

【研究ノート】

# 親権者指定に関する諸問題

相谷 登\*

Issues in a judicial decisions determining parental authority

Noboru Aitani

## 要 旨

2004年4月から、家庭裁判所は、申し立てにより、夫婦の一方が他方に対して、離婚の訴えに係る請求を求める裁判に関連して、子どもの親権者の指定に関する事項について裁判を行うようになっている。家庭裁判所においては、このような事件の審理に際しては、家庭裁判所調査官による事実の調査が可能となっている。一方、地方裁判所においても、緊急性のある事案については、家庭裁判所と同様に子どもの親権者に関する裁判を行うことが出来るが、地方裁判所に家庭裁判所調査官はおらず、また2つの裁判所の審議形態の違いがある。わが国の司法制度は三審制を取り入れており、高等裁判所は第一審である家庭裁判所、地方裁判所のいずれからも控訴された事件を審理する。それぞれの裁判所には独自の審理形態があり、高等裁判所は子どもの親権者指定に関する審理に必ずしも一貫性を有してはいない。そこで、子どもの親権者の指定に関しては、家庭裁判所調査官の調査における科学性が必要であることを指摘した。

## Abstract

Since April 2014, family courts have been able to make judicial decisions determining parental authority in divorce proceedings filed by either party, upon petition. In such cases, family courts are able to have family court investigating officers conduct examinations of the facts. In urgent cases, district courts are also able to make judicial decisions determining parental authority in the same manner as family courts in a few urgent circumstances, but they lack the family court investigating officers the family courts possess and there are also differences between the two in the way deliberations are made. Japan has adopted a three-tiered judicial system, and the high court deals with appeal cases from both the family and district courts that make up the first, lowest, tier. Each court has its own unique model for ruling, and even decisions taken at the high court regarding designating parental authority are lacking in consistency. Therefore, this author suggests, it is imperative for family court investigating officers to follow a scientific approach in their inquiries.

● ● ○ **Key words** 親権者 parental authority / 家庭裁判所 family Court / 家庭裁判所調査官 family court investigating officer

受付日 2018. 9. 7 / 受理日 2019. 1. 28

\*関西福祉科学大学 心理科学部 教授

## 1 親権と監護権

離婚をはじめ遺産相続など家庭内の揉め事は、家族の感情的な対立が背景にあることが少なくなく、これらを解決するためには、法律的な観点からの判断だけでなく、夫婦や親族間相互の感情的な対立を解消することが求められる。また、家庭に関する揉め事を解決するに当たっては、個人のプライバシーに配慮する必要があるとともに裁判所が後見的な見地から関与する必要がある。そこで、家庭内の揉め事をはじめ各種の法律で定められた家庭に関する事件については、家庭裁判所が、それぞれの事件の性質や特徴に相応しい非公開の手続で、どのようにすれば家庭や親族間で生じた様々な揉め事が円満に解決されるかということを中心に考え、具体的で妥当な解決方法を求めて処理する仕組みになっている。この家庭に関する事件は一般に「家事事件」と称され、更には審判事件と調停事件の2つに分かれる。この「家事事件」の推移であるが、司法統計<sup>1)</sup>によると、2016年に全国の家事裁判所で扱われる事件総数が初めて100万件を超えた。この背景には離婚が急激に増加していることがあり、とりわけ離婚後において、夫婦の間に誕生した子どもとどちらの親と一緒に生活をしていく権利を有するのか、この権利である「監護権」を巡る争いが、2005年には1,587件であったものが2015年には4,562件と過去10年間で3倍にもなっている。「監護権」という言葉はあまり馴染みがなく、むしろ「親権」の方が聞き慣れている人のほうが多いかと思う。そこで、本論を進めていく前提として、最初にこれら2つの権利に関して簡単にまとめておく。

「親権」とは、未成年の子どもを監護・養育し、その財産を管理し、子どもの代理人としての法律行為を行う権利や義務のことをいう。法律上で定められている具体的な内容としては、次のようなものがある。

### (1) 財産管理権（民法824条）

- ① 包括的に財産を管理する権利
- ② 未成年者である子ども（以下、「子ども」と称する。）の法律行為に対する同意権

### (2) 身上監護権

- ① 身分行為の代理権（民法737条、775条、787条、804条）

子どもが身分法上の行為を行うに当たっての同

意・代理権

### ② 居所指定権（民法821条）

親が子どもの居住する居所を指定する権利

### ③ 懲戒権（民法822条）

子どもに対して親が懲戒・しつけをする権利

### ④ 職業許可権（民法823条）

子どもが職業を営むに当たって親がその職業を許可する権利

通常「親権」は、子どもの父母が共同して行使することが原則である（民法818条3項）。ただ、父母が離婚する場合、その一方を親権者として定めなければならない（民法819条）。「監護権」とは、「親権」に含まれ先に挙げた(2)の身上監護権のみを取り出して、親が子どもを監護し教育する権利義務を「監護権」と称している。このように、「監護権」は「親権」の一部であることから、原則的には親権者がこれを行使用することになる。また、子どもの福祉の観点から、特段の事情がない限り親権者と監護権者は通常は同一人物の方が相応しいものと考えられる。よって、わが国においては離婚に伴う子どもに対する権利の争いは、大半が「親権」を巡る争いとなっているのが実情である。但し、離婚に際して子どもの「親権」と「監護権」を分離することに夫婦間で同意すれば、分離しても構わないのである。

## 2 親権者を決めるための基準

夫婦間において、離婚することについて夫婦共に同意している場合、わが国においては協議離婚という制度がある。なお、夫婦間に未成年の子どもがいる場合には、離婚の届出に際して子どもの親権者についても夫婦間の合意により決定された親権者の届出が必要となる。ただ、夫婦間において離婚そのものに関しては同意しており争いも無いが、子どもの親権者をどちらにするかについてはなかなか合意が得られないという場合がある。子どもの親権者を夫婦のどちらにするのかが決まらない場合、または決めることが出来ない場合、夫婦のどちらかが家庭裁判所に対して『親権者指定』の調停事件申し立てを行うことになる。

調停前置を採用しているわが国では、まずは調停を

行うこととなっており、裁判所において、夫婦双方による話し合いをさせて、子どもの親権者に関する合意形成を調停の場で目指す。この背景には、夫婦間の揉め事は当事者にまずは決めさせるほうが納得という観点からも、また後に再び紛争になりにくいとの考え方から、調停前置という考え方が採用されている。もちろん話し合いをすれば必ず合意形成が成されるとは限らない。夫婦関係が破綻している男女においては、感情的になったり感情葛藤から話し合いどころではないことも少なくない。話し合いがまとまらなかった場合には、事件自体が審判へと移行し家庭裁判所が審理することになる。ただ、夫婦が離婚するに至る原因や理由は様々なものがあり、この夫婦関係が破綻した原因や理由で家庭裁判所が子どもの親権者を定めるに際しても影響する場合がある。

家庭裁判所が子どもの親権者を定めるに際しての基準には、確固たるものは存在していない。だからといって、その場の雰囲気や情緒的なもので家庭裁判所が親権者を定めるという事は無い。そこで、裁判官自身が過去に携わってきた判例を中心に整理する形で、野田<sup>2)</sup>や清水<sup>3)</sup>は実務経験をもとにそれらの整理を行っている。また、法学者の大島<sup>4)</sup>は、学者の立場から過去の様々な判例に基づいて、親権者の判断基準の分類を独自に試みている。これらの研究に基づいて、これまでの判例で親権者を定めるに当たって採用された主な判断基準(理由)を整理してみたところ、次のような7つの基準とその理由が存在していることが分かる。

#### (1) 当事者の一方に不利な事情がある場合

一方当事者が重篤かつ治療困難な病気に罹患しており回復の見込みがない場合や精神疾患により精神喪失の状態にある場合、他方を親権者とする。

#### (2) 現状維持(継続性)の原則

離婚する方向で夫婦が家庭裁判所に事件申し立てを行う場合、既に夫婦は別居していることが大半である。夫婦の別居を機に、子どもは父親または母親のいずれかで養育されていることが通常である。裁判所は、この事実上の養育関係を重視し、現に子どもを監護する親を親権者とするというものである。この背景には、現況を敢えて変更することは子どもの心理・福祉面においてマイナスとなることが多いという考え方があるからである。

#### (3) 母親優先の原則

「子どもには母親が絶対的に必要である。」との考え方、とりわけ子どもが乳幼児の場合、成育には母親の愛情と監護が父親のそれにもまして不可欠であるという考え方(Spitz, R.<sup>5)</sup>, Klaus, M. & Kennell, J.<sup>6)</sup>)が強く影響してのものである。子どもの年齢が5歳未満の場合には、母親のほうがより強く影響しているという考えに基づいている。

#### (4) 兄弟姉妹同一親権者の原則

兄弟姉妹が存在している場合、個々に親権者を分けることに裁判所は消極的であり、子どもが複数いる場合には親権者を一方の親に子ども全員を定めるという傾向が強い。

#### (5) 有責配偶者不利の原則

離婚に至った原因の大小によって、子どもの親権者を決めた判例がある。すなわち、離婚原因を作った者が、子どもの親としてあり続けることについて、裁判所は消極的なようである。

#### (6) 経済力優先の原則

経済的により豊かな親のもとで養育されることが子どもの利益であり、同時に子どもの福祉にも適うという考え方である。

#### (7) 子どもの意思尊重

事件本人である子どもの意思を尊重して親権者を決めるという立場である。子どもの意思とは、民法上では15歳以上を指すが、家庭裁判所では「親権」について概ね10歳以上の子どもの意思を考慮する実務運用がなされている。

家庭裁判所において、親権者を指定するに際しては、上記7つの基準のいずれかが最終的に用いられることが多いが、ただ一つの基準のみで定められることもほとんどない。通常、家庭裁判所における親権者を指定するプロセスに際しては、わが国の家庭裁判所が独自に抱えている専門職である家庭裁判所調査官が、親権者としての適格性を判断するに際して、父母それぞれの諸条件を比較検討し子どもの利益や福祉に適うかを精査する比較衡量を行う。家庭裁判所調査官とは、わが国固有の専門職であり、心理学や教育学、社会福祉学などの人間関係諸科学の専門的知識を有しており、世界に例を見ない裁判所独自のものである。親権者に関する調査では、父母それぞれの経済状況や居

住状態、地域環境、親の愛情、子どもの性格や問題行動の出現の有無、子どもの親に対する態度、親の子どもに対する態度、教育監護能力等を勘案して、最終的に7つの基準とも照らし合わせて可能な限り比較が出来る資料に基づき親権者を定めるというのが一般的な手法となっている。その際は、子どもの明確な意思確認が十分な場合を除いて7つの基準の一つを決定因の主たる理由として用いているのがこれまでの運用の実情である(野田<sup>2)</sup>、清水<sup>3)</sup>)。

### 3 親権を巡る新たな動向

2017年1月26日の東京高等裁判所の親権を巡る裁判が注目を浴びたが、その理由はこの裁判の原審である千葉家庭裁判所松戸支部の判決が、子どもがおり離婚を考えている夫婦には新たな一石を投じる判決となっていたことがある<sup>7)</sup>。この裁判では、一審である家庭裁判所においては前述した7つの親権者を定める基準とは別に、これまでほとんど注目されることのなかった新たな視点を取り入れられたのである。同時に、競合する基準において何が優先されるべきかというこれまで誰も触れることの無かった点が初めて論議されたからである。そこで、原告及び被告となった夫婦双方が公開することを同意している判決文を元に、子どもの親権者を定めるのに際して新たな基準として採用された考え方とその論議について見ていくことにする。

事件の当事者となった夫婦であるが、国家公務員の夫と国際機関の団体職員(婚姻を機に休職)の妻は、夫婦ともに自己実現の意欲が高かった。夫婦は婚姻当初から次第に互いに相手は自分の仕事や研究の重要性を十分に理解していないと感じ始め、夫婦仲は悪化していった。妻は子どもを出産した後に大学院へ進学した。その後、夫は転勤となり家族3人は皆で転居することになった。その結果、妻は在籍する大学院まで遠距離通学をせざるを得なくなってしまった。妻は大学院へ通うために、子どもを夫のもとに置いて大学院への通学が便利な妻自身の実家へ数日間帰ることが何度か起こり始めた。その間、夫はベビーシッターを利用するなどして、一人で子どもの監護にあたった。この

ような生活の中で、2人の心は離れてしまい夫婦は離婚することだけは双方ともに同意することとなった。妻は、子ども可愛さと大学院も続けたいとの思いから、夫には相談せずに黙って当時3歳の子どもを実家へと連れ帰った。この直後から、夫は子どもを夫自身のもとへ戻すことを妻に要求したが妻は拒否した。但し、夫婦間の話し合いは続けられ、夫が子どもに会うこと(面会交流)を妻も同意し数回履行された。しかし、半年後に双方の感情の行き違いが生じ、妻は夫の子どもに対する面会交流を拒否することになり、夫は家庭裁判所へ『親権者指定』の事件申し立てを行った。家庭裁判所においては、当初から夫婦ともに子どもの親権者には自らがなりたいたいと主張した。

第一審である家庭裁判所は、「子どもが両親の愛情を受けて、健全に成長するためには父親(夫)に養育されるのが適切である。」と、母親(妻)に対して、子どもを父親のもとへと引き渡すように命じたのである。この判決が注目された理由は次のようなことからである。前述したように、家庭裁判所における親権者指定に関するプロセスは、家庭裁判所調査官の調査に基づいて、父母に纏わるあらゆる諸条件を比較衡量して親権者を決めることが、これまで一般的であった。しかしながら、この判決では比較衡量を基にすることはなく、更には先に示した7つの親権者指定の基準のいずれをもその決定理由として採用しなかったのである。そして、わが国ではほとんど馴染みのない「フレンドリー・ペアレント・ルール(非監護親に対する寛容性の原則(略して『寛容性の原則』ともいう。))」という新たな判断基準を親権者の指定に際して採用したのである。

フレンドリー・ペアレント・ルール<sup>8)</sup>とは、アメリカ合衆国を中心に注目されて採り入れ始められている監護親(アメリカ合衆国では、日本の親権者とはほぼ同意である。)を決めるための基準の一つである。具体的には、離婚後に、①元夫婦としての葛藤感情を切り離して非監護親と子どもの面会交流に協力できるか、②子どもの非監護親の存在を肯定的に伝えることができるか、③子どもが面会交流に消極的な場合に非監護親との面会交流を子どもにはたらきかけることを同居する監護親の責務として理解ができるか、以上の3つを基準として子どもの監護親、すなわちわが国の親権者に相当する者の的確性判断を行うというものである。

る。この判断基準がこれまでわが国の司法の場において全く採用されてこなかったかというところでもない。2003年に初めて東京高等裁判所<sup>9)</sup>がこの基準を理由の一つとして採用したことがある。ただ、それ以降は<sup>10)</sup>双方の提示した内容を具体的かつ合理的に比較検討する術がないことから注目されることも採用されることもなく、今日に至っている。

この事件が注目されたのは、父母それぞれが提示した内容だけを比較検討して最終決定に至ったことである。双方の主張の概要であるが、母親は父親に月1回程度の面会交流しか認めなかったのに対し、父親は年100日の面会交流を約束し同時に守れなかった場合は親権を譲ると、母親より寛容な条件を示したのである。その結果、これまで用いられてきた7つの基準を考慮することなく、父親に親権を与えるという決定に至ったのである。すなわち、これまで家庭裁判所が親権者の指定に際して重要視してきた「現状維持（継続性）の原則」や「母親優先の原則」よりも、離婚後の面会交流のみに重きを置いてフレンドリー・ペアレント・ルールに基づく「非監護親に対する寛容性の原則」が、親権者を定めるに際しては他の諸事情よりも重視したのである。この背景には「現状維持（継続性）の原則」を重視してきた結果によって生じた子どもの奪い取り事案や、今日においては父親の存在も見逃すことは出来ないという見解が増えてきている中で「母親優先の原則」を暗に是正するかのような考え方が見え隠れしたからである。以上のように、家庭裁判所の親権者指定の判断に際して、裁判所は「子どもが両親の愛情を受けて健全に成長するためには、父親を親権者にするのが適当である。」とその理由を提示し、これまで主たる理由として取り上げられることが一度もなかったフレンドリー・ペアレント・ルールに基づく「非監護親に対する寛容性の原則」を最も重視したという点で注目を浴びることになったのである。

家庭裁判所の判断に納得しなかった子どもの母親であり妻は、高等裁判所へ控訴した。この控訴によって、原審の判断を控訴審である高等裁判所がどのように判断するかが注目された。2017年1月26日、東京高等裁判所は、原審の決定に対して次のような見解を示した。「どの程度の頻度で、どのような態様により相手方に子どもとの面会交流を認める意向を有しているかは、親権者を定めるに当たり総合的に考慮すべき

事情の一つであるが、父母の離婚後に非監護親との面会交流だけで子どもの健全な成育や子どもの利益が確保されるわけではないから、父母の面会交流についての意向だけで親権者を定めることは相当ではなく、また父母の面会交流についての意向が他の諸事情と比べて、より重要性が高いとも言えない。」とした。すなわち、フレンドリー・ペアレント・ルールに基づく「非監護親に対する寛容性の原則」を親権者指定の最大要因とすることを、高等裁判所は否定したのである。この判決では次のようにその判断理由を述べている。「子どもは、母親の下で安定した生活をしており、健全で順調に成育し、母子関係に特段の問題はなく、通学している小学校での学校生活にも適応している。」とした。すなわち、この判断理由は過去の判例に基づく親権者を定めるための7つの基準の一つである「現状維持（継続性）の原則」を採用したのである。ただ高等裁判所は、決してフレンドリー・ペアレント・ルールに基づく「非監護親に対する寛容性の原則」を完全に否定したわけではない。親権者を定めるに当たり総合的に考慮すべき事情の一つとして「非監護親に対する寛容性」も考慮要因の一つとすべきだとしたのである。ただし、それだけを重視して、その内容の優劣のみを最大の理由として親権者を定めるものでもないとの判断を下したのである。これだけを見れば、高等裁判所が父母間の諸事情や条件を比較衡量し、最終的に「現状維持（継続性）の原則」を採り入れ、親権者を決めたように窺える。しかしながら、単純にそのようには考えにくい点があり、そのことについて後に概観することとする。

## 4 2つの裁判所と人事訴訟事件の移管

### 4-1 家庭裁判所と地方裁判所

家庭裁判所で取り扱われる事件は、基本的には家事事件と少年事件であり、地方裁判所では、民事事件と刑事事件である。取扱い事件が異なることから生じる差異があることを見逃してはならない。その差異とは、審理構造とそれに伴う審理の進め方である。家庭裁判所は、取扱う事件からも分かるように、少年事件や家事事件とは、家庭を背景として家族や親族といった基本的には血縁関係にある人たちに関わる問題事象

を扱う裁判所である。少年事件では、仮に非行少年が少年院等の施設収容となったとしても、出院後の帰住先は特段の問題が無い限り家族のもとである。家事事件でも現行法下においては勘当制度が既に廃止となっている今日においては、生じている家族間の問題や紛争が解決すれば、その後は再び家族や親族は相互に関係性を持って生活することは免れない。例え離婚であっても、子どもがいれば養育費の授受や面会交流で完全に縁は切ることではない。これらの点を重視して、家庭裁判所では紛争当事者間の対立関係を出来るだけ小さくする目的から、職権主義的審問構造を採用している。すなわち、対立構造を出来るだけ回避するという観点から、裁判所が自ら家庭裁判所調査官を用いて事実関係等の調査を行う。また裁判所が関係する当事者の声を直接聴き、不明瞭な点が出来るだけ無いように心がけ、それらの声を基にして妥当と思われる判断を裁判所が行うというのが職権主義的審問構造である。野田<sup>11)</sup>は、家事事件について、国家が司法機関によって家族関係についての後見的役割を果たす具体的な目的やその目的に相応する方法を追求するものであると述べており、非訟的手続に立脚したものがふさわしいとその特徴について述べている。

一方、地方裁判所においては、家庭裁判所における審理構造とは異なり、当事者主義的対審構造が採られている。利害や権利が対立する当事者間における法的な紛争においては、事実関係を最も熟知している当事者が証拠の発見及び提出を主導することが効率的である。また、このような当事者が自己の利益を実現する目的のために主張や立証を行うことが最も効率的に訴訟上の真実の発見に繋がると考えられるからだとされている。ちなみに、地方裁判所においては扱う事件である民事事件はもとより刑事事件も同様の構造が採られている。

#### 4-2 人事訴訟事件の家庭裁判所への移管

わが国の離婚を巡る司法上での取り扱いは、2004年に行われた司法改革までは難解かつ扱いにくいものであった。それに伴う子どもの親権者指定を裁判所に委ねる手続も容易ではなかった。

離婚をする場合に夫婦間で話し合いが出来なかった場合、家庭裁判所に離婚の調停を申し立てることになる(家事手続法 255 条)。調停が不成立となった場合

には審判へと移行し、裁判所が職権で離婚をはじめそれに伴う子どもの親権者を定めることになる。ただ、家庭裁判所における審判は法的な拘束力は小さく、一方当事者がその決定に不満を持てば離婚は成立せず、それに伴い親権者の指定も宙に浮いてしまうのである。それゆえ、審判離婚はほとんど運用されてはいないのが実情である。調停が不成立となった場合、どうしても離婚はもとより子どもの親権者をどちらにするのかをはっきりとさせたいと夫婦が希望すれば、法的拘束力が伴う訴訟が不可欠となり離婚訴訟に委ねることになる。ところで、2004年3月までは家庭裁判所ではなく訴訟事件全般を扱う裁判所である地方裁判所に離婚に関する訴訟を起こすことになっていた。当事者にとっては、この事件取扱いの変わってしまうことがそもそも理解しにくく、また地方裁判所への手続きが複雑なことから、法的知識面において素人である大半の国民には分からないということがあった。また、離婚とそれに伴う子どもの親権者の指定という本来は実質的に一つの紛争であるにも関わらず事件が2つ存在してしまい、時には取扱い裁判所が異なることから2つの裁判所に手続きが分かれざるを得ず、しかも互いの裁判所がほとんど連携をすることがなかったために、このような状態で適切な紛争の解決が出来るのかという疑問があった。そこで、2004年4月1日から、離婚を代表とする夫婦関係の問題をはじめとして、子どもの親権者指定や実親子関係の問題、更には養親子関係の問題に関しての人事訴訟事件は、従来の地方裁判所ではなく家庭裁判所へ取扱い裁判所が移管されることになった。この司法改革により、調停から裁判までを家庭裁判所で行えるようになり、手続き的にも幾分かは分かりやすくなって、以前よりも適切な紛争解決が期待されるようになったのである。その後も、2011年に民法の一部改正により、面会交流及び養育費分担の明示(民法 766 条)がされたこと、更には2013年には家事審判法を廃止し家事事件手続法が施行されるなど、改善がなされている。

家庭裁判所においては、地方裁判所では決して出来ない家庭裁判所調査官による事実関係の調査を行うことができる。親権者の指定に際しては、その専門性を発揮して子どもの心理面や発達面、それらに密接に関連する親子関係、更には学校や保育所等の関係機関など、子どもを取り巻く環境や人間関係の事実に関する

調査をし、より客観性の高い判断に結びつくことが一連の変革による利点である。もう一つの興味深いものとして、参与員が人事訴訟事件にも関与できるようになったことが挙げられる。参与員の関与は、以前から家庭裁判所の家事事件においてもあったが、参与員の人数が少ないことから部分的な関与となっていた。しかしながら、2004年4月の変革により、国民の司法参加という司法改革全体の流れに沿って、特に国民生活に密着した紛争である人事訴訟事件に参与員を関与できるようにし、国民の司法参加を実現させたものの一つでもある。参与員の役割は、裁判官への意見具申が可能なことであり、国民の声を少しでも人事訴訟事件に反映させることができるようにしたことである。

## 5 裁判所における人事訴訟事件の運用

先に挙げた事例において、家庭裁判所での人事訴訟事件の判決内容に不満を持った妻が控訴し、東京高等裁判所において再度の審理が行われたのである。そこで、今一度控訴事件の判決内容を見てみると、2017年1月26日の東京高等裁判所は、親権者を現に子どもを監護している母親とした理由について、次のように述べている。「子どもの利益の観点から見て、子どもに転居及び転校をさせて現在の監護養育環境を変更しなければならないような必要性があるとの事情は見当たらない。」と意見を付け加えている。この理由は、一見したところ、これまで親権者の決定に際しての基準の一つである「現状維持(継続性)の原則」を裏づけているように解釈できなくもない。しかしながら、この一連の判決内容には疑問が残るところがある。そこで、今一度事例を中心に見ていくことにする。

### 5-1 家庭裁判所における人事訴訟事件

事例における原審の家庭裁判所では、人事訴訟事件として取扱われている。だとすると、2004年4月からの一連の司法改革により、家庭裁判所調査官による事実の調査を踏まえた関与や参与員からの意見聴取も可能であったことが推測される。家庭裁判所調査官による調査では、心理学をはじめとする人間関係諸科学を駆使して、親権者の指定に際しては、子どもの心理的側面や発達状況、母子関係及び父子関係の利点や欠

点、更には保育所等の関係機関など、子どもを取り巻く環境や人間関係の事実関係が調査されている。また、調査結果は夫婦間においてどちらのほうか子どもの福祉にかなっているかを比較衡量して検討がなされたであろう。更には、参与員からの意見聴取も裁判官は出来ていた可能性はあり、実際なされていたこともあり得る。だが過去の判例に基づく7つの基準よりも「非監護親に対する寛容性の原則」をなぜ原審である家庭裁判所は重視したのか、また家庭裁判所調査官による調査を裁判官は採用したのか、これらの疑問に関する理由説明はなされていない。更には、参与員の意見具申があったか否かも分からない。そこで、一つ考えられることは次のような事である。そもそも人事訴訟事件は、2004年3月までは地方裁判所管轄であり、地方裁判所で取扱われてきた際には、審理構造は当事者主義的対審構造であった。それが2004年4月からは家庭裁判所管轄となったが、その審理構造がどのようなものであり、審理はどのように進められるのかが不明瞭である。家庭裁判所調査官による事実の調査や参与員の意見具申が取り入れられても、離婚は訴訟事件であることに違いは無い。一方、元来からの家庭裁判所固有の調停や審判事件としての取扱いの延長上での審理として位置づけられれば、未だ離婚は成立しておらず共同親権中で双方に権利があることから、子どもの利益や福祉の観点を重視し、その判断基準として比較衡量に基づいて最終的には裁判官の職権において父母のいずれかを親権者に指定するというプロセスが採用されよう。しかしながら、地方裁判所で扱われる人身保護事件のように、純粋な民事事件に準じるような審理プロセスが採用されていれば、子どもの利益や福祉は判断基準として二の次となってしまう、双方の親権という権利性の有無または優劣により判断を行う審理プロセスが主として採り入れられることになる。それゆえ、先に挙げた事例は、家庭裁判所において地方裁判所で用いられる当事者主義的対審構造の色相が強い審理形態が採り入れられ、双方の親権者としての判断基準として、当事者双方からの主張や証拠提出に基づく面会交流に関する事項のみによって判断されたものといえよう。

### 5-2 高等裁判所における人事訴訟事件

先に挙げた事例において、控訴審となった東京高等

裁判所は原審の判決に対して、次のような見解を示している。「どの程度の頻度で、どのような態様により相手方に子どもとの面会交流を認める意向を有しているかは、親権者を定めるに当たり総合的に考慮すべき事情の一つであるが、父母の離婚後に非監護親との面会交流だけで子どもの健全な成育や子どもの利益が確保されるわけではないから、父母の面会交流についての意向だけで親権者を定めることは相当ではなく、また父母の面会交流についての意向が他の諸事情と比べて、より重要性が高いとも言えない。」とした。すなわち、フレンドリー・ペアレント・ルールに基づく「非監護親に対する寛容性の原則」のみを親権者指定の最大要因とすることを、高等裁判所は否定したのである。そして「子どもは、母親の下で安定した生活をしており、健全で順調に成育し、母子関係に特段の問題はなく、通学している小学校での学校生活にも適応している。」とした。すなわち、この判断理由は過去の判例に基づく親権者を定めるための7つの基準の一つである「現状維持（継続性）の原則」を採用したのである。しかしながら、高等裁判所の判断は、決してフレンドリー・ペアレント・ルールに基づく「非監護親に対する寛容性の原則」を完全に否定したわけではなかった。親権者を定めるに当たり総合的に考慮すべき事情の一つとして「非監護親に対する寛容性」も配慮要因の一つと、親権者を指定するに際しては新たな基準として加えるべきかのような言及をしたのである。ただし、「非監護親に対する寛容性」だけを重視し、地方裁判所が行う民事訴訟事件のようにその内容の優劣のみを最大の理由として親権者を決めるものでもないとの判断を下したのである。すなわち、高等裁判所は父母間の諸事情や条件を比較衡量し、最終的に「現状維持（継続性）の原則」を採り入れて親権者を定めたのである。

### 5-3 高等裁判所で扱う2つの子どもに関する事件

2004年4月に人事訴訟事件の取扱い裁判所が家庭裁判所へ移管されて以後、今日においては、子どもの親権を巡る争いはほとんどが家庭裁判所で扱われることになった。しかしながら、事件取扱い件数は少ないが、子どもの親権を巡る争いが地方裁判所でも今なお取扱われている。すなわち、子どもの親権を争う場合、わが国の裁判所では事実上2つの取扱いが存在し

ている。子どもが一方の親から同意もなく連れ去られて不当な子どもの拘束という緊急性の高い事案との判断がなされた場合、地方裁判所における人身保護請求による「子の引渡し」請求という方法が採られる（人身保護法2条）。人身保護請求が認められるためには、①子どもが拘束されていること（拘束性）、②拘束が違法であり（違法性）、顕著であること（違法の顕著性）、③救済の目的を達成するために他の適切な方法がないこと（補充性）、④引渡し請求が子どもの意思に反して行われていないこと（子の意思の尊重）、以上4つの要件を満たしていることが必要となる（人身保護規則4条）。この人身保護請求による「子の引渡し」は、法の解釈変更と家庭裁判所においても迅速に事件処理ができる体制が整ったことから減少傾向にはあるが無くなっていない。

前述したように、家庭裁判所と地方裁判所では、裁判自体の審理構造が基本的に異なることから、子どもの引渡しや親権者についての考え方も異なってしまう。家庭裁判所における家事事件としての取扱いの元での調停や審判事件においては、職権主義的審問構造を採用していること、また人事訴訟事件として取扱いをされる場合であっても、これまで見てきたように、家庭裁判所調査官の事実の調査や参与員の関与等を背景として、子どもの利益や福祉の観点を重視し、その判断基準として比較衡量に基づき、最終的には裁判官の職権において父母のいずれかを親権者として指定するというプロセスが採用される。一方、人身保護事件として地方裁判所において取扱われる場合には、家庭裁判所調査官はもとより参与員も存在しない。あくまでも双方の親権または監護権という権利性の有無や優劣により判断を行う場となる。このように、子どもの引渡しといえども根本的には同じ内容といえる子どもの親権や監護権の争いにおいて、家庭裁判所と地方裁判所という2つのルートが存在しているのがわが国の司法の特徴である。

注目すべきことは、控訴裁判所として位置する高等裁判所である。控訴裁判所は、家庭裁判所や地方裁判所といった事件種別による区別はなく、全国に8箇所位置する高等裁判所は2種類の下級裁判所の事件を扱う。子どもを対象とした親権や監護権を巡る事件は、大半は家庭裁判所で扱うものの人身保護事件のように地方裁判所でも取扱いがなされるが、控訴された場合

には同じ高等裁判所で扱うことになる。この司法システムが、結果的に親権や監護権を巡る事件においてその問題性を複雑にしているともいえよう。すなわち、家庭裁判所においては、職権的にその独自性を発揮して親権者を定めるに際して子どもの利益や福祉を重視する傾向にある。同時に、家庭裁判所調査官が当事者双方の事実の調査を行うことが可能となっている。一方、地方裁判所においては、職権での当事者双方の問題をはじめ子どもの現状を含めた利益や福祉の精査は行われず、親権や監護権という権利性のみが審理の対象となる。この差異について、個々の裁判官をはじめ弁護士等の法曹資格者はどのように受け止めているのかその真意の程は分からない。しかしながら、控訴審である高等裁判所においては、事実誤認や不明瞭な点がない限り家庭裁判所調査官による事実の調査が行われることはない。そのため、家庭裁判所から控訴された事件については、原審である家庭裁判所で実施された家庭裁判所調査官による調査に基づいて作成された調査報告書に記載された内容と原審で下された判決しか審理対象となる資料は存在しない。原審において家庭裁判所調査官が作成した調査報告書の記載内容に明らかな問題点が無ければ、原審を覆すような判決は出にくい。このことについて、一部の法曹関係者が家庭裁判所調査官の行う事実の調査に関して、懐疑的な思いを持つ原因の一つとなっているのではなかろうか。服部<sup>12)</sup>は「裁判所の所属機関だからといって法曹資格者でもない調査官ないし調査官補の調査が無条件に信用できるというのは妥当ではない。」との見解を示している。また、家庭裁判所における人事訴訟事件と地方裁判所の人身保護請求事件を比較して「充実した国選弁護士の調査が、人身保護請求事件では期待できるという点がフェアな点で、結論ありきの家庭裁判所調査官の調査とは異なる。」とも言及している。家庭裁判所調査官に関する正しい認識とは思えないが、少なくとも弁護士の中には家庭裁判所調査官の存在はもとより人事訴訟事件における事実の調査への信頼感が持てない者が存在することは間違いが無い。また、人事訴訟事件における家庭裁判所調査官が行う事実の調査について、次のような見解もある。裁判官である青木<sup>13)</sup>は、家庭裁判所における人事訴訟事件における事実の調査について、訴訟手続の中で審理され判決により判断されるものであるから、当然に事実の調査によ

るというのではなく、基本的には、当事者の主張・立証によるべきであって、事実の調査はいわば補充的な位置づけであることを十分に踏まえる必要があるとしている。更に、青木<sup>13)</sup>は人事訴訟事件においては、裁判官が家庭裁判所調査官に調査を発令するに際しては、調査命令もできるだけ調査事項を特定した限定的なものにする必要があると主張する。人事訴訟規則(20条2項)は、家庭裁判所調査官による調査をさせるには、事実の調査を要する事項を特定しなければならないと規定していることをその根拠として挙げている。

しかし、このように調査対象が限定されると、子どもの将来的な福祉や利益といった数量的には扱えず曖昧で把握し難い内容は調査事項の対象とはなりにくくなり、当事者双方である夫婦の権利性の比較が調査の対象となってしまわざるを得ない。その結果、家庭裁判所で扱われる人事訴訟事件は、どうしても従前からある民事事件を基盤として審理が行われてしまうといえよう。

控訴事件として再び審理をする高等裁判所は、どのような姿勢で臨むのであろうか。一部の弁護士<sup>12)</sup>ではあるが家庭裁判所調査官による事実の調査への懐疑的な見解、更には人間諸科学に基づいた調査ではなく限定的な事実の調査のみによる調査報告書の活用しかできないこと等を考慮すると、高等裁判所としては苦渋の選択を迫られることになる。すなわち、家庭裁判所から控訴された事件に関して、高等裁判所としての独自性を発揮しようとすれば、新たな視点での審理を行う目的で争点を改めて見直す裁判官も出てくる。そこで、地方裁判所で取扱う訴訟事件としての取り扱いとなり、親権や監護権といった特殊な権利であっても、事物と同様の権利と見なして権利性判断への関心だけが争点となり、判決に至ってしまうことになる。一方、地方裁判所から人身保護事件として「子の引渡し」事件が控訴された場合には、そもそも家庭裁判所調査官が作成したような調査報告書はない。よって、高等裁判所の裁判官は、基本的には地方裁判所で行われた審理プロセスと同じ方法を採用するようになり、審理構造自体も当事者主義的対審構造になる。この時点で、対審構造の基本原則である双方の親権または監護権という権利性がより重視され、これに対して子どもの利益や福祉という将来の可能性に関わる観点ほど

うしても不明瞭な点が多く劣位に置かれてしまうのである。

先に紹介した事例の問題とは異なるが、高等裁判所においては控訴されてくる事件経路が2つ存在することから、原審がどちらかによって審議の視点が違ってくこと、また高等裁判所が独自の審議を行う場合にはどちらの視点に立つのかは分からない。

## 6 人事訴訟事件における調査のあり方

### 6-1 家庭裁判所調査官による調査

家庭裁判所での人事訴訟事件における家庭裁判所調査官が行う限定的な調査は、1949年に家庭裁判所調査官が誕生した時に目指したものとは根本的な部分においてその内容や性質が異なっている。家庭裁判所調査官研修所（現：裁判所職員総合研修所）<sup>14)</sup>は、家庭裁判所と地方裁判所とは、その有する機能において差異があり、この差異が裁判所の人的構成及び処理手続の違いに反映している。地方裁判所においては、私人間の権利義務関係の存否の確定や私人の行為に対する刑罰法令の適用が主たる機能であるが、家庭裁判所においては、身分関係や身分法上の権利義務関係の創設、形成が主たる機能であり、ここでは人間関係的な問題や関係人の資質ないし行動上の問題等を総合的に考慮して適正妥当と思われる解決策を裁量的に選択するという特色がある。また、家庭裁判所調査官が求められている機能は、①審判、調停のための資料収集、②審判、調停への円滑な導入と審判、調停の円滑な運営への協力、③当事者、少年に対する援助的、教育的働きかけ、以上の3点である。ところが2004年4月に実施された人事訴訟事件の家庭裁判所への移管により、家庭裁判所調査官に求められる機能が新たに増えることになった。家庭裁判所調査官には、心理学や社会福祉学といった人間関係諸科学の専門的知識と技法に基づく事実の調査が求められているのであり、ある特定の分野に限られた権利関係のみに関する優劣関係の判断を求められる職務ではこれまでなかった。確かに、家庭裁判所調査官の家事事件における調査には、包括調査と部分調査があり、部分調査においては特定の対象のみを調査することはこれまでもあった。しかしながら、特定分野の調査のみでの権利関係に基づ

いた優劣関係の最終判断を求められるとなると、家庭裁判所調査官は経験したことは無い。人事訴訟事件における調査対象は、親権者指定に関するもののみとされており、争点整理手続きにおいては出来るだけ争点を絞ること、また資料等を十分に当事者双方から提出させて調査事項が特定された効率的な調査が出来るよう努めることが、人事訴訟規則第20条に定められている。調査事項として、裁判官である青木<sup>13)</sup>は、①子の監護の現状が未成年の子の福祉に沿うものであるかどうか、②子の意向の把握、③親権者の適格性、の3つが限定的に考えられるとしている。そこで、この調査事項自体が家庭裁判所調査官の調査でどこまで解明できるかが焦点ともなる。②は子どもがその調査対象となるが、①及び③については当事者双方がその調査対象となる。「子の監護の現状と福祉」という実態の見えにくいものをどのように明らかにしていくのか。また、「親権者の適格性」とは何を比較すれば分かるのかは、結果的には個々の家庭裁判所調査官の裁量と価値観の範囲での判断となってしまう。だとすると、家庭裁判所調査官が異なれば、比較する物差しは変わってしまい客観性は担保できなくなる。更には、先に挙げた事例では、離婚後の面会交流を重視しての原審での判決であったが、想定されている調査事項ではどの程度その可能性と一方当事者への配慮の度合いが判断出来たのかは不明である。実際のところ、当事者双方が裁判所に提出した意見書のみがその根拠として採用されており真意は分からないと言わざるを得ない。

### 6-2 事実の調査に求められる科学性

指摘してきた問題点を解決する方策は容易には見つからない。ただ、家庭裁判所調査官が行う事実の調査結果が人事訴訟事件においても確立された地位を得ることが必要となる。そのためには、調査結果が客観性の高いものとならねばならない。人事訴訟事件における調査は、家庭裁判所調査官が有する人間関係諸科学を背景とした調査や面接の手法、技術を大切にしながら、その延長上に客観性に基づく指標が得られるような新たな調査が求められよう。家庭裁判所調査官である石井<sup>15)</sup>は、事実の調査は、当事者の協力が無ければ成り立たないことを指摘している。臨床心理学が大切にしてきた個別性や独自性のみで執着してしまうと、家庭裁判所調査官が行う事実の調査は、結果的に一部

の弁護士に見られるような手厳しい評価となってしまう危険が高まる。この不信感情を拭い去るには、当事者双方を同じ物差しの上で比較できるような工夫を調査内容に盛り込む必要がある。その対応方法の一つとして、例えば Gehrig, T. M.<sup>16)</sup>がアメリカ合衆国の裁判所において、子どもの監護者（日本の親権者に相当）は父母のどちらが適当かを定める依頼を裁判所から受けて、Gehring, T. M. & Wyler, I. L.<sup>17)</sup>が作成した Family System Test（以下、FAST と称する。）を用いて監護者として相応しい人物を定めている。わが国でも高等裁判所の鑑定人となった相谷<sup>18)</sup>が、同様に FAST を用いて子どもの親権者の指定に新たな試みを報告している。FAST と基本的には同じ理論背景で亀口・浦部<sup>19)</sup>が作成した Family Image Technique（以下、FIT と称する。）がわが国独自の心理テスト器具として存在するが、いずれも心理学の分野としては比較的新しい家族心理学の研究結果として考案されたものである。FAST や FIT は数量的観点を理論背景に持つ家族システム理論に基づいており、家族全体の関係性をはじめ家族内の母子関係や父子関係といった二者間の関係性をも数量的に精査することが可能である。その方法は、家族を構成する2つの要素である親密さ及び階層性という概念を、計量心理学を用いて捉えていることから、対比する2つの関係性の比較を数量的に行うことが出来るようにした。また、これらの新たな心理テスト器具は、投影法の理論に基づいていることから、被験者となる者は恣意的に反応を作り出すことは出来にくい、反応歪曲の問題も回避できる。ところで、これまでの家庭裁判所調査官の行ってきた調査は、伝統的な臨床心理学を基礎とした面接法や心理テストを用いたものが主流であり、比較すべき2つの事象を数量的に比べることはほとんど出来ない。この点においても、子どもの親権者として父母のどちらが相応しいかといった優劣性を決める手段としては不十分である。重要なことは、家庭裁判所調査官に求められる調査は、ある特別な訓練を受けたものや独特の知識を有さない者にはその調査結果が理解できないとか、説明を聞いても今一つよく分からないようなものは、優劣関係を求められる人事訴訟事件ではあまり役立つことは無いということである。調査の結果に基づいて親権者を決めるのは、最終的には裁判官である。調査結果を弁護士はもとより当事者も理解でき、その

内容に納得を求めることは困難であっても、少なくとも論理構成や理由の説明において分かるというものなくてはならない。この観点においては、これまでの臨床心理学に基づく長年の経験や知識が無いと分からないような調査結果の内容では、裁判官をはじめ当事者や弁護士には理解は出来ない。そこで、裁判官は自らの有する法的知識と経験則に基づいた親しみのある従来から地方裁判所での民事事件に立脚した審理体系、すなわち利害や権利が対立する当事者間における法的な紛争として、親権者の指定に関する審理を行うことが容易だと考えるだろう。そして、事実関係を最も熟知している当事者が証拠の発見及び提出を主導することが効率的であるとの考え方に立つ。このことは、同じ法曹資格を有する弁護士もその判決内容が理解しやすいし、同時に法曹資格者間での合意も得やすい。しかしながら、子どもの親権者の指定とは親子関係で無い他人同士の問題を対象とする民事事件のように権利関係のみで判断できるのであろうか。親密かつ特別な人間関係の上に成立する親権という何物にも替え難い権利は特殊なものである。この観点から、家庭裁判所調査官が行う調査が調査技術や技法の創意工夫はいうまでも無く、科学性のある調査、例えば自然科学に近いような比較検討が可能な手法を一日も早く見出し取り入れることが望まれる。科学性のある調査が行われることによって、家庭裁判所における人事訴訟事件の新たな展開が始まるものともいえよう。

最後に、ここで紹介した事例は子どもの父親である夫が上告したが、2017年7月12日に最高裁判所<sup>20)</sup>が上告審として受理しない決定を下した。その結果、二審である東京高等裁判所の判決が確定し、最終判断として母親を親権者とする結論付けたことを付記しておく。

#### 【引用文献】

- 1) 最高裁判所「家事事件・調停事件の事件別新受件数」、2017年、平成29年度司法統計
- 2) 野田愛子「子の監護に関する処分の基準について」『家族法実務研究』、判例タイムズ社、1988年、183-203頁
- 3) 清水節「親権者の指定・変更の手続とその基準」『判例タイ

- ムズ』、2002年、1100、155-157頁
- 4) 大島俊之「親権者指定の判断基準」『経済研究』、大阪府立大学経済学部、1986年、31(3)、202-230頁
  - 5) Spitz, R. Hospitalism-An Inquiry Into the Genesis of Psychiatric Conditions in Early Childhood. *Psychoanalytic Study of the Child*. 1, 53-74
  - 6) Klaus, M. H. & Kennel, J. H. Parent-infant Bonding. C. V. Mosby. 竹内徹・柏木哲夫・横尾京子訳 1985 親と子のきずな 医学書院
  - 7) 東京高等裁判所「判例－平成29年1月26日判決」『判例時報』、判例時報社、2017年、2325、72-76頁
  - 8) National Legal Research group, Inc. "Parents' ability and willingness to cooperate. "The friendly parent doctrine" as a most important factor in recent child custody cases." *Divorce Research Center*, 1998, 1-12.
  - 9) 東京高等裁判所「判例－平成15年1月20日判決」『家庭裁判月報』、最高裁判所事務総局家庭局、2003年、56、4、127-149頁
  - 10) 東京家庭裁判所八王子支部「判例－平成21年1月22日審判」『家庭裁判月報』、最高裁判所事務総局家庭局、2009年、61、11、87-89頁
  - 11) 野田愛子「家庭裁判所の機能について－その現状を中心にして－」『法社会学』、1961年、12、105-117頁
  - 12) 服部勇人「親権に関するお悩み」名古屋の離婚弁護士－名古屋駅ヒラソル法律事務所、<https://rikonweb.com/shinken/hikiwatashi/2766>、(参照2018-9-5)
  - 13) 青木晋「人事訴訟事件における家庭裁判所調査官による事実の調査の実情について」青木晋編『人事訴訟の審理の実情』、判例タイムズ社、2018年、68-73頁
  - 14) 家庭裁判所調査官研修所「家庭裁判所調査官の制度」家庭裁判所調査官研修所編『家庭事件調査実務入門－改訂版－』、最高裁判所、1986年、2-14頁
  - 15) 石井葉子「家事事件及び人事訴訟事件における家庭裁判所調査官の調査」『ジュリスト（臨時増刊）』、2003年、1259、135-140頁
  - 16) Gehrig, T. M. "Begutachtung von Scheidungskindern als systemischer Problemlösungsprozesse.", *Bulletin der Schweizer Psychologen.*, 1990, 11, 7-10.
  - 17) Gehring, T. M. & Wyler, I. L. "Family System Test (FAST). A three-dimensional approach to investigate family relationships.", *Child Psychiatry and Human Development.*, 1980, 16. 235-248.
  - 18) 相谷登「親権者指定における新たな試み」『人間環境学研究』、2015年、13(1)、77-86頁
  - 19) 亀口憲治・浦部雅美「問題を抱えた子どもの家族イメージにおける特異性」『日本家族心理学会第7回発表論文集』、1990年、31.
  - 20) 最高裁判所「判例－平成29年7月12日決定」2017年、LEX/DB 文獻番号 25547054 離婚請求事件 平成29年(受)第810号