

子の監護・引渡をめぐる紛争の法的解決の今日的課題（その7） —子ども代理人による三面関係の手續保障—

渡辺 義弘

目次

- I はじめに
- II 親の視点からの子ども代理人必要論
 - 1. 司法ルートの中での紛争
 - 2. 自主解決ルートの中での紛争
 - 3. 高葛藤事案の解決結果の正統性
- III 子の視点からの子ども代理人必要論
 - 1. 「保護主義」から脱却した子どもの権利条約
 - 2. 子ども代理人導入積極説の背後にある「保護主義」
- IV 比較法的視点による動向
- V 手續保障における三面関係の必要性
 - 1. 子ども代理人導入論争の背景
 - 2. 家裁調査官制度の性格
 - 3. 子ども代理人制度のチャンネル機能
 - 4. 創設すべき制度の内容
- VI 結語

I はじめに

子の監護をめぐる紛争の司法手續に、子ども代理人を導入する立法の機運が高まっている。法制審の部会における議論⁽¹⁾は、市民の要求の反映である。

しかし、現在までの家族法学ならびに実務界における議論は、子どもの手続的利益を中心とした議論⁽²⁾に純化されてはいないだろうか。新自由主義の社会的背景は是正の方向に向かいつつあるとはいえ、ひとたび激化した権利主張の先鋭化の文化を後戻りさせることはできないであろう。生々しい生存競争をめぐり抜け子の監護をめぐる紛争に苦しむ親の視点にも立った三面関係における手續保障の強化として、子ども代理人制度を位置づけることはできないだろうか。本稿の目的は、その検討にある。

II 親の視点からの子ども代理人必要論

1. 司法ルートの中での紛争

未成年の子の監護・親権をめぐる親相互の紛争は、最終的には司法の場に登場する。この紛争は、離婚紛争・男女間の葛藤と不可分に結びついている。

裁判規範としての家族法理論は所与の前提として「子の最善の利益」を理念として、公権的判断の結論を導こうとする。しかし、家裁の裁判実務は、裁判官や家裁調査官が高みの位置から、子の「福祉」を理由として、紛争当事者である親を非難がましく見る傾向がないだろうか。親をクライアントとして係争に参加している在野の法律実務家は、クライアントの生々しい要求に直面し、これにより添い、妥当な決着を目指して悪戦苦闘している。

夫婦関係の破綻は、不可避免的に存在する現代社会の病根が直接、間接に影響している。

未成年子をかかえる若年層の夫婦を襲う多重債務の危機、経済的価値観の対立、労働市場における失業の常態化、不倫文化、ギャンブルやアルコールへの依存、家風（家庭文化）の対立、生存競争の激化によるうつ病や抑うつ症のまんえん、等々が、自らの将来と子の養育方針ともからみ合いつつ、紛争の激化を生む。若年層の親には、一般的にそれほどの経済力があるわけではない。土地建物を所有している場合は、むしろ住宅ローン債務の処理が苦痛になる。家裁実務による養育費算定表を機械的に適用するならば、非監護親は、地方都市での職業維持や生活に不可欠な多額の車の購入維持費すらまかなえなくなる。それ以上に、親が自らの人格の一部と考えてきた子を失うことは、それまでの精神世界の破滅を意味する。夫に子を連れ去られた妻の傷ましい感情、妻が子を連れて家を去った後の感じやすい性格の夫の感情。これらは、人間の人格と人格相互の関係の奥底まで立ち入り、激しい非難と猜疑の応酬を生む⁽³⁾。

理想化された共同監護論の流れをくむ面会交流の強化論は、必ず現実に裏切られる可能性が高い。約9割の協議離婚を含む分母数の実態調査の中ですら、別居後6年を越えて面会交流が行われている事案はゼロである⁽⁴⁾。そもそも、別れた夫婦は別々の世界に生きていく。互いにますます遠ざかることは必至である。とりわけ司法ルートに紛争解決を求め、敵対的に婚姻関係が解消された事案であればあるほど、監護権者に、子と相手方とが接触をすることにつき猜疑と嫉妬の敵対的感情が生ずるのは、人間の本能というべきものであって、子の生活世界と人格の引き裂きに脅威を感じずる現実を、建前論で無にすることは不可能である。

司法ルートにおける紛争当事者である父母は、いずれも自らが理想とする子の将来像をイメージして監護権についての主張、立証を行う。これに対し、いかに中立的な判断者た

る裁判所といえども、子を代弁し、職権探知をなしたとして、子の養育環境や養育能力と資質に甲乙のつけがたいわずかの差を争う高葛藤事案に対し、子の最善の利益がいずれであるかを軽々しく公権的に判断してよいかは疑問である。

大村敦志教授は、この疑問につき、「慎重で適正な判断が下されれば下されるほど問題は大きくなるものといえるのである。どんな親がよい親か、誰がよい親か、といった実体的な判断を国家の名において行うことの是非、それがここでの問題なのである。」と指摘し、「子の利益の神話性」⁽⁵⁾を問題提起する。親自らの生涯は、子の一生と分かち難く結び付いている。一方で、その判断者たる裁判官や、その補助機関である家裁調査官は、配点された事件につき一過的に判断や評価を下すだけで、いずれは他に転勤してしまう。彼らが子の一生に対し責任を持ち保証するわけではない。

棚瀬孝雄教授は、アメリカにおける憲法上保障された親の権利に着眼しつつ、日本の家族法学者の「親権の義務化」の一般化による本来の趣旨の希薄化を批判する。その本来の趣旨とは、「もともと親にその意思で自由に子供を育てる権利を認めたくらんで、なお国が子の福祉のためにどうしても後見的に親権の行使に干渉していかなければならないそのぎりぎりの線引きを行おうとする」⁽⁶⁾ことであると言う。そして同教授は「子の最善の利益が何かは、その誰の目にも明らかな著しい侵害のある場合を除いては本来分かりようがない」⁽⁷⁾とする自由主義的なアメリカの価値観を支持する。筆者は同教授の共同監護論による元夫婦の感情問題の止揚の理想化像には、現実の展望に無理があると考え。しかし、一方で「子の最善の利益」に関する同教授の支持する価値観には賛成できる。そして同教授の展開するアメリカにおいて憲法上保障された「子供を育てる権利」⁽⁸⁾の確立した法理

の存在は、重要である。大村教授も、「誰もが子どもをもちうるというのが原則だとするならば、『子の利益』による判断が正当化されるのはいかなる場合かはそれこそ慎重に検討される必要があるだろう」として「親の権利としての側面を考慮に入れた議論」⁽⁹⁾の必要を指摘する。

以上の議論を踏まえるならば、紛争が司法ルートに達した後の、裁判所による「子の最善の利益」の判定における当事者の手続保障にこそ万全の工夫が求められる。この工夫の中に「子ども代理人」制度の立法化が重要な役割を果たすと考える。

2. 自主解決ルートの中での紛争

離婚の種別の約90%前後が協議離婚である⁽¹⁰⁾。すなわち離婚紛争の約9割は自主解決がなされる。「子ども代理人」制度に消極的立場を取る見解の重要な論拠⁽¹¹⁾は、①わずかに約10%の司法ルートのさらにその一部の場合についてのみ、手続法の中に子ども代理人制度をつくることは、子どもの意思表示権一般を保障することにはならない。約90%を占める協議離婚の中で、子どもの意向を反映させる根本問題を解決する方が先決であり、重要である。②離婚に直面した子どもたちの福祉や利益に資する制度設計として、養育費の確保の仕組みと非監護親との面会交流のサポートの制度造りこそ当面の緊急課題である。国庫の費用もこれらの課題に回すべきである。—という点にある。議論はあるものの、協議離婚制度それ自体は、離婚に対する国家の介入を許さない点で、家族のプライバシーを守る優れた制度であると評価しうる⁽¹²⁾。たしかに、これを改革し、弱者である母子の生活費確保、子の監護や交流などのサポート体制をつくり、協議離婚を実質化する要請があることはいうまでもない。しかし、現段階の焦点は、法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会（以下、法制審部会という）にお

いて、家事審判法の改正の準備が着々と進んでいる。既に昨年10月23日に子ども代理人のテーマが法制審部会第一読会で取り上げられた。そして、本年の第二読会の議論いかんで、法制審に上げられるいずれかの結論が出される⁽¹³⁾。この重大な場面にこそ、子の監護権の帰属、面会交流のあり方を決する司法判断を適正に担保する新たな制度を導入する好機が生まれている。子ども代理人制度は、新たな制度として、先進諸国の経験からも注目される。司法ルートにおける判断機能の適性は、判断後のサポート体制よりも、論理的に先行する問題である。高葛藤事案を解決する裁判制度の仕組みと機能が裁判規範として確立してこそ、波及効果が生ずる。司法ルートに登場する多くの低葛藤事案は、その解決の適切な予測が容易となる。当然解決が早まる。そして司法ルートに乗るまでもない自主的紛争解決ルートにおいて、裁判規範は行為規範としての機能を発揮する。結論の予測を前提として自主解決が促進される。そのような自主解決の過程において高葛藤が生ずる場合は、誰でも司法ルートにおける解決に切りかえることができる。とりわけ、現代のようなシビアな市民の権利意識が発達した時代にあつて、とりわけ若年層は、司法ルートの利用にためらいがない。これは実務家としての体感である。

3. 高葛藤事案の解決結果の正統性

(1) 高葛藤事案の類型

実務家としての体験上、高葛藤事案には2種の類型があると考えられる。

第1は、当事者である父母の両者が、子の監護養育の経済・文化・人的環境、監護養育の能力・資質において、甲乙をつけがたい僅差を、高い情熱をもって争う類型である。

第2は、客観的に見れば、当事者の父母の一方に子を監護させるのが適任であることが常識的に明らかであるにもかかわらず、不適

任な他方が、不自然な確保要求に基づき、実行使を辞さないストーカー的ともいえる情熱により、子の独占的囲い込みを行い、又は、囲い込みを目的として子の奪取を行う危険が充満しているなどの類型である。

いずれの類型とも父母には抜き差し難い嫌悪や憎悪の感情が渦巻いている場合が多い。

調停、審判の手續において、子どもを手續の主体として、独立の子ども代理人を付す意義は、上記の第1の類型の事案に高い。上記の第2の類型の事案では、既存の家裁調査官の機能のみにより対応が可能な場合が大多数であると考ええる。

(2) 係争当事者への手續保障

いかに裁判所の結論が正しく適切であったとしても、父母と子のいずれの立場においても、これを納得し、結論を受け入れなければ、実質的に紛争は解決しない。この点について南方暁教授は「子どもの年令や理解の程度には一応かかわりなく、子どもの利益を守る手續上の代理人を用意し、子どもも父母と同じ立場で紛争処理に関与できるという構造を用意することによって、紛争処理の結果に正統性を付与する」意味を説く。同教授は、このような道具立ての「フィクション性は否定できない」が、「それが当事者にフィアネス感をもたらすのであれば、紛争処理過程とその結果に対する信頼いいかえると正統性を与えるといえるのではないだろうか」⁽¹⁴⁾と述べる。

(3) 親の視点に立った子ども代理人の役割

南方教授の上記の指摘は、子の側に立った手續結果の「受容」の要素に、あらためて光を当てているとも理解しうる。上記の「フィクション性」は、とりわけ判断能力なき幼児の場合にあてはまる。しかし、在野の法律実務家の感覚としては、子を手続主体として三面関係において攻撃防御の主張を尽くす親の視点に立ってこそ、子ども代理人の制度的導

入が、裁判所の判断に正統性を付与する役割を果たすと考える。あらゆる手立てを尽くして納得いくまで争い、その結果の結論であれば、自らに不利な結論であったとしてもあきらめがつくのが、市民感情である。まして、子ども代理人の制度が、後記のとおり親同士の和解促進機能を果たすならば⁽¹⁵⁾、その導入に向けて努力が、今期待されると考える。

Ⅲ 子の視点からの子ども代理人必要論

1. 「保護主義」から脱却した子どもの権利条約

子どもの権利条約⁽¹⁶⁾(以下、条約という)は1989年11月20日国連総会本会議において採択され、翌1990年9月2日に発効した。日本の加盟は遅きに失したといわれる。1994年3月29日国会の承認を得て翌4月22日批准書が国連事務総長に寄託され翌5月22日にわが国で発効した。2008年現在、未批准の国はソマリアとアメリカのみであり193か国が締結国となっている⁽¹⁷⁾。わが国の家裁手續における子ども代理人の制度の立法に向けての原動力の一つが、条約3条1項・12条1項2項である。前者は、裁判所等の措置につき「児童の最善の利益が主として考慮される」とする。後者は、「その児童に影響力を与ぼすすべての事項について」、「自己の意見を形成する能力のある児童」に、「自由に意見を表明する権利」を認める。それは「児童の年齢及び成熟度に従って相応に考慮される」べきとする。そして手續面では、あらゆる司法手續等において、「児童」はその意見を「直接」又は「代理者若しくは適当な団体を通じて聴取される機会を与えられる」としている。そして、今、問題とすべきは、このような条項を成立せしめた国際的な潮流の相剋を経た巨視的な時代精神としての自律性(オートノミー)が、保護主義(パターナリズム)を分解させる過程を象徴している点にある。

以下、森田明教授の分析⁽¹⁸⁾を、筆者の拙

い解釈で要約してみる。1959年11月国連14回総会が全会一致で採択した「児童の権利宣言」は、東側諸国の子どもに対する「国家的保護」の理念に対し、西側諸国と共同戦線を張ったアメリカが「親による自然的保護と法によるその補強（パレンス・パトリエの保護主義）」の理念を対抗させて成立した。後者の理念は、子どもは、実質的に依存した存在であることを直視し、これを法的に制度化すること、家族の動揺とともに危なくなった保護—依存関係を法の手で補強し、子どもを「保護の客体」として発見する思想であった。しかし、「保護」は保護する者に対する社会的信頼が失われたところでは機能しえない。ベトナム戦争の泥沼化の中で、制度的権威一般に対する反感と抗議は、アメリカ社会の全領域に燎原の火のように広がった。1960年代後期には、子どもの「保護法」の保護主義的な構造自体が不信と攻撃にさらされはじめた。1970年代のアメリカ社会では、子どもの虐待、非嫡出子の出生率の増加、離婚率の顕著化を背景に「親の権利」に対抗する「子どもの権利」の主張が生まれた。いわゆる子どものオートノミーの主張である。したがって、1989年の条約採択の経過では、東側諸国の国家主義的保護主義と西欧諸国の伝統的パレンス・パトリエの保護主義の論争に加えて、アメリカに代表されるアンチパターンリズムとしての子どものオートノミーの思想による論争が加わり、三つ巴の複雑な議論がなされた。しかし、国際的ペレストロイカの進行による東側陣営の没落過程が急速に進んだ。この外部的要因により、子どもが裸の当事者として直接に国家・法と対峙するアメリカ型の思想が、ワーキンググループの大勢を支配し、条約成立に至った。前年の1988年の土壇場で、西ドイツが、西欧型保護主義の擁護に挑戦し、新たな一般条項の提案をした。しかし、これは時機に遅れた「革命的」提案として姿を消す運命にあった。以上が大筋の要約

である。

わが国では、「保護」すべき国家に対する市民レベルの社会的信頼感は、ほぼ崩壊している。従来の家族法理論や裁判例が金科玉条としている「子の福祉」の概念は、すみやかに「子どもの権利」⁽¹⁹⁾の概念に基づく思想に転換されなければならない。

2. 子ども代理人導入消極説の背後にある「保護主義」

昨年10月23日の法制審部会での「子どもからの意見聴取及び子どもの保護機関」をめぐる審議では、弁護士会選出委員の子ども代理人必要論・家裁調査官の限界論の発言に対して、裁判所又は法務省の出身委員の発言の色合いは、家裁調査官制度の機能の強調により、明解な結論を伏せつつも、子ども代理人制度の創設に疑問ないし批判的であると感じさせる。つまり、「子どもの面接、特に親の葛藤に巻き込まれた子どもの理解というのは相当訓練された専門性と、やはり守られた空間というか構造が必要」⁽²⁰⁾として、情報の管理ならびに子どもの意向聴取は、裁判所の専門官が適任であり、また「裁判所の調査官が子どもの調査をするときに客体としてしか見ていないのではないかという御発言があったので、決してそうではない」「最も重要なのは子の福祉、子の利益である」⁽²¹⁾と、調査官制度の良質性が述べられている。

従来から現職の裁判官又は家裁調査官が発表した論稿を見る限り、一定の傾向がある。例えば深見玲子判事は、①家裁が後見的役割を与えられている紛争性の本質から、「子どもの権利主体性を確保する手段」につき、「子どもの代理人制度がふさわしい手段といえるのか」。②そもそも人身保護手続において子どもの代理人制度が「実質的に子どもの利益確保のために有効に機能しているのか」。③「様々な特質をもつ子どもの意思を正確に把握し、子の利益を判断して発言しう

る代理人を確保することが常に可能なのか」との疑問を呈し、「子どもの意思の把握の手段としては、専門性を持つ調査官の調査が最も優れているといえる。」「調査官は、当事者（父母）からも、また調停委員会・家事審判官からも中立の立場で調査し、意見を述べるができる者であり、それゆえ子どもの立場に立って子どもの利益を代弁することが可能である」と結論づける⁽²²⁾。また、依田久子家裁調査官は、子ども代理人（特別代理人）制度論があることを紹介しつつ「子どもの代弁的役割を誰が担うのか」「専門的経験や親子間調整の必要性からいって調査官に合った役割であり、共同調査はより有効な方法であると思われる。」⁽²³⁾と述べる。現在、子ども代理人制度の導入に積極的賛成論に立つ若林昌子教授も、裁判官在職時の1993年に発表された論文では、「子の権利主体性を確保するために、子の代理人、あるいは特別代理人制度を主張される意見があるが、これについては家事事件に現れた子の紛争の実情からは、若干の疑問を感じる」⁽²⁴⁾と述べ、家裁調査官による「子と親の担当調査官を分離したものにする」「共同調査類似の調査」⁽²⁵⁾を提案している。もちろん、日弁連の関係各委員会の中にも、以上と同様の考えを取り入れながら消極論⁽²⁶⁾を展開する一部の委員会がないわけでもない⁽²⁷⁾。しかし、現職の裁判官、家裁調査官の中で、子ども代理人制度を子どもの手続保障のために導入すべきであると発表している論者を見いだすことができない。国家としての司法制度の担い手の主流意識は「保護の対象としての子ども」観に立脚しており、これによる「子の福祉」観を主眼としていると考えざるをえない。

しかし、子どもの権利条約は、子どもを自由権の権利主体として登場させる。したがって、保護を受ける権利と自由権との相関において「何が保護であるかの判断を、子ども自身とその親に委ねる立場」に立ち、「保護を

名目とする国の一方的規制が許されるのは、逆説的ではあるが、自由を守るための保護という形でごく例外的に認められる限界事例として位置づけるべき」という見解⁽²⁸⁾が最も説得力を有していると考える。「福祉」と異なり「権利」は義務者の存在を前提⁽²⁹⁾とする。司法ルートにおける紛争解決手続において、当事者すなわち手続の主体として親と子を位置づけ、三面関係において、各人の権利義務について攻撃防御を尽くさせ、司法判断に対する納得と自主解決を促す見地は、まさに巨視的な時代精神に適合する。若林教授が、高葛藤事案についての導入積極論の立場から「グローバルスタンダード」の視点を必要とされる⁽³⁰⁾のも、この見地に添うものと考えている。

IV 比較法的視点による動向

国際的潮流は、高葛藤の子の監護紛争に第三局として子ども代理人を認め、子の手続保障をはかるのが主流である。これらの国々では、全離婚に裁判所が関与するとはいえ、子ども代理人を必要とする高葛藤事案に対する対応は重要である。日弁連家事法制委は、オーストラリアに、昨年10月視察団を派遣している⁽³¹⁾。比較法的な現状確認による啓発は、わが国で創設されるべき制度の内容に生かされるべきである。

1. 子ども代理人の制度化

(1) ドイツ⁽³²⁾

ドイツ（当時西ドイツ）は、1976年第1婚姻法改正法により離婚における完全破綻主義を採用した。そして1979年の親権法改正（配慮権法）により「親権」（Elterliche Gewalt）の用語を廃止し、「親の配慮（Elterliche Sorge）」の用語に変更した。ドイツは、1997年の改正法により、それまでの離婚と、親の単独配慮決定について、手続を強制結合することを廃止した。すなわち離婚とはかかわ

りなく子に対する父母の配慮（共同監護）を原則とした（BGB1671条）。同法は注目点として、離婚の前後を問わず、共同配慮から単独配慮への変更、子との面会交流、子の引渡しなどの子の意思や利益にとって重要な影響をもたらす事案につき、非訟事件手続法（FGG）に子の利益を代弁する「手続保護人（Verfahrenspfleger）」⁽³³⁾の制度を設けた。そして、昨年（2009年）9月に施行された新家事事件手続法（FamFG）は、「手続保護人」を「手続補佐人（Verfahrensbeistand）」⁽³⁴⁾に改称するとともに、同法はその制度の内容を詳細・正確化した。

(2) イギリス（イングランドを指す。以下、同じ）⁽³⁵⁾

イギリスでは、1969年の離婚法の改正により破綻主義原則が導入された。ちなみに、現行離婚法は、1973年に統合され婚姻訴訟事件法となっている。1989年児童法は、「親責任（Parental Responsibility）」という名の離婚後も継続共同監護制度を導入した。同法8条により、裁判所は、いわゆる8条命令として「居所命令」「面接交渉命令」など4種類の命令を付与できる。同法では、国家が被虐待児などを保護するなどの公法手続を「特定手続」とし、この手続で、裁判所は子の利益を守るために、原則として訴訟後見人を任命することとした⁽³⁶⁾。その後1991年家族手続規則は、家族手続において子を当事者とするのが子の最良の利益となる場合、裁判所は子の訴訟後見人を任命できるとした⁽³⁷⁾。次いで、2000年の立法により、後述のCAFCASSが設置され、特定手続における訴訟後見人は「児童後見人」と改称され、CAFCASSのオフィサーがこれに任命されることになった⁽³⁸⁾。そして、2002年養子及び児童法により、私法手続においても、8条命令の付与・変更・取消手続においては、裁判所規則により特定手続に含みうる事が規定された⁽³⁹⁾。非特定手続（家族手続）でCAFCASSのオフィサー

が訴訟後見人に任命された場合には、家族手続規則により、児童後見人に関する規定が準用されている⁽⁴⁰⁾。

(3) アメリカ⁽⁴¹⁾

アメリカでは、カリフォルニア州で1969年に無責離婚を認める法案が成立し、家族法が激変した。1980年には同州で全米に先駆け、「共同監護法」が成立し、以後、全州に波及した歴史がある⁽⁴²⁾。1967年に、アメリカ連邦最高裁は少年事件においてゴールド判決を下した。同判決は、子どもに弁護人を選任できる権利を認め、子どもを保護される客体としてではなく、権利の主体として、大人と同様に憲法上の適正手続の保障をした。これを出発点として、1960年代の離婚率上昇を背景として、離婚法の分野においても、研究者や実務家により、監護権訴訟における子ども代理人制度の主張が高揚した。その結果、今日ではアメリカの全州で、同訴訟において、何らかの子どもの代理人制度が認められるようになった。裁判所の裁量により子どもに代理人を任命することができる制度が多く、その任命の基準や内容は州により多岐にわたっている。このような子どもの代理人制度の広がりや、当事者主義をとるアメリカの訴訟において、代理人をつけることは個人の権利であり、子どもの代理人が子どもに代わって法的手続に参加することにより、法廷における力の均衡を保たれるという考え方に立脚している⁽⁴³⁾。

(4) オーストラリア⁽⁴⁴⁾

オーストラリアの1975年連邦家族法は徹底した破綻主義を採る。夫婦の12か月の別居証明をもって唯一の離婚原因である婚姻破綻を推定する。離婚慰謝料の概念は明確に否定され、財産分与と子の監護問題の解決に裁判所は集中する⁽⁴⁵⁾。子の監護は離婚後も共同監護制であり、子の監護等について夫婦間で適切な取り決めがなされていることを裁判所が確認しないと離婚は成立しない。取り決めが

合意できず、関係人が裁判所に監護命令の申立をした場合には、裁判所は当事者に拘束されず、子の最善の利益を最優先として、適切と考えられるあらゆる内容の命令（オーダー）を決定する⁽⁴⁶⁾。また、夫婦はその請求に前置して裁判外の紛争解決手続（家族サポート機関であるユニファムの調停）を経なければならない。1975年連邦家族法は、初めて親とは別に子どもの代理人の選任の定めを置いた。2006年の同法改正は、新たに子どもの手続上の代理人を独立弁護士（Independent Children's Lawyers）（以下ICLという）と規定した⁽⁴⁷⁾。

(5) フランス⁽⁴⁸⁾

フランス民法による裁判離婚の類型には、同意離婚、応諾離婚、破綻離婚、有責離婚がある。離婚にあたって、裁判所は、原則的には、共同親権による子の居住地、面会交流について、例外的には、単独親権、非親権者との面会交流について、決定をする必要が生ずる。その場合の考慮事項として、1993年の改正民法により、年齢による区別なく、分別能力ある子の意向を尊重する、「子の聴問」が具体的手続として独立規定化された。しかし、同法において子は手続上の当事者の資格を与えられていない。この聴問の手続において民法は、子にとっての心理的負担を保護するため、子が弁護士又は自らの選んだ者の立会を得て聴問を受けることができるとした。そして、民訴法は、聴問への呼出しにあたって、弁護士などの立会権の告知、立会いを希望する子が自分で選任しない場合の弁護士会長に対する弁護士の選任依頼の手続を定めた。子の聴問に立会う弁護士は、子の意向を代弁するのではなく、子自身が意向を表現できるように助け法的助言を与える援助者であり、厳密な意味での子の代理人ではない⁽⁴⁹⁾。フランスの法制は、グローバルスタンダードから見ると、わが国と同様にやや遅れている印象を受ける。

2. 子ども代理人の選任場面

(1) ドイツ

FamFG158条は、子の利益の確保のために必要とされる限り手続補佐人を選任しなければならないと定め、裁判所の裁量を制限している（必要性の原則）。原則として選任が必要な事由は、①子と法定代理人の各利益の著しい相反の場合 ②身上配慮の一部ないし全部の剥奪が問題となる場合 ③子を保護下においている者からの子の引き離しが必要とされる場合 ④子の引渡命令又は残留命令の対象手続 ⑤交流権の排除ないし重大な制限が問題となる場合である。手続補佐人は可及的速やかに選任されねばならず、上記①乃至④の場合に選任を行わない時は終局決定の中で理由を明らかにすることが求められる。子の利益が弁護士又は相当な手続任意代理人によって適切に主張されている時は、選任は行わない（補充性の原則）⁽⁵⁰⁾。

弁護士等による手続任意代理人の存在も注目される。

(2) イギリス

家族手続（非特定手続）において、子が当事者となるほうが子の利益となると認められる場合に、家族手続規則に基づき、裁判所は職権又は関係人の申立てにより訴訟後見人を任命する。この任命は、かなり困難な論点を含む事案に限られる。任命についての裁判官の裁量につき、実務指示は、参考として、①CAFCASSのオフィサーが子を当事者とする旨を裁判所に通知した場合 ②子が大人の当事者による代理と矛盾又はそれを不可能とする見方・利益を有する場合 ③居所や交流に関する困難な紛争のある場合などを含めた10種の場合を例示している⁽⁵¹⁾。

要するに、訴訟後見人の利用は、「手に負えない」ほどの当事者間の高葛藤事案となるのが実態である。

(3) アメリカ

各州法は、離婚時の監護権・訪問権訴訟などの手続で、裁判官の裁量により子ども代理人（GALと称する訴訟後見人、又は弁護士）の任命を可能とするものが多い⁽⁵²⁾。

(4) オーストラリア

子どもの最善の利益や子どもの福祉が、最大限にまた適切に考慮される必要のある家族法事件（連邦家族法68条L（1））につき、裁判所の裁量によりICLが選任される（同条L（2））。職権又は子ども本人・福祉団体・その他の者の申立による（同条L（4））⁽⁵³⁾。

3. 子ども代理人の資格と性格

(1) ドイツ

手続補佐人の資格に制限はない。実際には弁護士のほか人間科学などを修めた者で研修を受けた者から選任される。手続補佐人は子の主観的利益（子の意思）と並んで子の客観的利益を取り入れ、別の見方や疑念を示すことが許される独立した地位がある⁽⁵⁴⁾。

(2) イギリス

訴訟後見人は、CAFCASSのオフィサーその他適当な者が任命される。CAFCASS（児童・家族裁判所諮問・支援サービス Children and Family Court Advisory and Support Service）は、2001年4月1日、これまであった家族や子どもに関する性格をもつ機関を統合して創設された半公的な行政上の組織である⁽⁵⁵⁾。訴訟後見人は、子を代理して手続の当事者となり、CAFCASSのオフィサーの訴訟後見人は、ソリシタ（事務弁護士）を任命でき、ソリシタは訴訟後見人の指示により子を代理する。ソリシタには、調査権限はなくソーシャルワーク的職務は行わない。訴訟後見人とソリシタのスキルの組み合わせをダンテムモデルと呼ぶ。訴訟後見人は制定法上、子の利益を守る義務を負い、子の利益が子の希望、感情と一致しない場合は、子の希望に反してでも子の利益を守る必要がある⁽⁵⁶⁾。

(3) アメリカ

多くの州は、子ども代理人として、子どもの最善の利益を擁護する訴訟後見人（guardian ad litem以下GALという）（弁護士に限らずソーシャルワーカー等の専門家でもよい）又は単なる子どもの弁護士（child's attorney）又は両方の機能をもつ代理人を裁量により任命する。しかし、そのガイドラインに乏しかった。2003年アメリカ法律家協会（ABA）は弁護士及び裁判所の実務の統一を図るため「監護事件における子を代理する弁護士のための実務基準」を採択した。ここではGALの名称を廃止し、子どもを代理する弁護士の役割を二つに分けた。一つは、子どもと依頼人関係を持つ通常の「子どもの弁護士＝Childrens Attorney」であり、他の一つは子どもの最善の利益を守るため独立した法的サービスを提供し、子の希望（意思）に拘束されない「最善の利益弁護士＝Best Interst Attorney」である。いずれのタイプとなるかは裁判所が指名の際に明示すべきこととした⁽⁵⁷⁾。

(4) オーストラリア

ICLは、弁護士（lawyer）のみとされた。裁判所がリーガルエイド（法律扶助機関）に選任を依頼し、リーガルエイドが家族法の実務経験につき、一定の要件を満たし、かつ、所定の研修を受けた弁護士の中から選任する。通常はソリシタ（事務弁護士）であるが、バリスタ（法廷弁護士）と共に審問を担当することもある。子どもから独立し、子どもの法的な代理人ではなく、子どもの指示に従い行動する責務はない。「子どもの最善の利益」の理念に従い行動する（連邦家族法68条LA（2）（3））性格を持つ⁽⁵⁸⁾。

4. 子ども代理人の任務

アメリカのABAが区分した子どもと依頼関係に立つ通常の「子どもの弁護士」の類型を除けば、各国が制度化している子ども代理人は、子どもの意向、希望、感情を探求し、

それを考慮しつつも、それに拘束されず、子どもから独立し、客観的に子どもの最善の利益を守るため、行動する任務を有する点で共通している⁽⁵⁹⁾。具体的には、①子の利益を確認し、それを裁判手続の中に反映させること。子と対話し主観的利益を把握（聴診器の機能⁽⁶⁰⁾）を果たすことはもちろん、それが客観的利益に合致する限り手続に反映させる（メガホンの機能⁽⁶¹⁾）を果たす。個々の事案に応じ、父母兄弟姉妹、祖父母、養育人、幼稚園、教師なども質問して情報を集め、裁判所やその他の関係機関に提示する活動をする。②裁判官による子の審問に立ち会い、すべての裁判期日に出席し、裁判記録の閲覧を請求し、証人尋問、鑑定申請、鑑定人からの意見聴取、鑑定に対する意見表明などを行う活動をする。③相当な方法で子に対し、手続の対象や経過ならびに予想される結果についての情報を、子どもの理解力にあわせて説明する活動をする。④審級が終了しても子の利益のために不服申立を行う活動をする。一などが基本となる。

5. 官側調査機関との競合と役割分担

(1) ドイツ

ドイツでは、人間科学専門家を裁判所内に抱え込むという方法をとらない。裁判所外の専門職に協力を求めるという方法をとる。少年援助法（KJHG）に基づき、独立の行政機関である少年局が設立されている。その任務は、「児童ならびに少年の身上配慮」についての支援である。具体的には、裁判手続の中に、少年の身体的精神的状態、子と父母その他の関係者との結びつきの強さの状況、教育権者の教育能力、家庭状況などの報告や鑑定意見を提出することが中心となる。裁判所が少年局の鑑定意見に反する判断を行った時は、鑑定者として異議申立権があり、裁判手続への出席も義務的裁量の中にある。裁判所は少年局の特定のワーカー個人を証人として

召喚できる⁽⁶²⁾。この強力な官側の独自の調査機構が裁判所から独自性をもって存在してさえ、高葛藤事案については、裁判所の裁量により子の利益保護のために手続補佐人が必要とされている。

(2) イギリス

イギリスにおいて2000年に創設されたCAFCASSは、家事事件等の支援を行う独立の行政機関である⁽⁶³⁾。裁判官は紛争による子の監護、面会交流をめぐる決定を出すために専門的な調査が必要であると判断すると、CAFCASSのオフィサーである児童家族報告官に調査命令を出し、報告書の提出を命ずることができる。同報告官は、裁判所のために子どもの希望や感情、身体、情緒、教育上の必要性、変化が子どもに与える影響、生育背景や性格、親の監護能力などを調査する。当事者への面接調査などを踏まえて通常は約10週間ほどかけて報告書を作成し提出する。専門職である同報告官の報告書を裁判官が採用しない場合は、理由を決定に明記しなければならない。また必要な場合は、同報告官を法廷に出廷させ証言を求めなければならない。当事者は、報告書作成中に不満がある場合はCAFCASSの地区所長に対し不満を述べることができる。また同報告官の報告書又は法廷での証言に対し、法廷で反対尋問ができる⁽⁶⁴⁾。同報告官は、子を代理していない。このような専門性を重視した児童家族担当官の存在にもかかわらず、イギリスの法制度では、裁判所は、子の利益のために必要があると認め、当該裁判手続において、裁判所が、子どもを代理する訴訟後見人に、CAFCASSの他部門のオフィサーなど適任者を任命できる。訴訟後見人は子を代理して手続の当事者となり、子のためのソリシタも任命できる⁽⁶⁵⁾。

(3) アメリカ

個人の権利として代理人をつけ係争に参加する文化のアメリカですら、監護権評定者を

精神衛生の専門職員として配置している裁判所もある⁽⁶⁶⁾。アメリカの監護権評定手続では、子の監護養育方法について、子どもの必要性、親の資質、親の適合性などを調査する。この手続でロサンゼルス上級裁判所では通常3か月の調査機関内に「要約、評価、勧告、意見」を付した報告書を評定者たる専門家が裁判所に提出する。裁判所付属でない民間の専門家が評定者となることが多いが、手続的には中立性が求められ、評定者の意見が最終判決に直結する機能をもつ⁽⁶⁷⁾。これらと、子どもの最善の利益を代理する子の代理人が、当事者の手続保障のうえで役割分担することとは決して矛盾しない。

(4) オーストラリア

オーストラリアの家庭裁判所には、心理学または社会福祉の資格を有する職員としてファミリーコンサルタントがいる⁽⁶⁸⁾。日本の家裁調査官と類似している⁽⁶⁹⁾。ちなみに松田亭判事の実情紹介文献にて、「家庭裁判所調査官」として紹介されているものは、これに該当すると解される⁽⁷⁰⁾。当事者がファミリーコンサルタントに話したことは原則として証拠になり、ファミリーコンサルタントが作成するファミリーレポート（専門家報告書）は、子どもの福祉に関するあらゆる情報と専門的意見が記載され、子どもの意見が、この報告書に反映されることもある。ファミリーレポートは証拠となり、また紛争解決の指針ともなる⁽⁷¹⁾。このような裁判所としての専門家が存在しつつも、オーストラリアでは、ICLの活動が質的に異なる役割を果たしている。

6. 子ども代理人の費用

ドイツの手続補佐人は、もっぱら子どもの利益のために活動するものとして、費用は無料であり、職業的手続補佐人の報酬、経費の補償は、国が支弁する⁽⁷²⁾。アメリカでは監護権訴訟の場合、裁判所が親の収入・経済状

態等の状況を考慮して、両親の一方又は双方に支払いを命ずることになる。しかし、その費用は数千ドルとなり2万ドルを超えることもまれではないといわれる。両親に支払能力がない場合、州あるいは郡の法律扶助を活用できるとしている州もある。ABAはプロボノのプロジェクトを行い、各州の弁護士会は、子どもの代理人の無料奉仕に力を入れている⁽⁷³⁾。アメリカ社会の文化特有の生存競争を反映しているのであろう。オーストラリアでも、ICLの費用は当事者たる親の負担となる。リーガルエイドの法律扶助が適用される⁽⁷⁴⁾。

V 手続保障における三面関係の必要性

1. 子ども代理人導入論争の背景

(1) 裁判所側関係者の導入消極論

裁判官、家裁調査官側の消極論者には次の基調が流れている。すなわち、子の監護権等の態様を決める事実の真相と結論の妥当性には、公平中立な裁判所の評価作用によってこそ到達しうるものであり、その公権的な評価作用の中をできる限り制約されたくないという基調である。当事者である父母の主張は、いずれも自らの利害に固執する余り「子の福祉」についての真相解明にバイアスをかけるという視点である。裁判官は、審判手続の当事者主義的運用⁽⁷⁵⁾までは譲歩するものの、当事者の審問請求権、尋問権、調査への立会権、記録全面開示請求権などを認める法制化や、それに近い運用には抵抗を示すのが実情である。そうは言っても、当事者による活性化された立証活動なくしては、裁判所がいくらか職権探知を行うとしても、当事者間の複雑な事情を探知する力はない⁽⁷⁶⁾。裁判官は家裁調査官の調査に依存する。家裁調査官は、「司法実務派」の職種が主流である裁判所内で「人間科学派」と呼ばれる専門職であり⁽⁷⁷⁾、子の意思の把握、代弁的役割について、専門家としての自負を持っている。従っ

て心理学等の人間科学の経験への自負に基づき、法律の専門家である弁護士が乳幼児の意思把握ができるか等々の疑問を提起する⁽⁷⁸⁾。また、本音において、裁判過程における弁護士の動きを、「争いを有利に導くため相手の中傷したり当事者同士話し合いをさせないで弁護士同士の話し合いに終始する」⁽⁷⁹⁾存在として、自らの職域にとってマイナスに見る傾向がある。そして、例えば、当事者である親の一方につき、「子の奪い合い事件において、父親としての責任をとる姿勢のない、そして自己中心の未熟な夫の存在⁽⁸⁰⁾」などとの評価を、社会的に下し、(もちろんその評価が純理論的には正しくとも)、当事者が自己の納得を賭けて必至に係争することを批判的に見る傾向がある。家裁調査官は、担当裁判官の命を受け、裁判所の補助機構として調査するため、自らの調査活動に対する他からの評価の目線は、裁判官の方にしか向いていない。当事者を代理する弁護士の働きかけ、質問等は、職務遂行の純粋性を害するものと思っているボディランゲージを、体感することも多い。したがって、裁判所側の子ども代理人導入消極論者の思いの底流には、弁護士などが子ども代理人に選任され、監護権紛争過程に登場するならば、ますます、手続の進行を複雑化させ、裁判所側の可能な限りオールマイティをめざす職権進行を阻害することになるとの懸念があると考える。

(2) 在野法曹側の導入消極論

日弁連においては、家事法制委員会の積極的導入論に、司法制度調査会、子どもの権利委員会、民事裁判手続に関する委員会がいずれも賛成している⁽⁸¹⁾。これに対し、両性の平等に関する委員会が消極論に立ち導入に反対している⁽⁸²⁾。また理事会審議に基づき、全国各単位会に意見照会した結果は、更なる問題点の検討を前提として、賛成又は条件付賛成意見が多いもようである。一方、導入に反対する単位会もかなり存在する⁽⁸³⁾。両性

の平等に関する委員会の反対論の本音は、①母子家庭の貧困に着目した養育費・面会交流の援助体制を優先課題とすべきこと、②子ども代理人制度は、「ないよりはあった方がよい」という程度の認識はあるものの、ドイツで1件につき40万円ぐらい要する子ども代理人の費用を、現在もしくは将来の母子家庭が負担できないだろうこと、にある⁽⁸⁴⁾ものと思われる。そして、現行制度の不都合は、家裁調査官制度の改善と充実により解消できると同委員会は考えている。反対論に立つ単位会の意見には、同じ論点に加えて、①制度が理念先行で、離婚紛争がより複雑化することに対する懸念、②弁護士の能力で対応しうるのかという不安、③小規模単位会や裁判所支部での代理人の手当の困難さ、などの理由が推測され、弁護士の弁護技術習得や労力増大への抵抗も伺える⁽⁸⁵⁾。

(3) 最大の焦点

導入積極論の具体的動機は、裁判所の補助機構である家裁調査官制度の存在は、性格的に、監護擁護紛争における子どもの権利の手続保障を果たすものではないという不満にある。一方、導入消極論は、現行の家裁調査官制度がある以上、重複であり、同制度を充実改善すれば不都合はないという点にある。

いずれにしても、理念先行ではなく、現実の問題として、導入是非論の最大の焦点は子どもの監護権紛争にとって、家裁調査官制度があれば、不都合はないか否かという点に集約される。子どもの手続保障のみならず、親の側の手続保障として、現実に不都合はないか否かという視野から、この問題を検討する必要がある。

2. 家裁調査官制度の性格

(1) 制度の官僚性

家裁調査官制度は裁判所法62条の2第2項により設けられた家事審判官の補佐又は補助機構で、その職務遂行は裁判官からの個別の

命令による授権が必要である⁽⁸⁶⁾。子の監護権をめぐる家事紛争におけるその職務は、第1に、調査命令により行う事実調査、第2に、社会福祉機関等への連絡その他の措置、第3に審判又は調停期日への出席、第4に履行状況の調査及び勧告である⁽⁸⁷⁾。しかも、その職務遂行は、首席家裁調査官一次席家裁調査官一総括主任家裁調査官一主任家裁調査官等の指導系列による指導⁽⁸⁸⁾の下に、裁判官数により配置される執務組織上の単位である「組」に所属して行われる⁽⁸⁹⁾。したがって、このような官僚機構の特性として、業務能率の確保のため、徹底した執務基準が定められ、出張、面接のあり方から調査報告書の様式に至るまで定められ又は前例が踏襲されている。例えば面接に際し、「調査官は事件関係人に対しては一切名刺を交付しない」⁽⁹⁰⁾「ころあいを見て同伴者を退席させる」⁽⁹¹⁾「時間外の出張をせざるをえない場合には、事前にその必要性、実施する場合の留意事項、具体的調査方法について組の主任調査官及び家事審判官と十分検討することが必要である」⁽⁹²⁾「出張の都度、施行命令簿に記載して担当家事審判官の認印を受けるという手続を経るのが原則」⁽⁹³⁾等々である。能率の目的に反し、現実には、わずかの調査に対し長期間を要し、調査室の使用にも時間外になれば上司の許可が必要であったり、電話聴取で済ませてしまうなどに示される官僚機構の宿命が常につきまとっている。とりわけ、人事訴訟の附帯処分に関する調査については、「調査官が関与するとしても、その程度はかなりあっさりしたものとなる」「比較的軽い感じの調査となる」⁽⁹⁴⁾との実施イメージがある。

(2) 制度の中立性

依田調査官は、家裁調査官の代弁者的役割を次のように指摘する。「子の利益の代理(弁)をするということは」「子の立場で対立者として親に迫ることではなく、親を本来の姿に戻す協力者として懐に入れる立場でもあ

る。その役割の担い手として現状では調査官が調査・調整をしたり調停に立会している。」「調査官の意向調査の場合には、子のみの立場というよりは、むしろ代弁に近いと考える。子はまだ親に依存せざるを得ない状況なので、対立する父母の一角に加わる三者構造とは異なっている」との指摘⁽⁹⁵⁾である。しかし、この代弁的役割は、あくまで中立者としての立場である。在野の弁護士が親を代理して体験するいわゆる高葛藤事案の場合、同調査官の指摘する「懐に入れる立場」が通用するであろうか。結果的に家裁調査官は親の非難の目で見、ますます当事者やその代理人弁護士の主張にバイアスをかけて見がちである。家裁調査官は裁判官の受命により裁判官に対して責任を負うとして、中立的公権力をもって入手した情報を秘匿し、調査の過程において、親の代理人弁護士が面会を求めても、容易に会いたがらなくなり、又、会っても、後日の中立性に対する相手方の親から疑念や抗議を恐れて通り一遍の言葉尻をとらえられない応答しかなくなる。これでは、いずれの親も、不満をますますつのらせ、調停や審判手続に対する不信感を増すばかりとなる。しかも家裁調査官のすべてが心理学、社会学に造詣が深いわけではない⁽⁹⁶⁾。また、心理学等の人間科学の当該事案への適用に壞疑がないとはいえない⁽⁹⁷⁾。子どもの調査に対し心理テストの誤用がなされる場合もある⁽⁹⁸⁾。紛争当事者である親が、家裁調査官の調査結果に対し、不満、不服をいまく場合は当然生ずる。ドイツの少年局の鑑定を担ったワーカーは、裁判手続に証人として召喚され尋問を受けるし、イギリスにおける児童家族報告官は、報告書作成中に、当事者から不満を、CAFCASSの地区所長に申立てを受け、また、その報告書および法廷での証言に対しては、当事者から反対尋問も受ける。しかし、わが国の家裁調査官は、裁判官を補佐し又は補助する立場にある裁判所の機関である

から、証人として召喚されることも、反対尋問を受けることも事実上はない⁽⁹⁹⁾。また、その調査結果が裁判の帰趨に重大な影響を及ぼすにもかかわらず、審判書などに、その氏名も表示されない。ちなみに、中立なればこそ、家裁調査官の除斥忌避の制度化は可能と思われる。しかし、現行法ではこの制度化はされていない⁽¹⁰⁰⁾。少年の更生をめざす付添人との協働関係と異なり、民事紛争の場合は、その中立性ゆえに、家裁調査官と紛争当事者との関係は、協働的に機能しない宿命にある⁽¹⁰¹⁾。

(3) 共同調査方式について

以上の官僚性、中立性にとまなう制約と宿命により、仮に複数の調査官が、一方は、親の調査を分担し、他方は子の意向や立場の調査を分担したとしても、基本的に子ども代理人が存在したのと同様の機能を果たしえないものとする⁽¹⁰²⁾。そもそも、共同調査の実施基準自体が、「事案が複雑なため、単独の調査官のみでは、資料の収集及び評価、意見の形成等に困難が伴うとき」・「当事者又は事件の関係人に性格及び行動傾向上の著しい問題や情緒の混乱があり、単独の調査官では対応に困難が伴うとき」・「紛争の経過、当事者又は事件関係人の心理状態、環境等から、暴力行為、子の奪い合いなどの不測の事態が発生するおそれがあり、単独の調査官では十分にそれを予防又は回避することが難しいとき」などを目的としている⁽¹⁰³⁾。

3. 子ども代理人制度のチャンネル機能

(1) 大塚正之教授の制度消極論

大塚正之教授(元判事)の子ども代理人導入消極論は傾聴しうる。同教授は次のように説く。子どもは、「私たちが築き上げてきた文化を次世代へと伝える独自の権利主体」である。「社会全体でサポートしていく必要がある」という基本認識を作っていくこと」「自然を破壊し利益を追求するために競合する社

会でなく、「お互いに共創的共働的になれる社会を創っていくことが必要である。」このような協創的協同的社会形成の枠組全体の中での「意識改革なくして」、欧米の子どもも代理人を導入しても、親は、子どもも代理人が「子の養育に口出しするだけでなく、手も出すなら、代理人が責任をもって育ててよという意識になり、かえって親を無責任にする可能性も生まれてくる」。「子の代理人を選任しても、その代理人は、その子が自立するまでの長時間、責任をもって子の権利を保障していくことはできない」。「責任をもって養育することができるように社会的にサポートしながらその親のもとに子を戻すことが本来のあるべき姿である」。以上がその論旨である⁽¹⁰⁴⁾。

筆者も、現代の弱肉強食の競争社会から共創共働の共生社会への変化を願う。しかし、わが国がここまで新自由主義の影響のもとに競争社会化してしまった以上、歴史の歯車を単純に元に戻すことも、グローバルスタンダードを飛び越えてユートピアが早々に実現できるも思えない。在野法曹人口の極端な増大、ささいな権利主張も見のがさない市民の権利意識の高揚、そして10数年前とは激変してしまったわが国の「訴訟社会」化は、今後、その短所が修正され、その長所が純化しつつ生き続けるものとする。このような時代にあっては、裁判手続における市民の納得のいく手続保障が絶対に必要となる。もし、これなくして、「効率的処理」の名のもとに裁判所の結論が下されても、紛争当事者である親は、子の監護について一過的に結論を導いた裁判官や家裁調査官が、子の将来について責任を持つわけではないことに深い怨念を持つことになるであろう。

(2) 親の手続保障—子ども代理人と家裁調査官の2つのチャンネルの機能—

以下、高葛藤事案を想定して子ども代理人の機能を論ずる。

紛争当事者である双方の親は、自らの要求

を貫くために、子の最善の利益、子の意思に適合する主張、立証を構成し、審判ないし調停の手續に参加していく。これに対し、子ども代理人は第三局として、子を当事者とする手續主体として、子の意思を探究しつつ、子の客観的な最善の利益を独自に主張立証して双方の親に対応する。双方の親は当事者として子ども代理人に自由に働きかけをして説得と論戦を行う。親は、自ら有利な資料や証拠を子ども代理人の調査に協力し提供し、互いに相手方の親の提供した証拠についての弾劾資料も子ども代理人に提供し合う。この結果、一方の親による自らが監護権者に適任であるなどとの主張が、事実と道理に立って形成された子ども代理人の主張と一致する結果となれば、その親は子ども代理人と共同戦線を張って、他方当事者たる親の説得ならびに論戦を行うことができる。一方、子ども代理人の価値観や事実認識について、必ず子ども代理人の主張が正しいとは限らない。他方当事者たる親は、家裁の補助機構として人間科学に通じた家裁調査官の調査に期待して、自らの主張を裏付ける資料を調査官の評価に委ねる。家裁調査官と子ども代理人との折衝ないし協働作業の中で子ども代理人の見解が修正されることもありうる。また、家裁調査官の調査に対応した親が、調査官の調査方法や評価に疑問をいだき、事実誤認や評価の誤りを感じた時も、子ども代理人に対し、これらの問題点の説明説得を行うことにより、子ども代理人に調査官の見解とは異なる評価や見解を形成させうる余地も生まれる。この場合も同様に子ども代理人と家裁調査官との折衝ないし協働作業の中で、家裁調査官の意見が修正される可能性もある。以上のような各場合に、子ども代理人又は家裁調査官の意見が修正されることなく一致し、又は一方の意見が修正されて一致した場合、適任の評価を受けた親は自信をもって、自らの見解を調停ないし審判手續の場において主張

でき、他方の親も裁判所の公権的判断の見通しが明らかとなるため、手續内における親の協議による自主解決が促進されることは明らかである。また、「人間科学派」でもある家裁調査官と「司法実務派」といえる子ども代理人との各見解が、複雑又は微妙に異なった場合は、裁判官が、紛争当事者である親らと子ども代理人との三面関係における論戦を基礎に、複眼的思考をもって最も妥当な事実認定と価値判断を行うならば、当事者たる親らにとってのフェアネス感はずは増す。紛争当事者にとって、子ども代理人と家裁調査官との、いわば2つのチャンネルを切りかえ、比較しつつ対応できる手續保障は優れていると考える。

(3) 2つのチャンネルの子どもにとっての手續保障

子ども代理人は、第三局として、子どもを権利・手續の主体として子どもに対する意思確認や係争や手續の見通しの説明責任と、証拠収集・主張・立証・不服申立の権利を有する。子ども代理人が、官僚組織内の制約に縛られることなく柔軟に子どもの最善の利益を迫及する意見を客観的に形成し、裁判所の補助機関である家裁調査官に対応することは、少年事件において少年の更生をはかるため、少年の付添人と家裁調査官とが、それぞれの専門分野の特色を生かしながら、同じ目的のために協働するのと同様の可能性をひらくことができる⁽¹⁰⁵⁾。このようなチャンネル同士の間乗効果は、新たに当事者として手續に登場する子どもの手續保障にとって必ず有効に機能するものと考えられる。

4. 創設すべき制度の内容

日弁連家事法制委員会がとりまとめ、日弁連理事会審議の対象となった提案内容はおおむね妥当と評価できる。子ども代理人が三面関係における手續保障の中で果たす機能から見ても、提案内容が、その資格を、オーストラリアの法制と同じく司法実務に通じた在野

法曹がふさわしいとした点は賛成である。その給源については、現在の在野法曹人口の飛躍的増大を背景に、意欲あふれる若手弁護士が大量に存在し、これに経験豊かなベテラン弁護士が加わり支援するならば、研修体制の充実とあわせ、昔日とは一変した層の厚さを形成することができる⁽¹⁰⁶⁾。しかし、比較法的視点から支持されている方向と現実の合理性を踏まえるなら、次の点について提案内容は修正されるべきと考える。提案内容とは異なり、次のとおりとすべきである。

①子ども代理人の任務は、「子の主観的利益を代弁」するのではなく、子どもの客観的な最善の利益を目的として代理すべきである。比較法的にも、この方向が支持されている。また、乳幼児も代理の対象外とすべきではない。

②選任対象については、形式的定型的基準で必要的選任事由を定めるべきではない。実質的な高葛藤事案を対象として選任できるものとすべきである。

③審判・調停のほか、人事訴訟の附帯処分手続にも選任範囲を拡大すべきである。

④代理人報酬は、少なくとも立法にあたっては、国庫支弁を目標とすべきである。

VI 結語

以上の検討の結果、子ども代理人制度は、監護権をめぐる深刻な家事紛争の渦中にある双方の親の手續保障に有効に機能するのみならず新たに手續主体として登場する子どもの客観的な最善の利益確保のため、家裁調査官と子ども代理人の共働を可能とする。ゆえに、子どもの手續保障を通じ親同士の紛争の自主的解決も促進する。法制審部会において、この制度を立法すべき志向が多数派を形成し、制度が実現できることを期待している。

注

- (1) 法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会第9回会議(2009年10月23日)議事録36頁以下
- (2) 日本弁護士連合会主催の最新の議論として家事法制シンポジウム(2009年12月5日)(以下、日弁連シンポと略称)パネルディスカッション「子ども代理人の必要性和その役割」-日弁連家事法制委員会編「家事事件における子どもの地位」(以下、「子どもの地位」と略称)75頁以下(2010年)に、日弁連シンポの議論は掲載。
- (3) デイーター・シュヴァープ、海老原明夫訳「ドイツ法における両親の別居・離婚に際しての子をめぐる闘争」日独法学11巻24号23頁(1987年)。
- (4) 寺戸由起子・須田重昭「子の氏変更事件を通してみた子と別居親の交流状況」判タ700号32頁(1989年)。
- (5) 大村敦志「家族法(第3版)」181頁以下および306頁(2010年)。この点は、木内道祥弁護士も注目するところである(「研究会」人事訴訟法の基本構造」ジュリスト1259号96頁(2003年)における発言)。
- (6) 棚瀬孝雄「離婚後の面接交渉と親の権利(上)」判タ712号14頁(1990年)。同「両親の離婚と子どもの最善の利益」自由と正義60巻12号25頁以下(2009年)もあわせて参照。
- (7) 棚瀬前掲注(6)判タ15頁。
- (8) 棚瀬前掲注(6)判タ11頁。
- (9) 大村前掲注(5)182頁。
- (10) 二宮周平「家族法(第3版)」76頁の表参照(2009年)
- (11) 日弁連シンポにおける金澄道子弁護士の発言、「子どもの地位」前掲注79頁以下。金澄道子「子ども代理人制度への疑問」自由と正義61巻4号66頁(2010年)。
- (12) 二宮前掲注(10)76頁。
- (13) 日弁連シンポにおける中村多美子弁護士の発言、前掲注(2)「子どもの地位」106頁。なお前掲注(1)議事録44頁参照。
- (14) 南方暁「子どもの利益の保護」法律時報81巻2号10頁(2009年)。
- (15) 若林昌子「家事事件における子ども代理人」、前掲注(2)「子どもの地位」16頁。日弁連シンポにおける若林昌子教授の発言、前掲注(2)「子どもの地位」77頁。増田勝久「子ども代理人制度の実現に向けて」、前掲注(2)「子どもの地位」36頁。

- (16) 条約のタイトルの翻訳中、官報掲載の公式訳を「児童」とし、「子ども」としなかった点についてのエピソードを永井憲一教授は次のとおり語っている。『児童というのはおかしいではないか。児童というの小学校の子どものことを指すのではないか。中学生は生徒、大学生は学生ではないか』などと国会など、その名称の変更を働きかけたのもわれわれでした。」条約を一般に公示するにあたって、「文部省と外務省ではわざわざ通知を出して、その通知の最後の行に『この条約を普及するについては『子どもの権利条約』という名で普及することを妨げない』と断り書きをしました。」(子どもの人権研究会創立20周年記念号「子どもの人権」48号3頁(2008年)。国際教育研究会『子どもの権利条約』か『児童の権利条約』か」季刊教育法79号57頁は「子ども」の用語で訳されることが正当な理由を5点にわたって明らかにしている。
- (17) 子どもの人権研究会前掲注(16)64頁
- (18) 森田明「児童の権利条約の法思想的背景とその審議過程」家族〈社会と法〉10号96頁(1994年)。
- (19) ちなみに、樋口範雄「子どもの権利の法的構造」家族〈社会と法〉10号131頁以下は条約12条から16条までの自由権とその制約原理、保護を受ける権利と自由権との関係につき論じている。
- (20) 法制審部会議事録前掲注(1)39頁。
- (21) 法制審部会議事録前掲注(1)41頁・42頁。
- (22) 深見玲子「子どもの意思表明権」家族〈社会と法〉10号189頁、190頁(1994年)。
- (23) 依田久子「子どもの意思表明権」家族〈社会と法〉10号209頁(1994年)。
- (24) 若林昌子「家事事件における子の意思」石川・中川・米倉編「家族法改正への課題」306頁(1993年)。
- (25) 若林前掲注 307頁。
- (26) 日弁連に対し、両性の平等に関する委員会から2008年6月20日付、同年9月25日付にて提出された各回答書に記載。
- (27) 日弁連シンポにおける金澄道子弁護士発言、前掲注(2)「子どもの地位」79頁乃至82頁。
- (28) 樋口前掲注(19)133頁。
- (29) 島津一郎「転換期の家族法」317頁(1991年)。
- (30) 日弁連シンポにおける若林教授の発言、前掲注(2)「子どもの地位」107頁。
- (31) 倉持政勝・本坊憲緯子「オーストラリアにおける独立弁護士(ICL)について」前掲注(2)「子どもの地位」43頁。
- (32) ドイツにおける離婚と子の監護の法制の変遷は、日弁連法務財団離婚後の子どもの親権及び監護に関する比較法的研究会(以下、法務財団と略称)編「子どもの福祉と共同親権」129頁以下、鈴木博人執筆「IIIドイツ1」(2007年)。
- (33) 遠藤隆幸「ドイツ親子関係法における手続監護人(Verfahrenspfleger)制度の概要」中央大学大学院研究年報29号法学研究科編151頁(1999年)。同「ドイツにおける手続保護人(Verfahrenspfleger)制度の運用実態と今後の課題」比較法雑誌36巻4号57頁(2003年)。佐々木健「ドイツ親子法における子の意思の尊重(1)(2)」立命館法学302号286頁(2005年)、306号128頁(2006年)。(岩志和一郎「ドイツにおける『子どもの代弁人』(Anwalt des Kindes)判タ1208号40頁(2006年)。
- (34) 岩志和一郎「ドイツにおける『子どもの代弁人』—手続補佐人の新たな規定」法律時報81巻2号46頁(2009年)。
- (35) イギリスにおける制度の経緯等は、許末恵「英国における子どもの手続上の代理—子どもの声を聞く—」青山法学論集50巻4号35頁(2009年)。法務財団前掲注(32)167頁以下、川田昇執筆「IIイギリス」(2007年)。
- (36) 許前掲注(35)36頁、48頁。
- (37) 許前掲注(35)68頁。
- (38) 許前掲注(35)55頁。
- (39) 許前掲注(35)56頁。
- (40) 許前掲注(35)68頁、73頁。
- (41) アメリカにおける子ども代理人制度の実情については、山口亮子「アメリカにおける子どもの代理人制度」判タ1208号33頁(2006年)。犬伏由子「離婚訴訟における子どもの代理人制度」『梶村・棚村編新家族法実務体系第5巻』472頁以下(2008年)。中村恵「アメリカにおける子どもの手続上の代理」法律時報81巻2号28頁(2009年)。渡辺信吾「米国ネブラスカ州ダグラス郡における子どもを持つ夫婦の離婚手続(上)」判タ1308号86頁(2009年)。
- (42) ジュデイス・ウオラーズタイン、ジュリア・ルイス、サンドラ・ブレイクスリー、早野依子訳「それでも僕らは生きていく」30頁(邦訳2001年)。棚瀬一代「アメリカにおける離婚後の子の監護について—単独監護から共同監護へ」ケ研236号33

- 頁 (1993年)。
- (43) 山口前掲注(41)34頁。
- (44) オーストラリアにおける制度については、松田亨「オーストラリアの家庭裁判所—破綻主義離婚法の運用と子の福祉を中心として—」家月50巻6号1頁(1998年)。ジョン・ブレナン・野田愛子訳「子どもの権利の擁護—子の監護者決定の審理における子どもの意思(希望)—」判タ115号45頁(2004年)。リサ・ヤング、小川富之訳「オーストラリア家族法(3)」戸籍時報631号53頁(2008年)。小川富之「オーストラリアにおける子どもの手続上の代理人」法律時報81巻2号39頁(2009年)。倉持・本坊 前掲注(31)43頁。
- (45) 小川前掲注 法律時報81巻2号39頁。
- (46) リサ・ヤング、小川訳前掲注(44)58頁。
- (47) 倉持・本坊前掲注 47頁、48頁。小川前掲注 法律時報81巻2号41頁。
- (48) フランスの離婚法制の実情については、山本和彦「フランスの離婚訴訟」ケ研266号2頁(2001年)。細谷泰暢「フランスにおける離婚訴訟の審理について」家月54巻5号(2002年)。坂野剛崇「フランス共和国における離婚に伴う子の監護を巡る事項の審理及び調査の実情」家月57巻9号125頁(2005年)。犬伏前掲注(41)474頁以下。
- (49) 犬伏前掲注(41)477頁。
- (50) 岩志前掲注(34)50頁、51頁。
- (51) 許前掲注(35)68頁乃至71頁。
- (52) 山口前掲注(41)33頁、35頁。
- (53) 倉持・本坊前掲注(31)48頁。
- (54) 岩志前掲注(34)51頁
- (55) 許前掲注(35)57頁。南方暁「イギリスの家事事件処理手続と担い手の構成」家族〈社会と法〉21号55頁以下(2005年)。
- (56) 許前掲注(35)と、野田愛子「欧米の子どもの代理人制度」自由と正義61巻4号41頁以下(2010年)の記述によった。なお「ダンテム理論」については、佐々木前掲注(33)306号136頁以下に論じられている。上記野田44頁によれば、「ダンテム」とは、2人乗りの自転車や二頭引きの馬車などを指す。
- (57) 中村前掲注(41)29頁、30頁。犬伏前掲注(41)472頁乃至474頁。
- (58) 倉持・本坊前掲注(31)48頁、56頁。
- (59) 岩志前掲注(34)51頁、52頁。許前掲注 73頁、49頁以下。山口前掲注(41)36頁。倉持、本坊前掲注(31)53頁以下。
- (60) 佐々木前掲注(33)306号142頁など。
- (61) 佐々木前掲注(33)の306号142頁など。
- (62) 岩志和一郎「ドイツの家庭裁判所」家族〈社会と法〉21号28頁乃至31頁(2005年)
- (63) 許前掲注(35)57頁乃至60頁。南方前掲注(55)55頁。
- (64) 南方前掲注(55)55頁乃至60頁。なお許前掲注(35)の67頁の「児童家族報告官」は、南方前掲注(55)の58頁の「家事事件報告官」を意味すると解される。
- (65) 許前掲注(35)67頁。
- (66) 小林正夫「アメリカにおける家事事件処理手続と担い手の構成」家族〈社会と法〉21号79頁(2005年)に、ロサンゼルス上級裁判所の人的構成の資料が掲載されている。
- (67) 小林前掲注(66)77頁、78頁。
- (68) 倉持・本坊前掲注(31)47頁。
- (69) 大谷美紀子「オーストラリアにおける子どもの代理人制度の調査に関する基本情報」(2009年10月24日)〈倉持・本坊両弁護士のICL視察報告書の添付資料〉22頁。
- (70) 松田前掲注(41)11頁、12頁。
- (71) 倉持、本坊前掲注(31)47頁。
- (72) 岩志 前掲注(34)52頁。
- (73) 山口前掲注(41)38頁、39頁。
- (74) 倉持・本坊前掲注(31)49頁。
- (75) 井上哲男「乙類審判事件における職権探知と適正手続の具体的運用」『講座・実務家事審判法(1)』127頁(1989年)に記述されている運用に、新人事訴訟の附帯処分の審理について、当事者の立会、記録閲覧などに、当事者の立証がやや強化された影響が、プラスされた程度の運用が実情であろう。
- (76) 渡瀬勲「乙類審判手続の模索—遺産分割事件を中心として—」家月28巻5号11頁、12頁(1976年)。佐上善和「家事審判法」211頁(2007年)。
- (77) 『『人間科学派』対『司法実務派』の対立』という表現を用いているのは、瓜生武「家庭裁判所調査官としての30数年を振り返って」調研紀要61号12頁(1992年)。
- (78) このような家裁調査官の自負について、法律専門家と対比して論じているのは、高野耕一「人事・家事事件における保全処分—子の引渡しを求める事件をめぐる—」『民事保全講座第1巻』470頁(1996年)の注(26)であり、大変啓発される観察である。

- (79) 篠田悦和「子の奪い合い紛争その2」『講座現代家族法第3巻』205頁（1992年）が引用する要素としての表現。
- (80) 前沢智恵子「子の奪い合いと家庭裁判所調査官の役割」『講座実務家事審判法（2）』211頁（1988年）。
- (81) 日弁連に対する2008年10月1日付司法制度調査会、同月9日付子どもの権利委員会、同月29日付民事裁判手続に関する委員会の各回答書。
- (82) 前掲注(26)の各回答書。
- (83) 日弁連委員会ニュース「司法改革最前線」NO79（2009年9月1日発行）の本坊憲緯子委員の報告。
- (84) 日弁連シンポにおける金澄道子弁護士発言、前掲注(2)「子どもの地位」79頁乃至82頁。
- (85) 本坊前掲注(83)の報告中に反対理由は要約されている。
- (86) 佐上前掲注(76)16頁。
- (87) 最高裁事務総局「家庭裁判所調査官執務必携」29頁乃至32頁（2008年）。
- (88) 最高裁事務総局前掲注(87)1頁乃至17頁。
- (89) 最高裁事務総局前掲注(87)24頁乃至26頁。
- (90) 裁判所職員総合研修所（以下、総研と略称）「家庭事件調査実務入門（再訂補訂版）」72頁（2008年）。
- (91) 総研前掲注(90)72頁。
- (92) 総研前掲注(90)77頁。
- (93) 総研前掲注(90)75頁。
- (94) 石田敏明「人事訴訟による審理—主要な改正点と運用—」日弁連研修叢書『現代法律実務の諸問題（平成15年版）』390頁、391頁（2004年）。
- (95) 依田前掲注(23)208頁。
- (96) 吉田欣子「子の引渡しに関する訴訟と家事審判」『講座実務家事審判法2』196頁、197頁（1988年）。
- (97) デイーター・シュヴァーブ、海老原訳前掲注(3)34頁、35頁は、ドイツにおける心理学者たる鑑定人の影響として、実際には極小の差異が有意な差異にふくらませられたり、監護権を争う家族が十把一絡げに病的性格をもたれさせてしまうことへの批判を紹介し、心理学会がさまざまな理論や観点が競合する状況を呈しているため、家裁の裁判官が心理学の学説のどれかを採用することの危険性を指摘している。
- (98) 濱野昌彦「親権・監護権紛争における家庭裁判所調査官の役割」法律時報81巻2号27頁（2009年）は、「心理テストを使用すれば、たちどころに子どもの内面や意向が明らかになると考えるのは誤りである」と指摘している。
- (99) 阿部潤司会、座談会「人事訴訟要綱案について」家月55巻5号100頁（2003年）の阿部発言（「家裁調査官は、裁判所の職権探知機構であり、ある意味、裁判官と一体という部分がありますので、証人として採用するというのは適当でないと思われまます。」）参照。
- (100) 岩井俊「除斥、忌避、回避」〈講座実務家事審判法1〉74頁（1989年）。なお、佐上前掲注(76)68頁、69頁。
- (101) 増田勝久前掲注(15)38頁乃至40頁。
- (102) 若林昌子「親権・監護権紛争における子どもの手続上の代理人」法律時報81巻2号19頁（2009年）。
- (103) 最高裁事務総局前掲注(87)74頁。
- (104) 大塚正之「家事事件手続における子の参加の保障」法と民主主義447号45頁（2010年）。
- (105) 日弁連シンポにおける磯谷文明弁護士の発言、前掲注「子どもの地位」118頁。
- (106) 梶村太市「子の監護審判事件における子の意思尊重の原則と手続代理人」民事研修626号9頁は、子どもの「手続上の代理人」に「弁護士など法律家は不向きであろう」「さし当りは家庭裁判所調査官OBらに期待することになるか」と述べる。しかし、子どもの手続保障のために、司法実務派としての能力をそなえつつ、きちんと研修を積んだ弁護士を養成しようとする日弁連家事法制委員会の取り組みこそ、将来に向けての力強さを感じる。近時の弁護士会の運動の積み上げと、弁護士人口の増大を含む弁護士層の急速な変化についての視野が必要と考える。