

「他者」としての子どもの最善の利益

——「最も害悪の少ない選択肢」の基準をめぐって——

大 西 健 司^{*}

- I 本稿の目的
- II 解釈主義的子ども観と最善の利益原則
- III 「最も害悪の少ない選択肢」の基準
- IV 結びに代えて

I 本稿の目的

本稿の目的は、子どもの最善の利益原則に含まれる問題を、その背景をなす子ども観にさかのぼりつつ、子どもの「他者 (the Other)」性という観点から問い直すことである。

子どもの最善の利益原則とは、国連子どもの権利条約 3 条 1 項が定める同条約の一般原則の 1 つであり、「児童に関するすべての措置をとるに当たっては、……児童の最善の利益が主として考慮される」¹⁾ことをその内容とするものである。日本においては、1994 年の同条約への加入に伴い同原則が法的拘束力を有するに至り、以来国内裁判等における判断基準として機能していることなどから²⁾、同原則は、——憲法上の位置づけこそもないものの——子どもの権利保障に関わる重要な法制度の 1 つとして位置づけられることになる。

同条約は、子どもの最善の利益の確保を「最重要の目的」としながらも、あく

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 22 巻第 3 号 2023 年 11 月 ISSN 1347-0388

※ 杏林大学総合政策学部准教授

1) 政府訳による。

2) 新井信之『憲法と国際人権の諸相』（成文堂、2022）125 頁。

まで子どもを「独立した人格を有する権利行使の主体」³⁾として尊重する一方、同原則をめぐってはなお「子どもの最善の利益という名のもとで、子どもの権利の実現が阻まれる可能性」⁴⁾が指摘されている。背景にあるのは、同条約が想定する上記のような子ども観と現実との間に存在する大きな乖離である。たとえば社会学者のジェンス・クヴォルトルuppによれば、同条約の成立後もなお、子どもは大人による教育や保護の「受動的な受け手」や社会化の「客体」、あるいは家族の「財産 (property)」として、「いまだ人間に非ざる」不完全な存在にとどまるとされ⁵⁾、さらに子どもの権利の研究者であるアンネ・スミスによれば、子どもは社会的関心の「不可視で無言の客体」であり、世界に対して独自の視点を有する主体 (agent) として理解されてこなかった結果⁶⁾、「子どもの最善の利益原則はその字義に反し、その内実をめぐる判断のほぼすべてを、子ども自身の見解ではなく大人が真実だと考えるところに依拠するものとなっている」⁷⁾。

いうまでもなく、子どもの最善の利益という概念自体、あくまで大人により生み出されたものである。さらに、その内容を定義する条文や判断基準となるガイドラインなども存在しない⁸⁾。そのような状況の下で、最善の利益についての判断が当事者である子ども自身の見解を排しつつ大人の手により一方的に行われるとすれば、果たしてそれにどれほどの意味がありうるのかという根本的な疑問が生じることになる。

この点に関して、子どもの権利条約は、子どもの最善の利益を確定するための手続的権利として意見表明権を保障している。しかし、この手続への子どもの参加は、実際には著しく形骸化しているといわざるを得ない状況が、様々な国にお

3) 同前・288頁。

4) 永井憲一ほか『新解説子どもの権利条約』(日本評論社、2000) 50頁。

5) See, JENS QVORTRUP, *Childhood Matters: An Introduction*, JENS QVORTRUP ET AL. (ED.), *CHILDHOOD MATTERS: SOCIAL THEORY, PRACTICE AND POLITICS* (Avebury, 1994) at 1-23.

6) See, ANNE B. SMITH, *Rethinking Childhood: Their Inclusion of Children's Voice*, YAIR RONEN & CHARLES W. GREENBAUM (ED.), *THE CASE FOR THE CHILD: TOWARDS A NEW AGENDA* (Intersentia, 2008) at 15.

7) *Id.* at 19-20.

8) 永井ほか・前掲脚注4)・50頁を参照。

いて生じている。たとえばイギリスにおいては、立法を通じて子どもの福祉に関わる様々な手続への参加を子どもに保障する一方、「手続の中で子どもの声は聴取こそされても、実際に考慮されることはほとんどない」⁹⁾——聴取すれども考慮せず——という状況にある。他方、日本においても、たとえば子どもの面会交流をめぐる手続において、家庭裁判所の調査官調査によって子どもの意見聴取が実施される一方、特に子どもの年齢が低い場合（15歳未満）、その意見が考慮されることは「極めて限定的」な場合に限られるとされる¹⁰⁾。

それでは、最善の利益を名目とする大人の判断が、子どもの意見の軽視ばかりか、その意思に反する形で押し付けられる事態を回避するために、果たして何が必要か。後述するように、子どもの最善の利益原則をめぐっては、上記のような状況を踏まえて同原則自体を不要とする立場すら存在している。不要論にまで行きつくべきか否かはともかく、少なくとも同原則のあり方を再検討することは必要であろう。

以上のような問題意識の下で本稿が取り上げるのが、子どもの最善の利益の内実を「最も害悪の少ない選択肢（The Least Detrimental Alternative）」の基準（以下「LDAの基準」という。）に基づいて確定しようと試みる立場である。ジョセフ・ゴールドスタインら3名の研究者による共著¹¹⁾によって展開されるLDAの基準は、後述のようにその射程（適用範囲）にこそ限界を有するものの、子どもの最善の利益原則の適用のあり方に大きな転換をもたらす契機を提供するものとして注目される。

構成としては、まず前述の子ども観の観点から子どもの最善の利益原則に対し

9) See, TOVAH LIGHTENSTEIN, *Children's Rights and the Child Welfare Paradigm: A Comparative Analysis*, YA'IR RONEN & CHARLES W. GREENBAUM (ED.), *THE CASE FOR THE CHILD: TOWARDS A NEW AGENDA* (Intersentia, 2008) at 172.

10) 岡村晴美「親権、面会交流に関する家裁実務からみえること」熊上崇・岡村晴美編『面会交流と共同親権：当事者の声と海外の法制度』（明石書店、2023）91頁以下を参照。

11) JOSEPH GOLDSTEIN, ANNA FREUD AND ALBERT J. SOLNIT, *BEYOND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD* (The Free Press, 1973). [中沢たえ子訳・島津一郎監修『子の福祉を超えて：精神分析と良識による監護紛争の解決』（岩崎学術出版、1990）]. 3名による共著は本書を含め三部作から構成されているが、本稿ではさしあたりLDAの基準そのものに焦点を当てた本書のみを検討の対象とする。

で批判的な立場をとるスミスの論考¹²⁾を検討し(Ⅱ)、これを踏まえて、最善の利益原則の適用に伴う問題の克服を試みる上でLDAの基準がいかなる意味をもちうるのかを考察する(Ⅲ)。最後に、本稿のまとめと残された課題を確認する(Ⅳ)。

Ⅱ 解釈主義的孩子観と最善の利益原則

(1) 概要

最善の利益原則をめぐるスミスの議論は、現在支配的な子ども観のありようを批判的に参照しつつ、子ども期(childhood)概念の再構築の必要性を指摘することから出発する。

前述のように、いわゆる解放論的立場から子どもの権利主体性を強調する国際条約の成立にもかかわらず、いまだ社会には客体的ないし所有物(財産)的子ども観が浸透しており、その中で、子どもが大人と異なる独自の視点の主体であるとの認識は極めて希薄な状況にある。国連子どもの権利条約12条1項は「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」¹³⁾(意見表明権)を保障しているが、スミスによれば、こうした子ども観が支配的であるために、子どもが自らの意見を表明した場合においても、(たとえば)それは子どもに影響力を及ぼしうる他の大人の見解の反映に過ぎないとの想定が働くことで、結果的に子どもの声は無効化(mute)されてしまう傾向にある¹⁴⁾。

この種の想定が最も強く成り立つ領域の1つが家族である。イギリスの社会学者アン・オークリーによれば、伝統的に「子どもは女性とともに社会的マイノリティー集団のメンバー」であるという「重要な社会的特徴を共有」しており、それゆえに彼らはさまざまな困難——権利の相対的欠如、物質的不平等——に直面することになる一方、こうした困難の存在はすべて「『家族』というイデオロギ

12) SMITH, *supra* note 6.

13) 政府訳による。

14) See, SMITH, *supra* note 6, at 16.

一装置」の内側に覆い隠されてしまう¹⁵⁾。「不平等な力関係」、「資源の不平等な分配」および「判然とまたは秘密裡に行われる身体的・精神的虐待」という「家族生活の特徴」は、女性ばかりでなく子どもに対しても大きな影響を及ぼし、その結果、家族の中で子ども存在は社会一般においてよりも一層不可視化・無力化されていく¹⁶⁾。最善の利益という概念は、このような権力構造を背景に、大人（特に男性）が子どもの保護者ないしその利益の代表者として、彼（彼女）が何を望み、何を必要としているのかを本人から確かめるのではなく、「親は子の最善の利益を知りうる」との想定の下で自らの判断をそれに代置させるというパターンリズムを本質とするものである¹⁷⁾。オークリーによれば、こうした最善の利益は結局のところ「保護される者は自分の面倒を自分で見ることができないとみなされるからこそ保護されなければならない」という「保護に見せかけた排除と統制の哲学」に還元されうる一方¹⁸⁾、大人（親）が「子ども自身の視点や声」を積極的に引き出すという役割を一切果たすことがないままに子どもの代表者であり続けるという危険を生み出すことになる¹⁹⁾。

他方、この種の危険が生じうる領域は家族ばかりではない。スミスによれば、子どもの支援に携わる専門家集団もまた、支援の枠組みの設定において子どもの視点を排除するという過ちを犯してきた²⁰⁾。その弊害が最も大きく現れる場面の1つが両親の離婚や離別、再婚に際して子どもの処遇を決定する手続であり、多くの国において裁判所による子どもの意見聴取の手続が制度化されているにもかかわらず、その実効性は極めて疑わしい状況にあるばかりか、この種の紛争においては子どもの声がより顕著に無効化（mute）される傾向すらあることが指摘されている²¹⁾。

スミスによれば、このような子どもの声の無効化ないし視点の軽視と並行する

15) See, ANN OAKLEY, *Women and Children First and Last: Parallels and differences Between Children's and Women's Studies*, BERRY MAYALL (ED.), CHILDREN'S CHILDHOODS: OBSERVED AND EXPERIENCED (Falmer Pre., 1994) at 14-18.

16) See, *id* at 16-18.

17) See, *id* at 16.

18) See, *id*. 鍵括弧内の傍点は筆者による。

19) See, *id* at 20.

20) See, SMITH, *supra* note 6, at 16.

形で生起しているのが、「子ども存在の一般化 (generalization)」という問題である。子ども存在の一般化とは、個別の子どもから彼(彼女)の視点や経験、それに対してなされる意味付けを捨象する営みを指し、こうして導かれる一般的な子ども存在は、法が普遍性という性格を伴うことと相まって、時や場所を超えてあらゆる子どもに適用される普遍的な子ども法制を生み出すことになる²²⁾。これにより、たとえば離婚や離別などの家族をめぐる紛争に巻き込まれた子どもに関して大人の行う決定が、紛争の渦中にある子ども自身の視点や経験によってではなく、もっぱら抽象化された子どもに対して大人の抱く想定によって規定され²³⁾、あるいは現実の子どもの視点・経験から導かれるニーズから乖離した政策が策定されるといった弊害が生じうる²⁴⁾。

そこで、こうした状況の転換に向けてスミスが着目するのが、子ども期の概念およびその再構築の必要性である。様々な論者が指摘するように、そもそも子ども存在、すなわち人間の生涯における子ども期のありようとは、決して自明なものではない。たとえば、アメリカの思想家シュラミス・ファイアストーンは「子ども期とは核家族の付属物として発明されたものである」²⁵⁾と断じる一方、先述のオークリーは「われわれが学ぶのは子どもの視点ではなく、子ども期に対する大人の概念である。だからこそ、子どもの無能力という前提は、こうした理論に共通するものであり、それが理論の最大の特徴をなしている。この意味で、子ども期の概念に関する研究のほとんどは大人主義的なものであり、また圧倒的に階

21) See, *id* at 29. たとえばイギリスでは前述のように子どもの意見表明手続を整備しながら、その実態は「聴取すれども考慮せず」と評される状況にあるが、特に面会交流に関する意見聴取においては「親との交流が子の利益になるという確固たる姿勢と、別居親による同居親の阻害行為の主張から、交流を拒絶する『子の意思』までも排除されてしまう可能性があることの問題がある」とされる(高田恭子「面会交流の法的性質：英国における司法手続きの分析から」立命館法学 369・370号(2016) 392頁)。同種の手続に関する日本の状況については、脚注10文献を参照。

22) See, *id* at 18.

23) たとえば、別居親との面会を拒む子どもの意思をいわゆる片親疎外論に基づき軽視しつつ面会交流を命じる決定は、その典型的な例の1つである。片親疎外論については、高田・前掲脚注16)・382頁以下を参照。

24) See, SMITH, *supra* note 6, at 19.

25) SHULAMITH FIRESTONE, THE DIALECTIC OF SEX: THE CASE FOR FEMINIST REVOLUTION (William Morrow and Company, 1970) at 85.

級主義的なものである」²⁶⁾と述べるなど、子ども期を単なる事実としてではなく、むしろ大人の視点を軸として社会的に構築された概念として捉える見方が有力に提示されている。

スミスは、こうした見解を背景に子ども期が社会的構築の所産であることを前提としつつ、子ども期を「意味の積極的共同構築者であり、なおかつ子ども期の専門家でもある社会的行為者 (social actors)」²⁷⁾として捉えなおすべきであると主張する。彼女によれば、子どもは従来の子どもの観及びこれに基づく子ども期概念の下で「伝統的に発言権と可視性を欠いてきた」²⁸⁾ところ、子ども期の概念を上記のように再構成することは、「社会的行為者としての子どもの概念を具体化し、将来における子ども期の状態を改善することに向けて、子どもの生や経験に対する彼ら自身の視点を不可欠の情報 (input) として包摂すること」²⁹⁾につながりうる。

このスミスの主張の眼目は、決して上述のような子ども－大人間の差異を無視することにあるわけではない。問題は、「親や教師、あるいは他の大人の視点のみから子どものことを調査しても、そのほんの一部分しか判明しない」ために、この「パズルの欠けた部分の解明」に「これまでしばしば無視されてきた子ども固有の視点」が不可欠となることである³⁰⁾。したがって、このような子どもの視点が大人に対して与える意味とは、子どもの意見を額面どおりに受け取ることではなく、たとえば「子どもがいかに好奇心を持ち、恐れを抱き、幸福を感じ、不安に襲われ、そして何を内省し、楽しんでいるのか。あるいは彼らが独力で何をなすことができ、何に困難を感じ、どこに助力を求めているのか」³¹⁾といったことへの傾聴や観察を通じて、大人自身が子どもの立場に身を置き、想像をめぐらすことにあるとされる。自己の視点を反映した意見表明を通じて子ども自身が政策決定過程に参画することは、彼らが政治的な目的のために搾取される危険性、

26) OAKLEY, *supra* note 15, at 22-23.

27) SMITH, *supra* note 6, at 15.

28) *Id.*

29) *Id.*

30) *Id.* at 16.

31) *Id.*

あるいは彼らの主要な関心が看過される危険性を減少させうる³²⁾。

他方で、こうした形で子どもが主体的に社会や政治の過程に参画するためには、子どもの意見を傾聴する大人の存在が不可欠の前提となる。スミスによれば、このような大人が存在することではじめて「子どもは聡明で、自分自身の意見を表明しつつ良い選択や決定をなすことができ、またあらゆる活動に参加する」³³⁾ことが可能となる。

では、大人はこの傾聴を果たす上で具体的には何をなすべきなのか。直ちに求められることは、上述のような発言 (voice) を行う権利を含める形で子ども期のありようを再考することである。その上で、子どもが発言権を行使する上で前提となる能力を獲得するためには、子ども独自の視点を発達させるための「空間、支援および機会」³⁴⁾を提供することが必要となる。なぜなら、発言能力を含むさまざまな能力の発達それ自体は子ども自身の営みであるものの、そのためには子どもが他者 (大人) と共同して理解や知識を構築していくような相互的關係性の存在が不可欠となるためである³⁵⁾。スミスによれば、子どもが発言能力を獲得・発達させていく上でその鍵となるのがこの相互的關係性であり、大人はこの關係性において子どもの声や視点に対して十分に注意を払い、子どもが自らの主体性を高める機会を与える義務を負うべきであるとされる³⁶⁾。大人は、こうした親密な關係性の下で子どもとの間に「間主観性」を確立することを通じて、子どもがもつ知識や理解の程度に関する認識を子どもと共有した上で、彼 (彼女) の発達を促進し、あるいはその主体性を支持するための適切な「足場 (scaffolding)」を提供することができる³⁷⁾。

子ども存在をめぐる「解釈主義 (interpretivism)」とは、以上のような相互的關係性の存在を前提としつつ、「子どもが人生のさまざまな文脈の中で自己の経験に対して構築する意味をより優先し、子どもに集団としての発言権を承認す

32) *Id.*

33) *Id.*

34) *Id.* at 17.

35) *See, id.*

36) *See, id.*

37) *See, id.*

る」³⁸⁾立場を指す。先述の子ども存在の一般化とよばれる現象に対する異議申し立てとして位置づけられるこの立場は³⁹⁾、自己に影響を及ぼす事項について意見を聴取される権利（意見表明権）、そして研究者や政策立案者が子どもの視点により注意を払うことの重要性を支持するものである⁴⁰⁾。

スミスが上述のような子ども期概念を唱える背後には、この解釈主義に基づき親との離別をはじめとする困難な経験に対する子ども自身の解釈を精査することにより、大人は従来の子ども観の下では捉えることの困難な能力、すなわちさまざまな困難に対処するための「自己の考えや戦略を熟慮し、導き出すことのできる社会的行為者」⁴¹⁾としての能力を備えた存在として子どもを捉えなおすことが可能になるとの理解が存在している。スミスによれば、解釈主義に基づくこうした認識の転換は、子どもは無能力であるとの広く受け入れられた想定を覆すとともに、従来の客体的子ども観から「世界に寄与し、これを道徳的に解釈し、さらに決定過程に参画する主体（agent）」へと、子ども観の大きな変容をもたらしている⁴²⁾。

(2) 問題の所在

しかしながら、子どもの最善の利益原則をめぐる現状は、スミスの提示する子ども期のありようとは大きく乖離した状況にある。既に述べてきたように、子どもの権利条約は子どもの最善の利益を確定するための手続的権利として意見表明権を保障する一方、子どもが意見聴取手続の中で発した声は考慮の対象とならず無効化（mute）されてしまう傾向にあることが、多くの論者によって指摘されている。

スミスによれば、最善の利益の観念は、とりわけ親の離婚後の子どもの状態に関する「重要な考慮事項」であるものの、その内実はもっぱら当該子どもにとっての是非を判断する専門家によって決せられてきた⁴³⁾。その背後には、そもそ

38) *Id* at 19.

39) *See, id* at 20.

40) *See, id.*

41) *Id* at 30.

42) *See, id.*

も子どもの意見がどこまで考慮されるべきか自体が専門家にゆだねられているという事情が存在しているとされるが⁴⁴⁾、スミスはこうした事態を踏まえつつ、最善の利益原則は子どもの視点や声に即したものではありません、したがって、それを子どもに対する法的決定の基礎とすることは「もはや不適切」であると断じる⁴⁵⁾。専門家の果たすべき役割とは最善の利益原則に拘束されることなく、むしろ、子どものために行動する上で子どもが大人に何を提供しなければならないかを理解することである⁴⁶⁾——これが、以上の議論を通じてスミスが導く結論である。

(3) 考察

法を制定し、運用する主体は大人である。その大人が子どもをどのような存在として認識しているか——いかなる子ども観を抱いているか——ということは、子どもの権利や法的地位の保障に対して論理的に先行する問題である。同じ権利や法的地位の保障であっても、その内実は子ども観のありようにより大きく異なりうるため、子ども観の変容はこれらに対して大きなインパクトをもちうる。

問題は、この子どもの権利保障や法的地位の前提をなす子ども観が、現在においてなお、客体的・所有物的子ども観により支配されていることである。とりわけ子どもの最善の利益原則をめぐるのは、オークリーが指摘するように「親（大人）は子の最善の利益を知りうる」という想定が暗黙裡に働くことにより⁴⁷⁾、同原則が親や専門家などの大人の判断を代置させるためのパターンリズムとして機能する反面、本人（子ども）が何を望み、何を必要としているのかを伝えるために発する声は、それが大人の想定に反する限り無効化されうることには繰り返し見たとおりである。

子どもの権利や法的地位の保障に関わるこうした暗黙の想定を覆すためには、大人とは異なる子ども独自の視点や声を法制度そのものに反映させる必要がある。

43) *See, id* at 31.

44) *See, id.*

45) *See, id.*

46) *See, id* at 31–33.

47) *See, OAKLEY, supra* note 15, at 16.

しかし、それは決して容易なことではない⁴⁸⁾。既述のように、スミスはこの問題に対して子ども期概念の再構築という処方箋を提示するが、この概念構築の前提をなす解釈主義的アプローチ自体が、条約や国内法を通じた権利保障にもかかわらず適用が困難である現状を深刻に受け止める必要があるように思われる。

それでは、この隘路ともいべき状況からどのようにすれば脱却することができるのか。

ここで、問題解決の糸口となりうるものとして本稿が着目するのが、子どもの他性である。なぜなら、子どもを社会的行為者として位置づけるスミスの主張はもちろん、その前提をなす解釈主義的アプローチそれ自体もまた、子どもを大人と異なる「他者 (the Other)」⁴⁹⁾として捉えることではじめて成り立つものと考えられるためである。子どもを、自己 (大人) の所有物としてその「意のままに解釈されうる対象」⁵⁰⁾ (= 同化や了解の対象) と捉えるのではなく、自己と異なる視点に基づく発話 (voice) を通じて「自己の理解の問い直し」⁵¹⁾を迫る「他者」として把握するからこそ、大人は「子どもが人生のさまざまな文脈の中で自己の経験に対して構築する意味をより優先し、子どもに集団としての発言権を承認する」ことができるはずである。

問題の根底にあるのが、法的手続における子どもという「他者」の不在、あるいはそれを通じた子どもの他性の喪失であるとするれば、スミスが「不適切」と断じる子どもの最善の利益原則についても、その適用過程においてなお子どもが他性を保持しうるとな別異の解釈が可能であるならば、その放棄を回避することができるのではないか。

他方で、最善の利益原則を維持するとなれば、子どもの最善の利益を最終的に

48) クヴォルトルuppが指摘するように、子どもに関する望ましい法制度の在り方を調査・研究する過程で子ども自身に自己を代弁する機会を与えることは、それが大人の想定を脅かしうることを理由に、しばしば「正しき科学的行動のルール」に違反しているとみなされる。See, QVORTURUP, *supra* note 5.

49) 現象学的「他者 (the Other)」の概念が子どもの権利論に対してもちうる意義につき、拙稿「関係的権利論における応答の概念」一橋法学 16 卷 3 号 (2017) 209 頁以下を参照。

50) 小手川正二郎「他人を理解すること：レヴィナスの理性論序説」人文 12 号 (2014) 32-33 頁。

51) 同前・33 頁。

判断する主体はあくまで大人であることになる。その中でなお子どもの他性の侵害を抑制するためには、大人による判断過程を統制する客観的な基準を定立するほかはない。では、そのような基準とは果たしていかなるものでありうるのか。

Ⅲ 「最も害悪の少ない選択肢」の基準

このような問題意識の下で本稿が着目するのが、「最も害悪の少ない選択肢(LDA)」の基準である。本章では、LDAの基準の概要を紹介した上で、この基準が、子どもの最善の利益原則の適用過程における子どもの他性の侵害の問題に對しいかなる意味をもちうるのかを検討する。

(1) 概要

はじめに断りを入れておくと、LDAの基準は子どもの最善の利益の確定に向けられたものではあるが、その射程は「子どもの養育付託(child placement)」⁵²⁾の問題に限定されている。子どもの養育付託とは、親子関係の形成・規制・再編成に関連するすべての立法、司法、行政上の決定を指し、子どもの親となるべき者を決定する、さまざまな形式の下での法的手続(出生証明書の交付、放任、遺棄、児童虐待、里親委託、養子縁組、非行、婚姻の無効・取り消し、別居、離婚後の子の監護など)を広く含むものとされる⁵³⁾。

ゴールドスタインらによれば、この養育付託において重要なことは「子どもの外的環境の操作により、法がどのようにしてまたどこまで子どもの身体的成長と情緒的発達を守ることができるか」⁵⁴⁾であるとされるが、こうした問題意識の背後には、およそ子どもが成長・発達を遂げる上で「(少なくとも)ひとりの大人との間の愛情と刺激の関係の不断の継続」⁵⁵⁾が不可欠であるとする精神分析学の理論が存在している。

52) GOLDSTEIN ET AL., *supra* note 11, at 3. [邦訳、3頁]。以下、括弧中の訳文は邦訳を参照しつつ筆者独自の翻訳を加えている。

53) *See, id* at 3. [邦訳、4頁]。

54) *Id.* [邦訳、5頁]。

55) *Id.* [邦訳、5頁]。括弧内は筆者による。

この子どもと「大人との間の愛情と刺激の関係」は、「心理的な親」と「望まれた子ども (wanted child)」との間において形成される人間関係を指す⁵⁶⁾。心理的な親とは、「生物上の親」——子どもを生産し、血縁関係にある親——と異なり、日々の親密な共同生活の中で、子どものニーズを現に満たす役割を果たしている親を意味する⁵⁷⁾。子どもはこのような役割を果たす大人との間においてのみ、自己が大切にされ「望まれている」と感じる心理的関係を築くことができる一方、この心理的な親の役割は、生物上の親であるか養親であるかを問わず、いかなる大人であっても果たすことが可能であるとされる。他方、ゴールドスタインらによれば、子どもと大人との間にこのような心理的な親子関係が築かれた場合であっても、それが一方的なものである限りなお不完全なものにとどまる。子どもが大人との間に「愛情と刺激の関係」を築くためには、心理的な親の存在とともに、この心理的な親が子どもに愛情を抱き、大切にし、そして望んでいるという相互的な関係が成り立つことも必要であり、そのような親子関係の下での子どもを望まれた子という⁵⁸⁾。

以上のことを前提に、子どもの養育付託の問題に関し、従来の子どもの最善の利益の基準に代わる一般的な判断基準としてゴールドスタインらが提案するのが「子どもの成長・発達を保障するための最も害悪の少ない選択肢」⁵⁹⁾の基準 (LDA の基準) である。

LDA の基準の狙いは極めてシンプルなものである。それは、子どもの成長・発達とは彼 (彼女) が自ら親と感じる大人——心理的な親——との相互的な関係の中で独自に成し遂げる営みであり、法がなしうことはただその相互的な関係を保護することにとどまる一方、それを超えて、成長・発達のありようを大人 (特に養育付託に関する決定を行う裁判官) が取り決め最善の利益として押し付けること⁶⁰⁾は、子どもの健全な成長・発達を阻害するため許されないというものである。

56) *See, id* at 17-23. [邦訳、15-18 頁].

57) *See, id* at 17-20. [邦訳、15-16 頁].

58) *See, id* at 20-23. [邦訳、17-18 頁].

59) *Id.* at 53. [邦訳、63 頁].

60) その典型は、別居親との面会交流を命じる決定である (詳細は後述)。

ゴールドスタインらは、このLDAの基準の意義を「子どもの時間感覚を考慮し、望まれた子となる機会を保障し、かつ心理的な親となる少なくとも1人の大人との間の無条件の永続的な関係の継続を可能とする子どもの養育付託およびその手続」⁶¹⁾として定義しつつ、さらに、この基準に基づき具体的な決定を下す者(裁判官)が従うべき3つのガイドラインを提案している。

第1のガイドラインは、「養育付託の決定は、情緒関係の継続性に対する子どものニーズを保障するものでなければならない」⁶²⁾というものである。ゴールドスタインらによれば、子どもの成長・発達においては「継続的な情緒関係、継続的な環境の影響および安定した外部関係」の存在が不可欠であるところ⁶³⁾、このガイドラインは、養子縁組や監護権、里親委託等を規律する法の適用において、「子どもの養育付託はすべて最終的かつ無条件のものでなければならず、仮の決定により子どもを動かしてはならない」ことを含意する⁶⁴⁾。これによれば、たとえば離婚・別居後の子の監護決定に際し、面会交流のような特別な条件を付すことは、それ自体継続性の原則と衝突する可能性がある。二人の親がともに心理的な親にあたる場合であっても、両者の関係が良好でない場合、子どもが二人の親と同時に情緒的接触を保ち、情緒的な接触から利益を得ることは困難であるためである⁶⁵⁾。したがって、裁判所は一度監護親を決定したのちに、非監護親に対して法的に強制しうる面会交流権を与えることはできないものとされる⁶⁶⁾。

第2のガイドラインは、「養育付託の決定が、大人の時間感覚ではなく、子どもの時間感覚に合わせる」⁶⁷⁾ことを要求する。ゴールドスタインらによれば、大人は時間の長さをカレンダーや時計により客観的に計測しつつ将来を予測する能力をもつ一方、子どもは「完全に現在に生きる存在」であり、「性急さと欲求不満という主観的な感情」によってのみ時間を把握する⁶⁸⁾。養育付託に際して問

61) *Id* at 99. [邦訳、104頁].

62) *Id* at 31. [邦訳、33頁].

63) *Id* at 31-32. [邦訳、同].

64) *Id* at 35. [邦訳、35-36頁].

65) とりわけ二人の親が憎しみあっている場合には子どもに忠誠葛藤が生じ、結果的に二人の親との良好な関係が破壊されうるとされる。

66) *See, id* at 37-38. [邦訳、38頁].

67) *Id* at 40. [邦訳、40頁].

題となる「親の不在」が子どもに及ぼす影響については、その期間の長短や子どもの発達の段階により異なりうるものの、一般に年齢が幼いほど親との分離が「深い無力感を伴う親の喪失感」に至るまでに要する時間が短い⁶⁹⁾。したがって、養育付託をめぐる紛争においては、従来の親子関係の修復かそれに代わる新たな親子関係の形成のいずれかを決定しなければならないが、その過程で子どもが回復不能な心理的傷害を負う結果を避けるため、その事件は緊急事件としての扱いを要し、可能な限り迅速に解決されなければならない⁷⁰⁾。

最後に、第3のガイドラインによれば、「養育付託の決定の際には、法には情緒関係を規制する力がないこと、およびわれわれの知識では長期的予測を立てることができないことを考慮しなければならない」⁷¹⁾。本ガイドラインの背後にあるのは、法は人間の情緒生活に対しては「粗野な道具」であり、裁判所に可能なことは、既に心理的親との情緒関係が存在する場合にそれを承認し、情緒関係がこれから形成される場合にはその可能性を保障することにとどまる、という認識である⁷²⁾。こうした認識によれば、「法は、人間関係を破壊することはできるが、強制によって人間関係を形成することはでき」ず、さらに法には将来を予測する能力が欠けるため、養育に関する諸問題（教育、面接交渉、健康管理や宗教など）について特別の条件を設定した場合であっても、それが長期にわたるほどその妥当性は疑わしく、またその条件の順守の要求も困難となる⁷³⁾。

そこでゴールドスタインらは、「人間の情緒関係に対しては、国家の介入よりも私的な秩序形成が望ましい」⁷⁴⁾とした上で、養育付託に関して法がなしうる将来の予見としての決定を、上述の2つのガイドラインも踏まえつつ、次の3つのものに限定する。1つは、決定の時点で養育付託ができる大人が複数に上る場合にそのうち誰が心理的親となりうるかを特定することであり、2つ目は、既にそ

68) *See, id.* [邦訳、40頁]。

69) *See, id.* at 42. [邦訳、41頁]。

70) *See, id.* at 42-43. [邦訳、41-42頁]。

71) *Id.* at 49. [邦訳、47頁]。

72) *See, id.* at 49-50. [邦訳、47頁]。

73) *See, id.* at 50. [邦訳、47-48頁]。

74) *Id.* at 50. [邦訳、48頁]。

のような情緒関係を持ち続けている大人が存在する場合には、同じ資質を持つが情緒関係がない他の大人よりも親として適任と予見すること、最後に、子どもが幼いほど、あるいは分離の期間や不安定な期間が長いほど子どもは危険な状態にあるため、情報収集が不完全であっても緊急に子どもを永続的な養育者に委託すべきことである⁷⁵⁾。

ゴールドスタインらによれば、これらを超える将来予測を法が行うことは不可能であり、仮に裁判所が将来予測に基づき監護権の付与に特定の条件を設定した場合、それは情緒関係を不安定なものとするために子どもの利益に反することとなる⁷⁶⁾。裁判所がなすべきは将来予測に基づく情緒関係への介入ではなく、あくまで損害の回避——情緒関係の保全——に徹することであるというのが、彼らの導く結論である。

(2) 検討

以上のように、ゴールドスタインらは、子どもの養育付託に関する一般的指針として、先述の3つのガイドラインを構成要素とするLDAの基準を提案する。この基準をめぐるのは、特に監護権を有しない親（別居親）との面会交流を抑制する点に強い批判が寄せられているが⁷⁷⁾、この問題は本稿の問題関心から外れるため、ここでは前章で示した論点に的を絞って検討を行いたい。

繰り返しになるが、LDAの基準の眼目は、子どもには心理的親をもつ権利があり、法の役割はこの権利の保障にとどまる一方、法がその能力を超えて子どもの人間関係に干渉することはその利益を害する、という極めてシンプルなものである。それゆえに、同基準はしばしば、最善の利益の判断基準として「質素で、

75) See, *id* at 50-51. [邦訳、48-49頁]。

76) See, *id* at 51-52. [邦訳、49頁]。

77) 詳細につき、see, *id* at 116-133. 比較的近時の例として、Michael Freeman, *The Best Interest of the Child?: Is the Best Interests of the Child in the Best Interests of Children?*, 11 INT'L J.L. POL. & FAM. 360 (1997). この問題に対するゴールドスタインらの回答は、「面会交流が成功するのは、監護親と非監護親とが面会交流をうまく行かせるように意見が一致した場合に限られる。意見の一致があれば、裁判所の命令はそもそも不要であり、意見の一致がなければ、裁判所の命令及びその強制履行は子どもの利益を損なう」というものである。

魅力に欠ける」⁷⁸⁾ものと評される。しかし、ここで考えなければならないのは、この「魅力」とは果たして誰にとってのものなのかということである。

先述ように、最善の利益原則をはじめとする種々の子ども法制は、それがいかに子どもの利益を標榜するものであっても、結局のところ大人の手による産物にとどまる。「法が大人により作られている以上、それは大人の権利を守るために作られている」⁷⁹⁾との見方は、少なくとも子どもの権利保障をめぐる現状（特に子どもの意見の軽視）を踏まえる限り、ある程度の説得力をもたざるを得ないであろう。

こうした見方からすれば、LDA の基準に通底するとされる、「法を人間関係の maker ではなく breaker として捉える不干渉の法理 (abstention doctrine)」⁸⁰⁾は、養育付託という、とりわけ子どもと大人の利害が直接的に対立しうる問題において、子どもの利益を名目にその声が無効化される事態に対処するために残された唯一の道筋となりうるのではないか。なぜなら、これにより保全される心理的親 - 望まれた子との間の人間関係は、外ならぬ子ども自身が必要とし、同時にその相手方からも必要とされるという、子どもを起点とする相互的な関係性によってのみ成立しうるものであり、これに対する大人の一方的な取り決めはもとより何らの意味も成し得ないためである。

ゴールドスタインらが述べるように、子どもはこの相互的な関係性の保障の下で、その独自の先天的素質をもとに自ら成長・発達を遂げていく存在であるとするならば⁸¹⁾、法の果たすべき役割は現に存在する関係性の認定とその保護にとどまり、不確かな将来予測に基づく大人の判断の押し付けによってこれを「破壊」することではあり得ない。法的能力は、それが大人によって生み出され、運用されるものであるからこそ、子どもという「他者 (the Other)」の将来を予測する上で大きな限界を伴う。LDA の基準の下、裁判所の役割が損害回避に徹するべきとされるのは、結局、子どもの他性のゆえである。

78) William E. Read, *Beyond the Best Interests of the Child*, 13 J. FAM L. 601, 608 (1973).

79) See, GOLDSTEIN ET AL., *supra* note 11, at 106. [邦訳、109 頁].

80) Read, *supra* note 78, at 607-608.

81) See, GOLDSTEIN ET AL., *supra* note 11, at 13-16. [邦訳、11-14 頁].

IV 結びに代えて

以上のとおり、本稿では、子どもの最善の利益原則の現状をめぐるスミスの問題提起を踏まえつつ、ゴールドスタインらの提唱する LDA の基準がもつ意義を子どもの他性の観点から検討した。本文中でも述べたように、同基準は養育付託という限られた問題のみをその射程としていることから、他の領域における問題についてはまた別途の検討が必要となる。加えて、彼らの主張する「不干渉」が果たしてどこまで及ぶべきなのかという問題も存在する⁸²⁾。本稿でとり上げられなかったこれらの問題を検討することが、筆者の今後の課題となる。

82) 特に、BEYOND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD の続編となる共著 (JOSEPH GOLDSTEIN ET AL., BEFORE THE BEST INTERESTS OF THE CHILD (The Free Press, 1979)) において、感情的虐待やネグレクト、性的虐待の疑いも親子関係への国家介入の根拠とすべきでないとされている点には多くの批判が寄せられている。See, Susan R. Wilf, *Before the Best Interests of the Child*, 2 NATL C. PROB. JUDGES L.J. (1981); Jennifer L. Schatzman, *The Best Interests of the Child: The Least Detrimental Alternative*, 8 B. U. PUB. INT. L.J. 215, 216-217 (1998).