

平成22年5月

子どもの代理人制度(仮称)の必要性に関する報告
(子の裁判手続上の地位と適正手続についての一考察)

第一東京弁護士会
少年法委員会
子どもの代理人制度研究部会

目次

第1章 報告の趣旨	5
第2章 提言の理由	6
第1 子どもの代理人制度の必要性	6
1 裁判手続における子の意思の尊重	6
(1) 子の監護に関して子の意思が争点となった事例	6
(2) 家裁調査官の調査が争点となった事例	7
(3) 明文化されていない利害関係人が監護者指定の申立てをした事例	8
(4) 小括	9
2 子の意思の尊重と子どもの権利条約	9
3 現行裁判手続における子の地位	10
(1) 人事訴訟法13条, 32条4項	10
(2) 家事審判法12条	11
4 裁判手続における子の当事者性	11
第2 現行法下での子の法的地位の保障とその限界	13
1 子の実体法上の権利	13
(1) 子の養子縁組について	14
(2) 親の離婚に伴う子の権利	15
(3) 親の虐待等の要保護児童の権利	15
(4) 後見関係	15
(5) 親子関係	15
(6) 相続関係	16
2 特別代理人制度	16
(1) 問題の所在	16
(2) 民法826条制定の沿革	16
(3) 「利益相反」を問題とする対象	17
(4) 「利益相反」の判断基準	17
(5) 民法826条違反の効果について	17
(6) 特別代理人制度運用の現状	17
(7) 特別代理人制度の限界	18
3 裁判手続上の地位	19
(1) 当事者能力	19
(2) 訴訟能力	19
(3) 当事者適格	21
(4) 子の意見陳述権	22
4 被拘束者の代理人制度	26
(1) 人身保護制度の概要	26
(2) 子の引渡請求としての人身保護請求について	26

	(3) 子が自ら請求者となって人身保護請求をする場合	28
	(4) 小括	29
第3	家裁調査官による子の意向調査と子どもの代理人の関係	30
1	子の監護を巡る紛争における家裁調査官の調査	30
	(1) 家事事件(家事審判・家事調停事件)における家裁調査官の調査	30
	(2) 離婚訴訟事件の附帯処分の審理における家裁調査官の調査	30
2	家裁調査官の調査とは異なる子どもの代理人の必要性	31
	(1) 子の意見表明権の手続的保障	31
	(2) 和解による解決の促進	32
第3章	海外の制度	34
第1	ドイツ「子どもの代理人制度」—手続保護人から手続補佐人へ	34
1	ドイツの家事事件に関する法制度(概要)	34
2	ドイツにおける子の実体法及び手続法上の地位	34
	(1) 子の意見陳述権—F a m F G 1 5 9条ほか	35
	(2) 少年局の関与	35
3	ドイツ手続補佐人(旧「手続保護人」)制度の内容—F a m F G 1 5 8条ほか	36
	(1) 適用範囲	36
	(2) 選任の手続・要件等	36
	(3) 資格・研修	37
	(4) 権限(任務)—F a m F G 1 5 8条4項	37
	(5) 手続保護人活動の実務	38
	(6) 報酬・経費	40
第2	オーストラリアにおける子どもの代理人制度	43
1	オーストラリアの法制度概説	43
	(1) オーストラリアの法制度	43
	(2) オーストラリアの離婚制度	43
	(3) 離婚手続と子の問題	44
2	オーストラリアにおける子どもの代理人制度	
	—「子どものための独立した弁護士」制度	44
	(1) 子どものための独立した弁護士制度の導入	44
	(2) 適用範囲	44
	(3) 選任権者	45
	(4) 選任費用	45
	(5) 役割	45
	(6) 解任	46
	(7) 弁護士研修プログラム	46
第4章	総括と提言	48
第1	総括	48
1	現行法制度の限界	48
2	異なる立場	48

3	総括	49
第2	制度内容	49
1	適用範囲	49
2	選任権・選任申立権	49
3	選任の手續・要件	50
	(1) 必要的選任	50
	(2) 任意的選任	50
	(3) 選任方法	50
	(4) 対象年齢	50
4	子どもの代理人となるべき者の資格	50
5	研修制度	50
6	子どもの代理人の権限と役割	51
7	子どもの代理人の報酬	51
	資料編	53
	編集後記	

法令等略称

民事訴訟法：民訴法
 人事訴訟法：人訴
 人事訴訟規則：人訴規
 家事審判法：家審
 家事審判規則：家審規
 特別家事審判規則：特別家審規
 非訟事件手続法：非訟
 児童福祉法：児福
 人身保護法：人保
 人身保護規則：人保規

第1章 報告の趣旨

本報告書は、離婚等の裁判手続における子¹の法的立場を考察したものである。

近年、諸外国特に欧米各国においては、一定期間の別居を離婚原因とする破綻主義離婚法が広まり、当事者が離婚を争うことはほとんど無くなった反面、子の監護及び面会交流を巡る紛争が激化するとともに、子の権利保護の観点から、裁判所が「子どもの代理人」(仮称)³を選任して裁判手続に参加させる制度が広まってきている。

このような流れの背景には、子は保護の対象や親の所有物ではなく、独立の人格として尊重され、適正手続の保障を図るべきであるという考え方が強まってきたという事情がある。

また、国連の「子どもの権利条約」を批准した加盟国は、子に関わるさまざまな制度において、子の権利、子の最善の利益(同条約第3条)、意見表明権(同条約第12条)に配慮する義務を負うことになった。我が国も、平成6年子どもの権利条約に批准し、その立場から国内法の検討を行ってきている。しかし、我が国の場合、民法その他の実体法上、また手続法上、子には一定の法的地位が認められているものの、離婚等における監護者の選任、そして、その後の解任・選任手続、その他子に関係する手続において、子の立場から独自に意見を表明し、その法的利益を主張する十分な地位を与えられているとは必ずしも言えない。

当会少年法委員会は、平成20年春に子どもの代理人制度研究部会を正式に立ち上げ、平成20年4月9日の第1回部会から現行法上の子の法的地位と「子どもの代理人制度」の必要性等について検討を重ねてきた。子は、保護の対象や親の所有物ではなく、独立の人格として尊重されるべきであるという基本的な考え方からすれば、親権に服する子について手続保障の観点から、その一手法としての「子どもの代理人制度」を検討することは極めて重要であると考ええる。

その成果の一部が本報告書であり、子の権利擁護の立場から様々の提言をし、世に問うこととした。

1 本報告書において、「子」とは民法上の未成年者を言う。民法4条は「年齢二十歳をもって、成年とする。」と定める。また、子どもの権利条約は、その第1条に定義を置き、「18歳未満のすべての者」と定め、例外として「その子に適用される法律によりより早く成年に達したものを除く。」としている。

2 本報告書においては、「子の権利」「子の最善の利益」「子の福祉」「子の主観的利益」「子の利益」等と表現しているが、原則として、実体法、手続法における子の法的利益、権利を表現している。しかし、これら「子の権利」「子の利益」等の意義については、さらに、その外延まで具体的に検証されるべきであると考ええる。

なお、民法817条の7(特別養子縁組)では「子の利益のため特に必要があると認めるとき・・・」、同819条6項(親権者の変更)では「子の利益のため必要があるときは・・・」と「子の利益」に触れている。「子の利益」とは何かについては、新版注釈民法(25)親族(5)57頁(山本正憲)は「子の福祉のために必要であれば・・・」とする。また、家裁月報第59巻第12号26頁(阿部 潤)は親権者の指定は「子の福祉の観点から」の判断であるという。

3 本報告書においては「子どもの代理人」という用語を使用している。しかし、ドイツにおいては、手続「保護人」から手続「補佐人」と表現を変え、オーストラリアにおいては「子どものための独立した弁護士」と表現されている(どちらも日本語訳)。当部会においても、制度の名称について検討がなされてきているが、将来構築されるであろう制度の内容によっては、「代理人」という表現は必ずしもふさわしいものではないとも思われる。そのため、本報告書においては、仮称として「子どもの代理人」という表現を使用することとした。

第2章 提言の理由

第1 子どもの代理人制度の必要性

1 裁判手続における子の意思の尊重

離婚に際して、子の監護者は、父母の協議、また父母の協議が整わないとき（協議をすることができないとき）は裁判所が定める（法766条⁴）とされる。監護者の指定は、当然のことながら、子の成長発達権、子の福祉を確保する上において極めて重要である。そのため、子の意思の尊重という観点から、後記のとおり家事審判規則54条、人事訴訟法32条4項は、裁判所に対して、15歳以上の子について、その陳述を聴取することを義務付けている。この聴取手続は、子自身が作成した書面の提出で済む場合もあると思われるが、家庭裁判所調査官（以下、「家裁調査官」という。）が子と面談して行われる場合が多いと思われる⁵。

しかし、果たして、子の意思はどのように尊重されているのであろうか。いくつか事例を見ていきたい。

(1) 子の監護に関して子の意思が争点となった事例

子の意思が争点となった事例がある（東京高裁決定平成15年3月12日家裁月報55巻8号54頁）。

子の引渡審判に対する抗告事件である。

原審 申立人：母親 相手方：父親

申立ての趣旨：相手方は申立人に未成年者ら（6歳男児，4歳女児）を引き渡せ。

【事案の概要】

- ①申立人と相手方は協議離婚をしたが、申立人と相手方は未成年者らの親権者を誰とするか実質的な協議をしたことがなく、申立人が離婚届提出の際、自らを親権者として届出をした。
- ②離婚原因は、申立人が飲食店を経営していたところ、男性客と不貞関係を持つようになり、これが相手方に発覚したことから、申立人から相手方に離婚を申出たことにある。
- ③申立人は離婚後も飲食店経営のため、相手方及び未成年者らと相手方の住所地で同居していた。しかし、相手方と喧嘩をしたことから、申立人は実家である申立人の住所地に別居した。このとき、未成年者らは保育園に行っていたことから、申立人は一人

⁴ 民法第766条第1項は「父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者その他監護について必要な事項は、その協議で定める。協議が整わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所が、これを定める。」と定める。

⁵ ジュリスト1301号38頁秋武憲一「陳述聴取の方法として、未成年子が作成した書面の提出だけで済むものが大半である。事案によっては、直接意向を確認する必要があるとして、裁判官が子から審問（証人尋問を実施することも理論的には考えられるが、実際には行っていない）をしたり、家裁調査官による事実の調査として行っている。」

で家を出た。

④申立人は、その後、未成年者らを引き取るべく相手方と折衝をしたが、拒否された。

⑤男児は父親と生活し、地元の小学校にも通い、自分の意思としても父親と生活したい意向を表明し、家裁調査官の調査においても、男児は相手方との生活を望んでいる旨意思を明確にしていた。

原審は、6歳男児につき申立てを却下。

即時抗告 抗告人：母親 被抗告人：父親

これに対して、東京高裁は、「協議離婚において、未成年者らの親権者となった抗告人（母親）が、非親権者であって監護者でもない被抗告人（父親）に対して子の引渡を求めらるるもので、被抗告人は子を監護する権限を有するものではなく（現在は未成年者らを事実上養育しているに過ぎない）、被抗告人には子の引渡を拒絶しうる法律上の根拠はないのであるから、子の福祉を実現する観点から、抗告人の申立てが子の福祉に反することが明らかかな場合等の特段の事情が認められない限り、本件申立てを正当として認容すべきものであると解される。」として、原審判を取り消し、母親への子の引渡を命じた。

本件において、子の意思はどのように尊重されたのであろうか。

(2) 家裁調査官の調査が争点となった事例

監護者の決定に唯一の証拠となった家裁調査官の調査が争点となった事例がある（東京高裁決定平成15年7月15日）⁶。

子の監護者の指定及び子の引渡各審判に対する抗告事件である。

抗告人：父親 被抗告人：母親

【事案の概要】

父母は別居中

子（長男4歳）は父親の元で生活

この事案は、原審の裁判官が、子の監護者決定にあたって当事者である両親を審問することもなく、家裁調査官の調査報告書を判断の唯一の資料として母親を監護者に指定したことから、父親から抗告がなされたケースである。

抗告理由では、家裁調査官の報告書について、① 家裁調査官が未成年者の監護者は母親である被抗告人が適当であるとの当初の先入観をもって調査したのではと思われるほど、被抗告人に著しく傾斜した調査がなされている ② 子の監護者の指定の基準とされる未成年者の状態（心身の状態、発達程度、居住、教育などの環境問題）や、将来の見通し、監護者の適性、経済状況、現在の監護を変更しなければならない必要性に対する調査が十分ではない等が挙げられた。

東京高裁は、家裁調査官の報告書については「未成年者らにおいて、抗告人及び被抗告人につき内心でどのようなイメージを持っており、真に何を願望しているかにつき踏

⁶ 判例タイムズ 1131号228頁

み込んだ調査がされていないことから、結局、結論意見に説得力を欠くものとなってしまっているとみえる。」と判断したが、直ちに抗告人を監護者とすべきものとの結論に結びつくものではなく、「未成年者らにとって、現下の最善の利益は、被抗告人から心身にわたる監護を受けて継続的情緒の交流を保ち、その母性に日常的に接することであると判断される。」として抗告を棄却した。

この裁判において、家裁調査官の調査報告書では、子の意思は必ずしも明確に確認されず、裁判に反映されていない。しかも、家裁調査官の報告書が信用性の疑われる証拠としてさらされた。

(3) 明文化されていない利害関係人が監護者指定の申立てをした事例

両親が離婚し、父母のどちらかが監護者に定められたとして、その監護者も非監護者も子の養育に不適切である場合、子及びその他の利害関係を有する立場にある者は、どのような対応を取ることができるであろうか。

参考となる事例がある（東京高裁決定平成20年1月30日）⁷。

【事案の概要】

孫と同居している祖父母から親権者である母を相手に、監護者を祖父母とする監護者指定の申立てがなされたというものである。

親権者たる母親、そして非監護者である父親ともに子の監護をしないため、祖父母が実質的な監護者となって子を養育してきたが、その立場を明確にすべく、その祖父母が自らを監護者とする旨の申立てをした。

これに対して、東京高裁決定は、その祖父母の申立人適格を否定する判断を下した。理由は、祖父母には条文上監護者指定申立権がないということであった。監護者指定は民法766条⁸に定められており、これを受けて家事審判法9条1項乙類4号が定められている。申立人適格が父母にあることは解釈上当然のこととして、それ以外の第三者には申立権を認める明文がないというのである。

しかし、子の利益が親権者によって現実に害されている状況下（親権者による虐待、親権者の失踪その他の事由により親権の適切な行使ができない場合等）において、監護者の指定が子や適切な第三者からなされないとすれば、子は健全に成長発達する権利を奪われてしまうことになる。

⁷ 家裁月報60巻8号59頁

⁸ 民法766条1項「父母が協議上の離婚をするときは、この監護をすべき者その他監護について必要な事項は、その協議で定める。協議が整わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所がこれを定める。」とし、同2項において「子の利益のため必要があると認めるときは、家庭裁判所は、子の監護をすべき者を変更し、その他監護について相当な処分を命ずることができる。」と定め、これを受けて家事審判法9条1項乙類4号が定められている。

(4) 小括

このほか、離婚に際しては、子と非監護者との面接交渉（以下「面会交流」という。）の条件が定められるのが一般的である。しかし、その後、非監護者との面会が監護者によって拒否されるような場合、子は自らどのような手続をとることができるのであろうか。

以上、紹介した事例において、家裁調査官はいずれも、子に面接するなどしてその子の意思を裁判手続に反映させるべく行動している。しかし、家裁調査官の報告書が、客観的に必ずしも子の意思を反映させていないと指摘される現象が起きてしまっていることも事実である。

このような現象が起きる大きな要因の一つは、子が当事者として自分の立場を主張できない状態にあることである。

子の意見、意思を確認するシステムとして、裁判官、家裁調査官による子の意思の確認手続は無論重要である。しかし、子にとって親権者の指定・変更、監護者の指定・変更という極めて重大な事柄について、裁判所にも父母のどちらの立場にも立たない、もっぱら子の立場に立ったシステムを構築することの必要性が検討されるべき場面である。

2 子の意思の尊重と子どもの権利条約

平成6年、日本は子どもの権利条約を批准した。子どもの権利条約3条1項⁹は、子に関するすべての措置をとるにあたっては、裁判所によって行われるものであっても、子の最善の利益が主として考慮されるものと定め、第6条では子の生きる権利、育つ権利を、そして12条¹⁰において子の意見表明権を認め、自己の意見を形成する能力のある子が、その子に影響を及ぼすすべての事項について自由に自己の意思を表明する権利を確保すべく、子に影響を及ぼすあらゆる司法上及び行政上の手続において、国内法の手続規則に合致する方法により直接に又は代理人若しくは適当な団体を通じて聴取される機会を与えられると定めている。

子どもの権利条約は、直接に国内法として効力を有するものであるが、現行法では、どのように反映されているのであろうか。

民法は、子は親権に服するとし、子と親の利益の調整の手法として民法826条¹¹を定めている。財産法上、身分法上、親子間において利益相反が生じる場合には、特別代理

⁹ 子どもの権利条約第3条1項は「子に関するすべての措置をとるにあたっては、公的若しくは私的な社会福祉施設、裁判所、行政当局又は立法機関のいずれによって行われるものであっても、子の最善の利益が主として考慮されるものとする。」と定める。

¹⁰ 子どもの権利条約12条は意見を表明する権利を保障し、第1項「締結国は、自己の意見を形成する能力のある子がその子に影響を及ぼすすべての事項について自由に自己の意思を表明する権利を確保する。この場合において、子の意見は、その子の年齢及び成熟度に従って相応に考慮されるものとする。」、第2項「このため、子は、特に、自己に影響を及ぼすあらゆる司法上及び行政上の手続において、国内法の手続規則に合致する方法により直接に又は代理人若しくは適当な団体を通じて聴取される機会を与えられる。」と定める。

¹¹ 民法826条1項は「親権を行う父又は母とその子との利益が相反する行為については、親権を行う者は、その子のために特別代理人を選任することを家庭裁判所に請求しなければならない」と定める。

人を選任し子の利益を守ろうというシステムである。しかし、この特別代理人制度は、行為の外形から客観的に利害対立する場合に限られるというのが実務の趨勢である（形式説¹²）。したがって、実質的に親子間において利害が対立する場面では機能せず、子の最善の利益が必ずしも反映されているとは言えない。また、この特別代理人の選任について子に申立権があるかは条文上明確ではない。例えば、離婚の場合においては、離婚後の子の親権者・監護者の指定、子の養育費について夫婦間において協議されなければならないが、子自身の利害に関わることであり、実質的には父親、母親、子の三者対立構造にあるにもかかわらず、利益相反になるとは考えられておらず、現行法上、子は当事者的な立場を与えられていない。

それでは、子どもの権利条約は、子の法的利益を守るための裁判上の手続には、どのように反映されているのであろうか。

3 現行裁判手続における子の地位

(1) 人事訴訟法 13 条、32 条 4 項

人事訴訟法 13 条 1 項¹³によれば、人事訴訟においては未成年者であっても意思能力がある限りは、訴訟行為をすることができると解釈される。

その意思能力は個別に判断されるものの、民法 797 条¹⁴に鑑みれば、14、15 歳に達していることが必要と判断される場合が多いと考えられる。また、人事訴訟法 13 条 2 項 3 項により、訴訟行為について行為能力の制限を受けた者が人事訴訟において訴訟行為をしようとする場合においては、必要があると認めるときは、裁判長は申立てにより、また申立てがない場合には弁護士を訴訟代理人に選任すべき旨を命じ、又は職権で弁護士を訴訟代理人に選任することができるとされている。しかし、適用される場面は子が当事者となる人事訴訟に限られ、離婚の附帯処分とされる子の監護者の決定、養育費の決定などには当事者として手続に参加することができないのである。

なお、人事訴訟法 32 条 4 項¹⁵は、子の監護者の指定その他子の監護に関する処分についての裁判又は前項の親権者の指定についての裁判では子の意思を確認すべく 15 歳以上の子について聴聞手続を定めているが、この手続を踏まないことは抗告事由にはならないと解されている。15 歳未満の子の聴聞を認める規定はない。この規定は、家事審判規則 54 条が、「子が満 15 歳以上であるときは、家庭裁判所は、子の監護者の指定その他子の監護に関する審判をする前に、その子の陳述を聴かなければならない。」と定め

¹² 本報告書 17 頁参照。

¹³ 人事訴訟法 13 条 1 項は「人事訴訟の訴訟手続における訴訟行為については、民法第五条第一項及び第二項、第九条、第十三条並びに第十七条並びに民事訴訟法第三十一条並びに第三十二条第一項（同法第四十条第四項において準用する場合を含む）及び第二項の規定は、適用しない。」と定める。

¹⁴ 民法 797 条 1 項は「養子とする者が十五歳未満であるときは、その法定代理人が、これに代わって、縁組の承諾をすることができる。」と定める。

¹⁵ 人事訴訟法第 32 条 4 項は「裁判所は、第一項の子の監護者の指定その他子の監護に関する処分についての裁判又は前項の親権者の指定についての裁判をするに当たっては、子が十五歳以上であるときは、その子の陳述を聴かなければならない。」と定める。

ていることから、その均衡として人事訴訟法においても定められたものとされる¹⁶。

(2) 家事審判法 12 条

家事審判法 12 条は「家庭裁判所は、相当と認めるときは、審判の結果について利害関係を有する者を審判手続に参加させることができる。」と定めている。これによれば、子の利害が強く関係する審判事項について、裁判所の判断で、子は審判手続に参加できる機会を有する。しかし、その参加はあくまで当事者としてではなく、利害関係人としての参加であり、しかも、そのような参加について子に代理人を付するというシステムはない。

また、家事審判法 7 条¹⁷は、審判及び調停に関しては、その性質に反しない限り、「事件の関係人」の代理人選任に関して規定する非訟事件手続法 6 条 1 項¹⁸が準用されると定めている。しかし、同条項における、「事件の関係人」とは、「当事者」と解釈されているため、子は「当事者」となれない事案については代理人を選任することはできない。

なお、家事審判規則 54 条が、「子が満 15 歳以上であるときは、家庭裁判所は、子の監護者の指定その他子の監護に関する審判をする前に、その子の陳述を聴かなければならない。」と定めていることは既に触れた。

4 裁判手続における子の当事者性

冒頭において触れたいくつかの事例は、すべて子の健全な成長と発達、子の福祉という、子にとって直接利害を有する場面である。現行裁判手続上、二当事者対立構造とされているものの、子の法的利害を中心として考えたとき、実は親子間の三当事者対立構造(子、父親、母親)にあることが分かる。にもかかわらず、裁判手続上、子は当事者として扱われていないのである。

確かに、子の意思、意見を確認する手続としては、家事審判規則 54 条、人事訴訟法 32 条 4 項の定めがあるが、この手続は、申立権者による申立てがなされている中での手続であるとともに、家裁調査官による調査も裁判所の立場から判断資料を収集する手続でしかなく、子の立場から裁判手続において自己の意見を主張する機会が保障されているわけではない。

子にとって極めて重要な身分上の紛争であるにもかかわらず、自ら裁判手続を踏むことができない事態は、現実として子の健全な成長発達の機会を奪うということばかりでなく、子どもの権利条約とも矛盾するものであり、そもそも子の裁判を受ける権利の観点からも疑義が生じる。

このように、現行裁判手続は必ずしも子の立場に立ったシステムになっているとは言えない。日本国憲法、子どもの権利条約に沿って、子の立場から実質的に子に適正手続を踏

¹⁶ 新しい人事訴訟制度—新法・新規則の解説—138 頁

¹⁷ 家事審判法 7 条は「特別の定めがある場合を除いて、審判及び調停に関しては、その性質に反しない限り非訟事件手続法第一編の規定を準用する。」と定める。

¹⁸ 非訟事件手続法 6 条 1 項は「事件ノ関係人ハ訴訟能力者ヲシテ代理セシムルコトヲ得但自身出頭ヲ命セラレタルトキハ此ノ限ニ在ラズ」と定める。

む機会を保障するシステムを検討すべきであり、その一つとして検討されるべきが、子ども
の代理人である。

以下、現行制度について詳述することとする。

第2 現行法下での子の法的地位の保障とその限界

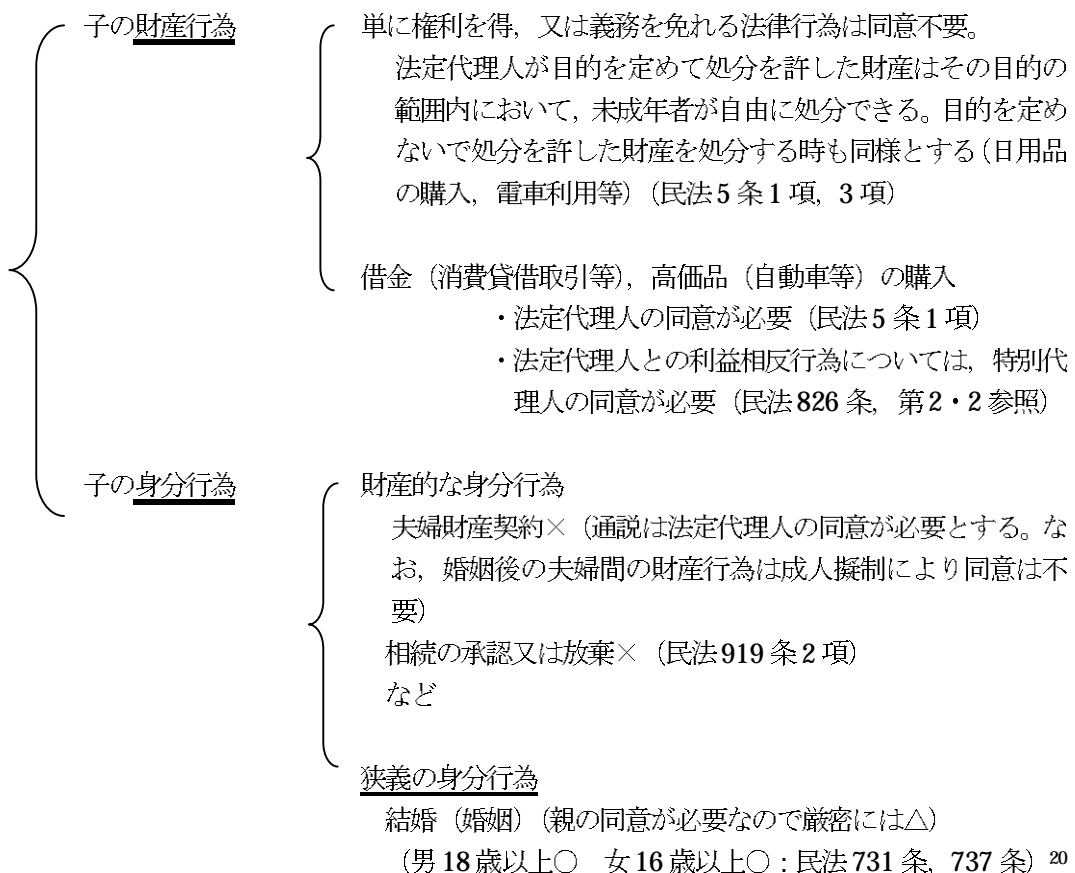
1 子の実体法上の権利

既に述べたとおり、我が国においては、子の独立した人格を尊重し、子の最善の利益を見据えつつ、子の立場に立って独自に意見を表明しその法的利益を主張する十分な地位が与えられていない。

子の権利保護の観点から、今一度我が国において子が置かれている実体法上の立場を概観する。

法は、子も人である以上権利主体として権利能力を認めている。しかし、未成年者保護の観点からその法律行為について意思能力・行為能力の有無を問題とする

一般に財産行為については原則 20 歳未満の行為能力を否定し、法定代理人の同意を必要とする（民法5条）¹⁹。身分行為については法律行為の内容により 15 歳以上の能力を認めるなどしているものもある（遺言、養子縁組など）。



¹⁹ 法定代理人の同意権は、法律に特別の規定がない限り、原則として財産に関する法律行為にとどまり、身分上の行為に及ばない（大判大正 15 年 6 月 17 日民集 5 卷 468）

²⁰ () 内の○×は、現行法上、子に独自の申立権又は決定権があるか否かを示している。

離婚 (○)²¹

養子関係

養子縁組 (法定代理人の代諾の要否。なお、裁判所許可を得る必要があるが子に申立権はない：民法 798 条)

(15 歳以上○ 15 歳未満×：民法 797 条 1 項)

協議離婚

(15 歳以上○ 15 歳未満×：民法 811 条 2 項)

特別養子縁組の離婚の裁判所への申立て

(○：民法 817 条の 10)

親権者・監護者の決定と変更 (×：民法 819 条, 766 条)

養育費の決定 (×：民法 766 条 1 項)

面会交流の決定 (×：民法 766 条 1 項)

養護施設入所の家庭裁判所の承認申立て

(×：児福 28 条 1 項 1 号)

里親委託の家庭裁判所の承認申立て (×：同上)

氏の変更

子の父又は母への氏の変更

(15 歳以上○ 15 歳未満×：民法 791 条 3 項)

やむをえない事由による氏の変更

(×：戸籍法 107 条 1 項)

正当な事由による名前の変更の申立て

(15 歳以上○ 15 歳未満×：戸籍法 107 条 2 項, 戸籍法 32 条)

親権喪失宣告の申立て (×：民法 834 条)

未成年者後見の申立て (○：民法 840 条)

後見人選任・解任 (×：民法 841 条, 民法 845 条)

認知請求 (○：民法 787 条, 人訴 13 条)

嫡出否認 (×：民法 774 条)

遺言 (15 歳以上○：民法 961 条) など

上記のように様々な法律行為があるが、特に子の身分上、生活上の権利関係が重大な影響を受ける法律行為について検討する。

(1) 子の養子縁組について

15 歳以上の者は自ら養子縁組をすることができる (養親となるには成人に達している必要がある (民法 792 条))。養子となる者が 15 歳未満であるときは、子自らが養子縁組をすることはできず、その法定代理人がこれに代わって縁組の承諾 (代諾) をするこ

²¹ 成年擬制の効果とする考えと、意思能力あれば離婚能力を認めてよく成年擬制の効果とするのは考えすぎとの考えがある (『新版注釈民法』 253 頁) が、子に申立権を認めるのが通説である。

ととなる。

未成年者を養子とするときには、上記縁組（15歳未満の時は代諾）の他、家庭裁判所の許可が必要である（自己又は配偶者の直系卑属を養子とする場合には家庭裁判所の許可は不要（同法798条））。

離縁については、15歳以上の場合は子が自身で協議をして離縁をすることができる（同法811条2項）。

特別養子縁組の離縁の場合は、子自らが裁判所に対して離縁の請求をすることができる（同法817条の10）。また、家庭裁判所は特別養子縁組離縁の審判をする場合には子の意見を聴取する義務を有している（家審規64条の13）。

（2）親の離婚に伴う子の権利

離婚調停においても、離婚訴訟においても、子は①親権者の指定・変更②監護者の指定・変更（子の引渡を含む）、③養育費の決定、④面会交流の決定、⑤氏の決定などのように、最も利害関係を有する立場にある。しかし、当事者として扱われるという視点は乏しく、一定の場合に意見を聴取される機会が与えられているに過ぎない（第2・3（4）参照）。

（3）親の虐待等の要保護児童の権利

親から虐待を受けている子を保護する制度として以下のものがある。

児童福祉法上の措置として、都道府県は、保護者が子を虐待等している場合、養護施設入所、里親委託等を行うことができる（児福28条）。また、親権者が、親権を濫用し、又は著しく不行跡である時は、家庭裁判所は、子の親族、検察官や児童相談所長の請求により親権の喪失を宣告することがある（民法834条、児福33条の7）。さらに、家庭裁判所が親権喪失宣告をして、親権者がいなくなる場合には、未成年後見人選任の請求を児童相談所長が行うことがある（児福33条の8）。

ただし、子は、自ら親権喪失の家庭裁判所への申立てをすることはできない（民法834条）。また、養護施設入所、里親委託等を申立てることもできず、養護施設入所、里親委託について家庭裁判所が承認に関する審判をする場合に、15歳以上の場合は子の意見を聴取する義務を有しているにすぎない（児福28条1項、特別家審規、19条2項）。

（4）後見関係

後見人の選任、解任を子が行うことはできない（民法841条、同法845条）。

なお、未成年者後見人の指定（同法839条）によっても未成年者被後見人となるべき者がいないときには、未成年被後見人又はその親族その他の利害関係人の請求により未成年者後見人を選任する（同法840条）とされており、未成年被後見人たる子も自ら請求をすることができる。

（5）親子関係

親子関係をめぐる法律関係については、意思能力ある子は認知の訴えを請求することができる（民法787条、人訴13条）。しかし、子が嫡出否認（民法775条）を申し立

てることができない。

(6) 相続関係

子による相続の放棄・承認は民法5条により法定代理人の同意が必要である。もっとも、利益相反行為として特別代理人を置く必要がある場合がある。これも子の保護を目的としたものである。

遺言について15歳以上は単独で行うことができる(同法961条)。これは、遺言も財産上の効果を生じる場合があるものの、行為能力制度により保護されるべき本人が遺言効力発生時には存在しないことから、可能な限り遺言者の意思を尊重することにある。

2 特別代理人制度²²

(1) 問題の所在

前項において、子の実体法上の権利について大枠を確認したが、民法826条は、親子間に利益相反がある場合においては、親は子の法定代理人となることはできず、特別代理人を選任するよう求めている。

これは、「利益」が衝突するときには、たとえ親であろうとも、子の利益保護者(代理人)としての職責を果たすことまでは期待できないことを前提とし、子の利益保護を図ったものである。

本報告書においては、子が独立の人格を持った者として尊重されるべきとの基本的な考えに立つところ、同法826条の特別代理人制度は、実体法上の親権と子の権利保護の調整制度としてその一翼を担うものとならないか、制定経緯、運用、限界について検討する。

(2) 民法826条制定の沿革

旧民法²³制定の経緯によれば、第一草案では、親権は子の教育のためであり一切の権利は子に属し父母はただ義務を有するにすぎないという基本的理解を提示していた。しかし、我が国においては、①親は子に「恩恵」を施す者であるという親に対する強い「信頼」、②子には一方当事者の独立性と財産の固有性につき実質がないという慣習ゆえに利益相反の問題は生じようがないということから、利益相反の規定は削除された。しかしその後、明治民法においては民法826条の前身となる旧民法888条により利益相反の規定が置かれた²⁴。現行民法においては、特別代理人の選任請求先が「親族会」から裁判所に変更された。

²² 広中俊雄・星野英一「民法典の百年IV」有斐閣 103頁～

²³ 明治23年に公布されたボアソナード民法。公布されたものの、政府は個人主義が強く日本の現状にふさわしくないとして、明治25年に無期延期とされた。戸主制を強めた明治民法に代えられ、明治民法が明治31年に施行された。

²⁴ 旧888条：①親権ヲ行フ父又ハ母ト其未成年ノ子ト利益相反スル行為ニ付テハ父又ハ母ハ其子ノ為メニ特別代理人ヲ選任スルコトヲ親族会ニ請求スルコトヲ要ス

²⁵ 広中俊雄・星野英一「民法典の百年IV」有斐閣 107頁

(3) 「利益相反」を問題とする対象

当初の判例は、双方代理の禁止(民法108条)を基本とする考えを採ったが、後に同条の形式にとらわれず、その範囲を第三者と子との法律関係や相手なき単独行為にも拡大した。また、その対象となる法律行為は財産関係にとどまらず、身分行為にも及んでいくとされる(大審院判決大正2年10月15日²⁶、大審院判決大正7年9月13日²⁷)。もつとも、同判決の事案は、家長制度を前提とする明治民法下での話ゆえ参考にはなるとはいえない。

(4) 「利益相反」の判断基準

利益相反行為を自己契約・双方代理(民法108条)という形式だけでなく、子の利益と親権者の利益という実質に着目して判断する。次に、利益・不利益をいかに判断するかが問題となるが、判例は、「行為自体」ないし「行為の外形」のみから判断すべきとする(外形説：最高裁判例昭和37年2月27日²⁸)。

上記基準からすると、同法826条は、親権の濫用に対する防衛手段としての役割を一定限度果たしているものの、本報告書で問題とする親権者、監護者の決定や面会交流、養育費など子の監護についての処分はその対象とはならないといえる。

(5) 民法826条違反の効果について

民法826条違反の効果については、条文上明かでなく解釈に委ねられる。判例は、同法826条を代理権の範囲を画する規定とし、利益相反行為について親権者に代理権がなくその行為は無権代理行為とする²⁹

(6) 特別代理人制度運用の現状

現行法上、特別代理人についてその資格等に制限はない。また、家庭裁判所において事案に応じ第三者たる弁護士を選任することもあるが、申立ての段階で、家庭の内部事情を十分に調査することは難しい場合もあると考えられる。良心的に親権を代行できる者を職権で探索するのは困難なため、申立人の推薦する者の中から適当な者を選ぶこと

²⁶ 母の婚姻について、戸主たる未成年者を母が代表して行う同意の事案(旧750条は、婚姻における戸主の同意権を認め、同意なき婚姻について、戸主は離籍させることができた)

²⁷ 親権者たる父が分家するにあたり、戸主たる未成年の子を代表して行う分家の同意の事案(旧743条により、分家には戸主の同意が必要とされていた)

²⁸ 法定代理人と本人との間に利益相反する関係があるか否かは、専ら、行為自体を観察して判断すべきものであって、その行為に至った縁由を考慮して判断すべきものではない。

²⁹ 判例は、親権者が子を代理する権限を濫用して法律行為をした場合において、その行為の相手方が権限濫用の事実を知り、又は知り得べかりしときは、民法93条但書の規定の類推適用により、その行為の効果は及ばないとするが、親権の広範な裁量権という特殊性による取引の安全にも配慮し、親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情が存しない限り、代理権の濫用にあたらないとする(最高裁判例平成4年12月10日民集46巻9号2727頁)。

になり、結果として申立人の知人や親族が多いとの指摘もある³⁰。

さらに特別代理人に対し監督規定がないため（特別代理人として不適切な事由が判明した場合の解任について非訟事件手続法 19 条 1 項を準用して家庭裁判所が職権で選任審判を取消又は変更するという手続があるにすぎない）、場合によっては、選任された特別代理人が子の利益ではなく親の意向に沿うよう行動するおそれもある。すると、特別代理人の選任を経ずに親権者によってなされる方が、後に無権代理による無効の可能性があるだけ、かえって救済の途が残されるという結果になることも否定できない。

単に利益相反行為の範囲を拡大し、広く特別代理人の選任を認めることは、必ずしも子の保護に結びつかないといえる。また、申立権者については、条文上親権者とされているが、実務上、利益相反行為に利害関係を有する者も申立てをすることができるとされている。しかし、子自身が利益保護を図ろうとする場合にいかなる手続を踏むべきか問題が残る。

(7) 特別代理人制度の限界

民法 826 条は子の権利を守るための規定であることから、子の権利が害される危険のある場面で、その役割を発揮できないかと検討するも、同法 826 条の解釈論からも限界がある。

民法は、親権者による子の財産管理自体、その注意義務の程度は自己の財産における同一の注意で足るとされ(同法 827 条)、親権の行使について個別の制約はなく、監督機関も存在しない。

子の独立性と財産の固有性につき意識が低いなか成立した民法制定の経緯からみても、親は子の権利を守る「義務」を有しているというより、子に対して権利を有する者だとの意識は依然として残っているといえる。現行法が親権の制約を親権喪失制度等(同 834 条)、極端な場面を前提としているのもその現れといえる。このような親権者像を有する子の財産管理制度のもとで親権の制約を拡大するのは、現行法が基礎とする親権像とは整合しないと解する立場もある³¹。

さらに、そもそも本報告書で子の利益保護が問題となる場面は、同法 826 条が想定している典型的に親が子の利益を害する法律行為をするという場面ではない。

夫婦間の紛争の名の下、夫婦二者の権利ばかりが主張され、その間で直接的影響を受ける子の健全な成長・発達、子の福祉といった、子にとって重要な問題は置き去りにされがちな場面である。

仮に、子の監護などをめぐる紛争においても「親子関係」が構造上利益相反になるとして同法 826 条の適用を検討したとしても、例えば親権者が利益相反になることを認識しながら家庭裁判所に申し出をしない場合、特別代理人は選任されず、特別代理人による子の利益保護は図れない。

以上のように同法 826 条自体の位置付け及び特別代理人制度の現在の運用状況からすると、本報告書で課題とする子の独立した人格の尊重といった目的を果たすには自ず

³⁰ 広中俊雄・星野英一「民法典の百年IV」有斐閣 152 頁

³¹ 広中俊雄・星野英一「民法典の百年IV」有斐閣 160 頁

と限界があると言える。

【参考文献】

- ・広中俊雄・星野英一「民法典の百年IV」有斐閣 103頁～
- ・中村均 「利益相反の先例・判例と実務」金融財政事情研究会
- ・佐久間毅 「親権者による代理からの子の保護」みんけん(民事研修)526号
- ・泉久雄「判例で学ぶ家族法入門」法学教室選書
- ・仁平正夫 「利益相反行為についての特別代理人選任に関する審判の実情と若干の問題点」判例時報1172号
- ・平本美枝子「特別代理人選任手続」判例タイムズNO.747
- ・小野瀬厚他「親権者の法定代理権・監護権の濫用」判例タイムズNO.996
- ・吉田邦彦 「親権者が子を代理してその所有する不動産を第三者の債務の担保に供する行為と利益相反および代理権濫用の有無」判例時報416号

3 裁判手続上の地位

(1) 当事者能力

当事者能力とは、訴訟手続上当事者となる一般的資格を備えることをいう。

訴訟手続は、実体私法上の権利義務・法律関係を確定する手続であることから、私権の権利享有主体すなわち権利能力が認められる者に、当事者能力を認める（民訴法 28条）。

したがって、子にも権利能力が認められる以上、当事者能力が認められる。この点、人事訴訟法、非訟事件手続法、家事審判法等の各手続法においても変わるところはない。

(2) 訴訟能力

ア 現行法の取扱い

- ① 子は、原則として、訴訟能力（自ら単独で有効な訴訟行為をし、また、裁判所及び相手方の訴訟行為を受けることのできる能力）を有せず、法定代理人によってのみ訴訟行為をすることができる（民訴法 31条）。その根拠は、訴訟が、実体的権利の形成・処分をする手続でもあるところ、訴訟能力は実体法上の行為能力を基準とし、実体法上、子は制限能力者と位置付けられる点にある。また、子の精神能力を考慮すると、要保護者として扱うことが必要であるし、かかる画一的処理によって訴訟手続の安定も図られるからである。
- ② しかし、例外的に、実体法上、独立して法律行為をすることができるとされている次の場合は、子にも訴訟能力が認められる（民訴法 31条但書）。
 - i 「単に権利を得、又は義務を免れるべき行為（民法 5条 1項但書）」
 - ii 「処分を許された財産の処分（同条 3項）」
 - iii 「営業を許された子のその営業に関する行為（同法 6条 1項）」
 - iv 「婚姻した子は、訴訟能力を有する（同法 753条；成年擬制）」
 - v 「持分会社の無限責任社員となることを許された子（会社法 584条）」
 - vi 「子は労働契約当事者となる（労基法 58条）」

「子は独立して賃金を請求することができる（同法59条）」

- ③ また、婚姻関係・実親子関係・養子縁組関係の各訴訟を対象とする人事訴訟法は、子であっても、意思能力がある限り、訴訟能力を認める（13条1項）。身分行為は、当事者にとって、もっとも人格的影響の大きな行為であって、当事者の意思が尊重されるべきという理由である。

イ その問題点

上記の現行法の対応で、子固有の利益が確保できるか、とりわけ以下の事由については、子は重大な利害関係を持っており、子にとっての手続的正義の確保が求められる。

① 親権に関する紛争

- i 離婚に伴う親権者指定に裁判所が関与するのは、父母の協議がまとまらない場合に父又は母から家庭裁判所に申立てがあった場合である（民法819条5項）。

親権は、子の監護養育と財産管理を含んでいるから、子にとっては親のどちらが親権者になるかは重大な関心事である。それにもかかわらず、子には、独立した申立権が保障されていない。また、離婚の9割が協議離婚である現状を鑑みると、子の利益と関わりなく、親権者が決められているケースも相当数あることが伺える。そして、協議に基づく親権者の決定でさえ、常に子の意思に叶うという保証はない。

確かに、協議離婚の場合であっても、父母が適切に子の利益を判断できる場合もある。しかし、通常、父母は紛争当事者であり、必ずしも子の利益が独立して考慮されているわけではない。子の利益を確保すべき手続的正義は極めて不十分である。

また、家庭裁判所に問題が持ち込まれても、一定の場合に、子の陳述聴取が定められている（家審規54条³²、70条³³、72条³⁴ほか。詳細は、後記「(4)子の意見陳述権」参照）ものの、「子」の位置付けは、陳述聴取の客体にとどまり、主体性は認められていない。また、聴取の対象となる「子」は「満15歳以上」と限定されている。もっとも、実務上、子の「15歳」という限定は、家事審判規則54条の趣旨が「子が自己の監護について分別のある判断をなしうるだけの年齢に達しておれば、子の意思を尊重し、子の利益を保護」³⁵することにある以上、子が15歳未満であっても、その意向等を確認すべきものとして運用されている。

ii 手続違背の効果

家事審判規則54条は、一種の相対的効力規定と解する審判例がある。すなわち、子の陳述聴取が可能なのに、これを聴かずに審判するのは違法で、審判の効力にも影響を及ぼすが、特段の事情がある場合³⁶は、その審判が形式的には子の

³² 家事審判規則54条「子が満15歳以上であるときは、家庭裁判所は、子の監護者の指定その他子の監護に関する審判をする前に、その子の陳述を聴かなければならない。」

³³ 家事審判規則70条は、同54条の規定を、「親権者の指定に関する審判事件」に準用する。

³⁴ 家事審判規則72条は、同54条の規定を、「親権者の変更に関する審判事件」に準用する。

³⁵ 『注解家事審判規則【改訂】』246頁

³⁶ 特段の事情として、この審判では、子の陳述不能の場合にその他の資料を参酌して、その意思を合理的

陳述聴取の手續を欠くものであっても、違法とならず、審判の効力を左右しない（熊本家山鹿支審S40.12.15 家月18巻8号62頁）。

また、他の審判例は「離婚の際、単独親権者となった母の死亡後、子を引き取って監護養育している父から、満15歳以上の子の親権者を亡き母から父に変更することを求めた事案において、子の陳述を聴くまでもなく、同人が親権者の変更を望んでいることが明らかで、申立人（父）を親権者とすることが、子の福祉上もっとも望ましく、かつ子の陳述を聴くことが、かえって同人の福祉を害するような特段の事情が認められる場合には、家審規72条・54条による子の陳述を聴取せずに審判することが許される」として、子の陳述を聴かずに審判し、申立てを認容した（長崎家審S61.7.31 家月38巻12号94頁）³⁷。

② その他

手續違背の効果の問題は、監護者の指定あるいは変更（民法766条、家事審判法9条乙類4号、同規則53条）、子の養育費（同上）についても同様に生じる。

ウ 小括

法的紛争に関して公正な結果を導き、当事者にも社会にもその結果が適切なものとして受け容れられるための不可欠の要請が手続的保障である。その手続的保障の具体化の一つが訴訟に自らの意思を反映させることのできる「訴訟能力」である。

しかし、子どもにとって、現行法上、訴訟能力からみた手続的保障は十全ではない。

(3) 当事者適格

ア 現行法の取扱い

ここに、「当事者適格」とは、「訴訟物たる特定の権利又は法律関係について、当事者として訴訟を進行し、本案判決を求めうる資格をいう」。「当事者適格は、訴えの主体から見て正当な利益・必要性を検討するものであり、特定の訴訟物についての争いを誰と誰との間で解決するのが必要かつ有効かを検討し、本案判決を受けるべき正当な当事者を選別する機能を営む。」³⁸ものとされる。

① 民事訴訟法では

子の場合、例外的に訴訟能力が認められる場合において、職務上の当事者といわれる第三者を通じて当事者適格が認められるにとどまる（法定訴訟担当）。

② 人事訴訟法では

子にも、訴訟能力が認められる（13条1項）ものの、当事者適格が認められることは極めて限られる。すなわち、認知の訴え（民法787条）や、実親子関係確認の訴え（人訴2条柱書2号）等にとどまる。

また、離婚請求における子の監護に関する処分、親権者指定について裁判をする際の子の引渡といった子自身にとって切実な問題であっても、当事者適格は認められず、単に意見聴取の客体にとどまる（人訴32条4項）

に推測し、これと客観的要素を総合して、いずれが子の監護養育をすることが子のために利益であるか判断することを妨げるものではない、としている。

³⁷ 『注解家事審判規則【改訂】』246頁

³⁸ 『民事訴訟法講義案（改訂版）』75頁

③ 家事審判法では

7条が非訟事件手続法第1編「総則」を準用しているので、非訟事件手続法第6条の解釈問題となる³⁹。形式的当事者概念の立場からは、訴訟能力に対応する非訟能力は、民訴法に準じるので、子に非訟能力は原則として認められず、当事者適格も認められないことになる。

これに対し、当事者適格概念は不要であるとの実質的当事者概念の立場からは⁴⁰、個々のケースごとに子の当事者適格を認めれば足りるとし、このように解しても、対象事件が限定されているから、不都合はないとする。この立場からは、子の当事者適格は肯定しやすくなると思われる。

イ 小括

子の権利主体性を肯定するのであれば、家族紛争において自分の利害に係る事項につき、申立てをできる地位、いわゆる「当事者適格」を肯定することが、子の手続的保障を確実ならしめる。

(4) 子の意見陳述権

ア 問題の所在

子どもの権利条約12条は、子の意見表明権をその1項⁴¹で定め、その2項では、「自己に影響を及ぼすあらゆる司法上および行政上の手続において、国内法の手続規則に合致する方法により・・・(中略)・・・聴取される機会を与えられる。」とする。

一方、子が独自に意思表示をすることが困難であるとすれば、かかる現状をフォローするものとして、裁判所の後見的役割に期待することにも合理性がある。

このフォローが十全であれば、あえて子どもの代理人制度を創設する必要はないかもしれない。そこで、現行法が、子の利益保護のためにどこまでフォローしているかが問題となる。

イ 現行法

(ア) 民事訴訟手続

① 内容

子は、原則として、訴訟能力を有しないので、法定代理人により自己の権利等を守る(民訴法31条)。法定代理人がない場合、又は利益相反行為等により法定代理人が代理権を行使することができない場合には、未成年者又は相手方の申立てにより裁判所が特別代理人を選任する(民訴法35条)。その結果、子が訴訟の当事者となる場合には、法定代理人又は特別代理人を通じ、当事者として訴訟行為をし、意見を表明することができる。

³⁹ 第6条「事件の関係人は訴訟能力者をして代理せしむることを得。但し自身出頭を命ぜられたる時はこの限りに在らず」(片仮名を平仮名に改変)

⁴⁰ 佐上善和『家事審判法』100頁以下

⁴¹ 12条1項「締約国は、自己の意見を形成する能力のある子がその子に影響を及ぼすすべての事項について自由に自己の意見を表明する権利を確保する。この場合において、子の意見は、その子の年齢及び成熟度に従って相応に考慮されるものとする。」

さらに、子が訴訟の当事者とならない場合であっても、子が訴訟の結果につき法律上の利害関係を有するときは、補助参加人として訴訟に参加することが可能（民訴法42条）であり、参加人は法定代理人を通じて訴訟行為をし、意見を表明することができる。

② 問題点

しかし、法定代理人による子の利益保護のシステムは、子と法定代理人の利益相反が生じる場合には機能しない。そこで民法は、特別代理人制度による対応を予定しているところ、特別代理人制度が子の利益保護に十全ではないことは、先に第2の2で指摘したとおりである。

(イ) 人事訴訟手続

① 内容

人事訴訟法が扱う事件は、婚姻関係事件、親子関係事件、養子関係事件の3類型に分かれる（同法2条）。

i 婚姻関係事件（1号）

- ・婚姻の無効及び取消の訴え
- ・離婚の訴え
- ・協議上の離婚の無効及び取消の訴え
- ・婚姻関係の存否の訴え

ii 親子関係事件（2号）

- ・嫡出否認の訴え
- ・認知の訴え
- ・認知の無効及び取消の訴え
- ・民法773条の父を定める訴え
- ・実親子関係存否確認の訴え

iii 養子関係事件（3号）

- ・養子縁組の無効及び取消の訴え
- ・離縁の訴え
- ・協議上の離縁の無効及び取消の訴え
- ・養親子関係の存否の訴え

人事訴訟手続においては、前述のとおり子に意思能力がある場合には訴訟能力が認められ（人訴13条1項）、親権者又は未成年後見人の同意なしに、訴え提起その他の訴訟行為をすることができる。

また人事訴訟法32条4項は「子が15歳以上であるときは、その子の陳述を聞かなければならない」と定め、裁判所に子の意見聴取を義務付けている。

② 問題点

親子関係事件・養子関係事件は、子が当事者として関わることが多いが、子はその成長・発達において極めて重大な利害関係を有する離婚訴訟では、付帯請求として認められる子の監護に関する処分においても、子を当事者とする視点はない。

人事訴訟法は、附帯処分事項⁴²について裁判をする場合、新たに事実の調査⁴³を認めた（人訴33条、34条）。これは従来の人事訴訟手続法下では、例えば「親権者の相当性の判断に必要な子どもの生活状況や意向の把握がしにくく、子の福祉に関する問題の審理が十分にできにくい」⁴⁴状況にあったため、裁判所による柔軟な裁判資料収集手続を可能としたものである。

このように、人事訴訟法が親権者の指定や子の監護に関する処分において予定している子の位置付けは、もっぱら保護の客体であり、裁判所による事実調査（人訴33条1項）、とりわけ家裁調査官による調査（人訴34条）により、子の利益保護を図っている。すなわち、この分野における子の意見表明権は、家裁調査官による調査の対象となる限度で間接的にしか配慮されていない。

(ウ) 家事調停手続

家事調停事項は、家事審判事項が限定的であるのに対し包括的であり、甲類審判事項を除く全ての家庭に関する事項に及ぶ。家事審判法9条1項に列記される乙類審判事項として子の監護に関する処分、親権者の指定・変更、扶養、遺産分割の各事件、その他がある。

その他、家事に関する調停事項として、養子縁組無効・取消、協議上の離縁無効・取消、養親子関係の存否確認、嫡出子の否認、認知、認知無効・取消、父の決定・実親子関係の存否の確認などもある。

家事調停においては必要な場合に家裁調査官により子の意向調査の指示がなされることがある（家審則7条、7条の2、137条、137条の2を根拠とする）。まれに子を調停に参加させる同席調停を行う家庭裁判所もある。

(エ) 家事審判手続

① 内容

甲類審判事件として、事件数の多いものは、子の氏の変更、相続放棄、保護者選任、後見監督処分、後見開始等である。

乙類審判事件として、事件数の多いものは、子の監護に関する処分、親権者指定・変更、遺産分割、婚姻費用分担、扶養等である。

子の意見表明権に関わる規定は次のとおりである。

- i 家庭裁判所の職権による事実の調査における子の意見の聴取（家審規7条、137条調停委員会に準用）
- ii 家裁調査官による事実の調査における子の意見の聴取（家審規7条の2、137条の2調停委員会に準用）
- iii 利害関係人として自ら又は法定代理人を通じての手続参加（家審法12条、同規則14条、131条）

⁴² 「婚姻の取消し又は離婚の訴えにおける親権者の指定に関する裁判又は子の監護者の指定その他子の監護に関する処分又は財産の分与に関する処分など」（『新人事訴訟法要点解説とQ&A』石田敏明編著 250頁以下新日本法規刊）

⁴³ 具体的には、家庭裁判所調査官による調査、裁判官による審問、銀行や官庁等の関係機関や関係人に対する書面又は口頭による照会等がある（『新人事訴訟法要点解説とQ&A』250頁以下）。

⁴⁴ 『新人事訴訟法要点解説とQ&A』250頁以下

iv 親権者の指定・変更や監護に関する審判をする前に、家庭裁判所は15歳以上の子の陳述を聴くことが義務付けられている(家審規54条70条72条)。他に、氏の変更の許可(特別家審規5条)、子を里親に委託することについての承認(同規19条の2第2項)、生活保護法の被保護者を保護施設に収容すること等についての許可(同規20条の3第2項)についても同様である。

子が15歳未満の場合であっても、家事審判規則54条の趣旨が、子が自己の監護についての分別のある判断をなしうるだけの年齢に達しておれば、子の意思を尊重し、子の利益を保護しようとする点にある以上、子の福祉を考慮するため、その意向・動向を調査する必要がある。この点、家庭裁判所は、子が15歳未満の事案や家審規54条に規定されていない事項についても、利害関係を有する者として手続に参加させたり(家審法12条)、職権による調査(家審規7条)として実際に子の意見を聴く場合もある。具体的には、15歳未満の子の親権者変更、別居している親との面会交流などである。

② 陳述聴取懈怠の効果

i 家事審判規則54条に関する参考審判例として、次の二つがある⁴⁵。

α 熊本家山鹿支審昭40.12.15 家月18.8.62

「本条は、単なる訓示規定ではないが、家審規24条のごとき絶対的効力規定でもなく、その中間にあたる一種の相対的効力規定と解し、したがって、子の陳述聴取が可能なのに、これを聴かずに審判するのは違法で、審判の効力にも影響を及ぼすが、陳述不能の場合に、その他の資料を参酌して、その意思を合理的に推測し、これと客観的要素とを総合して、いずれが子の監護養育をすることが子のために利益であるかを判断することを妨げるものではなく、その審判が、形式的には、本条の子の陳述聴取の手続を欠くものでも、違法とならず、審判の効力を左右しない。」

β 長崎家審昭61.7.31 家月38.12.94

「離婚の際、単独親権者となった母の死亡後、子を引き取って監護養育している父から、満15歳以上の子の親権者を亡き母から父に変更することを求めた事案において、子の陳述を聴くまでもなく、同人が親権者の変更を望んでいることが明らかで、申立人(父)を親権者とすることが、子の福祉上もっとも望ましく、かつ未成年者の陳述を聴くことが、かえって、同人の福祉を害するような特段の事情が認められる場合には、家事審判規則72条・54条による未成年者の陳述を聴取せずに審判することが許される」として、子の陳述を聴かずに審判し、申立てを認容した。

この審判例に対しては、「事案をみる限り、子の陳述を聴くことが、未成年者の福祉を害する特段の事情が果たしてあるのか、疑問である」との評が加えられている⁴⁶。

ii 子に対する陳述聴取手続が、子の意見表明権(憲法13条、同21条1項、子

⁴⁵ 『注解家事審判規則【改訂】』246頁以下

⁴⁶ 同上247頁

どもの権利条約 12 条 1 項 2 項) の具体化と捉えれば、陳述聴取手続を取らない場合には、特段の事情のない限り、違法と解するのが相当である。

③ 即時抗告権 (家審 14 条)

i 家事審判規則 55 条は、子の監護者の指定その他子の監護に係る審判について即時抗告を認めている。

即時抗告の対象となる審判には、①「子の監護者の指定その他子の監護について必要な事項を定める」審判の申立てを却下する審判と、②「子の監護者の変更とその他子の監護について相当な処分を命ずる」審判の申立てを却下する審判の二つがある。

上述の子の陳述聴取手続を欠いた審判に対しても、即時抗告ができると解する。

ii 抗告権者

条文上、抗告権者は、「父・母・子の監護者」だけで「子」は入っていない。

しかし、子の意見陳述権を違法に侵害した場合、その審判が違法となるのであれば、抗告権者に「子」を含めしめるか、その類推適用が肯定されなければならない。

(オ) 現行法の限界

- ① 父母は自らも紛争の渦中にあり、常に子の利益を冷静に判断することが期待できるわけではない。
- ② 一部例外を除き、手続における子の意見聴取も、裁判所が調査を命じたときにされるにすぎない (職権主義)
- ③ 陳述の聴取が認められる手続も狭すぎ、15 歳という年齢の妥当性も問題である。ただし、運用上は、おおむね 10 歳以上の子の意思は確認されているようである。
- ④ 現行法は裁判所の権限ないし義務を定めたものにすぎず、子の意見陳述権の保障としては極めて不十分である。

4 被拘束者の代理人制度

(1) 人身保護制度の概要

人身保護制度は、法律上正当な手続によらないで、身体の自由が拘束されている者を、その拘束から救済するための制度である。

本報告書は、「子どもの代理人制度」について述べるものであるから、以下、子が被拘束者である場合における人身保護手続と子の意見聴取、反映について検討する。

(2) 子の引渡請求としての人身保護請求について

夫婦の一方から他方、監護者から非監護者等に対し、子を被拘束者として、人身保護請求がなされることがある。

ア 要件

(ア) 拘束性

拘束とは、逮捕、抑留、拘禁等身体の自由を奪い、又は制限する行為をいう⁴⁷。判例は、意思能力のない幼児を監護することは、当然幼児に対する身体の自由を制限する行為を伴うから、監護方法の不当又は愛情に基づくか否かにかかわらず、拘束に当たるとする⁴⁸。他方、人身保護請求は、「被拘束者の自由に表示した意思に反してこれを行うことができない」（人保規5条）ため、未成年であっても意思能力を有する子については、当該子が自由な意思に基づいて、拘束者の下にとどまっている場合には、拘束性の要件を欠くことになる。ここでいう意思能力について、判例は、自己の境遇を認識しかつ将来を予測して適切な判断をする十分な能力ととらえており⁴⁹、10歳程度を一応のメルクマールとしているが、成長の度合等が子によって異なることから、個別事案ごとに諸般の事情を総合的に考慮した上で決められている^{50 51}。

(イ) 顕著な違法性

顕著な違法性とは、書面等の迅速かつ容易な疎明方法による取調べにより、裁判所が拘束の違法性をすぐに判断できるような場合をいうとされている。

顕著な違法性の判断は、拘束者が監護権を有するか否かで判断基準が異なり、拘束者が親権又は監護権を有する場合には、原則として拘束に顕著な違法性はないが、拘束者が幼児を監護することが子の幸福に反することが明白な場合には、例外的に顕著な違法性が認められる。逆に、拘束者が親権も監護権も有しない場合には、原則として顕著な違法性が認められるが、被拘束者を監護者である請求者の監護下に置くことが拘束者の監護下に置くことに比べて子の幸福の観点から著しく不当であるときは、例外的に顕著な違法性を欠くとされている^{52 53}。

(ウ) 補充性

補充性とは、上訴、再審、勾留取消請求その他の法律上の救済手段がないか、又は、このような手段があってもこれによるのでは相当期間内に救済の目的を達することができないことが明らかであることをいう。

子の引渡請求においては、昭和55年に設けられた子の監護に関する処分としての「子の引渡し」⁵⁴に付随する審判前の保全処分としての「子の引渡仮処分」⁵⁵との関係が問題となるが、この点については、ウにおいて述べる。

47 人身保護規則3条「法及びこの規則において、拘束とは、逮捕、抑留、拘禁等身体の自由を奪い、又は制限する行為をいい、拘束者とは、拘束が官公署、病院等の施設において行われている場合には、その施設の管理者をいい、その他の場合には、現実に拘束を行っている者をいう。」

48 最高裁第一小法廷判決昭和43年7月4日判例時報530号29頁

49 最高裁第三小法廷判決昭和46年2月9日家裁月報23巻9号99頁

50 東京地裁昭和48年6月14日は、被拘束者たる子が審問終結当時満11歳に達していたこと及びその知能程度のほか、それまでの生活経験ないし生活態度等に照らして、意思能力を十分に有しているものと認定した。

51 大阪地裁昭和59年11月13日は、被拘束者たる子の性格、思考、生活態度等に照らして、満10歳9か月に達し、小学校において中位程度の学業成績を収めていたからといって、同人が意思能力を有するものと即断することはできず、むしろ、未だ十分な意思能力を有するものと認め難いと認定した。

52 最高裁第三小法廷判決平成5年10月19日判例時報1477号21頁（「平成5年判決」）

53 最高裁第三小法廷判決平成6年11月8日判例時報1514号73頁

54 家事審判法9条1項乙類4号

55 家事審判法15条の3

イ 被拘束者の代理人の選任

人身保護法は、審問期日における取調べには、被拘束者の代理人の出席を求めており、被拘束者の任意代理人が選任されていない場合や代理人とみなされる者がいない場合には、裁判所が弁護士の中から国選代理人を選任することになる⁵⁶。

国選代理人は、被拘束者の代理人として、同人の福祉のために活動する。裁判所は、国選代理人に対し、被拘束者の監護養育状況や要保護性の調査、環境調整等を依頼する。国選代理人は、拘束場所や請求者、拘束者の住居等に赴いて請求者、拘束者、被拘束者を含む事件関係者への面接、子の意思の聴取等を行った上で、裁判所にその結果について意見書や報告書を提出する。

なお、国選代理人の報酬等については、国庫においてこれを立て替えることができる旨定められているが⁵⁷、実務上は請求者による予納がなされている。

ウ 保全処分との関係

最高裁第一小法廷判決昭和59年3月29日は、妻からの人身保護請求に対し、子の引渡を命じる判決を受けた夫からの、「子の引渡は審判前の保全処分によるべきで人身保護請求は補充性の要件を欠く」との主張による上告に対し、審判前の保全処分をなしうるとしても、人身保護法による被拘束者の引渡の請求を妨げるものではないとした。

しかし、その後、平成5年判決補足意見において、子の引渡を巡る事案においては、本来人身保護手続よりも家庭裁判所の手続が適当であり、これを優先すべきとの考え方が示された。かかる補足意見を受け、審判前の保全処分の保全命令の発令の迅速化、直接強制による執行性の確保が進められ、現在は、まずは、審判前の保全処分によるべきとの運用がなされている。

(3) 子が自ら請求者となって人身保護請求をする場合

人身保護法は、人身保護請求の請求権者につき、「何人も被拘束者のために、前項の請求をすることができる」と定めている⁵⁸。したがって、当然に被拘束者である子自身も請求権の主体となりうると考えられる。

この点、人身保護請求は、弁護士が代理して行うことが原則であることから⁵⁹、被拘束者たる子に弁護士を選任する能力があるか否かが問題となるが、人身保護請求が人格権に関するもので、民訴法の規定は適用されず、人身保護請求においては意思能力があれば足りると解されている。したがって、子も意思能力があれば、弁護士を自己の代理人として選任し、人身保護請求を行うことができる。

なお、前述のとおり、人身保護請求は弁護士代理が原則であるものの、「特別の事情がある場合」⁶⁰には、請求者自らが行うことができる。したがって、子自身が自ら人身

⁵⁶ 人身保護法14条1項2項、人身保護規則31条

⁵⁷ 人身保護法による国選代理人の旅費等に関する規則6条

⁵⁸ 人身保護法2条2項

⁵⁹ 人身保護法3条「前条の請求(人身保護請求)は、弁護士を代理人として、これをしなければならない。但し、特別の事情がある場合には請求者がみずからすることを妨げない。」

⁶⁰ 昭和23年5月27日人身保護法案・衆議院私法委員会国会議事録第21号「特別な事情がある場合」と

保護請求をすることもできると考えられる。

(4) 小括

このように、子の監護を巡っての人身保護請求においては、子を被拘束者として人身保護請求がなされる場合と子自身が請求者となって人身保護請求をする場合が考えられる。

後者の場合には、子の意思が直接的に反映されることになるが、制度の不知、金銭面等の障害から子自身が請求者となることは、現実的には困難であろう。

他方、子を被拘束者として人身保護請求がなされ、子に国選代理人が付いた場合には、代理人による調査の中で子の意見聴取の機会が設けられ、かかる子の意思は国選代理人による意見書、報告書という形で裁判所に伝えられ、反映されることとなる。しかしながら、国選代理人選任時点で既に審問期日が指定されていることも多く、活動期間が短いこと、人身保護請求事件では、家裁調査官を選任できないことから、裁判所からは国選代理人に対し、家裁調査官のような調査・環境調整活動が期待されることが多いこと等から、国選代理人が常に独立した立場で純粋に子自身の代理人として活動し、子の意見を十分に聴取して、これを反映させることができるかについては疑問が残る。

また、そもそも人身保護請求は、法律上正当な手続によらないで、身体の自由が拘束されている者を、その拘束から救済するための制度であって、子の引渡は、法が予定している本来の適用場面とは異なるものである。そのため、その判断は、子の最善の利益を中心とするものではなく、拘束者に顕著な違法性があるかによってなされ、顕著な違法性の有無は、拘束者が親権又は監護権を有するか否かによってほぼ決定されてしまう。したがって、国選代理人を通じて子の意見が聴取されても、人身保護という制度上、かかる子の意見が実際に反映されることは期待し難い。

【参考文献】

- ・裁判所書記官研修所「人身保護請求事件に関する実務的研究」 法曹会
- ・東京地方裁判所民事第九部人身保護研究会「東京地裁における最近の人身保護請求事件の処理状況」 判例時報1961号3頁
- ・島田充子「子の引渡し請求と審判前の保全処分の活用」 判例タイムズ747号330頁

は、「請求者の所在地に弁護士がない(弁護士が所在地にいたとしても、その弁護士が別な裁判などで利害が反する立場にあった場合や、請求について受任をしなかった場合も含む)、弁護士を依頼する資力がなく、急迫であって弁護士を依頼する時間がないという場合」とする。

第3 家裁調査官による子の意向調査と子どもの代理人の関係

1 子の監護を巡る紛争における家裁調査官の調査

(1) 家事事件(家事審判・家事調停事件)における家裁調査官の調査

家事事件における家裁調査官の職務は、主に①家庭裁判所が命じた事実の調査(家審規7条の2)と②環境調整のために必要な場合の社会福祉機関との連絡・調整(同7条の5)である。家裁調査官は、これらの職務を行うにあたって、必要に応じ、事件の関係人の性格、経歴、生活状況、財産状態及び家庭その他の環境等について、医学、心理学・教育学その他の専門知識、すなわち人間行動学の知見を活用するよう努めなければならない(同7条の3)とされる。

家事事件における家裁調査官の行う事実の調査は、当事者の意向調査、子の生活状況調査、子の意向調査、面会交流の試行援助、親権者又は監護者の適格性が主なものである。

夫婦関係調整事件で子の親権問題が争点となるケースでは、調停に期日出席している家裁調査官が、期日間調査として、子の親権に関する当事者の主張整理を受命したり、子の養育状況の調査を行うことになる⁶¹。なお、東京家庭裁判所の調停における家裁調査官の関与は、調停期日への出席(期日出席)が最も多いのが実情である。

家事事件における事実の調査は、単に事実を調査するだけでなく、当事者及び子の心理的側面に配慮し、調整、援助的に関与するよう求められる点が特徴的である。しかし、調停における調査の結果は「一般的には、調停事件をどのように解決するかということに力点が置かれ」ることになる⁶²。

調査結果は、当事者への開示が予定されているのが通常であり、調停が不成立になって訴訟が提起された場合には、調査報告書が書証として当事者から提出されることになる⁶³。

(2) 離婚訴訟事件の附帯処分の審理における家裁調査官の調査

離婚訴訟事件の附帯処分の審理における家裁調査官の調査は、家庭裁判所の事実の調査として採用されたものである(人訴規20条)⁶⁴。離婚訴訟は、訴訟であるから、基本的には証拠調べを行い、その審理の経過や証拠調べの結果から、家庭裁判所が家裁調査官による科学的調査の必要があると認めた場合に限り行われ(人訴33及び34条)、あくまでも補充的なものとされる。家庭裁判所は、その判断に必要な範囲の資料を集めるために調査事項を特定して調査命令を出す(人訴規20条2項)。家事事件について認められる期日立会や社会福祉機関との連絡調整、助言援助活動又は心理的調整などの調整活動を命じることはできない⁶⁵。また、家事事件と異なり訴訟であるため手続保障に通じる透明性が要求され

⁶¹ 濱野昌彦「親権・監護権紛争における家庭裁判所調査官の役割」法律時報1005号22頁

⁶² 東京家庭裁判所家事第6部「東京家庭裁判所における人事訴訟の審理の実情改訂版」8頁

⁶³ 東京家庭裁判所家事第6部「東京家庭裁判所における人事訴訟の審理の実情改訂版」8頁

⁶⁴ 人事訴訟規則20条1項「…離婚の訴えに係る訴訟において、事実の調査は、審理の経過、証拠調べの結果その他の事情を考慮して必要があると認めるときは、医学、心理学、社会学、経済学その他の専門的知識を活用して行うように努めなければならない。」、同条2項「裁判所は前項の場合において、家庭裁判所調査官に同項の専門的知識を活用した事実の調査をさせるときは、その事実の調査を要する事項を特定するものとする。」

⁶⁵ 若林昌子「親権・監護権紛争における子どもの手続き上の代理人」法律時報1005号14頁

る点が特徴的である。調査発令時に、裁判官から当事者に対し、調査事項はもちろんのこと調査方法や調査対象の特定についても説明がなされ、調査の途中で当事者への説明なしに調査事項を変更したり追加することは通常ない⁶⁶。さらに調査結果は、調査報告書という書面にまとめられ、当事者は人事訴訟法 35 条 2 項各号に定める非開示事由がない限り開示されることになっている。

2 家裁調査官の調査とは異なる子どもの代理人の必要性

以上のとおり家裁調査官は、事実の調査にあたり子の意見を聴取するのであり、またそれが専門的な知見に基づいたものであるため、家裁調査官の調査とは別に子どもの代理人制度の必要はないとの意見もある。

しかしながら、家裁調査官による調査とは別に子どもの代理人の活動が必要か否かは、下記の各観点から検討されなければならない。

(1) 子の意見表明権の手続的保障

子の監護等に関する処分は、子の人格形成に関わり、子に大きな影響を及ぼすものである以上、その結論において子の最善の利益が実現されなければならない。そして、そのためには、手続過程において子の人格的利益を尊重し、子の意見表明権が手続的に十分に保障されていないなければならない。

ところが、子の意見表明権が現行手続法上十分に保障されていないことは、第 2 章第 2 で見てきた通りである。

上記のとおり、家裁調査官による子の意向調査は、家庭裁判所の調査命令の趣旨や調査命令で特定された範囲に限定してなされ、また両親の紛争をどのように解決するかに力点が置かれるものであり、子の最善の利益を代弁するためになされるものではない。すなわち、子の意見聴取の機会は、子の利益のために権利として保障されているわけではなく、あくまでも家庭裁判所の調査命令による調査の客体という限度でしか保障されていないのである。

これに対し、子どもの代理人は、その制度本来の趣旨から子の意見表明権を十分に保障するものである。子どもの代理人は、紛争当事者との関係で中立性が求められる家裁調査官と異なり、親やその他利害関係人から全く独立した立場で子の最善の利益が何であるのかを探求し(単に子の意見を聴取するのみではない)、家庭裁判所で主張することが可能である。また、両親の紛争解決という目的達成の前で軽視される子独自の利益を家庭裁判所において主張することが可能である。

この点、確かに、例えば、子が「ママと一緒にが良い」と述べたとしても、この事実だけをもって母に愛着を抱いているとか母子関係が良好であると判断することは妥当でなく、家裁調査官の事実の調査では、子の意見のほか裁判所での交流場面における母子の様子など複数の事実を照らし合わせて、事実の評価・解釈を行うことが重要とされる⁶⁷。このよ

⁶⁶ 藤川朋子「人事訴訟における調査官調査の実情」ケース研究 298・147 頁

⁶⁷ 中澤智他 6 名「子の監護をめぐる紛争における家庭裁判所調査官の調査の在り方」家裁調査官研究紀要

うな評価・解釈は、子どもの代理人よりも心理学等の専門知識を有する家裁調査官が良くなし得るであろう。しかし、上記のとおり家裁調査官の調査に限界がある以上、家裁調査官が、子どもの代理人による調査報告内容も参考とするなど双方が補い合うことにより、さらに子の最善の利益が何であるかをより適切に判断し得ると考える。

さらに、子どもの権利条約 12 条に関する一般的意見 (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD 「GENERAL COMMENT No.12 (2009) The right of the child to be heard」) は、子の聴取される権利を実現するために踏むべき手順として、手続の結果を子に情報提供し、どのように子の意見が考慮されたかを子に説明すべきこと (Paragraph45)⁶⁸、子の聴取される権利及びその意見を考慮される権利が軽視され侵害された場合には、子に不服申立て及び救済手段を与える立法が必要である旨 (Paragraph46)⁶⁹述べている。子に対し、手続の結果及びその結果において子の意見がどのように考慮されたのかを説明すること並びに手続の結果に対する不服申立て等は、家裁調査官がなし得るものではない。法律家による子どもの代理人こそがなし得るものである。

(2) 和解による解決の促進

子どもの代理人は、独立した立場から紛争当事者である両親に働きかけ彼らの目を子の最善の利益に向けさせて、合意による紛争解決を促すことができる。この点、当部会員がシドニーの連邦治安判事裁判所で傍聴した子の監護事件において、子の監護の条件を争っている母親 (申立人) に対し、「子どものための独立した弁護士」が相手方代理人の反対尋問とは全く違った角度から、例えば、「両親がひどく揉めていると子に影響があると思わないか」、「誰と住みたいかという話を子にすることは、子にとって辛いことだと思わなかったか」、「両親の仲が良いことが子にとって重要なことだとわからないか」、「両親が話し合いで協力して結論を出せたら子にとって良いと思わないか」などと諭すように質問し、和解に導いていたのが印象的であった (シドニー視察報告書 (資料編) 参照)。両親の納得の下、子の監護に関する条件を決定できれば、その後の非監護親と子との面会交流もスムーズになると期待できる。精神的負担を感じることなく双方の親と交流を保ち、いずれの親からも愛情を注がれる機会を確保することは子にとって最も重要な利益の一つであり、この利益をもたらず和解促進との機能は軽視できない。

上記 1 (2) 記載のとおり離婚訴訟においてはそもそも家裁調査官に調整活動は期待されておらず、和解の促進は、法律家である子どもの代理人こそが果たし得るものである。

以上の各点から、家裁調査官の調査制度とは別に、子どもの代理人制度が必要であることは明らかである。

【参考文献】

第 10 号 35 頁

⁶⁸ “Since the child enjoys the right that her or his views are given due weight, the decision maker has to inform the child of the outcome of the process and explain how her or his views were considered.”

⁶⁹ “Legislation is needed to provide children with complaint procedures and remedies when their right to be heard and for their views to be given due weight is disregarded and violated.”

- ・野田愛子「人事訴訟の家庭裁判所移管と家庭裁判所の独自性」
- ・東京家庭裁判所家事第6部「東京家庭裁判所における人事訴訟の審理の実情改訂版」
- ・若林昌子「親権・監護紛争における子どもの手続き上の代理人」法律時報1005号14頁
- ・濱野昌彦「親権・監護権紛争における家裁調査官の役割」法律時報1005号22頁
- ・中澤智他6名「子の監護をめぐる紛争における家庭裁判所調査官の調査の在り方」家裁調査官研究紀要第10号35頁
- ・藤川朋子「人事訴訟における調査官調査の実情」ケース研究298・144頁

第3章 海外の制度

第1 ドイツ「子どもの代理人」制度 — 手続保護人から手続補佐人へ⁷⁰

1 ドイツの家事事件に関する法制度（概要）

ドイツは、16州（Land）で構成される連邦国家であるが⁷¹、民法、訴訟法等の重要な事項⁷²については連邦法がある。実体法としての家族法（Familienrecht）は、連邦法である民法典（BGB）の第4編に定めがある⁷³。家事事件の手続法については、従来、ドイツ民事訴訟法（ZPO）とドイツ非訟事件手続法（FGG）⁷⁴その他の法律の適用を受けていたが、2008年に「家事事件および非訟事件の手続に関する法律」（FamFG）が制定され、この法律の包括的な適用を受けるようになった⁷⁵。

家事事件を取り扱う裁判所としては、1976年に家庭裁判所（部）⁷⁶が創設され、家事事件を取り扱う「専門部」として家庭裁判所がある。なお、ドイツでは、日本の「家事調停」に相当する制度は存在しないが、近年では調停（メディエーション）的要素が考慮されている⁷⁷。離婚事件（Scheidungssachen）⁷⁸は、「家事事件」の中の「婚姻事件」の一つとして位置付けられる。その特徴としては、裁判離婚のみ（協議離婚はない）であること、1976年に有責主義から破綻主義へ変わっていることである。

2 ドイツにおける子の実体法及び手続法上の地位

ドイツでは、子（ドイツにおける成人年齢は18歳である）の権利主体性はドイツ憲法（GG）に由来する権利であるとの考え方にに基づき⁷⁹、実体法上もまた手続法上も権利の主体として明確に意識されており⁸⁰、日本と比較すると子の権利の保障は非常に充実した

⁷⁰ 本稿の執筆にあたっては、早稲田大学の岩志和一郎教授による平成20年10月28日のご講演内容のほか、同教授のドイツ親権法に関する著作多数（末尾参考文献）を参考にさせて頂いた。

⁷¹ ドイツは、首都ベルリン、人口約8000万人。

⁷² 文化に関する事項（学校・大学制度や放送事業）は州法により規律される（参考文献（20）33頁）。

⁷³ 参考文献（1）225頁参照。

⁷⁴ FGGとBGBは1898年制定。日本も同時期に民法（1896年）、非訟事件手続法（1898年）制定。

⁷⁵ FamFG制定概要につき、参考文献（11）参照。なお、FamFG第2編は家事事件として、婚姻事件、親子関係事件、血統事件、養子縁組事件、婚姻同居・家具事件、DV保護事件、年金分割事件、扶養事件、夫婦財産事件、その他家事事件、生活パートナー事件の11種を規律する。

⁷⁶ 参考文献（7）参照。日本の家庭裁判所がモデルとされた（参考文献（18）28頁）。

⁷⁷ 参考文献（5）参照。

⁷⁸ 旧法（FGG）下の離婚関係事件の実際につき、参考文献（2）参照。

⁷⁹ GGの審問請求権は、裁判手続において当事者や関係人が手続の主体として自己の見解を聴取される機会を保障される権利であり、2004年にはFGG（非訟事件手続法）にも審問請求権の救済規定が置かれるようになった（参考文献（18）79頁）。

⁸⁰ ドイツでは、「我々は存在し成長しつつある人間であり、子もまた同じである」との格言が、従来の「保護の客体」という子ども観を払しょくし、1968年にドイツ憲法裁判所が子どもを「固有の人間の尊厳を伴う存在」「人格の発展を求める固有の権利を伴う存在」と認めたことが、親権法改正に繋がった（参考文献（13）299頁以下）。

内容である。また、国際的潮流等の事態に柔軟に対応した法改正を行っている⁸¹。

具体的には、1979年に、権威的な「親権」という概念（*Elterliche Gewalt*）を廃止して、「親の配慮」という概念（*Elterliche Sorge*）を導入すると共に⁸²、子の意見聴取手続を義務付けした。また、1992年に、子どもの権利条約を批准した後、1997年に、離婚後の「単独親権制」を廃止して「共同親権制」を採用すると共に⁸³、後述する「手続保護人」制度の創設へと繋がっている。しかも、1991年に施行された社会法典（*SGB*）第8編「児童ならびに少年援助」（*KJHG*）⁸⁴が、子の手続上の権利を実効あらしめるため、子への情報提供・相談システムを定めており、周辺の権利の保障までされていることが注目される⁸⁵。

ドイツの「家事事件」の一つである「親子関係事件」は、親の配慮（親権）に関する手続、面会交流に関する手続、子の引渡に関する手続、未成年後見に関する手続など8種に分けられる（*FamFG*151条）。子の手続上の権利を考えるにあたって、その当事者性⁸⁶が問題となるが、ドイツでは子は「関係人」として位置付けられる⁸⁷。また、子の手続行為能力については、意思能力がある限り認めるとされている。

（1）子の意見陳述権 - *FamFG*159条ほか

親子関係事件⁸⁸においては、次のとおり子の意見陳述権（審問請求権）が保障されている（*FamFG*159条）。すなわち、子の監護に関わる手続においては、満14歳以上の子については常に裁判所に一对一の審問を義務付けており、子が14歳未満である場合でも事案によっては審問を実施する。ドイツでは日本の家裁調査官に相当する制度がないため、子への意見聴取を裁判官が直接行う点が特徴的である。また、子の意見聴取は「子の福祉のため」だけでなく、「審問請求権の保障のため」であるともいわれる⁸⁹。そして、子の意思が手続に反映されない場合には、14歳以上の子に抗告権を認めている。

（2）少年局の関与

ドイツでは、福祉行政機関である少年局（*Jugendamt*）⁹⁰が、子の福祉の観点から家事事件に積極的に関与することが特徴的である。例えば、離婚事件では、申立書面に

⁸¹ 参考文献（19）246頁参照。

⁸² ドイツ親権法の規定は、子虐待をめぐる議論において有益である（この点、参考文献（6）（8）（9）（16）を参照）。

⁸³ 離婚後の共同親権に関しては、参考文献（17）参照。

⁸⁴ 参考文献（3）参照。

⁸⁵ 参考文献（14）178頁参照。

⁸⁶ 日本では、少年審判では子に手続上の権利が付与されているが、日本における子どもの代理人制度の導入にあたっては、少年審判制度との対比も重要である。

⁸⁷ 日本の非訟事件手続法にも「関係人」の概念があるがその定義規定はない。*FamFG*では「関係人」概念の中に参加人を含ませているので、補助参加や当事者参加の概念も登場しないことが指摘されており（参考文献（18）106頁）、示唆に富む。

⁸⁸ *FGG*では50条bに通則的規定があったのに対し、個別事件毎に規定する方式に改正された。

⁸⁹ 議論の仕方が、日本の少年事件における「司法福祉」の現象と似ている。

⁹⁰ 日本の「児童相談所」に相当し、家事事件だけでなく刑事事件における親および子のケアも行う。

夫婦間に未成年の子があるか否かを記載しなければならず、その場合には家庭裁判所は少年局に通知することとされ (KJHG17 条 3 項)、少年局の関与の機会が保障されている。このように、ドイツでは裁判所の外部のケースワーカーが事件に関与しており、日本の家裁調査官のように裁判所の内部のケースワーカーが事件に関与する制度を採用していない⁹¹。

3 ドイツ手続補佐人 (旧「手続保護人」) 制度の内容 - FamFG158 条ほか

ドイツでは、1997 年の非訟事件手続法 (FGG) 改正により、家事事件における子どもの代理人⁹²に相当する「手続保護人」(Verfahrenspfleger)⁹³制度が創設された (FGG50 条)。その後、2008 年の FGG 改正 (FamFG 制定)⁹⁴により「手続補佐人」(Verfahrensbeistand) に名称が変更され、その規定はより詳細なものとなった。

(1) 適用範囲

ドイツでいうところの「親子関係事件」(前述のとおり、親の配慮、面会交流、子の引渡、未成年後見など 8 種) だけでなく、血統事件 (日本でいう親子関係事件) や養子縁組事件等においても上記 FamFG158 条の規定が準用されるので、子の身上監護に関するあらゆる家事事件を適用範囲としている。

(2) 選任の手続・要件等

ア 原則選任事件

裁判所は、①子の利益とその法定代理人の利益が著しく相反する場合、②身上配慮の一部又は全部の剥奪が問題となる場合、③子を保護下に置いている者からの子の引渡が必要とされる場合、④子の引渡又は残留命令が対象となる手続の場合、⑤交流権の排除ないしは重大な制限が問題となる場合は、原則として手続補佐人を選任しなければならない (FamFG158 条 2 項)。この原則選任事件で、手続補佐人を選任しなかった場合には、裁判所は終局判決の中でその理由を示す必要がある (158 条 3 項 3 文)。

イ 選任方法

手続補佐人の選任権者は裁判所であり⁹⁵、親や子に選任権はない。選任するかどうかは裁判所の裁量によるが、選任の必要性だけでなく、補充性をも考慮する。すなわち、子の意思がすでに相当な代理人によって適切に主張されるときは、手続補佐人の選任は行わず、また選任を取消されなくてはならない (158 条 5 項)。選任時期は「可及的速やかに」とされた (158 条 3 項)。

なお、ドイツ国内における手続保護人の選任件数は、年々増加傾向にあり、1999

⁹¹ 参考文献 (21) 52 頁では、ドイツの制度につき「しよせん家裁調査官家裁調査官制度のない国の話であるとして片づけることは、賢明ではない」と指摘される。

⁹² 参考文献 (12) 参照。

⁹³ 「子どもの代弁人 (Anwalt des Kindes)」とも呼称されるが、Anwalt は弁護士 (Lawyer) に相当する言葉であるのに対して、手続保護人の資格は弁護士に限られない。

⁹⁴ FGG に関連規定を加えて「FamFG」となり、2009 年 9 月施行された。

⁹⁵ 手続保護人選任に対し親が抗告できるかにつき、判例は否定的である (参考文献 (4) 参照)。

年 (2, 544 件), 2000 年 (3, 757 件), 2001 年 (5, 483 件), 2002 年 (6, 418 件), 2003 年 (7, 121 件), 2004 年 (7, 868 件) であった⁹⁶。

ウ 対象年齢

手続補佐人が選任される子の対象年齢について法律上規定はない。手続保護人における実務では、比較的自分の意思をうまく伝えることができる6歳以上の子が多いが、約3分の1の割合で1歳から6歳の幼児に手続保護人が選任されるとのことである⁹⁷。

エ 任務の終了

手続補佐人は、選任決定が取消される場合のほか、手続の終局決定がされた場合や、その他和解等により手続が終了した場合に、その任務が終了するとされる (FamFG158 条6 項)。

(3) 資格・研修

法律 (FamFG) には手続補佐人の資格について規定はないが、実務上、法学者や弁護士⁹⁸、ソーシャルワーカー (少年局の職員等)、社会教育学者、児童心理学者などが担当している。

ドイツでは、職業として手続保護人を引受ける個人や団体があり、2000 年には連邦レベルの組織がフランクフルトに設立され、州単位でも手続保護人協会が設立されている⁹⁹。各協会において、手続保護人の人選に関する調整・仲介を行うほか、会員の専門性の確保のため活動規範¹⁰⁰の定立、研究会開催¹⁰¹、会員相互ネットワーク作りなど、積極的に取組んでいる。

なお、ドイツでは、手続保護人の専門性に関連して、弁護士とソーシャルワーカーという異なる専門家が協働すべきとのタンドム理論が主張されることがある。例えば、手続保護人が抗告する場合、法律的知識が必要である上、子の内面に関する心理学的知識も必要となるためである。しかし、この理論の実践には、費用負担の問題があるため現実的には行われておらず、弁護士が心理学の知識を持つというように、一人で二種類以上の専門知識を有することで対応する¹⁰²。

(4) 権限 (任務) (FamFG158 条4 項)

手続補佐人の任務については、FamFG158 条4 項において、次のアからエのとおり規定されている。

⁹⁶ 参考文献 (15) 112 頁参照。この論文は、手続保護人の資格と研修、その活動内容および実態、裁判所や少年局との連携、FamFG 改正の影響につき、その実態解明を試みた論文であり非常に示唆に富む。

⁹⁷ 参考文献 (15) 135 頁以下参照。

⁹⁸ 弁護士人口は増加傾向で、弁護士費用は割安とのことである (参考文献 (10) 参照)。

⁹⁹ 例えば、バイエルン州ではミュンヘン市に手続保護人協会を組織化しており、2007 年2 月現在で約 100 名の手続保護人候補者が在籍している (参考文献 (15) 117 頁以下参照)。

¹⁰⁰ ミュンヘン市の活動規範につき、参考文献 (15) 120 頁以下参照。

¹⁰¹ 内容として、法学や心理学の講義、グループワーク、事例研究などで、実施機関によって内容は様々である (参考文献 (15) 126 頁以下参照)。

¹⁰² 参考文献 (15) 129 頁以下参照。

ア 子の利益を確認し、それを裁判手続の中で反映させること（4項第1文）

かつての手続保護人の任務については、子の主観的意思を伝える拡声器（メガホン）としての機能が強調されていたが¹⁰³（代弁者的機能）、手続「補佐人」へ名称が変更されると共に、主観的利益（子の意思）と並んで、子の客観的な利益（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た（福祉的機能）。なお、FamFGにより、子への審問（意見聴取）は手続補佐人の立会の下で行われることが義務付けられたのは特筆すべきことである（FamFG158条4項）。

イ 相当な方法で、子に対し手続の対象、経過ならびに予想される結果についての情報を与えること（4項第2文）

子の年齢に応じた情報を与えられることで子は自己の立場を表明しやすくなる。とくに幼児への対応等の実際の活動については後述する。

ウ 裁判所の委託があった場合の付加的任務として、子の親ならびにその他の関係者と話し合いを行い、手続の対象に関して合意による取り決めに成立させるために協力すること（4項第3文～第4文）

手続保護人の時代には、裁判外の仲裁という目的で両親へ助言することも任務に含まれるか議論があった。この点、手続補佐人の本来的な任務は子の代弁人であって、親や関係者との話し合いや合意形成への協力は付加的任務であり、裁判所にその必要性を判断させることとした。

エ 子の利益のために法的救済を求めること（4項第5文）

子の利益のため必要があれば、子とは独立して抗告権も行使できる。しかし、手続補佐人は子どもの法定代理人ではない（FamFG158条4項第6文）とされるので、手続補佐人は、子どもの権利を代理行使するのではなく、手続における関係人としての固有の権利に基づき活動することになる。

（5）手続保護人活動の実務

法文（FamFG）上に定められた手続補佐人の任務は以上のとおりだが、改正前の手続保護人の活動は概ね次のとおりである¹⁰⁴。

ア 手続保護の開始

まず、裁判所は、手続保護人協会との間で、事案に応じた人選につき調整を行う（例えば、外国語に長けている等）。事件類型としては、配慮権（親権）事件、子の引渡事件、面会交流事件、虐待事件などが大半を占める。裁判所は、手続保護人協会からの連絡事項を参考にして選任決定をし、決定書を当該手続保護人に送達する。手続保護人は、裁判所へ連絡をして審問期日を取り決めると共に、裁判所との協議や記録の閲覧・謄写を通じて、事件処理の基本方針を立てる。

¹⁰³ 手続保護人の役割は、基本的には子の意思を代弁するための「拡声器」「増幅器」であるが、同時に、子の願望を抽出するため関係者から事情聴取を通じて子の真意を探求する「聴診器」的機能も期待されていた。例えば、親の一方による他方への過剰な悪口の吹聴等、周囲の環境からの影響を受けている場合には、子がそのような影響を受けているであろうと推認する根拠を裁判所に示すとされる（参考文献（15）134頁以下）。

¹⁰⁴ 手続保護人の活動の実態に関する記述は、参考文献（15）の紹介による。

イ 親（配慮権者）との接触

手続保護人は、子との接触の了解を得る等を目的として、配慮権（親権）者との接触を試みる。親が子との接触に同意しないとき、正当な理由なく同意しないのであれば裁判所が同意を代替するが、同意なくして手続保護の遂行が困難と認められれば裁判所は手続保護人を解任する。親との対立構造を抑えるため、手続保護人と親との接触は必要最小限に行われる。

ウ 子との面会

手続保護人は、子と面会する際、子の年齢や成長発達段階に応じて、自己紹介をし、手続保護人の役割を分かりやすく説明する。始めから事件に関して聴くのではなく、子の日常生活上の出来事を取り上げるなど対話作りに工夫がされる。手続保護人が幼児（1～6歳）と対話する場合、絵本等のアイテム¹⁰⁵を用いながら、離婚の基礎知識などをやさしく教える。手続保護人の登録者の中には、幼児や不登校児童等との接触到長けた専門家もおり、人選において同世代の子を持つ女性を推薦するなど工夫がされている。面会の頻度は、事案や手続の進捗状況によるが、週に数回、何週間に1回などまちまちである。面会の場所は、できる限り子と単独で対話できる環境で行うため、自宅だけでなく、自分の部屋がない子とは放課後に公園で対話するなど工夫がされる。

エ 意見聴取時の付添い

裁判官が子から意見聴取する際、手続保護人が付添うのが原則であるが、付添いさせないことにつき裁判所に正当な理由があり、子もそれに納得している場合には付添いを差し控える。

オ 少年局との連携

手続保護人は、福祉行政機関として親子関係事件に関わる少年局との間で、対話を持つことが必要となる。また、少年局の保有する記録の閲覧・謄写も必要である。少年局はあくまでも客観的な資料に基づき子の福祉の危険回避という業務に徹する役所であって、子の意思の代弁者であり子との対話を通じて抽出した子の意思を裁判所で主張する手続保護人とは役割を異にする。しかし、双方の役割の根幹には「子の福祉の危険の回避」というものがあり、その意味でも双方が情報を共有し、相互に対話することが必要となる。

カ その他

手続保護人が、子の意思を探求するにあたり、手続（事件）に関わる背景事情（家族関係や生活環境等）を調査する必要がある場合には、専門鑑定の実施を提案し、鑑定人の人選に関与する。手続保護人は、両親間の話し合いによる合意解決を促進する（メディエーション機能）が、前述のとおり、手続補佐人では付加的任務とされた。

キ 任務の終了

手続保護人の任務は、3か月未満で終了する事案もあれば、1年以上経っても終了しない事件もあり、事案によってはハードである。担当事件が年3件という者もいれば、年間約50件を担当する者もいる。ミュンヘン協会では平均して一人当たり年間

¹⁰⁵ ミュンヘン協会では、様々な表情をした恐竜の絵を用いて、自分の心境に一番近い絵を子に指摘してもらうなどしている。

10件とのことである¹⁰⁶。なお、手続終了後のアフターケアまで任務に含まれるか議論があるが、この点は消極的に解されている。

(6) 報酬・経費¹⁰⁷

職業として手続補佐人をする者に対しては、1回につき350ユーロの報酬が国庫から支給される。なお、前述の付加的任務（和解調整）を委託された場合には1回につき550ユーロに増額される。経費（実費）については、職業的であるか否かに関わらず、国庫から支給される（FamFG158条7項）。手続補佐人の報酬及び経費は全て国庫負担であり、親や子が負担させられることはない（FamFG158条8項）。

【参考文献】

- (1) 岩志和一郎「ドイツ親権法規定(仮訳)」早稲田法学76巻4号(2001)
- (2) 菊池絵里「ドイツにおける離婚関係訴訟の実務(上)(下)」家月54巻3号、4号(2001)
- (3) 岩志和一郎ほか「ドイツ『児童ならびに少年援助法』全訳(1)~(3完)」比較法学36巻1号(2002)、437巻1号(2003)、39巻2号(2005)
- (4) 遠藤隆幸「ドイツにおける手続保護人制度の運用実態と今後の課題」比較法雑誌36巻4号(2003)
- (5) ミヒヤエル・ケスター著・岩志和一郎訳「ドイツの家庭裁判所の手続におけるメディエーション的要素」比較法学38巻1号(2004)
- (6) 子どもの虹情報研修センター「ドイツ・フランスの児童虐待防止制度の視察報告書」(2004)
- (7) 岩志和一郎「ドイツの家庭裁判所」家族〈法と社会〉№21(2005)
- (8) 岩志和一郎「暴力によらずに教育される子の権利—ドイツ民法のアピール」早稲田法学80巻3号(2005)
- (9) 春日嘉彦「ドイツ連邦共和国における児童虐待の取扱いの実情について」家月58巻1号(2005)
- (10) ペーター・ゴットヴェルト著・入稻福智訳「ドイツにおける弁護士の状況」立命館法学308号(2006)
- (11) ミヒヤエル・ケスター著・渡辺惺之訳「ドイツ家事手続法改正案の基本的特徴」立命館法学308号(2006)
- (12) 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号40頁(2006)
- (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 -」立命館法学302号(2006)
- (14) 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306号128頁(2006)
- (15) 佐々木健「手続保護人(Verfahrenspfleger)の実務の現状と課題 - ミュンヘン・子どもの弁護士協会の活動への現地調査から -」立命館法学315号106頁(2007)
- (16) 岩志和一郎ほか「子の権利保護のためのシステムの研究—実体親権法と児童福祉法制の連

¹⁰⁶ 佐々木健・前掲注27・123頁以下。

¹⁰⁷ 岩志和一郎・前掲注22・50頁。

- 動のあり方」(2007)
- (17) 財団法人日弁連法務研究財団「子どもの福祉と共同親権 別居・離婚に伴う親権・監護体制の比較法研究」(2007)
 - (18) 佐上善和「家事審判法」(2007)
 - (19) 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317号(2008)
 - (20) 村上淳一ほか著「ドイツ法入門」(改訂第7版)有斐閣(2008)
 - (21) 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」法律時報81巻2号(2009)

FamFG159条¹⁰⁸

- 1項 裁判所は、子が満14歳に達しているときは、*面對して*審問しなければならない。手続がもつぱら子の財産に関するものである場合において、事務の種類に照らして相当であるときは、*面對の審問を行わない*ことができる。
- 2項 子が満14歳未満である場合には、子の性向、結びつきもしくは意思が裁判にとって重要であるであるとき、又は特別の理由から*面對の審問が相当である*ときに、子は*面對して*審問される。
- 3項 裁判所は、重大な理由があるときは、第1項又は第2項の*面對の諮問を行わない*ことができる。遅滞が危険をもたらすことを理由としてのみ審問が行われない場合は、遅滞なく審問が追完されなければならない。
- 4項 子は、その発育、教育もしくは健康に対して不利益が懸念されない限り、手続の対象、経過ならびに予想される結果について、*相当な方法で*情報を与えられなければならない。子には意見表明の機会が与えられなければならない。裁判所が158条により子に手続補佐人を選任したときは、*面對の審問は手続補佐人の立会いの下で行われるものとする*。その他、*面對の審問をどのように行うかは裁判所の裁量による*。

FamFG158条¹⁰⁹

- 1項 裁判所は、未成年の子のために、その子の利益の確保のために必要である限りにおいて、その身上に関する親子事件につき、適切な手続補佐人を選任しなければならない。
- 2項 以下の各号の場合には、原則として選任することが必要である。
 - ①子との利益とその法定代理人の利益が著しく相反する場合。
 - ②BGB1666条および1666条aに従った手続において、身上配慮の一部ないしは全部の剥奪が問題となる場合。
 - ③子を保護下においている者からの子の引き離しが必要とされる場合。
 - ④子の引渡し又は残留命令が対象となる手続の場合。
 - ⑤交流権の排除ないしは重大な制限が問題となる場合。

¹⁰⁸ 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」法律時報81巻2号((2009))49頁の和訳による。

¹⁰⁹ 岩志和一郎・前掲注105の和訳による。

- 3項 手続補佐人は可及的速やかに選任されなければならない。手続補佐人は、その選任により、関係人として手続に参加する。裁判所が第2項の各場合において手続補佐人の選任を行わないときは、終局決定の中においてその理由を述べなければならない。手続補佐人の選任又は選任の取消、ならびにそれらの処置の却下は、取り消すことができない。
- 4項 手続補佐人は、子の利益を確認し、それを裁判手続の中で反映させなければならない。手続補佐人は、相当な方法で、子に対し、手続の対象、経過ならびに予想される結果についての情報を与えなければならない。各事案の状況に照らして必要がある限りにおいて、裁判所は、手続補佐人に対し、子の親ならびにその他の関係者と話し合いを行い、手続の対象に関して合意による取り決めに成立させるために協力する付加的な任務を委ねることができる。裁判所は、委託の種類および範囲を具体的に確定し、また委託の理由を述べなければならない。手続補佐人は、子の利益のために、法的救済を求めることができる。手続補佐人は子の法定代理人ではない。
- 5項 子の利益が弁護士又はその他の相当な手続任意代理人によって適切に主張されるときは、本条の選任は行われてはならず、又は取り消されなくてはならない。
- 6項 本条の選任は、前もって取り消されない限り、以下の各号の場合に終了する。
- ①手続を終了する決定が確定した場合。
 - ②その他手続が終了した場合。
- 7項 職業手続補佐人でない手続補佐人の経費の補償については277条1項を準用する。職業として手続補佐が行われるときは、手続補佐人は1回350ユーロの報酬を受ける。第4項3文の任務を委ねられた場合には、550ユーロの報酬を受ける。報酬は、手続保護に際して生じた経費の補償に関する請求ならびに報酬にかかる売上税も補償する。経費の補償および報酬は、常に国庫から支払われる。その他168条1項が準用される。
- 8項 手続補佐は無料とする。

第2 オーストラリアにおける子どもの代理人制度

～Independent Children's Lawyers [I C L] (子どものための独立した弁護士)

1 オーストラリアの法制度概説

(1) オーストラリアの法制度

オーストラリアは連邦制をとっており、6つの州と、2つの準州により構成されている。そして、連邦政府と州政府があり、それぞれが独立した司法、立法、及び行政権を有している。

また、オーストラリアは法体系的には、旧英連邦の一員であり、コモン・ローとエクイティというイギリス法を受け継ぐ判例法の国であるが、連邦及び州議会により成文法も多く制定されている。

(2) オーストラリアの離婚制度

ア 離婚制度の変遷

オーストラリアで初めて離婚を承認する法律が制定されたのは1858年のことで、この法律では、離婚原因は不貞行為のみであった。その後、離婚原因が拡大され、1959年連邦婚姻事件法(The Matrimonial Causes Act 1975)では、14の離婚原因が列挙され¹¹⁰、その中の1つに有責性を必要としない離婚原因として5年間の別居が含まれていた。

その後、改訂された現行法である1975年連邦家族法(Family Law Act 1975, 以下「連邦家族法」という。)では、徹底した破綻主義が採用され、回復見込みのない破綻が唯一の離婚原因となり、破綻を認定するには12か月の別居という客観的の事情があれば足りるとされた。その際、離婚に至る理由は問われず、どちらに婚姻破綻の責任があるかも問題とはされず、仮に同一の住居で生活していても、婚姻共同生活が存在していなければ、それは別居と認定されることになった。したがって、別居の開始時期を特定し、そこから12か月経過することで離婚が可能となっている。

イ 離婚における裁判所の職務

オーストラリアでは、離婚には裁判所の関与が必要となるが(但し、未成年の子がいない場合には、当事者が裁判所に出頭することなく離婚の判決を求めることも可能である。)、破綻についての実質的な判断を家庭裁判所が行わないことに伴い離婚慰謝料の概念も明確に否定され、婚姻破綻の責任を追及する必要性は失われた。裁判所は、離婚原因が立証され、他の手続要件も整っている場合には、同居を回復する合理的な可能性がない限り、離婚の判決を下さなければならない。

このような状況下で、家庭裁判所は、財産分与の問題と子の養育に関わる問題の処理に集中できることとなった。

¹¹⁰ (a)不貞行為, (b)遺棄, (c)性交拒絶, (d)虐待, (e)強姦・同性愛・猥姦, (f)常習的濫酒, 薬物濫用, (g)有罪判決を反復して受け, 虐待を懈怠, (h)服役, (i)配偶者に対する殺人未遂・配偶者に故意に重傷を負わせたことに対する有罪判決, (j)配偶者に対する扶養料の支払懈怠, (k)夫婦同居回復権判決の不履行, (l)精神病, (m)別居, (n)死亡の推定。

(3) 離婚手続と子の問題

オーストラリアでは、父母が別居する時点で、同居する18歳未満の子がいる場合は、その子の監護、福祉及び生育に関して、夫婦間で適切な取り決めがなされていることを裁判所に提示しなければ離婚できないとされており、その点について裁判所が疑問を持つ場合、裁判所は離婚裁判を延期することができる(連邦家族法55A条2項)。また、18歳未満の子に関する裁判所命令がなければ、離婚の決定の効力は生じないとされる(連邦家族法55A条1項)。

同国では、原則として共同監護の制度が採用されており、2006年連邦家族法改正法(共同監護者の責任) [The Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act2006] が成立したことによって、子の共同監護の可能性をより高めることが目指されている。しかし、共同監護は、父母間の争いが存在する場合には、かえって子の利益を損なう可能性があることもまた指摘されている。

2 オーストラリアにおける子どもの代理人制度

～「子どものための独立した弁護士」制度

(1) 子どものための独立した弁護士制度の導入

上記のように、1975年に連邦家族法が制定されたことにより、初めて親とは別に(独立して)子の代理人の選任を命じる場合があることが規定された。このような子の利益のために選任された弁護士は、「Child Representatives」(子の代理人)、あるいは、「Separate Representative」(個別代理人)などと呼ばれていたが、2006年改正法では連邦家族法(68L条)において、「Independent Children's Lawyer」(子どものための独立した弁護士)と規定され、中立・公平な立場で、子の最善の利益を実現させる役割が期待されることとなった。

(2) 適用範囲

子どものための独立した弁護士は、子の最善の利益や子の福祉が最大限に、また適切に考慮される必要のある事件を対象としている(連邦家族法68L条1項)。

具体的には、「K事件(re K)」(1994年)において家庭裁判所上訴部大法廷が判決中に述べたガイドラインが現在も参考とされている。

ガイドラインにおいて選任が必要な場合とされているのは、

- ① 児童虐待を受けていると主張されている事例
- ② 両親間の対立が甚だしい事例
- ③ 子が両親の一方又は双方から引き離されている事例
- ④ 両親の文化的、宗教的な相違が子に影響を及ぼしている事例
- ⑤ 両親の一方又は双方の性的嗜好が子の福祉に影響を及ぼしている場合
- ⑥ 両親の一方又は双方に重大な医学的、精神医学的、心因性の疾患や人格障害がある事例
- ⑦ 両親双方が子の監護をするに不適切である場合
- ⑧ ある程度成熟した子が明確な意見を述べている場合

- ⑨ 両親の一方が長期にわたる養育環境の変更を求めていたり、両親の一方との接触を否定する事例
 - ⑩ 兄弟が離れ離れになる事例
 - ⑪ 誰も弁護士を選任していない事例
 - ⑫ 子に治療を受けさせる必要性があるにも関わらず、適切な治療を受けさせていない事例
- などを挙げている。

(3) 選任権者

家庭裁判所が選任権者である。子自身、子の福祉に係わる団体、その他関係者の請求により、又は裁判所自身が主導的に、裁判所が必要と認める場合には、子どものための独立した弁護士の選任を命じることができるとし、家庭裁判所に対して広範な裁量権を付与している（68L条2項、4項）。

(4) 選任費用

原則として両親が費用を負担することになる。子どものための独立した弁護士に関する費用については、法律扶助協会（リーガルエイド）は、特別な場合に弁護士費用を提供することができるのみで、裁判所が両親に子どものための独立した弁護士への支払を要請したり、両親の一方又は双方に支払いを命じることもある。

(5) 役割

ア 家庭裁判所創設当初の上訴部大法廷判決の1つである「ライオンズ及びボーズレー事件」（1978年）の中で、子どものための独立した弁護士の役割として裁判所は3つの点を暫定的に示した。

- ① 当事者及びその証人の尋問を行うこと
- ② 子自身及び子の福祉に関する直接証拠を裁判所に提示すること
- ③ 必要に応じて、子の意見に関する証拠を裁判所に提示すること

その他、連邦家族法に関する手続に関して必要な命令の請求を求める権限が法律上付与され（1981年）、必要であれば控訴を行う権限も認められると判例上示されている。

イ 連邦家族法第4条第1項は、「子どものための独立した弁護士」について「裁判所により選任される」代理人で「子の利益を」代表するものであること（子自身を代理するわけではないこと）が明確に示されている。この点は、同68LのA条4項でも再確認されている。

68LのA条においては、子どものための独立した弁護士は、「子の最善の利益」について、独自の見解をまとめ、それを裁判所に告知し、子の最善の利益の実現に向けて、訴訟において活動することが義務付けられている（68L A条2項）。

また、子どものための独立した弁護士は、訴訟の方向性についての提言を行い、子の最善の利益の実現に繋がるような方向で訴訟を遂行する義務を負う（同3項）。

さらに、同5項では、子どものための独立した弁護士の義務について次のように規

定されている。

- ① 当事者を公平に扱うこと
- ② 子により表明された適切な意見は、「すべて」裁判所に提供すること
- ③ 子に関して必要とされる報告書及び文書がある場合には、それらを検討し、子の最善の利益にとって必要とされるものを指摘し、裁判所に提供すること
- ④ 訴訟との関係で、子に生じる可能性のあるトラウマをできる限り軽減するように努めること
- ⑤ 子の最善の利益に合致する限りにおいて、合意による紛争解決の促進に努めること

(6) 解任

ア 解任権者

裁判所は、職権で子どものための独立した弁護士の解任を命じることができる。

イ 解任理由

子どものための独立した弁護士を解任すべき理由として、

- ① 子どものための独立した弁護士が子の利益に反する行動を取った場合
- ② 専門家として不適切な行動をとった場合
- ③ 専門家としての目的意識を欠いている場合
- ④ 子どものための独立した弁護士の職務の継続が、信頼関係を損ない、利害の対立を深めている場合などが挙げられる。

(7) 弁護士研修プログラム

子どものための独立した弁護士の候補者となるための弁護士を対象とした「子どものための独立した弁護士研修プログラム」をオーストラリア弁護士家族法部会、法律扶助協会及びオーストラリア家庭裁判所が共同して実施しており、研修終了者には修了証が授与される。

子どものための独立した弁護士の候補者リストに載るためには、この研修を受けることが必要不可欠とされ、また、それ以外にも家事事件の実務経験が問われ、人物照会、面接等を経る必要がある。

この研修は、予め配布された題材となる事件の事実経過、陳述書、専門家の意見書や関連法規等を収めたファイルをもとに手続の時間の流れに応じて区切られた場面について細かく設問が用意され、その時々で子どものための独立した弁護士として何をすべきかを検討することができるよう、具体的かつ実務的なものとなっている。ここでは、子の最善の利益実現のための証拠収集及び交渉機能が重視されている。

【参考文献】

- *本稿の執筆の前に近畿大学の小川富之教授にご講演・ご教授頂き、また、以下の著書を参考にさせて頂いている。
- ・法律時報「オーストラリアにおける子どもの手続上の代理人」近畿大学教授 小川富之
- ・戸籍時報「オーストラリアの家族法(1)~(5)」リサ・ヤング (マードック大学ロー

- スクール准教授) 訳・監修 小川富之
- ・実務家族法体系 5 巻 「家庭裁判所制度の世界的展開」 野田愛子
 - ・「Legal Aid Western Australia」 <http://www.legalaid.wa.gov.au/asp/home.aspx>
 - ・「オーストラリア法における国際離婚事件の管轄権」 福岡大学准教授 北坂尚洋

第4章 総括と提言

第1 総括

1 現行法制度の限界

当部会では、子どもの代理人制度を検討するにあたっては、現行法制度下にあっても「子」の権利を確保することは十分に可能ではないかという議論を絶えず繰り返してきた。確かに、実体法においては、子は親権に服することで、その身分法上、財産法上庇護され、親権との間で利益相反する場合に特別代理人制度を利用することにより子の法的利益を保護することとしている。

しかし、子どもの代理人制度を検討する過程において、独立の人格を有する「人」として尊重されるべき「子」の存在を意識するとき、特別代理人制度が、必ずしも子の権利保護に機能していないこと、また、子は「親権」の強い影響を受ける一方で、その「親権」に関わる裁判上の手続に直接関与する術のないこと、子の権利の確保に必ずしも対応しきれていないケースの多々あることが分かってきた。

2 異なる立場

子の意見陳述権、裁判手続への関与については、消極的な見解もある。

要約すればおおむね次のとおりであると思われる¹¹¹。

- ① 子に親を選ばせることの残酷さ、子に与える最終的な心理的影響を考えるべきであり、直接子の意見を聴かないことがむしろ援助者に求められる態度ではないか、子の気持ちを的確に理解するという事は非常に難しく、そもそも子の意思自体が置かれている環境や両親との権力関係でゆがんでいる可能性がある、そうした中で子の意思というものを中心に意見陳述を考えることができるのか。
- ② 家裁調査官は子の福祉を考えて調査している、子に対して判断や意見を要求するという結果になる制度というのは必ずしも合理性がないのではないか、対抗調査的¹¹²なものを構想する必要性はないのではないか。

しかし、①の見解は、子との接触の方法、調査のやり方、意見聴取の在り方、子どもの代理人となる者の資格、専門性等の論議にかかわるものでもあり、現行法制度下において、子の権利が必ずしも確保されていないのではないか、その対応をいかにすべきかという検証の後に来る議論のように思われる。また、②の見解は、正に、子の意見聴取、調査の目的は何か、子の権利とは何かと言う本質に触れるものであるが、独立した人格を有する「人」としての子について、現行実体法は如何にその権利を確保しているのか、現行手続法は如何なる適正手続を備えているのかという論議を抜きにしては語れない。本報告書では、実体法、手続法における子の立場を検討したが、実質的に親子の三当事者対立構造となって

¹¹¹ 法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会 第9回会議 議事録

¹¹² 「対抗調査的・・・」とは、「家裁調査官は、事実の調査にあたり子の意見を聴取するのであり、またそれが専門的な知見に基づいたものであるため、家裁調査官の調査とは別に子どもの代理人制度を設ける必要性はない」という見解と思われる（本報告書31頁 第2章第3、2参照）。

いる紛争があることは事実であり、そのような場面において現行法制度は、独立した人格を有する「人」としての「子」の立場から必ずしも手続保障を確保しているとは言えないことが分かった。

本報告書では、子どもの代理人制度を提案するものであるが、これは手続を介して実体法上の子の福祉、子の最善の利益を実現するための制度構築であり、手続法上においては、子の意見、法的利益を手続に反映させ、適切な裁判をするために必要な資料を集めるという観点から検討したものである。

3 総括

本報告書において検討してきた「子どもの代理人」制度は、子の福祉、最善の利益、そして権利を守るための適正手続の保障は如何にあるべきかという質問に対する一つの回答でしかない。その法的位置付けについては、さらに慎重に検討しなければならない。

本報告書では、参考例として、ドイツ、オーストラリアの制度を紹介しているが、アメリカ法律家協会(ABA)が2003年に発表した子どもの代理人の監護事件における規範¹¹³も大いに参考となる。この規範では、子どもの代理人の役割を二つに分けている。一つは「child's attorney」と呼ばれ、子の意思を代理する「子の意思の代理人」であり、もう一つは「best interest attorney」と呼ばれる、子の表明された意思に拘束されない、子の最善の利益を守る目的のために独立した法的サービスを提供する「子の最善の利益の代理人」である。後者は、我が国の刑事弁護人の権能のうち固有権と同様の機能であり、子の意思に左右されずに手続に関与するものとされる。

我が国の少年法は付添人制度¹¹⁴を設け、子の「健全な育成」のため審判手続に関与させているが、民事・家事裁判手続において父母とは別に子を代理するという直接的な手続はない。

以上のように、当部会では、「子どもの代理人」という名称に限られない広範な分野について検討をしてきた。以下に提案する制度内容は、子の権利のほんの一部を実現するものに過ぎないが、子を独立の人格として尊重し、手続の保障を通して子の最善の利益を確保するための第一歩となりうるものであると確信している。

第2 制度内容

1 適用範囲

子の監護に関する処分、親権者の指定・変更、児童福祉法28条措置の承認、その他訴訟手続、審判手続、調停手続において子の法的利益を代弁する必要がある場合。

2 選任権・選任申立権

子の最善の利益を図るためには、子どもの代理人選任にあたって、親族その他利害関係

¹¹³ American Bar Association Section of Family Law Standard of Practice for Lawyers Representing Children in Custody Cases(2003) 37FLQ126 (2003) 野田愛子「子供の代理人制度覚書」13頁

¹¹⁴ 少年法10条

人の意思を介在させるべきではない。そこで、公平かつ適正に子どもの代理人を選任するために、選任権は、裁判所のみが有すると考えるべきである。

ただし、子自身はもちろんのこと、親族その他利害関係人にも裁判所に対する選任申立権を認める。また、選任申立てが却下された場合には、不服申立てを可能とする。

3 選任の手続・要件

(1) 必要的選任

- ① 子の利益と法定代理人の利益が著しく相反する場合
- ② 親権・監護権の指定・変更・剥奪にかかる事件
- ③ 子の引渡の事件
- ④ 児童福祉法 28 条措置の承認

上記場合においては、裁判所は子どもの代理人を必ず選任すべきである。

(2) 任意的選任

上記場合に限らず、裁判所の判断として、子の最善の利益を図るために必要と認めるときには、子どもの代理人を選任しうる。

(3) 選任方法

子どもの代理人は、親や監護者等とは独立した立場で活動することが求められるため、これらの者からの推薦は認めず、一定の研修を修了した有資格者による名簿から裁判所が選出する。

(4) 対象年齢

子を独立した人格として尊重し、手続保障及び子の最善の利益を図るという子どもの代理人制度の理念からは、対象年齢は無制限とする。

4 子どもの代理人となるべき者の資格

子どもの代理人は、子の意見を法的に意味のある主張として構成し、裁判の場においては証拠の提出や不服申立等の手続を行うなどの業務を行う以上、法的知識に精通した弁護士資格を有する者とする。

ただし、虐待事例など、もっぱら子の意見の確認が必要とされるような事案については、法的判断に精通している弁護士だけでなく、児童心理学、児童福祉、カウンセリングなどに精通した専門家の力が必要となる場合もあると考えられる。したがって、このような場合には、裁判所の判断により、事案によって最も相応しい専門家を補助者等として選任する。

5 研修制度

資格について上記のように考えとしても、子どもの代理人となるべき者に対する研修制度の実施は不可欠である。

弁護士に対しては、幼少者からの意見聴取の方法を実地で訓練したり、児童心理などについて講習を受けさせるなどが必要である。そして、一定の研修を終了した者のみが子どもの代理人候補者として名簿に登載される。

この研修は、日本弁護士連合会主催で行う。

6 子どもの代理人の権限と役割

法定代理人とは独立して、子の最善の利益を代弁する独立の地位を有し、調停・審判（訴訟）手続いずれの段階においても、当事者としてなし得るあらゆる手続行為（関係者との面談・意見聴取、審問への出席、主張書面や意見書の作成・提出、証拠の申出、不服申立ての他問題点の指摘、抗告等）を行う。また、上記任務を行うために必要とされる全ての権限を認める。

子を独立した人格として尊重し、手続保障及び子の最善の利益を図るという子どもの代理人制度の趣旨からは、子どもの代理人は、「子の意思を代理する」役割と、「子の意思に拘束されずに独立した法的サービスを提供する」役割を担うこととする。

7 子どもの代理人の報酬

報酬については、必要的選任事件については、原則として国庫負担とする。ただし、当事者の経済状況に応じて、裁判所が当事者に負担させることができるとする。また、任意的選任事件については、原則として当事者の負担とするが、国庫の援助を前提とした法律扶助制度の利用ができるとする。

今まで見てきたように、子どもの代理人制度の必要性は顕著であることから、財源不足を理由に制度設立を断念するようなことがあってはならない。

なお、報酬の計算方法について、タイムチャージ制を採用することは困難と考えられ、国選弁護士制度など同様に、事件一件あたりで算出すべきである。

【子どもの代理人制度研究会開催日程】

(平成20年度)	第1回	平成20年4月9日(水)	午後4時
	第2回	4月23日(水)	午後6時30分
	第3回	5月20日(火)	午後5時
	第4回	5月30日(金)	午後6時
	第5回	6月27日(金)	午後6時
	第6回	7月31日(木)	午後5時
	第7回	9月1日(月)	午後6時
	第8回	10月6日(月)	午後5時
	第9回	11月26日(水)	午後5時
	第10回	平成21年1月27日(火)	午後5時
	第11回	2月16日(月)	午後5時
	第12回	3月23日(月)	午後5時
(平成21年度)	第13回	4月21日(火)	午後6時
	第14回	6月3日(火)	午後6時
	第15回	7月6日(月)	午後6時
	第16回	9月3日(木)	午後6時
	第17回	10月15日(木)	午後5時30分
	第18回	11月16日(月)	午後6時30分
	第19回	12月15日(火)	午後6時30分
	第20回	平成22年1月12日(火)	午後6時30分
	第21回	2月17日(水)	午後6時30分
	第22回	3月3日(水)	午後6時
	第23回	3月19日(金)・20日(土)	合宿
	第24回	4月7日(水)	午後5時
	第25回	4月8日(木)	午後5時

【勉強会・視察日程】

*ドイツにおける「子どもの代弁人制度」勉強会

日 時：平成20年10月28日(火) 午後6時～

講 師：岩志 和一郎氏(早稲田大学教授)

*オーストラリアにおける「子どもの代理人制度」勉強会

日 時：平成21年10月6日(火) 午後6時～

講 師：小川 富之氏(近畿大学教授)

*オーストラリアへの海外視察

実施日：平成21年10月26日(月)～27日(火)

資料編
(シドニー視察報告書)

オーストラリアにおける子どもの独立弁護士(ICL)について

1 はじめに

オーストラリアは連邦制を採用する国家であり、連邦政府と6つの州及び2つの準州の各州政府とで、それぞれ独立した司法、立法及び行政権を有している。今回我々は、2009年10月、ニュー・サウス・ウェールズ州内に位置するシドニー市にある法律扶助機関(リーガルエイド)、裁判外調停機関(ユニファム)、家庭裁判所、連邦治安判事裁判所を視察したが、まずは、オーストラリアにおける家事法制の概要、その中でも特に「子どもの独立弁護士」(Independent Children's Lawyers。以下では「ICL」という)の制度を概観した上で、それぞれの視察結果の報告をしたい。

2 オーストラリアの家事法制の概要

(1) 実体法(連邦家族法)と手続法について

オーストラリアは連邦制であるが、家族法に関しては連邦法(The Family Law Act 1975。以下「連邦家族法」という)があり²、ウエスタン・オーストラリア州(WA州)を除く全州に適用される。今回視察を行ったニュー・サウス・ウェールズ州でも連邦家族法が適用される。また、連邦家族法が適用される事件(以下「家族法事件」という)の手続きに関しては、連邦家族法規則(Family Law Rule2004)が適用される。

(2) 家族法事件を扱う裁判所について

オーストラリアは連邦国家であるため、裁判制度も連邦系列の裁判所と州系列の裁判所の二つの系統に分かれるが、先のとおり家族法事件は連邦系列の裁判所の管轄となる(州裁判所には管轄がない)ため³、ここでは連邦系列の裁判所のみを簡単に紹介したい⁴。

連邦系列の裁判所には、最高裁判所(High Court of Australia)、連邦裁判所(Federal Court of Australia)、家庭裁判所(Family Court Of Australia)、連邦治安判事裁判所(Federal Magistrates Court of Australia)の4つの種類があるが、この中で家族法事件が扱われる裁判所は、①最上級審となる連邦最高裁判所、②家庭裁判所、③連邦治安判事裁判所の3つである。この内、家庭裁判所と連邦治安判事裁判所を合わせて「家族法裁判所(The Family Law Courts)」と呼ばれている。

¹ 視察前、近畿大学小川富之教授から「オーストラリア家族法及び家庭裁判所の最近の動向について」、大谷美紀子弁護士から「オーストラリアにおける子どもの代理人制度の調査に関する基本情報」というテーマで講義を受け、非常に有意義な情報を得る機会に恵まれた。本論文作成にあたりその多くを参考にしており、この場をお借りして、あらためて感謝の言葉を申し上げたい。

² この1975年連邦家族法制定に伴うオーストラリア家庭裁判所の創設に早くから注目したものとして、野田愛子「オーストラリアの家庭裁判所」判タ392号19頁(1979年)がある。

³ なお、WA州では州家庭裁判所が、北部準州では準州最高裁判所が家族法事件を扱う。

⁴ オーストラリア裁判制度は、塚本重頼「オーストラリアの裁判制度」法の支配40号43頁(1979年)、「カナダ・アメリカ・オーストラリアの法律扶助」(財法律扶助協会、1995年)、金祥洙「オーストラリアの民事司法」(信山社、1997年)参照。

① 家庭裁判所

家庭裁判所は、連邦家族法の制定(1975年)に伴い、家族法事件について管轄を有する専門裁判所として創設された⁵。家庭裁判所には、一般部(General Division)及び控訴部(Appeal Division)がある。一般部では、単独の裁判官が、家族法事件の第一審及び連邦治安判事裁判所等からの控訴審を扱い、控訴部では、3名ないしそれ以上の数の合議体で、家庭裁判所の一般部からの控訴審を担う⁷。

② 連邦治安判事裁判所

連邦治安判事裁判所は、家庭裁判所が本来管轄を有する事件の中でも、複雑ではなく定型的処理になじむ事件を扱う。連邦治安判事裁判所は、土地管轄が広大であることや家族法事件の増大に対応するため、家庭裁判所及び当事者の負担軽減を目的として、2000年に創設されたものであり、日本でいう「簡易裁判所」に相当するが、日本と異なり家庭裁判所の簡易版も存在する点が特徴である。

(3) 裁判外の調停手続(家族紛争解決手続)

オーストラリアの家庭裁判所は、従来は当事者に対してカウンセリングを提供するだけであったが、1991年の連邦家族法等の改正により、家庭裁判所における調停(Mediation)が実施できるようになった⁸。また、近時の連邦家族法改正により、家庭裁判所に対して監護命令(Parenting Order)の申立を行う以前に、原則として裁判外の家族紛争解決手続(Family dispute resolution、以下「FDR」という)を経なければならないとされた(連邦家族法60条I~K)。このFDRは、有資格者のカウンセラーが進行する手続きで(連邦家族法10条F)、原則として非公開であるが、当事者が合意に至ればそれは裁判所の承認により裁判上の効力を有する。その詳細は後にユニファム訪問記で述べる。

(4) 離婚に関する法制について

オーストラリアの離婚法制では、裁判離婚のみ認められており、裁判外での協議離婚は認められていない。オーストラリアでは、徹底した破綻主義が採用されており、離婚原因はただ一つ「修復不能な破綻(broken down irretrievably)」のみであり、この破綻の認定は12か月間の別居という客観的事実により行われる(連邦家族法48条)。日本とは異なり、どち

⁵ 松田亨「オーストラリアの家庭裁判所 - 破綻主義離婚法の運用と子の福祉を中心として」家月50巻6号(1998年)、小川富之「オーストラリアの家庭裁判所」家族No21・101頁(2005年)参照。

⁶ 石川明「調停法学のすすめ-ADR私論」64頁(信山社、1999年)は、家庭裁判所は、後見的裁判所(Helping court)としての構成を取り、和解(conciliation)を助成し、離婚後の問題が生じないように配慮し、不快と苦痛を減殺することを予定した離婚前離婚後のカウンセリング的機能を持つものとして組織されたと紹介されており、このような点は日本の家庭裁判所とも類似している。

⁷ 家庭裁判所家庭裁判所は、シドニー等の大都市に9か所ほど設置されており、2002年当時の全家庭裁判所の裁判官数は53人であった(野田愛子「家庭裁判所制度の世界的展開」『新家法実務体系』5巻14頁以下(新日本法規出版、2008年)。

⁸ 金・前掲注4・117頁は、「オーストラリアの家庭裁判所は世界でもっとも進んでADRを利用しているところの一つとなっている」と指摘される。この点、赤羽智成「オーストラリア Mediation 制度の概要とその問題点」石川ほか編『比較裁判外紛争解決制度』141頁以下(慶應義塾大学出版会、1997年)、小川富之「オーストラリアの家事調停」『新世紀へ向かう家族法-中川淳先生古稀祝賀論集』1頁以下(日本加除出版、1998年)、石川・前掲注6・52頁以下など参照。

らに有責性があるかなどは問題とされず、離婚慰謝料という概念も否定されている。したがって、両親が双方の有責性を追求する必要がないため、家庭裁判所における審理は、子どもの監護にかかわる問題と、財産分与の問題とに集約されている⁹。

(5) 子の監護に関する法制等について

① 離婚後の共同親権

子の監護法制として、オーストラリアでは離婚後も共同親権(共同監護)とする制度が採用されている。そのため、離婚しようとする夫婦に18歳未満の子どもがいる場合には、その子どもの監護(care)、福祉(welfare)、生育(development)に関して、夫婦間で適切な合意(arrangement)がなされたことを確認するまで、裁判所は離婚を認めない(連邦家族法55条A)。しかも、離婚する夫婦間で子どもの監護の合意が整わないことを理由として裁判所に対して監護命令(Parenting Order)を求める場合でも、前述のとおり、申立てに前置して、裁判外の調停手続(FDR)を経なければならない(連邦家族法60条I~K)

② 子どもの最善の利益の原則

オーストラリアでは、連邦家族法に「子の最善の利益」の原則とその内容が定められている(60条B - 60条C)。裁判所が子の監護命令を出す際、「子の最善の利益」は、至上の考慮事項(the Paramount Consideration¹⁰)とされる(60条CA)。

③ ファミリーレポート

オーストラリアの子の監護事件では、ファミリーレポート(Family Report)という専門家報告書が作成される。これは、子どもの監護問題につき当事者が合意できず、対審構造による裁判手続きになった場合に、裁判所が、裁判所職員である心理専門家(ファミリーコンサルタント、Family Consultant)、又は、複雑な事件では外部の心理専門家に命じて作成する、子どもの福祉に関するあらゆる情報と専門的意見が記載された報告書であり、子どもの意見がこの報告書に反映される場合もある。ファミリーレポートは、子どもの監護事件において証拠となるが、しばしば紛争解決のための指針とも言われており、日本の家庭裁判所調査官の作成する調査報告書との対比で興味深いものである。

3 子どもの独立弁護士(ICL)の概要

オーストラリアにおける子の監護に関する事件の中でも、一定の複雑な事案では、裁判所により、子どもの独立弁護士(Independent Children's Lawyers¹¹)が選任され、当事者から中立・公正な立場で、子どもの最善の利益を図るための活動をする。

⁹ その他オーストラリアの婚姻、離婚、親子、相続の法制については、リサ・ヤング(小川富之訳・監修)「オーストラリア家族法(1)~(4)」戸籍時報629~634号(2008年)を参照されたい。

¹⁰ 子どもの権利条約第3条1項における「子の最善の利益」は、「主として考慮される(a primary consideration)」との位置付けである(波多野里望「逐条解説 児童の権利条約」28頁以下(有斐閣、改訂版、2005年))。

¹¹ 子どもの保護機関は、1975年連邦家族法当初から存在し、子どもの代理人(Child Representatives)、個別代理人(Separate Representatives)と呼ばれていたが、2006年連邦家族法改正により改称された(小川富之「オーストラリアにおける子どもの手続上の代理人」法律時報81巻2号39頁(2009年)41頁)。2006年改正以前の経緯につき、ジョン・ブレナン(野田愛子訳)「子どもの権利の擁護 - 子の監護者決定の審理における子どもの意思(希望)」判タ1151号45頁(2004年)参照。

(1) 選任される事件

ICL は、子の監護事件のすべてに選任されるわけではなく、子どもの最善の利益や子の福祉が最大限にまた適切に考慮される必要のある家族法事件¹²(連邦家族法 68 条 L(1))や、その他国際的な子の奪取の事案で特別の必要性がある場合に選任される。

(2) 選任方法

ICL は、裁判所の裁量により選任される(連邦家族法 68 条 L(2))。ただし、職権による選任だけでなく、当事者や子ども本人のほか福祉機関その他いかなる者にも選任申立権がある(同条 L(4))。

(3) ICL の資格と研修

ICL の資格は、弁護士(Lawyer)に限られている。

ICL 候補者のための研修制度があり、弁護士会、法律扶助機関(リーガルエイド)、家庭裁判所が共同して実施している¹³。研修終了後に、面接等を経て候補者リストに登載される。

(4) ICL の役割と責務

ICL の役割は、家族法事件において至上の考慮要素とされる「子どもの最善の利益」という理念に従い、それに資する証拠を収集した上で、その子どもにとっての最善の利益が何であるかにつき独自の見解を形成し、裁判所に意見を述べるなどの裁判上の行為を行うことである(連邦家族法 68 条 LA(2)(3))。ただし、ICL は、子どもからも独立した存在であり、子どものために選任される弁護士であると言っても、子どもの法的な代理人ではないし、子どもの指示にしたがい行動する責務はない(同 LA(4))。その他、ICL の責務として、①当事者を公平に扱うこと、②子どもにより表明された適切な意見は裁判所に提供すること、③子どもに関する報告書や文書について分析して子どもの最善の利益にとって必要とされる部分を裁判所に提示すること、④裁判手続により子どもに生じるトラウマの軽減に努めること、⑤子どもの最善の利益にかなう限り合意による紛争解決の促進に努めること(同 LA(5))等が挙げられる。

(5) ICL の費用

ICL の費用は、当事者の負担が原則とされるが、法律扶助がされる。

¹² 原文は「proceedings under this Act in which a child's best interests are, or a child's welfare is, the paramount, or a relevant, consideration」

¹³ 大谷美紀子「オーストラリア：『子どものための弁護士』研修」自由と正義 2007 年 10 月号 74 頁は、ICL 研修の様子を紹介するものである。

4 リーガルエイド訪問 — ICL 経験者から聞いた ICL の実務

リーガルエイド(ニュー・サウス・ウェールズ州)の8階会議室で、家族法委員会(Family Law Council)の委員を務めるアマンド・パーキン氏から挨拶により、子どもの独立弁護士(ICL)の経験者5~6名との間でミーティングが開かれ、カーリー・ベッカーハウス氏らから ICL の実務につき説明を受けたが、その内容をまとめると以下のとおりである。



(1) ICL の地位・役割

ICL が「独立」の弁護士ということの意味は、ICL が法律上与えられた権限を駆使して、当事者からも、また、裁判所からも独立した立場の弁護士として活動するものである。裁判所の中では、ICL の裁判所からの独立性を制限したいという考えも一部にはあるが、ICL は裁判所の意に沿った活動をする操り人形ではなく、誠実な仲介者(オネスト・ブローカー)として評価する声が多数である。

あくまでも子どもの最善の利益を図る立場から、当事者に対して解決案を示すことができるので、当事者の和解にとっても有用である。当事者双方から独立した立場から意見を述べることで、何が子どもにとって最善であるかということに当事者の目を向けさせることができるため、特に当事者に代理人弁護士がついていない場合には有益であり、ICL が関与するケースは和解になる確率が高い。ここで述べる「子どもの最善の利益」とは何かという判断基準は、連邦家族法に規定があるが、その解釈については連邦家族法全体にかかわる壮大な議論となり、一義的に定まったものとはまでは言えない。

(2) ICL が選任される事件

ICL は連邦家族法 68 条 L を根拠として裁判所が選任するが、裁判所は、自ら必要と判断したとき、当事者が希望したとき、子の福祉機関が必要であると表明したときに選任することになる。ただし、子の監護事件の多くでは、裁判所カウンセラー(ファミリーコンサルタント)のみが事件に関与し、ICL は選任されておらず、ICL



は複雑で難解な事件をターゲットとして選任されるものである。例えば、性的虐待や身体的虐待がある場合、親が薬物やアルコールの濫用者である、家庭内暴力(DV)がある、その他特に子どもの健康や福祉に問題がある事案で ICL が選任される。ICL の選任基準については、1994 年の連邦最高裁判決(Re-K 事件)が重要である¹⁴。

¹⁴ Re-K 判決では、「児童虐待を受けているという主張がなされている事例、父母間の対立がはなはだしい

(3) ICL 選任手続について

裁判所は、ICL の選任決定後、リーガルエイドに通知¹⁵をする。これは現在ほぼすべての州で使われている書式であり、冒頭に家族・子どもに関する基本情報や現状、次に裁判所からの指示内容(ORDERS)、最後に ICL 選任の理由(REASONS FOR ORDERS)や関連事項が記載されることになる。この選任理由を記載した部分は、ICL にとって重要な情報である。

リーガルエイドは、裁判所からの通知を受領した後、まず、過去の資料を調査して以前 ICL が選任された子どもかどうかをチェックし、以前選任されたことがあれば同じ弁護士を ICL に指名することで、子どもと ICL との関係の継続性を維持する。次に、ICL 選任に適した事例であるかどうかを、裁判所の策定した「ICL のためのガイドライン」と選任理由とを照らし合わせて検討するが、裁判所の選任決定に対してリーガルエイドがこれを拒否するということがまれにある。それは次の 4 つの場合である。①家庭裁判所・連邦治安判事裁判所以外の裁判所からの選任決定(ただし、そのようなケースでは家庭裁判所へ事件が移送されるのが通常である)、②相手方のいない事件である場合、③Re-K 事件の連邦最高裁判決の基準を満たしていない場合、④判決の執行をするだけの事件である。

ICL の選任件数は、ニュー・サウス・ウェールズ州における 2008 年度の統計によると、リーガルエイドのスタッフ弁護士が担当した事件と、外部の弁護士が担当した事件とを合わせて、年間 1,151 件(外部弁護士とでほぼ半数ずつを担当)であり、弁護士の人数にすると 181 名が選任された。この年度の支出は合計 400 万ドルであったが、その中には専門家報告書の作成費用も含まれている。

(4) 適用年齢(ICL が選任される子どもの年齢)

ICL が選任される子どもの年齢については、連邦家族法に制限する規定はないが、Re-K 判決では子どもの年齢も考慮すべきであるとされている。子どもが自らの意思を伝えられるかどうかの一つの基準であり、生後 6 か月の乳児などの場合は ICL 選任の価値はないと判断されるのが通常である。しかし、そのような場合でも両親の一方が精神病者あるいは薬物使用者であるというときには、ICL が独立して裁判所に情報を提供できるので、ICL 選任の価値があると判断されることもある。

(5) ICL の資格と研修に関して

ICL の資格は、弁護士に限るのが基本であり、カウンセラーやソーシャルワーカーには資格は与えられていない。家族法事件の実務経験がある弁護士が、全国的に実施されている研修プログラムを終了した上、地元の州のリーガルエイドへ申し込んだ後、面接等による選定審査を通れば、リーガルエイドとの契約により ICL 名簿に登載されることとなる。

ICL の研修プログラムは、リーガルエイドと家族法委員会(Family Law Council)が共同して、20 年以上前から行っている。研修期間は 2 日半で、年に 2、3 回オーストラリア各地

事例、子どもが父母の一方または双方から引き離されている事例、その他ある程度成熟した子どもが明確に自分の意見を述べており、その意見の内容として、長期にわたる養育環境の変更や父母の一方との接触を否定する事柄が含まれているような事例」が挙げられている(小川・前掲注 11・42 頁)。

¹⁵ 後掲の資料②: ICL 選任命令及びその理由の通知書「NOTICE OF NEW ORDER FOR CHILD REPRESENTATION AND REASONS」

で行われている。研修では、架空の事件を教材とし、心理学者などの専門家のサポートを受ける。この研修は、非常に人気があり、案内を出すで定員以上の応募がある。

ICL名簿登載の申込みは、インターネットでも可能であるが、ICL選定基準があり、子どもにかかわる家族法の知識があること、過去5年間の取扱事件の25%以上が子どもに関する事件であること等の条件を定めている。名簿登載申込後、州ソリシタ協会、バリスタ協会、その他で構成する選定委員会において、紹介者を通じた人物評価などが検討される。

最後にリーガルエイドとの間で契約書(Service Agreement)を締結するとICL名簿に登載されるが、この契約書にはリーガルエイド等に対する各種義務が規定されている。リーガルエイドのスタッフ弁護士ではない外部弁護士がICL名簿に登載されると、リーガルエイドは、その弁護士のICL活動に義務違反がないかどうかを監査する権限を有することになる。この監査により契約違反が判明すると、全国リーガルエイドのモニタリング委員会に付託され、当該弁護士には弁解の機会が与えられるが、その結果、除名又は業務停止となる者もいる。

(6) ICLの職務内容

ICLの職務内容は、活動の手順に従って説明すると、おおむね次のとおりである。ICLのために、活動手引(Work undertaken by ICL)と活動チェックリストを用意している。リーガルエイドから名簿登録者へのICL選任の連絡は、電子メール(緊急時は電話)で受ける。連絡を受けた弁護士は、裁判所に対して、自らの連絡先等を裁判所へ通知するが、これによりICLとしての権限を取得する。

(i) 当事者への説明と要請

次に、ICLは、当事者(保護者本人又は代理人弁護士)と連絡を取り、ICLの役割を説明することになるが、定型の説明文(保護者用と子ども用)が用意されているので通常はそれを利用する。当事者がICLとの接触を拒否するということはまれなことだが、子どもと同居する親が、ICLと会うことが不利になるのではないかと心配して、ICLとの面会を拒絶したという例もあった。ICLは、当事者(又は代理人弁護士)に対して、裁判所へ提出した書類のコピーを提出するよう要請するが、当事者がすべて提出するとは限らないこと、また、以前に別事件が係属していた可能性もあるので、裁判所へ行って記録を閲覧することもある。また、事件に関して情報の照会をすることもある(例えば、保護者以外の教師や医師などが事件に関する情報や資料を持っていないか等)。さらに、ICL費用は、基本的にはリーガルエイドの負担ではあるが、資力がある保護者に対しては裁判所がICL費用の負担を命じることができるので、ICL費用の負担が可能と考えられる保護者に対してはその負担の要請をする。

(ii) 文書提出命令状(サピーナ)の活用

ICLは、裁判所を通じて、関係機関に文書提出命令状(サピーナ Subpoena¹⁶)を出してもらうことで、事件に関する情報を収集する。子どもの学校生活の状況、保護者の犯罪歴、その他子どもの健康ないし福祉の状態などを調べるため、学校、警察、医師、福祉当局へ照会して、カルテやケース報告書などを取り寄せることもある。自身がICLに選任される

¹⁶ subpoenaは、証人に「口頭の証言」を求めるものと「文書の提出」を求めるものとに分類されるが(金・前掲注4・68頁)、ここでは後者を指す。

以前に、既に裁判所から同様の命令状が出されていることもあるので、その有無を確認した上で、なおも必要があれば ICL から裁判所へ命令状の発布を申請する。

(iii) 子どもとの面会

① 子どもと面会するかどうかの判断

ICL は、子どもとの面会のため準備をするが、(ア)子どもが幼少である事案では、そもそも子どもの意思を確認することができないことから、面会はしない。また、(イ)子どもがすでに多数の法曹関係者と面会しているときなどは、子どもを混乱させてしまうので、ICL が子どもと面会をしないこともある。実際に、子どもと面会するかどうか悩むケースとしては、様々な裁判手続に子どもが嫌気を示している場合、比較的年齢の低い子が親の双方から自分寄りに意見を言うようプレッシャーをかけられている場合などがある。ICL は、裁判システムから子どもを守り、子どもに生じるトラウマを軽減する責務を有するので、このような場合には面会するかどうか悩むことになる。

② 子どもとの面会

ICL が子どもと面会する場合、一般的には、選任直後、審問期日の直前、裁判所の決定直後などであるが、ICL として選任されている期間は事案によりまちまちである(審問期日まで1年以上に及ぶという事案もある)ため一概には言えないが、標準的な面会回数は1～3回である。

ICL は、子どもと面会する際に、ICL の役割を分かりやすく説明する。子どもとの面会は、子どもにとっては自分のための弁護士がいるということを理解させることに意義がある。ただし、特に自分の意見を率直に言える年長の子どもに対しては、ICL は子どもの代弁者ではないということを理解してもらうことも重要であり、「あなたの意見は裁判所へ伝えるが、それを裁判所がそのまま認めるわけではない」ということを言うべきである。ICL は、子どもとの面会を通じてその生活状況を把握し、子どもの視点から当該事件では何が問題となるのか理解することも大切である。余り話しをしたがらない子どもに対しては、その子の発言内容如何によって裁判所の結論が左右されることはなく、あくまでも決定するのは裁判所であるということを子どもに説明して、できるだけ意見を表明しやすいようにする。

子どもによっては自ら ICL に連絡を取って来る場合もあるが、通常の弁護士と依頼者の関係とは異なるので、子どもとの関わり合いは、限定的なものとするのが重要であり、あくまで裁判手続における一過性のものである。ICL は、子どものカウンセリング機関そのものではないので、カウンセリングを必要とする子どもに対しては、そのための機関を紹介するというのが ICL の役割である。

③ 面会において特に注意すべきこと

ICL が年齢の低い子どもと面会する場合には、子どもが両親に対して何を要求し、何を意見したいのかについては聞かない。ICL の役割は、子どもの代弁者ではなく、子どもの最善の利益が何であるのかを考えて、それを裁判に反映することであるが、年齢の低い子どもの意見は、その子どもの最善の利益とは必ずしも一致しないからである。

子どもの兄弟姉妹の間で意見が異なるという場合は、最も難しいケースの一つである。裁判官も兄弟姉妹を引き離すことは難しい課題であるので、ジレンマに陥ることになる。

守秘義務に関する連邦家族法の改正により、ICL は、子どもの虐待があるという情報は、

その子の意に反してでも、州の福祉当局へ通報する義務があるとされた。そのため、子どもとの最初の面会での守秘義務の説明方法を工夫しなければならず、また、今後はICLが虐待の事実についての証人となることも想定される。また、ICLが、子どもから、親が裁判所に約束した事項を遵守していないという情報を聞いた場合も難しい問題となるが、子どもから秘密にしてほしいと言われても、それは裁判所に言うべき事柄であるという見方もあり、ICLは、子どもの最善の利益と守秘義務との間で、難しい局面に立たされるときもある。

(iv) 専門家報告書(ファミリーレポート)への関与

ICLが選任される事件では多くの場合、裁判所内部の専門家(ファミリーコンサルタント)が専門家報告書(ファミリーレポート)を作成するが、特に児童虐待等がからむ複雑な事案においては、ICLの助言により、外部専門家(医師や心理士)へ作成依頼することを裁判所が決定(「Order for appointment of single expert」)することもある。外部専門家がファミリーレポートを作成する場合には、ICLがその専門家に対して資料を渡し、作成内容につき指示を与えることになり、反対に専門家から文書提出命令状(サピーナ)の発送を要求されることもある。例えば、性的虐待があるという事案において、虐待があったことの医学的証拠がないという場合には、外部専門家と密接に連携する必要がある。

(v) 審問期日に向けた活動

ICLがかかわる事件では、裁判所において審問期日が開かれた後、すべての証拠を斟酌して裁判所が決定を出すことになるが、ICLが審問期日に立ち会うことは、子どもの最善の利益を図る上で重要な業務である。ICLとなる弁護士は、通常はソリシタであるが、事件が複雑であるため審問期日が数日に及ぶようなときは、バリスタ(法廷弁護士)と協力して審問の準備をし、共にICLとして出廷することもある。ICLは、最終審問に向けて、ケースアウトライン(意見書)を作成し、それを裁判所に提出する。選任後の事情や、書類のリストを示した上、子どもの最善の利益という視点から、裁判所に考慮してもらいたい点やあるべき決定内容などを提示する。

(vi) 和解に向けた調整活動

ICLは、裁判手続を通じて常に和解を模索している。例えば、親の求める監護内容と子どもの求めるそれとが食い違う場合などは難しい事案であるが、ICLにおいて、子どもが本当は何を求めているのかを探り、当事者の代理人弁護士とも協議をして、子どもの最善の利益のための解決を目指すことで早期に和解に至るケースもある。ICLが関与する事件は、裁判所の決定前に和解で解決するものが多くなっているが、そのタイミングとしてはファミリーコンサルタントなどの専門家報告書が出た後ということが多い。

(vii) 最終審問期日

ICLは、最終の審問期日では、証人への反対尋問や、専門家報告書(ファミリーレポート)の提出、準備書面(証拠評価、判断根拠を示す)を提出することになる。ICLは、教師や医師などの証人申請をすることもあるが、一般的なことではなく、基本的には当事者(保護者)が証人申請をして尋問する。その場合、ICLは当事者が申請した証人に対して補充的に尋問することになる。最終的に、裁判所の決定が出されると、子どもと面会して決定内容とその理由を説明する。

(7) ICL 活動における課題

ICL にとって難しいと思われる事件は、一方の親が他方の親から子どもを引き離してしまうケースである。引き離しが巧妙にされている場合には、他方の親との関係を再構築するのはほとんど不可能となってしまう。子どもが父親とも母親ともどちらとも良い関係であるのに、どちらか一方が母国や郷里に帰ったりする場合などでも、オーストラリアでは共同親責任があるので、特に裁判所の決定を得ることが必要となる。

ICL が解任されることは余りないが、解任されるケースとして考えられるのは、①問題が一応解決したという場合(もはや果たすべき役割がないため)、②当事者間で合意が成立しており、ICL がそれに反する見解を有する場合、③リーガルエイドに対して ICL の苦情が出た場合などである。ICL は、当事者の合意を導くために活動する存在であるが、以上のような場合には ICL の活動が不可能となるからである。



5 ユニファム訪問 - 裁判外の家族紛争解決手続の実際

ユニファムの責任者(Manager)であるブレット・アクフォース氏から、業務内容につき説明を受けたが、その概要は以下のとおりである。

(1) ユニファム(Unifam Counselling & Mediation)の概要

ユニファムは、メディエーション(Mediation)等により家族サポートにつき長年の実績がある機関である¹⁷。ユニファムが現在行っている業務は大きく分けて、①家族関係のカウンセリング、②メディエーション(裁判外家族紛争解決手続:FDR)、③裁判所命令の援助、の3つがある。ユニファムのスタッフは、カウンセリング、心理学、法律学などの高等教育を受けた者で、その後の専門教育を受けた者も多い。ユニファムの利用には所定の料金を要するが、収入に応じたスライド制を採用しているので、費用が負担できない両親からの依頼を受け付けないということはない¹⁸。



¹⁷ 小川・前掲注8・7頁でも、「オーストラリアでは、ここ10年あまりの間に、メディエーション協会が徐々に普及してきた。よく知られているものとしては、・・・ニュー・サウス・ウェールズ州のUNIFAM・・・等がある」として紹介されている。

¹⁸ 負担可能な金額は相談の上決めるが、安易に免除はしておらず、両親には双方の負担額を教えないとのことであった。

(2) メディエーション(裁判外の家族紛争解決手続)について

最近の連邦家族法の改正により、別居中で子どものある夫婦は、虐待事案などの例外を除いて、まずは裁判外の調停(メディエーション)による解決を試みることとされ、その後でなければ裁判所への申立てをすることができなくなった。これが家族紛争解決手続(Family dispute resolution)と言われるものである。

メディエーションは、本人又はその代理人弁護士からの申込みにより開始されるが、裁判所から裁判外手続を利用するよう指示されたため開始される場合もある。メディエーションを主催するメディエーターは、男女1組とする場合が多いが、最近の法律改正により資格認定を受ける必要があるとされた¹⁹。メディエーターは、セラピストやカウンセラーと連携しながら、夫婦の意識をできるだけ早期に子どものニーズに向かうようにし、子どもを巡る紛争を起こさせないよう当事者をサポートする。

親や子どもとの面会では、子どもが苦しんでいる理由を察知し、子どもの苦悩を親へ伝えることで、子どもが両親の対立・紛争に接する機会を少なくするべく活動をしている。子どもとの面会では、5歳から11歳を対象とし、5～8歳のグループと8～11歳のグループに分けた上で行うが、子どもが自分について学ぶことをテーマとする。ユニファムの役割は子どもの代弁者であり、子どもたちに生ずる危害を回避するため、その両親らと協議することである。親のグループでは、子どもの体験を親へフィードバックした上で、何を変えていくべきか、子どもへどのようなサポートをしたら良いかを協議する。親グループへの働きかけの目的は、夫婦が対立している状況が子どもに悪い影響を与えることを親に伝えることで、それまでの親の意識を変えることである。

子どもグループの面会と、親グループの面会は、隣合わせの部屋で行うことが多いが、隣の部屋でカウンセリングを受けている子どもが今何を話しているのか考えてもらう機会でもあり、子どもがいる隣の部屋へ親の意識を集中させることで、(元)配偶者への意識を薄める効果もある。

(3) 裁判所命令の援助

裁判所命令の中で、コンセントオーダー(Consent Order)という命令があるが、これはユニファムのような機関の援助を受けることに両親の双方が同意をしている場合である。子ども生活や子どもとの面会の仕方について裁判所が当事者へ具体案を示し、親と子どもがそれを履行する過程でユニファムのプログラムに参加するものである。そのようなこともあり、ユニファムは、定期的に裁判所と連絡を取り合っており、リーガルエイドも含めた共通のネットワークに参加している。

¹⁹ メディエーターの中には法律家もいるが、メディエーターとして活動している限り法的サポートはできず、法的サポートを必要とする者に対してはリーガルエイドを紹介するとのことであった。

6 家庭裁判所・連邦治安判事裁判所訪問 - 裁判所から見た ICL

(1) はじめに

(i) 家庭裁判所と連邦治安判事裁判所の関係

家庭裁判所(Family Court)と治安判事裁判所(Federal Magistrates Court)が同じ建物内に同居しているのが特徴的である。家族法事件は両裁判所に管轄に属するが、約10年前から業務分担を図っており、連邦治安判事裁判所は2〜3日以内の審問(Hearing)で終わる事件を担当し、家庭裁判所は子どもや財産分与に関して難しい問題を含む事件を担当する。ただし、特定事件は家庭裁判所のみが管轄権を有する²⁰。



(ii) バリスタ(法廷弁護士)

家庭裁判所の法廷内でバリスタ(法廷弁護士)の就任式が行われたが、約10名の裁判官の面前で、上級のバリスタとなる約6名が名前を一人ずつ呼ばれ、裁判官より訓示がなされた。バリスタは皆、かつら(ウィッグ)を着用していたのが特徴的であった。



(2) 裁判官から見た ICL

家庭裁判所のトレンチ裁判官や、その他懇談した裁判官から ICL に対する評価を聞くことができた。

(i) ICL の選任について

ICL は、子の監護に関わる事件の中でもとくに子どもにとって痛ましい事件を扱うので重要な存在であるが、ICL を選任するか否かは、両親の間で強い葛藤(ハイ・コンフリクト)があるかどうかの一つのメルクマールとなり、ICL の活動により当事者の和解に向けた協議を促進させることができる。とくに両親の双方または一方に弁護士が付いていない事件(資力がない、法律扶助の要件を満たさないなど)では、ICL 選任によって弁護士の関与がされるという意味でも有益である。

また、裁判所の判断に当たっては、子どもに関する重要な情報(例えば、親が薬物中毒

²⁰ ハーグ条約に関する事件、子どもが海外へ引越をする事件、子どもの医療措置に関する事件、子どもへの暴力に関する事件、子どもの性的虐待に関する事件、審問期日に5日以上を要すると予想される事件、国際法が関わる事件、その他複雑な法律原則や法律問題が関わる事件などである。

者である、親に犯罪歴がある、子どもが住む家に親以外の同居人がいる、近所に好ましくない人物がいる等)があればそれを入手する必要があるが、当事者が自身や相手方の情報を裁判所に伝えたくないということも少なく、そのようなことは裁判



所からは見えづらいことであるが、そのような子どもに関する重要な情報の調査を要する場合には、ICLを選任して文書提出命令状(サピーナ)の利用等の方法で調査をしてもらうことになる。子どもが複数いる場合については、兄弟別々に生活させることになりかねないため、一つの家庭に対しては、一人のICLと、一人のファミリーコンサルタントを付けるのが原則である。

ICL選任のデメリットを敢えて挙げるとすれば、当事者のコスト負担と裁判期間の長期化であるが、ICLの費用はリーガルエイドにより援助がされること、ICL選任により和解の可能性が高まりその結果むしろ裁判が早期に終了することも少なくないので、ICLの選任に消極的になることはない。ICLは、子どもの育児計画を決める事案で選任されることが多く、離婚後の単独親権制を取る日本でも親権者又は監護者を定める事案で有益であると考えられる。

(ii) ICLとファミリーコンサルタントの関係について

シドニーの家庭裁判所の中には、ファミリーコンサルタントは約6名いるが、みな児童心理学等の学位を持っている。ファミリーコンサルタントの作成する報告書(ファミリーレポート)には、導入(インテーク)時における2~3頁の簡易版と、最終審問で提出される正式なものがある。ファミリーレポートは常に証拠となり、作成者であるファミリーコンサルタントが反対尋問を受け、その結果ファミリーレポートが修正されることもある。

ICLは、裁判所のスタッフであるファミリーコンサルタントとは全く異なった機能を有する。ファミリーコンサルタントの作成するファミリーレポートだけで足りる軽微な事案もあるが、難しい事案ではICLを選任して調査を行ってもらう。ファミリーコンサルタントは外部への積極的な調査はしないので、外部専門家に専門家報告書(ファミリーレポート)の作成を委託するが多い。外部専門家は10~15名程度であるが、どの専門家を使うかはICLが提案し、外部専門家はICLから渡された資料だけを見て報告書を作成する。外部専門家が資料のすべてに目を通す手間を省くため、資料を収集・選別するのもICLの役割である。また、ICLは、裁判所と相談して、専門家にとどの項目について報告書を作成してほしいか指示することもある。審問期日には、両当事者のほかに、ファミリーコンサルタント、ICLが出席するが、裁判所命令が出た後にその内容と理由を子どもへ説明するのはICLの役割である。

(iii) 文書提出命令状(サピーナ)について

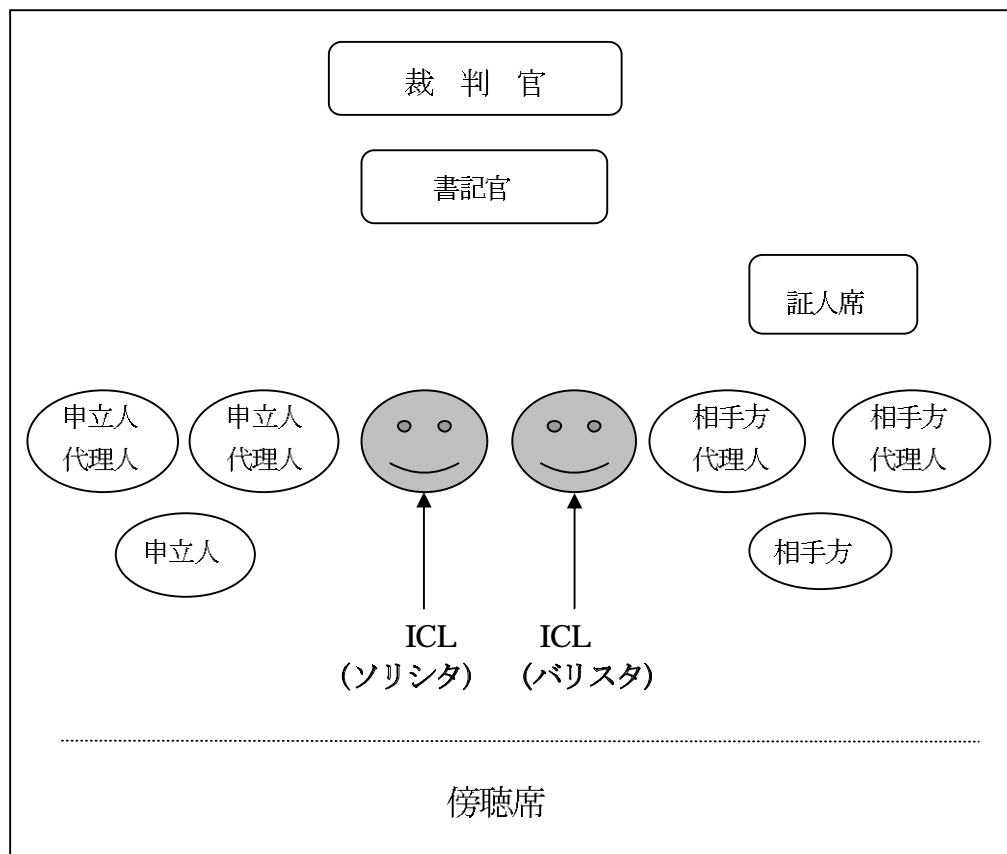
ICL を選任する理由の一つとして、裁判所にとって必要な親や子どもの情報を得るため、関係機関に対して文書提出命令状(サピーナ)を出すことが挙げられる。子どもがかかわる事件の多くは福祉当局が関与しており、そこに多くの資料があるので、ICL が福祉当局の資料を取り寄せることになる。親の養育が不適切で子どもが病院へ行っているケースでは、ICL がどこの病院かを調べて文書提出命令状(サピーナ)を出して資料を収集するし、両親やその同居者の犯罪歴を調べる時もある。ICL が文書提出命令状(サピーナ)を出すには裁判官の許可が必要であるが、ICL から申請されたものは基本的に許可しており、これに対して、当事者からの申請については発状先やその理由などを必ず明らかにさせる。

(3) 裁判傍聴 — 子の監護事件

(i) 事案の概要

我々が裁判傍聴をする機会に恵まれたのは、連邦治安判事裁判所における子の監護事件であったが、その事案の概要は、以前にされた両親の合意に基づき父親と同居する 13 歳の子どもの監護を巡り、申立人(母親)が 1 週間ずつ両親と同居することを求め、他方、相手方(父親)は隔週の週末のみ母親と同居することを提案しているというものであった。

(ii) 法廷内の配置



この配置図のとおり、子どもの独立弁護士(ICL)が当事者の間に着席しており、ICL の存在感が際立っていた。子ども本人は出廷していなかった。なお、配置図からは分かり

づらいが、オーストラリアの法廷では、当事者が横向きに向き合って着席するのではなく、当事者がいずれも前方の裁判官に向かって着席していた。

(iii) 審理の状況

裁判官が入廷後、書記官が事件名を読み上げ開廷された。最初に、裁判官と、双方代理人及びICLとの間で、当事者及びICLからなされた主張及び証拠の確認のためのやりとりがされた。

① 相手方代理人による反対尋問

申立人(母親)に対する尋問が開始されることとなったが、裁判官、当事者の各代理人、ICLとで協議の上、申立人代理人は主尋問を行わず、相手方代理人の反対尋問からスタートした。

相手方代理人の質問内容は、申立人及び相手方双方の子どもに対する監護状況(母親は会計士の仕事をしているが、子どもを児童館に預けることが多いなど)、申立人(母親)が相手方(父親)から子どもを無理やり引き離そうとして警察官が駆けつけたこと、子どもは相手方と同居することを希望しているのではないかといった内容であり、細部にわたり執拗な質問がなされた。

② ICLによる尋問 - 子どもの最善の利益の観点から

次に、ICL(パリスタ)が質問を始めた。申立人の主張(1週間ごとに父親と母親の家を行き来すること)は、子どもの最善の利益にならないのではないかと、1週間ごとに行き来することに対しては子どもが嫌がっていること、両親がひどく揉めていると子に影響があると思わないか、どこに住みたいかという話を子どもにすることは子どもにとって不快だと思わなかったか、両親の仲が良いことが子どもにとって重要なことだと分かるか、両親が話し合いで協力して結論を出せたら子どもにとって良いと思わないかなどを諭すように質問した上、申立人(母親)に対して話し合いで解決するのが子どもの最善の利益にかなうのに、これまで当事者間で話し合いがされていないのは残念だと述べた。

③ 裁判官の和解勧告

その上で、裁判官から、両親間で話し合いがされていないことは残念であるとして、今日の証言内容や、ファミリーレポートを考慮して、13歳の子どもの最善の利益を図るという観点から育児計画について協議するよう指示がされ、休廷に入った。

昼食時間の休廷を挟んで期日が再開された。申立人代理人は、双方の意見は近づいているものなおも協議が必要と述べた。ICL(パリスタ)は、相手方(父親)は、子どもを1週間ごとに行き来させることには反対であるものの、隔週の終末に申立人(母親)の家に行かせるというところまで譲歩しており、協議内容をまとめた議事録を作成し、明朝には裁判所に提出すると述べた。裁判官は、当事者双方に対して和解協議を継続するよう促すと共に、和解協議が整わない場合にはファミリーコンサルタントを尋問することになると述べた。

(iv) 担当裁判官のコメント

連邦治安判事裁判所のワード裁判官から事案についてレクチャーがされた。本件のポイントは、子どもがもうすぐ13歳であり、どこに住みたいかにつき明確な意見をファミリーコンサルタントへ表明していることであり、それを受けてICLは父親側に近い意見を持っている。和解で解決するのが望ましいが、和解交渉が決裂した場合にはファミリーレポートを作成したファミリーコンサルタントが証人尋問を受けることになる。



(v) 担当ICL(バ리스タ)のコメント

本件では、父親と母親との間に強い葛藤(ハイ・コンフリクト)がある、つまり、父親が子どもに対して母親に会わないよう仕向けているとして事件の申立てがあったので、ICLが選任された。子どもの意思は、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の中に盛り込まれるが、子どもの最善の利益の判断基準は、難しい問題であり、連邦家族法の規定、当事者が協力関係にあるか、親の養育能力、子どもの意思(年齢により考慮しない場合がある)、学校の場所などの事情を考慮して、何がその子どもにとって最善であるかを判断することになる。

【資料】

- ①連邦家族法(Family Law Act 1975)抜粋
- ②ICL 選任命令及びその理由の通知書(NOTICE OF NEW ORDER FOR CHILD REPRESENTATION AND REASONS)

編集後記

我が国でも、諸外国での破綻主義離婚法の広まりと歩調を合わせるように、実務は、一定の別居期間を婚姻破綻の原因と認める方向に進んでいる。他方、子の立場から独自に意見を表明し、その法的利益を主張する十分な地位を与えられているとは必ずしも言えない事案も散見されるようになってきている。虐待のニュースも絶えない。そのような中、当会少年法委員会は、平成 20 年春に「子どもの代理人制度研究部会」を正式に立ち上げ、後記のような日程で「子どもの代理人」について検討を重ねてきた。そして、紆余曲折を経て、漸く、その成果の一部を本報告書にまとめることができた。部会での検討を通じて、子は独立した人格を有していること、子是一个の人間として尊重されるべきであること、親権はそのための親の義務であることを、当然のことながら改めて考えさせられた。

本報告書は多くの方々に支えられている。野田愛子先生には、当部会の前身ともなった「子どもの代理人制度」の勉強会の中核となって頂き、かつ、部会発足後の運営にあたっては格別のご指導を頂いた。また、各界の方々のご意見をうかがい、ご協力を得ることができた。岩志和一郎早稲田大学教授、小川富之近畿大学教授には安い費用で海外法制について丁寧な講義をして頂いた。また、大谷美紀子弁護士、佐野みゆき弁護士、そして、財団法人日本カナダ教育文化交流財団理事長大賀恵美子氏には全体会にも参加して頂き、貴重なご意見をうかがった。この場を借りてお礼を申し上げます。当会事務局の渡辺真紀さん、影の尽力ご苦労様でした。