

# 離婚後の子どもと共同親権に関する一考察

——子どもの福祉の視点から——

野口 康彦

## <要約>

本稿では、わが国における離婚の現状について概観し、海外における離婚後の子どもの養育制度を紹介しながら、子どもの福祉という視点から離婚後の共同親権・監護、面会交流の問題点と課題について検討を行った。日本では養育費の未払いなど、離婚後の養育者としての親責任に関する取り決めが不十分であり、子どもの利益が尊重されていない現状にある。また、離婚後の別れた親と子どもとの面会交流についても、DV事案等を考慮にいれた制度を具体的に検討していく時期にあることが確認された。そして、心理職を含めた、親の離婚を経験した子どもにかかわる援助職者に期待される役割について提言を行った。

## はじめに

昨今のわが国において、両親の別居や離婚の際に子どもの取り合いや親権の争い、面会交流をめぐる紛争が激しさを増しているといわれ<sup>1</sup>、また、そのことが子どもに悪影響を及ぼしていると指摘されている。その要因の一つとして、わが国における離婚後の単独親権の制度をあげられるだろう。父と母が婚姻中であれば、子どもは両親が共同で親権を行使する（民法818条）が、未成年の子どもがいる夫婦が離婚した場合には、両親の一方を親権者として届け出をしなければならないという法規定がある（民法819条1項）。夫婦の離婚後の日常の子どもの実際の世話、つまり監護に関しては、法的には当事者の協議に任されているが、実際には親権者となった一方の親が監護権者としての責任をも持つという形になることが多い。

離婚とは結婚を法的に終わらせることである。不幸な結婚生活を耐えることが必ずしも、夫婦あるいは親子にとって好ましいものでなければ、離婚は一つの家族の問題解決の方法となる。親同士の諍いから解放された子どもは自立心が向上し、アルバイトや仕事など社会的な生活能力が付き、親やきょうだいを助けるなど、精神的に成長する場合がある。だが、不確かな養育費の取り決めや母親の就業の難しさに直面し、別れた側の親との面会の困難や経済的な生活の苦しさに遭遇する際は、子どもにとって親の離婚は不幸な出来事にもなり得る。棚瀬<sup>2</sup>は、家庭裁判所家事調停委員の経験から、非監護親の面会交渉権が認められること自体が珍しいことではないとしながら、明文の規定がないため、いついかなる条件のもとにど

の程度の頻度で面会交流を認めるかということが子どもの福祉に適切であるかという、裁判所の判断の難しさを述べている。両親間の対立があまりにも激しい場合に、非監護親の面会交渉権を認めてしまうのは、子どもの精神発達において負の影響をもたらす可能性もある。だが、非監護親の面会交流が子どもの権利として、また子どもの福祉にとって重要であると考えられる場合は、わが国においても面会交流あるいは共同親権・監護のあり方が本格的に議論されるべきである。

日本も批准している、国連児童権利条約は第9条の3項において「締約国は、児童の最善の反する場合を除くほか、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」とし、親子の不当な分離を禁じている。また、同18条では、子どもの養育に関して、離婚後も両親（実父母）が第一義的な責任を持つ主体であることが示されている。こうした中、G8では日本以外のすべての先進諸国において離婚後の共同親責任（共同親権）法制が整備されているが、日本の家族法は大きな改正をみることなく現在に至っており、民法の親権規定は明治時代とその基本構造は大きく変わっていない。大谷<sup>3</sup>は弁護士の立場から、子の連れ去り事件について「子の最善の利益」という観点からハーグ条約の批准について提言をしている。また、山本<sup>4</sup>は、「大人は離婚する権利を行使できるが、子どもは愛情を受けて養育される権利を親に委ねるしかない」と述べ、共同親権の法制化を述べている。このように、マスメディアにおいても、離婚後の子どもの養育問題については取り上げられるようになった。わが国においても、離婚後の子どもの共同親権・監護、面会交流等をめぐる子どもの福祉について、より具体的に検討される必要があるであろう。

そこで本稿では、わが国における離婚の現状について概観し、海外における離婚後の子どもの養育制度を紹介しながら、子どもの福祉という視点からみた離婚後の共同親権・監護、面会交流の問題点と課題について検討してみたい。

## 1. 日本における離婚の動向と子ども

### ①日本における離婚の状況と親の離婚を経験した子どもの数

図1に過去56年間の離婚と離婚件数の推移を示した。長期的な視点から言えば、わが国における離婚率は上昇傾向にある。離婚件数も1964年から増加し、1980年代後半に一時減少したが、1991年から再び増加傾向となり、2001年には285,917組となり、人口千人あたりの離婚率は2.27で、その時点では離婚件数とともに過去最高となっている。西欧主要国の多くでは、現在の離婚率は2～3%程度であり、日本の離婚率は欧米より低い水準で推移してきたが、最近の状況ではならんだと言える。なお、厚生労働省<sup>5</sup>によれば、2008（平成20）年のわが国の離婚件数は251,147組であり、離婚率は1.99であった。

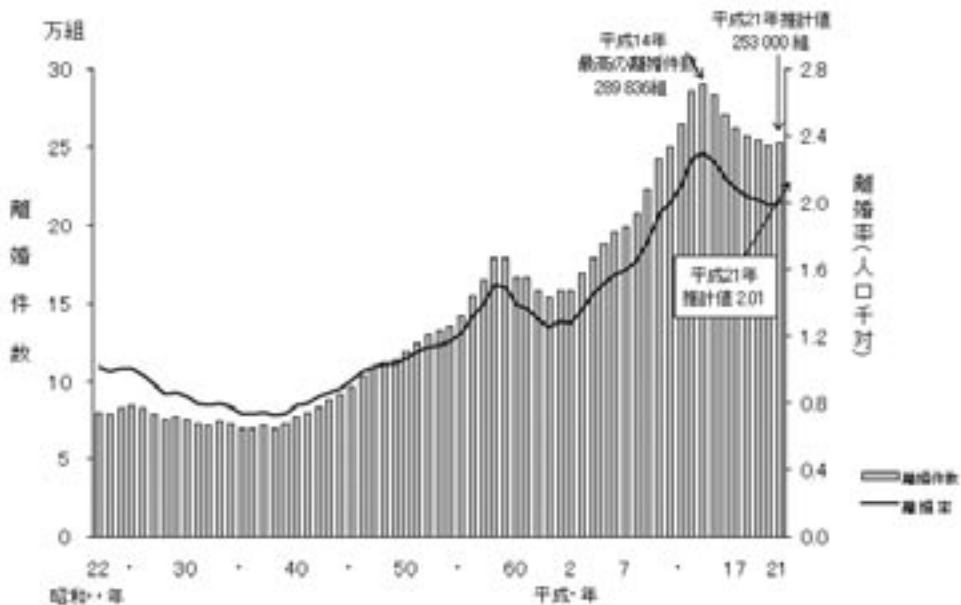


図1 離婚件数及び離婚率の年次推移

出所 「平成21年 人口動態統計の年間推計」厚生労働省大臣官房統計情報部<sup>6</sup>より

離婚の増加に伴って、わが国では親が離婚した未成年の子どもの数も増えている。2008（平成20）年の離婚件数251,136件のうち、未成年の子どものいる離婚は143,834件であり、全体の約57.3%であった。親が離婚した未成年の子どもの数は244,625人である。親権者となる割合をみると、2008年では82.1%の割合で母親が親権者となっている。つまり、親の離婚を経験した子どもの約8割は母親に引き取られていることになる。その後の母親の再婚や母親の家族との同居もあろうが、親の離婚を経験した子どもは、その大部分が母子家庭に移行することが推測される。

厚生統計協会の「人口の動向—日本と世界」（2008）によれば、2006年の母子世帯の数は78万8千世帯であった（なお、父子世帯は8万9千世帯）。2005年の69万1千世帯よりも、9万7千世帯増えている。平成19（2007）年に厚生労働省雇用均等・児童家庭局により発表された「平成18年度 全国母子世帯等調査結果報告」によると、世帯の母親の年齢は30歳代が多く、子どもの年齢の幅は小学校在学中の学童期を前後としたものになっている。なお、生別母子世帯となった時の末子の平均年齢は、4.9歳であった。母子世帯の生活状況等に関する詳細は本稿の趣意ではないので割愛するが、母子世帯の就労等、生活にかかわる問題は非常に厳しい。離婚後の母子世帯の低所得の要因として考えられるのは、子どもを引き取ったがゆえにある一定の収入を得たいと母親は希望するものの、子どもの通う学校のことなどさまざまな要件から自分に折り合う条件に見合う職を得ることができず、結局賃金の安いアルバイトや非常勤の仕事に就いているという現状もあると考える。

## ②日本における離婚制度の現状

わが国では法律上の許可を必要としない裁判外の離婚の方法として、協議離婚があり、ほぼ90%がこの方法をとっている<sup>7</sup>。また、当事者同士で話し合いがつかない際は裁判上の離婚として調停離婚となり、9%前後がこの調停離婚にいたる。さらに、特別の場合、調停にかわる審判がなされることもある。なおも、調停でも合意できない時は、家庭裁判所で離婚を争う判決離婚となり、訴訟の途中でも離婚の合意が得られれば和解離婚に至り、原告の離婚請求を認諾する請求認諾離婚となる<sup>8</sup>。それでは、母子の経済生活を支えるはずの養育費はどのような状態にあるのだろうか。表1にて養育費の取り決めの有無について記した。

調査対象となった1209世帯のうち、養育費の取り決めをしている世帯は、38.3%と4割近くに過ぎない。この要因としては、協議離婚では、子の養育費について取り決めがされないことも多く、また養育費が定められたとしても低額にとどまり、さらに養育費の履行がなされないことも少なくない。このような現状では、子の福祉の観点からも協議離婚制度の見直しを求める意見もある<sup>9</sup>。このように、離婚の約9割が公的機関の関与なしに行われているということは、離婚後の夫から妻への移転に関する取り決めが口約束になりやすいという側面もあるのではないだろうか。子どもにとって養育費は、進学など自らの社会的自立を助けてくれるばかりでなく、「自分は親から見捨てられていない」という気持ちを子どもに育むという意味でも、しっかりとした取り決めがなされる必要があると考える。離婚後も父親が面会の機会を持ったり、子どもに金銭的な援助を行うという家族は少ない。むしろ、わが国の現状は、子どもがほうっておかれるという厳しい現実にあると言わざるを得ない。

上述したように、離婚の90%がこの方法をとる協議離婚は日本において中心的な制度であり、この点では日本の離婚制度は欧米と異なっている。もちろん欧米にも日本と同様なUncontested Divorceがあり、夫婦双方の合意があれば、必要書類を裁判所に提出し、条件を満たせば離婚が成立するが、比率は日本におけるほど一般的ではない。欧米では協議離婚にも何らかの形で裁判所が関与することが、当事者の合意のみによる離婚を認める日本とは

表1 養育費の取り決めの有無

	総数	協議離婚	その他の離婚
平成18年	1,209 (100)	1,012 (100)	197 (100)
取り決めをしている	469 (38.8)	316 (31.2)	153 (77.7)
取り決めをしていない	705 (58.3)	665 (65.7)	40 (20.3)
不詳	35 (2.9)	31 (3.1)	4 (2.0)

出所 厚生労働省雇用均等・児童家庭局「平成18年度全国母子世帯等調査結果報告」平成19年

異なっている。既に述べたように養育費等、子どもの福祉をまもるうえで、わが国における離婚制度についても検討される必要があるだろう。

## 2. 海外における離婚後の子どもと養育制度

1960年代以降、アメリカとヨーロッパ各地で離婚法が改正され始めた。離婚原因を有する側からの離婚請求は認めないという有責主義から、結婚生活が破綻した夫婦関係において夫婦のどちらに離婚原因があるかに関係なく、夫婦関係の回復に見込みのない結婚は離婚を認めるべきだ、と破綻に重点を置く考え方である破綻主義が採用されるようになった。そして、欧米では児童の権利条約の批准後に、離婚後の共同責任（共同監護・共同養育・共同親権）制度が整備されていったという背景がある。具体的には、父母紛争（親権・監護紛争）の調整援助、離婚後の共同養育プラン作成の支援、離婚後の親子関係に関するプログラムや片親自助グループ／親が離婚した子どもの自助グループの実施、面会交流の仲介等、別居親と子どもの「日常的な交流」の機会を保証するための各種の取り組みがなされるようになった<sup>10</sup>。

アメリカでは、共同親権に関する最初の法律は1979年に成立した。その後、1991年までに、共同親権を選択権または優先権とする共同養育法が40以上の州で制定され、それ以外の州でもほとんどが判例法として共同親権の概念を認めるようになった。Constance<sup>11</sup>は、「親権」という用語が時代遅れであると指摘し、多くの裁判所や専門家は「子どもの養育責任の配分」「生活形態の取り決め」「養育計画」といった言葉を用いていると述べている。また、養育責任を割り振る際には、親権のある親、親権のない親という言葉ではなく「家庭内の親」「滞在先の親」というように子どもが養育対象の期間は、父親、母親のいずれにも適用できる言葉を用いるとしている。アメリカでは、離婚後の家族構造の変化により、一つの家族が二つの家族構造にとってかわられ、子どもは二つの家の成員であると考えられているようである。

スウェーデンでは、20世紀初めに、親の権力・権威から離れ、養育に対する親責任を強調するために、「親権」にかわり「養育」という概念が導入された<sup>12</sup>。そして、1970年代に、離婚への責任の所在の有無が養育者としての取り決めに影響しなくなり、非法律婚の父にも養育者になる権利が強化された。離婚あるいは離別した両親が共同養育者になることが認められた。

椎名<sup>13</sup>は、イタリアでは2006年の民法改正後に、父母が離婚後も子の養育に対し協力する「共同分担監護」の制度（例外的に、子の利益に反する場合は単独親権となる）が導入されたことを紹介しており、この背景には、子の成長過程や教育への親の共同参加の思想があるという。また、フランスでは、1975年の新離婚法で単独親権を原則として、非監護親に対しては訪問権が与えられたとしている。その後「子の利益」の保護を目的とする1987年の法改正により、離別ないし別居後の親権の共同行使が導入され、1993年及び2002年の民

法改正により、婚姻家族および別居家族における親権の共同行使がなされているという。

既述してきた地域では、家族法を「子の利益」のために改革を進めてきた<sup>14</sup>という経緯があるように思われる。離婚は夫婦の問題あり、離婚後も子どもの両親の責任は残されるべきであろう。わが国においては、別れた側の親（多くは父親であるが）が、現実的な責任をとらずに子どものそばを去ってしまう場合が多い。親権がある、ないではなく、どのように養育責任を取るのかという視点も重要である。

### 3. 子どもの福祉という視点からみた離婚後の共同親権・監護、面会交流の問題点と課題

ここで、今一度日本における親権についての現状と問題点について一定の整理をしたうえで、離婚後の共同親権・監護、面会交流等の問題点と課題について検討してみたい。

民法820条は、「親権を行う者は、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う」と規定されており、親権が父母に与えられた権利であり、義務であるとされている。しかし、民法819条1項に規定されているように、離婚により父母が共同で親権を行使できない場合は、わが国では離婚後の単独親権の原則となっている。これは、父母の共同親権・共同監護・共同養育責任の視点に欠けるという問題点がある。面会交流についても明文規定がされておらず、この点から言えば親の支援に関する公的な支援制度が確立されていない。また、面会交流についてはDV事案に関する基準の不明確さがある。両親の力関係ではない、子どもの福祉と権利としての面会交流・養育費の保証という点から考えると、共同親権あるいは共同監護に関する具体的な施策が必要なのは言うまでもないが、問題点や課題が多いことは事実である。

わが国における離婚後の子どもの福祉が保証されにくい点について、再度、離婚をめぐる法的な手続きのありようから考えてみたい。本山<sup>15</sup>は、「離婚全体の9割を占める協議離婚は「不受理申出制度」の存在に見られるように、当事者の離婚意思すら確保されない、多くの欠陥を持つ制度である」と指摘し、「協議離婚では子の養育費について取り決めがなされない場合が多く、また養育費が定められたとしても低額に止まり、さらに定められた養育費の履行がなされないことも少なくない」と述べている。既述したように、養育費に関する法的な手続きは未整備と言ってもよい。水野<sup>16</sup>は離婚の司法手続きにおける10年間の変化の一つとして、2004年4月1日より施行された民事執行法をあげている。これは、養育費等の履行期前の差押えについての特例であり、養育費や扶養料の支払実現の実効性を確保するうえでは重要である。しかしながら、民法上には養育費も子どもとの面会についても何の規定もない現行の制度では、夫の側は子どもの養育に対して何の責任も負わずに離婚ができるという状況を作り出しているのではないだろうか。

もう一つ重要になるのは、監護親がDVの被害者である場合と子どもが虐待を受けていた

事案であろう。小谷<sup>17</sup>は調停申し立て理由から、離婚紛争の発生原因について夫婦間における「性格問題」「異性問題」「暴力問題」「親族問題」をあげている。特に、申し立て理由のトップに「性格が合わない」という項目は、夫の側から61.0%、妻の側から43.9%であったという。さらに、裁判離婚においては、民法770条第1項に規定される「婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」という離婚理由があらわれ、そこには「暴力問題」といった現代的な事情もみられる。離婚の原因は100組の夫婦がいれば100様であろう。だが、「性格が合わない」など子どもにとっては理解しづらい理由や夫婦間に激しい暴力が日常的に行われていた場合などは、子どもに対する心理的な影響が深刻となることは想像に難くない。DV事案についてであるが、善積らはよるスウェーデンでの調査<sup>18</sup>等を参考にしながら、「別居中・離婚後の親同士の間関係を調整するための専門的支援」や「離婚後の親子関係についての親教育プログラムの提供」の開発もされていく必要があると述べている。

また、非監護親の不貞や借金、アルコールの問題、監護親の再婚、養育費の不払いといった状況がある場合は、離婚後も両親が連絡を取り合って面会交流を続けていくことが難しい。むしろ、非監護親との接触を避ける方が子どもにとっては身体の安全が確保されることもある。むろん、それだけでなく、面会交流が親同士の取引の材料となり、親同士が会うことは親同士の泥仕合になることも多い。面会交流については、親の権利であると同時に子の福祉を充実させるための子どもの権利でもあり、親の欲求充足が第一義ではないはずである。隈<sup>19</sup>は面会交渉の制限について、裁判例をもとにして説明しているが、子どもの心理状態、面接交渉に対する子の態度、子の監護状況、別居親および同居親の面接交渉に臨む態度などを統合的に判断しているという。親権喪失事由に該当するような虐待事案は例外的であるとしても、子どもを取り巻く大人がそれぞれの立場で愛情を持って子どもに接することが子どもの成長にとって非常に大切である。それが、子どもの福祉がまもられることの前提とも言えよう。

最後に、心理あるいは福祉職など離婚後の子どもにかかわる援助者が離婚後の子どもと共同親権・監護、そして子どもの福祉をまもるという点で期待される役割について考えるところを表2にまとめてみた。

表2 離婚後の子どもと援助者に期待される役割

①	別居中・離婚後の親同士の間関係を調整するための専門的支援 (子の年齢に応じた面会交流のガイドラインの作成)
②	離婚後の親子関係についての親教育プログラムの提供
③	子どもの意向を代弁する子ども代理人の創設 (子どもの言い分を聞くシステム)
④	安全な面会機会の場づくり (面会交流センターの設置)
⑤	親が離婚した子どもの自助グループの実施
⑥	研究調査

## おわりに

アメリカでは面会権（面接権）をどうするかが離婚の条件になり、取り決め次第で子どもは週末や長い休暇には別れた親の元で過ごしたり、または祖父母を訪問したりすることが当たり前に行われている。面会権の背景には、離れ離れになっても親子の血はつながっており、肉親であるという考え方があるようだ。面会権は親にも子どもにも非常に良い制度ではあるが、それでも親が別れているがゆえに生じる問題があり、子どもたちに離婚前は予想しなかった痛みや気遣いを経験させている。アメリカの実情から考えると、面会交流については、是が非でも行われるのが良いというわけではない。別れた側の親、そして同居した親が、子どもの成長を見守るうえで、どのような配慮を具現化していくのが大切であろう。

## 注釈

- 1 棚瀬孝雄(2009).「両親の離婚と子どもの最善の利益」『自由と正義』60(12) pp9-27.
- 2 棚瀬一代(2007).『離婚と子ども—心理臨床家の視点から—』創元社.
- 3 大谷美紀子「子の連れ去り 子どもの人権から議論を」2009年11月20日付朝日新聞朝刊.
- 4 山本利子「離婚後の子ども 共同親権の法制化を急げ」2009年11月18日付朝日新聞朝刊.
- 5 厚生労働省ホームページ(www.mhlw.go.jp)にて、2008年の統計結果を参照した。
- 6 厚生労働省ホームページ(www.mhlw.go.jp)を参照した。
- 7 2008年のデータでは、251,136件の離婚のうち、協議離婚は220,487件であった。
- 8 平山信一・有吉春代(2004).『わかりやすい離婚』自由国民社.
- 9 本山敦(2003).「離婚に関する法的整備の現状と課題」『月報司法書士』373、pp8-15.
- 10 須田圭吾・青木聡・野口康彦(2010).「離婚と子ども—親子の引き離し問題への思索的課題—」『家族療法研究』27(23)、pp284-289.
- 11 Constance. A. (2004) We're Still Family. 天富俊雄他(訳)(2006)『離婚は家族を壊すか』バベル・プレス.
- 12 善積京子・高橋美恵子(2009).「スウェーデンの親権と養育支援体制—子どもの最善の利益からみた事例分析—」平成18~平成20年度科学研究費補助金研究成果報告書.
- 13 椎名規子(2010).「離婚後の共同親権—イタリアにおける共同分担監護の原則から—」『法と民主主義』447. pp28-33.
- 14 内藤光博(2010).「子どもの親権法をめざして」『法と民主主義』447. pp2-3.
- 15 本山敦(2003).「離婚に関する法的整備の現状と課題」『月報司法書士』373、pp8-15.
- 16 水野紀子(2007).「破綻主義的離婚の導入と拡大」『ジュリスト』1336、pp19-25.
- 17 小谷朋弘(2008).「離婚紛争の4つのタイプ」『広島法学』31(4)、pp63-87.
- 18 前出
- 19 隈直子(2003).「面接交渉権を制限する子の福祉」『九州看護福祉大学紀要』5(1)、pp129-137.