

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

佐々木 健*

目 次

- はじめに
- 第1章 子の意思と PAS（片親疎外症候群）
- 第2章 ドイツ法における交流（Umgang）規定と子の意思
- 第3章 ドイツにおける PAS 理論の位置づけ
- おわりに

はじめに

現在、債権法を中心とした民法改正に関する議論が熱を帯びる中、家族法改正についても、その議論の高まりが見受けられる。家族法は、第二次大戦後の1947年の改正以降、大きな改正がなされておらず、親子という重要事項についても、1987年の特別養子縁組制度以外に大きな改正はなされていない。家族観やライフスタイルの多様化に伴い、個人の尊厳に立脚した家族法のあり方を見直す時機にあると考えられる。

子のための親子法を再検討するにあたって、とりわけ、親の離婚後の子への配慮をいかに考えるかが問題となる。親の離婚は、未成年子にとって、将来の自己の身上に関わる重大な問題である。そして、そのような紛争の渦中に未成年子が身を置くケースは、2008年の離婚件数251,136件のうち、143,834件と、全体の約57.3%を占めている¹⁾。離婚後に、単独親権者若

* ささき・たけし 札幌学院大学准教授

1) 最も離婚件数が多かった2002年の289,836件より、離婚総数、未成年子を伴う離婚件

しくは監護者となれなかった夫婦の一方は、子と別居を余儀なくされるが、別居親と会えない子や同居親に阻まれ子と会えない別居親にとっては、円滑な交流の実現は、大きな関心事である。民法上、このような親子間の交流に関する明文規定はおかれていないものの、家裁実務において家事審判の対象とされており²⁾、2008年の面接交渉に関する調停事件申立件数は、6,261件にのぼる³⁾。なお、1996年2月の法制審議会の答申で出された民法改正案要綱において、民法に面接交渉の規定を明記するように考えられていた。

子のための親子法のもと、子の身上に関する紛争解決の基準となるのは、原則として「子の福祉」である。子と別居親との人的結びつきを考慮する上で、定期的、継続的な交流を実現することは、「子の福祉」に反しない限り、最大限認められるべきであろう。児童の権利条約第9条3項においても、子の福祉のもとで、面接交渉に関する児童の権利を定めている。判例上も、子の福祉を害するおそれなければ、原則としてこれを認める方向性を示している⁴⁾。実務上、「子の福祉」を判断するにあたっては、子の心身の状況、親の監護状況、子の意思、葛藤や緊張の程度、父母の協力の実現可能性などが考慮される⁵⁾。

たとえ子自身が交流を願っていても、親同士の紛争が激化しており、相

数の割合(174,042件;60.0%)は減少傾向にあるが、非常に多くの未成年子が、親の離婚問題に身を置いている現実には変わりがない。統計については、厚生労働省 HP 平成20年人口動態統計の結果を参照。

- 2) 子の面接交渉に関する明文規定は存在せず(子の監護に必要な事項 民766条1項監護について必要な処分 同2項, 家審9条1項乙4号), 親が子と面接交渉することは子の監護の1内容であるから, 家庭裁判所は「子の監護に関する処分」として面接交渉に関する処分を命ずることができる(最決平12.5.1 家月52巻12号31頁)。
- 3) 最高裁判所 HP 司法統計・平成20年家事調停事件の受理件数を参照。なお、2002年は3,345件であり、増加傾向が見られる。
- 4) 大阪高決平18.2.3 家月58巻11号47頁。
- 5) 判断基準を整理するものとして、榮春彦・綿貫義昌「面接交渉の具体的形成と執行」野田愛子・梶村太市総編集『新家族法実務体系第2巻親族[] 親子・後見』(新日本法規 2008)333頁以下。

手方との信頼関係が既に破綻しているような状況下では、親の意思が、円滑な面接交渉の実現に対する阻害要因として働きかねない。そして、子と継続的に生活を共にする以上、同居親の意思は、子の意思に対して大きな影響力をもつといえよう。子の意思の尊重という子の福祉の判断要素において、この点は、慎重に判断しなければならない。

さて、子の福祉と子の意思に関連して、近年、精神医学領域のある概念が注目されている。それは、「PAS (Parental Alienation Syndrome: 片親疎外症候群)⁶⁾」というものである。詳細については次章で述べるが、これは、別居や離婚紛争において、親の一方が他方に対する誹謗中傷を子に行うことで、結果的に、それを受けた子が他方の親との関係性について、障害をきたすという内容である。

本稿では、このような異分野領域の新たな概念を、子の福祉原則を掲げる親子法の理念に照らして、いかに捉えることができるかを検討する。甚だ困難なテーマであり、大それた試みではあるが、面接交渉の実現過程に関するドイツ法上の議論を踏まえた上で、「子の意思」と「子の福祉」との関係性について再考し、司法判断への PAS 理論の採用の可能性を検討したい。分析対象は、PAS 理論提唱の嚆矢であるアメリカ法の議論ではない。しかし、子の福祉原則を手続指針として法文上明記し、家裁判務上、司法機能を厳格に発揮しつつ、子の福祉に基づく裁判のために、異分野領域の専門家との協働を密に図るドイツにおいて、PAS 理論に関する議論がどのように行われているかを整理することによって、新たな理論が有する諸外国の裁判実務への影響力を探求でき、さらには、PAS 理論の議論が浅い日本法へ何らかの示唆が得られると思われる。

6) PAS の訳出については、「子どもが親を拒絶する症候群」(小澤真嗣「子どもを巡る紛争の解決に向けたアメリカの研究と実践 紛争性の高い事例を中心に」ケ研272号149頁)、「片親疎外症候群」(棚瀬一代『離婚と子ども 心理臨床家の視点から』(創元社2007)137頁)、「片親引き離し症候群」(ウェブサイト「離婚と子供」<http://www.atomicweb.co.jp/~icuspringor/>)等が見られる。本稿では、臨床心理学専門の棚瀬訳にならない、「片親疎外症候群」と訳出する。

第1章 子の意思とPAS(片親疎外症候群)

第1節 面接交渉における子の福祉と子の意思

面接交渉の可否及び実施方法の態様を判断するときには、原則として、「子の福祉」に即して判断しなければならない。この原則に基づき、面接交渉の実施が子自身に悪影響を及ぼすと判断する場合には、これを認めるべきではない。しかし、この「子の福祉」とは、法概念として非常に抽象的なものである。抽象的ではあるが、親子法における崇高な理念であるために、個々の事案において、「子の福祉」に合致するかどうか、様々な判断基準を総合的に考慮しなければならない。例えば、面接交渉を求める非監護親の事情や過去の監護態様、人格的要素、そして子の身体面・精神面・心理面につき⁷⁾、心身の状況や子の意思や年齢等、その内容は多岐にわたる。このように多種多様な判断基準とはいえ、整理すれば、親側の要素と子の側の要素とに大別することができるであろう。

まず、親側に関する要素である。非監護親の面接交渉を求める目的や人格、紛争の経緯、葛藤の有無等を総合的に判断する。離婚当事者の父母間に強い不信感がある、又は面接交渉を実施することに対して、父母の一方に強い葛藤があるような場合には、面接交渉の実施は、極めて難しい問題であり、その対応にも細やかな調整が必要となる。近年、このような調整が必要とされるケースがよく見受けられる。例えば、父から当時6歳の子らに面接交渉を求めた事案では、父母間に感情的軋轢が強く認められ、子の拒絶の意思も踏まえた上で、面接交渉の申立てを却下しているが、子の精神面の発達上、手紙の交換などの間接的交流を推奨する⁸⁾。また、父か

7) 子の財産管理に関しては、子の財産面について「子の福祉」を論じなければならないが、これは、子の監護養育に関して、いかに心身共に健やかに育成されるかという点とは別の論点として考慮される事項であるために、本稿では特に言及しない。

8) 東京高決平 19.8.22 家月60巻 2号137頁。判例評釈として、花元彩「面接交渉と未成年の福祉」民商140巻1号112頁以下。

ら9歳と6歳の子の面接交渉を求めた事案で、子の同居親である母が夫によるDVを主張し、不貞関係による信頼関係の破綻がみられたケースでは、父から間接的に子との手紙のやりとりがあったために、早急な面会交流の実現は精神的負担が大きいため、手紙による間接的な交流を認めている⁹⁾。

そして次に、子の側からの要素である。子の心身の状況、意思及び年齢等を総合的に判断するとされるが、子自らが主体となって判断し、子の福祉の実現へ向けた意思や態度は、子の福祉の判断基準として、唯一、子自身が発する能動的な要素であると考えられる。実務上は、子の年齢に応じた形で、子の意思を後見的に判断する。例えば、子が10歳前後になると、交流の実施について子の意思がとりわけ重視される傾向がある¹⁰⁾。子自身が交流の実施に対して消極的である、又は強く拒絶している場合には、家裁が、子の福祉のもとで判断することが求められる。子の意思については、子の意見聴取及び意向調査により収集された各判断基準の中で、単に事案解決のために必要な一要素としてのみ捉えられるに止まるのではなく、子の人格の承認及び権利主体性の保障の観点からは、子自身の主体的利益の発露として、手続の中で尊重されるべき要素であると考えられる。

第2節 PAS という新たな理論

親権に関わる紛争解決には、子の福祉の視点から、適切な司法判断が求められる。親子の継続的な交流は、信頼感、自尊心ならびに愛着の形成といった子の成長発達にとって有益な要素をもつといえよう¹¹⁾。そして、前節で述べたように、子の意思は、子の福祉の判断基準として、重要な要素である（あくまでも子自身の真意が重要であって、他者の影響が強い場合

9) さいたま家審平 19.7.19 家月60巻2号149頁。判例評釈として、花元・前掲(8)112頁、中村恵「離婚後、未成年子の希望により親権者が非監護親に対し面接交渉を認めた事例」法セ増刊・速報判例解説 Vol. 4 (2008年4月) 87頁。

10) 横浜家審平 8.4.30 家月49巻3号75頁、東京家八王子支審平 18.1.31 家月58巻11号79頁等。

11) NPO 法人 Wink 編『離婚家庭の子どもの気持ち 面接交渉実態調査アンケートとインタビュー』(日本加除出版 2008) 参照。

には、必ずしも重要視されるものではない)。総合的な判断が求められる「子の福祉」においては、ときにこの両者が交錯し、複雑な問題を呈することがある。この点に着目するのが、PAS(片親疎外症候群)という新たな理論である。近年、日本においても、実務家を中心にこの理論が注目されている¹²⁾。

これは、1980年代初頭にアメリカ人精神科医のガードナー(Richard A. Gardner)によって提唱された理論である¹³⁾。その内容を簡潔に言うと、別居や離婚紛争において、子を監護している親の一方が、他方の非監護親に対する誹謗中傷を繰り返し子に対して行うことによって、結果として、それを受けた子が他方の親との関係性に障害をきたすというものである。子は、監護親との間に強い関係性を築く一方で、非監護親との交流を強く拒絶することとなる。

ガードナーによれば、PASの定義として、およそ次の3点が挙げられるとする。

1. PASは、主として、子の監護紛争に関連して生ずる障害である。
2. PASの主要な徴候は、正当な根拠のない、親の一方に対する子の誹謗中傷キャンペーンである。
3. PASは、親の一方による吹聴のプログラミング(洗脳)と、対象

12) PASを詳細に紹介するものとして、小澤・前掲(6)149頁以下。PAS理論の議論の必要性を述べるものとして、横田昌紀・石川亨・伊藤彰朗・加藤幸・吉永希[横浜面会交流研究会]「面会交流審判例の実証的研究」判タ1292号10頁。町田隆司「面接交渉と家庭裁判所の児童室について」『東京家裁だより第5号』(平成20年8月)。http://www.courts.go.jp/tokyo-f/about/koho/kasaidayori05.03.html 参照。

13) Richard A. Gardner, *The Parental Alienation Syndrome*, 1992 (2 ed., 1998); なお、本稿では詳細を割愛するが、ガードナーのPAS理論について、必ずしも洗脳により子を疎外しようとする親の存在なくとも、親の一方に敵対心を抱く「疎外された子(Alienated Child: AC)」となる場合もあるとして、ケリーとジョンストンは指摘する。Joan Kelly & Janet Johnston, *The alienated child: A reformulation of parental alienation syndrome*, *Family Court Review*, 39, 3, 2001, p. 297-311. 日本への紹介としては、棚瀬・前掲(6)139頁以下。近年、ジョンストンはドイツへもこのAC理論を紹介しており、今後の動向を注目したい。Janet Johnston, *Entfremdete Scheidungskinder?*, *ZKJ* 2007, 218.

となる他の一方を中傷する子自身の助力が組み合わさることで生ずる。そして、PAS に見られる子の症状として、次の 8 点を挙げる¹⁴⁾。

1. 誹謗中傷キャンペーン
2. 親への非難に関する脆弱、軽薄、又は不条理な正当化
3. 相反する感情（アンビバレンス）の欠如
（疎外された親の一方に対する愛着と憎悪につき、憎悪のみとなる）
4. 「独立した思想家」の現象
（子が自分一人で誹謗中傷のアイデアを思いついたと熱心に説く）
5. 親の紛争における、他の一方を疎外する親への反射的なサポート
6. 疎外された親の一方への無慈悲な行動かつ / 又はその親を搾取することに対する罪悪感の不存在
7. どこからか借りてきたシナリオの存在
8. 疎外された親の一方の友人かつ / 又は親族に対する敵意の拡大

以上が PAS 症状をもつ子の特徴であると、ガードナーは指摘する。これらの内容は、一見すれば、親の紛争に巻き込まれた子が採る行動の特徴として、理解できるかもしれない。しかし、それが「症候群」といった疾患的性質を有するものであるかは、少なからず疑問が残る。

また、ガードナーは、PAS 症状の子について 3 つのレベル（軽症・中程度・重症）にカテゴライズしつつ、この 8 つの症状がどのように変化するのか、他の一方を疎外する親への法的アプローチをどのようにするかを分類している¹⁵⁾。つまり、子が軽症で他方を疎外する親も軽症の場合には、現状の子の監護を維持し、子の症状が中程度で疎外する親も同じならば、現状の子の監護の維持をし、PAS 治療のアプローチ又は制裁的手段をとる。親が重症の場合には、子の監護の変更、PAS 治療アプローチ又は疎

14) Richard A. Gardner, Differentiating between Parental Alienation Syndrome and Bona Fide Abuse-Neglect, The American Journal of Family Therapy Vol. 27 (2) (April-June 1999) p. 98.

15) Richard A. Gardner, Schuld Courts order PAS children to visit/reside with the alienated parent?, The American Journal of Forensic Psychology, 2001, Vol. 19 (3) p. 62.

外する親の訪問の厳しい制限若しくは吹聴の監視を行い、そして子ども重症で親も重症の場合には、他方への子の監護の変更又は裁判所が命じた過渡期プログラムを行うとする。

日本においても、このPAS理論は、子との交流を求める親ならびに臨床心理学の領域において、徐々に認識されつつある。しかし、これは、法学領域において、あまり議論がなされてこなかった理論である。今後、将来的には、子との交流を求める非監護親から、PAS理論を根拠に面接交渉を求めてくる事案が出てくることも予想しうる。そのときに、いかにこの理論に向き合っていかなければならないのか、その方向性を示すべく次節において、PAS理論が生まれたアメリカではどのような認識がなされているのかを、探っていくこととする。

第3節 アメリカ法におけるPAS理論の位置づけ

ガードナーによるこのPAS理論は、当初より、法領域からも非常に高い関心が向けられた。しかし、2006年の春に全米法曹協会(American Bar Association)は、「Children's Legal Rights Journal」の中で、PASの証拠能力が認められるものではなく、「根拠のない独断的な主張」であると批判をしている¹⁶⁾。さらには、皮肉なことに、「アメリカの法廷で、20年間にわたり、PASの証拠能力が認められてきたことは、証拠法の歴史における恥ずべき一幕である。このことは、法的手続をエセ科学(junk science)による汚染から保護しようとする証拠法則を委託された法律家たちが、大失態を犯したことを示す」とさえ、論じているのである¹⁷⁾。このような批判は、全く論拠のない主張ではない。ガードナーが作成した資料集(同業の専門家による審査を経た23の論文、及び、「『PAS』が科学的に正当性であり法的証拠能力を有する」という彼の主張を裏付けるため

16) Jennifer Hoult, J. D, The Evidentiary Admissibility of Parental Alienation Syndrome: Science, Law, and Policy, Children's Legal Rights Journal Vol. 26, (1), (Spring 2006), p. 22.

17) Jennifer Hoult, op. cit., (16) p. 22.

に引用している 50 の法的判断を含む) について実証的に分析した上で、これらの資料が、「PAS」の法的証拠能力ならびにその存在自体さえも裏付けていないとの判断に至っているのである¹⁸⁾。最後に、「科学・法律・政策のすべての観点から、現在及び将来にわたって、『PAS』は証拠として容認できない」と結論づけている¹⁹⁾。

法的問題として PAS を捉えるときには、この理論が科学的正当性と信頼性を欠いていることを踏まえ、その証拠能力を認めないことが適切であると考えるのである。また、同協会は、PAS の主唱者が、依然として、PAS の科学的及び法的地位について、(PAS の呼称を変えて証言することで、意図的に法的規制を回避することも含めて) 虚偽の陳述を続けていると指摘する。このような対応に対しては、「根拠のない仮説をアメリカの法廷に持ち込もうとする相次ぐ企てを警戒し、法的な専門家を置くべきである」と述べている。

さらに、少年裁判所及び家庭裁判所の裁判官による全国評議会が2006年に公表した、DV 事案における親権と面接の評価：裁判官のガイド（第2版）²⁰⁾では、親権を争う事案において当事者が PAS に悩まされているという証言が、法的証拠として認められないと判断されるべきであると指摘する。その根拠として、特に、DV 事案における調査が困難である旨に言及する。親権に関わる事案においては、子が時折、父母の一方に対して表す恐怖心や不安、嫌悪や怒りといった感情が、他の一方の引き離し行為によって助長・促進された可能性がある。その一方で、(子が疎遠になったと感じる親との間で生じた、子自身の経験に基づく不安への反応も含めて) 調査を要する事項もある。DV 事案では、その特殊性から²¹⁾ 調査が

18) Jennifer Houlton, op. cit., (16) p.5-21.

19) Jennifer Houlton, op. cit., (16) p.22.

20) National Council of Juvenile and Family Court Judges, Navigating Custody & Visitation Evaluations in Cases with Domestic Violence: A Judge's Guide (2nd) (2006) p.19.

21) 例えば次のような点を掲げている。

- 「虐待を行った親は、子を自分に対して敵対させているとして、相手方を責め立て

困難であるため、事実に基づく注意深い調査が必要とされる。事案解決のために単にPASの「レッテル」を貼るのではなく、父母に関する子の意思に注意しつつ、子の抱える不安が事実に基づくものか、親に関する子の認識形成に関して父母それぞれの役割はいかなるものであったか等を注意深く事実調査することで、その調査結果に証拠能力が認められると指摘する²²⁾。

以上の点を踏まえ、リーダーシップ評議会は、2006年7月12日に、著名な2つの法律刊物物がPASを認めないとしたことを歓迎するための緊急発表をしている²³⁾。前者の全米法曹協会の論説について、「科学・法律・政策の全てが、法廷において『片親疎外症候群』の証拠能力を認めることに反対している」ことを強調し、後者の裁判官ガイドでは、PASが、「親権を決定する際、子供を虐待した者に有利に働く、『信用性のない』症候群である」旨を強調する。なお、前アメリカ精神医学協会会長のフィンクは、この緊急発表に寄せて、「いわゆる『専門家』が作り出した洒落た言い回しであるというだけの理由で、法律が『症候群』を受け入れた場合、それによって苦しめられるのは子である。裁判所は、次第に『PAS』の見え透いた言い訳の正体を見破るようになり、法廷が『論理的根拠の存在し

ることが一般的である。そして、自分自身の行為が子に与えた影響について責任を取ることは滅多にない。」

- ・「虐待を行った親の相手方にとって、子を虐待から守るため、又は虐待者から自分自身の安全を守るために、虐待を行った親と子との接触の制限が正当であることはよくある。適切な防衛行為と、善意ではあるが行き過ぎていて結局のところ逆効果の行為とを区別することは、困難な可能性がある。」
- ・「虐待を行った親は、卑劣な策略を用いる。このような策略は、一般的に、相手方の親としての権威を失墜させたり、相手方と子との関係を故意に破壊することを含む。」
- ・「虐待が行われる家庭にいる子は、虐待者である親に自分を投影し、これに与する方が、虐待に苦しんでいる親に自分を投影するよりも、安全であると感じる可能性がある。」NCJFCJ, op. cit., (20) p. 19.

22) NCJFCJ, op. cit., (20) p. 19.

23) The Leadership Council は、科学者・教育者・医師・法学者・公共政策専門家等によって構成される、非営利の独立科学機構である。<http://leadershipcouncil.org/1/pas/PR.PAS.html>

ないエセ科学（junk science）』のプロモーションのための劇場として使われることを拒むようになっている」と述べている²⁴⁾。

このように、アメリカにおいて PAS 理論は、現在、科学的正当性と信頼性の観点から、その証拠能力を否定する厳格な立場をとっていることが伺える。この結論を踏まえて、ドイツ法の観点から、この PAS 理論がどのように扱われているかを、次章で見ていくこととする。

第2章 ドイツ法における交流（Umgang）規定と子の意思

第1節 交流規定概説

ドイツにおける PAS 理論に関する議論を整理する前に、まずは、面接交渉が、ドイツ法において、どのように定められているかを概説する。

日本の親権制度に対して、ドイツでは、これを子の福祉の指導理念のもと構築し、親の義務性を強調すべく、1979年の改正（BGBl. 1979, I, 106）により、「親の配慮（elterliche Sorge）」として再編している。以降、子の権利という考え方の広がりに応じ、1997年の親子法改正法（BGBl. 1997, I, 2846）による改正を経て、2009年9月1日には、家事事件手続及び非訟事件手続法に関する法律²⁵⁾（FamFG）（BGBl. I S. 2586, 2587ff.）の施行に伴い、実体法と手続法の両側面から、一層子の福祉に適う法体系を確立しようとしている。

面接交渉（ドイツ法では「交流：Umgang」²⁶⁾）に関する規定は、ドイツ民法典（BGB）の中で明文化されており、一般規定である第1626条をはじめとして、第1684条²⁷⁾、第1685条に定められている。ドイツ法における

24) NCJFCJ, op. cit., (20) p. 19.

25) FamFG (Das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) 第151条によれば、家裁は、子の配慮権に関連するあらゆる手続について管轄権を有する。

26) ドイツにおいては BGB 制定以来、交流に関する明文規定を持っている。

27) 「BGB 第1684条：子と父母との交流」

交流規定を概観すると、子独自の交流権の承認²⁸⁾(第1684条1項)、交流制限の選択肢の一つとして、第三者立会等による交流保護の実施²⁹⁾(第1684条4項3文)、親以外の者との交流³⁰⁾(第1626条3項2文、1685条)といった特徴がみられる。また、2009年の家事事件手続法改正に伴い、第

第1項 子は父母それぞれと交流する権利を有する；父母はそれぞれ、子と交流する義務を負い、権利を有する。

第2項 父母はそれぞれ、子と父母の他方との関係を害し、又は養育を妨げるあらゆる行為をしてはならない。子が他の者の保護の下にあるときも、同様とする。

第3項 家庭裁判所は、交流権の範囲について決定し、その行使を、第三者に対しても、詳細に定めることができる。家庭裁判所は、命令により、関係者に対し、本条第2項に規定された義務の履行を促すことができる。本条第2項による義務が、継続又は反復して、著しく違反されているときには、家庭裁判所は、交流の実現のための保護(交流保護)を命ずることができる。交流保護は、交流の実現のために子の引渡しを求め、又は交流期間中の子の居所を指定する権利を含む。この命令は、期限を定めなければならない。交流保護人の費用償還及び報酬については、家事事件及び非訟事件手続に関する法律(FamFG)第277条を準用する。

第4項 家庭裁判所は、子の福祉のために必要である限りにおいて、交流権又は交流権に関する以前の裁判の執行を制限し、若しくは排除することができる。交流権又はその執行を長期間若しくは永続的に制限し、又は排除する決定は、そうしなければ子の福祉に危険が及ぶときに限り、することができる。家庭裁判所は特別に、協力する意思のある第三者が同席する場合に限り、交流できる旨を命ずることができる。少年援助の担い手又は団体も第三者となることができる；その場合、これらの者は、その都度に職務を引き受ける個人を決定する。

28) 子は親の交流権の客体ではないとされ、子も交流権を行使することができ、親の紛争化にある交流対立の中で子が巻き込まれる危険を自ら回避することができることとされる。

Thomas Rauscher, Familienrecht, 2. Aufl. 2008, 961.

29) 子の福祉のために必要ならば、「第三者の立会のもとでの実施」という制限が課される場合も予定される。これは例えば、親の一方による著しい虐待の疑いがある場合において、単独で交流することが難しいとされる場合に少年局の職員立会の中で面会するようなことが考えられよう。

30) 子の福祉の観点から、親以外の人物にも交流権を認めることで、健やかな子の人格形成、発達を、様々な人物との関係性の中で達成しようとする考え方に基づく。ただし、第1626条3項2文における「交流の維持が子の成長のために有益であるとき」に、この交流が認められる。そして、対象となる人物の範囲については、いたずらに交流権の紛争が拡大しないよう、第1685条に基づく一定の制限が課せられる。同条1項では子の祖父母と兄弟姉妹、2項では子と相当長期間家庭生活をしてきた親の一方の配偶者、或いは前配偶者、そして子を相当長期間家庭養育してきた者と限定する。

1684条3項3文に、交流の実現のために必要な調整として、交流保護³¹⁾（Umgangspflegeschaft）に関する規定が新たに設けられている。

第1626条3項1文は「父母双方との交流は、原則として子の福祉のために必要である。」と定め、子の福祉のために、父母双方との交流が必要であることを明確にしている。この親子間の交流を必要とする目的は、二つあるとされる。まず一つに、親子間の親和的な関係の維持である。親子の交流が欠けることで、子と親のいずれか一方との情緒的な結びつきを失う危険性があるため、シュバープは、交流が欠けた状態を親子関係における潜在的な妨害状態であると考えている³²⁾。つまり、親子相互の愛情の必要性を考慮すれば、親子間の関係性が疎遠化することを予防し、親の一方との親和的な関係を保持することが重要なのである³³⁾。そしてもう一つは、もし子を世話している親の一方が死亡等の事情で欠け、配慮権を他方に委譲する等の必要が生じた場合に、他の一方による子の世話を保障する予備的機能（Reservfunktion）を図ることである³⁴⁾。

第1684条1項は、「子は、父母それぞれと交流する権利を有する；父母はそれぞれ、子と交流する義務を負い、権利を有する。」と規定し、子と父母との交流権を定めている。交流権の法的性質について、ドイツでは、基本法第6条2項に基づく子を養育する親の自然権の観点から親の自然権とする見解が支配的であるとされる³⁵⁾。つまり、親は自分の考えに基づき、

31) 交流保護とは、交流の実施のための準備及び調整を行うことを意味する。第1684条3項に定めるように、同条2項に基づく忠実義務につき、子の世話を行う親が継続的・反復的に著しく違反することが要件となる。

32) Dieter Schwab. Familienrecht 16. Aufl. 2008, 349.

33) Rauscher, a. a. O. (28), 964.

34) Rauscher, a. a. O. (28), 965.

35) 連邦憲法裁判所もこの旨を判示している。それによると、親の交流権は、親の自然権とそれに結びついた親の責任から生ずるとされる。BVerfGE 64,180, 188. 通説として親の自然権説を紹介するものとして、Rauscher, a. a. O. (28), 961ff. ラウシャーも交流権を GG 6条2項から導き出される自然権とした上で、親の配慮が子の福祉に適うように、交流権も親の義務としての性質があり、交流権は親の配慮における単なる残余部分ではない（身

自由に子の世話と教育を行う基本的権利があるとされる。しかし、連邦憲法裁判所の判断では、この親に与えられた基本権は、父母の自己責任を最大限に認めたととしても、子の世話と教育として必要な行為をする目的においてのみ保護されるべきであることから、親が自分の責任を果たすために保障される権利(義務権 *Pflichtrecht*)³⁶⁾であるとされている。また、児童の権利条約第9条3項が、父母と分離されている子の定期的な交流権を認めていることとも関連して、子自身が親と交流する権利を有するのだという見解も主張されていた。このような議論を経て、血縁に基づく親の自然権とするかつての見解から、親の義務権と交流に対する子の権利性を汲みとり、1997年改正法により、交流に関する子の権利性が明確に認められるに至った。第1684条1項が、「子は父母のいずれとも交流する権利を有する。父母はいずれも、子と交流する義務を負い、かつ権利を有する。」と定め、この趣旨を具現化している³⁷⁾。子を世話している親の一方が他の一方と子との交流を拒絶している場合に、子の権利として構成される交流権は重要な意義を有する。もし子が親の交流権の客体として考えられているのであれば、配慮権を有する親が交流を拒絶している場合には子の交流への道は閉ざされてしまい、親子間の情緒的結びつきの維持といった交流目的が達成されないこととなる。

第1684条2項1文は、父母それぞれに対して、「子と父母の他方との関係を侵害し、又は養育を妨げる」あらゆる行為を禁止する旨を定めている。この規定は善行条項(*Wohlverhaltensklausel*)と呼ばれ、円滑な交流を実現するために父母が負う、いわゆる忠実義務(*Loyalitätspflichten*)を定めている。子の身上配慮にあたる父母の一方が他の一方の交流権を妨害したり、他の一方に関する悪い印象を吹聴したりすることで、交流が挫折し

上配慮と交流権は当然に密接に関連するものである)と述べている。

36) BVerfG, FamRZ 1968, 578.

37) 実際の交流の方法や頻度を取り決めるにあたり、交流を求める固有の権利が子にあることを鑑みて、できるだけ子の希望が考慮されなければならないとされる。Schwab, a. a. O. (32), 353.

ないように、このような行為をとることを認めないのである³⁸⁾。配慮親は、交流権者である親に対する不安や躊躇を拭い去り、子が交流を受け入れるように養育を行うことが求められる。つまり、子の世話にあたる父母の一方は、交流の実現に向けて積極的に協力する重大な義務が課せられているといえる。その一方で、交流を求める父母の一方には、交流の実施に際して、他の一方の配慮権を尊重しなければならず、この者を否定する態度、養育の努力を侵害するなどの行為をとることは認められない。

いわば、この忠実義務規定が、PAS 理論が想定する事態を予防する役割を担っていると考えられる。父母は、子のための交流につき、互いに協調しあうことが求められるのである。もし、配慮権者である父母の一方が、この忠実義務を継続的に違反し、交流の実施を妨害するような場合には、第1671条及び第1696条に基づく配慮権者の変更事由、又は第1666条に基づく配慮権の全部若しくは一部剥奪事由となりうる³⁹⁾。そして、交流権者である父母の一方が忠実義務を継続的に違反し、配慮権者である父母の一方から子を隔離するような場合には、第1684条3項及び4項に基づき、交流権の制限又は一部若しくは全部排除事由となりうる。子の福祉に反する親の義務違反に対しては、法律上、厳しい制裁が用意されているのである。

このようにドイツ法においては、基本権的性質より親の交流権を認めつつも、子の福祉のための交流の実現に向けた、親の義務としての性質が強く掲げられていることに注目することができる。この親の義務権としての交流権の性質が、子の福祉のための交流に寄与するといえる。

38) Barbara Weit, in: Bamberger/Roth, BGB Kommentar Band 3, §§ 1297-2385 EGBGB 2. Aufl. 2008, 1108.

39) 第1666条1項に基づき居所指定権を剥奪する場合には、第1909条1項に基づき選任した補充保護人 (Ergänzungspfleger) へこれを委譲することができる。

第2節 親子の交流と子の意思⁴⁰⁾

親の義務権的性質を有する交流権とともに、子にも独自の交流権が認められる。そのため、子が親との交流を望む場合、つまり子が交流権を主張しようとするときには、配慮権者である親の一方は、第1684条2項により、子が交流できるよう調整し、かつ交流を妨害しないように義務づけられる。その一方で、交流する親の他方には、交流に臨むように義務づけられる。しかし、必ずしも親双方がこのような円満な交流に対して賛成し、尽力するとは限らない。子が交流を望んでいたとしても、親の一方又は双方が交流について無関心であったり拒絶を示したりする場合も考えられる。このような場合には、社会法典第8編(SGB VIII)第18条3項1文⁴¹⁾、8条2文)に基づき、少年局(Jugendamt)に対し、相談や支援を求めることができ、理論上は家裁へ相談することもできるとされる⁴²⁾。年少子であっても、親の支援なしに、これらの機関に相談することができるが、実際に自分で相談しに行くことは困難であるため、例えば教師や親族等の第三者によって、交流につき教示される。

とりわけ子の意思が問題となるのは家裁での交流手続であり、そこではやはり子の年齢や成熟度といった要素が考慮される。しかし、第1684条3

40) 1997年改正前のこの論点を詳細に分析するものとして、岩志和一郎「ドイツ民法における離婚後の面接交渉と子の意思」田山輝明・浦川道太郎・内田勝一・岩志和一郎編『現代家族法の諸相 高野竹三郎先生古希記念』(成文堂 1993年)135頁以下。

41) 子の交流権について配慮権者である親の一方が交流を反対する場合について、子自身が交流権を行使しようとする親に対して、少年局を通じて助言と支援を求め、働きかけてもらうことができる旨を次のように規定する。「児童及び青少年は、BGB 第1684条1項の交流権の行使に関して、助言と支援を求める権利を有する。児童及び青少年は、BGB 第1684条、第1685条の基準に従って、同人らと交流する権利を有する者が子の福祉のためにその権利を用いるために支援される。父母、その他の交流権者及び子を自己の保護の下にしている者は、交流兼の行使に関して、助言を求める権利を有する。」3文は、親等の権利実現に関する支援に関する文言である。この規定から、親との交流について、子が権利享有主体であるとともに権利行使主体であることを強調していると受け取ることができよう

42) Harald Vogel, Rechte und Pflichten beim Umgang nach § 1684 BGB, dargestellt anhand eines falls, FPR 1999, 227, 228.

項に基づく交流調整における子の意思の考慮と、同条4項に基づく交流権の制限及び排除における子の意思の考慮とでは、区別される必要がある⁴³⁾。交流を子が望む場合には、この意思は第1626条3項1文に掲げられた子の福祉に必要な交流の顕れであると推察されるために、子の交流に対する願望は子の福祉と強く一致し、尊重される必要がある。その一方で、第1684条4項に基づく交流の制限や排除において、交流を望まない子の意思を考慮することは、子の発達に強く影響を及ぼすこととなりうるのである。子の人格権の見地からも、裁判所が子の福祉において子の意思の考慮を避けることはできない以上、交流が当該事案の中で子の福祉に適うときには、交流に反対する子の意思も子の福祉に照らして判断しなければならない。同条3項に基づく交流権の範囲と調整に関する裁判についても、子が交流を拒絶する場合が問題となる。

子の交流拒絶の意思について、1983年の連邦憲法裁判所決定によれば、「配慮権を有しない親の一方との交流を子が希望していないときには、その旨の考え方をする理由を調査し、又その旨の考え方を裁判所の決定へ取り入れることは、裁判所の責務である」としている⁴⁴⁾。そして、その調査に際しては、1990年ハンブルク上級地方裁判所決定が指摘するように、子の成熟度如何よりもむしろ、子の合理的判断能力の有無が問題とされる⁴⁵⁾。その限りでは子の成熟度如何が問題となると考えられるが、例えば1987年バート・イブルグ区裁判所決定では「子の拒絶意思は、通常、精神的に危険を及ぼす虞の負担による、自然的な、遺伝的に備わった保護機能に伴う徴表として表明される。拒絶意思は、年齢の区別なく、不合理なものではなく、

43) Tomas Rauscher, in: Staudinger Kommentar zum BGB §§ 1684-1717, Umgangsrecht, 2006, 104.

44) BVerfGE 64, 180, 191. なお、旧 FGG 50条bの子の意見聴取規定につき、「子が真摯な理由で希望し、交流権を強行することで子の福祉を害する虞があるときには、裁判所が交流権を制限又は排除する決定をすることを可能とする」と述べている。なお、2009年の家事事件手続法改正後は、FamFG 第159条に子の意見聴取規定が定められている。

45) 10歳の子の拒絶意思を尊重し、交流権の排除を認める事例として、OLG Hamburg FamRZ 1991, 471.

それ故に法的に尊重に値しないものでもない」と述べ、5歳の子の拒絶意思を尊重し、交流の排除を認めている⁴⁶⁾。

子の意思は自己決定の顕れであり、親の一方に対する心理的結びつきの顕れでもある。子が交流を拒絶する意思を表明したとしても、日常的に子を世話している配慮権者が交流について反対している場合には、子の意思操作の観点から、それが直ちに子自身の自己決定に基づく判断とは言い難いのである。親子間の交流を巡り、実際にこのような状況が頻繁に生じていることは否定できない。そして、このような状況について、PAS理論が問題提起しているといえよう。

なお、交流に関する裁判所の決定や承認を得た和解につき、父母の一方が、交流を挫折させる、又は妨害する場合には、他の一方は、強制執行手続を開始する代わりに、FamFG第165条1項に基づき、裁判所による斡旋手続⁴⁷⁾を申し立てることもできる。斡旋手続が功を奏しない場合には、裁判所は、不服申立てができない決定により、この手続が不成功であることを確認し、秩序罰を科す、交流調整の変更を行う、又は配慮権に関する措置を命ずるかどうかを審理することとなる(FamFG第165条5項)。

第3章 ドイツにおける PAS 理論の位置づけ

第1節 学説の展開

このPAS理論は、1998年に、心理学者で別居・離婚問題のメディエーターでもあるオファティ・コッドジョーと弁護士であるケッペルによって、初めてドイツに紹介された⁴⁸⁾。それ以降、父母の別居や離婚における配慮

46) AG Bad Ibrug FamRZ 1988, 537.

47) 旧 FGG 52条 a においても、家裁がこの斡旋手続で父母の合意解決を図ることが定められていた。

48) Ofuately-Kodjoe/Koepfel, DAVorm 1998, 9; Ursula Kodjoe/Peter Koepfel, Früherkennung von PAS-Möglichkeiten psychologischer und rechtlicher Intervention,

権変更⁴⁹⁾や交流権調整に関わる問題について、この理論をいかに捉えるかが、議論的となっているようである⁵⁰⁾。この内容としては、裁判所での意見聴取の際に、子が、世話をしている親の一方を無批判的に「良き親」として美化し、その一方で、親の他方を理由なく不用意に「悪者」に仕立て上げ、自分の生活環境から排除しようとする⁵¹⁾ことがある。親の一方の影響があるために、その子が未就学児童であっても「自分の意見として」年齢に不釣り合いな表現を用いることも挙げられる⁵²⁾。なお、交流問題に関して約11%の子が、PAS 症状のもとで、親との交流を頑なに拒否しているという報告もなされている⁵³⁾。このような PAS を、フィッシャーは、子自身の健やかな人格の発達のための基本的要素を子から剥奪するものと指摘し⁵⁴⁾、そしてコッドジョーとケッペルは、精神的な子の福祉の危険にあたる⁵⁵⁾、PAS が抱える子の福祉に対する問題を指摘する。

交流の目的には、親子関係の構築の他に、配慮権者の子の世話不能状態に対する予備的機能もあるため、子の将来を見据えて親子間の交流を

Kind-Prax 1998, 138f.

49) OLG Schleswig FamRZ 2003, 1494. ; OLG Dresden NJW 2003, 147.

50) Günter Rexilius, Kindeswohl und PAS, Kind-Prax 1998, 149f.; Peschel-Gutzeit, Das missverständliche PAS – Wie Sorgerechtszug und Geschwisterkoppelung das Wohl der KinderHorstgefahren, FPR 2003, 271f.; Horst Luthin, Sorge - und Umgangsrecht bei Trennung und Scheidung der Eltern; Schwab/Hahne (Hrsg.) Familienrecht im Brennpunkt -Fachkongress zum 50-jährigen Bestehen der FamRZ vom 22.-24. April 2004 in Bonn-, 2004, 249f.; Harry Dettenborn, Kindeswohl und Kindeswille, 2001, 102f.; Carol S. Bruch, Parental Alienation Syndrome und Parental Alienation FamRZ, 2002, 1304. ただし、Bruch の記述について Gardner が PAS 概念等につき修正を加えているので注意が必要である。Richard Gardner, Zu dem Beitrag von Bruch, FamRZ 2002, 1689.

51) Rauscher, in; Staudinger, a. a. O. (43), 35.

52) Rauscher, in; Staudinger, a. a. O. (43), 35.

53) Rexilius, a. a. O. (50), S. 150.

54) Wera Fischer, The Parental Alienation Syndrome (PAS) und die Interessenvertretung des Kindes, NDV 1998, 306.

55) Ofuatey-Kodjoe/Koepfel, a. a. O. (48), 24.

いかに図るかは、重要な問題である。しかし子が PAS の状況にある場合には、交流を巡る紛争が複雑困難なものとなる。クレンナーは、この PAS 問題について、当に親の違法性の認識の欠如に起因すると述べている⁵⁶⁾。

配慮権者である親の一方が子の前で継続的に親の他方を誹謗中傷し、マイナスイメージを洗脳することで、子は親の他方を自然と忌み嫌うようになり、場合によっては、子は自分も配慮権者と同じ態度をとることで、配慮権者の親との結びつきを保とうとすることも考えられる。

しかし、ドイツへの紹介後まもなく、この理論に異論を唱えるものも多かった。ゲルトは、提唱者であるガードナーを思想的プロパガンダをする者として批判的に捉えている⁵⁷⁾。また、ザルツゲーバーは、この PAS 理論が、父母間の紛争力学の原因を単純化してしまうものであり、当該事案において様々な判断基準に基づき子の福祉を判断していた実務の流れに逆行するものとして否定している⁵⁸⁾。シュタットラーは、2001年9月の第14回ドイツ家庭裁判所会議の中で、「PAS が交流問題の解決に寄与しうるか」と題し、子の非合理的別居親への拒絶について、PAS モデルから導かれる介入方法が論理的に整合性をもたず、介入根拠に関するドグマ的指針も離婚問題の研究状況から合意がなされていない旨を報告している⁵⁹⁾。そして、裁判官のルートヒンは、2004年4月の家族法雑誌50周年会議のテーマに、家族法上の領域における重大な問題点の一つとして、この PAS 理論を挙げた⁶⁰⁾。彼は、ハム上級地裁裁判官として、他者決定によ

56) Wolfgang Klenner, Rituale der Umgangsvereitelung bei getrenntlebenden oder geschiedenen Eltern, FamRZ 1995, 1529.

57) Ulrich Gerth, Das Leben ist komplizierter, Kind-Prax 1998, 171.

58) Josef Salzgeber, Zum aktuellen Stand der PAS-Diskussion, FF 2003, 232; Salzgeber/Stadler/Schmidt/Partale, Umgangsprobleme Ursachen des Kontaktabbruchs durch das Kind jenseits des Parental Alienation Syndrome, Kind-Prax 1999, 107.

59) Michael Stadler, Bericht des Arbeitskreises 9 des 14. Deutschen Familiengerichtstags: PAS-ein Beitrag zur Lösung von Umgangsproblemen?, FamRZ 2002, 1317.

60) Luthin, a. a. O. (50), 243, 249.

り子が著しく影響を受けた事案を多く扱った経験から、子の表面的態度、言語によらない意思表示への判断の困難性を述べた上で、PAS 理論が現実にもこのような事案の中で寄与するものかどうか、疑問を抱いている。多くの社会科学文献で PAS が生き活きと議論されているにもかかわらず、この理論が受け入れられない理由の一つに、PAS の用語が曖昧であり、その機能が確立されていないことを指摘する。そして、(少なくとも配慮親である一方を)病的に捉える動きは違和感を与えるものと考えている。

最後に、ルートヒンは、PAS 理論の採用以前に、このような交流問題を考察する出発点は、「子の意思」であることを思い出さなければならないと結論づける。そして、影響を受けた子の意思について、連邦憲法裁判所の言葉を借り⁶¹⁾、「表明された子の意思は、それが明らかに影響を受けている場合には、考慮されないことがある。しかし、その影響を通じても、保護に値する真の結びつきが存在しうることを考慮しなければならないのである。したがって、操作された子の意思表示が実際の結びつきを適切に表さない場合にのみ、影響を受けた子の意思を考慮の対象としないことが正当化される」ことを再確認している。

家族法学者の多くもまた、PAS 理論の採用に肯定的ではない。モツァーは、ガードナーが提唱した PAS 理論が、アメリカでの専門的議論においても、欠点があり、かつ脆弱な理論とされていることを踏まえ、科学的信憑性について疑わしいとする⁶²⁾。そして、冷静な判断のもとで、PAS 理論が係争中の配慮権問題の解決に際して助けとなることは、ほとんどないと述べる。PAS の決定的な欠点は、医学用語より引用された「症候群」という概念の使用より既に明らかであるように、父母の紛争において、子の態度が病理学的かつ治療を要するものとして決めつけることにある。通常、PAS としてレッテル付けられる子と親の行動形態は、し

61) BVerfG FamRZ 2001, 1099.

62) Steffan Motzer, in: Dieter Schwab (Hrsg.), Handbuch des Scheidungsrechts, 5. Aufl. 2004, 578.

ばしば親双方の不明瞭な養育適正, とりわけ, 欠如した結びつきの寛容さに起因するのであり, この観点のもとで, 第1671条2項2号による子の福祉の審理(共同配慮の廃止, 申立人への配慮権の委譲)に入るべきであるとする⁶³⁾。

ケスター・バルティンは, PAS が全くバランスのとれていない理論であり, 「表面的に交流を許可する処方箋 (angebliche Patentrezepte)」であると比喩的に表現する⁶⁴⁾。このような理論が, 具体的な事実関係に照らした問題のできる限り正確な分析と, この分析から導かれる, できる限り個々の事案に応じた解決の可能性を覆い隠してしまう危険性をもっと指摘している。

また, ラウシャーは, モッツァーと同様に, この PAS という用語が「症候群」という疾患要素を含むことにつき, 疑問を呈する⁶⁵⁾。現に, 心理学領域から, この現象が疾患の要素を含むか, つまり本来の意味としての「症候群」に該当するかどうか争いがある。しかし, 裁判官にとっては, 影響を与える父母の一方が病的な態度をとっている, 又は子が親との関係において病的になるかどうかは, 本質的な問題ではない。裁判所へ向けられた, 子の福祉への有害事項への対処やこのような影響に対して効果を発揮せしめる請求をいかに判断するかが問題であると指摘している⁶⁶⁾。子の福祉に適った交流の実現のためには, 裁判所と少年局による粘り強い調整こそが, 子にとって重大な障害を防ぐのである。したがって, PAS の焦点としては, この「現象」に関する名称如何を考慮するかどうかはともかく, 同居親による忠実義務違反というような, 現実的な法的問題に向けられなければならないと言及している。

63) Motzer, in: Schwab, a. a. O. (62), 578.

64) Dagmar Coester-Waltjen, in; Joachim Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht 5. Aufl. 2006, 827.

65) Rauscher, a. a. O. (28), 971.

66) EGMR FamRZ 2006, 997. 父に対して向けられた子の意思が, 母の同棲相手によって影響を与えられたものではないということを, 裁判所が, 心理学専門家の援助なしに確信する場合には, これは EGMR 8条違反となる。

以上のように、ドイツにおいて、学説の多くは、PAS 理論を慎重に分析しつつ、懐疑的又は否定的に考えていることが伺える。その論理構成はアメリカの議論とおおよそ類似する部分が見られるが、それを踏まえた上で、子の意思の判断の重要性と注意事項を再確認しつつ、現実的な法的問題の解決へと、即座に視点を切り替えていることに注目したい。

第2節 判 例

ドイツに PAS 理論が紹介されてまもなく、司法判断の場へこの理論が持ち込まれるようになった⁶⁷⁾。そのために、当初の裁判例では PAS 理論に関わる事案が見受けられる。しかし、PAS の議論が引き続き多くなされている一方で、PAS を考慮する裁判例は極めて稀なものとなった。さらに現在では、PAS は明確に言及されてすらいないことが伺える。

ドイツにおいて、子の交流拒絶と PAS 診断につき初めて言及したのは、リンテルン区裁1998年4月27日決定の中である⁶⁸⁾。これは、父が9歳の子との交流を求めた事案であるが、鑑定人のヨプト教授は、事件本人である子に PAS 症状が見られるか診断を行い、その結果、母の影響からなる PAS を根拠に、リンテルン区裁は父の交流を認めた上で、母に対して、配慮権剥奪に関する警告（androhen）をしている。

また、2人の子と父との交流に関するグロース・ゲラウ区裁2000年2月3日決定においては、その決定の基礎となる事実関係において、2人の子が明らかな PAS 症状を示していることを、裁判所が明らかに認めた⁶⁹⁾。裁判所は、2人の子が父とのいかなる接触も拒絶することにつき、深刻な

67) この点につき、ラウシャーは、次のように推察する。裁判所の一般的状況の中で、『利口な』人間によく知られてはいるが、理解しがたい現象が、PAS という命名によって、手短なものとなったためである。この理論が表すものは決して新しい現象ではないものの、子の福祉を害する現象を描写することで、把握可能なものとなり、裁判所にとってみれば、この理論を通じて、交流を拒絶する父母の一方に対する従来の理解を克服できたのである。Rauscher, in: Staudinger, a. a. O. (43), 56.

68) AG Rinteln ZfJ 1998, S.344.

69) AG Groß-Gerau DAVorm 2000, 433, 444.

カテゴリーに属するPASが推察されるとしつつも、PAS理論の趣旨のもとでは判断していない。裁判所に委ねられたPAS理論採用の可能性について、既に過ぎたのである。子には、父を嫌悪の対象と認める幻想イメージが、既にもはや修正不可能なほど、子の心に深く刻み込まれていた。この理由から、裁判所は、父に交流権は認められるものの、父も望まない強制的な交流実現方法は問題とならないとして判断した。なお、同裁判所は、自らの決定に、PAS判断に関するシンボリックな意義を認めていた。

その他、例えばハンブルグ上級裁判所2001年10月26日決定⁷⁰⁾は、親の離婚に伴い母が配慮権委譲を受け、10歳の子の交流につき少年局の提案に基づき交流保護人が選任されたことに対し、交流を強く拒絶する母は交流保護人(Umgangspfleger)⁷¹⁾選任に対し抗告し、父は自らを単独配慮権者と求めた事案であった。専門調査によれば、母(と祖父母)の交流拒絶の意思が子に対し影響しているものの、その影響によっても、保護に値する結びつきが存在することもあり、父の下での生活が拒絶される可能性もあるために父への配慮権委譲を否定しつつも、子の交流権の観点からは交流保護が必要として母の抗告を退けている。

2002年4月25日のドレスデン上級裁判所決定においては、交流拒絶について精神的に深く硬直化した11歳の子の意思について、世話をしている親の一方により明らかに影響を受け、かつ子に自己責任による判断能力がないときには、考慮されないと述べている。なお、この事案では、子が世話している親の一方の希望だけに固執し、かつ1年前より他の一方の客観的印象を得る機会がないという状態も指摘している⁷²⁾。

70) OLG Hamburg FamRZ 2002 566.

71) 家裁は、配慮権者である父母または単独配慮権者である父母の一方が子の利益を適切に擁護できる状況にないときには、1909条に基づき補充保護を定めることができ、子の交流について選任された保護人を交流保護人と称する。交流保護人は、子と非配慮権者である父母の一方の交流をいつ、どのように行うかを定める権限を有し、保護人に子に対する居所指定権も委譲することも可能である。

72) OLG Dresden FamRZ 2002, 1588.

しかし、シュレスヴィヒ上級地方裁判所の2003年2月26日の決定では、PAS理論の証拠能力を認めず、従来の子の福祉の判断基準に従った司法判断をしている⁷³⁾。これは、11歳の子の居所指定権の父への委譲に関する事案であるが、継続性の原則や子の意思という子の福祉原則の基準については尊重しつつも、表明された子の意思が父によって操作された結果であることについて確かな根拠が認められない場合には、その意思表明を適切なものとして判断している。そして、PASの証拠調べの結果において、PAS理論のもとで根拠付けられた現象を考慮するかどうかにつき、「科学的に異論がある問題の解明は必要でない」とし、PASは今日の専門鑑定において、「単に叙述的に引用されるだけである」と述べている。近年では、このPAS問題を言及する裁判例は、ほとんど姿を消している。

親の一方による影響によって子が強く他方へ拒絶感を示すこの種の事案について、交流を調整し、実現するためには、何らかの交流保護が必要となる。交流実現のための強制方法の内容についても問題となるが⁷⁴⁾、円滑な交流実現のために例えば交流保護人の活動も必要となると考えられる。その意味では、2009年の手続法改正に伴い新たに明文化された交流保護が実際にどのように活用されているか、今後注目する必要がある。

73) OLG Schleswig FamRZ 2003, 1494.

74) 裁判所による交流調整は、旧 FGG（非訟事件手続法）第33条の強制方法により強制可能であり、改正後の FamFG 第88条もこの旨を定めている。交流権を行使するために、子が引き渡されるべき場合には、子に対する直接強制は認められない（FamFG 第90条2項）。これも旧 FGG 第33条2項2文が有形力の禁止を定める旨と同じである。強制執行の方法は、FamFG 第89条に基づき決定される。人身の引渡し及び交流の調整に関する執行名義（Vollstreckungstitel）に違反する行為がされたときには、裁判所は、義務者である父母の一方に対して、一回当たり最高2万5千ユーロまでの秩序金（Ordnungsgeld）を課し、この者から徴収できない場合については、秩序拘禁（Ordnungshaft）を命じることができる（FamFG 第89条1項、3項）。子の引渡しを命ずる、又は交流を調整する決定において、これに違反する結果がどのようなものを指摘しなければならない（FamFG 第89条2項）。なお、ドレスデン上級裁判所決定では、交流における善行義務の履行のために、強制金の賦課のみならず、交流保護人への子の引渡しを拒絶する場合への強制拘禁（Zwangshaft）も指摘している。

お わ り に

ドイツ法における PAS 理論の展開を整理すると、この理論を司法判断に組み込むことに対しては、(アメリカほど強い姿勢ではないが)およそ否定的な立場をとっていることが認識できる。私見としても、議論の浅い日本へこの PAS 理論を即座に導入し、司法判断に組み入れることについては、否定的立場によりつつ、現時点では慎重論を展開したい。その理由は、以下の三点である。まず一つに、現時点における PAS の証拠能力への疑問、次に、安易な採用により生じうる子の福祉の危殆化への危惧、そして最後に、未だ科学的根拠の確立していない理論の導入による家裁実務への不安定化が挙げられる。

第一の理由について：ガードナーと同じ専門領域の者からは賛同の意見も多いことは事実であるが、少なからず、法学の観点からはこの理論の採用に対して批判が多いことも事実である。その原因の一つとして、PAS を「症候群」という疾患について認定できないということが挙げられよう。子の福祉といった、法外的な専門領域との協働のもとで判断しなければならないものについて、精神医学領域で必ずしも科学的に確立されていない「現象」を証拠能力として認めることには躊躇せざるを得ないのである。歴史的に PAS 理論が証拠法上採用されてきた経緯について、「離婚・親権・児童虐待の事案を委ねられた裁判所にとって魅力的であったのかもしれない」と全米法曹協会は分析する。その理由として、次のように述べる。「PAS が複雑で、時間がかかり、苦渋に満ちた、医学的診断に対する証拠調べを軽減することを主張するものであるからである。PAS の起源及び法的に採用することにつき固有の着眼点は、人間の複雑な問題に対して、疑いもせずに、短絡的な答えをあてはめる、政策的なリスクを実証している。機能不全に陥った家庭に独特の力学が、型にはまった診断通りとなる可能性は低い」という。これは、ケスター・バルティンが、PAS を表面

的な処方箋にすぎない⁷⁵⁾と表現することにも通じる。また、ラウシャーは、PAS 理論が当初裁判例に登場していたことについて、PAS という手頃な言い回しが、裁判所にとって、ある概念を感じのいい常套句で代入し、司法判断の根拠となる慣用的表現（Begründungstopos）として理解可能な概念の基礎に拘泥することなく判断できたためであると言及している⁷⁶⁾。端的に「疾患」として捉えることで、難解な「子の福祉」概念を整理できることは、実務において非常に魅力的ではあるが、それによって、「子の福祉」の総合的な判断の必要性が、覆い隠されてしまうおそれもある。

なお、この PAS の診断基準が、現在、確立されていないことにも注意を要する。司法判断に精神医学領域の概念が用いられる代表的な概念の一つとして、PTSD⁷⁷⁾（心的外傷後ストレス障害）が挙げられるが、例えばアメリカ精神医学会が定める診断基準 DSM-IV-TR のみならず、世界保健機構 ICD-10 において、その基準が確立されているものの、PAS は、DSM-IV-TR においても除外されている⁷⁸⁾。精神医学領域における PAS 理論の受容が今後どのように変化するかについては注目したい。

第二の理由について：子と一切の交流ができない別居親の感情も理解できないわけではない。ましてや、同居親によって交流を阻まれているとするならば、その辛苦は一層強いものであろう⁷⁹⁾。しかし、司法判断の中に、

75) Coseter-Waltjen, in; Gernhuber/Coseter-Waltjen, a. a. O. (64), 827.

76) Rauscher, in; Staudinger, a. a. O. (43), 56.

77) 交通事故や性的被害・暴行事案等において、PTSD による損害賠償請求を認める事案は多く見られる（交通事故事案として横浜地判平 10.6.8 判タ1002号221頁等）。

78) なお、ガードナーによれば、この DSM-IV が公表されたのが1994年であり、作業委員会が発足し、検討を始めた1990年代初頭には、ほとんど資料がなかったことを抗弁する。

ガードナーは、これを受けて、2013年公表予定の DSM-V へ PAS を含めるよう訴えていた。Richard A. Gardner, PAS and The DSM-V: A Call For Action Oct. 6,2002, <http://mensnewsdaily.com/archive/g/gardner/gardner100602.htm> を参照。ガードナーの死後（2003年5月）もなお、PAS の名称を「症候群」から「障害」へと変えて、その考えは引き継がれている。William Bernet, Parental Alienation Disorder and DSM-V, *The American Journal of Family Therapy* 2008, 36 (5) p. 349.

79) 離婚後も子に会いたいとする別居親の声として、読売新聞平 21.6.9 夕刊。

PAS理論を盲目的に「子の福祉」の判断基準として用いることについては、子の福祉に対する危険性が潜在していることも考えられる。いわば、この理論は、別居親と子の交流形成に寄与する性質を有する一方、この理論が濫用されることで、子の福祉の危殆化につながりうるという、子の福祉にとって「諸刃の剣」的要素をもつものであり、その扱いには慎重な判断が必要である。親同士の葛藤が低い場合や同居親による面接交渉の合意違反などの場合においては、PAS理論がもたらすメリットは大きいかもしれないが、その一方で、高葛藤ケースや交流を求める別居親が過去に不適切な監護（虐待等）を行っていた場合等において、安易にPAS理論を採用し、直接的な交流を認めてしまえば、将来的な親子間の愛着形成といった子の福祉以前に、現実的な子の身体的・情緒的福祉を危険にさらす可能性は否定できない。PASは、「子の福祉」の名を隠れ蓑として、濫用的に用いられる危険性を潜在的にもっているといえよう。ラウシャーは、PASを主張する団体が、例えば性的虐待の非難を伴う交流のように、PAS採用の危険性について何ら議論せず、キャッチフレーズとして利用しないし濫用されている現象の存在に目を向けないことも問題視している⁸⁰⁾。

面接交渉権の法的性質については多くの学説があるが⁸¹⁾、仮に親として

80) Rauscher, in: Staudinger, a. a. O. (43), 57. なお、ハイリガーは、交流調整及び配慮権委譲の事案でPASを指摘される母親側の視点から、PAS理論が新たな父権台頭に寄与する一面を有し、同居親である母親が主張する別居親の性的虐待事実の立証が困難である点を指摘しつつ、虐待事案のPAS鑑定例を分析している。その上で、PASを厳しく批判している。Anita Heiliger, Das sogenannte "PAS" und die Mißachtung des Kindeswillens, in: Heiliger/Wischnewski (Hg.), Verrat am Kindeswohl, 2003, 229.

81) 面接交渉権の法的性質に関する見解は多岐にわたる。面接交渉権の法的権利性を認めた東京家審昭39.12.14家月17巻4号55頁以降、親の自然権ないし固有权とする見解（森口静一・鈴木経夫「監護者でない親と子の面接」ジュリスト314号72頁）、抽象的には親として有する自然権であり、具体的内容は監護に関する権利として父母間の協議や家裁での調停審判によって形成するとする見解（久貴忠彦「面接交渉権覚書」阪大法学63号99頁）、親権の一機能とする見解（田中通裕「面接交渉権の法的性質」判タ747号323頁；山口亮子「面接交渉の権利生と家族性」・前掲(5)319頁）、子の権利でもあるとする見解（稲子宣子「子の権利としての面接交渉権」日本福祉大学紀要42号97頁）、親の義務としての側面から構成しようとする見解（二宮周平「面接交渉の義務性 別居・離婚後の親子・家族の

の権利性を認めるとしても、面接交渉の実施によって子の福祉に危険が及ぶ蓋然性が極めて高い場合には、その権利行使の態様と親子関係の将来的な構築のあり方について慎重にならざるを得ない。このような場合については、司法判断の指針として異論なき「子の福祉」原則のもとで、交流権者である親が PAS 理論を「自らの恣意的な福祉」のために用いるといった、権利濫用的な面接交渉権の行使として捉えられうるかもしれない。

第三の理由について：日本において PAS 理論を法領域へ積極的に採用すべきかはともかく、まずは、「子の福祉」が何を意味するのか、この抽象的な概念を当該事案のもとで精査することが必要である。ドイツ法の議論においてケスター・バルティンが指摘するように、PAS 理論の採用によって、個々の事案の事実調査に基づく、具体的な事実関係に即した正確な分析及び紛争解決の可能性を覆い隠してしまう危惧もある⁸²⁾。

PAS 理論に関連する基準としては、例えば、「子の意思の尊重」と「同居親の意思の影響の有無」、「継続性の原則」と「同居親の監護の適切性及び子への不適切な意思操作の有無」ならびに「親子の交流の確保と愛着形成」と「交流により生じうる身体的・情緒的福祉への危険性の有無」等を対比させつつ考えることで、交流の可否及びその態様について、総合的に判断できよう。PAS が想定する個々の現象が、甘受し得ない「子の福祉に反する状態」というのであれば、その個別内容について精査することで足りる⁸³⁾。たとえ PAS 理論が日本において目新しいものであったとしても、これらの要素は、家裁実務の中でおよそ既に採用されてきた「子の福祉」の判断基準であって、特に目新しいものではない⁸⁴⁾。PAS が、同居

交流の保障」立命館法学298号309頁；栗林佳代「子のための面会交流」生野正剛・二宮孝富・緒方直人・南方暁編『変貌する家族と現代家族法 有地亨先生追悼論文集』（法律文化社 2009）132頁）等多岐に分かれる。

82) Coester-Waltjen, in: Gernhuber/Coester-Waltjen, a. a. O. (64), 827.

83) OLG Frankfurt aM FamRZ 2005, 1700; 父子間の交流に関する事案で、PAS には言及せず、同居親である母の過剰かつ絶大な権限行使につき、子の意見が、母による影響に基づくものとして、個別内容について精査している。

84) なお、ラウシャーは、PAS を通じて、交流拒絶と子の社会化との関係が具体的に議

親による相手方の誹謗中傷に基づき、交流に対する子の意思形成に悪影響を及ぼすというのであれば、第一段階として、「子の自由意思」の確認に審理のウェイトが置かれることとなろう。「子の福祉」と「子の意思」との二つの法概念を定義付け、かつ正しく評価するには困難な作業であるが、この関係性を把握解明し、その重要性を再認識することが、調和のとれた子の権利主体性の保障と子の適切な保護に結びつくと思われる。

いずれにせよ、親子間の面接交渉は、「子の最善の利益」となる形で実現されなければならない。そして、面接交渉の可否のみならず、「適切な方法」に基づいた交流の調整が必要となる。父母の感情の葛藤が強く、精神的安定性が保たれないような場合には、交流の制限も必要である⁸⁵⁾。その一方で、PAS理論のように、円滑な交流の実現を不当に妨害する父母の一方に対しては、相応の措置が必要となろう。その意味でも、ドイツ民法第1684条2項に定める父母の忠実義務と同条3項及び4項に定める義務違反に対する家裁の措置が参考となる。

親の一方による他方への継続的な批判は、子の価値観に対して重大な影響をもたらす。影響を与えた親との心理的結びつきと居住環境の継続性を考慮すれば、親のみならず、硬直化した子の意思を和らげる心理的サポートなしには、円滑な交流の実現は難しいかもしれない。PAS理論の科学的実証研究はともかく、交流を通じての「子の福祉」の実現には、法学のみならず、児童福祉や心理学等の異分野領域との協働が必要となる。ラウシャーは、交流問題に関わる多くの専門家の(裁判所、少年局、各種専門家そして可能な限り、訴訟代理人も含めた)協働のもとで、連携的な具体的解決を探究することが必要と結論づける⁸⁶⁾。段階的な試行

論されたことについては、一定の評価を与えている。Rauscher, in; Staudinger, a. a. O. (43) 57.

85) 大阪家審平5.12.22家月47巻4号45頁,東京高決平19.8.22家月60巻2号137頁等。

86) Rauscher, in; Staudinger, a. a. O. (43) 60; OLG Brandenburg FamRZ 2002, 975 では、同居親にメディエーションの参加を義務付けている。

面接⁸⁷⁾を踏まえた上で直接的な交流を図る，又は第三者の立ち会いの下で交流を図る⁸⁸⁾等，交流方法の態様は，個々の事案に応じて適切なものでなければならず，決して二者択一的なものではない。「子の福祉」を見据えて，どのような交流が適切かを吟味し，必要に応じて，面接交渉の調整を行う民間団体等の助けを借りる。その一方で，親として子を配慮すべき責務を見失った恣意的な対応については，交流の制限又は排除の可能性を相応に判断していく必要がある。

今後，日本においてもさらなる PAS 議論の高まりが予想される。不必要な手続の遅延によって「子の福祉」が危殆化することは事実であるが，PAS 理論の短絡的な当てはめをすることで，逆に「子の福祉」を損ないかねない可能性も十分にある。なぜ子が交流を拒絶しているのか，それが同居親の影響によるのか，親同士の紛争が深刻化するのを避けるためなのか，又は別居親による暴力等を避けるためなのか，その真意を精査することが求められよう。

最後に，ドイツ法の交流規定を参考とすれば，日本においても，面接交渉については，親の義務としての性質が強調される必要があると考えられる⁸⁹⁾。子の扶養義務及び親権者変更の可能性を踏まえれば，監護親，非監護親という区別にかかわらず，父母はいずれも，離婚後も子の養育に継続的に関わることとなる。交流を求める非監護親は，主観的な「子の福祉」の名の下の自己が子と交流する利益を追求するのではなく，「子の福祉」に客観的に適う交流のために配慮した対応が求められる。その一方で，監護親は，

87) 例えば，家庭問題情報センター（FPIC）にみる交流調整の要素が参考となる。FPIC による面接交渉の支援活動を取り上げて，民間組織の親子の交流支援のあり方を分析するものとして，棚村政行「離婚後の面会交流 民間の面会交流支援活動を中心に」岩志和一郎・執筆代表『家族と法の地平 三木妙子・磯野誠一・石川稔先生献呈論文集』（尚学社 2009）98頁以下。

88) 東京家審平 18.7.31 家月59巻3号73頁では，交流の実施にあたり，第三者として民間団体の専門家を介在させるよう命じている。その他，第三者立会の下での交流につき，東京高決平 19.11.7 家月60巻11号83頁。

89) 二宮・前掲(81)309頁以下，栗林・前掲(81)132頁以下。

そもそも子の身上監護にあたっては子の福祉を第一に考えなければならぬことを認識する必要がある。例えば、交流を求める親の従前の監護の適切性に特に問題がないにもかかわらず、自己の正当性を強調する意味で不当な交流妨害を継続的に行うことは、必ずしも適切な権利行使とはいえないだろう。ドイツ民法第1684条2項に定める忠実義務の違反については、配慮権に関する厳しい措置の事由となりうる⁹⁰⁾。当事者間で主観的な「善悪」を設定し、交流の実施又は拒絶を巡って他方に攻撃的な対応をするのではなく、必要に応じ裁判所や民間団体の力を借りつつ、父母双方が、「子の福祉」のために協力関係を築くことができるように、合意形成を図ることが、とりわけ重要であると考えられる。ドイツでは家事事件手続法改正に伴い、従前から評価されていた、子の福祉のために父母が合意形成に努めるコッヘマー・モデルを導入している⁹¹⁾。持続的な交流の実現のためには、親自身が紛争当事者としてではなく、共に「子の福祉」のために最大限協力し合う姿が求められよう。そして、「子の福祉」原則の主体である子自身の真意が何を示すのかを精査しつつ、子の意思を適切に手続に汲み取ることが求められるのではないだろうか。合意形成の場においても、子が当事者として自らの意思を反映させることで、子のために自分たちが何

90) 父母の一方による執拗な交流妨害又は交流の挫折の場合には、第1696条による配慮権指定制の変更ならびに第1579条7号による扶養料のカットが考慮されるとする。さらに、父母の一方が家裁によって定められた種類及び方法のもとで交流を守らず、それによって交流権者である父母の一方に余分な労力を負担させる場合には、この父母の一方は、父母間に認められる家族法上の権利関係の違反を理由に、他の一方に対し、損害賠償を請求することができる旨を指摘する。Barbara Weit, in: Bamberger/Roth, a. a. O. (38), 1109; Wilfried Schlüter, BGB-Familienrecht, 13. Aufl., 2009, 279.

91) ドイツでは、子の配慮や交流に関する家裁手続において、裁判所が、少年局や社会福祉機関、各相談機関、心理学専門家等と協働し合い、円滑な合意形成の促進を図る、コッヘマー・モデル(Cochemer-Modells)が FamFG 第155条以下に優先及び促進の要請(Vorrang-Beschleunigungsgebot)として掲げられた。このモデルは、1992年にコッヘムで行われた、子の利益の下に、父母が離婚後もお互いに相談し合い、父母と子の結びつきを図ろうとする合意形成モデルである。この理念の中心は子であり、父母が、親としての責任のもとに協力することが求められる。

をすべきか、父母は自らを見直す機会となると考えられる。

学生時代に大変お世話になった、生田先生、大河先生の退職記念号に執筆の機会を頂き、誠に光栄である。両先生には、博士前期課程の独書講読をご指導頂いた。まだ文法もままならない中、親身にかつ厳しくご指導頂くことができたために、今の自分があると確信している。また、大河先生からは、学部一回生の基礎演習にて丁寧にご指導頂いたために、入学当初より民事法学への関心を抱くことができた。両先生の学恩へ感謝の意を表するには誠に稚拙な論説ではあるが、この場をお借りして、両先生に深く感謝申し上げる。

本稿第1章第3節のアメリカにおけるPASの議論を執筆するに当たり、榊原富士子先生、打越さく良先生、伊藤和子先生より有益な知見を頂くことができた。また、本稿で扱った3つのアメリカ法文献の訳出については、生駒亜紀子先生の翻訳を参考にさせて頂いた。この場をお借りして、深く感謝申し上げます。