

ISSN 0447-7480

日本弁護士連合会

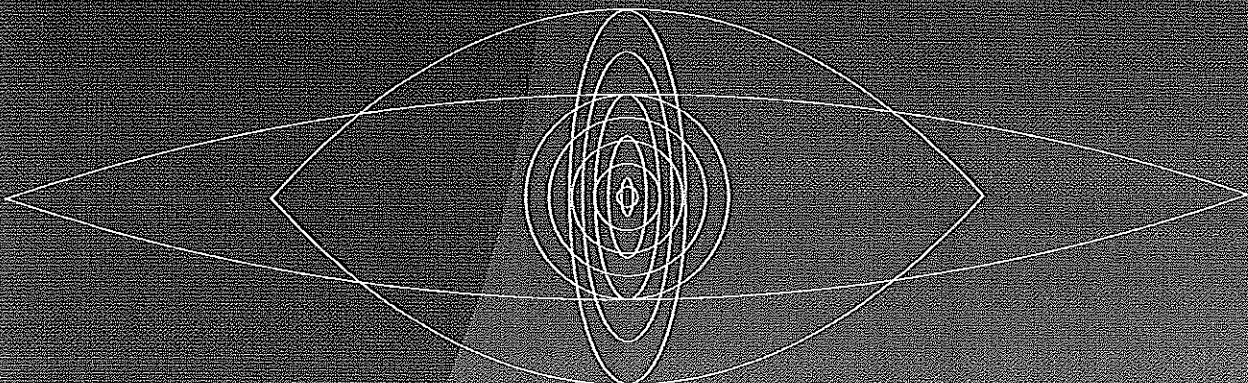
2010年[平成22年]

Vol.61

4
月号

自由と正義

LIBERTY & JUSTICE JAPAN FEDERATION OF BAR ASSOCIATIONS



ごあいさつ 会長就任にあたって 宇都宮 健児

「ひと筆」世界の良心と称賛された安達絳一郎を御存じですか 鈴木 正貞

公文書管理法と情報公開法改正

- 公文書管理法の意義と残された課題 三木 由希子
- 公文書管理法の制定経緯と意義 土川 陽子
- 公文書管理法の修正協議と今後の課題 西村 智奈美
- 公文書管理と情報公開法改正—日弁連が求めたもの— 吉澤 宏治

家事事件における子どもの地位—「子ども代理人」を考える

- 欧米の子どもの代理人制度—その機能と運用について— 野田 愛子
- 両親の離婚紛争の中で子どもたちは何を考えているか—代理人としての経験から— 中村 多美子
- 「子どもの代理人」制度の実践とあるべき姿 川村 百合
- 子ども代理人制度への疑問 金澄 道子

報告 第16回弁護士業務改革シンポジウム

- 弁護士業務改革の新たな段階 小原 健
- (第1分科会) 共同法律事務所のマネジメント戦略—共同事務所経営のノウハウを探る— 横本 賢二郎
- (第2分科会) 自治体財政の健全化と弁護士の役割—自治体の収入確保とその法的手法— 伊東 健次
- (第3分科会) どこまでできるインターネット—事務所にいながら手に入る判例、書式、登記、文獻— 平岡 敦
- (第4分科会) 中小企業と弁護士の役割—中小企業支援業務の充実に向けて— 酒井 俊祐
- (第5分科会) 弁護士の専門化に向けて—市民のさらなるニーズに応えて— 水上 博喜

連載 変わる刑事裁判—裁判員裁判における弁護活動(第24回)
公判前整理手続の進行をめぐる留意点 宮村 啓太

2010
4
WJBI
自由と正義
特集1
公文書管理法と情報公開法改正
特集2
家事事件における子どもの地位—「子ども代理人」を考える
日本弁護士連合会

特集 2

家事事件における子どもの地位—「子ども代理人」を考える

はじめに

編集委員会

国連総会で1989年に採択された子どもの権利条約は、子どもを権利の主体ととらえる子ども観を打ち出した。日本はこの条約を1994年に批准している。現在、日弁連は、すべての少年事件において少年が弁護士の援助を受けることができるよう、全件国選付添人制度の実現に向けて活動を展開している。しかし、子どもが裁判の中で代理人による援助を必要とする場面は少年事件に限られない。子どもがかかわる司法手続及び行政手続において、子どもが権利の主体であるとの視点は、どこまで浸透し、制度の改革につながってきたであろうか。

両親の別居や離婚に伴う親権・監護・面会交流に関する家事事件や、虐待を受けた子どもの保護や処遇に関する手続は、子ども自身の人生にかかわる重要な手続である。子どもの権利条約は、子どもに影響を及ぼすすべての事項について、子どもが意見を表明する権利を保障し、特に、自己に影響を及ぼすあらゆる司法上の手続において、子どもは直接にまたは代理人を通じて意見を聴いてもらう機会を与えられると定めている。諸外国では、家事事件における子どもの意見表明権の保障のために、「子ども代理人」と総称される様々な制度を発展させてきた。

日弁連家事法制委員会は、家事手続の見直しの検討に関連して、この「子ども代理人」制度に関心をもち、諸外国の実情を調査し、シンポジ

ウムを開催して多角的な観点から議論を行うなど、精力的に研究を進めてきた。その集大成とも言える昨秋開催されたシンポジウムの内容をまとめた書籍『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）も今月発刊の予定である。

本特集では、家事事件における「子ども代理人」制度の導入について、その理念や諸外国における制度の紹介、実務の現場から見たこの制度の意義や必要性のほか、現行の調査官による子どもの意向調査では何が足りないのか、代理人の資格は弁護士に限るべきなのか、費用は誰が負担するのか、さらには、家裁に持ち込まれない全体の約9割にもものぼる協議離婚における子どもの最善の利益をどう考えていくべきか等のいずれも重要な視点も提示されており、本制度の日本への導入をめぐる議論を理解し考察するうえで重要な視座を提供している。さらに、虐待を受けた子どもの保護における「カリヨン子どもの家」の活動にかかわる弁護士たちの取り組みは、まさに弁護士実務の中で、「子ども代理人」制度の導入に先駆けて実質的にこれを実践する意欲的な試みである。

児童虐待防止のための親権の一時停止制度や家事手続の見直し、共同親権制度の導入等の議論の中で、今後ますます「子ども代理人」制度についての関心も高まるであろう。

特集 2

家事事件における子どもの地位—「子ども代理人」を考える

欧米の子どもの代理人制度

その機能と運用について

第一東京弁護士会会員

野田愛子 *Noda, Aiko*

- I 外国法制概観
- II 結び

子どもの代理人制度はアメリカおよびコンロー法制諸国と、ドイツにあり、子どもの利益と権利にかかわる司法と行政手続において、子どもの代理人制度を採用している点は共通している。

わが国において、子どもの代理人制度を創設するとすれば、子どもの代理人制度とはどのような制度なのか、制度設計の参考、制度運用の指針を探ることが必要であることから、制度先進諸国の法制を概観してみることとしたい。

I 外国法制概観

1 英国^{1) 2)}

(1) 英国では伝統的に子どもに対する親の権利は絶対的支配的なものであったが、1974年、7歳の女兒マリア・コーウエルが、母親と継父

に虐待され、継父に殺された事件後、公的保護手続では両親は当事者でなくなり³⁾、弁護士のみ関与することとなった。ギリック事件⁴⁾では子どもの意思が尊重された。親による養育が不適切であるため、国家(地方当局)が子を保護する手続では親以外の者が子どもの利益を代表する必要がある。

これを受けて、これらケア命令や指導監督命令に関連する公的手続を「特定手続(specified Proceedings)」とし、特定手続においては、ソーシャルワーカーの組織であるCAFCASS (Children and Family Court Advisory and Support Service)のオフィサーを子のために任命することを決めた。このオフィサーは児童後見人と呼ばれ(Family Proceedings Rules (以下FPRとする))、子どもの利益を守るため不適当の場合を除いて必ず選任される。

裁判手続においてソリシタが任命されていないときは、ソリシタを任命し、そのソリシタとともに子どもの手続上の代理を担う児童後見人とソリシタによる手続上の仕組みは、ドイツの学者によってタンデムモデル(tandem model)と呼ばれている⁵⁾。

(2) なお、英国の民事訴訟手続は厳格な弁論主

義であるが、離婚訴訟手続に含まれる子どもの利益を守るべきだという論議が高まり、1989年に改正された児童法(Children Act 1975年)は、親の離婚・別居訴訟に含まれる子どもの権利を保護するため、子どもの権利にかかわるすべての手続において、その手続で子どものために親以外の子どもの司法手続の訴訟代理人(Guardian ad litem, GALと略称)を任命することを認めた。

訴訟後見人はソリシタであり、独立したソーシャルワーカーである。子どもの利益を守るため、子どもにかかわる特定手続(養子、離婚・別居手続における子の監護、面接、子の引渡し等)の開始後、裁判所が職権あるいは申立てにより速やかに任命する。訴訟後見人は創設されたパネルの中から選ばれ、子どもの保護についての専門家である(費用は公費)。

(3) 訴訟後見人の権能と職務は、まず、職務遂行に当たり、子どものためのソリシタが選任されていないときはソリシタを選任し、子どもの能力に応じて子どもに説明する。訴訟後見人は裁判所に免ぜられない限り、すべての裁判所の指示、聴聞の期日に出席し、手続に関する、あらゆる事項について子の希望を裁判所に助言する。

訴訟後見人は、子どもの利益に関して助言す

る書面を最終聴聞の14日間前までに提出しなければならないとされる。そのために訴訟後見人は、適切と思われる者や裁判所の命ずる者と連絡をとり面接すること、手続の適正な判断の助けとなるような地方当局が保有する記録や文書に裁判所の注意を向けること、適切と考え、または裁判所の命ずる専門的知識を得ることとされている。

訴訟後見人は、規則により子どもの希望と感情を確かめる義務を負うが、制定法上は、子どもの利益を守るという義務を負っており、子どもの利益が子の希望・感情と一致しない場合には、子どもの希望に反しても子どもの利益を守る必要がある⁶⁾。子どもの利益を守るという義務を遂行するために、訴訟後見人は子どもに関する調査を行い、必要な情報を集め、それを裁判所に報告する義務を負う。訴訟後見人は、手続の進行も含め裁判所の求めに応じて必要な助言や支援を行うが、それは、子どもの利益にかなうような判断を裁判所が下すためのものである。訴訟後見人は地方当局に対しても親に対しても独立の立場に立ち、子どもの利益を守るための種々の職務を(裁判外でも)行うことが期待されている。

連合王国は国連児童の権利条約を1991年12月16日に批准したが、必要な国内法化によ

- 1) 許末恵「子どもの利益の保護」(法時81,2,4(2009))
南方暁「子どもの利益の保護—なぜ手続上の保障が必要なのか?」(法時81,2,6(2009))
- 2) 許末恵「英国における子どもの手続上の代理—子どもの声を聴く—」青山法学論集30.4.35(2009)
- 3) Stephen M. Cretney, [Family law], pp245~247(1997)、島津一郎「子の監護をめぐる二つのハード・ケース」転換期の家族法191頁(1991)によるとマリア・コーウエル事件は英国の子どもの権利に関する制度に劇的衝撃を与え、すべての地方自治体の子どもに行政上の保護手続において、親とは別の代理人の選任を必要とすることとした。児童委員会1994年1885年報告書によると、約8000人の児童後見人が1万8000人の子どものために選任されたという。
- 4) 10人の子を持つローマンカソリック教徒である母親の、16歳未満の少女に対する避妊アドバイスおよび処置は親の同意がなければ違法であることを主張して、地方当局と争った事件である。事件は2年あまりの間に二転三転し、1982年のギリック夫人の勝訴以来、英国社会の関心を集めた。裁判の経緯および、子どもの成長とともに親の権威が薄れていくと裁判官を驚かせた判決の詳細について、戒能民江「子どもの権利と親の権利—を素材として」研究紀要1986・6第68号(228)312
- 5) タンテム理論についてはドイツ法後注参照
- 6) Judith Masson「Representation Of Children in England: Protecting children in Child protection of Proceedings」Family Law Quarterly, Vo34., no.3 p457-2000
- 7) Roger Bird, Stephen Cretney, Divorce The New Law, Family Law Act 1996

る法改正は行われていない。しかし、政策的影響は見られるという。

(4) 子どもの代理制度の運用についてカーディフ(Cardiff)大学の実態調査がある^{8-a)}。

この調査によると、英国法は伝統的に親の地位が強かったので、子どもの福祉も、大人の考えに傾くおそれがあったが、次第に子どもの年齢や成熟度によって子どもの意見は重要視されるようになった。子どもは、彼らに影響するすべての司法および行政手続において、手続法に従い、自ら、または代理人によって自分の意見を述べる。

子どもは当該手続について、説明を受ける権利がある。CAFCASS and Support Serviceのオフィサーを子のために任命することを定めた(同法41条)。CAFCASSのオフィサーは児童後見人(children's guardian)と呼ばれ、子どもの利益を守るためにほとんどの場合任命され、規則に従って子どもの利益を守る義務を負うとともに、裁判手続において子どもを代理する。児童後見人はソリシタが任命されていない場合には、ソリシタを任命し、そのソリシタとともに子の手続上の代理を担う。家庭裁判所手続 Family Proceeds (Children Act(1989) Rures1991 (ST1991/1395) による) Actのこのような、児童後見人とソリシタとによる子どもの手続上の代理の仕組みは前述したようにタンデム・モデル(tandem model)と呼ばれている。

児童後見人による子どもの代理としての責任は裁判所の手続に必ず立ち会い、子どもを代理するソリシタを任命し、子どもに手続について助言し、ソリシタに指示し、裁判所に対し係属

している複数手続の実情と子どもの福祉について報告するのである。児童(司法手続においては訴訟)後見人は、子どものすべての手続に出席し、最終弁論前に子どもの利益に関する報告書を裁判所に提出する義務がある。

こうした場合、子どもは手続の独立の当事者ではない。裁判所は子どもの監護事件で緊張が高まっている事件について特に子どもを独立の当事者とするための代理人を任命することができる。このことは1989年児童法の改正によって行われた。

カーディフ大学によって行われた司法手続における子どもの代理制度の実態調査につき、子どもの意見のサマリイによると^{8-b)}、ほとんどの子どもたちは、裁判手続中、両親とは別の相談できる人が必要と考えている。子どもに裁判所の手続、両親の離婚はどうなるか、子どもは裁判所という刑事事件の印象を持ち、両親は処罰されるのではないかと心配しているが、家庭裁判所は違うことを説明する。手続中の相談者は、信頼できる、心理学と法律の知識と経験を持ち、子どもに理解があり、子どもと顔を突き合わせて(face to face)話ができる、両親の巻き起こした荒波を子どもの最善の利益を損なうことなく乗り越える手助けのできる人であって欲しいという。機能としては子どもの最善の利益と子どもの声を代理すると言えよう。

(5) 司法手続において子どもの声を代理することについて多大の研究、調査が行われているが、子どもと面接(face to face)によって子どもの声を聴くことは、家事事件にかかわる実務家のすべてに、必要な技術(スキル)と経験が不足していると指摘している。裁判官・弁護士はも

8-a) Nigel Lowe, Professor of Cardiff Law School, Chair of the Family Studies Research Center(Children's participation in the family justice system-translating principles into practice) Child and Family Law Quarterly vol13 no2 2001,p137

8-b) Gillian Douglas, Mervin March, Claire Miles and Lesley Scanlan, Cardiff Law School (Separate Representation report) May [2006] family law] p385

とより、ソーシャルワーカーも例外ではないという⁹⁾。

したがって、子どもの代理制度にかかわる裁判官、弁護士、ソーシャルワーカーについては専門的な訓練を受ける必要があることになる。

イギリスのこの制度は児童の権利条約の、「子どもの人格を正面から認め、保護すべき客体としてとらえているだけでなく、むしろさまざまな権利を保有してそれを行使しうる主体」という趣旨を尊重している¹⁰⁾。

2 ドイツ

(1) ドイツ民法(BGB)の親権規定は、第二次世界大戦以降、大きく変化した。1979年7月18日の配慮権法といわれる「親の配慮の権利の新たな規制に関する法律」(Gesetz zur Neuerung des Rechts des elterlichen Sorge)において、親権の概念を大きく変化させた。ドイツは1992年3月児童の権利条約を批准し、この国際動向により、ドイツ家族法の領域に～弁護士からのメッセージ～子の権利に関する大きな潮流がもたらされたという。子の配慮権法は親権制度から従来の親の支配性格を取り去り、親権制度をもっぱら子どもの福祉を理念とする、自立した主体性を持った個人へと成長する過程にある子どもの保護と補助のための制度へと転換させた。このことは同法が従来の「親権」という用語を廃止し、「親の配慮」という用語を用いたことに如実に表れているといわれる。児童の権利条約の理念に沿った法改正である¹¹⁾。同年の親子関係法の改正により、従来離婚事件に

関連して親権事件も管轄するに過ぎなかった家庭裁判所が、養子事件を除くすべての家事事件を管轄するようになるなど、重要な改正が続いた。そのような中で、2008年6月「家事事件並びに非訟事件手続の改正のための法律」(非訟事件手続法改正法(FGG—RGと表記))が成立した。その本体とも言うべき法律は「家事事件並びに非訟事件手続のための法律」(FamFGと表記)である。「子どもの代弁人(Anwalt)」と称される制度は、1997年の親子法改正法により「非訟事件手続法」(FGG)において手続保護人として導入され、それがFamFGにおいては手続補佐人という用語に変更された^{12) 13)}。

(2) 手続保護人の選任は裁判所の義務的裁量の下にあるとされ、不必要であると明確に認識される場合に初めて排除される。子どもの福祉が危殆化するような事案における子どもの利益擁護を行うために、ザルゴー(Ludwig Salgo)は、英国の制度の比較研究により、弁護士による法的専門性に加えて、特別に訓練されたソーシャルワーカーや社会教育学者などの各専門性に基づく二元的代理の形を推奨した。タンデムとは、前後二人乗りできる自転車や、二頭引きの馬車などを指す。ザルゴーは、弁護士のための利益擁護の可能性に比較して、各専門家が協働した形で子の利益擁護形態をとるタンデム理論を導入することを薦めたと見られる。

手続保護人の役割、機能はFGG50条に規定され、手続保護人とは「子どもの身上に関する手続のための保護人」のことを言い、「子どもの身上に関する手続」とは、子どもの身上に関するすべての非訟事件手続のことであり、親の配

9) Bromley's Family Law, Tenth Edition((2007)、p506

10) 石川稔「家族法における子どもの権利」53頁(1995)

11) 岩志和一郎「ドイツにおける「子どもの代弁人」(Anwalt Des Kindes)判タ1208,40(2006)

12) 岩志和一郎「ドイツにおける「子どもの代弁人」—手続補佐人の新たな規定—」判時81,2,42(2009)

13) 佐々木健「ドイツ親子法における子の意思の尊重(1)—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—」立命学法学2005年、4、266頁

慮に関する事件、子どもとの交流の取決めに関する事件、子どもの引渡しに関する事件など家庭裁判所の管轄下にある事件と、養子縁組など、後見裁判所の管轄下にある事件とを含んでいる。通常は法定代理人が子どもを代理するが、財産上の問題や、子の監護に関する問題について、子どもと法定代理人との利益が著しく反する場合には、原則として申立てまたは職権により手続保護人が選任されるものとされ、手続保護人として誰を選任するかは裁判所の義務的裁量の範囲にあり、法律家である必要もない。連邦レベルで手続保護人協会が設立されており、ソーシャルワーカーや児童心理学の専門家などが、職業的手続保護人として登録し、裁判所への仲介をしている。

手続保護人の地位や任務については、選任を受けた手続に法定代理人と同様に参加し、子どもの利益の保護に当たる。そのため手続保護人は、後述する裁判官による子の審問に立ち会い、すべての裁判期日に出頭し、裁判記録の閲覧を請求し、証人尋問、鑑定申請、鑑定人からの意見聴取、鑑定に対する意見表明などを行う権限を有する。また、裁判手続において子どもの利益を主張する準備のため、調査を行うことができる。裁判手続における子どもの利益の主張は、口頭あるいは書面で行われる。手続保護人の法的地位については、当該手続における法定代理人なのか、それとも、選任を受けた手続について固有の資格をもって参加し、子どもの利益を代弁する者であるかという点に議論がある。しかし、いずれにせよ、手続保護人は、選任された手続の範囲に限定された子どもの利益の代弁者であり、当該手続において、子の立場に立つてその考えや子の様子を見極め、それを伝える

任務を有する。手続保護人は、独立の代弁人で、わが国の家庭裁判所調査官のような、家庭裁判所や後見裁判所の調査機関ではない。

子が満14歳に達し、かつ無能力でないときには、裁判所は身上配慮に関する手続において、常に、面接して子を審問する¹⁴⁾。財産法上の諸事務においては、事務の種類に照らして相当と考えられるときは、面接して子に審問しなければならない。審問に当たっては、子どもはその発育もしくは教育に対して不利益が懸念されない限り、手続の対象および起こりうる結果について、相当な方法で教示されなければならない。また子どもには意思表示の機会が与えられなければならない。裁判所は、重大な理由がある場合に限り、審問を行わないことができる。

(3) ドイツでは2009年9月から新しい家事事件手続法(FamFG)が施行されることになった。手続保護人が手続補佐人に変更された理由について従来の手続保護人の制度において不明確であった諸点を明確化し、また一部、手続保護人の任務を拡大した¹⁵⁾。新しい手続補佐人の任務は、第一に「子どもの利益を確認し、それを裁判手続に反映させる」ことである。子どもの利益の確認は、第一次的には子の意思の探求を通して行うが、これを手続に持ち出す場合には、主観的利益(子の意思)とならんで、子の客観的利益(子の福祉)を取り入れ、子の意思とは別の見方や疑念を示すことが許される。

第二の任務は、「相当な方法で、子どもに対し手続の対象、経過ならびに予想される結果について情報を与え」ることである。手続の各段階に応じた支援が必要であるとともに、年齢に応じた情報を与えられることによって、子どもは自己の立場を主張しやすくなる。

14) 菊池絵理「ドイツにおける離婚関係訴訟の実務」(下)家裁月報54、4・1頁(2002)は、裁判官が親権および面接交渉の事件で、子どもを審問する実務の実際の状況を詳細に述べられている。手続保護人について簡単にふれる。

15) 佐々木健「ドイツ親子法における子の意思の尊重(2完)」立命館法学2006年2号128頁

第三の任務は、「子の親ならびにその他の第三者と話し合いを行ない、手続の対象に関して合意による取り決めを成立させるために協力する」ことである。手続保護人が、子の利益の代弁者という役割を超えて、調停者や相談者としての役割を果たしうるかについて疑問とされていたが、新法は裁判所の明確な付託を条件にこの点を明確にした。

第四の任務は、「子どもの利益のため法的救済を求める」ことである。論者は、要するに、「ドイツの親子関係法改正法」により「子の弁護人」の新たな制度を設けた明らかな目的は、家事手続における未成年者の地位の強化であった。事件本人である子どもは、裁判手続における「単なる客体」ではなく、手続の中へ独自の利益を持ち込みうる権利主体の地位を占める手続当事者であると位置付けられたのである¹⁸⁾。それでは子どもは手続保護人を通じて、自己の利益をいかに手続の中に持ち込むことができるのだろうか。このために、「手続保護人は、大別すると二つの基本的機能を有すると考えられる。一つは、子どもの意思を手続へ伝達する代弁者としての機能であり、もう一つは、ただ単に子どもの意思を逐語的に代弁するのではなく、自らの専門性を発揮することで子どもの利益擁護を補強する福祉的機能である。」と説く。

なお、手続保護人制度の実施に当たっては、以上のような職務に照らし、手続保護人の専門性の質的確保が問題とされ、ほぼすべての州で手続保護人としての専門教育が課せられている。

3 アメリカ

(1) アメリカの家族法は州法であり、州によって、名称、任命方法、権限、対象となる事件等多少の違いはあるが、子のネグレクト・虐待等の保護事件、親の別居・離婚紛争に伴う子の監護権訴訟などに、子どもに独立の代理人をつける制度が広まっていたところ¹⁷⁾、連邦最高裁判所は少年の刑事事件である1967年ゴールト判決(In re Gault, 387 U.S.1 (1967))において、少年にも成人の刑事事件におけるのと同様に、憲法上の適正手続の保障として弁護人(付添人)選任権を保障するべきものとした。この判決は刑事事件ではあったが、子どものネグレクトや虐待の行政手続のほか、家事関係の司法手続にも子どもの代理人を必要とする根拠となった^{18) 19)}。

1970年代アメリカでは市民権運動やウーマン・リブなど人権意識の高まりの中で、子どもの権利の推進の動きがみられ^{20) 21)}、児童の権利に関する条約の批准はないが、子どもの権利に対する関心は高まり、ゴールト判決は少年事件の代理であったが、親による子の遺棄、虐待、養子や施設収容など、親と州との争いとなる子の保護事件では、親が子を代理するのは適当でないので、子の権利、利益を守るため、1974年連邦児童虐待防止法が制定され、各州の保護手続において、子どもにGALをつけて子どもを代理する立法を制定するよう定めた。さらに、親同士が激しく対立する子の監護紛争などの家事事件についても子どもの代理人の必要が論じられ、各州で子どもの代理制度が広まった。

16) 佐々木健「ドイツ親子法における子の意思の尊重—憲法と民法の協働の視点から—立命館法学2008年1号246頁」
17) 山口亮子「アメリカにおける子どもの代理人制度—監護訴訟と子どもの保護手続きの場—」判タ1208・33(2006)
18) Sanford N/ Katz「Family Law in America」(2003)pp108-109
19) 中村恵「アメリカにおける子どもの手続上の代理」法時81,2,28(2009)
20) 石川稔「子どもの権利—アメリカにおける論議」(家族法における子どもの権利)所収3頁(1995)
21) Foster and Freed [A Bill of Rights for children]Fam, L.Q. 343(1972)

(2)ところが、各州において、代理人任命の基準や代理人の権能などの代理人制度の内容や基準について議論が高まり、大学や、団体から規範が発表され、2003年米国法律家協会(ABA)が子どもの代理人の監護事件における規範を発表した(ABA I と称する)²²⁾。なお、ABAは1996年には保護事件(Abuse and Neglect Cases)における代理人の規範を発表した(ABA II と称する)²³⁾。ABAはこれらの規範が各州で採用されることを期待している。

ABA I は子どもの代理人としての役割を二つに分けている。一つは child's attorney であり、子どもと弁護士—依頼人関係をもつ弁護士いわゆる通常の弁護士(「子どもの意思の代理人」と称する)として、子どもの意思を代理する。もう一つは best interest attorney であり、子どもの表明された意思に拘束されない、子どもの最善の利益を守る目的のために独立した法的なサービスを提供する弁護士である(「子の最善の利益の代理人」と称する)。

そのほかフォードム(Fordham)大学、婚姻事件弁護士協会(American Academy Matrimonial lawyers)、アメリカ法律協会(American Law Institute)なども規範を示している。

ABA I の規範は、子の監護事件の代理人、子の保護事件の代理人に弁護士が選任された場合の規範で、GALとして弁護士が選任された場合も同様である。GALは本来、意思能力が十分でない人の訴訟代理人として裁判所が選任する制度で、子どもの代理人とは異なるが、アメリカの多くの州では子どもの代理人として GALを選任しており、ABA I はGALを廃止し

ている²⁴⁾。任命の基準について監護訴訟では単に、裁判官の裁量と規定する州が多く、婚姻事件弁護士が参考として挙げるルイジアナ州法は、子どもの利益になる場合に限り弁護士を任命できると規定し、その際訴訟が熾烈で長引いているか、弁護士が裁判所に重要な情報を与え得るか、親が子に安定した環境を与えているかいないか等を判断の対象として示している。実際には監護訴訟で子どもに代理人が付くと、訴訟が長引き、敵対関係を悪化させ、費用がかかり過ぎることもあり、争いのないケースまで代理人をつける必要はないとしている。

これに対して子の保護手続では、連邦児童虐待防止法(Child Abuse Prevention and Treatment Act.略称CAPTA)により、州が連邦の児童福祉基金を受ける条件として、GALの選任が義務付けられ、多くの州において、弁護士がGALに任命されていた。

(3)ABA I の子どもの代理人弁護士の規範は項目ごとに解説付きで詳細である。例えば、子どもが意思を表明できないときは「子どもの最善の利益の代理人」弁護士の選任を求めるか、訓練を受け、経験を積んだ「子どもの意思の代理人」弁護士が、客観的に現れた事情から判断してよいとしている。子どもが親の一方を傷付けたくないという気持ちから意思を表明したがないときも同様である。

「子どもの最善の利益」について、法律上の利益は子どもの利益であることが基本で、裁判所によって子どもの利益は保護される。子どもの法律上の利益は、法律によって異なるが、教育、医療、精神衛生の支援、子どもの居所の指定、要望に反する収容、養育費、面接交渉、手続上

22) American Bar Association Section of Family Law/Standards of Practice for Lawyers Representing Children in Custody Cases(2003),FLQ126(2003)

23) American Bar Association Standards of practice for Lawyers Represent Children in Abuse and neglect cases. 375FLQ(1993)

24) 注22)参照

の障害に対する問題などがある。また子どもが裁判官に面会したいとか、証言するかなども、子どもの意思に拘束される。

「子どもの最善の利益の代理人」弁護士の職務は、情報を収集して裁判所に報告することとしており、子の最善の利益は、しばしば弁護士自身の主観的考えによって判断されるとする批判がある。

(4) フォードム大学の研究²⁵⁾において、1995年1月から3月までフォードム大学の教授・弁護士・裁判官・研究者・その他子ども関係の諸機関から70名が集まり、子どもの弁護士による代理はいかにあるべきか、子どもへのインタビューのやり方、子どもの意見を判断する能力などについて議論し、報告書をまとめた。その中で会議が最終的に採用した子どもの代理人弁護士について10項目の規範が示された。具体的事例についての議論もあり参考になろう。

なお、ミシガン(michigan)大学の代理研究所所長 Donald N. Duquett 教授は、子どもの代理人弁護士を、「子の意思の代理人」と「子の最善の利益の代理人」の二つの役割を明確に分け、その一方のみの弁護士を任命することに批判的で、その意味において、子どもの弁護士協会の規範も問題があるとしている。すなわち言葉も十分でない子と成熟した子と、一つの基準で代理すること、子の意思を判断する十分な

訓練と経験の必要、弁護士代理人による子の最善の利益の判断など、問題点を詳細に指摘し、ミシガン州法では子どもの代理人にGAL弁護士を採用していることを紹介している²⁶⁾。

その他、オーストラリア、ニュージーランド、カナダにも子どもの代理制度がある²⁷⁾。

II 結び

以上、諸論稿によって英国、ドイツ、アメリカの子どもの代理人法制を概観すると、共通していることは、基本理念として子どもを発達可能な権利主体としてとらえていること(児童の権利条約第3条・子どもの最善の利益、第12条・意見表明権)、子どもの代理人の任務は、第一に子どもの利益を確認し、それを裁判手続に反映させること、子どもの利益は子どもの意思の探求によるが、子どもの客観的福祉の視点も取り入れて裁判所に報告するとともに、第二に子どもに対し適当な方法で、裁判手続の対象、経過、予想される結果について情報を伝えることであるとされている。

代理人はいずれも弁護士が選任され、子どもの理解のため心理・社会・教育・精神医学の専門家との協働も共通である。

25) Bruce A Greenan and Bernardine Dohrn 「Foreword:Children And The Ethical Practice of Law」64 Fordham L.Rev.1281(1)996)p1.

26) Donald N.Duquette, 「Legal Representation for Children in Protection Proceedings:Two Distinct Lawyer Roles Aer Required」FLQ 441.(2000)

27) 野田愛子「子どもの代理人制度について」民事情報215. 1(2004).

特集 2

家事事件における子どもの地位—「子ども代理人」を考える

両親の離婚紛争の中で 子どもたちは何を考えているか

代理人としての経験から

大分県弁護士会会員

中村多美子 Nakamura, Tamiko

- I 子どもは、今、何が起きているのか知りたいと思っている
- II 子どもは、紛争の最中で自分の問題について、誰か第三者の大人に適時に相談したいと思っている
- III 子どもは、たとえ自分の意見が通らないとしても、自分の意見を十分に伝えた上で、親に結論を出して欲しいと思っている
- IV 親の視点から
- V 親の代理人の目線から
- VI 子ども代理人の必要性

私は、大分県弁護士会という小規模弁護士会に所属する弁護士である。大分家庭裁判所には、一人の家庭裁判所裁判官と民事部からの填補の裁判官の二人しかいない。

家事事件を担当する弁護士も比較的定まっていて、同じ弁護士、同じ裁判官の組み合わせで、複数の事件を同時に担当することもある。

そうした小規模弁護士会の実務の中では、裁判官、調停委員、調査官、そして弁護士が、どのような思想をもって、事件の処理にあたっているのかは、互いに容易に知りうる。そのため、互いの信頼関係の中、離婚紛争の当事者代理人

である私が、子どもの声を聞く機会に数多く恵まれたように思う。

私が知る限り、大分県弁護士会の弁護士の多くは、離婚紛争の親の代理人をしていても、法廷に出席せず、顔を合わせていたわけでもない子どもの存在を決して忘れてはいない。離婚紛争は、子どもの利益を優先して解決すべきであるという感覚は、家庭裁判所にとっても共通のものだと感じる。しかし、事件を担当するこうした専門家たちにとって、そこに存在しない子どもの声なき声を聞くことは容易ではない。特に、互いの当事者から聞き取る「子どもの声」は、相手が聞き取る「子どもの声」とは大きく異なることは珍しくない。

子どもの意思や利益が争われるような場面で、誰が子どもの声を聞くべきか。調査官がいるではないか、という意見も当然あるし、調査官が本来的にその任を担っていることも異論はない。しかし、私は、それでもなおかつ、子どもには「子どもの独立した代理人」が必要であり、そこで代理人が代表するのは単なる「子どもの意思」

ではなく、「子どもの最善の利益」であると考えている。親の代理人として、子どもたちに会った経験から、私がそう考えるに至った理由をご説明したいと思う(本論考で触れた事案は、事案が特定できないように、すべて年齢・性別・状況などに変更を加えてあることをあらかじめご承知いただきたい。)

I 子どもは、今、何が起きているのが知りたいと思っている

離婚紛争の渦中では、父母の間に発生している問題は、得てして正確に子どもに伝えられていない。父母が互いに自分の利益のバイアスのかかった情報しか、子どもに伝えていないことが多いからである。紛争が熾烈であればあるほど、子どもは、偏った情報しか得ていない。

小学校以上の子どもにとって、親の離婚の結果は、子どもの環境に大きな影響を及ぼす。学校や友達とはどうなるのか、進学はできるのか、自分の将来に計り知れない影響をもたらす「離婚」問題の行く末を、子どもはただ身をすくませて見守っているほかない。そうした中、調査官による調査が行われる。いろいろなことを優しく尋ねてはもらえても、教えてはもらえない。聞きたいことは聞けない。将来のことはわからない。なぜなら、子どもは調査の客体でしかないからだ。

混乱を深めていく子どもの苦悩は大きい。問題行動を起こすようになって、父母は初めて、子どもの苦悩に気づくということも少なくない。そうした場面において、私は、時々、双方の親の了解を得て、子どもに面談をさせてもらうことがある。お父さんと、お母さんの了解をもらって会っていること、今だけは誰の味方でもなく、あなただけのために会っていること、大人が何をしているのか、法律のことを弁護士としてわ

かりやすく伝えたいと思っていることなどを話し始めると、表情を曇らせ、時にはふてくされて目を合わせようとしなかった子どもが、まっすぐに私を見つめ返してくる。

そこで、法廷で行われている法的手続について、できる限り中立に公正に、わかりやすく、伝えていく。子どものことが、法廷の手続のどの部分で何の論点で問題になっているのか、大人たちがどういう議論をしているのか、なるべくフェアに伝えていく。子どもはとても敏感だから、私が隠したり、話をそらせようとしても、うまくはいかない。父の主張、母の主張の詳細を聞き出そうとする子どももいる。父ないし母の代理人の立場からは苦しいところであるが、そうした場面で逃げずに伝えることについて、当事者の了解を事前に得てある。

法的手続の全容がわかるということは、大人にとってそうであるように、子どもにとってもいくらかの安堵感を与えることである。そして、法律家と法廷の手続に対する信頼感にもつながる。

面談の最後、私は、時々、遠い外国の「子どもの代理人」のことを話題にする。日本にはないのだけど、もしそういう人がいてくれて、あなたに付いてくれるとしたら、どうか、と尋ねてみる。多くの子どもは、その説明を聞いて、なぜ親の代理人である私が、あえて子どもに会ったのか、私の意図を敏感に察知し得心する。そして、紛争の終盤で出会ったある子どもは、私にこう言った。「そういう制度があれば、私はここまで混乱しないで済んだと思う。」

II 子どもは、紛争の最中で自分の問題について、誰か第三者の大人に適時に相談したいと思っている

調査官は、調査だけをしているわけではない。実際、極めて優秀な調査官によるケースマネー

ジメントは、非常に困難な紛争の解決に大きな助けとなる。しかし、子どもは、自分の抱えている大人から見ればごく些末かもしれない問題を、誰かに適時に相談したいと思っている。そして、実は、その視点は、意外と大人が気がつかない解決をはらんでいることもある。残念ながら、調査官は子どもからのそうしたアクセスが自由にできるポジションにはいない。面会交流をめぐるある事件で、小学生の女の子が、父母の間に挟まれて、秘密を抱え込んだことがある。調査官として調査に訪れた調査官を信頼していたものの、調査時には発生していなかった問題に直面した彼女は、調査官に連絡をして、相談にのってもらいたいと思っただけだが、連絡のとり方がわからなかった。彼女は、幼い知恵で親の代理人である私に連絡をとり、調査官にだけ打ち明けたいこと、相談したいことがあるのだけれど、どうしたらいいのか、と尋ねてきた。私は彼女の「相談したいこと」というのが何かを聞かずに、調査官に連絡を取りついで。しかし、調査官は既に調査報告書を提出し、その任を終えたところだったため、彼女と連絡をとることはできないという回答だった。後に、面会交流に関して、彼女の意向や態度は大きな争点となったのだが、適時に子どもの意思やニーズをくみ取ることができないシステム上の問題は、紛争を長期かつ深刻にさせている可能性がある。

また、年長の子どもの問題はさらに深刻である。

特に、養育費をめぐる場面で、子どもは明確に両親と利益が合致しないことがある。

よくある事例が、母が非監護で親権を主張しつつ、財産分与と慰謝料を求めている事案である。監護継続性を尊重する傾向の強い親権の判断では、監護者である父がそのまま親権者となる可能性が高いが、母の財産分与・慰謝料の主張は、子の学費の原資に大きな影響を与えてし

まう。

中学生・高校生の子は、どちらの親と住みたいか、という問題ではなく、自分に将来与えられる環境を選択しようとする判断力を既に備えている。将来のことを親身になって相談にのってくれ、判断を援助してくれるのは母であるとしても、愛情だけでは将来が保障されないことも知っている。経済面では父の援助をより求め、精神面では母の援助をより求めることのある中学生・高校生にとって、「親権者」に関する意向の聴取は、難題である。

そうした中で、私が出会った中高生、そして親が離婚した過去をもつ「元・子ども」たちは口をそろえて言う。

「親権者がどっちかなんてどっちでもいい。ただ、両親に私の足をひっぱってほしくないだけ。」彼らにとって重要なのは、「そんなこと」よりも、進学を含めた自分の自立までのプランはどうなるのか、ということ、それを誰にも十分に相談できないということである。

大学に行けるのか、専門学校は続けられるのか、学費は誰が出してくれるのか、そうしたことを「親権闘争」に夢中な両親は、協議することができない。「親権」が決着すれば自動的に解決することでもない。彼らが求めているのは、親の離婚紛争の最中であって、次々に直面する両親の力の必要な問題を誰かが子どものために調整してほしい、ということである。

単身都会で暮らすある大学生は、私に電話をかけてきてこう言った。「私にはさっぱりわかりません。地元の両親のところでは、何が起きている、何が本当なのか。私は、このまま大学を続けられるのか。誰が学費を出してくれるのか。学校を辞めて働かねばならないのか。来期の学費の納入期限までに、そうしたことは決まるのですか？」

困難な調整を自分自身で行うしかない子どもは、母にはこう言い、父にはああ言う。そして、

大人は子どもの真意を測りかねて、深刻に対立する。

このように大人さえできない困難な調整を、子どもにおしつけているのではないか。

そして、それは調査官にも他方当事者の代理人にもなしえることではないのではないだろうか。

III 子どもは、たとえ自分の意見が通らないとしても、自分の意見を十分に伝えた上で、親に結論を出して欲しいと思っている

子どもの意見を聞いたところで、親が従うとは限らない、だから、子どもに意見を言わせることは、かえって子どもを傷つけかねない、という論調は、代理人弁護士だけでなく、家庭裁判所の関係者からもよく耳にする。

しかし、果たしてそうだろうかとは私はよく自問する。

親の離婚に直面し、不合理な自責にかられる子どもは少なくない。親の離婚を自分のせいだと思ってしまうのは、意外に幼少の子どもにかぎらない。中学生・高校生であっても、目前で崩れ落ちようとしている「家族」の維持に、必死で取り組もうとすることがある。

保護命令の出ていた事件で、接近禁止命令の同意書にサインをした子どもがいた。しかし、熾烈なDVの終焉を心から願っていたにもかかわらず、その子は「家族の終焉」を願っていたわけではなかった。周りの大人にどれほど無理だと思っても、その子にとっては唯一かけがえのない「家族」だった。離婚訴訟も終盤にさしかかったところで、その子は、私のところを訪れ、両親に、もう一度心底お互いがお互いのことを反省して、十分に話し合っただけと言った。両親はそれを受け入れて再度直接に話し合いの機会をもったが、結局のところ結論は変わらなかった。

おそらく必死で思いを抑えていたこの子は、両親に激してこう告げた。「二人でそろって、私の前に土下座して謝って欲しい。」両親は、復縁はかなわなかったものの、せめてこの子に心から離婚について謝罪したと聞く。

逆に、熾烈な紛争の挙げ句、子どものことに思いをいたすことになった夫婦が、再同居を検討したことがあった。子どもは両親と双方代理人同席の場で、こう告げた。「もう私のせいにしないで。自分たちで決めて。」

子どもは、おそらく、大人のおかれた状況の中で、自分の願いのかなわないことを知ってはいたに違いない。しかし、自分にできることをやりつくすことで、受け入れがたい事実の心に追いついていく部分もあるだろう。万事大人のペースで進んでいく離婚問題の解決について、積極的に自分の見方と思いを伝えたいと思っている子どもは少なくないと思う。そして、そうした機会を与えられることにより、子どもの精神的な傷が和らぐこともあるのではなかろうか。

IV 親の視点から

親にとっても、紛争の最中の我が子を知ることは難しい。そのことに気づいている親もいれば、なかなか気づきえない親もいる。

自分の意向を子も十分承知し、そして、それを積極的に賛同していると思こんでいたにもかかわらず、子は、別の親と別の連絡をとりあっていることもある。親は、それを他方親による無遠慮な干渉だと思こむことさえある。

しかし、子どもも混乱している。パイアスのかかった情報の中で、何が正しいのか、知り得ないでいるのである。

私は、代理人のいない相手方本人とやりとり

をすることも多い。そうした中で、相手方本人から、子どもに直接会ってやって欲しいというリクエストを受けることもたびたびある。

紛争の最中、親だって、子の将来についてははっきりしたことは言ってやれない。自分にだってすべてわかっているわけではないからだ。子どもに伝える情報には、自分の願望や思いだって混在する。そうした限界状況の中で、子どもの混乱に直面したとき、「大人の事情」に基づく駆け引きを離れたフェアな情報を子どもに伝えてやりたい、というのは、たいてい両親が共有できる思いである(そういう状況は、往々にして学費をめぐるトラブルで発生する。)

相手方からそういうリクエストを受けたとき、クライアントである親に説明すると、ほとんどの場合、積極的に賛成してくれる。もちろん、伝えた情報が子どもによって、双方に知られる可能性があることは十分に双方に告知する必要があると思っているので、そこは注意が必要である。

親当事者に「子ども代理人」のアイデアを伝えたことで、その創設に反対をされた経験は皆無であると言ってよい。

むしろ、熾烈な離婚紛争の最中、なぜ、巻き込まれた子どもを援助する制度がないのか、という疑問を当事者からぶつけられることの方が圧倒的である。中には、自分がその費用を負担してもいいので、誰かなってくれる人はいないのか、その可能性はないのか、と言う親もいる。

V 親の代理人の目線から

子どもは自分の置かれた状況でやっていくしかない、代理人がいたって両親を変えてやることはできない、という論調も耳にする。確かに、私が、子どもに直接会って説明することができ

たケースでも、私が会うのは「今日かぎりのこと」と説明するほかない。しかし、それでもそうした説明がないよりはずっとましだと子どもは受け止めているようだ。子どもは驚くほどドライだ。「離婚」ということを理解できる小学生にもなれば、きちんと説明しさえすれば「弁護士」という役割を十分に理解できる。

弁護士は、親代わりではない、精神的な支えでもない、カウンセラーでもない。「大人の中で起こっていることを説明してくれる大人」「自分の意見を大人たちにわかりやすく伝えてくれる人」であるということは、容易に子どもは理解できる。紛争の中で、子どもはとても大人びている。

そうした子どもに出会うたび、はっきり親とは別の利益主体である子どもに、代理人がつく可能性と利益をどうして否定することができようかと痛切に思う。

紛争当事者である親にとっても、子どものためにフェアな解決は受け入れられやすい。

しかし、それを一方当事者の代理人がいくら「子どものために」と言っても、相手からしてみれば、依頼者である親の利益と切り離して見ることは難しい。

裁判所が「子どものために」と言ってみても、子どもに直接会ったわけでもない裁判所の一般論は、当事者への説得力が乏しい。子どもの状況を十分にふまえた調査官の意見に基づく場合、裁判所の解決案は説得力を持つこともあるが、たいてい、調査時点と提案時点では、状況が変わってしまっている。アップデートされない情報に基づく説得も説得力を欠くことに違いはない。子どもをめぐる時間は、大人の時間よりもはるかに速いということを、法律関係者を含む大人たちは忘れてしまいがちである。

また、離婚の問題は、「子どもの利益」を優先にしつつ、「大人の事情」で決めねばならない財産分与や慰謝料のこともある。裁判所も両親代

理人もそこを避けて通ることはできないのである。

子どもの利益だけを守っていればいいというわけにはいかない裁判所と双親代理人にとって、「子どもの最善の利益」に準拠しようとするのは、それぞれの本来の役割から引き裂かれることでもある。

「子どもの最善の利益」のみを純粹に追求し、その視点からの解決策と調整を行う法律家が存在すれば、他の関与者との調整は容易になりえようし、それによって紛争の激化・長期化はかなり避けられるのではないかと思うのである。

VI 子ども代理人の必要性

「子ども代理人は、存在しても有害ではないが、他の離婚関連施策に比して緊急性はない」との議論も耳にする。

しかし、私はそうした意見には疑問がある。

離婚の件数は増大しており、巻き込まれる子どもの数はさらに多い。そうした中で、誰かこれまで子どもの声を拾ってきたことがあるのだろうか。せめて、当事者親の意見を拾ったことはあるのだろうか。

次世代を担う子どもの健全育成に、離婚法制度が及ぼす影響を子どもの置かれた現状を知らずにどうして語り得ようか。

離婚後一人親家庭に対する経済施策の充実も大事である。

しかし、「離婚紛争」は、子どもにとってそれまで生きてきた人生経験の中で、おそらく最も大きな危機的な体験である。そして、その経験は時に大きく深刻に子どもを傷つけている。

私が、大分の片田舎でかいま見る子どもの姿、そしてその声は、そうした重大な「危機」において、子ども代理人を切望しているように思えてならないのである。

特集 2

家事事件における子どもの地位—「子ども代理人」を考える

「子どもの代理人」制度の実践とあるべき姿



東京弁護士会会員

川村百合 *Kawamura, Yuri*

- I はじめに
- II 虐待を受けた子どもの代理人の必要性
- III カリヨン子どもセンターの「子ども担当弁護士」
- IV 米国の制度
- V 人身保護請求事件の国選代理人制度
- VI あるべき子どもの代理人制度の提案

I はじめに

子どもが司法手続や行政手続の中で、自らの人生に影響を及ぼす事項に関して意見を表明する権利は保障されなければならない(子どもの権利条約12条)。

しかし、わが国では、非行を犯したとして家裁送致された少年が少年鑑別所に身体拘束された場合でさえも、必ずしも国選付添人が選任されるわけではなく、いわんや少年事件以外の裁判においては、子どもが実質的な当事者であって、裁判の結果に最も利害関係を持っていても、形式的には当事者とはされておらず、子どもに

国選代理人がつく制度にもなっていない。

そのような中で、NPO法人カリヨン子どもセンター(現在は社会福祉法人)が2004年6月に開設した子どものためのシェルター「カリヨン子どもの家」では、独自に「子どもの代理人制度」を取り入れている。

本稿では、児童福祉の分野において、現在の法制度の下で実質的な「子どもの代理人」活動を試みている立場から、子どもの代理人制度の必要性と、その制度のあり方について論述したい。

II 虐待を受けた子どもの代理人の必要性

親から虐待を受けた子どもが親から分離される手続は、緊急には、児童相談所長の権限で行われる一時保護(児童福祉法33条)がある。そして、原則2か月以内とされている一時保護期間中に、児童相談所は、子どもを児童養護施設等の福祉施設に措置するかどうかの判断をする。

児童福祉施設に措置することに保護者が反対する場合には、児童相談所が家庭裁判所に審判を申し立て、施設入所の承認をもらう必要がある。

また、親族や児童相談所長から虐待親の親権喪失審判の申立がされるケースもある。

このいずれにおいても、一連の行政手続及び司法手続の中で、子どもはあくまでも保護・措置の客体に過ぎず、意見表明権が十分に保障されているとは言い難い。

親から引き離されるという、子どもにとって人生の重大な判断が、子どもの意見を代弁する弁護士のいないまま、子どもの頭上でなされていく。もちろん、中学生、高校生ともなると、子ども本人の意思を無視して保護することは現実には難しいため、事実上、子どもの意思を確認している例が多いが、法制度としては、必ずしも子どもの意見表明権を保障した手続とは言えない。15歳以上の子どもについて、保護者の意思に反して施設に入所させるために児童福祉法28条の審判が行われる場合のみ、子どもにも意見陳述の機会が与えられるが、28条審判を経る事案は少なく、それ以外の場面では、制度的には、子どもの意見表明の機会は保障される仕組みにはなっていないからだ。

そして、事実上、子どもが意見を表明すると言っても、児童相談所という行政機関に対して、子どもが独力で真の意見表明を行うことは簡単ではない。子どもが、意を決してその思いを伝えようとしても、頭ごなしに否定されて、その後は、「どうせ言っても無駄」と意見表明をする気力も失い、主体的な人生選択をあきらめるといふ子どもは少なくない。

ある女の子—A子—の話をしたい。A子は当時17歳だったが、長年、母親から虐待を受けていた。父親は見て見ぬふりをしていて、17歳になったときに、A子は児童相談所に保護を求めた。児童相談所は、一応、一時保護はしてく

れたが、その先の行き場として、働くことが前提の施設である自立援助ホームへの入所しか選択肢がないと言った。しかし、A子は納得できない。A子は「父親が母親と離婚して自分と一緒に暮らしてくれればよいのに、なぜ、悪いことをしたわけでもない自分が、家を出て、不自由な施設に住む必要があるのか。もし、父親が離婚に踏み切れないのであれば、自分がアパートでひとり暮らしをするから、アパート代を出して欲しい。」という気持ちを持っていた。しかし、そんなことを、A子が自分で児童相談所に言っても、誰も相手にしてくれない。児童相談所は、自分たちの権限としてA子を施設に入所させることはできるけれども、父親にアパート代を出せなどと言う権限はないし、言ってもどうせ無理だと思っているからだ。案の定、A子は、児童相談所の児童福祉司に自分一人では太刀打ちできない、と無力感にうちひしがれていた。

この段階で、縁あって、私がA子の「代理人」になった。代理人と言っても、もちろん、親権者からの委任を受けているわけではないから、現行法上は、厳密な意味での代理人とは言えないと解されるであろう。しかし、児童相談所も、委任状を見せろとまでは言わない。私が、A子の代理人として児童相談所に出向き、児童相談所の方針はA子の意思に反すること、したがって、彼女の希望をかなえるべく父親との仲介の労をとってほしいということを申し入れた。最初は腰が引けていた児童福祉司であったが、最終的にはA子の言うことに理があると分かってくれて、父親を説得してくれた。

これはほんの一例だが、往々にして児童相談所は、子どもを保護する際、子どもの適性や将来の進路の希望に必ずしも合致しない施設であっても、今は、この施設しか空きがないからと、空いている施設に押し込む傾向がある。また、高校に行きたいと希望している子どもに対し、

就労することが前提の施設を勧めたり、養育家庭を希望している子どもに、施設を勧めたりすることもある。

もちろん、根本的には、施設を含め社会資源の不足が問題なのだが、それでも、児童相談所が子どもの意見表明を真摯に受け止め、労力をいとわずに創意工夫をすれば、よりよい選択肢が見えてくることが多い。

子どもに代理人弁護士が必要なゆえんである。

III カリヨン子どもセンターの「子ども担当弁護士」

そこで、私を含めて、東京弁護士会の弁護士有志が「子どもの代理人制度」の創設を目指して独自の実践をしているので、紹介したい。

2004年3月、東京弁護士会に所属する弁護士有志と児童養護施設や児童相談所で勤務した経験のある児童福祉関係者有志らが協力して、子どもの救済活動等を事業目的とするNPOカリヨン子どもセンターを設立し、同年6月に法人認証を受けた(2008年3月からは社会福祉法人となった)。そして、都内に、全国で初めての子どものための民間シェルター「カリヨン子どもの家」(以下「子どもの家」)を開設した(その経緯は、拙稿「『もがれた翼』から生まれた『カリヨン子どもセンター』」(本誌第57巻第2号5頁参照))。

子どもの家が対象としているのは、親から虐待を受けるなどして親元に住むことはできないが、かといって、児童養護施設等への入所も法律上、あるいは事実上できない子どもたちである。今の日本の法制度や行政の仕組みの中で、救済から漏れてしまう子どもたち、制度の隙間に落ち込んでしまう子どもたち、すなわち、どこにも「居場所」がない子どもたちである。

そして、子どもの家が既存の児童福祉施設と違う一番大きな点は、入居する子どもには、必ず、「子ども担当弁護士」がつくということである。「子どもは保護の客体ではなく、人権享有主体である」という考えに基づいている。

子ども担当弁護士は、子どもの代理人ないし付添人として(少年事件で試験観察中の少年が子どもの家に入居することもあるが、その場合の子ども担当弁護士の法的地位は付添人である。)、子どもの意見表明を助け、自立を支援する。子ども担当弁護士は、なかなか子どもを保護しようとしにくい児童相談所に働き掛けて保護を要請することもあれば、子どもの意思を貫くために、児童相談所の方針に反対して子どもを守ろうとすることもある。

もちろん、ほとんどの子どもは、弁護士の知り合いなどいない。だから、東京弁護士会が実施している「子どもの人権110番」に、まず相談の電話を入れてもらう。

子どもの家にたどり着いた子どもたちへのスタッフと子ども担当弁護士の対応の基本は、「あなたは大切な人」というメッセージを送り続けることである。今まで、親から「ありのままの自分」を大切にされてこなかった子どもたちだから。心身に病的症状を現している子どもには、精神科医やセラピストと連携して、心の不安を取り除き、心身の健康を回復するために必要なケアを行っている。そして、これからの人生を「一緒に考えよう」というのがもう1つのメッセージである。子どもたちが背負ってきた人生の大きな苦しみから、短期間に私たちが「助けて」あげるなんておこがましいけれど、ここで立ち止まって一緒に考えることはできるよ、と。

そして、子ども担当弁護士は、子どもの家のスタッフと二人三脚で、子どもの支援をしていく。子ども担当弁護士の活動は、児童相談所と

の交渉、福祉事務所との交渉、親との関係調整、学業継続のための学校との交渉、アパートの確保とその契約上の問題の解決、職場での未払給与の請求、精神科やカウンセリング受診のアレンジ等々、多岐にわたる。

当初、福祉畑出身のスタッフの中には、児童福祉の現場へ弁護士が入ってくることへの抵抗感がなかったとは言えない。また、弁護士がいったい何の役に立つのかという疑問もあったようだ。しかし、その仕組みを作ってすでに6年、今では、弁護士が虐待を受けた子どもたちの自立を助ける上で「役に立つ」ということに異論はないようである（もちろん、児童福祉や児童心理についての最低限の知識は持っていることが必要であるが）。

しかし、独自の取り組みであるため、弁護士費用は公費からは出ない。現在の民事法律扶助制度も使えない。そこで、日弁連が法テラスに委託している「子どもに対する法律扶助制度」を使っている。

まだささやかな取り組みであるが、本来は、一時保護所や児童福祉施設に入所しているすべての子どもに弁護士がつくことが理想だと思っている。そのためには、日弁連の法律扶助制度では限界があり、子どもが公費で弁護士を依頼することができる制度の構築が不可欠である。

IV 米国の制度

私は、2009年9月に、日弁連の調査団の一員として、法律扶助制度の調査のために米国を訪問した。その中で、子どもの代理人制度と法律扶助制度のあり方についても見聞する機会に恵まれた。

欧米の子どもの代理人制度についての学術的

論考については、野田愛子先生の論文に譲るが、私が知ることのできた範囲で、実際の弁護士の活動について紹介したい。

米国では（すべての州の制度の確認はできていないが、今回調査の対象としたワシントンD.C.、メリーランド州、ニューヨーク州はもちろん、ほとんどの州で同じであると聞いた）、虐待を受けた疑いのある子どもが親から引き離されて保護される手続の中で、必ず、州（あるいはD.C.）の費用で、裁判所が子どもの代理人を選任する仕組みになっている。

例えば、ワシントンD.C.では、虐待を受けた子どもが親から緊急に引き離され、その後の処遇を決めるに当たっては、親子分離から24時間以内に、裁判所によって子どもの代理人が選任される。子どもの保護に当たる責任を負っているのは、日本の児童相談所に相当する行政機関「子どもと家族サービス局」（州によって名称は異なる）である。そして、親子分離から72時間以内に裁判所の審理が行われる。代理人弁護士がいないままに、子どもの処遇が決められていくということはない。子どもに国選代理人をつけることは、州憲法で認められた子どもの当然の権利だとのことであった。

もちろん、親にも代理人がつく。こちらも弁護士費用が払えない場合には法律扶助制度を利用することになる。

政府に子どもを「奪われる」かもしれない親にもきちんと弁護士が選任されて、適正手続の中で、州と闘うことになる。一方、子どもの代理人は、州とも闘うし、親とも闘う必要がある。

虐待が明らかに認められる事案であっても、洋の東西を問わず、子どもは親の元に帰って一緒に暮らしたいという気持ちを持つことが多い。親の元に帰るのがふさわしいかどうかという点については、「子どもと家族サービス局」と子ども＝子どもの代理人との間で、意見が異な

ることもある。子どもの代理人は、あくまでも子どもの意思を実現するため、いかなる家族支援・親支援をすれば親子再統合の条件が整うのか、という観点から、行政に物申していくことになるそうだ。

そして、子どもの代理人の仕事は、「子どもが永久的に安全な環境に住めるようになるまで」（ワシントンD.C.にあるChildren's Law CenterのJosh Gupta-Kagan弁護士の言葉）続く。前述のごとく、虐待が疑われて緊急に親子分離がなされた後、直ちに子どもの代理人が選任されるが、その後、子どもを里親に預けるかどうか、また、里親の元から他の里親に移すべきなのか、そろそろ家に戻すことができるのか、という状況を、半年ごとの家庭裁判所での審問でチェックされる。すなわち、裁判所が、1人の子どもが家庭に復帰するか自立できるようになるまで、フォローし続けるのである。さらに、虐待やネグレクトが主訴であっても、その背後に、あるいはそれに付随的に、学校で問題を抱えていたり、非行化が始まっていたり、逆に他の犯罪の被害に遭っていたり、家族が家族内の問題を抱えていたり、住宅問題を抱えていたりするから、それらの解決のための支援も子どもの代理人の活動と位置付けているとのことであった。

そして、その間は、子どもの代理人が活動を続けるのであり、活動が続く限り、裁判所から弁護士費用が支払われるそうだ。

日本で、実質的な「子どもの代理人」活動の実践を試みている私たちの活動と、米国で法的根拠に基づいて活動している子どもの代理人とで、活動のスタンスも、実際の活動内容も非常に似ていると感じた。子ども自身の希望と、長い目で見た場合の子どもの福祉は何かという判断との間で、弁護士としての悩みがあることも、私たちと共通のようであった。

児童虐待問題の深刻さは、米国は日本の比ではない。これが社会問題化したのも日本より早い。そういう意味で、「必要に迫られてやむなく」という言い方もできるのであろうが、児童虐待問題への取り組みの「先進性」でも、米国は日本の先を行くと言えるだろう。

虐待を受けた子どもの保護に当たって、子どもには国選代理人が選任され、子どもが意見を表明する機会が保障されていることや、さらには、本稿のテーマではないが司法面接の制度など、米国が作り出してきた制度は、わが国には欠けているものである。社会の病理を前提とした制度であるから、それを真似なくてもよい社会状況であるのならば真似る必要はないが、残念ながらわが国でも、米国の後を追うかのように虐待は深刻な社会問題化していることからすると、対応策に関しても、真似をしてでも良いところは取り入れ、子どもの成長発達権と意見表明権を保障するための制度を構築すべきといえるのではないか。

ちなみに、米国は、子どもの権利条約を批准していない世界でただ2つの国の1つである。子どもの権利条約を批准していなくても、米国は、子どもの意見表明権は認め、その行使を保障するための国選代理人制度も整備しているのである。わが国の制度が、いかに子どもを1人の人格と認めていないかということが、米国との比較でもよく分かる。

V 人身保護請求事件の国選代理人制度

なお、子どもに国選代理人が選任される例として、現行法上、人身保護請求事件の中の被拘束者の国選代理人制度があり、これが見本のようと言われることがある。確かに、わが国の司

法手続の中で、唯一、子どもに国選代理人が選任されるものとして貴重な制度ではある。

しかし、この手続の中での国選代理人の選任の仕組みや職務のあり方は、私が考える子どもの代理人制度とは異なる。

というのは、人身保護請求手続は、もともとが子どもの奪い合いのケースを想定して作られたものではないため、その適用場面が最高裁判例によって限定されてきたという歴史を持つ。その結果、子どもを拘束している者に子どもの監護権がないことが明らかなケースにおいてしか、この手続を利用することができないこととなり、最高裁判例に従えば請求が形式的に成り立つケースにおいて、子どもが拘束者の元に留まりたいという意思を示しているからという理由で、請求が棄却されるという例はまずない。すなわち、せつかく子どもに国選代理人がついても、子どもの意思・意見を裁判の結論に反映させる余地がないに等しく、子どもの意見表明権保障という観点からは、国選代理人が十分に機能しているとは言い難い。国選代理人は、裁判所から、基本的に子どもの安否確認、監護状況の確認と出頭確保のための説得などが期待されるのみで、裁判所には(制度上の制約があるのでやむを得ないが)、子どもの意見を人身保護請求を認容するかどうかの裁判に反映させるという発想はない。

また、人身保護請求手続において、国選代理人の報酬は、請求者が予納するというようになっており、予納できない当事者には使えない制度である。

子どもに代理人をつけることは、大人の側の権利ではなくて、子ども本人の権利であるべきであるし、報酬を予納する当事者と子どもとの間で利害が対立することも想定されることから、子どもには、公費で国選代理人が選任されなければならないと考える。

VI あるべき子どもの代理人制度の提案

以上より、児童虐待等を理由として親子分離や親権制限がなされる場面での子どもの代理人制度は、以下のようなものであるべきと考える。

- ① 親子分離や親権制限を行い、あるいは行うことの是非を判断する手続において、それが行政手続であると司法手続であるとを問わず、子どもの手続への参加権(手続によっては申立権)を認めるべきである。
- ② 子どもが手続に参加するに当たっては、その参加権を実質化するために、公費で、弁護士である子どもの代理人が選任されるべきである。代理人選任が子どもからの請求によるものとするか、職権によるものとするかは意見が分かれる可能性があるが、対象事件の全件で子どもの代理人が選任される制度にならず、裁判所の裁量選任とされる場合には、子ども自身の請求による選任の余地を残すべきであろう。
- ③ 児童相談所による一時保護によって親子分離された子どもには、分離後速やかに、公費で、弁護士である国選代理人が選任されるべきである。親子分離の場合には、国選代理人は必要的選任の制度であるべきである。
- ④ 行政権限による親子分離を伴わなくても、子どもと親権者の間で紛争が生じ、子どもが要保護状態になっている場合には、子どもが公費で弁護士である代理人を選任することができる制度を作るべきである。この場合には、裁判所が代理人を選任する国選代理人方式にするのではなく、子どもが弁護士を依頼する権利(行為能力)を認め、弁護士報酬は、償還の必要のない民事法律扶助制度を使えるようにするという方式が考えられる。

特集 2

家事事件における子どもの地位—「子ども代理人」を考える

子ども代理人制度への疑問

東京弁護士会会員

金澄道子 *Kanazumi, Michiko*

- I はじめに
- II 子どもの意見表明権と後見主義のバランス
- III 子ども代理人は何を代理するのか
- IV 子ども代理人の役割と調査官調査との関係
- V 費用負担の問題
- VI 子ども代理人の資格
- VII その他の疑問
- VIII 調査官制度の充実
- IX 子どもの利益を考慮した離婚制度の必要性

I はじめに

子ども代理人制度は、親権の内容、離婚後の親権の帰属といった実体法である親権法そのものの改正ではなく、手続法である家事審判法の中での新たな制度の提言であるが、今後の親権法の改正にも影響を及ぼす課題である。子ども代理人は虐待などにより親権を制限・停止する現在の児童福祉法等の行政手続の中でも考えられるが、ここでは家事事件に限定して考える。

日本が1994年に批准した子どもの権利条約は、子どもの最善の利益の考慮、自己の意見を形成する能力のある子どもの意見表明権及び意見を聴取される機会を与えられる権利を定めて

いることから、両親の離婚等子どもの人生に大きな影響を及ぼす争いの手続においては、子どもの意見を聞き、斟酌し、結果について子どもに説明をし、子どもの納得を得る必要があることは当然である。しかし、それら子どもの権利は、子ども代理人制度を創設しなければ実現できないのであろうか。

子ども代理人制度の創設について日弁連が弁護士会等に意見照会をしたところ、子ども代理人の費用を当事者が負担することへの懸念と、同制度の代理人を弁護士に限ることへの疑問が寄せられた。そこで、本稿はこの2点を含め、子ども代理人制度に対する疑問点を整理してみたい。

II 子どもの意見表明権と後見主義のバランス

子ども代理人制度のめざすところは、子どもの意思を手続に反映させることと子どもを手続の主体として扱う手続保障が中心であるから、その理念からすれば、前提として子ども自身が両親の離婚後誰と生活をするのか、非監護親との面会交流をどの程度行うのかなど自らの生活

設計について考え、意向を明確に持ち、それを子ども代理人に伝えることが必要となる。

もちろん日本においても、子の意思は「子の福祉」の重要な判断要素であるため、小学校高学年程度になれば子どもの意向を聞くが、示された意向に至ったプロセスが妥当なものなのかを十分吟味するなど、子の年齢・発達段階に応じたきめ細かい対応により「子の福祉」を判断している。そのため、子の意向調査にあたって「子を、両親のいずれかを選ばせるという状況に置くことは、子の忠誠葛藤を高めたり、自分が親を捨てたのではないかという罪悪感を刺激して、子に過大な心理的負担を課す危険性がある」（小澤真嗣「家庭裁判所調査官による子の福祉に関する調査」家裁月報61巻11号 2009年）とあるとおり、調査官は子どもに対して親を直接選ばせるような質問を避けつつ、親に対する心情や将来に対する意向を探ったうえで、環境等の客観的な事情をも考慮し大人の責任で決める、という構造になっている。

子ども代理人制度は、このような従来からの家事事件における後見主義的な要請と子どもの意見表明権の微妙なバランスの上に成り立っていたこれまでの手続から一步踏み出すことになる。特に、子どもに将来に向けてどのような生活を望むかの選択を促し、子どもの意向を前面に押し出す制度となる点で、子どもの自己責任論に通じることになる。

III 子ども代理人は何を代理するのか

(1) 子ども代理人の根本的な議論として、子ども代理人は子どもの主観的意思を代理するのか、子どもの最善の利益を代理するのかという問題がある。諸外国の制度は分かれており、ドイツは前者、オーストラリアは後者にそれぞれ該当

し、アメリカではこれらが混在しているといわれている。

(2) 主観的意思を代理するモデル

ドイツでは、手続保護人(子ども代理人に相当する)は「子の主観的利益を確認し、主張することを責務とする。決して、子の利益の中立的観察者でも、子の福祉の客観的探求者でもない」（岩志和一郎「ドイツにおける子どもの代弁人」判タ1208 2006年）とされることから、手続保護人が活動する前提として子どもが自らの将来について明確な意思をもっていることが必要となる。さらに、「子の意見聴取の実施後、それが適切に考慮されているかどうかの判断を子自身に与え、適切に考慮されていないと子が判断した場合には、法的手続を執ることが認められている。（中略）子のために効果的な抗告の可能性を開くことは、特別な重要性がある」（佐々木健「ドイツ親子法における子の意思の尊重」立命法学306号 2006年）とされているため、手続保護人に抗告権まで認めている。このように考えてゆくと、子どもの主観的意思が最善の利益と矛盾する場合であっても、裁判所の判断は子どもの意思に沿ったものにならざるを得ないのかといった、裁判所の役割についての問題に結びつく。また、子どもが年齢的に意向を表明することができない乳幼児の場合や忠誠葛藤等により自らの意思を表明しない、したがらない場合、代理人はどのように行動すべきなのかなど、様々な疑問が浮かび上がる。

(3) 最善の利益を代理するモデル

一方、最善の利益としても、様々な問題がある。まず、子ども代理人は「代理人」でありながら子どもの主観的な意向に反して行動することができるのであろうか。アメリカの訴訟後見人＝GAL(子ども代理人に相当する)の場合は、子どもに対して「子どもの意思に関わりなく子どもの最善の利益と思うことを代理することを説明しなければならない。しかし、最終決定者は

弁護士ではなく裁判官であることも付け加える必要がある」(山口亮子「アメリカにおける子どもの代理人制度」判タ1208 2006年)とされており、子どもの主観的意向にとらわれない活動ができる。しかし、それでも代理といえるのか、子どもはそのような活動をする代理人を解任することはできるのか、という問題が生じる。そして、最善の利益を判断するのが子ども代理人だとすれば、代理人の経験や主観に影響されることは避けられない。また、調査官も家庭裁判所も、子ども代理人と同様に後見的立場から子の最善の利益を判断するが、それらの役割と子ども代理人の役割はどこが違うのだろうか。

このように、子ども代理人制度にも様々なモデルがあり、いずれのモデルをとってもそれぞれに抱える問題があることは否定できない。

IV 子ども代理人の役割と調査官調査との関係

(1) 諸外国で子ども代理人制度が導入された理由
日本と手続法の枠組みが異なっているドイツ・オーストラリアで子ども代理人が導入された背景には、それぞれ独自の理由がある。

ドイツにはそもそも調査官制度がないため、子どもと面接をしてその主観的な意思を裁判所が知るには、子ども代理人が必要となる。「ドイツの家庭裁判所は自前の調査機関を持たないが、少年局や鑑定人を使って客観的な調査をすることはでき、他方で手続保護人を介して子の主観的利益を主張させ、最終的に子の福祉を基準として判断することになる」(前掲「ドイツにおける子どもの代弁人」とあるとおり、裁判所は、子ども代理人を選任することで子の意向を知り、それを裁判に反映させるのである。

日弁連が調査に赴いたオーストラリアは、完全な対審構造と厳格な証拠法則を採用している

ことから、裁判所が自ら福祉局などの外部機関にある子どもの客観的状況を示す資料を収集することはできない。そのため、子どもの独立代理人(子ども代理人に相当する)を選任し、サピーナ(文書提出命令状)を許可することで外部の資料を収集・提出させるのである(「オーストラリアにおける『子どもの独立弁護士』視察報告書」日弁連家事法制シンポジウム「家事事件における子どもの地位—『子ども代理人』を考える」資料 2009年)。なお、子どもの意向は裁判所に属しているファミリーコンサルタントが作成するファミリーレポートに記載され、これは原則として証拠となる。

アメリカでは家族法は州法であるため州によって制度は異なるが、監護権訴訟において徹底した当事者主義をとりながら、裁判所が子どもを調査する機能を持たない州もある。そのため、子どもの利益を守る必要上、子どもを調査し情報提供を担うものが必要とされ、子どもの代理人制度が広まっていったと思われる(前掲「アメリカにおける子どもの代理人制度」)。

このように、子ども代理人が選任されている国には、それぞれ独自の理由がある。

一方日本では、子どもの主観的意向及び客観的状況を裁判所が直接調査する調査官制度があり、その結果得られた子どもの意向や子どもの生育環境、保育園・幼稚園等での様子などはいずれも調査報告書にまとめられ、必要に応じて審判・訴訟のいずれにおいても裁判所の判断資料になる。したがって、子ども代理人制度の必要性について諸外国と一様に論じることはできない。

(2) 子ども代理人と調査官の役割の重複

もともと、調査官が各国の子ども代理人が担っている機能と全く同じ働きができるわけではない。

しかし、ドイツのモデルのように、子ども代理人の役割が「子どもの主観的な希望や考え方

を裁判所に伝えるメガホンであり、また子に裁判手続を理解させる補聴器でもある」(前掲「ドイツにおける子どもの代弁人」とすれば、日本の調査官調査も工夫次第で類似の機能を果たすことは可能である。もちろんこれまでの調査官調査では十分とはいえない部分も多々あり、その改善の方向については後述するが、子どもの意向の把握は調査官の専門的知見が十分に発揮される場面である。調査官が提出した調査報告書は調停・審判・訴訟のいずれの段階においても裁判所に提出され、それらは各段階で話し合いや判断の資料として活用することができるのであるから、調査官調査のより一層の充実・強化を図れば、子どもの意向を裁判所に伝えるという子ども代理人制度の機能は果たすことができる。

もう一つの子ども代理人のモデルである子の最善の利益を裁判所に伝えることを職務とする場合を考えても、調査官は子どもの養育に関与している外部機関等への調査を行うこともでき、それら客観的な監護状況等の資料は裁判所に提出される。さらに、調査官はそれらの資料を踏まえて子の最善の利益の実現のために意見を書いているのであるから、子ども代理人が行うべき機能とほぼ重なる活動をしていることになる。

したがって、いずれのモデルを考えても、子ども代理人が調査官と並行して活動することは、屋上屋を重ねることになる可能性があるとともに、子どもに複数回の調査を強いることでさらなる負担をかけることにならないか疑問がある。

V 費用負担の問題

実務家として、子ども代理人制度について考える際に忘れてはならないことは、その費用負担についてである。どんなにすばらしい制度で

も、それが高額の費用を要するものであれば利用できる当事者は限られ、逆に不平等・不公平になる。

ドイツでは手続保護人の費用は原則として無償とされているが、業として手続保護を行う場合には1時間19.5ユーロから33.5ユーロ(約2500円から4350円)の報酬を受けるとされており(前掲「ドイツにおける子ども代弁人」)、総額ではおよそ三千数百ユーロ(約40万円程度)になると聞いている。オーストラリアのニュー・サウスウェルズ州では、2008年には1151件の事件で子どもの独立弁護士が選任され、それに対するリーガルエイドの支出は400万ドル(約3億2000万円)になる(前掲「オーストラリアにおける『子どもの独立代理人』視察報告書」とのことであるから、平均すると1件あたりの支出は約28万円程度となる。

翻って日本の現状を見ると、家庭裁判所の調停段階では弁護士を依頼したくともできない当事者が多い。法テラスによる代理援助の制度があるが、原則として費用は償還しなければならず、援助費用の額を聞いて弁護士への依頼を躊躇する人も少なくない。このような当事者がさらに子ども代理人の費用負担が必要になる場合があると知れば、子どもを巡る紛争をあきらめざるを得なくなる。そのため、全額国費負担とする考え方もあるが、現在の司法予算では実現困難であろう。

VI 子ども代理人の資格

子ども代理人の資格を弁護士に限るとする考え方があり。しかし、子ども代理人が子どもの主観的な意思を代理するのであれば、弁護士に限定する必要はない。むしろ児童心理に通じ、子どもとのコミュニケーション能力に長けた臨

床心理士・ソーシャルワーカーなどの方がふさわしいと思われる。ドイツでは手続保護人となるために12ヵ月程度の研修が義務づけられていることからしても、その必要能力が法的な素養とは異なることがわかる。子どもの最善の利益を代理するとしても、弁護士に限る必要はない。むしろ、子どもの生育歴・環境・親の養育能力などを評価するための心理学・社会学的知見を持つ専門家がふさわしいのではない。

オーストラリアをみても、子どもと直接面談し子どもの意向を盛り込んだファミリーレポートを書くのは裁判所に所属しているファミリーコンサルタントであり、正式な訴訟になることが想定される段階になってはじめて、サピエナの活用・証拠収集・提出・尋問などを行うために法的手続に長けた弁護士が子どもの独立代理人となる。

結局、子ども代理人の資格は子どもの何を代理するか、手続のどの段階で選任されるのかといった、職務と権限によって決まることになる。

VII その他の疑問

オーストラリアでは、子ども代理人制度が存在することで紛争の当事者の目を子どもに向けさせることができ、和解がしやすいと言われている(前掲「オーストラリアにおける『子どもの独立代理人』視察報告書」)。しかし、調査官の作成する報告書でも調査の内容として子どもの意向は記載されており、手続の各段階における調停委員・調査官・審判官等の運営次第によっては、当事者の話し合いを子ども中心のものに持つてゆくことは可能であろう。

また、子ども代理人がつくことで手続が対立当事者に加えて子ども代理人を含めた三者構造

になることから、調停等の運営がどのように行われるのか、現段階ではイメージを持つことが難しい。しかも、現在より複雑になることは避けられないであろうから、解決までの時間がかかるおそれがある(前掲「アメリカにおける子どもの代理人制度」・同「オーストラリアにおける『子どもの独立代理人』視察報告書」の家庭裁判所訪問の中でも同様の指摘がなされている)。

そのほか、子どもに対して手続結果の説明とその受け入れに向けての環境調整といったトータルなサポートができることを子ども代理人に期待する見解もある。しかし、子ども代理人はあくまでも家事事件の手続における制度であり、福祉的機能を担うものではないのであるから、そのような期待は過大なものではないだろうか。

VIII 調査官制度の充実

既にIV(2)において述べたとおり、現在の調査官が子ども代理人に期待される役割を完全に果たしているとはいえない。時に安易な監護実績の尊重、忠誠葛藤をおそれるあまり消極的にしかなされない意向調査、裁判官の意向の過度の尊重、ジェンダーの視点のない調査、調査結果に従うことを条件とした調査など、様々な問題点を抱えている。また調査官の人数が少なすぎ、調査に十分な時間をかけられない現状もある。しかし、専門的知見を有する調査官の調査を当事者が費用の心配をせずに受けることのできる利点は大きい。したがって、調査官制度を改善し強化させることこそ、今後の家事事件手続の充実のために必要だと考える。

具体的には、両親の葛藤が強い事件では、子の意向・状況調査を行う調査官は両親の調査を行う調査官と分け、子の意向をじっくり聴取し、親の状況とはかかわりなく独立して裁判所に伝

わるように工夫する。また、兄弟姉妹がいる場合には、子ども一人一人に独立した調査官を付けることも考えられる。そして、子どもからも調査官に積極的に連絡が取れるような体制をとり、少なくとも裁判所での手続継続中は子の意向を十分にくみ取る仕組みを作るべきであろう。

ただし調査官も子ども代理人と同様、裁判所での手続の範囲内で活動するに過ぎない。子ども代理人に裁判手続の前後を通して子どものサポートをするドイツの少年局のような機能を期待する考え方もあるが、それは手続法を超えた分野であろう。

IX 子どもの利益を考慮した 離婚制度の必要性

最後に、日本の離婚制度と子どもの福祉・最善の利益について考える。

ドイツ・オーストラリア・アメリカなどの離婚制度は、いずれも裁判所による裁判離婚しかなく、各国はその手続の中で子どもの権利をいかに保護するかを考えてきた。しかし、日本で

は離婚する約90%の夫婦が裁判所の関与のない協議離婚をしており、その中では子どもの意見表明権はおろか子どもの最善の利益は制度上保障されていない。子どもにもっとも影響を及ぼす親権の帰属をはじめ養育費・面会交流もすべて親の協議のみで決められてしまい、その中には夫婦の力関係の差により実質的に協議できていない事案が多数含まれている。とすれば、家庭裁判所を利用した離婚手続のみに適用される家事審判法の中に新たに子ども代理人制度を設けることよりも、大多数が利用する協議離婚という制度の中に子どもの福祉・最善の利益を考慮する仕組みを導入することがまず考えられるべきではないだろうか。

また、さらに重要なのは、離婚後の長い生活の中での子どもの福祉の充実である。養育費の取り決めや仮に決めたとしてもその確保もままならず、非監護親との面会交流も円滑には進まない現状からすれば、離婚家庭で育つ多くの子どもの毎日の生活に直結した養育費の支払い確保策と面会交流のサポートの制度を設けることこそが、子どもの権利を確保するための喫緊の課題ではないだろうか。

