

〈書評〉

## 渡辺義弘著『高葛藤紛争における子の監護権—弁護士実務の視角から法的課題を問う—』について

花生 耕子

### 1. はじめに

本書は、弁護士として長く実務に携わってきた筆者による、子の監護権紛争に関する研究の成果である。同じ弁護士の一員（筆者は弁護士登録19期、当職は63期であり、筆者は当職の大先輩である。「同じ」ということは憚られるものの、ここでは便宜上そのようにさせて頂く。）として、日々の事件への向き合いと並行して密度の濃い研究を長年にわたってなされてきたことについて、ただただ感嘆するばかりであり、同時に、自らの不勉強さを恥じ入るばかりである。

このように、若輩浅学の身である当職が、本書の内容を評するなどということは大変に申し訳のないことであるが、貴重な学びの機会を頂いたことに感謝しながら、筆を進めた。

### 2. 本書概観

本書は、面会交流に関する紛争について、同紛争に対する家庭裁判所等が示す姿勢の問題点について、原則論や手続保障、成立した合意内容の実現方法、といった多角的な視点から論じ、結論として筆者の提案を示す意欲作である。

近時、面会交流に関する紛争件数は増加の一途を辿っており、個別具体的な事案におけるより適切な対応について頭を悩ませる同業者も多いものと思われる。そのような時に本

書の題名を目にすれば、一読したいと思う者も多いはずである。しかしながら、本書は、一読することによって事案の解決に向けた一刀両断型の回答を得られるというものではない。むしろ、これまで関わってきた事案や、現在関わっている事案に対する自らの姿勢について否応なく再考を促し、あるいは猛省を促す内容である。さらには、一読して一件落着とはいかないところに、子の監護権紛争、特に面会交流紛争における問題の深さや、解決するために払われなければならない努力の大きさを思い知ることとなる。

### 3. 「子の福祉」をめぐる激しい争い

面会交流紛争は、我々弁護士にとって、相当程度の労力を要する事件類型である。同業者との会話の中で、「離婚の依頼を受けた時、子どもがいない、あるいはすでに成人していると聞くと心底ほっとする。」と思わず口をついて出てしまうことがあるほどだ。そしてこれは、私自身の偽らざる本音でもある。

子の監護権とは、未成年子の身上監護（共に暮らし、日々の身の回りの世話をすること）に関する法的権限をいう。監護権に関するものとして、別居親（非監護親）との面会交流がある。面会交流とは、離婚成立のいかんを問わず、未成年子と別居している親（非監護親）と未成年子とが交流を行うことをいう。一般的には、月1回程度、数時間ほど共に過ごすという直接的な面会方法が取られる

事が多いが、電話やメール、手紙等の間接的な方法が取られることもある。

近時、面会交流中に、非監護親が幼い我が子を殺害し(兵庫県伊丹市)、あるいは監護親である元配偶者を殺害する(長崎県)といった痛ましい事件が立て続けに発生したことから、面会交流という制度や、それを取り巻く様々な問題点について、社会一般からも注目が集まり初めている。(なお、伊丹市の事件は、監護親は面会交流の実施に協力的であったようであり、いわゆる高葛藤事案とは趣を異にする。長崎県の事件については、非監護親から監護親に対するストーカー行為があり、警察に相談していたとされており、いわゆる高葛藤事案といえよう。ただし、面会交流実施に至る経緯等の詳細が不明であり、いずれの事件にあっても非監護親側の心身の状態等、他に着目し検討すべき点も存在する。実務家として注目すべき事案であるが、書評という本文章の本筋からは離れすぎてしまうため、これらの事件については、これ以上の掘り下げは避けた。) )

上記の事件のように最悪の結果に至るケースはそれほど多くはないと思われるものの、我々弁護士が関与する面会交流事件の多くでは、当事者同士の葛藤は決して小さいものではない。本書において重ねて指摘されるとおり、我々弁護士が関与し、あるいは関与がなくても調停等の裁判手続を利用するケースの殆どは、夫婦間の葛藤が激しく、親権ないし面会交流について激しく争うものが多い。激しくぶつかり合う当事者に対し、「非監護親と未成年子との面会交流は原則として実施すべきであり、それこそが子の福祉にかなう」とするのが、現在の家庭裁判所実務である(面会交流原則論の実施論)。そして、面会交流は、民法上、監護権に関するものとして位置づけられていることや、非監護親との交流を維持継続することが、未成年子における情緒面の発達や人格形成において良い影響をもた

らすと考えられていることから、「面会交流の実施について消極的な姿勢は、子の福祉に反するものであり、親権者ないし監護権者として不適格と判断する一つの事情となりうる(フレンドリー・ペアレント・ルール)」という理論が導き出される。そうすると、内心では面会交流に消極的な監護親は、裁判所の顔色を伺い「面会交流をさせたくない」という本心を隠す、という現象が生まれる。代理人弁護士は、依頼者である監護親の本心を知っていたとしても、あくまでも依頼者の利益を図るべき立場にあるため、その本心について知らないふりをせざるを得ない。そして、筆者が指摘するとおり、こうした心情はごく自然な感情であり、ことさらに責めることもまた相当ではない。そうして面会交流に関する合意が形成され、調停が成立したケースでは、後日、具体的な面会交流実施にあたり紛争となるケースが一定割合存在する。一方、依頼者が本心を隠さない場合には、当事者同士の葛藤が顕在化し、紛争が激化ないし長期化し易い傾向にある。そして、このような場合には、代理人としての葛藤すら生じることがある。家庭裁判所が掲げる原則論に対し、例外に該当するケースであることを客観的資料に基づいて明らかにすることが困難であり、調査官調査においても例外事由の認定がなされない場合などである。このような場合に、面会交流について全面的に拒否の姿勢を貫くことは、親権者として不適格と判断されるリスクがあり、依頼者の利益を図ることに はならない。しかし、依頼者に対する過度の説得は依頼者との信頼関係に悪影響をおよぼすことがあり、最悪の場合には解任ないし辞任となる。解任ないし辞任はやむを得ないことではあるものの、その後の成り行きが依頼者にとってより良い方向性になるという保証は何もない。そのため、代理人としては、深刻なDVや、非監護親の子に対する虐待、これらの事情を理由とした子の面会拒否がある

場合を除いては、親権取得のためと説得し、間接的な方法による面会交流を促す場合もある。

当職が弁護士登録をしたのは2010年12月であり、面会交流に関する民法改正がなされたのは2012年である。弁護士登録の3か月後に東日本大震災が発生したこともあり、当職が面会交流事件を本格的に担当するようになったのは、ちょうど改正の前後くらいであった。そのため、恥ずかしながら、上記のような家庭裁判所の面会交流に関する方針について疑問視することもなく、それがまさに「子の福祉」にかなうのだとして事件の依頼者と関わってきたこともあった（もちろん、DV事案、虐待事案や連れ去り事件は別として）。ところが、数多くの面会交流事件に関与し、調査官調査に立ち会い、調査官報告書の内容を踏まえて依頼者との面談を繰り返すうち、本当に家庭裁判所の方針は正しいのだろうか、という疑問が頭をもたげるようになった。当職は、非監護親、監護親いずれの代理人も経験してきたが、高葛藤事案における難しさは、感情のぶつかり合いが激しいことはもちろん、そのために、お互いが「子の福祉」という錦の御旗を掲げ、お互いをそしり罵りあうために、当該事案における、本当の「子の福祉」が何かが見えにくいところにある。家事事件特有の特徴として、双方が主張する事実に対する客観的なエビデンスが乏しいこともまた、難しさに拍車をかける。そこで、調査官調査に対する期待は嫌がおうにも高まる。しかし、この調査官調査自体にも筆者が指摘するような問題点（ブラックボックス現象など）が存在しているのであって、調査官調査さえ実施されれば万事解決するというものでもない。幸い、当職が関わってきた調査官の多くは熱心かつ良心的であり、調査結果も申し分ない（あくまで依頼者の視点から見て満足ということであり、相手方、あるいは子の視点から見てもなお適切なものであった

かについては、いつでも謙虚な姿勢で検討する姿勢は必要であろう。）内容であったものの、そうでない事案も当然に存在した。また、本当の「子の福祉」が見えにくい理由のもう一つは、手続における子の不在である。代理人として父ないし母の主張する「子の福祉」を見聞するたびに、子ども本人の真意はどこにあるのか、子ども本人が手続に参加しなければ、その真意は明らかにならないのではないかと感じてきた。基本的に、未成年子は訴訟手続等の主体たりえず、その法定代理人等が主体となるように制度設計がなされているほか、2013年には子どもの手続代理人制度が施行されたものの、同制度の不十分さから利用実績は乏しく、現状では利用数が増える見込みもない。このままでは、本当の「子の福祉」は置き去りにされたまま、法的手続における「勝ち負け」や父母の感情に裏付けされた「子の福祉」だけが独り歩きする現象が放置されてしまうことになりかねない（現状の手続においても、本当の「子の福祉」が実現されている例が存在することを否定するものではない。）。

#### 4. 本書が我々にもたらすもの

このように、高葛藤状態にある面会交流紛争には、多くの解決すべき問題点があり、何か一つだけを解決すれば良いというものではない。本書は、面会交流紛争におけるこのような現状を緻密に分析し、我々に問いかける。

司法に携わる人間たちも、この問題状況に対して無策であるわけではなく、解決策の一つとして提案、検討されているのが、離婚後の共同親権ないし共同監護制度の導入である。しかし筆者は、同制度の導入について、アメリカやフランス等の諸外国の状況を踏まえて警鐘を鳴らす。共同親権ないし共同監護権の導入論者は、同制度の導入によって親権や面会交流における問題状況を改善することが可能であるとする。しかし現実には、同制度

導入によって光と闇が生まれており、必ずしも子の福祉を実現していないようである。筆者が多く引用するウォラースタインによる著書及び研究成果について、高葛藤事案に関わる専門家は、謙虚に受け止め、現在の運用や今後の方向性について、議論を尽くし、慎重に検討すべきであろう。裁判所の命令に従い、幼いころから10数年にわたって共同監護の元で成長してきた女性の「多分、長年父親や裁判所に支配されてきた」という言葉や、離婚紛争に巻き込まれた多くの子どもたちと25年にわたって向き合い続けてきたウォラースタインの「人間の心を法制で指導するなど、愚かきわまりない行為だ」という言葉は、現実の離婚紛争に関与する当職の心に深く突き刺さるものがある。面会交流原則の実施論にしても、共同親権ないし共同監護権制度にしても、何か一つを変えれば一挙に解決するような問題領域ではないことを、正面から受け止めなくてはならない。本書は、様々な角度から、繰り返し、このことを私たちに問いかけてくれる。

面会交流事件を始めとする離婚関係紛争の件数が激増している昨今であるが、実は、弁護士や裁判官になるまでの過程において、家事事件について研鑽する機会は非常に乏しい。司法試験において、いわゆる親族法だけを中心に据えた論文式試験はほとんど例を見ず、条文や裁判例の知識を問われる短答式試験に一定の問題が出題されるのみである。合格後の司法修習期間においても、家庭裁判所修習は、2か月間の民事裁判修習期間中、わずか1週間程度行われるに過ぎない。私が修習生のとき、とある裁判官が、「一昔前までは、家庭裁判所というものは「女子どもの裁判所」と言われ、地方裁判所よりも一段低い存在として認識されていた。」という発言を耳にしたことがある（現在は状況が異なっている、という文脈での発言であったと記憶している。）。つまり、弁護士も裁判官も、それ

ぞれの職業についてから、まさしくOJTによって家事事件について研鑽を重ねているというのが現状である。そうすると、事件に関わる弁護士や裁判官の経験値や知識量により、解決の質が大きく左右されるという状況が生じかねない。知財法のような分野はともかく、家事事件は件数も多く、したがって関与する実務家の数も必然的に多くならざるをえない。このような現状にあって、家庭裁判所が示す原則論に従った紛争解決が数多く重ねられていくとき、より多くの未成年子が、手続のなかで置き去りにされ、本当の「子の福祉」が実現されないという悲劇をより多く生み出すことになりかねないのである。

## 5. まとめ

家事事件は、過去には裁判所内部においてすら軽んじられた事件類型である。しかし、離婚を始めとする家事事件が、紛争当事者の人生の問題であることを否定する者はいないだろう。そして、最大の利害関係人であるにも関わらず手続に参加することの出来ない未成年子の存在もまた事実であり、手続の解決結果如何によって、その未成年子が大きな影響を被ることもまた厳然たる事実として存在する。すなわち、未成年子の関わる離婚事件は、当該未成年子の権利に関わる重大な事件であることを忘れてはならない。本書は、筆者自身の実務経験を踏まえつつ、諸外国の文献や状況との比較など、社会科学的手法によって解決策を模索している。我々の実務は、あくまでも法制度の上で成り立つものであるから、問題状況によっては、運用の変更だけでは足りず、法制度そのものの変更を必要とする。高葛藤事案における子の監護権紛争が抱える問題状況については、そもそも議論自体が不十分と思われるが、法制度自体の変更が必要な可能性がある（子どもの手続代理人など）。したがって、家事事件に関わる実務家は、筆者による本書記載の提案をたた

き台として、真剣に、面会交流紛争における問題点の解決方法について議論を尽くし、検討を重ねなければならないだろう。そして、現在関わっている事件における代理人としての姿勢についても、真摯な向き合いをしなければならない。本書が高葛藤事案における子の監護権紛争において果たす役割は、決して小さいものではなく、大きなものとする必要すらあると感じる。

最後に、このような問題意識を明確なものとして認識する機会を与えてくれた本書に、そして、その筆者である渡辺義弘先生に、感謝と尊敬の念を示し、書評の締めくくりとしたい。

以上