

監護事件における子の意思の尊重

家族関係修復の視点からの検討

中 野 知 里

(法学専攻・シビックガバナンスコース)

- 1 はじめに
- 2 子の意思尊重の意義
 - 1) 子の権利主体性
 - 2) 家族関係の維持・再構築
- 3 監護事件における子の意思尊重
 - 1) 現行制度における子の意思尊重
 - 2) 制度を支える社会認識
- 4 監護事件における子の意思尊重の保障における問題点
 - 1) 子の意思の把握の難しさ
 - 2) 子を家事事件にまきこむことの危険性
- 5 事例検討 大阪高決平 12.4.19 家月53巻1号82頁
 - 1) 事件の概要
 - 2) 家裁・高裁の判断
 - 3) 問題点の指摘
 - 4) 検 討
- 6 監護事件における子の意思尊重の保障のあり方
 - 1) 制度を支える社会認識の限界性
 - 2) 子の監護事件手続きへの参加保障の必要性
 - 3) 具体的方法の検討
- 7 おわりに

1 はじめに

子の監護事件¹⁾において子の意思は十分に尊重されているのであろうか。大阪高決平 12・4・19 家月53巻1号82頁は、父が違法に子を監護している状況のもと、その違法性を斟酌してもなお、子の現在の生活状況や、父や母との関係性を考慮し、そして何よりも父のもとで生活したいとする子の

意思表示を尊重すると、父のもとで生活することが子の福祉に資するとの判断を示して、子の親権者を母から父に変更した原審大津家平 11.11.9 審判を支持し、母からの即時抗告を却下した。

原審、家裁の判断、そしてそれを支持した高裁の判断は一見妥当なものである。家裁も高裁も子の親権者変更につき子の福祉を最大限に考慮しており、子の福祉の判断につきその意思を尊重する姿勢を示しているのである。子の意思尊重という視点からみれば、この判断は支持に値するようにも感じられる。しかし私はこの事例においては子の意思の尊重は十分になされていなかったと考える。この家裁・高裁の判断においては、子の意思を尊重しようとする視点はみられるものの、その意思の尊重のためには子に意思表示の機会が常に保障されなければならないと、また何よりもその子をとりまく関係性が修復されていなければならないとする視点が欠けており、その結果、子の意思尊重を最大限重視しようとしているにもかかわらず子の権利を保障する結論が導いていないと考えるからである。

子の権利を保障するためにはその意思を尊重することが不可欠である。そしてその意思の尊重には子が自己に関わる事柄につき意思を表明する機会を与えられ、それが正当に把握されることが不可欠であるといえる。さらにその意思が正当に把握されるためには単にその意思を言葉で表明する機会を保障されるだけでは足りない。その言葉を発生させた経験や感情をくみ取ってもらえるような温かく柔軟な関係性が保障されていなければならない。家族の中で子の意思が正当に把握されるためには家族関係が良好なものであることが不可欠であると考えられる²⁾。

監護事件における子の意思尊重という視点は家裁の実務において、子を保護の客体から権利の主体として把握しなおすための概念として重視されてきた。そしてそのような子の意思尊重を重視する実務の一定の積み上げによって、家事実務における子の意思尊重が家族関係の修復に資することが確認されてきている。これらと家事事件の第一義的な意義がその後も持続していくべき家族　もしくは元家族　の関係の修復であること³⁾、

そして子の権利保障のために家族関係の修復が不可欠であることを併せて考えるなら、家事実務における子の意思尊重の意義は家族関係修復という観点から捉えなおされなければならない。そしてそのような視点が反映される形で司法機関の関わりがなければその保障は十分とはいえないのではないだろうか。子の意思尊重が十分になされるために、その意義の再検討とその意義を反映しうる監護事件のあり方の考察、その具体的方法の検討が必要であると考え。本稿はこれに取りくむものである。

本稿においては、まず子の意思を尊重する意義を家族関係修復の視点から捉え直し、それを子の権利主体性の確保に資するものであると同時に、家族関係修復に資するものでありそれを求めるものであると構成し、家事事件における子の意思尊重が子の事件への主体的参加なくしては実現し得ないことを確認する(2)。次に監護事件における子の手続き参加について検討し、現行制度においてはそれがほとんど保障されていない点を指摘し、そのような制度を支える社会認識について考察する(3)。そして、子の意思の把握とそれを決定に反映させる際に考慮されなければならない、またそのような考慮の必要性ゆえに事件への子の参加を阻む根拠となりやすい、子の意思の把握の困難さと、子を紛争に巻き込むことの危険性という点について検討を加える(4)。以上のような検討の上で前述の監護事件につき子の意思尊重という視点からいかなる司法援助が可能であったかを検討し、そのような援助がなされていれば早期の紛争解決がなされた可能性、家族関係が修復された可能性のあったこと、そしてその可能性を奪うような現行制度の不備とそれを容認している社会認識の存在とその限界性について示唆する(5)。最後に事例から示唆された現行制度とそれを支える社会認識の限界性を明確にし、子の意思尊重に子の事件への参加保障が不可欠であることを再確認した上で、監護事件における子の意思尊重の保障のあり方についての具体的方法を検討する(6)。

2 子の意思の尊重の意義

子の意思は尊重されるべきであり、それは子の権利を保障する上で必要なことであるとの認識は家事実務においてもまた一般的にもかなり浸透しているのではないだろうか。しかし、子の意思尊重が子の意思表示の機会の保障なしには実現し得ないという認識や、家族関係における子の意思尊重の意義に対する認識は十分ではないと考えられる。一般的に、子の気持ちはその子を受する親によって当然に代弁可能であると考えられ、また家族の紛争に子を参加させても何の解決にもならず、そのような無意味な参加は子のためにできるだけ避けるべきであるとされているのではないだろうか。この章ではそのような認識こそが子の権利保障を阻んでいることを指摘するために、子の意思尊重の意義を、子自身の権利との関係、そして家族関係の維持・再構築との関係からあらためて確認しておきたい。

1) 子の権利主体性

子どもの権利条約は子の意見表明権をその12条で規定しており、子の権利主体性を保障する本条約の中核的権利として位置づけている。同条は同条約3条の「子の最善の利益」を保障するための手続き的権利として捉えられており、子に影響を及ぼすすべての事柄の決定過程に子自身を参加させ、そこで表明された意見を尊重することを要請していると評価される⁴⁾。すなわち同条は子の権利主体性確保のためには子の意見の尊重が不可欠であることを確認した条文であると考えられる。また同条はその文言から、「意思形成能力」のある子の「意見」の尊重に限定して解されるきらいもあるが、条約の趣旨、その他の規定と併せて考えるならば、全ての子に、権利主体性確保のため、自己に関わることについての意思表示の機会とその尊重が保障されることを確認した条文であると解されるべきである⁵⁾。

子どもの権利条約で確認されているように、そしてこの条約を批准した

以上日本法においてもこの条約の意義を反映させる責任を国は負ったことになると考えられるわけであるが、子に意思表示の機会を保障しそれを尊重すること 子の意思の尊重 は子の権利主体性を確保する上で欠くことのできない視点である。個々人の価値観や考え方、感じ方などが異なることを前提とするならば、ある状況においてその個人が欲することも異なってくるはずだからである。ある状況である個人が求めているものは個別に検討される必要があり、それは個人の意思表示とその尊重なしには決して正当には行えないといえる。これは大人でも子どもでも同じである。その子が本当に欲しているものはその子にしかわからず代弁は不可能なのである⁶⁾。

子が大人とは違う特別の保護を与えられる存在であることは否定できないが、その根拠も子を「保護の客体」とする概念ではなく「権利の主体」とする概念に求められるべきである。子を保護の客体とする考え方は、保護者による子の支配を許容する考え方に容易に結びつき、結果として子の権利を害することになりかねないからである。それは親が子のことを考えているか否かとは関係ない。子の権利は親の子への思いやりだけでは担保されない。子のためを思っていたとしても、親の基準で子のことを一方的に決定することは、子の権利を侵害することにほかならないのである。

子の権利主体性確保にその意思の尊重が重要であるとの指摘は家事実務においてもなされている。深見判事は「子どもの意思を尊重することは、子どもを一個の人格として扱い、独立の当事者性を与えることにつながり、従来、離婚問題に付随する二次的な問題として、夫婦の妥協や駆け引きの材料とされることがなきにしもあらずであった子の監護問題について、子どもの正当な利益を保護することを可能にする。」⁷⁾と指摘している。二宮教授も実践報告の検討から「子のことを親に決めさせ、親族が監視するというだけでは、子の利益は守れない。誰でも自分の利益は自分が一番よく知っている。子に関することは、判断能力がある限り、子自身が決定すべきである。判断能力の乏しい場合でも、子の意思や少なくとも子の気持ち

や思い、意向を聴取し、子自身にかかわる事項の決定過程へ参加することを保障し、子の意思がそれらの判断にあたって尊重される必要があるのではないだろうか⁸⁾と指摘する。個人の意思の代弁不可能性を考えるのであれば、子自身に関わる事件への子の意思表明の機会が常に確保されることが、その権利を保障する上で必要であるのである。

2) 家族関係の維持・再構築

子の意思の尊重は、当事者の自主的な紛争解決を促すきっかけとなることが指摘されており、良好な家族関係の維持・再構築という視点からも重要な意義を持つと評価できる。この点に関して実務の側から以下のような報告がなされている。深見判事は「子どもの意思を父母に伝えることにより、夫婦に親子の問題に目を向けさせ、お互いに子どものために話し合う指針を与えることにもなる。そして、父母としての立場から子どもの利益を考慮して自主的解決に向かわせることができる。」⁹⁾とし「それは離婚後も父母は子どもの監護養育について協力しあわなくてはならないとの意識を育むことにもつながる」¹⁰⁾と指摘する。依田調査官は「子がきちんとした場と手続きのもとに意見を表明することは『親のための子』から『子のための親』に視点の転換を促し、その意見を伝えることは、子が親を振り返らせ親自身が親意識を取り戻して本来の責任で襟を正さざるを得ない転換を意識的に促すことになろう」¹¹⁾と述べている。また二宮教授も合同面接や同席調停の実践報告に対する検討を通して「子の意思表明、態度表明が父母に与える影響は大きく、これによって紛争が当事者の自主的解決へ向けて進むとするならば、子には自ら解決する能力は乏しいとしても、父母や関係者による解決を促す能力はあるといえる」¹²⁾と指摘している。

監護事件を含む家事事件の当事者は、紛争に際して初めて出会い紛争が解決すればそれで終わるという関係ではない。紛争そのものがそれまでの関係性の中から生じてきたものであり、紛争の解決のあり方がその後の当事者の関係性のあり方に大きな影響を与えるものである。従って家事事件

の紛争解決は、互いの今までの関係性を見つめあい、その中でお互いの信頼や愛情を回復し、円滑な人間関係を再び築き上げること、失われてしまった自主的解決能力が取り戻されることもしくは新たに育成されることが何よりも求められる。そしてそのためには関係当事者が自主的に当該事件に関わることが必要とされることが考えられる。家族が子を含んだ共同体である以上、子が当事者として主体的に参加することは家族の自主的解決能力の回復、家族関係の修復に不可欠であると考えられるが、それが実務においても確認されているといえるのではないだろうか。

このような関係性の修復は夫婦の利益にもなるであろうが、子自身の権利保障にとって必要不可欠なことである。子の権利保障は司法手続きにおいてだけでなく、なによりもその後の日常生活においてなされなければならない、そのためには子の主体性が保障された形でその関係修復がなされることが必要であると考えられるのである。子を除外した形で築かれてしまった家族関係の中で、つまり子どもの居場所が存在しないか子以外の者が勝手にその形を規定してしまった居場所しか存在しない関係性の中で、その後子の意思表示が正当に受けとめられ尊重されるとは考えられないからである。子の成長にとって離婚後、別居親との交流がなされることが望まれるが、子を含んだ家族関係が良好なものでなければ、その交流は困難なものにならざるを得ないだろう。監護事件における当事者夫婦はその後離婚するとしても、元夫婦として、そして子の両親として良好な関係性を維持できるのが望ましいといえるのではないだろうか¹³⁾。

子の意思尊重が家族関係の修復に資するものであるとの確認がなされており、その修復が子の意思尊重にとって必要であると考えられる以上、子に関する事件については、子の意思尊重を家族関係の修復に資するかたちで保障することは司法機関の為すべき事である。監護事件における子の意思の尊重は子の権利主体性の保障に資するものであると同時に「家族関係修復に資するものであり、何より子の両親である夫婦の関係性の修復、子を含めた家族関係の修復を求めるもの」であると捉えられる。このような

意義を反映させようとするならば、また子の監護状況が家族関係に大きく左右されることを前提とするならば、家族に関わる紛争についてはどんなものでもその構成員の一人として、原則的に子の参加が保障され、その意思が尊重されなければならないと考えられる。

3 監護事件における子の意思

監護事件において子の意思はどのように扱われているのであろうか。この章では現行制度と実務における運用、制度を支える社会認識について確認していきたい。

1) 現行制度における子の意思

家事審判規則54条は「子が満15歳以上であるときは、家庭裁判所は、子の監護者の指定その他子の監護に関する審判をする前に、その子の陳述を聞かなければならない」と定めている。この効力については「単なる訓示規定ではないが、絶対的効力規定でもなく、その中間に位置する相対的効力規定」¹⁴⁾であると解される。審判例をみると、条文で規定されている15歳以上の子についても特別な事情があれば陳述を聴取せずに審判を行うことも可能とされる一方、それらはいずれもかなり特殊な事案での判断であり、極めて例外的な場合といえる。従ってこの規定は家裁の自由裁量を認めるものというよりは、もっと強い拘束性をもつものと判断されている¹⁵⁾。このように15歳以上の子については、監護者指定、子の監護に関する審判について、意思の尊重のための規定が存在するが、これ以外には子が監護事件について意思表示やその尊重が保障されるような規定は存在しない。もっとも家裁実務においては15歳未満の子に関わる事件や親権者変更など、54条に規定されていない審判についても家事審判規則7条や12条を根拠に「子の福祉の判断のための一切の事情」の一つとして子の意思を聴きそれを尊重する解決がなされてはいる¹⁶⁾。また調停においても同7条や7条の

2を根拠に家裁調査官による子の意向調査がなされることもあり、また同席調停などの実施により子が調停に参加する場合などもある¹⁷⁾。このように実務においては、法規定の存否にかかわらず子に意思表示の機会が与えられることはある。つまり子の監護について特に争いとなったときに子の意向調査を行いその意思を尊重するという姿勢は見受けられそれらを可能にする程度 of 法規定は存在するといえる。しかし親権者の決定や監護権者の決定が争われていない場合は、子の意向調査を行うことすら困難であると考えられ、子の意思表示の機会が制度上保障されているとは言い難い。

さらに裁判離婚に付随する形で子の親権者決定が行われる場合などは、子の意思表示の機会はますます奪われると考えられる。裁判離婚においては、公開法廷における証人尋問という形でしか子の意見を聴けず、非公開で子の意向調査を行えるようなシステムが存在しないため、子の意見陳述がなされることはほとんどないと考えられる¹⁸⁾。また協議離婚においては子の意思表示の機会は全く保障されていない。現行制度においては協議離婚の際、子の意見をまったく聞かずに親権者、監護権者の決定が行え、当事者である子が意思表示の機会を与えられずにその後の生活環境を決定されてしまう可能性は否定できないといえる。

以上のように監護事件において子の意思表示の機会が制度上保障されているとはいえず、仮に機会が与えられたとしてもそれは子の事件手続きへの参加を保障するという発想にたっているとは考えにくい。子の意思の尊重が子の権利保障に不可欠であることを考えると、子の年齢や事件の種類にかかわらずその子に関わる事件については、当事者として参加できるような手続き的保障が必要であり、子の事件の当事者性を否定するような現行制度の見直しが必要であることはいうまでもない。そして制度の見直しとともになされなければならないのは制度を支える社会認識である。制度と社会認識は相互依存関係にあり、密接に関わりあい互いを補強しあっている。法整備を実現し、制度が有効に機能するためには社会認識の是正が不可欠であると考えられるからである。次にこの点につき検討を加えたい。

2) 制度を支える社会認識

監護事件という子に直接関わる事からの決定においてさえ子の当事者性が認められておらず子の意思表示の機会が保障されていない制度、つまり子の権利が保障されないような制度、を支える社会認識とはどのようなものであろうか。今日子が権利主体であるという認識は浸透しているといえる。子の権利など保障しなくてもよいのだと考える人はそれほどいないであろう。浸透していないのは子の権利の保障に子の意思の尊重が不可欠であるという認識である。もっともこのような認識も一見浸透しているようには感じられる。親の自分勝手な判断や、子の事をまったく考えていないような判断に対して、子が自らの意見を述べそれを尊重した決定がなされる事に対しては正当であると評価されるであろう。問題は、子のことを考えている親が子の事を決めるときは、子に意思表明の機会を与えずその意思を尊重しなくても、子の権利が保障され得るという認識、愛情あふれる親の判断は子のためになるという認識である¹⁹⁾。このような認識が現行制度を支え、現行制度の中でさらに子の意思表示の機会を奪っていると考えられる。親が子のことを考えているのであれば、むしろ流動的で未熟な子の意思を尊重するよりも親の判断を優先するべきであり、紛争の場に子を連れてこない方が子のためであるされ、子に意思表明の機会を与えることを懸念することにつながっていると考えられる。

二宮教授は「従来の制度は、親は子のために最善を図るという楽観論に立ち、実務上は、父母の激しい対立葛藤に直面して、子に二者択一を迫るような形で意見を表明させるべきではないという『子の福祉』という名の保護主義的発想に立っているように思われる」²⁰⁾と指摘する。このような「保護主義的発想」が、子の意思表明の機会を奪い、家族関係の修復の機会を奪い、子の権利を奪っていると考えられる。社会認識の是正を促し、子の権利を保障するためにも監護事件における子の手続き参加と、そこでの子の意思の尊重を保障していく必要があるのではないだろうか²¹⁾。

4 監護事件における子の意思尊重の保障の問題点についての検討

監護事件における子の意思尊重の際、問題となる点として、子の意思の把握が難しくその判断が慎重に行われなければ逆に子にとって不利益となってしまう点、子を家事事件に不用意に参加させることで子に精神的負担を負わせてしまう危険性があるという点があげられる。これらは確かに考慮されなければならない問題であり、また子の権利の保障に子の意思の尊重が必ずしも必要ではないという視点と相まって、子の意思表示の機会を奪うことを正当化する根拠としても使われがちであるため、十分な検討が必要な点である。これらにつき家裁実務にふれながら以下検討していきたい。

1) 子の意思の把握の難しさ

子が発達途上にあり、その意思形成能力、意思表示能力が未熟である点、その意思の被暗示性、流動性などは否定できないかもしれない。それらがまったく考慮されず、子の意思表示の内容のみに依拠して家事事件の紛争処理が行われるとすれば、それは逆に子の権利を侵害することになりかねない。子の意思の把握の困難さを認識し、子の意見聴取のあり方や法的決定への反映のさせ方について十分な配慮が必要であると考えられる。もっともこのような子の意思の把握の困難さが子の意思尊重を否定する根拠とはなりえない。懸念されるべきはその意思内容そのものを何らの配慮もなく直接決定に反映させることであり、子に意思表示の機会を与えそれを重んじることではないはずだからである。

子の意思の把握が困難であるとの認識から家裁実務においては、「子の意思とは何か」「子の意思の聴取方法」「子の意思をどのように考慮すべきか」などについての子細な検討がなされている²²⁾。実務における調査のあ

り方としては年齢による一定の類型化のもとでの個別的对応という形で定着していると考えられる²³⁾。年齢による類型化の内容としては、小学校低学年以下（10歳未満） 小学校高学年から中学生（10歳～14歳） 中学生以上（15歳以上）と分類され、それぞれ 自己の境遇の正しい認識、適切な判断の能力は備わっておらず、明確な意思を形成しにくい年代 ほとんどの子が明確な意思を持つが子どもの言語表現だけではその意思を性格に把握することは困難なことが多い年代 明確に自己決定でき意思表示できる年代と捉えられている²⁴⁾。子の意思の調査・把握についての実務での年齢による一定の類型化は妥当であると考ええる。その類型化が形式化・画一化し個別具体的な判断の障害となるようなことはもちろん避けなければならないが、そのような配慮がなされるのであれば効率的な調査や意思の確かな把握をなす上で有効であると考えられるからである。

ここで指摘したいのはその意思表示の機会の保障、把握のされ方についてである。子の意思の把握が困難であるとの認識から専門知識を有する家裁調査官による意向調査がもっともふさわしいと考えられ、調査官対子といった面接による意思の把握が最もふさわしいと考えられている点に少し疑問が生じるのである²⁵⁾。家裁調査官の意向調査は確かに未熟な子の意思を把握するには適しているかもしれない。しかし子の意思が流動的で被暗示的であり、その把握が困難であるのは事件の手続きにおいてだけではない。子はその後の日常生活の中でその把握困難な意思を適切に受け止められなければならないのである。日常生活に専門家は存在しない。その子の周りにいる家族がその子が何を欲しているのかを把握し尊重していかなければならないのである。たとえ調査官と子の間にある種の信頼関係が成立し、調査官が子の真意をくみ取ることができ、その真意に基づき結論が下されたとしても、父と母、父と子、母と子の間には何の信頼関係も成り立っておらず、依然として父や母が、子の意思は未熟で流動的であり、きくに値しないものであるように捉えているような関係の中では、その後子の意思が尊重されることはほとんど期待できないように感じられる。子が必要

としているのはその居場所が存在し、その声が正当に聞き取ってもらえるような信頼関係に基づく良好な家族関係である。そうであれば事件手続きでなされるべきは子の意思の適切な把握そのものではなく、適切に把握され得るような家族関係の構築・再構築ではないだろうか。そのような信頼関係は父や母が子と直接接し、直接言葉を交わし合うことでしか築かれていけないものであり、家族関係の修復を一義的な目的として行われる家事事件手続きはそのような機会保障の場として存在すべきであると考えられる。調査官による子の意思の把握はそれに資する一手段として十分に機能しうるものであると評価できるが、把握そのものが目的となってしまうのは、かえって家族関係の修復を阻み、ひいては子の意思尊重を害するものになってしまうのではないだろうか。

家裁においては、父母が子の意思表示や態度に接することを目的とするような同席調停や合同面接が実施されることがある。これらの方が子の権利の保障を実現するものとしてふさわしく、監護事件においてこちらを原則的に実施することが子の意思把握の方法として適切であると考えられる。

2) 子を家事事件にまきこむことの危険性

子を家事事件に参加させ、その意思を確認することは時として子にとって大きな心的負担を強いることになる点が指摘されている。たとえば「子どもに親に対する評価を強制したり、一方を選択することを強制することで、子どもの両親に対する「忠誠心の葛藤」を招き、無意識レベルでの心の深い傷となる虞がある」²⁶⁾ことが指摘される。このような指摘は子の紛争解決能力を否定的に捉えるような社会的認識を正当化し子の手続き参加を阻む根拠となりやすい。もちろん子にさらなる精神的負担を負わせ、心の傷を深くするような意思の把握の仕方は避けられなければならない。しかし、子を家事事件の紛争処理手続きから除外することは、家族関係における子の主体性を否定することであり、その後の家族関係の中での子の居場所を考えるならば決してプラスにはならず、将来的に子に大きな精神的

負担を与えるものになるだけである。「子を家事事件に巻き込みたくない。子がかわいそうだ」という保護主義的な意見は問題の先送りに過ぎないのではないだろうか。

また監護事件における子の意思表示とその尊重は、紛争の中ですでに心的負担を強いられてきた子にその精神的な傷を客観視し、回復していくきっかけを与えることになるという点からも意義のあることである。若林判事は「さらに、調査過程での調査官対子、調査官対親の人間的交流が、相互に影響しあって、その過程で子が成長し、親も親対親の紛争から解放され、子の立場を考える精神的ゆとりを回復する場合もある。」²⁷⁾と指摘する。意向調査や面接などに際して最大限の配慮が必要であることは言うまでもないが、そのような配慮のもと子を家事事件に参加させていくことは子の権利を保障するために必要不可欠なことなのである。

5 事 例 検 討

以上の検討をふまえた上で、先述の事例（大阪高決平 12.4.19）につき、子の意思尊重という視点から、紛争の悪化防止、家族関係修復のために、いかなる司法援助が可能であったかを検討していきたい。

1) 事件の概要

(1) 経過 申立人高村吾郎（仮名、以下父）と相手方三田淑子（仮名、以下母）は昭和61年8月22日婚姻の届出をし、昭和62年2月8日長男洋（仮名、以下洋）、平成元年10月13日事件本人二男雅幸（仮名、以下雅幸）が生まれた。父は高校教諭である。平成元年1月頃から父が自分の母キミ（仮名、以下キミ）のいる九州での就職先を探したことから口論となり、父が母に暴力を振ったこと、母が雅之出産後自分の父勇（仮名、以下勇）の家に居続けた事などから夫婦仲が悪化する。父、母、勇、キミ、勇の妻フサ子（仮名、以下フサ子）らを交えた話し合いの後、洋（当時2

歳)は父が、雅幸(当時3ヶ月)は母が面倒をみることにし別居した。親族関係につき確認しておく、父はフサ子の実子であり、生後まもなくフサ子の実姉キミに預けられ養育されており22歳の時にキミの養子となっている。母は勇の実子であり、その後勇とフサ子が結婚したことにより3人で生活するようになったということである。

平成2年2月16日父が大津家庭裁判所に夫婦関係調整の調停を申し立てる。これは親権者指定で意見が対立し同年7月5日不成立となる。平成3年7月29日今度は母が夫婦関係調整の調停を申し立てる。こちらも父が離婚に応じなかったため同年10月17日不成立となる。

平成3年11月12日ころ、父が離婚届けを持って勇宅にいる母を訪れたが、親権者の指定をめぐる口論となる。他方父はこのころから、態度を軟化させて和合を目指すようになり、平成4年9月1日から勇宅で父、母、洋(当時4歳)雅幸(当時ほぼ3歳)とともに5人で同居するようになる。同月4日の夕食の際に洋が「じじい早く死ぬ。バカ淑子」と口にしたのに、父がこれをたしなめなかったため、父と母の間でいさかいとなり互いに離婚を決意する。

平成4年9月10日、父が離婚届を受け取りに行ったところ、慰謝料請求に関してなどで口論となり、父は母に対して殴るなどの暴行を加え母に障害を負わせた。父は翌日の9月11日、母らには無断で幼稚園にいた雅幸を連れて出て、洋と一緒に福岡県にいるキミに預けた。母および勇は雅幸らの居場所をつきとめようと父につめよったり、雅之を返してもらおうと、同年11月26日には当時父が勤めていた高校の前で「高村吾郎子供を返せ」などと書いたビラを配ろうとした。母は平成4年9月28日に大津家庭裁判所に夫婦関係調整の調停を申し立てた。しかし父が調査において雅幸の所在を明かさなかったため調査は不能、調停は不成立となった。

平成4年11月キミ、洋(当時5歳)、雅幸(当時3歳)は熊本市に転居した。

平成5年2月8日母が大津地方裁判所に離婚裁判を提起し、父が反訴提

起した。父は平成5年3月30日付けで高校を退職し雅幸らが住むキミ宅の近くに転居し、平成年6月1日、キミ、洋、雅幸の転居を機に父も事実上同居を始めた。

平成6年7月15日大津地方裁判所は離婚を容認し、洋（当時7歳）、雅幸（当時4歳）の親権者を父と定める判決が言い渡された。これに対し、父・母双方ともに大阪高等裁判所に控訴した。平成7年2月14日大阪高等裁判所で雅幸の親権者を母に定め、父に対し雅幸を引き渡せとの判決が決定した。これに対して父は上告をなす。上告は棄却され上記二審判決が確定した。

平成7年12月26日母は熊本市に雅幸（当時5歳）を引き取りに出向いたが引き取れなかった。父は平成7年12月28日熊本家庭裁判所に雅幸の親権者変更審判を申し立て、さらに平成8年2月23日大津家庭裁判所に雅幸の親権者変更の調停を申し立てた。

母は大津地方裁判所に上記第二審の執行力ある判決に基づき間接強制決定を申し立てた。平成8年3月29日雅幸の引渡しと同年4月6日までに雅幸の引渡しをしないとときは、父が母に対し同月7日から引渡しを終えるまで1日につき金2万円の割合による金員の支払いを命じる決定がなされた。

母は同年4月7日熊本まで事件本人を引き取りに出向くが雅幸の拒否のため実行できなかった。父は間接強制決定に対し同年4月9日抗告を申し立てるが抗告は棄却される。母は同年10月23日熊本地方裁判所に上記第二審の執行力ある確定に基づき、雅幸の引渡しの直接強制を申し立てた。同年12月27日、裁判所執行官が雅幸宅へ出向き強制執行を試みる。雅幸が「いや。行かない。」「母親とは思わない。」「会うこともいや。」などと言い、引き渡されることを拒んだため引渡し不能となった。

大津家庭裁判所に申し立てられた前記親権者変更の調停は、平成8年4月19日から平成9年10月まで計8回の調停が開かれ、この間家庭裁判所調査官関与、立会いの下、5回にわたり母と雅幸の面接交渉が実施された。雅幸が相手方を警戒し馴染めないまま、最後には雅幸が母に会いたくない

と面接の継続を拒否した。平成9年10月21日調停不成立となり同日審判に移行した。平成10年5月18日父が審判を取り下げた。

父は平成10年4月某高校へ正教諭として就労し、同年7月12日風間玲子(仮名、以下令子)と婚姻した。母はその後父に対して手紙で勤務先への電話等で雅幸の引渡しを求め続けた。父は平成10年12月4日、再度大津家庭裁判所に雅幸(当時10歳)の親権者変更の申し立てを行った。母は2回の調停期日にいずれも不出頭であった。平成11年3月18日調停不成立。審判へ移行した。

(2) 当事者の生活状況 a) 父及び雅幸の生活状況など 父は平成11年4月の洋の中学入学を機に現住所の借家に転居し、玲子、洋との3人で暮らしている。雅幸はキミ宅でキミと二人暮らしである。キミとの同居継続の理由は近くに住む友達と離れたくない、キミを一人にするのが可哀想ということと、雅幸の住所が母方住所にあるため、父の被扶養者になることができず、キミの生活保険に加入せざるを得ないためである。

父は毎週末や長期休暇は必ず雅幸を自宅に連れて帰り、家族4人で過ごしている。親権者変更が認められれば雅幸の了解を得て、一日も早く現住所で家族4人の生活を送る決意を固めている。雅幸の日常のことはキミにゆだねられているが父は事件本人のスポーツへの取り組みや学習状況などには関心が強く雅幸の実情把握に努めている。父は私立高校中等部で正教諭として勤務し年収約765万円を得ている。キミは生活保護で月額役16万円を受給している。父は雅幸の生活費として、月額約3万円をキミに渡し、書籍など金額のかさむものは別途負担している。玲子は離婚暦が一度あり子どもができない体である。陽気でしっかりしており、料理がうまく、洋、雅幸とも馴染んでいる。雅幸は平成8年4月小学校に入学し、現在同小学校の4年生である。学科の評定はA評定が多く、学習態度もよく、理解力も優れている。また健康でスポーツにも熱心とのことである。洋との兄弟仲も良い。父、玲子、キミ、洋はいずれも雅幸の親権者変更が認められ、家族4人での安定した生活が早く遅れることを望んでいる。雅幸は今後も

熊本で父らと生活したいと強調し母と会うこと母と一緒に生活することを拒んでいる。

b) 母の生活状況 母は離婚後も勇が経営する鉄工所を手伝い NC 機械のコンピューター操作に従事する傍ら、自宅でそろばん塾を経営し、年間約350万円の収入がある。勇と同居し母、勇とも健康である。勇は約1000万円の収入がある。母は雅幸を受け入れるために雅幸の部屋を準備している。母は親権者変更に到底納得できないとし、その理由として、父は最高裁の判決に従っていない点と父らの生活が不便である点を挙げている。雅幸との生活交渉のブランクや面接時の不調和については「母と子であり何日か一緒に暮らせば分かり合える」との見解を示す。勇も雅幸と一緒に生活できることを強く願っている。

2) 家裁・高裁の判断

(1) 家裁の判断 父に親権者の変更を認めるに足る事情変更があったかの検討につき、当時は雅幸の養育環境が洋ほど固定されていないとの判断であったが、現在は雅幸の養育環境は父を中心として固定されていること、当時雅幸は5歳の幼児であり母親の養育が必要であるとの判断であったが、雅幸は現在10歳であり必ずしも母親の養育看護が必要な年齢とはいえないこと、雅幸は母と会うことや大津に行くことをはっきりと拒否しており親権者変更を強く希望していること、雅幸の意思は幼少のころ父の意向に影響されたことがあるかもしれないが、自己主張ができる年齢に達したことを考えると、雅幸の意思を尊重しなければならないこと、などの認定をして大幅な事情変更を認めた。

そして、この事情変更は父の無断での雅幸の連れ去りに端を発していること、父が司法判断に従わなかったことを原因とするものであることは事実であり、その点是非難されるべきであり、また母の雅幸に対する愛情、監護能力、経済的家庭環境、親族の援助等、父と比して劣ることはなく、親権者として不適当なことはない判断している。

しかし親権者変更を却下しても、雅幸が相手方との生活を共にすることは、事実上極めて困難であり、雅幸は精神的に不安定なまま、非親権者の下で不便な生活を余儀なくされるとし、雅幸の福祉を唯一最大限に考慮し雅幸の親権者を母から父に変更するとの判断を下した。そして「事件本人(子)及び洋(子の兄)に実母に対する負のイメージを抱かせ続けるのは同人らの性格形成情弊害が大きく、同人らの監護を担う申立人(父)がこのことを十分理解しその解消に向けて努力し、将来同人らと相手方(母)が円滑な温かい交流ができるよう配慮することを切望する」と最後に述べている。

(2) 高裁の判断 原審の事実認定につき、若干の修正を行っているものの、父の監護が仮に違法であったとしても、子の福祉を唯一・最大限に考慮するとなお親権者を父に変更するのが相当というべきであるとの原審の判断を指示し、子の親権者は母から父に変更するのが相当とし、抗告を棄却した。

3) 問題点の指摘

冒頭にふれたことであるが、本親権者変更申し立てに対する家裁・高裁の決定において、子の福祉に資する判断のために子の意思が尊重されなければならないとする姿勢が見受けられる点は評価できると考えられる。問題はそのような姿勢が存在するにも関わらず子の権利保障に資する決定がなされていない点である。その要因として本件において手続きの中で家族関係が修復される可能性、必要性があるという認識が見られない点が指摘されなければならない。また本件における報告をみると、本件親権者決定まで何度も司法機関の介入がなされていること、そしてそれらの介入の際には、子の手続き参加がほとんど保障されていないことが確認できる。つまりその段階で子の参加が保障されていれば、これまでの家裁の実例にみられるように、家族関係が修復されていた可能性、たとえその場での修復が困難であったとしても、父、母がそれぞれの責任のようなものを認識す

ることで、冷静さをとりもどし修復に向けての努力がなされていた可能性が高いにも関わらず、それがなされていなかった点が問題点として指摘できるのである。

この事例の報告をみると、決定の際述べられているように、紛争解決に7年もの歳月を要しており、この間母と子の交流はほとんど図られていない。これを根拠とした決定の合理性を判断する前に、まずこの状況そのものの妥当性を考えなければならないのではないだろうか。別居親（母）と子の面会の機会が保障されていない状況の下、子が母を拒否するのはある意味で当然であるように感じられる。このような対応では母は子を奪われたと感じ続けざるを得ないのではないだろうか。父と母の関係は今後ほとんど修復不可能であると考えられ、このような状況のもとで将来的に母と子の「温かい交流」が実現されるとは考えにくい。父と母、母と子の関係がなんら修復されていない状況の下、母と会いたくない、暮らしたくないとの雅幸の意思表明に依拠する形でなされた本親権者変更の決定によって、母と雅幸の関係は断絶されてしまっている。これから先雅幸は母について思いを巡らすことを誰に強制されるわけでもなくとも自らで禁止してしまう可能性はとても高いように感じられる。自らをとりまく関係性の中で触れられないような部分があるのは雅幸にとって負担にならないのだろうか。

家裁・高裁が指摘しているように雅幸の現在の生活環境は確かに安定しているようにみえる。祖母がいて、父がいて、義理の母がいて、兄がいる。理想的な家族のようにも見受けられる。だからこれで良いのだろうか。雅幸がもう少し成長した時に幼い頃ともに過ごした母に会いたいと感じることはないとはいえない。その時雅幸が母に会うことは可能なのであろうか。母が自らを引き取りたいと考えていたことを雅幸は知っている。自らの意思が決定要因とされ、母との関係を断絶してしまった事に対する罪悪感のようなものを今後雅幸が感じる可能性は決して低くないように感じられる。父と母の交流、母と子の交流がうまくいかなければいなくなるほどそのような罪悪感は雅幸につきまとうのではないだろうか。

この事例において何よりも問題であると感じられるのは、紛争が不当に長期化し、その間に家族関係、親戚関係がますます悪化しており、子を含む当事者の精神的負担がそれとともに大きくなっている点、そしてその紛争の長期化も大きな要因となっていると思われるが、当事者の自主的な紛争解決能力がほとんどなくなっており、それにもかかわらずそれを回復するような司法援助がなされていない点である。この家族においては雅幸を父とキミ対母と勇で奪い合う構造ができあがってしまっているように感じられる。父、母ともに自らが親権者となることに固執してしまっており、洋や雅幸が現在どのように感じているのかを考える余裕がなくなってしまうように思われる。またそれぞれの背後でキミと勇が父、母の味方として加わり子の奪い合いを助長しているように見受けられる。キミは父の育ての親（現在は養親）であり、父の実母がキミの妹フサ子であり、フサ子は勇の現在の妻であり、母の育ての母であるという人間関係を見ると、父母の対立に勇とキミ、勇と父、フサ子と父、フサ子とキミ、母とキミなどの関係が関わってきており、親権者争いをより複雑なものにしているとも考えられる。この雅幸を取り合う構造は長期の紛争の間にかなり強固なものになっているように感じられる。この複雑にもつれた関係について修復がなされておらず、また親権者変更が、母にとっては理不尽な寛容を迫るものであり、母がほとんど納得していないことを考えると、今後何らかの紛争が再び生じるのは目に見えているにも関わらず、その状態でこの家族は放置されてしまっているである。

この事例においては何度かなされている司法機関の介入の際、子の事件への手続き参加が可能であり、それが適切な司法機関の援助のもと実現されていればより早期の紛争解決が可能であり、洋や雅幸を取り巻く家族関係はより穏やかで良好なものになったと考えられる。なぜこのような援助がなされなかったのであろうか。次にこの事例に関して可能であった司法機関の援助について時を追って検討し、そのような司法介入がなされなかった要因として、監護事件における子の手続き参加を保障せず、子の当

事者性を認識していない現行制度と、その制度を支え、またそれに支えられている保護主義的な社会認識の存在、そしてその限界性を示唆したい。

4) 検 討

(1) 1回目2回目の夫婦関係調整の調停（洋：3歳～4歳雅幸：4ヶ月～2歳）平成2年2月16日父が大津家庭裁判所に夫婦関係調整の調停を申し立てている（親権者指定で意見が対立し、同年7月5日不成立となる）。そして平成3年7月29日今度は母が夫婦関係調整の調停を申し立てる（同年10月17日不成立となる）。

夫婦関係調整の調停が申立てられた段階で家庭裁判所は子の意向調査をなすことができ、子と両親との合同面接の場なども設定できたと考える。なぜ家庭裁判所はそれをなさなかったのであろうか。夫婦関係調整の調停は夫婦の問題であり、子を不用意にまきこむべきではないとの認識が存在する可能性があるように思われる²⁸⁾。現行制度においては、法規定が存在しないため、たとえ家裁が家族の紛争解決の際の子の意思表明の必要性を認識していたとしてもその実現がなされにくいといえる。子の監護が直接問題になっていない場合には子の当事者性はほとんど認識されず、事件への参加はほとんど保障されていない現状がここにみて取れる。家族関係に関する事件において、子の当事者性が保障されるような法規定が存在していれば、もしくは子の手続きへの参加の必要性が社会的に認識されていればこの段階での紛争解決が十分可能であったように思われる。

(2) 3回目の夫婦関係調整の調停（洋：5歳 雅幸およそ3歳）平成4年9月28日母が大津家庭裁判所に夫婦関係調整の調停を申し立てている（父は調査において子の所在を明かさず調査は不能となり調停は不成立となる）。

同じ夫婦からの三度目の夫婦関係調整の調停という事実は当該夫婦が夫婦間の対立に固執していることを認識するのに十分なのではないだろうか。この間の他の事実を考えても、当該夫婦が子を奪い合っている構造が確認

できる。また親として子の気持ちを考えるというような余裕がなくなっている二人の姿もみてとれるのではないだろうか。子の居場所を父が隠している事実に対して、突然生活状況が変わってしまった子の現在の気持ち、不安や怯えなどに目をむけさせるような何らかの働きかけは可能であったはずである。家裁調査官らが父母に対し子の監護に対する助言などを行っている可能性は高いがそれらは功を奏さなかったようである。子の親権、監護権が司法上での解決の対象となっていないとはいえ、ここでの紛争は明らかに子の生活状況に関わっている。そしてそれにもかかわらず事件手続きにおける子の意思表示の機会が保障されておらず、また保障されていないことが法的にそして社会的に許容されているのである。子の権利保障のために子の主体的参加が必要不可欠であるとの認識がほとんど浸透していない点、子の主体性を確保できない法制度の不備がここであらためて指摘される。

(3) 離婚裁判とそれに伴う親権者指定(洋:6歳 雅幸4歳) 平成5年2月8日母が天津地方裁判所に離婚裁判を提起し父が反訴提起をする(平成6年7月15日天津地方裁判所は離婚を容認し、洋、雅之の親権者を父と定める)。これに対し、父・母ともに大阪高等裁判所に控訴をおこなっている(平成7年2月14日大阪高等裁判所は雅幸の親権者を母と定め父に対し子の引き渡しを命ずる)。父がこれに対し上告をなす(上告は棄却され、二審判決が確定する)。

離婚裁判においては前述のように子の意向を調査しうる機関が存在しない。ここでも親権者指定は離婚裁判に伴う付随的なものとして認識されていた可能性が極めて高い。子の親権者指定に対しての理由付けなどをみると「子の福祉」などを考慮した判断であると考えられるが、そこに当事者として子を捉える視点は存在しない。もっともこの点については2003年に人事訴訟手続法が人事訴訟法として全面改正されたことにより事態の改善が期待できる。この改正により人事訴訟事件の第1審の管轄が家庭裁判所に移管されたため(人事訴訟法1条)、離婚訴訟に附帯して、親権者の指

定などが申し立てられた場合には、これらの事件についても家庭裁判所が行うこととなり（同32条）、調査官の利用などが可能となるからである（同34条）。これまで離婚訴訟に付随する親権者変更において当事者性を保障されていなかった子が、権利主体として事件へ参加できる可能性は高まったといえるのではないだろうか。その意味で今回の人事訴訟法への全面改正は子の意思尊重という観点からも意義あるものとして評価できる²⁹⁾。

（4）親権者指定に基づく直接強制と間接強制（洋：9歳～10歳 雅幸7歳～8歳） 母は天津地方裁判所に上記第二審の執行力ある判決に基づき、間接強制を申し立てる（平成8年3月29日父に対し、雅幸の引渡しと、同年4月6日までに雅幸の引渡しをしないときは同月7日から引渡しを終えるまで1日につき金2万円の割合による金員の支払いを命じる決定がなされる）。父は間接強制決定に対し、同年4月9日抗告を申し立てる（抗告は棄却される）。母は同年10月23日熊本地方裁判所に上記第二審の執行力ある確定に基づき、雅幸の引渡しの直接強制を申し立てる（同年12月27日、裁判所執行官が事件本人宅へ出向き強制執行を試みる）。

この段階で間接強制や直接強制の必要があったのであろうか。確かに裁判内容の迅速な実現のための強制力の確保は一定要請されることではある。子の引き渡し命令を相手方が履行しない場合に家庭裁判所が履行勧告をなすことや、遅滞日数ごとの損害金を課すといった間接強制、また明らかなる虐待行為が存在する場合に直接強制をなすことなどはむやみに否定できない³⁰⁾。しかし報告を見る限りこの時点において雅幸は父と祖母の監護のもと比較的穏やかにすごしていたと考えられる。子の人格の尊重を重視するのであればこの時点での直接強制は不適切であったと考えられる³¹⁾。雅幸と母の関係を考えてみても、雅幸が、執行官が自分をむりやり連れていこうとする事に対して反発を覚えることは当然であるし、その原因をつくった母に対して憎しみに近い感情を抱くことは想像に難くない。間接強制については、父の違法性を考えるのであれば妥当な法的介入であるように感じられなくもないが、父と母、母と子の関係修復を優先して考えるのであ

れば、父に母への反感を生じさせるだけであり適切であったとはいえないように感じられる。この間接強制、直接強制は家族関係を悪化させる効果しかない。このような決定を支えているのは子を権利の主体ではなく保護の客体として捉える認識であり、家裁における子の権利主体性確保といった理念を没却するものにほかならない。地裁におけるこのような子の権利保障という認識にすら支えられていない保護主義的な認識の是正、家裁と地裁の認識の統一がなされる必要があると考えられる。

(5) 最初の親権者変更の申立(洋:およそ9歳~11歳 雅幸:7歳~9歳) 父は平成7年12月28日熊本家庭裁判所に親権者変更審判を申し立て、平成8年2月23日大津家庭裁判所に親権者変更の調停を申し立てる(平成8年4月19日から平成9年10月まで計8回の調停が開かれ、この間家庭裁判所調査官関与、立会いの下、5回にわたり母と子の面接交渉が実施される)。平成9年10月21日調停不成立。同日審判に移行する。平成10年5月18日父は審判を取り下げた。

この段階においてはじめて、子の当事者性が認められ母子が顔をあわせる場が提供されている。しかし、前述の直接強制や母と子が7年間ほどともに顔をあわせていないことなどが要因となり、また監護親の子への影響も否定できない中で、子の母に対する不信感はかなり強いものとなっているように感じられる。そして雅幸は母との面接交渉を拒否しそのまま調停は不成立となっている。ここでの家裁の関与のあり方は妥当であったのであろうか。子が母を拒否しているとの理由で母子面接をうち切ったのは、子の意思を尊重する理念ゆえの判断であるように見受けられる。その理念はもちろん支持されるべきであるが、ここではその支持とともにその理念が子の権利保障に資するものとなっていない点を指摘しなければならない。子の意思が尊重されその権利が保障されるためには、家族関係の修復が何よりも必要なのである。そうであればこの時点でなされるべきは母子面接をうち切るのではなく、司法機関の後見的援助によって子の不信感を取り除き、面接継続を実現することであったのではないだろうか。そのよう

な後見的援助をなすために、子の意思尊重を家族関係修復という視点から捉える必要性がここで指摘できるのである。

（6）本件親権者変更の申し立て（洋：12歳 雅幸10歳） 平成10年12月4日、父が再度大津家庭裁判所に親権者変更の申し立てを行う。母は2回の調停期日にいずれも不出頭であった（平成11年3月18日調停不成立となり、審判へ移行する。雅幸の親権者を父に変更する審判がなされる）。母は平成大阪高等裁判所へ控訴する（抗告は棄却され、原審審判が確定する）。

家族関係がかなり悪化している点は否定できないものの、この時点においてもまだ関係性を修復する可能性はあったと考えられる。しかし、雅幸が母を嫌っているとの理由から、母子面接がそこまで奨励されなかったような印象をうける。ここでの母と雅幸の面接は、雅幸が母を嫌っているとの確認のためだけに行われたような印象すら受けるのである。母と父の関係はまったく修復されず、複雑な親戚関係、母と雅幸の関係もなら修復されていない。そしてここで表明された子の意思を直接反映させる形で決定を下しているように感じられる。その後の面接交渉の必要性は説かれているものの、そのために何よりも必要な良好な関係性に支えられた、親戚を含むこの集団の自主的紛争解決能力を養うための後見的援助はならなされていない。この時点で良好な家族関係の再構築がかなり困難な様子を示していたことは否定できない。そのような紛争にこれ以上子をまきこむよりも、現在の穏やかな状況に返すべきであるとの判断がなされた点はむやみに否定できないのである。しかしこのような決定により、この家族が問題を抱え込んだままに放置されてしまったこと、また保護主義的な社会認識が強化されてしまうことにより次に同じような紛争の悪化を招く可能性が懸念されることを考えると、やはりもう少し違ったアプローチがなされるべきであったと考えられるのである。

6 監護事件における子の意思尊重の保障のあり方

以上に検討した事例においては早い段階から家事事件に対する子の当事者性が認識され、参加手続きが保障されていれば、早期の紛争解決が可能であり、より子の権利保障に資する解決がなされたと考えられる。しかし実際にはそれらはほとんど実現されなかった。その実現を阻んでいたのは制度の不備とその不備を許容しむしろ奨励するような社会認識であったと考えられる。この章においてはそのような制度と社会認識の限界性を、それらが見落としている自立的な紛争解決能力を有する家族に存在する良好な関係性を指摘することで、確認し、そのような制度と社会認識を是正し、子の権利保障を実現しようとする子の意思尊重のあり方について考察し、その具体的方法を提示する。

1) 制度を支える社会認識の限界性

「子の意思は未熟であり把握しにくいからそれに基づく法的決定を行うことは不当である。子を紛争にまきこむのはかわいそうだから避けるべきである。」これらはどちらも一見妥当な意見である。子の発言のみに依拠した決定を下すことや、子を紛争の場に連れだし父と母の紛争を見せつけ、挙げ句の果てに父か母かの二者択一の選択を迫ることは避けなければならない。しかしこれらの意見が子の意思表示の機会を奪い、手続き参加を否定する根拠となることは逆に不当である。子の権利保障のためには子に関わる事件への主体的参加は不可欠だからである。避けられるべきは子を不当に傷つけるような手続きや決定のなされ方であり、事件への参加そのものではない。是正されなければならないのは子の権利の保障が親の子を思う気持ちがあれば実現し、事件への参加保障や、意思表示の機会保障が必ずしも必要ではないとの認識にほかならない。そこには親の愛情あふれる判断があれば子のためになるという親子愛に対する安易な期待、それがあ

れば表明されていない意思すらもくみ取ることができるというコミュニケーションに対する単純な理解が存在する。

自主的な紛争解決能力のある良好な関係性を有する家族には、確かに愛情ゆえの親の判断によって子が保護されているような状況が存在する。ここでは子の明確な意思表示がなくとも子の権利が保障されるような決定が行われているようにみえることも否定できない。しかしここで確認されなければならないのは、そのような状況においては、子の権利主体性を前提とした良好な家族関係が存在しており、ごく自然なこととして家族関係への子の参加の保障、その意思の尊重がなされているという点である。そのような関係性はあまりに自然に存在しており、そこでの意思表示とその尊重はあまりに当然のこととして行われているため、あえて注視されないだけなのである。

自律性を失ってしまった家族に必要なのはこのような関係性の再構築である。そこには自然なこととされ、気づかれていなかった子の主体的参加、意思表示の機会とその尊重が常に不可欠である。なされるべきは「『子の福祉』の名の下での保護主義的発想」によりその意思表示の機会を奪うことなく、子を不当に傷つけることのないような専門的援助を含む適正な手続き参加の保障なのである。

2) 子の監護事件手続きへの参加保障の必要性

子の主体的参加が保障されている家族のあいだには、親子が互いの性格、経験、その表情、その時の状況に心を配り、それらを互いの言葉と融合させて相手を理解するという、愛情とそれに基づく関係性に支えられた確かなコミュニケーションが存在する。そしてそのコミュニケーションがまた新たな関係性を構築していくことを前提としてなされる、流動的な家族関係の模索、それが家族の対話といえるものであると考えられる、が存在する。

紛争の真只中にいる家族はこのような対話能力を失っており、それを取

り戻すことが必要であると考えられる。それは個別の面談によって得られた子の意思を決定に反映するという方法でも、心理テストによって専門的に把握された子の意思を第三者が親に伝えるという方法でも、実現は不可能なのではないだろうか。それには、直接言葉を交わしあい、その言葉を発生させた感情や経験を、互いの表情や言動から汲み取るという行為が何よりも必要であるといえる。そうであれば、子の監護事件手続きへの参加の保障として、家族の対話の場と方法の提供が不可欠であるといえる。そしてそのような場が子が主体的に関わることを保障することこそが子の意思尊重であるといえ、その実現が司法機関に求められていることであると考えられる。

司法機関はどのように家族の対話の場と方法の提供をなしていくことができるのであろうか。現在の法制度の不備はもちろん指摘されなければならないが、現行制度の下でも司法機関がなし得ることは存在し、制度改革を実現するためにも現在できることを確認し実践していくことは要請されていると考えられる。次に監護事件における子の意思尊重のあり方について、家裁実務の報告を中心にその具体的方法を検討したい。

3) 具体的方法の検討

(1) 対話の場の提供としての合同面接・同席調停の実施 監護事件における対話の場として当事者全員の参加による合同面接、同席調停の実施が考えられる。当事者に必要とされるのは、同じ空間を共有し、互いの言動を直接見聞きできることであると考えられ、合同面接、同席調停においてはそれが可能となるからである。石山勝巳氏は家事事件における紛争解決方法として対話の必要性を指摘し、「夫婦間の紛争、子の監護等の事件は、当事者以外に第三者には、何が真実で、どうすれば、当事者や子の幸せにつながるのか、心理学などの関連諸科学の知識をかりても、なかなかうかがい知ることのできない不可知論の支配する世界である。だからこそ自分のことについて誰よりもよく知っている筈で、自分の幸せを強く願っ

ている筈の関係当事者を直接対面させ、お互いに相手の眼をみて話し合わせ、現状ではお互いに不幸であること、お互いにこれ以上不幸になりたくないことを確認させ『これ以上不幸にならない』という共通の目標を実現するために、いまずぐには解決できない問題と、当面解決しておいたほうがお互いのためによいと思われる身近な問題とを区別させ、後者について、それぞれの立場からできることを約束させ、その履行を積み重ねさせることにより、当事者間に信頼感を醸成させていくことによって、事件の解決を図るといった面接法が効果的である」と述べている³¹⁾。

実務からは、父と子の面接交渉を拒否していた母が、9歳の子が親子合同面接の場面で、父との会話を弾ませるのをみて、「昨夜まで嫌がっていたのに。心配したのがバカみたい。正直に気持ちを表せる子どもがうらやましい。」と言い、「子どもには、親と違う子どもなりの気持ちがある。」ことを認識し面接交渉を受け入れた事例などから「合同面接場面で子は、片方の親の前や調査官との個別面接では決して見せなかった、両親を気遣う言葉や態度等を示すことが多かった。その結果、ともすれば子不在の不毛な対立を深めがちな父と母も、子が直接伝えるメッセージの生々しさやリアリティーを目の当たりにすることによって、父として、母としての自覚を回復し、子の立場を尊重した話し合いをすることも可能³²⁾になる点が指摘されている。また親子合同面接場面で3歳の子が箱庭のおもちゃを持って、「お父ちゃん、これなあに。」「お母ちゃん、これなあに。」と何度も父と母に交互に見せて話し掛けたことを取り上げ父母にどう思うかと話し会わせたところ、父母は子が両親を求めていると理解し、面接交渉を認め合う契機となった事例から「合同面接の中で見せる子の様子や反応を観察し、観察結果を積極的に取り上げて当事者に伝え、当事者にリアリティーを回復させる契機」との指摘がなされている³³⁾。また結婚二年目の夫婦で当時1歳の子のアトピーの治療を巡って夫婦げんかが絶えず妻が子を連れて別居し、その数日後、夫が深夜妻子の家に窓から侵入し子を奪取したための、子の引き渡しの申し立て事件においての子を交えた同席調停

における報告もある。この事例では子が夫にしがみつかり頼っている様子（夫と子の非言語的コミュニケーション）を目の当たりにした妻が、子にとっての父の存在の大きさを実感したり、逆に妻が机をカタカタと叩くと、子も同じリズムでカタカタ叩くといった様子（妻と子の非言語的コミュニケーション）を目の当たりにした夫が子にとっての母を認めざるを得なくなったことをきっかけに、夫婦間で会話が動き出したことなどが指摘されている³⁴⁾。

「子の問題では当事者は親として共通の課題を見いだしやすく、対立関係から協力関係への意向も起こりやすい」ため子の監護事件において合同面接の実施が可能であるとする報告がなされている³⁵⁾。合同面接や同席調停が困難もしくは著しく不可能なケース³⁶⁾も存在すると考えられる。また合同面接や同席調停が思うように功を奏さなかった事例も存在する³⁷⁾。しかしそのような場合であっても、夫婦の関係性、親子の関係性の修復が目指されるべきであるとの視点は変わらず、そのときすぐ対話が実現しなくとも、将来的には穏やかな交流の実現を目指し、その方向に向けての努力がなされるべきである。たとえば暴力行為をなした夫を二度と妻子の前に顔を出させないようにすることは、一見有効な手段に見えるが、その後夫が不法に妻子に近づくことを阻止することは実は不可能であることを考えるのであれば、妻子の不安は消えず、彼らは常に怯えて暮らさなければならぬと考えられる。それは彼らにとって決して幸せなことではない。夫に暴力でなくことばによるコミュニケーションがとれるようになるための適切な援助がなされ、夫、妻、子の間に対話能力が回復されることがやはり究極的に望まれることではないだろうか。また合同面接や同席調停がうまくいかず、個別面接や心理テストの導入によって事件がうまく解決しその後の当事者の関係回復が実現されるといった状況を思い浮かべることができる。合同面接がうまくいかなかった事例からの考察としてその成功には「対立当事者とコミュニケーションしようとするエネルギーに転化する力を、当事者が持っている必要がある³⁸⁾」と指摘されて

いる。この力はその後の生活において当事者が必要とする力にほかならない。この力が引き出されないとの理由で別の方法を試みてもそれだけでは問題はなんら解決しない。この力を引き出すための援助こそが司法機関に求められているのである。合同面接や同席調停の実施を絶対的なものとして捉えることは逆に弊害を生じさせるかもしれない。しかしこれらを原則的に実施されるものであり、そこに子が主体的に参加できるように援助することが子の意思尊重に不可欠であるとの認識は持たれるべきではないだろうか。

(2) 方法の提供としての家裁の後見的援助 紛争の中ですれ違い、関係性が壊れてしまっている家族は対話が不可能な状態に陥っている。対話を可能とするためには、家族が自主的な対話能力を取り戻せるような適切な後見的援助を家裁が行うことが必要である。合同面接の場において当事者の会話がすれ違い始めた場合に、調査官などの第三者が適切な介入を行うことなどが要請される。たとえば場面がこう着した場合当事者は第三者（例えば調査官）に対して話しがちになるなど、相手に発信されているメッセージが、その人に向けて発信されていないように見えることがあるが、そのような場合相手に応答を促し対話を促進させる事などが要求される。そして「相手がそう思うのも無理はない。」などの内省的または受容的な発言がみられた場合には、それを取り上げて相手の感想を引き出し、事実中心の会話から情緒的な対話に変化させるなどの援助が期待される³⁹⁾。

また子どもに関わる第三者の対応として子どもが合同面接の中で見せる様子や反応を観察し、それを積極的に親に伝え、子に目を向けさせる契機とするような援助が要求されると考えられる⁴⁰⁾。さらに当事者の緊張をほぐしたうえで合同面接に導入するような援助も必要である。たとえば子に対して日常生活のことや好きなものについてたずねたり、「これからお父さんとお母さんに、君のことについて話しあってもらうからね。」と伝えることなどが求められる⁴¹⁾。

良好な関係にある家族においてはこのようなことが、あえて意識せずに、

そして第三者の援助なしで行われている。そのような家族の間では多少会話がこう着してもすぐにまた流れてゆくし、あえて促されなくとも情緒的要素のあふれる対話がなされている。そして無意識に相手の日々の生活や好きなものについて思いをはせながら和やかな気持ちで対話がすすめられているのである。このような対話に必要な心の交流のようなものは、存在しているときはあまりにも当たりまえすぎてあえて認識されず、なくなってしまうれば存在していたことも忘れられてしまうものであり、当事者にとって非常に客観視しにくいものなのではないだろうか。関係性修復のためには当事者だけの自主的努力では限界がある。それには第三者のガイダンスが必要である点が認識されなければならない。

対話の場における援助と同時に、当事者自身の対話能力、紛争解決能力を促進するためになされるガイダンスプログラムなどの実施も積極的に検討されるべきである。たとえば大阪家裁で検討されている「父母教育プログラム」⁴²⁾がある。これは離婚や子の監護、面接交渉について当事者に知っておいて欲しい内容を網羅的に解説したような、パンフレットやリーフレットの提示、ビデオの視聴などを通して、望ましい面接交渉のあり方についての現実的な検討ができるようにするためのプロセスをさすものである。

このプログラムの効果として、父に父親としての自覚がないため子の養育に関わってもらいたくないとして面接交渉を拒んでいる母に対してビデオ視聴を実施したところ、実施直後父への不信感や不安を述べ、その後態度を軟化させ、年6回の面接交渉につき合意に達した事例から、ビデオ視聴が会わせることの不安やとまどいの整理、明確化などに効果があったと考えられ、同時に離婚が子に与える影響を考え、母なりに面接交渉の積極的な側面を考える素地を作るのに役立つ点が指摘されている⁴³⁾。また当事者双方に離婚や面接交渉についての一定の知識がある状況での夫婦関係調整調停において、両者にビデオを視聴させたところ、「子の成長のため」に面接交渉を主張できるとの自らの立場に自身をもって父が「面接交

渉がみとめられない場合」を気にし、またビデオ視聴前に面接交渉と婚姻費用分担とを併せて話した際は「面接交渉を金で買えというのか」と激しい調子で調停委員に迫った父が、視聴後、調停委員が養育費などに触れたときは黙って耳を傾けるといった態度をみせた事例から、当事者の独善的な思いこみに揺さぶりをかけ、より冷静な判断を要請する事が可能となる点などが指摘されている⁴⁴⁾。

このようなガイダンスプログラムは親に子のことやまた自己のことについて考えるきっかけを与え、対話の基礎を作る効果があると考えられる。紛争に目を奪われ、子どものことはおろか自分自身何を望んでいるのかわからなくなっている親に対して、自問自答する契機を与え、たとえ不信感や怒り不安といったマイナスの感情であっても、自分がどのような状態にあるのかを客観的に分析できる効果があり、親がそのような冷静な態度をとりもどし、あらためて子との関係性を模索できる土台作りができると考えられる。

(3) 社会認識への働きかけとしての実務の実践 監護事件において子の意思が尊重されるために、合同面接、同席調停の必要的実施やこのようなガイダンスプログラムのさらなる検討が求められる。そしてそのような方法が実現されるためには社会認識が是正されなければならないであろう。後述のようにこれらの方法の実現において法整備の検討は不可欠であるが、社会認識の是正はそのような法制度の変革がなされるために、また法制度の中でより子の権利を保障する実務を実現するためにも重要な事である。社会認識を変革するということは決して簡単なことではない。それは法律を支え個々人の意識を支えるとともにそれらに支えられ、その相互作用によってどんどん強化されていくものである。家庭裁判所が現行制度のもとで実務において、家族関係の修復には子を含む当事者の対話が不可欠である、との立場を実践によって示すことは、このような相互作用を断ち切る原動力になり得ると考えられる。

社会認識の是正はたとえば協議離婚における未成年者のように、見過ご

されてしまっている子の権利を保障することにもつながる。協議離婚に対する直接的な司法介入がどこまでできるのか定かではない中で、社会認識の変革とそれに伴う個人の認識の変革によって、当然の権利として離婚協議における子の手続き参加、意思表示の機会保障とその尊重が認められるようになることが期待される。家庭裁判所は目の前の当事者を援助するだけでなく、社会規範を実践で示すことにより、より豊かな社会の実現に貢献する責務がある。そのような信念のもとで、子の意思が十分に尊重されるような実務運営をなすことが要請されるのではないだろうか。

(4) 家裁実務促進のための法整備の検討と実現　ここまで現行制度のもとで家裁がなし得る具体的方法について検討してきたが、そのような家裁の実務を支え得る法整備の検討とその実現がやはり不可欠である。法規定が存在しないために司法機関がその理念をもちつつも適切に介入できない現状が指摘できるからである。法整備への具体的な提案としては、まず実体的保障として子の意見表明権を明記し子を権利の享有主体として位置づけ、子に自らに関わる事件への必要的参加を保障することが挙げられる。具体的には「子に影響の及ぶ家族法上の事項について、一般的に子には自己の意見を表明する権利があり、年齢、成熟度および当該事項との関連で相応した方法により、その意見が尊重されることを明記する」⁴⁵⁾必要性が指摘されている。そしてその手続き的保障として子の陳述を聴取する義務(家事審判規則54条等)を拡張することなどが提案されている。この点については「子を当事者とする全ての審判事項について子自身の陳述を聴かねばならないことにし、現行規定のような15歳という年齢制限をはずす」⁴⁶⁾といった法整備が要請されている。

以上が子の意思尊重を子の権利主体性との関係から捉えた場合の法整備の検討である。これらが明文化されることは最低限必要なことであるもののこれだけでは子の意思尊重が家族関係の修復を求めるものであるとの視点は反映されない。むしろ手続きにおける意思表示の機会が義務的、形式的に与えられ、そこで表明された意思に依拠した決定が下されてしまうこ

とになり、かえって子の権利が侵害されかねない。子の権利保障に資するためには何よりも紛争解決の際の対話の場の提供が保障され得る法整備が検討されなければならないのである。

そのための提案として、前述の法整備と併せて、「面接交渉権」を民法に明示することが挙げられる。「面接交渉権」とは「親権者・監護権者でないため、子を現実に監護教育できない親（別居親）がその子と会ったり、手紙や電話で交流することができる権利」⁴⁷⁾であり「子育てに関わる親の権利および義務であると同時に、親の養育を受ける子の権利」⁴⁸⁾である。離婚後の交流が可能となるためには関係当事者の良好な関係性が維持されていることが必要であることを考えるならば、これは離婚後も良好な関係性を維持しうる権利であり、司法機関にそのための適切な援助を求める権利と構成する事が可能である。そしてそのような「面接交渉権」が明文で規定される事で、良好な関係性の維持もしくは修復のために、離婚手続きなどにおいて対話の場の提供を司法機関に求める権利が親子双方に保障されることになると考えられる。さらに家事審判法において、家事事件における合同面接や同席調停の必要的実施を面接交渉権保障のための具体的措置として規定する事で、対話の場の提供を要請する権利はより具体的なものとなりうるのではないだろうか⁴⁹⁾。

以上のような提案は法整備を具体的に要請するものとしてはあまりに稚拙であり、より精緻な理論構成が必要とされることはいうまでもない。しかし子の意思尊重のためには、手続きにおける一時的な意思表示とその尊重では足りず、その後の関係性をも見通した継続的な意思尊重を可能とするような法整備が要請されなければならないといった、制度改革の方向性はここで改めて確認しておきたいと考える。

7 お わ り に

子の意見・意思・意向を尊重すべきであるとの認識は一般的にまた家裁

実務においても浸透していると考えられる。その視点は各事件の個別具体的な判断を要請する事で、画一的な判断を排除し、「あるべき家族像」「あるべき生育環境」というものに囚われることのない、子の多様性、家族の多様性を認める社会の実現に貢献しうるものであり、子の権利保障に資するものである。

しかし子の意思を尊重しようとする努力がなされているにもかかわらず、子の権利が保障されているとはいえない現状がある。たった一例からその解決方法を抽象化することにとこまで意義を見いだせるのかは未知数である。しかし本稿では、金銭トラブルや、暴力トラブル⁵⁰⁾、子の非行問題などがほとんどなく、修復の可能性が十分あり、たとえ夫婦が離婚をしても、子と両親が温かい関係を築いていける可能性が十分あったにもかかわらず、ここまで家族関係がこじれ結局はその後の親子関係にまでひびが入るような結論しか導けなかったこの事例を子細に検討することにより、監護事件における子の意思尊重を、家族関係修復の観点から再構成し、子の主体的な手続き参加の保障、意思表示の機会保障を子の権利の保障に不可欠なものとして位置づける意義と、そのような機会を奪うような現行制度とそれを支える保護主義的な社会認識の限界性について指摘することを目的とした。安易で楽観的な親子観に支えられた保護主義的発想は、修復が可能な家族からもその可能性を奪うのである。そしてそのような社会認識に支えられ、それを強化している現在の法制度では、子の権利を保障することが著しく困難なのである。

子の意思の尊重が単に意見・意思を表明する権利として捉えられているかぎり子の権利は保障されない。その意思の尊重が良好な関係性を前提としてしか保障されないことを考えるならば、監護事件における子の意思の尊重を、家族関係の修復に資するものでありそれを求めるものであると捉えなおし、その保障には事件手続きの際の家族の対話の場の保障、そこへの子の主体的参加が不可欠であるとの視点が必要である。そして家庭裁判所の役割が、自主的な紛争解決能力を失った家族に代わって紛争を解決す

ることではなく、その能力の回復、家族関係の修復であるのであれば、この視点を反映させることは家庭裁判所の責務であると考えられる。

今後そのような視点をもって家事実務が運営されること、そのような実務運営が促進されるような法整備の検討、実現がなされること、それを阻むような社会認識が是正されること、そして何よりも、その意思を尊重され、その人格を尊重される関係性の中をすべての子どもが、そして大人が生きられるような社会の実現を期待したい。

- 1) 「監護事件」とは「子の監護状況に関わる決定がなされる事件」と捉えられる。子の「監護」とは、すなわち子を「監督し保護すること」であり、権利主体たる子どもがその権利を十分に保障されるために、子に「目をくばり、必要なことに対し一定の支持を与え、その子を護り、かばうこと」であると考えられる。このような「監護」の定義のもと、本稿においては「監護事件」を、狭義においては、たとえば親権者の指定やその変更を争う事件、または面接交渉権に関わるような監護に関する決定が直接紛争の対象になっている事件をさすものの、子の監護状況というものは家族関係に大きく影響されることを考えた上で、広義においては、親権などが争いとなっていない、夫婦関係調整の調停なども含むと考えている。
- 2) 本稿においては「子の利益に資する」「子の福祉に資する」「子の権利が保障される」という文章をほぼ同義のものとして考え、判例の中で使用されている以外は「子の権利が保障される」という言い方で統一している。「権利が保障される」という文章の意味としては、「他人の権利を害しない限りにおいて、その欲することができる」こと、つまり「他人に迷惑をかけない限り、食べたいものを食べ、着たいものを着、読みたい本を読み、聞きたい音楽を聞き、話したい言葉で話したい人と話し、信じたいものを信じ、住みたい場所に住み、共に生活したい人と生活することができる」というような文脈で捉えている。そして「子の意思の尊重」を「子にその意見・意思・意向を表明する機会を与え、それを正当に把握し、それを重んじること」と考える。「意思の尊重」がなされることは「権利が保障される」ことの一内容としても捉えられなければならないが、本稿では特に、個人の欲するものはその個人にしか分からないということを前提として、「意思の尊重」を「権利が保障される」ための不可欠な要素として位置づけている。また本稿では「家族関係の修復」を「家族構成員全員の権利が保障されるような良好な関係性の構築（再構築）」と捉えている。「良好な関係性」とは「家族構成員が互いの固有性を前提とし、互いに意思表示の機会を保障しあい、そこで示された言葉や動作から、互いの経験や感情をくみとるといった意思疎通が可能となるような関係性」と考える。このような関係性が保障されていなければ、そもそも意思表示の機会が保障されるかも疑わしいうえに、仮にその機会が保障されたとしても、それが正当に受け止められるとは考えられない。そのような意味で本稿では「意思の尊重」が保障されるための不可欠な要素として「家族関係の修復」を位置づけている。

以上のように本稿においては「権利が保障される」とこと「意思の尊重」がなされること、そして「家族関係の修復」がなされることは、同義ではないものの、互いに密接不可分に結びついているものと捉えている。そしてこの密接不可分性が一般的に看過されてしまっているところに、子の権利が保障されない要因があると考えている。

- 3) 家事事件は家族の紛争を法律によって解決するものである。法律に基づき権利義務関係を確定することを目的としているという意味で、財産法的な紛争解決と同質であるといえる。しかし家族の紛争は、継続的な家庭生活や人間関係と密接に関連しているため、法的基準に基づき合理的に解決することが難しいという点で財産法的な紛争解決とは異なると考えられる。また家事事件はその目的が究極的には紛争解決にとどまらず、当事者間の良好な人間関係の再構築であるという点で、財産法的事件とは根本的に異なる。家事事件の当事者同士は家族ないし、元家族の関係を有する。すなわちそれまで生活を何らかの形で共有しており、また今後も何らかの形で密接に関わっていくことが求められる関係であるといえる。したがって、家事事件においては、お互いの信頼や愛情を回復し、円滑な人間関係を再び築き上げることが、自主的な解決能力が取り戻されることもしくは育成されることが何よりも求められる、といえる。(二宮周平『家族法』(新世社 1999年) 367~369頁参照)
- 4) 12条につき「この権利は、少なくとも、子どもに影響を及ぼす全ての事柄の決定過程に子ども自身を参加させ、そのなかで子どもの“最善の利益”(3条)が確保されるための手続き的権利としての意味をもつものと評価され、理解される必要があると考えられる。」と評価されている。(永井憲一、寺脇隆夫編「新解説子どもの権利条約」(日本評論社2000年)7頁)
また若林判事は「この権利は『子の最善の利益』を保障するための中核的権利となるもので、子どもにとって重要な身分上の事柄についても、その決定過程にできるだけ子どもを参加させ、その意思を尊重することが子の最善の利益の実質的な確保機能を果たす」と評価し「子どもの意見表明権は、子どもの最善の利益尊重原則(同条約3条1項)に機能する一つの手続き的権利であり、子どもの表明された意見は、親あるいは裁判所にとって、子どもの最善の利益を判断するための一つの重要なファクターである」と述べている。(若林昌子「家事事件における子の意思」石川稔・中川淳・米倉明編『家族法改正への課題』(日本加除出版 1993年)297~298頁)
- 5) 本条12条は裁判規範になることも予定されており、また本条1項前段「締約国は、自己の見解をまとめる力のある子どもに対して……自由に自己の見解を表明する権利を保障する」との文言から、裁判において「自己の見解をまとめる力のある子ども」(法的意思能力を持つ年齢、家族法上は約10歳前後)の「意見を聴聞される機会」の保障を定めたもの定的に解されるきらいがある(永井・前傾(3)・94頁参照)。そのように解釈されてしまうと、そのような力のない子(例えば10歳以下の子)の、意見とはいえない意思・意向などの保障をこの条文は予定していないようにも解されてしまうのである。しかし「能力や年齢などを問わず人間的な意思を尊重していくことが実践原理にかなっていること」「15条(集会・結社の自由、子どもの参加権としての側面を有していると解される)や29条(教育を受ける権利)などの規定を併せて考えれば、「自己の見解をまとめる力」の促進こそ

監護事件における子の意思の尊重（中野）

が求められており、そのための積極的な取り組みが必要である」（永井・前掲(4)95頁）ことを考えると、12条はそのような力のない子も含む全ての子に適用されると考えられる。

また家事実務においては子どもの意思を尊重することが子の最善の利益の実質的確保になるとされ、親の判その立場から親の判断よりも子の意見や意思を考慮した決定がなされてきていると考えられる。若林判事は「子の意思の自立が認められる限り、これに反する結論は子の福祉に反することになり、親の意思よりも子の意思を優先させることが子の福祉に沿うことになるのではなからうか。子の意思の自立が乏しい段階では、子の意思の忠実な把握、理解の努力が必要であり、子の権利主体性を認めた立場から評価を与えることになる。」とする。（若林・前掲(4)308頁）

- 6) 日本は1994年に子どもの権利条約を批准しており、条約を批准した以上、この条約に則り、国内の制度の検討をなすことは国の責任であると考えられる。（二宮周平「家族法と子どもの意見表明権」立命館法学256号（1997年）参照）また子どもの権利条約により、子どもが大人と同じように人権の主体としての地位が当然保障されることが確認されたといえる。（永井・前掲(4)6頁参照）つまり、国内において大人にみとめられている権利は原則として、子どもにも全て認められると考えられ、従って日本が条約を批准し、子の権利主体性を確認した以上、大人の意思の尊重が認められる現行制度において、子の意思の尊重も現行制度の見直しを待つまでもなく当然に保障されると考えられる。
- 7) 深見玲子「子どもの意見表明権～家事事件手続との関係など」家族 社会と法 10号 186頁以下（1994年）191頁
- 8) 二宮周平「子どもの家事事件手続への参加の保障～子の意思尊重～」家族 社会と法 16号140頁（2000年）142頁
- 9) 深見・前掲(7)191頁
- 10) 深見・前掲(7)191頁
- 11) 依田久子「子どもの意見表明権 家事事件手続きとの関係など調査官の立場から」家族 社会と法 10号199頁以下（1994年）207頁
- 12) 二宮・前掲(8)151頁
- 13) 離婚後の親子の交流は可能な限り、実現されるのが望ましいのではないだろうか。結婚生活がうまくいかずともそれで親子がばらばらにならなければいけないわけではない。子に会いたい親の気持ちや親に会いたい子の気持ちは尊重されなければならない。また離婚後の温かい交流を保障していくことは離婚が必ずしも不幸なわけではないという認識を社会に提供し、より多様なライフスタイルの実現にも資するといえ重要である。二宮教授も「非監護親が児童虐待など子に対して親としての適格性を欠いている場合を除けば、別居後も親子が交流するのは当たり前のことである。むしろ親子の交流を保障することによって、別居・離婚から生じうる親子双方の生活上、精神上的の困難を乗り越えることを可能にするのではないだろうか。」と指摘する。（二宮周平「別居・離婚後の親子の交流と子の意思 交流を阻害する要因と司法援助のあり方」戸籍時報 No574（2004年）2頁）
- 14) 二宮・前掲(8)143頁
- 15) 二宮・前掲(8)144頁
- 16) 二宮・前掲(8)145頁

- 17) 二宮・前傾(8)148頁
- 18) 離婚裁判にともなう親権者指定に関する処分について「裁判所は、親権者指定に関する処分については、当事者の主張・立証を待つのではなく、自ら積極的に調査し、資料を収集し、これによって判断すること(職権探知主義)が予定されているが、現実に裁判所が職権探知の機能を十分に発揮しうる補助機関ないし制度をもたないという弱点があることはつとに指摘されている」(深見・前傾(7)182頁)との言及がある。

また「地方裁判所で裁判離婚をする場合には、必ず親権者の決定も同時になされる。しかし公開の法廷で証人尋問という形で子の意見を聴くことが適切でないからかもしれないが、裁判所から子と呼んで意見を聴こうとすることは実務上ほとんどない。離婚事件に詳しい弁護士によると、当事者から聴いて欲しいと希望した場合に、和解手続きの際に子を連れて行くことがあるという程度である。」(二宮・前掲(8)183頁)
- 19) 二宮教授は制度の背景として「未成年者にはまだ十分な判断能力がないのだから、親が子に代わって、子にとって重要なことを決めることができるのだという考え方がある」と指摘する。またその根底に子を親から独立した権利主体と見る意識が乏しいという日本の親子観を指摘し、「親が子のためによかれと思ってやることで子が不利益を受けるはずがないと考えられており、親子の間で厳しい意見や利害の対立がありうることをほとんど想定していない」と指摘している。(二宮・前傾(8)142頁)
- 20) 「従来の制度は、親は子のために最善を図るという楽観論に立ち、実務上は、父母の激しい対立葛藤に直面して、子に二者択一を迫るような形で意見を表明させるべきではないという『子の福祉』という名の保護主義的発想に立っているように思われる」と指摘している。(二宮・前傾(8)142頁)
- 21) 二宮教授は監護事件における子の意思の尊重、手続き参加の保障として、合同面接や同席調停の実践報告に対する検討を通して子を家事事件手続きに参加させる必要性と必然性を指摘する。(二宮・前掲(8)参照)
- 22) 若林・前掲(4)、深見・前掲(7)、その他、野田愛子「子の監護をめぐる紛争と子の意思ないし選択」『家族法実務研究』(判例タイムズ社 1988年)など
- 23) この点につきたとえば若林判事は「子の意思は子の成育過程による親子の精神的結合の個人差と子の年齢による違いの2つの視点からの検討が必要ではなからうか。子の成育過程による個人差の面からの検討は、いずれの場合にも個別に検討することになる。」と指摘している。(若林・前掲(4)305頁)
- 24) 若林・前掲(4)・303~307頁 深見・前掲(7)185~187頁など参照
- 25) 二宮教授は家裁実務における子の意思の把握方法などが「個別面接」型でありしばしば心理テストなど間接的な手段を使っていることに疑問を呈し、合同面接や同席調停の積極的活用を提案している。(二宮・前掲(8)148~149頁参照)
- 26) 深見・前傾(7)187頁~188頁
- 27) 若林・前傾(4)307頁
- 28) 家裁の報告書によると調査官の調査姿勢には「子を巡る紛争が中心となっているとしても、本来は親の問題であるので調査官のアプローチは双方の親を中心に行うべきである」場合もあるとのことである。(京都家庭裁判所「子をめぐらる事件における調査の在り方~

監護事件における子の意思の尊重（中野）

子の意向調査が問題となった事例を通して」家裁月報49巻8号137頁（1997）参照）

- 29) 人事訴訟手続法の人事訴訟法への全面改正の内容、その意義につき、二宮教授による教科書を参照。（『家族法第2版』（新世社 2005年）16～20頁）
- 30) 子の引き渡しについて二宮教授は、特に動産引き渡しに準ずる直接強制につき、物と幼児を同一視することはできないとして直接強制を否定した事案や、父が暴力的に子を奪取した事案で子の養育環境の劣悪性、父が履行勧告や間接強制に応じないことなどから直接強制を認めた事例を紹介した上で、子の引き渡しにつき「父母の関係性、面接交渉を認める可能性、子の希望などを考慮しながら、履行勧告にとどめる段階、妨害防止義務を課す段階、間接強制を命じる段階、最終的手段として直接強制を命じる段階と事案に応じて対応する必要がある」と指摘している。（二宮・前掲(29)28頁）

またここで瀬木比呂志氏の主張について触れておきたい。瀬木氏は子の引き渡し紛争の適切な法的解決、子の引き渡しに関する家裁の裁判結果の適正な実現のための最も望ましいシステム設計を模索し、人身保護請求を子の引き渡しに用いることの問題点などを指摘し、それに応えた上で、子に意思能力のない場合には、子の引き渡しの執行方法として直接強制が望ましいことを主張し、その実現方法として、諸外国の制度を参照したうえで「日本においても、執行官は、直接強制を行う場合、もちろん第一次的には任意の説得に努めるべきであろうが、最終的には義務者の抵抗をある程度排除してでも執行を行うべきであろう」と述べる。また直接強制が子に与える心理的影響について「執行は果敢に行い、それによってより広い視点からの子の幸福を実現し」その上で「子の気持ちの問題は後から専門家（調査官、カウンセラー、ソーシャルワーカー、医師等）がフォローするという考え方をとるべきであろう」としている。瀬木氏はまた家裁と地裁の連携の必要性を強く要請しており、地裁での執行に対し家裁調査官が敏感であるべきこと、子の心理的ケアなどについての調査官の責任ある態度を要請している。（瀬木比呂志「子の引き渡しに関する家裁の裁判と人身保護請求の役割分担」判例タイムズ1081号（2002））瀬木氏が、子に意思能力がなく強制執行が原則実施されたとする年齢を、12歳と比較的高く、しかも定型的に設定することを提案している点や、「子の人格の尊重という点についても、より大きな目でみるならば、家裁の裁判のすみやかな実現こそがその実現につながることは明らかであろう」と主張している点には少し疑問を感じる。自らが物同然に扱われることが何よりもその人格が否定されることになると考えるならば、直接強制はよほどのことがないかぎり避けられなければならないように感じられるからである。もっとも瀬木氏の主張は、何よりも子の幸福の実現を目的として提示されているものであり、そのために司法機関の決定における一定の強制確保の必要性を指摘し、その強制確保において家裁と地裁の連携を要請しているものである点で支持されるべきものであると考える。

- 31) 石山勝巳『対話による家庭紛争の克服 家裁でのケースワーク実践』（近代文藝社 1994）32頁
- 32) 松江家庭裁判所「子の監護を巡る紛争の調査における合同面接の活用について」家裁月報50巻4号（1998年）131～132頁
- 33) 松江家裁・前掲(32)136頁
- 34) 井上治典・佐藤彰一共編『現代調停の技法～司法の未来～』（判例タイムズ社 1999）

126～131頁

- 35) 松江家裁・前掲(32)125頁
- 36) たとえば父母の一方に精神障害がある場合、合同面接での暴力が予想される場合、子への虐待がある場合、また信仰を巡る対立が深い場合、不貞の有無で対立している場合などが挙げられている。(松江家裁・前掲(32)126頁)
- 37) たとえば姑との不和や夫の暴力に耐えられず、妻が子を連れて別居し離婚調停を申し立て、面接交渉を取り決め離婚調停が成立した後、面接交渉が険悪な雰囲気で行われなかったため、元妻が離婚後の紛争調整を申し立てた事例においての合同面接で、子は父の気持ちを気遣いつつ母に甘えていたが、父は終始無言で母にそっぽを向いたまま、母の話しかけにも一言も言葉を交わそうとしなかった、という例が報告されている。(井上・佐藤・前掲(34)138頁)
- 38) 井上・佐藤・前掲(34)139～140頁
- 39) これらの他に抽象的な会話が続く場合、話しの焦点がぼやける場合などにも適切な介入を行う必要性が指摘されている。また当事者が興奮してしまい暴力を振るいそうになる場合や席をたって帰ろうとしてしまう場合など合同面接が逆にその後の関係を悪化させてしまうような場合には、特に専門的援助が必要であると指摘されている。(松江・前掲(32)133～136頁参照)
- 40) 松江家裁・前掲(32)136頁参照
- 41) 松江家裁・前掲(32)132～133頁参照
- 42) 大阪家庭裁判所「面接交渉等に関する父母教育プログラムの試み」家裁月報55巻4号111頁以下(2003年)参照。二宮教授は子の健全な成長のために、離婚後の別居親との可能な限りの交流の必要性を説き、その意味で別居親との交流の保障は監護教育の重要な内容の一つであり、同居親、別居親は共に別居親との交流、面接交渉を保障する義務があると指摘し、そのような義務性を当事者たる父母に認識させる上での効果的な取り組みとしてこのプログラムを評価し、その報告内容を検討、紹介し、その定着の必要性、定着のための課題につき言及している。(二宮周平「別居・離婚後の親子の交流と子の意思(3・完) 面接交渉の義務性と親子の交流を保障する具体的方法」戸籍時報 No581(2005年)8～11頁参照)
- 43) 大阪家裁・前掲(42)125～129頁
- 44) 大阪家裁・前掲(42)134～138頁
- 45) 二宮・前掲(8)192頁
- 46) 二宮・前掲(8)193頁
- 47) 二宮・前掲(29)128頁
- 48) 二宮・前掲(29)128頁
- 49) 面接交渉権に関しては、二宮教授が事例検討を踏まえ、親権の義務性などにも言及した上で、その法解釈論、立法論を展開している。そしてその中で子が幼い段階での面接交渉実現には父母の協力が不可欠であると指摘し、父母の協力を可能にするために、その関係性の修復が少なくとも面接交渉については修復される必要があり、それを促すきっかけとして、父母が子の気持ちに向き合うことであると述べた上で、面接交渉の実現と子の手続

監護事件における子の意思の尊重（中野）

き参加の保障の関連性につき言及している。（二宮・前掲(42)11～16頁参照）

- 50) 今回の事例においては、父から母への暴力が存在する。したがって暴力トラブルがないとの評価は適切ではない。しかし報告を見る限り子どもに対する暴力や、子ども連れ去り後の妻に対する脅迫のような暴力的な行為が認定されていないことなどから、家族の対話が不可能となる要因とまではいえず、母が暴力行為によって受けた傷は父との対話の中で癒される可能性の方が高いと考えこのように評価した。