

# 子の利益に即した 手続代理人の活動と家事紛争解決

佐々木 健\*

## 目 次

- 1 はじめに
  - 1) 手続代理人制度運用の現状
  - 2) 本稿における検討の視点
- 2 手続代理人の選任と子の意思を巡る諸活動
  - 1) 子の利害関係参加と手続代理人の選任
  - 2) 子の意思把握のための活動
  - 3) 子の意思の手続への反映
- 3 裁判所による選任促進と子の意思を尊重した紛争解決に向けて
  - 1) 手続代理人選任の判断について
  - 2) 子の意思をめぐる裁判所の活動と手続代理人との協働可能性
  - 3) 当事者の記録閲覧権との関係
  - 4) 抗告審における審理と子の意思尊重
- 4 おわりに
  - 1) 期待される運用と残された課題
  - 2) 憲法的理念に立脚した家事紛争解決へ

## 1 はじめに

### 1) 手続代理人制度運用の現状

平成25年（2013年）1月1日の家事事件手続法（平成23年5月25日法律第52号）が施行してから4年目の年を迎えるに至った。この法律におい

---

\* ささき・たけし 専修大学法学部准教授

ては、児童の権利に関する条約12条に定める子どもの意見表明権の趣旨に沿う形で、親の離婚紛争等といった家事事件に巻き込まれる未成年子の意思を尊重した紛争解決のための諸規定が整備された。その例として、意思能力のある子の手続行為能力規定(家事151条2号, 168条, 118条等), 職権での手続参加(家事42条3項), 子の意思の把握規定(家事65条, 258条1項), そして「手続代理人」としての弁護士を選任が挙げられる。

この手続代理人制度の創設をめぐる<sup>1)</sup>は、法制審議会<sup>1)</sup>や学術誌<sup>2)</sup>等における様々な議論を経て、子の意思を手続の中で代弁する手続代理人制度が設けられた<sup>3)</sup>。現在では、実際に選任された弁護士の熱心な活動はもちろんのこと、日弁連子どもの権利委員会等を中心に、手続代理人制度のより良い運用に向けた活動が多方面で行われている。例えば、定期的な専門研修の機会の確保<sup>4)</sup>や手続代理人の活動マニュアルの策定<sup>5)</sup>、手続代理人の報酬について公費負担を求める意見書<sup>6)</sup>の提出、最高裁との協議に基づ

- 
- 1) 例えば、法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会第9回会議(平成21年10月23日)第15回会議(平成22年2月26日), 第22回会議(平成22年6月11日)等, 法務省 HP, [http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai\\_hishoujiken.html](http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai_hishoujiken.html) を参照。
  - 2) 例えば、特集「子どもの声を聞く——子どもの手続上の代理をめぐる」法時81巻2号(2009年)4頁以下[企画趣旨・許末恵]の他、特集「子どもの手続代理人」戸時676号(2011年)2頁以下[特集趣旨・本山敦]を参照。
  - 3) 意思能力を有しないために手続行為能力をもたない子のための代弁人制度は家事事件手続法に導入されなかったとも評されている。金子修編『一問一答 家事事件手続法』(商事法務, 2012年)76, 77頁。
  - 4) 研修内容や事例報告検討について紹介するものとして、池田清貴「子どもの意思の代弁～家事事件手続法における子どもの手続代理人」二宮周平・渡辺惺之編『離婚紛争の合意による解決と子の意思の尊重』(日本加除出版, 2014)83頁以下。
  - 5) 日弁連作成「子どもの手続代理人マニュアル」については HP サイト上において弁護士会員向けに公開されている。なお、本マニュアル改訂版の紹介の他、手続代理人の実務について、池田清貴弁護士より貴重なご意見を頂いた。この場を借りてお礼申し上げる。
  - 6) 日弁連 HP : [http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2012/opinion\\_120913\\_5.pdf](http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2012/opinion_120913_5.pdf) を参照。概要としては、総合法律支援法の改正により、① 国選代理人の報酬については日本司法支援センターの本来事業として公費から支出すべきとし、② 私選代理人の報酬については、償還義務のない民事法律扶助制度の創設と子自身が利用契約を締結できるようにすべきとする。

く手続代理人選任に有用な事案の選定<sup>7)</sup>等、多方面にわたり挙げられる。しかし、一方で、具体的事案における手続代理人制度の活用は必ずしも充分なものとはいえず、その具体的活動についても公表例が極めて乏しいことから、その内情が一般的に広く認知されていないのが現状である。日弁連子どもの権利委員会子どもの手続代理人PTによる調査によれば、2016年8月末時点で手続代理人選任事例は23件にとどまるとのことである<sup>8)</sup>。なお、選任事例としては、親権者変更・子の引渡し・親権停止等があると報告されている。

## 2) 本稿における検討の視点

これまで拙稿において、手続代理人制度の活用において求められる要素として、具体的事案の中でいかなる職務を遂行すべきか基本的指針の策定、心理学等の異分野領域との協働による子の福祉の観点からの専門養成体制の構築、原則的に子自身が費用負担者となる手続代理人の報酬・費用負担問題<sup>9)</sup>の是正等を指摘してきた<sup>10)</sup>。特に、(旧法上の制度運用を含めると)約20年の実務運用のもと選任件数を伸ばす<sup>11)</sup>ドイツ法における「手続

---

7) 2014年10月から2015年7月まで、日弁連と最高裁との間で子どもの手続代理人の活用、報酬に関して協議が重ねられ、2015年7月31日、選任に有用な事案の類型につき公表された。また、この有用事案の類型については日弁連より全国の弁護士会に送付されており(2015年8月21日付け日弁連人1第500号)、また、同類型の趣旨につき2015年11月13日に日弁連子どもの権利委員会が解説を付している。2016年度日弁連子どもの権利委員会夏期合宿第4企画「子どもの手続代理人制度の現状と課題」(2016年8月24日開催)資料19頁以下。

8) 日弁連子どもの権利委員会・前掲注(7)資料を参照。

9) 手続代理人の報酬については裁判所が相当額を定める(民訴費用法2条10号)。家事事件手続法28条によれば、原則的には子自身の負担となる。しかし、現実的に子が費用負担をできるものではないため、裁判所が当事者である親に負担させることも可能とされる。

10) 例えば、拙稿「子どもの代理人の職務に関する一考察」棚村政行・小川富之編『中川淳先生傘寿記念論集 家族法の理論と実務』(日本加除出版、2011)483-484頁等。

11) 連邦統計局の統計によれば、2014年、ドイツ国内において、親子関係事件・認知事件・養子縁組事件総計250,219件中、手続補佐人が選任されたのは30.9%(約97,585件)にのぼるとされる。Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Familiengerichte, Fachserie 10/ 8

補佐人 (Verfahrensbeistand)<sup>12)</sup>」制度を紹介しながら、日本における手続代理人制度について論及したが、本稿では日本法における子のための手続代理人制度の運用と裁判所との関係に焦点を置くものとし、ドイツ法の紹介は紙幅の都合上、(主に脚注下で)最低限に留めるものとする。家事事件が複雑化する一方で選任が少ない現状を改善するために何を解決すべきか、そして、現時的運用の中で日々試行錯誤を伴いながら活動する手続代理人にとって現に直面する具体的事案の中で生じる子やその親、その他関係人や裁判所との関係性をいかに図るか、裁判所が手続代理人選任に積極的姿勢となる上で必要な理解等、これらの点を端的に整理しつつ、今後の制度運用について検討したいと考えるためである。子の意見表明権の実質的保障という手続代理人の制度趣旨を踏まえ、特に子の意思を巡る手続代理人の活動のあり方と裁判所に期待される制度運用についても論及したいと考える。具体的には前者について、①子の真意の聴き取り、親や関係人との調整、裁判所に対する子の意思の提出における要点、そして後者については、②手続代理人選任につき求められる裁判所の姿勢と子の意思をめぐる審理のあり方について検討を行う。その上で、手続代理人制度上、今後の事案において想定しうる将来的課題について論じたい。

## 2 手続代理人の選任と子の意思を巡る諸活動

### 1) 子の利害関係参加と手続代理人の選任

手続代理人制度を論じる上で、前提として子の家事事件手続における当

---

↘Reihe 2.2.2014, S. 38-39.

12) ドイツ家事事件手続法 (FamFG) 158条に規定する。概要については、岩志和一郎「ドイツにおける子どもの代弁人」法時81巻2号46頁以下を参照。1997年に非訟事件手続法に設けられた「手続保護人 (Verfahrenspfleger)」は、その職務の性質を踏まえ、2009年の家事事件手続法改正に伴い、「手続補佐人」へと名称を変えた上で、子の意思の代弁といった主観的利益の擁護のみならず子の客観的利益の擁護を踏まえた職務を加える等、細かな修正が加えられた。

事者能力・手続行為能力を確認しておく必要がある。子のための手続代理人については、未成年子が当該手続につき手続行為能力を有する場合に選任が可能である。民事訴訟法上、未成年子や成年被後見人は訴訟能力を有しないために手続行為能力は認められない（民訴28条、31条）。しかし、自身の身分関係が問題となる家事事件手続の性質上、できる限り本人の意思尊重が求められることから、家事事件手続法では、法定代理人によらずに自ら有効に手続行為をすることができるものとして、事件類型ごとに規定している（家事118条・同条準用規定151条2号・168条各号等、252条1項）。子に直接的に影響を及ぼす調停・審判（離婚、面会交流、親権者指定・変更等）においては、子が意思能力を有する限り手続行為能力を認め、子自身が手続参加できることとする。その一方で現実には手続行為をするには困難な場合もあるため、未成年子が法定代理人によらずに自ら手続行為できる場合についても、親権者・後見人が代理して手続行為することができるとする（家事18条）。ただし、子の監護をめぐり父母が高葛藤の事案において、適切な手続行為は期待し難い。

家事事件手続法においては、未成年子自らが当事者として手続に参加する他に、裁判所が職権で手続に引き入れることを可能としている（家事42条2項、3項）。子どもが調停審判の結果によって直接の影響を受ける親権・子の監護を巡る事件において、裁判所が相当と認めるときは、利害関係参加人として調停審判手続に子どもを参加させることが可能である（家事42条。子の手続参加によって子の利益を害すると認める場合には、裁判所は参加申出を却下できる：家事42条5項）。ただし、適切な手続追行という実質的側面から考えると、子どもの手続参加を認めても、そのサポートが必要となる。そのために、手続代理人選任命令と組み合わせることで、実質的な子どもの手続主体性を図るのである。

手続代理人の選任に関しては、2つの選任形態が挙げられる。つまり、① 未成年子・法定代理人等により選任がなされる「私選」代理人と、② 家事事件手続法23条により、裁判長が必要と認める場合に申立又は職権に

よって選任される「国選」代理人である。手続代理人の選任資格は原則として弁護士とされている(家事23条1, 2項)。なお, 調停の場合には, 調停委員会を組織する裁判官が手続代理人選任の権限を有する(家事260条2項)。私選代理人の場合には, 子自身の他, 子の父母やその代理人等が手続代理人制度の趣旨に対する一定の理解のもとで適切な者につき選任がなされ, 国選代理人の選任に際しては, 裁判所は, 職権による子の利害関係参加の上, 弁護士会への手続代理人の推薦依頼等を通じて選任を行う。推薦依頼を受けた場合, 弁護士会は適切な者を推薦する。その際には個々の事案の性質に照らして, 専門性・人的適性<sup>13)</sup>や具体的活動のための時間的余裕・地理的要因を考慮しつつ, その者が手続代理人として独立性を守れるかどうか等を判断し, 推薦することが求められる<sup>14)</sup>。

現状としては国選代理人の場合が多数とされる<sup>15)</sup>が, 子の意思尊重と最善の利益を追求する制度趣旨がより広く認知されることで, 私選ケースも今後増加すると考えられる<sup>16)</sup>。ただし, (私選代理人に対する報酬問題と関連

---

13) 弁護士職務倫理に基づき法的事案を処理する能力だけでなく, 子とのコミュニケーションを通じて信頼形成し, 子の意思を聴き取りできるか, 適切な距離を保ちつつ子や親, その他関係人や各機関と連携できるか, 時間的・地理的に柔軟に活動できる状況にあるか等, 考慮する必要があると考えられる。また, ドイツにおいては選任に際して子の性別にも注意を払うとされる。Margarethe Bergmann, Der Verfahrensbestand-Ein Beitrag zum Kindeswohl, ZKJ 2016, S. 288.

14) ミュンヘン子ども弁護士協会(Anwalt des Kindes München e.V.)では, 裁判所からの選任推薦依頼に対して, これらの要素を踏まえて適切な人物を選択し, 迅速に連絡をするとのことである。現地調査(2015年3月24日)時に頂いた手続保護ガイドライン資料より。

15) 子どもの権利委員会PT調査によれば, 手続代理人選任事例は23件(私選が5件, 国選が18件)である。日弁連子どもの権利委員会・前掲注(7)32頁。

16) 子のための手続代理人制度を広く社会的に認識させ, 子がより身近に手続代理人制度を知るには, 日弁連が作成した手続代理人制度の案内パンフレット『子どもの手続代理人って?』の意義は大きいと考えられる。日弁連 HP 子どもの人権パンフレット, [http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/publication/booklet/data/kodomo\\_201407.pdf](http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/publication/booklet/data/kodomo_201407.pdf) より。その他, 日弁連において, 「子どもの人権110番」により手続代理人制度の導入に伴い, 家庭内紛争における子の救済のため相談体制を整えているとのことである。池田清貴「子どもの手続保障と子どもの手続代理人制度」LIBRA 12巻12号(2012)19頁。

するが）親権者の同意が得られず子自身が手続代理人を選任する私選ケースの場合、親権者が手続代理人制度の趣旨を適切に理解していない場合に、民法5条2項に基づき、子と手続代理人との委任契約の取消しに至るおそれも否定できないことに注意が必要である<sup>17)</sup>。手続代理に伴い報酬支払いや費用償還の負担の問題が生じる以上、法定代理人の同意が必要であるためである。

手続代理人は、子本人のために手続行為をなし、その行為の効果は本人に帰属する。法文上、手続代理人の行為は未成年子本人がなしうる手続行為に留まるとされる（家事24条3項）。手続代理人は、法定代理人としての法的地位にはない。具体的活動については次節で論ずる。

---

17) 民法5条1項ただし書きに掲げる法定代理人の同意を要しない行為には該当しないため、法定代理人の同意を要することとなる。しかし、本条の趣旨はおおよそ制限行為能力者たる未成年者の能力補充と保護にあるといえよう（我妻榮『新訂民法総則』（岩波書店、1965）60頁以下、谷口知平・石田喜久夫編『新版注釈民法（1）総則（1）』（有斐閣、1988）258頁以下〔高梨公之〕等）。単純贈与等の未成年者に不利益がない法律行為については同意を要しないが、同意がなければ未成年者の利益保護とならない当該契約等の取消可能性については検討する必要があると思われる。なお、人事訴訟については、民法5条1項の適用が排除され、意思能力のある未成年者については訴訟能力が認められ（人訴13条1項：最判昭43・8・27民集22巻8号1733頁）、単独で訴訟代理人を選任できるとされるが（大判大4・8・24民集21輯1399頁。松川正毅・本間靖規・西岡清一郎編『新基本法コメンタール人事訴訟法・家事事件手続法』（日本評論社、2013年）37頁〔高田昌宏〕）、報酬契約締結能力は否定されている（大判大14・10・3民集4巻481頁）。代理人選任に伴う有償契約により報酬が生じる以上、難しい問題ではあるが、報酬を約さずしての代理人選任は実質的不可能であり、この種の契約締結能力を否定することが訴訟行為と法律行為との抽象論的区別に囚われて制度目的を忘却したものと評し、付随的法律行為として是認すべしとの指摘もある（柚木馨『判例民法総論上巻』（有斐閣、1951）212頁以下）。いずれにせよ、私選での委任契約の取消しがなされる場合については、子の手続上の利益の実効性を確保するために、国選による選任を執る必要があろう。なお、選任・取消形態は異なるが、ドイツでは2003年6月25日連邦最高裁判所決定において、世話事件における手続保護人の選任をめぐる、独立して選任を取消すことを認めていない。BGH NJW-RR 2003, S. 1369. これを受けて、2009年の家事事件手続法では明確に選任の取消しを否定した（FamFG 158条3項4文）。

## 2) 子の意思把握のための活動

手続代理人は子の真意を把握し、それを裁判手続に反映させるために、様々な職務を担う。この職務は大別すると、① 審理内容に関する情報提供を通じた子の状況理解への助言支援、② 当事者との面接、関係者等との調整活動、③ 子の真意の探究と意思表示の支援が挙げられる。これらの具体的活動については日弁連において活動マニュアル<sup>18)</sup>が定めているが、その内容を踏まえつつ、若干の検討を行いたい。

### ① 情報提供を通じた子の状況理解への助言支援

手続代理人就任後には、子の意思の聴き取りに向けて、まずは面談日程の調整が必要となる(国選の場合には特に、選任を命じた裁判官が考えた当該事案における子の利益保障の必要性等につき、事前に連絡協議の上、事情を把握する必要があると考えられる)。子との面談に際しては、手続代理人本人の役割や審問期日の説明、手続の状況、今後の見通しについて、子の年齢に応じた説明をする必要がある。特に、この点で注意すべきことは、手続代理人における適切な職務遂行は、子との信頼関係を基礎に成り立つものであることである。そのためには、a) 親近感・安心感をもたせる対話を心がけること、b) 子の年齢に応じた形で、自身の役割や手続状況、その他業務上の守秘義務等、正確に伝えるべき事項を伝えること、c) 手続の見通しについて子に過剰な期待を持たせることを回避すること等、注意を要すると考えられる<sup>19)</sup>。

家事紛争の現状そのものが子にとって大きな心理的負担となっているときに新たに第三者が関わりを持つことに対して子が警戒心を抱くこともあるだろう。子との面談の導入として、手続代理人は自己紹介の上、子の状況に配慮しつつ、ときには世間話や趣味、興味のあるものを話す等、子の緊張を解きほぐすアイスブレイクをさみながら、自分がその子自身の味方であることを伝える必要がある。手続代理人が自ら主導して

---

18) 前掲注(5)を参照。

19) ミュンヘン子どもの弁護士協会・前掲注(14)を参照。

子の問題解決をしていく存在なのではなく、子の自律性を尊重する存在である<sup>20)</sup>。子の気持ちを支援しつつ、ときには一緒に悩み、考え、行動する存在であることを理解してもらうことで、子にとっては心強い支えになる。このような存在は、忠誠葛藤の負担から解放させる安心感を与えるものといえる<sup>21)</sup>。また、子が相談したいときに安心して連絡を取れるように、手続代理人の連絡先として携帯電話番号やメールアドレスを教える等の対応も必要であろう。ただし、手続代理活動を通じて「子に安心感を与えること」と「子との信頼関係を築くこと」は重複する部分と峻別しなければならない部分があると考えられる。子は身近にいる親切な大人が自分にとって大切な人物であると認識すると、その人の期待に応えたいという心理が働く傾向もあり、手続補佐人に気に入られるように、手続補佐人が求めていると子が考えるものを自分の意見として表明することもあると、ミュンヘン子ども弁護士協会のブフナー代表は指摘する<sup>22)</sup>。適正な職務遂行と適切な関係性の中で、子との間に信頼関係が生まれるといえよう。

また、子の意見表明権を実質的に保障するためには、子に対する適切な情報提供が重要である<sup>23)</sup>。子へ正確に伝えなければならない事項は、できる限り子の目線に立ちながら、分かりやすく内容を噛み砕いて説明する必要がある。例えば、いかなる紛争状況にあるか、手続代理人である自身がなぜ今その場に來ているのか、自分が子のためにいかなる活動をするの

---

20) Jörg Maywald Fegert, in: Ludwig, Salgo, Gisela Zenz (Hrsg), *Verfahrensbeistandschaft* 3. Aufl., 2014, S. 374. 子との対話における本質的な基本原理として、子の自律性の尊重を掲げている。

21) 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～「子ども代理人」を考える』(日本加除出版, 2010) 21, 97頁 [若林昌子]。

22) 2015年3月24日の現地調査におけるビルギット・ブフナー代表の発言より。拙稿「ドイツ手続補佐人制度の運用と日本法への示唆」二宮周平・渡辺惺之編『子どもと離婚——合意解決と履行の支援』(信山社, 2016) 262頁。

23) ドイツ法上、手続補佐人の情報提供義務が定められている。「手続補佐人は、手続の対象、経過及び予想される結果について、適切な方法で子に知らせなければならない。」(FamFG 158条4項2文)。情報提供の重要性について、Reinhardt Prenzlów, *Die kindgerechte Vermittlung der Aufgaben des Verfahrensbeistand*, ZKJ 2011, S 128, 129.

か、自分が職責上、守秘義務を負う存在であること等が挙げられよう。

手続状況を子に説明し、子の意向を聴き取る中で、当該手続が子の意向におよそ添い難い結論に至りうる場合もある。手続代理人は子の意思を手続に反映するために活動するが、子の意思をどのように評価するか、子の意思を踏まえた「子の利益」を総合的に判断するのは裁判所の役割であることを子に理解してもらう必要がある。過剰な期待を抱かせることによって構築された信頼関係は、それに添わない結果が生じたときに子に大きな失望と喪失感を与え、崩れてしまうこととなる<sup>24)</sup>。子の利益擁護のための活動が転じて子の利益を損ね、ひいては、手続代理人制度の運用自体への信頼を損ねかねないものとなりうることに注意を要する。

## ② 当事者との面接、関係者との連携・調整等

子自身との面談の他、手続代理人は、子の親の他、必要に応じて、子が通う学校の教員や医療機関、児童相談所職員、その他関係者と会い、当該子の情報を収集する必要がある。また、裁判所や家庭裁判所調査官との連携のもとで子との面談を通じて意思を把握する上で、その子がいかなる環境下であり、どのような状況にあるか、子をめぐる様々な情報を得る必要がある。子自身をとりまく周辺情報を把握することで、一層、子の真意に近づけることができるといえよう。

また、手続代理人には、子の意思の代弁のみならず、子の利益を中心とした形での合意紛争解決の支援機能も期待されると考えられる。子の情報の把握、子の利益を中心とした紛争調整のために、子の親との面接は必要といえる。なお、子の親との面接に際しては、次の点が重要と考えられる。a) 早い段階で自身の役割を伝えること、b) 子の意思表示を疎外する不要な詮索や質問等を避けてもらうこと、c) 自身の独立性を意識することである。

円滑な手続代理のために、子との初回の面談時等に、自分の身分と役割

---

24) ドイツにおいても子との信頼関係構築にあたり、およそ実現不可能と考えられることは子に告げないとする。Salgo/Axel Bauer, a.a.O (20), S. 90.

を告げ、以後の活動に一定の理解をもってもらうことが望まれる。手続代理人は、子が自由に意思を表明できるように、影響のある当事者のいない状況下で接することも多い。また、なぜ自分が手続代理人として選任されているかを理解してもらうことで、当事者間の争いに留まらないことを意識してもらうことに繋がり、親子関係の将来的構築に資することとなろう。

手続代理人が自らの役割を伝える上で、子の自由な意思形成と意思表示に不要な干渉や詮索（例えば、「今日は手続代理人にどんなことを言ったのか」と子に質問したり、「次は手続代理人にこう言いなさい」等と自分の意向を殊更に告げること等）を慎むように、当事者に理解してもらうことも重要であると考えられる。このような言行が子の葛藤を強め、子の利益を害することとなることを理解してもらう必要がある。そして、当事者に誤解を与えトラブルに繋がらないように、あくまでも自身が子の立場に立って活動する独立した利益擁護者であることを常に意識し、双方の当事者に接する場合においては各当事者に対して公平に接することが重要である。

### ③ 子の意見表明の支援と真意の探求

手続代理人制度創設の議論において、例えば離婚における親権者指定等で「お父さんとお母さん、どちらがいいのか」と二者択一的な質問は子に精神的負担が強いとの声も一部あったが、そもそも手続代理人に求められる子との接し方は決してこのような内容ではない。子の自由意思を裁判手続に反映させる制度趣旨に基づく以上、手続代理人は子との面談に際して、誘導的質問と疑われかねない回答範囲を狭めたクローズド・クエスションではなく、子が自由に意見を述べられるオープン・クエスションに徹することが必要である。ときには、子自身が自分の意見を発することや手続代理人からの質問へ回答することに戸惑うこともある。その際には、手続代理人の都合で子の発言を急かすのではなく、できる限り子が意見表明に要する時間の流れをともに共有しつつ、必要に応じて、一緒に気持ちを整理することを心がける必要もあろう。また、信頼関係の中で子が話した内容で裁判所にも伝えてほしくない子が希望する部分については、原

則として裁判所に伝えてはならない。

面談を通じて子がリラックスし、自由に発言ができる環境下で子の意見を聞き取ることも必要である。例えば、子が同居親に対して気を遣い、自由な発言が阻害されているような場合には同居親に席を外してもらったり、聞き取り場所を工夫する等、特に注意する必要がある。

子の真意を探究する上で、必要に応じて、発達心理学や児童精神医学等の知見を有する専門家に助言を求めること等も考えられる。子との信頼関係は構築できたものの、子の意思表示に際して子が複雑な心理状態にあると考えられる場合や情緒的不安定がみられる場合等、意思の聞き取りに際して特別に心理的配慮を必要とする場合には、子の意思の聴き取りに向けて助言や連携が必要となろう。手続代理人としてカウンセラー等の他の専門家の選任可能性についても言及されていたが、原則、手続代理人選任資格を有するのは弁護士であることから、このような異分野領域の知見は極めて有用である<sup>25)</sup>。なお、名弁護士会においては、専門研修として子の発達心理等について勉強をする機会をもつところもあるとのことであり、子の利益に即した制度運用のためには重要な要素であるといえる。ドイツ手続補佐人制度においても、専門養成の体制が密に構築されている<sup>26)</sup>。なお、手続代理人が調査官のように専門調査を行うことは本来の職務とは異なることに注意しなければならないし<sup>27)</sup>、子の意思の代弁のため選任・授

---

25) 弁護士と臨床心理士等といった異なる専門領域の専門家が複数名で選任される、いわゆるタンデム方式は、報酬や費用負担等の面から困難であると考えられる。現在、ドイツにおいても、同様の事情からタンデム方式はほぼ採られていないようである。タンデム方式については、拙稿「ドイツ親子法における子の意思の尊重(2・完)——家事事件における子の意見聴取と手続保護人(Verfahrenspfleger)について」立命館法学306号(2006年)136、137頁。定期的な専門研修やグループワークを通じて他の専門的知識を学ぶ機会を拡充することで、「実質的な」タンデムがはかれるといえよう。

26) なお、ミュンヘン子ども弁護士協会の包括的プログラムについて、拙稿・前掲(22)262-264頁。なお、同協会のプフナー代表によれば、弁護士が手続代理人として選任される日本においては、子どもとのコミュニケーション能力の養成、児童心理や教育学の専門家との協働の下で同分野、特に発達心理学を重点的に学ぶ必要性があると述べる。

27) ドイツにおいて、手続補佐人が鑑定人に属する任務遂行をすることが一部みられる。

権された手続代理人以外の者が主として子どもの意思の聞き取りを行ってはならない。

### 3) 子の意思の手続への反映

これらの活動を通じて手続代理人は子の意思を把握する。手続代理人は、裁判所に対して子の意思を書面として提出することとなるが、「子の意思の代弁者」として、手続代理人の主観によって子の意思を変容させてはならない。どのような聞き取りを通じて得られた子の意思であるか、そのままの形で伝える必要がある。ただし、場合によっては、表明された子の意思（主観的利益）が客観的利益に反すると考えられることもある（例えば、虐待事案において現実的に深刻な身体的被害を受けていながらも、虐待親のもとに留まりたいとの主張等）。このような場合、手続代理人は「子の意思の代弁者」としての機能に拘泥せず、それ以前に自身が当該手続における「子の利益擁護者」であることを再認識した上で、別途、自身の意見を書面又は口頭で裁判所に伝える必要がある<sup>28)</sup>。ただし、子との信頼関係を基礎とする職務である以上、「私はこのように意見を述べたはずだけど、手続代理人が勝手に自分の意見を強調した」等と子に不信感を抱かれることのないように、適宜、子に事情を説明する必要があると考えられる。

また、子の意思表示の支援として、手続代理人の職務には、調停期日や審問期日へ出席し、子の陳述聴取時に付き添うことも挙げられる<sup>29)</sup>。これ

---

↘とし、手続補佐人は「小さな鑑定人」ではないとの指摘もなされている。フォルカー・ビスマイヤー、松久和彦（訳）「ドイツ新家事手続法の実務——裁判手続、裁判への協力、実務での運用」立命館法学344号（2012年）661頁。ただし、ドイツ法制度上、手続代理人は日本の法制度のように必ずしも弁護士ではなく、鑑定人の専門領域である心理学や社会教育学に通じた者になることも多いことに注意を要する。

28) ミュンヘン協会手続保護ガイドラインによれば、手続保護とは子の利益代理であり、子の福祉の確定に向けられるものではないが、子の意思が明白に子の福祉に反する場合、子の意思をできる限り広く捉え、必要な限りで子の福祉を擁護する形での解決が得られるよう努力するものとされる。前掲・注(14)を参照。

29) ドイツ法では、手続補佐人が選任された場合には、裁判所は子の陳述聴取に際して手ノ

によって、手続代理人として把握した子の真意を当事者に示すことで子の意思を尊重した合意解決の途を気付かせたり、当該期日で得られた情報を子に伝えることもできる。また、自身が同席することで陳述聴取時に子の不安を和らげ、自由に意見表明できるように支えることもできるのである。

### 3 裁判所による選任促進と 子の意思を尊重した紛争解決に向けて

#### 1) 手続代理人選任の判断について

手続代理人の選任件数が少ない現状については冒頭で述べた。手続代理人制度が制度趣旨に立脚して積極的に運用されるためには、この現状を改善する必要がある。この点をめぐっては、裁判所が手続代理人の選任に躊躇してしまう、または選任に対する姿勢が一部において消極的であることが考えられよう。この原因としては、およそ、① まだ手続代理人の選任事例が乏しい実情から、いかなる事案に対して手続代理人を選任すべきかが不透明である点、② 家庭裁判所調査官と手続代理人との役割の異同を踏まえた上で選任が有用と考えられる事例が不明確である点、その他、③ 選任に対する費用負担の点等が考えられる。

まず、第1点については、日弁連と最高裁との協議に基づき、手続代理人選任に有用な事案が選定・公表され、最高裁から各家庭裁判所に対して周知が図られている<sup>30)</sup>。これによれば、選任が有用な事案の類型としては、「① 事件を申し立て、又は手続に参加した子どもが、自ら手続行為をすることが実質的に困難であり、その手続追行上の利益を実効的なものと

---

↘ 続補佐人の同席をするものとされる (FamFG 159条4項2文)。手続補佐人の同席が子が自分の希望やニーズを表明するのに好ましい状況をもたらすと考えられている。BT-Drucks. 16/6308, S. 240.

30) 日弁連子どもの権利委員会研究会・前掲注(7)17-18頁を参照。

する必要がある事案、② 子どもの言動が対応者や場面によって異なると思われる事案、③ 家庭裁判所調査官による調査の実施ができない事案、④ 子どもの意思に反した結論が見込まれるなど、子どもに対する踏み込んだ情報提供や相談に乗ることが必要と思われる事案、⑤ 子どもの利益に適う合意による解決を促進するために、子どもの立場からの提案が有益であると思われる事案、⑥ その他子どもの手続代理人を選任しなければ手続に関連した子どもの利益が十分に確保されないおそれがある事案」が挙げられている。これにより、今後、家庭裁判所の実務において手続代理人選任が少しずつ定着していくことが予想される。

次に、手続代理人との家庭裁判所調査官との役割異同論については、法制審議会においても議論があったところである<sup>31)</sup>。家庭裁判所は、心理学等の専門的知見を有する家庭裁判所調査官による事実調査や子の意見聴取を通じて、子の福祉に即した後見的機能を果たすこととなる。調査官との役割の異同については、増田勝久弁護士によれば、家庭裁判所調査官の法的性格より3つの点で本質的に活動の限界があるとも指摘がなされている。つまり、1つめに具体的紛争解決を目的とする司法機関が将来的家庭環境の形成に立ち入ることに限界があること、2つめに審判資料の作成に必要な範囲での調査であるために子の側からのアプローチができないこと、そして3つめに司法機関として紛争当事者に対し中立性・公平性が求められるために、手続の見通し等を踏まえた判断や助言ができないことが挙げられる<sup>32)</sup>。第1点について、手続代理人は司法機関とは異なり、純粋に子の手続上の利益擁護のために独立し活動する存在である。手続代理人の本質的な役割としては子の意見表明の支援にあるといえるが、そのため、子が望む紛争解決ができる限り実現できるよう、司法判断が下された

---

31) 例えば、法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会第9回会議（平21年10月23日）議事録36頁以下。

32) 増田勝久「家事事件手続法における『子どもの代理人』」、前掲注(2)戸時特集10-11頁。高田裕成編『家事事件手続法——理論・解釈・運用』（有斐閣、2014年）87-88頁。

後も子が望む家庭環境の下で生活できるために積極的に調整活動をすることも可能であり、期待される場所でもあろう。手続は終了しても、子と親の関係は継続する。実際の活動報告においても、手続代理人の調整活動を通じて従前と比較して良好な家庭環境の下で子が生活できるようになったケースも紹介されている。子自身も自分の存在を真正面から向き合い、自分の意思を手続に反映させようとする手続代理人の姿は自己肯定感を生み出す存在として映るであろうし、子がどのような気持ちで自分達の問題を捉えているか、手続代理人による調整活動を通じて、夫婦間としてではなく親子間の問題として親自身が気づき、子の利益を中心とした合意解決につながるきっかけともなりうるといえよう。第2点について。家庭裁判所調査官は裁判官による調査命令の下で審判の判断材料として子の意思を把握するために(家事65条)、あくまでも子は調査の客体としての位置づけとなる。一方、子のための手続代理人制度の趣旨はそもそも児童の権利条約12条における子の意見表明権の実質的保障にあり、子を調査の客体として捉えるのではなく、主体的な手続参加を保障するものといえる。子という一人格の承認につき根幹から異なることを意識する必要がある。また、民間人である弁護士は、調査官と異なり裁判所の調査命令がなされた上で活動をするわけではないため、子の突発的・緊急的な求めに即応して連絡をとりあい、機敏に行動できる点についても異なる。そして第3点について。手続代理人が子の意見表明を支援するということは、その意見表明の前提となる情報を子の年齢に応じて適切に伝達するという役割をもつ。そのため、子自身が手続の状況や見通しについて理解した上で、どのような解決を望むのかを判断できるように助言することが手続代理人には可能である。これは裁判所職員であり中立性が求められる家庭裁判所調査官には職責の性質上、困難である。基本的な情報がなければ真意に基づいた判断が困難であるのは年齢問わず同じことであり、ましてや父母間の葛藤に追いやられる子にとって自分がいかなる状況に置かれているかを的確に認識するための情報提供支援は重要な要素である。これらの点について

て、裁判所は再確認する必要があるといえよう。

最後に、選任に対する費用負担の点である。この点については、日弁連子どもの権利委員会の調査（平成28年3月）によっても一部報じられていたところである<sup>33)</sup>。この点については、実際に活動した手続代理人において適切に費用償還がなされているかどうか、加えて国費負担化の可能性等、今後の動向をも見据えて検討する必要がある。

## 2) 子の意思をめぐる裁判所の活動と手続代理人との協働可能性

子の身上に関わる家事事件手続においては、子の福祉に最大限配慮した紛争処理が求められることは自明の理である。そのために家庭裁判所は、個別具体的事案の特殊性を考慮した上で、子の福祉的解決を導くために、（例えば身体的安全性の確保等といった）子の一般的ニーズとともに個別的ニーズを把握する必要がある。そのために心理学や教育学、社会学等の人間科学の専門的知見を活用すべく、家庭裁判所は、家庭裁判所調査官に事実の調査をさせることができる（家事58条1項）。この調査命令を受けて、調査官は事実調査の結果を報告する（家事58条3項）。裁判所はこの調査結果を踏まえて子の福祉的解決を探求することとなる。また、親子、親権または未成年後見に関する家事審判その他未成年者である子がその結果により影響を受ける家事審判手続において、家庭裁判所は子の陳述聴取や家庭裁判所調査官による意向調査、その他の方法によって、子の意思を把握するように努め、子の年齢と発達の程度に応じて、その意思を考慮しなければならない（家事65条、258条1項）。なお、その他の種類の事件であっても、未成年子が影響を受けると考えられる事案においては、子の意思把握の対象となる<sup>34)</sup>。子の意思をめぐることは家事事件手続法施行前より関心が高く寄せられ、実務の運用上も同条の影響は大きいものといえる<sup>35)</sup>。東京

---

33) 日弁連子どもの権利委員会研究会・前掲注(7)36頁。

34) 松川・本間・西岡編・前掲注(17)252頁〔山本和彦〕。

35) 法施行前のものとして、杉岡美幸＝山本幸一ほか「離婚調停事件における子の調査のメ

家裁等においては、家事事件手続法施行に併せて整備した書式中に、早期に子の情報を収集するため、子の事情説明につき当事者に記載を求めることとしている<sup>36)</sup>。

そして、当該事案において手続代理人が選任されている場合には、前章で述べた手続代理人の活動により把握された子の意思が代弁され、その意思をも踏まえて裁判所は司法判断を下すこととなる。裁判所が把握した子の意思と手続代理人が把握した子の意思とは重複する場合もあるだろうし、場合によっては内容が異なる場合もあるだろう<sup>37)</sup>。しかし、どちらの子の意思もそれぞれの立場と職責を通じて把握したものであって、職務遂行上、重大な瑕疵がない限り、基本的には正誤・優劣を争う性質のものではなく、いずれも子の利益に向けられた性質を有する以上、内容が異なっても対立するものではない。裁判官は、双方示された子の意思を考慮した上で、総合的な子の福祉的解決を導く。また、家庭裁判所にとっても、子の意思の多面的な発露を踏まえ、子の意思の把握の精度を向上させることが可能になるとの意義もあると考えられている<sup>38)</sup>。また、手続代理

ㄨ 在り方について——『子の意思』の把握・考慮の規定を踏まえて——家月64巻11号(2012年)79頁以下、八木哲也・後藤伸一郎・向松民子ほか「離婚調停事件における子の調査活用及びその効果について」家月64巻12号(2012年)53頁以下。法施行後のものとして、小澤真嗣「子の福祉の実現に向けた家庭裁判所調査官の活動について——子の調査を中心として」家庭の法と裁判8号(2017年)32頁以下。山本和彦(司会)・小田正二・大島眞一・大森啓子・片山登志子・七尾聡・椎野肇・山本英明・浅岡富美「特集・家事事件手続法の現状と課題——座談会・家事事件手続法施行後3年の現状と今後の展望」家庭の法と裁判4号(2016年)52-55頁等。

36) 小田正二「家事事件手続法の趣旨と新しい運用の概要(家事審判事件を中心に)」東京家事事件研究会編『家事事件・人事訴訟事件の実務～家事事件手続法の趣旨を踏まえて～』(法曹会, 2015年)23頁。事情説明書については、同「東京家裁における家事事件手続法の運用について——東京三弁護士会との意見交換の概要と成果を中心に——」判タ1396号(2014年)29頁。

37) なお、ハイデルベルク家庭裁判所でのインタビューによれば、少年局(Jugendamt)による専門調査を通じて裁判所が把握する意思と手続補佐人が把握する意思とはおよそ異ならないとのことである。拙稿・前掲注(22)266頁。

38) 日弁連子どもの権利委員会研究会・前掲注(7)15頁を参照。

人には紛争調整機能が期待されるが、日弁連によれば具体的に子の意思を中心として積極的に調停案を提示することも考えられており、また、ドイツ手続補佐人制度においても合意による紛争調整に関わる任務を裁判所より追加的に委任されるケースが増加している<sup>39)</sup>。手続代理人と裁判所との互いの協働によって子の利益を中心とした紛争解決につながりうるといえよう。

### 3) 当事者の記録閲覧権との関係

家事事件手続法上、当事者又は利害関係を疎明した第三者は、家庭裁判所の許可を得て、裁判所書記官に対して家事審判事件の記録の閲覧若しくは謄写、その正本、謄本若しくは抄本の交付又は家事審判事件に関する事項の証明書の交付を請求することができる（家事47条1項）。当事者や利害関係参加人の手続保障のためには、裁判資料に対して適切にアクセスができることが必要である<sup>40)</sup>。家庭裁判所は、この許可の申立てがあったときは、原則として許可しなければならないとされる（家事47条3項）。その一方で、子を巡る家事事件の特殊性に配慮しなければならない。例えば当事者たる父母にとっては、およそ、当該事案において裁判所が子の意思をいかに評価し、結論に至ったかは、関心が高いといえる。しかし、当事者たる父母が子の利益を中心とした解決を見いだそうとせず、子を囲い込もう

---

39) ドイツ家事事件手続法158条4項3文によれば、「個別事案の事情により必要がある限りで、裁判所は、手続補佐人に対し、子の父母及びその他の利害関係人と協議すること、並びに手続対象について合意に基づく調整に協力することという追加の任務を委任することができる。」とされ、同規定に基づく職務追加選任についても増加傾向にある。連邦統計局によれば2014年総件数中20.0%（約50,044件）に及ぶ。連邦統計局・前掲注(11)を参照。

40) 金子修編『逐条解説・家事事件手続法』（商事法務、2013）163頁以下。なお、ドイツにおいても家事事件手続法13条に関係人の記録閲覧権が定められている。基本法103条1項に定める法的審問請求権の保障の顕れである。関係人又は第三者の重大な利益に反する場合を除き、裁判所の記録を裁判所事務局（Geschäftsstelle）で閲覧することができる（FamFG 13条1項）。Werner Sternal, in; Theodor Keidel, FamFG Kommentar 18. Aufl. 2014, S. 181, 182.

とするような場合等、子の利益に資する紛争解決としてマイナスに働きうることも否定できない。例えば、同居親が子に対して「何をどのように手続代理人に話したのか」「あなたは私のことをどう伝えたのか」「次はこう言いなさい」等、問い詰め、子に対して葛藤を刻み込ませるような言動には注意を要する。親が望む結論と異なる形で子の意思を評価したと認識された場合には、その者が考える「子の利益」に近づけるように子の真意を誘導し、ひいては子の忠誠葛藤を再燃させ、子の精神的負担を深刻なものにさせることにつながりかねないといえる。

このような子の利益を害しうる記録閲覧に対しては、閲覧を許可しないことが考えられる。家事事件手続法47条4項によれば、「事件の関係人である未成年者の利益を害するおそれ、当事者若しくは第三者の私生活若しくは業務の平穩を害するおそれ又は当事者若しくは第三者の私生活についての重大な秘密が明らかにされることにより、その者が社会生活を営むのに著しい支障を生じ、若しくはその者の名誉を著しく害するおそれがあると認められるときは、前項の規定にかかわらず、同項の申立てを許可しないことができる」とされる。手続保障の観点から原則的に当事者からの記録閲覧の許可を認めるものの、子の利益や保護されるべき個人のプライバシー等の侵害といった弊害への懸念より第4項において一定の例外要件を設けている<sup>41)</sup>。いわば、子が表明した意思において、閲覧許可申立者である父又は母にかかわる内容であり、閲覧することで子との関係に影響を及ぼし、その後の対応として子に忠誠葛藤を与えかねない高い蓋然性を有するものについては、同条4項に基づき、子の利益の観点から閲覧許可を制限する必要があると考えられる。親への忠誠葛藤から離れて手続代理人との信頼関係の下で表明した意思に対し、潜在的に親が介入する可能性につ

---

41) 金子・前掲注(40)163, 165頁。なお、ドイツ法上も同様の配慮より、関係人や第三者の利益に重大に反する場合には、例外的に記録閲覧は認められない。心理鑑定結果におけるプライバシー領域の閲覧、家庭内暴力において秘匿されなければならない当事者の居所等に関わる情報、その他、子の福祉に反する結果をもたらす情報等が挙げられる。Keidel/Sternal, aa.O (40), S. 187, 191.

いは十分注意を要するといえよう。子の利益の下で、手続代理人においては当該事案の性質や親子関係の状況に応じて報告書の閲覧制限を上申するとともに、裁判所においては閲覧許可の可否をめぐる慎重かつ適切な判断が求められるものといえる。

なお、池田清貴弁護士によれば、実務上、裁判所への提出書面については、副本を父母に送付しているとのことであり、子の囲い込み等の直接的な影響が見られるような場合には直接的な記述を避ける等、記述に注意し、その上で調査官と意見交換をしたりするようである。一方で、第三者からの聴取内容の報告書面については、それを読んだ親が当該第三者にクレームをする等の影響も考え、非開示上申をすることは考えられうるとのことである。このような実務対応により、およそこの問題はクリアされよう。

#### 4) 抗告審における審理と子の意思尊重

例えば、次のような場合を想定する。親権者指定審判において、子の利害関係参加が認められ、職権によってその子のために手続代理人が選任されたとする。手続代理人である弁護士はその子との信頼関係を築きながら複数回の面談を通じて子の真意を確認し、その真意を報告書として裁判所に提出した。家庭裁判所は、その子の意思を尊重した形で親権者を非監護親である親の一方に指定した。手続代理人はこの結果について子に報告し、子もその結果に納得していた。しかし、その後、他方の監護親がこれを不服として即時抗告したとする。

家事事件手続法においては抗告に関わる規定の整備がなされたが（家事85条-98条）、前述のような場合、抗告審においても、同じ手続代理人が原審と同様に選任されるだろうか。原審において利害関係参加をした利害関係参加人については、抗告審においても利害関係参加人としての地位に就くこととなる<sup>42)</sup>。抗告審においても利害関係参加人の手続保障は図られて

---

42) 金子・前掲注(3)150頁。

いるとはいえ、抗告審においても原審で選任された手続代理人が当該利害関係参加人である子のために活動しうるとは限らない。およそ、抗告裁判所の裁量に委ねられることとなる。場合によっては、抗告審において、手続代理人を通じての利害関係参加人である子の手続保障が十分に図られないことも生じうる。

しかし、① 子の意見表明権の保障、② 子の意思の性質を踏まえた子の利益保障の観点から、抗告審においても手続代理人が適切に子の真意確認のために活動できるように、原則として、選任がなされる必要があると考える。ドイツ手続補佐人制度においては、子の心情に直接ないし間接的に関わる事案について（保全処分も含めて）全ての審級において手続補佐人の選任が考慮されている<sup>43)</sup>。また、選任が終了するのは、法文上、手続が終了する決定が確定した場合である（ドイツ家事158条62頁）。

選任に際しては、手続代理人自身に職務継続が困難な事由が生じた場合や同手続代理人の就任が不適切であると判断される場合等、特段の事情のない限り、子との信頼関係と職務の継続性を子の利益の下で考慮し、原則として、原審と同じ者が手続代理人として選任されることが望ましい。手続代理人の制度趣旨が子の意見表明権の実質的保障にあることを再確認しなければならない。手続代理人によって伝えられた諸情報・手続の見込みを通じて自己の意見を表明し、手続代理人によって裁判手続へ組み込まれた以上、その審理結果との対比において子自身がどのように考え、さらにどのように考えたのかを意見表明できる機会を保障する必要がある。子の利益の観点から利害関係参加・手続代理人を通じた子の意見の手続反映が認められる以上、抗告審においても実質的に子の意見表明権を保障する必要がある。

さらに、「子の意思」の特質性をも考慮しなければならない。子の意思を尊重し、その他客観的判断材料を踏まえて、子の利益に適う紛争解決

---

43) Helmut Engelhardt/Keidel, a.a.O. (40) S. 1407.

目指すとしても、「子の意思」とは流動性を有するものであり、時間的影響・他者からの影響を強く受けるものである。子の意思を踏まえて子の利益に即した判断を下す以上、当初、手続代理人が把握した子の意思が（その後の状況変化等によって）内容や意思の固さ、揺らぎ等につき変化していないか、また、変化があるならば他者による意思形成への影響によるものかどうか、確認する必要があるといえよう。

## 4 おわりに

### 1) 期待される運用と残された課題

子の意思をめぐる手続代理人としての活動につき、いかなる対応が求められるか、裁判所が目指す子の福祉の解決と調査官調査、当事者の手続保障等の観点を踏まえ、より手続代理人制度がその趣旨を活かし積極的に運用されるために、いかなる対応が考えられるか、若干ではあるが検討してきた。

子の主観的利益となる子の意思を適切に把握し、それを手続に反映させようとする手続代理人の適切な活動、子の手続代理人の選任・活動に理解を示し、子の主観的利益と客観的利益をともに配慮した福祉の解決を図る裁判所の審理、そして、手続代理人の活動と子の利益に適う紛争解決に理解を示す父母の態様が調和をなすことで、子本人にとって真に望ましい紛争解決がなされると考えられよう。子の身上に直接関わる家事事件において子の利益に沿う紛争解決が図られることはいうまでもない。しかし、一方で、この調和が十分に取られない場合には、互いに主張する「子の利益」との衝突により、この制度は不協和音を奏でかねないものとなり、積極的な選任や円滑な運用の障害となりうるであろう。例えば、これは、子との対話を通じて自由意思を探究する手続代理人の専門性、手続代理人の選任や活動に対する裁判所の姿勢に依拠する所が大きく、これらの態様如何が子の利益に即した家事紛争解決に大きな影響を及ぼすものと考えられる。さらには、子の意思尊重の下での紛争解決を探求する一方で、子の利

益に適う解決のためには時間的要因も大きく関係し、不要な手続遅延は回避する必要がある。手続代理人は、子の自由意思を把握するためには子との信頼関係の構築が重要な要素となるが、これは短時間でなしうるものでは決してない。複数回の面談を通じて関係構築がなされるものであるが、できる限り早期に関係を構築できるよう、いかに子とのコミュニケーションを図るか、また、法以外の専門的知見との連携やそれに触れる専門研修の機会確保をいかに図るかも肝要であろう。裁判所においては、家庭裁判所調査官との役割の異同を考慮しつつ、加えて、手続代理人との協働が一層、子の意思を尊重した解決につながることを意識することが必要であろう。ドイツにおいても制度発足もなく選任事例が少なかったものの、手続補佐人の懸命な活動を通じ、同制度が子の福祉的解決に資するとして裁判所からの評価も高いものとなり<sup>44)</sup>、選任件数の増加へと至っている。

日弁連調査によれば面会交流事案について選任がなされているのはわずか1件に留まるとのことである。手続費用や面会交流事案の一般的な子の年齢から手続代理人が働く場面はほとんどないとの指摘<sup>45)</sup>もあるが、面会交流事案の増加とともに子の意思をめぐり面会交流の可否を検討する事案もみられ<sup>46)</sup>、今後、面会交流事件における手続代理人の活用は一層求めら

---

44) 旧法下であるがハイケ・ラーベがヨハネス・ミュンダー教授の研究プロジェクト「経済と社会における革新的プロセス——子の弁護士法制度を例とした調査——」のもと、ドイツ国内の家裁裁判官に対し行ったアンケート調査では、90%の裁判官(447名)は、手続保護人の活動が司法判断にとって有用であり、78%の裁判官(380名)は、手続保護人の活動が紛争を鎮静化させると評価している。Heike Rabe, Die Verfahrenspflegschaft zwischen fortschreitender Umsetzung und Novellierung, ZKJ 2007, S. 437. また、ピスマイヤー判事によるアンケート調査によれば、家事事件手続法施行後に手続補佐人選任がより多くなったと第1審家事事件裁判官・第2審家事事件裁判官ともに評価している。ピスマイヤー(松久訳)・前掲注(27)673頁。

45) 梶村太市『裁判例からみた面会交流調停・審判の実務』(日本加除出版, 2013) 284-285頁。

46) 面会交流に対する子の意思が自由意思に基づくものか、親の意思の影響または忠誠葛藤による配慮から発せられたものか、裁判所による陳述聴取・調査官調査のみならず、手

れるのではないだろうか<sup>47)</sup>。

一方で、今後の実務運用上、課題も残されていると考えられる。日弁連の調査によれば、これまでおよそ10歳前後の子について手続代理人の選任がなされているが、例えば小学校入学前後の低年齢の子の場合にはどうなるか。子が親の紛争下において利害関係を有することは年齢を問わず同じであり、いわば当該子の意思能力の有無と手続代理人の選任との関係について考える必要がある。子が当該家事事件の結果によって直接の影響を受ける場合に意思能力があれば、自ら手続行為ができる他、家庭裁判所が職権で利害関係人参加をさせることもできるものの、子が意思能力を持たないと判断される場合には、手続保障は困難とされるのだろうか。

子にとっても大人と同様に適正な手続保障は必要であり、家事事件手続法の制度趣旨には、当事者等の手続保障を図るための制度の拡充がある。この趣旨に基づき、子の意思及び利益への配慮のための諸制度が家事事件手続法に設けられたのであり、そもそも適正な手続保障は憲法32条にも関わる事項である。

## 2) 憲法的理念に立脚した家事紛争解決へ

旧家事審判法1条では、「個人の尊厳と両性の本質的平等を基本として、家庭の平和と健全な親族共同生活の維持を図ること」を目的として明確に

---

ㄨ 手続代理人を通じて子の意思を把握することで、面会交流実施の可否を考える必要もあろう。

47) ドイツ法上、旧法上の手続保護人制度においては面会交流調整事件を選任必要事案として明記していなかったが、家事事件手続法においては必要的選任事案として明記する(FamFG 158条2項5号)。2008年5月14日連邦最高裁判所決定においても、親との交流権を有する子自身だけが、配慮権を有する親の一方によって、また法定代理人と利益相反がある場合には手続保護人によって面会交流権を主張できるとし、面会交流事案における手続保護人の利益代理を認めていた。BGH, ZKJ 2008, S. 514. なお、ミュンヘン上級地方裁判所、ハイデルベルク家庭裁判所におけるインタビュー調査でも、配慮権(親権)調整事案とともに面会交流事案が選任事例として多いとのことであった。拙稿・前掲注(22) 258頁。

定めていた<sup>48)</sup>。しかし、この趣旨を尊重すべきことは明らかとして、家事事件手続法では改めて目的規定をおくことはしなかった<sup>49)</sup>。家事事件手続を国民が利用しやすく、現代社会の要請に合致した内容とするために手続保障等の改善が図られた家事事件手続法であるが、個人の尊厳と両性の本質的平等を基本とし、憲法のもたらす理念・価値観を家族制度へ浸透させ、その価値観のもとに紛争解決を図るという目的は、複雑多様化する家事紛争において忘れてはならないものである。その目的は旧法下における「家制度からの脱却」という志向を経て「個人の権利主体性の承認」という現代的志向のもとで再確認する必要があるといえよう。個人の尊重とは個々人の自己決定を尊重するものであり、他者との相互関係性の中で自己の存在を認識し、他者との調和のもと共生する社会において重要な理念である。他者を相互に尊重し合うことは、対話を通じた紛争の合意解決にも繋がるものであり、子を一つの人格として承認し向き合うことで、子の利益を中心とした合意紛争解決に繋がると思われる。

**【付記】** 二宮周平先生には学部ゼミ指導から博士論文指導に至るまで多大なるご指導を頂いた。公私ともに親身に御指導頂くことができたことは、何にも代え難い時間であった。学生時代に触れた先生の御論文「家族法と子どもの意見表明権——子どもの権利条約の視点から——」がきっかけとなり、子の意思尊重理念に基づく家事紛争解決を研究テーマとする自分に通じている。先生から頂いた学恩へ感謝の意を表するには誠に稚拙な論説ではあるが、この場をお借りして、先生に深く感謝申し上げます。

---

48) 家事審判法が制定された昭和22年当時において、従来の家制度を基盤とする家族法体系を脱却し、日本国憲法と民法の趣旨を指導理念として家事事件を適切に処理するための手続として志向を大転換させるものとして一定の意義があったと考えられる。山木戸克己『家事審判法』（有斐閣、1958）3-4頁。

49) 金子・前掲注(40)4頁。