

ドイツ親子法における子の意思の尊重

憲法と民法の協働の視点から

佐々木 健

目次

- はじめに 問題提起と協働の視点の必要性
- 第1章：子の福祉概念における子の意思尊重原理
 - 第1節 問題の所在 - 概念定義の曖昧さ
 - 第2節 コエスターによる子の福祉概念の分析
 - 第3節 子の福祉概念における子の意思 子の意思の判断基準的要素
 - 第4節 小 括
- 第2章 子の人格発達と自己決定 子の意思の基本権的要素
 - 第1節 基本法上の子の法的地位
 - 第2節 子の発達に伴う親の権利の制限と子の自由との関係性
 - 第3節 小 括
- 第3章 ドイツ親子法における子の意思尊重
 - 第1節 親の権力から親としての配慮へ
 - 第2節 配慮権の行使と子の意思との関係性
 - 第3節 親の配慮権指定と子の意思
 - 第4節 子の福祉の危険と子の意思
 - 第5節 交流調整と子の意思
- おわりに 子の意思尊重と日本法への示唆

はじめに 問題提起と協働の視点の必要性

子のための家族法への国際的潮流である児童の権利条約は、子の権利の国際的保障の共通基準であり、子どもの生存と発達を権利として保障している。3条では子の最善の利益を掲げ、5条では子を権利行使の主体と認めており、その権利の具体的内容として、12条の意見表明権、13条以下の市民的自由を規定している。これらの子の権利保障の理念を日本が一批准

国として国内法へ誠実に浸透させているかどうか、慎重に考察する必要がある。親の親権行使や紛争解決の場面等において、子の意思を尊重し、子の権利重視の視点を包含した家族法のあり方を導き出す上で、重要となる要素として、子の自律的権利行使と意見表明権の適切な保障が必要であると考えられる。

周知の如く、日本の家族法は、第二次世界大戦後の改正によって、個人の尊厳と両性の本質的平等を基本原理として構築されている。家族法がこの個人の尊厳を原則として掲げる法体系である以上、未成年の子も一つの人格を有する一個人として当然に尊重されなければならない、自己の身上に関わる重大な問題解決に当たっては、子の意思が十分に尊重される必要があるといえる。意思主義に代表されるように、個人の意思は、社会生活上、極めて重要な要素である。自らの重大な身分行為についても、本来その人自身が主体的に決定することができるべきである。しかし、子を未熟な存在として捉える日本法体系では、自己の身上に関する将来的解決に必要な決定に子が関与し難いのが現状である。

この問題については、日本親権法に根付く親子感として、子を親から独立した権利主体として捉える視点の欠如が根本にあると考えられよう。子自身の意思は発達にとって段階的自立へと向かう重要な要素であるにもかかわらず、民法上、親は子の身上に関わる問題解決の際に、子の代理に関する一つの例外を除き¹⁾、子の意思を考慮しなければならないという規定も存在しない上に、子自身に関わる身分的重要行為について決定権や申立権がない場合が多い²⁾。

一方で手続法上、子はどのように位置づけられているだろうか。離婚協議が不成立となり、調停や審判等、家庭裁判所に手続が係属した場合は、子の意思はどのように扱われるだろうか。子の福祉を最高指導原理とする家裁実務において、子の意思は重要な一判断要素であるとされ、人事訴訟法上、家事審判規則上（54条³⁾、70条、72条）における15歳以上の子の意見聴取義務のもとで家裁調査官による子の意見聴取、意向調査⁴⁾等の運用

がなされている。このことから、子の意思が手続内において十分に考慮され、子の主観的利益が反映された解決がなされているように見受けられる。しかし、家事事件の性質が非訟事件であり、手続面から簡易迅速を主眼とする職権主義を基本とする以上、子の意思への配慮如何については裁判官の裁量に委ねられる。子の意思の考慮は裁判官の裁量下にあることから、裁判官によっては家裁調査官に意向調査命令を出さない場合も起こり得る⁵⁾。必ずしも手続法上、子の自律的権利行使が図られているとはいえないのである⁶⁾。このことから、日本では、子自身が権利を自律的に行使する権利行使の主体としての子ども像が、実体法のみならず手続法においても欠けていると考えられるのである。子どもであっても個人として尊重されることは憲法上要請される基本事項であるが、理念的に自律的に行動できる理性的な人間像を想定する実体法及び手続法において、実際には、それが必ずしも反映されているとは言い難いのが現状である。いわば、憲法上の子の法的地位と民法上及び手続法上の子の法的地位との間で不協和が生じていると考えられよう。このような法的地位に関する不協和状態の是正、つまり児童の権利条約がいう子の権利主体性の適切な保障のためには、憲法と民法、実体法と手続法、司法と福祉の三つの観点での協働が求められると考える。

手続法上の論点及び司法と福祉に関する論点については、前稿にてそれぞれ、ドイツにおける非訟事件手続法上の意見聴取義務と子の意思を手続の中で代弁する手続保護人制度、家族メディエーションへの子の同席、子の福祉を中心とした家裁と少年局ならびにその他の民間による福祉機関の有機的連携の存在を既に指摘した⁷⁾。本稿では、憲法と民法の協働に重点を置いて子の意思尊重の重要性につき論考していく。まず子の福祉概念における子の意思の法的位置づけを試みた上で、ドイツ基本法上認められた基本権を有する子の法的地位と子の養育に関する親の自然権と国家の監督的機能を考察しつつ、憲法上における子の権利主体性の保障の重要性を論ずる。その上で、子の福祉を最高指導原理とし、親の権利行使につき子の

意思を考慮するドイツ親子法の各論的考察を行う。親権を親義務とする1979年配慮法制定に至るまでの歴史的経緯を整理した上で、家裁による子の福祉の危険回避措置を定める民法（BGB）1666条、1666条aにおける親の配慮権濫用、配慮権者指定の問題、親等との交流の問題を取り上げ、子の意思が子の福祉と如何なる関係を有するかについて考察しようとする。

第1章 子の福祉概念における子の意思尊重原理

第1節 問題の所在 概念定義の曖昧さ

考察の出発点として、「子の福祉」という概念が如何なるものか、「子の意思」が如何なる位置づけにあるかを考察しなければならない。例えば、児童の権利条約は、子に関わる措置を執るにあたっては「子の最善の利益」を重要な要素として考慮すべきとし、この判断に際して子自身の主観的利益の尊重を保障する上で「子の意見表明権」を権利行使の具体的内容として掲げている。しかし、実際の法的場面においてこの両者が如何に用いられているのだろうか。

権利条約の文言である「子の最善の利益」と一般的に用いられる「子の福祉」はいわば同じ内容を指すものであると考えられる⁸⁾。また「子の意見表明権」は、当に「子の意思」の問題であり、権利行使主体性の承認及び手続内における主観的利益の承認に関わる重要な要素である。しかし、「子の福祉」と「子の意思」という二つの概念は、人間の運命にとって重要なものであるが、それにも関わらずその内容は実に多様であり、定義付けが非常に曖昧なものである。この概念定義の曖昧さが、子の福祉に関わる問題の出発点となる。子の意思を尊重した紛争解決を目指そうとしても、両者の定義がどう位置づけられるのか、子の意思があくまでも「判断材料の一種」としての位置づけに留まるものなのかどうかを慎重に考察する必要があると考えられる。

父母の離婚後、子が父母のいずれか一方の下で生活し、親権をもたない

父母の一方と子との間でどのような範囲で交流を保つか、或いは子の引渡しがなされるのか、子が一時保護を受けるのか、これら子の身上に重大に関わる問題全てにおいて、子の福祉及び子の意思の判断により強く左右される。この二つの概念は、調停委員や裁判官、児童福祉や心理学の専門家にとって事案解決のため重要な判断基準であり、個々の事例の中で抽出され、具体化される必要がある。しかし、個別具体的な事案に応じて「その子にとって、この判断が子の福祉に資する」と当該専門家が推論することのみを様々な方法及び角度から理由付けるものの、その内容は厳密に確定することができず、あらゆる事案に即した形で決定的に定めることもおそらくは不可能であろう。それらは、抽象的かつ不定の法概念であり解釈を要する留保事項であると説明したとしても、現実には、例えば心理学的要素等といった法以外の判断基準を用いながら法的判断のもとで、こうした概念を首尾一貫して用いている。

日本法においても、子の身上に関する問題が生じたときには、その解決指針として「子の福祉」の実現を図ることが要請される。例えば監護事件などの紛争解決にあたっては「子の福祉」に資するように親権者を決めるようにと、同じ概念を用いて対処する。子のための家族法という潮流からは、この概念を用いる解決指針に異議を唱える者はいないであろう。しかし、この概念はその不定の価値につき非常に有用である一方で、極めて抽象的であり、厳密なる具体化が求められたとしても、一義的な定義付けをすることは困難である。

例えば日本民法においては、離婚規定や特別養子縁組規定において「子の利益」が用いられており(766条2項, 817条の7, 817条の10, 819条6項)、一方で児童福祉法(以下、児福と略)においては「児童の福祉」が用いられ(児福3条)、これを保障する原理としては「心身ともに健やかに生まれ、且つ、育成される」ことが掲げられている(児福1条1項)。

他方、ドイツにおいては「Das Wohl des Kindes(子の福祉)」,又は「Die Interesse des Kindes(子の利益)」等の語が用いられており、BGBに

においては、親の配慮に関する規定において多くの条文に「子の福祉」を用いている（§§ 1626 S. 1, 1627 S. 1, 1629 S. 4, 1631 b S. 3, 1632 , 1666⁹⁾, 1671 S. 2, 1672 S. 2, S. 1, 1678 , 1680 , 1681 , 1682 S. 1 1684 S. 1, 2, 1685 , 1686 S. 1, 1687 , 1687 b S. 2, 3, 1688 S. 2, 1693¹⁰⁾, 1696 , , 1697 a 等）。その中でも、裁判所の決定基準としては1697条 a¹¹⁾が、ならびに裁判所の命令の変更については1696条¹²⁾が、子の福祉を裁判基準における最高指導原理として掲げている。これは、BGBを支えるGG（基本法）において子の人格発達権が承認、尊重されている表れであり¹³⁾、権利条約の前文に掲げる「人格の完全なかつ調和のとれた発達」に合致するものである。また、BGBのこれらの条文の多くが権利条約の批准を受け新たに改正されたものであり、条約第4条に掲げる締約国の措置を果たし、子の福祉を基調とした親子法体系の構築を図っていることが見受けられる。

このようにドイツ法においては「子の福祉」という法概念が随所に用いられるに至っているが、この概念は、具体的に如何なる形で構成され、利用されているのだろうか。「子の福祉」の名の下で子の法的地位を強化することがこれまでのドイツ親子法改正の中心的事項であったが、1979年の親子法改正後に公表されたミハエル・コエスター（Michael Coester）の論文において、はじめて抽象的法概念である「子の福祉」が具体的に位置づけられていた。次節では、この法概念が持つ機能をコエスターの論文¹⁴⁾に基づき整理¹⁵⁾した上で、「子の福祉」の法的機能とその判断基準として重要な「子の意思」の関係性を吟味していく。

第2節 コエスターによる子の福祉概念の分析

ヘーデマン（Hedemann）は、私法学説のテーマとしていわゆる「一般条項への逃避」を指摘していたが、コエスターは、不定的法概念である子の福祉原則もこれに該当すると指摘する¹⁶⁾。そして、子の福祉原則の解明には、判例及び学説の集積作業に依拠するところが大きく、不十分な立法

の原因を厳密に調査する必要性があるとも指摘している¹⁷⁾。子の福祉とはその内容が不明瞭であるとの批判¹⁸⁾もあったものの、コエスターは、子の福祉概念をもはや抽象的形式的概念(ein abstrakter Fomalbegriff)としてではなく、この原則に基づき司法判断を下す裁判官や立法的解決を目指す立法者にとって、如何なる要素が子の福祉概念に内在しているのかを整理しつつ、具体的指針として判断の助けとなるものと構成しようとした。この点について、独創的かつ顕著な研究意義があったと考えられる。ドイツにおいては、現在でもこのコエスターによる「法概念としての子の福祉」は、子の福祉概念の分析につき重要文献として参照されている。

この論文の中で、コエスターは、法的概念としての子の福祉を、それが有する4つの機能から分類し、定義付けを試みている。すなわち、私的領域である家庭内自治(Familienautonomie)に対する国家介入の根拠としての子の福祉、この介入措置を裁判官が決定する上での判断基準としての子の福祉、実体法に則した裁判を行い、かつ職権調査において子の負担の軽減に注意する、手続指針としての子の福祉、そして立法者に課せられる法政策上の調整任務のための機能といった、計4つの法的機能である。なお、コエスターはこれらの子の福祉概念の機能について第6回ドイツ家庭裁判所会議にて同タイトルで簡潔に報告している¹⁹⁾。これについては、既に渡邊泰彦准教授が紹介している。渡邊准教授は、このコエスターによる子の福祉概念の法的機能を紹介した上で、これらの分類に加えて、「レトリックとしての子の福祉」の機能を挙げている。弱者保護の法原理から導かれる「子の福祉」を否定する考えは許容されないことから、個別事例における措置決定の判決理由において、もし裁判所による介入の正当性や判断基準の合理性、手続の迅速・正確性につき合理的な説明がなされなければ、「子の福祉概念がブラックボックスと化してしまい、子の福祉の無批判性が裁判官の判断への無批判性へとすりかわる危険」が生じる可能性を指摘している²⁰⁾。

(1) 介入権限としての子の福祉（Eingriffslegitimation）

まず子の福祉には、国家の介入権限を正当化する機能がある。適切な監護が行われており、特段に子の福祉が害される要素のない家庭においては、国家や第三者から介入されることもない。しかし、家族生活の領域において子の福祉が危機に晒される場合、例えば児童虐待事件に代表されるように、本来、子の福祉を第一に担うべき父母の不適切な監護によって子の福祉が害されるような場合には、当該児童の福祉の危殆化を回避するために、国家による介入の可否が問われることとなる。そこでは子の福祉が、国家による家庭内自治に対する介入基準として用いられることとなる。この国家介入の基準をいかに設定するか、つまり介入を正当化し得る根拠となる子の福祉の基準を如何に設定するかについては、できる限り詳細な事項に至るまで当該家族生活を評価する必要があるために²¹⁾、個別具体的な事例における介入判断の客観性及び介入の認容可能性が問題となる。

国家が子の福祉の観点に基づいて家族状況及びその当事者らを判断し、介入することを正当化できるかどうかは、私的領域の境界設定の問題である²²⁾。そして、この介入を正当化する本質的な根拠が、子の福祉である²³⁾。

この国家の介入権限と私的自治領域との境界については、立法によって設定されるものである。GG 第6条²⁴⁾は、婚姻と家族、親子関係について定めており、同条第2項1文において子の監護及び教育に関する親の義務及び自然権が認められ、自治的家族領域（die autonome Familienbereich）が定められている。同条第2項2文では、親と子の関係の養育機能とその義務履行に対する監督を国家共同社会に課している。そして同条第3項は、子の福祉に寄与するために、親権者の意に反する家族分離という形で国家共同社会に介入権限を認めている。

一方でBGBにおいては、第1666条や第1666条a等が、国家介入の境界線を具体的に設定している。家庭内自治が子の福祉のみならず家族の複合的利益状況に基づいているのに対して、国家介入は専ら子の福祉の観点から正当化しなければならず、この正当化の根拠が欠けているならば、家族

といった私的自治領域に含まれる子の利益のみならず、親の利益、さらには家族共同体の利益も失ってしまうこととなる²⁵⁾。

つまり、子の福祉という法概念は、GG第6条により子の監護及び教育に関して優先的に義務を負い権利を有する父母が、児童虐待や子の放置等、その法的地位を適切に果たさない場合には、家庭内自治の枠内で本来介入すべき領域ではない父母の意に反してまでも、監督人たる国家共同社会による介入を正当化するだけの機能を有しているといえる。

(2) 判断基準としての子の福祉 (Entscheidungsmaßstab)

国家が家族へ介入するときには、個別事例における介入原因に対処すべく、裁判官による適切な措置決定が必要となる。その際には、子の福祉が裁判における判断基準としての機能をもつこととなる。裁判手続において実際に問題となる機能は、おそらくこの判断基準としての機能であると考えられよう。裁判官が実体法に照らし合わせ、子の身体的・心理的状况等を職権調査により把握し、かつ子の様々なニーズを考慮した上で、個々の事案において求められる「子の福祉」が何であるかを探求し、「子の福祉に資する」解決策を判断するのである。この判断基準としての機能についてコエスターは、「規範としての機能 (Normfunktion)」と「法の外の子の福祉基準 (Außerrechtliche Kindeswohlkriterien)」とを挙げて説明している。

第一に、規範としての子の福祉の機能について紹介する。「子の福祉概念とは、はじめから不完全で叙述的な (mißratene deskriptive)²⁶⁾ 構成要件ではなく²⁷⁾」、「個別事例の特殊性に対応」し、「危機的状况での子のニーズに対する見解が変遷していくことにも対応²⁸⁾しようとする一般条項である」とコエスターは指摘する²⁹⁾。そして子の福祉概念を一般条項として認識するときには、個別事例において、実定法³⁰⁾・子の一般的ニーズ・子の個別的ニーズといった三つの点で拘束される、裁判官の法創造 (Rechtsschöpfung) に関わる任務が重要となるのである。この機能によれ

ば、裁判官は、実定法に即した判断を行うことはもちろんのこと、子の意見聴取を通じて様々な子のニーズを獲得し、客観的に合理的な形で手続に反映させることが求められる。つまり、裁判官は、自分の個人的信念を確実なもののみならず許されず、合理性と客観性とを兼ね備えた判断をする義務があるとコエスターは指摘し³¹⁾、法律上の子の福祉概念を「発見的原理（heuristische Prinzip）」と表した上で、事実関係から基準となるべき要件を発見することが裁判官の中心的責任であると述べている³²⁾。

第二に、「法の外の子の福祉（判断）基準」という機能である。「法の外の基準」ということから分かるように、個別具体的事案においては法的視点のみによって子の福祉の判断が可能というわけではない。事案毎に子のニーズは多岐にわたる以上、最終的に「子の福祉」に資する解決について裁判官が判断を下すためには、心理学、社会学、教育学等々、学際的な視点が必要となる。子の福祉概念は複雑であるために、多数の専門家によって子の福祉の探求を要するのである³³⁾。

様々な専門性から集積された要素から如何に「子の福祉」を見出すかという問題についてコエスターは、「子の福祉」を法概念として判断する裁判官の（他の専門家に対する）上位責任、「子の福祉」に対する各分野の専門家意見の正当性の確保とそれを扱う裁判官の調整能力、法の外の判断基準を踏まえ、子の福祉の全体像を作り出す裁判官の任務について指摘している。法律家が法についての専門家であり、そこでは法概念としての「子の福祉」の適用が問題となるために、「個別事例における具体的判断がたとえ異種の構成要素からなされようとも、全体としては『法』として判断することができる上位責任を、法律家が負わなければならない³⁴⁾。つまり、様々な専門性から捉える子の福祉を踏まえた上で、子の福祉を法概念として用いる以上、原則的に裁判官が最終的な判断の責任を負うこととなる。また、事実に基づく審理のため、事実認定においては当該事実の正当性の確保が必要となる。このことから、法の周辺領域にある専門家意見の正当性が確保される必要があり、裁判官が法の外の判断基準

を用いる際には、その意見と理由付けが正当であるかどうか調整する能力が求められる。そして、これらの法の外の判断基準の集積から、裁判官が「子の福祉の全体像」を作り出すのである。

(3) 手続指針としての子の福祉 (Verfahrensrichtlinie)

第三に、子の福祉概念には手続指針としての機能を有するとコエスターは指摘する。これについては、手続法と実体法の関係に言及しなければならない。家庭内自治に対する介入措置を判断する際には、裁判官には、まず「実体法の実現」が求められる³⁵⁾。「判断の発見、その理由、その実行が、少なくとも、状況に応じて可能な限り子の利益にとって最善の解決を見出すという実体法上与えられた使命に矛盾することは許されない」のであって、「裁判官による介入は、危機的な家族状況を安定化し、あるいは可能な限り沈静化させる (befriedend) 効果を与えるべきであって、紛争の激化や子の負担につながるものであってはならない」のである³⁶⁾。

この実体法上要請される使命を果たした上で、次に、裁判官には、例えば「どのように、何回、子を意見聴取するか」、「専門鑑定を行わなければならないか」といった手続法上の問題が課せられる³⁷⁾。裁判官は子の負担を軽減する役割があるために、専門鑑定による時間の消費 (Zeitverlust) と判断材料の獲得 (Erkenntnisgewinn) とを慎重に比較考量しなければならないのである。このようにコエスターは、子の福祉と非訟事件手続法 (FGG) 12条における職権探知主義との間には密接な関連があることを指摘している³⁸⁾。

また、裁判官による理由付けの際にも子の福祉原則が重要な意義を持つことも指摘している。コエスターは、「裁判官は、当事者がその判断に即して生活しなければならないことに注意を払う必要がある。つまり、理由付けの真実と紛争の沈静化の目的 (Befriedungszweck³⁹⁾) は調整を要するのである。この観点からも、当事者に対して人格的にマイナス評価をしたり、モラル的な説示をすることは、裁判官の判断には必要ない⁴⁰⁾」と述

べている。

(4) 立法者の調整任務のための子の福祉（Gesetzgeberische Gestaltungsaufgabe）

最後に、コエスターは、立法者へ向けられる子の福祉概念の機能を指摘している。これは「憲法的秩序に結びついており（GG 20条 3項^{41）}、子の世話と養育に関する国家の監督責任（GG 6条 2項）にも該当する^{42）}」部分である。

「立法者の義務は、パレンス・パトリエ（国親：parens patriae）として国家が、優先的に責任づけられる親の地位とならんで、又はその地位に向かわなければならない場合に」について、「子の福祉に適った規範及び体系的構造を用意すること」にあると指摘する^{43）}。例えば、養育不能状態や児童虐待等の権利濫用によって親による子の保護が欠け、国がその親の権利を制限し、又は剥奪して、親としての養育機能を国家が担う状態へ至る場合については、子の福祉に適った法規範（例えば、BGB 1666条における子の福祉の危険回避のための配慮権剥奪や少年援助法上の家族支援等を参照）を立法者が創設する義務があるというのである。これは、一般的に調整のため必要な基礎となる事項を調査し、その上で修正の必要性があると証明される場合には修正を行う義務が立法者にあることを含意しており、その限りでは、「子の福祉」は、立法者に課せられた法政策上の調整という使命をも意味している^{44）}。

(5) 小 括

コエスターが指摘する「子の福祉」概念の第一の機能は、家族という私的自治領域への国家介入権限の根拠たり得る境界設定の問題を含む、基本法上の視点に基づく領域である。家族と国家との関係において、子の福祉は、親の意に反する国家介入の可否を示す役割を担う。この機能について前提として国家は「子の福祉」に適う形で教育権を行使するように親に求めていること、つまり「子の福祉」の名の下での義務履行が求められると

考えられる。この前提がないならば、国家の監督機能はその機能を果たさず、親の絶対的権利として恣意的行使も認められ得る強固な私的領域に対し介入は極めて困難となる。子の教育につき優先的に責任を負うべき親の意に反してまで、子の福祉が、親に保障された基本法上の保護領域に対する介入を正当と認めることから、親の権利への制限として機能していることが把握できよう。これについては、GG 6 条 2 項 2 文が限定的な法律の留保と位置づけられる。

第二の機能、第三の機能は、ともに実体法、手続法上の視点に基づく領域であり、第一の機能のもとで介入が行われる場合に、裁判所が個別事案の中で具体的判断を行う際の基準となる。一般条項としての役割をもつこの機能について、おそらく、通常、「子の福祉」概念として問題とされるのがこの機能の内容であると思われる。そして前者は、職権主義の下、裁判官が拘束される客観的な子のニーズを事案の中で抽出するために、法外的判断基準として他の専門領域の視点を必要とし、一方で後者は裁判官の手続遂行の中で必要な「迅速的処理」と「子の心理的負担の回避」という視点を必要とする。具体的事案において子の心理的要素の考慮が「子の福祉」判断の重要事項の一つであり、その意味からは法と心理の協働が実務上要請されていることが伺える。この協働形態の下では心理学（無論、教育学や社会学等も）等の専門家の判断の正当性が求められ、かつ裁判官もその調査結果を踏まえた上で当該事案における最終的かつ適切な「子の福祉」を正当に判断しなければならないのである。ただし、司法判断を行う裁判官が「子の福祉」の名の下において、他の専門家よりも責任が優先されることを忘れてはならない。

また、これらは実際に子の個人的要素と接触する機能であるが故に、「子の福祉」と「子の意思」とが密接に交錯する領域でもある。子の福祉の基準を細分化すれば、例えば配慮権者の適切性や養育環境の適切性等といった子の一般的ニーズに基づくもの、子の意思といった子の個人的ニーズに基づくものと様々分類されると考えられる。裁判官は、これらの要素

から総合的な判断を行うこと子の福祉の判断について上位責任を担う以上、調査結果に基づく判断のみならず、子の個人的ニーズの把握のためには、裁判官自身が直接に子を意見聴取する重要性も指摘できる。子の意見に耳を傾けることは、必ずしも法以外の専門科学の知見に基づく調査のように複雑なものでもなく、（意見聴取の実施方法に関わる具体的な問題はあっても）手続の長期化を誘引する程の時間を消費する虞もない。これらを踏まえた上で初めて、子の福祉に資する措置について合理的な判断がなされていると考えられる。

第四の機能は、立法者の責任に対する機能である。家族形態の複雑化に伴う子の状況の多様化、そして児童の権利条約等からも分かるように、国際的にも「子の福祉」が家族法の潮流となっていることから、実定法の枠組みにこの枠組みを加えた判断が必要となるならば、将来的にもこの機能の重要性は漸進的に増すと考えられる。この詳細は第三章において論考するが、1979年の新配慮法改正、そして児童の権利条約批准後の1997年の親子関係法改正において、子の権利主体性の向上という目的のもとで様々な法改正が行われている。親が適切に子の利益代理を行えないような事案において、子が手続の客体とならぬよう、子の意思を手続に反映させる代弁者となる手続保護人制度についても長年の立法論の蓄積によるものである⁴⁵⁾。少年援助法についても、少年援助と司法が子の生命の危険を誤って判断した過去の反省から、子の福祉の危険の回避に必要な緊急一時保護に関する規定を2005年施行の児童ならびに少年援助の更なる発展のための法律（Kinder-Jugendhilfeweiterentwicklungsgesetz vom 8. 9. 2005, BGBl I S. 2729: KICK）にて再編している⁴⁶⁾。さらに BGB 1666条における家裁の措置については2006年5月に専門家作業部会が設置され、子の福祉の危険の早期予防を主眼として法改正が議論されている⁴⁷⁾。このように、ドイツでは子の福祉の観点から修正を要する法状況について早急な対処を講じようとする動きが見られる。

第3節 子の福祉概念における子の意思 子の意思の判断基準的要素

次に、子の福祉概念において子の意思がどのような位置づけにあるのか、考察する必要がある。子の身上について困難な状況が生じると、当事者である子が如何なる解決を求めているのか、そしてその事案における子の福祉の内容が何であり、その判断基準として何が求められるかについて、各専門家間で遅滞なく適切に明確化する必要が生じる。法学、又は心理学等のどちらか一方の専門領域の視点からのみでは、適切な解決が見込まれない。この二つの概念に関わる学術領域及び実務領域において、広く論議する必要があると考えられる。これを定義付け、かつ正しく評価するには困難な作業であるが、子の福祉と子の意思の関係性を把握解明し、その重要性を再認識することが、子の権利主体性の保障と子の適切な保護に貢献する一つの道程である。この点についても、コエスターの子の福祉概念の分析を手がかりに子の意思が有する機能を考察する。

(1) 手続上の子の意思

子の福祉という法概念を分析するに当たり、子の意思という要素は、子の法的主体性を尊重する上で重要な一要素であり、実際に司法の分野のみならず、様々な専門家達によって子の福祉の判断基準として活用されている。つまり子の福祉は、各専門家による子の意思の合理的推定と、子の養育に関する親の適切性、継続性の原則、兄弟の不分離ならびに親子間の結びつき等といった子の福祉の様々な客観的要素との総合的判断を経て、各事案の中で判断される。コエスターが述べる子の福祉概念の機能から分析すれば、子の意思は、主に「判断基準としての機能」「手続指針としての機能」に関連する要素である。一般条項としての性質を有する子の福祉のもとで、裁判官は、子の個別的ニーズを獲得するために子の意見聴取を行うこととなり、適切な意見聴取の実施と子の負担の軽減に尽力することが求められる。なお、子の一般的ニーズとしては、それ以外の要素である親

子の結びつきや養育の適切性、継続性の原則等が該当するであろう。

例えば親の離婚の際の配慮権者の決定等の場面や、とりわけ子の保護が問題となるときには、子の人格の配慮がなされるべきであり、子の精神的・情緒的關係領域への不可侵性を最大限に守らなければならない重要な要素となる。子の意思は、配慮権者の指定や交流権、子の引渡しに関連して、裁判所あるいは児童福祉の分野における調査報告及び専門的鑑定において重要な判断要素であり、中核をなす部分でもある。

しかし、子の意思という概念は、子の福祉と同様に重要であるにも関わらず、その判断基準が如何なる価値を持ち、手続の中でどのように活用されるかどうかは個々の事案により極めて曖昧である。意思を表明する子自身の願望とは別に（とりわけ自分の真意を巧みに言語表出できない乳幼児の場合）、子の意思に接する専門家によって多様に变化する。この概念は、直接に聴取及び観察をした大人により推論される事柄に基づいて様々に定義付けているが、その内容は現実には確定するのが困難である。子の意思の重要性については個々の事例から抽出し、それをどのように手続に反映させるか、個々の事案において子の意思の具体化が図られなければならない。この解釈の動向に対し影響を与え得るものは、子の法的主体性を如何に捉えるかに関して変容する社会的価値基準と、この概念を用いる専門家達の判断の二つである。

コェスターは、子の人格及び尊厳について承認することが、子を単に配慮権決定の客体として、例えば家具や財産の一部のように見ることを排除するものと捉えている。夫婦の一方のいずれが子と家族的に親密な共同体を継続すべきかについて裁判所が判断する際には、子の態度が「真実」として、その判断について重要な位置を占める。これは、いかなる場合であっても、原則として認められるものである⁴⁸⁾。BGBの規定には、これが文言上明確に表れているものがある。例えば、第1671条2項1号によれば、共同で配慮権を有する父母が一時的にではなく別居をする際の配慮権委譲に関して、満14才以上の子は、配慮権に関する親の提案に対し反対す

ることができ、その結果、裁判官は夫婦の同意に拘束されず、子の福祉の考慮に努めねばならないのである。

立法者が、子の意思及び態度を子の福祉の中で一般的に注目すべき重要な要素として位置づけ、評価したのは、1979年7月18日の配慮権改正法の立法過程からであると考えられる。前述の法規定の前身である第1671条3項の法案は、子の意思に親の共同による提案と同様の意義を認めている⁴⁹⁾。当時、法律家と心理学者からの批判があったとされる中で配慮権法はこれを認めたのだが、それは、子の意思を無意味なものと捉えるのではなく、子に正式な決定権限を具備させないためであった⁵⁰⁾。配慮権決定に対して子の意思や態度を重要視しようとする立法者意思は、第1671条3項2文においてのみならず、子の結びつきの強調(第1671条2項後段)、子を審問する裁判官の義務(FGG第50条b1項)においても体现されている⁵¹⁾。そして、この意思は現行規定においても継受され、一層強化されているといえる。

子が自己の態度表明をすることによって、親同士の協議紛争により一層巻き込まれることは明らかである。その紛争解決のために子の態度を調査し、熟慮の対象に加えるということは、親の権利を絶対的権利とする権威主義的な立場、あるいはパターンリスティックな配慮ある立場からは不適切とみなされるかもしれない。しかし子が、家族関係の解消や親同士の紛争にも直接関わるのは決して珍しいことではなく、子自身の個人的な運命は配慮権決定の中核に委ねられているといえる。子を個人として人格を承認することは、「装飾的な定型句(dekorative Floskel)に留まるだけではなく、配慮権決定の基礎を構成する要素」であるため、子の意思及び態度は十分に考慮されなければならないのである。意見聴取に伴う子の負担や、子の福祉の見地から適切ではないと思われる過大な要求(Überforderung)をどう考慮するか、親などによる子の意思操作(Manipulierung)といった子の意思尊重の視点に内在する諸問題は、単に子の意思の性質論との関係でのみ考慮されるのではなく、事案毎に子の福

社の所在をどこに求めるか明確化した上で、手続上の、子の意思の調査方法や手続反映させる考慮具合の調整といった様々な視点を踏まえた上で考察される必要がある。

(2) 子の意思の基本的機能 判断基準としての要素

子の意思には、「自己決定及び自己責任を有する人格発展へ向けられる自律のための要素」と、配慮権決定等の各事案における「子の福祉の判断のための要素」、つまり判断基準となる親との関係性（とりわけ心理的結びつき等）に関する当事者自身による表出という、二つの重要な要素が内在していると考えられる。前者については子の基本権に関わる重要事項であるため、詳細については別途、次章にて説明する。

コェスターは、子の意思の重要性に関する原則の陰には、ある種の不確定要素が潜在していると述べている⁵²⁾。子の身上に関する手続の中で子の意思が重要性をもつ限りで、「子の年齢」や「判断能力成熟度の考慮」が不可欠となってくるためである。渡邊准教授が指摘するレトリック機能のように、「子の福祉」という原則については誰しもが否定する余地はない一方で、子の意思を手続の中でどれだけ考慮すべきかという程度の問題については、たとえ子の人格の尊重という原則を考察の出発点としても、子の意思を当然に全て反映させるべきではなく、一般的には、当事者である子の発達段階に即して考慮すべきと考える。つまり、子の福祉に適った形で子の意思の考慮については、子の年齢及び発達段階という二つの要件がかかってくるのである。とりわけ子の年齢に関しては、年齢設定を設けないかどうか、または例えば2歳等の乳幼児の態度の考慮と15歳や16歳といった青少年の意見の考慮と比較した上で、年齢の範囲を限定的に設けるべきかどうか⁵³⁾、範囲を設定するのであれば適切な設定はどのようなものかと見解が様々に分かれている。

ところで、ドイツ民法においても、未成年の子の年齢に対応した規定が定められている（下記 表. 1 を参照）。自らの身分形成に関わる行為能力

表 1 . ドイツにおける未成年子の年齢別能力規定

出生	権利能力	未成年者は権利・義務の担い手である。親は法定代理人である。	§§ 1 BGB 1626 , 164ff
7歳	制限行為能力	未成年者は、自己の意思表示をすることができるが、その法的拘束力のためには親の同意が必要とされる。	§§106 BGB - 113
	制限的損害責任	必要な認識をしている場合の、被害者に対する未成年者の責任。	§828 BGB
10歳	世界観・宗教の変更の際の聴聞権	10歳以上の未成年者は、世界観・宗教教育の変更の際に意見聴取されなければならない。	§5 RKEG
12歳	制限的世界観・宗教的成年	未成年者の意思に反して世界観・宗教観について変更ができない。	§ 5 S.2 RKEG
14歳	世界観・宗教的成年	未成年者は、世界観・宗教観を自己決定することができる。	§5 S.1 RKEG
	聴聞権	身上に関する事務において、必ず裁判所にて意見聴取される。	§50b FGG
	抗告権	未成年者は、自己の身上に関する事項に置いて家裁及び後見裁判所の決定に対して独立して抗告できる。	§59 FGG
	父性承認の同意権	行為無能力でない、又は14歳以上の子は父性の承認につき、自分自身で同意することができる。	§1596 S.2 BGB
	出生氏変更の同意権	未成年者は出生氏の変更の際に、自分自身でのみ同意することができる。	§1617a BGB
	配慮権の委譲	配慮権の帰属に関する未成年者の拒否権	§1671 BGB
	養子縁組の同意	養子縁組における未成年者本人による同意。	§1746 BGB
	申立権	保護人や後見人選任を申立てできる。	§1887 BGB
15歳	社会保障給付請求権	社会保障給付請求の申立権。	§36 SGB
16歳	婚姻上の成年	申立人が16歳以上で相手方が成年であるとき、家裁は婚姻年齢要件を免除する。	§1303 BGB
	制限的遺言能力	§2223 に定められた方式に基づき、未成年者本人が遺言を作成できる。	§2229 BGB
	宣誓能力	未成年者は宣誓能力を有する。	§393, 455 ZPO
18歳	成年到達	完全なる行為能力を有する地位。	§2 BGB

(未成年者の婚姻には、法定代理人の同意が必要：BGB 1305条 1項)

については一定の法的安定性が求められるために、年齢区分という基準を用いた画一的処理がある程度は必要になる。ただし、年齢別構成の規定と子の意思と発達段階の関係について、子を年齢という基準によって一律に振り分けることが適切なのかを判断するのは、困難な問題である。子の情緒的な判断、本能的な自己決定、自己決定と適切な保護に必要な他者決定との比較考量などの見地からは疑問視されるところでもある。

このような年齢区分に基づく身分行為能力と、配慮権者指定や交流に関する家裁手続における子の意見聴取とは必ずしも同列に考えることは難しいと思われる。子の自己決定という視点からは、裁判官による画一的な処理ではなく、個別事案に応じて慎重に判断しなければならないと考えられる。

手続上、子の意思を考慮する際には、子の「成熟度（Reife）」や「批判能力（Kritikfähigkeit）」、「判断能力（Entscheidungsfähigkeit）」等といった様々な要素を踏まえた上で、裁判官は、具体的事例における子の意思の位置づけを行う。例えば子の配慮権者決定の基準として子の意思を考慮すべきか、そして考慮する年齢の妥当性をどう設定すべきか、親等から強い影響を受けていると推察できるときにどう判断するか等について、これらの要素も踏まえ判断することは、判例上ほぼ一致するところである⁵⁴⁾。これは、子の意思表示が自己決定（Selbstbestimmung）の一行為類型として、自分の身の振り方の問題に関する子の自己判断として理解されることを指摘する。自己決定権の見地からは子自身による決定が重要であるとしても、その決定自体が、客観的な理解を要する「子の福祉」のための具体化として、あるいはこの機能を補充する要素としてどのように判断されるかは、例えば子どもと大人、年少子と年長子とを区分するように、年齢的段階の違いによっても異なってくる一面もある⁵⁵⁾。年少子の自己決定においては、子の成長と人格的発達の観点から、「子の自律」の側面が明確に強調される⁵⁶⁾。未成年と成年という単純な区分⁵⁷⁾で考察するのではなく、自己決定に基づき意思表示した子が「部分的に成年に成りつつある者

(In-Abschnitten-Mündig-Werdens)」として大人がその意思を汲み取ることで、その年齢段階・発達段階に応じた形で将来の社会生活に必要な自己責任性の形成にも寄与するという、自己決定と自己責任養成に相補的關係があることに配慮する必要があると考えられる。なお、配慮権改正においては、子の意思の重要性と構造上対峙する年齢制限の設定については、最も人間の中核となる問題として、「部分的成年」による自己決定の観点から考察しようと試みられていた経緯がある⁵⁸⁾。

一方で、親子関係という特質から子の意思に価値を見出す見解、つまり子の意思を親と子との間に内在する特別な心理的結びつきの表現として捉える考え方もある⁵⁹⁾。子の意思は、「子の福祉」判断に必要な実質的な基準、すなわち子と親との関係性を表す指標として、その機能を果たすのである。

例えば、親の別居時における配慮権者となる親の一方に対して、子が如何なる心理的結びつきを形成しているかを考慮する重要性は、直接的にはBGB 第1671条2項1号を根拠としている。また、これはGG 第1条及び2条からも間接的に導かれる⁶⁰⁾。日常的に自己の世話をする者と子との間に芽生える心理関係の特質については、あらゆる人間が通常は否定せず、かつ最も信頼をおこうとする基本的な情報源である。ときには、それは親の子に対する「愛情」や子の親に対する「信頼」といった不透明な言葉で置き換えられるのかもしれない。しかしながら幼児等の場合には、その表現の信頼性について判断基準として有用となり得べきかは不確かなものとなりやすい。年齢的には、その発達過程において自己認識機能がまだ不完全であるとの一般的認識から、自己の感情に忠実な意思表示がされるとは判断し難い状況であると、裁判官自身が自動的に設定してしまう傾向にある。また、心身の発達段階にあることから生じる自己認識の不足のみならず、意思表示における心理的圧迫や大人による影響等に起因する抑圧機制(Verdrängungsmechanismen)や現実的な解決とは乖離した空想的表明(Phantasievorstellungen)といった要素も、裁判官が子の意思を如何に評

価すべきかの判断を困難としてしまう⁶¹⁾。この問題は、裁判官が、如何なる場合に、子が希望した親の一方への子の結びつきに対する証拠価値を、実際に表出された子の意思に認めてよいのかということである。これについても、子の意思という当事者自身の主観的な表れだけが頼りとなる。とりわけ、子の発言に対する親の恣意的な意思操作の有無及びその影響に注意しなければならない。

(3) 子の意思と他の「子の福祉」判断基準との関係

各個別事案における子の意思（例えば親との交流の実現に対する希望等⁶²⁾）の具体的考慮において、裁判所は、調査結果を基にある種の予測を用いて判断することもある。つまり、子が幼児の場合には子の福祉に適った解決として母が有利となる予測（いわゆる母性原理的な解決）や、兄弟がいるのであれば通常は分離させてはいけないという予測（兄弟不分離原則）、そして継続性の原則による予測、つまり子を日常的に世話している者が如何なる場合であっても心理的な結びつきを形成した密接な関係人になり得るといった予測を考慮することとなる。子の福祉を判断するにあたっては、子の一般的・個人的ニーズにつき多角的な視点の下で分析する必要がある。

子の意思の尊重とこれらの諸原則との関係性については、必ずしも明瞭であるとは限らない。（特に子が幼児の場合に）子の心理的結びつきに対する一つの指標としては、ゴールドシュタインやフロイト等がいう母性原理（Mutter-Grundsatz）が主張される。これは、子の出生後一ヶ月においてのみ独自の意味を持つとされる⁶³⁾。場合によっては、単純に母親であるという事実から導かれる生物学的な社会的優位性は、発達心理学的に守られた「心理社会的親子関係（psychosoziale Elternschaft）」、つまり、事実上子を世話する者との子の自然的な結びつきにより、いずれの場合においても重複する要素である⁶⁴⁾。それ故、継続性の原則が母性原理を押しつけるとき（つまりは家族における伝統的な役割分業を確認した上で、母優位

の生物学的な親子関係を修正できるとき)には、この原則が母性原理という生物学的要素よりも優位に立つであろうし、子が自己の内的結びつきを適切に認識し表現できる場合には、子の意思がより厳密な結びつきの指標として、継続性の原則を失効させることもできる⁶⁵⁾。

しかし、個々の事案において、裁判所が如何なる要素に基づいて内的結びつきに関する子の意思の顕れを認めるかは、本来は事実調査の結果に対する評価と裁判官の心証形成の問題である。そして何よりも、子の意思そのもの(又は母性原理や継続性原則といった別の指標)が子の福祉判断の重要な基準、ここでは親の一方に対する子の結びつきのみを示すだけではないということは、基本的に重要な視点である。

子の意思尊重が重要であるということは、単に事実解明のために必要なのではなく、子の人格への配慮という本質的な要素に起因することは明らかである。それにも関わらず実務においては、この二つの観点が必ずしも配慮されているとは限らない。子の意思を反映した紛争解決において、それは何れにせよ年齢区分の問題につながる。幼児の場合には自己決定能力は問題とせず⁶⁶⁾、成人に近い年長子の場合には、自己決定の観点が心理学的観点から親との結びつきよりも前面に押し出されるとコエスターは述べる⁶⁷⁾。しかし、画一的な年齢区分の判断は、基本的には困難を極める上、子自身の個別的なニーズを軽視する危険性も兼ね備えている。さらに、言語能力の未熟な乳幼児の場合、子の福祉判断における裁判官の心証形成に関して子の意思よりも他の判断基準(例えば母性原理)を先行しようとするのはあくまでも一般的理論であり、乳幼児であっても発話以外の感情などの表出方法があることから、確一的な年齢区分によって意思尊重の枠組みから門前払いするのではなく、如何なる年齢であっても個人としてその意思が考慮される必要があると思われる。

結果として、判断基準として子の意思を用いるにあたって、次の視点が保持されなければならない。つまり、子の意思尊重について根幹をなすものは、子の人格の尊重である。この人間としての根幹となる特別な次元

において、この考慮は、子の心理的・情緒的価値に意義を見出すものであり、これを侵害する要素（例えば親の洗脳や意思操作）を排除できる一種の不可侵性を具備するものである。自己責任を持つ人格への子の発達は、それに加え、自己決定能力のある（selbstbestimmungsfähigen）子の自覚した自己判断への不可侵性を前提としている⁶⁸⁾。

第4節 小 括

「子の意思」は、コエスターが指摘する判断基準としての機能ないし手続指針としての機能に特化されて考察される一面がある。適切な職権調査に基づく事実認定のもとで裁判を行う以上、これは最低限必要なことである。

裁判官が、各事案においてどのような判断を選択すれば「子の福祉」に最も資する法的解決になるのかを模索するときには、その判断基準として事案解明のために必要な様々な要素を職権調査によって収集し、それらの各要素を全て踏まえた上で考察する必要がある。この判断につき上位責任を有する裁判官が「子の福祉」に基づく司法判断をするにあたり、「子の意思」は、職権調査により収集された各要素の中で、単に事案解決のために必要な判断基準としての一要素としてのみ捉えられる側面がある。「子の福祉」に適用する司法判断において、それぞれ性質の異なる要素を単純に比較することは困難であるが、場合によっては、「子の福祉」判断において他の客観的要素が「子の意思」よりも重要視される可能性もある。例えば、配慮権者指定等の事案においては親による養育の適切性及び精神的に適切な養育環境の有無等といった判断基準が、「子の意思」よりも子の福祉的解決のためにウェイトが置かれて判断されるかもしれない。

また一方で、「子の福祉」における「子の意思」の位置づけに際しては、この要素に特質的な制限事項が伴う。「子の意思」については、大人が客観的かつ合理的にこれを判断する以上、「子の年齢や判断能力の有無」といった条件が伴うのである。例えば、従前の養育環境等のような親側の事

情に関しては、調査によってある程度明確化できる事項である一方で、子自身の主観的意思については(とりわけ乳幼児等の場合)、調査によって明確化することは極めて困難である。裁判における判断基準として「子の意思」を用いる以上、推測による不確定要素としてではなく一定の明確性が求められるために、子の側にもその明確性の担保が必要とされるのである。

しかし「子の福祉」判断にとって「子の意思」とは、子自らが示すことのできる各事案に応じた個人的なニーズである。子の意思は親に対する心理的結びつきを表す以外にも、例えば親による養育の適切性や兄弟不分離への希望等といった他の子の福祉の判断基準となり得る要素について、子自らが表現できる。自分の状況を一番よく知り、詳述している子の主観的意思は、他の何にも代え難い子の福祉の判断基準である。そして、子の意思に「自己決定及び自己責任を有する人格発展への自律のための要素」があることも加味すれば、「子の意思」は「子の福祉」判断のための絶対的必要基準と位置づけられるものと考えられる。人格発展の見地からは、子の意思も大人と同様に重要視される必要がある。フォン・ブラッケンが「子の意思は子の福祉ではないが、子の意思を欠く子の福祉は成り立たない」と指摘するように⁷⁰⁾、子の意思とは単なる子の福祉判断のための一つの相対的必要基準ではなく、他の判断基準よりも上位概念であると考えられる。一方、トーマス・ケスターは「子の意思に反する子の福祉はない」と子の意思に最大限の重要性を指摘するが⁷¹⁾、私見では、子の意思を直接的に子の福祉と同列視するこの方式が司法判断の中で常に成立するのは、極めて困難だと考える。

親子間の心理的結びつきの要素にのみ特化された子の意思には、それが事案解明のために必要で、子の福祉に資する措置決定のために必要な「判断基準」という一つの側面に限定されてしまう危惧を有することに注意しなければならない。子の意見聴取には事案解明の要素のみならず、手続参加という子の基本権保障の要素があるためである⁷²⁾。少なくとも、子の意

思に内在する、子自身による権利主体の行使に基づく人格発展といった基本権保障の観点からは、他の客観的判断基準には見られない特質を有するものである。その意思表示が年齢や判断能力によって困難なときには、親と同様に、相談や援助を受ける形で意思表示を支援する必要があるのであって、子の意思を考慮する必要がないと短絡的に帰結すべきではないと考えられる。

子の自己決定につき援助的機能を果たすものとして、手続保護人が一つに挙げられる。子の福祉概念の立法調整的機能については、手続保護人制度の創設の経緯を鑑みても、非訟事件手続法上の意見聴取義務にとどまらず、「子を手続の客体としてはならない」として、子の意思尊重につき立法的解決を図ろうとする姿勢が伺えることができよう⁷³⁾。

一方、配慮権濫用事例等のように、コエスターの指摘する国家による介入権限として「子の福祉」がとりわけ機能する場合には、子の福祉の危険を未然に回避するために、親として認められた教育権との衝突が生じることに注視しなければならない。例えば離婚時における配慮権者の指定や養子縁組事例等のように新たな親子関係を法的に形成する場合は事案類型上性質が異なり、「子の福祉」の名の下において、親の権利への介入を正当化する必要が生じる。これは根本的に、国家と親との関係における憲法上の問題となる。

子の福祉の名の下で親の権利と衝突する場合については、通常、子の福祉の危険回避を目的する裁判所による介入判断が必要となる場合を想定できる。この場合における「子の福祉」とは、将来的な子の生活にとって最低限必要な身体的・精神的安寧を緊急に充足することにあり、子は国家により保護を受ける客体としての側面が強調されることとなる。しかし、子も人権主体として尊重される一個人であるという視点を考察の出発点とすれば、保護に際しても、子自身の側から自らの意向を主張できるよう求められる。

親子関係においては日常的に、親による教育的観点からの制約に対して

子は自由を求め、親の権利と衝突するものである。緊急事例のような殊更にハードケースではないにせよ、求める自由の対象によっては、子の将来にとって非常に重要な問題である(門限や就寝時間の設定と、学校や宗教選択等を比べれば明白である)。自らの教育観に基づき子を世話する親の意思と、それに対し自由を求める子の意思との衝突も、(緊急事例への介入判断のような国家と親との関係ではなく)親子の関係では憲法上の問題も存在するのである。

「子の福祉」概念を考察するときには、必然的に国家権限・親の権利・子の権利といった憲法上の三つの論点が伴う。これらの論点の関係性については古くから考察されてきた経緯があるが、そこでは主に国家権限の介入に対する親の防御権としての側面で論考されていると思われる。当時、適切な子の保護の必要性から親の権利につき支配権的性質を払拭するという、「子の福祉」の視点の萌芽段階では、これは必要な作業であった。しかし「子の保護」から「子の権利」という方向性を伴う「子どもの世紀」へ向けた歴史的潮流の中、児童の権利条約のいう子の権利主体性の観点を踏まえた上で、子の意思尊重の視点から、家事事件における「子の福祉」概念と「子の意思」の関係性、さらには子の意思を考慮した親権行使のあり方について、再考察する必要がある。

第2章 子の人格発達と自己決定 子の意思の基本権的要素

憲法上の論点となる国家の権限・親の権利・子の権利の関係性について考察する前に、一点だけ付言しておく。子の意思尊重原則を研究の基本的視点とおくために、本章では、国家対親の関係よりも親子関係における基本権保障の論点に重点をおく⁷⁴⁾。ドイツ民法においては、憲法的価値に配慮し、基本法上の趣旨を取り込んで体系化されている。子の意思は人格の発展や自己決定権に関わる基本権であって、これが親の基本権と衝突する際には、その調整には民法的視座に基づく解決のみならず、基本法の視座

も必要となろう。この視座を踏まえた上で、養育における親の権利と子の意思を考察することで、親の権利が「子の福祉」のために一定の制約を受ける義務的性質を有するという帰結に至るものであると考える。

第1節 基本法上の子の法的地位

(1) 人間の尊厳と人格の自由な発展 国家による保護と支援

子の意思の機能には、自己決定、自己責任を有する人格発展への自立のための重要な要素がある。心身がともに成熟し自律能力を有する人間へと成長する上で、権利を自律的に行使することは、個人の尊厳に関わる事項として重要な意義を有する。たとえ、その自律的行使によって適切な結果が生じなかったとしても、人間としての成長過程からは、必ずしも一概に評価しきれない子の将来にとって有益な要素があるかもしれない。無論、子の自律だけが前面に押し出されるのではなく、成熟過程において親や国家による適切な保護との調整が保たれた上での話である。

人権享有主体である子の地位、そして子の教育と世話に関わる親と国家が担う地位については、基本法が定めている。基本法上、子には一個人として人間の尊厳（GG 1 条⁷⁵⁾）と人格の自由な発展の権利が認められており（GG 2 条 1 項⁷⁶⁾）、親は子の養育について自然的権利が認められ、何よりも先に養育する義務を負う（GG 6 条 2 項 1 段）。これに対し国家は、親が子の養育を適切に行っているかどうかの監督権（GG 6 条 2 項 2 段）を有する。

基本法が個人に対して基本権を保障している以上、その基本権が侵害されないように保護する責務を国家が担わなければならない。これは基本権を有する子が他人によって（通常は教育権者である親が一般的であるが）その基本権を侵害される場合には、その侵害から保護しなければならないのである。この責務に基づき、適切に親が養育権を行使できない故障（Versagen⁷⁷⁾）状態にあるときには、その意思に反して家族分離が可能としている（GG 6 条 3 項）。基本法 6 条 2 項 1 文で定められた親の権利の対

象である「子の世話 (Pflege)」及び教育」は、民法上の親の配慮権 (とりわけ身上配慮) に該当し、国家の監督権については、子の福祉の危険が生じたときには少年局との連携の下で調査し、危険回避措置の決定を発する介入権限を家裁に付与すると BGB 1666条で定めている。

GG 6条3項による親が故障状態にあるときの家族分離に関して、親が重大かつ継続的な故障状態にあるときには、後見裁判所が子の申立てに基づいて養子縁組のための親の同意を補充することを定めた BGB 1743条3項が、子の監護及び教育に関する親の自然的権利を定めた GG 6条2項において合憲かどうか問題となった事案において、連邦憲法裁判所は、1968年7月29日決定の中で、親権の性質に関する基本的判断を打ち出している⁷⁸⁾。GG 6条2項2文に定めた親の権利行使に対する国家の監督機能と子の保護の必要性に関する論点について、連邦憲法裁判所は、その判断基準を GG 1条1項、2条1項に依拠した上で、次のように述べている。「人間の尊厳を価値体系の中心とする憲法の下では、人間相互の関係の秩序において、同時に義務に拘束され他人の人間の尊厳が尊重されなければ、他人の人格への権利は、原則、誰にも認められない。したがって、親の責任及びそれに関連する権利の承認は、基本法の間人像に対応する共同社会の中で自己責任を自覚した人間になるために、子が保護及び援助を必要とすることで正当化される。」

この決定により、基本法の間人像の下で、子は、固有の人間の尊厳を伴う存在としてのみならず、人格の発展を求める固有の権利を伴う存在として認められたのである⁷⁹⁾。親の権利の承認は、子の保護と援助を必要とする限りにおいて正当化される。この時点で既に、基本権の担い手としての子の尊厳に関する見解が明確に出され、子に対する親の支配権的な親権の性質は否定的に評価されたといえよう。

また、国家が個人に対して基本権を保障するならば、保護するだけでなく、その基本権がより良い形で実現するように支援する責務を担う必要がある。例えば、子が自分の生活や将来、親の問題等についての深刻な悩

みによって精神的福祉が損なわれるとき、もしくは親が自分の養育態様が深刻な状態で、教育権の行使が適切な形で実現できないと自覚しているとき、教育援助という形で国家は基本権への支援を行うこととなる。少年局の存在や、少年援助法上の各種給付やその他の制度を考えれば、国家による基本権支援の責務の存在が分かると思われる。また、基本権支援につき現行制度が不十分であれば、その他立法政策の整備という責務が課せられるのである。

(2) 「基本権上の成年」としての未成年者

未成年者の心身の成熟度については、発達段階や年齢による格差（もちろん個人差もある）が大きいために、基本権の享有主体としてもその行使が制限されることがある。民法106条によれば、制限的行為能力は満7歳から始まると規定され、成年到達の18歳まで段階的な権利行使の類型を設けている（詳細は前掲・表1を参照）。このような年齢制限については、年齢を一律に引き下げべきか、制限されるとすれば、どの年齢段階まで整合性を保つことができるか等の議論が生じてくる。ただし、年齢制限の境界設定については、法学的視点のみならず、生理学や発達心理学、社会学や教育学等の学際的な考察が必要となるために、明確な答えを出すことは困難を極める。人間の尊厳と人格発展の権利といった要素を特に強調すれば、無制限な能力解放論に帰結してしまう虞も払拭できない。また、一律に年齢設定で区別してしまうことは、発達段階の異なる個人差の視点を軽視する虞もある。

このような未成年者の基本権に関する問題については、ドイツでは「基本権上の成年（Grundrechtsmündigkeit）」の概念を用いて考察されている⁸⁰⁾。この基本権上の成年とは、未成年者が自らの基本権を自らで行使し得る基本権の担い手の行為能力をいう⁸¹⁾。基本権の単独行使（又は代理人を通じて行使）に関わるこの概念は、基本法上、明確に定められているものでもなく、必ずしも明確な位置づけがなされた統一的概念とは言い難

い⁸²⁾。しかし、手続上の観点から、通常、未成年者は配慮権者である親や代理人等によって訴訟代理されることを鑑みると、この概念は、とりわけ裁判手続において意義を有すると考えられる。

基本権の担い手は、原則、全ての自然人であり、その年齢や能力によって左右されるものではない。人間の尊厳や人格の自由な発展等の人権は特定の範囲の者にのみ帰属するのではなく、児童や少年も等しくこれを有するのである。この概念について、そもそも如何なる基準を設定するかという問題について、二つの可能性が議論されている。「当該の具体的な個人の洞察・決定能力を基準にする(可動的年齢制限)」解決策と、「立法者が確定した制限(固定的年齢制限)」に基づく解決策の二つである⁸³⁾。両者は、具体的個人に応じた解決と法的安定性を維持するための画一的解決という違いを持つ。前者による解決でいえば、配慮権に関わる家裁手続において子の意見聴取(FGG 50条b)を行う際に、限定的に14歳以上の子だけを意見聴取するのではなく、個人の判断能力を鑑みて、その年齢に満たない子であっても意向聴取するような形が思い浮かぶであろう。そして、後者については、いわば民法上の身分行為能力を想定できると思われる。「人間の実存それ自体と結び付いている基本権(1条, 2条2項1段及び2段, 104条)」についてはいかなる段階でもこの「基本権上の成年」概念に該当するが、「私法の法律行為と結び付いている基本権(12条1項, 14条1項)」においては、民法上の行為能力につき立法者が定めた年齢制限を適用することとなるのである⁸⁴⁾。

親子関係における未成年者の基本権行使について、コンラート・ヘッセは、親の教育権に対して「基本権上の成年」の概念は何らの変更をもたらすものではないと述べる。未成年者の基本権行使と基本法6条2項に定める親の教育権について、「未成年者が親に対して基本権を援用することはできず、それゆえ親は、未成年者に対し、ある行為が - たとえば社団に加入する場合のように - 基本権の行使にあたる場合であっても、これを禁止することができる」と指摘している⁸⁵⁾。

無論，未成年者の基本権は親の教育権の範囲で行使されることとなる。しかし，親が国家から保障された固有の領域である子の教育権を適切に行使するとは必ずしも限らない。

少なくともこの概念には，子が自ら権利行使の主体と考える方向性，そして適切に権利行使できない場合には大人の支援の下で権利行使できるよう，例えば手続法上の観点からは，親が手続上利益相反にある場合などに手続保護人等の代理人を通じて手続参加を保障するように，自己の権利と利益の自己決定的擁護を求める権利を具体化している意味では重要であると考えられる。

第2節 子の発達に伴う親の権利の制限と子の自由との関係性⁸⁶⁾

親の権利の制限と子の自由に関しては，ドイツでは主に親の教育権の問題として捉えられてきた経緯がある。子は成長するにつれ，徐々に社会生活に必要な判断能力を身につけ，親の教育のみならず様々な環境から価値観を形成し，自己を確立していく。それに伴い，教育の場において親の人格や意思と衝突する状況も増加していく。このような状況下では，いわば自立へと向かう子の基本権と自立を支えるべき親の教育権とが対立構造にあると考えられる。ただし，あくまでもこの対立構造は教育関係に付随した自然現象であり，親子間の法的紛争ではない⁸⁷⁾。子自身の意思による自己決定が子の発達にとって段階的に自立へ導く重要な要素である一方で，国家より親には教育権の行使が第一に認められており，それが適切に行われる限り，国家による介入を受けることのない保護領域である。子の福祉の危険といった限定的な局面以外では，国家は親の基本権に介入することができないのである。

子の意思を個人の尊厳と人格の自由な発展の観点から重要視する以上，子の発達に伴い要請される子の自由の保障と親の権利行使の適切性はどのような関係にあるのかを整理しつつ，考察する必要があると思われる。

(1) 親の権利の制限

親の権利行使の際には、決して子の自由意思が恣意的に抑圧されるべきではない。子の福祉、そして子の権利主体性を保障するためには、親は、子の利益となるように子の意思を適切かつ理性的に⁸⁸⁾教育に反映させる必要がある。換言すれば、親の権利行使については子の福祉や子の権利といった要素によって制限されるといえよう。

このような親の権利の制限について、1950年代に、子の権利を「他人の権利」の一つとして捉える見解があった。例えばフリードリヒ・クラインは、子自身の権利が親の権利の限界である他人の権利の一つとして掲げている⁸⁹⁾。このクラインの主張について横田光平准教授は、子自身の権利を「『他人の権利』一般と同様、子の自由を保障する防御権的な権利」であると位置づけている⁹⁰⁾。GG 2条1項によれば、「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ憲法的秩序または道徳律に違反しない限り、自らの人格の自由な発展を求める権利を有する。」とされる。つまり、親の権利は、基本法より導かれる留保によって制限されるのである。この「他人の権利」概念とは、「単なる利益を排除した、全ての主観的権利を含むもの」とされている⁹¹⁾。

これに対して、親の権利に内在する義務性、責任の視点から、親の権利を制限する見解も存在する。プロテスタントであるエルヴィン・シュタインは、その宗教的視点から「親の責任が親の権利に優先する」ことを強調しつつ、「親の権利は親の権利に特有の受託的 (fiduziarisch) または後見的性質により制限される。子には親と同様、人間としての尊厳が認められるべきである。」とし、子の人格の尊厳と親の権利について、「子の人格の尊厳により、親は子の代弁者 (Sachwalter) として、つまり、子の利益、子の福祉のために自己の教育権を受託者の (treuhänderisch) に行使するよう、とりわけ自由、教育への子の権利を認めるよう拘束されている」と述べている⁹²⁾。このシュタインの見解について横田准教授は、他人の権利の一つとして子の権利が「『親の権利』を外から限界づける」クラインの

主張とは対照的に、『親の権利』の出発点として『教育されることへの子どもの権利』、すなわち、教育という給付に向けられた積極的な権利が問題とされている点」に特徴を見出ししている⁹³⁾。さらにシュタインは、公的学校制度との関連から次のように親の権利の限界を示している。「公的学校制度及び人格権の諸原則から、親の自然的権利の一定の内在的制約が生ずる。親の教育が未成熟な子の人格の自由な発展を導くことに寄与するものならば、教育という方法で形成されつつある子の人格に影響を及ぼすという親の自然的権利は、まず他人の権利、道徳律及び憲法的秩序にその限界を見出す⁹⁴⁾」と。

シュタインが主張する親の義務性の強調について、1968年7月29日の連邦憲法裁判所決定は、親の教育に関する義務拘束と親の権利について基本権としての区別を次のように示している⁹⁵⁾。

親の「基本権保護は、親の自己責任制を最大限に認めれば、まだ育成、教育といった評価され得る行為についてのみ求められ得るのであって、その逆、子の放置については求められない。憲法は、育成及び教育への権利をこれらの行動への義務と結びつけることによって、このことを明らかにしている。この義務拘束により親の権利は他の全ての基本権から区別される。それは所有権の社会的拘束とも異なる。基本法6条2項においては、権利と義務とが最初から不可分に相互に結びついているのである。義務は権利を限定する限界ではなく、この『親の権利』を本質的に決定する構成部分であり、したがって親の権利は『親の責任』と呼ぶのがより適切である。」として、親の義務を親の権利の本質的要素として指摘している。

この連邦憲法裁判所の決定の考え方によれば、親の配慮権行使に際して子の意思と衝突する場合には、親の権利の本質的要素として親の義務性に重点がおかれ、その子の意思を配慮した解決が親に求められるであろう。そして、それは BGB 1626条 2 項 1 文において、「子の欲求の増大を考慮」した世話と教育を親に課していることからも見受けられる。

(2) 子の意思と子の自由

親の権利が子の世話と教育に付随した義務にその本質をおくことから、権利行使に際しては、子の福祉に基づく一定の制約が課される。一方で、子の基本権の視点に重点をおき、子の自己決定を保障しようという立場から子の意思尊重を論理構成することが考えられる。そこで求められるのは、子の自由である。

子の意思を尊重する前提は、人間の尊厳と人格の自由な発展にある。しかし親によって養育される中で、親の意見と対立する場面において、自己の人格をどのように発展させることができるのだろうか。例えば入学に際しての学校選択や職業選択、はたまた日常生活に至っては就寝時間の設定や友人との交際など、このような局面は随所に見受けられる。人格的要素に高度に関わる法律行為として、身体の自由への制約となりかねない選択を伴う妊娠中絶や手術への同意等の問題については、その判断につき慎重を要することとなる。親が権威的に子の自由意思を抑圧するのか、子の権利の観点から自由意思を尊重するのか、あるいは親の利益と子の利益とを比較考量して折衷案を見出すのか、その解決方法は多岐にわたる。教育と世話に関する親の権利が子の福祉に資する形で認められることから、対象となる懸案事項について、子の福祉となる要素の重要度によってそれぞれ自由意思を尊重する程度も異なってくる。子の養育に関わる親の権利と年齢に伴い増大する独立と子の自己決定との衝突の形態は様々であり、本稿で掲げる家事事件として係属するような配慮権帰属や交流権等の問題についても、子の側からは将来的生活の充足のためにも必要な関心事項である。

前節で述べたように、未成年子の基本権行使については「基本権上の成年」の概念が存在するが、この親の基本権と子の基本権との対立において、この概念に注目する必要があると思われる。1950年代後半にヒルデガルト・クリューガーは、まず子の基本権と親の基本権との衝突に関する法律規定と基本法から導かれる解決の拠り所がない限りにおいては、利益衡量

原則にしたがい衝突を解消されなければならないとして、この概念を掲げていた⁹⁶⁾。クリューガーは、衝突解消の基となる法律規定として、私法上の制限行為能力と法定代理人による権利行使に着目している。さらに、親権者が子の基本権侵害を行う場合について子に後見裁判所への申立権を独自に認める方向性を指摘するのである。

子と親の基本権対立が生じた場合に後見裁判所への子の申立権を承認するように、クリューガーのいわば子の権利主体性に対するドラスティックな見解には、批判が見受けられることも事実である⁹⁷⁾。横田准教授は、このクリューガーの「基本権上の成年」論への批判の根拠は、主に「家族の自律」にあると指摘する⁹⁸⁾。しかし、未成年者自身による独立の基本権行使を明示し、子の自由の視点を強く指摘している点から、子の権利行使主体性の視点が未だ十分ではない日本においては、注目に値する見解であると思われる。クリューガーのような「基本権上の成年」概念の議論、そして子の自己決定、子の権利行使に関する意識の高まりが顕著に見られた1950年代後半以降（男女同権法の制定直後）、「親権」に関する基本的理解の変化の兆しが見られ、子の自由の観点から親子関係について理解を新たに試みようとした時期でもあった。この潮流は、自らの基本権及び基本権上の成年への発達に関する子の意識の高揚を経て⁹⁹⁾、親権規定に子の意思を尊重する1626条2項を設けた新配憲法へと繋がっている。このように子の自由を強調する見解が、子の権利論議に関する一つのカンフルとして機能することは看過できないと考えられよう。

第3節 小 括

子の発達過程において、大人による教育が必要不可欠なのは自明である。子が成長し、完全なる自己決定、自己責任性を有するにつれて、親による指導の重要性は自ずと後退していくものである。この自己責任性の具備の重要性については、BGB 1626条2項1文及びKJHG 1条1項といった一般規定において明示されるところである。自己責任を持ち社会的能力ある

人格に向けた教育を受ける権利は、子の自己決定と大人（民法上は直接的には配慮権者、そして社会法上は少年援助の担い手等）の協力を伴って保障される。

そして子には GG 1 条の人間の尊厳、GG 2 条 1 項における人格の自由な発展を求める権利が認められる。これらは、特定の生活領域に限定されず、人間のあらゆる生活領域に関連する要素である。また、人格発達の権利については、一般的人格権の具体的内容として、自己決定・自己保全・自己叙述の権利があるとされる¹⁰⁰⁾。基本法上保障された子の自己決定権が親の不適切な配慮権行使や紛争によって侵害され、親の利益が前面に押し出されようとする問題が生じる以上、立法者はこの問題解決のために、子の権利性を向上させる立法的解決が求められる。つまり、子の基本権と親の基本法上の地位という両者の利益対立を調整する規定を憲法的価値に基づき創設する必要がある。それが適わないときには、司法機関である裁判所が、合憲解釈に基づいて子の権利性を考慮した紛争解決を図ることが求められると考えられよう。

第3章 ドイツ親子法における子の意思尊重

第1節 親の権力から親としての配慮へ

親子関係に関する法改正の必要性は、子の人格の自由な展開を保障する基本法を根拠として主張されてきた点が大きいの。この中で、親権概念に関わる歴史的展開として、ドイツ親子法には「子に対する親の権力の絶対的優位性」から「親の義務的権利としての配慮」へという大きな一つの流れが存在する。現在では、親の配慮規定は子の福祉に根付いた規定であると評価できるが、しかし1896年制定の BGB 親権規定は当初、嫡出子について父を単独親権者とし、法律上の父子関係を認めていなかった非嫡出子についても母の親権を認めず、内容としては家父長権的、支配権的特徴を有するものであった¹⁰¹⁾。父の意思の下で家を統制し、家族を支配しようと

する，いわば「家のための親権法」の時代である。

法改正前，「子は未成年の間は父母の親権に服する。」と1626条に定めていた。BGB 制定当初の，まだ封建的イデオロギーの維持，存続を抛り所とする絶対支配的な考え方の体现でもある。かつては，「親権は支配権のカテゴリーに属する。したがって，たとえば所有権と同じカテゴリーに入る。子は親の主観的法の対象である」というように¹⁰²⁾，権力的に親が子を支配するという親の権力の絶対的優位性が考えられていたのである。

ドイツでは，BGB 制定以来100余年にわたる社会変動，家族に対する価値観の変容，そしてそれに伴う教育学的，社会学的，心理学的認識の変化等，様々な局面で家族法は法改正の必要に迫られ，多くの法改正を行ってきた¹⁰³⁾。これらの改正によって，子の福祉の保障に重点を置こうとする「子のための親権法」の時代が到来するのである。

ドイツ親子法においては，1957年の男女同権法制定後間もなく親族法諸規定改正法¹⁰⁴⁾（1962年1月1日施行）が親子法へ子の福祉の観点を導入した¹⁰⁵⁾のを嚆矢として，1979年の配慮法改正法¹⁰⁶⁾が，親権法へ大きな転換をもたらした。この新配慮法改正は，ローマ法以来の「親の権力（elterliche Gewalt）」という文言を廃止し，これに変わり「親としての配慮（elterliche Sorge）」という文言を用いることとした。これは，親権の義務性を明文化するものであった。親の権利に関する義務性の強調については，親子関係を法的に性格付けるために最もふさわしく，親の法的地位が子に対して無制限の支配権的性格を有するものではなく，子が一人の自己責任性を有する個人へと成長するように子を保護し，支援する義務を負うという性格を適切に表現した「配慮」という新たな概念が採用された経緯がある¹⁰⁷⁾。この「配慮」という用語に関する政府提案理由が，子の権利主体性と親権の義務性について，次のように述べている。「子は，むしろ基本権の主体であり，したがって，自らの人間の尊厳が尊重，保護されることを要求する権利（GG 1条）を有する。子は自己の人格を自由に発展させる権利（GG 2条1項）を有する。したがって，この基本法の価値

によれば、義務に拘束されず、子の人間の尊厳を侵害するような子の人格への権利を法規が親に認めることはない。親権は、親の権力の自負ではなく、社会共同体において自己責任を自覚した人格へ発達するために子が保護と援助を必要とすることで正当化されるのである¹⁰⁸⁾と。

この改正法で子の人格の承認に関わる重要な論点は、「配慮」という新たな概念を創設した点以外にも、子の福祉を中心として、親が適切な配慮を行う上で子の意思を十分に考慮斟酌するように義務づけられた点が挙げられる¹⁰⁹⁾。

この新配慮法改正により、1626条2項は、「父母は、子の世話と教育にあたり、自立し、かつ責任を意識した行動のための子の能力の増大と要求の増大を考慮する。父母は、子の発達段階に照らして適切である限りにおいて、親の配慮の問題を子と協議し、合意に努める。」とし、また1631条aでは、1項に「専門教育および職業に関する事務について父母は、とくに子の適性及び性向を考慮する。」、2項に「父母が子の適性及び性向を考慮せず、そのため子の成長が持続的、かつ著しく損なわれる危険が生じた場合には、後見裁判所が決定する。」と規定した(ただし、2項は現行法では削除)。子が自己決定していくために必要な判断能力を段階的に形成していく発達過程を親が考慮しなければならないとした点で意義があったといえる。

その後、家族観の変容、連邦憲法裁判所の違憲判決からの要請、児童の権利条約に伴う国際的動向等の要因の下、1997年に親子関係法が大きく改正された¹¹⁰⁾。この改正法は、BGB が制定以来維持してきた嫡出・非嫡出概念の区別を撤廃し、そのうえで親の配慮や交流に関する規定、手続法規定等も大幅に改正するものであった¹¹¹⁾。親権について親の支配権的発想から必ずしも脱却しきれてはいない¹¹²⁾日本法とは異なり、子が自律した個人へと成長するために子を保護し援助する義務性を強調するものであり、子を権利の主体として捉えようとする理念が根底にある。旧1626条1項1文は、「父と母は、未成年の子を配慮する権利と義務を有する」と規定し

ていたが、新法ではこの文言を、「父母は未成年の子を配慮する義務と権利を有する」と変更した¹¹³⁾。これは親の配慮が権利よりも義務とより結びついているという現実¹¹⁴⁾に合致させるためになされたものである¹¹⁴⁾。単なる文言の変更により、親の配慮権が子の利益を守るための義務権であるとする見解へと即座に親の実態が改善するには実質的に難しいかもしれないが、ドイツ立法府の親の配慮の義務性への真摯な姿勢が伺うことができよう。

また、改正点の中で、裁判所の決定基準に関する一般規定として1697条aが、裁判所の判断は全て子の福祉を中心的基準とする旨を明示したことも、子の福祉を基軸とした親権法体系である特性を示している。同条に依れば「他に別段の定めがない限り、裁判所は、本節に規定された諸事項に関する手続においては、現実の状況及び予想される事態ならびに関係者の正当な利益を考慮して、子の福祉に最も良く合致する裁判を行う。」と規定している¹¹⁵⁾。また、これに対して1696条1項は、「後見裁判所ならびに家庭裁判所は、十分な根拠のなる、子の福祉に後まで影響を及ぼす理由から適切である場合には、その命令を変更しなければならない。」と定め、裁判所の命令の変更についても同様に、子の福祉を基準として明示するに至った。第5節の規定全体を通して、子の福祉を最高指導原理と成文化しているといえる。

このような法体系の下で、子の意思の尊重というテーマを主軸に、子の権利主体性、そして近代家族法の最高指導原理でもある子の福祉という観点から、現行法における「親としての配慮」規定の構造を探ることとする。

第2節 配慮権の行使と子の意思との関係性

(1) 子の自立の考慮

子が個人的かつ社会的に自立した大人へと成長するように導くために、親に求められる最も重要な機能が「親としての配慮」であり、BGB 親族編第2章第5節がこれを規定している。この配慮は、子の個人的、社会的

生活に直接的に関係するものであり、子の身体的、精神的、情緒的、社会的、そして経済的利益の擁護と促進に向けられる包括的な義務を含んでいる。そのため、法律上この配慮は、子の身の回りの世話に関わる身上配慮と子の財産の管理に関わる財産配慮の二つの広範な領域により構成されている。日本民法818条以下の親権法規定と同様に、身上監護権(820条以下)と財産管理権(824条)に対応している。

ドイツでは18歳未満の者を未成年者とし¹¹⁶⁾、未成年者は親としての配慮に服し、親は子の身上及び財産に関する配慮を行う。また、親は子の法定代理人である。民法1条により、出生とともに権利能力を有し、未成年者は権利、義務の担い手とされるが、106条以下において7歳到達後の子の制限行為能力を認めており、配慮権者の同意を必要としている。さらに身分的事項については例えば、成年到達前は婚姻締結できないが、例外的に申立者である一方が16歳以上で将来的に配偶者となる他の一方が成年であるときには、申立により家裁が免除することができる。なお、日本法では婚姻により未成年者は成年に到達したものとみなし(民753条)、民法上、行為能力者として扱うが、未成年者の婚姻による成年擬制はドイツには存在しない。なお、BGBにおける具体的な子の年齢に関わる能力規定については第1章の表1を参照されたい。

しかし、子の法的地位に関してドイツでは、日本の法構造の根底にある未成年者を社会的に未熟な存在と捉える子の権利観とは異なり、子の基本権保障を中心に現在まで法の発展がなされてきたものであると考えられる。

子自身の意思と人生観・世界観は、子の発達にとって、段階的に完全なる自立へと向かう重要な要素である。子を一つの人格を有する一人の人間として尊重する考え方の下では、子の年齢や発達状況に応じた段階的な自立を考慮するということは、子の福祉を基調とする親子法体系に合致するものといえよう。親による理性的な養育とは、子自身から発せられた要求、願いを可能な限り抑えつけないことなく、子の年齢と発達状況や問題の性質にしたがって、適切な範囲と方法に親の権威の貫徹を制限するものである。

そして、子が完全なる自己責任を具備する個人へと成長するにつれ、親による指導は徐々に自ずと後退してゆくのである¹¹⁷⁾。そのため、子が自己決定できる生活範囲においては、子の意思をより尊重し、さらに将来の生活に対する影響が考えられる事項については一層、子の意思や性向を適切に考慮する必要があるといえよう。

その子の自立の考慮を明示したものが、配慮権行使の際における子の能力の増大と要求の増大を考慮を規定した1626条2項である。つまりこの規定によって、子の意思の重要性への配慮、子の人格、自己責任性を親の配慮に関する各問題において斟酌することとし、子と協議した上で親子間の合意が得られるように、親は努める必要があるとされる。ラウシャーは、「親には、子とパートナーの関係の中で話し合いをする教育スタイルに相応した行動と、それに対する能力の増大が求められる」と指摘している¹¹⁸⁾。

その他、子の日常生活にとって重要な要素となる学校教育、または職業選択についても、1631条aは「専門教育および職業に関する事務について父母は、とくに子の適性および性向を考慮する。確信が持てない場合には、教師または他の適切な者の助言が求められなければならない。」と定め、同様に子を主体とした配慮がなされていると言える¹¹⁹⁾。あくまでも親の配慮権は、子の意思を尊重する子の福祉の実現へ向けた義務であるとされるのである。コェスターが、かつて「子の個人としての人格の承認は、装飾的な定型句に留まるだけでなく、配慮権決定の基礎を構成する要素として子の態度は考慮されなければならない」と指摘していたように、ドイツでは現行法上、親の配慮権行使の中核に子の人格的承認の要素があることが認識できる。

親の配慮権行使の根本的要素となる子の人格的承認について、早い段階からこれを認めているものがある。それは、子の宗教教育である。身上配慮においては、学校教育や専門教育の他にも宗教教育も含まれる。宗教的価値観は、それを信仰する者にとって将来の生活に多大な影響を有し、人

生を歩む大きな道標となり得る重要な要素である。基本法上、ドイツの公立学校においては、非宗教的学校を除き、宗教教育が正規の教科科目となっているために(GG7条3項)、子に与える影響も大きく、教育権者として親の関心も高い領域である¹²⁰⁾。

この宗教教育と子の意思について、基本法により保障された親の教育権(GG6条2項)、信仰の自由(GG4条1項)、宗教教育に関する親の決定権(GG7条2項¹²¹⁾)との関係から、親の宗教観を子に継受させる自由があるか、教育権者が子を宗教教育に参加させるか否かの決定権がどの程度子に及ぶのかという問題も生ずる。必ずしも、父母が共に同じ宗教であるとは限らない。互いに異なる宗教であるときには、子の宗教教育に関する紛争が激化することも考えられる。

(2) 子の宗教教育と自己決定

ドイツでは、子の宗教教育に関して、特別規定である「子の宗教教育に関する法律¹²²⁾」が適用される。この創設につき、宗教領域に関わる自己決定は人格の核心に関わる事項であり、これに基づく教育問題には立法論(de lege ferenda)が寄与すると考えられているのである¹²³⁾。表1で掲げられるように、子の意思との関連では、宗教教育の変更時には、後見裁判所にて10歳以上の未成年者の意見聴取が必要とされる(RKEG2条3項5文、3条2項5文)。そして、12歳以上になると未成年者の意思に反する宗教観の変更は禁止される(RKEG5条2文)。まだこれらの段階では、未成年の子は、「部分的成年」(Teilmündigkeit)として捉えられているが、14歳以上の未成年者になると、「宗教的成年」(Religionsmündigkeit)として、自らの宗教観につき自己決定することができる(RKEG5条1文)。そのため、14歳以上の子は、宗教教科の授業、礼拝や宗教的儀式への参加についても自ら決定することができ¹²⁴⁾、例えば、別の宗派に改宗する場合や無宗教に転身する場合には、宗派の脱退の権利も有する¹²⁵⁾。

この宗教教育法は、1921年に、段階的に成熟した宗教領域における子の

自己決定を尊重する観点より創設され¹²⁶⁾、14歳以上の子は、宗教教育に伴うあらゆる問題に関する行為能力、手続能力を獲得するとしている¹²⁷⁾。年齢到達により、子に宗教教育に関する自己決定権が認められるため、精神的に成熟しているかどうか、自己決定の動機がどうか等についての審理も必要とされないのである¹²²⁾。

人格の自由な発展、信教の自由と基本法上より密接に関わる論点である子の宗教教育については、段階的な自立を考慮しようとした新配慮法よりも半世紀以上前から、子の自己決定権を認めようと考えていたことが分かる。たとえ制限行為能力者である未成年者であっても、人格形成に寄与する重要な領域については、親の同意を要せずに、自己決定できるとする能力解放の構図は示唆する部分が大きいいえよう。

一方で、実際に子の将来的な身分事項が問題となる場面とは、何らかの問題が親子関係に生じた場合である。親による共同配慮の形態が終了する場合や、離れて生活する父母の一方と接触または連絡を取ろうとする場合、そして何よりも児童虐待に代表されるように、子の福祉の危険が実際に切迫した状況にある場合等が考えられる。以下、これらの具体的に子の意思が問題となる個別的事案について述べる。

第3節 親の配慮権指定と子の意思

父母双方による共同配慮の場合に、父母が一時的ではなく別居するときには、配慮権の行使上、問題が生じ得る状況となる。場合によっては、父母による共同配慮を廃止し、一方の単独行使が好ましい状況もあり得る。このような場合について1671条は、父母のいずれもが単独配慮権の委譲について家裁に申し立てできることを規定している¹²⁹⁾。この申立認容の実体的要件の一つとして、子の意思が関係している。同条2項1号によれば、父母の一方も単独配慮につき同意していたとしても、14歳以上の子がそれに反対しているときには、配慮権の委譲は認められないのである。反対する理由付けは必要なく、子は、配慮権委譲の反対意思について最終弁論ま

で自由に撤回することができる¹³⁰⁾。なお、当然であるが、共同配慮の廃止及び申立人への配慮権の委譲が認められるためには、それが子の福祉に合致していることも必要である(1671条2項2号)。2号で掲げる「子の福祉」については、二段階の子の福祉の審理が必要とされ、まず最初に共同配慮の廃止が子の福祉に適っているかどうかを審理し、次に父母のいずれに配慮権委譲をするのが子の福祉に適っているかを審理しなければならない。

この14歳以上の子の反対の意思に関する規定は、婚姻解消後の親の配慮を定めた旧1671条3項を踏襲するものであり、改正後も引き続き盛り込まれている。この反対意思に関する規定は、14歳以上の子が形成権の行使に関して部分的成年であることを意味している¹³¹⁾。基本法上保障された子の人格権による尊厳と子の当事者性から、自己決定能力のある子は家庭内自治に関する共同の担い手(Mitträger familiärer Autonomie)として認められる¹³²⁾。配慮に関する親同士の意思にのみ裁判所が拘束されるのではなく、一定の年齢まで成長している子の反対を慎重に考慮している点で、この規定は重要である¹³³⁾。親双方と子との間で合意が得られないときには、子の利益の監督機能を発揮することが家裁に求められる。例えば子の発達状況に照らして配慮権問題を子と話し合う旨を定めた1626条2項に基づき、子の立場も踏まえ合意が得られるように努力するよう親に指示することも考えられる¹³⁴⁾。この場合に2項1号の規定は、1626条2項における親の義務違反のサンクションとして機能すると考えられる¹³⁵⁾。

ただし、単独配慮への委譲について子の反対があっても、子の福祉の視点から、その意思に対して裁判所の判断が必ずしも絶対的に拘束されるということではない。子が反対している場合には、申立ての全部について2号所掲の子の福祉要件を充足しているかが審理され、この場合に子に拒否権はないとされている。例えば、申立人の単独配慮の際に、その父母の一方の配慮権者としての適格性を鑑みて、子により良い発達の可能性が開かれているか(「育成原則; Förderungsprinzip」)、申立人の単独

配慮が子の心理的結びつきに最も適うかどうか、申立ての内容である配慮権の形成が、子に対してより良い生活環境を保てるか（「継続性の原則；Kontinuitätsprinzip」）、子の意思は何を求めているか（子の意思への配慮）等を考慮した上で、申立人への単独配慮の委譲が、まさに子の福祉に最も良く適うかが検討される。例えば、離婚後も共同配慮が続くことを希望するために子が配慮権委譲について反対しているときには、家裁は、子の福祉の審理において子と親と双方の側の意見を十分に考慮しなければならない。そこでは、子が反対している事実が子の福祉の客観的判断基準として重要となる¹³⁶⁾。

子の反対の意思が申立人による配慮権委譲に対し明確に向けられたものであるかどうかを確かめるため¹³⁷⁾、裁判所は、FGG 50条 b に基づき、子を意見聴取することとなる。この配慮権委譲に対する子の反対についても、子が反対の意見表明権を行使できるように、FGG 50条による手続保護人の選任をすることができる。なお、14歳未満の子が反対の意向を示すときにも同様に、手続保護人の選任が問題となる¹³⁸⁾。

主体的な子の利益としての子の意思の考慮について、子が望んだ解決と子の「福祉」との協調性（Verträglichkeit）が、常に審理されなければならない¹³⁹⁾、子の意思の重要性は個別事案の性質に応じて異なってくる。子の福祉が危殆化しているときには、危機状態から脱する必要性から1666条により判断されなければならない、現実的には子の意思以上に危険の回避が目的となる¹⁴⁰⁾。

子の生活の安寧や充足の観点から、配慮について不適切な親元にいようとすの子の意思は、子の福祉のための判断基準としてあまり重要ではないとされる。7歳の双子の居所指定権を母とする旨の家裁の決定に対する抗告事件につき、2000年6月29日のツヴァイブリュッケン上級地方裁判所決定では、1671条2項2号に掲げる配慮権委譲のための子の福祉の判断について、親との結びつき、育成原則、継続性の原則、そして子の意思といった各種利益を指摘しつつ、将来的に父（精神的問題あり）と暮らしたいと

する子の意思よりも配慮の適切性の観点に重点を置き、父の抗告を退けている¹⁴¹⁾。本件では、子の福祉の審理における子の意思が、基本的に「子が抱く、比較的にも最も強固な人的結びつきに関する言語表現」としての機能と「一定の年齢以上について自立心がつくよう育てられ発達する一人格として自己決定行為」として機能の二つを有するとし、「子が年齢を増すごとに、この二つの機能が前面に出てくる。これは心理的・教育的理由のみならず、憲法上の理由からも正当である。GG 1条及び2条により、子には既に人格の自由な発達についての固有の権利がある。このことから、連邦憲法裁判所は、配慮権の裁判において子の意思が子の福祉に調和し得る限り、子の意思を考慮しなければならないという憲法上の要請を導き出すのである」と言及している。ただし本件では、子の年齢上の理由から両機能について肯定的に捉えてはいない。

また、子の意思は流動的であるために、決心がつかず揺れ動く子の意思は、強く安定した子の意思と比べて、子の福祉の判断基準として考慮され難い状況にある。1987年11月3日のバンベルグ上級地方裁判所決定では、離婚に伴う母の単独配慮につき父が配慮権の委譲を申立てた事案について、交流実施条件を日曜日のみから毎日へと変更しようと希望する10歳の子の非現実的な意思を、配慮権指定につき決定的なものとは認めていない¹⁴²⁾。

第4節 子の福祉の危険と子の意思

GG 6条2項1文により、親に子の養育に関する自然的権利が認められている。基本法上保障された親子関係の育成及び教育の自由があるために、子の身体的福祉、精神的福祉、教育内容についていかなる配慮を行うかは固有の保護領域となっている。しかし、国家には、GG 6条2項2文により、その養育が適切になされているかどうかについて監督機能があるために、親が子の福祉を危険に晒すような配慮を行う場合には、親の権利を制限し、子の福祉の保護のために国家がこの保護領域へ介入することができるのである。

民法上、この国家の監督機能を取りわけ具体化している規定が、1666条である。この規定に基づき、子の放置、虐待や配慮権濫用等、子の福祉が危険に晒されている場合に、家裁は、危険回避の措置を講ずることができるが、このような事案の性質上、緊急性が求められる一方で親の配慮権への介入判断のために慎重さが求められる問題解決のために、子の意思はどのような役割を果たすのだろうか。

(1) 条文の構造

本条は、親子関係法改正法により新設された¹⁴³⁾、民法における子の保護の中心的規定となる条文であり、子の福祉を害する父母または第三者の行為に対する子の保護を目的としている。子の保護と教育について基本法上認められた親の権利に対して、基本権保護と制約の均衡を求める比例原則（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）に基づき国家が介入できることを定めている。この比例原則とは、国家の介入授権に関わる原則であり、「国家の追求する目的が、それ自体追求することが許されるものであること」、「国家の講じる手段が、それ自体講じることが許されるものであること」、「講じる手段が目的達成のために適合的（geeignet）で不可欠な（notwendig）ものであること」を必要とする¹⁴⁴⁾。親が不適切な配慮権行使により子の福祉が危殆化するときには、子の福祉の保護という国家の目的追求のために、適切な回避措置を講じることが家裁に認めているのである。この原則については、とりわけ子の引き離しに関する1666条 a（1666条の補充規定）が強調するところである¹⁴⁵⁾。

第1項に定めるように、危険の対象は「子の福祉」、すなわち「子の身体的、精神的もしくは情緒的福祉」である¹⁴⁶⁾。子の福祉には、子が自立し、かつ責任を意識した者に成長し、共同体における共同生活の能力も獲得する可能性、子の発達にとって重要な要素である、配慮権者との関係の安定性と継続性、そして子の意思が含まれる。GG 6条2項1文ならびに1666条 a 1項、SGB（少年援助法）1条2項において、国家の干渉より

も前に親としての配慮を優位させることを規定していることから、子の福祉の危険とは、持続的かつ深刻なものでなければならない。その危険は、実際には、子の身体的、精神的、情緒的福祉の重大な侵害をほぼ確実に予見させる程に切迫した子の発達に対する危険を認識できるときよりも前から存在するため、危険を確実に認識できるときには既に子に深刻な影響を与えていることもある。子の養育に関する親の自然的権利の保護領域へ介入である以上、境界事例における介入の判断は慎重を要するが、子の福祉の危険を最小限に留める要請からは危険回避の迅速性を求められる。

本条は子の福祉の危険の根拠として、親としての配慮の濫用的行使、子の放置、父母の責めに帰することのできない故障（Versagen）、または第三者の行為を列挙している。配慮権の濫用については、「子の福祉に、そして第一に1626条2項に定められた教育目的に矛盾する形での誤った、不法の、目的に反する身上配慮の行使」が対象となる¹⁴⁷⁾。配慮権濫用については子の人格権との関係で多くの濫用形態が考えられるが、その代表的な例は児童虐待である。子の放置とは、「親の消極的な行為、すなわち親の義務が子の福祉のために行わなければならない場合における不作為」を意味する¹⁴⁸⁾。子の放置とは、第一に世話が不十分であること、すなわち不十分な保護、食事や衣服、監督、養育を意味し、1626条2項がこれを防ぐために教育的義務を親に課している。親の故障は、配慮権濫用や子の放置よりも広義のものであるため補助的要件の機能を有し、前述の二つの危険事由が存在しないときに、この要件が問題となる。これに該当するものとしては、例えば無秩序な居住状況を伴うアルコール依存症や麻薬中毒、頻繁におこる夫婦間の争い、父母の犯罪行為等がある¹⁴⁹⁾。さらに、行動障害のある子に必要な入院を拒否することも、この要件に該当する。第三者の行為とは、家族以外の者または家族構成員が行うあらゆる作為または不作為を意味し、この要件は子の福祉の保護があらゆる規範の中心事項であることを明確にするために新配慮法により導入されている。

さらに要件として、親が「危険を防止しようとしないうとき、または防止

できる状態にない」ことが認められなければならない。家裁手続において裁判官は、問題となる親の行為の評価に加え、子の将来を考慮しつつ、親がこの要件に掲げる状態にあるときに限り、措置介入の判断をすることを守られなければならない。

（2）措置決定の判断と子の意思

子の福祉の危険とは多種多様であるために、危険防止の措置は単純均一化されたものであってはならず、注意、命令、禁止命令から身上配慮の一部または全部剥奪に至るまで、措置に関する選択的裁量を家裁に認めている。この措置決定に関する適切性の審理には、子の福祉の観点を中心としつつ（1697条 a）、親の権利と子の権利の双方の視点が必要となる。措置の適切性に関して、子の立場からは、裁判所の判断の結果と介入又は非介入との場合の結果を相互に照らして慎重に考慮しなければならず、一方で親の立場では、親の権利侵害と子の状況の改善を照らし合わせて判断するのである¹⁵⁰⁾。

親の配慮権行使の際に子の自立を考慮するように、子の成長に伴い、子の意思は、裁判所における子の福祉の判断にとっても、重要な意義を有する。この点につき立法者は、子の身上配慮および財産配慮に関するあらゆる裁判手続の中で原則として子の意見聴取を行うことを FGG 50条 b に規定している。比例原則の下で家裁は、事案に応じていかなる措置が適切であるかを判断するのだが、実際に子の福祉の危険が切迫している事案においては、実質的に、FGG 50条 b の意見聴取の技術的な問題が生じることが考えられる。例えば虐待事例等においては、裁判官による意見聴取に際して子の心理的負担が生じるだろう。場合によっては、自己犠牲へと向けられるような意思を表明することも考えられる。また、父母の一方の強い影響下にある子を意見聴取しても、必ずしも表明された意思がその子の本心に由来するものとも言い難い場面も想定できる。子の意思は、法的効果の面で、家裁の措置に対して影響を与えたり、一定の制限を加えたりする。

子の意思の尊重の例外として、裁判所は、子が意思操作されている場合 (Manipulation) を捉えている¹⁵¹⁾。子の意思に関する判例が頻繁に「分別ある理由付け (vernünftige Begründung)」を要求している限りでは、この基準は困難なものと捉えられる¹⁵²⁾。情緒的な判断のもとでは、子の意思はしばしば不適確であるからである。未成年者には自己洞察力や自己判断のための成熟度が足りないとの理由から、例えば配慮権委譲や面会交流調整の事案の中で、14歳の娘が母を固く拒絶する自分の本心とは全く乖離した形で「お母さん、私はあなたの下にいたい」等と話すような¹⁵³⁾、子の意思が自傷 (Selbstschädigung) に向けられているときには、その内容の子の意思は考慮されない¹⁵⁴⁾。子が決定的な判断をする場合には親の関与が全く行われないうちに、子が成年到達する前に、子の意思が単独で決定的なものであり得るかどうかが問題は激しく議論されている。なお、この点については、特に手術や妊娠中絶との関連で争われている¹⁵⁵⁾。

(3) 少年援助法における緊急保護と子の意思に対する支援

社会法典第8編 SGB (KJHG) に基づく児童ならびに少年援助の給付は、BGB 1666条と密接な関係にある。子の福祉の危険を防止するために重要な少年援助の給付については、相談支援やソーシャルワーク等が SGB 11条から40条までに定められているが¹⁵⁶⁾、この給付は、1666条1項の介入基準を越えない限り、基本的には親を支援する性質のものである。SGB 27条1項が、「児童もしくは青少年の福祉に合致する教育が保障されず、かつ援助がその発達にとって適切かつ必要であるとき」には、「身上配慮権者は教育援助に関する請求権を有する」と定めるように、基本法上認められた親の教育権の制限をできる限り回避しなければならないのである。

しかし、必ずしもこれらの教育支援に関する給付が子の福祉の危険の防止について功を奏するとは限らない。児童虐待等、現実には発生している危険を除去するためには、緊急の危機介入が必要となる。このような場合に

ついて、SGB 8条 a¹⁵⁷⁾が子の福祉の危険の場合における少年局の保護任務の内容を、ならびに42条¹⁵⁸⁾が児童ならびに少年の緊急一時保護(Inobhutnahme)をそれぞれ定め、一般的な児童保護システムとして少年局が一時的な危機介入措置をとり得る可能性を開いている。

緊急一時保護という深刻なケースに至る前段階として、少年援助法は、適切な相談支援に対する参加権を子に認めている。SGB 8条1項には、発達段階に応じた公的青少年援助への子の参加権と各種手続に対する子の権利について関連機関の教示義務が定められており、同条2項で少年局への教育及び発達相談の権利を認めている¹⁵⁹⁾。この参加権は少年援助法の中心的構造原則であるとされ¹⁶⁰⁾、子の福祉の危険といった緊急状態についても当然に子が自ら相談を求めることが可能である。ただし、このような相談内容については親の利益と子の利益と相反する場合も多く、親に知られることでより自らの福祉を危殆化させてしまう虞もある。この問題に対し、同条3項によれば、緊急を要する状態につき助言を要し、かつ身上配慮権者にこの助言の旨を通知することで助言の目的が達成できない場合には、身上配慮権者に知られることなく助言を受けることが可能である。

少年援助の実務では、相談員による直接の助言や電話相談（少年救急センター：Kinder-Jugendhilfenotdienst¹⁶¹⁾、配慮に関する電話相談：Sorgen-telefon¹⁶²⁾）等、助言の形態は非常に多岐にわたる¹⁶³⁾。これを通じて、子は困難な状況からの逃げ道を教示してもらうことが可能であるが、ただしこの規定は前述の42条とは異なり、あくまでも助言を受けることができると定めており、それ以上の世話や居所指定等については対象としていない¹⁶⁴⁾。なお、教育権者である親と同様に子の教育任務を担う学校については、教育権者に情報が渡ることによって子の身体的危険や精神的危険が明らかに生じる具体的な緊急状態の事実が認められる場合について、1982年に連邦憲法裁判所は、基本法上保障された教育権者の情報請求権に対して、子の福祉のための義務権としての親の権利の性質及び年齢とともに発達する子の判断能力を根拠に、学校児童相談員の黙秘権を認めている¹⁶⁵⁾。

次に、緊急を要する深刻な状態が生じている場合についてだが、危機介入の措置といえば通常は職権による保護の開始¹⁶⁶⁾が想定されるが、保護を求める子の意思を尊重する規定が SGB 42条 1項に定められている。この規定によれば、少年局に児童(14歳未満: SGB 7条 1項 1号)ならびに少年(14歳以上18歳未満: 同 2号)が保護を求めるときには、少年局はその未成年子を保護する権利を有し義務を負うこととなる¹⁶⁷⁾。これは、いわばコユスターが指摘する子の福祉の介入権限機能について、子の意思が働きかけるものであるといえよう。

子は、保護申請について特段に理由づけしたり、自分の窮地や紛争状況が存在することを説明する必要もない¹⁶⁸⁾。16歳の子が、単独配慮権者である母との家庭生活が幼少時から深刻かつ口喧嘩ばかりであることを少年局に報告し保護が開始した事案である、1996年11月20日のハム上級地方裁判所判決において、この自己申請の要件について「緊急一時保護に関する少年局の任務にはいかなる制約も認められず、少年がいかなる理由で保護を求めているか、そしてこの理由が納得のいくもの(überzeugend)であるかどうかは無関係である」と述べている¹⁶⁹⁾。

一時保護の開始と保護を求める子の意思との関係について、ポーナートは、「必要なのは、(子の)『願い(Bitte)』のすぐ傍には、難局(Krisen)及び危険の状態が現在生じている、もしくは間近に忍び寄っていると想定されることである」と指摘している¹⁷⁰⁾。つまり、子の言動の正当性について、子が保護を求めている事実が親子関係破綻と子の福祉の危険の何よりの証拠として、詳細な審査の必要は求められていないとしているのである。緊急一時保護に関する少年局の義務は、未成年子の保護申請が明白に本気ではないと思われる場合、または権利濫用の場合にのみ免除されるのであって、その他あらゆる場合においては、SGB 42条 1項により、未成年子に緊急一時保護請求権が認められているのである。ただし、子の福祉原則から、同条 4項により、緊急一時保護は子の申請によって終了することが認められてはいない。

第5節 交流調整と子の意思¹⁷¹⁾

(1) 子の交流権と子の福祉

BGB 1626条3項1文は「父母双方との交流は、原則として子の福祉のために必要である。」と定め、子の福祉のために親双方との交流が必要であると明確に指摘している¹⁷²⁾。

子は通常、親双方との交流が必要とされる。この親子間の交流を必要とする目的は二つあるとされる。この交流が不足した場合、子と親のいずれか一方との情緒的な結びつきを失う危険性があるために、シュバープは、交流が欠けた状態を親子関係における潜在的な妨害状態であると考えている¹⁷³⁾。つまり、親子相互の愛情の必要性を考慮すれば、親子間の関係性が疎遠化することを予防し、親の一方との親和的關係を保持することが重要なのである¹⁷⁴⁾。そしてもう一点は、もし子を世話している親の一方が死亡等の事情で欠け、配慮権の委譲へと至った場合には、他の一方による子の世話を保障する予備的機能（Reservfunktion）を図ることにあるとされる¹⁷⁵⁾。

ドイツ法における子の交流について、子の福祉の観点からは、子独自の交流権の承認、交流制限の選択肢の一つとして、例えば第三者立会等の交流保護の実施、親以外の者との交流といった三つの特質があるといえる。

(1) 交流権の法的性質

交流権¹⁷⁶⁾の法的性質¹⁷⁷⁾について、ドイツでは従来より論議されてきたところであり、そこでは、GG 6条2項に基づく子を養育する親の自然権の観点から親の自然権とする見解が支配的であるとされる¹⁷⁸⁾。つまり、親は自分の考えに基づき、自由に子の世話と教育を行う基本的権利があるとされている。しかしながら、連邦憲法裁判所の判断では、この親に与えられた基本権は、父母の自己責任を最大限に認めたとしても、子の世話と教育として必要な行為をする目的においてのみ保護されるべきであること

から、親が自分の責任を果たすために保障される権利(義務権 Pflichtrecht)¹⁷⁹⁾であるとされるのである。また児童の権利条約9条3項が、父母と分離されている子の定期的交流権を認めていることとも関連して、子自身が親と交流する権利を有するのだという見解も主張されていた。血縁に基づく親の自然権とするかつての見解から、親の義務権と交流に対する子の権利性を汲みとり、子の権利性が認められるに至った。配慮法改正においては、交流権が通常は親の権利の一部や親の利益よりもむしろ、子の利益にも係る事項であると立法者は指摘していたが¹⁸⁰⁾、子の交流権については条文化されなかった。子の交流権が明示されたのは1997年改正法であり、BGB 1684条1項が、「子は父母のいずれとも交流する権利を有する。父母はいずれも、子と交流する義務を負い、かつ権利を有する。」と定め、この趣旨を具現化している¹⁸¹⁾。子を世話している親の一方が他の一方と子との交流を拒絶している場合に、子の権利として構成される交流権は重要な意義を有する。もし子が親の交流権の客体として考えられているのであれば、配慮権を有する親が交流を拒絶している場合には子の交流への道は閉ざされてしまい、親子間の心理的結びつきの維持といった交流目的が達成されないこととなる。

SGB 18条3項1, 2文は、子の交流権について配慮権者である親の一方が交流を反対する場合について、子自身が交流権を行使しようとしな親に対して、少年局を通じて助言と支援を求め、働きかけてもらうことができる」と規定している¹⁸²⁾。親との交流について、子が権利享有主体であるとともに権利行使主体であることを強調していると受け取ることができよう¹⁸³⁾。

(2) 第三者の立会い

交流の制限に関しては、同条4項の中で子の利益のための交流が前提であることから、旧法における子の福祉から要請される家裁による親の交流権の制限、排除の可能性に加えて、一度定められた交流事項の執行の段階でこれを制限、排除することも可能としている。また、子の福祉のために

必要であるときに、親と子との交流の中で「第三者の立会のもとでの実施」という制限が課される場合も法律は予定している。例えば親の一方による著しい虐待の疑いがある場合において、単独で交流することが難しいとされる場合に少年局の職員立会の中で面会するようなことが考えられよう。旧法上も第三者立会のもとで交流することを家裁が決定することは可能であったが、その旨を「保護された交流（beschützte Umgang）」として1684条4項3文の中で明文化した。第三者立会のもとで子との交流を実現させるこの「保護された交流」は、上記のような、その子の非配慮権者が虐待親であった場合に有意義なものと考えられる¹⁸⁴⁾。そのような場合に、少年局の職員の立会の中で面会を許すことも考えられよう¹⁸⁵⁾。なお、この第三者は、協力する意思のある者であることが必要とされる。

（3）父母以外の者との交流

また、改正法は、父母以外のその他の者に子に対する正式な交流権を認めている。子の人格形成、発達は、様々な人物との関係性の中で築かれるものであり、子の福祉の観点から、親以外の人物にも交流権を認めることでそれを達成しようとする考え方である。ただし、1626条3項2文における「子が結びつきを有するその他の者との交流についても、その交流の維持が子の成長のために有益であるとき」という基準が尊重されなければならない。そして、子の交流が認められる人物の範囲についてはいたずらに交流権の紛争が拡大しないために1685条の中で一定の制限が付与される。同条1項では子の祖父母と兄弟姉妹、2項では子と相当長期間家庭生活をしてきた親の一方の配偶者、或いは前配偶者、そして子を相当長期間家庭養育してきた者と限定している¹⁸⁶⁾。

（2）交流の実現と子の意思

子に独自の交流権が認められるために、子が親との交流を望む場合、換言すれば子が交流権を主張しようとするときには、配慮権者である親の一方には自分が交流できるよう調整し、かつ交流を妨害しないように義務づ

けられる。その一方で、交流する親の他方には、交流に臨むように義務づけられる。しかし、必ずしも親双方がこのような円満な交流に対して賛成し、尽力するとは限らない。子が交流を望んでいたとしても、一方または双方が交流について無関心であったり拒絶を示したりする場合は考えられる。このような場合には、少年援助法（SGB 18条3項1文、8条2文）に基づき、少年局に対し相談や支援を求めることができ、理論上は家裁へ相談することもできるとされる¹⁸⁷⁾。年少子であっても親の支援がなくともこれらの機関に相談することができるが、実際に自分で相談しに行くことは困難であるため、例えば教師や親族等の第三者によって教示される。また家裁は、FGG 52条 a による斡旋手続で親の合意的解決を図るほか¹⁸⁸⁾、配慮権者である父母または単独配慮権者である父母の一方が子の利益を適切に擁護できる状況にないときには、BGB 1666条1項に基づき居所指定権を剥奪し、BGB 1909条1項に基づき選任した補充保護人（Ergänzungspfleger）へこれを委譲することができる。

子の意思が問題となるのはとりわけ家裁での交流手続であり、そこではやはり子の年齢や成熟度といった要素が考慮される。しかし、1684条3項に基づく交流調整における子の意思の考慮と、BGB 1684条4項に基づく交流権の制限及び排除における子の意思の考慮とでは、区別される必要がある¹⁸⁹⁾。交流を子が望む場合には、この意思はBGB 1626条3項1文に掲げられた子の福祉に必要な交流の顕れであると推察されるために、子の交流に対する願望は子の福祉と強く一致し、尊重される必要がある。一方、4項に基づく交流の制限や排除において、交流を望まない子の意思を考慮することは、子の発達に強く影響を及ぼすこととなり得るのである。子の人格権の見地からも、裁判所は子の福祉と子の意思の考慮を避けることはできない以上、交流が子の福祉に適うときには、交流に反対する子の意思も子の福祉に照らして判断しなければならない。3項に基づく交流権の範囲と調整に関する裁判についても、子が交流を拒絶する場合は問題となる。

子の交流拒絶の意思について、1983年5月31日の連邦憲法裁判所決定に

よれば、「配慮権を有しない親の一方との交流を子が希望していないときには、その旨の考え方をする理由を調査し、又その旨の考え方を裁判所の決定へ取り入れることは、裁判所の責務である」としている¹⁹⁰⁾。そして、その調査に際しては、1990年7月3日のハンブルク上級地方裁判所決定が指摘するように、子の成熟度如何よりもむしろ、子の合理的判断能力の有無が問題とされる¹⁹¹⁾。その限りでは子の成熟度如何が問題となると考えられるが、例えば1987年4月1日のバート・イブルグ区裁決定では「子の拒絶意思は、通常、精神的に危険を及ぼす虞の負担による、自然的な、遺伝的に備わった保護機能に伴う徴表として表明される。拒絶意思は、年齢の区別なく、不合理なものではなく、それ故に法的に尊重に値しないものでもない」と述べ、5歳の子の拒絶意思を尊重し、交流の排除を認めている¹⁹²⁾。

子の意思は自己決定の顕れであり、親の一方に対する心理的結びつきの顕れでもある。子が交流に反対する意思を表明したとしても、日常的に子を世話している配慮権者が交流について反対している場合には、子の意思操作の観点から、それが直ちに子自身の自己決定に基づく判断とはいえないのである。交流を巡り、実際にこのような状況が頻繁に生じていることは否定できない¹⁹³⁾。

(3) 子の意思への親の影響の排除

善行条項とPAS (Parental Alienation Syndrome) 問題から

子と親双方の視点から交流権の権利性を承認している一方で、実際の交流の実行、制限にあたっては子の福祉の観点に基づき詳細に定められている。

まず交流の実行について、BGB 1684条2項は「父母は、子と父母の他方との関係を害し、または教育を妨げることは全て行ってはならない。前文は子が他の者の保護下にあるときにも準用される。」として善行条項 (Wohlverhaltensklausel) を設け、子との関係性の破綻となる原因を遮断

し、他の一方に対するネガティブな事項を子に吹聴してはならないとしている¹⁹⁴⁾。つまり、子と親の他方との関係を害したり、教育を疎外するような行為は全て慎むように、親に命じているのである¹⁹⁵⁾。親同士で交流に関する紛争が生じたときに、子はその紛争の中に巻き込まれる。そのような中で強制された形での交流は、子の利益に適う本来の交流がその意味を失い、逆に子の利益を約束しないこととなろう。このような紛争の原因は、子の世話をしている親の一方が抱く相手方に対する不信感であるために、そのような対立を回避し、交流が円滑に実現されるように設けられたのが本規定である。

具体的に子の利益が守られるように、配慮権者である親が交流の実施に際して直接的な妨害行為をするのはもちろん、子が他の一方に対し悪い印象や拒絶感情をもつように吹聴するような間接的な妨害行為についても、1684条2項は禁じている。この条項は、例えば、世話を担う親の一方は、子に対して交流が有益なものである旨を伝え、交流への動機付けをする必要性について言及している¹⁹⁶⁾。つまり、単なる形式的な行為(例えば、玄関のドアまで子を迎えに行くだけ等)を想定するだけにとどまらず、適切な交流の実現に向けた実質的な行為をも想定しているのである。旧法においてもこの善行条項は1634条1項2文において存在していたが、その義務の不履行に対する制裁が、配慮権者の変更や交流権の排除、制限といった最終的措置のみを対象とするものであり、要件が厳格であることから、通常看過されていると批判された経緯がある¹⁹⁷⁾。そこで中間的措置として家裁による義務の履行命令が設けられ、この命令を遵守しない場合には配慮権者変更(1671条、1696条)や1666条に基づく配慮権剥奪のような最終的措置が図られることとしている。

善行条項に反するような親の問題行動は、配慮権者による子の意思操作の問題として述べたように、子の意思形成に大きな影響を与えかねないものであり、交流の本来の目的でもある親子関係の構築の阻害要因となる重大な問題である。

このような親の不適切な行動により子が受ける深刻な影響の問題を、PAS (Parental Alienation Syndrome：片親引き離し症候群¹⁹⁸⁾) と称し、心理学的側面との協働の下で多くの分析がなされている。このPASとは、例えば、別居や離婚において、親の一方が他方の親に対する誹謗中傷等を子に対して行うことによって、結果としてそれを受けた子がその他方の親との関係性に障害をきたすものである。例えば、継続的に行われた配慮権者の親の一方による洗脳から、子が、正当な理由なく自発的に非配慮権者である他の一方を誹謗中傷するような状況が生じ得るのである。

この概念は、1980年代半ばにアメリカの精神科医のリチャード・ガードナーにより提唱されたものであり¹⁹⁹⁾、ドイツでは1998年にコッドジョーとケッペルによって初めて紹介され²⁰⁰⁾、以後、父母の別居や離婚における配慮権変更²⁰¹⁾や交流権に関わる判断には不可欠な視点となっている²⁰²⁾。症状としては、裁判所での意見聴取の際に子が、世話をしている親の一方を無批判的に「良き親」として美化し、一方では他の一方を理由なく不用意に悪者に仕立て上げ、自分の生活から排除しようとすることがある²⁰³⁾。親の一方の影響があるために、その子が未就学児童であっても「自分の意見として」年齢に不釣り合いな表現を用いることも挙げられる²⁰⁴⁾。なお、約11%の子がPASの症状で親との交流を頑なに拒否しているとの報告もある²⁰⁵⁾。

親子関係の構築の他に、交流目的には、配慮権者の子の世話不能状態に対する予備的機能もあるため、子の将来にとっていかに親子の交流を図ろうとするかは重要事項である。しかし子がPASの状況にある場合には、子の福祉判断は一層困難なものとなる²⁰⁶⁾。クレンナー (Klenner) がこのPAS問題について当に親の違法性の認識の欠如に起因すると述べているように²⁰⁷⁾、家裁の裁判官の多くは、このPAS問題について、交流問題の解決のために害の部分を取り除かなければならないとの比喩的表現として、「交流に関する膿みの部分を(除去する)儀式 (Rituale der Umgangsvereitelung)」であると認識している²⁰⁸⁾。いわば、親当事者間に内在する嫌悪感が子の

心理を「化膿」させるような重大な原因となっていることに親自身は気がついていないのであり、円満な交流を実現するには、この事実を親に認識させる必要があるのである。

配慮権者である親の一方が子の前で継続的に親の他方を誹謗中傷し、マイナスイメージを洗脳することで、子は親の他方を自然と忌み嫌うようになり、場合によっては、子は自分も配慮権者と同じ態度をとることで、配慮権者の親との結びつきを保とうとすることも考えられる。

ドイツにおいて、子の交流拒絶とPAS診断につき初めて言及したのは、1998年4月27日リンテルン区裁決定の中である²⁰⁹⁾。9歳の子と父の交流につき、鑑定人のヨプト(Jopt)教授はPAS診断を行い、その結果、母の影響からなるPASを根拠にリンテルン区裁は父の交流権を認め、母には配慮権剥奪につき警告(androhen)している。

その他、例えば2001年10月26日ハンブルグ上級裁判所決定²¹⁰⁾は、親の離婚に伴い母が配慮権委譲を受け、10歳の子の交流につき少年局の提案に基づき交流保護人が選任されたことに対し、交流を強く拒絶する母は交流保護人(Umgangspfleger²¹¹⁾)選任に対し抗告し、父は自らを単独配慮権者と求めた事案であった。専門調査によれば、母(と祖父母)の交流拒絶の意思が子に対し影響しているものの、その影響によっても、保護に値する結びつきが存在することもあり、父の下での生活が拒絶される可能性もあるために父への配慮権委譲を否定しつつも、子の交流権の観点からは交流保護が必要として母の抗告を退けている。

一方、2002年4月25日のドレスデン上級裁判所決定においては、交流拒絶について精神的に深く硬直化した11歳の子の意思について、世話をしている親の一方により明らかに影響を受け、かつ子に自己責任による判断能力がないときには、考慮されないと述べている。なお、この事案では、子が世話している親の一方の希望だけに固執し、かつ1年前より他の一方の客観的印象を得る機会がないという状態も指摘している²¹²⁾。

親の一方による影響によって子が強く他方へ拒絶感を示すこの種の事案

について、交流を調整し、実現するためには、何らかの交流保護が必要となる。交流実現のための強制方法の内容についても問題となるが、円滑な交流実現のために例えば交流保護人の活動も必要となると考えられる²¹³⁾。親の一方による他方への継続的な批判は、子の価値観に対して重大な影響を形成する。影響を与えた親との心理的結びつきと居住環境の継続性を考慮すれば²¹⁴⁾、硬直化した子の意思を和らげる心理的サポートなしには、円滑な交流の実現は難しいかもしれない。

おわりに 子の意思尊重と日本法への示唆

(1) 日本法への示唆

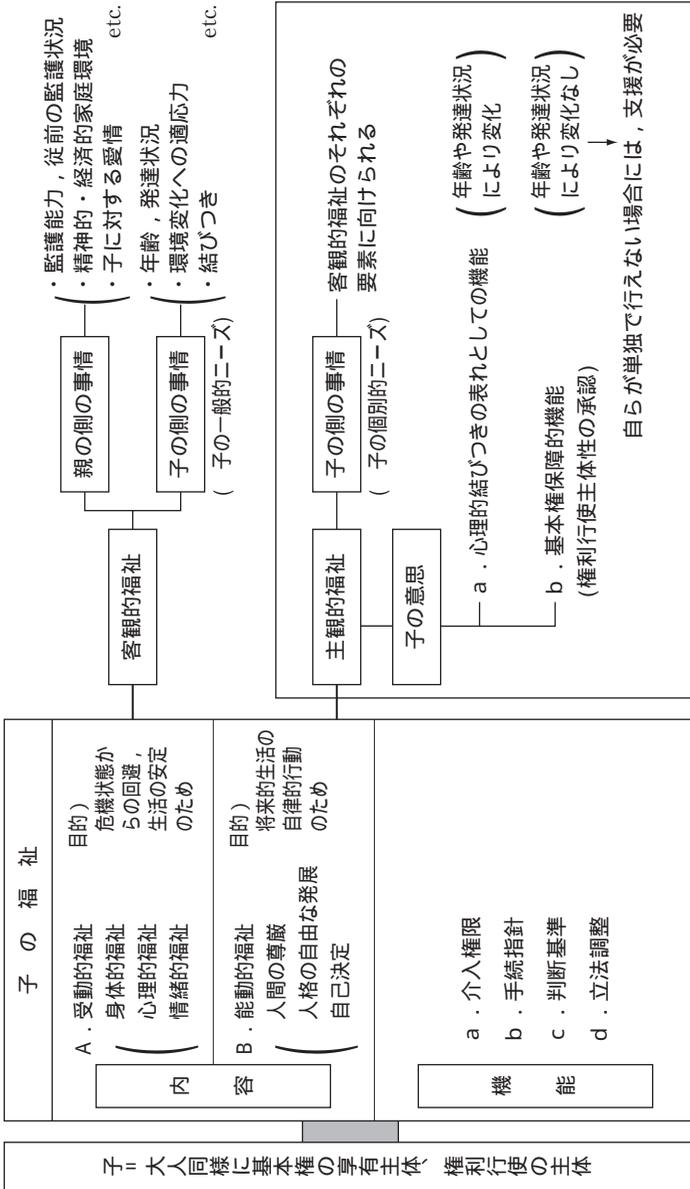
ドイツ民法では、親権行使の際に親の裁量の恣意的な行使を綿密に排除し、子の福祉を基準とした義務権としての展開を図り、さらに子の宗教観や世界観等、具体的事項まで視点に入れて特別規定を設け、子の意見表明権、自己決定権を実体的に保障しようとする傾向が見受けられる。このことから、以下のような視点が、日本における親子法の発展のために必要であると考えられる。これによって、子の保護にのみ偏重するのではなく、適切な保護と子の権利主体的行使とバランスのとれた「子のための親子法」の一助となるのではないだろうか。

(1) 子の福祉における子の意思尊重の視点

まず、第1章に述べた子の福祉概念と子の意思との関係性につき、図を用いて整理した上で、示唆される部分を抽出する。子の福祉の機能については、コェスター分類に従う（第1章第2節を参照）。

この論点における大前提として、子は大人と同様に基本権を有する個人である基本法上の理念が思考の出発点となる。子の福祉は、その性質上、具体的内容から二つに大別することができると考えられる。つまり、日常生活の安定が侵害されるような危機的状態が発生した場合に、これを回避するために、主に大人による保護を必要とする「受動的福祉」と、子自身

図 1 子の福祉と子の意思の関係性



が将来的に社会生活を営む上で必要な自立のための「能動的福祉」の二つである。これは、いずれも子を主体として考えた場合の分類である。前者には身体的福祉や心理的福祉等が含まれ、後者には、人間の尊厳や人格の自由な発展という基本権保障の要素、自己決定及び親から独立した地位の承認といった要素が含まれる。「子の福祉」が危険に晒される場合には、子の福祉は、介入権限として機能を果たし、そして実際に家事事件へと係属する段階では、手続指針及び判断基準としての機能を「子の福祉」がもつこととなる。

「子の福祉」の判断に際して、「受動的福祉」の内容は、職権調査によって客観化される。親と子それぞれの事情を解明することとなるが、子の事情については、主に養育環境の継続性や適応能力等といった、一般的ニーズが対象となる。その一方で、「能動的福祉」は、子の意見聴取や手続保護人によって手続に反映される「子の意思」、つまり子の「主観的福祉」を意味する。手続上、子の福祉の判断基準としてこれを体現するものは、子自身の意思といった主観的利益のみであり、裁判官は「子の意思」を通じて様々な子の個別的ニーズを得られるのである。

コェスターは、「子の意思」の二つ基本的機能、いわゆる親との心理的結びつきを示す判断基準としての機能と、人格発展と自立へ向けた基本権的機能について指摘していたが、日本において子の福祉判断の際にこれらの機能が子の福祉判断の際に十分に機能しているとは必ずしも言い難いと思われる。

前者の機能については、日本においても見受けられる。裁判所は親との親和性を究明する上で、例えば当該人物との「親近感・嫌悪感の有無」や「同居の希望」等につき意見聴取や意向調査を通じて家裁調査官が判断し、これを踏まえ最終的に裁判官は「子の福祉」判断に際して、（例えば子が親との心理的結びつきを持たない場合には、「好感を抱いていない」「なついていない」等の語を用いて）これを表現するのである。

しかし、日本では後者の基本権的機能について必ずしも十分に考慮され

ていないように思われる。子の自己決定やそれに伴う人格発展といった要素が家事事件手続において現実に重視され、その視点に基づいて意見聴取や意向調査が実施されているというよりもむしろ、子の意思は、職権探知に基づく事実解明としての機能、子の福祉判断基準の一要素にとどまっていると思われる。個々の裁判官が子の基本権的機能の重要性を認識し、意向調査命令等により調査官を活用していたとしても、裁判官が判断材料として用いるものはあくまでも大人の視点から然るべく推察された意思である。手続の主体として子を手続参加させ、子の意思を手続に反映させる形で尊重するためには、子の意思に内包された基本権的機能に目を向け、そして十分に子の意思が年齢等の理由から本人によって十分に主張できないのであれば、適切な代理人を通じて自らの意思を直接に代弁してもらう必要があると考えられる。そして、その役割を果たすのが、ドイツでは「子どもの弁護任人」としての手続保護人（Verfahrenspfleger）である。

(2) 憲法上の視点

子どもを社会生活上において経済的・精神的に未熟であると捉え、親権を「子の福祉」のために向けられた義務的権利ではなく親の絶対的権利として捉えるならば、子は成人になるまで常に親の権利の客体であって、自立へ向けた自己決定・自己責任養成の機会が保障されないこととなる²¹⁵⁾。自分の将来に関する重要事項であっても、全て親の決定権に服従する事態が生じる可能性も否定できない。そこでは、子の自己決定に対するパターンリスティックな制約ばかり重視され、子が段階的に心身の発達する存在であることを軽視しているといえよう。子個人の自己定義に関わる根本的事項を、親子関係という特質性のもとで無条件に制約してはならないはずである。だからこそ、まず子の意思尊重の大前提として、個人がそれぞれの人格を有し、それを自由に発展できる存在であり、子の基本権といった憲法上の視点を再確認した上で、この視点を私法の一般法である民法、とりわけ親権規定の中で再編成することが必要となると考える。そこでは、シュタインが指摘するように、親は自己の教育権を、子の利益のために

「受託的」に行使することが求められるのである²¹⁶⁾。

自分の将来につき自己決定する子の自由を制限できるのは、裁判所による後見的措置によって図1所掲の受動的福祉を積極的に保護しなければならぬ状態、つまり、虐待事例のように子自身の意思に反してでも「子の福祉」の観点から介入を要する場合である。そこでは、自己決定尊重の理念よりも緊急避難的に本人保護の理念が優先されることとなる。「子の福祉」には、憲法上保障されなければならない能動的な利益も含まれるのであって、自ら選択することによって社会的に自律しているといえよう。子が自律的に適切な判断を行えるかどうかの判断能力について問題となるが、未成年子を社会的・経済的に未熟な存在として捉える意識が根強く残存している日本法においては、子自身の能力の欠如自体よりも、そのような社会基盤の存在自体がより一層パターンリズムに基づく介入を認め、子の自己決定を疎かにしている一面もあろう。ドイツでは、児童の権利条約等の世界的潮流や家族観の変容に伴い、子の基本権保障の視点に立脚した親子法改正の必要性が唱えられ、改正を重ねてきている。このような力強い方向性は、無論、司法や福祉の実務にも反映され、浸透していく可能性を秘めている。そして、子を基本権の主体として捉えつつ、この理念を子の具体的な生活領域の中で考える、つまり民法がこの憲法上の視点の裏付けの下に体系化する必要があると考える。自律へ向けた子の意思表明（いわば子の市民的権利）の重要性を大人は再確認しなければならない。

また、子の意思を尊重した法体系の確立のためには、親の紛争に巻き込まれた場合に、如何に子の手続参加を保障するかも問題となる。この場合については、個人の尊厳や人格の発展のみならず、ドイツでは GG 103条1項所掲の法的審問請求権を根拠に、子の意見聴取や手続保護人による手続上の利益代理を図り、実質的な当事者性を認めていた。それによって、職権探知主義に基づく非訟事件としての性格を持つ家事事件手続においても、単に事案の解明ために意見を求めるにとどまるのではなく、子の基本権保障を認めようとするのである。非訟事件手続におけるこの法的審問請

求権の保障について、鈴木教授は憲法を根拠におき、手続における関係人の法主体性を認める意義を見出している²¹⁷⁾。このように法的審問請求権を捉える視点からは、手続法上の子の意思を尊重する可能性を見出すことができよう。

(3) 民法上の視点

民法において子の意思を尊重するためには、それぞれ状況別に考察する必要がある。その状況とはつまり、日常生活における親権行使の場面（親子関係が平時の状態：紛争が未発生、又は紛争が家裁に係属する前段階を想定）、紛争が生じ、家裁に係属する場面（有事の状態：主に意見聴取の場면을想定）、家裁の判断により紛争解決へ向かう場面（意見聴取後等の場면을想定）である。各段階における子の意思尊重の必要性とその根拠については、表 2 にまとめている。

表 2 . 各段階における子の意思尊重の必要性

段階	状況	子との関係	子の意思尊重の必要性の根拠 [人間の尊厳, 自由な人格の発展が大前提となる]
-1	日常時	親	• 子の福祉に基づく親による養育のため
-2	紛争潜在 (養育相談 etc.)	親, 行政機関, 民間福祉機関等	• 子の福祉に基づく親による養育のため • 子の参加権の保障のため
	紛争発生 家裁係属 意見聴取	裁判所	• 子の福祉に基づく裁判所の司法判断のため (子の個別のニーズの認識) • 子の手続参加権の保障のため
	意見聴取後紛争解決に向けた段階	裁判所, 行政機関, 民間福祉機関等	• 子の福祉に基づく司法判断が適切になされたかどうか, 子自らがそれを判断し, 主張するため • 裁判所決定の適切な実現に向け, 各関係機関との協働が必要となる場合には, 子の参加権の保障のため

親権行使の際の子の意思の考慮

家事事件として家裁に係属する前段階として、BGB 1626条 2 項を例に、親と子が協議し、合意に努める旨の明文規定が必要と考えられる。日本においても親権概念の転換の必要性を掲げ、親権の義務性の強調がなされる

べきとの主張がある²¹⁸⁾。子の意思尊重の理念を実体的に保障とすることを目的とする以上、その趣旨を適切に表現するためにも、このことは必要と思われる²¹⁹⁾。親権に関わる様々な問題を解決する際に、子の福祉のために、子の主観的利益を十分に親が配慮するように方向付けなければならないであろう。児童の権利条約において、5条が父母等の指示・指導権を認めているが、それはあくまでも、子が自己の権利を行使するにあたって、子の発達段階に応じた能力に適合する形で適切なものでなければならない。親による監護の中での各問題において中心となるのは子であり、一人の自律した人間として成長・発達する存在である以上、当然に子の意思を考慮する必要性も生ずる。この要素も親権概念転換に向けた考察をする上で、親権の義務性の強調と不可分のなものである。

紛争が家裁に係属する段階における子の意思尊重

紛争が生じ家裁へと係属する段階へと移行する場合には、子の意思が親の求める解決と対立することも生ずる以上、子の意思は、養育を担う親から司法判断を行う裁判所によって尊重される必要性が生じる。この段階では、子の意思が子の福祉の判断基準として用いられる。各事案によって抽出可能な日本への示唆は異なると思われるため、親権者指定・変更事案、児童虐待事案、面接交渉事案のそれぞれ分類して考察する。

(a) 親権者指定・変更における子の意思尊重 この点については、「子の福祉」における判断基準としての子の意思の機能が顕著に見られる点でもある。親権者指定又は変更事件において、子の親が互いに自分が親権者となることを希望する場合には、父母の何れかを適切と判断するためには、実質上、子の意思以外にも様々な判断要素の中で「子の福祉」に適った判断が求められる。子の基本権的視点からのみで、子が望んでいるというその事実だけで判断をすることには、今後の子の適切な監護状況に支障をきたす虞がある。

子の意思には、親との心理的結びつきの表れ²²⁰⁾としての機能と基本権的機能とがあるとコエスターは指摘していた。前者については、「(1) 子の

意思の機能」で述べたように、調査官による調査に基づき究明される要素であるが、同時に子の年齢や発達状況を考慮する必要から、子の意思の考慮の程度は事案により変化する。しかし、子の意思がもつ基本権の要素からは、子の年齢や発達状況といった事項に左右されずに、如何なる子であってもその意思及び意向には大人同様に重要性が加味されなければならないこととなる。問題となるのは、意見聴取や意向調査に伴う子の負担の軽減という、「子の福祉」概念における手続指針の要素であって、意見聴取や意向調査の必要性如何といった程度問題ではないと考えられる。

(b) 児童虐待の早期救済と子の意思 児童虐待の救済方法として、日本でもドイツと同じように児童福祉法に基づく児童相談所の一時保護があるが(児福法33条)、何よりも適切な危機介入には早期発見が求められる。発見者からの通告や学校の教職員や医師等への早期発見の努力義務等を課してはいるが、誰よりも自分の福祉が害されている状況を認識している者は、当事者である子自身である。第三者による通告などによる事実把握から調査開始という流れではなく、SGB 42条1項のように、子自身が自分を保護して欲しいという願いを法的に請求権として認め保護開始を行う体系には、子の意思の尊重のみならず、子の福祉の危険を早急に防止できる要素も含んでいると考える。自らの生存権に直接的に関わる自己の身体的、精神的危険について一早く察知できる者は、年齢云々によらずとも、通常は本人自身である。これらの危険信号を本人が発するのであれば、その事実に基づき保護開始を行うことで、児童虐待からの救済が早急になされると思われる。また、児福法28条における施設入所の家裁の承認の審理を開始する申立権を子自身に認める方向性も考えられよう。

(c) 子独自の交流権と交流実現における子の意思尊重 前提として、交流権の法的性質を親の権利のみならず、子の権利の側面から構成した上で規定することが必要である。児童の権利条約9条3項にて規定されているように、離婚等の場合における親の一方との間の面会交流を子の権利として尊重しなければならない。子の権利性が認められることで、子が交流

を望む一方で親が交流に拒否的な態度を示す場合に、子は自らの意思で相談支援を受けることが可能となる。子の福祉に基づいた交流の実現という観点からは、親以外の者との交流、第三者による保護下における交流形態²²¹⁾も広く認められる必要がある。

また、交流権を親の義務権として構成することで、善行条項を設け、適切な交流の実現に向けて親が尽力することが可能となろう。善行条項という行為規範に親が違反したときには、配慮権者の場合には配慮権者の変更や、非配慮権者の場合には交流の制限・排除といった、家裁による何らかの措置を課すことも考えられる²²²⁾。

子の意思が「心理的結びつきの徴表」としての機能をもつことから、子との結びつきに直接関わる交流事件においては、子の福祉判断基準のウェイトが、より子の意思に置かれる必要があると思われる。その結びつきを形成する対象は必ずしも親に限定される訳ではなく、子との関係性の維持・展開といった保護法益を交流によって実現するためには、子が誰との交流を望んでいるのか、その希望を尊重することが重要となる。また、自ら希望したその交流実現に関する環境整備について適切になし得ないときには、適切な第三者の仲介によって、交流が保護される必要が生じる。交流は、子の人格権に関わる重要事項である。子の意思の基本権的機能からは、自らが希望した交流実現が果たされないとき、適切な支援を通じて交流が保障されなければならない。

子の意思が交流の拒絶に向けられているときには、当該人物との結びつきを将来的に否定する可能性を有することから、交流希望の場合よりも慎重に判断する必要がある。このような子の拒絶意思は子自らが自己の人格権について制限してしまう可能性を内包するために、子が交流の意味を適切に理解し、大人による意思操作の影響がなく、子自身が自己責任のもとで合理的理由から自己決定している場合に、その意思を尊重することが可能となる。「親の権利と同様に憲法上保障されている子の人格権は、納得可能な、子の福祉に将来にわたり関係する理由、つまり交流の制限又は

排除がなければ子が望ましくない成長をすると推察される理由があるとき」²²³⁾に、その拒絶意思が尊重される必要があるといえよう。拒絶意思に対する合理的理由を十分に表現することの困難な年齢層の子については、調査による他の客観的要素も十分に踏まえた検討が重要となるが、精神的危険への発露として顕れた子の拒絶意思については、十分に尊重しなければならないと考えられる。

意見聴取後、紛争解決へ向かう段階

この場面については、主に意見聴取に対応した抗告権保障等といった手続保障の領域が考えられる。ドイツ法では、子の意見聴取の実施後、それが適切に考慮されているかどうかの判断する機会を子自身に与え、適切に考慮されていないと判断した場合には、法的手段を執ることが認められている。児童の権利委員会は、児童の権利条約12条の子の意見表明権規範の達成の本質的部分として、子のための効果的な抗告可能性の設置に対し、特別に重要視している²²⁴⁾。

ドイツでは、FGG 50条 b の14歳以上の子の意見聴取には、職権探知主義 (FGG 12条) に基づく事案解明としての目的のほか、子の基本権 (GG 103条 1 項における法的審問請求権²²⁵⁾) に基づく子の手続参加の保障²²⁶⁾ といった二つの目的があるとされる。自己の身上に関する手続が家裁に係属する場合、子も一人の基本権の担い手として発言し、それが適切に考慮されなかった場合には、FGG 59条に基づき、法定代理人によることなく子自らが独立して抗告できるのである。また手続保護人は、その法的地位に基づき、事件本人たる子の利益となるように独立して抗告することも可能である。

(2) 子の意思を尊重した法体系へ向けて

日本も児童の権利条約の締約国であるのに対し、全体として、子の権利主体性といった条約の趣旨を誠実に国内法へ反映しているかについて、ドイツと比較して大きな相違があることに気付く。子の福祉に基づく親によ

る養育及び裁判所による措置決定といった視点は日本においても見受けられても、子が成長する中で調和のとれた人格の発達のために自らが権利主体となって自己決定していくという視点は、日本では前者の視点のように十分認識されていないと思われる。例えば、子の福祉に関わるドイツ少年援助法では、若者の自己責任と社会生活を送る能力を備えた人になるために発達に対する助成と教育を受ける権利、及び権利実現に向けた支援と児童の参加が掲げられる一方、日本の児童福祉法では、国民は「児童が心身ともに健やかに生まれ、且つ育成されるよう」努め（児福1条1項）、児童は「愛護される」（同2項）として、子の育成保護が前面に出されている。そこには子の権利性、発達と自律性に関する支援という視点が欠如していると認識できよう。

子の自由な人格発達や自己決定権の保障を検討する際に、子も大人と同じ基本権の享有主体であるという重要な事項を軽視していると考えられる。親の紛争の渦中にある子にとって、自分自身の処遇に対する切なる願望は、自己の人格発達への発露である。例えば、親の別居に際し、父母いずれか一方の下で生活したいという願望が子自身にあるのに、そのニーズの表明に関する機会を設け、実体法上、手続法上それぞれにおいて何らかの形で満たそうとしないことは、子を一人格として尊重していないことの現れである。権利行使もせず責任の自覚が芽生えるわけもなく、責任の取り方のみを優先するのは不適切な論理であり、子の権利主体性の保障への方向性を脆弱化させる危険すら存在する。

日本における家裁実務の指針も子の福祉を中心として構成されているが、子の意思は、子の福祉のための一判断材料と扱われ、手続に反映させるかどうかは裁判官に委ねられている。子の主観的意思が直接的に子の福祉と結びつくことは難しいかもしれないが、しかし、その意思の適切な考慮を欠く子の福祉は成立しないのである²¹⁴⁾。つまり、事件本人である子の手続参加なくして、子の意思を適切に考慮した紛争解決は望めないのである。子の主観的意思が単純に聴取され、大人による他者決定の下で「然るべく

理解される利益」として扱われるのではなく、自らの人生に対する子の意思が、大人と同等の重みを持って扱われるべきではないだろうか。

- 1) 親権者が親権を行使するにあたり子自身の意思を反映させる旨を定めた規定は、現行法上、824条ただし書における「子の代理の際、子の行為を目的とする債務が生ずる場合」の子の同意の必要のみである。
- 2) 二宮周平「家族法と子どもの意見表明権 子どもの権利条約の視点から」立命館法学256号(1998年)1393頁。なお、子の意見聴取や申立権の規定に関して体系化しているものとして、二宮周平『家族法 第二版』(新世社, 2005年)238頁の表を参照。
- 3) 家審規54条は、単なる訓示規定ではなく、家審規24条のように絶対的効力規定でもなく、中間的位置を占める一種の相対的効力規定と解されており、したがって、子の意見聴取が可能であるのに意見を聞かずに審判をすることは違法であり、審判の効力にも影響を及ぼすこととなる。かつての下級審判決において、子が陳述不能の場合には、その他の資料を参酌検討して合理的に推定された子の意思と客観的要素との総合的判断をすることを妨げるものではないとしていた。(熊本家山鹿支審昭40. 12. 15家月18. 8. 62)。
- 4) 15歳未満の子について、子の意向調査する必要性は、当然なくなるわけではない。家裁調査官の意向調査によることも許される(昭28. 8. 8家庭甲145号最高裁事務局家庭局長回答)。
- 5) なお、子の意向調査については、家審規7条の2に基づき、子の意向調査命令が裁判官より出されて初めて、家裁調査官はその人間関係諸科学の専門知識を生かした行動が執られる。
- 6) 家審規上、利害関係人の審判手続参加(§12)、職権調査(§7)として子の意見を聞くこともあるが、実務上では稀なケースであるという。
- 7) 拙稿「ドイツ親子法における子の意思の尊重(1)(2完) 家事事件における子の意見聴取と手続保護人(Verfahrenspfleger)について」立命館法学302号(2006年)285-360頁, 同306号(2006年)128-200頁を参照。なお、手続保護人の活動については、拙稿「手続保護人(Verfahrenspfleger)の実務の現状と課題 ミュンヘン・子どもの弁護士協会への活動への現地調査から」立命館法学315号(2007年)106頁。
- 8) その他にも、「子の幸福」「子の利益」等の用語が用いられることもあるが、それらの用語の目指す根本は差異がないだろう。
- 9) 【§1666 BGB】なお、本稿における民法上の配慮権規定の訳出については、岩志和一郎『ドイツ親権法規定(仮訳)』早稲田法学76巻4号(2001年)225頁以下を参考としている。
 - (1) 親の配慮の濫用的行使、子の放置、父母の責めに帰すべからざる無能または第三者の行為によって、子の身体的、精神的若しくは情緒的福祉または財産が危険にさらされる場合において、父母が危険を防止しようとしないうち、または危険を防止できる状態にないときには、家庭裁判所は危険の防止のために必要な措置を行わなければならない。
 - (2) 財産配慮を有する者が子に対する扶養義務若しくは財産配慮に関連する諸義務に違反しているとき、または財産配慮に関する裁判所の命令に従わないときには、

ドイツ親子法における子の意思の尊重（佐々木）

通常、子の財産が危険にさらされているとみなされる。

(3) 裁判所は、親の配慮を有する者の意思表示を補充することができる。

(4) 身上配慮の事務について、裁判所は第三者に対する効力を有する処置も行うことができる。

10) 【§ 1693 BGB】

父母が親の配慮を行使することを妨げられているときは、家庭裁判所は、子の利益のために必要な処置を行わなければならない。

なお、第1693条においては、「Die Interess des Kindes」の語を用いている。

11) 【§ 1697a BGB】

他に別段の定めがない限り、裁判所は、本節に規定された諸事務に関する手続においては、現実の状況及び可能性ならびに関係者の正当な利益を考慮して、子の福祉に最もよく合致する裁判を行う。

12) 【§ 1696 BGB】

(1) 後見裁判所ならびに家庭裁判所は、十分な根拠のある、子の福祉に後まで影響を及ぼす理由から適切である場合には、その命令を変更しなければならない。

(2) 第1666条から第1667条までの規定による処置は、子の福祉に対する危険が既に存しないときには取り消されなければならない。

(3) 第1666条から第1667条までの規定による処置が相当長期間継続するときは、裁判所は、適当な期間をもってこれを再審理しなければならない。

13) 【§ 2 Art. 1 GG】

第1項 何人も、他人の権利を侵害せず、かつ憲法的秩序、または道徳律に違反しない限り、自らの人格の自由な発展を求める権利を有する。

14) Michael Coester, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff Die richterliche Entscheidung über die elterliche Solge beim Zerfall der Familiengemeinschaft 1983, S.135f;

15) 渡邊泰彦『『子の福祉』概念についての一考察』『民法学の課題と展望 石田喜久夫先生古稀記念 』（成文堂、2000年）905頁以下において、コエスターの論文が紹介され、子の福祉の対象、子の福祉概念の機能、子の福祉の分類が簡潔に整理されている。

16) Justus Wilhelm Hedemann, Flucht in die Generalklauseln, 1933, S. 66.

17) Coester, a.a.O. (14) S. 1.

18) Albrecht Dieckmann, Betrachtungen zum Recht der elterlichen Sorge vornehmlich für Kinder aus geschiteter Ehe AcP178, 1978, S. 299, 316, 317; Uwe Diederichsen, Zum Reform des Eltern-Kind-Verhältnisses, FamRZ 1978, S. 468;

Alexander Lüderitz, Die Rechtsstellung ehelicher Kinder nach Trennung ihrer Eltern im künftigen Recht der Bundesrepublik Deutschland, FamRZ 1975, S. 606.

19) Michael Coester, Kindeswohl als Rechtsbegriff, in: Sechster Deutscher Familiengerichtstag, Ansprachen und Referate Berichte und Ergebnisse der Arbeitskreise, 1986, S. 35-51. なお、この家裁会議は、1985年10月9日より12日の間でブリュールにて開催された。

20) 渡邊・前掲（15）905頁以下。なお、立法者の調整機能については論考を留めている。

21) 例えば、日本法においては虐待事例について通告（児福法25条・児童虐待防止法5条）

を受けた後に、児童相談所が、当該通告の正確な内容把握及び事実確認をし、緊急保護の必要性の評価をする上で、家庭訪問、場合によっては一時保護のための立入り調査をする場合など、子の福祉に基づく介入権限によって国家の私的領域への調査及び介入が正当化されるかどうかの問題となる。

- 22) Coester, a.a.O. (14) S. 135.
- 23) Coester, a.a.O. (14) S. 136.
- 24) 【§ 6 GG】
 - (1) 婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける。
 - (2) 子の監護及び教育は、両親の自然的権利であり、かつ何よりも先に両親に課せられた義務である。その実行については、国家共同社会がこれを監督する。
 - (3) 子は、親権者に故障があるとき、又はその他の理由で放置されるおそれのあるとき、法律の根拠に基づいてのみ、親権者の意思に反して家族から分離することができる。
 - (4) すべての母は、共同社会の保護と扶助を求める権利を有する。
 - (5) 婚姻によらない子に対しては、その肉体的及び精神的発達ならびに社会におけるその地位について、立法により婚姻による子と同じ条件が与えられる。
- 25) Coester, a.a.O. (14) S. 136.
- 26) 渡邊・前掲 (15) 913頁参照。この表現については、「内容・判断を確定する効果がない」と表している。
- 27) Coester, a.a.O. (19) S. 39.
- 28) 渡邊・前掲 (15) 913頁。
- 29) Coester, a.a.O. (19) S. 39.
- 30) 詳細な規定を設けるドイツ民法と比較し、日本民法の条文からは具体的な指針を導き出すことが難しく、一般条項としての「子の福祉」を解釈するために一般条項のような規定を参照するという矛盾が生じかねないと渡邊教授は指摘する。渡邊・前掲 (15) 913頁。
- 31) Coester, a.a.O. (19) S. 40.
- 32) Coester, a.a.O. (19) S. 40.
- 33) 日本の家裁実務では、家裁調査官が子の福祉の命題の下で人間諸科学の専門的知識を發揮し活動を行っていることからこの点を認識することができよう。
- 34) Coester, a.a.O. (19) S. 40.
- 35) Coester, a.a.O. (19) S. 38.
- 36) Coester, a.a.O. (19) S. 38.
- 37) Coester, a.a.O. (19) S. 39.
- 38) Coester, a.a.O. (19) S. 39.
- 39) 渡邊・前掲 (15) 912頁。「当事者を満足させる目的」と表しているが、しかし、原文では Befriedigungszweck ではなく、Befriedungszweck である。Befriedung は、心を静めたり、騒ぎを静めて平和にする意味があり、危機介入に対しては激しい父母間の紛争の沈静化と子の負担の軽減が求められる以上、当事者の要望の充足は裁判官の使命として必ずしも優先される事項ではないと考えられる。

ドイツ親子法における子の意思の尊重 (佐々木)

- 40) Coester, a.a.O. (19) S. 39.
- 41) 【§ 20 Abs. 3 GG】
立法は、憲法的秩序に拘束され、執行権および司法は、法律および法に拘束される。
- 42) Coester, a.a.O. (19) S. 36.
- 43) Coester, a.a.O. (19) S. 36.
- 44) Coester, a.a.O. (19) S. 36.
- 45) 手続保護人に関する論議については、拙稿(1)・前掲(7)を参照。
- 46) この法律は、主に薬物中毒や売春、アルコール依存等といった深刻な問題をもつ少年に対する援助を定めている。
- 47) 改正内容の詳細については、「子の福祉の危険の場合における家庭裁判所の措置の簡易化に関する法律」の政府草案, Entwurf eines Gesetzes zur „Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls と2006年11月17日の作業部会 Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls“ の最終報告書27頁以下を参照 (<http://www.bmj.bund.de/sorgerecht> にて入手可能)。これを邦訳紹介するものとして、岩志和一郎訳「作業部会『子の福祉に危険が及ぶ場合の家庭裁判所の措置』最終報告書」岩志和一郎・鈴木博人・高橋由紀子「子の権利保護のためのシステムの研究 実体親権法と児童福祉法制の連動のあり方」平成17年度 18年度科学研究費補助金研究成果報告書(2007年)89頁以下。
- 48) Coester, a.a.O. (14) S. 255.
- 49) BT-Drucks. 7/650; 7/2060; 8/111, jeweils § 1671 Abs. 3.
- 50) BT-Drucks. 8/2788, S. 62.
- 51) BT-Drucks. 8/2788, S. 61. 62.
- 52) Coester, a.a.O. (14) S. 257.
- 53) OLG München FamRZ 1979, S. 70, 71.
- 54) BayObLG, FamRZ 1976 S. 38, 40; OLG Köln, FamRZ 1972, S. 264; OLG Berlin, FamRZ 1969, S. 219;
- 55) OLG Berlin, FamRZ 1969, S. 219; OLG Köln, FamRZ 1972, S. 264; Joachim Gerunhuber, Kindeswohl und Elternwille, FamRZ 1973, S. 231.
- 56) BayObLG, FamRZ 1974, S. 534, 536; BayObLG FamRZ 1977, S. 650. 653; OLG Hamm 13.9.1977, FamRZ 1978, S. 262, 265; OLG Karlsruhe 20.4.1966, 315, 316.
- 57) Friedrich Wilhelm Bosch, Volljährigkeit-Ehemündigkeit-Elterliche Sorge, FamRZ 1973, S. 489, 498f.
- 58) BT-Drucks. 7/2060, S. 33f.
- 59) OLG Karlsruhe, FamRZ 1978, S. 270; OLG München, FamRZ 1979, S. 70, 71; OLG Braunschweig, FamRZ 1970, S. 205, 206.
- 60) BVerfG, NJW 1981, S. 217, 218.
- 61) Coester, a.a.O. (14) S. 262.
- 62) 親との交流時における2才の子の態度を評価する事案に関して, OLG München, FamRZ 1979, S. 70, 71.

- 63) Coester, a.a.O. (14) S. 260.
- 64) Coester, a.a.O. (14) S. 260.
- 65) Coester, a.a.O. (14) S. 258f.
- 66) 乳幼児の場合には、未熟な言語能力に対し母性原理が先行され、子の福祉における裁判官の心証形成に関しては子の意思の法的役割が乏しいために、このようにコエスターは解しているのであろうが、あくまでも一般理論であり、私見としては乳幼児であっても感情など発話以外の意思の表出方法はとれることを鑑みても、この見解には否定的である。
- 67) Coester, a.a.O. (14) S. 257.
- 68) Coester, a.a.O. (14) S. 261.
- 70) Rudolf von Bracken, 10 Thesen zu der Position und den Aufgaben der Verfahrenspflegschaft nach § 50FGG, Kind-Prax 1998, S. 183f.
- 71) Tomas Köster, Sorgerecht und Kindeswohl, 1997, S. 125.
- 72) 子の法的審問請求権(GG 103条1項)。子の意見聴取規定である FGG 50条bの性質については、拙稿(1)・前掲(7)第2章2節を参照。
- 73) 手続保護人制度の立法過程については、拙稿(1)・前掲(7)第三章を参照。
- 74) なお、基本法は本来、国家と市民との関係を定めるものであって、親子といった私人間における基本権保障については、憲法上、基本権の第三者効に関する議論の問題となる。これについては、ニッパースダイに代表される、基本権が単に国家に対して効力をもつのではなく親子関係など私法的関係についても直接に効力をもつとする直接的効力説について、Hans Carl Nipperdey, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. , 2. Aufl. 1972, S. 742ff. その他, Mayer, Elternrecht, Schule und Kirche, DVBl. 1955, S 581f; Hildegard Krüger, in: Krüger/Breetzke/Nowack, Gleichberechtigungsgesetz, 1958, S. 143. なおニッパースダイの見解について、木村俊夫『基本権の第三者効力』理論の再検討」九大法学34号(1977年)29頁以下。これに対して、直接的効力説に批判的な立場であるデュリッヒに代表される、基本法に掲げられた価値判断について生じた利益衝突の解決のためには立法者や裁判官による顧慮が必要となるとする間接的効力説について、Günter Dürig, in: Maunzt/Dürig/Herzog, Grundgesetz Kommentar, 1958, Art. 1 GG, Rn. 129f. ただし、今日では直接的効力説はほぼ陰を潜めており、連邦憲法裁判所の1958年1月5日判決(いわゆるリュート判決)において「立法、行政、司法は、基本法から指針と刺激を受ける。基本法は、市民法にも影響を与える。市民法の規定は基本法と矛盾してはならず、基本法の本質のものと解釈されなければならない」と間接的効力説に基づく判断を示しているように間接的効力説が一般的かつ有力に主張されているところである。BVerfGE7, S. 198, 205ff, ハンブルグ州広報室長のエーリッヒ・リュートがドイツ映画週間開幕におけるスピーチにて、ユダヤ人排斥映画の監督を務めたファイト・ハーランをドイツ映画の代表人物と扱う危険性を訴えたが、それに対し映画製作会社が釈明を求めた事案につき、リュートが基本法5条1項1文の自由な意思表明の権利侵害につき憲法抗告した。この判決についての解説は、川北洋太郎『ドイツ判例百選(別冊ジュリスト23号)』(有斐閣, 1969年)50頁

以下、木村俊夫、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』（信山社、1996年）126頁以下を参照。

- 75) 【§ 1 Abs. 1GG】
人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、保護することは、全ての国家権力の義務である。
- 76) 【§ 2 Abs. 1GG】
何人も、他人の権利を侵害せず、かつ憲法的秩序または道徳律に反しない限り、自らの人格の自由な発展を求める権利を有する。
- 77) この故障概念は、民法上1666条における子の福祉の危険回避措置においても用いられる。故障とは、時折生じた親の不注意や一度限りの義務違反ではなく、継続的に子の養育義務を履行しない状態を指す。Schmitt-Kammler, in: Michael Sachs, Grundgesetz 2Auffl. 1999, Art. 6, RdNr. 74.
- 78) BVerfGE 24, S. 119ff. この BGB 1743条 3項の解釈については、「養子縁組が行われないことが子にとって過度に不利益となるだろう」と子の利益を後見裁判所による親の同意の補充要件として求めることにつき、「いずれにせよ憲法上の補正性の原則によって求められる子の利益と拒絶する親の一方の利益との比較考量が求められている」と判断している。
- 79) なお、この判決は、匿名養子縁組の場合にも、1747条 3項の適用は憲法上認められるとしている。
- 80) Münch, in: Kunig (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. 2000 (Nachtrag 2003), BdI, 13 vor Art. 1.; なお、この基本権上の成年については基本法に明確に根拠を持つものではない。Sachs, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Vorb. 75 vor Art. 1.
- 81) コンラート・ヘッセ / 初宿正典・赤坂幸一（訳）『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂、2006年）187頁。なお、(mündigkeit) を基本権上の「行為能力」として訳出している。
- 82) Michael Coester, in: Münchener Kommentar 4. Aufl., 2002, § 1666, Rn. 71. なお、基本権を子が独立して行使できるかという行為自由の保障についてこの概念が問題とならないと指摘がある。Reuter, Die Grundrechtsmündigkeit-Problem oder Scheinproblem? FamRZ 1969, S. 622f.; Karl-Heinz Hohm, Grundrechtsträgerschaft und „Grundrechtsmündigkeit“ Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung, NJW1986, S. 3107f.
- 83) ボード・ピエロート、バルンハルト・シュリンク（長田秀樹・松本和彦・倉田原志訳）『現代ドイツ基本権』（法律文化社、2001年）46頁。
- 84) ピエロート、シュリンク（長田・松本・倉田訳）前掲（76）47頁。
- 85) ヘッセ・前掲（74）187頁。
- 86) ドイツ法との比較の下で親の権利義務、子の基本権、国家介入について憲法理論と民法理論を統合的にかつ詳細に分析するものとして、横田光平「親の権利・子どもの自由・国家の関与（一） 憲法理論と民法理論の統合的理解」法協119巻3号1頁以下、「同（二）」同119巻11号1頁以下、「同（三）」同119巻（2002年）12号88頁以下、「同（四）」同120巻1号138頁以下、「同（五）」同120巻2号124頁以下、「同（六）」同120巻3号121頁以下、「同（七）」同120巻4号164頁以下、「同（八）」同120巻5号119頁以下、

- 「同(九)」同120巻6号(2003年)138頁以下。
- 87) Dieter Schwab, Familienrecht Aufl. 15, 2007, S. 286.
- 88) 学校選択のように、親の資力等その他の要素との複合的判断が求められる場合には、子の意思が貫徹されることは実質上困難である。
- 89) Von Mangoldt/Friedrich Klein, Das Bonner Grundgesetz. 2. Aufl., 1957 S. 271, 275.
- 90) 横田・前掲(86)120巻3号610頁。
- 91) ピエロート, シュリンク(長田・松本・倉田訳)前掲(83)130頁。
- 92) Erwin Stein, Die Rechtsphilosophischen und positivrechtlichen Grundlagen des Elternrechts, in: Stein/Joest/Dombois, Elternrecht, 1958, S. 5, 9f.
- 93) 横田・前掲(86)120巻1号140頁。
- 94) Stein, a.a.O. (92) S. 40f.
- 95) BVerGE 24, S. 119f. この解説については、川中達治「ドイツにおける親の教育権」関西大学大学院法学ジャーナル65号(1996年)42頁以下を参照。
- 96) Hildegard Krüger, Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt, FamRZ 1956, S. 329f.
- 97) 例えば法的安全性の観点から批判するものとして、Friedrich Wilhelm Bosch, Grundsatzfragen des Beweisrechts. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre, 1963, S. 43, 45.
- 98) 横田・前掲(86)120巻5号1024頁以下。横田准教授は、子の自由を前面に出すクリューガーの見解に対して一定の評価を与えつつも、具体的なレベルで十分に整理されたものではないと評価する。なお、アンダースは、クリューガーの見解をとれば、親子関係を子の基本権的観点から親子間の権利闘争へとつながり、「無条件で親子関係を基本権の下に置こうとするなら、家族を実際に粉砕することとなるだろう」と指摘する。J. Anders, Freiheitsentziehung durch den Inhaber der elterlichen Gewalt, Zugleich ein Beitrag zur Freiwilligenerziehungshilfe, FamRZ1960, S. 475, 478.
- 99) 新配慮法政府案の提案理由において、「若者は自らの基本権及び基本権上の成年への発達を理由に、法律により親に認められたこの余地の一部を、自らのものと要求している」と、若者の基本権に関する意識変化を述べている。BT-Drucks 7/2060, S. 13.
- 100) ピエロート, シュリンク(長田・松本・倉田訳)・前掲(83)125頁以下。
- 101) 岩志・前掲(9)225頁。
- 102) Hans Dölle, Familienrecht § 1 1; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15Aufl. §§ 73 I 2, 77 I 2; Lehmann-Hüber, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. § 12 I 2a.
- 103) 本稿で中心となる1997年親子関係法改正法まで、例えば1957年男女同権法(Gleichberechtigungsgesetz) 施行, 1969年非嫡出子の法的地位に関する法律施行, 1973年養子法改正, 1976年婚姻法改正, 1979年配慮法改正, 1990年児童・青少年援助法(Kinder-und jugendhilfegesetz) 施行, 1992年成年後見法(Betreuungsgesetz), 養子法改正法施行, 1994年氏名法(Familiennamensrechtsgesetz) 施行等が挙げられる。
- 104) [親族法諸規定の統一および改正のための法律(Gesetz zur Vereinheitlichung und

ドイツ親子法における子の意思の尊重 (佐々木)

Anderung familienrechtlicher Vorschriften)]

- 105) この法律は、子のための養子法としての性格を有していた。例えば、養子となるべきものは原則未成年者であるとし (BGB 1745条の改正)、離縁は子の利益のためにのみ認められるべきとしていた (BGB 1770条 a の改正)。
- 106) [親の監護の権利の新規制に関する法律 (Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge)]; これを簡潔に紹介するものとして、石川稔・門広乃里子「西ドイツの新監護法」ジュリスト745巻118頁。
- 107) BT-Drucks. 8/2788. S. 43, 44.; 43頁において親権に替わる用語として、elterliche Sorgerecht, Elternrecht, Erziehungsrecht, elterliche Fürsorge, Elternrecht und Elternpflicht 等、多くの提案がなされている。については「義務としての特性が強調されていない」、については「憲法上の用語であり、混同を避けなければならない」、は「あまりに狭義である」、は「その他の法領域に非常に似ている (Fürsorgeerziehung = 補導)」は「回りくどい表現」として、親子関係の法的特性を最も表すものが「Elterliche Sorge = 親の配慮」であるとされた。
- 108) BT-Drucks 7/2060, S. 14.
- 109) ただし、子の意思を大人の意思同様に重要視しようとする意見に対し、14歳未満の子の判断能力に関して法的安定性がないとの危惧が指摘されていた BT-Drucks 8/2788, S. 40, 61f.
- 110) 改正の背景について、岩志和一郎「ドイツ『親子関係法改正法』草案の背景と概要」早稲田法学72巻4号37頁 (1997年)、渡辺泰彦「ドイツ親子法改正の政府草案について (一)」同志社法学49巻1号37頁 (1997年)、床谷文雄「ドイツ家族法立法の現状と展望 (一)」阪大法学44巻2, 3合併号 (1995年) 394頁, 同 (二) 同46巻6号 (1997年) 866頁, 47巻2号 (1997年) 302頁, ライナー・フランク著松嶋真澄訳「ドイツ親子法改正の最近の展開」家族 社会と法 13巻 (1997年) 1頁。
- 111) 改正法の要点を整理したものとして、岩志和一郎「ドイツの新親子法 (上)」戸籍時報493号 (1998年) 2頁, 同 (中) 同495号 (1998年) 17頁, 同 (下) 同496号 (1999年) 26頁, 遠藤富士子「ドイツ家族法の変遷 最近の親子法改正を中心にして」ケース研究256号 (1998年) 33頁。
- 112) 子の身上監護に関する包括規定である820条について、家族法学者の間では、その性質がたとえ「親権」という名称であっても親の利益を図るものではなく、子の福祉に合う形で親権内容を遂行する親の義務に重点が置かれていることは周知であり、この規定の同様の趣旨である旧法879条について問題となった法典調査会審議の中で梅謙次郎氏が「親ガ子ヲ教育セヌデモ宜シイ、監護シナイデモ宜シイト云フコトハナカラウ、親ト云フモノハ必ズ教育スル義務ガアル」と述べ、子に対する親の義務としての私法義務説を唱えているように それに対して誰に対する義務かは見解が異なるものがあれど (公的義務説)、決して親の恣意的な権利行使を認めるものはいない。しかし、親が驕を称した児童虐待の問題が浮き彫りにされている日本の現状から見ると、子を我がものとする支配権的発想が、親から払拭されていない事実があると考えられる。注釈民法 (23) 於保不二雄編 [明山和夫] (有斐閣, 1982年) 71頁以下。私法義務説について註釈親族法下 中川善之助

編[山木戸克己](有斐閣,1955年)43頁。なお,親自身も子育てを通じて人格発展することから親の利益もあるとする見解も見受けられるが,このような視点から親の権利として構成する法的構成は指示し得る。戒民江「親の教育権」『講座 現代家族法第4巻親権・後見・扶養』(日本評論社,1992年)36頁。

- 113) 親の配慮に関する一般規定である1626条1項は,親の配慮の義務性の強調の他に配慮の共同性の明確化という特徴が挙げられる。
- 114) BT-Drucks. 13/4899. S. 93;
- 115) Thomas Rauscher, Familienrecht, 2001, S. 654, 655.
- 116) 1974年7月31日の法改正によって成人年齢が18歳に引き下げられている。
- 117) Schwab, a.a.O. (87) S. 271, 272.
- 118) Rauscher, a.a.O. (115). S. 658.
- 119) この規定も79年新配慮法による。(但し,GG6条2項2文のいう国家の監督機能の強化に関わる,第2項の職業教育の選択に際しての後見裁判所の介入は,排除された。)しかし,1626条2項,1631条aについては成立当初,子の自己決定権の承認から親への対立が危惧されるとして激しい議論がなされた。その議論については,ディーター・ヘンリッヒ著 田村五郎訳「親の権利と子どもの解放 この道の行方は」W. ミュラー・フライエンフェルス他 田村五郎訳『ドイツ現代家族法』中央大学出版1993年124頁以下。
- 120) 例えばバイエルン州国民学校規則に基づく公立学校における磔刑像(キリスト像のある十字架)の設置と,その撤去を求める他宗派の父母の信教の自由,子の教育権侵害について,BVerfGE 93, S. 1f; 解説として石村修「公立学校における磔刑像」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 (第2版)』(信山社,2006年)115-121頁。
- 121) 【§7 Art.2 GG】
配慮権者は,子に宗教教育を受けさせるかどうかを決定する権限を有する。
- 122) Gesetz über die religiöse Kindererziehung (vom 15. Juli. 1921, RGBl. S. 939; BGBL. 404-9)
- 123) Staudinger/Salgo, Staudinger Kommentar Anh § 1631, Vorb. RKEG RdNr. 9, 10.
- 124) Joachim Gernhuber, Dagmar Coester-Waltjen, Familienrecht. 5. Aufl. 2006, S. 780.
- 125) Gernhuber/Coester-Waltjen, a.a.O. (124) S. 780. ; Staudinger/Salgo, a.a.O. (123) RdNr. 4.
- 126) Gernhuber/Coester-Waltjen, a.a.O. (124) S. 779. なお宗教教育法の制定過程については, Theodor Endemann, Das Reichsgesetz religiöse Kindererziehung, 1922, S. 1, 9; Von Wolfgang Raack, Regina Doffing, Martin Raack, Recht der religiösen Kindererziehung, 2003, S. 3f.
- 127) Staudinger/Salgo, a.a.O. (123) RdNr. 4.
- 128) Staudinger/Salgo, a.a.O. (123) RdNr. 4.
- 129) 【§ 1671 BGB】
(1) 親としての配慮が共同で帰属している父母が一時的にではなく別居しているときには,父母はいずれも,自己に親の配慮または親の配慮の一部を単独で委ねるように,家庭裁判所へ申し立てることができる。
(2) この申立は,次のいずれかの場合に,認容される。

ドイツ親子法における子の意思の尊重（佐々木）

1. 父母の他方が同意したとき。ただし、子が満14歳に達し、かつその委譲に反対している場合はこの限りではない。
 2. 共同配慮の取りやめ、および申立人への委譲が、子の福祉に最も良く合致すると予想されるとき。
- (3) 親としての配慮について、他の規定に基づき異なる定めをしなければならない限りにおいては、この申立は認容されない。
- 130) Uwe Diederichsen, in; Palant BGB Kommentar, 2006, § 1671RdNr. 15.
 - 131) 配慮権に関する消極的身分形成に限定される Michael Coester; in, Michael Coester, Helmut Engler, Ludwig Salgo, Staudinger Kommentar, 2004, § 1671, RdNr. 88.
 - 132) Coester; Staudinger, aa.O. (131) § 1671, RdNr. 88.
 - 133) コエスターは、配慮権委譲に対する子の反対意思は実際にはあまり見られないものの、この規定は、ドグマ的・法倫理的意義について過小評価できない規定であると指摘している。Coester; Staudinger, aa.O. (131) § 1671, RdNr. 88.
 - 134) 問題の性質上、家庭内自治に関わるために FGG 52条に基づき仲裁手続を行うことが考えられる。Coester; Staudinger, aa.O. (131) § 1671, RdNr. 93.
 - 135) Coester; Staudinger, aa.O. (131) § 1671, RdNr. 88.
 - 136) Coester; Staudinger, aa.O. (131) § 1671, RdNr. 88.
 - 137) Palandt/Diederichsen. aa.O. (130) § 1671, RdNr. 15; Finger/Schwab; Münchener, § 1671, RdNr. 66.
 - 138) Coester; Staudinger, aa.O. (131) § 1671, RdNr. 89, 93; Finger/Schwab; Münchener Kommentar, aa.O. (82) § 1671 RdNr. 67.; Palant/Diederichsen, aa.O. (130) § 1671 RdNr. 15.
 - 139) Coester; Staudinger, aa.O. (131) § 1671, RdNr. 243.
 - 140) OLG München FamRZ 1984, S. 407.
 - 141) OLG Zweibrücken FamRZ 2001, S. 186, 187.
 - 142) OLG Bamberg FamRZ 1988, S. 750, 751.
 - 143) 1626条 1項 2文と同じく配慮権概念の二つの要素を本条では一つに統合するために、旧 1667条において別個定められた子の財産の保護が1666条の要件へと包含された。
 - 144) ピエロート/シュリンク（永田・松本・倉田訳）・前掲（83）94頁。
 - 145) 【§ 1666a BGB】
 - (1) 父母の家庭からの子の引き離しを伴う措置は、公的援助を含め、他の方法によっては危険を回避できないときに限り、認められる。父母の一方に、一時的に、又は期間を定めず家族住居の利用を禁止すべき場合も同様である。父母の一方、又は第三者に対し、子が同居していた住居、又は他の住居の利用を禁止するときには、措置期間の算定の際に、この者に所有権、当該住居のある土地に地上権、又は受益権があるかどうかも考慮しなければならない；前文は、住居所有権、永住権、居住権、又は親の一方、若しくは第三者が住居の賃借人である場合にも準用される。
 - (2) 他の措置では効果がないとき、又は他の措置では危険の回避について不十分であるとみられる限り、身上配慮の全部を剥奪することが認められる。
第1項は、家裁による介入に対して公的援助が優先することを規定しており、裁判

所による危険回避と社会給付とを関連づけている。第 2 項ではこれを明言してはいないが、この公的援助優先の原則を適用する。家裁は、公的援助を考慮するときには、その必要性を具体的に説明し、援助の見通しを理由づけなければならない。「裁判所による措置の前の公的援助」という考え方には、子の福祉は原則として家族への援助によって最善の形で保護されるという認識が根底にあるためである。頻繁に行われる養育家庭の変更、又は実家族へ連れ戻すことが遅れることで子の人的結びつきの形成を回避する目的を伴う施設収容は、子の基本権を侵害するため、具体的援助の判断につき決定的な要素である子の福祉に適った援助がなされなければならない。

Olzen/Schwab; Münchener, a.a.O. (82) RdNr. 3f; Staudinger/Salgo, a.a.O. (131) RdNr. 4.

- 146) 精神的福祉については、新配慮法によって挿入された危険対象である。
- 147) Olzen/Schwab; Münchener Kommentar, a.a.O. (82) RdNr. 49f
- 148) Olzen/Schwab; Münchener Kommentar, a.a.O. (82) RdNr. 102.
- 149) Olzen/Schwab; Münchener Kommentar, a.a.O. (82) RdNr. 105. なお、この「親の故障」要件は、作業部会によれば、文言を排除をすることで、裁判所の職権発動をより容易にしようとしている。岩志・前掲 (47) 92頁以下。
- 150) Olzen/Schwab; Münchener Kommentar, a.a.O. (82) RdNr. 159f. なお、措置内容について、作業部会は、BGB 1666条 2 項 a を新設し、児童ならびに少年援助および保健福祉援助 (予防検診など) 等の公的援助の受給 (1 号)、就学義務の遵守に配慮を求める指示 (2 号)、一時的もしくは無期的に家族の住居または他の住居を使用することの禁止、住居周辺の一定範囲に滞在することの禁止、または子が通常滞在する他の特定の場所を訪問することの禁止 (3 号)、子に連絡を取ること、または子との遭遇を試みることの禁止 (4 号)、親の配慮の一部または全部の剥奪 (5 号) といった内容の明確化を図っている。岩志・前掲 (95) 94頁以下。
- 151) Coester, in: Staudinger, a.a.O. (131) RdNr. 76.
- 152) Olzen, in: Münchener Kommentar, a.a.O. (82) RdNr. 47.
- 153) OLG Bamberg ZfJ 1996, S. 194, 196.
- 154) Coester, in: Staudinger, a.a.O. (131) RdNr. 76.
- 155) 本条に掲げる配慮権濫用について、子の人格権と関連して問題となるのが、母が未成年者である場合の妊娠中絶や医療行為の実施等である。これらは未成年者の自己決定につき重要な論点であるが、本稿では別居・離婚における配慮権に関する家事事件を主に扱うため、本文ではなく脚注にて述べることにする。

1666条 1 項により胎児も保護されているために、妊娠中絶も配慮権の濫用を意味し得る。家裁の措置の必要性だけを問題とする母親が成年である場合とは異なり、配慮権者と未成年者の母親が中絶について同意見かどうか重要な論点である。もし配慮権者と未成年の母親との間で中絶するか出産するか意見が異なる場合には、より困難な状況となる。未成年者である妊婦が一人で有効に妊娠中絶に同意できるかは、刑法218条 a の問題でもある。誰がこの決定権を有するのか、親子による共同決定か、一方の単独決定かについて見解は分かれるだろうが、未成年者の単独決定権は発達に応じて部分的に認められる。これが何時なのかについては、ライゼラーは子の宗教教育に関する法律 5 条に掲げる14歳以上を基

準に考えると指摘する。Kerstin Reiserer, Schwangerschaftsabbruch durch Minderjährige im vereinten Deutschland, FamRZ 1991, S. 1136, 1140. 一方、トロツケルは1303条2項に掲げる16歳と指摘する。Horst Trockel, Die Einwilligung Minderjähriger in den ärztlichen Heileingriff, NJW1972, S. 1493, 1496. また、シュベルトナーやモリッツは、個別的事案の中で子の成熟度に照らして考えるべきだと指摘している。Eberhard Schwerdtner, Mehr Rechte für das Kind - Fluch oder Segen für die elterliche Sorge?, NJW 1999, S. 1525, 1526.; Heinz Peter Moritz, Bedeutung des Elternvotums für den Abbruch der Schwangerschaft Minderjähriger, ZfJ 1999, S. 92, 97.

この判断能力の問題は、未成年者の人格権につき基本法とも関連する重要かつ複雑な問題である。医療行為に関する必要性の判断、例えば手術を受けさせるかどうか、例えば癌治療における化学療法のような負担の大きい治療行為を続けるかどうか等が問題となる。当該治療方針に対して子と親が同意見を主張する場合には、通常、問題はない。しかし、妊娠中絶の場合と同様に、未成年者の自己決定が問題となるときには様相を変える。妊娠中絶の場合は未だ生まれていない子の利益または負担となるよう判断する一方で、治療行為はその子自身だけに關わる問題であるところに違いがある。現行刑法上の観点からは、未成年者が手術の影響について「自然な判断能力」を有している場合には、未成年者は一人で医療行為を承諾することができるとしている。手術の結果として生じ得る障害についての医師の説明義務と16歳の患者の同意について、BGH, NJW1972, S. 335. また実務からは、1995年3月にドイツ医事法協会が、未成年者が患患分別のあるときには、医療行為の単独決定権を認めると判断している。この点の解釈によれば親と子には共同決定権があり、家裁および経過的な啓蒙手段もそれに加えることができる。これは、未成年者の同意能力に関する争いにおいてこの要件要素につき立証責任を負う医師の負担も軽減する。

156) SGB 11条から40条に定める援助形態は、第16条から21条に基づく家庭内教育支援に関する給付（17条：パートナー関係、別居及び離婚問題の相談；18条：身上配慮行使時の相談及び支援；19条：母又は父と子の共同居住施設での世話；20条：緊急時の子の世話；21条：就学義務の履行のため必要な収容支援）、とりわけ第27条から35条に基づく教育援助（28条：教育相談；29条：ソーシャルグループワーク；30条：教育補佐人と世話援助者；31条：社会教育学的家族援助；32条：デイグループ教育；33条：里親養育；34条：施設養育；35条：集中的に行われる社会教育学的な個別の世話）等がある。

157) 【§ 8a SGB】（子の福祉の危険の場合における保護の任務） 訳出については岩志＝鈴木＝高橋・前掲（47）を参考とした。

1) 少年局が児童もしくは少年の福祉に危険があることについて有力な手掛かりを得たときは、少年局は複数の専門職と共同して危険の度合いを評価しなければならない。その場合には、児童もしくは少年の有効な保護に問題が生じない限りにおいて、身上配慮権者ならびに児童もしくは少年を関係者として含めなければならない。少年局は危険の除去のために援助を行うことが適切かつ必要であると考えるときは、身上配慮権者もしくは教育権者にこれを提供しなければならない。

2) 本編の諸給付を提供する施設およびサービスの担い手との合意においては、当該担い手の専門職が相当な方法で第1項の保護の任務にあたること、また危険の度合いの

評価に際しては、その問題について経験のある専門職を参加させることが保証されなければならない。前文の専門職には、援助が必要であると考えられる場合には身上配慮権者もしくは教育権者に援助の請求を働きかけること、また受給している援助が危険を除去するには不十分であると認められる場合には少年局に通知することが、とくに義務づけられなければならない。

- 3) 少年局は、家庭裁判所の活動が必要であると考えるときは、裁判所の職権の発動を喚起 (anrufen) しなければならない；この規定は、身上配慮権者もしくは教育権者において危険の度合いの評価に協力する意思を有さないとき、または協力できる状態にないときにも適用される。緊急の危険があり、かつ裁判所の判断を待つことができないときには、少年局は児童もしくは少年を一時保護する義務を負う。
- 4) 危険の除去のために他の給付の担い手、保健援助の施設または警察の活動が必要であるときには、少年局は身上配慮権者もしくは教育権者による請求を働きかけなければならない。即時の活動が必要であり、かつ身上配慮権者もしくは教育権者の協力が得られないときには、少年局が自ら、危険の除去について管轄する他の部局を介入させるものとする。

158) 【§ 42 SGB】(児童ならびに少年の緊急一時保護 (Inobhutnahme) 訳出については岩志 = 鈴木 = 高橋・前掲 (47) を参考とした。

- 1) 少年局は、以下の場合に児童もしくは少年を保護する権利を有し、かつ義務を負う。
 1. 児童もしくは少年が保護を求めるとき、もしくは
 2. 児童もしくは少年の福祉にとって差迫った危険が保護を必要とし、かつ
 - a) 身上配慮権者が異議を唱えないとき、もしくは
 - b) 家庭裁判所の判断を適時に得ることができないとき、もしくは
 3. 外国人の児童もしくは少年が付き添いなしにドイツに来て、かつ身上配慮権者も教育権者に国内に滞在していないとき。

緊急一時保護は、児童もしくは少年を適切な者の下に、適切な施設もしくはその他の居住形態で一時的に託置する権限を含む；第 1 文第 2 号の場合には、児童もしくは少年を他の人物から引き離す権限をも含む。

- 2) 少年局は、緊急一時保護中に、緊急一時保護に至った事情を児童もしくは少年とともに解明し、かつ援助と支援の可能性を明示しなければならない。児童もしくは少年には、その信頼する人物に連絡する機会が遅滞なく付与されなければならない。少年局は、緊急一時保護中、児童もしくは少年の福祉を配慮しなければならない。少年局は、緊急一時保護中、児童もしくは少年の福祉に必要なあらゆる法律行為を行う権限を有する；このとき、身上配慮権者もしくは教育権者の推定される意思が考慮されなければならない。
- 3) 少年局は第 1 項第 1 文 1 号および 2 号の場合に、身上配慮権者もしくは教育権者に緊急一時保護について遅滞なく通知し、かつこれらの者とともに危険の度合いを評価しなければならない。身上配慮権者もしくは教育権者が緊急一時保護に反対する場合には、少年局は遅滞なく以下のことを行わなければならない。
 1. 少年局の評価によれば子の福祉の危険が存在しない、または身上配慮権者もしくは

ドイツ親子法における子の意思の尊重（佐々木）

は教育権者が危険を回避する準備があり、かつそれができる状況にあるときには、児童もしくは少年を身上配慮権者もしくは教育権者に引渡すこと、もしくは

2. 児童もしくは少年の福祉のために必要な措置に関する家庭裁判所の判断を仰ぐこと。

身上配慮権者もしくは教育権者に連絡がとれないときには、第2文第2号を準用する。第1項第1文3号の場合には、遅滞なく後見人もしくは保護人の選任手続を指示しなければならない。身上配慮権者が緊急一時保護に反対しているときには、遅滞なく援助の保障のための援助計画手続が開始されなければならない。

- 4) 緊急一時保護は、以下によって終了する。
 1. 身上配慮権者もしくは教育権者への児童もしくは少年の引き渡し、
 2. 社会法典による援助の保障に関する決定
 - 5) 緊急一時保護の範囲で自由を剥奪する措置は、児童もしくは少年の身体もしくは生命にとつての危険、または第三者の身体もしくは生命にとつての危険を回避するのに必要な場合にかつその限りでのみ許される。自由の剥奪は、裁判所の決定がないときには遅くとも、この剥奪開始の翌日の満了をもって終了させられなければならない。
 - 6) 緊急一時保護の際に直接強制が必要なときには、その権限を有する機関の参加を求めなければならない。
- 159) 8. Jugendbericht. BT-Drucks. 11/6576. S. 88. 少年援助法 8 条は、基本法 1 条及び 2 条の子の基本権に基づくものである。Kerstin Strick; Münchener Kommentar, aa.O. (82) S. 2201.
- 160) 8. Jugendbericht. BT-Drucks. 11/6576. S. 88.
- 161) <http://www.kindernotdienst.de/> その他にも、子が暴力を受けた場合に避難する場所として緊急避難所等も設置され、簡単に子がアクセスしやすいように相談や保護業務を行っている。<http://www.notinsel.de/>
- 162) <http://www.chris-sorgentelefon.de/>
- 163) Reinhard Wiesner; in Wiesner, SGB Kommentar, 2006, § 8 Rn. 43.
- 164) Wiesner; in Wiesner, aa.O. (163) § 8 Rn. 46.
- 165) BVerfGE, 59. S. 360, 387. 基本法 6 条 2 項 1 文に保障された親の情報請求権につき公立校における学校相談員の守秘義務を定めるプレーメン学校行政法 (§ 13 Abs. 2 BremSchulVwG) は反していないとする。
- 166) SGB 42 条 1 項 2 文が職権による緊急一時保護を定めている。BT-Drucks. 15/3676. S. 37.
- 167) 子自身が一時保護を求めた事案ではないが、2005年6月9日のミュンヘン高級行政裁判所 (VGH) 判決によれば、匿名出産による子 (事件当時 4 歳) の一時保護を行った申立人である病院が SGB 89 条 b に基づき費用償還を求めた事案において、裁判所は、母親によって述べられた子の願いを認め、費用償還を認めている。
- 168) OLG Zweibrücken, FamRZ 1996, S. 1026; OLG Hamm, ZfJ 1997, S. 433. ただし、いずれも改正前の事案であるため、旧法 42 条 2 項である。
- 169) OLG Hamm, ZfJ 1997, S. 433.

- 170) Cornelia Bohnert: in Kaul Hauck, Wolfgang Noftz, Sozialgesetzbuch (SGB) Kommentar, 2008, Rn. 12.
- 171) これは、BGB 制定時の非監護親と子との間の「交通権 (Verkehrsrecht)」の規定を引き継いでいるが、1979年新配慮法の中で「交流 (Umgang)」という語に転換した。交流と子の意思に関する改正前の分析として、岩志和一郎「ドイツ民法における離婚後の面接交渉と子の意思」田山輝明・浦川道太郎・内田勝一・岩志和一郎編『現代家族法の諸相 高野竹三郎先生古希記念』(成文堂 1993年) 139頁。日本における面会交流と子の意思及び手続保障の問題については、二宮周平「面接交渉の義務性へ 別居・離婚後の親子・家族の交流の保障」立命館法学298号(2004年) 309頁以下。
- 172) 1626条3項は、1684条1項(親のいずれか一方との交流を求める子の権利)と1685条(その他の者の交流権)との関連で捉える必要がある。その限りで1626条3項の交流権限の一般規定に依拠せず子の福祉に結合する、1626条3項に対する特別規定として後者の規定が存在するのである。Martin Lipp, Thomas Wagenitz, Das neue Kindschaftsrecht Kommentare, 1999, S. 230.
- 173) Schwab, a.a.O. (87), S. 335.
- 174) Rauscher, a.a.O. (115), S. 769.
- 175) Rauscher, a.a.O. (115), S. 770. なお、Coester-Waltjen は、親子間の交流と愛情の必要性のもと、交流権者の役割として、潜在的に保護を行う予備的親 (potentieller Obhuts-) "Reserveerteil" と表現している。Gernhuber/Coester-Waltjen, a.a.O. (124) § 66 Rdnr. 4.
- 176) ドイツにおいては BGB 制定以来、交流に関する明文規定を持っている。日本においては子の面接交渉に関する明文規定は存在せず(子の監護に必要な事項民766条1項監護について必要な処分同2項, 家審9条1項乙4号), 親が子と面接交渉することは子の監護の一内容であるから, 家庭裁判所は「子の監護に関する処分」として面接交渉に関する処分を命ずることができる(最決平12. 5. 1家月52巻12号31頁), 1996. 2の法制審議会決定の民法改正要綱第6. 1の中では, 面接交渉と子の利益最優先を明文化する規定を設けている。
- 177) 面接交渉権の法的性質については日本でも見解が分かれるところである。面接交渉権の法的権利性を認めた東京家審昭39. 12. 14家月17巻4号55頁以降, 親の自然権ないし固有権とする見解(森口・鈴木「監護者でない親と子の面接」ジュリスト314号72頁), 抽象的には親として有する自然権であり, 具体的内容は監護に関する権利として父母間の協議や家裁での調停審判によって形成するとする見解(久貴「面接交渉権覚書」阪大法学63号99頁), 監護に関連する権利とする見解(田中「面接交渉権」現代家族法体系 248頁), 子の権利でもあるとする見解(石川「離婚による非監護親の面接交渉権」別冊判例タイムズ8号285頁, 稲子「子の権利としての面接交渉権」日本福祉大学紀要42号97頁, 國府「面接交渉権の制限と憲法」『家族法審判例の研究』中川編1971年144頁), 親権者・監護権者の義務としての側面から構成しようとする見解(二宮・前掲(156) 332頁以下)等多岐に分かれるところである。
- 178) 連邦憲法裁判所もこの旨を判示している。それによると, 親の交流権は, 親の自然権と

ドイツ親子法における子の意思の尊重 (佐々木)

それに結びついた親の責任から生ずるとされる。BVerfGE64. 180. S. 188. 通説として親の自然権説を紹介するものとして、Rauscher, a.a.O. (115), S. 767ff. Rauscher も交流権を GG 6 条 2 項から導き出される自然権とした上で、親の配慮が子の福祉に適うように、交流権も親の義務としての性質があり、交流権は親の配慮における単なる残余部分ではない(身上配慮と交流権は当然に密接に関連するものである)と述べている。

- 179) BVerfG, FamRZ 1968, S. 578.
- 180) BT-Drucks. 7/2060, S. 23.
- 181) 実際の交流の方法や頻度を取り決めるにあたり、交流を求める固有の権利が子にあることを鑑みて、できるだけ子の希望が考慮されなければならないとされる。Schwab, a.a.O. (87), S. 321.
- 182) 「児童および青少年は、BGB 1684条 1 項の交流権の行使に関して、助言と支援を求める権利を有する。児童および青少年は、BGB 1684条, 1685条の基準に従って同人らと交流する権利を有する者が子の福祉のためにその権利を用いるために支援される。父母、その他の交流権者および子を自己の保護の下においている者は、交流権の行使に関して助言を求める権利を有する。」; 3文は親等の権利実現に関する支援に関する文言である。
- 183) 子は親の交流権の客体ではないとされ、子も交流権を行使することができ、親の紛争化にある交流対立の中で子が巻き込まれる危険を自ら回避することができることとされる。Rauscher, a.a.O. (115), S. 767. 771.
- 184) Rauscher, a.a.O. (115), S. 782.; 虐待親との交流が子の福祉に反するという主張も考えられるが、子との面会の際にその安全が確保された状況設定、例えば第三者機関内での面会などが行われる場合には必ずしもそれは該当するとは言えないと考えられる。ただしその際には、その子が真にその親と会いたいという意味、願望が重要とされることにも注目すべきであろう。
- 185) Schwab, a.a.O. (87), S. 328. 例えば、父が子を虐待している場合に、父に子との交流を単独で許容することは危険が生ずるために、少年局職員の立会のもとでの面会に限り許すことが挙げられる。同様に、Rauscher, a.a.O. (115), S. 782.; Rauscher によれば、例えば、親族や教師などの個人や、民間の第三者機関や少年局職員などを挙げているが、その調整は裁判所の任務であるとする。
- 186) ただし、Schwab によれば1685条が認める数人の交流権者による対立の中で、さらに子の日常生活の細分化の虞れが生ずるとも述べる。そして、第三者の交流を認める1685条 2 項は、親権への介入を意味するため基本法に反すると指摘する。Schwab, a.a.O. (87), S. 341.
- 187) Harald Vogel, Rechte und Pflichten beim Umgang nach § 1684 BGB, dargestellt anhand eines falls, FPR 1999, S. 227, 228.
- 188) ただし、斡旋手続への子の参加についてFGG 52条は言及していない。子の手続当事者性を保障するためには、FGG 50条による手続保護人の選任が必要となる。
- 189) Rauscher, in; Michael Coester, Thomas Rauscher, Ludwig Salgo, StaudingerKommentar, 2000, § 1684 RdNr. 176.
- 190) BVerfGE, 64, S. 180, 191. なお、FGG 50条 b の子の意見聴取規定につき、「子が真摯な

理由で希望し、交流権を強行することで子の福祉を害する虞があるときには、裁判所が交流権を制限又は排除する決定をすることを可能とする」と述べている。

- 191) 10歳の子の拒絶意思を尊重し、交流権の排除を認める事例として、OLG Hamburg, FamRZ 1991, S. 471.
- 192) AG Bad Ibrug, FamRZ 1988, S. 537.
- 193) Gernhuber/Coester-Waltjen, aa.O. (124) § 66 Rdnr. 4; Wolfgang Klenner, Rituale der Umgangsverteilung bei getrenntlebenden oder geschiedenen Eltern-Eine psychologische Studie zur elterlichen Verantwortung- FamRZ 1995, S. 1530ff.
- 194) Rauscher, aa.O. (115). S. 772.
- 195) 本規定は、1979年の新配慮法改正時において交流権規定改正により設けられており、1634条 1 項 2 文の趣旨を受け継ぐものである。
- 196) Rauscher, aa.O. (115). S. 772.
- 197) 立法当初より、法務委員会の少数は、この善行条項を効果的ではなく、紛争原因を孕むものであり、双方の非難や訴の提起によって配慮権の帰属や交流権の調整を達成する、父母双方の絶え間ない刺激として拒絶している。BT-Drucks. 8/2788 S. 41.
- 198) PAS の略称については、ウェブサイト「離婚と子供」<http://www.atomicweb.co.jp/~icuspringor/> 及び「日本の子供の人権ネットワーク」<http://www.crnjapan.com/pas/ja/> 邦訳紹介より引用する。
- 199) Richard A. Gardner, The Parental Alienation Syndrome, 1992 (2. ed, 1998) を参照。
- 200) Ofuately-Kodjoe/Koeppel, DAVorm 1998, S. 9; Ursula Kodjoe/Peter Koeppel, Früherkennung von PAS-Möglichkeiten psychologischer und rechtlicher Intervention, Kind-Prax 1998, 138f.
- 201) OLG Schleswig FamRZ 2003, S. 1494; OLG Dresden, NJW 2003, S. 147.
- 202) Günter Rexilius, Kindeswohl und PAS, Kind-Prax 1998, S. 149f.; Peschel-Gutzeit, Das missverständene PAS-Wie Sorgerechtsentzug und Geschwisterkoppelung das Wohl der KinderHorstgefahren, FPR 2003, S. 271f; Luthin, Sorge-und Umgangsrecht bei Trennung und Scheidung der Eltern; Schwab/Hahne (Hrsg.) Familienrecht im Brennpunkt, 2004, S. 249f.; Harry Dettenborn, Kindeswohl und Kindeswille, 2001, S. 102f.; PAS 問題につき Carol S. Bruch, Parental Alienation Syndrome und Parental Alienation FamRZ, 2002, S. 1304. ただし、Bruch の記述について Gardner が PAS 概念等につき若干修正を加えているので注意が必要である。Richard Gardner, FamRZ 2002, S. 1689.
- 203) Rauscher, in; Staudinger Kommentar, aa.O. (189) S. 35.
- 204) Rauscher, in; Staudinger Kommentar, aa.O. (189) S. 35.
- 205) Rexilius, aa.O. (202) S. 150.
- 206) Dettenborn, aa.O. (202) S. 117f.
- 207) Klenner, aa.O. (193), S. 1529.
- 208) Rauscher, in; Staudinger, aa.O. (189) S. 35.
- 209) AG Rinteln, ZfJ 1998, S. 344.
- 210) OLG Hamburg, FamRZ 2002 S. 566.

ドイツ親子法における子の意思の尊重 (佐々木)

- 211) 家裁は、配慮権者である父母または単独配慮権者である父母の一方が子の利益を適切に擁護できる状況にないときには、1909条に基づき補充保護を定めることができ、子の交流について選任された保護人を交流保護人と称する。交流保護人は、子と非配慮権者である父母の一方の交流をいつ、どのように行うかを定める権限を有し、の保護人に子に対する居所指定権も委譲することも可能である。
- 212) OLG Dresden, FamRZ 2002, S. 1588.
- 213) 裁判所による交流調整は、FGG § 33の強制方法により強制可能である。ただし、交流権の実現のために、子に対して有形力が用いられてはならない (FGG § 33 S. 2)。ドレスデン上級裁判所では、交流における善行義務の履行のために、強制金の賦課のみならず、交流保護人への子の引渡しを拒絶する場合への強制拘禁 (Zwangshaft) も指摘している。
- 214) ハンブルグ上級裁判所判決においては、交流拒絶への影響が存在しているとしても (本件にて父は4年近く交流を実施できていなかった)、継続的に形成された結びつきの事実について重視している。
- 215) 子の自己決定を尊重することで、当事者の選択の失敗によって人生が尊重し難い結果になり得るかもしれないが、自己決定を認めなければ、その子の人生として成り立たない。その自己決定の対象となる選択事項について、必要限度において親が支援し、その親の機能が果たし得ない状況の場合に国家の干渉が行われるのである。子の自己決定が否定されるならば、親が敷いたレールの上を全くはみ出すことなく歩くように、その子自身の人生物語の主人公たり得ない状況にも陥りかねない。
- 216) Stein, aa.O. (92), S. 5, 9f.
- 217) 鈴木忠一「非訟事件手続における正当な手続の保障」『非訟・家事事件の研究』(有斐閣, 1971年) 259頁以下。憲法上の根拠条文として、13条, 31条, 32条, 76条3項, 82条を挙げている。また、私的領域への裁判所の職権介入が国家的見地から専断的に判断される危険を含むため、これを阻止し、なおかつ職権調査を補完することで公正な事件処理が可能となるとして、関係人の手続保障を図る必要性を法的審問請求権から見出し、非訟事件手続法の中に根拠づけるものとして、有紀新「非訟事件手続における審問請求権 その法的根拠に関する一考察」民事訴訟法雑誌21号 (1975年) 162頁以下。
- 218) 米倉明「親権概念の転換の必要性」『現代社会と民法学の動向 下』(有斐閣, 1992年) 365頁。
- 219) 二宮・前掲 (2) 1409, 1410頁参照。子の意見表明権・自己決定権を認めることは、子を親の保護の客体と見ることからの転換を余儀なくさせるために、当然に親権概念の見直しが必要であると論ずる。
- 220) 親権者指定・変更の事案においては、心理的結びつきについて対象となる者は主に親となるかもしれないが、子の意思が向けられる者は、必ずしも親であるとは限らない。例えば、「兄弟と一緒に生活したい」「祖母のもとにいたい」等、事案の性質によっては、兄弟や親族等々、多様である。
- 221) 交流保護については日本においても若干見受けられる。例えば、日本では交流に際して家裁調査官の関与が考えられるが、その他、弁護士や親族の立会いを条件とする名古屋家審平 2. 5. 31 (家月42巻12号51頁)、乳児院職員の同席を条件とする大阪高決平 4. 7. 31

(家月45巻7号63頁), 家庭問題の専門家の立会を条件とする(ただしこの事件では父母双方が立会につき同意している経緯あり)東京家審平 18. 7. 13 等がある。

- 222) ただし, 交流の制限・排除については国家による親の権利侵害と捉えられるが, 基本法上定められた子の福祉を守るための国家の監督義務から, このような介入措置が正当化されるのであって, 問題となるのは, 如何なる措置が事案の性質上適切かどうかを判断する上で, 比例原則に従い, 緩やかな形で介入する必要性についてである。
- 223) OLG Hamburg, FamRZ 1991, S. 471.
- 224) Ludwig Salgo, 10 Jahre UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes-Auswirkungen am Beispiel von Art. 12-, Kind-Prax 1999, S. 180, 181.
- 225) 【Art. 103 Abs. 1GG】
「何人も, 裁判所において, 法的審問を請求する権利を有する。」
- 226) 法的審問請求権の説明については, ビエロート, シュリンク(長田・松本・倉田訳)前掲(83)402頁以下を参照。Caroline Steindorff-Classen, Das subjektive Recht des Kindes auf seinen Anwalt, 1998, S. 86ff., Brundermüller, in: Kurt H Johannsen, Dieter Henrich, Eherecht. Scheidung, Trennung, Folgen Kommentar, 2003., S. 1794.
- 214) Rauscher, a.a.O. (115). S. 657, Rudolf von Bracken, a.a.O. (70). S. 185.