

# 子ども法

## 一児童の権利条約と子ども手続代理人一

角 田 光 隆

### 目次

1. はじめに
2. 児童の権利条約第12条と児童の権利委員会の勧告
3. 家事事件手続法の立法過程と法解釈論的・政策的課題
4. おわりに

### 1. はじめに

「子ども法—児童の権利条約及び人権条約の実施報告に対する最終見解」において、<sup>(1)</sup>児童の権利条約に関する第1回日本政府報告書，第2回日本政府報告書，第3回日本政府報告書に対する児童の権利委員会の最終見解の比較検討を行った。それぞれの最終見解の異同を確認することによって児童の権利条約の履行状況と問題点を把握した。

さらに，児童の権利条約のほかに，児童の売買・児童買春および児童ポルノに関する児童の権利条約の選択議定書，武力紛争における児童の関与に関する児童の権利条約の選択議定書，国際人権規約，女子差別撤廃条約，人種差別撤廃条約，拷問等禁止条約，障害者権利条約，強制失踪条約を採り上げた。

これらの中で，障害者権利条約については，障害者権利基本法の改正案と比較し，児童の権利条約等の日本政府報告書に対する児童の権利委員会等の

---

(1) 拙稿「子ども法—児童の権利条約及び人権条約の実施報告に対する最終見解」信州大学大学院法曹法務研究科『信州大学法学論集第17号』2011年8月，97頁以下。

勧告との関連性に言及した。また、強制失踪条約について、子どもに関して明示的に言及している諸規定だけを採り上げた。

その他の児童の売買・児童買春および児童ポルノに関する児童の権利条約の選択議定書、武力紛争における児童の関与に関する児童の権利条約の選択議定書、国際人権規約、女子差別撤廃条約、人種差別撤廃条約、拷問等禁止条約に関する日本政府報告書に対する条約委員会の最終見解の比較検討を、前述した児童の権利条約に関する日本政府報告書に対する児童の権利委員会の最終見解を含めて行った。

このような比較検討を通して、それぞれの履行状況と問題点を把握した。このことは、子どもの権利状況に対する問題点の包括的な把握にとって必要な検討であった。こうすることによって、子どもの権利状況に対する問題点に関する具体的な解決策を提案することができるのである。

本稿は、これらの多くの問題点の中で、児童の権利条約第12条の意見を表明する権利に関して、2011年に制定された家事事件手続法における子ども手続代理人の制度を採り上げることにする。

まず、児童の権利条約第12条の趣旨を明らかにし、第1回日本政府報告書、第2回日本政府報告書、第3回日本政府報告書に対する児童の権利委員会の懸念事項と勧告の比較検討を行いたいと思う。

その上で、家事事件手続法における子ども手続代理人の立法過程を検討しながら、子ども手続代理人の条項に関する若干の法解釈論的・政策的課題を提案したいと思う。

本稿は法解釈論的・政策的課題の提案だけに留まり、この課題に対する解決策は本稿とは別に比較法的な研究を踏まえて出すことにしたいと思う。

## 2. 児童の権利条約第12条と児童の権利委員会の勧告

### 2. 1 児童の権利条約第12条の文言の解釈

児童の権利条約第12条は、「1. 締約国は、自己の意見を形成する能力のある児童がその児童に影響を及ぼすすべての事項について自由に自己の意見

を表明する権利を確保する。この場合において、児童の意見は、その児童の年齢及び成就度に従って相応に考慮されるものとする。

2. このため、児童は、特に、自己に影響を及ぼすあらゆる司法上及行政上の手続において、国内法の手続規則に合致する方法により直接に又は代理人若しくは適当な団体を通じて聴取される機会を与えられる。」と規定する。

この日本政府の翻訳文に対して異論が主張されている。<sup>(2)</sup>これは、当該条約第12条に対する児童の権利委員会による児童の意見の尊重の位置づけから懸念されている「相応に考慮される」という訳文に対して向けられている。したがって、「正当に重視される」が適訳であるとする。

「相応に考慮される」という文は、「その児童の年齢及び成就度に従って」という文に対応しているので、翻訳文としては成り立つ。ただし、その主張から考慮して、当該条約第12条の条項の趣旨を理解しておくことは必要であろう。

## 2. 2 児童の権利条約第12条の趣旨

当該条約第12条は4個の観点から理解されてきたとする。<sup>(3)</sup>すなわち、当該条約第12条第2項が示すような手続的権利、教育・福祉の分野における子どもの自己決定権の行使にとって必要な権利、市民的および政治的権利に関する国際規約（B規約）第19条を斟酌した表現の自由などの市民的権利、当該条約第13条（表現の自由）と第15条（集会結社の自由）などを含めた子どもの参加の権利という4個の観点から理解されてきたとする。

本稿のテーマである家事事件手続法における子ども手続代理人の制度は、まさしく当該条約第12条で理解されている手続的権利に該当するのである。当該条約第12条第2項の「このため、児童は、特に、自己に影響を及ぼすあらゆる司法上及行政上の手続において、国内法の手続規則に合致する方法により直接に又は代理人若しくは適当な団体を通じて聴取される機会を与えら

(2) 喜多明人ほか編『[逐条解説] 子どもの権利条約』日本評論社、2009年12月、100頁。

(3) 喜多明人ほか編、前掲書（注2）100頁以下。

れる。」の中の「司法上の手続」に直接該当していると評価できる。

## 2. 3 児童の権利委員会の勧告

当該条約第12条に関して、児童の権利委員会は第1回日本政府報告書、第2回日本政府報告書、第3回日本政府報告書に対して懸念事項を表明し、勧告を行ってきた。<sup>(4)</sup>これらの中で本稿に関連する部分だけを採り上げて、比較検討する。

まず、第1回日本政府報告書に対する懸念事項は、「児童の最善の利益（第3条）及び児童意見の尊重（第12条）の一般原則が、とりわけアイヌの人々及び韓国・朝鮮人のような国民的、種族的少数者に属する児童、障害児、施設内の又は自由を奪われた児童及び嫡出でない子のように、特に弱者の範疇に属する児童の関連において、児童に関する立法政策及びプログラムに十分に取り入れられていないことを懸念する。」とする。

この懸念事項に対して、第1回日本政府報告書に対する勧告は、「委員会は、条約の一般原則、特に差別の禁止（第2条）、児童の最善の利益（第3条）及び児童の意見の尊重（第12条）の一般原則が、単に政策の議論及び意思決定の指針となるのみでなく、児童に影響を与えるいかなる法改正、司法的・行政的決定においてもまた、全ての事業及びプログラムの発展及び実施においても、適切に反映されることを確保するために一層の努力が払われなければならないとの見解である。」とする。

これらの懸念事項および勧告からわかるように、抽象的な言い方で、児童の意見の尊重が法改正や、司法的・行政的決定において行われるべきである

---

(4) 児童の権利に関する委員会 第18回国 条約第44条の下での締約国により提出された報告の審査 児童の権利に関する委員会の最終見解：日本

児童の権利委員会の最終見解：日本 2004年2月26日 CRC/C15/Add.231（最終見解/コメント） 児童の権利委員会 第35回国 条約第44条に基づき締約国から提出された報告の審査 最終見解：日本

児童の権利委員会 第54回国 2010年5月25日－6月11日 条約第44条に基づき締約国から提出された報告の審査 最終見解：日本

（外務省のホームページ <http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jido/index.html>）

とする。したがって、個別的に家事事件手続法における子ども手続代理人の制度に言及していなかった。

次に、第2回日本政府報告書に対する懸念事項は、「委員会は依然として、児童に対する社会の旧来の態度によって、彼らの意見の尊重が家庭、学校、その他の施設、そして社会全体において制限されている点について懸念する。」とする。

この懸念事項に対して、第2回日本政府報告書に対する勧告は、「(a)児童の意見の尊重を促進し、家庭、裁判所、行政組織、施設及び学校において、児童に影響を及ぼす全ての事項や政策決定への児童の参加を円滑にすること、又、児童がこの権利を認識するよう確保すること、(b)児童の意見の尊重に関する児童の権利及び児童に影響を及ぼす事項への児童の参加についての教育面の情報を、特に親、教育者、政府職員、司法官、そして社会全体に提供すること、」であるとする。

これらの懸念事項および勧告からわかるように、第1回日本政府報告書に対する懸念事項および勧告と比較して、教育面の情報を司法官等に提供することは新しいことであるが、その他の部分は同じであると評価できる。同様に、個別的に家事事件手続法における子ども手続代理人の制度に関する言及はなかった。

最後に、第3回日本政府報告書に対する懸念事項は、「委員会は、公的な規制が高い年齢制限を設定していること、児童相談所を含む児童福祉サービスが児童の意見にほとんど重きを置いていないこと、学校が児童の意見を尊重する分野を制限していること、政策立案過程において児童が有するあらゆる側面及び児童の意見が配慮されることがほとんどないことに対し、引き続き懸念を有する。」とする。

この懸念事項に対して、第3回日本政府報告書に対する勧告は、「委員会は、児童が、学校、その他の児童関連施設、家庭、地域社会、裁判所、行政組織、政策立案過程を含むあらゆる状況において自らに影響を与えるあらゆる事柄について意見を十分に表明する権利を促進するための取組を締約国が

強化するように勧告する。」とする。

これらの懸念事項および勧告からわかるように、第3回日本政府報告書に対する懸念事項と勧告は、第1回および第2回日本政府報告書に対する懸念事項と勧告と同様の傾向を持っている。したがって、個別的に家事事件手続法における子ども手続代理人の制度に言及していなかった。

### 3. 家事事件手続法の立法過程と法解釈論的・政策的課題

#### 3. 1 家事事件手続法における子ども手続代理人の関連規定

衆議院で可決された提出時法律案は以下のとおりである。<sup>(5)</sup>第5章の第22条以下は、手続補佐人も含めて手続代理人に関して規定している。

#### 「第五章 手続代理人及び補佐人

##### (手続代理人の資格)

第二十二條 法令により裁判上の行為をすることができる代理人のほか、弁護士でなければ手続代理人となることができない。ただし、家庭裁判所においては、その許可を得て、弁護士でない者を手続代理人とすることができる。

#### 2 前項ただし書の許可は、いつでも取り消すことができる。

##### (裁判長による手続代理人の選任等)

第二十三條 手続行為につき行為能力の制限を受けた者が第百十八條（この法律の他の規定において準用する場合を含む。）又は第二百五十二條第一項の規定により手続行為をしようとする場合において、必要があると認めるときは、裁判長は、申立てにより、弁護士を手続代理人に選任することができる。

#### 2 手続行為につき行為能力の制限を受けた者が前項の申立てをしない場合においても、裁判長は、弁護士を手続代理人に選任すべき旨を命じ、又は

---

(5) 衆議院のホームページ

([http://www.shugiin.go.jp/itdb\\_gian.nsf/html/gian/honbun/houan/g17705055.htm](http://www.shugiin.go.jp/itdb_gian.nsf/html/gian/honbun/houan/g17705055.htm))

職権で弁護士を手続代理人に選任することができる。

- 3 前二項の規定により裁判長が手続代理人に選任した弁護士に対し手続行為につき行為能力の制限を受けた者が支払うべき報酬の額は、裁判所が相当と認める額とする。

(手続代理人の代理権の範囲)

第二十四条 手続代理人は、委任を受けた事件について、参加、強制執行及び保全処分に関する行為をし、かつ、弁済を受領することができる。

- 2 手続代理人は、次に掲げる事項については、特別の委任を受けなければならない。ただし、家事調停の申立てその他家事調停の手続の追行について委任を受けている場合において、第二号に掲げる手続行為をするときは、この限りでない。

一 家事審判又は家事調停の申立ての取下げ

二 第二百六十八条第一項若しくは第二百七十七条第一項第一号の合意、第二百七十条第一項に規定する調停条項案の受諾又は第二百八十六条第八項の共同の申出

三 審判に対する即時抗告、第九十四条第一項（第二百八十八条において準用する場合を含む。）の抗告、第九十七条第二項（第二百八十八条において準用する場合を含む。）の申立て又は第二百七十九条第一項若しくは第二百八十六条第一項の異議

四 前号の抗告（即時抗告を含む。）、申立て又は異議の取下げ

五 代理人の選任

- 3 手続代理人の代理権は、制限することができない。ただし、弁護士でない手続代理人については、この限りでない。
- 4 前三項の規定は、法令により裁判上の行為をすることができる代理人の権限を妨げない。

(手続代理人の代理権の消滅の通知)

第二十五条 手続代理人の代理権の消滅は、家事審判事件（別表第二に掲げる事項についてのものに限る。）及び家事調停事件においては本人又は代

理人から他方の当事者に、その他の家事事件においては本人又は代理人から裁判所に通知しなければ、その効力を生じない。

(手続代理人及びその代理権に関する民事訴訟法の準用)

第二十六条 民事訴訟法第三十四条（第三項を除く。）及び第五十六条から第五十八条まで（同条第三項を除く。）の規定は、手続代理人及びその代理権について準用する。

(補佐人)

第二十七条 家事事件の手続における補佐人については、民事訴訟法第六十条の規定を準用する。』

これらの第22条から第27条までの諸規定で、裁判長による手続代理人の選任等に関する第23条が中心規定となる。第23条で引用されている手続行為に関する第118条は、以下のとおりである。

〔(手続行為能力)

第一百八条 次に掲げる審判事件（第一号、第四号及び第六号の審判事件を本案とする保全処分についての審判事件を含む。）においては、成年被後見人となるべき者及び成年被後見人は、第十七条第一項において準用する民事訴訟法第三十一条の規定にかかわらず、法定代理人によらずに、自ら手続行為をすることができる。その者が被保佐人又は被補助人（手続行為をすることにつきその補助人の同意を得ることを要するものに限る。）であつて、保佐人若しくは保佐監督人又は補助人若しくは補助監督人の同意がない場合も、同様とする。

一 後見開始の審判事件

二 後見開始の審判の取消しの審判事件（別表第一の二の項の事項についての審判事件をいう。）

三 成年後見人の選任の審判事件（別表第一の三の項の事項についての審判事件をいう。）

四 成年後見人の解任の審判事件（別表第一の五の項の事項についての審判事件をいう。）



判事件をいう。第二百二十七条第一項において同じ。)

- 五 成年後見監督人の選任の審判事件（別表第一の六の項の事項についての審判事件をいう。）
- 六 成年後見監督人の解任の審判事件（別表第一の八の項の事項についての審判事件をいう。第二百二十七条第五項において同じ。）
- 七 成年被後見人に関する特別代理人の選任の審判事件（別表第一の十二の項の事項についての審判事件をいう。）
- 八 成年後見の事務の監督の審判事件（別表第一の十四の項の事項についての審判事件をいう。）
- 九 第三者が成年被後見人に与えた財産の管理に関する処分の審判事件（別表第一の十五の項の事項についての審判事件をいう。第二百五条第一項及び第二項において同じ。）」

第151条は、第118条の準用規定である。

〔(手続行為能力)

第百五十一条 第百十八条の規定は、次の各号に掲げる審判事件及びこれらの審判事件を本案とする保全処分についての審判事件（いずれの審判事件においても、財産上の給付を求めるものを除く。）における当該各号に定める者について準用する。

- 一 夫婦間の協力扶助に関する処分の審判事件 夫及び妻
- 二 子の監護に関する処分の審判事件 子」

第165条第2項は、第118条の準用規定である。

〔(特別養子縁組の離縁の審判事件)

第165条2 第百十八条の規定は、特別養子縁組の離縁の審判事件（当該審判事件を本案とする保全処分についての審判事件を含む。）における養親、養子及びその実父母について準用する。〕

第168条は、第118条の準用規定である。

〔手続行為能力〕

第百六十八条 第百十八条の規定は、次の各号に掲げる審判事件（第三号及び第七号の審判事件を本案とする保全処分についての審判事件を含む。）における当該各号に定める者について準用する。

- 一 子に関する特別代理人の選任の審判事件（別表第一の六十五の項の事項についての審判事件をいう。） 子
- 二 第三者が子に与えた財産の管理に関する処分の審判事件（別表第一の六十六の項の事項についての審判事件をいう。第一百七十三条において同じ。） 子
- 三 親権喪失、親権停止又は管理権喪失の審判事件（別表第一の六十七の項の事項についての審判事件をいう。） 子及びその父母
- 四 親権喪失、親権停止又は管理権喪失の審判の取消しの審判事件（別表第一の六十八の項の事項についての審判事件をいう。） 子及びその父母
- 五 親権又は管理権を辞し、又は回復するについての許可の審判事件（別表第一の六十九の項の事項についての審判事件をいう。） 子及びその父母
- 六 養子の離縁後に親権者となるべき者の指定の審判事件（別表第二の七の項の事項についての審判事件をいう。） 養子、その父母及び養親
- 七 親権者の指定又は変更の審判事件（別表第二の八の項の事項についての審判事件をいう。） 子及びその父母

第177条は、第118条の準用規定である。

〔手続行為能力〕

第百七十七条 第百十八条の規定は、次に掲げる審判事件（第三号及び第五号の審判事件を本案とする保全処分についての審判事件を含む。）における未成年被後見人（第一号の審判事件にあっては、養子及び養親）につい

て準用する。

- 一 養子の離縁後に未成年後見人となるべき者の選任の審判事件（別表第一の七十の項の事項についての審判事件をいう。）
- 二 未成年後見人の選任の審判事件（別表第一の七十一の項の事項についての審判事件をいう。）
- 三 未成年後見人の解任の審判事件（別表第一の七十三の項の事項についての審判事件をいう。第百八十一条において同じ。）
- 四 未成年後見監督人の選任の審判事件（別表第一の七十四の項の事項についての審判事件をいう。）
- 五 未成年後見監督人の解任の審判事件（別表第一の七十六の項の事項についての審判事件をいう。第百八十一条において同じ。）
- 六 未成年被後見人に関する特別代理人の選任の審判事件（別表第一の七十九の項の事項についての審判事件をいう。）
- 七 未成年後見の事務の監督の審判事件（別表第一の八十一の項の事項についての審判事件をいう。）
- 八 第三者が未成年被後見人に与えた財産の管理に関する処分の審判事件（別表第一の八十二の項の事項についての審判事件をいう。第百八十条において同じ。）

第235条は、第118条の準用規定である。

〔(手続行為能力)

第二百三十五条 第百十八条の規定は、都道府県の措置についての承認の審判事件（当該審判事件を本案とする保全処分についての審判事件を含む。）及び都道府県の措置の期間の更新についての承認の審判事件における児童を現に監護する者、児童に対し親権を行う者、児童の未成年後見人及び児童について準用する。〕

第23条で引用されている手続行為に関する第252条第1項は、以下のとお

りである。

〔(手続行為能力)

第二百五十二条 次の各号に掲げる調停事件（第一号及び第二号にあっては、財産上の給付を求めるものを除く。）において、当該各号に定める者は、第十七条第一項において準用する民事訴訟法第三十一条の規定にかかわらず、法定代理人によらずに、自ら手続行為をすることができる。その者が被保佐人又は被補助人（手続行為をすることにつきその補助人の同意を得ることを要するものに限る。）であって、保佐人若しくは保佐監督人又は補助人若しくは補助監督人の同意がない場合も、同様とする。

- 一 夫婦間の協力扶助に関する処分の調停事件（別表第二の一の項の事項についての調停事件をいう。） 夫及び妻
- 二 子の監護に関する処分の調停事件（別表第二の三の項の事項についての調停事件をいう。） 子
- 三 養子の離縁後に親権者となるべき者の指定の調停事件（別表第二の七の項の事項についての調停事件をいう。） 養子、その父母及び養親
- 四 親権者の指定又は変更の調停事件（別表第二の八の項の事項についての調停事件をいう。） 子及びその父母
- 五 人事訴訟法第二条に規定する人事に関する訴え（第二百七十七条第一項において単に「人事に関する訴え」という。）を提起することができる事項についての調停事件 同法第十三条第一項の規定が適用されることにより訴訟行為をすることができることとなる者」

前述した第23条の他に、重要な規定が第42条である。第42条第2項および第3項が子どもの利害関係参加に関連している。

〔(利害関係参加)

第四十二条 審判を受ける者となるべき者は、家事審判の手續に参加することができる。

- 2 審判を受ける者となるべき者以外の者であって、審判の結果により直接

の影響を受けるもの又は当事者となる資格を有するものは、家庭裁判所の許可を得て、家事審判の手續に参加することができる。

- 3 家庭裁判所は、相当と認めるときは、職権で、審判を受ける者となるべき者及び前項に規定する者を、家事審判の手續に参加させることができる。
- 4 前条第三項の規定は、第一項の規定による参加の申出及び第二項の規定による参加の許可の申立てについて準用する。
- 5 家庭裁判所は、第一項又は第二項の規定により家事審判の手續に参加しようとする者が未成年者である場合において、その者の年齢及び発達の程度その他一切の事情を考慮してその者が当該家事審判の手續に参加することがその者の利益を害すると認めるときは、第一項の規定による参加の申出又は第二項の規定による参加の許可の申立てを却下しなければならない。
- 6 第一項の規定による参加の申出を却下する裁判（前項の規定により第一項の規定による参加の申出を却下する裁判を含む。）に対しては、即時抗告をすることができる。
- 7 第一項から第三項までの規定により家事審判の手續に参加した者（以下「利害関係参加人」という。）は、当事者がすることができる手續行為（家事審判の申立ての取下げ及び変更並びに裁判に対する不服申立て及び裁判所書記官の処分に対する異議の取下げを除く。）をすることができる。ただし、裁判に対する不服申立て及び裁判所書記官の処分に対する異議の申立てについては、利害関係参加人が不服申立て又は異議の申立てに関するこの法律の他の規定によりすることができる場合に限る。」

第42条は第258条によって調停の場合に準用されている。

「(家事審判の手續の規定の準用等)

第二百五十八条 第四十一条から第四十三条までの規定は家事調停の手續における参加及び排除について、第四十四条の規定は家事調停の手續における受継について、第五十一条から第五十五条までの規定は家事調停の手續の期日について、第五十六条から第六十二条まで及び第六十四条の規定は

家事調停の手續における事実の調査及び証拠調べについて、第六十五条の規定は家事調停の手續における子の意思の把握等について、第七十三条、第七十四条、第七十六条（第一項ただし書を除く。）、第七十七条及び第七十九条の規定は家事調停に関する審判について、第八十一条の規定は家事調停に関する審判以外の裁判について準用する。

- 2 前項において準用する第六十一条第一項の規定により家事調停の手續における事実の調査の囑託を受けた裁判所は、相当と認めるときは、裁判所書記官に当該囑託に係る事実の調査をさせることができる。ただし、囑託を受けた家庭裁判所が家庭裁判所調査官に当該囑託に係る事実の調査をさせることを相当と認めるときは、この限りでない。」

第28条は、手續費用の負担者について規定している。

〔(手續費用の負担)

第二十八条 手續費用（家事審判に関する手續の費用（以下「審判費用」という。）及び家事調停に関する手續の費用（以下「調停費用」という。）をいう。以下同じ。）は、各自の負担とする。

- 2 裁判所は、事情により、前項の規定によれば当事者及び利害関係参加人（第四十二条第七項に規定する利害関係参加人をいう。第一号において同じ。）がそれぞれ負担すべき手續費用の全部又は一部を、その負担すべき者以外の者であつて次に掲げるものに負担させることができる。

一 当事者又は利害関係参加人

二 前号に掲げる者以外の審判を受ける者となるべき者

三 前号に掲げる者に準ずる者であつて、その裁判により直接に利益を受けるもの

- 3 前二項の規定によれば検察官が負担すべき手續費用は、国庫の負担とする。」

第65条は、家庭裁判所の適切な方法による子どもの意思の把握方法と子ど

もの年齢および発達の程度に応じた意思の把握に関する規定である。

「第六十五条 家庭裁判所は、親子、親権又は未成年後見に関する家事審判その他未成年者である子（未成年被後見人を含む。以下この条において同じ。）がその結果により影響を受ける家事審判の手続においては、子の陳述の聴取、家庭裁判所調査官による調査その他の適切な方法により、子の意思を把握するように努め、審判をするに当たり、子の年齢及び発達の程度に応じて、その意思を考慮しなければならない。」

### 3. 2 家事事件手続法における子ども手続代理人の立法過程

家事事件手続法は、平成21年3月13日から平成23年1月28日まで審議された。<sup>(6)</sup>この審議会の名称は、法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会である。この審議の結果として成立した家事事件手続法を意識しながら、子ども手続代理人の審議の過程を概観することにする。

#### 3. 2. 1 第1回会議<sup>(7)</sup>

「非訟事件手続法及び家事審判法の改正において想定される主な論点」において、「狭義の家事審判手続に関し想定される主な論点」の中の「審判の効力が及ぶ者に対する手続保障の配慮」があり、この中に「子ども代理人制度の導入」がある。また、「家事調停手続に関し想定される主な論点」の中の「調停の効力が及ぶ者に対する手続保障の配慮」があり、この中に「子ども代理人制度の導入」がある。

ここからわかるように、当初から、家事審判手続と家事調停手続において子ども代理人制度が検討の対象となっていたのである。

「非訟事件手続法及び家事審判法に関する調査・研究報告書」において、「子ども代理人（手続保護人）」についてドイツ法の手続補佐人の条項の説明

(6) 法務省法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会のホームページ  
([http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai\\_hishoujiken.html](http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai_hishoujiken.html))

(7) 法務省法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会のホームページ  
([http://www.moj.go.jp/shingil/shingi\\_090313-1.html](http://www.moj.go.jp/shingil/shingi_090313-1.html))

を行いながら、当該研究会の提案と検討が行われていた。

当該提案は子ども代理人の権限、適用範囲、選任要件、資格、費用についてなされたもので、家庭裁判所調査官に対して子どもの意思を代弁せず子どもが心を開かないとして消極的な評価をしている。これに対して、子ども代理人には積極的な評価を下している。すなわち、当事者の納得のゆく解決、紛争の短期的な解決、子どもの環境の早期の安定を立法趣旨としている。

しかし、子どもの判断に委ねることの正当性、家庭裁判所調査官よりも子どもの心情を聞き出せないこと、代理人の費用を国の負担とすることは妥当性を欠くことを理由にして、子ども代理人制度の導入に対して反対論があるとする。

すでに当該調査・研究報告書に子ども代理人に対する消極論と積極論がうまく整理されていたと言ってよい。

論点として、子どもからの意見聴取の適否、子ども代理人の役割、家庭裁判所調査官との関係、子ども代理人を必要とする場合を指摘していた。これらの中で子ども代理人の役割に関連して、子どもの主観的利益または客観的利益のどちらを優先するのかという実体法上の判定の難しい問題があるとする。この解決のためには事例を積み重ねた上で、合理的な基準を見出すことになるであろう。会議では家庭裁判所調査官との関係が問われているので、制度の重複の調整が不可避な論点として出てくるであろう。

### 3. 2. 2 第7回・第9回会議<sup>(8)</sup>

「家事事件手続に関する検討事項(1)」において、「子どもからの意見聴取及び子どもの保護機関」に関する論点が示された。この論点は、前述した「非訟事件手続法及び家事審判法に関する調査・研究報告書」における論点に対応していると評価できる。たとえば、意見聴取の対象となる事件の範囲

---

(8) 法務省法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会のホームページ  
([http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi\\_090925-1.html](http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_090925-1.html))  
([http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi\\_091023-1.html](http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_091023-1.html))



や年齢、家庭裁判所調査官の意見聴取との関係、子どもの保護機関の必要性および種類である。

追加として、意思能力のある子どもに意見陳述以外の手続上の権能の付与・種類・行使方法の論点があるとする。さらに、子どもの保護機関の必要性および種類の論点に関して、ドイツの手続補佐人の条項が紹介されている。

これらの論点に対して、意見聴取の性格付けまたは内容が会議で議論されていた。これに関連して家庭裁判所調査官の調査の内容や仕方が問われていた。家庭裁判所調査官の調査は、子どもの保護機関の必要性の関係でも問題となっていた。意思能力のある子どもの意見陳述以外の手続上の権能との関連で、子どもの保護機関の必要性を捉える意見も表明されていた。

会議の全体の印象として、子どもの心理状態に配慮しながら子どもの意思または利益をどのように把握して、子どもが関わる事態に適切に反映して妥当な結論を導くことができるのかを巡る議論が活発に行われていたことを指摘できる。

これらの論点に関する理解が深められたが、会議の手順からしてまだ一定の方向性が定まったわけではなかった。

### 3. 2. 3 第15回会議<sup>(9)</sup>

「家事調停手続に関する検討事項(1)」において、「子どもからの意見聴取及び子どもの保護機関」に関する提案が出された。子どもからの意見聴取は調停委員会の裁量とし、特別の規定を設けないとする提案である。この理由として、親権者の指定等における子どもの同意が不要であることや家庭裁判所等による子どもの意見の確認義務がないことと、夫婦の対立が激しい場合には子どもの福祉に反することを挙げている。子どもの保護機関は、子どもから意見聴取する場合にのみ当てはまるもので、家庭裁判所調査官の意見聴取と子ども代理人が比較されていた。

---

(9) 法務省法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会のホームページ  
([http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi\\_100226-1.html](http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_100226-1.html))

会議において子どもの代理人の調停の場における必要性の賛否が問われていた。家庭裁判所調査官の調査との関係も再びここで採り上げられていた。

子どもの保護機関については、前述した第1回会議の「非訟事件手続法及び家事審判法に関する調査・研究報告書」の内容と、第7回・第9回会議の家事事務手続の議論が反映されている。

### 3. 2. 4 第19回会議<sup>(10)</sup>

参考資料として、「家事事務における子どもの地位―「子ども代理人」を考える」(自由と正義 Vol61 4月号)が掲載されているのみである。

この中に含まれている論考は、タイトルのみ示すと「欧米の子どもの代理人制度―その機能と運用について」、「両親の離婚紛争の中で子どもたちは何を考えているのか―代理人としての経験から」、「『子どもの代理人』制度の実践とあるべき姿」、「子ども代理人制度への疑問」である。

最初から3個の論考は、子ども代理人制度に賛成しているものである。最後のものは、子ども代理人制度に反対し家庭裁判所調査官制度の充実を主張している。

ここから、子ども代理人制度と家庭裁判所調査官制度との関係が問われていることが理解できる。

### 3. 2. 5 第20回会議<sup>(11)</sup>

「家事審判手続に関する中間とりまとめのためのたたき台の補足説明」において、「子の意見表明」について第13回会議の合意点を確認している。すなわち、子どもの年齢等に応じた意見表明権の保障と子どもの意思を考慮した審判等の実施で、15歳以上の子どもからは陳述聴取すること、15歳未満の子どもからは年齢等に配慮した適切な方法により意思確認することであった

(10) 法務省法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会のホームページ  
(<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900014.html>)

(11) 法務省法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会のホームページ  
(<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900018.html>)

とする。

「子の意思表示」における提案はこの合意点を確認するものであるが、特に15歳以上の子どもから必ず陳述聴取する旨の定めを置くことであった。合意点が明らかになったことは前進であった。この点の確認ができてこそ子どもの保護機関の賛否を決することができるのである。

『「子ども代理人」に関する提案』は、「子ども手続保護人」を創設すべきことを提案している。すなわち、選任要件、一般的権限および職務、面接・報告・検査権、費用に関する具体的な提案を行った。

前述した「非訟事件手続法及び家事審判法に関する調査・研究報告書」も、子ども代理人（手続保護人）の創設のために要件等の概要に言及していた。

両者とも選任要件が同じであるが、その他の部分には相違点が存在する。後者は選任要件と重なるが、親権または管理権の喪失の宣告および取消等の適用範囲を明記している。しかし、前者は適用範囲を明記していない。両者とも子ども手続保護人が手続行為をすることを述べているが、後者は子どもの主観的利益の代弁を強調している。この点について、前者は選任要件の個所で子どもの意見表明その他の子どもの最善の利益という言葉で明記している。この子どもの最善の利益は後者の選任要件の中の子どもの福祉に相当する。前者にあって後者にはないものが、申し立ての取り下げや即時抗告の取り下げに関して手続行為ができないとすることである。後者は資格を弁護士に限定しているが、前者は資格について会議で弁護士に限定しないことを表明している。また、前者にあり後者にはないものが、職務内容と面接・報告・検査権に関する規定である。費用に関する規定が両者にあるが、後者は費用の負担者を明記している。前者は会議で費用の負担者を表明した。

会議では、子ども手続保護人と家庭裁判所調査官制度との関係、子どもの年齢との関連から捉えた子ども手続保護人の役割、調停における子ども手続保護人の役割、法定訴訟担当または代理人と子ども手続保護人との関係、子どもの意思の確認の難しさ、任意代理人・特別代理人と子ども手続保護人との相違が問われていた。

### 3. 2. 6 第21回会議<sup>(12)</sup>

参考資料として、「子どもの代理人制度（仮称）の必要性に関する報告（子の裁判手続上の地位と適正手続についての一考察）」が出された。

当該報告書は、「現行法下での子の法的地位の保障とその限界」を踏まえ、「家裁調査官による子の意向調査と子どもの代理人の関係」や「海外の制度」を斟酌して、「子どもの代理人制度の必要性」を検討し、「総括と提言」を行ったものである。

「総括と提言」によれば、当該報告書の目的は、子どもの代理人制度を提案することにあるとする。そのために、適用範囲、選任権・選任申立権、選任要件、選任方法、対象年齢、資格、研修制度、権限と役割、報酬が提案されている。

第1回会議に出された「非訟事件手続法及び家事審判法に関する調査・研究報告書や第20回会議の『「子ども代理人」に関する提案』と比較しながら、当該報告書の内容を理解することにする。

適用範囲について、「非訟事件手続法及び家事審判法に関する調査・研究報告書」は選任要件と重なるが、親権または管理権の喪失の宣告および取消等の適用範囲を明記している。しかし、『「子ども代理人」に関する提案』は適用範囲を明記していない。当該報告書は、「非訟事件手続法及び家事審判法に関する調査・研究報告書」と同じく適用範囲を明記している。

選任権・選任申立権について、「非訟事件手続法及び家事審判法に関する調査・研究報告書」では明記されていない。しかし、『「子ども代理人」に関する提案』は家庭裁判所を明記しているが、当該報告書は親族その他の利害関係人の選任申立権と選任申立ての却下に対する不服申立てを認めていることに特色がある。

選任要件について、いずれも任意的選任と必要的選任を規定している。当該報告書が必要的選任に児童福祉法第28条措置の承認を入れているが、その

---

(12) 法務省法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会のホームページ  
(<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900020.html>)

他の選任要件はいずれも同じである。

選任方法と対象年齢について、「非訟事件手続法及び家事審判法に関する調査・研究報告書」と『「子ども代理人」に関する提案』は言及していないが、当該報告書は名簿からの選出と年齢無制限について述べている。

資格について、「非訟事件手続法及び家事審判法に関する調査・研究報告書」は弁護士に限定しているが、『「子ども代理人」に関する提案』は弁護士に限定しないことを会議で表明している。当該報告書は、弁護士とするが補助者等の選任を明記している。

研修制度について、当該報告書と「非訟事件手続法及び家事審判法に関する調査・研究報告書」は研修を受けた弁護士とする。『「子ども代理人」に関する提案』も同様であることを会議で表明していた。

権限と役割について、当該報告書と「非訟事件手続法及び家事審判法に関する調査・研究報告書」は手続行為に言及している。ただし、当該報告書は子どもの意思の代理と子どもの意思に拘束されない独立した法的サービス提供者という定義付けを行っている。『「子ども代理人」に関する提案』も手続行為とするが、申し立ての取り下げや即時抗告の取り下げに関して手続行為ができないとする。

報酬について、「非訟事件手続法及び家事審判法に関する調査・研究報告書」は国庫負担に言及していない。しかし、当該報告書と『「子ども代理人」に関する提案』は国庫負担に言及している。後者は会議で表明していた。

職務内容と面接・報告・検査権について、『「子ども代理人」に関する提案』だけが採り上げていた。

### 3. 2. 7 第22回会議<sup>(13)</sup>

「家事審判手続に関する中間とりまとめのたたき台(4)」は、親権者等の法定代理人とは別の子どもの保護者の選任を検討事項としていた。

---

(13) 法務省法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会のホームページ  
(<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900026.html>)

問題点は、選任要件、権限と役割、家庭裁判所調査官等との関係、資格、報酬である。今までの会議で提出された資料や会議の発言内容は、問題点の内容に反映していた。

会議では、「家事審判手続に関する中間とりまとめのたたき台(4)」における「子の保護者」に関する説明の内容について検討がなされていた。その際に、「子の保護者」の名称の妥当性、「子が影響を受ける家事事件」の具体性、子どもの意見表明の援助と子どもの最善の利益の達成の関係、手続保護人の役割・職務内容・法的性質、家庭裁判所調査官の役割との関係、特別代理人との関係などが議論されていた。これらの内容が「家事審判手続に関する中間とりまとめのたたき台(4)」に反映されることが求められていた。

### 3. 2. 8 第24回会議<sup>(14)</sup>

第22回会議の内容を踏まえて、「家事審判法の見直しに関する中間試案(案)」の中に「子の意見表明(新設)」が記載された。この内容は、裁判所の適切な方法による子どもの意思の把握、子どもの年齢および発達程度に応じた意思の把握、子どもの意思の代弁者または客観的利益の主張者の選任に言及していた。第22回会議の「家事審判手続に関する中間とりまとめのたたき台(4)」における「子の保護者」よりは、その内容が明確になっている。

「子の意見表明(新設)」の脚注において、子どもの意思の代弁者等の選任要件、法的性格、必要性および役割、権限、報酬、他の制度との関係が検討事項として指摘されていた。

### 3. 2. 9 第27回会議<sup>(15)</sup>

「家事事件手続に関する検討事項」は、「子の意見表明(新設)」を記載している。この内容は、第24回会議の「家事審判法の見直しに関する中間試案

(14) 法務省法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会のホームページ  
(<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900035.html>)

(15) 法務省法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会のホームページ  
(<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900049.html>)

(案)」の中の「子の意見表明（新設）」と同じである。ただし、補足説明がある。

たとえば、子どもの利害関係参加について、手続行為能力が認められる家事審判事件において、子どもの福祉を害する場合に裁判所が利害関係参加の申出を却下できることを条件として、子どもの利害関係参加の当否を検討事項とした。

子どもの陳述聴取について、15歳以上の子どもに対する陳述聴取の義務付け規定と15歳未満の子どもに対する裁判所の合理的な裁量を検討事項とした。

子どもの意思の代弁者等の選任について、役割、任意代理人との関係、家庭裁判所調査官との関係が検討事項とされた。

「非訟事件手続法及び家事審判法の見直しに関する中間試案に対して寄せられた意見の概要（その2－家事事件手続に関するもの）」において、裁判所の適切な方法による子どもの意思の把握と、子どもの年齢および発達程度に応じた意思の把握について、賛成が多いが、15歳で陳述聴取の義務付けを分けることに疑問が出された。

子どもの意思の代弁者または客観的利益の主張者の選任について、反対理由として必要性や法的性格、適格者の確保の困難さ、国庫負担の妥当性、任意代理人との関係等があったとする。これらの点は、今までの会議でも指摘されていたものである。

その他に、前述した『「子ども代理人」に関する提案』と同じ内容の提案などの賛成意見が出されていた。しかし、子ども代理人の役割に関係する子どもの主観的意思または最善の利益を代理するののかの問題、家庭裁判所調査官の充実や子ども代理人を弁護士に資格を限定することの妥当性を問う批判があったとする。

会議では、子どもの利害関係参加について、子どもの福祉を害する場合に裁判所が利害関係参加の申出を却下できることの当否について議論された。この二者択一の賛否のほかに、却下できる場合でも条件を明示する場合も主張された。意見が分かれたので継続審議となった。

子どもの陳述聴取について、陳述聴取には家庭裁判所調査官の調査を含むことが確認されたが、陳述聴取に陳述書を含むのか否かは議論があって継続審議とされた。

子どもの意思の代弁者等の選任について、利害関係の参加と任意代理人の選任を組み合わせた制度として子ども代理人制度を構築する考え方が主張された。この場合に、子ども代理人は子どもの刻々と変わる意思表示の裏にある真意、つまり子どもの客観的利益を実現する役割があるとする。子ども代理人制度を導入したとしても、行動規範が必要であるとする意見もあった。他方で、依然として家庭裁判所調査官の調査の充実を訴える意見もあって、継続審議とされた。

非訟事件手続法及び家事審判法の見直しに関する中間試案に対して寄せられた意見を踏まえた会議での議論によって、子ども代理人制度の輪郭が明らかになってきたと評価できる。

### 3. 2. 10 第29回会議<sup>(16)</sup>

「家事事件手続に関する検討事項(3)」は、「子の意見表明(新設)」を設けている。この内容は、第24回会議の「家事審判法の見直しに関する中間試案(案)」の中の「子の意見表明(新設)」や第27回会議の「家事事件手続に関する検討事項」の「子の意見表明(新設)」と同じである。

しかし、子どもの陳述聴取についてのみ検討事項とし、15歳以上の子どもに対する陳述聴取の義務付け規定と15歳未満の子どもに対する裁判所の合理的な裁量を問題としていた。

この補足説明の中で特徴的なことは、子どもの陳述聴取の方法に言及があったことである。陳述聴取には、「証人尋問、事実の調査における裁判官の尋問、調査官による調査、書面による陳述及び書面照会の方法など」を含むとする。

---

(16) 法務省法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会のホームページ  
(<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900057.html>)



会議では、裁判所の適切な方法による子どもの意思の把握と、子どもの年齢および発達程度に応じた意思の把握の枠組みを維持したうえで、子どもの陳述聴取についての検討事項について了解が得られた。

しかし、子どもの意思の代弁者または客観的利益の主張者の選任については、会議で議論されなかった。

### 3. 2. 11 第31回・第32回・第33回会議<sup>(17)</sup>

前述してきた子ども手続代理人に関する会議の検討事項は、家事事件手続に関する要綱案（案）の中に導入された。たとえば、要綱案（案）の中の「第1総則 5手続代理人及び補佐人」,「第1総則 6手続費用」,「第2家事審判に関する手続（総則）1家事審判の手続（1）通則 ク利害関係参加」,「第2家事審判に関する手続（総則）1家事審判の手続（5）家事審判の手続における子の意見の確認等」などに記載されている。

第31回および第32回会議で、家事事件手続に関する要綱案（案）の検討がなされて確認がなされた。第33回会議で、非訟事件手続法及び家事審判法の見直しに関する要綱案が確定した。

### 3. 3 家事事件手続法における子ども手続代理人規定の法解釈論的・政策的課題

家事事件手続法における子ども手続代理人に関する諸規定を、第1回会議の「非訟事件手続法及び家事審判法に関する調査・研究報告書」、第20回会議の『「子ども代理人」に関する提案』,第21回会議の「子どもの代理人制度（仮称）の必要性に関する報告（子の裁判手続上の地位と適正手続についての一考察）」,各会議の内容と比較すると、次の点が主な問題点として指摘できる。

---

(17) 法務省法制審議会非訟事件手続法・家事審判法部会のホームページ  
(<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900061.html>)  
(<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900066.html>)  
(<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900068.html>)

まず、家事事件手続法の諸規定から選任要件における任意的選任と必要的選任が該当する場合の区別が必ずしも明らかであるとは言えない。このことを条文に具体的に定めるのは難しいと推測するので、家事事件手続法の諸規定の適用過程の中で明らかにされなければならない法解釈論的課題である。

また、子ども手続代理人の選任の前提問題として、職権による家事審判手続の参加における相当と認められる場合を明らかにする法解釈論的課題もある。

子ども手続代理人の行動規範に関連する子どもの主観的意思あるいは最善の利益を代理するののかの問題が残されている。この問題の背後には、子どもの意見表明権に関する児童の権利条約第12条だけでなく、子どもの最善の利益を斟酌すべきとする児童の権利条約第3条の適用問題がある。

その他の子ども手続代理人の行動規範として、子ども手続代理人の職務内容と面接・報告・検査権等を定めなければならない。

家庭裁判所の調査官制度は併存するので、子ども手続代理人との関係を調整することが必要となるであろう。

その他に、子ども手続代理人として相応しい弁護士養成や弁護士以外の子どもの専門家との協力体制の構築が不可欠である。また、手続費用の援助もテーマとなるであろう。

#### 4. おわりに

児童の権利条約第12条と児童の権利委員会の勧告に関して、児童の権利条約第12条の文言の解釈、児童の権利条約第12条の趣旨、児童の権利委員会の指摘した懸念事項と勧告の観点から論じた。

児童の権利委員会の勧告において子ども手続代理人の創設が具体的に指摘されていないが、児童の権利条約第12条や児童の権利委員会の勧告の趣旨から判断して、子ども手続代理人は不可欠な制度であることが判明した。

家事事件手続法の立法過程と法解釈論的・政策的課題に関して、家事事件手続法における子ども手続代理人の関連規定と家事事件手続法における子ど

も手続代理人の立法過程に言及しながら、家事事件手続法における子ども手続代理人規定の法解釈論的・政策的課題を論じた。

家事事件手続法における子ども手続代理人の立法過程において子ども手続代理人に関する提案が紹介され、会議で検討された。非訟事件手続法及び家事審判法の見直しに関する中間試案に対して寄せられた意見の概要（その2—家事事件手続に関するもの）を踏まえながら、子ども手続代理人の骨格が形成された。会議の結果として成立したものが、家事事件手続法における子ども手続代理人の関連規定である。

しかし、家事事件手続法における子ども手続代理人の関連規定について、子ども手続代理人に関する提案や会議の内容から残された課題が存在することが明らかになった。この一端を家事事件手続法における子ども手続代理人規定の法解釈論的・政策的課題として論じた。

今後は、子ども手続代理人規定の法解釈論的・政策的課題を解決するために、子ども手続代理人の関連規定の適用の状況を勘案しながら、比較法的な観点からその課題の解決の糸口を探求したいと考えている。

本研究の究極的な目標は、子ども手続代理人を媒介として子どもの意見表明権が十分に保障されて、子どもの幸福な生活が実現することであることを最後に記しておく。