

# 面会交流審判事例から見る離別後の子の養育

——スウェーデンの家族法との比較を通して——

矢野裕子

## 1. はじめに

「子どもの権利条約」は、「児童は親を知る権利および父母によって養育される権利を有する」（第7条）、「締約国は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」（第9条）「締約国は、児童の養育及び発達について父母が共同の責任を有するという原則の認識を確保するために最善の努力を払う」（第18条）など、親子関係について謳われている。特に第9条からは、両親の離婚・離別後も子どもが両親と直接に会い親密な関係を維持できることが、子どもの権利であることを明示していることがわかる。この「子どもの権利条約」をスウェーデンは1990年6月29日に、我が国も1994年4月22日に批准している<sup>1)</sup>。

親としての責任が婚姻関係の有無にかかわらず課せられているスウェーデン社会の最大の特徴は、婚外子差別を完全になくし、1969年には「婚外子の父性確定に関する法律」（善積 1993）も制定されていることである。これに対して、日本では、婚外子の人権を保障することが、男性の無責任な婚外の性行動にも歯止めをかける<sup>2)</sup>ことに気づかず、今なお婚外子差別の解消が法律婚家族の尊重と対立するものにとらえられている。

本稿では、スウェーデン社会が婚外子の父親にも養育責任を厳格に法律で規定し、すべての子どもたちに対して、両親と親密な交流をすることが「子の最善の利益」であると考えた社会意識に着目して、日本の社会意識と比較し、日本における親の離別後の共同養育について考えてみたい。

日本の面接交流の家事審判について、「子の福祉」が面接可否の判断基準に含まれてはいるが（矢野 2010）、何が子どもの最善の利益であるのかが明示されておらず、別居親との面会が制限されたり、全く面会交流ができなくなってしまう場合も多い。

本稿では、善積（2011）が行ったスウェーデンの離別後の面会交流の研究、梶村（2014）が行った日本の面会交流の裁判例の分析・研究を参考にしながら、日本の面会交流の裁判事例を分析し、共同養育の方途を探ることを目的としたい。

## 2. スウェーデンの家族法

### (1) スウェーデンの婚姻制度と親子にまつわる法

スウェーデンの婚姻は、証人の前で挙式することで成立し、挙式には教会婚と市民婚があり、当事者は挙式執行者の質問に応え、婚姻に同意することを宣言しなければならない。挙式執行者には、牧師、地方裁判所判事、県が挙式執行者に任命した者、挙式執行資格を取得した者になることができる。挙式後、挙式執行者から挙式証明書が結婚した当事者の所属する教区に送られる。しかし、スウェーデンの身分登録制度は、日本のような二世帯親族を単位として一緒に登録するシステムはなく、個人別にその人のライフストーリーの記載される「個人票」がある。これは、本人の背番号、姓名、出生地、親の背番号、洗礼月日、見神礼月日（成人してから改めて受ける洗礼）、婚姻歴や出生歴、現住所が記入される（善積 1992）。

結婚・離婚に関連する法律は、それまでの「結婚法（Giftmålsbalken）が改正され、スウェーデン新婚姻法（ÄKTENSKAPSBALKEN Utfardad den 14 maj 1987）が1988に施行された。第5章 離婚（5 Kap. Äktenskapsskillnad）に於いて記載されているとおり、離婚については、破綻主義の立場にたち、夫婦の一方だけが離婚を欲する場合、6ヶ月の考慮期間を経過した後、離婚することができる（第2条、第3条）。ただし、夫婦の別居期間が2年以上継続し

ている場合、夫婦は、考慮期間を置かないで、直ちに離婚の権利を取得する（第4条）と規定されている<sup>3)</sup>。

そして、1960年代からはじまったスウェーデン社会のデモクラシー化に伴う人権意識の向上を契機として、子どもの人権の観点から全面的な親子法（Föräldrabalken）の見直しが何度も行われている。この親子法（Föräldrabalken）では、未成年の子どもについて、夫婦は婚姻中のみならず結婚を解消した後も共同で養育権（Vårdnad）をもつことが義務づけられている<sup>4)</sup>。すなわち、子どもとの同居の有無にかかわらず、子どもの成長における重要事項の決定はすべて両親共同で行われなければならないと規定している（三上 1999）。婚外子に対しても差別なく父親の養育責任が問われ、父性の確定に関しての社会福祉委員会の協力義務が明確に規定されている。

1937年に、養育費の支払い義務の履行強制と「子どもの生活費の確保のために、ひとり親家庭を対象にした「養育費立替法（Lag om bidragsförskott）」、後に改名され「養育費扶助（underhållsstöd）制度」が制定され、また、両親が法律婚をしていない場合も、父親を見つけ出して確定していくことが地方自治体の任務とされ、制度が整えられている（善積 2012）。もしも、男性が「子の父であること」を否認し父性確認に応じない場合には、子を原告として、子どもに代わって社会福祉委員会および母親が裁判所に父性確認の訴訟を起こすことになり、子どもは無収入ということで、DNA鑑定や裁判費用などの諸費用はすべて公費で賄われている。現代のスウェーデンでは「子育ては私的なものではなく、子どもの養育責任は家族と社会がともに背負うもの」という社会的コンセンサスが形成されている（善積 2012）。

## (2) 男女平等施策

世界で5番目に男女格差が少ない国スウェーデン（世界経済フォーラム 2017）<sup>5)</sup>では、1998年に教育法が改正され、すべての子供たちを男女の区別なく平等に扱うことが教育機関に義務付けられていて、ジェンダー・ニュートラルの教育方針をとる就学前学校がある。

夫婦においても男女平等が進んでいる。姓は「個人の指標」であることから、全く新しい姓を特許・登録局の許可を得て容易に取得することができるので、夫婦は婚姻後の姓を自分たちで選択・決定することや、婚姻後の姓の変更も容易にできる（善積 1992）。

子ども全体の二分の一以上が婚外子で、法的にも実際にも全く差別がない。サムボ（同棲者）に対して、婚姻している夫婦同様の権利や保護を与える法律がある。結婚せずに別れた場合でも、この法律に従い住居・家財は平等に分け、父親には子の養育費を支払う義務が生じる。この法律の施行後に、スウェーデンにおいては出生率が上昇した。またこの制度を利用し、同棲してから結婚したり、結婚をしないまま同棲の形で生活を続ける男女が増加した。

これらのことは、婚外子を生む女性に対する社会の差別意識を払拭し、妊娠する性としての女性が男女間で劣性になることがないことに通底する。婚外子を生むことに偏見を持つ社会では、女性は男性に対して受け身で結婚をまたなければならない。妊娠した未婚のカップルの女性は男性の求婚を待たねばならないため、必然的に女性らしさといわれている性質、即ち、従順であるとか、相手の意を汲むとかの態度が育ちやすいのは自然であろう。しかし、婚外子への偏見や差別がまったくないのであれば、シングルのまま出産すればいいだけなので、カップルの破綻が「捨てられる」とか「浮気をされる」とかの意識を育てにくいことは想像に難くない。

### 3. 日本の家族法

#### (1) 日本の婚姻制度と親子にまつわる法

両性の合意は、日本国憲法第 24 条で規定された婚姻の原則である。憲法のこの規定は、男女平等をめざしたものである。大日本帝国憲法下やそれ以前には、婚姻には家長の同意が必要とされ、親が婚姻相手を決めてしまう場合がほとんどだった。この制度では、どのような理由があろうとも、女性の側から婚姻を解消する権利がなかった。

現代では、離婚について民法第 763 条から第 771 条に規定があり、その他、戸籍法、家事事件手続法、人事訴訟法及びこれらの附属法規において定められている。現行法は、離婚の形態として、協議離婚、調停離婚、審判離婚、裁判離婚を規定し、離婚時にも法律上は両性の平等に根ざしたものである。

協議離婚は多くの国でとられるような公権による当事者意思の確認手続を有しておらず、離婚手続としては当事者の合意と届出のみで成立する点で世界的にみても最も簡単なもので特異な法制であるといえよう（我妻他 1999）。

歴史的にみれば、島津（1992）が述べるように、法律婚・届出婚は、男の重婚関係と、子どものなかでも父家存続に奉仕し得る子だけを保護するべくつくられてきた制度であり、女もまた、父家存続に奉仕し得る性のみが、変遷する法的扱いの中で、常に切り捨てられる恐れを孕みながら一定程度保護されてきた。その切り捨て、保護する選択に役立つのが認知制度であるが、認知とは父の一方的権利であり、父家存続に奉仕する子を選択する重要な権能であった。そして、今も、戦前と同じ形で子どもを嫡出子と非嫡出子に切り分ける身分決定は行われている。母には、子の認知請求の代理人となって父に認知請求ができるだけである（島津 1992）。日本では、男性の性の放縦の指摘があり、歴史的にも性のダブルスタンダード（二重規範）が特徴的であった。父性の確定は、女性が裁判を起し、DNA 鑑定、認知という形になる。JFC の問題にみられるように、父親が別の女性と結婚している場合、認知すら拒否する場合もある。依然として、「女性の二分化」（生む性と性対象）を残したまま、生む性の立場に置かれる女性とその相手とだけの話になっている。民意もまた婚外子に対する父親の責任が問うことは余り聞かない。

日本の現代社会でも、スウェーデンのサムボのように婚姻届けを出さずに共同生活を営むカップルが存在する。通常、「事実婚」と呼ばれ、法律婚に対置される概念である。したがって事実婚という概念を用いる場合には、特に当事者間の主体的・意図的な選択によって婚姻届けを出さないまま共同生活を営む場合を指す場合が多く、届出を出すことができないような社会的要因がある場合をも含む「内縁」とは異なる概念として区別されて用いられるこ

とが多い(二宮 1999, 内田 2004)。この点を強調して「選択的事実婚」(小野 2002)あるいは「自発的内縁」(利谷 1999)とよばれることもある。

事実婚にともなう「夫婦別性」はようやく市民権を得たかのようなのである。しかし、その中で、現代の私生児、非嫡出子<sup>6)</sup>はまた二つに分けられようとしていることを島津(1992)は指摘する。島津(1992)は、明治の昔、男が認知した私生児<sup>7)</sup>だけを庶子をして父家存続に役立つという範囲内でのみ優遇したように、別性保持のためやむを得ず「事実婚」をしているカップルの子だけを国が認知し、私生児扱いされないように別性での婚姻届けを認めようということで、残されるのは、「事実婚」カップルから生れたのではない非嫡出子であり、婚外子問題の本質は問われないと述べる。そして、彼女は、夫婦別性がめでたく合法化されたあかつきには、非嫡出子への「私生児」差別は今よりももっと厳しいものになるのではなかと予測する。

## (2) 男女平等施策

学問としてのフェミニズムは、性差別秩序相対への批判というよりは、男性と女性の差異に問題設定が集中し、女性の一元化が図られてきた(菊地 2004)。フェミニズムを他の学問と同様に理論的課題であることを社会に認知させた上野(1990)の『家父長制と資本論』は、『『層としての女性』に課せられた『家事労働』という不払い労働こそが、階級形成のための物質的基盤である」と、家事労働に焦点が当てられ、「家事労働」に分析上の優位性を与えることの説明もないままに、その評価に分析が集中し、女性は家事労働を担う階級として一元化していることを、菊地(2004)は指摘する。そこでは、女性は結婚しているのが前提条件で、非婚母子家庭の母は存在していないことになる。そして、非婚母子家庭への厳しい差別は、明治20年代初頭の家父長制的な「家」再編期以降、一層過酷なものになったと思われるが、フェミニズムが、その家制度からの脱却のために家父長制下の家事役割分業議論に没頭してきたことは、性差別秩序の最も犠牲になっている非婚母子家庭の問題や婚外子差別の問題を後回しにしてきたのではないか。しかし、非

婚母子家庭の母である松尾（1992）が主張するように「男の養育責任が社会的に追及されない限り、女と男の対等な関係なんてありえない」のである。

そして、国家施策としての内閣府の男女共同参画推進は、家事役割分業の緩和に終始し、夫の育児参加奨励や女性の社会進出を促進する施策を整備し、働く女性を応援するべく待機児童の解決のために尽力しているなど、従来の家族形態の枠からはみ出ない夫婦とその子どもたちだけが施策の対象である。日本の男女平等意識は、主に家庭内における家事労働の分担に関する議論を中心に展開され続けている。

#### 4. 面会交流裁判事例の検討

面会交流訴訟の全データを対象として、①申立人の性別、②面会可否の結果とその理由を整理し分析を試みる。

昭和39年の母親が調停離婚で親権者となった父親に対し、子との面接交渉を求めた面接交渉の裁判事例は、抗告審では逆転して面接交渉を認めなかったが、原審では、家裁が親の監護に関連する権利であるとして毎月1回の母子面接交渉を命じたもので、この原審は我が国初の本格的な面接交渉審判であり、沼邊愛一判事担当のため、沼邊審判として有名である（梶村2014）。この39年の面接交渉審判を皮切りに、現代までの約50年におよぶ面接交渉事例を、TKC ローライブラリー（TKC 法律情報データベース）のLEX / OB インターネットの判例データベースにより判例総合検索をかけた。梶村（2014）が網羅的に選別する裁判事例を参考に、年代別に「申立人の性別と面会可否審判の結果、および面会可否の理由」を抽出する。なお、申立て後、家族全員がアメリカに転居したものは省き、原審・抗告審・最高裁と上告されている事例については、最終審の結果を用いた。

【1】1960年代（昭和40年～44年）

(1)「面会許可（面接強制申立て認容、子の引渡し）」

申立人：父

- ① 親の自然な権利（昭42・6・9 子5歳）
- ② 親として当然に有する権利。未成年者の人格の円満な発達にとって必要。  
（昭44・5・22 子12歳）

申立人：母

なし

(2) 「面接交渉（間接強制）申立却下・禁止」

申立人：父

なし

申立人：母

- ③ 後妻に懐いている。精神面の健全な成長を阻害する。（昭40・12・8 子6歳）
- ④ 父の後妻と子の養子縁組。面会権なる権利はなく非審判事項。（昭43・12・24 子9歳）

**【2】** 1970年代（昭和45年～54年）

(1) 「面会許可（間接強制申立て認容、子の引渡し）」

申立人：父

- ⑤ 「親切な父があるのだ」との幸福感を抱かせるよう配慮することが必要。（昭47・9・19 子7歳）
- ⑥ 面接交渉も子の監護に関する処分の一態様。（昭49・6・19 子4歳）
- ⑦ アメリカ州法事件。面接交渉の条項変更。（昭50・8・12 子9歳）
- ⑧ 子の引き渡し経過措置（昭52・12・9 子10歳・7歳）

申立人：母

- ⑨ 離婚訴訟中。（昭49・2・20 子10歳・幼稚園）
- ⑩ 協議離婚無効確認訴訟中、子に悪影響を及ぼす事情なし。（昭50・1・27 子5歳・3歳）

(2) 「面接交渉（間接強制）申立却下・禁止」

申立人：父

なし

申立人：母

- ⑪ 姉夫婦の養子となっている。（昭51・7・22 子4歳）



**【3】 1980年代（昭和55年～平成元年）**

(1) 「面会許可（間接強制申立て認容、子の引渡し）」

申立人：父

- ⑫ 父母の別居中は共同親権。(昭55・3・5 子7歳・6歳)
- ⑬ 離婚前の別居中。(昭57・4・22 子7歳・4歳)
- ⑭ イギリス人の父 反致の原則。当然に認められる自然な権利。親子の関係を事実上保証する最終の絆。(昭62・3・31 子8歳)
- ⑮ 合意面接交渉妨害による慰謝料容認。父娘の基本的人間関係の破壊に関する精神的打撃。(昭63・10・21 子5歳)

申立人：母

なし

(2) 「面接交渉（間接強制）申立却下・禁止」

申立人：父

- ⑯ 父の飲酒・暴力。子の父との面接嫌悪。(昭55・9・16 子6歳・4歳)
- ⑰ 父の言動から2児が強い嫌悪感。(昭56・9・16 2児)
- ⑱ 父の母に対する暴力。覚醒剤使用犯罪歴等。(昭57・4・2 2児)
- ⑲ 幼少で常時母の監護を必要とする。(昭57・4・22 3歳)
- ⑳ 最高裁決定。憲法違反の主張は当たらない。(昭59・7・6 子長女)
- ㉑ 面会交渉を求める目的が母及び親族に対し離婚時の憤懣をぶつけることがうかがわれる(昭60・6・27 子7歳)

申立人：母

- ㉒ 離婚訴訟係属中。保全の必要なし。(昭60・12・19)

**【4】 1990年代（平成2年～11年）**

(1) 「面会許可（間接強制申立て認容、子の引渡し）」

申立人：父

- ㉓ 審判前（離婚前）。涉外事件。父母間の対立・反目が激しいことのみを理由に直ちに面接交渉が許されないとするのは相当でない。両親は教養を備えた良識人。(平9・1・29 子4歳)

申立人：母

- ㉔ 聾啞者夫婦。子は父の母によって育成。子の年齢にとって母親の役割は必

要。(平2・5・31 子6歳)

- ②5 離婚紛争中。(平2・12・3 子9歳・8歳)
- ②6 離婚調停訴訟係属中。母に精神不安定で治療中の時期があったとしても、2児の年齢からして母子面接は必要。(平4・7・31 子2歳の双生児)
- ②7 父死亡、債務者姑、子の自由意思での面接交渉。(平5・10・14 子12歳)
- ②8 面接交渉拒否損害賠償事件。慰謝料500万円。長男の人格発達を阻害するもので違法。(平11・12・21 子5歳)
- ②9 母の再婚。年1回。(平8・4・30 13歳)

(2)「面接交渉(間接強制)申立却下・禁止」

申立人：父

- ③0 婚姻破綻中の面接は子の精神的安定を欠く。(平2・2・19 子3歳)
- ③1 離婚無効確認訴訟係属中に、面接交渉を命ずるのは時期尚早。(平5・12・22 子4歳、2歳)
- ③2 涉外事件。日本に住む子との面接交渉に関するフランス控訴院の決定事項は承認できない。事件本人が中学校に進学するまでは認めない。それ以降は当事者間での協議。(平6・3・31 子9歳)
- ③3 涉外事件。子が明確に父と会いたくないと意思表示。(平7・10・9 子13歳)
- ③4 幼年。子が父との面接後に情緒不安定な兆候。(平8・3・18 子3歳)
- ③5 母の再婚。(平8・4・30 子9歳)
- ③6 離婚後、子精神科入院。(平11・11・11 子14歳・他に長女)

申立人：母

- ③7 別居中の面接交渉。親権者でない親に認められた権利であり、不和別居中でも共同親権者。裁判所はいたずらにこれに介入すべきではない。(平4・8・7 子6歳)

【5】2000年代(平成12年～21年)

(1)「面会許可(間接強制申立て認容、子の引渡し)」

申立人：父

- ③8 別居状態。面接交渉を適正措置請求権だと性質決定。(平12・5・1 子6歳・9歳)
- ③9 間接強制を拒むことができる「正当な自由」も「特別な事情」も認められ

ない。(平15・8・6 子11歳)

- ④0 3名中1名容認事案。父に対して良い思い出をもつ。両親の関係について理解している。(平18・7・31 子12歳)
- ④1 援助団体の立ち合い。(平18・7・31 子10歳)
- ④2 「面接を認める」という文言も全体を見れば給付条項といえる。(平19・6・7 子2歳)
- ④3 外国籍の父に退去強制事例。未成年者の心情の成長にとって重要。(平21・1・16 子7歳)

申立人：母

- ④4 涉外事件。相手方がその意思で長女と申立人を面接させたりすることのできる時期は過ぎている。(平12・5・1 子16歳)
- ④5 子の引き渡し事件(監護者変更)。面接交渉非協力者の監護者不適格性。(平15・1・20 子14歳・12歳・10歳)
- ④6 監護者指定。母が面接交渉に応じる旨一貫して示しており、監護者としての適格性に問題はない。(平17・6・22 子4歳)
- ④7 宿泊付き面会の制限。父の後妻との養子縁組。ただし、月一回の面会は許可。(平18・2・3 子小学生・保育園児)
- ④8 離婚前の不和別居中。代理人弁護士など第三者の立ち合いを条件。(平19・11・7 子5歳・4歳双生児)
- ④9 間接強制。債務者は未成年者らを債権者に面接させる債務を負っている。(平20・9・18 子9歳・7歳・3歳)

(2) 「面接交渉(間接強制)申立却下・禁止」

申立人：父

- ⑤0 父からのDV被害により接近禁止仮処分命令。(平13・6・5 子9歳・6歳・4歳)
- ⑤1 妻と子への暴力(平14・1・16 子7歳)
- ⑤2 父の暴力により母がPTSDにかかり協力を期待できない。(平14・5・21 子1歳)
- ⑤3 調停条項の変更により原則禁止。不規則かつ不適切な態様による面接交渉が継続されている。(平15・11・28 子14歳・11歳)
- ⑤4 3名中2名却下事案。父との面接を希望しない。年齢(6歳)からして母

の協力が必要なのに得られない。(平 18・1・31 子 9 歳・6 歳)

- ⑤⑤ 父の暴力により接近禁止命令中。(平 14・10・31 子 2 歳)
- ⑤⑥ 「月 2 回程度の面接」とは債務の内容が特定されているとはいえない。(平 18・8・7 子 11 歳・8 歳)
- ⑤⑦ 子らの所在確認のため秘密小包を宅送。未成年者の福祉に反する。(平 19・8・22 子 12 歳・10 歳)

申立人：母

- ⑤⑧ 間接強制申立て。「母が長男と毎月 2 回面接することを認める」という文言は確認条項に過ぎず給付条項とは認められない。(平 14・6・25 子 3 歳)
- ⑤⑨ 母が調停条項を遵守せず面接を強行。(平 18・3・9 子 9 歳・6 歳)
- ⑥⑩ 写真・通知票送付のみ。父の後妻との養子縁組。(平 18・3・31 子 7 歳)
- ⑥⑪ 手紙のやりとり。父の再婚。父は子との面接に消極的。(平 19・7・19 子 8 歳)

## 【6】2010 年代（平成 22 年～平成 25 年）

### (1) 「面会許可（間接強制申立て認容、子の引渡し）」

申立人：父

- ⑥⑫ 損害賠償請求事件 非監護親の行為が監護親の心理的負担。面会拒絶の正当な理由とは言えない。(平 22・3・3 子 15 歳)
- ⑥⑬ 段階的時間増加。非監護親との接触を通じてその愛情を感じることは子の権利。(平 22・7・23 子 2 歳)
- ⑥⑭ 施設入所中の子との面会交流。母の内縁の夫による虐待。(平 24・6・29 子 9 歳・8 歳・7 歳)
- ⑥⑮ 間接強制。給付の特定に欠けるところはない。(平 25・3・28 子 7 歳)

申立人：母

なし

### (2) 「面接交渉（間接強制）申立却下・禁止」

申立人：父

- ⑥⑯ 間接強制。相手方がすべき給付が十分に特定されているとはいえない。(平 25・3・28 子 12 歳・8 歳)

申立人：母

## 5. 日本の面会交流裁判の変遷

1960年代から1970年代までは、父親の請求に対しては、「親の自然な権利」(①)「親として当然に有する権利」(②)「面接交渉も子の監護に関する処分の一態様。」(⑥) という判決理由がみられ、母親の請求に対しては、「面会権なる権利はなく」(④) という判決理由が見られる。父親に対してのみ、親の当然有する権利として認められ比較的面会が許可されていたと考えられる。

1980年代では、DVという言葉は日本ではまだ周知されていなかった時代ではあるが、「父の飲酒・暴力。子の父との面接嫌悪。」(⑬)「父の暴力」(⑲) という形で面会の申立ては却下されていた。このころから父の母に対する暴力は、裁判所においても、子どもの福祉を害すると認知されていたと推測できる。

1990年代になると、子が幼少である場合、「母が必要」という理由で、母の申立てが許可されている(⑳)(㉒)。一方、「子は明確に父と会いたくないと意思表示」するからとか(㉓)、幼年で子が父との面接後に情緒不安定な兆候。」をみせるからとか(㉔)「母の再婚」、(㉕)などの理由で却下されていた。

2000年代に入ると、面会交流について裁判所も積極的な姿勢が見られ、世界の動向に沿ってきているように見える。特に父親からの請求に対して積極的である。たとえば、(㉙)は随所で引用言及されている著名事例であるが、原審では従来のように「現に未成年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。したがって、強制執行することは許されないものと解するのが相当である。」と判示していたものを、抗告審では、義務者が義務を履行していない以上、権利者は間接強制の方法により権利の実現を図ることができると解す

べきであるとし、原審を覆した画期的な判例である。平成19年の間接強制事件もまた、「面接を認める」という文言も、面接の頻度、時期、面接日、面接の方法について具体的かつ明確に記載されていることから、給付条項として合意されたものと認めるという画期的な決定が続いている(④)。一方、(⑥)や(⑥)の事例のように、父親が再婚している場合は、裁判所は従来どおり父と子の直接面会には消極的である。(⑥)の審判理由を丁寧に見てみると、子について言及された部分では、離婚時には子は2歳で、父の記憶は全くないものと考えられる。父に会いたいという長女の思いは、抽象的な父親像にとどまっているものと推察されると書かれ、父について言及された部分では、面接交渉によって母との紛争が再燃することをおそれ、長女との面接交渉について消極的であることからすれば、面接交渉の早急な実施は、再婚家庭の環境を乱し、父の精神的不安を招く懸念があると書かれ、従来どおりの専ら父親の再婚家庭の安寧という結果ありきの審判理由であることが見て取れる。

2010年代になると、裁判所は、いっそう面会交流について積極的になってきたことがわかる例えば(⑥)の判決理由を詳細にみると、父の学校への参加は、学校側の承諾を取った上で行われていたので学校側に迷惑をかけていないと解釈したり、参観時に長女の近くに立ち、他へ移動しないことがあったものの、それ自体が子の福祉に反する内容の者とはいえないと判示していることなどは、2000年代よりもさらに増して面会交流に積極的になったことがわかる。(⑥)の判決理由などは、従来とは打って変わって、監護親の母が未成年者が父と面会交流をすると情緒的不安定になると主張するも、「子のそのような情緒不安定や不適応な症状は一過性のものであり、監護親が愛情を持って子を十分支持し、冷静にふるまうことができれば、そのような状況は次第におさまってくることは過去の経験の示すところである。」と、面会交流による情緒不安定は非監護親よりもむしろ、監護親の態度に左右されると教示しているように理解できる。近時の判例からは、いかなる場合に面会交流を許すかではなく、いかなる場合に面会交流を債務者(監護親)が

拒否できるかに、移行してきているのであろう。たとえば、(67) はいかなる場合に間接強制を阻止できるかについて示唆を与える事例である。ただし、間接強制を決定できるのは、「給付の特定に欠けるところはない。(65)」場合であることがわかる。(66) のように、「最初は一時間から始めることとし、長男の様子を見ながら徐々に時間を延ばすこととする。」「具体的な日時、場所、方法等は、・・・協議して定める。」となっていると、相手方がすべき給付が十分に特定されているとはいえないと判断されてしまうため、今後の調停での面会交流の協議は、具体的な日時や場所、方法等を決める協議が増えていくであろうと推察できる。

## 6. 「子の福祉」をめぐる議論

### (1) 「子の福祉」の中身

日本では、離婚後の子の監護養育について、民法第766条1項で、「父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者、父または母と子との面会及びその他の交流、子の監護に要する費用の分担その他の子の監護について必要な事項は、その協議で定める。この場合において、子の利益を最も優先して考慮しなければならない。」、同条2項は、「前項の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、同項の事項を定める」と、「民法等の一部を改正する法律」(平成23年法律第61号)により民法第766条が改正され、平成24年4月1日から施行されている。子どもとの面会交流は、子の福祉を最優先で考慮し、また、当事者の協議が調わない場合には、家庭裁判所での調停・審判によって決めることになる。

面会交流審判の判断基準は、いわゆる明白基準説<sup>8)</sup>によって運用され、面会交流を実施することが子どもの生活や精神的、情緒的安定を揺るがし、子どもの健全な成長を妨げるおそれが強い場合には認めるべきでないことになる(秋武 2011)。

これに対して、前述した、スウェーデンの親子法においては、「本章の規

定によって子の監護、居所、及び、面接交渉に関する決定が行われる場合、その決定に際し、子の最善「barnets basta」を最優先的判断基準としなければならない。何をもって子の最善とするかを判断する場合、特に子と両親との親密、且つ良好な関係の必要性に意を用いなければならない。・・・」と明確に規定している(第6章 子の監護、居所及び子の面接交渉 第2a条)<sup>4)</sup>。

一見みれば、双方「子の最善」を最優先しているように解釈できるが、最も相違なる点は、日本では、「子の利益」とのみ書かれている部分では、何を子の利益とするかが不明瞭であるのに対し、スウェーデンの親子法においては、「子と両親との親密、且つ良好な関係の必要性」と親子の親密な関係が子の利益であると、明記している点である。

## (2) 共同養育と共同親権

スウェーデンと日本の親子法の決定的な違いは、「人間解放、男女平等に基づく性解放」であろうと一言でまとめる善積(1992)の以下の指摘は注目に値する。婚前の性関係は自然なものとなされ、結婚する前に試験的に共同生活をもつことは必要とされ、トロストの1980年の調査によると、カップルの99%は結婚前に短期ないしは長期の同棲を経験していた。さらに、サムボの増加に拍車をかけたのは、親子法や婚姻法の改正にみられるような政府の非婚の親や婚外子に対する差別の撤廃の努力であった。家族法改正審議会に対して1969年に法務大臣クリングが家族法改正の指針を発表した時に一節に「新しい立法は可能な限り、それぞれの男女の結合形態と道德に対して中立でなければならない。法律婚が家族法の中で中核的地位を占めるものであっても、未婚の母や事実婚の当事者に対して不当な苦痛や不便を与えるような規定があってはならない。〈婚姻法の中立の原則〉」(スンドベルイ、1978年2676頁)があり、現在のスウェーデンの家族法の基本理念になり、父母の婚姻関係の有無による子ども間の法的差別は解消されていく(善積1992)。このようにしてスウェーデンは共同養育(ボードナー)と呼ばれる概念のもと、父母の婚姻関係に関係なく、男女とも養育の義務を果たしてい



く。

これに対して日本は、現在に至っても、父親が自分の子と認めるか否か、子どもを養育するか否かは、男性の専権である。

しかしこれが通念となっており、日本人は「世間」と相容れない生き方を試みる人に対して、「逸脱者」のレッテルが貼られ、厳しい非難・制裁が加えられるため、人々は自己規制し「人並み」な生き方を志向するようになる。このことが、多くの女性にとって、たとえ安定した職業を得ていたとしても、非婚の母になることを回避しようとするイデオロギーが植え付けられるのも自然なことであろうと、善積（1992）は指摘する。

そして、親子断絶防止法案が出されるまでに法を動かしてきた共同親権運動は、団体によって親子断絶防止法案に対しては賛否両論あるにしても、スウェーデンのような共同養育ではなく、「親権」の主張を運動の格としている。「親権」には2つの要素があり、親権の中身は、監護権（身上監護権）と財産管理権に区分できる。監護権は、居所指定、懲戒権、職業許可権が定められており、15歳未満の子が養子縁組・離縁をするときの代理などの身分行為の代理権も定められている。つまり共同親権は父権拡大となり、例えば「K子さん事件」にみる、扶養義務放棄の助長をしてしまう場合が出てくる危惧を免れない。1970年代に起こった「K子さん事件」とは「未婚の母の幼稚園教諭のKさんが産院を退院するとき、当初は中絶を強要しようとした子の父親とその妻が子どもを誘拐し、S夫妻に渡し、S夫妻は実子として勝手に届け出る。大阪地裁堺支部は『働きながらの未婚では母親として不適格』という理由でS夫妻に勝利する判決を出し、高裁も敗訴、最高裁でも棄却」という結果の裁判事例である。

仮に、今、婚外子の父親の養育責任追及のための法整備なしに共同親権に移行すると、全ての子の父親に、子どもの居所などを決める権利を付与することになり、「K子さん事件」のように、婚外子の一方の親権者である父親が勝手に養子縁組をしてしまっても、親権に基づいて正当な方法で養子縁組をしたということになる。そこに男女間の権力関係もあり、母親の意向を無

視した形で父親が養子縁組をしても母親の意向は隠蔽されるかもしれない。あるいは、婚外子の場合のみ単独親権を維持したとしても、ますます、婚外子とその母親を困難な生活、差別的境遇に追いやってしまう可能性がないとは言えない。

以上、スウェーデンの共同養育と日本の共同親権の動向には、いわば逆向きにも見える社会意識が存在する可能性があるのかもしれない。

## 7. まとめ

スウェーデンでは、子どもが面会を拒否しても、その理由が不明確な場合だけではなく、できるだけ面会が行われるような判決が出され、子どもはできるだけ別居親と面会した方が良いという価値判断が前提として存在している。スウェーデンですら、父親からの面会要求の場合と母親からの面会要求の場合と異なる判断基準が適応されているようである。

善積（2011）は、スウェーデンの裁判事例の分析から、「欲しいものを買ってもらえない、父親は厳しいから」という理由で父親との面会を拒否する娘に対しては、子どもは行為に限界を定められ、しつけられ、規律を学んでいくことが重要であるという視点から、子どもの要望は子どもの最善の利益と矛盾すると判断され、父親からの面会要求が認められているのに対し、口うるさい母親に対して思春期にもちがちな不満や反発をもち、子どもは父親の単独養育や同居を希望し、その子どもの意思を尊重する判決が出されていたという。彼女は、「口うるさい」という子どもの拒否理由を認めることが、はたして「子どもの行為に限界を定める、しつけられ、規律を学ぶ」という子どもの最善視点と矛盾しないものか、検討されていないことを指摘する。

一方、日本においても近時の判例では、本稿で見てきたように、いかなる場合に面会交流を許すかではなく、いかなる場合に面会交流を債務者（監護親）が拒否できるかに移行してきていた。裁判所は、いっそう面会交流について積極的になってはきたが、父親が子との面会交流に積極的である場合の

ほうが、そうでない場合よりも、より面会交流許可の審判結果が出ていた。

日本では、母にも子にも、独自には何の決定権もないのである。現代社会に至るまでも、嫡出か非嫡出かの子の身分の決定を父親の恣意に任せ、子どもに対する父親の養育責任など追及されない中、時期尚早に共同親権に移行することは、後ろ向きの効果を果たし、今度は、子の身分だけでなく、子どもが父に会えるか会えないかの決定権まで、父親に専権を委ねることになりかねないのではないだろうか。

スウェーデンのように、すべての子どもに対して、共同養育が保障される制度が確立されることが急務であろう。

## 注)

### 1) 「児童の権利に関する条約（子どもの権利条約）」

子どもの基本的人権を国際的に保障するために定められた条約である。18歳未満の児童(子ども)を権利をもつ主体と位置づけ、おとなと同様ひとりの人間としての人権を認めるとともに、成長の過程で特別な保護や配慮が必要な子どもならではの権利も定めている。前文と本文54条からなり、子どもの生存、発達、保護、参加という包括的な権利を実現・確保するために必要となる具体的な事項を規定している。1989年の第44回国連総会において採択され、1990年に発効した。(ユニセフホームページ [www.unicef.or.jp/about\\_unicef/about\\_rig\\_list.html](http://www.unicef.or.jp/about_unicef/about_rig_list.html))

### 2) スウェーデンの父親の養育責任

スウェーデンでは、婚姻関係になくとも、生物学的父親を血液検査で明らかにされ、父親が決められ、親としての責任遂行が課せられる。また、社会保障の円滑な提供のために経背番号が導入され、その人が国内にいる限りどこで就労しているかが把握され、非婚の父が行方をくらし養育費を母に支払わなくとも、役所が父を追跡して養育費を取り立てる体制ができています。たとえ女性が未婚で子どもを産んだとしても、その母との婚姻関係や同居の有無にかかわらず、父としての子への扶養責任は子が成人になるまで課せられる。避妊せずにセックスだけを楽しみ、あとは“知らん顔”という男性の無責任な態度は、もはやこの国では許されない(善積京子 1993 『婚外子の社会学』PP.236-243)。

### 3) スウェーデン新婚姻法

[www.senshu-u.ac.jp/School/horitu/researchcluster/hishiki/...](http://www.senshu-u.ac.jp/School/horitu/researchcluster/hishiki/)

### 4) スウェーデン親子法

[www.senshu-u.ac.jp/School/horitu/researchcluster/hishiki/...](http://www.senshu-u.ac.jp/School/horitu/researchcluster/hishiki/)

### 5) ジェンダー・ギャップ指数 (Gender Gap Index : GGI)

世界経済フォーラムは2017年11月、「The Global Gender Gap Report 2017」でジェンダー・

ギャップ指数を公表した。経済、教育、政治、保健の4つの分野のデータから作成され、0が完全不平等、1が完全平等を意味する。2017年の日本の順位は144か国中114位。2016年は144か国中111位、2015年は145か国中101位とランクを落とし続けている。

#### 6) 非嫡出子

『世界人口統計年鑑』では、嫡出子は「出生時にその国や地域の法律に従った結婚をしている両親から生まれた子ども」とされ、非嫡出子は「出生時に各国の法律に従った結婚をしていない両親から生まれた子ども」と定義されている。

#### 7) 私生児

本稿では、原著において敢えて「私生児」と使用されている箇所については、その文脈の意味を変えてしまわないように「私生児」を用いている。

#### 8) 明白基準説

面会交流の判断基準については、①子どもの福祉に積極的に寄与することが明らかな場合に限り、面会交流が認められるべきとする見解、②明らかに子どもの福祉を害しない限り、認められるべきとする見解などがあるが、実務は②の見解によって運用されている（秋武2011）。

## 引用文献

- 秋武憲一 2011 『離婚調停』 日本加除出版 PP.133
- 上野千鶴子 1990 『家父長制と資本論』 岩波書店
- 内田貴著 2004 『民法Ⅳ 補訂版 親族・相続』 東洋大学出版会 PP.144
- 小野幸二 2002 『演習ノート 親族法・相続法 全訂版』 法学書院 PP.89
- 梶村太市 2014（平成26）『裁判例からみた面会交流調停・審判の実務』 日本加除出版
- 菊地夏野 2004 「フェミニズムとアカデニズムの不幸な結婚（特集ウーマンリブが拓いた地平）」『女性学』日本女性学会学会誌／日本女性学会学会誌編集委員会編 12 PP.34-46
- 島津良子 1992 「非婚の母と子ども—その歴史と現在—」 善積京子編 『非婚を生きたい—婚外子の差別を問う』 青木書店 PP.211-217
- 二宮周平 1999 『家族法 第2版』 〈新法学ライブラリ9〉 新世社 PP.109
- 松尾みどり 1992 「非婚母子家庭と福祉行政」 善積京子編 1992 『非婚を生きたい—婚外子の差別を問う』 青木書店 PP.61
- 三上美子 1999 「高齢者福祉サービス—スウェーデンの『婚姻法』と『パートナーシップ法』—」 丸尾・塩野谷編 『先進諸国の社会保障5 スウェーデン』 東京大学出版会 PP.253
- 矢野裕子 2010 「子どもと別居親の面会交流の一分析—子どもの福祉の視点から」 西山学苑研究紀要第5号 京都西山短期大学 PP.1-16
- 善積京子 1992 「婚外出生と身分登録制度」 『非婚を生きたい—婚外子の差別を問う』 PP.160-177

- 善積京子 1993 『婚外子の社会学』世界思想社 PP.49-60
- 善積京子 2011 「スウェーデンにおける離別後の養育・居所・面会（その2）—養育裁判における子どもの意思尊重—」 追手門学院大学社会学部紀要 第5号 PP.197-229
- 善積京子 2012 「第7章 スウェーデン家族の変遷—変わるパートナーと親子の関係」レグランド塚口淑子 『「スウェーデン・モデル」は有効か—持続可能な社会へ向けて』ノルディック出版 PP.249-280
- 利谷信義 1999 『現代家族法学』〈NJ叢書〉法律文化社
- 我妻栄・有泉亨・遠藤浩・川井健 2005 『民法3 親族法・相続法 第二版』勁草書房 PP.88-114

