

レポート課題

2005年春学期火曜日1限基礎演習

担当：小川 富之教授

テーマ「離婚裁判における子供の親権問題」

法学部法律学科2年 04J1\*\*

\*\* \*\*

## 基礎演習

### テーマ

# 「離婚裁判においての子供の親権問題」

2005年春学期 火1

担当：小川富之教授

法学部法律学科2年

04J1\*\* \*\* \*

### このテーマにした理由

子供の親権問題を取り上げたドラマを見たとき、「何故両親の離婚において、子供の意思が尊重されないんだろう？」と疑問を抱き、法律上子供の意思をどこまで尊重できるのかどうか知りたくなりました。確かに、両親の離婚は子供が願っていることでは決してなく、大人の勝手な行動であってそれによって子供の意思が無視されるのはよくないことだと思います。しかし裁判全てで子供の意思を尊重していくのは、やはり難しい事なのではないかとも私は思います。そこで私は、離婚裁判での子供の意思はどのような基準で判決に加味されるのか調べようと思います。

他にも、知っているようで意外と知られていない親権についての諸問題をいくつか取り上げて調べていくつもりです。

基礎演習

## テーマ「離婚裁判における子供の親権問題」

2005年春学期・火1  
担当：小川富之教授  
法学部法律学科2年  
04J1\*\* \*\*\*\*

### 章立て

#### 第一章 はじめに

私がこのテーマにした理由と最近の親権問題の傾向

#### 第二章 親権問題において発生するさまざまな権利の問題

親権とは  
親権問題に関わってくる「面接交渉権」や「監護権」などについて

#### 第三章 親権争いにおける一般的な考え

親権争いの際に、一般的に考えられている事柄について

#### 第四章 親と子それぞれの意思

父親・母親それぞれの考えや思い  
離婚裁判における子供の意思の尊重

#### 第五章 おわりに

基礎演習 ・ 2005年春学期火曜日1限

担当：小川富之

概要報告 7月12日

## テーマ「離婚裁判における子供の親権問題」

法学部法律学科2年

04J1\*\* \*\*\*\*

### 第一章 はじめに

#### 第一節 親権問題の現状

最近、離婚についてのさまざまな問題をドラマやテレビ番組で目にする。私が見たテレビドラマで取り上げていた子供の親権問題について調べることにした。

#### 第二節 最近の親権問題の傾向

婚姻件数と離婚届出数を比較すると1950年の離婚届出数は婚姻件数の9分の1で約1割程度であったのが、現在では3分の1弱までになり「家長」意識の強い時代からの革命的な変化が起きている。さらに離婚夫婦の親権争いが激化しており、また少子化の関係から祖父母も親権争いに参戦している時代になっているのが現状である。

### 第二章 親権問題において発生するさまざまな権利の問題

#### 第一節 親権の意義

民法818条、同条3項、819条5項の親権についての事柄を民法規定から見る。親権とは、未成年の子の監護・教育及び財産の管理の事で、そして親権は大きく身上監護権と財産管理権の二つに分かれる。

#### 第二節 親権の内容

身上監護権とは、子の監護・教育をする権利義務の事だ。また、身上監護権の中にある居所指定権とは、民法821条に規定があるように子は親権を行う者が指定した場所にその居所を定めなければならないとする権利である。

懲戒権とは、民法822条規定、子のしつけのための強度な手段を内容とする権利である。財産管理権とは、民法824条規定、一定の目的にそって財産を保管処理する権利の事である。

#### 第三節 面接権（面接交渉権）

面接権とは、非親権者が子供と面会したり、一時的に共に過ごしたりする権利で、親権者または監護者になれなかった片親がこの権利を主張することが出来る。権利といっても、民法には規定がない。

### 第三章 親権紛争の基準

親権者にならなくても監護者になることが可能である。親権は監護権と財産管理権の二つで成り立っているが、監護権は親権から切り離すことができるので親権者にならずとも、監護者になることができる。また、親権を争った時に特別な理由がない限り、母親のもとに行くのが一般的であると考えられる。

### 第四章 親権をめぐる親子の意思

#### 第一節 父母（父親及び母親）

統計から考え非親権者の多い父親。その父親の立場からすると、面接交渉権が認められていても子供に会えないケースが多い。一方母親の立場で考えると、やむを得ず子供と離れ離れになった母親が親権を取れず泣き寝入りをしてしまうケースもある。

#### 第二節 子供

親権者決定の判断基準は子の利益・福祉を最優先している。また、子供の年齢・性別・子供の意思といった子供の現状を重視する傾向が強いとされる。子供の意思はいったいどこまで尊重されるのか、判例を使って考えていく。

### 第五章 おわりに

今後、子供の意思の判断基準が置かれた立場について今一度考えて行かなければならない。そして非親権者の、子供に会える機会が増えるように「面接交渉権の法制化」「元夫婦における共同親権制・監護制の導入を取り入れるべきだ。

# 第一章 はじめに

## 第一節 親権問題の現状

最近、離婚についてのさまざまな問題をテレビドラマや番組で目にする。私達がテレビを通して、また身近で離婚の話をよく目にするようになったのも離婚率が高くなり、それに伴い損害賠償や親権争いなどの問題が多くなってきているという背景がある。

大学に入る前、離婚をした際の子供の親権問題を取り上げているテレビドラマを見た。そのドラマでは親権変更の訴訟の内容だったが、私はこのドラマの内容の子供の親権問題に非常に興味を持った。そのドラマの法廷では、母親と暮らしたいという子供の意見が全面的に尊重された。たしかに離婚は子供の意思で両親がすることではなく、大人の勝手な行動であり、それによって子供の意思が尊重されないのは子供の自由をも制限しているという見方をしてもおかしくないかもしれない。しかし、実際はどのようなだろう？子の年齢や親の経済面・生活環境を考えると、全て子供の意思を尊重するというのにも問題があるように思う。そこで私は、実際の法廷での子供の意思はどういう基準で判決に加味されているのか調べようと思い、このテーマにした。

その他に、親権についても詳しく調べようと思う。

## 第二節 最近の親権問題の傾向

### 50年間の離婚の現状変化

日本の約50年間の婚姻件数・離婚届出数を見てみると、婚姻件数は5年毎の推移で、年間約70万から80万件だ。1970年に100万件を超えたが、それ以降2002年までずっと70万件台が続いている。それに比べて離婚届出数を見ると、1950年次の離婚届出数は婚姻件数の9分の1だ。1950年から20年間はほとんど変わりは無いが1975年次からは桁が増え、その数は毎年増え続けており、50年前は9分の1の比率だったのが今では3分の1弱まで増加している。これは、昔「家」制度の根強い時代だったということに大きく影響しているのではないかと思う。昔は、理由はどうであれ離縁をするという事は恥ずかしい事だとされてきた。また核家族ではない家が多く、周りの家への世間体というものもあったのだろう。

しかし最近になって、離縁=恥ずかしいものという概念を持つ人も減ってきた。逆に、普通じゃ考えられないような事でも離婚の原因とし、離縁する夫婦も増えてきているのが現状だ。離婚が多くなると、当然さまざまな事を決めなければならなくなる。

そこで気になるのは、子供の存在である。ほとんどの離婚する夫婦の間に子供がいるだろう。離婚届けには、親権者を記入する欄がある。未成年の子がいる場合、親権を両親のどちらが取るのかを決めなければならない。決める際、最近の時代背景に合わせてある傾向が生まれてきている。

## 親権問題の最近の傾向

子供はどちらが引き取るか、離婚夫婦の親権争いが最近ますます激化している。「家長意識」が残っていた1950年代は、妻は専業主婦が多く、収入を得ていたのは父親だけという家族が圧倒的な数を占めており、離婚をして親権を決める際、経済的な面でも父親が親権を持ったほうが良いと考えられていた傾向があった。

しかし1966年に逆転し、母親に親権が行くようになっていった。その背景として考えられるのは、女性の社会進出にあると思う。女性の専業主婦が多かった時代は離婚した際、仕事をしていない女性にどうやって子供を育てていくのかという事が問題となり、結局収入のある父親に親権が行くという形が多かったのだろう。しかし社会が発展していくと共に女性の職場への進出が目立つようになり、女性が積極的に収入を得る時代になったのである。よって経済的にも潤い、尚且つ子供の年齢などによって母親と暮らす方が良いと考えられる時代になったのであろう。今では、約8割が母親の側に親権がいつている。

また、最近では夫側が子供の親権を取りたいと主張するケースが増えている。そしてその背景として、共働きが増え父親が子育てに積極的に関わるようになり、離婚したら自分は養育費を払って母親が育てるものだという男性側の意識に変化が出てきているのではないかと、ある離婚カウンセラーは分析している。また少子化で祖父母同士が孫を奪い合う例も増え、「親が孫と会えなくなると可哀想だから」と考える父親もいるようだ。一人っ子だったりすると特に祖父母は孫を溺愛するものだと思うし、現に離婚した父母の間でも子に面接できないと言ってさらに裁判に持ち込まれるケースもあるのが現状だ。特に核家族の家庭の、離婚した父母の親である祖父母達には子供に会える機会というのも少ないであろう。それゆえ、祖父母介入は必然的に起こることなのではないだろうか。今は親権問題は子供と子供の両親だけの問題ではなく、祖父母も参戦する時代になっているのが現状である。

## 第二章 親権問題において発生するさまざまな権利の問題

‘親権’という言葉はテレビや新聞などで何度となく目にしたことがある言葉である。しかし具体的内容は、と聞かれたら抽象的にしか認識していないのが一般的ではないだろうか？そこで、この第二章では親権の内容とその他、親権と関わりのある権利について書いていこうと思う。

### 第一節 親権の意義

民法規定から

民法八一八条（親権者）「成年に達しない子は、父母の親権に服する。」と規定されているように、親権は親権者と子との間で成立する法律関係である。親子間の法律関係として、遺産相続や扶養などの問題がある。親の未成年の子供に対する扶養義務、特に親権を義務の面から考えた場合もっとも重要な問題だとされている。

また、民法八一八条三項ではこう規定されている。

「親権は、父母の婚姻中は父母が共同して行う。ただし、父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が行う。」とある。

但し書き以降の事を単独親権という。単独親権は次の場合である。

- 1．父母の一方が重病・長期不在・成年被後見・生死不明などで親権を行えない
- 2．一方の死亡
- 3．父母の離婚
- 4．子が生まれる前に離婚している場合、母が親権を行使
- 5．非嫡出子は母親が親権者

（但し、4・5は子がうまれてから、また子の認知後父親を親権者とすることも可能である。）

3・4・5の場合は父母の話し合いが可能であるため父母の相談のもと決定とされるが、仮に決定や相談が出来ない場合は請求により、家庭裁判所が協議・裁判などを行い、決定する。（民法八一九条五項参照）

## 親権

親権とは、未成年の子の監護・教育及び財産の管理の事である。そして大きく二つに分かれる。

- ・身上監護権・・・子供の世話や教育をし、成人させる権利と義務。
- ・財産管理権・・・子の有する財産の管理と一定の処分を行う権利と義務。

子が成人して自分自身で管理できるようになるまで子供の財産を保護するために、親に与えられた責任を果たすための権利の事。

親は子を守り、健全な社会人に育てる義務を当然に負う立場にある。よって、親権にある身上監護権や財産管理権は親が当然に負う権利義務なのである。上記の二つの権利には、さらに細かい権利が含まれている。

## 第二節 親権の内容

### 身上監護権

第一節にもあるが、身上監護権は親権の中に含まれている権利で、子の監護・教育の権利義務である。（八二〇条参照）学説の定説によると、監護は主として肉体的成長を、教育は主として精神的成長をはかるものと観念が区別され考えられている。しかし、佐藤隆夫氏はこう述べている。実際のケースではこの区別は理論どおりではとうていありえない。たとえば、大学教育を受けるような子の年齢などからして監護は問題となりえない。また、逆に子が幼児の場合は、教育があまり表面化しないことが考えられるので

区別するのはおかしいと言っている。

たしかに大学に入学する時は未成年者であっても親の監督下に置き、権利を有しているとは考えにくいかもしれない。子が幼児である時、教育面において権利義務を負っているという認識は薄いのではないかと考える。身上監護権の基準も簡単な問題では決しないようだ。

結局、監護教育とは、子を一人前の社会人に育成することである。そして、最近の学説では、監護と教育は相関連するところもあるが一応別個の権利とみる考え方と、身上監護全般にわたるものとみて監護教育に関わるその他の権利全てが包含されるものとみる考え方とに分かれている。

### 身上監護権に含まれる権利

身上監護権の中には、居所指定権や懲戒権がある。

居所指定権とは、子は親権を行う者が指定した場所にその居所を定めなければならないとする権利である。(民法八二一条参照) そう定めるのは、子がどこにいるか把握できなかったり、勝手に同姓などをした場合、親の監護教育が不可能になってしまうためそれを防ぐために民法で定めてあるのだ。居所指定は、当然子に意思能力がある場合にだけ意味がある。子が従わないときに、直接または間接的に強制することは認めがたいことである。しかもこの居所指定権の法的な意義はきわめて曖昧である。

また共同親権者の指定であるので、子に対する指定の前に、父母の意見の一致が必要であるが、どうしても一致しない場合は、子の意思も含め、家庭裁判所の親子関係の調整とする以外はないと考えられる。

次に懲戒権は、「親権を行う者は、必要な範囲内で自らその子を懲戒し、または家庭裁判所の許可を得て、これを懲戒場に入れることができる。」と民法八二二条に規定がある。

懲戒権とは、子のしつけのための強度な手段を内容とする権利である。しつけの最終手段として子を叱責したり、物理的な力(叩いたりする)を子に加えることが許されている。しかし、どのような腕力を加えようと親権者の勝手というわけではなく、度を越えた手段に出れば親権の濫用となって親権の喪失にもなりかねず、また刑法上罪に問われることにもなるかもしれない。

上記の民法規定で、「懲戒場」という言葉がある。

懲戒場とは、児童福祉法による教護院や少年法院による少年院などの事。親権者の懲戒権では手に負えないほど子に不良性がある場合には、家庭裁判所の許可を受けて懲戒場と言われる施設へ入れることができると民法規定がある。

### 財産管理権

また、財産管理権について民法八二四条はこう規定する。「親権を行う者は、子の財産を管理し、かつその財産に関する法律行為についてその子を代表する」。

ここでいう、財産管理は一定の目的にそって財産を保管処理することである。財産の保管処理には「処分」が含まれる。また財産管理権の中には、代理権や同意権などがある。

### 第三節 面接権（面接交渉権）

離婚をするときに親権者と監護者を決めて終わり、というわけではない。親権争いで親権を取れなかった片親は面接権を主張する。その面接権とは何か。面接権とは、親権者または監護者にならなかった片親が、子供と面会したり、一時的に共に過ごしたりする権利を主張することである。権利と聞くと、あたかも法律規定としてあるように思うが、実は民法にはその規定がない。しかし、親子の立場からすれば重大な問題であるので、法律に規定がないのにも疑問が残るところである。面接権の主張をする人々の考え方としては、親権者・監護者になれなかった親は、陰ながら子の成長を見守るという考えではなくなってきたのだ。面接権は離婚と密接というよりは、親子関係と密接になるので、いくら親権・監護権を取れなかったからと言って、子と全く会えなくなるのは親権者（または監護者）とそうでない親との間で平等ではなくなってしまうので、子と会える権利を持つことは当然の権利であると考ええる。

面接権の権利はどう根拠づけられているのか。主に4つの種類が存在する。

親子関係から当然に認められている自然的権利とする。

親に与えられた自然権であるとともに、その具体的内容は監護に関連する権利であること。

面接交渉権は監護について必要な事項と説くこと。

親権の一権能とみ、親権者になれなかった親でも監護教育と財産管理を停止させられただけで、親権帰属自体は失われまいとする。

よって、にもあるように親権・監護権を行使しない父母の一方もなお親権を持ち、必要に応じて監護権の一部として面接権を一部行使できるとする。

しかし仮に面接交渉を認められて面接交渉を行った結果、子供が情緒不安定になるなどの悪影響が出た場合は、認められなくなる場合もある。面接権はあくまでも、子供の福祉や利益を最優先とする。よって、親の権利というより子の持つ権利というように考えるべきである。

## 第三章 親権紛争の基準

離婚の手続きに際し、離婚届けを役所に提出するのだが、その離婚届けには親権者を記入する欄がある。その記入がなければ離婚は認められない。離婚時に話し合って親権を決める場合を協議というのだが、その協議で親権者を父母のどちらにするか話し合いが成立しないときは、家庭裁判所へ調停又は審判の申立をする。調停の席でも親権の帰属が成立しないときはすぐに家事審判手続きに移行し、家庭裁判所が親権者を決める。しかし、一般的には離婚と親権者争いは分けることなく一緒に調停の申立をする。調停

不調（調停でも決まらない場合）の時は地方裁判所の民事訴訟手続きにより、判決を求める場合が多い。

子供を引き取る為の方法は親権者になることであるが、親権者にならなくても子供を引き取る方法がある。それは、監護者の権利を有する事である。親権は監護権と財産管理権から成り立っているが、子を手元において育て、監護教育をする監護権は親権から切り離す事ができる。親権を取るのが難しい立場にある場合は親権という名を捨てて、監護権をとるという方法もある。

もし親権も監護権もとれなかったとしたら子供と会えなくなるのでは、と心配する親もいるが子供を訪問・面会したり、電話や手紙などで連絡を取り合うために「面接交渉権」という権利もある。（詳細は第二章参照）

子供の氏については、基本的に父親の籍に残ることになる。だが、妻の籍に入れることも可能である。しかし、親権者と監護者が違う場合に子供が監護者と共に生活をしていても子供の姓を決める権利は親権者にあるので、たとえば父親が親権者で母親が監護者としたときに、母親が子の氏を変えたいと思っても親権者である父親の同意がないと変更はできない。監護権はあくまでも子を監護・教育する権利だという事である。

次に離婚において親権を争った時に父母のどちらがより有利な立場におかれるかについて調べた。厚生労働省の調べによると、親権者の男女別の人数は男性が336人、女性が1549人で女性親権者は男性親権者の約5倍の数。これは必然的な数だと私は考える。というのも基本的に未成年、特に10歳未満の子供の場合は母親が親権になるというケースが多いからだ。よっぽどの特別な理由がない限り母親のもとに行くのが一般的であると考えられている。しかし、300人あまりの男性親権者がいるということは、少なからず10歳以上になった子供の意思で決定された数なのかもしれないと思う。この親権争いにおける子供の意思はいったいどういうものなのか？また、親権を裁判で争った時の子供の意思はどういう判断基準となっているのかは第4章で述べることにする。

## 第四章 親権をめぐる親子の意思

先にも述べたように、離婚において親権についての問題が一番難しい問題だと考えられている。ここでは、その当事者である父親・母親・子供の意思、考えについて書いていく。

## 第一節 父母

すでに第一章でも述べているが、最近の傾向としては親権争いが激化している。そもそも親権争いが激化するのは何故か？何故そこまで親権にこだわるのか？

それは、共同親権が認められていない事（日本では単独親権）や、親権のない親（監護権を持たない親）が子供に会うのが、実際には非常に難しい事が多いからである。離婚しても子供と会えるようにするには面接交渉権を申し、それが認められれば会うことが出来る。しかし、面接交渉権というのは民法の条文にないため、いくら調停や裁判で子供と会える機会を得ても、強制的に執行することは難しい。旧厚生省の調査では、離婚で母親側に渡った子供と「まったくあるいは、ほとんど会っていない」という父親は合わせて7割弱にのぼる。面接交渉権はむしろ権利というよりはルールのようなものに近いとも思える。親権を持つ親はルールに従わなくても、罰則は受けないという概念も少なからずあるのかもしれない。

さらに、親権者が親権を持たない片親と子供が接触するのを拒否した場合、家庭裁判所に面接交渉の調停（裁判でもありうる）を申し立てて仮に認められても、やはり強制的にはできない場合が多い。

親権者の人数を見てみると、圧倒的に女性親権者が多いという事はすでに前述でわかっているが、女性親権者が多いということは比率で考えると父親の方が子供と会うのを制限されているのが多いことが分かる。しかし、父親だって子供からすれば、たとえ離れて暮らしていても父親。親権者じゃなくても同等の権利は与えるべきだと私は考える。

育児などを積極的に行ってきた男性が何らかの原因で離婚することになり、子供の親権について申し立てたケースでも子供がまだちゃんとした意思を持てる年齢でない上に母親と暮らす方がいいとされて親権を取られてしまったケースが多い。でも父親だから子の世話がなくてしるになるという事はないし、子のために残業が少ない部署に変更願いを出したり、中には保育士の免許をとるため勉強を始めた父親もいる。

親権におけるこの判断基準に納得のいかない父親はたくさんいるであろう。

離婚した父親たちがネット上で立ちあげた「ファーザーズ・ウェブサイト」がある。そこでは主に「面接交渉権の法制化」「離婚しても元夫婦が共同で子育てをする共同親権制・監護制」の導入を求めている。この二つが認められ導入されたら、どれだけの非親権者の心が救われ、子供の奪い合いを避けることができるだろうか。実際まだ導入されていないのを見ると、この問題はまだまだ発展途上だと言える。

しかし、親権問題について悩んでいるのは男性だけではない。

### 5歳の子供を持つ32歳の女性のケース

5歳の子供を持つこの女性の夫はキャバクラ通いをし、家庭をかえりみず朝帰りが続くので女性が我慢しかね離婚を申し出すと夫とその両親は、「子供は置いていけ。」と言い親権を主張した。結局調停不調に終わり、親権争いで折り合いがつかず裁判にもつれこんだ。法廷で1年争った結果、最終的に親権は女性を得た。裁判で夫たちは、両親も一

緒だから妻より子供の面倒をみやすいと主張した。女性は一人暮らしだったので、その夫たちの主張が通るのではないかと不安だったと話している。

この場合の裁判の判決は妥当だろうと私は思う。たしかに夫側の主張もわからなくもないし、子供が成長し学校へ通うようになったとき、家に常に親ないし家族がいる方が物騒な世の中の事を考えても安心することができる。しかし、子の年齢を考えると5歳という年齢は両親のどちらと住みたいのか決める意思というものがはっきりしない年頃である。詳しいことはこの後の第二節で述べていくが、10歳未満の子は母親と共に暮らすべきだと考えられている事に基づくと、やはりこの判決は妥当のように思える。裁判が長引いた要因としては、男性側の主張も一理あると考えられたからであろう。

このケースでは女性の主張が通ったが、通らなかった主張もある。

#### 小学生の息子が2人いる34歳女性のケース

夫の暴力と浮気に耐えかねて子供を残し、家出。それが裏目に出て争うことになった。しかし、話し合いの段階で夫の母がすでに子供の面倒を見ており、生活には支障はなかった。やむを得ず、女性は子の引渡し請求を求め調停を申し立てたが、一度は彼女の主張が通ったが、夫側はこれを不服とし抗告するとそれが認められ、結果的に夫側が勝った。家庭裁判所の判断基準となったのは、「ママはママじゃない。本当のママは、ばあば（おばあちゃん）です」と子供が言っているビデオテープだったという。女性は「幼い子が言う言葉じゃない。いくら何でもひどすぎる」と悲しみをあらわにしている。

私は、この場合の判断基準には疑問が残るように思う。小学何年生かは、資料からうかがい知ることはできなかったが、少なくとも12歳未満であることはたしかである。これがちゃんと子供の意思なのか、立証できなくても判断材料になってしまうのが少し恐いようにも思える。

子供を残して家出をした後に、親権は欲しいと主張しても一度は育児放棄をしているため、認められないケースが多いと聞く。でも、浮気はともかく暴力はただ単に家出した理由だとは言えない問題になってくる。今は夫の母親が面倒を見ているからいいものの、もし子供と父親3人になったときにDV（ドメスティック・バイオレンス）が子供に向けられるということも少なからずある。しかし、あくまでも子供の意思を尊重した。子供の意思は全ての判決に尊重されているのだろうか。そう判断する基準はいったいどうなっているのだろうか。次の第二節では子供の意思尊重について調べる。

## 第二節 子供

まずは、法廷で争った場合について調べた。そもそも協議・調停・審判を含む離婚全体の約1%が裁判離婚なのである。法廷で親権を争った場合、約89%は母親が得ており、父親が親権になるのは、全体の20%から30%である。

乳幼児から10歳くらいまでは、母親と一緒に生活するのが自然であると考えられてい

る。

#### 親権者決定の判断基準

親権者の決定は、基本的には子供の福祉・利益を最優先している。親の収入・支出などの経済面、住宅環境、育児に専念できる時間などの生活面において、また親の性格などについても調べ、父母のどちらがより子供にとって利益があるとし、幸せかを考え判断基準とする。また年齢、性別、子供の意思、父母との結びつきなど、子供の置かれている現状を重視する傾向が強いとある。しかし、子供が10歳以上なら子供の意思もある程度尊重されるし、15歳以上なら裁判官が子供の意思を聞くこともあるが、いずれも子供に決定権はないものとされている。

でも、よく考えるとこれも少し疑問点が残る。子供には決定権はないとすると、子供の意思など尊重されていないのではと考えられる。離婚裁判における子供の意思について争われた判例がほとんどないので、子供の意思に関わる事が述べてある判例、高松高等裁判所（控訴審）の、子の引渡し事件の審判に対する即時抗告事件を元に考えていこうと思う。

#### 親権者変更・子の引渡し事件の審判に対する即時抗告事件

高松高裁（控訴審）昭和46年12月24日決定

[抗告人]父親 A

[相手方]母親 B

[事件本人]娘 C

抗告人と相手方は一度協議離婚し、その際長女 C と二女 D の親権者を抗告人と定め、抗告人が監護教育をしていたが、抗告人と相手方は仲直りをし、再び夫婦生活に入った。そして親子4人で生活していた。しかし、再びけんかをし別居状態に。それ以来事件本人は相手方（母親）のもとで養育され、一応母親になつてはいたが、しばらくすると抗告人が相手方の承諾を得ないまま強引にいやがる事件本人を抗告人が引き取り、審判が行われている今現在まで抗告人方で監護養育している。

次に抗告人と相手方の生活環境などを比較してみることにする。

抗告人方の住宅環境などは問題はなく、経済面においても監護養育するに十分な経済力がある。抗告人の不在中は、抗告人の実母が事件本人の身のまわりの世話をしており、また抗告人自身も監護養育をしていて問題点はない。そして抗告人は事件本人に対し、愛情をもって監護養育をしており、事件本人も当初は抗告人を嫌っていたが、日が経つにつれ次第になつくようになり、抗告人と事件本人は毎朝近くのバス停まで一緒に通勤・通学しているような状況であり、落ち着いた生活を送っている。そして、抗告人方から事件本人が通っている小学校は比較的通学に便利であるし、事件本人の学校生活も落ち着いた生活を送っている。そして何より、事件本人は父親の抗告人のもとで引き続き監護教育されることを望んでおり、母親である相手方に引き取られることは望んでいない。

相手方というと、経済面に関しては監護養育をするようになってからも困らない状況にあ

る。しかし、相手方の勤務中はその家庭には誰もいなくなる（事件本人の世話をする人物がいない）。相手方が帰宅するまで一人にさせるというのは、小学生である事件本人の監護養育上好ましくない状態になる。また、小学校も転校させなければならなくなる。相手方の主張としては、勤務時間も昼間のみにしてもらい、また自分が不在の時は実母あるいは姉に事件本人に面倒を見てもらうと述べているが、相手方の勤務時間希望が果たされるかどうか不明だし、実母の高年齢などから考えると事件本人を充分監護養育できるかどうか疑問が残るとされた。

結局抗告人から相手方に引渡しすることは相当でないという判決だった。

この判決での判断基準は、子供の意思はもとより親子間の愛情やその他一切の事情をくみとり、もっぱら子の利益を主眼として判断された判決であった。抗告人が勝手に連れ戻したとは言え、もとは親権を持っているわけだしその後も前と変わらず愛情を持って事件本人を監護養育していて、何も問題がないことが判決に加味されたのであろう。この判決で子供の意思もかなり判断基準として加味されているのが分かる。事件本人は小学4年生で、年齢も10歳または11歳になった頃であるので、子供の意思を聞いて判断した。法廷での理由として、事件本人は母親との生活を望まないと書いてあるが自らが望まないというよりは父親との生活をやめる意思はない、と考えるほうが妥当だと考える。

この判例からもわかるように、そもそも子供の意思の判断基準というラインはない。子供の意思・親の生活環境・経済面・親の子に対する愛情などを総合的に見て判断されたケースが非常に多い。しかし、やはりどんな親権争いでも一番の基準は子の利益。子供の意思で片親との暮らしを望み、その片親の生活環境などに影響がないとされた場合は子供の意思は尊重されたという形になるが、逆に子の利益に支障が出るようなら結局子供の意思は尊重されないという事になる。今の日本の、判断基準は親側の事情に子供の意思が付随するような形で存在しているのだろう。子供の意思のそのような位置付けなのも単体では判断基準に乏しくなるからだと考える。子供の意思は、経済状況や生活環境などのように形になって現れているものではない。それゆえ判断するときには、慎重にならなければいけないうえに非常に難しい問題だというのが現状なのだ。

## 第五章 おわりに

ドラマで見た子供の意思の尊重と判決基準が違うことに驚いた。子供の利益を一番に考えるのはたしかに必要な不可欠であると思う。経済的に余裕のない状況の親の元へ行かされたり、生活能力に乏しかったり、育児をないがしろする親の元へ行き生活苦を味わわせるような事は親だってこの問題に関わった調査官や、裁判官だってさせたくない。しかし、子供が「お父さんと、お母さんとどっちと暮らしたい？」と調査官に聞かれて、必ずしも全員が全員ともはっきりした答えを出すわけじゃない。子供からすれば、離婚

するのは親の勝手な行動で子供にとってはお父さんはお父さん、お母さんはお母さんなのだから、二人と一緒に暮らしたいのは当たり前なのだと思ふ。だから、そもそもどちらと住みたいかを子供が意思尊重をするのは難しいことなのではないだろうか？また、日本の子供の意思の尊重基準としての位置づけにも私は疑問が残った。ほとんど親の事情に付随した立場での尊重が時には生かされていない状態になること。これは非常に難しい問題であるし、また今後子供の意思の置かれた立場について今一度考えて行かなければならない事だと改めて感じた。

また父母のどちらかと住んで、一緒に住むことが出来ない片親とは会う機会も少ないし、もしかしたらずっと会えない可能性もある。これほど子供にとって悲しいことはないと思ふ。別に私は、子供のいる夫婦に対して‘離婚をするな’と言っているわけではない。ただ、離婚に対してすでに子供は悲しい思いをしているので、これ以上子供が辛い思いをしないためにも。また親側から考え、子供と連絡を絶つ事ほど悲しいことはないので、その非親権者の辛い思いを救うためにも、面接交渉権の法制化・元夫婦による共同親権制や共同監護制といった制度を取り入れるべきだと考える。そして親子同士がそのつながりを大事にし、そしてまた法律で定めた制度で保障する事が大切な事だろうと思ふ。

## 参考文献

著書：『(はじめての)親族相続[第3版]』p,62～p,66

尾崎 哲夫(自由国民社 2002年)

著書：『親権の判例総合解説』p,2～4/p,61～63/p,65～74/p,86～90

佐藤 隆夫(信山社 2004年)

記事：「離婚で子ども奪い合いの壮絶 少子時代には祖父母も介入」

(朝日新聞掲載記事 2004年11月1日発行)

判例：「高松高等裁判所(控訴審)」

事件名：親権者変更・子の引き渡し事件の審判に対する即時抗告事件」

(判決年月日 昭和46年12月24日)