マイア　ロース
MAIA ROOTS

学位の種類	博士（法学）
学位記番号	法博第１１８号
学位授与年月日	平成２７年３月２５日
学位授与の要件	学位規則第４条第１項該当
研究科・専攻	東北大学大学院法学研究科（博士課程後期３年の課程） 法政理論研究専攻
学位論文題目	**Post-Separation/-Divorce Parent-Child Relationship —with a Focus on Contact between the Non-Residential/ Non-Custodial Parent and the Child** **（「父母の別居・離婚後の親子関係－別居親・非監護親と子どもとの面会交流を中心に－」）**
論文審査委員	（主査）　教　授　久保野　恵美子 教　授　渡辺　達徳 教　授　水野　紀子

論文内容の要旨

（１）本論文は、父母が離別した後における、子と別居する親との面会交流の文脈において、子に関わる法的問題の解決基準たる「子の最善の利益」がどのように解されるべきか、そのような子と別居親との関係を維持することについて法はどのような意義を認めるべきかとの問題を、特に子と同居する親が再婚するなどして子がいわゆる再構成家族で生活する場合の面会交流に照準を当て、ドイツ法と日本法との比較研究により、考察するものである。

（２）本論文の構成は以下の通りである。

序論においては、まず、本論文が再構成家族の場面における面会交流に関するドイツ法及び日本法を扱う理由が説明される。この問題に関する両国の法状況は大きく異なっているため、面会交流において問題となり、比較考量されるべき利益がどのようなものであり、いかなる根拠に基づいてどのように考量されるべきかの参照枠組を得るためには、両国法の比較検討を行うことが有効である。さらに、子がいわゆる再構成家族で生活する場合（以下では「再構成家族の場合」又は「再構成家族の文脈」とする）における面会交流の問題は、再構成家族の同居親の相手方と子とのいわゆる連れ子養子の問題と密接に関わることから、子にとって法的に保護に値する「親」との関係とはいかなるものであり、そのような親子関係と「家族」の捉え方がどのように関わるかという根本的な問題を提起することが示唆される。

ドイツ法を扱う第１章では、第１節で面会交流に関する条文、判例及びそれらを支える解釈論が提示され、第２節で再構成家族における子の面会交流が取り上げられる。ドイツでは、親子をめぐる権利義務関係を規律する一般法たる民法典中に、面会交流の法的性質及びその

制限の基準が明確に定められている。すなわち、面会交流は、子の権利であると共に、親の義務かつ権利であるとされ（ドイツ民法 1684 条 1 項)、父母は相互に面会交流を妨げないことはもちろん、促進する義務を負うとされる（同法 1684 条 2 項)。子の権利、親の義務、そして親の権利という規定の順番は、子及びその利益が面会交流の規律における中核であるとの趣旨によるものである。このことは、面会交流について具体的に規定するこれらの条文の他に、子の監護に関する条文群の冒頭の条文において、両方の親との面会交流は一般的に子の最善の利益に適う旨が定められている（同法 1626 条 3 項）ことに端的に表わされている。ドイツでは、親が子を養育する権利ないし責任及び子がその親によって養育される権利は、憲法の規定（ドイツ基本法 6 条 1 項）に基礎づけられており、面会交流もこれらの権利ないし責任としての性格を有する。また、面会交流は法的に強制可能な権利義務だとされる。

面会交流の制限については、「制限」は子の利益のために必要であるときに可能であるが、面会交流を「完全に排除又は相当長期に制限」するためには面会交流が子の利益を害することが認められる必要があるとの、二段階の基準が設けられている(ドイツ民法 1684 条 4 項)。これらの基準を定める規定は、本論文の筆者が東北大学大学院法学研究科に提出した修士論文で検討を加えた 1997 年の親子法改革法により改正されたものであり、当該改正は、面会交流の上記のような強固な権利性に照らし、判例法によって形成されてきた基準を明文化したものであった。排除又は長期間の制限のための基準は非常に厳格である。すなわち、同居親が面会交流に反対していること、当該親の再婚相手を代替的な親として適応させたいとの同居親の意向、長期間別離していた親との面会に適応するために子が直面する困難などは、面会交流が問題となる場面でしばしば表れるような典型的な困難であるところ、それらの困難とは異なる特段の事情によって子の最善の利益が害される例外的な場合のみ、この基準が満たされる。より短期の制限の基準も決して緩やかなものではなく、長期にわたって子の最善の利益に影響するような現実的、具体的な確かな根拠が存在することが必要とされる。より制限的でない方法によって子の最善の利益が確保できる場合には当該方法をとるべきという補充性の原則も、適用される。制限の判断において中心的な基準となる「子の最善の利益」は、抽象的な概念であり、その内実が問われるところ、ドイツでは、子の権利のみならず、同居親、別居親の憲法に裏づけられた法的利益も考量されるべきことが強調されてきた。筆者は、双方の親の利益を憲法的価値として重視すると共に、民法典上に、面会交流が子の利益に適うとの明文をおくことで、考量の出発点が明確化されてきたことに注意を促す。

第 2 節では、第 1 節で紹介された面会交流に関する規律の具体的な適用、そして、そこで問題となっている利益が何であり、どのような理念に基づきどのような考量枠組みがとられているかを検討するために好適な場面として、再構成家族の場合の子と別居親との面会交流の問題が取り上げられる。1980 年から 2006 年までの間に下された九つの裁判例から、次のような考察が導かれる。裁判例は、子の新たな家庭への円滑な統合を優先し、別居親との面会はそれを妨げるものとして不要なものとする見方から、子の新たな家庭への円滑な統合よりも面会交流を優先する方向へと大きく転換した。1990 年代以降は、裁判例は、面会交流の重要性を強調すると共に、新たな家庭の破綻の可能性を指摘し、学説もこれに同調した。再構成家族の子と別居親との面会交流が重視されるのは、それが憲法的価値に支えられていることによって説明できるものではなく、むしろ、裁判例でしばしば指摘されているのは、子がその実の両親とつながりを保つことが、子が自己像を形成し、健全な発達をするために必

須であり、新たな家庭への統合を重視するために実親を知らせることを先延ばしにすることは有害であるとの認識である。また、再構成家族が破綻するおそれが初婚により形成された家族よりも大きいとの知見も注目され、元の親との関係の方が、実は、継続的かつ安定的に子の利益に資することがありうることも示されている。

同居親が面会交流に反対することはしばしばあるが、実は、それは、子の利益への配慮というよりも、大人側の事情であることが多いことも指摘され、さらに、このような面会交流の重視の背景には、社会において再構成家族が形成されること、それに伴って子が 3 名以上の親をもつことが珍しくなくなったこと、また、非婚父の法的地位の強化もあったという。

別居親との面会交流が重視されるにつれて、再構成家族におけるいわゆる連れ子養子との関係が問題となった。ドイツ法では、養子縁組は、実親との関係を断絶する完全養子を意味するため、連れ子養子がなされると、別居親は子の親でなくなるので、面会交流を含む全ての親としての権利を失う。親子関係を切断される実親には養子縁組への同意権が認められるが、例外的に子の利益に照らして同意が免除される場合がある。したがって、子との関係において、別居親との関係と新たな家庭での代替親との関係とのどちらを法的に保護していくかが、同意免除の解釈をめぐって争われたのである。面会交流に関する上記のような価値判断を背景に、再婚当事者の事情を優先した連れ子養子及びその解消の実態が批判される一方で、同意免除の適用の厳格化が志向された。もっとも、論争のなかで明らかになったのは、別居親か再構成家族かという二者択一を迫る法構造の限界であり、現在は、連れ子養子をせずに、したがって、別居親と子との関係を切断することなく、再構成家族の新たな親にいわば部分的な親の権利を享受させる立法が実現している。

本章を通じて描かれるのは、再構成家族の文脈において、子の最善の利益を評価するに当たり、子、別居親、同居親そして再構成家族の新たな「親」の利益がいかに対立し、困難な問題が生じるかということ、その解決は、権利の性質論からは導くことはできず、精密な比較調整が試みられていることである。問題は、精密な比較調整が何によってなされるかであるところ、筆者は、ドイツで支持される結論がそのまま支持されるべきこと主張するものではない。裁判例及び学説の渉猟により、ドイツ法上の論議においては、心理学、精神医学などの知見及び実証研究の成果が参照されていることが明らかにされ、これを通じて、面会交流をめぐる価値判断及び高度な利益考量の適否が検証可能となっていることこそが注目されるべきとされる。

第２章は、日本法を扱う。日本民法上は 2011 年まで面会交流への言及がなく、2011 年改正でようやく子の監護に関する処分の一事項として定められた（民法 766 条 1 項)。しかし、条文には、面会交流が子の監護に関する事項に含まれることが示されるにとどまっている。そのため、面会交流の法的性質、別居親と子とのつながりにどの程度の法的意義が認められるべきか、面会交流が認められ又は否定されるための具体的な基準など、本論文が第 1 章第１節で示したような内容に対応するものを明確に示すことが困難な法状況である。

第２章第１節では、そのような日本の法状況及び権利の性質に関する学説の議論が整理され、第２節では、面会交流の制限の基準について、学説、裁判例が共に子の最善の利益基準を採用しつつも、面会交流の長所、短所についての基本的な理解さえ共有がなされず、それに伴い、例えば両親間の暴力の存在や心理的葛藤の程度が高いことといった具体的な事情がどのように評価、考量されるべきかにつき指針が存しないなど、不透明な状況であることが

指摘される。近時は、裁判例及び学説において、面会交流が原則として子の利益に適うとの考え方を示す立場が有力化しているものの、これに対する強力な批判も根強く存在し、基準の明確化が望める状況にないという。

第３節では、再構成家族の文脈に着目し、日本法は、ドイツ法のような完全養子によって別居親と子との関係が切断される困難とは無縁の構造であるにもかかわらず、連れ子養子を認めつつ別居親との関係を維持するどころか、再構成家族の文脈では面会交流が大幅に制限されることがしばしばであることが明らかにされる。

最後にまとめとして、ドイツ法における比較的明確な価値判断及びそれに基づく判断枠組が直接的に参照されるべきとはいえないが、日本の不透明な法状況は、各裁判官の価値判断による総合事情の考慮による区々の判断を招きかねず、子の最善の利益に適うものであるのかにつき、重大な疑義が存すること、少なくとも、ドイツで見られたような、心理学的、精神医学的知見や実証研究に基づく検証可能な検討のうえに、一定の方向づけが図られることが必要であることが指摘される。特に、筆者は、日本法の状況は、二人の親とその間の子という「理想的」かつ「典型的」な完全な核家族を守ることを優先することを基本とするアプローチを背景に、別居親は子にとってそれほど重要ではないという基本的な観念に基づき、比較的容易に面会交流が制限されているのではないかと分析し、問題が、家族の多様化の法的受容のあり方に関わることを示唆する。

論文審査結果の要旨

（１）本論文には、次のような意義が認められる。

第一に、面会交流の問題について、従来、日本において離婚後の当事者は感情的対立が著しいことが通常であるから面会交流を積極的に位置づけることは現実的でなく、面会交流を推進する諸国とは事情が異なるとする、いわば日本特殊論というべき議論が有力に主張されていたところ、本論文は、ドイツにおいても両親の感情的対立やそれに基づく子の忠誠葛藤の問題は日本と同様に存在、指摘されつつも、法学及び人間関係諸科学の知見を動員した激しい議論の末に、面会交流が原則として子の利益に適うとの立法が実現し、運用がなされていることを紹介することを通じて、結論としてドイツのような立場をとるかはともかくとしても、当事者の対立や忠誠葛藤の存在も踏まえて、なお子の利益の観点から面会交流の位置づけが検討される必要性を明らかにした意義がある。

第二に、面会交流の問題の解釈指針である「子の最善の利益」基準は、面会交流に限らず、子をめぐる法的問題一般に広く適用される基準であることは多くの国に共通し、しかも抽象的概念であるが故の適用の困難を常に伴う基準であるところ、本論文は、この鍵概念を共有するドイツと日本において、面会交流およびその再構成家族の場面での適用について、いかに異なる結論が導かれているかを照らし出し、同時に、ドイツにおいて対立する利益の考量を図りつつ検証可能な形で概念の明確化がなされていることを描くことを通じ、「子の最善の利益」概念の具体化及びその方法について、一つのあるべき方向性を示すものとなっている。

第三に、本論文は、別居親と子との交流と再構成家族への子の統合を両立させやすい日本法の構造のもとにおいては、その両立が図られるよりも新たな家庭への統合が優先される反

面、両立が困難な法構造を有するドイツでは、子の利益のために、新たな家庭の「親」の地位と別居親とのつながりとを両立させるために、解釈、立法上の努力が続けられているというねじれがあることを確認することを通じて、子とその二人の親から成る核家族観について、それを相対化し多元化しようとするドイツ法に対して、日本法では、典型的なものとして保護しようとする傾向が強いことを指摘するものであり、最近の日本の判例及び立法論議で問われている家族の多様化に対する法の対応のあり方という課題に対し、貴重な問題提起を行うものである。

（2）もっとも、本論文については、少なくとも次のような問題が存する。

まず、本論文においては、日本法において面会交流について採られるべき解釈、立法論は必ずしも示されていないことが挙げられる。しかし、この点は、面会交流の問題について子の最善の利益を具体化するために心理学などの知見や実証研究を活用しつつ議論を重ねる必要性を示唆する本論文の筆者にとって、それらの知見が必ずしも豊富ではない日本の状況において、今後取り組もうという課題であり、今後の研究の進展に期待すべきものと考えられる。

また、本論文における日本法とドイツ法の比較には、必ずしも対応していない部分が見られる。例えば、日本法の状況からは、ドイツにおいて配偶者間暴力の存在が面会交流の判断にいかなる影響を与えるかということは興味深い問題であるが、本論文ではあまり詳細に扱われていない。日本の解釈論の進展への貢献という観点からは、より詳細な分析、検討が期待されるところであるが、このような焦点のずれは、それ自体がドイツと日本の構造的な法状況の違いを反映しているとも思われ、両国の法状況の違いの分析を通じて問題の所在を明らかにしようとする本論文の基本的な価値を損なうものではないというべきである。

（3）上記（2）で挙げた問題及び課題があることを考慮しても、上記（1）で述べた意義に照らせば、本論文は、民事法学に寄与し、その学際的な発展に貢献する研究論文であることは疑いがない。

以上により、本論文を博士（法学）の学位を授与するに値するものと認める。