徒70名弱の小規模小学校の4年生で、皆勤で成績は上位にある。Yは自分自身が1時間以上かけて姫路市の私立中学に通学したように、Aを私立中学に進学させたいとの意向であり、2002年4月からは、週3回進学塾に通わせているほか、地

域の剣道教室にも通わせている。進学塾には車で30分かかるので、Yと祖母らが交替で送迎をしている。Aは学校生活を楽しんでおり、友人関係にも恵まれているので、自由時間が少なくなる進学塾や剣道教室に負担を感じ始めている。

以上の記述から、地方の裕福な家庭の一人息子で、母や祖母らの期待を一身に浴びながら、他方で、のびのびと学校生活、友達との交流を楽しんでいる少年の姿が目に見え、母と同じ道を歩むことを期待され、素直にそれにしたがって、おそらく私立中学に進学することだろう。ここには、離れて暮らす父Xの居場所はない。情緒不安定で、離婚に応じようとしないうちにXがいなくなる方が、家族としてはるかに平穏で、精神的にも肉体的にも楽な生活ができるとなれば、あえてしんどい思いまでして、別居親との交流を保障する必要は感じられないだろう。しかし、本件でAがバランスのとれた生き方をするためには、母Yや祖母らの考え・期待を相対化してくれる存在が必要である。それこそ父Xの役割であるが、こうした役割を担うだけの、落ち着きと心のゆとりがXに乏しく、Xが被害感情を募らせれば募らせるほど、Yの気持ちは離れ、それがAに影響していく。

夫婦関係が不和になっていく過程で、本来ならば何より重視されるべきなのは、面接交渉の当事者である子の意思であるにもかかわらず、同居親は自分の思いこみで、これを押し量り、同居親および祖母らが加わり、子を自分たちの中に取り込んでいく。紛争の激化とともに、同居親側に閉鎖的な家族空間が形成される。こうした事態に対して、同居親に、別居親には面接交渉の権利があるのだからと説いても、説得不可能である。同居親に別居親に対する不信がある限り、別居親の権利を充たすことに対する理解や共感は得られない。かえって紛争を激化するおそれがある。だからといって、前述のように別居親の権利性を弱めることで対応するのは、疑問である。

2 子の権利に対応する義務                      子の権利としての面接交渉                      別居親と子との円満で継続的な交流は、親と子の絆を保つことであり、子も

別居親が自分を見捨てていないことを確信できる。また前述のように、子は同居親以外の家族との交流を通じて、愛情と信頼の大切さを体験し、自尊感情を抱き、他者を愛し、信頼することのできる力を育てていく。同居親とは違う考え方や生き方の存在を身近に体験する。このように子の成長発達にとって、同居親以外の家族との交流は不可欠のものといえる。それは、子の監護教育の重要な内容の一つである。

他方、子どもの権利条約9条3項は、「締約国は、児童の最善の利益に反する場合を除くほか、父母の一方又は双方から分離されている児童が定期的に父母のいずれとも人的な関係及び直接の接触を維持する権利を尊重する」として、子の立場から父母との交流を子の基本的な権利として定めている。したがって、別居親との交流は、子どもの権利条約で示された子の基本的な権利として位置づけることができる。

私見は、このような子の権利に対応して、別居親には子と交流する義務があり、また面接交渉を子の監護教育義務の一内容として位置づけることから、同居親には子と別居親との交流を保障する義務があると考え。こうした理解は、親権を、子の監護教育をする親の権利とともに、親の義務と構成する現行法（民820条）に対応するものである。

親権の義務性と親権者の面接交渉をさせる義務　ここで親権が親の義務であることを再確認しておきたい。まず明治民法においても、親権の効力として、現行法同様、「親権ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ監護及ヒ教育ヲ為ス権利ヲ有シ義務ヲ負フ」と規定しており（旧規定879条）、親権が義務的な内容をもつことが明記されていた。民法起草者の一人、梅謙次郎は、「親ガ子ヲ教育セヌデモ宜シイ、監護シナイデモ宜シイト云フコトハナカラウ、親ト云フモノハ必ず教育スル義務ガアル、ソレハ国家ニ対シテデハナク、子ニ対シテデアラウト思フ」と説明している<sup>21)</sup>。その後の学説も親権の義務性を強調し、国家や社会に対する義務とは捉えるものの、その真意は、これによって親権者の濫用的な権利行使を防止することにあった。たとえば、穂積重遠は、「親権そのものが権利にして同時に義務

だという意味をあらはしたものと解した方が適切であらう。……今後はむしろ『親義務』として義務の方面から観察した方がよいと思ふ。……親が子を育てるのは、子に対する義務と云はんよりは、むしろ国家人類社会に対する義務と観念すべきである」と述べる<sup>22)</sup>。

現行法の下では、親子法の目的が子の福祉のためにあることから、より一層、親権の義務的な性質が強調されるようになり、しかもその義務は子に対する義務でもあることが指摘されるようになる。我妻栄は、「親権の内容は子の哺育・監護・教育という職分とされる。ここに『職分』というものは、他人を排斥して子を哺育・監護・教育する任に当りうる意味では権利であるにしても、その内容は、子の福祉をはかることであって、親の利益をはかることではなく、またその適当な行使は子及び社会に対する義務だとされることである」とする<sup>23)</sup>。また子の権利に対応する義務だと説く見解も表れた。中川良延教授は、「子どもは『幸福追求権』をもっているが、その能力がまだ完全でないため自らその権利を行使実現できないので、法は親をその義務の第一次的な履行者としているのである。親権は子どもの権利実現の手段にほかならない」とする<sup>24)</sup>。有地教授は、親権には「親の子に対する権利という意味は含まれず、親が子に対する義務を履行するについて、他人から不必要に干渉されない法的地位と解されている」とする<sup>25)</sup>。

さらに親権を完全に義務として解釈する見解もある。米倉教授は、「親権は実質においても形式においても義務にほかならず、820条はその旨を宣言しており、同条の『権利』は権限の意味に解すべきものと主張したい」とし、この義務を債務とし、子を債権者、親を債務者と捉える<sup>26)</sup>。子どもの権利条約批准後の民法学説は、子の権利主体性との関連で親権を捉えようとする。梶村判事(当時)は、「親権は、親の利益をはかるためではなく、子の利益・福祉のためにのみ行使されなければならないのである。……子を権利主体として承認するという観点からは、従来のように子を単なる保護の対象とするだけでなく、子を人権を享有し権利を行使す

る主体と位置づけることが要請される。例えば、親権者が身上監護権を行使する（身上監護の職分を果たす）に際しては、子の発達状況に応じて子の意思を尊重することがますます強く求められることになる」と指摘する<sup>27)</sup>。

このように明治民法以来、親権は親の義務であることが一貫して説かれており、今日では、子の権利に対応した義務であること、子が監護教育の権利主体であることが確認されている。面接交渉は、前述のように親の権利であると同時に子の権利であるが、子の権利としては、監護教育の内容として、子は別居親からも監護教育を受ける権利があり、その交流を通じてこの権利が充たされるのである。離婚後の単独親権者も、別居中の共同親権者も、子の成長発達する権利を保障し、監護教育義務を履行するために、別居親・非監護親と子の交流を確保する義務があり、この義務を適切に履行しない場合には、監護教育義務の不履行として、単独親権の場合には、親権者変更の事由となり、共同親権の場合には、親権者指定あるいは監護者指定の考慮事由となるものと考えられる。

3で紹介した判例【2】は、面接交渉の実施について、子の別居親に対する誤解を解き、面接に応じるよう働きかけることを、同居親の責務とし、【3】は、自己の個人的感情から面接を拒否することは、親権者としての適格性の欠如につながり、親権者変更の一事情となりうることで示唆し、【6】は、面接交渉について柔軟に対応する意向を示している母に監護させることを妥当とした。これらの判例には、別居親と面接交渉させることが同居親の義務であるとする認識があるように思われる。

父母の共同責任の視点 女性差別撤廃条約5条、子どもの権利条約18条は、子の養育および発達に対する父母の共同責任をうたっている。日本の現行法では、離婚後は単独親権であるが、それは父母の一方が親として適格性がないために他方が親権者になるのではなく、父母の別居により親権の共同行使が事実上困難になるからにすぎない。必要性があれば、親権者の変更もできる構造（民819条6項）の下では、親子間の扶養義務が継続するのと同様に、非親権者も潜在的にはなお親権者であり、離婚後も、

子の監護教育に関わる義務があると解釈すべきである。そうしてこそ、前記の条約の規定する父母の共同責任を果たすことができるのである。

しかし、現行法では、離婚後の共同親権や共同監護を選択できる規定がない。そこで離婚後の父母の共同責任を実質化するものとして、面接交渉を位置づける必要がある。別居親は、離婚後も子の監護教育の義務を免れず、子の成長発達のために適切にこの義務を履行しなければならない。そのために面接交渉は不可欠なのである。と同時に、監護教育義務の履行として、子の福祉に適うように配慮する義務を伴う。前述の判例【10】のように、同居親の教育方針に反対したり、子の都合よりも自己の都合に合わせて面接交渉を行うことは、子の福祉に反するだけではなく、子の監護教育に対する父母の共同責任の視点からも、同居親の意向を無視したものと見て、許容することはできない。面接交渉は、別居親にとっても、親としての義務性に依拠することから、【8】のように、子を情緒不安にし、同居親に対して攻撃的な行動をとってはならず、自制心が求められる。

以上のように、子は同居親・家族以外のさまざまな人々との交流を通じて成長するものであり、別居親との交流の保障は、監護教育の重要な内容の一つであることから、監護親・同居親は、子の成長発達のために、別居親との交流、面接交渉を保障する義務があるといえるのである。問題は、当事者である父母にこのことを認識してもらうことである。その方法として注目されるのが、「面接交渉等に関する父母教育プログラム」である。

## 5 面接交渉実現の具体的方法

### 1) 「面接交渉等に関する父母教育プログラム」

1 プログラムのねらい このプログラムは、大阪家庭裁判所の調査官グループが1999年7月から、面接交渉が争点となる事件を解決に導くための工夫として、検討を進めてきたものである<sup>28)</sup>。それは、調査官が個々の事件処理を通じて、当事者が「真に子の福祉に目を向け、望ましい面接交

渉の在り方について現実的な検討ができるようにするための効果的プログラムを作成する必要性を認識」したことによる。名称は「教育プログラム」だが、父母が「子の置かれている状態や心理について自ら覚知できるようにするために、または当事者自身の問題解決能力を有効に引き出すようにするために行う助言や援助」を指しており、上から教えるというものではない。「夫婦としての関係は終了しても、子の父母としての協力関係はその後も維持されとの視点」が持てるように、争いの激化する前の段階で、適切に関与することを目指すものであり、「家庭裁判所を『争いの場』から『子の福祉のために協働する場』へと枠組み変化させること」を目的とするものである。

2 プログラムの内容 プログラムは、「面接交渉のしおり～面接交渉を長続きさせるために」というA4サイズ見開きのリーフレットと、パワーポイントを使用して作成した画面に多少動きをつけ、必要な説明、質疑応答等を音声として加えた「ガイダンス・ビデオ」から成る。上映時間は20分で、「子の監護等に伴う法的知識の付与」「離婚によって子どもが受ける影響」「子の心の傷を少なくするために親ができること」「面接交渉について」の4部構成である<sup>29)</sup>。ビデオの利用方法は、a調停期日において、他方当事者が調停室に入室している間の待ち時間を利用する、b調査として面接の前または面接の中で利用するという形態があり、視聴する人としては、a調査官と当事者、b調停委員と当事者の組み合わせや、a当事者双方同席、b一方のみという組み合わせがあり、できるだけ早い時期での実施を望ましいものとしつつも、個別の事案に応じて柔軟な活用を行うものとしている。

ビデオは、固定的な答えが導かれず、開かれた質問をナレーション等で投げかけるものであり、本研究報告によれば、当事者自身が心の中で自問自答する時間が生まれ、視聴後、その内容をテーマとして取り上げ、調査官あるいは調停委員が個別に対話を交わす「振返り」を行うことによって、当事者の内面的な変化を導くことが可能になる。

3 プログラム試行の検討 本研究報告では5つのプログラム試行例が紹介されている<sup>30)</sup>。いずれも紛争性の高いケースであり、母が子と同居し、父が子との面接交渉を求めているが、母は父への不信感から面接をかたくなに拒否している。しかし、ガイダンス・ビデオを見ることによって、父母の態度が変わることが報告されている。

同居親である母の変化としては、「子にとって、父に捨てられたと思わせることが一番よくないことが分かった」「子から父親について聞かれ、きちんと説明したいと思った」と面接交渉に前向きになった(事例1, 子は3歳)、一般論として面接を拒否していたのが、具体的な不安や疑念を訴えるようになり、離婚が子に与える影響を考え、面接交渉の積極的な側面を考える素地を作るのに役立った(事例2, 子は6歳)、父がビデオを見た上で、子と試行面接を実施してる様子をワンウェイミラーで母が観察し、一定の安心感を持った(事例3, 子は2歳)、「子が私に遠慮しているというのも思い当たる」と語るなど、子の気持ちに配慮することや監護親としての責任を再認識し、これまでのあり方を反省した(事例4, 子は6歳と2歳)、子の心情を解説する場面では、身を乗り出して聞いており、子の気持ちをどのようにくみ取ろうか、そのヒントを探していたのではないかと思われた(事例5, 子は5歳)と報告されている。

面接を希望する父の変化としては、父が子への思いを口にし、面接交渉をしばらく待とうという姿勢を持つことができた(事例1)、時々涙を払いながら見ており、「面接交渉は子を中心に考えてするということがよく分かった」と述べる一方、性急な面接交渉を求めたが、最終的に月2回の主張を年6回まで譲り、感情統制を促す一助になった(事例2)、試行面接に臨む父の緊張をほぐすことができ、スムーズな面接交渉ができ、母を安心させることができた(事例3)、ビデオで示されたことが行われていないことを批判していたが、「面接交渉が認められない場合」を気にするなど、独善的な思いこみに揺さぶりをかけることができた(事例4)など、最終的な面接交渉の合意に至ったケースがある反面、持参した面接交渉に関す

る本を参照しながらビデオを見ており、「母にビデオの教示を守るよう指導してほしい」と述べるなど、助言されることへの抵抗感を示すケースもあり（事例5）、子が父を拒否し、父が来そうな幼稚園の行事にも参加しないなど、面接交渉の合意に至らなかったものもある。

同居親に対しては、面接交渉をさせたくない理由を考える機会となり、面接交渉の拒否が子に及ぼす影響、子の心情を考える契機となることが実証されており、面接交渉が子にとって持つ意義を認識させる効果があるといえる。別居親に対しては、自己の正当性のみを主張し、子の心情や生活状態についての配慮を欠いていることを自覚させ、親としての責任と自制心を促す効果がある。事例5の父親のように、ビデオを自分の要求の正当性を強化する材料として取り扱い、「教育される」ことへの抵抗も強いケースもある。しかし、本研究報告は、それ自身が内面の葛藤の現れでもあり、新たなアプローチを展開させるきっかけにもなる場合があると分析している<sup>31)</sup>。

4 定着に向けての課題 以上のように、面接交渉を実現する上で極めて効果的なビデオであるにもかかわらず、各家庭裁判所で有効に活用されていないように見受けられる。ビデオの存在すら知らない調停委員や弁護士もいる。それはなぜなのだろうか。

本研究報告自身、「紛争があまりにも激しく、父母の協力関係が全く見込めないような場合で、かつ、面接交渉を実施すべき積極的な事情が存在しない場合などには、面接交渉の実施がかえって子を不安定にさせ、結果的に福祉を損なうことも考えられ」、「事案の性質を十分見極めた上で利用することが重要であり、特に紛争性の高い審判事件等の場合には、当事者に無用な誤解を抱かせないよう、家事審判官と十分協議した上でプログラム実施の可否及び当否を判断する必要がある」と述べ<sup>32)</sup>、慎重な姿勢を示している。しかし、調停・審判にかかる事案がすべてこうした紛争性が高いとは思われない。慎重さは、紛争性の高さを、利用しないことの抗弁にするおそれがある。どのような場合でも、上記のビデオの内容のような

ものは、調停手続を利用する者にとって不可欠の最低限の知識、心得である。むしろ視聴を義務づけるべきであり、その上で、調停委員、調査官が当事者にかかわるべきであろう。前述のように、虐待やDVなどの場合を除けば、親子の交流を保障することが同居親の義務であり、同居親の協力を得ながら子のために適切な面接交渉を行うことが別居親の義務なのだから、その自覚なくして家事手続に入るべきではないのである。

このビデオを生かすためには、視聴後の「振り返り」という対話が欠かせない。したがって、調査官、調停委員にこのプログラムに対する共感と理解、当事者とのビデオを使った対話能力が求められる。その過程で、父母の関係を、子のために協力をし合う程度にまで修復しなければならない。事例1~4のように修復の可能性はあるのだから、父母の関係の修復まで視野に入れたより総合的なプログラムの開発が必要である<sup>33)</sup>。

さらに試行面接を実施したとしても、その後の面接交渉が必ず円滑に進むとは限らない。誰も初めて経験することであり、別居しているがゆえの思いこみも生まれ、面接交渉が子に負担となる可能性もある。2で紹介した事例や判例【10】もそうした要素があった。思い悩み、うまくいかない場合の相談、援助をする機関が欠かせない。履行勧告という手続に入れば、家裁調査官が関与しうが、それ以前の段階での相談や援助のために、民間の機関の育成<sup>34)</sup>、家庭裁判所の役割の見直し(調停・審判成立後のケア機能)を検討する必要がある。後者については、終了した事件への関与ができない現状では、当面は、家裁調査官が当事者から相談を受けたときには、再調停の申立てを促し、この再調停の中で、調査官として関わることが可能であり、せめてこのようなアフターケアに意を尽くす必要がある。

## 2) 子の手続参加の保障

子が若い段階での面接交渉は、父母が協力しないことには実現不可能である。父母の協力を可能にするためには、父母の関係が少なくとも面接交

渉については修復され、一定の信頼感関係を回復しておく必要がある。父母自身がお互いの対話の中で信頼を回復することがベストであるが、これを促すきっかけとなるのが、父母が子の気持ちに向き合うことである。すなわち、当事者である子が自己の気持ちを表明し、これを父母が受け止めることのできる仕組みである。面接交渉が子の権利であることをふまえると、権利主体である子が手続にかかわることは、単に父母の対話を促す実効性の視点からだけではなく、理念の問題としても当然のことといえる。

1 同席調停 家事調停において、必要がある場合には、家裁調査官に子の意向調査が指示される（家審則7条、7条の2、137条、137条の2）。これまでは、積極的に子の意向や状況を把握して子の福祉を前進させようとする調査より、面接交渉の阻害条件の把握とその克服の可能性を探ったり、主張が対立してこう着状態になった調停の打開策や当事者に対する説得材料を得るなどの目的で調査が行われることや（札幌家裁<sup>35)</sup>、調停案策定のため、父母に結論を出すよう求めるため、調停委員会が父母を説得するためなどを契機として、子の意向調査が命じられること（京都家裁<sup>36)</sup>が多かった。

これに対して、当事者の合意に基づくという原則の下に、子を調停に参加させ、父母と同席させて当事者の対話を通じて調停を進めることがある（同席調停）。たとえば、以下の例が報告されている<sup>37)</sup>。

小学1年生（女子）の事例。母は、子は父を恐れており、父のことは一言も口にしないので、父とは会いたくない気持ちではないかと言うので、次回期日に子を連れてきてもらい、調停室に入れたところ、子は飛びつくようにして父の胸に抱かれ、キャッキョと喜んだ。その様子を見て、母は父子の面接交渉を承諾した。

小学2年生（女子）の事例。父は、母が親権者となることを渋り、また面接交渉を要求したため、次回期日に子を連れてきてもらい、調停室に入れたが、子は部屋の隅へ逃げ、父の顔を見ようともせず、父が呼びかけても返事もしない。その態度を見て、父とその弁護士は、親権者母を承

諾し、面接交渉をあきらめた。

高校1年生(女子)と中学2年生(男子)の事例。妻が離婚を求めたが、夫が承知しない。夫は自分のことを酒も女も博打もしない、まあまああの夫であり、父親であると主張するため、娘・息子・夫・夫の弁護士と共に同席調停をしたところ、子ども達は、妻以上に厳しく夫=父を批判した。夫は仕事中心で家庭を省みなかったことを自覚するとともに、子ども達の胸の内を聞かせてもらったと納得し、離婚および財産分与と養育費の支払いにその場で合意した。

これらの例のように、同席調停では、子が実際に調停に参加することによって、父母が子の意思や態度に接し、自らの対応を再考し、子の意思を尊重した解決に導くことがある。

2 合同面接 審判・調停における子の意向調査(気持ちや思い、考えや意見を聴く)は、多くの場合、家裁調査官が受命されて、当該子どもに個別に会う方法がとられる。監護している親も同席させず、兄弟姉妹でも別々に面接する。しかも子の年齢によっては、十分な意見表明ができなかったり、親への配慮などから素直な気持ちが把握できないため、家族画、箱庭、心理テストなどの補助手段を用いた調査がなされている<sup>38)</sup>。その際には、子の不安をこれ以上大きくさせないこと、二者択一や決定を子に迫らないことなど、子に負担をかけないことが重視されている。

しかし、子との間に信頼関係が築かれる前に子にアプローチするために、子にそっぽをむかれたり、緊張させたり、子が聞かれてもいない意向を話したり、親に言い含められてきたと思われたり、子に親の病的不安が影響していると思われたり、子を疲れさせただけであったりした例が報告されており、その難しさが指摘され、一層の経験と技法の蓄積が説かれている<sup>39)</sup>。

これに対して、家裁調査官が同席して当事者を対席させて話し合わせるだけでなく、ここに子を参加させる「合同面接」という方法がある。「子どもが子どもなりに当事者として主体的に、父母の離婚の問題とか、それに伴う子ども自身の問題の解決のために話し合いに参加できるように援助

するというようなケースワーク活動」である<sup>40)</sup>。この方法は父母の対立が激しい場合にも用いられることから、争っている父母の前で子の真意を聞き出すことは不可能であり、残酷であるとの批判があるが、「子を参加させることは子に父母の選択を迫ることではなく、父母の間で子が示す反応を父母双方に観察させ、時には子自身にも発言させて、父として母として、当事者に子の現状を考えさせることをねらいとしている」<sup>41)</sup>。

その結果、「子を参加させた合同面接での話し合いは、互いに親権者になることを主張して争うだけのものから、より具体的・現実的に、親権者であろうとなかろうと父として母としてこの子になにをしてやれるか、あるいはなにをしてやらなければならないかの相談になっていく」<sup>42)</sup>。そして短い期間内に自主的解決の能力を身につけ、それを十分に発揮し、子の幸福のために可能な限り協力・信頼関係を回復していくケースが数多く紹介されている<sup>43)</sup>。

3 子の家事事件手続参加の必要性 上記の方法については、その有効性を認めつつも、「親子双方に子の身になって傾聴する準備性ができているかの確認が是非必要で、準備性がないとかえって子を忠誠葛藤に晒し、傷つけてしまう危険がある」と指摘されている<sup>44)</sup>。しかし、子を含めた合同面接、同席調停の実践報告からは、子自身が親に対する希望や意見をはっきり述べたり、時には中立の立場から、親を手厳しく批判するので、親としては「子の意思」を意識的・無意識的に無視することが容易にできなくなる<sup>45)</sup>、財産法上の権利をめぐる問題と違って、自分自身の父母への愛情に関する事柄については、言葉とか何気ない一挙手一投足で、大人達の心を鋭くえぐるような訴え方すること<sup>46)</sup>、家裁調査官や一方の親の前では決して見せなかった父母それぞれへの気持ちや気遣いを、言葉や態度で表現すること<sup>47)</sup>などが指摘されている。

たとえば、親子合同面接場面で、3歳の子が箱庭のオモチャを持って、「お父ちゃん、これなあに」、「お母ちゃん、これなあに」と何度も父と母に交互に見せて話しかけたことを取り上げ、父母にどう思うかと話し

合わせたところ、父母は、子が両親を求めていると理解し、面接交渉を認め合う契機になった<sup>48)</sup>。

小学4年生の男子は、父親が「パパの所にきて一緒に住まないか。ママの所は家も狭いのだろう」と呼びかけてきたのに対して、「家が広い狭いということは関係がないよ。学校を何回も変わるのがいやだし」と答えた。幼児の場合、調査室で自由にさせておくと、子は両親から等距離の位置に座り、あるいは等分に抱かれに行くなど、文字どおりの中立の立場をとる<sup>49)</sup>。

実務からは、離婚に伴う子の監護に関して、子の意思を尊重することが、「子どもを一個の人格として扱い、独立の当事者性を与えることにつながり、従来、離婚問題に付随する二次的な問題として、夫婦の妥協や駆け引きの材料とされることがなきにもあらずであった子の監護問題について、子どもの正当な利益を保護することを可能にする」<sup>50)</sup>、「子がきちんとした場と手続のもとに意見表明することは『親のための子』から『子のための親』に視点の転換を促し、その意見を伝えることは、子が親を振り返らせ親自身が親意識を取戻して本来の責任で襟を正さざるを得ない転換を意識的に促すことになる」「子の意見表明権は、声なき声に泣いてきた子にとって大きな成果である」<sup>51)</sup>と指摘される。

こうした子の意見表明、態度表明が父母に与える影響は大きく、これによって紛争が当事者の自主的な解決へ向けて進むとするならば、子には自ら解決する能力は乏しいとしても、父母や関係者による解決を促す能力はあるといえる。子にはその年齢に応じて、また問題となっている事項に応じて、自分の感情、気持ち、思い、考えや意見を伝える能力、広い意味での問題解決能力を有しているのではないだろうか。

たとえば、小学1年生に、父と母とどちらの下で暮らしたいかを直接聞くことが難しい場合でも、父と会うとしたら、家が良いか、デパートが良いか、参観日には来て欲しいか、正月に会うのが良いか、夏休みが良いかなどであれば、子の意向を聞くことは可能であろう。自分のことなのに、

自分の知らない間に何もかも決まってしまうという事態は、保護主義の名の下に、子の問題解決能力を否定することであり、不合理である。したがって、何らかの形で子を家事事件手続に参加させる必要性は高いのである。子の当事者性を認めることは、自分の意見を聴いてもらえることであり、それは子も1人の人間として自己の意思を尊重されることである。一定の年齢の子がこうした経験をすることは、子自身が自分と同様に意思や希望をもつ他者の存在を認識することにつながる点でも大切である。

ところが、現在の家裁実務では、しばしば親のいないところで、できるだけそれと悟られぬような配慮の下に、さりげなくあるいは心理テストという間接的な手段を使って、子の気持ちや意思を調べるという手法が用いられている<sup>52)</sup>。2で紹介した大阪高決平 14・1・15の事案でもそうだった。このような心理学的手法が本当に適切かどうか。特に心身の状況に問題がない場合には、家事事件手続で求められているのは、当事者の意見や利益の調整であり、父母や関係者が子のために何を協力できるかなのだから、子の気持ちや意思を調べ、解釈し、推測するのではなく、子を手続に参加させて、自らの態度や行動あるいは意思表示により、気持ちや意思を父母に直接受けとめさせるべきである。

そのために適切な方法を、合同面接、同席調停も含めて考える必要がある。父母の関係、父母と子との関係、父母や子の理解力、表現力は、多様であり、問題となっている事項も多様である。多様な当事者と事項には、多様な子の意見・気持ちの聴取方法で対応すべきであろう。最近、家庭裁判所で実施されているのは、試行面接（試行的面接交渉）である。1)で紹介したプログラムの実践では、事例3、4で試行面接が行われていた。子が別居親と面接している場面を、同居親がワンウェイミラーから観察したり、状況の事後報告を受けて、自らの態度を自省することが報告されている。直接的な合同面接や同席調停が困難な状況の下でも、「父母教育プログラム」の視聴から面接交渉の意味を理解してもらい、試行面接で子の様子にふれることから、合同面接や同席調停と同様の効果を得ることができる。

こうした方法で、父母の対話、父母と子の対話を保障すべきではないだろうか。

## 6 おわりに～対立から協力へ

現行法では、離婚後の親権は父母どちらかの単独親権であるため、父母双方とも、自分こそが親権者あるいは監護者としてふさわしいと主張して譲らない事案では、一方が親権喪失に該当するような極端な場合を除いて、家庭裁判所としては、父母双方の諸事情を比較衡量して決定せざるをえない。しかし、親権者か非親権者か、面接交渉権があるかないかなどの二者択一型の解決に比較衡量方式を持ち込むために、当事者は比較衡量という判定に勝とうとして相手方を人格的に攻撃する。たとえば、前述5, 1)の事例2では、母は父が子に暴力をふるっていると主張し、父は母こそ子を虐待していると主張している。また調査官の調査や家庭裁判所の判断に対して自分に有利な判定がなされるまで納得しないことになり、問題の合理的解決を阻害する結果となることがある<sup>53)</sup>。さらに子が直接の当事者であるにもかかわらず、子の気持ちや意思を汲み取ったり、子が参加できる手続が保障されていないために、自分こそ子にふさわしいと思い込んで、客観的な子の利益を顧みない主張がなされることになる。

したがって、現行法の解釈として、法文上は、監護者の定めは単独であることが規定されていないことを根拠に(民766条)、離婚後は親権者は一方だが、父母双方を共同監護者とすることを認めたり<sup>54)</sup>、子には面接交渉の権利があること、親権者は監護教育義務の一つとして、子の面接交渉を保障する義務があることを前提に、面接の具体的方法を調整するなど、二者択一型の解決を改める必要がある。その上で、父母が子の気持ちや考えに耳を傾け、何が最善かをお互いに納得するまで話し合わなければ、真の解決には至らないであろう。

今日、法的紛争は、裁判所など公的機関が解決するのではなく、当事者

に権利義務があることを前提に、その実現へ向けて当事者の交渉を促進する形で、すなわち、法的紛争解決に対する当事者の自己決定を尊重し、それを支援する形で、裁判所など公的機関が関与すべきであると考え始められている。確かに、申立てをする当事者には、ともかく家庭裁判所が決めて欲しい、自分の主張通りに解決して欲しいと語る場合があると聞く。また当事者の話し合いで決着がつかないから、家庭裁判所に来るのだといわれる。しかし、家庭裁判所でもう一度、当事者の自主的紛争解決を援助するという視点も必要ではないだろうか。

当事者がこうした紛争の自主的解決への協力というルールに乗るためには、第一に、未成年の子を有する夫婦の夫婦関係調整の調停申立ても含めて、調停利用者にはすべて「父母教育プログラム」により、面接交渉の意義を理解してもらうことが必要である。第二に次のステップとして、当事者双方を直接、対面させ、お互いの考えていること、気持ちなどあらゆる情報を共有させる合同面接や同席調停を実施し、そこに子が当事者として参加する、あるいは試行面接を実施して、父母に子の様子を知ってもらう必要があると考える。こうした試みを支える法的な根拠として、面接交渉の義務性を認識すべきである。他方で、義務性自体がこうした試みによって社会常識として市民に定着する。このような相互作用こそ、制度のない現状で何よりも求められていることであろう。立法化を待たないでもできることを、司法関係者は実践する責務があるように思われる。

- 1) 別れた子どもとの交流を求める親たちの市民グループが、子どもの権利の視点から、面接権の条文化と罰則規定の制定、さらには離婚後の共同親権の法制化を求める運動を進めているが（「親子の交流を守る会～ファーザーズ・ウェブサイト」<http://www.fathers-website.com>）、このホームページには、面接交渉が拒まれたり、円滑に進まないケースが多数掲載されている。仮に一方当事者の思いこみで書かれているとしても、別れた子に対する思いの深さ切なさは、真実以外の何ものでもない。
- 2) 判例・実務では「面接交渉権」として定着しているが、日常の語感にはなじみにくい。法制審議会の「民法の一部を改正する法律案要綱案」（1996年2月）では、「面会及び交流」と規定されている。本稿は、判例・実務を分析することが中心なので、「面接交渉」を用いるとともに、適宜、実情に合わせて、別居後の「面会・交流」や「訪問」も用いた。

- 3) 社会的、経済的に弱い立場にある当事者の保護のために協議離婚制度それ自体を見直す必要もある。たとえば、未成年の子のいる夫婦の離婚については、離婚意思とともに、離婚給付や面接交渉、養育費の支払いなどの措置も、家庭裁判所など公的機関が確認する制度などが提起されている(高橋敏「協議離婚制度」『ゼミナール婚姻法改正』(日本評論社、1995)150頁以下参照)。一方、夫の暴力や虐待、家庭放棄から妻が離婚を望んでも夫の同意が得られず、やっと同意を得たときには、疲れはててしまい、子どものことや財産の問題について夫のいいなりになるケースもある。離婚によってしか救済されない配偶者を直接支援する改革も必要である。たとえば、離婚成立前に、母子の住居問題、母子の生活費確保、子の監護や交流などについて家庭裁判所で定めることができるといった、離婚の前倒し処理など、協議離婚を実質的なものにする工夫も求められている(上野雅和「協議離婚の改善策について」岡山大学法学会雑誌42巻2号162~4頁(1993)参照)。
- 4) 民法改正要綱案(注2)では、「父又は母と子との面会及び交流、……その他の監護について必要な事項は、その協議で定めるものとする。この場合においては、子の利益を最も優先して考慮しなければならないものとする」、「協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所が……定めるものとする」と規定し、面会交流を民法の上に明記する。しかし、子の意思を尊重する手続を確保すること、離婚後も父母が共同で親権を行使できる場合には、共同親権を認める道を開くことまでは規定されていないし、この程度の改正案もおお実現していない。
- 5) たとえば、2003年の司法統計年報によれば、人間関係調整の履行勧告は883件、目的を達したものの276件、一部達したものの141件を合わせて、全体の47.2%になる(ただし、この内、面接交渉が何件かは不明)。
- 6) 高松高決平13〔2001〕・3・7(未公表、釜元修・沼田幸雄「面接交渉と強制執行」判例タイムズ1087号46頁(2002)に掲載)。
- 7) 釜元・沼田・前注(6)46頁。ただし、執行段階で、子の意思の確認をするなどは実務的には困難であり、やはり調停・審判の時点で、子の意思を十分取り込み、それを尊重しつつ、子の将来を考えた合意を形成しておくべきであろう。
- 8) 間接強制を命じる要件として、給付の特定性という問題がある。高松高決平14〔2002〕・6・25家月55巻4号66頁は、父(親権者)は母に対し、母が子と毎月2回面接することを認め、その方法、場所等については、母において良識にかなった面接方法を選択できること、面接場所は父の自宅以外の場所とすることなどの合意が調停で成立していた事案について、債務名義として執行力を有するのは、特定の給付をなすことを合意の内容とする給付条項のみであり、当該調停条項は、給付条項と解することはできないとして、間接強制の申立てを却下した。これに対して、本稿2で紹介した大阪高決平14・1・15の事案は、給付が特定しているので、高松高決の論理でも間接強制が命じられたものである。  
しかし、一般的に面接交渉の内容は、当事者の選択や協議に委ねる部分も含まれている。毎月、何日の何時から何時まで、どこそこと特定する例の方がまれである。子や家族の事情を考えながら、進めていくのであるから、むしろ選択や協議に委ねる部分があるのが、面接交渉の実態に即しているともいえる。前掲高松高決平14・6・25の原審が、毎月2回債権者の指定する日時、場所において、子と面接交渉させること、この債務を履行しない

## 面接交渉の義務性（二宮）

ときは、債務者は債権者に対し、一回につき金5万円を支払うことという間接強制を認めたとように、ある程度の大枠があれば、その範囲内で、間接強制の決定を下すことは可能であるし、さらに「相手方は、申立人の指定した日時、場所での面接交渉を受忍する義務がある」と構成すれば、作為内容が特定されていないとして、執行を拒む理由にはならないのではないだろうか（釜元・沼田・前注（6）44頁。なおこの問題については、花元彩「面接交渉の間接強制」判例タイムズ1155号91頁以下（2004）がある）。

- 9) 具体的には、「向こう3年間、年1回、7月21日を含む同日以降の最初の日曜日の午前10時から午後4時まで、母が父方へ出向き子どもを引き取り、名古屋市内で面接し、かつ面接時には、母の父母（祖父母）または弁護士が同行し、かつ父から要求があれば、父の指定する親族または弁護士の付添いを拒まないこと」を条件として、面接を命じた。当事者の協議に委ねる部分を少なくして詳細で具体的な面接条項とし、祖父母または弁護士の同行を条件としたのは、当事者の対立が強いためである。
- 10) 榮春彦「子の奪い合い紛争をめぐる法実務上の諸問題」東京弁護士会弁護士研修センター運営委員会編『平成15年度春季弁護士研修講座』（商事法務、2004）102頁。
- 11) 一般的には、直接的な面接交渉について、面接の頻度、宿泊の有無、第三者の立会い、費用負担など事案に応じて、さまざまな形の命令がなされている。たとえば、「学校の春期・冬期休暇の1日、夏期休暇の3日間を子の所在する場所を訪問して面接する。夏期休暇中に旅行する方法で面接する場合には、旅行および日程につき十分協議するものとして、費用は別居親の負担とする」といった事例（東京家審昭62〔1987〕・3・31家月39巻6号58頁など）が典型的であり、休暇中の1日あるいは3日がいづつになるのかについて、父母の協議が必要であり、そうした協議が可能な場合に限られる。これに対して、【3】や、本稿2で取り上げた大阪高決平14・1・15のように、厳密に定める場合もある。
- 12) 当事者からの申立てがない場合には、理由中の付記にとどまりがちであるが、実効性を考慮すれば、当事者の申立てを促し、【9】のように、主文で命令することが望まれる。
- 13) 田中通裕「面接交渉権の法的性質」判例タイムズ747号323頁（1991）。
- 14) 稲子宣子「子の権利としての面接交渉権」日本福祉大学研究紀要42号97頁（1980）。
- 15) 石川稔「離婚による非監護親の面接交渉権」別冊判例タイムズ8号286頁（1980）。
- 16) 花元彩「面接交渉権の法的性質に関する一考察～アメリカにおける継親子間の訪問権を中心に」関西大学法学論集52巻3号189頁（2002）。父母以外の者との面接交渉につき、棚村政行「祖父母の面接交渉」判例タイムズ1100号192頁（2002）、栗林佳代「フランスにおける訪問権からの祖父母・孫関係の考察」九大法学86号228頁以下（2003）など。
- 17) 具体的には、同居親が子のために祖父母や兄弟姉妹に対して面接交渉を申し立てる場合と、祖父母や兄弟姉妹が同居親に対して面接交渉を申し立てる場合がある。いずれも民法766条の子の監護に関する処分として取り扱うことになる。後述の「面接交渉権」を「子のために適正な措置を求める権利」とする立場でも、祖父母や兄弟姉妹との交流が子のために適正な措置と判断される場合には、これを認めることは可能であろう。

なお祖父母の面接交渉を認めたものとして、東京高決昭52〔1977〕・12・9家月30巻8号42頁がある。事案は次のとおりである。父母および子2人が母の実家で暮らしていたが、母が死亡したため、父は子連れて実家を出て再婚を考えたところ、祖父母が強く反対し

たため、やむをえず、子の引渡し請求をした。これに対して祖父母は自分たちを子の監護者に指定する旨の申立てを行った。裁判所は、祖父母に対して、父への子(11歳,9歳)の引渡しを命じ、その時期を学年末として、本決定から3か月の猶予期間をおき、引き渡し前に月1回の父との面接、引渡し後は2か月以内に1度以上の祖父母方に宿泊しての面接を命じた。引渡し後の面接について、判決は「事件本人らが、相手方(父)宅が真実の住居であることを自ら納得し自らの意思で父方に帰宅するようにするため」と説明している。子の引渡しを実効性のあるものにするための措置ではあるが、家庭裁判所が祖父母との面接交渉の必要性を肯定したものとして重要な意義を有する。

- 18) 杉原則彦「時の判例 婚姻関係が破綻して父母が別居状態にある場合に子と同居していない親と子の面接交渉について家庭裁判所が相当の処分を命ずることの可否」ジュリスト1199号86頁(2001)。
- 19) 「座談会 21世紀の家族法」判例タイムズ1073号65頁以下(2002)。
- 20) 同旨、棚村政行「子の監護調停の実務指針～面接交渉を中心として」早稲田法学72巻4号323頁(1997)。
- 21) 法典調査会第151回(1896年1月13日)、日本近代立法資料叢書『法典調査会民法議事速記録6』(商事法務研究会,1984)429頁。以下、27)までの記述は、二宮周平「子の監護者指定(民法766条)の積極的活用」立命館法学287号196～8頁(2003)に基づくものである。
- 22) 穂積重遠『親族法』(岩波書店,1933)551頁。その他、谷口知平『日本親族法』(弘文堂,1935)420頁など。
- 23) 我妻栄『親族法』(有斐閣,1962)316頁。
- 24) 中川良延「親権と子どもの教育を受ける権利」北大法学14巻3=4号443～4頁(1964)。
- 25) 有地亨『家族法概論』(法律文化社,1990)164頁,なお新版(2003)181頁も同旨。
- 26) 米倉明「親権概念の転換の必要性」『現代社会と民法学の動向 下』(有斐閣,1992)363～7頁。
- 27) 島津一郎・松川正毅編『基本法コンメンタール親族〔第4版〕』(日本評論社,2001)205頁〔棚村太市〕。
- 28) 大阪家庭裁判所「面接交渉等に関する父母教育プログラムの試み」家裁月報55巻4号111頁以下(2003)。研究報告は、安部隆夫、樋口昇,山本廣子,森幸一,廣井いずみ,岡本隆之,浅野和之,丹治純子,丹治晋也,中儀香織各家裁調査官によって行われた。なおこうした試みのきっかけとなった研究として、棚村・前注(20)332頁以下,棚村政行「子の監護調停における父母教育プログラム～カリフォルニア州家庭裁判所サービスでの最近の動向」ケース研究243号24頁以下(1995)などがあり,棚村教授はこれらをふまえて調停運営の具体的な手法を提案されている(「面接交渉をめぐる調停運営の技法」井上治典・佐藤彰一編『現代調停の技法～司法の未来』(判例タイムズ社,1999)142頁以下)。
- 29) 大阪家裁・前注(28)157頁以下。
- 30) 大阪家裁・前注(28)121頁以下。
- 31) 大阪家裁・前注(28)148頁。
- 32) 大阪家裁・前注(28)153～4頁。

## 面接交渉の義務性（二宮）

- 33) 棚村・前注(28)28頁以下は、1990年代前半までの資料に基づくが、それでも、当事者の特性に応じたグループ討議、子のための教育プログラムなど学ぶべきことが数多く紹介されている。
- 34) たとえば、家庭問題情報センター（FPIC）、日本家族再生センター、NPO 面会交流会などがある。
- 35) 札幌家庭裁判所「面接交渉事件についての若干の考察」家裁月報49巻3号118頁（1997）、以下、53)までの記述は、二宮周平「子どもの家事事件手続への参加の保障～子の意思の尊重」家族 社会と法 16号145～53頁（2000）を基に改編し、加筆修正したものである。
- 36) 京都家庭裁判所「子を巡る事件における調査の在り方～子の意向調査が問題となった事例をととして」家裁月報49巻8号137頁（1997）。
- 37) 井垣康弘裁判官の経験による。なお豊田洋子「合同面接・同席調停の技法について」井上治典・佐藤彰一編『現代調停の技法～司法の未来』（判例タイムズ社、1999）121～30頁にもその実践例が紹介され、またうまくゆかなかった事例について138～40頁で分析されている。豊田家裁調査官は、合同面接・同席調停を、父と母のコミュニケーション障害を取り除くことによって紛争の解決を図る手法として位置づけている。人が関係性の中で生きていることを前提とされるからである。
- 38) 京都家裁・前注(36)152頁、依田久子「子どもの意見表明権～家事事件手続との関係など、調査官の立場から」家族 社会と法 10号198頁（1994）。
- 39) 鳥取家庭裁判所「子の調査について～わたしたちが事例から学んだこと」家裁月報50巻10号180頁以下（1998）、京都家裁・前注(36)156頁以下など。
- 40) 石山勝巳「親権に関わる調査への子の参加について」ケース研究187号55頁（1981）、なお同『対話による家庭紛争の克服～家裁でのケースワーク実践』（近代文藝社、1994）、同「紛争当事者間の対話促進法～日米比較」判例タイムズ967号98頁以下（1998）に氏の実践と主張のまとめがある。
- 41) 松江家庭裁判所「子の監護を巡る紛争の調査における合同面接の活用について」家裁月報50巻4号131頁（1998）。
- 42) 伊藤明「子の監護に関する諸問題～離婚と子の利益」ケース研究177号64頁（1980）
- 43) 石山・前注(40)42頁、松江家裁・前注(41)147頁以下、伊藤・前注(42)64～5頁。
- 44) 依田・前注(38)198頁。
- 45) 伊藤・前注(42)63頁。
- 46) 石山・前注(40)55頁。
- 47) 豊田・前注(37)137頁。
- 48) 松江家裁・前注(41)136頁。
- 49) 伊藤・前注(42)63頁。
- 50) 深見玲子「子どもの意見表明権～家事事件手続との関係など」家族 社会と法 10号191～2頁1994）。
- 51) 依田・前注(38)207～8頁。
- 52) 伊藤・前注(42)60頁。
- 53) 石山・前注(40)61頁、伊藤・前注(42)60頁。

54) 棚村政行「離婚後の子の監護」石川・中川・米倉編『家族法改正への課題』(日本加除出版, 1993) 231頁。親権と監護権を分属させた事例として, 前掲判例【5】などがある。

- \* 本稿は, 戸籍時報574号(2004), 579号(2005), 581号(2005)に連載された「家族法と戸籍を考える(8)~(10) 別居・離婚後の親子の交流と子の意思(1)~(3)」を基に, 改編し, 加筆修正したものである。本稿作成に当たって, 柿谷真佐人家裁調査官より有益な知見をいただいたことに感謝します。
- \* 本来ならば, 荒川先生のご退職を記念して, 新たな研究論文を執筆すべきなのに, こうした改編・加筆にとどまったことをお詫び申し上げます。省みれば, 私が本学に赴任して間もない頃, 入試の採点業務の休憩時間に, 定期試験の採点の話が出たとき, 私が「合格率は3割くらいで」と, 厳しい評価をしていることを, 多少自慢げに話したところ, 荒川先生から, 「二宮君, どんな授業をして, どんな問題を出しているの。そんなに合格率が低いのは, どこかに問題があるんじゃないの」と言われた。この通りの表現だったかどうか, 記憶はさだかではないが, うぬばれていた私には, 自省の機会となる一言だった。また学内の研究会, 共同研究室や飲み会の席での荒川先生と大河先生の多少ユーモアを含んだ, しかし熱心な議論も忘れられない。何でも気兼ねなく話せ, 相互の批判も可能な自由闊達な雰囲気を作っていた荒川先生に, 深く感謝申し上げる次第です。