

〈書評〉

渡辺義弘著『子の監護権紛争解決の法的課題—弁護士実務の視角から問う—』
(弘前大学出版会 2012年4月刊 251頁)

宮崎 秀一

1. はじめに

今日、我が国における離婚件数は依然増加傾向にあり、それにともない子の監護権・親権をめぐる紛争が増大している。少子化の進行がこれを一層深刻なものにしているという見方もある。平成23年の民法改正および家事審判法に代わる家事事件手続法制定は、こうしたケースの解決に関し、児童の権利に関する条約の趣旨を踏まえて「子の（最善の）利益」保障の観点に注目した定めをおいたが、これによって問題が一気に解決するというわけではないであろう。個々の紛争事例ごとに、夫婦間の協議あるいは家事調停により、さらには審判、訴訟の形態で、法的決着を見ることには変わらない。そしていずれの場においても、弁護士が紛争当事者に寄り添い、子の利益にかなう解決方法を提示してきたし、今後も最善の方法を探求し続けるであろう。

本書は、このテーマに関する多岐にわたる論点を、著者の40年以上に及ぶ弁護士実務の経験と国内外の膨大な文献に基づいて考察・論述したものである。

評者が、家族法分野については全くの素人でありながら、今回の重い任を承けさせていただいたのは、第一に、かねてから学校、家庭を含め広く教育に関する子どもの人権・権利に関心があった点、第二に、現代の家庭と子どもをめぐる諸問題を多様な視点から論ずる研究会に著者とともに関わってきたこと、第三に、評者自身、この数年の間、何度か家

裁紛争事例に現実に関与する機会を得たこと、そして著者の真摯な弁護活動について共感するところがあったこと等々である。専門外ゆえの誤った理解、不的確な部分についてはご指摘ならびにご寛恕賜りたい。

2. 本書の構成と概要

本書は著者が『青森法政論叢』に2004年から2011年にかけて8回にわたり執筆した「子の監護・引渡をめぐる紛争の法的解決の今日的課題」に、その後の法改正等に応じて加筆修正し上梓されたものである。

本書では、以下の構成により、親による子の監護権争奪をめぐる現行紛争解決システムと運用の問題点を弁護士の視点から鋭く指摘し、それを修復するための提言が示されている。

「第1章 子の監護権手続論の最新局面」では、「子ども代理人」制度導入とハーグ子の奪取条約批准における課題という、現行制度変容につながる2つの論点を扱う。

「第2章 子の引渡手続論の課題—利用者のための引渡強制システム—」は子の引渡請求の手段として人身保護請求の活用可能性と現実の引渡時における直接強制方式の課題を論じる。

「第3章 『調査ブラックボックス』現象の克服—調査官調査に対する手続保障—」では、子の監護権紛争において家庭裁判所調査官の役割が十全に果たされているかに疑問を投げかける。

「第4章 共同監護・面会交流論」では、未成年子の父母共同監護をア・プリアリに理想とする論の吟味を迫り、夫婦離婚後の「共同親権」の在り方に関する制度設計を提示する。

「第5章 子の監護権紛争をめぐる課題と実践」では、著者が実際に受任したケースを基に、子の監護紛争に関する現行法制および制度運用上の問題点を浮かび上がらせる。

「終章 子の監護権紛争解決手続に関する私見の総括」は、以上各章で摘示した課題を確認し、著者の改善提言を包括的に表明している。

3. 本書を貫く視点：「市民の論理」に根ざした法解釈および救済システム構築

子の監護権紛争をめぐる法制と運用には「市民の論理」が貫徹されるべきであるのに対し、現状は裁判所の業務体制の限界などの要因により「役所の論理」が優先し、その弊害は小さくないというのが著者の基本認識である（はしがき、終章）。

著者のいう「役所の論理」は、「子の福祉」というそれ自体否定し得ない抽象的理念を、個々の子どもの置かれている一現実には多様な一状況に一般的に援用し、国家・社会システムの要請に効率的に対応しようとする思惟様式といえる。一方の「市民の論理」は、実際の個別ケースごとに、紛争当事者である親双方の、子を求める「人間の本能」に由来する切実な主張を通じて、真に「子の権利」・「最善の利益」を保障するあり方を丹念に探求する過程を基軸に置く。前者によって事件の「処理」はなされても、それは真の紛争解決実現とは等値ではないと見る（i - iv）。

以上の視座は本書全体に通底しているが、これを最も明瞭に示すのは、著者自身が母親側の代理人として関わった乳児の監護権、引渡し請求をめぐる紛争事例（第5章）である。申立人と代理人が「役所の論理」に翻弄

され、必要以上の時間とエネルギーを費やし、最終的に「常識」的判断（p 234）を手にするまでの一部始終の中に、上記課題性が集約されている。

こうした家事紛争を受任する弁護士の職務の在り方について、著者は、依頼人への「助言が、純法律論だけにとどまっていれば、とうてい弁護士は勤まらないであろう」と述べる。「諸問題解決の体験は、書物から学んだものでない人間心理の妙を把握した体験的紛争解決術として、弁護士経験を重ねるごとに深くなる」という意味で「弁護士こそ、体験的ケースワーカーであり、カウンセラーである」（p 117, pp.106-107）と言い、「市民の論理」の体现者としての弁護士像を描く。

一方、著者は、子の監護、親権をめぐる紛争において見られる、代理人弁護士から家裁調査官への事情説明、問題把握、資料収集等を目的とする面会要請が回避される傾向（p.113）に懸念を示す。反対尋問にさらされることのない調査官調査の「公務鑑定性」（p.115）により家裁調査官調査が「ブラックボックス」化している状況は「役所の論理」として克服されるべきと指摘し、調査に対する尋問権を監護紛争における手続保障として確立する必要性を提唱する（同前）。

また同様に、近年成立した家事事件手続法が、おおむね小学校高学年以上の意思能力ある未成年子に親権、監護権が争われる審判・調停事件における手続行為能力を認め、「手続代理人」選任申立権を与えたことを評価しつつも、小学校低学年以下の意思能力なき若年児について後記「子ども代理人」による手続保障を欠いたことなどは、「上からの目線の裁判所主導の福祉型潮流」が「市民の目線に立った能動的権利主張を通じての納得志向型潮流」に優位し、立法の基調も、依然として「親や未成年子を受働的立場に置くアプローチに終始している」（pp.1-3）と厳しい評価を下している。

4. 実務経験に基づく子の監護法制・救済システムの探求と具体的提言

本書では、子の監護権をめぐる現行制度に関して多岐にわたる見直しが提唱されている。いずれも事件に関わってきた著者の経験に裏付けられた提言である。そのうち最も主要と思われる3点に触れてみたい。

(1) 「子ども代理人」の法制化

著者は、子の奪い合いを含む深刻な監護権紛争においては、圧倒的多数を占める意思能力のない乳幼児や小学校低学年児にこそ、その「客観的意思とそれを補充代弁する手続行為者として、子ども代理人が必要である」とする（pp.2～3）。この導入に対しては、「公正中立な裁判所の評価作用」が子の監護の在り方について妥当な結論を導くのであり、それを担うのが心理学など人間諸科学の専門職である家裁調査官であるなどとする根強い反論がある。

これに対し、著者は、欧米数カ国の状況を詳述し、比較法的視点からも「高葛藤の子の監護紛争に第三極として子ども代理人を認め、子の手続保障をはかる」のが国際的潮流であると説く（pp.12～20）。

また我が国の家裁調査官制度については、「官僚性」・「中立性」ゆえに「紛争当事者や代理人弁護士との関係が協働的に機能しない」現実があることを踏まえ、子ども代理人と家裁調査官の「2チャンネル」の併存を提言する（pp.26～27）。すなわち、子ども代理人は「子を当事者とする手続主体として、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。その結果、一方の親の主張が子ども代理人のそれと合致した場合、他方当事者たる親は、家裁調査官の調査・評価に自らの主張を裏付ける資料を期待する、という図式が成立する。子ども代理人と家裁調査官の意見が最終的に一致すれば、その結論には納得と安定

性を見出すことができ、場合によっては、紛争当事者たる父母、家裁調査官、子ども代理人の相互の折衝、説明などの作業の中でそれぞれの意見が部分的に修正され、自主的解決につながる可能性もあるとするのである。

(2) 子の引渡紛争における人身保護請求手続の利用

今日、子の引渡をめぐる紛争は、通常、家事審判および審判前の保全処分を得、直接強制によって決着を見ることになる。直接強制方式が徐々に定着してきたのは、平成5年の最高裁第三小法廷判決（最三小判平5. 10. 19民集47巻8号5099頁）がこの種の事案への人身保護請求手続の利用を制限したことによる。しかし、現実には当事者の抵抗による執行不能事例が少なくなく、また保全処分に関しては地域間格差など家裁実務上の課題が執行困難の背景にあると指摘する（p.66-77）。

著者は、そうした審判前保全処分が機能しない場合の救済方法として、諸外国の状況をも紹介しつつ、人身保護請求発動における「違法の顕著性」および「補充性」要件（人身保護規則4条）を目的論的に解釈し、人身保護請求手続も併存的に選択できる余地があると主張する。「解釈をぎりぎりまで尽くして複数の制度の利用が可能であれば、制度運用者はこれに答えるべき」（p.87）という姿勢は明快である。

(3) 共同監護・共同親権法制に関する制度設計と離婚・親権指定分離論

夫婦離婚後の未成年子の監護（民法766条）のあり方について、近年、父母共同監護が教条主義的に理想化され、さらには親権（同819条）そのものについても現行の単独親権原則から無条件に共同親権化を志向する傾向が見られることにつき著者は警告を発する。共同監護が常態化しているように語られるアメリカにおいても、賛否両論あることがウォラースタインの著作『それでも僕らは生きていく』（早野依子訳 PHP 研究所、2001年）

などの研究から明らかになっているという。両親が離婚した60家庭131人の子どもの25年間の追跡調査に基づく同書は、「裁判所や調停人が道徳観の裁定者のように振る舞う」ことを痛切に批判しつつ（引用・本書 p.131）、「子供を頻繁に行き来させる共同監護協定は、両親が対立している家庭の子供にとっては有害」であるにもかかわらず、「悲劇的なことに、裁判所は往々にして、このように採めている家族にわざわざ共同監護権を命じる」と（同 p 135）結論づけている。このように、アメリカでは共同監護の実態については、「一筋縄ではいかない」（同 p 141）影の部分があることに警鐘が鳴らされているのである。

これを踏まえて著者は、我が国における共同親権の立法化と単独親権者の決定方式に関して、以下の制度設計を提示する。

- 1) 父母の間で離婚後も共同で親権を行使することに真意に合意しているならば、
 - ①協議離婚の場合はいわば選択的共同親権制を認め、父母共同親権を戸籍届出できるようにする（ただし届出後に父母から異議申立てがあれば、家庭裁判所は審判により単独親権に変更する）。
 - ②調停、和解離婚においても未成年子の親権の帰属を父母の共同親権とすることを合意事項に含めることができるとする。
 - ③裁判離婚においても判決で父母共同親権と指定する。
 - ④以上により共同親権となる場合でも、上述のごとく未成年子に耐え難い苦痛や負担を課す可能性を考慮して、子の意思を代弁する「子ども代理人」制度を法定し、子ども側が共同親権から父母の一方の単独親権に変更する審判申立権を保障する。
- 2) 夫婦間に親権の帰属について何らかの争いがあれば単独親権のみとし、
 - ⑤調停手続による場合は調停離婚成立と同時に、訴訟手続による場合は和解または判決

による離婚決定と同時に、父母の一方に親権指定することを原則とする。

- ⑥「離婚と親権者指定の分離解決の明文化立法」に基づき、当事者が望むならば、離婚調停を先行成立させ、親権指定については、審判手続に移行して単独親権者を決定できるとする。
- ⑦訴訟による場合も、当事者が望めば、和解離婚を分離成立させ、または離婚判決を先行して下し、後に単独親権者を定める判決を下す。

共同親権への過度の期待を戒めつつ、単独親権の場合は分離解決方式により慎重かつ適切な決定を志向した精緻な制度設計といえよう（pp. 144-148）。

5. おわりに

以上、本書は長年、子の監護紛争事件を担った経験に根ざす多数の問題提起的論考から成り、本書評では十分に紹介し尽くせなかった箇所は多い。

著者の提言にある「子ども代理人」制度は、自己の立場を十分に主張できない子どもに代位する第三者という点で、少年事件における付添人や人権侵害ケースでの子どもオンブズパーソンなども共通の性格をもつ。今後、多様な紛争場面において、子どもに寄り添い、権利を擁護する専門家へのニーズは増大すると思われるが、評者としては、家事分野にとどまらず、児童の権利に関する条約が保障している子どもの立場を代弁する「代理人」（12条2項）として期待される在野法曹の養成・研修体制、活用方法などがどのように展開するかはとりわけ興味深い。

子の親権・監護紛争解決における課題の核心を突く書として、家事調停および審判に関わるすべての方（当事者、家事審判官、家事調査官、家事調停委員、弁護士）には是非一読いただきたい。