

離別後の子の処遇決定における子の 意見表明権の尊重に向けた課題

— 英国司法省報告（ハームレポート）を契機として —

藤 村 賢 訓*

はじめに

- 1 英国における子の福祉確保に関する法的枠組みについて
- 2 英国司法省報告書（ハームレポート）¹にみる子の意見聴取の実態と課題
 - （1）子の意見の尊重を阻む4つの要因
 - （2）報告書が示す改革のための勧告
- 3 日本における子の意見表明に関する現状と課題
 - （1）家事司法制度上の子の福祉
 - （2）子の手続き代理人
 - （3）児童福祉分野における子の意見表明確保：子どもアドボケイト
- 4 今後の課題（英国報告書の示唆を受けて）
 - （1）最善の利益を踏まえた丁寧な子の意見表明の機会の確保
 - （2）監護態様決定にあたっての関係機関の協働と情報共有体制の構築

はじめに（本稿の関心）

本稿は両親離別後の子の監護態様決定の場面を主たる視点としながら、処遇決定で最も重要視されるべき子の最善の利益を模索するために、子自身の

*福岡大学法科大学院准教授

意見を反映させるかについて、英国の状況を題材に検討を試みるものである。とりわけ子が自らの意向につき表明する機会を確保すること、すなわち「意見を聴聞される機会」の保障よりも踏み込んで、報告者が問題として指摘する意見表明の在り方と、そこで表明される意見や意向を子の最善の利益確保として最大限尊重するためのプロセスの在り方である。

今回検討の素材とする英国司法省の報告書は6章において「子の声」と題し、高葛藤夫婦間において DA（親密圏暴力）²の主張がある場合に、専門職によって実施されている子の意見表明手続について、本質的な意味で裁判所が子の声を傾聴する態度をとらず、専門家を中心とする代弁者によって非同居親との交流促進が子の利益に適うというテーゼを基に、形式的な解決への決定に向けたエビデンスへ誘導する根拠として子の意見が利用されている実態を警告している。これは本来、子の最善の利益確保のための代弁支援が、逆に子を傷つけているとの大きな課題を示したものであると憂慮する。本稿では、報告書が示すこのような実態の原因としての①聴取に関わる時間の短

¹ Ministry of Justice UK, “Assessing Risk of Harm to Children and Parents in Private Law Children Cases Final Report”2020, (以下必要に応じて Harm Report または報告書と記述する) なお報告書の全文翻訳については、筆者も所属する研究会「離婚後の養育法制研究会」として以下の URL で公開している。(http://xs825343.xsrv.jp/)

なお報告書全体を概観しつつ、共同親権導入に向けた課題を提示する論稿として、小川富之教授と共同執筆した拙稿も参照されたい。藤村賢訓・小川富之「離別後の子の養育について－英国司法省の報告書を中心に－」判時2484,8-17頁（2021）

² 英国における DA（Domestic Abuse）という用語は、従来の DV に代わり配偶者・元配偶者間における暴力のみならず LGBTQ の人々当事者間を含めたあらゆる親密圏間の暴力を対象を拡大した制定法「Domestic Abuse Act 2021」として法律上の定義として結実した。同法全文は以下を参照されたい。

https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2021/17/pdfs/ukpga_20210017_en.pdf（2023,11,30 閲覧確認）

なお同法の制定過程を詳細に分析する論稿として高橋有紀「イギリスにおけるドメスティック・アビュース関連法制の発展－日本法への示唆を求めて－早稲田法学会誌 73（1）, 139-191がある。

さと貧弱なフォローアップ、リソース欠如の問題②プロ・コンタクトカルチャーとサイロ・ワーキングの二つの側面を中心に、我が国の現状を踏まえた上で、共同親権導入の場合に同様の危惧が予測される点を明らかにしつつ、子の意見表明権実現のための課題と、厚労省モデルとして現在行われている児福審との共同での子の意見表明支援員（子どもアドボケート）養成制度にも触れつつ、親権法改正において原則共同親権が導入された場合を特に想定した上で、子の意見を尊重した決定がなされるための今後の課題と展望について、特に子の意見の尊重の在り方について報告書との比較検討を通じて課題を模索してみたい。なお離別後の司法による子の監護態様決定そのものではないが、一部児童福祉的知見からの先行する子の意見表明支援に関するアプローチを含め、検討を行う。

1. 英国における子の福祉確保に関する法的枠組みについて

報告書の調査結果および結論を十分に理解するためには、英国（イングランド及びウェールズ）における子に関連する法律のいくつかの基本的な原則を理解する必要がある。国連児童の権利条約（UNCRC）1989年第12条は、子に影響を与える法的手続において、子が意見を述べ、それを考慮に入れてもらう権利を明記している。1989年児童法第1条（3）は、子の事件において裁判所が、「関連する子の確認可能な希望や心情を（年齢と理解度に応じて）」考慮することを求めており、ほとんどの私法上の子の手続き³は、裁判所が1989年児童法⁴の第8条の下で行う権限を持っている子の処遇決定に関するオーダー（A child arrangements order）のために行われた申請に係る。同オーダーは、子が誰と一緒に住んで、時間を過ごし、その他の接触を持つべきかを決定する際の根拠となる。すなわち、裁判所が子の育成についておこなうあらゆる決定に関して、最も重要な（至高の）考慮事項は、関係する子の福祉であるとする。これは“福祉の原則”と呼ばれ、1989年児童

法の第1条(3)で定められる。なお、親と子の間の接触については当然の権利であるとはされてないものの、親の関与の法的な推定がある。すなわち、児童法1989年の第1条(2A)は、裁判所は子の生活部面における親の関与につき、その親の関与によって子が害を被る危険にさらされることを示唆する証拠がない限り、子の福祉を促進することを推定するために必要とされる。この推定は、1989年児童法の第1条(2A)の制定前から、判例法で確立されていたものであり、両親と子の積極的交流が子の福祉に繋がるとの大原則である。報告書はこの推定に基づいた家庭裁判所の手続きそれ自体が子に対する危害を与えているとの提言であり、英国における子の福祉の判断についての現行の制度の運用に関して慎重さを求めるとともに、同推定の見直しの必要性に言及する点で大きなインパクトを持つと考えられる。

英国においては1989年児童法(The Children Act 1989)に規定された法的枠組において、裁判所は、子の福祉に至高の考慮(paramount consideration)を払うことを誦い、子や認知症高齢者等の意思表示に困難な者であっても、主体的な意思表示を可能とするために、本人を中心に置く

³ ここでいう私法上の子の手続(Private law children proceedings)とは、ケアに関する手続のように地方自治体が関与する手続(公法手続)とは異なり、両親の間の争いといったような、対立する個人の間の問題を扱うものである。この手続は子の処遇に関する命令の申請に関するものがその大部分を占めている。命令としては、子の同居親、子と共に過ごすべき者の決定(residence orders)や子とのコンタクトといった問題(contact orders)に関して児童法第8条に基づく裁判所による命令等を統合し、2014年児童と家族に関する法(The Children and Families Act 2014)により導入された。なお英国においては、ケア等の決定に関する公的手続きにおいても意思表示困難者本人の意見が最も重視され、そのための代弁支援が法制化されている。拙稿「決定能力を欠く者に対する医療行為の同意に関する考察—英国およびスウェーデンの公的アドヴォカシー制度を示唆として。」深谷格/西内祐介 編著「大改正時代の民法学」成文堂、2017。645-664頁を参照。

⁴ Legislation.gov.uk「Children Act 1989」<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/section/26A> および「The Advocacy Services and Representations Procedure (Children) (Amendment) Regulations 2004」<https://www.legislation.gov.uk/uksi/2004/719/made> (2023.11.30参照)

とともに、本人に対するすべての法的・事實的処遇決定がなされるべきであることを価値規範とする。制度的保障として、とりわけ不適切な養育のために地方当局が子を保護する必要がある場合、原則として手続き代理人としての両親ではなく、直接本人への聴聞がおこなわれる機会を可能な限り確保することが重要であると強調される。1989年児童法第1条（3）は、裁判所が児童事件において「（年齢と理解に照らして考慮された）関係する子の確認可能な願いと感情」を考慮することを要求している。イングランドおよびウェールズの判例法では、若者や子が訴訟に直接参加することが長らく強調されてきた。⁵当然、対象となる子は年齢や置かれた家庭環境が様々であるため、適切に意見を聴取するためには、第三者である代弁人の支援が必須となる。

子の意見聴取の際には、ソーシャルワーカーを主体とする組織である Cafcass によって児童後見人（children's guardian）と呼ばれるオフィサーが選任されることとなっている。選任されたオフィサーは「子の確かめうる希望と感情」を考慮しつつ、意見を聴取し、裁判所による子の処遇決定に際して最善の利益を踏まえた決定であることを担保するために、裁判所に対して調査報告（福祉報告）をおこなうことになる。本制度は我が国における家裁調査官による調査官調査（家事審判規則7条の3）に相当するものの、英国においては、支援、調査機関と裁判所とは別個独立の組織である点が異なる。

専門的知見を有する専門的職業アドボケイトである児童後見人 children's guardian（わが国では家裁調査官に近い）とは別に、子のメンターの役割を担う独立代弁人（IMCA・ICAA）等の意見表明支援員（わが国では子の手続代理人や FPIC による面会交流支援、子どもアドボケイトに近い）のほか、

⁵ Mabon v Mabon [2005] EWCA Civ 634.

制度上の担保はないものの、本人の最も信頼を寄せる者による意見表明支援（わが国では両親を含めた家族・里親・児童相談所職員が該当するであろう）など、多様な機関の関わりを通じて、子が主体的に意見を表明しうる基盤を提供しており、また支援者の子に対する関わり方について、ソーシャルワークの知見を取り込んだ福祉チェックリスト⁶を整備するなど、至高の価値である「子の福祉（最善の利益）」の確保の重要な要素として、子の主体的な意見の尊重に大きな努力を行ってきた、いわば意思決定支援の先進国といえる。また上記の代弁支援にあたり支援者（アドボケイト）⁷に求められるガイドラインは「アドボカシーとは、子・若者のために声を上げ、彼らの意見・願いが意思決定者に聞かれ、意思決定者に影響することを確実にするこ

⁶ 児童法第8条に基づく9命令の決定、変更および廃止をする際に子の福祉について判断する場合において、同12条は確認されるべき事項を宣言列挙している。（子の福祉チェックリスト The welfare principle and the welfare checklist と呼ばれる）

1) the ascertainable wishes and feelings of the child (in the light of their age and understanding); (確かめうる限りの子の意思と心情（年齢および発達の状況に応じて考慮）

2) the child's physical, emotional and educational needs; (子の身体的、感情的および教育的ニーズ)

3) the likely effect on them of any change in circumstances; (状況の変化が子に及ぼす影響)

4) their age, sex, background and any characteristics which the court considers relevant; (子の年齢、性別、成育背景その他裁判所が関連すると考える特性)

5) any harm that they have suffered or are at risk of suffering; (子がこれまでに受けた危害またはこれから受ける恐れのある危害)

6) how capable each of their parents (and any other person that the court considers relevant) is of meeting their needs; (両親（その他裁判所が適切だと考える者）のいずれが、子のニーズに適しているか)

7) the range of powers available to the court in the proceedings. (この手続における裁判所の裁量の範囲)

上記は英国における国連の児童の権利に関する条約、9条、12条、19条につき締約国としての責務の具体的反映として位置づけられる。

⁷ ここでいうアドボケイトについてはイングランド及びウェールズにて提供される制度を指す。Department for Education and Skills, "Providing Effective Advocacy Services for Children and Young People Making a Complaint under the Child Act 1989", March 29, 2004, p.7を参照。

とである。」と宣言し、個別具体的にこの利益に合致するか否かを丁寧に判断している。加えて家庭内でのドメスティック・アビューズ（DA）が疑われる場合は特に、慎重な判断を要する。

しかしながら裁判所による児童後見人への調査命令は、裁判所が処遇決定において困難を伴う場合に補足的になされているのが現状である。報告書は同調査が、「重大な困難を伴う問題であり、結果的に少数のケースでしか発生しない」とし、ケースに限定されることを明確に指摘しており、その多くが「子に関連した身体的、性的、またはその他の虐待の重大な申し立て」が含まれる可能性がある。報告書による記載によれば、イングランドでは、2018年から2019年にかけて65,378人の子と若者が申請の対象となったが、調査報告書が命じられたケースは35%に過ぎなかった。⁸児童後見人の最も大きな供給母体である Cafcass のデータによると、2018-19年には、イングランドで2,595件の事件で行われたとされる。⁹これは、その年に開設されたケースのわずか7%であり、最初の審問後に Cafcass が作業を行うことを要求されたケースの17%に相当する。この点、子の意向確認を法定化したものの、裁判所が必要を認識した場合の家裁調査官による子の意向（心情）調査がなされる我国の現状¹⁰と同様の問題がある。

⁸ Harm Report. op. cit. paras.6.3,pp69

⁹ 最新の数値は家庭裁判所での手続きにおいて2020年3月のパンデミック前と比較すると約13,000人の増加し、38,185件となっており、組織設立史上最大の数値とされる。Cafcass Annual Report-FINAL-2021-22.P8 (<https://www.cafcass.gov.uk/about-us/our-reports-and-publications/our-annual-reports>) 2023.12.19閲覧確認

¹⁰ 家事事件手続法65条および152条2項は子の監護者指定等の審判に関して子の意思把握尊重義務を定め、とりわけ当事者が15歳以上の場合には子本人への聴聞機会を確保するように求める。当事者が年少者の場合の意思把握については困難であるため、観察により意思を把握するにとどまる場合もある。

2. 英国報告書にみる子の意見聴取の実態と課題

(1) 子の意見の尊重を阻む4つの要因

報告書は第6章において、子の声（6. Children's voices）との章を置き、子の処遇（arrangements）に関する父母間の紛争において、「子の利益」を確保した処遇決定の際に、もっとも重要な当事者である子の声が十分に反映されていないことを強く強調する。¹¹児童後見人による子本人に対する聴聞の機会自体は適切に設けられているにもかかわらず、委員会に提出されたエビデンスは、私法上の子の手続きにおける子及び被害者の親の主張と証明された危害に対し、家庭裁判所の制度がいかに関与を認識し、対応しているかについて、実質的に「子の意見がミュートされている」ことを指摘するとともに、継続的な課題があることを示しており、司法関係者・福祉関係者に非常に大きな衝撃を与えたものとされる。

重要なことは、英国においては手続保証としての子に対する意見聴取の機会そのものは確保されている点である。したがって、このことをもって子に対する意見表明がなされたという、形式的要件を重視し、その実質的内容の面で問題があることにある。¹²調査及び回答から得られたエビデンスからは、DAの主張が提起された場合は特に、子の声に耳が傾けられず、又は様々な方法で沈黙させられていることがあまりに多いことが示されている。子本人は多くの場合、家庭裁判所の手続に直接関与せず、裁判所による調査のオーダーがある場合は児童後見人に対し、そうでない場合は父母又はケアラー（carer(s)）に彼らの意見を代弁することを委ねられる。とりわけ両親別居

¹¹ Harm Report, op. cit. paras.6.1.pp67

¹² この点、認知症高齢者・精神上の障害を有する者等をはじめとする意思表示困難者に対して支援態様や医療行為実施を決定する際、独立代弁人である IMCA 等の支援者が本人の意見聴取を行う機会を設けているが、この聴聞自体が同代行決定行為の適法性を担保するために極めて形式的になされており、本人意思の実質的な表明がなされていない問題とまったく同様の問題点をはらむ。

後の子の処遇につき紛争が生じ、裁判所による子の処遇決定がなされる場合には、子の意見聴取は形式的になされ、迅速かつ適切な処遇決定による紛争そのものの解決が重要視される傾向にある。安定した養育環境そのものの確保は確かに重要であるが、子の意向を重視することがそのための免責的手続きとしてなされてはならない。報告書はこの点につき、具体的には私法上の子の手続全体の課題として指摘された4つの障壁と同様、以下の点で、子の見解を有効に伝達することにつき以下の障害があるとする。

① 制限された聴聞時間

調査に対する回答の多くは、子と過ごす時間を最大限にすることは信頼関係を築く上で重要であると指摘しているが、専門家の時間は限られており、相談が行われる場合には、通常、短時間であると報告されている。¹³

② フォローアップの欠如

ひとたび裁判所による処遇決定がなされた場合には、以降、子はほとんど相談されることがなく、多くの場合、彼らは有効かつ安全に機能しないであろう取決めとともに捨て置かれることになる。すなわち裁判所による決定前になされる調査関与の場合にのみ子の意見が求められている。

③ リソースの欠如

不適当なリソースは、子の手続への関与を妨げることになる。委員会は、子の処遇プログラムの改定案と併せて、多くの分野への追加投資を勧告する。私法上の子のケースに関して利用できる裁判所及び司法資源（これらのケースの審問をし、その職務を効果的に行う人たちに対する行政上及び福祉上の支援を含む。）などである。

④ プロ・コンタクトカルチャー

選定的聴取（selective listening）を行う過程を明らかにしており、それによ

¹³ Harm Report. op. cit.paras.11.10,pp182

り非同居親と交流することを希望する子の声に耳は傾けられても、交流を希望しない子の意見は聞かれないか、又はその意見を変更するよう圧力をかけられることを指摘する。すなわち裁判所による結論は、あらゆる状況において、多くの場合子が虐待を受けるおそれのある親と共に過ごすことを事実上優先させていると報告された。

⑤サイロ・ワーキング

刑事司法、子の保護（公法）と私法上の子の手続きとの間のアプローチと文化の違いと、家庭裁判所と他の裁判所及び家庭と協力する機関との間のコミュニケーションと調整不足を強調し、これが矛盾する決定と混乱を招いたとし、裁判所は多くの場合、子との密接な関係を確立し、個々の事情をより深く知り得る機関（Cafcass や IMCA など）と実効的に関わっていないことを強調した。

⑥複雑性

子の見解を適切に理解し、代弁することは困難性を伴うことが指摘されている。すなわち、子は様々な影響に晒されることが多く、時には矛盾する回答がなされるなど、子の真意を探究することが難しいものとなり得るとしている。これには、聴取のための十分な時間と意見聴取を行う者の適切なスキル（心理学等の専門的知見）の双方が必要となる。

（２）報告書が示す改革のための勧告

以上の詳細なレポートを前提として、私法上の子の手続き全体の問題に対し、政府レベルで司法手続の改革（聴聞手続の迅速化）や、Cafcass に対するリスクアセスメント及び専門家の関与、家庭裁判所の物的な機能強化（加害被害を防ぐ構造上の措置）、法律扶助の拡充（及び専門家によるアセスメントも導入できるようにすること）を提言する。具体的項目については以下のとおりである。

1) 家庭内暴力の経験を持つ女性や子の早期発見と効果的な対応を確実にするために、家族司法制度の中には、強固で法的な枠組みが必要であり、政府はその制度改革のためのリソースに積極的に公費を投じるべきである。

2) 裁判官、弁護士、Cafcass 役員、調停委員を含む家族司法制度内の関係者は、家庭内虐待とその女性と子の生活への影響についての専門家による強制的な研修を受けなければならない。また研修の効果が、サイロ・ワーキングやプロ・コンタクトカルチャー、当事者主義的構造等の家族司法特有の現象により効果が損なわれており、これらの制度的課題の解決も同時に取り組まれることが重要である。

3) 裁判所は、接触について決定を下す前に、ドメスティック・アビューズ (DA) の専門機関にリスク評価を求めなければならず、女性が自分や子の安全について懸念を表明できるように、適切で適切な保護措置を講じるべきである。また警察権力は家庭裁判所と共に当事者が法的扶助を受けられず、他の方法では費用を負担できない場合にどのように警察の情報開示に係る費用を提供できるようにするかを早急に検討しなければならない。

4) DA の被害者が法廷で加害者と対面する当事者主義的手続きを改め、加害者による直接の反対尋問や法廷内での加害者との接触から被害者を保護するために、刑事手続で利用可能なものと同様の特別な施設を民事手続に導入しなければならない。

5) Cafcass は、効果的な苦情処理プロセスと、Cafcass 役員の変更を要求するための明確で透明性の高いプロセスを持っていないなければならない。

6) DA の影響による子や家族への危害を減らすことに対し、より効果的にフォーカスすること及び DA 加害者プログラム (DAPPs)¹⁴が我々のすべての勧告の根底にある基本原則により支えられるものであることを確保するために、現在の DAPPs の規定を見直すことを勧告する。

1989年児童法と UNCRC¹⁵は、子や若者に関わる裁判手続で、子や若者の

意思と心情が考慮に入れられるべきであると明確に規定し、少なくとも本人の利益を踏まえた正しい決定が行われるためには、子の声を聴く機会を持つことがいかに重要であるかを強調している。しかしながら、その実践の側面において、虐待を含む私法上の事件では、かなりの割合の子たちが直接声を聴かれておらず、聴かれてもそれら子たちの声はしばしば無視されることを具体的に示している。¹⁴報告書は、子や若者の声が排除されたり、ミュートされたりする理由として、虐待親とのコンタクトを避けたいという明確で正当な理由が当事者にあったとしても、両親とのコンタクトにより子は利益を得ると想定されているプロ・コンタクトカルチャーにあるとする。そのうえで、直接聴取される子の数が限られていることや、Cafcass等の専門家が子との関係を築くために十分な時間を割くことができないことなど、リソースの制約の重要性とともに、他の機関との協議不足についても言及されている。特に、虐待や子の権利擁護に関わる慈善団体は、Cafcass ウェールズと裁判所が、すでに家族と一緒に活動している専門の児童ワーカーの知識や専門知識を活用できていないことを指摘しており、その結果として子の意見を十分にくみ取れなかったことによって、子の意図しない形での裁判所の決定がなされたとの結果を示している。その中には、子たちが失望したと感じている

¹⁴ Domestic Abuse Perpetrator Programmes (DAPPs). DA の疑いのある当事者に対して Cafcass が提供する教育プログラムであり、子との交流の前提として提供される。Harm Report. op. cit .paras.11.10,pp182

¹⁵ 国連児童の権利条約 (Convention on The Rights of the Child) : CRC. 1989年 (平成元) 11月20日、第44回国際連合総会において採択され、日本では、1994年 (平成6年) 3月29日に国会で承認され同年5月22日に発効し、158番目の締約国である。子の意見表明については、第3条で子の最善の利益が主として考慮される必要に言及した上で、第12条で自由に自己の意見を表明する権利の確保が規定される。

¹⁶ 報告書は質的調査について非常に多くの成果が示されているが、なかでも子に対する意見が実質的に無視されている例として以下の若者に対するフォーカスグループインタビューがその実態をよく示している。(Harm Report, op. cit .paras.6.5 The limited weight given to children's view)

ことや、おそらく最も懸念されることとして、虐待親からの恐怖や被害についての子たちの説明に耳を傾けないことで、裁判所は将来の被害から子たちを守ることができなくなったという認識が含まれている。この点、「両親との関わりこそが子の福祉を増進させる」ことが最善の利益であるとの前提に向けた選定的聴取がなされていることが示されており、当事者である子本人に対する尊厳が確保されていない点で大きな問題であろう。言い換えれば「子の意見を聴く機会を持つこと」という制度的担保のみが重視されていることが示されている。この点、子の主体性確保と支援者のアドボカシーに関わる者としての意識の変革も重要な課題であることが示されていると指摘しうる。¹⁷

以上の調査結果を基に、政府は勧告を受け止め、①子に対するコンタクトの手續および家庭内虐待に関する豊富な証拠収集の在り方、および②両方の親が子の生活に関与すべきであるという1989年児童法（the Children Act 1989）に規定された「子の福祉に優先的考慮（paramount consideration）における推定」を再考する必要があると結論付けている。

3. 日本における子の意見表明に関する現状と課題

（1）家事司法制度上の子の福祉：子の手続き代理人

日本における子の権利の認識は十分ではなく、児童の権利条約の理念に適合するよう、現在親権法分野の改正作業がなされている。現行民法における親権規範は、未成年の子は経済的にも精神的にも未熟であるとの前提に立ち、親権者に監護・教育権（820条）、居所指定権（821条）、懲戒権（822条）、職

¹⁷ この点は、英国にて同様に自己決定という意味での意思表示の表出に困難性が認められる高齢者の意向支援の場面でも同様の問題が指摘されている。この点につき国連人権条約第10条と矛盾しない意向支援のありかたについて、拙稿『高齢者の意思決定支援（成年後見法）（シンポジウム 高齢者の法）』九州法学会会報2017年45頁～49頁を参照。

業許可権（823条）、財産管理権・法定代理権（824条）を認めるとともに、子の医療同意に関しても親権を根拠に親権者の代行決定を認めるなど、極端に言えば子の処遇について子と協議し、子の同意を得る必要は必ずしもないと結論づけているようにさえ見える。監護者決定の際の家裁における審判においては、調査官や必要に応じて選任される子の手続き代理人による情報提供がなされるものの、近時の家事事件における原則面会交流推進の傾向から判断すれば、離婚時の監護者決定において、子にとっての最善の利益は両親との接触交流が重要であるとのまさに英国における子の福祉の至高的考慮（paramount consideration）における推定と同様の思想（ハーグ条約における子の奪取紛争における常居所地国への返還が原則として子の利益の繋がるとの判断枠組）と同様に見える。一概に言えるものではないが、近時の時間的・人的制約下での子の意向調査手続きが子の意向を必ずしも十分に配慮しない交流促進決定につながっている面もあり、両親による監護権確保に向けた対立を惹起し、強引な子の奪い合いや子の引渡請求の一要因と指摘できまいか。¹⁸この傾向は現在議論されている原則共同親権という形での親権法改正後は、当事者間で監護態様につき「重要事項」合意が困難な高葛藤夫婦における子の処遇の際には、裁判所による決定が予定されており、¹⁹際立って問題を惹起する可能性が高いと考える。

¹⁸ 本文脈は家裁調査官による子の意向確認手続きそのものを非難するものではない。調査官調査は、当事者の主張立証とは別に、裁判所の権限で行う事実の調査として行われるものの、裁判所の権限により必要と認める事項に限られるとともに、その調査範囲も調査目的対象が限定されている（独立性の面で）印象を受ける。今後原則共同親権、例外的に単独の形で親族法が改正される場合、現非同居親からの共同養育の申立が増加することが予測されるものの、家裁のリソースは限界を超えており、調査官を裁判所専属職員のみならず他の関係機関との協力等で拡大していくことは喫緊の課題である。

（２）子の手続代理人について

この点については、従前子の意見表明権の確保に向けた一連の研究の集積や弁護士会による踏み込んだ提言がなされたこともあり、児童の権利条約における子の最善の利益確保（３条）、子の意見表明権（12条）の要請の観点から、平成25年（2013年）の家事事件手続法改正により、離婚に伴う監護新決定などの場面において、未成年子の意思を尊重した紛争解決のための諸規定が整備され、職権での手続参加（家事42条項）や子の意思の把握規定（家事65条）とともに「手続代理人」としての弁護士の選任制度が整備されている。子の手続き代理人は単に法手続きを子に代わって代理する制度ではなく、当事者である子が適切な情報を与えられ、自己の希望と感情に基づき見解を表明する機会を担保されることが期待されており、日弁連子どもの権利委員会を中心に制度が効果的に機能する取り組みが行われている。この効果については、家事事件が非訟事件であることから、子の意思を考慮するかどうかは、自由裁量の問題とされつつも、「子の福祉の判断のための一切の事情」の一つとして判断基準に加えられており、親権者変更、別居親との面会交流などで、子の意思が聴取され、それを尊重した解決をすることにつながっている。²⁰その一方で英国の最終報告書は、子の意見の尊重機会がいわば自由裁量とされる我が国に比して、明文で子の意見の尊重を行い、子のための意

¹⁹ 法制審議会家族法制部会「家族法制の見直しに関する中間試案のたたき台（修正版）」甲2案「父母の離婚の場合においては、父母の双方を親権者とするを原則とし、一定の要件を満たす場合に限り、父母間の協議又は家庭裁判所の審判により、父母の一方のみを親権者とするができるものとする考え方」を前提とした場合の（３）の２「親権の行使に関する重要な事項について、父母間に協議が調わないとき又は協議をすることができないとき（父母の一方が親権を行うことができないときを除く。）は、家庭裁判所は、父又は母の請求によって、当該事項について親権を行う者を定める」なおたたき台補足説明9頁（注5）によれば、「重要な事項」は子の居所指定そのものや進学等の子の重要な決定を想定している。

²⁰ 二宮周平「子どもの家事事件手続きへの参加の保障～子の意思尊重～」家族（社会と法）16号140頁（2000年）151頁

見表明支援を制度化している英国でさえも、子の意見が十分反映されていないことを示すものであり無視できないものといえる。

（３）児童福祉分野における子の意見表明確保：子どもアドボケイト

平成28年度改正児童福祉法は、児童の権利条約の理念を取り込み、児童が権利の主体であり、意見が尊重され、最善の利益が優先されなければならないことを明示する。すなわち児童は、適切な養育を受け、健やかな成長・発達や自立を保障される権利を有するとともに、法は児童を中心に位置づけ、その上で国民、保護者、地方公共団体が支えるという形でその福祉が保障される旨を明確化しており、子の意見表明支援（アドボカシー）の仕組みはこの思想を具体化する取り組みであると位置づけることができる。とりわけ児童虐待防止を中心とする令和元年度改正児童福祉法では、児童に対するいかなる虐待も許さない事を宣言するとともに、改正法附則第7条第4項関係²¹において、児童の意見表明権を保障する仕組みを検討することを示しており、この理念の下、厚生労働省のモデル事業として、地方自治体と第三者機関が共同で、別居親との同居する子や、一時保護所等、代替的養護の場面において、英国における子の意見表明支援制度の経験を基盤として、当事者の影響を可能な限り排した形での子の意見表明支援を行う試みがなされており、注目に値する。同モデル事業の「支援者の活動のための手引き」はアドボカシー支援にあたっての支援者に求められる姿勢について以下のように定義す

²¹ 児童虐待防止対策の強化を図るための児童福祉法等の一部を改正する法律（令和元年法律第46号）附則第7条第4項関係

政府は、改正法の施行後2年を目途として、児童の保護及び支援に当たって、児童の意見を聴く機会及び児童が自ら意見を述べるができる機会の確保、当該機会における児童を支援する仕組みの構築、児童の権利を擁護する仕組みの構築その他の児童の意見が尊重され、その最善の利益が優先して考慮されるための措置の在り方について検討を加え、その結果に基づいて必要な措置を講ずるものとする。

る。

「意見表明支援員は、子からの信頼が活動基盤となるため、関係機関・関係者との利害関係を持たず、子の立場に寄り添うこと（傾聴）に専念して職務を遂行する必要がある。子が意見表明支援員の独立性を疑うことがあれば、アドボカシーの機能を発揮できなくなるばかりか、子が他の支援提供者に対しても不信感を持つことにつながりかねない。このような背景から、意見表明支援員は関係機関・関係者の利害関係を子の意見より優先したり、個別の権利救済を意見表明支援員自らが完遂したりすることは想定されない。」²²この点につき、当事者、関係機関との独立性を確保し、当事者の思い込みとしての最善の利益を探求するという姿勢よりもむしろ子の意見をそのまま傾聴し、（手引きの記載を借りればマイクのように）聴取し、その意思を尊重した解決を行うための根拠を提示するという立ち位置は、家裁調査官による調査・子の手続き代理人と異なり、当事者や処遇決定機関との独立性が最も重要視されている。この点は英国における「子の福祉の優先的考慮（paramount consideration）における推定」の見直し、すなわちプロ・コンタクトカルチャーの改革と同様視点子の意向を直接傾聴することを課題解決の方向性として示す英国報告書と同様の取り組みであり、同取り組みは現在、児童相談所や里親で養育される子のみを対象としているものの、離婚後の子の監護対応決定の際にも広く機能する可能性があり、課題解決へと向かうひとつの試みとして注目しうると考える。²³

4. 結論と今後の課題（英国報告書の示唆を受けて）

離婚後の共同監護の在り方について議論が行われている現状において、先行して導入した英国での経験に基づきまとめられた報告書の内容を吟味する

²² 相澤仁「子ども意見表明支援員の活動の手引き」大分県・大分大学権利擁護教育研究センター 2020年4月所収『第3章 子ども意見表明支援員』50頁～60頁参照

ことは、重要な示唆をもたらすものであろう。とりわけ報告書が強調する「両方の親が子の生活に関与すべきであるという推定を再考する必要がある」と結論付けた点に関しては、喫緊の検討が必要であろう。また、制度上の担保がなされるのみならず、その理念が実践を伴う形で機能することが最も重要であり、とりわけ離別により大きな影響をうける子の生育面での最善の利益が確保されなければならない。6章はこの点につき「子の声」に焦点を当てて、子の真意が決定に反映されていないことを強く指摘し、その原因として子の意見聴取の側面での様々な実践上の課題を浮き彫りにした。すなわち、第一に、子の意見を表明する機会である聴取について、十分な時間が与えられず、聴取者の専門性やスキルが不十分であり、両親がかかわることが子の生育上最善の利益であるとのいわば「思い込み」によって、選択的な聴取がなされいるとの指摘である。加えて第二点目として、子の現況分析（とりわけ虐待が疑われる案件については意見聴取の前提面で慎重な考慮を有するであろう）が不十分であり、聴取された内容につき、各分野の専門家による十分な分析がなされないまま、裁判所の結論に繋がっている点で、情報共有の不足が課題とされている。

（１）最善の利益を踏まえた丁寧な子の意見表明の機会の確保

第一点目の丁寧な子の意見表明の機会の確保については、非常に困難な課題であることは疑いないであろう。とりわけ両親の離婚という事象を経験す

²³ 最も大きな課題として、心理学等の専門的スキルを有することが前提である家裁調査官と異なり、意見表明支援員の専門性の確保があげられる。筆者は同モデル事業初期段階において、意見表明支援員の養成を目的とする研修に関与した経験があるが、法学・心理学・社会福祉学等の横断的な知見の獲得が必要で人材確保に困難を伴う。家庭裁判所のリソースの面からも、FPIC等の先行の経験を有する機関を通じて、公的に人材育成を進めるとともに、将来的には英国における Cafcass のような専門機関設立を含めた議論が必要である。この点、市民後見人養成等事業と問題の淵源が類似しているようにも感じる。

る子において、自らの今後の処遇につき合理的な意見を表明することは、年齢的にも情情的にも負担を伴い困難であろうし、ましてや家事紛争の現状そのものが子にとって大きな心理的負担となっているときに、第三者である子の手続き代理人や意見表明支援員が、関わりを持とうとすることに対して子が警戒心を抱くのは当然である。この点意見聴取を行う支援者にとっても、子の希望や感情を傾聴し、子の負担なく引き出すとともに、なされた意見表明内容を適切に評価し、最善の利益を考慮するための監護態様の決定要素とするのは、高度なスキルと経験を要することは想像に難くないであろう。²⁴ しかしながら実践が困難だからといって、形式的に意見聴取の機会を設けたことそのものを制度的担保としてはならず、裁判所もしくは子の利益を判定する機関²⁵（スウェーデンでは基礎自治体の社会委員会に置かれる審議体）は、十分でない聞き取りやししばしば主張される両親の共同決定²⁶をもとに拙速をもって本人の最善の利益を判定してはならないとする。監護態様の決定において、両親の子へのかかわり方への公平性から、監護においては両親の共同決定に委ねるべきとの主張がなされることが多いが、子の最善の利益は両親が推し量る性質のものではなく、あくまで子の視点から検討すべきである。誤解を恐れずいえば、子の意向が片方の親とは一切の関わりを拒絶するなど、一見片方の親の影響下にある要素を有するとしても、決定が子の今後

²⁴ 子の手続き代理人の文脈において、子の言動は対応者や場面によって異なることがありうることから、代理人は子の意思を継続的に把握する特徴があることが指摘されている。日弁連子どもの権利委員会「子どもの手続代理人の役割と同制度の利用が有用な事案の類型」3頁。

²⁵ この点、成年後見法制における市町村設置の「中核機関」と同様、家裁を中心とした司法制度のみならず、本人、代弁支援者、心理職、福祉的職、警察を含めた横断的な視点で子の最善の利益を考慮する点が重要ではないだろうか。両親の関わりの公平性よりもむしろ、子にとっての最善性が最も中心として考慮される必要がある。

²⁶ すなわち最善の利益判断のプロセスの精緻化も同時に求められる。この点につき、拙稿『決定能力を欠く者に対する医療行為の同意に関する考察 —英国およびスウェーデンの公的アドヴォカシー制度を示唆として』深谷裕／西内祐介 編著『大改正時代の民法学』所収、成文堂、2017年、645-664頁

の養育上重大な不利益を生じるものない限り、子本人の主観的要素を考慮すべきである。報告書が指摘するように子の声のミュートとは、「聴かれない」ことではなく、子が実質的に「聴いてもらえた」との確信を得られていないことによる。子が支援者の問いかけを理解し、自らの言葉で気持ちを語ることができる機会を持つことが重要であろう。この点につき FJYPB²⁷と Cafcass は共同で「Word Busting」という取り組みを行い、子や家族が Cafcass の役割や家庭裁判所に関わる間に、彼らに何が起きているかを理解できるように、専門的用語の置き換えを含め、子や若者について話したり書いたりする際に使用する、新しい言葉の作成を試みており注目に値する。²⁸子の監護態様の決定において最も重要なことは、あくまで子にとって安全で自分らしく成長できる環境の確保が中心的考慮とされるべきであり、両親の希望やプロ・コンタクトカルチャーのような、両親が子の監護に関わることこそが子にとって最善の利益に違いないとの事実上の他者決定が中心となるべきものではない。この点認知症高齢者など意見表出困難者の最善の利益決定と同様の観点から、裁判所から独立した支援人による丁寧な聞き取りの実践を通じた本人の意見形成支援やメディエーションを含め、可能な限り本人の意向に沿った監護態様を模索する努力がなされるべきである。この点については、司法制度の枠内での検討のみならず、社会的養護児童に対す

²⁷ The Family Justice Young People's Board (FJYPB)：イングランドとウェールズ全土に住む7歳から25歳までの者で家族司法制度を直接経験した者で構成され、2023年現在約80人程度が活動している。ハームレポートにおいての当事者インタビューで実践的な役割を果たした。<https://www.cafcass.gov.uk/children-and-young-people/family-justice-young-peoples-board> (2023.11.30閲覧確認)

²⁸ 完全に置き換えるべき言語やフレーズのリストを作成し、子の声を聴く手続きが形骸化せず、実質的に受け止める工夫を行っており注目される。具体的には“Problem child”（問題児）は完全に排除されるべきだし、“Party”（当事者）は、その人たちが誰なのかを説明するなど、この言葉の子にわかりやすく説明する方法を考えるべきとしている。<https://www.cafcass.gov.uk/family-justice-young-peoples-board/glossary-and-word-busting/word-busting/> (2023.11.30参照)

るアドボケイト活動におけるモデル事業の成果を含む、ソーシャルワークの知見や、意見表明支援員制度を有する先行国である英国の児童後見人・独立アドボケイト（IMCA・ICAA）²⁹、スウェーデンのメンターとしての代弁人（Godman）制度³⁰などを参考に広い視野での検討が望まれる。

（２）監護態様決定にあたっての関係機関の協働と情報共有体制の構築・整備

第二点目の関係機関の協働と情報共有体制の構築については、報告書が指

²⁹ 英国におけるアドボケイトは、専門職によるフォーマルアドボカシーや近親者・地域住民によるインフォーマルなアドボカシーと別個な概念であり、各種制度から独立して子の意見をそのまま審議体へ伝達する、あるいは子本人が望むならば意見を伝達せず、寄り添い支援に徹する支援者であり、我が国における子の手続き代理人とは立ち位置が異なる。最新の改正として The Children's Hearings (Scotland) Act 2011 (Children's Advocacy Services) Regulations 2020 がある。また本邦においては、厚生労働省モデル事業として実施された大分大学権利擁護支援センターの取り組みが注目される。関連文献として栄留里美・長瀬正子・永野咲著『子どもアドボカシーと当事者参画のモヤモヤとこれから』2021年、明石書店がある。

³⁰ スウェーデンにおける監護態様の処遇決定および子の意見聴取の詳細については、別稿にて検討する予定である。概要のみ示せば、スウェーデンは共同親権を前提としつつも、養育監護態様は別途に考慮可能であり、当事者合意または、困難な場合の社会委員会を通じた調査を通じて裁判所による最終決定を通じて行われる。子に対する意見聴取機会は、本人に対する代弁支援を主な業務とする Godman と財産管理権限を有する förvaltare の両制度を中心として行い、その必要性判断は行政庁である市（コミュニティ）に設置される社会委員会の審議を経たうえで、地方裁判所（tingsrätt）により決定され、選任後は行政機関である社会委員会の監督に服する。とりわけ、Godman は本人の同意に基づき選任される保護者であり、我が国における補助人と里親の性格を併せ持ち、児童養護をはじめ成年者の後見的役割について、第一義的に考慮される支援者（メンター）である。本人態様により職務範囲が限定され、任命された範囲内で財産管理に基づく法律行為が可能であるものの、その都度の本人の同意を要件とする。監護態様の決定については、日常生活について本人の相談支援等も行う支援員としての側面も有することから、本人の意向についての代弁支援の面で非常に重要な機能を果たしている。11kap4s,12Kap9,16Kap1:Föräldrabalk なお前掲注26)の拙稿も参照されたい。また個別案件には対応しないものの、子の処遇決定についての社会委員会や法の在り方につき、子の利益を順守する観点から子のためのオンブズパーソン（Barnombudsmannen）による監視および改善要請が重要な役割を果たしている。行政機関や法的機関は法によりオンブズパーソンによる開示請求や報告請求を拒絶することはできない。https://www.barnombudsmannen.se/（2023.11.30参照）

摘するサイロ・ワーキングの克服への提言と同様に子の処遇決定において、パブリックセクターとしての家事事件手続き上の子の手続き代理人をはじめ、モデル事業の子の意見表明支援員、FPIC 等の関係支援団体等、インフォーマルセクターも含めた情報共有を行う必要性があり、虐待案件については市町村の関係部署や警察を含めた連携と情報共有が求められる。この点においては当事者の支援に必要な情報の共有について、特に虐待案件ではセンシティブな情報も多いことから、その主体ごとの情報開示手続きが阻害要因となり、効果的な支援や課題解決が困難であるとのサイロ・ワーキングと同様の現状がある。各機関の連携がケース対応の事後共有や単なる連絡会議に留まらず、子の処遇決定についての責任主体として機能するためには、国及び地方のレベルにおいて、それぞれの地域にわたる連絡調整、継続性及び整合性のとれた機能を担う体制の整備³¹も大きな課題といえよう。³²今後理念としての共同親権を原則とし、監護態様の選択については当事者の合意による形での親族法改正に向かうならば、とりわけ監護のありようについて合意が困難な状況において、家裁等の決定機関への申し立てはますます増加することが予想される。この点、両親離別後の子の監護は、両親の別居後、子に関する権限と責任について双方の親に帰属することを前提とする親責任 (parental responsibility) を前提とし、離別後も両親が平等に子に関与することこそが、子の最善の利益であると推定することによって、共同監護を積

³¹ 家庭裁判所や FPIC が子の意向確認や面会交流支援を行うことを想定しているが、すでに指摘したように、現状であっても人的・物的資源上の苦慮がある中で、共同親権制定後の共同監護体制の意向確認や合意調整を行うことはほぼ不可能といっても間違いではないであろう。「子ども家庭庁」が統一した子に関する情報共有や UNSDC3条および12条の理念を踏まえた施策立案、実施効果を評価する指標の開発、子の意見聴取やその分析、意見表明支援員の養成、研修の中核的機関としての役割を果たすことを期待したい。

³² この点、子の処遇決定についてはあくまで司法機関たる家裁が司令塔として機能するべきで、安易に行政機関や専門機関を介在させるべきではないとの見解もある。梶村太一・長谷川京子・吉田容子編著「離婚後の子の監護と面会交流」日本評論社2018。191頁

極的に推進した結果、子の意見がミュートされ、とりわけ DA の疑いさえある高葛藤の離別当事者間の監護への関わり合いに対する法廷闘争を通じたせめぎあいから、子に対する深刻な問題を生じさせてはならない。推定見直しを勧告している英国や、いち早く改正法案を可決したオーストラリア等の警告³³ともいうべき経験を踏まえた実効的な体制整備が喫緊の課題であることは疑いがない。

※校正段階において末富芳編「子ども若者の権利とこども基本法」明石書店、2023に触れた。³⁴

※本論稿は科学研究費補助金（2020-2023基盤研究 B〔離婚後の親子関係の制度構築の多角的研究〕課題番号20H01583代表：千田由紀）の研究成果の一部である。

³³ オーストラリアは離別後の共同監護について、親責任を均等に負担するという推定を排除する改正案を提出した。法制審議会家族法制部会第34回会議（令和5年11月28日開催）参考資料34「オーストラリア連邦家族法の2023年改正」を参照。https://www.moj.go.jp/MINJI/shingi04900001_00225.html（2023.12.19閲覧確認）

³⁴ 子の権利確保のためになされる理論的基盤について、国内外の実践を含む広範な論文が収録されており、極めて重要な文献である。今後検討したい。

