

《論説》

英国における子どもの手続上の代理

——子どもの声を聞く——

許 末 恵

はじめに

- I 一般的規定
- II 公法手続における子どもの手続上の代理
- III CAFCASS
- IV 父母の別居・離婚と子の養育のための手配
- V 子どもの調査と報告
- VI 子どもの別個代理
- VII 子どもによる手続
- VIII 裁判官と子どもの面会
- IX 検討

はじめに

本稿は、英国（イングランド）について、特に父母の別居や離婚に伴って、父母の間で子の居所や交流等をめぐり裁判手続がとられた場合（私法の家族手続）の子どもの手続上の代理ないしその利益代表（representation of children）について、制度を概観するとともに、最近の議論のいくつかを紹介するものである¹⁾。

1) 本稿は、法律時報81巻2号(2009)に掲載された許末恵「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〕」及び「英国における子どもの手続上の代理」に、紙幅の関係から省略した参考文献を補うとともに、本文にも大幅に加筆したものである。内容や記述に重複のあることをお断りしておく。

英国における子どもの手続上の代理（許）

一般に民事手続では、子は、法的無能力者として、手続上の代理人 (litigation friend) により当事者 (party) として手続を行うのが原則である (1998 年民事訴訟規則 (Civil Procedure Rules 1998) [以下 CPR1998 と略称] 第 21 部)²⁾。通常は親 (親責任を有する者) が手続上の代理人になる³⁾。家族手続 (family proceedings)⁴⁾ についても、子は、原則として近友 (next friend) により家族手続を開始・追行し、訴訟後見人 (guardian ad litem) によって防御しなければならない (1991 年家族手続規則 (Family Proceedings Rules 1991) (SI 1991/1247) [以下 FPR1991 と略称] r.9.2)。ただし、訴訟後見人なくして手続を行うことも認められている (後述 VII 参照)。

それに対し、親による養育が不適切であるために国家 (地方当局) が子を保護する手続では、親以外の者が子の利益を代表する必要がある。1989 年児童法 (Children Act 1989) は、これらの手続 (公法手続) を含む一定の手続を「特定手続 (specified proceedings)」としたうえで、それらの特定手続においては、ソーシャル・ワーカーである CAFCASS (Children and Family Court Advisory and Support Service) のオフィサーを子のために任命することを認めた (同法 41 条)。このオフィサーは児童後見人 (children's guardian) と呼ばれる。児童後見人は、子の利益を守るために不要の場合を除いて必ず任命され、規則に従って子の利益を守る義務を負うとともに、裁判手続において子を代理するソリシタが任命されていない場合にはソリシタを任命し、そのソリシタとともに、子どもの手続上の代理を担う (II 2 参照)。このような、児童後見人とソリシタとによる子どもの手続上の代理

2) ただし、裁判所は、子が手続上の代理人なしで手続を行うことを認める命令を付与することができる (CPR1998, r.21.2 (3))。

3) 日本法でも、未成年者は、法定代理人によらなければ、訴訟行為をすることができないとされている (民事訴訟法 31 条本文)。

4) ここで家族手続とは、1984 年婚姻及び家族手続法 (Matrimonial and Family Proceedings Act 1984) 32 条によるのと同じ意味を有する (FPR 1991, r.1.2 (1))。

の仕組みは、タンデム・モデル (tandem model) と呼ばれている⁵⁾。

2002年の法改正により、特定手続には、裁判所規則により、(例えば) 第8条命令 (a section 8 order)⁶⁾ の付与・変更・取消し等の手続を含むことができる旨の規定が設けられ (1989年児童法41条6A項)、私法手続での児童後見人による子の手続上の代理が法律レベルで承認された (II 2 (3) 参照)。しかし、私法手続では子に当事者の地位が認められていないこともあり、子の手続関与のあり方をめぐってはなお困難な議論が続いている。

本稿では、まず、子どもに関する裁判手続の一般的な規定について概観し、制度の形成も含めて公法手続における子どもの手続上の代理とCAFCASSについて説明してから、私法手続における子どもの手続上の代理の制度について検討する⁷⁾。ただし、養子手続並びに1990年ヒトの受精及び胚研究に関する法律 (Human Fertilisation and Embryology Act 1990) の手続に関連する事柄については検討しない。また、近時議論が高まりつ

5) ドイツの研究者 (Salgo) の命名による (Murch, "The Voice of the Child in Private Family Proceedings in England and Wales", *International Family Law*, 2005, 8 (電子媒体によるため、参照頁を示すことができない))。ただし、筆者は直接確認することはできなかった。なお、佐々木健「ドイツ親子法における子の意思の尊重 (1)」立命館法学302号286頁、332頁以下 (2005) 参照。

6) 第8条命令とは、1989年児童法8条により規定され、居所命令 (contact order)、交流命令 (residence order)、特定事項命令 (specific issue order) 及び禁止命令 (prohibited steps order) 並びにこれらを変更し、取り消す命令をいう (8条1項・2項)。英国法では、父母は常に子に関する親責任 (parental responsibility) を有するので、第8条命令は、子の養育をめぐって争いとなり得る子の居所 (どちらの親と住むか) や交流、あるいは親責任の行使に関する具体的な事項について扱うものである。詳しくは許末恵「英国における親責任をめぐる法規制について」民商法雑誌136巻4=5号531頁 (2007) [以下、許 (2007)] 参照。

7) 最近のガイダンスによれば、「公法 (public law)」とは、子に関するケースで申立人が公の組織 (典型的には地方当局) であるようなものを、「私法 (private law)」とは、家族構成員 (普通は父母) が子のための手配について合意できないために子に関する争いが生じたケースをさす。Department for Children, Schools and Families, *The Children Act 1989 Guidance and Regulations, vol. 1, Court Orders*, para.1.17 (2008)。

つある、財政的手続⁸⁾や国際的な子の奪取に関する手続における子どもの手続上の代理の問題についても検討しない。以下の記述においては、特に示さない限り、参照条文は1989年児童法の規定であるが、1989年児童法及び親責任に関する詳細は別稿に譲る⁹⁾。本稿で、子ども（child）とは、原則として18歳未満の者をさし、必要に応じて子、児童の語も互換的に使用する。また、2004年シビル・パートナーシップ法（Civil Partnership Act 2004）の制定に伴い、関連規定についてシビル・パートナーに言及する改正が行われているが、本稿ではふれていない。

本論に入る前に、「手続上の代理」ないし「利益代表」の意味について簡単に述べておきたい。本稿では、representationの語に「手続上の代理」ないし「利益代表」という訳語をあてているが、representationの意味するところは必ずしも明確ではなく、また、かなり広い意味を有することに注意が必要である。

Prestによれば、representationには、次の4つの意味があるという。まず、報告的な意味（reporting sense）で、子どもの希望と感情について裁判所に告げる者を意味し、児童家族報告官（後述）の伝統的役割、及び、ほとんどすべての家族手続におけるCAFCASSのオフィサーの基本的な責任である。次に、説明的な意味（instructing sense）で、（法的に能力を欠く）子どものために法的に代わりをつとめ（stand in）、弁護士に説明を与える者を意味する。第3に、法的意味（legal sense）で、子に代わってケースの法的行為（legal conduct）を行う弁護士と法廷の弁護士を意味する。最後に、これら4つの意味をすべて含む広い意味である。1989年児童法及びFPR1991ではrepresentationは主として3番めの意味で使われており、representationを手続の当事者である子に代わってケースの法的行為を行う

8) Williams, “Voices in the Wilderness: Hearing Children in Financial Applications”, *Family Law*, vol. 38, 135 (2008).

9) 許末恵「英国1989年児童法についての一考察」神奈川工科大学研究報告A17号67頁(1993)〔以下、許(1993)〕, 許(2007)。

機能に限るか、少なくとも representation のもつ異なった意味を区別することが有益であるとし、また、むしろ手続への子どもの「参加」(children's 'participation' in proceedings) の観点からこの問題にアプローチすることが好ましいとする¹⁰⁾。参加の具体的内容としては、子どもへの情報サービス、相談 (consultation) サービス、及び手続上の代理サービスの3つをあげ、特に前2者は、裁判手続の有無を問わずに必要であるという¹¹⁾。

これは、いわば子どもの「声 (voice)」を聞くということであろう。父母の別居や離婚は、子どもの生活や将来に最も重大な影響を及ぼす事柄のひとつである。それに伴って子の監護養育に関連する諸事項を決定する必要がある場合には、子の福祉に関連する諸事情とともに、子自身の希望や感情を十分に考慮する必要があることに、おそらく異論はないと思われる。そのためには、子は、その年齢や理解力に応じた適切な情報を与えられ、相談され (見解を聞かれ)、その見解を表明する機会を与えられる必要がある (児童の権利の行使に関する欧州条約3条参照)¹²⁾。子どもは、「声」を与えられるだけでなく、それに耳を傾けられ、適切に考慮される必要があるのである¹³⁾。

子どもの「声」は、裁判手続においてだけでなく、裁判手続以外でも、

10) Prest, "Children's Representation in Private Law Proceedings", in *Hearing the Children*, 193, 196 (ed. Justice Thorpe & J. Cadbury, 2004, Family Law). Prest は、CAFCASS リーガルのディレクター (当時) である。

11) Prest, *ibid.*, p. 198 は、representation を "slippery word" としたうえで、C. Lyon, J. Timms & E. Surrey, *Effective Support Services for Children and Young People when Parental Relationships Break Down* (1999) をあげる (筆者は直接参照することはできなかった)。なお、山口亮子京都産業大学教授は、アメリカ法における子どもの司法参加の視点について言及する (山口亮子「アメリカの子どもの保護手続における代理人制度」英米家族法判例研究会 2008 年 8 月 27 日報告)。

12) そうした判断が子の希望と常に一致するわけではないことはいうまでもない。

13) MacDonald, "The Voice of the Child: Still a faint cry?", *Family Law*, vol. 38, 648 (2008). 家庭問題情報センター『離婚した親と子どもの声を聴く』(2005)。

英国における子どもの手続上の代理（許）

聞かれる必要がある。通常は、親が子の希望や感情を考慮に入れ¹⁴⁾、子の利益に最もかなうような判断をすると考えられており、この意味では、親は、子の利益の最良の判断者であり、子の利益の代弁者でもある。しかし、例えば離婚や別居のように、親自身が高い葛藤にさらされ、パートナーとの関係についてもいくつもの困難な判断をしなければならない時に、子の利益について中立的にあるいは冷静に判断することができると期待することは、合理的とはいえないこともあろう。裁判手続がとられた場合には、手続における弁護士代理人による手続上の代理も問題となるが、それだけが子どもの声を聞き、あるいは、子どもを裁判手続に関わらせる方法ではない。子どもの声を聞き、確かめる方法には様々なものがあり、法的代理（legal representation）だけが本稿で検討する子どもの「手続上の代理」ではないことを強調しておきたい。

I. 一般的規定

1. 子の福祉

子の養育に関する問題を処理する裁判所は、次のような諸原則を考慮しなければならない。第1に、裁判所が子の養育又は財産に関する問題を判断する場合、子の福祉は裁判所の至高の考慮事項（paramount consideration）である（1条1項）。第2に、裁判所は、子の養育に関する問題を判断する際の遅れは子の福祉を害するおそれがあるとの一般的な原則を考慮する（同条2項。11条参照）。第3に、裁判所は、命令の付与が命令を付与しないことよりも子にとって良いと考える場合に限り、命令を付与することができる（1条5項。いわゆる不介入（non-intervention）原則ないし命令を付与しないことの推測（presumption of no order））。

子の福祉の考慮については、判例で考慮されてきた諸要因のエッセンス

- 14) スコットランド法は、親責任を有する個人に対し、親責任の行使を含む重要な（major）判断に際し、子の年齢と成熟度を考慮したうえで、実際的な限り子の見解を考慮することを定め、また、12歳以上の子は、見解を形成するに十分な年齢と成熟度にあると推定する（Children Act (Scotland) Act 1995, s.6 (1)）。

を明文化したいいわゆる福祉のチェックリストが規定されている。すなわち、(a) (子の年齢と理解力を考慮しての) 当該の子の確かめ得る希望と感情、(b) 子の身体的、情緒的及び教育的ニーズ、(c) 子の状況における変化が子に及ぼし得る影響、(d) 子の年齢、性別、背景、及び、裁判所が関連すると考える子の特徴、(e) 子の受けた危害若しくは受けるおそれのある危害、(f) 子の父母及びその問題が関連すると裁判所が考える他の者が有する、子のニーズを満たす能力の程度、(g) 問題の手続において1989年法により裁判所が利用できる権能の範囲、である(1条3項)。裁判所は、「(子の年齢と理解力を考慮しての) 子の確かめ得る希望と感情」を考慮して判断しなければならないので、どのようにして子の希望と感情を確かめるかが問題となる。ただし、これらの事項は、特別後見命令若しくは1989年法第IV部の規定(公法手続)による命令の付与・変更・取消しを考慮している場合には必ず考慮されるのに対し(1条4項(b)号)、私法手続では、第8条命令の付与・変更・取消しが当事者により争われている場合に限って考慮されるにすぎないこと(同(a)号)には注意を要する。

2. 国連児童の権利条約

連合王国は、1990年4月に国連児童の権利条約に署名し、1991年12月16日に同条約を批准した(いくつかの留保及び解釈宣言がある)。批准にあたり、連合王国の立法には何ら法改正の必要はないというのが政府の立場であり、実際にも法改正は行われなかった。連合王国では、条約は、制定法により国内法の一部とされない限り、国内に直接適用されず、国内法化の手続は行われていない。しかし、同条約は、教育的手段として、あるいは、国内法改正の必要性を示す証拠としての有用性を有するとされ、政策にも影響が見られるようになっている¹⁵⁾。

15) 許(2007) 532-534頁のほか、House of Lords, House of Commons, Joint Committee on Human Rights, Tenth Report of Session 2002-23, *The UN Convention on the Rights of the Child*, paras.17-27 参照。

英国における子どもの手続上の代理（許）

子どもの手続上の代理ないし参加に関連しては、児童に関するすべての措置にあたっての児童の最善の利益の考慮を規定する条約 3 条、並びに、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及び司法・行政手続において直接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条約 12 条が特に問題となる。

2002 年に、国連児童の権利委員会は、連合王国の第 2 報告¹⁶⁾に対し、子どもの参加や相談の進展を歓迎しつつも、立法、例えば離婚に関する私法手続、養子収養、教育及び保護において、条約 12 条の義務が一貫性をもって (consistently) 組み込まれていないこと、さらに、1989 年児童法により規定された、法手続における子どもの独立の代理に対する権利が体系的に行使されていないことに懸念を表明した。そして、一般的に社会における全グループの子による体系的で有意義、かつ効果的な参加を促し、モニターするためのさらなる処置をとるように勧告したほか、立法において条約 12 条の義務を一貫性をもって反映するさらなる処置をとること、(離婚及び別居の手続を含む) 裁判手続及び行政手続を規制する立法は、自己の見解を形成する能力をもつ子が見解を表明する権利を有し、それらが適正に考慮されることを確保することを勧告した。また、子どもにより表明された見解が考慮され、子どもに関するプログラムや政策の展開にそれらが影響をもつような手続の設置を勧告した¹⁷⁾。その後の政策の進展等を見る限り、児童権利条約の影響は軽視できないように思われる¹⁸⁾。

なお、特に司法当局の家族手続における児童の権利の行使を促進することを目的とする児童の権利の行使に関する欧州条約 (European Convention

16) *Second Report to the UN Committee on the Rights of the Child by the United Kingdom* (1999).

17) *Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, 9 October 2002, CRC/C/15/Add.188, paras.29–30.

18) UK Government, *The Consolidated 3rd and 4th Periodic Report to the UN Committee on the Rights of the Child*, paras.3.31–3.65 (2007).

on the Exercise of Children's Rights)¹⁹⁾ は、その 3 条で、手続において知らされ、自己の見解を表明する権利を、4 条で、親子間の利害の対立により親が子の代理をできない場合には、司法当局の手続における特別代理人 (special representative) を申し立てる権利を、そして、5 条で、その他の可能な手続的諸権利を児童に認める。代理人には弁護士 (lawyer) の任命も考慮されることができ (同条約 9 条)、代理人の役割としては、児童の最善の利益に明らかに反しない限り、十分な理解力をもつ児童にすべての関連情報を提供すること、児童の意見に従うことによる諸帰結等について児童に説明すること、児童の見解を決定しそれを司法当局に提示することが規定されている (同条約 10 条)。ただし、連合王国は、この条約を批准していない²⁰⁾。

3. 1998 年人権法

欧州人権条約は、1998 年人権法 (Human Rights Act 1998) により国内法化された²¹⁾。子どもの手続上の代理との関連では、公正な裁判を受ける権利を保障する同条約 6 条及び私的家族生活を尊重される権利を保障する 8 条が特に問題となる。

II. 公法手続における子どもの手続上の代理

1. 1975 年児童法

親でない者が子どもの利益を代表する必要性は、特に親による子の養育

19) 1996 年 1 月 25 日に署名開放され、2000 年 7 月 1 日に発効した。訳文は、松井芳郎ほか編『国際人権条約・宣言集〔第 3 版〕』636 頁以下 (2005, 東信堂) を参考にした (一部変更した)。

20) 家族手続への子どもの参加の困難を指摘しつつ、条約をやや批判的に検討するものとして、Sawyer, "One Step Forward, Two Steps Back—The European Convention on the Exercise of Children's Rights", *Child and Family Law Quarterly*, vol. 11, 151 (1999) 参照。

21) 特に家族との関連につき、三木妙子「欧州人権裁判所に現れた家族」三木妙子ほか『家族・ジェンダーと法』1 頁 (2003, 成文堂) 参照。

が不適切であるために子を強制的に保護する手続において、大きい。英国でも、まずこのような手続において、制度が導入された。

法改正のきっかけになったのは、マリア・コーウェル (Maria Colwell) という7歳9ヶ月の女兒が、里親のところから実母・継父のもとに戻された後に、継父の虐待を受けて死亡した事件である²²⁾。マリアが親もとに戻されたのは、彼女を地方当局の保護に付していたケア命令の取消しが実母により申し立てられ、認められたためである。この事件の調査報告書は、当時の英国の児童虐待への対応制度の不備を明らかにしたが、その中で、地方当局がその保護（ケア又は指導監督）下にある子の地位の変更を求め又はそれに同意する場合には、専ら子どもの利益代表として行為する、当該地方当局から独立したソーシャル・ワーカーによる報告を受けることが裁判所にとって有益であることを指摘した²³⁾。

被虐待児を保護する当時の手続（1969年児童少年法 (Children and Young Persons Act 1969) によるケア手続）では、子²⁴⁾は手続の当事者であった（地方当局等が申し立てたケア手続に対する被申立人として、又は、ケア命令の取消しの申立人として²⁵⁾）。従って、子は、法的に代理される権利を有

22) 邦語文献として、島津一郎「子の監護をめぐる二つのハード・ケース」ジュリスト 602号 114頁 (1975)、南方暁「子どもの福祉とその利益代表者」法律時報 53巻 5号 63頁 (1981) がある。

23) *Report of the Committee of Inquiry into the Care and Supervision Provided in Relation to Maria Colwell*, para.227 (1974. 英国保健社会保障省 (津崎哲雄・田邊泰美訳)『マリア・コルウェルに関連して提供された養護(保護)と指導監督に関する調査委員会報告』(1991, 英国ソーシャルワーク研究会))。

24) 1969年法では、子ども (child) とは14歳未満の者を、少年 (young person) とは14歳以上17歳未満の者を意味する (1969年法 70条1項)。

25) ケア手続は、地方当局、警察又は権限ある者 (全国児童虐待防止協会 (National Society for the Prevention of Cruelty to Children) [以下 NSPCC と略称] 等) が申し立てることができるが (1969年法 1条)、ケア命令の取消しは、地方当局のほか、当該命令を受けた者 (子) も申し立てることができた (同法 21条2項)。

し、法律扶助を受けることもできた²⁶⁾。他方、親は、ケア手続の当事者ではなく、法律扶助を受けることもできなかったが、実際には、親は、これらの手続で子を代理することが認められていた²⁷⁾。しかし、親による子の養育の適切さが問われるケア手続の実質的な当事者はその親であるともいうべく²⁸⁾、このような手続において親が子の利益において行為することが期待できないことは、マリア・コーウェル事件を見るまでもない。

これを受け、1975年児童法 (Children Act 1975) は、ケア手続その他の関連手続及びその上訴手続において親子間で利益が対立する場合には、その手続については親が子を代理することを認めず、その手続で子のために行為する子の訴訟後見人 (guardian ad litem) を任命することを認めた (1975年法 64条による 1969年児童少年法 32A条・32B条の新設)。これらの手続では、親と子との間に現実的なあるいは潜在的な利益の対立のあることを前提に、親以外の者による子どもの代理を拡大したのである²⁹⁾ (子どもの別個代理 (separate representation of children))。

資源の関係から、当初は、マリア・コーウェル事件と同じく、子に関す

26) ケア手続において子が手続の当事者とされたのは、要保護児童の保護手続としての同手続が被虐待児等と非行少年を手続の対象とし、民事手続であるにもかかわらず、その基本構造が刑事手続に倣っていたためである。子の立場は、いわば被告人 (accused) の立場に当たる (Masson, "Representation of Children in England", *Family Law Quarterly*, vol. 34, 467, 488 (2000))。ただ、ケア手続は、本質的に非当事者対抗主義 (non-adversary, non-party proceedings) であり、子どもの立場の客観的な審査であるべきである (*Humberside County Council v DPR (An Infant)* [1977] 3 All ER 964, 966, 967, QBD)。なお、注 (28) 参照。

27) Magistrates' Courts (Children and Young Persons) Rules 1970 (SI 1970/1792) [以下 MC (CYP) R1970 と略称], r.5, r.17. このような親の微妙な立場も含め、1975年法以前の子どもの手続上の代理につき、Levin, "The Legal Representation of Children", *Family Law*, vol. 5, 129 (1975); H. K. Bevan & M. L. Parry, *Children Act 1975*, pp. 171-176 (1979, Butterworths) 参照。

28) 「この種の手続では、真の争点は、ほとんど常に地方当局と親との間にある」 (*R v Worthing Justices, ex parte Stevenson* [1976] 2 All ER 194, 196, QBD)。

29) ほかに、親の諸権利引受決議に関する 1948年児童法 (Children Act 1948) 2条の手続についても、子の利益を保護する必要がある場合には子を当事者とし、訴訟後見人の任命を考慮する旨の改正を行った (1975年法 58条)。

英国における子どもの手続上の代理 (許)

るケア命令又は指導監督命令の取消しが申し立てられ、それに対する反対がないケースについての規定だけが施行された (1976 年)。この場合、裁判所は、子の利益を守るために必要がないと認める場合を除き、親は子を代理しないことを命ずることができ (1969 年法 32A 条 2 項)、そうして、子の利益を守るために必要がないと認めるときを除き、子の訴訟後見人を任命することができる (1969 年法 32B 条 1 項)。1984 年には残りの関連規定が施行され、ケア命令の取消し以外の手続においても子の訴訟後見人の任命が認められた。

訴訟後見人は、子の利益を守る義務を負っているが、その詳細は、訴訟後見人の任命に関する事項とともに、裁判所規則に委ねられている (1969 年法 32B 条 2 項・3 項。MC (CYP) R1970, r.14A)。この訴訟後見人は、国務大臣により制定された規則³⁰⁾により設置されたパネルに載った者から選任される (1975 年法 103 条)。

注意すべきは、この訴訟後見人は、ソーシャル・ワーカーの中から選ばれることである³¹⁾。訴訟後見人の職務としては、手続に関する状況の調査のほか、子の最良の利益の保護促進を第 1 かつ至高の考慮事項とすること、子を代理するソリシタが既に説明を受けている場合を除き、子が法的に代理されるべきかどうかについての裁判所の見解を得てソリシタに説明すること、ソリシタと協同して (in conjunction with)、子に代わってケースの主張の方法について考えることなどが規定されており (MC (CYP) R1970, r.14A (6))、この訴訟後見人が、法廷で子どもを代理する弁護士ではないことは明らかである。訴訟後見人は、既に子のためにソリシタが任命され

30) Guardians Ad Litem and Reporting Officers (Panels) Regulations 1983 (SI 1983/1908)。

31) 当初は混乱が見られ、ソリシタが任命されることもあったようである。この問題も含め、関連規定の施行に伴い、実務の進展も踏まえて諸規則が整備されていた。Lyon, "Safeguarding Children's Interests?", in *Essays in Family Law* 1985, 1 (ed. M. Freeman, 1986, Stevens and Sons)。

ている場合を除き、裁判所の見解を考慮しつつ、子を代理するソリシタに説明をする (instruct) 立場にある。また、手続当事者となった地方当局や権限ある者の構成員・オフィサー・職員や現役のプロベーション・オフィサーは当該手続の子の訴訟後見人になることはできないとされ (MC (CYP) R1970, r.14A (2))、訴訟後見人の独立性の確保が図られている³²⁾。

なお、これらの手続における親の立場も、より明確になった。まず、1969年法 32A 条の規定による命令が付与された場合、親は、その手続に参加する目的で法律扶助を受けることができる (1975年法 65 条による 1974 年法律扶助法 (Legal Aid Act 1974) 28 条の改正)。また、裁判所規則により、一定の手続への参加も認められた³³⁾。このような親の立場は、手続当事者と限定的な権利を有する証人の立場との中間的なものと評されていたが³⁴⁾、その後の法改正により、1969年法 32A 条の規定による別個代理の命令が付与された場合には、その命令により親は自動的に手続の当事者になることが明定された (1986 年児童少年 (改正) 法 (Children and Young Persons (Amendment) Act 1986) 3 条 1 項による 1969 年法 32A 条 4A 項の新設)。

2. 1989 年児童法

(1) 特定手続における子どもの手続上の代理 (制定時)

(i) 規定の概観

1989 年児童法の制定に向けた議論の中では、ケア手続と家族手続における子どもの手続上の代理の問題は、裁判所の管轄や子ども・関係者の手続上の地位の問題とも関連させて、かなり詳細に検討されている³⁵⁾。公法手

32) 実際には独立性の確保は非常に困難だったという。Lyon, *ibid*.

33) MC (CYP) R1970, r.14B.

34) Bevan & Parry, *op.cit.*, p. 183.

35) The Law Commission, No.172, *Family Law, Review of Child Law, Guardianship and Custody*, Part VI (1988) [以下 LawCom. No.172]。子どもの参加については, paras. 6.22-6.29 参照。

続については、ケア手続における当事者としての親の地位の明確化と³⁶⁾、そのような親が子を手続において代理することの不適切さが議論され、裁判所に直接責任を負う者による独立の報告の必要性和訴訟後見人による子どもの代理の必要性が示されていた³⁷⁾。

制定当時の1989年児童法の規定によれば、裁判所は、子の利益を守るためにそれが必要ないと認める場合を除き、特定手続について子のための（for the child concerned）訴訟後見人を任命しなければならない（41条1項）。従来の規定に見られたように訴訟後見人を任命する前に裁判所が別個代理を命ずる必要はなくなり、また、訴訟後見人を任命するための裁判所の広範な裁量も制限された。ここでの特定手続とは、ケア命令若しくは指導監督命令の申立て、それらの命令の変更・取消しの申立て、1989年法第V部による児童保護の手続、これらの上訴の手続、又はその他裁判所規則により本条の規定のために特定されたものを意味するとされ（41条6項）、地方当局が関与するいわゆる公法手続のうちの特定のものが特定手続とされた。

訴訟後見人は、裁判所規則に従って任命され（FPR1991, r. 4.10; 1991年家族手続裁判所（1989年児童法）規則（Family Proceedings Courts (Children Act 1989) Rules 1991 (SI 1991/1395) [以下 FPCR1991 と略称], r.10), 裁判所規則に規定されたように子の利益を守る一般的な義務を負う（41条2項）。訴訟後見人はパネルから任命され、そのパネルに関する規則

36) 1989年法の特定手続については、子と親責任ある者（親）は当然に手続の被申立人となるほか、他の者も必要に応じて手続の当事者として参加し得ることが定められた（FPR1991, r.4.7; FPCR1991, r.7）。また、法律扶助については、特別児童法手続（ケア命令・指導監督命令等を含む）については、子並びに子の親・子の親責任を有する者は、資産（means）や成功の見込み（prospects of success）ないし合理性（reasonableness）の要件を満たす必要なく、資金（public funding）を得ることができる（The Funding Code, Part C, Decision Making Guidance, 20.26）。

37) Department of Health and Social Security, *Review of Child Care Law*, ch.14 (1985)。

を国務大臣が制定することも規定された(41条7項から9項まで)³⁸⁾。また、手続に関わる事項も含め、訴訟後見人による裁判所への支援等についても、裁判所規則により規定される(41条10項)。

(ii) 訴訟後見人による子どもの手続上の代理

ここでは、規則にも拠りながら、1989年法での訴訟後見人の職務並びに訴訟後見人とソリシタとの関係について、やや具体的に見ることにする³⁹⁾。

(ア) 訴訟後見人の任命

訴訟後見人は、既に任命されている場合又は子の利益を守るために必要ないと考える場合を除き、特定手続の開始又はその移送後、実際に速やかに、裁判所が任命する(FPR1991, r.4.10 (1); FPCR1991, r.10 (1))。また、特定手続のどの段階でも、当事者は訴訟後見人の任命を申し立てることができるほか、裁判所も職権で任命することができる(FPR1991, r.4.10 (2)–(4); FPCR1991, r.10 (2)–(4))。パネルにより任命される訴訟後見人は、手続の当事者である地方当局や民間団体の構成員・オフィサー・職員、あるいは、現役のプロベーション・オフィサーであってはならない(FPR1991, r.4.10 (7); FPCR1991, r.10 (7))。

(イ) 訴訟後見人の権能と職務

訴訟後見人は、41条2項の義務を遂行するにあたり、遅れは子を害するとの一般原則(1条2項)及び1条3項(a)号から(f)号までの事項を考慮に入れなければならない(FPR1991, r.4.11 (1); FPCR1991, r.11 (1))。

訴訟後見人は、規則に従い、子に代わって文書の送達を受け、それを受

38) Guardians Ad Litem and Reporting Officers (Panels) Regulations 1991 (SI 1991/2051).

39) R. White, P. Carr & N. Lowe, *A Guide to the Children Act 1989*, pp. 113–118 (1990, Butterworths); A. Bainham, *Children—The New Law*, pp. 192–195 (1990, Family Law); Department of Health, *The Children Act 1989 Guidance and Regulations*, vol. 7, *Guardians Ad Litem and Other Court Related Issues* (1991).

英国における子どもの手続上の代理（許）

領する。子に送達されなかった場合において、子に十分な理解力があるときには、送達された文書の内容について子に助言する（FPR1991, r.4.11 (8); FPCR1991, r.11 (8)）。

訴訟後見人は、既に子を代理するソリシタが任命されている場合を除き、子を代理するソリシタを任命し、子の理解力を考慮して適切な助言を子に与え、また、子の利益に関連するすべての事項について子を代理するソリシタに説明しなければならない（FPR1991, r.4.11 (2); FPCR1991, r.11 (2)）。しかし、子が直接ソリシタに説明している場合、又は、子が自分自身で手続を行う意思がありその能力もあると考えられる場合には、訴訟後見人は、その旨を裁判所に伝えるが、それ（子のためのソリシタの任命）以外の職務や裁判所の命ずる職務を行うほか、裁判所の命ずるような手続への参加もできる（訴訟後見人は、裁判所の許可を得て、こうした職務の遂行における法的代理（legal representation）を得ることもできる。FPR1991, r.4.11 (3); FPCR1991, r.11 (3)）。

訴訟後見人は、裁判所により免ぜられない限り、手続のすべての裁判所の指示のための期日（directions appointment）と聴聞に出席し、(a) 裁判所が命じ得る医学的診察等を拒否する十分な理解力を子がもつかどうか、(b) 裁判所への出廷を含め、手続に関するあらゆる事項についての子の希望、(c) 手続の適切な場（forum）、(d) 手続の適切なタイミング、(e) 付与すべき命令も含め子に関して利用できるオプションやそれぞれの適切さ、(f) その他裁判所が訴訟後見人に求める助言や裁判所が知っておくべきであると訴訟後見人が考える事柄について、裁判所に助言する。なお、これらの助言は、口頭でされても書面でされても良い（FPR1991, r.4.11 (4)(5); FPCR1991, r.11 (4)(5)）。

また、訴訟後見人は、子の利益に関して助言する書面の報告を、手続の最終聴聞の7日前までに提出しなければならない（FPR1991, r.4.11 (7); FPCR1991, r.11 (7)）。

訴訟後見人は、その職務を遂行するために必要と考える調査を行わなけ

ればならず、そのために、適切と思う者や裁判所の命ずる者と連絡をとり面接すること、手続の適正な判断の助けとなるような地方当局等が保有する記録や文書(後述42条参照)に裁判所等の注意を向けること、適切と見え又は裁判所の命ずる専門的援助を得ることなどが規定されている(FPR1991,r.4.11 (9); FPCR1991,r.11 (9))。

なお、問題の手続について訴訟後見人の作成した報告に含まれる陳述や報告で言及された事項についての証拠は、裁判所が考慮している問題に関連すると裁判所が考える限り、裁判所は考慮することができるとされ(41条11項)、訴訟後見人の証拠や報告には伝聞規則は適用されないことが明らかにされている。

(ウ) 地方当局の記録へのアクセス

1989年法により任命された訴訟後見人は、子に関する申立てに関連して地方当局の保有する記録や地方当局社会サービスの機能に関連して子について地方当局の保有する他の記録を調査し(examine)、写しを取る権利を認められる(42条1項)。本条の規定により訴訟後見人が調査する権限をもつ記録の写しを訴訟後見人が取った場合、その写し若しくはその一部は、問題の手続において訴訟後見人の作成する報告や訴訟後見人の行う証拠で言及された事項の証拠として認められる(42条2項・3項)。地方当局の記録を調査する際の訴訟後見人の困難を救済するための規定である。なお、1990年の改正により、訴訟後見人は、権限ある者(NSPCC)の保有する子に関する記録の調査等も認められることになった(42条1項(c)号、4項)。

このような権利は、訴訟後見人のもつ調査や裁判所への助言の役割に伴って認められるもので、子を代理するソリシタには認められていない⁴⁰⁾。

(エ) ソリシタの任命

既に見たように、通常は、訴訟後見人が、裁判所規則に従って、子のために行為するソリシタを任命し、説明する(ア参照)。

40) R v CAFCASS [2003] EWHC Admin 235, [2003] 1 FLR 953, [27].

英国における子どもの手続上の代理（許）

しかし、ソリシタが任命されていない場合には、裁判所は、次の条件のうちのひとつが満たされている場合には、子を代理するソリシタを任命することができる（41 条 3 項）。（a）子のために訴訟後見人が任命されていない場合、（b）子は、ソリシタに説明するための十分な理解力を有し、かつ、それを望んでいる場合、又は、（c）ソリシタによって代理されることが子の最良の利益になると裁判所に思われる場合、である（41 条 4 項）。ソリシタは、裁判所規則に従って、任命され、子を代理しなければならない（41 条 5 項）⁴¹⁾。

41 条 3 項の規定により裁判所によって又は規則により訴訟後見人によって任命されたソリシタは、訴訟後見人から受けた説明に従って子を代理する。ただし、子の説明と訴訟後見人の説明とが対立する場合において、子の理解力を考慮すると子自身で説明することができるとソリシタが考えるときは、子からの説明に従って手続を行う（FPR1991, r.4.12 (1) (a); FPCR1991, r.12 (1) (a)）。子のために訴訟後見人が任命されておらず、41 条 4 項 (b) 号の条件が満たされているときには、子から受けた説明に従って子を代理する（FPR1991, r.4.12 (1) (b); FPCR1991, r.12 (1) (b)）。いずれの説明もない場合には、子の最良の利益を促すように子を代理する（FPR1991, r.4.12 (1) (c); FPCR1991, r.12 (1) (c)）。

任命されたソリシタは、規則に従い、子に代わって文書の送達を受け、それを受領する。子自身に送達されなかった場合において、子に十分な理解力があるときには、送達された文書の内容について子に助言する（FPR1991, r.4.12 (2); FPCR1991, r.12 (2)）。

ソリシタの任命の終了を子が望む場合は、子は、その旨の命令を裁判所に申し立てることができ、ソリシタと訴訟後見人は陳述する（make representations）機会を与えられる（FPR1991, r.4.12 (3); FPCR1991, r.12 (3)）。なお、41 条 3 項の規定により任命されたソリシタの任命の終了を訴訟後見

41) See, The Law Society, *Guidelines for Courts: Appointing a Solicitor for the Child in Specified Proceedings* (2007).

人が望む場合は、訴訟後見人はその旨の命令を裁判所に申し立てることができ、この場合には、ソリシタのほか、十分な理解力をもつ子も陳述の機会を与えられる (FPR1991, r.4.12 (4); FPCR1991, r.12 (4))。

なお、ソリシタは、ケア手続での子どもの事件の処理に必要な訓練と認定を受けた児童パネル (Children Panel) のメンバーから選任される⁴²⁾。注意されるのは、児童法の事件を扱うソリシタは、公法手続について「非当事者主義的 (non-adversarial)」アプローチをとるように促されていることである。公法手続そのものは (ケア命令のための要件の証拠による立証等の点で) 当事者主義的であることはいうまでもないが、実務上、「非当事者主義的」とは、ソリシタは、不当に当事者対抗的、攻撃的、あるいは対決的なやり方であるべきではないということを意味している。児童ケア事件は、専門職の協力の精神でアプローチされるべきであり、ソリシタは、子の利益のために遅れを避けることを心がけるべきであるという⁴³⁾。1989年児童法による (公法手続も含めた) 裁判所手続に関する諸改正も非当事者主義的スタンスを強調していることは注目される⁴⁴⁾。

42) 児童パネルの設置をめぐる事情につき、Lyon, *op.cit.*, p. 11 参照。

43) The Law Society, *Good Practice in Child Care Cases*, pp. 1-2 (2004)。パネルのソリシタに対するガイダンスとして、本書のほか、*Representation of Children in Public Law Proceedings: Law Society Guidance* (2006) 参照。

44) Department of Health, *The Children Act 1989 Guidance and Regulations, Volume 1, Court Orders*, paras. 1.17-1.18 (1991)。(訴状/召喚状 (complaint/summons) によるのではなく) 申立て (application) による手続の開始、手続の進行の決定や訴訟後見人の任命の可否、証拠等について検討する予備聴聞 (preliminary hearings) としての裁判所の指示のための期日の導入等により、遅れを最小限にし、裁判所での当事者対立的な行為を減らすことをめざしたという。新しいガイダンス (前掲注 (7)) でも、子の利益のためにできるだけ建設的に争点の解決をするべく、裁判所での非当事者主義的スタイルを可能な限り促すことをめざしたという。すなわち、申立てにより、予備聴聞及び争点解決のための聴聞 (Issues Resolutions Hearings) が開かれ、申立ての決定のために解決の必要な鍵となる争点を識別することで、遅れを最小限にし、当事者間で対立のある論点を減らすことを目的として、裁判官が指示を与える (para.1.20)。なお、許 (1993) 69 頁参照。

英国における子どもの手続上の代理（許）

(iii) 子どもの訴訟後見人の役割

訴訟後見人は、規則により子の希望と感情を確かめる義務を負うが、制定法上は、子の利益を守るという義務を負っている。子の利益が子の希望・感情と一致しない場合には、子の希望に反してでも子の利益を守る必要がある。「訴訟後見人は、子の代弁者 (mouthpiece) 以上のものである」⁴⁵⁾。

子の利益を守るという義務を遂行するために、訴訟後見人は子に関する調査を行い、必要な情報を集め、それを裁判所に報告する義務を負う。訴訟後見人は、手続の進行も含め、裁判所の求めに応じて必要な助言や支援を行うが、それは、子の利益にかなうような判断を裁判所が下すためのものである。訴訟後見人は、地方当局に対しても親に対しても独立の立場に立ち、子の利益を守るための様々な職務を（裁判外でも）行うことが期待されている。それに対し、ソリシタは、調査権限もなく（42条参照）、ソーシャル・ワーク的な職務も行わない⁴⁶⁾。

訴訟後見人とソリシタとによる子どもの手続上の代理の枠組みは、1989年法の特定手続においても維持されたが、訴訟後見人の職務をこの部分に限局して理解することは、子どもの訴訟後見人が手続の内外において果たすべき役割の広範さやソーシャル・ワーク業務の意味を見誤ることになるおそれがある。

(2) CAFCASS の設置に伴う法改正

2000年の立法によりCAFCASSが設置されたのに伴い、1989年法及び関連規則も改正された。CAFCASSについてはⅢで説明することとし、ここでは、特定手続での子の代理に関連する規定についての改正を概観する。

まず、訴訟後見人の呼称が変更された。1989年法の規定のうち、CAFCASSに統合されたサービスに言及するものの文言が改められ、41条の「訴訟後

45) Bainham, *op.cit.*, p. 193.

46) R v CAFCASS [2003] EWHC Admin 235, [2003] 1 FLR 953, [50]–[59].

見人」の語も「サービスのオフィサー (an officer of the Service)」⁴⁷⁾に改正された。そして、41条の規定により特定手続での子のために任命されるオフィサーは、「児童後見人 (children's guardian)」と呼ばれることになった (FPR1991, r.4.1 (1); FPCR1991, r.1 (2))⁴⁸⁾。パネルに関連する国務大臣の規則制定に関する規定 (41条7項から9項まで) も削除された。

裁判所規則も改正され、児童後見人の任命に関する規定 (FPR1991, r.4.10; FPCR1991, r.10) に続き、サービスのオフィサーの権能と職務に関する規定 (FPR1991, r.4.11; FPCR1991, r.11), 児童後見人の権能と職務に関する規定 (FPR1991, r.4.11A; FPCR1991, r.11A), 児童家族報告官の権能と職務に関する規定 (FPR1991, r.4.11B; FPCR1991, r.11B), そして、子のためのソリシタに関する規定 (FPR1991, r.4.12; FPCR1991, r.12) と整備されている。

サービスのオフィサーの一般的な権能・職務としては、子の福祉に関する一般原則の考慮、調査、裁判所への支援等が、そして、児童後見人の権能・職務としては、ソリシタの任命、子の理解力に応じた子への助言やソリシタへの説明、期日・聴聞への出席と裁判所への助言、最終聴聞の14日前までの報告書の提出、子の年齢と理解力に適したやり方での判断の説明についての規定のほか、子に代わって文書の送達を受け受領することなどが、それぞれ規定されている。

児童後見人については、特定手続において1人の子に複数の児童後見人を任命することが可能となった (FPR1991, r.4.10 (4A); FPCR1991, r.10 (4A))。

47) CAFCASSの実務を担当する職員をさす一般的な用語である。本稿では、CAFCASSのオフィサーと呼ぶことにする。

48) Family Proceedings (Amendment) Rules 2001 (SI 2001/821); Family Proceedings Courts (Children Act 1989) (Amendment) Rules 2001 (SI 2001/818). CAFCASSのオフィサーは、それぞれの手続で、それぞれの職務に応じた名称で呼ばれることになった。

英国における子どもの手続上の代理（許）

なお、これらの規定は、私法手続にも準用されているので、詳細は後述する（VI 参照）。

（3） 特定手続の拡張

2002年養子及び児童法（Adoption and Children Act 2002）により、1989年法 41 条の規定が改正され、児童後見人が任命され得る特定手続には 2002 年法 21 条の養子託置命令（placement order）の付与又は取消しの申立てによる手続が含まれることが（41 条 6 項（hh）号）、そして、第 8 条命令の付与・変更・取消しによる手続については、裁判所規則により特定手続に含み得ることが（41 条 6 項（i）号、同条 6A 項、93 条 2 項（bb）号）、規定された（2002 年法 122 条）。この改正により、私法手続においても、公法手続におけると同様の要件の下に、児童後見人とソリシタとによる手続上の代理を受けられることが制定法（主たる立法（primary legislation））において認められ、子どもの手続上の代理に関する公私法での異なった取扱いが解消されることになった。

私法手続における子どもの別個代理について制定法に規定を設けることは、1996 年家族法に関する法律（Family Law Act 1996）により、離婚手続等に関連してではあったが、試みられていた。同法 64 条 1 項は、同法第 II 部（離婚及び別居）、同法第 IV 部（家族住宅及びドメスティック・バイオレンス）、1973 年婚姻事件法（Matrimonial Causes Act 1973）、並びに 1978 年家事手続及び治安判事裁判所法（Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act 1978）の規定により問題の生ずるいかなる事項にも関連する手続における子どもの別個代理について規制する規則の制定を大法官に認めた。裁判所福祉官（当時）の関与もあるので、同条 2 項は、別個代理を特定の状況（specified circumstances）に限ることも規則で定めることができる旨を規定した。本条の規定は、法律案の庶民院での修正に基づくものであったが⁴⁹⁾、

49) *Hansard, Commons*, 17 June 1996, cols.579–584. なお、*Hansard, Lords*, 27 June 1996, cols.1073–1079 参照。

1996年法の関連部分が施行されなかったため⁵⁰⁾、本条も施行されていない。

2002年の法改正は、関連団体のロビー活動を受け⁵¹⁾、政府による修正として実現したものである。政府の修正は、公法手続と私法手続との間で子どもの手続上の代理についてはっきりした区別のあること、私法手続における子どもの手続上の代理について主たる立法に明示的に言及されていないこと、子は現在よりももっと別個代理にアクセスすべきであることという3つの懸念の解決をめざしたもので、1996年法64条を基にしているという。家族手続における子どもの代理は既に裁判所規則により可能であり、この修正は現状を変えるものではないが、様々な懸念を解決する政府のコミットメントを明らかにすることを意図しているとのことである。また、この修正は孤立したものではなく、家族手続へのより効果的な子どもの発言(voice)の確保に向けた取組みも明らかにされている⁵²⁾。ただ、関連規則は、本稿執筆時には整備されていないようであり、資源の確保を待つ必要があるものと思われる。

III. CAFCASS

CAFCASSは、2001年4月1日に創設された行政上の非省庁の公の組織(executive non-departmental public body)で、それまで家族手続において子を支援していた3つのサービス(プロベーション・サービスの一部であった家庭裁判所福祉サービス、地方当局による訴訟後見人及び報告官(Guardians Ad Litem and Reporting Officers)のサービス、オフィシャル・ソリシタの児童部⁵³⁾)を統合したものである。裁判所福祉サービスは、子

50) 許末恵「イギリスの親子法の現状」野田愛子・梶村太市総編集『新家族法実務大系2 親族II』57頁、62頁(2007、新日本法規)。

51) Timms, "The Adoption and Children Act 2002, Part 2", *Representing Children*, vol. 15, 215 (2002)。なお、本資料の入手にあたり、三木妙子早稲田大学名誉教授のご好意を賜った。記して御礼を申し上げる。

52) *Hansard, Commons*, 4 Nov. 2002, cols.108-114.

53) オフィシャル・ソリシタの児童部の責任は、主としてCAFCASSリーガル

英国における子どもの手続上の代理（許）

に関する私法上の紛争について、父母に法廷内合意形成援助 (in-court conciliation) を提供することのほか、裁判所の求めに応じて子の福祉に関する報告（福祉報告）を作成する職務を負っていた（1989 年法 7 条）。訴訟後見人は、既に見たように公法手続における子どもの別個代理の業務を、報告官は養子関連手続における実親の同意に関連する業務を行い、オフィシャル・ソリシタは、特定の手続での子どもの手続上の代理を担当していた。なお、創設当時は大法官が、現在は児童・学校・家族省 (Department for Children, Schools and Families) が責任を負っている⁵⁴⁾。

CAFCASS について規定する 2000 年刑事司法及び裁判所サービス法 (Criminal Justice and Court Services Act 2000) によれば、子の福祉が問題となる家族手続⁵⁵⁾における CAFCASS の機能は、(a) 子の福祉を守り、促進すること、(b) こうした手続においてされた申立てについて裁判所に助言すること、(c) こうした手続において子が代理されるように手配すること、(d) 子とその家族に対して情報、助言及びその他の支援を提供すること、である（2000 年法 12 条 1 項）。これらの機能は、具体的には、例えば私法手続での報告、公法の特束手続における児童後見人、養子手続での報

(CAFCASS Legal Services and Special Casework) に引き継がれたが (CAFCASS Practice Note (Officers of CAFCASS Legal Services and Special Casework: Appointment in Family Proceedings) (March 2001) [2001] 2 FLR 151)、本稿での叙述の中心は、CAFCASS リーガル以外の CAFCASS のサービスにある。また、CAFCASS の設置に伴い、オフィシャル・ソリシタは、基本的には家族手続において子どもを代理しないことになったが、なおも子どもの手続上の代理人として行為する場合が認められている (Practice Note (Official Solicitor: Appointment in Family Proceedings) (2 April 2001) [2001] 2 FLR 155)。オフィシャル・ソリシタについての検討も、本稿では行わない。

54) Department of Health, Home Office, Lord Chancellor's Department & Welsh Office, *Support Services in Family Proceedings—Future Organisation of Court Welfare Services, Consultation Paper* (1998)。南方暁「イギリスの家事事件処理手続と担い手の構成——合意形成援助と CAFCASS」家族〈社会と法〉21 号 38 頁、55 頁以下 (2005)。

55) ここで家族手続とは、1984 年婚姻事件及び家族手続法と同じ意味で、1989 年児童法の目的での家族手続も含む (2000 年法 12 条 5 項)。

告、合意形成援助等により果たされることになるが、CAFCASSに求められるサービスの範囲は拡大する傾向にある⁵⁶⁾。

CAFCASSの目標は、家庭裁判所その他の状況における子どもと家族を支援することにより「子どもと若者 (young people) を最優先すること」、子どもの声を聞いて子の最良の利益となる判断がされるように確保することである⁵⁷⁾。2007年6月に改訂された全国規範 (CAFCASS National Standards) に示された10個の目標 (vision statement) では、①子どもを最優先すること、②子どもを可能な限り安全に保つこと、③どの子どもも、家庭裁判所において、それぞれの子の希望・能力及び理解力に合った方法で聞かれ、理解され、尊重される声をもつことを確保すること、④子どもとともに出発し、ケースを通じて子どもとともにあること、⑤CAFCASSの核となる業務として、家庭裁判所事件での個々の子どものニーズ・希望及び感情についてはっきり知っていること、⑥それぞれの子どもにとって最も安全で質の高い結果を確保するための寄与をすること、ケース終了後はこの寄与についての評価を行うこと、⑦それぞれの子にとっての家族生活と家族構成員の重要性を尊重すること、⑧それぞれの子どもと家族の多様性と個性を尊重すること、⑨組織を通じて、最前線のサービスに焦点をあて続けること、⑩あらゆる状況において常に自分たちの独立性と客観性を維持すること、があげられている。

さらに10個の規範 (standard) により、これらの目標を敷衍し、また、より具体的な基準を示している。項目だけをあげると、①保護 (子の福祉を守り子の利益を代表すること)、②早期の介入、③ケース・プランニング、④積極的な介入とケース・マネジメント、⑤子どもの積極的な関与、⑥サー

56) 私法領域では、特に2006年児童及び養子法 (Children and Adoption Act 2006) により新設されたりスク・アセスメントに関する規定 (1989年法16A条) 並びに家族支援命令に関する規定 (同法16条) の改正が注目されるが (許 (2007) 557-558頁参照)、紹介は割愛する。

57) CAFCASS Annual Report & Accounts 2001-2002, p. 8.

英国における子どもの手続上の代理（許）

ビスの質，⑦公的セクター・ビジネスとしての CAFCASS，⑧利用者（consumer）への配慮，⑨パートナーシップと多機関業務，⑩リーダーシップ，アカウンタビリティ，ガバナンス，である。

なお，2004 年児童法（Children Act 2004）第 4 部の規定により，ウェールズに関して CAFCASS が果たしてきた諸機能は，ウェールズ国民議会（the National Assembly of Wales）が有することになった。そのため，CAFCASS は，イングランドについてのみ責任を負う。ただし，1989 年児童法は，原則としてイングランドとウェールズに適用される。

IV. 父母の別居・離婚と子の養育のための手配

1. 離婚手続における子のための手配の考慮（1973 年婚姻事件法 41 条）

父母の婚姻の有無を問わず，父母の別離に伴って子の養育に関する問題が生ずる場合には，1989 年児童法による規制を受けることになるが，特に離婚手続においては，子の養育のための手配の考慮が離婚手続を扱う裁判所に義務付けられている。しかし，こうした規定の実効性は疑問であり，そのような規定があるからといって実際に離婚の際の子の福祉が確保されることは，あまり期待されていないように思われる⁵⁸⁾。

英国では，離婚は，裁判所の判決（decree）によって認められる。離婚は，婚姻当事者の一方により，婚姻の回復しがたい破綻（the marriage has broken down irretrievably）を理由に申し立てられる（1973 年婚姻事件法 1 条 1 項）。原告は，(a) 被告が姦通し，原告が被告との同居に耐えられないこと，(b) 被告の行為により，原告に被告との同居を期待することが合理的でないこと（虐待），(c) 被告が原告を 2 年以上遺棄したこと，(d) 婚姻当事者が 2 年間別居し，被告が判決の付与に同意していること，又は，(e) 婚姻当事者が 5 年間別居したこと，のどれかひとつの事実を裁判所に認め

58) 代表的な教科書（後掲注（67）（68）等）でも，1973 年法 41 条そのものについての説明は少なく，しかも，詳細とはいえない。

させた場合を除き、裁判所は婚姻の破綻を認定してはならない(同条2項)。離婚判決は、仮判決(decree nisi)と絶対判決(decree absolute)の2段階を経て、付与される(同条5項)。実際には、離婚の大多数が防御されず(undefended)、簡易離婚手続(special procedure)により処理されている⁵⁹⁾。1977年からは、子のある夫婦の無防御事件についても、簡易離婚手続の適用が認められている。

離婚手続における子の監護については、1973年法41条が裁判所の関与を規定するが、同条は、1989年児童法によりかなり大きな、実質的な改正を受けた⁶⁰⁾。

改正前の1973年法41条(以下、旧41条とする)によれば、裁判所は、同条の適用される家族の子(child of the family)⁶¹⁾がいる場合には、子の福祉のための手配(arrangements)がされ、それがその状況において満足的である(satisfactory)か最良であること又はこのような手配をすることが当事者にとって实际的でないこと、を認めたことを宣言した場合を除き、離婚の絶対判決を付与することができなかった(1973年法旧41条1項(b)号。例外的な場合として(c)号参照)。

59) 英国の離婚手続及び簡易離婚手続につき、上野雅和「イギリスにおける簡易離婚手続」比較法研究40号145頁(1978)、上野雅和「イギリスにおける簡易離婚手続について」岡山大学法学会雑誌28巻1号29頁(1978)、上野雅和「イギリス離婚法の動向」黒木三郎先生古稀記念『現代法社会学の諸問題(上)』143頁(1992、民法研究会)、川田昇「イギリスの離婚」利谷信義ほか編『離婚の法社会学』155頁(1988、東京大学出版会)等参照。

60) このような裁判所の関与の歴史も含め、詳しくは許(1993)72-74頁のほか、Douglas, Murch, Scanlan & Perry, "Safeguarding Children's Welfare in Non-Contentious Divorce: Towards a new conception of the legal process?", *Modern Law Review*, vol. 63, 177, 180-184 (2000)〔以下Douglas et al. (2000)〕参照。

61) 家族の子とは、その婚姻について、婚姻の両当事者の子、及び、当事者によってその家族の子と扱われていた子を意味する(1973年法52条1項)。1973年法旧41条は、16歳に達した未成年子若しくは教育や訓練を受けている未成年子又は裁判所が本条の適用を指示した家族の子を意味するとする(1973年法旧41条5項)。

しかし、実際にこの規定によって離婚の際の子の監護のための取決めが適切に確保されていたわけではなく、裁判所の審査が形骸化していたことは、多くの実態調査により明らかにされていた⁶²⁾。1973年41条はより控えめなものに改正されるように勧告され⁶³⁾、1989年法は、附則 (Schedule) によりその改正を行った⁶⁴⁾。

1989年法による改正により、離婚事件を扱う裁判所の義務は、子の手配の提案について満足することから、1989年法による子についての裁判所の権能の行使の可否を考慮することになった。すなわち、裁判所は、家族の子の養育及び福祉のための手配を考慮したうえで、1989年法による子についての権能を行使すべきかどうかを考慮しなければならない(1項)。そして、ケースの状況からその権能を行使する必要があるが、ケースをさらに考察しなければその権能を行使する立場になく、子の利益のために裁判所が本条の指示を与えることを望ましいとする例外的状況のあるときには、裁判所は、別に命ずるまで、絶対判決を付与しない旨の指示を与えることができる(2項)。

具体的には、当事者は、訴状 (petition) とともに、詳細な子の手配の手配の陳述書 (Statement of Arrangements for Children) を提出する (FPR 1991, r.2.2 (2); Form M4. なお r. 2.38 参照)。ディストリクト・ジャッジ (district judge) は、訴状の内容について証明した後に、子の手配の手配の陳述書の内容を審査する。ディストリクト・ジャッジは、家族の子につい

62) The Law Commission Working Paper No.96, *Family Law, Review of Child Law, Custody*, p. 90, note 34 (1986). 当事者の提出した子の手配の陳述書の審査も、また、子の手配の検討のための裁判官との面接 (children's appointments) もかなり形式的であったことが明らかにされている。Davis, MacLeod & Murch, "Un defended Divorce: Should section 41 of the Matrimonial Causes Act 1973 be repealed?", *Modern Law Review*, vol. 46, 121 (1982).

63) LawCom. No.172, paras.3.5 - 3.11.

64) 1989年法による諸立法への改正を規定する附則 12 (Minor Amendments) 31条による。このような重要な改正が附則により行われたことは興味深い。なお、結局施行されなかったが、1996年家族法に関する法律 11条参照。

ての1989年法による権能や1973年法41条2項による指示の付与の権能を行使する必要がないと認める場合には、その旨の証明をするが、それが認められない場合には、子のための手配に関してさらなる証拠の提出や子についての福祉報告の準備、あるいは当事者の出廷等の指示を与えることができる(FPR r.2.39)。なお、1973年法41条による審査は、当事者やその他の者が家族の子について1989年法第I部又は第II部の規定による命令を申し立てている場合には、行われぬ(FPR1991, r.2.40, r.2.39 (1))。

1989年法による改正以後、裁判所の関心の焦点は、離婚が子の利益において進むように裁判所が認めることから、離婚が進むべきではないとされる何か例外的な理由を見出すことに移ってしまったと評されている⁶⁵⁾。このアプローチの背景には、父母は、ほとんどのケースで、子の将来にとって最良のことを計画できるものと信頼でき、父母がこの点で合意している場合には、国家が(裁判所を装って)介入することは必要なく、有害なこともあるという想定(assumption)があるという⁶⁶⁾。子の利益の確保の責任を主として父母に課し、国家介入を縮小するという1989年法の哲学に沿ったものでもある⁶⁷⁾。

実際にも、1973年法41条の規定により離婚の絶対判決が認められないことは稀である。裁判所(ディストリクト・ジャッジの審査)も、特に父母間に子のための手配についての合意のある場合には、子に関する当事者の提案を尊重することが多い。父母間に合意がないか子のための手配に問題のある場合には、離婚手続の延期によるのではなく、父母(特に被告)が1989年法による第8条命令等の申立てをすることによること、それにより、1973年法ではなく、1989年法により子に関する裁判手続をとることが期待されているのである⁶⁸⁾。

65) Douglas et al. (2000), p. 183.

66) Dougals et al. (2000), pp. 183–184.

67) S. M. Cretney, J. M. Masson & R. Bailey-Harris, *Principles of Family Law*, 7th ed., p. 619 (2002, Sweet & Maxwell).

68) N. Lowe & G. Douglas, *Bromley's Family Law*, 10th ed., pp. 278–279 (2007).

2. 子の養育に関する父母間の取決め

子の手配については、父母が離婚手続をとるためにソリシタに相談するときに取り決められることが多いと思われる（1973年法は婚姻（離婚）に関する制定法であるから、同法41条の規定は非婚カップルの子については適用がない）。子の手配について父母間で合意できない場合には、裁判手続（1989年児童法の私法手続）がとられることになる。

裁判手続がとられる場合でも、なお、訴訟ではなく、交渉と合意により紛争を解決するために、父母間での合意を促す働きかけが行われる。例えば、ソリシタは、裁判所に申立てをする前に、父母を裁判外の合意形成援助（out-of-court mediation）サービスに差し向けることを促され、訓練を受けた第三者の関与により、父母が子に関する手配や財政的事項等について合意できるようにしている⁶⁹⁾。裁判手続が申し立てられた後も、裁判所による合意形成援助（in-court conciliation）が試みられ、父母間の合意による解決が必要に応じて図られる仕組みになっている⁷⁰⁾。

このように、父母間の合意による解決を促し、できるだけ裁判所の手続や命令を避けようとするのは、裁判手続に伴う資源の問題もさることながら、裁判手続による父母間の対立（conflict）の継続が子の福祉に悪影響を与えることを避けるためである。近時、子の交流をめぐる争いが深刻化しているが、裁判所命令によるよりも当事者の合意による取決めのほうが当事者の満足度も高いとの調査もあり、政府の政策も、父母の合意による解決を優先することを目標としている⁷¹⁾。

69) Murch, *op.cit.*

70) *Handbook of Best Practice in Children Act Cases* (1997) [以下 Handbook と略称]; *The Private Law Programme* (2004). 南方・前掲注(54) 参照。

71) *Parental Separation: Children's Needs and Parents' Responsibilities* (Cm. 6273, 2004) [以下 Parental Separation]。様々な政策が提案されているが、父母に対する情報提供と子に対する手配の取決めを促す手引きとして Parenting Plans の導入も提案され、2006年から利用が始まっている (Department for Education and Skills, *Putting Your Children First—A guide for separating parents* (2006))。

V. 子どもの調査と報告

1. 福祉報告(1989年児童法7条)

父母間の婚姻の有無を問わず、父母の別離に伴って子の養育に関する問題が生ずる場合には、1989年児童法による規制を受けることになる(私法手続)。実際に争いが多いのは居所と交流をめぐることであり、裁判所は、それらに関して第8条命令の付与を求められることが多いと思われる。

1989年法による問題を考慮している裁判所は、CAFCASSのオフィサー又は地方当局⁷²⁾に対し、報告で扱うことを要する子の福祉に関する事項についての報告を求めることができる(7条1項)。以下、CAFCASSによる報告について、実務ノートに従って述べることにする⁷³⁾。

この要請は、子の状況に関する調査を求める司法上の行為(judicial act)であり、子に関する問題のない限り命じられてはならない。

報告の要請は、手続のどの段階でも行うことができるが、予備的な段階でされるのが通常である。報告を要請する前には、(当事者の同意を得て)当事者を合意形成援助(mediation)に付す裁判所の権能の行使の可否が考慮されるべきであるとされ、福祉報告は、紛争解決の合意が形成されない場合に命じられることになる⁷⁴⁾。この業務を行うCAFCASSのオフィサーは、児童家族報告官(children and family reporter)と呼ばれる。

72) 地方当局に対しては、地方当局のオフィサー又は地方当局の考える適当な他の者(プロベーション・オフィサーを除く)による報告の手配を要請する(7条1項(b)号)。この職務を行う地方当局のオフィサーは福祉官(welfare officer)と呼ばれる。なお、子の福祉に関する問題(虐待の疑い等)が生ずる家族手続において、ケア命令等の付与が適当と思われるときには、裁判所は、37条により子の状況についての調査を地方当局に命ずることができる。

73) “Best Practice Note for the Judiciary and Family Proceedings Courts When Ordering a Court Welfare Officer’s Report”, *The Children Act Advisory Committee Annual Report 1993/94*, pp. 59–60 (*Handbook*, pp. 44–45)。

74) 私法手続の進行についての家族部のガイダンス(*The Private Law Programme*)によれば、裁判所は、初回の期日(First Hearing Dispute Resolution appointment)において、可能であればCAFCASSのオフィサーを出席させ、合意形成援助による紛争解決を試みることを示されている。

英国における子どもの手続上の代理（許）

報告官は、CAFCASS のオフィサーとしての一般的な義務として、子の福祉に関する一般原則を考慮し、その義務の遂行に必要な調査を行い、その他裁判所の要求するその他の支援を行う（FPR1991, r.4.11; FPCR1991, r.11）。報告官は、裁判所が子の最良の利益となるような決定を行う基礎となる事実についての情報を提供するために、子の状況を調査することになる。報告は、裁判所の要請に従い口頭でも書面でも良いが（7条3項）、通常は、書面で、CAFCASS の書式やガイドラインに従って作成される。報告書は、裁判所の命じた時又は聴聞の14日前までに提出される必要がある（FPR1991, r.4.11B (2); FPCR1991, r.11B (2)）。報告書で勧告がされた場合、それは裁判所を拘束しないけれども、裁判所がそれと異なった判断をするときには、その理由を述べるべきであるとされる⁷⁵⁾。報告書は秘密のもの（confidential）となり、手続当事者その他一定の者以外への開示が制限される（FPR1991, r.10.20A; FPCR1991, r.23A）⁷⁶⁾。

さらに、福祉官は、報告書の内容について、子の年齢と理解力に適したやり方で子に通知し、説明しなければならない（FPR1991, r.4.11B (1); FPCR1991, r.11B (1)）。また、子が手続当事者となることが子の利益になるかどうかを考慮し、子が手続当事者となるべきであると考えるときは、その意見と理由とを裁判所に通知する（FPR1991, r.4.11B (5)(6); FPCR1991, r.11B (5)(6)）。ある者の参加が子の利益を守ることになると考えるときは、それを裁判所に助言する（FPR1991, r.4.11B (4); FPCR1991, r.11B (4)）。

CAFCASS は、2008年3月までの1年間に3万9432件の私法の要請を受け、うち2万267件で報告を求められた。報告の要請は減少傾向にある一方で、紛争解決のための面接（dispute resolution meetings）にオフィサー

75) Re T (A Minor) (Welfare Report Recommendation) (1977) 1 FLR 59, FD;
Re M (A Minor) (Justices' Discretion) [1993] 2 FLR 706, FD.

76) 福祉報告一般につき Lowe & Douglas, *op.cit.*, pp. 487–492 参照。

が関与する時間は増えている⁷⁷⁾。また、福祉報告は、当事者間で合意できなかった複雑なケースや困難なケースで命じられることが多いためか、報告の作成にかかる時間は増える傾向にあるようである⁷⁸⁾。

2. 児童家族報告官と児童後見人

児童家族報告官の職務は、公法手続における児童後見人の職務と共通するところが多い。両者とも、調査をし、裁判所に報告書を提出し、子の福祉や利益を考慮する。その報告書について、反対尋問を受けることもある。いずれも、子にとって最善の事について裁判所に助言を行う義務を負い、手続のどの当事者からも独立している。どちらの報告も、裁判所により同じように考慮される。しかし、報告官は、裁判所のために家族の状況について独立の報告を行うもので、子を代理せず、手続の当事者ではない。他方、訴訟後見人は、手続において子を代理し、手続の当事者となり、子のためのソリシタを任命して説明をする⁷⁹⁾。この点が、両者の最も大きな違いである。

それぞれの職務の内容から、公法手続での児童後見人は子どもに焦点を当てるが、児童家族報告官(及びその前身たる裁判所福祉官)はむしろ親のほうに焦点を当てる(子どもは、家族の一部として見られる)傾向があると

77) 政府は、父母間の合意による解決を促すための諸提案(法廷内での合意形成援助の拡大やCAFCASSの役割をより積極的な問題解決アプローチに向けるなど)のために、CAFCASSの資源を、時間のかかる報告書の作成から合意形成援助や支援サービスの提供に向けることを明らかにしている(*Parental Separation*, p. 26)。

78) *CAFCASS Annual Report & Accounts 2007–2008*, pp. 15–16.

79) *Re S (A Minor) (Guardian Ad Litem/Welfare Officer)* [1993] 1 FLR 110, 114H–115B *per* Butler-Sloss LJ, CA。なお、CAFCASS設置前についてであるが、7条1項の命令による報告官は、「裁判所の目と耳であり、子の福祉について調査し裁判所に報告することを求められる」「裁判所の独立の機関(independent agent of the court)であり、手続の当事者ではなく、法的に代理されない」(“Best Practice Guidance on Section 37 (1) directions”, *The Children Act Advisory Committee, Annual Report 1992/93*, p. 41 (*Handbook*, p. 38))。

の指摘もある⁸⁰⁾。児童家族報告官の業務からみてやむをえない部分もあるが、私法手続での子どもについての CAFCASS の関与の比重は、子どもの別個代理（VI 参照）よりも福祉報告のほうが大きいことを考えると、福祉報告ないし児童家族報告官による子どもの希望と感情の考慮をもう少し重視する必要があると思われる⁸¹⁾。

VI. 子どもの別個代理

1. 子どもの別個代理 (Separate representation of children)⁸²⁾

裁判所は、家族手続において、子を手続の当事者とすることが子の最良の利益になると思われる場合には、CAFCASS のオフィサー、（同意した）オフィシャル・ソリシタ又は（同意した）その他の適切な者を、子に代わって手続に参加する権限を有する子の訴訟後見人に任命することができる（FPR1991, r.9.5 (1)）。訴訟後見人を任命する命令（order）は、裁判所の職権により又は手続当事者若しくは訴訟後見人候補者の申立てにより付与されることができる（FRP1991, r.9.5 (2)）。また、裁判所は、何時でも、当事者によるこの命令のための申立てを指示することができ、申立てがされるまで手続を停止（stay）することができる（FRP1991, r.9.5 (3)）。

この規則により、特定手続以外の手続（非特定手続）⁸³⁾においても、CAFCASS のオフィサーとソリシタとによる子どもの手続上の代理が認められる。なお、FPR1991 第IX部の規定は、1989 年法 41 条 6 項の特定手続には適用されない（FPR1991, r.9.1 (2)）。また、家族手続裁判所（治安判事

80) Sawyer, “An Inside Story: Ascertaining the child’s wishes and feelings”, *Family Law*, vol. 30, 170 (2000); James, James & McNamee, “Constructing Children’s Welfare in Family Proceedings”, *Family Law*, vol. 33, 889 (2003).

81) J. Timms, S. Bailey & J. Thoburn, *Your Shout too! A survey of the views of children and young people involved in court proceedings when their parents divorce or separate* (2007, NSPCC) によれば、CAFCASS の関与が助けになったと答える子どももいる一方で、説明等が不十分であるとの指摘も見られた。

82) この語は、規則 9.5 条の見出しに従った。

83) ここでは、1989 年児童法第 I 部及び第 II 部による私法の家族手続をさす。

裁判所)における非特定手続においては、訴訟後見人を任命することは認められていない⁸⁴⁾。

訴訟後見人には、まず CAFCASS のオフィサーの任命が考慮される。CAFCASS が遅滞なく訴訟後見人を提供できない場合や他の理由から訴訟後見人を提供できない場合には、規則に従い、オフィシャル・ソリシタ⁸⁵⁾や他の者⁸⁶⁾が任命される。

2. 子どもの別個代理が命じられる場合

特定手続では、子の利益を守るために必要がない場合を除き、児童後見人を任命しなければならないが(41条1項)、非特定手続ではそのような規定がなく、どのような場合に子の訴訟後見人が任命されるかについては、実務に委ねられている。

2004年に出された家事部長の実務指示⁸⁷⁾によれば、規則9.5条は、子が十分な理解力をもち訴訟後見人なくして手続に当事者として参加できるこ

84) *Essex County Council v B* [1993] 1 FLR 866, FD.

85) 前掲注(53) 参照。

86) 既に子のソリシタとして行為しているソリシタ(*Re K (Replacement of Guardian Ad Litem* [2001] 1 FLR 663, FD) や、NYAS (National Youth Advocacy Service) のような民間団体(*Re A (Contact: Separate Representation)* [2001] 1 FLR 715, CA) も、子の訴訟後見人に任命されることができる。

87) *Practice Direction (Family Proceedings: Representation of Children)* (5 April 2004) [2004] 1 WLR 1180; [2004] 1 FLR 1188. この実務指示の結果、私法ケースでの後見人の任命が増えたため、その任命を原則として巡回裁判官(circuit judge)に限定する旨の暫定的なガイダンスが2005年に出されたが、これは2008年に廃止された。なお、2004年の実務指示に伴い、CAFCASSの実務ノート(CAFCASS Practice Note: Representation of Children in Family Proceedings Pursuant to Family Proceedings Rules 1991, rule 9.5) (6 April 2004) [2004] 1 FLR 1190) 及びガイダンス(CAFCASS Guidance: Representation of Children in Private Law Proceedings Pursuant to Rule 9.5 Family Proceedings Rules 1991 (April 2004)) も示されている。2006年には、新しい実務ノート(CAFCASS and the National Assembly for Wales Practice Note (Appointment of Guardians in Private Law Proceedings (June 2006) [2006] 2 FLR 143) が出された。なお、実務指示をめぐる事情につき、VII 1 参照。

英国における子どもの手続上の代理（許）

とができる場合（FPR1991, r.9.2A）を除き、子どもである当事者のための訴訟後見人を任命することを規定するものであるとされる（1 節）⁸⁸⁾。このような子の理解力による制約は、公法の特定手続（41 条）には設けられていない。

そして、子を手続当事者とすることは、かなり困難な論点を含むケースに限ってとられる処置であり、従って少数のケースに限って行われること、子を当事者とする決定の前に、裁判所は他の方策（CAFCASS のオフィサーに対しさらなる業務を求める、地方当局（社会サービス）に差し向ける、専門家証言を求めるなど）が望ましいかどうかについて考慮しなければならない（2 節）。子の別個代理により手続に遅れが生じ得ることも、考慮に入れない（4 節）。

子を当事者とする判断は、具体的ケースの事実と状況を考慮してされる、裁判官の裁量による判断であるが、そのような判断を正当化する状況として、次のようなものが参考として示されている（3 節）。

① CAFCASS のオフィサーが、その意見において子は当事者とされるべきことを裁判所に通知した場合（FPR r.4.11B（6））。

② 子が、大人の当事者により代理されることと矛盾し又はそれを不可能とするような見方や利益を有している場合。

③ 居所や交流に関する手に負えない（intractable）争いのある場合。これには、すべての交流が行われなくなった場合、交流に対する根拠のない若しくは執念深い敵意がある場合、又は、交流紛争に伴い子が危害を受けるかもしれない場合を含む。

④ 子の見解と希望が、裁判所への報告によっては十分にわからない場合。

⑤ 年長の子が、提案されている手順（course of action）に反対している場合。

88) 別個代理と当事者としての手続への参加は、厳密には別の事柄である。しかし、子は、別個に代理される場合には、当事者とされるべきである。L v L (Minors) (Separate Representation) [1994] 1 FLR 156, CA.

⑥複雑な医学の若しくは精神保健の論点の判断が存する場合、又は、子の別個代理を必要とするその他の異常に複雑な論点を含む場合。

⑦国際的に複雑な問題(子の奪取を除く)のある場合、特に、海外の当局や外国裁判所との議論が必要となるかもしれない場合。

⑧CAFCASS オフィサーの助けを借りても解決できないような子に関する身体的・性的若しくは他の虐待の深刻な主張やドメスティック・バイオレンスの主張がある場合。

⑨手続が2人以上の子に関連する場合において、子らの福祉が相反するとき、又は、1人の子が特に不利な立場に置かれるとき。

⑩血液鑑定に関し、争われる論点のある場合。

実務指示にあげられたこれら10の例示については、これらによっても子を当事者とする事の目的がはっきりしないとの批判がある⁸⁹⁾。別個代理は十分な理解力がない子について認められるのに、②④⑤のような事例は年長児に焦点を当てていること、虐待やドメスティック・バイオレンスの主張のある場合(⑧)には、むしろCAFCASS オフィサーの代理人たる弁護士がこのような主張を裁判所に示して、その調査をするほうが有益であること、①と⑥の事例は間接的(circular)で助けにならないこと、また、他の4つの事例(③⑦⑨⑩)も、CAFCASS オフィサーが法的助言や独立の専門家の助けを要する場合であり、結局、これらすべての状況において、CAFCASS のオフィサーが法的助言・法的代理と専門家の評価を得るために別個代理が命じられているのであって、このような状況において子を手続当事者とする必要はないというのである。

カーディフ大学のチームによる本規則についての実態調査によれば、複数の申立てを含み長引いたケース等で裁判官が「手に負えない」と判断した場合に、その多くで規則9.5条が適用されるという。規則9.5条を適用

89) Whybrow, "Children, Guardians and Rule 9.5", *Family Law*, vol. 34, 504 (2004). Whybrow は児童パネルのソリシタである。

する具体的理由を示した裁判所記録（総数は少ない）によれば、多いのは、当事者間で継続する紛争を解決するため（40件、33%）、及び、特にどんな行為が子の最良の利益になるかという子の福祉に関する一般的判断のため（36件、30%）であり、次いで、虐待の主張の調査（14件、12%）、交流を進めるための支援と専門的援助（8件、7%）、現在の居住の取決めでの子の状況の調査（7件、6%）等を目的として、別個代理が命じられている⁹⁰⁾。その他のデータも踏まえると、別個代理は、父母間の対立を解決するための他のあらゆる手段が試みられ、失敗した後に、「最後の手段 (last resort)」として命じられる場合（これが大多数である）と⁹¹⁾、虐待の主張や親の問題（精神病等）のような複雑な状況が加わっている場合の2つのカテゴリーで命じられるという⁹²⁾。また、子が対象となっている個人間の紛争を和らげるためのケースの運営手段として、また、子に当事者の地位を認めることで裁判所がよりはっきりと子どもの声を聞けるようにする手段としても、規則 9.5 条は利用されている⁹³⁾。

憲法省 (Department for Constitutional Affairs) は、この調査や他の調査も踏まえ、当事者の地位と別個代理は、すべての第 8 条事件で子の最良の利益になるわけではなく、不当なストレスを子に課しているとして、子を手続当事者とする法的ニード (legal need) がある場合に限って子を手続当

90) G. Douglas, M. Murch, C. Miles & L. Scanlan, *Research into the Operation of Rule 9.5 of the Family Proceedings Rules 1991: Final Report to the Department for Constitutional Affairs*, p. 7, p. 180 (2006) [以下 Rule 9.5 Research]. ちなみに、「子の利益の判断」は、具体的には、児童家族報告官による福祉報告の中でされた報告官による子の福祉の評価を父母が疑問視したことを意味するようである (Rule 9.5 Research, p. 7)。なお、この調査は、後述するように (IX)、子どもの参加を促す政府の政策の一環として、行われたものである。

91) 怒った (exasperated) 裁判官が、ケースは手に負えないと判断し、子の福祉に対する悪影響のさらなる悪化を憂慮して、「最後の手段」として別個代理を命ずるという (Rule 9.5 Research, p. 7)。

92) Rule 9.5 Research, p. 47.

93) Rule 9.5 Research, p. 7.

事者とする旨の規則の改正を提案し、それを含めて別個代理に関する規則改正についての意見照会を行った⁹⁴⁾。これに対し、法的ニードの意味がはっきりせず、この基準では子を当事者とすべき場合をカバーできない、あるいは、2004年の実務指示を改善するものともならないとして、多くの反対が寄せられた。政府は、他の提案、例えば信頼できる情報を子に提供することや、より子ども中心の家族司法制度を達しようような文化的な変化 (a cultural change) を促すなどの施策を進めるとしている⁹⁵⁾。

3. 訴訟後見人の職務

CAFCASS のオフィサーが訴訟後見人に任命された場合には、CAFCASS のオフィサーに関する規定 (FPR1991, r.4.11) 及び児童後見人に関する規定 (FPR1991, r.4.11A) が準用される (FPR1991, r.9.5 (6))。従って、訴訟後見人は、子の福祉に関する一般原則を考慮し、その義務の遂行に必要な調査を行い、その他裁判所の要求するその他の支援を行う (FPR1991, r.4.11)。そして、子を代理するソリシタを任命し指示を与えること、子の理解力を考慮して適切な助言を子に与えること、原則としてすべての期日と聴聞に出席し、子の理解力をはじめとする様々な事項について裁判所に助言を与えること、手続の最終聴聞の14日前までに報告書を提出することなどの諸義務を負う (FPR1991, r.4.11A. II 2 参照)。また、本条の規定により任命された訴訟後見人は、手続当事者に対する文書の送達や通知等については当事者とみなされる (FPR1991, r.9.5 (5))。

CAFCASS のオフィサーが訴訟後見人に任命されるケースは、2004 年以降増加している (2008 年 3 月までの 1 年間は 1269 件)。この業務は、他の私法業務に比べて多くの資源を要し、終了までに平均 40 週から 50 週か

94) *Separate Representation of Children, Consultation Paper* (CP/20/06, 2006, DCA).

95) *Separate Representation of Children, Summary of Responses to a Consultation Paper* (CP (R) 20/06, 2007, DCA) [以下 Responses].

かるという⁹⁶⁾。また、結果の予測が不可能なこと、他方当事者の法的代理のレベルと質が公法の水準に達していないことなどから、公法事件と比べても多くの点で要求が厳しく、法的な労力を要することもあるとのことである⁹⁷⁾。

カーディフ大学の調査では、調査対象となったソリシタから、裁判官が別個代理を命じたがらない理由として CAFCASS の資源の問題のあることが指摘された⁹⁸⁾。CAFCASS に対する予算は、今後3年間は増額される予定であるが⁹⁹⁾、福祉報告や別個代理のためにかかる手間を考えると、資源の問題は今後も続くと思われる、父母の合意を促す方向への政策への誘導がますます強まる可能性もある¹⁰⁰⁾。

4. 子どもの別個代理の役割

カーディフ大学の調査によれば、争いのある私法手続での子どもの別個代理には、2つないし3つの異なった役割があるという。第1に、裁判所の判断形成を助けるために子どもの声を確かめる児童擁護者 (child advocacy) としての役割、第2に、裁判所と子どもの代理人による、父母間の強硬な対立を和らげるための努力の一部としての役割、第3に、子が心配や不安に対処する助けとなるような信頼できる情報と支援を、手続の間、子に提供する役割 (passage agent support)、の3つである。そして、これらの異なった役割を、「別個代理」という当事者主義的 (adversarial) 手続の意味あいをもつラベルにまとめることはミスリーディングな場合もあるという。後見人とソリシタとのスキルを組み合わせるタンデム・モデルは、

96) CAFCASS *Annual Report & Accounts 2007–2008*, pp. 16–17.

97) Hinchliffe, “CAFCASS and the Adoption and Children Act 2002”, *Family Law*, vol. 35, 703, 704 (2005).

98) *Rule 9.5 Research*, pp. 158ff.

99) CAFCASS *Annual Report and Accounts 2007–2008*, p. 45

100) Fortin, “Children’s Rights—Substance or spin?”, *Family Law*, vol. 36, 759, 762 (2006). *Parental Separation* 参照。

手に負えない複雑なケースでは、子の視点と利益を前面に出す最も効果的な手段であり、また、父母の相互の反感を和らげる目的ももつが(第1, 場合によっては第2の役割)、タンデム・モデルを必要としないような、それほど難しくないケースでは、子が最も必要とするのは、手続の間の信頼できる中立的な情報と支援である(第3の役割)¹⁰¹⁾。

子どもに対する情報提供の必要性は、他の調査等でも示されてきた。子どもは、父母の離婚・別居により自分の家族や生活に何が起こったかを理解し、それに対処していくためには、離婚や別居についてだけでなく、裁判手続についても¹⁰²⁾信頼できる情報を得る必要がある。別個代理が命じられるケースは複雑で困難な争いを含むことが多いから、その重要性はますます大きい。CAFCASSや裁判所は、親や子どもに向けたリーフレットの作成・配布による情報提供を行ってはいるものの、それでは十分とはいえない。子どもには、できれば手続の最初から、より洗練された人的な(personal)支援が必要である。そのため、CAFCASSのオフィサーやソリシタに対する訓練を充実させることや、別個代理を、最後の手段としてではなく、手続のより早い段階で利用するようにすることなどが提案されている¹⁰³⁾。

VII. 子どもによる手続

1. 第8条命令の申立て

十分な理解力を有する子は、裁判所の許可を得て、居所や交流等の第8条命令を申し立てることができる(1989年法10条8項。FPR1991, r.4.3; FPCR1991, r.3)。実務では、この許可の申立てはすべて高等法院にされる

101) *Rule 9.5 Research*, pp. 200–201.

102) 特に裁判所には刑事事件のイメージがあるため、自分に責任がある事柄(例えば交流を拒絶したことなど)により、父母が罰せられたり、監獄に送られてしまうのではないかと心配する子どももいるという。*Rule 9.5 Research*, ch.3, paras.7.6–7.7.

103) *Rule 9.5 Research*, ch.7. なお, *Responses* 参照。

必要がある¹⁰⁴⁾。

子と非同居親との面会交流を促す方策に関するコンサルテーション・ペーパーは、現在の実務は許可の権能を制限的に行使していること、それは、子どもが訴訟に直接関わることは適切ではないとの信念に基づいていることを指摘した。すなわち、裁判所は、子が家族手続で証言したり、反対尋問を受けたり、あらゆる裁判所の文書（子どもが見るのが適切とはいえないような当事者の陳述や医学的報告書、記録等が含まれる）にアクセスすることを非常に躊躇するということである¹⁰⁵⁾。それに対する返答では、高等法院の制限的アプローチについてはなお多くの支持が見られたが、元高等法院判事（Dame Margaret Booth DBE）がその見直しを示唆する意見を寄せたことも踏まえ、裁判所の許可に関する制限的な見解の見直しと、子どもの手続上の代理の柔軟な利用¹⁰⁶⁾や判断形成に対するより積極的な子どもの関与の必要性が勧告されている¹⁰⁷⁾。

2. 近友・訴訟後見人を伴わない手続

法的無能力者としての子どもは手続上の代理人により裁判手続を行うという原則に対し、家族手続では一定の例外が認められている。

家族手続では、裁判所が許可を与えた場合、又は、ソリシタが、子の理解力からみて子は手続についての指示を与えることができると考えて子からの指示を受けた場合に、子は、近友又は訴訟後見人なしに手続を行うこ

104) Practice Direction (Applications by Children: Leave) [1993] 1 WLR 313.

105) Advisory Board on Family Law, Children Act Sub-Committee, *Making Contact Work, A Consultation Paper*, paras.3.45–3.47 (2001).

106) 2004 年の実務指示は、この勧告に対する政府の返答でもある。Government's *Response to the Children Act Sub-Committee Report (Making Contact Work)*, p. 33 (Department of Constitutional Affairs, Department for Education and Skills, 2004).

107) Advisory Board on Family Law, Children Act Sub-Committee, *Making Contact Work*, ch.12, recommendations 20 & 22 (2002) [以下 CASC (2002)].

とが認められている (FPR r.9.2A)¹⁰⁸⁾。裁判所は、子が、近友又は訴訟後見人なく、当事者として手続に参加するための十分な理解力を有していると考えるときに、許可を与える (FPR1991, r.9.2A (6))¹⁰⁹⁾。既に子に近友又は訴訟後見人がいる場合にも、残りの手続を近友又は訴訟後見人なしに行うことを望むときには、その旨の裁判所の許可と近友又は訴訟後見人の排除の許可を申し立てることもできる (FPR1991, r.9.2A (4))¹¹⁰⁾。他方、裁判所は、子が十分な理解力をもたないと考えるときは、許可を取り消し、適切な者を子の近友や訴訟後見人に任命することもできる (FPR1991, r.9.2A (8)-(10))。なお、この規則 (9.2A 条) は、1989年法による手続及び子に関する高等法院の固有の管轄の手続についてのみ適用される (FPR1991, r.9.1 (3))。

近友又は訴訟後見人なしで手続を行うことが認められると、子は——大人の当事者と同様に——ソリシタに直接指示を与えることができるが¹¹¹⁾、

108) 1992年の改正による (Family Proceedings (Amendment) Rules 1992 (SI 1992/456))。

109) ソリシタが子から説明を受ける際も、裁判所が許可を与える際も、子の理解力が問題となるが、ソリシタの関心は、手続についての一貫した説明をする理解力が子にあるかどうかであるのに対し、裁判所の関心は、近友、訴訟後見人、あるいは法的助言者なくして手続に当事者として参加するための十分な理解力があるかどうかである (Re S (A Minor) (Independent Representation) [1993] Fam 263, 275H-276A, CA)。ただし、この区別は見かけのものだという。(既存の近友又は訴訟後見人の同意がない場合には) 子が法的に代理される予定であるときを除いて、裁判所は許可を与えないだろうし、そのときには、子が一貫した説明をする能力をもつかどうか再び問題となるからである (at 276B)。本件は、11歳の男児に対する父による居所と交流の申立てについて、子による手続参加の許可と既存の訴訟後見人 (オフィシャル・ソリシタ) の排除が申し立てられたが、裁判所は許可を与えなかったものである。

110) 裁判所が近友・訴訟後見人なしでの手続の許可を付与した場合には、既存の近友・訴訟後見人も排除しなければならない。Re S [1993] Fam 263, 277。

111) 私法手続で子のために行為するソリシタのためのガイダンスとして、The Law Society, *Family Law Protocol*, 2nd ed. (2006) のほか、*The SFLA Guide to Good Practice for Solicitors Acting for Children*, 6th ed. (2002) 等がある。後者は、公法手続において児童後見人と「成熟した」子どもとの間に利益の対立のある場合も対象とする。

裁判所は、近友又は訴訟後見人に対し、手続への参加を命ずることができ（FPR r.9.2A (6A)）。また、CAFCASS に対し、法廷助言者 (advocate to the court, amicus curiae) としての助言¹¹²⁾や、専門的な調査を求めることもできる¹¹³⁾。

従来、裁判所は、許可の付与について、慎重な（制限的な）アプローチをとってきた¹¹⁴⁾。許可の基準は明確である。すなわち、子には、近友又は訴訟後見人なしに当事者として参加するための十分な理解力があるかどうかである。理解力は、手続で問題となる争点との関係で評価されるが¹¹⁵⁾、当事者としての手続参加は、ソリシタに対する自己の見解の説明よりも多くのことを意味する。「子は、大人の当事者に混じって競技場の中に入る。子は、証拠を与え、反対尋問を受けることもある。…父母を含む他の当事者が証拠を与え、反対尋問を受けるのを聞くことになる。子は、事件が段階を進むにつれ、多くの異なった事項について説明をし、必要が生ずれば判断を下すことができなければならない。…これらの手続では、子は、保護されるのではなく、さらされるのである」¹¹⁶⁾。また、裁判所は、（既存の近友又は訴訟後見人の同意がない場合には）子が法的に代理される予定であるときを除いて、許可を与えない¹¹⁷⁾。

112) Re S [1993] Fam 263, 280.

113) Hinchliffe, *op.cit.*, p. 705.

114) Justice Thorpe, “Independent Representation for Minors”, *Family Law*, vol. 24, 20 (1994) は、規則 9.2A 条の新設に関連する一般的な議論（懸念）とともに、訴訟後見人の意見に不満をもつ当事者（親）の影響を受けて子どもが申し立てるケース、成功欲や有名になる野心をもつソリシタが子どもの事件を扱うケース、あるいは、合理的な訴訟後見人と合理的なソリシタとの間に見解の相違があるケース等での（訴訟後見人を伴わない）子ども単独の手続の危険性を指摘する。

115) Re S [1993] Fam 263, 276B-C.

116) Re H (A Minor) (Guardian Ad Litem: Requirement) [1994] Fam 11, 13H-14A, *per* Booth J. 本件は、裁判所の後見事件で、15歳の男子が訴訟後見人たるオフィシャル・ソリシタの排除を申し立て、認められた。なお、本件では、オフィシャル・ソリシタに法廷助言者としての関与の可能性が認められている。

117) Re S [1993] Fam 263, 276（前掲注（109）参照）。

それに対し、2005年のMabon事件¹¹⁸⁾は、許可の付与についてより積極的な立場を明らかにした。同事件は、17歳・15歳・13歳の子が既存の訴訟後見人(CAFCASSのオフィサー)の排除を申し立てたもので、申立てを認めなかった原審の判断に対する子らの上訴を認めたものである。同判決は、タンデム・モデルの有用性を否定せず、むしろ高く評価する¹¹⁹⁾。しかし、それは本質的にパターンリスティックであること、訴訟後見人は、子の福祉の擁護を第1の、子の希望と感情を裁判所に伝えることを第2の優先事項としており、それらが抵触しあい、解決できない場合を9.2A条が規定すること、同規則6項は、子に当事者として参加する十分な理解力があると認める場合には、裁判所は必ず許可を付与するものとしていることを明らかにした([25][41])。

手続に当事者として参加するに足る理解力を子どもがもつためには、子どもに対する適切な情報の提供や支援がますます重要になってくるものと思われる。他方、たとえ理解力があるとして手続に当事者として参加することが認められたとしても、大人と同様の手続にさらされることが妥当かどうか、問題がないわけではなく、家族司法制度全体の問題も関わってくるように思われる¹²⁰⁾。なお、関連して子どもの出廷の問題も生ずるが、本稿での検討は割愛する。

VIII. 裁判官と子どもの面会

近時議論されている問題のひとつに、裁判官と子どもの面会の是非がある。

118) Mabon v Mabon [2005] EWCA Civ 634, [2005] Fam 366.

119) タンデム・モデルは、ロールス・ロイス・モデルで、多くの他の国々がうらやむものである([25] *per* Thorpe LJ), タンデム・モデルは、別個代理の適切な大多数のケースで子の利益に良く奉仕するものであり、十分な理解力をもった子のためにも良く機能している([40] *per* Wall LJ) など。

120) Lowe & Douglas, *op.cit.*, p. 505.

現在の実務では、裁判官が、非公式に (in private) 子どもと面会することは、裁判官の裁量により可能である。子どもと会うかどうかは、裁判官の個人的事項であり、非常にセンシティブな判断なので、上訴裁判所によるいかなる批判も受けない（子どもと会うか会わないかの判断については上訴の対象とならない）¹²¹⁾。

しかし、子どもとの面会の内容（子どもの言ったこと）について開示しないこと、秘密にしておくこと (confidential) を子どもに約束してはならない¹²²⁾。裁判官は、事案について公正かつ適正に審理を行う義務を負っており、その判断の基礎となった事情を明らかにし、それについて当事者が陳述の機会をもつことが要求される。子どもとの面会内容を秘密にすることは、この点からも、また、上訴裁判所が第1審の裁判官の判断を検討するときにも、困難を生ずる¹²³⁾。子どもの希望と感情の確認は、裁判所の責任であるけれども（1989年法1条3項・4項）、それは、公法手続では児童後見人の、私法手続では児童家族報告官の調査による事柄である。児童後見人又は児童家族報告官が関与する場合には、裁判官が子と会うことは、必要ではないし、一般的にも望ましいことではない¹²⁴⁾。また、裁判官が子どもと会うという判断は、当事者からの主張を聞いた後に、子と会うことに十分な理由があり、それが子の利益になるときに限り、慎重にされる必要

121) D v D (1979) 2 FLR 74, 76 A-B *per* Ormrod LJ, CA. *See*, Clarke-Hunt v Newcombe (1982) 4 FLR 482, 485 *per* Butler-Sloss J, CA. ただし、Re R (A Minor) (Residence: Religion) [1993] 2 FLR 163, CA では、通常の原則 (G v G (Minors: Custody Appeal [1985] 1 WLR 647, HL) に従って上訴の対象になるとされた (at 179-180 *per* Balcombe LJ)。

122) H v H (Child: Judicial Interview) [1974] 1 All ER 1145, CA; Elder v Elder [1986] 1 FLR 610, CA.

123) B v B (Minors) (Interviews and Listing Arrangements) [1994] 2 FLR 489, 495-496, CA; H v H [1974] 1 All ER 1145.

124) Re M (A Minor) (Justices' Discretion) [1993] 2 FLR 706, 710; Re W (A Minor) (Contact) [1994] 1 FLR 843, 853. 子どもの希望と感情については、それを報告した児童後見人や児童家族報告官に当事者が反対尋問することになる。

がある¹²⁵⁾。

現在も、多くの裁判官が、子どもとの面会を一般化すること、あるいは明文の規定を設けることなどに対しては、消極的な立場をとっている¹²⁶⁾。特に、子どもの希望と感情を確かめる方法としての裁判官と子どもの面会に対しては、反対が強い。裁判官は、子どもとコミュニケーションをとるための訓練を受けておらず、その技能もないこと、限られた時間で子どもとの面会にふさわしくない場で面会することがかえって良くないこともあること、そして、子どもとの面会内容を秘密にできないことなどを理由とする¹²⁷⁾。子どもの希望や感情の確認は、その専門家(CAFCASSのオフィサー等)に委ねるべきであるということである。

しかし、この立場に立つ裁判官も、手続に対する子どもの理解を促すために裁判官が子どもと面会すること、例えば、手続やその結果(特に子の希望に反するような判断がされた場合の)についての子どもの理解や納得を促すために裁判官が会うこと、あるいは、訴訟後見人のいない年長の子ども(思春期の子ども)に対し、裁判官が決定後できるだけ速やかに直接説明することなどは認めている¹²⁸⁾。

さらに進んで、手続に対する子どもの参加のひとつとしての裁判官と子どもの面会を支持する見解も示されている¹²⁹⁾。家族司法会議(The Family

125) B v B (Minors) (Interviews and Listing Arrangements) [1994] 2 FLR 489, 496C-D, CA.

126) CASC (2002), para. 12.10; *Responses*, pp. 33-34.

127) Sir Nicholas Wilson, "The Ears of the Child in Family Proceedings", *Family Law*, vol. 37, 808, 815-816 (2007).

128) *Ibid.*, pp. 816 - 818. *Rule 9.5 Research*, para. 7.54 は、調査の結果も踏まえ、少なくとも、裁判所の判断の理由についての説明を直接受けるために、最終聴聞の終わりに裁判官と会うことを子どもが望むときには、その旨を、子の訴訟後見人(CAFCASSのオフィサー)が裁判官に伝えることを示唆する。なお、文脈は異なるが、裁判官の聴取による本人の納得につき、瀬木比呂志「和解のあり方とその技術」判例タイムズ 1187号 26頁, 28頁(2005)が興味深い。

129) Sir Mark Potter, "The Voice of the Child: Children's "Right" in Family Proceedings", 2 May 2008 (<http://www.judiciary.gov.uk>); Baroness Hale of Richmond, "The Voice of the Child", *International Family Law*, 2007, 171. 細

Justice Council) は、2008 年に文書を公表し、子どもには、年齢に適したやり方でその手続に関わっていると感じる必要があること、子どもが関与を望む範囲とそのやり方（必ずしも事件を担当する裁判官に会うことだけに限られない）については専門職（CAFCASS のオフィサー、子のソーシャル・ワーカー、子のソリシタ等）が確かめること、個別の裁判官が子どもと会うかどうかの判断は、司法裁量の事項であることなどをあげて、裁判官と子どもとの面会についてより積極的な方向をめざす提案を行った¹³⁰⁾。

この問題については、今後も検討が進められていくものと思われる。

IX. 検討

英国政府は、子どもと若者を、彼らのための政策やサービスの立案、提供及び評価に関わらせる機会を増やすための取組みを積極的に進めている。子どもの関与は、子ども自身の生活についての個別の判断のレベルだけでなく、地域レベルでの子どものためのサービスの展開や提供、さらには子どものための国家的な政策やサービスの展開や評価でも求められ、そのためのアプローチも様々である。こうした一連の活動をカバーするのが「参加」の視点である¹³¹⁾。

司法もその例外ではない。最初は、政策とサービスの展開の一部として子どもに相談すること（子どもの意見を聞くこと）(consult) の重要性につ

部に違いはあり、また、一定の制度上の整備を伴ってであるが、裁判官と子どもとの面会に積極的な立場を明らかにしている。

130) The Family Justice Council, Voice of the Child Sub-Committee, “Enhancing the Participation of Children and Young People in Family Proceedings: Starting the debate”, *Family Law*, vol. 38, 431 (2008). なお、この提案でも、子どもの希望と感情を確かめることは裁判官の職務ではないことが明らかにされている (p. 433)。

131) Children and Young People’s Unit, *Learning to Listen: Core principles for the involvement of children and young people* (2001); P. Kirby, C. Lanyon, K. Cronin & R. Sinclair, *Building a Culture of Participation* (2003, Department for Education and Skills). 前掲注 (15) (18) 参照。

いてのスタッフの認識を高めることや今後の方策の策定からスタートした¹³²⁾。そして、子どもに関連する政策について彼らの見解を得ることはサービスのより良い提供を確保することを認めたうえで、司法制度の運営やそれが子どもの生活にもたらす影響についての子どもの理解の確保(家族が崩壊したときの子の福祉の促進を含む)や子の将来に関する法手続における子どもの声の確保についての責任を果たすべく、具体的な活動を行うことを明らかにしている¹³³⁾。

先に述べたとおり、子どもは、自分の生活や将来に関わる事柄について、相談される(その意見を聞かれ、耳を傾けられる)必要がある。裁判所も、その判断にあたり、子どもの希望と感情を十分に知らされ、それらを適切に考慮する必要がある。これらは、広い意味での子どもの手続上の代理の必要性として理解されるときも、その具体的な方法は様々である。英国(含ウェールズ)では、離婚する夫婦の半数に16歳未満の子があり、その数は11万人をこえる(2007年)¹³⁴⁾。そのすべてについて裁判所が福祉報告や別個代理により関わる必要も、子を当事者とする必要もないだろう¹³⁵⁾。逆に、裁判所がこれらの手段を講じたからといって子どもの声が確保されるわけではなく、それぞれについて制度上、運用上の改善の必要なことも、既に見たとおりである。

132) Department for Constitutional Affairs, *Involving Children and Young People Action Plan 2003-04*, p. 3, p. 7. 最初のアクションプラン (*Action Plan 2002-03*) を直接参照することはできなかった

133) 本稿との関係では、CAFCASSによる子どものためのウェブサイトの開始や規則9.5条の調査等があげられている。規則9.5条の調査については、翌年のアクション・プランでも言及されている (*Action Plan 2004-05*)。

134) 11万7193人で、うち20パーセントが5歳未満、63パーセントが11歳未満である。Office for National Statistics, "News Release: Divorce Rate Lowest for 26 Years", 29 August 2008.

135) 「聞かれること (Being heard) は必ずしも代理されること (represented) を意味しない。それが意味しているのは、自分の希望と感情が十分に裁判所に知らされ、裁判所がそれらを十分に考慮に入れたことの確信を子どもに与えることである」 (CASC (2002), para.12.12)。

英国における子どもの手続上の代理（許）

子どもの手続上の代理は、子どもの年齢、手続の種類（父母間での監護や養育をめぐる手続か、被虐待児等の保護手続か）、手続の構造（当事者主義（adversarial system）か、糾問主義（inquisitorial system）か、関連して証拠の扱い等）に応じて、制度の具体的な構成が異なってくる。また、代理人の役割として、子の最良の利益の確保・擁護という子どもの福祉的な側面と、子の見解や希望・意向の確認とその主張という子どもの権利的側面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（子どもや家族についての人間諸科学の専門家（ソーシャル・ワーカー等）か、弁護士等の法律家か）¹³⁶⁾。弁護士が代理人に選任された場合でも、通常の弁護士としての法的技能のほかに、前者の技能が必要となるだろうし¹³⁷⁾、あるいは、前者の技能をもった専門職の支援を必要とすることももあるだろう¹³⁸⁾。

英国のとりとるタンデム・モデルは、子どもの手続上の代理に関する議論において参照されることが多く¹³⁹⁾、その評価も高い。しかし、CAFCASSのような独立の調査機関のない国では、採りにくいモデルでもある。また、

136) Freeman, “Listening to Children and Representing Them”, in *Listening to Children*, p. 30, p. 32 (ed. A. Bannister, K. Barrett & E. Shearer, 1990, Longman).

137) 家族手続における子どもの代理人弁護士には、依頼人（本人）たる子どもの法的権利と利益を代表する機能（advocate）だけでなく、子どもの最良の利益について確め裁判所に知らせる訴訟後見人としての機能や、裁判所が子の利益になった判断を下すことができるように裁判所に助力をする法廷助言者（amicus curiae, friend of the court）としての機能も果たすように求められることは否定できない。子どもの法的代理についてのこの3モデルにつき、Department of Justice, Canada, *The Voice of the Child in Divorce, Custody and Access Proceedings*, pp. 20–23 (2002) を参考にした。

138) 子の引渡しに関する人身保護請求では、被拘束者たる子のために選任される国選代理人弁護士には家庭裁判所調査官の役割が期待されていること（実際にはその訓練を受けていないことによる困難があること）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」判例タイムズ1081号49頁、54–55頁（2002）。

139) Bilson & White, “Representing Children’s View and Best Interests in Court: An international comparison”, *Child Abuse Review*, vol. 14, 220, 223 (2005).

資源の問題も大きい¹⁴⁰⁾。

この問題に関する英国の議論においてしばしば言及される¹⁴¹⁾ ニュー・ジーランドの立法では、子どもは、その養育・財産に関する手続において見解を表明する合理的な機会を付与され、子どもの見解は(直接又は代理人により)考慮されなければならない(2004年児童ケア法(Care of Children Act 2004)6条)、子どもは、家族手続で見解を表明する合理的な機会として、裁判官との面会が認められている¹⁴²⁾。また、裁判所は、手続の対象あるいは当事者となった子どものために行為する弁護士を任命することができる(同法7条)。裁判官の面会に関するガイドライン¹⁴³⁾や子どもの代理人弁護士に関する実務の指針等¹⁴⁴⁾を見る限り、弁護士は、子どもや家族の調査や裁判所への報告・勧告等も行っており、その業務は法手続における子どもの代理にとどまらないことがうかがえる。

当事者主義か糾問主義かという手続構造の問題は、難問である。英国では、伝統的な当事者主義による審理の弊害(Ⅶ2参照)を避けるために、子どもを当事者として直接参加させることを避ける傾向がある。裁判官との面会に対する消極的な反応も、当事者主義の審理や証拠規則に基づくものである。そこで、証拠収集の面からも、糾問主義によるほうが、子どもの

140) 「タンデム・モデルは、非常に効果的かもしれないが、必ずしも効率的ではない」(Prest, *op.cit.*, p. 198)。

141) Sir Mark Potter のスピーチ(前掲注(129)), Mabon 事件([30]), CASC (2002) (paras.12.8–12.11) 等, 積極的な立場から好意的に言及されている。

142) フランスも、同様の理由から、子どもに関する訴訟において、裁判官による子どもの聴取を認めるが、子どもは手続の当事者ではないという(犬伏由子「離婚訴訟における子どもの代理人制度」野田愛子・梶村太市総編集『新家族法実務大系5 調停・審判・訴訟』467頁, 474–477頁(2007, 新日本法規))。子どもに関する事項についての調査も含め、細谷泰暢「フランスにおける離婚訴訟の審理について」家裁月報54巻5号59頁, 80頁以下(2002)参照

143) Judges' Guidelines—Discussions with Children (2007) (<http://www.justice.govt.nz/family/practice/guidelines>)。

144) Practice Note—Lawyer for the Child: Selection, Appointment and Other Matters (2007); Practice Note—Lawyers for the Child: Code of Conduct (2007) (<http://www.justice.govt.nz/family/practice/notes>)。

状況をより客観的に捉え、それを判断に反映させることができるとの意見は、しばしば述べられてきた¹⁴⁵⁾。また、子どもの別個代理により、父母は、子どもの真の希望と感情を知ることができ、それを判断に反映させることが可能になるとして、子どもの別個代理が父母のゆるぎない見解の間での当事者対抗的な対（adversarial dyad）を壊す点で有効であると主張する見解もある¹⁴⁶⁾。しかし、当事者主義それ自体が父母の対立を産み出し、悪化させているのかどうかについては、慎重な検討を要しよう¹⁴⁷⁾。

いずれにしても、英国では、子どもが私法手続に参加する機会は、今後は増すものと思われる。それが、別個代理であれ、単独での参加であれ、あるいは、裁判官との面会であれ、いずれの場面でも、CAFCASSの関与が減ることはなく、むしろCAFCASSへの要請はますます高まっていくものと思われる。CAFCASSへは、十分な資源の確保とともに、訓練や研修の充実により一層子どもに寄り添う姿勢が望まれることになるう。

ところで、このような英国に関する議論は、日本法にどのような示唆を与えるであろうか。

子の親権・監護に関する父母間の紛争は、家事審判事項とされ、広義の家事審判手続による処理に委ねられている（家事審判法9条1項乙類4号・7号、人事訴訟法32条）。したがって、当事者主義をとる英国法とは手続構造が異なるけれども、英国でも、子どもの監護養育に関する裁判手続では非当事者主義的な運営がめざされており、実際の手続における裁判所の後見的関与には遜色がないといっても良いように思われる¹⁴⁸⁾。また、CAFCASSは、裁判所に付属した組織ではないけれども、その活動内容（調査、合意形成援助等）と常設の組織である点で、日本の家庭裁判所調査官制度との

145) Bevan & Parry, *op.cit.*, p. 173; Sir Nicholas Wilson, *op.cit.*, p. 816.

146) Timms, *op.cit.*, p. 226.

147) *Rule 9.5 Research*, para.7.60.

148) 裁判判等に示された英国の裁判所の柔軟な処理を見ると、それを実感することが多い（両者の原理的な違いを考慮すると、この評価は不正確かもしれないが）。

類似性が見られる(特に児童家族報告官としての職務に関して)。家庭裁判所調査官は、裁判所の職員であるから、CAFCASSのオフィサーのように、子どもの訴訟後見人として、弁護士とともに子どもの手続上の代理を担当することはできない。しかし、父母から独立した立場で子どもの声を聞き、それを裁判所に伝えるという意味での子どもの手続上の代理は行っており、今後もその充実を図るべきことは示唆されるのではないだろうか¹⁴⁹⁾。他方、子どもの手続上の代理人としての弁護士代理人の選任の問題は、家事審判手続の構造や子どもの手続上の地位とも関連して、手続法上の困難な議論を伴う¹⁵⁰⁾。子どもの手続上の代理人と子どもの調査機関との関係も問題となる。今後の検討課題としたい。

149) ミニ・シンポジウム「人事訴訟・家事審判の手続的諸問題」民事訴訟雑誌 47号 121頁, 171-174頁〔稲田龍樹〕(2001)は、この点で、興味深い指摘を行う。

150) 英国での子どもの手続上の代理をめぐる議論では、CAFCASSやタンデム・モデルのことは論じられるが、弁護士代理人のことはあまり議論になっていないような印象を筆者は受けた。英国(及び日本)の司法制度における弁護士の位置づけも関連するものと思われる。関連して、officer of the courtとしてのソリシタにつき、田中英夫『英米の司法』177頁以下(1973, 東京大学出版会)参照。なお、南方暁「子どもの利益の保護——なぜ手続的保障が必要なのか?」法律時報 81巻2号6頁(2009), 若林昌子「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」同14頁(2009)参照。