

共同親権と子どもの養育を考える勉強会 @衆議院第二議員会館第1会議室
第2回：2009年2月17日(火) 13:00～14:30

「国際社会から見た日本の現状 親による子の連れ去りと面会拒否」

コリン・ジョーンズ(同志社大学法科大学院教授、ニューヨーク州弁護士)

(現在の日本では) 国際結婚とともに国際離婚が増えています。そんな中、夫婦関係の破綻によって、片方の親が無断で子供を他の国に連れていくケースが少なくありません。それに伴い、国境をまたがる親権・面接交渉など、子供をめぐる訴訟事件が増えています。

このような訴訟が日本の裁判所に持ち込まれた場合 今までは海外で暮らしていた日本人が子供を日本の実家につれてくるパターンが典型的ですが 外国の裁判所の親権判決をどうするか、場合によっては外国の法律を調査してその解釈と適用をするなど、日本の裁判所は普通より高度な法律技能を発揮しなければなりません。

しかし、その高度な法律技能について話しをするつもりはありません。何故なら、日本に連れて来られた子供が日本の司法手続きを経て本国に帰された事例は、まったくないからです。

これは私の独断・偏見ではありません。子供の国際連れ去り問題を専門業務としている、あるG-7国家の外交官から次の言葉を聞いたことがあります。

「我々は連れ去られた子供をレバノンから還してもらったことがある。イランからも還してもらったことがある。バングラデシュから還してもらったことがある。唯一、子供を帰してもらったことが一度もないのは、日本だけです」。

還してもらおうことはおろか、日本まで我が子を追ってくる外国人親は、会うことすらできないことがよくあります。そして、一方的に子供との関係を絶たれようとしているのに、日本の裁判所が助けてくれるどころか、親子関係が断絶されることを「子供の最善の利益に資する」として、良しとする判決まで出してしまうことがあります。外国人にとって、このような扱いを受けることに対するショックは大きいです(日本人の親にとってもこのショックは小さくないと思いますが)。

こういうケースは後をたちません。そうするうち、他の国が日本に対して改善を求めてきました。諸外国のメディアでも、日本への連れ去り事件が取り上げられるようになったた

め、日本が一種の拉致大国である、という悪評が既に海外で定着しつつあります。

「親が子供を自分の国に連れて帰ることのどこがいけないでしょうか？ “拉致”とは意味の取り違えではないでしょうか？」と、疑問に思われる日本の方がいらっしゃると思いますが、まず、「拉致」は私が一人で使っている大げさな表現ではありません。アメリカ、カナダなどでは親による子の連れ去りは一種の誘拐罪とみなされているのです。

そして、「自分の国に子供を連れて帰ることのどこが悪い？」という疑問は、そもそも親の都合しか考慮していない考えからでているものです。日本人の親にとっては日本が「本国」でしょうけれども、今まで他の国で暮らしてきたその子供にとって、日本こそが「海外」です。従って、子供にとっては「帰る」のではなく、今まで慣れていた学校、友達その他の生活環境から連れ去られ、今までは英語などで受けていた教育が突然日本語に切り替えられることとなります。そして片方の親、その他の親戚が突然消えてしまうことを意味します。国際的な子供の連れ去りは、このように子供の利益にならないことが多いため、犯罪として扱っている国は少なくありません。

例えば、アメリカは「親による誘拐」を犯罪と罰する連邦法規定があります。州では、子供の連れ去りなどを親権もしくは面接交渉権の妨害として、刑法で禁止しているところもあります。カナダも同じような刑法規定があります。しかも、これらの刑法規定は裁判所がまだ関与していない段階、つまり「自然にある親権」が侵害される場合にも適用されることがあります。裁判をすることなく、こっそりと子供を日本につれてくるだけでも犯罪になります。「夏休みの間だけ、孫を日本のおばあちゃんとおじいちゃんに会わせる」と偽って、日本に連れ帰り、留置することも犯罪です。

そして一旦、これらの国の裁判の子供に関する取り決めがされた後に子供を隠したり、面接交渉を拒否したりする行為は、先に述べたような刑法規定に加えて、法廷侮辱罪の準刑罰的な制裁を受けることがあります。判決の履行のために警察の援助も求めることができます。子供が国外に連れて行かれる場合、国際逮捕令状が発せられることもあります。これは理論だけの話ではありません。かつてヨーロッパで暮らしていた日本人が、外国人との間にできた子供を無断で日本につれて帰り、日本で新しい生活を始めました。その後、この日本人は出張でアメリカに行きましたが、インタポールの逮捕令状が発せられていたため、入国の際に身柄を拘束され、ヨーロッパに移送された、というケースもあります。

何故このような行為は諸外国で犯罪として考えられるかというと、理由は非常に簡単です。アメリカ、カナダなどでは、その両親の婚姻・同居の状態と関係なしに、子供は両方の親と継続的かつ頻度のある交流があることは子供の最善の利益に資すると考えられ、それを

基礎の方針とする明確な法律があるからです。前回の棚瀬一代先生の話にもありましたが、カリフォルニア州の家族法法典は離婚と子供に関する規定はたくさんありますが、この「継続的、頻度のある交流」が最初に「基本理念」として謳われています。この基本の理念を生かすためには共同親権が基本になっていますが、単独親権の場合でも、非親権者の親と子供との頻度のある面接交渉とセットになります。このため、単独親権になった親でも原則として子供の住居などを勝手に変えることができません。

面接交渉が制限・否認されるケースは、明確な児童虐待・児童猥褻に該当する行為があるような例外的な場合です。しかし、虐待が疑われるようなケースでも、第三者の立会いのもと面接交渉等を行い、親子の絆を保護するための措置がもうけられます。私はアメリカのある地域の法廷で服役中の殺人犯が子供との面接交渉を申し立てる場面を見たことがあります。「殺人犯のお父さんとあわなければならぬ子供はかわいそうだ」というリアクションは自然かもしれませんが、日本が批准している「子供の権利に関する条約」に謳われている「親を知る権利」は、親の良し悪しに限定されていません。子供に本当のことを教えて、現実に適応できるように育てることが大人社会の責任です。「親を知る権利」はそのためにもあるのではないのでしょうか。

この申し立てに対して裁判官はどう決定したかはわかりませんが、刑務所にいる人でも自分の子供と会うことを求めることができるほど、親子との関係が重要視されるアメリカなどでは、親子関係の侵害行為に対して比較的「に トル」厳しいです。私はかつてカリフォルニアのある町の弁護士から次のような話を聞いたことがあります。「カリフォルニアのこの地域の検察は非常に親子関係の保全に厳しい。だから、定められた日時に面接交渉のために子供の家に迎えに行った際、同居している親が居留守をした場合、家にいる大人全員が逮捕される事になりかねない。何故なら、全員が一種の児童虐待に加担しているとみなされるからだから」と。つまり、愛する親との交流を邪魔することは一種の虐待と考えられているのです。

このように親子関係の保護を重視するアメリカなどでは、子供の国際的な移動について慎重です。子供が無断で違う国に連れて行かれてしまうと、片方の親が違う国の裁判所で、場合によっては違う言語で裁判をしなければならなくなります。すでに係争中の裁判がある場合、それが無意味になってしまいます。多くの親にとっては飛行機代、滞在費に加えて、複数の場所の弁護士を雇うなどという金銭的な負担だけで、子供を追いかけることが無理になります。

このような事情に鑑み、子供の利益は子供が常に住んでいる国（常居国という）の裁判所が判断すべきである、という国際的なコンセンサスができています。このコンセンサス

は数十カ国が批准している「国際的な子の奪取の民事面に関する条約」(以降は「ハーグ条約」と呼びます)に反映されています。条約の詳細には触れませんが、子供が不当に常居国から連れ去り・留置された場合、その結果として所在する国の裁判所は子供の最善の利益の判断をせずに、連れ去り・留置が不当であるかを判断するための限定的な審理だけを行い、不当と判断した場合は子供は速やかに常居国に返還されるべきである、というのが趣旨であります。繰り返しになりますが、「子供の利益は子供が常に住んでいる国の裁判所が判断するべきだ」というのがハーグ条約の原則です。

ハーグ条約を締結していない先進国は日本だけです。諸外国からの批判もあり、最近も締結するかもしれない、という報道がありますが、締結したとしても問題が改善されるかについて疑問が残ります。何故なら、日本が国際的な拉致大国である以前に国内においても子供の奪い合い大国であるからです。

実は、日本の家族法制度が外国の法廷で問われることがあります。例えば、アメリカに住んでいるアメリカ人と日本人の夫婦がアメリカで離婚裁判をしたとしましょう。日本人の方の親は親権者になって、日本で子供と一緒に新しい生活を始めたいかもしれません。あるいは、親権者にならなくても良いが、毎年の夏休みは子供を日本のおばあちゃんとおじいちゃんのところに連れて行きたい、子供に日本人としての意識をもってほしいから定期的に日本というすばらしい国を経験してほしいと思うかもしれません。ところが、いずれの場合にも、「子供がいったん日本に行ってしまうと、片方の親と永久に会えなくなってしまう危険性が大きく、日本の裁判所は親子関係を守ってくれない」ということで、猛反対されるでしょう。アメリカの裁判官は難しい判断をしなければなりません。子供が日本に行くことを認めてしまえば、「両方の親と継続的かつ頻度のある交流」という、子供の最善の利益の大原則は実現されなくなってしまうかもしれません。

先は架空の例でしたが、こういう裁判が実際におきているのです。しかも、国によりますが、子供が日本に連れて行かれる可能性がある裁判にあたって、その国の外交担当部署が日本の事情に関する意見書を証拠として提出するなど、連れ去りの防止に努めています。

ある国で起きた裁判で子供が日本に帰すべきかどうか焦点になりましたが、その国だけではなく、あわせて三つのG - 7 国家の外交関係者が日本の事情に関する見解書を証拠として提出しました。その内容の一部を、私なりの解釈をもって紹介します。

「自国の国民が日本にいる子供との接触を求めるケースで、日本の家庭裁判所で解決された事例はない」

「面接交渉は滅多に認められず、認められた場合でも実行できないことがよくある」

「夫婦間の葛藤のある離婚で、子供が日本につれていかれてしまった場合、子供が成人するまで外国人の親と会えなくなってしまう可能性が高い」

「日本の裁判所が子供に関する外国の判決を尊重しないことがよくある」

「当庁が知る限り、外国人対日本人の裁判で外国人が親権者になった事例はない。当庁が家庭裁判所の関係者と話した際に、“日本人と外国人が離婚する場合、必ず戸籍のある日本人に親権をあげる”という説明を受けた。」

「外国人と日本人が離婚する際、外国人のビザが取り消されることがあり、日本人の親が入国管理国に対してビザの取消しの依頼をすることもよくある。毎週子供と会うことが認められた外国人の親が日本の入国管理局に“毎週ヨーロッパから来てください”といわれたケースもある」など。

いうまでもないと思いますが、三つの国の外交関係者がこのように、たかが離婚訴訟に介入して見解を述べていることは極めて特記に値することです。それだけ、日本の事情、日本司法の常識が他の先進国と違うか、それだけ外国から改善の要求が強いかを物語っています。

外国の観点から見た親子の引き離し問題が今日のテーマですが、私はなるべく普通の日本人の観点からこの問題を考えることにしています。実は、「外国人の問題」として捉えることがあまり好きではないのです。外国の法律、言語と文化の違い、ビザなど、外国人が絡むケースには特徴はありますが、氷山の一角に過ぎません。そして、「外国対日本」という捕らえ方がされてしまうと、子供の最善の利益と関係のない余計な観念が入ってしまい、問題の本質が見えにくくなる恐れがあります。

というのは、「ここは日本だ。日本には日本の伝統と文化、日本の家族のあり方がある」といっただけで、外国人の問題が片付いてしまう短脈的な理論があるからです。例えば、「日本は昔から家制度があり、離婚後、片方の親が消えることが日本人のやり方だ」という説明を時々耳にします。

しかし、そうすれば、離婚後でも我が子との関係を必死に守ろうとしている、共同親権の早期実現を働きかけている oyako-net のような日本人は日本人ではない、ということになるのでしょうか？

また、「片方の親が消える」ことが文化なのか、ただの大人の都合なのか、でしょうか。

そして、今の日本政府が男女共参画社会基本法などを通じて、日本の国民（特に日本の父親）に対して、もっと子供を大切にしないで、もっと育児に参加しないで呼びかけているのに、イザ離婚となると「消えてください」というのは矛盾が大き過ぎないでしょうか。

その観点からすると、文化論や法律論をする前にも、制度論をするべきだと思います。つまり、「何で日本の裁判所は離婚後の親子関係を守ろうとしないのか」という質問に対して、文化などを理由に答える前に、「離婚後の親子関係について、日本の裁判所は何ができるか」という質問を出発点にすると、問題意識がかわります。「あまりにも何もできません」が単純な答えであるからです。

以下は私の研究による、私なりの制度論を説明させていただきます。

日本人・外国人を問わず、多くの人が日本で直面する問題は、日本の家庭裁判所は相手方当事者に対して、何かを強制するパワーがほとんどないことです。面接交渉が認められたとしても、親権者の親が反対すると実現することができません。子供が連れ去られた場合、裁判所を通じて取り返すことは至難の技です。そのため、アメリカ国務省のウェブサイトには「日本の家庭裁判所が決定したことに従うかどうかは、任意である」というような注意が記載されています。在日公使館が、「離婚した場合には子供と会えなくなり、日本の「指トル」司法制度は何もしてくれないよ」と、これから日本人と結婚しようとしている自国民に対してもっと注意喚起すべきだという声もあります。

これまで、子供をめぐる事件となると日本の家庭裁判所はかなり批判的になってきましたが、その関係者は、ほとんど善意で良識のある方で、離婚の被害者になる子供のために努力されていると私は思います。ただ、子供の原状を直接変えるための手段はありません。

そこで、「離婚後の親子関係について日本の裁判所は何ができるか」という質問をもうちょっと詳しく検証しますと、多分、確実にできることが三つほどあります。それは、事実の調査、当事者の説得、それから事実認定です。この三つの内容と限界について説明します。

まず、事実調査についてはあまりいうことはありませんが、（現状では）「限定的」な調査、つまり子供と一緒にいる親が協力する限りの調査しかできていないことは留意するべきでしょう。

次は当事者の説得です。日本の家庭裁判所は調停前置主義で、訴訟をする前に当事者は調停に参加しなければなりません。訴訟主義を取っているアメリカでも、このような調停前置主義が普及して、調停制度を導入している州もあります。ただ、日本の場合は話し合っただけで離婚ができる夫婦は裁判をすることなく協議離婚をして、子供の親権まで離婚届けで決定しています。従って、日本で子供をめぐる裁判事例になるのは、話し合っただけで解決できないケースが多いはずで、文化の違いがあると言え、普通の人々が裁判所に期待することは、どの国でもあまり変わらないはずで、それは困った相手をなんとかしてくれることです。そんな時に日本の裁判所は、最初から「まあ、まあ、まずは調停で話し合ってください」という対応をするのでびっくりする人は少なくないでしょう。「相手は子供を連れて去って帰ってこない、子供と会わせてくれないから裁判所にきた、」というのが少なくとも片方の当事者のリアクションでしょう。そして、一刻も早く子供の顔が見たいのに、調停が何ヶ月も続き会えない日々が続く親は、裁判所に呆れても不思議はありません。

日本の場合、協議離婚もそうですが、調停離婚の場合は多分親同士が子供の取り決めをした方が子供にとって良い、というのが大前提なのです。それで調停などを通じて裁判所は和解を勧めます。ただ、和解というのは当事者が決めた内容なので、裁判所はその結果について責任を取らなくて済みます。裁判所にとっても、この方法にメリットがあるということは念頭に置かれるべきです。つまり、裁判所も一種の利害関係者であると考えべきなのです。

というのは、裁判所が例えば母親の反対を押し切って、子供と父親の面接交渉を命じて、それがきっかけになって子供が連れ去られてしまった場合、裁判所はその返還を確保できないかもしれません。その時、面接交渉を認めた裁判所が悪かった、ということになり責任が生じます。そう考えれば、「親の葛藤がある場合は面接交渉は子供の利益にならない」とか、「両方の親が合意する場合にのみ面接交渉を認める」という、今の日本の裁判所の方針がわかりやすくなります。同じように、ちょっとでもDVがほのめかされている親(主に父親)の場合は、“念のため面接交渉を認めない”方が裁判所にとってはセーフです。

ここで、裁判所ができる三つ目のこと、つまり「事実認定」に話題を移します。子供をめぐる裁判だと、「何が子供の最善の利益になるか」を判断することが事実認定の目的であるはずですが、事実を認定するだけでは子供の原状を変えることができません。強制手段があまりないことはすでに説明したとおりです。でもやはり、裁判所に勤めている方々も善良で良識のある人で、子供のためになる仕事をしているプライドがあるはずで、また、国家機関としての威厳もかかっています。自分ができる範囲のことが「いいこと」と考えたいのも人間の心理でしょう。したがって、調停の期間で既に確定している状況が「子供の最善の利益に資する」という事実認定が、裁判所にとって一番「楽」、という場合が多い

でしょう。誤解のないように、私が「楽」と言っているのは裁判所が怠けているという意味ではなく、どの結果が裁判所にとって事件が早めに終了になるか、という意味です。

そうすると、面接交渉を命じて、反対する親の抵抗を乗り越えて履行させるよりは、「子供が自分の親と会わない方が良い」という事実認定をした方が楽でしょう。日本に連れて行き、子供はそのまま日本に残ったほうが良い、と決めた方が楽でしょう。そして、日本の裁判所が面接交渉を認めるかどうかの判断基準はわかりやすくなります。どいう基準かというと、両親が喧嘩している場合、面接交渉を認めている親がプレゼントを買い与えすぎている場合、親に性格的な問題がある場合など、日本の子供は世界的に衰弱で脆いと思わせるほど、面接交渉を認めないためのルールが多いのです。これらのルールには「子供の利益」が配慮されているかもしれませんが、面接交渉を認めないという「楽」な判断をしやすくするため、裁判所の利益にもなるでしょう。

また、「子供の意思の尊重」という、非常に聞こえの良い言い訳があります。子供が「会いたくない、行きたくない」といえば、会わなくても行かなくても良いことになる場合が多いのです。もちろん、子供の意思を尊重することは理念として立派で、子供の年齢が高くなればなるほど、配慮する必要があります。

しかし、その反面、子供がやりたくないことをやらせるのが大人の大切な仕事ではないでしょうか。行きたくない学校に行かせて、食べたくない野菜を食べさせることが大人の責任です。それなのに、別居するようになった自分の親と会うかどうかとなると、舞台上に立たせられて「会いたいですか」と聞かれ、そのときの答えが尊重されることが不思議です。その答えの責任を一生負わなければならない子供たちは可愛そうで仕方がありません。結局、裁判所の大人たちがしたくない判断の責任が子供に押し付けられることとなります。したがって、「子供の意思の尊重」も裁判所の仕事を楽にします。子供の利益になっているかどうかはともかくとして、裁判所の利益にはなりません。外国では parental alienation syndrome（親の引き離し症候群）が盛んに議論され、一種の虐待と考えられているのに、日本の裁判所があまり問題にしないのは、子供が「パパが嫌い、会いたくない」と吹き込まれ、言ってくれる方が裁判所に好都合であるから、と私は考えます。子供の利益にはならないかもしれませんが、裁判所の利益にはなりません。

家庭裁判所の裁判官は子供の決定について幅の広い裁量を与えられているため、裁判官自身の家族観を当事者に押し付けるための、もしくは子供の最善の利益より、裁判制度の最善の利益を優先する決定が簡単にできます。

カリフォルニアの家族法法典は細かい規定が沢山あることは前述したとおりですが、その

理由の一つは、裁判官の裁量を制限する規定が沢山あるからです。たった一人の裁判官の主観的な判断に子供を託してはいけない、という政策判断がとられているからです。

例えば、親権者を決定するに当たって「親の性別を配慮してはいけない」、「子供と同居しているかどうかを判断材料にしてはいけない」とか、「DVの虚偽の主張がされた場合」にしなければならない規定までがあります。さらに、「どちらかの親が共同親権を申し立て場合に、「子供の利益に貢献しない」などと、結果論的な理由のみを述べずに、具体的に理由を説明しなさい。」と、かなり裁判官に対する細かい注文が書かれています。

面接交渉についても「判決書に面接交渉に関する取り決めがない場合は、あるとみなされる」など、同じように司法が立法の意思に反した決定を防止する規定があります。

というわけで、日本でも共同親権や面接交渉権の明文化やハーグ条約の締結を求める声が多くなっています。これらの声には大きく賛同できます。ただ、子供をめぐる事件における裁判所の強制力の問題と、裁判官に与えられている裁量も考慮されなければ、一番難しいケース、つまり Oyako-net の多くの人たち、子供が日本に連れ去れている外国人などが経験しているケースにおいて、違う結果がでるとどうも思えません。民法に「共同親権」や「面接交渉権」が言葉として加わっただけでは、ハーグ条約に印鑑が押されただけでは、日本の裁判官が今までの面接交渉のように「両方の親が合意をすれば認めるが、葛藤がある場合は片方の親に消えてもらうことが子供の最善の利益になる」という基準を作ることができてしまえば、今までどおりのやり方を継続することになりかねません。両方の親との接触を確保することができ、確保することが裁判所の利益にもなるような改正が必要だと思います。

従って、法改正、ハーグ条約の締結はもちろんのこと、「両親が良親」、「子供とあわせないのが一種の虐待」など、裁判所内外の意識改革も必要ではないでしょうか。