

機関番号：32641

研究種目：基盤研究(C)

研究期間：2008～2010

課題番号：20530076

研究課題名(和文) 離婚後共同親権・面会交流の執行と福祉的支援に関する日独比較法研究

研究課題名(英文) Comparative legal research on the joint custody after divorce and visitation in Japan and Germany: practice and support

研究代表者

鈴木 博人 (SUZUKI HIROHITO)

中央大学・法学部・教授

研究者番号：90235995

研究成果の概要(和文)：日本では離婚後単独親権制度の不都合と面会交流をめぐる紛争から結果として親子(多くの場合父子)の交流断絶に至ることが多い。1998年親子法改正により、共同配慮(日本法の共同親権に相当)制度を導入し、また面会交流規定を整備したドイツ配慮法を比較法の対象として、離婚後の子の共同配慮制度成立の背景、および離婚後の面会交流制度と実際の交流を可能にする福祉的支援を探求した。

研究成果の概要(英文)：Japanese single parent custody after divorce or/and the defective visitation system brings often a breakdown the relationship between a child and a parent, usually the father. I've researched into German joint custody after divorce and the visitation as an object of a comparative law. Especially I've researched into a background that prompt to adopt a new system to German family law. And it's important that a successful visitation and a cool agreement on conditions of divorce need some supports by welfare services.

交付決定額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2008年度	1,400,000	420,000	1,820,000
2009年度	500,000	150,000	650,000
2010年度	500,000	150,000	650,000
年度			
年度			
総計	2,400,000	720,000	3,120,000

研究分野：家族法学

科研費の分科・細目：法学・社会学

キーワード：親権、離婚、面会交流、面接交渉、共同親権、K J H G

1. 研究開始当初の背景

(1)親の離婚に伴う子の監護をめぐる紛争が激化している。例えば、離婚の際に誰が子を監護するのか、親権者は父母どちらにするのか、面会交流をどうするのか等、離婚そのものは了解もしくは破綻状況からしてやむを得ないと思っけていても、付帯事項についての争いが激しくなると、紛争が長期化する事例が増加している。このことは、子が非同居親との接触を持たなくなってしまうことにつ

ながる。

(2)(1)で示したような事態が発生する理由として、一つには日本民法が離婚後単独親権法制をとっていること、面会交流を直接定めた法規定が存在しないといった法制度上の問題が存在する。さらに、離婚後の親子関係を維持するための助言・支援機関が存在しないことも上記の事態が発生する要因としてあげることができる。

(3)直接的な法規定が存在しない結果、父母の

別居・離婚後の面会交流は、法解釈、具体的には民法766条の離婚後の子の監護に関する規定の解釈を根拠にして実施されている。「実施」されているといっても、多くの国々のように、面会交流を実施するのは当然で、その内容も、原則として2週間ごとの週末の宿泊を伴う面会交流というものとは程遠い実態がある。面会交流を「実施」できるといっても、「実施」が原則ではなく、実施される場合でも面会と面会までの期間が開き、1回数時間という場合も珍しくない。きわめて大雑把な言い方をすると、比較法的にみると、多くの国々では、「子の福祉」のために面会交流を認めることが自明の出発点になっているのに対して、日本では、個別の事例で、面会交流を認めることが「子の福祉」に合致するかを判断しているということができる。そして、その際に基準とされる「子の福祉」という基準内容が、言葉は同じであっても、外国法の内容と異なるのではないか、さらには内容自体不明確であるといえるのである。(4)離婚後共同親権については、日本法は制度上認めていない。つまり、父母が離婚しようとするときには、親権者を父母いずれか一方に決めなくては、離婚そのものできないのである。離婚する父母が、双方の取決めにより、事実上共同親権・共同監護を行っている事例があるというにとどまる。これは、当事者が共同親権を希望し、またそれを実現することができるにもかかわらず、日本では制度上それは許されないということである。離婚後共同親権については、個別事例で「子の福祉」に合致するかどうかを審査するという余地さえないということである。(5)さらに、法制度をどうするかという問題のほかに、仮に法制度を欧米諸国のような内容に変えるとしても、その内容を実現する実施体制が整っているかも重要な問題である。公的機関でも民間団体でも、離婚そのものや離婚後の親子の交流を支援する機関・団体はほとんど存在しないと言ってよい。法律の内容を変えただけでは、それは絵に描いた餅のような状態に陥ってしまうかもしれない。(6)かつて日本と類似の問題を抱えていたドイツでは、1998年親子法改正法により立法的な解決を与えた。ドイツ法の解決策や考え方をそのまま日本法に移し変えることはできないが、今後の日本法の行方を検討する際には、法体系そのものが似ていることもあってドイツ法を比較法の対象にすることは有益であると考えられる。

2. 研究の目的

比較法的に見ると、欧米諸国の親権法では、父母離婚後の未成年の子に対する親権は、共同親権が原則とされている。離婚後共同親権が原則ということは、例外として単独親権も

ありうるということである。子の福祉にとって必要な場合には、離婚後単独親権もありうるのである。これに対して、日本民法は、父母離婚後は例外なく単独親権となっている。これは、少子化が進行した現在、離婚後の子の処遇をめぐる、父母間の争いが激化する事例の増加を招いている。

単独親権制度の下では、父母の一方が親権者として親として果すべき子に対する義務を一手に引き受けることができるが、他面で非親権者たる他方の親には、子の監護教育や身分行為に関してまったく与らないということも起こりうる。その典型的な例は、単独親権者となった元配偶者の再婚の際に、離婚後非親権者は、自分の子が元配偶者(親権者)の再婚相手との間の養子縁組が行われることを何も知らないままであるという場合である。しかもこのタイプの養子縁組が行われると、非親権者たる父母の一方は、子との面会交流を拒絶されることも多く、しかも新しい家庭の安定を理由に裁判所により、それまで実施されていた面会交流が止められる場合もある。このような実情が存在し、結果として、親権者とならなかった父母の一方は、場合によっては子と永続的に会えないということも起こりうるのである。このため、離婚後の子の親権をめぐる争いは一層激化するという結果にも帰着する。

以上のような離婚後の単独親権制度は、このままでいいのか、離婚後共同親権制度は紛争を緩和することになるのではないかを、比較法対象としてドイツ民法を選択して検討し、今後の日本の離婚後親権制度のあり方を示すのが本研究の第一の目的である。

また、従来、親権法のなかで十分に位置づけられてこなかった面会交流(権)を親権法のなかにきちんと位置づけることもが本研究の第二の目的である。

さらに関連して、面会交流が高い葛藤をもつ夫婦(父母)の間でも実施できる支援体制をどのように構築するかを検討するのが本研究の第三の目的である。これには、そもそも離婚時の相談体制の創設も含まれなくてはならない。これらの問題は、福祉的支援をどう構築するかということであり、法制度上は、民法と児童福祉法の連携も考えて、モデルを提示しなければならない。

3. 研究の方法

(1)日本国内の問題把握

現行の親権法制の下で発生している、父母の離婚の際の子の監護をめぐる争い(離婚の際の親権者の決定、面会交流を認めるかどうか等)について、公表されている審判例はもとより、当事者団体での聞き取りを行った。

当事者団体での聞き取りでは、なかなか審判例のなかには出てきにくい問題についても

聴取を試みた。

(2) 日本法に関する文献研究

現行法に関する解釈に関しては、日本法に関する法学文献研究により、解釈の到達点および立法論としての将来の方向性を把握した。

(3) 比較法的検討

ドイツ法を比較法の対象として、まずは文献研究を行った。ドイツ民法にかぎらず、児童ならびに少年援助法(K J H G)との関連も重視した。すなわち、福祉法との連携も十分に考慮することを心がけた。

4. 研究成果

(1) 離婚後の親権のあり方について

日本法は離婚後単独親権法制を採用している。第二次大戦後の民法改正の際に、離婚後共同親権法制の採用も検討されたようであるが、高葛藤夫婦で離婚後子の監護・処遇について冷静な話し合いができないのではないかとの懸念から、離婚後共同親権制度は採用されなかったようである。

日本法はそのまま現在に至っているが、ドイツ民法は親権法領域についても大小それぞれ重大な改正を数次にわたり行っている。このうち、1979年親権法改正では、*elterliche Gewalt* という従来日本語では「親権」と訳されていた用語自体を廃止し、*elterliche Sorge* (日本語に訳しにくい用語であるが、親の配慮と訳しておく) という用語を採用した。親権概念の大転換が行われたとあってよい。しかしながら、このときの改正では、父母の離婚後は単独親権法制が採用された。そのときの主たる理由のひとつは、親権者が二人いると子が混乱するというものがあつた。

しかし、1979年の法改正後ほどなくして、判例は事実上共同親権を認容するに至った。この背景には、離婚しても子にとっては父母双方との交流を保つほうがよいのだという1979年法改正のときとは異なる心理学上の見解が有力になったということが存在する。これを受けて1997年(1998年1月1日施行)の親権法改正により、法文上も離婚後共同配慮法制が採用されるに至ったのである。

ドイツ法のこのような経緯に照らすと、日本においては、心理学的研究の成果が立法的対応を促す主要要因の一つとして真摯にとりいれられていないということを指摘できる。

少なくとも離婚後共同親権を望んでいる父母については、無制限にとはいかなくても、その能力と準備がある者については共同親権を選択することが可能になるような法改正を考えることが必要である。

また、共同親権法制を認めるといってもその態様(例えば、裁判所が上記能力と準備を

審査することにするのか否か等)によっては、民法のみならず関連する諸法(家事審判法、家事審判規則等)もそれに対応する改正が必要になる。

(2) 面会交流権規定の整備

ドイツ民法は1997年改正によって、面会交流権をまず第一に子の権利と規定するに至った。そのうえで、親の義務でありかつ権利であるとした。

このような構成は、そもそも親権(ドイツ民法では親の配慮)理解について、親義務的理解が根底にあることから出てきている。これに加えて、国連子どもの権利条約や近時の心理学研究の成果が反映したものであるということができよう。民法規定としても父母双方が相手方を悪く言わないようにする善行規定を設けたり、子に関する情報提供義務や情報請求権を規定している。

これに対して、日本法では平成8年の法制審議会が示した民法改正要綱案試案でも、離婚の際に父母(夫婦)が具体的に協議すべき事項のひとつに挙げたくらいではまったく実効性がないと考えられます。

面会交流はそれを面会交流「権」と構成するかは一まず措くとしても、認められることが大前提とするような立法が必要となる。

(3) 付添いつき面会交流

ドイツ法(実はドイツのみならずであるが)では、高葛藤夫婦の場合に、別居・離婚後もいかに子と非監護親との面会交流を確保するかが重要である。それを可能にする試みが付添いつき面会交流である。

父母の葛藤状況により付添いつき面会交流には、3つのものがある。一番目は「監視された交流」である。これは、交流権をもつ父母の一方による子の直接的な危険が存在またはその危険が排除されえない状況があるときに用いられるものである。二番目は、「狭義の付添いつき交流」である。父母のつよい葛藤により、子の間接的な危険が排除されない状況があるときである。三番目は、「支援された交流」である。これは、子にとっては直接的な危険が少ない、もしくは子にとっての危険がない、または子にとっての危険が少ないのは明白であるが、家庭が機能不全に陥っている場合の支援である。

このような付添いつき交流は、日本では民間団体が細々に行っているにすぎないが、面会交流を促進するならばこのような付添いつき面会交流制度の整備とそれを支える実行組織の整備が必要である。

(4) 迅速な手続

本研究の進行中にドイツでは家事手続法が立法された。この法律は膨大であるが、立法理由のひとつに、父母離婚後の面会交流紛争の解決の迅速化があげられている。子の時間感覚を尊重して、子がかかわる事件は迅速

に行わなくてはならないとされたのである。事件を迅速に解決しなければ、非監護親と子の関係が希薄になってしまうからである。日本法にはこの視点が決定的に欠けている。

(5) 今後の課題

日本でも、家族法分野についてもようやく抜本的改正を行わなくてはならないという機運が盛り上がりつつある。このような状況のなか、本研究のテーマは改正が必要な事項のなかでも優先順位が高いものの部類に属する。そのため、今後盛んになるとされる議論で本研究の成果は利用価値があると考えられる。

また、今後の課題としては、手続法においていかに離婚時の子の処遇決定を迅速化していくことを制度化していくかということが本研究の結果新たに明らかになった課題であるといえる。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計4件)

① 鈴木博人

子の権利と親子法、月刊司法書士、査読無、467号、2011年、PP. 5-9

② 鈴木博人

親権濫用論の限界と親権制限制度の課題、法と民主主義、査読無、447号、2011年、PP. 22-27

③ 鈴木博人、高橋由紀子、中川良延、西川公明、横田光平

親権法及び関連法改正提案、戸籍時報、査読無、650号、2010年、PP. 4-13

[学会発表] (計0件)

[図書] (計0件)

[産業財産権]

○出願状況 (計0件)

名称:

発明者:

権利者:

種類:

番号:

出願年月日:

国内外の別:

○取得状況 (計0件)

名称:

発明者:

権利者:

種類:

番号:

取得年月日:

国内外の別:

[その他]

ホームページ等

6. 研究組織

(1) 研究代表者

鈴木博人 (SUZUKI HIROHITO)

中央大学・法学部・教授

研究者番号: 90235995

(2) 研究分担者

()

研究者番号:

(3) 連携研究者

()

研究者番号: