

佐々木 健

ドイツ親子法と子の意思の尊重

憲法と民法、実体法と手続法、司法と福祉の協働

審査委員 主査 二宮 周平
副査 佐上 善和
副査 須藤 陽子

〔論文内容の要旨〕

1 本論文の概要

日本の民法及び人事訴訟法・家事審判法には、子どもが関係する家事事件について、子が自らの意見を述べたり、家事手続に当事者として参加するなど子の意思を尊重する制度がない。本論文は、これに対して、子の権利主体性を認め、子の意思を尊重する必要があるという問題意識の下、ドイツ親子法における子の意思の尊重について、原理的な学説ないし権利論の考察、憲法（基本法）上の位置づけ、民法親子法の具体的な規定の分析、非訟事件手続法（日本の家事審判法に相当する）の規定及び手続保護人制度の内容・機能・実態・問題点・改正動向等の検討を行い、これらを踏まえた上で、日本法への具体的な示唆を抽出しようとするものである。

2 本論文の構成

本論文は以下の12章構成である。

- はじめに 問題提起と協働の視点の必要性
- 第 1 章 日本の現状分析
- 第 2 章 子の福祉概念における子の意思尊重原理
- 第 3 章 子の人格発達と自己決定 子の意思の基本権的要素
- 第 4 章 ドイツ親子法における子の意思尊重
- 第 5 章 FGG（非訟事件手続法）における子の意見聴取

第6章 「子どもの弁護士」論議の展開

第7章 FGGにおける手続保護人制度

第8章 手続保護人制度の機能と問題点

第9章 手続保護人の実務

ミュンヘン・子どもの弁護士協会の活動から

第10章 家事事件手続法改正の動向と実務の影響

おわりに 日本法への示唆

3 本論文の内容

「はじめに」でドイツ法を比較対象とした理由について、子の権利論が早期から展開され、法体系において子の権利主体性が承認されていること、憲法の理念に裏付けられて、子の権利主体性を承認・強化する方向性があること、子が家事事件の当事者になる場合に、その手続に参加することを保障する制度があり、子の意見を代弁する仕組み(子どもの代理人制度)もあること、子の福祉の実現に向けて司法機関と福祉機関・民間機関が有機的に連携していることをあげる。ドイツ法では、子の基本権保障と子の福祉の実現に向けて、憲法と民法、実体法と手続法、司法機関と福祉機関の3つのレベルでの協働が見られるとする。

「第1章 日本の現状分析」では、子の意思の尊重について、15歳以上の子について、家事審判規則において、子の親権者変更・監護者指定・親権喪失事件について陳述を聴取する規定しかなく15歳未満の子については、家裁に事件が係属した場合に、家裁調査官の事実調査の中で子の意向調査がなされることがあるにとどまるといった法制度上の不備があること、児童の権利条約の規定する子の意見表明権について、日本政府は消極的な対応をしていることが示される。

「第2章 子の福祉概念における子の意思尊重原理」では、子の意思尊重が「子の福祉」にどのように関係しているかについて、コエスターの学説を検討する。コエスターは、子の福祉概念について、家庭内自治に国家が介入する際の根拠、裁判官の判断基準、家事事件手続を進めていく上での指針、立法者に課せられた法政策上の調整機能の4点を指摘しており、子の意思尊重は、にかかわることとして位置づけられる。

「第3章 子の人格発達と自己決定 子の意思の基本権的要素」では、基本法(憲法)において、子は一個人として人間の尊厳、人格の自由な発展の権利が認められており、子は基本権上は成年とみなされること、子の意思の機能には、自

己決定、自己責任を有する人格発展への自律のための重要な要素があること、したがって、子の成長に連れて、親の権利行使は制限されることが示される。

「第4章 ドイツ親子法における子の意思尊重」では、「親の権力」という文言が廃止され、「親としての配慮」という新しい概念が採用されたこと、子の自立を考慮し、親が配慮権を行使する際には、子の意思を尊重すべきこと、別居・離婚に際して父母の一方が他方に配慮権を委譲する際には、14歳以上の子には拒否権があること、児童虐待など子の福祉が危険にさらされている場合には、親による子の意思操作や子自身の本心とは乖離した自傷的意思があることから、客観的な子の福祉が優先されること、しかし、子に少年局（日本でいえば児童相談所）への保護申請の申立権があること、別居・離婚後の親子の交流については、子に交流を求める権利、少年局に対して交流の支援を求める権利があり、父母の対立が激しい場合には、交流保護人が交流を実現すること、交流については、親が子の意思を操作したり、親子の関係を破綻させようとする行動（PAS：片親引き離し症候群）をとることがあり、これに対応するために、「父母は、子と父母の他方との関係を害し、または教育を妨げることを行ってはならない」とする善行条項を設けていることなど、民法における具体的な子の意思を尊重する諸規定、諸制度が分析される。

「第5章 FGG（非訟事件手続法）における子の意見聴取」では、17、18世紀から子の法的地位の強化に関する議論が、親子関係の契約理論的解釈を通じて展開され、教育学上の視点からも肯定され、子は保護の客体ではなく、権利の主体であることが承認されたこと、その帰結として家事事件手続（非訟事件手続法）において、子の意見を聴取する規定が設けられたこと、意見聴取の方法は、事件本人である子が手続に参加できるように、裁判官による直接、口頭によること、子の意見聴取の目的は2つあり、家事事件の解決基準である「子の福祉」を判断する材料、手続に関する基本権（基本法に定められた法的審問を求める権利）に基づく、手続への子の参加手段とされていること、年齢に応じた聴取方法が工夫されていること、少年局や民間の調停機関が子の参加を前提として、事件解決へ連携していることなど、民法の実体規範を実現する家事事件手続の構造と機能が分析される。

「第6章「子どもの弁護士」論議の展開」では、子の利益擁護のために選任される代理人の制度が、1794年プロイセン一般ラント法の時期にすでに現れていること、1980年代の専門家会議で「子どもの弁護士」制度が具体的に提起されたこと、子の意思を直接手続に反映させるメガホンの役割を担うのか、子の最善の利益を考慮した上で、子の意思を手続に反映させるのかの議論がなされたこと、弁護士（代理人）として、弁護士など法律的職務の専門性とソーシャルワークや教育学者などの

専門性に基づく二元的な代理のあり方が主張されたこと(ザルゴーによるタンデムモデル)、1997年親子関係改正法で「手続保護人」という形で制度化されたことが示される。

「第7章 FGGにおける手続保護人制度」では、この制度が成年後見事件の中で創設され、活用されている手続保護人制度を踏まえ、親の紛争の下にあり自己の利益を十分に擁護できない子の手続保護のために導入されたこと、手続保護人は、子の利益の擁護のために必要である場合には、子の身上にかかわるすべての手続について選任されること、現実には親の配慮権紛争事例で利用されていること、裁判所の裁量による選任ではあるが、少年局や学校の教師等が選任を提案することが可能であること、保護人は、弁護士、ソーシャルワーカー、少年局職員等から、事件の性質に応じて選び分けられていること、不選任の決定に対しては、14歳以上の子には抗告権があること、手続保護人の職務内容など、制度の骨格が紹介される。また手続保護人の役割は、子との対話の中で子の主観的な利益をくみ取り(幼児の場合には通訳としての役割もある)、手続に反映させることによって、子の利益擁護の職責を果たすことであり、裁判手続外には直接的にはかかわらないとされているが、ソーシャルワーカーや児童心理学者などが保護人に選任されることがあり、こうした場合には、子の利益を代理する上での福祉的な機能も求められていること、手続保護人の受け皿として各民間団体の取り組みがあることが指摘される。

「第8章 手続保護人制度の機能と問題点」では、保護人が担うべき職務の範囲に関する判例・実務が検討され、子との対話及び意見聴取時の付き添い、親や少年局との対話、書類の閲覧と検討が基本であり、親と子の交流の調整はしても、実際の交流時の付き添いや手続終了後の活動は他の機関に委ねられていること、問題点として、選任に対する親の抗告権については規定がなく、判例・学説ともこれに関して肯定・否定の立場があり、一致していないこと、職務内容が不明確であるため、後に費用や報酬の支払いをめぐる紛争が生じていることが指摘され、他方で、実際に保護人の専門家としての力量の向上・質の確保のために、実務家から10のテーマが示されたり、民間団体の単位制の研修が行われていること、制度の利用が制度創設時2,544件から、2004年には7,868件に増加していることが紹介される。

「第9章 手続保護人の実務 ミュンヘン・子どもの弁護士協会の活動から」では、ミュンヘン・子どもの弁護士協会に対して行ったヒアリング調査から、第7章、第8章で検討した制度が現実にどのように運用され、どのような機能を果たしているのか、どのように手続保護人が養成されているのか、その実情が明らかにされる。例えば、協会の基本理念と運営方針、保護人に求められる資格・適性、

活動の方法，協会が携わった選任件数や手続の種別，専門性確保のための研修内容，費用問題，保護人の受け皿となる団体・専門家のネットワーク作り，手続保護の開始時における協会の関わり方（裁判所からの照会，協会で調整，裁判所に仲介），手続保護人が実際に行っている活動の具体例（子の年齢に応じたパンフレット・教材の内容，子と対話をする際の環境設定，意見聴取時の付き添い方など），手続保護人及び協会と，他の機関（裁判所，少年局等）との役割分担と連携が紹介される。

学位請求者は，子の意思を代弁するという手続保護人の役割について，子の福祉的観点からの修正がありうるのか（親からの影響を受けている子が話したことを修正しうるのか等）を，協会のブッフナー弁護士に質問している。弁護士は，子の意思を修正することはありえない，親の影響を受けている可能性がある場合には，自分が調査した事実，影響を受けているだろうという推論，その根拠を報告すると解答している。代弁者としての機能が優先されていることがわかるが，請求者によれば，福祉的な判断や事件終結後の活動については，保護人自らが行うのではなく，当該専門家に「提案」という形で支援する架け橋の役目を果たしていると分析される。

「第10章 家事事件手続法改正の動向と実務の影響」では，2007年9月に成立した家事事件及び非訟事件手続改正法を対象に，子が親子関係事件の手続当事者として位置づけられ，手続の迅速化が図られたこと，手続保護人の名称変更（手続補佐人），選任が必要とされる場合の拡大，職務と法的地位の明確化がなされたことが指摘される。またこうした改正の方向に対する，ミュンヘン・子どもの弁護士協会のブッフナー弁護士の評価や，親の対立が激化している事例が増加し，手続保護が長期化する結果，子に精神的，身体的に負担を与えかねない状況が生じており，裁判所が親と支援に関する協議を迅速に行う必要があることなどの問題点が紹介される。最後に学位請求者の問題関心が整理され，特に14歳以上の子に手続補佐人選任申立権を規定したことを高く評価している。

「おわりに 日本法への示唆」では，上記のようなドイツ法の検討から，日本法が受ける示唆として，「子の福祉」について，大人による保護を必要とする「受動的福祉」と，子が将来的に社会生活を営む上で必要な人格的自律のための「能動的福祉」があること，後者では，「子の意思」といった主観的利益が判断基準になること，日本では能動的福祉の観点が乏しいこと，したがって憲法的視点（人権の享有主体としての子）が必要であること，これを受けて民法において子の意思を尊重するためには，生活状況に応じた対応が必要なこと，家事事件手続において子に意見表明の機会を保障し，それを尊重する規定，子の意思の代弁者の機能を有する手

続保護人のような制度、家裁への子自身の申立権を設けること、家裁において合同面接や同席調停の実施を促進すること、家裁調査官と児童相談所など福祉機関が連携すること、日常生活の中で情報提供、専門家による相談・助言、利益代理など、子の権利保障システムを構築すべきことなどが挙げられている。

〔論文審査の結果の要旨〕

これまで日本において、ドイツ親子法の子の意思の尊重について、コェスターの学説、面会交流規定と非訟事件手続法における子の意見聴取規定との関連、手続保護人制度の概要を紹介、検討する論文はいくつかあったが、本論文のように総合的に子の意思尊重の原則を、詳細に検討したものはなかった。子の権利主体性を認め、さらに法体系に反映していく上での議論の変遷や過程、子の意思の尊重のもつ2つの機能(福祉的機能と基本権保障機能)が抽出され、それが法体系へ反映していく過程、非訟事件手続法における子の意思の尊重や手続保護人制度の具体的な内容と問題点、手続法自体の子どもの権利論やタンデムモデルとの関連、基本法との関連は、本論文によって初めて明らかにされたといえる。

またミュンヘン子ども弁護士協会のヒアリング調査や統計調査を踏まえた実態把握(具体的な活動内容や手続保護人養成の仕組み等)、少年局や民間の調停機関の諸活動の中で子の意思が具体的に尊重されていく過程等、現実の運用のあり方にまで踏み込んでおり、こうした実情も本論文によって初めて明らかにされたものである。

本論文の手法にも注目したい。本論文は、民法学に軸を置きつつ、憲法、児童福祉法、家事事件手続法について横断的に考察し、特に憲法の規定・理念を具体化した民法の規定における「子の意思の尊重」を具体的に実現していく過程として手続法を位置づけ、ドイツ非訟事件手続法を子の意思の尊重の視点から、詳細に分析、検討しようとするものである。これまで注目されなかった非訟事件手続を民法の立場から取り上げたことは、実体法と手続法を総合的に研究する姿勢が弱かった、日本の家族法学の弱点を克服しようとする意欲的なものとして評価することができる。また子の意思の尊重について、憲法と民法、実体法と手続法、司法機関と福祉機関という3つの視点から考察するという、新しい手法を用いており、民法学のみならず、憲法・児童福祉法・手続法など他の分野にとっても有益な内容となっている。

以上のように、ドイツ法で一貫している子の福祉の優先と子の意思の尊重原則が多面的に検討されており、それを受けた「日本法への示唆」において指摘される日本法の課題分析の中でも、子の意思の尊重が子の人格的自律に資することになると

いう基本権保障的機能を重視すべきであり、子が年齢や成熟度等の理由で十分に意見主張をできない場合には、適切な代理人を通じて代弁してもらう必要があるという部分は、これまで積極的に議論されてこなかった主張として、また子の意思の尊重について、生活状況の各段階、すなわち日常生活レベル、紛争が生じて家裁に係属するレベル、家裁の判断により紛争解決へ向かうレベルに分けて対応すべきとする部分は、これまで述べられたことのない新たな指摘として注目に値するものである。

文章表現やドイツ語の文献・判例の訳出がやや生硬で、わかりにくい点があり、原文に忠実であろうとする姿勢の現れともいえるが、将来的には、一読して理解できるような表現上の工夫、洗練が必要であろう。また本論文は、専門横断的な制度・権利論の紹介、検討に重点があり、こうして得られた子の意思の尊重という理念を民法学に取り込んで、どう解釈論に活かしていくのかについては、学位請求者自身が自覚しているように、今後の研鑽に期待したい。しかし、上記のように学界に対する寄与の大きい論文であり、若手研究者としての今後のさらなる発展を十分に期待させるものといえる。

以上により、審査委員会は全一致で、本論文は博士学位を授与するに相応しいものと判断した。

〔試験又は学力確認の結果の要旨〕

本学位請求者の研究内容は、2008年6月18日、本学において公聴会が開催され、報告された。そこでは、本学教員及び大学院生等の出席の下、質疑応答が行われた。

学位請求者は、ドイツ法の学説において、子の意思を尊重する意義について、自己決定及び自己責任を有する人格発展へ向けられる自律のための要素、すなわち基本権保障的機能が着目されていることを指摘し、日本法において、現在足りない視点であると指摘し、子の権利主体性と成長発達に応じた適切な配慮の再確認が必要であると主張した。

この点に関して、日本法で実現するには、立法論として民法の親権規定に加えるのか、家事審判法ないし審判規則等手続規定で取り込むのか、規則制定権の活用や成年後見に関する民法858条の規定の応用等具体的な道筋を示すべき、民法の解釈論としてどこに位置づけて展開させていくのか、日本における子の権利論はどの段階にあるのか、日本法の到達段階に言及すべき、非訟事件の仕組みや前提がドイツと日本では異なり、ドイツでは、審問請求権の保障など手続保障の視点が根底にあり、子の意思尊重もこの枠組みの中で論じることができるが、日本法ではこの枠組

みがないこと、日本の憲法学では、自己決定権の中で、子どもの特性を組み込んだ解釈がなされないことなどから、議論の仕方がドイツとは異なるのではないかと、どのように展開していくのか、等の意見や質問がなされた。

また学位請求者は、子の福祉の具体的実現へ向けて司法機関と福祉機関の協働が欠かせない旨主張したが、その具体的なイメージ、裁判所が最終的な判断をするのだから、司法の優位性が前提になるのではないかと、他方、子の福祉にとって何が大切かの判断は福祉行政を担う機関の現場の判断に委ねられるのだから、司法判断とはいえないのではないかと、等の質問がなされた。

学位請求者は、いずれの質問に対しても、真摯に考え、適切な受け答えをした。

学位請求者は、本学学位規程18条1項該当者であり、本博士学位請求論文に加えて、すでに公表済みの諸論文の水準、公聴会における質疑応答に基づき、博士学位に相応しい学力と十分な学識を有することが確認された。

以上のしだいで、審査委員会は全一致で、本学位請求者に対し、博士（法学 立命館大学）の学位を授与することを適当と判断した。