

末弘巖太郎一創刊

法律時報

1929年(昭和4年)12月21日第3種郵便物認可/2009年2月1日発行(毎月1回1日発行)

ISSN0387-3420

2

FEBRUARY/2009
VOL.81 NO.2

2009年81巻2号
通巻1005号

■特集 子どもの声を聞く 子どもの手続上の代理をめぐる

企画の趣旨……

子どもの利益の保護——なぜ手続的保障が必要なのか？

許末恵
南方 暁

親権・監護紛争における子どもの手続上の代理人

——実務の視点から——

若林昌子

親権・監護権紛争における家庭裁判所調査官の役割

濱野昌彦

アメリカにおける子どもの手続上の代理

——監護権訴訟を中心として——

中村 恵

英国における子どもの手続上の代理

許末恵

オーストラリアにおける子どもの手続上の代理人

小川富之

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——

岩志和一郎

小特集II法における「公と私」の関わり——その多面的位相

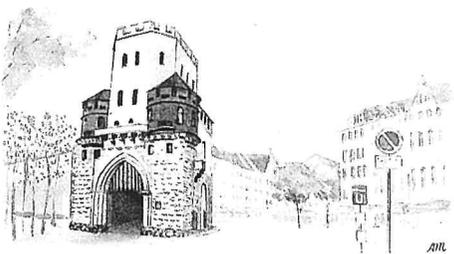
……平野敏彦・滝沢 正・吉村良一・小幡純子・紙谷雅子・神長百合子

「病腎移植」の正当化と可能性【論説】

小林公夫

ダム建設と分権改革——ダムの押し付けに大義はあるのか【法律時評】

島山武道



【法律時評】
ダム建設と分権改革——ダムの押し付けに大義はあるのか…………… 畠山武道 1

■特集Ⅱ「子どもの声を聞く——子どもの手続上の代理をめぐって」

企画の趣旨…………… 許末恵 4

子どもの利益の保護——なぜ手続的保障が必要なのか？…………… 南方 暁 6

親権・監護紛争における子どもの手続上の代理人——実務の視点から…………… 若林昌子 14

親権・監護権紛争における家庭裁判所調査官の役割…………… 濱野昌彦 22

アメリカにおける子どもの手続上の代理——監護権訴訟を中心として…………… 中村 恵 28

英国における子どもの手続上の代理…………… 許末恵 33

オーストラリアにおける子どもの手続上の代理人…………… 小川富之 39

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…………… 岩志和 一郎 46

■小特集Ⅱ法における「公と私」の関わり——その多面的位相

ローマの「res publica」…………… 平野敏彦 54

私と公——フランス法の視点から…………… 滝沢 正 58

公法と私法の交錯・協働——民法学の視点から…………… 吉村良一 62

官(公)と民の役割分担——行政法における最近の変化…………… 小幡純子 66

コピーライトにおける「プライヴェット」の復活と「パブリック・ドメイン」…………… 紙谷雅子 70

女性と「公と私」…………… 神長百合子 76

【論説】
「病腎移植」の正当化と可能性…………… 小林公夫 80

憲法理論の再創造⑧…………… 大津 浩 86

地方自治——自治体政府形態選択権と国民主権原理の関係から…………… 公私協働の最前線⑨…………… 金 海龍・李 孝慶 93

韓国における公私協働論議／公私協働契約の商法的観点からの評価…………… 新信託法制と流動化・証券化…………… 宮澤秀臣 98

コミングリンドリスクを回避する手段としての自己信託・2…………… 多角的法律関係の研究⑩…………… 芦野訓和 106

下請負と多角的法律関係……………

【取引法研究会レポート】
定期借家権の意味を再考する…………… 村田博史 111

【民事判例研究】
民法一六〇条の法意による同法七二四条後段の二〇年期間の適用制限…………… 福田健太郎 116

【刑事訴訟法判例研究】
被告人の新主張を求める弁護人の質問を訴訟指揮で制約した事例…………… 石田倫識 121

【労働判例研究】
旧商法上の会社分割にともなう労働契約承継の効力と法定協議義務の履行の有無…………… 日本アイ・ピー・エム(会社分割)事件…………… 本久洋一 125

【史料の窓】
森有礼暗殺者の遺書…………… 小林和幸 扉

企画の趣旨

本特集は、主として父母の離婚に伴う子の親権者指定・変更（民八一九）や監護（民七六六）についての紛争を処理する裁判手続における子どもの手続上の代理ないし利益代表（*Representation of children*）の問題を検討する。

国連児童の権利条約三条は児童の最善の利益の考慮を規定しつつ、一二条で児童に影響を及ぼすすべての事項について自由に意見を表明する権利、並びに、司法・行政手続において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権利を児童に認める。本条約の趣旨からも、また、父母の離婚が子の生活や将来に及ぼす重大な影響から見て、子は、右の裁判手続につ

いて十分に知らされ、その見解を聴取される必要のあることは認められよう。

本条約の批准に際し、これら訴訟手続や家事審判手続等において児童が関係人となる場合に関し、日本の手続法規との関係が問題となった。政府見解は、民事司法手続では、個々の手続ごとに児童が意見を聴取される機会が確保されているので、条約一二条の要請は満たされているというものである。

具体的には、家庭裁判所の審判手続では、協議・調停・審判における一方の親を通じての子の意見表明のほか、家庭裁判所による職権による事実の調査における子の意見の聴取（家審規七、一三七）、家庭裁判所調査官によ

は、その一つのあらわれである。この制度は離婚手続や親権法との関連が深いので、その分野の研究蓄積のある英米豪独についての論考を掲載したが、それぞれ多彩な仕組みが見られる。また、独仏は、ともに児童の権利の行使に関する欧州条約（*European Convention on the Exercise of Children's Rights*）を批准しているが、子どもの手続上の代理の理解や制度の仕組みが異なることも興味深い。

子どもの手続上の代理は、子どもの年齢、手続の種類（父母間の親権・監護権の手続か、被虐待児等の保護手続か）、手続の構造（当事者主義か職権主義か、関連して証拠の取扱い等）等により、制度の具体的内容が異なる。代理人の役割として子の最善の利益の確保・擁護という福祉的側面と子の見解や希望の確認という権利の側面とのいずれを重視するかにより、代理人に求められる資格も異なってくる（ソーシャル・ワーカー等の非法律家か、弁護士等の法律家か）。弁護士が代理人に選任される場合でも、通常の弁護士としての技能以外の技能（あるいはこれらの技能を持つ専門職の支援）も必要となるし、法廷助言者（*amicus curiae*）的な役割が期待される場合もある。

本特集は、子どもの手続上の代理について、理論及び実務の両面から検討するとともに、諸外国の制度について概観することで、制度の果たすべきどのような多様な役割と機能を明らかにしようとするものである。各論考の多様なアプローチや子どもの手続上の代理として理解されている制度の広狭

を聞かれる必要がある（子どもの参加（*participation*））。それは、裁判手続だけでなく協議離婚においても、また、法過程のみならず広く子どもや家族への支援のプロセスについても、望まれる視点であろう。本特集が、今後の議論に向けての一素材の提供となれば幸いである。

る事実の調査における子の意見の聴取（家審規七の二、一三七の二）、そして、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（家審一二、家審規一四、一三一）等の規定がある。また、家庭裁判所は、親権者の指定・変更や監護に関する審判をする前に、一五歳以上の子の陳述を聴かなければならない（家審規五四、七〇、七二）。人事訴訟法にも同様の規定がある（人訴三二④、三三、三四）。子の陳述の聴取は、裁判所の直接審問によるか、家裁判調査官による意向調査による。

しかし、父母は自らも葛藤の中にあり、子の見解を中立的に主張することや子の利益について冷静な判断をする

ことを彼らに期待することが合理的でない場合もあろう。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。陳述の聴取が認められる手続も狭すぎ、一五歳という年齢の妥当性も問題となる。右の諸規定は裁判所の権限を定めたものにならず、子どもの権利としては十分でないとの指摘もある。

それに對し、これらの手続において子の利益を守るための独立の手続上の代理人の必要性が主張されているが、その具体的内容は論者により異なる。制度を既に導入している諸外国においても、その仕組みは様々で、代理人の果たすべき職務や資格等は国や法域によって同一でないことに注意が必要で

許末恵

(1) 小川秀樹「児童の権利に関する条約と民事法」民月四九巻九号一〇八頁（一九九四）。政府報告でも同様の見解が繰り返されている。
 (2) 斎藤秀夫・菊池信男編「注解家事審判規則」改訂二四六頁（沼澤愛）（一九九二）。一五歳未満の子についても、家裁判調査官の調査若しくは子の陳述は聴かれていない。子の意向調査は概ね一〇歳以上の子について、それより年少の子については監護状況の調査が行われている。後掲濱野論文、金子晋男ほか「親権（監護権）の帰すべき判断」が求められる家事事件における子どもとの面接の在り方について「家裁判調査官研究紀要」二頁（二〇〇四）。渡辺和雄ほか「大阪家裁における人事訴訟事件の事実の調査の実情について」同六号一六頁（二〇〇七）参照。
 (3) 石川稔「児童の意見表明権」『児童の権利条約』二二七―二三八頁（石川稔・森田明編、一九九五）。
 (4) 波多野里望「逐条解説児童の権利条約」改訂版一八六頁（二〇〇五）。
 (5) 二宮周平「家族法と子どもの意見表明権」立命二五六号一七八頁（一九九七）。若林昌子「離婚訴訟における未成年子」ケ研二八七号三頁（二〇〇六）。野田愛子「子どもの代理人制度」民事法情報二五一号一頁（二〇〇七）。大伏由子「離婚訴訟における子どもの代理人制度」『新家族法実務大系』五巻四七頁（堀村太市・棚村政行編、二〇〇七）その他。
 (6) Bilson & White, *Child Abuse Review*, vol.14, 220 (2005).
 (7) Freeman, "Listening to Children and Representing Them", *Listening to*

Children (Banister et al., 1990), p.30.
 (8) Department of Justice, Canada, *The Voice of the Child in Divorce, Caseload and Access Proceedings*, pp. 20-25 (2000). 本特集では取り上げることができなかったが、子の引渡しに関する人身保護請求において、被拘束者たる子のために選任される国代理人弁護士が家裁判調査官的役割を期待されることや当事者主義の手続構造の問題等につき、瀬木比呂志「子の引渡しに関する家裁の裁判と人身保護請求の役割分担」判タ一〇八号五四―五五頁（二〇〇二）参照。
 (9) フランスについては、山本和彦「フランスの離婚訴訟」ケ研二六六号二頁（二〇〇一）。細谷泰暢「フランスにおける離婚訴訟の審理について」家月五四巻五号八〇頁以下（二〇〇一）。坂野剛崇「フランス共和国における離婚に伴う子の監護をめぐる事項の審理及び調査の実情」家月五七巻九号一二五頁（二〇〇五）。若林・前掲注（6）一四四頁以下、大伏・前掲注（6）四七四頁以下等参照。

（きよ・すえ 青山学院大学教授）



ity) Act 2006 (Ch.)が成立したことにより、子ども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。しかしながら、父母間の争いが存在する場合には、かえって子どもの利益を損なう可能性があることも指摘されている。

父母の別居の時点で、同居する一八歳未満の子(子ども)がいる場合には、その子(子ども)の監護、福祉および生育に関して、夫婦間で適切な取決めがなされていることを裁判所に提示しなければならぬとされている。この子(子ども)の保護のための規定の及ぶ範囲は、夫婦の实子や養子に限られず、「その家族の子(子ども)として」夫婦によって育てられているすべての子(子ども)にも拡張されている(連邦家族法五五条のA第三項、s 55A (3))。子どもの養育に関するオーダーを下す際には、何らの法律上の推定 (presumptions) も働かないという考え方が、長期にわたってオーストラリア家族法で採用されてきた原則である。裁判官の役割として、自分が判断を下す際に、関連するあらゆる証拠を比較衡量することが認められており、母性優先主義、長期にわたる主たる監護者尊重の原則、または、子どもの意思尊重の原則といったことで、自動的に判断

の際に有利になるという考え方は採用されていない。

子どもの監護・教育をめぐる紛争に関して、子どもの監護・教育に関する手続の中で、子ども自身の要求等を子ども自身によって直接、主張・立証させる必要がある場合がある。しかし、それは(不可能とまではいえないが)極めて困難であるということがこれまで指摘されてきた。連邦家族法第一〇〇条のA (s 100A)は、証拠に関する一般規定を緩和し、子どもの代理人 (children's representations) により、子どもの証言を代弁させることを裁判所に認め、第六二条のG第二項 (s 62G(2))は、家族や子どものカウンセラー (counselor) または、福祉関係者の作成する、子どもに関する報告書を承認し、この報告書に子どもの要求を含めることを認めている。さらに、第六八条のL (s 68L)は、子ども独自の代理人選任を命じることを認めている。子どもの代理人を必要とする場合は多くあるが、実際のところ、財政上の制約があり、必ずしも、必要とされる全ての事件で代理人が選任されるということは実現していない。

2 家庭裁判所の機能

現行家族法の制定により、オースト

ラリア家庭裁判所 (Family Court of Australia) 以下では連邦家庭裁判所⁽⁹⁾が創設された。この連邦家庭裁判所は、それまで州および準州の最高裁判所により行使されていた家族法に関する裁判権を引き継いだ。連邦家庭裁判所の創設は、家族問題を処理するためのカウンセリングやコンシリエイション等の法律以外の専門家による手続を連邦家庭裁判所に統合し、家族の安定のために当事者の意思を尊重し、和合を促し、最終的に訴訟裁判所として連邦家庭裁判所が司法権を行使するというのがそのねらいである。

この連邦家庭裁判所は、連邦系列の第一審レベルの裁判所と位置づけられている。裁判所における審理に関しては、各当事者の弁護士によって審問された証拠によって示された事実に基づいて紛争を解決するという、対審構造をとる裁判手続が原則である。

連邦家庭裁判所は、一般部 (General Division) と上訴部 (Appeal Division) とで構成されている。一般部は、単独の裁判官が、連邦家族法に関する第一審としての事件を扱うとともに、各州の治安判事裁判所等 (Magistrates Courts, Courts of Petty Sessions & Local Courts) の裁判官 (Magistrate) および家庭裁判所のレジストララー

(Registrar) の判決の上訴事件を扱う。上訴部は、通常は三名、場合によってはそれ以上の数の裁判官で構成される大法廷 (Full Court) で、連邦家庭裁判所の一般部からの上訴事件を扱う。さらに、重要な法律問題を含む事件や公益に関する事項に限って、連邦家庭裁判所の上訴部審である大法廷または連邦最高裁判所 (High Court of Australia) の許可に基づき、連邦最高裁判所への上告が認められる。

連邦家庭裁判所の扱う事件としては、原則として、連邦家族法が規定する、離婚および婚姻関係事件、子の監護・後見、配偶者および子の扶養、婚姻財産の清算ならびに保全処分が含まれる。さらに、連邦法で規定されている子どもの養育費の履行確保に関する管轄を有している。ただし、各州法で規定される養子縁組、相続、事実婚、婚外子に関しては原則として連邦家庭裁判所は管轄を有しない。

連邦家庭裁判所創設当初より、家事紛争の解決に果たすカウンセリングにその役割の重要性が認識され、家族法にその手続が規定されている。また、一九九一年に調停および仲裁法 (The Mediation and Arbitration Act 1991 (Ch)) が制定され、それまでのカウンセリングに加えて、メディエーション

の制度が導入された⁽¹⁰⁾。従来のカウンセリングの制度は、訴訟提起の前後を通じて、子どもの問題に関するカウンセリングや訴訟提起後の当事者間の財産等の話し合いのためのカウンセリングが中心であった。しかしながら、新たにメディエーションの制度が創設され、従来の期間と費用のかかる訴訟による紛争解決に代えて、当事者の合意をコンセント・オーダーという形で文書化し、それに法的拘束力を与えるという紛争解決が可能となり、判決という形式によらずに、紛争を解決するための制度として機能している。

三 子どもの手続上の代理人

1 子どもの手続上の代理人制度の導入

子どもの利益のために選任される代理人に関しては、連邦家族法第六八条のLで規定され、二〇〇六年連邦家族法改正 (共同監護者の責任) 法以前には、このような子どもの利益のために選任された法律家 (Lawyer(s)) は、「個別代理人 (Separate Representatives) (それよりもさらに前では「子どもの代理人 (Child Representatives) 」) と呼ばれていたが、改正法

により新たに「Independent Children's Lawyers」と規定され、本稿では、従来からのものも含めて「子どもの手続上の代理人」と称することとする。

オーストラリアにおいては、以前から、子どもの意思をできるだけ尊重し、子の監護の問題を含めた子どもに係わりのある家族紛争の解決を図る必要性が指摘されていた。一九七五年に連邦家族法が制定されて、初めて親とは別に子どもの代理人を選任することが定められ、その当時は、子どもの代理人である弁護士に子どもの意見についての報告書を作成させていた時期もあるが、すぐに廃止された。その後

により新たに「Independent Children's Lawyers」と規定され、本稿では、従来からのものも含めて「子どもの手続上の代理人」と称することとする。

2 裁判所による子どもの手続上の代理人の選任

子どもの手続上の代理人選任について規定する連邦家族法第六八条のLは、子どもの最善の利益や子どもの福祉が最大限にまた適切に考慮される必要がある手続を対象としている (第六八条のL第一項 (s 67L(1)))。第六八条のL第二項 (s 68L(2))は、裁判所

定義している。子どもの手続上の代理人の候補者となるための法律実務家を対象とした「子どもの手続上の代理人研修プログラム」を、オーストラリア弁護士会 (The Family Law Section of the Law Council of Australia) 法律扶助協会 (All Legal Aid Commissions) およびオーストラリア連邦家庭裁判所が共同して実施しており、研修了者には修了証が授与される。子どもの手続上の代理人の候補者となるためには、この研修を受けた上で、家事事件の実務経験、人物紹介、面接等を経て、リストに登録されることとなる。

子どもの意見は主として、裁判所カウンセラーの作成する「家族報告書 (Family Report)」に盛り込まれるという形で裁判所に提示される。連邦家族法では、子どもが裁判手続の当事者となることを希望する場合以外に、裁判所の事前の許可なしに子どもが宣誓供述することを禁じており、裁判官によっては、直接子どもからの意見聴取を希望する者もいるようであるが、裁判官執務室での子どもの意見聴取は慣例とはなっていないし、他に適切な場所も用意されているわけではない。対審構造をとっている連邦家庭裁判所の機能上、公平性、公開性および

に対して広範な裁量権を付与しており、裁判所が必要と認める場合に、子どもの手続上の代理人の選任を命ずることができる⁽¹¹⁾と規定されている。このような子どもの手続上の代理人の選任は、子どもからの請求、子どもの福祉に係わる団体 (組織)、その他関係者の請求または裁判所自身のイニシアティブにより、選任できるとされている (第六八条のL第四項 (s 68L(4)))。連邦家族法第四條第一項 (s 4 (1))は、子どもの手続上の代理人とは、第六八条のL第二項 (s 68L(2))の規定に従って選任される者のことであろうと

どのような場合に、子どもの手続上の代理人の選任が適切であるかという点に関しては、幾つかの異なる見解が示され、激しい論争が行われている。この問題に関しては、家族法評議会 (The Family Law Council) がその報告書の中で、子どもの監護をめぐる全ての事件で、原則として子どもの手続上の代理人を選任すべきであるとの提言を行ってきたが、「共同選定委員会 (The Joint Select Committee)」は、このような広範囲にわたる選任基準に対しては否定的な考え方をとっており、裁判所による裁量に委ねるべき

であるという立場が示されている⁶⁵⁾。これに加えて、「家庭裁判所のワーキング・グループ」(The Family Court Working Party)は、オーストラリア連邦家庭裁判所長官(The Chief Justice of the Family Court of Australia)に対して「オーストラリア連邦家庭裁判所における子どもの最善の利益の代理(人)について(一九九六)(Representing the Child's Best Interest in the Family Court of Australia (1996))」を提出し、裁判所が子どもに対して独立した代理人の選任が必要だと判断する場合に、子どもの個別代理人(Separate Representatives)と弁護士(訴訟代理人、Counselors)をそれぞれ選任し、その協力を得るためのガイドラインを提示した。

家庭裁判所の扱った、これまでの多くの事件の中でも、どのような場合に子どもの手続上の代理人を選任するかが適切であるかについて判断が示されてきた。「K事件(Re K)」における連邦家庭裁判所上訴部大法廷(ニコルソン連邦家庭裁判所長官(Nicholson CJ)、フォガティ判事(Fogarty J)およびベーカー判事(Baker J))の示した判断は重要で、判決の中で、子どもの利益のために、子どもの手続上の代理人の選任が必要であると裁判所が

認める場合には、裁判所はその裁量で選任を命じることができるという立場を示した。この判決の中で提示されたガイドラインによると、選任が必要なのは、「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。

これに対しては、強硬な反対意見が存在し、そもそも、国連の「児童の権利に関する条約」では、子どもの監護や面接交渉に関する手続(現在のオーストラリアでは、子どもの住居および生活に関する手続と称される)に際しては、必要的に子どもの手続上の代理人の選任が求められており、裁判所がこの問題に関して断定的な見解を示す必要性はないと主張している。このような反論に応えて、連邦家庭裁判所上訴部大法廷を構成する裁判官たちは、裁判所の提示したガイドラインは、「児童の権利に関する条約」の第九条および第十二条に何ら抵触するものではないし、むしろ、その理念をより拡

充するものであると反論している⁶⁶⁾。二〇〇六年連邦家族法改正(共同監護者の責任)法では、子どもの意見が考慮されることおよび、裁判所の裁量に従って、子どもの手続上の代理人が選任されることが規定されており、これは、「K事件」において、連邦家庭裁判所上訴部大法廷で示された意見とも一致するものである。

「K事件」の判決以降、子どもの手続上の代理人の選任が著しく増加しており、これらのうち、約一〇パーセントが法律扶助による助成を受けている。どのような場合に、子どもの手続上の代理人を選任すべきであるかという問題は、法律扶助の経費と深くかかわっているので、その基金を創設することが不可欠であるといえる。

子どもの手続上の代理人選任に際して、裁判所がその費用についての程度保わることができるかについては、これまで裁判の請求となり、法律扶助協会への基金の請求の可否およびその程度、当事者である父母による負担の可否およびその程度について見解が分かれていたが、二〇〇四年以降は、これらの点については問題とする必要がなくなった。というのは、現行の連邦家族法第一一七条第三項(§ 117(3))が、この種の費用について詳細な規定

を設け、その中で、子どもの手続上の代理への費用については紛争当事者である父母が負担することとされ法律扶助の支払いについては考慮に入れないことが明記されることとなったからである。

- 3 子どもの手続上の代理人の役割
子どもの手続上の代理人に関する、連邦家庭裁判所創設当初の上訴部大法廷判決の一つである「ライオンズおよびボズレー事件(In Lyons and Bosgel)」で、当時のエハート連邦家庭裁判所長官(Exatt CJ)およびポリー判事(Powley J)は、子どもの手続上の代理人の役割として、次の三点を暫定的に提示した⁶⁷⁾。

- (1) 当事者およびその証人の専門を行なうこと。
- (2) 子ども自身および子ども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、子どもの意見に関する証拠を裁判所に提示すること。

場合によっては、裁判所は、子どもの手続上の代理人に対して、子どもに質問をする権限を付与することもある。しかしながら、子どもの年齢が低い場合には、子どもの手続上の代理人

は、子どもに関する情報について、裁判所のカウンセラーに依存する度合いが高まることとなる。

子どもの手続上の代理人とその子に対する監護権や面接参加権を求めている父母その他の訴訟参加人といったような対立する立場にある人々との関係について、裁判所は、子どもの手続上の代理人が、それらの人々を尋問することは余り好ましいことはいえないし、また、そのようなことは子どもの手続上の代理人の役割とはいえないという見解をとっている。この「いった」とは、むしろ調停人(Conciliator)の役割であり、本来、裁判所のカウンセラー(Counselor)の役割であるという立場である。子どもの手続上の代理人の本来の役割は、証人から証言を引き出したり、当事者の反対尋問を行ったり、仲裁の付託を行ったりすることにあるという考え方である。

この事件の後も、議論が続き、何らかの基準を示すために、一九八三年に連邦家庭裁判所はガイドラインを提示した。このガイドラインの提示にもかかわらず、子どもの手続上の代理人の役割に関しては、不明確な点が残されており、批判も継続して提示されていた。この問題の最大の難点は、従来の伝統的な法律的解釈からすると、子ど

もの手続上の代理人の要件があいまいであり、依頼者から指示を受けて行動するということが困難、あるいは不可能な場合も多く生じることとなる。子どもが小さければ小さいほど困難の度合いが強いといえる。対審構造をとる連邦家庭裁判所の審理の中で、依頼者から切り離された形で代理人が行動することについての根本的な問題点が数多く指摘されてきた。その後、子どもの手続上の代理人の役割に関するガイドラインとして、連邦家庭裁判所上訴部大法廷は、「Pおよびニュー・サウス・ウェールズ州法律扶助協会事件(In P and Legal Aid Commission of NSW)(訴訟参加人として、人権および機会均等委員会(Human Rights and Equal Opportunity Commission))」で、八つのガイドラインを提示した⁶⁸⁾。

これ以降も、子どもの手続上の代理人の具体的な役割に関して、多くの判決が下されている。「子どもの個別代理人対JHEおよびGAW事件(In Separate Representative v JHE and GAW)」で、連邦家庭裁判所上訴部大法廷は、子どもの手続上の代理人として選任された者は、連邦家族法に関する手続に関して必要なオーダーの請求を行なう権限が法律上付与され、必要であれば控訴を行なう権限も認められ

ると判示した。ニコルソン連邦家庭裁判所長官とフォガティ判事は、「ウルクハート婚姻事件(Marriage of Urukhart)」において、子ども(手続上の代理人)による控訴が権限外の行為であると却下されたこれまでの先例は、もはや効力を失っていると判示した。

これら一連の判決の積み重ねにより、子どもの手続上の代理人の役割は、子どもの最善の利益の実現を担保するために、裁判所に協力をするという点が強調されることとなった。子どもの手続上の代理人の具体的役割として、証拠収集機能および交渉機能が重要だとされている⁶⁹⁾。

法律実務家を対象とする「子どもの手続上の代理人研修プログラム」でも、子どもの最善の利益実現のための、この証拠収集および交渉機能の重要性が強調されている。

続いて、二〇〇三年に、子どもの手続上の代理人の役割に関する詳細な記載を含んだ「子どもの手続上の代理人に関するガイドライン」が、オーストラリア連邦家庭裁判所から発表された。このガイドラインでは、子どもの最善の利益の実現のためには、代理人の協力により子ども自身が自分に係わる問題に関する決定手続に参加できる

ことを確保する必要があると明示された。

これら一連の動きの帰結として、二〇〇六年連邦家族法改正(共同監護者の責任)法が制定された。この改正により、第六八条のLのAが規定に盛り込まれ、正式に「子どもの手続上の代理人」という名称が採用され、これに関する規定の整備が行なわれることとなったのである。連邦家族法第四条第一項(§ 4(1))で、この「子どもの手続上の代理人」について定義され、「裁判所により選任」される代理人で、「子どもの最善の利益を」代表し、「子ども自身」を代理するわけではないことが明確に示された。この点に関しては、第六八条のLのA第四項(§ 68LA(4))でも再確認されている⁷⁰⁾。

規定を細かく眺めると、第六八条のLのA(§ 68LA)では、子どもの手続上の代理人は、「子どもの最善の利益」について、独自の見解をまとめ、それを裁判所に告知し、子ども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(第六八条のLのA第二項(§ 68LA(2)))。続いて、子どもの手続上の代理人は、訴訟の方向性についての提言を行い、子ども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

務を負っている(第六八条の1のA第三項(s 68LA(3)))。さらに、第六八条の1のA第五項(s 68LA(5))では、子どもの手続上の代理人の義務について次のように列挙されている。

- (a) 当事者を公平に扱うこと。
- (b) 子ども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。
- (c) 子どもに関して必要とされる報告(書)および文書がある場合には、それらを検討し、子ども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。
- (d) 訴訟との関係で、子どもに生じる可能性のあるトラウマをできるだけ軽減するよう努めること。
- (e) 子どものも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。

新たな規定の導入により、子どもの手続上の代理人と子どもとの間の話し合いの内容の秘密の保持についても規定されることとなった。第六八条の1のA第六項乃至第八項(s 68LA(6)-(8))によると、子どもと手続上の代理人は、子どもとの間で交わされた会話の内容の開示を裁判所から要求されないことと規定されている。しかしなが

ら、場合によっては、仮に子どもの意見に反しても、その内容の開示が子どもの最善の利益の実現にとって必要であると認められる場合には、それを開示することが認められている。

さらに、子どもの手続上の代理人の申請により、子どもに関する報告書の作成に際して、子ども自身がその内容について尋問することを認める規定も盛り込まれた。規定では、「子どもの監護に関するオーダー」について、子どもの父母、子どもと同居、時間もしくは交流のある者、または監護に関する責任を有するその他の者をその対象としている。

4 子どもの手続上の代理人の解任

家庭裁判所は、職権で子どもの手続上の代理人の解任を命じることができ、二〇〇〇年に下された二つの判決において、子どもの手続上の代理人解任に要求される基準が示された。「ロイド対ロイドおよび子どもの手続上の代理人事件(Lloyd v Lloyd and Child Representative)」で、当事者である父母は、子どもの手続上の代理人を選任した上で、父親からの監護に関する申立事件を「コンセント・オーダー」により解決した。その後、父親側から二度目の申立がなされ、同じ弁護士が子

どもの手続上の代理人に選任された。父親は、その子どもの手続上の代理人の女性は、自分に対して先入観を有しているとの理由で、裁判所に対して彼女の解任を請求した。ホールデン連邦家庭裁判所長官(Holden CJ)は、子どもの手続上の代理人の解任権を裁判所が有することを確認した上で、当事者の一方からの解任請求に、明確な根拠が認められない場合には、裁判所は解任について消極的であるべきであるとの判断を示した。ホールデン長官は、子どもの手続上の代理人を解任すべき理由について自分の見解を示して、

- (1) 子どもの手続上の代理人が、子どもの利益に反する行動をとった場合。
- (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) 子どもの手続上の代理人の職務の継続が、信頼関係を損ない、利害の対立を強めている場合。

「四つの基準を公表した。」「TおよびL事件(In T and L)」において、子どもの手続上の代理人の解任に関し、チズム判事(Chisholm J)もまたホールデン長官と同様の意

見を述べた。この事件において、申立人である父親は、子どもの手続上の代理人は、父親の主張に反する判断を下した原審の裁判官が「特別顧問(Special Counsel)」をつとめる弁護士事務所のパートナーであることを挙げて、その解任請求を行っていた。これに対して、チズム判事は、「……通常人であれば、父親に対して不利益な認識を持つと考えなくてはならない」として、弁護士は訴訟手続にこれ以上関与することが認められない。」として、父親からの解任請求を認容した。

四 おわりに

世界の他の国々同様、オーストラリアでも家族法改正が継続的に実施されてきた。子どもの共同監護の見直しも主張され、家族問題について調査・研究し、子どもの監護紛争を合意により解決するための広汎な支援およびサービスを無料で提供する「家族問題センター(Family Relation Centres)」が創設された。また、連邦家族法で「子どもをめぐる紛争対応専門プログラム(The Children's Cases Program)」も導入され、家族問題の専門家と法律の専門家が協力して事例の検討・評価

を行い、報告書を作成し、当事者の合意形成を促すという手続がとられることとなった。

このような流れの中で、「子どもの手続上の代理人」の規定が整備されたわけである。オーストラリアでは、一九七五年の連邦家族法制定当初から、子どもの意見を反映するための代理人が存在し、今回の改正までも多くの判例等の蓄積が存在する。今後の経過も含めて、法改正の成果に注目した

(1) このオーストラリアで初めての離婚法は南オーストラリア州で立法化された。
 (2) The Family Law Act 1975 s.48(1).
 (3) The Family Law Act 1975 s.48(2).
 (4) The Family Law Act 1975 s.49(1).
 (5) The Family Law Act 1975 s.49(2).
 (6) 現行家族法制定の経緯はその後、変更された。拙稿「オーストラリアにおける離婚法の改革」『二世紀の民法——小野幸二教授追憶記念論集』(法華書院) 七二―七五頁以下を参照せよ。
 (7) J. Malnosh and R. Chisholm, Shared care and children's best interests in conflicted separation: A cautionary tale (2008) 20/1 Australian Family Law J 1.
 (8) このような子どもの意見に基づいて報告書の作成を担当する資格を有する専門家の不足と、その意見に裁判官が拘束されず、あくまで否定的な見解も提示されること。拙稿「オーストラリア(連邦)裁判所」『子どもの権利の確保——中

庭審決定の審理における子どもの意思(審判)』判例タイムズ二一五―二四九頁参照。
 (9) Re K (1994) 17 Fam LR 537; FLC 92-461.
 (10) オーストラリアの家庭裁判所に「キ」早くから注目し、実際に施設を訪問し、紹介したのとして、野田愛子「オーストラリアの家庭裁判所」判例タイムズ三一九―一九頁がある。また、最近のものとして、拙稿「オーストラリアの家庭裁判所」『家族と社会』法二二二―二〇二頁を参照せよ。
 (11) 子どもの養育費支払いに関し、オーストラリア型履行確保制度は注目されている。本稿では、紙幅の関係から詳しくは扱わないが、拙稿「オーストラリアの家事調停」『新世紀の向かう家族法——中川淳先生古稀祝賀論集』(日本加除出版) 二二頁以下紹介してあるのを参照せよ。
 (12) 婚姻カウンセラー協会(The Marriage Counseling Service) 家庭裁判所カウンセラー・サービス(The Family Court Counseling Service) が公認された。別居の決定を訴訟手続の開始前に、カウンセラーに相談するものが勧められること。
 (13) このシステムは、制度に関し、前掲注(11) 二二頁以下を参照せよ。
 (14) 二〇〇〇年連邦家族法改正(共同監護者の責任)法で新たに「子どもの手続上の代理人」についての規定が盛り込まれるまでの経緯については、前掲注(8) 四二頁以下を参照せよ。
 (15) Options for Reform and Representation of Children in Family Law Proceedings, AGPS, Canberra, 1989.

(16) The Report of the Joint Select Committee on Certain Aspects of the Operation and Interpretation of the Family Law Act, AGPS, Canberra, 1992, para 539.
 (17) 前掲注(9)。
 (18) Ibid, pp 565-8.
 (19) Ibid, p 569.
 (20) この監護に関し、The recommendations of the Family Law Council for ensuring adequate legal aid funding for separate representation in its 1996 report, 44巻参照せよ。
 (21) [1978] FLC 90-423.
 (22) Ibid, p 77,136.
 (23) Guidelines for Separate Representations of Children Appointed Pursuant to Section 65 of the Family Law Act
 (24) 依頼人から指示を受けなければ、弁護士が義務家としての仕事を行なう根拠が存在しないことになり、訴訟の本案および争点として、子どもの手続上の代理人は自分の得るべき判断を行使する。結果として、依頼者不在の弁護士による場合、対審構造を採用して、訴訟形態で、その弁護士が子どもの立場に立ちのかが不明確な子どもの問題を生ずる可能性がある。前掲注(21) 42頁以下を参照せよ。
 (25) [1995] 19 Fam LR 1; FLC 92-615.
 (26) これらのガイダンスは「TおよびL」事件(In B and R) [1995] 19 Fam LR 594; FLC 92-636で確認された。幾つか追加項目が加えられた。
 (27) [1993] 16 Fam LR 485.
 (28) [1981] 8 Fam LR 152; [1982] FLC 91-206.
 (29) 「T」の事件(In DS v DS) [2003] 32 Fam LR 352; FLC 93-166, p 37. 子どもの手続上の代理人の役割として、証拠収集機能および交渉機能は重要な不可欠のものであると捉えられてきた。
 (30) このガイドラインの要点として、前掲注(9) 四七頁以下を参照せよ。
 (31) [2000] FLC 93-045.
 (32) Ibid, p 87,689.
 (33) Ibid, p 87,687. T事件に関し、子どもの手続上の代理人を解任する理由は存在しないこと、父親からの請求を退けた。
 (34) [2000] 27 Fam LR 40; FLC 93-056.
 (35) オーストラリア家族法の概要として、リサ・ヤン(小川富久訳)「オーストラリア家族法」(3)(4) 戸籍時報六二九号二四頁、六三〇号五〇頁、六三二号五三頁、六三三号五〇頁、六三三号七二頁を参照せよ。
 (36) 前掲注(9) Families Relationship Centres—Information Paper at <http://www.ag.gov.au/family> を参照せよ。
 (37) Family Court of Australia, Practice Direction for the Melbourne Implementation of the Children's Cases Program Incorporating the Child Responsive Pilot, No 2 of 2005.
 (38) 近畿大学教授

