

平成 22 年 6 月 1 日現在

研究種目：若手研究 (B)
 研究期間：2007 ～2009
 課題番号：19730368
 研究課題名 (和文) 児童福祉領域における子どもの利益代理制度創設のための基礎的条件の検討
 研究課題名 (英文) Important conditions for creating system of the separate representation of children in child protecting proceedings
 研究代表者
 小泉 広子 (KOIZUMI HIROKO)
 桜美林大学・総合科学系・准教授
 研究者番号：40341573

研究成果の概要 (和文)：本研究は、児童福祉領域における子どもの保護手続において、親や行政とは独立した子どもの利益代理の必要性を明らかにするとともに、子どもの利益代理制度創設のための、基本原理および制度のしくみを解明することを目的としている。子どもの利益代理制度の基本原理は、子どもの意見表明権であるが、この原理は、決定の結論に子どもの意見を反映させることだけではなく、年齢や発達に応じた子どもの手続への主体的な関与を保障する原理であることが明らかになった。

研究成果の概要 (英文)：This research aims to clarify the needs of the separate representation of children, the principles and structure for founding the system in child protection. One of the principles of child representation is the right of a child to express their views and to be heard in any proceedings concerning them. This principle means not only a child's views are used in the conclusion of any decisions but also to ensure a child's participation in the proceeding actively considering his age and maturity.

交付決定額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2007 年度	600,000	0	600,000
2008 年度	700,000	210,000	910,000
2009 年度	500,000	150,000	650,000
年度			
年度			
総計	1,800,000	360,000	2,160,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：社会学・社会福祉学

キーワード：児童福祉、子どもの人権

1. 研究開始当初の背景

(1)児童虐待の深刻化に伴い、改正児童虐待防止法に見られるように、子どもの保護のための制度の整備が急速に進められている。しか

しながら、児童虐待の件数の増加あるいは児童相談所が関与していながら子どもが死亡に至ったケースなどが報告されており、子どもの保護現場（機関）の混乱が続いている状態

である。そのような状況の中、児童相談所は、時には強制的に親子関係に介入しなければならない一方で、介入後は、親子関係の再統合を目指した支持者としての役割をもたなければならないことがあらためて明確になり、その役割の二律背反性について何らかの対策を講じることが議論されつつある。

一方、権利の観点から親と子どもの分離手続を見た場合、親子分離は、民法上の監護教育権をはじめとする親の権利の制限を伴うゆえ、適正手続保障が要請される。同時に、子どもの権利条約第12条は、自己に影響を及ぼすあらゆる司法的及び行政上の手続きにおいて、直接または代理人を通じた子どもの意見表明権の保障を締約国に求めており、虐待ケースを含め児童福祉領域においても当然子どもの意見表明権が保障されなければならない。この点、子どもが自己の意見を表明できる場合はよいが、自己の意見を表明できない状況（年齢、障害、環境等の理由から）にある場合、子どもの利益の代理人が必要になる。ところで、日本法制度上は、子どもの利益代理は、法定代理人である親権者がその役割を担うことになる。しかし、児童福祉領域は、虐待ケースに典型であるように、親権者がいたとしても実質的に監護教育権を行使できない場合が多く、制度上は親権者すなわち法定代理人があつたとしても、実質的には、代理人の役割を果たせず、子どもの代理人が不存在という状況が恒常的ではないかと推察できる。

2. 研究の目的

以上のような問題状況を踏まえ、本研究は、子どもの最善の利益を保障するために、児童福祉領域における、子ども独自の利益代理の必要性を明らかにしたうえ、子どもの利益代理にあたっての基本原則および具体的な制度保障のあり方等、子どもの利益代理制度創設のための基礎的条件を解明することを目的とする。

3. 研究の方法

(1) 司法、行政双方を含めた、子どもの代理人制度について、現行制度のしくみとその問題点、運用の実態、運用（解釈）の可能性を、実際に子どもの代理人が問題となったケースを素材に、文献研究を行う。

(2) 子どもの利益代理の重要な基本原則として、子どもの意見表明権の国際法上の理論水準の到達点の確認を行う。

(3) 子どもの意見表明権を保障するための制度について、「イギリス子ども法」を中心に比較制度研究を行う。

4. 研究成果

(1) 日本における児童福祉領域における子どもの利益代理制度の現状と問題点については、以下のことが明らかになった。

児童養護施設の園長による体罰事件（恩寵園体罰事件）を素材に、児童福祉施設に入所中の子どもの法定代理制度について分析を行った。本事件は、園長の体罰について入所中の多数の子ども達が再三千葉県に対し、被害を告発していたにもかかわらず、その訴えが無視され続け、最終的には、子どもたちを支援した弁護士が県の住民という立場で、客観訴訟である住民訴訟という形式で、県に対する同施設に対する違法な公金支出に対する損害賠償請求を提起した。学校体罰などであれば、被害を受けた子どもが親などの法定代理人と共に、原告となるのが通常であるが、本ケースで住民訴訟を選択せざるを得なかった背景に、児童福祉領域における子どもの利益代理制度の欠如が関連していることが本研究により明らかになった。

すなわち、通常、未成年者の利益代理は、法定代理人である親権者が行うが、多くの施設入所中の子どもの親権者は、行方不明である場合や、虐待、遺棄、疾病、経済上の問題など子どもの監護が不能であるのが現状であり（だからこそ施設に子どもが入所している）、実際的には法定代理を行使できない状況にある。ところが、法制度上は、親権剥奪宣告を受けない限り法定代理人は親権者であるので、養護施設の子どもの法定代理に関して、欠陥が生じる可能性がある。また、児童福祉法上、児童福祉施設の長に入所中の子どもの親権代行権が認められているが、代行が認められるのは、監護教育権などの事実行為に限られ、訴訟遂行などの法律行為への同意権は含まれないと解される。また、本件の場合、被告が園長自身であり、法定代理人となるのは実際的ではない。

施設における体罰被害を、子どもが県の福祉局や児童相談所に対して訴えていたにもかかわらず、被害をまともに取り上げてもらえなかったのは、児童相談所を含めた行政の、子どもの意見表明の軽視と同時に、正式な法定代理人や代弁者が不存在であったことも理由として考えられる。

また、権利侵害に対する最終的な救済手段である訴訟を提起する場合であっても、未成年者は、法定代理人の同意によらなければ訴訟を遂行することができず、施設の子どもの訴訟遂行さえ阻まれている状況にある。また、民事訴訟法上、民法上の法定代理とは区別された、「訴訟上の代理人」制度が存在するが、この制度は、民法上の法定代理権を行使しえない場合であつて、遅滞のため損害を受けるおそれがある場合という例外的な条件において適用され、さらに原則的には、訴訟無能力

者を被告とする場合の制度であることから、児童福祉領域への適用へはなお乗り越えなければならない課題を残していることが明らかになった。

その後、子どもたちが施設を退所後、青年となつてから、県と社会福祉法人を被告として損害賠償請求訴訟を提起したが、園長の体罰を認定しながらも、時効により数名の子どもの、損害賠償を否定する結論になった（千葉地方裁判所平成19年12月20日判決、最高裁ホームページ掲載）。その理由としては、原告のうち、兄弟姉妹4名について、当該施設に入所中、法定代理人である親権者が施設長による体罰を認識していたとして、子どもが退所した時点で、法定代理人が不法行為を認識でき、訴訟遂行が可能であったとして、退所時を起算点とした不法行為の消滅時効（3年）により、本件損害賠償請求を棄却した。実際、親は子どもから断片的に話を聞いていたにすぎず、体罰の状況を明確に理解していたとはいえ、また、子どもを施設に預けていることで負い目を持つ親が、法定代理人として施設を訴えることは実際的には困難であることは、容易に想像できる。この裁判の結論からも、本研究が明らかにしたとおり、現在の日本の児童福祉領域における実質的法定代理人不存在状況が、子どもに多大な不利益をもたらしていることが明らかであるといえる。

(2) 子どもの利益代理制度の重要な基本原理として、国連子どもの権利条約12条に規定された子どもの意見表明権が想定される。

国連子どもの権利委員会は、子どもの権利条約上、意見表明権を「子どもの意思の尊重」として、「差別の禁止」、「子どもの最善の利益」および「子どもの生存と発達」とならぶ一般原則に位置づけ、法解釈の原理・指針としている。

意見表明権の原理的な意義については、批准当初、自由権についての一般規定と解し、一項を実定法上の権利、二項を手続法上の権利としての聴聞を受ける権利とする見解や子どもの自己決定の行使に道を開いたとする見解などに分かれたが、子ども特有の新しい人権としてとらえる説が有力となっている。すなわち、意見表明権は子どもの最善の利益を判断するに当たって、子どもの自身の意見を考慮することなしに大人が一方的に決めることができず、子どもの意見表明という手続きをふまえて初めて決定しうる手続的権利として理解されている。また、子どもの意見表明の権利としての本質は、大人の考える子どもの利益の子どもへの押し付けや、子どもの本人の判断に基づく関係からの離脱ではなく、〈interactive〉（主体的な交流）という質の関係が「権利」として表現されていると指摘さ

れている（世取山洋介「子どもの権利論の基本問題をめぐって - 『服従かさもなくば開放か』あるいは関係の質の改革か - 」人間と教育31号、2001、122頁）。この意見表明権は、言語による表現に限定されるものではなく、あらゆる年齢やさまざまなハンディキャップを持った子どもにも保障される権利であると考えられる。例えば、乳幼児期の子どもの権利について、子どもの権利委員会の一般的意見（CRC/C/GC/7,1 November 2005）は、意見表明権は、小さな子どもにも大きな子どもにも適用される権利であると強調されている。「もっとも小さな子どもでさえ、その見解を表現する資格があり、それは子どもの年齢や成熟に従って、正当に重視される。なぜなら、小さな子どもは、自我意識を伴いながら、彼らの周囲の状況に敏感であり、急速に、彼らの生活における人、場所、日課についての認識を獲得する。子どもは、話したり、書いたりする言語習慣を通じてコミュニケーションが可能となるずっと以前に、多くの手段で、感情、考え、思いを伝えている」と述べられている。

(3) 児童福祉法上の意見表明権の保障の欠如児童養護施設への入所措置は、原則的に親権者の意に反して採ることはできないことになっているが（児福法二七条四項）、入所決定にあたり子どもの意見表明を保障する明文規定は存在しない。また、親権者が入所に同意しない場合の家庭裁判所の承認審判手続（児福法二八条）において、一五歳以上の子どもの意見聴取が義務付けられているが（特別家事審判規則一九条二項）ほとんどのケースでは、調査官が一回子どもと会って、話を聞くだけであることが指摘されている。なお、厚生労働省の通達である「児童相談所運営指針」では、児童相談所が施設入所を含め援助指針を策定するにあたって、事前に子どもや保護者等に対して児童相談所の案について十分説明を行い、その意向等を踏まえて作成することや、立てられた援助指針について、子ども及び保護者に説明し、可能な限り了解を得ておく、との記載があり子どもの意見表明権への配慮がみられるが、援助案の作成過程において、子どもの意見を親の意向や施設などの受け入れ先の状況からいったん独立させて考慮するという、子ども独自の意見表明権の位置づけの弱さ、また、児童相談所からの説明を理解し、発言できる子どもの意見表明しか保障されていないのではないか、すなわち本人の言語表現による意見表明権しか想定していないのではないかという問題がある。

子ども自身の意見表明権を保障することとあわせて、制度的に必要であるのが、子どもの代弁者（advocator）であると考えられる。児童福祉法制上、親の権利の保障のための適

正手続が欠落していることは従来から指摘されていたことであるが、ここでは、親の虐待に対して、児童相談所等の行政機関や児童養護施設は、子どもの利益を守る機関として指定されていた。しかしながら恩寵園事件で示されたように、施設が、人権侵害を行う場合や、行政機関が子どもの保護に関して適切に権限を行使しない場合がある。また、行政機関は措置権限を行使する際に、子どもの利益のみならず、施設の空き状況などの受け入れ側の体制を勘案しなければならない。措置権の内容性質上、完全に子どもの代弁者にはなりえない場合がある。行政機関や施設の、子どもの保護に対する判断が、必ずしも適切ではないことも十分ありえ、その場合、親権者が親であっても、親の監護能力の不足などにより実質的に親の親権に服していない子どもは、丸裸で行政機関、施設に対峙しなければならないことになる。また、子どもの意見表明は虐待を受けることが当然予測されるような親元に帰りたいというなど、言語表現だけを鵜呑みにできない場合もあり、非言語によるものも含め、さまざまな形で現れる。意見表明権の原理的な要請は、前述したように、年齢や知的発達に限定されないあらゆる子どもの意見表明を保障することを求めており、そのためには、子どもに関する諸科学のトレーニングを受けた専門家による子どもの意見の代弁が必要であると考えられる。

(4) 児童福祉領域における子どもの利益代理制度を採用している例として、イングランドの子ども法で規定された「子どもの後見人制度」がある。この制度が導入されたきっかけとなったのは、ケア命令により地方当局に保護されていた子どもが、命令が解除され、自宅に戻った直後に継父に殺害された事件があり、子どもの利益が親の利益とは別に代理されていれば、このような被害は避けられたと判断されたことであった。2000年の刑事司法および裁判所サービス法により、子どもの後見人は、組織的にも独立性を強化され、独立行政法人として、子どもおよび家庭裁判所助言および支援サービス(The Children and Family Court Advisory and Support Service 通称 CAFCASS)が創設された。子どもの後見人は、通常 CAFCASS に所属するソーシャルワーカーが任命されるが、独立性を担保するために、現在及び過去5年間に、地方当局の被用者であった者や当該子どものケアを提供する施設等の従事者であった者、当該子どもの保護観察官であった者は、任命できない。

子どもの利益代理は、私法領域においても採用されるが、子どもの保護手続(ケア命令、スーパーヴィジョン命令)において、裁判所は子どもの利益を保護するために必要性が認められないという条件を満たさない限り、子

どもの後見人を任命しなければならない。子どもの独立した代理は、児童福祉手続における規範となっている。

子どもの後見人は、通常、ソーシャルワーク理論と子ども保護法の両方に精通した知識を持つソーシャルワーカーの資格を有する者から任命され、裁判所の代わりに独立して調査を行い、かつ、子どもの代弁者としての役割を担う。さらに、子どものために、子どもの見解が裁判所に届けられることを確保するよう行動することを法律家に指示する。

法および裁判所規則は、子どもの後見人の義務を具体的に規定している。子どもの代理に関する専門官すべてに共通する義務として、それぞれの任務の遂行において、89年子ども法の一般原則である、「決定の遅れが子どもの福祉を侵害する恐れがある」という原則(s1(2))、および、以下の事項(s1(3))を考慮しなければならない。①年齢と理解力を考慮して、子どもの確かめうる希望と感情、②子どもの身体的、情緒的、教育的ニーズ、③子どもの状況の変化が子どもに及ぼす恐れのある影響、④子どもの年齢、性別、背景および関連すると考えられる子どもの特徴、⑤子どもが受けた被害、または受ける危険のある被害、⑥子どもの両親またはその問題に関連すると考える者が、子どものニーズを満たすどの程度の能力があるか。さらに、この義務を果たすための調査を行わなければならない。特に、①適当と思われる者または裁判所に指示された者と接触もしくは面談をしなければならない。または②適切と思われるもしくは裁判所が指示した専門家の助言を求めなければならない(FPR1991, r4.11(1)(2))。

加えて、子どもの後見人の独自の権限および義務が規定されている。子どもとの直接の関係を規定するものとして以下のものがある。子どもの後見人は、子どもを代理するためにソリシタを任命し、理解力に照らして適切な助言を子どもに与え、かつ、子どもの利益にかかわるすべての問題に関して、ソリシタを指示する(FPR1991, r4.11A(1))。また、すべての指示された約束、および、聴聞に出席し、次に挙げる問題に関して裁判所に助言を与えなければならない。(a) 裁判所が、要求、指示、又は、命令を下す権限を持つ、医学的または精神医学的検査またはその他のアセスメントに応ずることを、子どもが拒否することを含め、当該目的のために子どもが十分な理解力を有しているかどうか。(b) 子どもの出廷を含めた手続に関連する問題にかんする子どもの希望。(c) 手続のための適切な法廷。(d) 手続の適切な時機と関与。(e) 利用可能な選択肢、および、申立ての決定に際してどの命令が出されるべきかということを含め、そのような選択肢の適切性。(f) 裁判所が助言を求めるその他の問題、または、裁判所が情報を与えら

れるべきであると子どもの後見人が考える問題(FPRI1991, 4. 11A(4))。

また、子どもの後見人は、裁判所による決定について、①子どもの年齢、理解力にふさわしいと考えられる場合、子どもがその決定を告知されること、および、②子どもが決定を告知される場合には、子どもの年齢および理解力にふさわしい方法で説明されることを確保しなければならない(FPRI1991, 4. 11A(10))。(参照、Andrew Bainham, Children The Modern Law at 584, 2005)

(5) 子どもの意見表明権の展開

CAF/CASS におけるさまざまな子どもの利益代理活動のガイドラインとして、子どもの意見表明権を中核とした、子どもの手続的権利の展開がある。その内容は以下の通りである。

(CAF/CASS, Children's Rights in Practice)

①子どもは観察され、耳をかたむけられ、理解される権利がある。子どもの声に耳をかたむけ、共感的で公正な大人が子どもの将来の福祉を促進するために必要なことを聞き取り理解するための準備の限りにおいて、子どもの希望は採用される。

②応答する権利。子どもについての効果的な決定をするために、裁判所は、複雑な関連する情報を直ちに理解しなければならないが、さまざまな当事者の利益が代理されており、かならずしも、子どものニーズや希望や感情が、中心におかれていると言えない場合がある。子どもについて表明された意見に対し、子ども自身が異議を申し立てる権利は、アセスメントにおける不正確さや誤解への異議申し立ての機会を与えることになると同時に、人生に影響を与える決定に関与することを励ます。

③十分に情報を与えられる権利。子どもは、あらゆる利用可能な情報を自分のものにできなければ、不安になりストレスの下におかれる。この権利は、情報を明確にする機会と問題を再検討する機会を子どもに与える。

④積極的に関与する権利。子どもは彼らのためになされる決定という処方箋の客体とみなされるべきではなく、大人として我々自身が期待するのと同じように尊敬をもって扱われるべきである。子どもは常に、裁判所に彼らの状況に関する彼らの見解を伝える機会を与えられるべきである。

⑤圧力のもとにおかれぬ権利。子どもの利益を適切に守ることを確保するために、子どもにとって正しいことを選択の責任を自らが背負っていると子どもに感じさせてはならない。

(6) 以上のように、イングランドでは、子どもの権利条約、子どもの権利の行使に関するヨーロッパ人権条約を根拠に、子どもの意見表

明権をさらに具体化かつ精密化する作業がなされ、実践報告書においては、以上の権利保障が、実務上子どもの決定にかかわり重要な役割を果たしていることが指摘されている。

この子どもの意見表明権の展開から指摘できることは、子どもの意見表明は単なる決定に影響を与える判断材料として扱われるだけではなく、年齢や発達に応じた主体的な手続への参加を保障されることが、子どもの成長発達にとってかかすことのできないプロセスであるという認識である。

(7) 今後の課題

日本の児童福祉手続における利益代理制度の創設にあたっては、意見表明権の具体化として、子どもの手続への主体的な参加の保障を中核にすべきであることが明らかになった。

今後の課題として、保護の客体から、積極的な権利の主体として、すべての子どもの手続に参加する権利をどう構築していくか、また、参加が子どもや親に与える心理的、社会的影響についても、検証が必要となってくるであろう。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔雑誌論文〕(計1件)

小泉広子、保育所民営化裁判の検討、日本教育法学会年報、査読無、38号、2009、78-89

〔学会発表〕(計1件)

小泉広子、保育所民営化裁判の検討、日本教育法学会、2008年6月1日、広島修道大学

〔図書〕(計1件)

小泉広子、他、勁草書房、『分権時代と自治体法学』「自治体福祉行政における子ども独自の利益代理の必要性」、2007、547(465-487)

6. 研究組織

(1) 研究代表者

小泉 広子 (KOIZUMI HIROKO)

桜美林大学・総合科学系・准教授

研究者番号：40341573