

# ドイツ親子法における子の意思の尊重 ( 1 )

## 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

佐々木 健

### 目 次

はじめに

#### 第 1 章 日本の現状分析

##### 第 1 節 法制度の不備

##### 第 2 節 児童の権利条約への消極的対応

#### 第 2 章 FGG ( 非訟事件手続法 ) における子の意見聴取

##### 第 1 節 「子の権利主体性」前史

##### 第 2 節 職権探知主義と子の意見聴取

###### 1 条文上の根拠とその趣旨

###### 2 意見聴取の方法

###### 3 子の年齢との関係

##### 第 3 節 専門機関の関与と子の手続参加

###### 1 少年局 ( Jugendamt )

###### 2 民間の紛争調整機関

##### 第 4 節 子の自由意思の獲得へ向けた努力

###### 1 日本における現状

###### 2 ドイツにおける現状 : ベルグマン ( Bergmann ) とフリッケ ( Fricke ) の見解

#### 第 3 章 「子の弁護人」論議の展開

##### 第 1 節 「子の弁護人」論議の台頭

##### 第 2 節 1980年代の論議 パート ボール ( Bad Boll ) 専門会議の波及効果

##### 第 3 節 1990年代の論議 法政策上の要請と展開

###### 1 法政策上の要請

###### 2 ザルゴー ( Salgo ) とタンデム理論

##### 第 4 節 1997年親子関係法改正へ

( 以上、本号 )

#### 第 4 章 FGG における手続保護人制度

#### 第 5 章 手続保護人制度の機能と問題点

今後の検討課題

## はじめに

親と子の意思が対立する場面は日常生活において少なくはないが、とりわけ子自身の身上に関わる重大な問題が生じた場合に、親は、その問題解決のために、子の意見をどの程度考慮しているだろうか。親と子が共に対話できる状況を逸しかねないような場合、例えば親の別居や離婚を巡る問題が深刻化する場合には、通常、子は親同士の紛争の渦中に身を置くこととなる。離婚に関わる親同士の関心事(主観的利益)が主に離婚の成立と財産の分配そのものである一方で、子にとっては、例えば父母が離婚して欲しくないという願望を抱いたとすると、もしその願いが叶わないのであれば、父母どちらと一緒に生活したいか、日常生活と一緒に送ることができなくなる親の一方と今後も会えるのか、連絡は取ることができるか等、自己の身上に関わる将来に向けた具体的解決が主な関心事となる。

周知のように、第二次世界大戦後の1946年に成立した日本国憲法において第24条2項に個人の尊厳と両性の本質的平等が定められ、民法の解釈基準としても明文により民法第2条においてこの精神を継受し、これを基本原理として家族法が構築されている。また、家事事件について適用される家事審判法においても、これを基本とする旨を第1条で掲げている。家族関係を巡る実体法及び手続法がこの精神を原則とした法体系である以上、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。親同士による紛争の狭間に当事者として子が存在する以上、子の主観的利益を十分に尊重した問題解決が図られなければならない。しかし、現実には、これを十分に配慮しているとは言い難い。これに対してドイツでは、人間の尊厳及び人格の自由といった基本法上認められる基本権を軸として、子の主観的利益を十分に尊重した問題解決が図られている。

本稿は、児童の権利条約の理念でもある子の主体的手続参加の保障に関連して、ドイツの家庭裁判所における「子の意見聴取」と「手続保護人

(Verfahrenspfleger)」制度を分析した上で、子の意思が尊重される形での日本法のあり方を探求することをねらいとする。本稿においてドイツを検討の比較対象とするのは、以下の理由からである。

第一に、ドイツでは子の権利に関する論議が早期より展開しており、これを受けて、子の権利主体性が早期に実体法上及び手続法上で承認されていたことが挙げられる。未だに親権について親の支配権的発想から脱却しきれてはいない日本法の現状とは異なり<sup>1)</sup>、ドイツ法は、1979年の7月18日の親権法改正 (BGBl, 1979, I, 106) 以来、「親権 (elterliche Gewalt)」から「親の配慮 (elterliche Sorge)」へと親権の義務性を明文規定し<sup>2)</sup>、子の権利性の承認に向けて、子の福祉理念を中心に親権制度を再構築している。ドイツは1992年3月6日に児童の権利条約を批准しているが、この国際動向により、ドイツ家族法の領域に子の権利に関する大きな潮流がもたらされた<sup>3)</sup>。児童の権利条約が12条に明文で定める意見表明権の国内法への受容に関して言及すると、1997年の親子関係法改正法 (BGBl, 1997, I, 2846) に伴う手続保護人制度の導入も、この条約の批准が一つの背景にある<sup>4)</sup>。当初、ドイツ連邦政府は、権利条約の解釈宣言を通じて、国内法の現状は条約の要請に矛盾していないために特別の対応を要しないという立場を堅持していたものの<sup>5)</sup>、児童の権利条約の批准以前より実施されてきた親子関係法改正の作業と先行的論議の集積により、一層、裁判手続における子独自の利益代理に関する法整備を拡充する必要性が強く掲げられるに至り、これを受けて実体法及び手続法の両面にわたる法整備を進めてきている。この解釈宣言から国内法受容への対応が低調であったとの判断よりも、この条約批准により、多くの点で子の権利や利益に対して改めて見つめ直す契機になったと位置づけることができよう。このように、子の権利に関する実体法と手続法との協働があり、児童の権利条約の批准に伴い、子の権利主体性の確保について更なる徹底を図っているドイツを比較対象とすることは有意義であると考えられる。なお、子の権利論の展開について比較検討する必要もあると考えられるが、本稿は、深遠なる子の権利論に関する基

本研究にまで至らず<sup>6)</sup>、ドイツにおける手続法上の子の権利論の変遷に着目する。なお、この歴史的背景において国際法上のレベルでは、市民的権利及び政治的権利に関する国際条約<sup>7)</sup>、ヨーロッパ人権条約、そして児童の権利の行使に関するヨーロッパ条約<sup>8)</sup>の存在を指摘することもできるが、本稿においては、日本法との比較の見地から児童の権利条約に焦点を絞って検討を行う。

第二に、子の権利主体性を考察する上で、これを強化していく方向性の背景として、憲法理念との検討が詳細になされていることが挙げられる。現在の日本では、憲法と私法との関係についての考察が十分に成熟している状況には未だないといえる<sup>9)</sup>。しかし、私法においても国家、社会において尊重されるべき基本権が根底で支えているからこそ、その役割を果たしているといえる。人間が家族を形成し、生活する上で根幹となる憲法13条の幸福追求権に基づく自己決定権は、人間が生を受けてより人格形成をしていくために必要不可欠の権利であり、自らの意見及び利益を主張できることは、最も基本的な権利といえよう<sup>10)</sup>。この憲法上保障された権利を子が手続の中で主張する上で、事件本人である子の発話能力・自己表現力等に左右される形で司法が子の福祉の名の下で介入し、子の真意が調査結果に基づく推測の上での他者決定に委ねられてしまう状況を鑑みると、憲法上保障されなければならない子の法的地位を根幹におきつつ、子の自己決定権を尊重する形での紛争解決の方向性を再検討する必要性が、今の家庭裁判所にはあるのではないかと考える。

第三に、ドイツでは、日本の家庭裁判所のように家裁調査官が裁判所における福祉機能を取りわけ一身に担う形で子の福祉を探求するのではなく、裁判所外の公的な専門福祉機関及び民間組織が協力しあい、その福祉機能と家庭裁判所が担う司法機能とを有機的に連携することによって、子の福祉を実現させる形態をとっていることが挙げられる<sup>11)</sup>。つまり、ドイツにおいては、子の福祉に適った紛争解決のために司法と福祉がその専門性につき協働しているといえる。裁判所組織の内部に家裁調査官制度を持つ日

本と、それを持たないドイツとを同列に比較検討することは難しいが、私見としては、子の福祉の実現方法の一つとして、司法機関の内部に福祉機関を併設し運用することで相対する二重の機能を同時に担うよりも、司法的機能と福祉の機能を分掌した上で両者の有機的な連携が必要であると考えており、この論証のためにドイツの家裁制度を検討することは有意義であると考えられるためである。

第四に、日本においては、今までにドイツ法における手続保護人制度の詳細についてはまだ十分に紹介されていない<sup>12)</sup>。児童の権利条約を批准した当時には盛んに議論されていた意見表明権についても公表される論文は条約批准時に比べて数少なく、当時の総論的作業から具体的な課題の検討が残されたままであり、それに対して比較法的アプローチをするものも数少ない<sup>13)</sup>。その意味でも、今一度、児童の権利条約が目指す子の権利主体性の保障の見地から、子の意見聴取をはじめとする手続参加規定を見直す必要もあると思われる。

以上の四点から、本稿の焦点とする「子の主体的手続参加の保障」について、権利条約の理念を真摯に受け止めたドイツの法制度と比較検討することに意義があるものと考えられる。

以下、まず日本法の現状と課題を整理した上で、ドイツにおいて子の権利に関する論議がどのように展開し、子の手続参加が必要と認識されるに至ったかを踏まえつつ、その実体としてドイツの家庭裁判所が、子の身上利益に関わる手続の中で、主体的な手続参加を如何なる形で子自身に対して保障しているかを検討する。具体的には、FGG（非訟事件手続法）における子の意思の尊重規範及び子の手続参加の保障に関して、FGG50条bに規定された子の意見聴取義務を、次に1997年親子関係法改正法の中で新設された手続保護人、いわゆる「子の弁護士」の制度を重点的にとりあげる。また、若干ではあるが、家庭裁判所における家事事件処理とそれを補助する裁判所外の諸機関との関係にも触れつつ、その場面ごとに応じて如何に子の参加権の保障を具体的に思案しているかについても言及する。

なお、現在ドイツにおいて、現行の家事事件手続法の分かりにくさ、一部の条文における調整及び修正の必要性、1997年改正法により創設された、いわゆる「大きな家庭裁判所」による権限拡大に関する問題の解決を目指して、家事事件及び非訟事件手続に関する改正の動きがあり<sup>14)</sup>、2005年6月には、家事事件及び非訟事件手続の改正に関する法律の研究報告草案が各州等に送付されている。

この改正法案においては、親子関係事件の概念が新たに定義付けされている。この概念は、今後、未成年者の身上配慮及び財産配慮、または代理についての責任に関するあらゆる手続を包含する。あくまでも、子がいる夫婦の離婚に関連する様々な問題の内の周辺事項の一つとして捉えるのではなく、子の身上配慮、財産配慮等に関する問題は、親子関係事件として独立した問題として捉えていることに注目しなければならない。この草案における親子関係事件の概念には、子及び子の福祉が手続の中核にあるという視点が強調されているのである<sup>15)</sup>。この家事事件及び非訟事件手続に関する改正点についての詳細(主に親子関係事件に特化する)は、起草理由の一つに手続保護人の職務の緊急な明確化の必要があるように<sup>16)</sup>、手続保護人制度とも関連する部分があり、第4章以下にて紹介しつつ検討したいと思う。

## 第1章 日本の現状分析

### 第1節 法制度の不備

子の意思に関する日本の現行法体系に不備がないとは考え難い。民法1条の3に基づき、出生によって子が権利享有主体として認められても、私的自治の原則の下で、その自律的行使については能力概念による制約があるために、民法上、子は社会生活上、経済的・精神的に未熟であるとの考えに基づく法体系をとっており<sup>17)</sup>、心身の発達において段階的に形成された子の意思を尊重する規定が見受けられるのは、満15歳以上の子を対象と

する幾つかの規定だけである<sup>18)</sup>。実体法上、子自身には自分に関わる重要な身分行為について決定権や申立権がない場合が多い。さらに、親は子の身上に関わる問題解決の際に、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。子自身の意思は、発達について段階的な自立へと向かう重要な要素であるにもかかわらず、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、子の財産管理及び代表について、その子の行為を目的とする債務が生ずべき場合に子本人の同意を要するとした民法824条ただし書のみである。

協議離婚の際に親同士の間で離婚意思が合致しており、離婚成立の実質的要件は満たしたとしても、戸籍法に定める届出(第764条による第739条の準用。以下、離婚届と表記)という形式的要件を満たさないと協議離婚は成立しない。離婚届記載の必要事項に「離婚後の子の親権者」があるが、親同士が自己の利益を貫徹するために、例えば、「お父さんとお母さんと、どっちと一緒に暮らしたいか<sup>19)</sup>」という形で子に尋ねることさえありうる。このような二者択一的な質問は、子の自由な意思表示を阻害する素因を潜在的に有しており、子の利益と大人の利益とを同等に考慮した上での解決を目指すものではない。さらに、親権者指定に関して最終的に結論が出ずとも、あたかも協議が成立したかのように離婚届を記載し、そのまま戸籍事務管掌者によって受理されてしまえば協議離婚が有効に成立してしまうのである<sup>20)</sup>。このような大人主導の解決の中に、子を個人として尊重する要素は、皆無といってよい。

親当事者間で協議不成立となり、調停や審判等、家庭裁判所へと手続が係属した場合には、親権者・監護者の指定・変更や子の監護に関する処分を対象とする審判において、家事審判規則(以下、家審規と省略)第54、70、72条が、満15歳以上の子の意見聴取義務を家裁に課している<sup>21)</sup>。家審規第54条は、単なる訓示規定ではなく、家審規第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。しかし、子が陳述不能である場合には、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されている<sup>22)</sup>。

しかし、たとえ事件本人の子が15歳未満であったとしても、子の意思を考慮し、子の利益を保護しようという趣旨から<sup>23)</sup>、15歳未満の子の意見聴取義務が当然に必要なではなくなるとされず、実務上は、家裁調査官による意向調査が行われている<sup>24)</sup>。そして、家裁における子の意思の考慮は、「子の福祉の判断のための一切の事情」として一つの判断基準とされている。

家事事件における子の意思の把握方法については、調査官による調査・審問等の方法が認められており、特に子の年齢に応じた配慮の下で専門的手法に従って行われる<sup>25)</sup>。例えば、乳幼児期の子の意向調査については、調査官の調査に基づく子の合理的意思の推測がなされている。調査官との言語コミュニケーションが困難であるために、日常生活レベルの事実調査から子の監護の現状に関する要因、発達状況、表情、動作等から心理的判断がなされるのである。また、言語能力が豊かになる幼年期の子の調査においては、自然な環境の中で日常的話題の中から子の願望を読みとり、或いは心理テストの活用等も行われる。小学生の子に対しては幼年期の子と同様に、精神的部分への配慮の下で意向調査を行うが、時には、はっきりとその子自身の意向を聞いた方が良い場合もあるという。また、中学生以上ともなると原則として意向調査を行い、子自身の意思表明に従う部分が大きいという<sup>26)</sup>。若林昌子教授(当時、横浜家裁判事)によれば、発達段階に応じた子の意思の把握のために、年少児(10歳未満)、年中児(10歳から14歳)年長児(15歳以上)という形で年齢による類型化を行っており、幼稚園児、小学校3年生、6年生、中学校3年生それぞれの年齢における具体的な親権者変更事件との比較考察から、年少児においては子の監護の実体、子の心身の成長状態の把握のため調査官の調査が適切であり、一方



で年中児の場合は自ら意思を明確に持っているため、子の意思の解釈問題が生じるため、関与者の適切な配慮が必要と論じている<sup>27)</sup>。

一見すれば、子の意思は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<sup>28)</sup>、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ているために、調査官に対して命令を発する裁判官が子の意思を尊重する性質の人物であるかどうかといった人的側面に左右されることも払拭できない。家審規第7条の2に基づき、裁判官から子の意向調査命令が出されて初めて、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を執ることができるわけである<sup>29)</sup>。この事から鑑みて、手続内における子の意思の尊重が十分に図られているとは言い難い。家事事件における子の意思の尊重とともに、裁判所手続外における子の意思の尊重も考える必要がある。家裁では調査官による意向調査がなされるとしても、協議離婚の際には、親同士の見解対立が存在してもその中で子自身が自らの利益を自分の口で発することは心理的葛藤などの諸要素から難しいと思われ、さらに現行の親権法において子の意思を斟酌する規定が存在しないことから、十分に子の意思を尊重せずに紛争解決をすることが容易に可能であるからである。

このように、子が裁判所手続の内外を問わずに自己の意思を自由に表明することができ、自己の主観的利益を十分に擁護できる形で法体系が整備されているとは言い難いのが現状である。

その中でもとりわけ、手続法的側面からのアプローチが不十分であるといえる。現行法における子の意見聴取義務のみでは、必ずしも、子の権利擁護を十分に果たし難しい場合も現に存在するからである。例えば、具体的事例の一つとして、審判前の保全処分として祖母を子の監護者と指定し仮の引渡しを認めた福岡高裁の事例が挙げられる<sup>30)</sup>。この事件では、第一審の裁判官が親権を重視して子の意向に対応できていないのに対し、第二審

の裁判官は直接子に会って子の意向を切に受け止めた上で判断をしていると評価できる。この事件は性的虐待のケースであったために調査官が聞いても一時保護中の児童相談所の職員が聞いたときも子は何も語らず、精神科医との継続したカウンセリングの中で信頼関係を築いた上で初めて口にしている。また、事件本人である小5の姉が児童相談所を脱走し駆け込んだ弁護士の尽力もあって、祖母を姉の監護者として指定するに至っている。小5ともなれば祖母の家庭と父母の家庭とどちらが自分にとって必要であるかを判断する能力もあると考えられるが、このように、現行法制度では必ずしも子の意思を十分に受け止められる状況にはなく、意思を反映する手段として、様々な専門的視野の下で子の意思を代弁する手続等が欠かせないものと思われる。これに関して、ドイツ法の手続保護人制度には、子との信頼関係を築き専門的手法に従って、子の意見を手続の中で代弁し、子の権利擁護を図るという意味において、日本法へ示唆する点が含まれている。

## 第2節 児童の権利条約への消極的対応

子の意思尊重に関する法整備が不十分であるにもかかわらず、日本政府は、児童の権利条約の掲げる理念に対して消極的な対応しかしていない。この条約は、子の権利の国際的保障の共通基準であり、子の生存と発達を権利として保障している。その前文においては、子が発達する個人として尊重する存在であることを記し、6条で生存及び発達の最大限の確保を保障している。その発達・人格形成に関わる子本人の主観的利益を3条において、子に関わる措置を執るにあたる国などの機関が子の最善の利益を主要要素として考慮する必要を設け、さらに5条において子を権利行使の主体であることを認め、その権利の具体的内容として、12条の意見表明権や13条以下の市民的自由を規定している。

12条の意見表明権によると、国は自己の意見を形成する能力のある子に対して自由に意見を表明する権利を確保し、その意見は年齢・成熟度に従

い考慮され、このために子には、司法上・行政上の手続において国内法の手続規則と合致する方法で直接または代理人や団体等を通ずる形で聴聞の機会が与えられる。家事事件において子が意見聴取される場合には年齢的要件、そして表明された意見の考慮の程度の問題が存在するが、12条の規定にもこの解決方向を導く要素が含まれている。同条1項は、自己の意見を形成する能力を持つ子が主体的に意見表明できる権利を保障し、2項は1項の能力の有無を問わず全ての子が手続上聴聞される権利を規定している。そして意見の評価方法については1項の場合は、「年齢及び成熟度に従って相応に考慮」され、2項の場合には特段の言及は記されていない。子の意見表明権の構造において、主に1項で子の権利行使主体性の承認を保障し(手続内においては2項とも重複)、主に2項で子の最善の利益の判定に際しての子自身の主観的利益の尊重を保障していると捉えることができる<sup>31)</sup>。この考え方からすれば、子に対する手続保障が不可欠なものだといえる。

しかし、日本政府はこの条約の批准に際して、条約の規定が憲法を始めとした既存の国内法令で既に保障されているため、条約の実施に対し新たな法整備の必要性がないとの結論に達している<sup>32)</sup>。国会審議において、実体法と手続法の両側面からも子の意見表明権に関する条約理念の受容の問題が取り上げられ、子の意見表明権に関する実体法上の問題としては、協議離婚時における親権者指定や親権喪失時における子の意見表明権の確保の必要性が国会審議の中で掲げられたが<sup>33)</sup>、これに対する政府答弁は、子は親の協議離婚時に一方の親を通じて親権者指定に関する意見表明することができ、一方、家裁の審判時においても一方の親を通じて意見表明することができる上、職権調査による意見聴取の機会の保障(家審規7条、7条の2)と利害関係人としての手続参加(同14条)が規定されているために、条約12条の要請は満たされていると判断している。手続法においても、同じ理由から子の意見表明権が確保されているとする<sup>34)</sup>。しかし、意見聴取の機会自体が保障されても、表明された子の意思が手続の中で適切に考

慮されるかどうかの次元の問題が残される。また、子の意見聴取の他、利害関係人としての手続参加も認められるといえど、その規定も実質としては、それほど子の意思の尊重に資するものとは言い難いとされる<sup>35)</sup>。

その後の1996年政府第1回報告では、4条に掲げる国内法及び国内実施と条約の諸規定の調和を図る立法措置<sup>36)</sup>において国内法制度との整合性を確保する必要があるとしつつも、権利条約の内容の多くは、1979年に締結している経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約ならびに市民的及び政治的権利に関する国際規約に規定されており、また憲法を始めとした国内法制によって保障されている以上、条約の批准にあたって国内法改正、また新しい国内立法措置は行っていないとする<sup>37)</sup>。意見表明権に関しては、司法上の手続において一般的に自己の意見を述べる機会が保障されているとし、家事事件における事項について満15歳以上の子の意見聴取を述べた上で意見表明の機会は保障されているとする<sup>38)</sup>。

2001年に日本政府は第2回報告書<sup>39)</sup>の中で各分野の記述も詳細に報じている一方で、なおも意見表明権の国内法への受容について多くを取り上げてはいない<sup>40)</sup>。このように、子の意見表明権に関する12条に対する国内法の立法措置の必要性を特段に述べていない消極的姿勢からも、児童の権利条約への対応如何が家裁における子の意見の尊重、十分な子の手続参加の保障には現状では結びついてはいないと考えられよう。

このような日本政府の対応に対し、児童の権利委員会は、条約44条に基づき締約国から提出された報告の審査をした上で、総括所見として2004年2月26日の最終見解の中で、一般原則たる児童の意見の尊重に関し、「……児童に対する社会の旧来の態度によって、彼らの意見の尊重が家庭、学校、その他の施設、そして社会全体において制限されている点について懸念する」とし、条約12条に鑑みて「児童の意見の尊重を促進し、家庭、裁判所、行政組織、施設及び学校において、児童に影響を及ぼす全ての事項や政策策定への児童の参加を円滑にすること、又、児童がこの権利を認識するよう確保すること」と勧告をしている<sup>41)</sup>。

子が心身共に発達し、自律した大人へと成長する過程で、親や社会による保護が必要となることは自明の理ではあるが、子の意思が一人格として十分考慮されることもなく、大人の意思の陰に潜められ、子の権利主体性が脅かされることの無い状況を創設することが、権利条約の締約国である日本の責務であり、この是正勧告への誠実な対応が求められよう。権利条約の批准に伴い、子の権利主体性に関する多くの論議の集積を踏まえて、子の手続保障をより充実したものにしたドイツ法は、更なる子の権利主体性の確保へ向けた日本法の改革の必要性について示唆を含む轍となると考える。

## 第 2 章 FGG (非訟事件手続法) における子の意見聴取

### 第 1 節「子の権利主体性」前史

ドイツでは1979年の新配慮法改正以前において、親権の法的性質は次のように述べられていた。「親権は支配権のカテゴリーに属する。したがって、例えば所有権と同じカテゴリーに入る。子は親の主観的法 [すなわち権利] の対象である。」と<sup>42)</sup>。しかし時代を経るごとに、親権の性質が子に対する親の支配ではなく子のための配慮であることと、子の権利主体性の重要性が次第に認識されていった。その中で親子法における様々な改正の必要性の根幹に、基本法上の要請や児童の権利条約の国内法への受容が合ったことは否定できない事実であろう。

ドイツにおいては、17, 18世紀には既に、家庭内における子の法的地位の強化に関する兆しがあったとされる。そこでは、親子関係の契約理論的解釈を基礎に、多くの自然法論者によって、子は親と同等のレベルへと向かっていく自由な個人として認識されていた<sup>43)</sup>。

この契約理論の引き合いに出される親子関係について、グロティウス (Hugo Grotius) は、親子間の権利関係を子の判断力の成熟度に応じて三段階に区別している<sup>44)</sup>。第一段階は、自ら判断する能力が未だないために、

親の権利に子が服する段階であり、第二段階は、既に判断力が成熟しているが、親家族の下で未だ生活するという点に特徴的な段階、そして第三段階は、子が完全に自立する段階である。このグロティウスによる子の段階的発達と能力の関係性と親子関係の理論に対して、その後、プ・フェンドルフ(Samuel Pfendorf)は、子は、親権について黙示による服従契約を親子間で締結していると述べた<sup>45)</sup>。この親子間の黙示による仮の服従契約理論は、親権を正当化する形で用いられていた<sup>46)</sup>。つまり、子は幼少期において自己決定能力が不足しているために、子が親による教育と世話を必要とする段階においては、この契約によって親にはその限りで子に関する教育権が認められるとされていたのである。子は、自らに対する教育に関する「契約当事者」として、「独自の権利を有する権利主体」つまり「親と根本的に同じ一人の人間」として親と向き合い、教育目的にのみ応じて自由が制限されると考えている<sup>47)</sup>。

親子関係に関する契約理論の構造は、教育学上の視点から肯定され、支持されている。なぜなら、この構造は子の要求に沿ったかたちで子の能力と可能性に方向付けられ、可能な限り圧力の無い教育の実現に資するからである<sup>48)</sup>。このように、子の権利の論議は、まず教育学的見地から発達していったのであり、この教育学原理が、20世紀における子の権利論議の発展に重大な寄与をしている。また、このような子の発達に対する教育学的理解は、例えば BGB1626条2項に代表されるように、親の配慮の問題において自立へ向けた子の能力の増大を考慮するように規定され<sup>49)</sup>、脈々と現在においても生きている。

「子ども主体」の理念への転換について、次の格言が、子の人格権の理解と、従来から「保護の客体」とされてきた子ども観を飛躍的に進歩させるものであったことを示している。それは、「我々は存在し成長しつつある人間であり、子もまた同じである。」というものである<sup>50)</sup>。この格言は、一見すれば、全く自明であると思われるかもしれないが、一人の人間としての子の人格権、子の自己決定権を大人と同様に尊重する上で非常に重要、

かつ根本的な考え方を提示している。20世紀初頭には、この教育学的見地から教育についての子の権利の必要性が認識されるに至り、教育学的変遷の法化として、1922年にはライヒ少年福祉法(RJWG: Reichsjugendwohlfahrtsgesetz)が制定された<sup>51)</sup>。この教育に対する子の権利は、具体的な権利行使について「そもそも可能であるか」、「どのように行使できるか」という問題と密接に関連しており、子が自己決定に基づいて自己の人格を発達形成することを子に対して保障しないということは、教育を求め、それを享受する側にある子自身の視点が排除され、教育に対する介入及び強制措置の権限の根拠を国家に全て委ねてしまいかねない危険性を内包するものだと考えられていた<sup>52)</sup>。

しかし、前述のように従来の家族法の領域において子の権利主体性は、親権が有する親の所有権的観念の背後に隠れ、認められていなかった。こうした状況の中で、「子の福祉」という指導原理の下に、子の権利主体性と個々の事項に対する子の意思及び要求の適切な考慮が必要とされ、連邦憲法裁判所の判断も子の権利論議の道程を考慮するようになった。

基本法(GG)6条3項によれば、親が故障(Versagen)状態にあるときは教育権者の意思に反して家族分離することが可能であるが、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に基づいて養子縁組のための親の同意を補充することについて定めた1961年8月11日の家族法改正法(BGBI.I.S.1221)によるBGB1743条3項が、子の監護及び教育に関する親の自然権を定めたGG6条2項において合憲かどうかの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日判決の中で、親権の性質に関する基本的判断を打ち出している<sup>53)</sup>。そして、連邦憲法裁判所は、GG6条2項2文に定めた親の自然権行使に対する国家の監視局と子の保護の必要性に関する論点の中で、その判断基準をGG1条1項<sup>54)</sup>、2条1項<sup>55)</sup>に依拠した上で、子を「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」として認めた<sup>56)</sup>。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、従来からの子に対する親の支配権的な親権の性質に対してははっきりと拒絶されたといえよう。ただし、この1968年の連邦憲法裁判所の判決が下される以前より、親権の支配権的性格からの脱却の方向性、及び子の権利主体性の承認を指摘する動向があったことは言うまでもない。つまり、「全ての人間が、[したがって]子もまた権利の主体であり、そして権利の主体は、たとえ部分的にせよ権利の客体と見なされてはならない」と考えられていたのである<sup>57)</sup>。このように、子を一人の権利主体と捉える価値観を受けて1979年には新配慮法が制定され、子の利益を中心とした「親の配慮」へと親権の基本的体系から根本的に修正するに至ったのである。

## 第2節 職権探知主義と子の意見聴取

### 1 条文上の根拠とその趣旨

日本法において家事審判規則が子の意見聴取義務を定めているように、ドイツにおいても同様に、それは FGG50条 b において定められている。1979年の新配慮法によって FGG50条 a から50条 d までが定められ、その中で、子と被後見人の意見聴取に関する裁判所の義務が設けられた<sup>58)</sup>。この意見聴取義務の導入に際して、連邦政府は、親の配慮に関する事件の裁判の中で、裁判所に当事者に対する直接的な印象を獲得させ、それを当事者自身から言葉で表現させることが重要だと判断した。配慮権に関する裁判の際に、子の意思や親との心理的な結びつきを強く考慮し、子が成長に伴って段階的に増幅する自己責任性に対して一層の重要性を持たせることを、裁判所に対して求めていたのである<sup>59)</sup>。当初、子の意見聴取については若干ながら旧 BGB1695条 2 項、1779条 3 項 3 文、1887条 3 項 1 文の中で個別的に設けられていたものであるが、「子と直接に接触 (mit dem Kind persönlich Fülung nehmen) する」という表現は正確な表現ではなく、裁判基準としての重要性を考慮していないとの理由から<sup>60)</sup>、FGG において新しく主要規定として統合、整備し、明確な要件を定めたのである。そ



れは、以下の通りである<sup>61)</sup>。

【FGG50条 b】(仮訳)

第1項 裁判所は、身上配慮または財産配慮に関する手続において、子の性向、結びつき(Bindungen)<sup>62)</sup>、もしくは意思が裁判上重要であるとき、または裁判所が事実関係の確認のために子から直接に印象を得ることが適切であると思われるときには、子を直接に(persönlich<sup>63)</sup>)意見聴取する。

第2項 子が満14歳以上で、かつ行為無能力でないときは、裁判所は、身上配慮に関する手続において、子から常に直接に意見聴取する。財産法上の諸事務において、それが事務の性質上適切であると思われるときは、子は、直接に意見を聴取されなければならない。意見聴取のときに、子の発達または教育上、不利益が生じるおそれがないときに限り、子は、適切な方法で手続の対象と生じ得る結果が知らされなければならない；子には、意見表明のための機会が与えられなければならない。

第3項 第1項及び第2項1文の場合に、裁判所は、重大な理由があるときに限り、意見聴取を排除することができる。遅滞の危険のためのみ意見聴取が行われなかったときは、遅滞なく意見聴取が補充されなければならない。

第4項 第1項から第3項までの規定は、被後見人について準用する。

この意見聴取は、家庭裁判所と後見裁判所において同じ形で行われるが、本稿において主に対象とする管轄裁判所は、特段の断りがない限り、家庭裁判所を指す<sup>64)</sup>。日本のように家裁調査官に相応する専門職種の方がドイツでは制度上存在しないために、基本的に裁判官自身が直接に子の意見聴取を行うこととなっており、専門鑑定が必要となるときには専門家を招聘する形となっている<sup>65)</sup>。なお、ドイツ家庭裁判所における子の意見聴取義

務は徹底されているとの報告がなされている。ハンブルグ州の裁判所及び関係機関を訪問し、児童虐待問題に対する家事事件の実状を紹介している佐藤和英調査官は、母親から身体的虐待を受けた4才の女兒に対する審問を傍聴する機会を得、FGG50条bに基づく裁判官による子の意見聴取は徹底されており、低年齢の子に対しても意向聴取や事実確認を行っている<sup>66)</sup>と報告している<sup>66)</sup>。

## 2 意見聴取の方法

事件本人である子が手続に参加できるように、意見聴取の方法は、文言の通り、直接の意見聴取、つまり、裁判官による事件本人である子との口頭による意見聴取が原則となる<sup>67)</sup>。口頭による直接的意見聴取の義務は、子が十分に文書化して表現できないこと、書面での意見聴取の際には親による影響の危険が特に大きいということへの考慮、加えて、裁判所が個人的意見聴取によって獲得できる印象に大きな意義があるということに基づいている<sup>68)</sup>。そして、子に対する直接的意見聴取は、原則として事実関係の解明の措置であると位置づけられている<sup>69)</sup>。つまり、子の福祉の判断のために必要な事実関係の解明について、FGG50条bは、一般規定である職権探知主義(FGG12条<sup>70)</sup>)を子の意見聴取に関連して具体化していると解されているのである<sup>71)</sup>。

1979年新配憲法の法案可決後の間もない1980年11月5日、連邦憲法裁判所は、児童ならびに少年の主体的地位と個人としての自立の尊重を認める流れに首尾一貫する形で、未成年者の直接的意見聴取に関する法規定を子の主体的地位の尊重の顕れとして明確に認めている。この判決の中では、親の配慮に関する決定について、子の意見聴取規定は、子の福祉に一致できる限り、子の意思を尊重しなければならないという憲法上の要請に適用のものであると指摘している<sup>72)</sup>。ただし、子の意見聴取が具体的な個々の事案の中でどのように実施されるかという意見聴取の手法については、具体的な事件毎の裁判所の決定権限にあるとしている。

子の意見聴取は、二つの目的方向性を有するとされている。一つは、身上配慮または財産配慮のあらゆる決定に対する「子の福祉」という指針は、子のためのものであるからこそ、意見聴取は裁判所が適切な判断をする際に、どのような調整が子の福祉に最も適うかについての基本的な判断材料であるという考え方である。この方向性は、日本において子の意見聴取を「子の福祉の判断のための一切の事件」として一判断基準として捉える考え方と相似する。

もう一つは、子の意見聴取が手続に関する子の基本権（GG103条1項における法的審問を求める権利<sup>73)</sup>）に基づく配慮権手続への子の参加手段であるという考え方であり<sup>74)</sup>、第2項2文にそれが体现されている。これを補足すると、子の意見聴取そのものが手続領域において自己の権利と利益の自己決定的擁護を求める人権を具体化している GG103条1項における法的審問請求権の基本権的保障を指している。この法的審問とは、「原則として決定の前に事件について事実や法の観点から発言することができる」ことである<sup>75)</sup>。本規定における「裁判所」とは、全ての裁判所、全ての審級、全ての裁判手続を含むために<sup>76)</sup>、当然に、家庭裁判所や後見裁判所においても対象となり、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、この基本権同様の権利を有する。この裁判所における法的審問請求権について、連邦憲法裁判所は、「……裁判の事実関係の解明に寄与するのみならず、人間の尊厳に敬意を払うものでもある。すなわち人は、訴訟においてよく見られるような重大な事態において事実や法についての議論を主張する機会を与えられなければならない<sup>77)</sup>」と判断している。この法的審問の実現過程には、三つの段階があり、それぞれ「i) 情報を与えられる権利、ii) 発言する権利、iii) 考慮される権利」の保障が挙げられる<sup>78)</sup>。裁判における前提として当事者に訴訟資料に関する完全な情報が与えられ、裁判所の中でその判決のために何が問題とされているかが認識できることを法的審問が考えているために<sup>79)</sup>、一人の人間として法的審問請求権を有する子についても、その子の発達の段

階に対応した形で、手続の対象と生じ得る結果を通知する必要性があることを50条b2項2文の中で明示しており、発言の機会を保障している。以上のように、子の意見聴取が法的審問の承認の目的を有していると考えられているのである。このような基本権的発想から子の意見聴取の目的方向性を捉える考え方は、日本の家裁実務において一層必要とされる視点であろう。

この双方の目的を踏まえた上で、子の意見聴取の性質を考慮しなければならない<sup>80)</sup>。この見地から、50条b2項3文は、子の発達上、教育上何らかの不利益が生ずる危険が生じない限りで、手続の対象と起こり得る手続の結果について、適切な方法で子に情報を与え、意見表明する機会を与えなければならないと定め、表明された子の意思を適切に考慮しなければならないと捉えられているのであり、この条文の存在が、子の法的審問の保障に寄与しているのである<sup>81)</sup>。

他方で、以下のような動きがドイツ国内において見受けられることを追記しておく。1997年改正法の後も、このFGG50条bによる子の意見聴取義務は堅持されているが、家裁における離婚と離婚効果の結合審理を目指す「強制結合(Zwangsverbund)」の廃止<sup>82)</sup>が、この改正により打ち出されたこととの関連から、FGG50条bの適用範囲が弱まったという指摘である<sup>83)</sup>。つまり、離婚の効果である子の配慮等の事件は、父母の申立を待たずして家裁において審理されていたが、この強制結合の廃止に伴い、父母による配慮権調整の申立があったときに初めて、事件本人である子の意見聴取が行われるようになったとの指摘である。あくまでも強制結合の廃止の趣旨が、離婚後の親の配慮の形態を父母に委ねる、つまり、当事者である父母自身による自主的解決の促進を図ることにある点にのみ注目すれば、私的解決の促進という点から評価できるものの、父母の申立が行われない場合には、子の意見聴取の実施、つまり子の手続参加の可能性自体が脅かされるために、この批判は当を得ていると考えられよう<sup>84)</sup>。すなわち、自主的解決における子の意思の尊重を如何に図るかという新たな手続的課題

が浮上していると推察することができる。

### 3 子の年齢との関係

50条bは、構造上、子の意見聴取の基本的要件として年齢設定と行為能力の有無を課している。つまり、1項2文に見られる14歳未満の子の意見聴取と、2項に定める14歳以上の制限行為能力者である子の意見聴取とを区別して定めているのである。1項と2項の関係において、子の意見聴取は、2項における14才以上という年齢基準及び行為能力の有無が問題とならない限り、1項によって意見聴取が行われる。つまり、この1項に基づく子の意見聴取の主な適用範囲は、2項のような年齢基準も行為能力の有無も考慮することがないため、14歳未満のあらゆる子が対象とされる。意見聴取の要件によれば、2項は身上配慮、財産配慮に関わるあらゆる手続において考慮されなければならないとされているが、身上配慮に関する手続においては、まず1項が適用されると捉えられている<sup>85)</sup>。子の福祉に適った裁判をするために、裁判所は、子の意思を尊重する形で、その性向や心理的結びつき等を子から直接に口頭による意見聴取を行うわけだが、子がある一定の年齢に達しているときには自らの力でそれらを表明できるものの、乳幼児のような低年齢の子の場合にはそれが困難であるために、意見聴取の対象となる子の年齢区分をどう捉えるかについても、ドイツでも大きな問題とされている。そのために、当該配慮権手続の事件本人たる子が乳幼児であった場合に1項を適用するには十分な配慮が必要となるのである。

1項は、意見聴取に対する確固たる年齢規定を設けていないために、幼児も一般的に意見聴取の対象とされ、多くの判例からは、BGB1632条、1634条、1671条、1696条等の配慮権手続の中で、3歳児についても意見聴取の実施を予定していると判断できる<sup>86)</sup>。親の配慮の調整に関する親同士の合意があり、少年局の判断とそれが一致している場合であっても、基本的には、子自身による意思表示が重要となる。子が低年齢であっても子の

意思尊重と事実関係解明のため子の意見聴取を可能な限り行うことから、意見聴取される子の年齢の基準は設定し難く、ただ子の福祉に適う手続の一環として意見聴取を行うことに伴う精神的・肉体的負担を与えないという配慮に基づき、３項に基づく重大な理由からの意見聴取の排除が必要かどうかという問題だけが生じるのである<sup>87)</sup>。そして裁判所は、意見聴取実施の際に子が不利益を受けるかどうかを確認しなければならず、場合によっては少年局のソーシャルワークや心理鑑定の照会等を用いて、子の精神的バランスや健康状態への配慮を促すのである。一方で６歳児ともなると、直接的意見聴取は通常、重大な判断材料であると考えられるために、原則として意見聴取は行われる<sup>88)</sup>。それに対して命じられた意見聴取が行われない場合には、抗告可能な決定の取消、家裁への差戻しとなり得る手続上の瑕疵であるとされる<sup>89)</sup>。ただし、２歳の乳幼児を意見聴取しないことは、子の福祉の原則からすれば、必ずしも手続上の瑕疵とはならないとされる<sup>90)</sup>。

意見聴取の実施について、裁判官自身による事件本人である子との口頭による意見聴取が原則となることから、まずは裁判官が、意見聴取の際に、子の側から詳しく子自身を見るという認識手段の側面が要求される。このことによって、子の栄養状態や健康状態、そして精神的感情に関する認識をすることが可能となるのである。その際には、意見聴取が子にとって日常とは違った状況を意味することを考慮し、万が一の場合には意見聴取によって嫌悪感を生じさせるかもしれないが、子の性向、当事者との心理的關係について子から直接的印象を裁判所が獲得するという意見聴取の目的を達するために、裁判所は、子が自らの感情をできるだけ自然に表明できる状況に身を置けるように、意見聴取の方法を構成するように尽力せねばならない<sup>91)</sup>。また、意見聴取の方法として、少なくとも６歳から７歳以上の子の場合には心理判定テストが問題とされることから、専門鑑定の照会が必要となり得ることがある<sup>92)</sup>。子への負担にならないように意見聴取を行うことは裁判所の責務とされている。

なお、この意見聴取義務に対応する形で、FGG59条において14歳以上の子の抗告権の保障が定められている<sup>93)</sup>。つまり、手続の中で自らの意見を発し、それが適切に考慮されなかった場合には、法定代理人の協力なくとも、自らが抗告することが可能である。なお、この59条は、FGG63条における再抗告についても適用することができる。ただし、一方では、抗告権に対応する第一審における子の正式な申立権については認められないとされる<sup>94)</sup>。しかし、子に対して第一審の申立権を保障するという方向性は、基本権の担い手である子を承認することの強調であり、手続における子の権利主体性を確保するために重要な要素であると考えられる。

### 第3節 専門機関の関与と子の手続参加

日本においては、離婚に関わる子の監護者指定や監護に関する処分、親権者指定等の事項は紛争性があるために当事者の協議によって解決されるべきものとされ、性質上、家事調停に親しむものと位置づけられていることから、当事者は訴えを提起する前に調停の申立をしなければならない(家審18条)。この家事調停は、家事審判官1人及び家事調停委員2人以上から構成される調停委員会によって行われる(家審3条)。

しかし、事件本人の子自身の将来に関わる重大な事案の処理にも関わらず、家事調停の場において子の参加が積極的に保障されているとは言い難いのが現状である。

多くの家裁においては、子の意向調査は受命調査官による「個別面接」であるとされる。監護親や兄弟姉妹も個別に面接する形で事件本人である子と会話し、必要ならば補助的手段として家族画や箱庭等の心理テストを行う。これに対して、「同席調停」「合同面接」の必要性を唱える者もいる。合同面接は、調査官の同席の下で当事者を対席させて話し合わせ、当事者の関係に働きかける手法であり、「子どもが子どもなりに当事者として主体的に、父母の離婚の問題とか、それに伴う子ども自身の問題解決のために話し合いに参加できるように援助するというようなケースワーク活動」

である<sup>95)</sup>。この活用について調査官による事例研究も報告されてはいるが<sup>96)</sup>、子が話し合いの場に参加することへの精神的負担への配慮などから浸透しにくい状況にある。また、同席調停は、審判官及び調停委員、調査官や当事者、関係者が一同に調停の場に介してそれぞれの主張に基づく話し合いの糸口を作り、当事者の自主的な問題解決を図る調停手法であり、その調停の場で子ども同席し、本人の意思も汲み取った上で解決を図ることが可能である<sup>97)</sup>。しかし、あくまでも現在は別席調停が主流である。

家事調停手続への子の主体的参加についてドイツ法と比較しつつ論ずる上で、制度上の差異に配慮しなければならない。家裁調査官制度がないのは先に述べたが、日本のような家事審判官と家事調停員から成る調停委員会によって進められる家事調停制度も同様に、ドイツでは特段見受けられないのである。

ドイツにおいては、家族問題に関するメディエーション(Mediation)が行われている。裁判所外における紛争調整の方法としてのメディエーションとは、概念上、「紛争当事者の利益と必要性に適った紛争解決をお互いに探求する手続」であり、「手続の主体」である手続の利害関係人が、「双方が自明の事項と自分達を取り巻く関係性を考慮し」つつ、「共同して、自己責任に基づく解決を獲得する」ものとされる<sup>98)</sup>。そのために、メディエーターは、全当事者における中立的な第三者として、当事者主導の解決方法の探求に対する手続進行について責任を負い、専門的支援のための専門性が必要とされる<sup>99)</sup>。

ドイツにおけるメディエーションそのものの歴史は、日本よりも非常に浅い。日本では1947年公布の家事審判法と家事審判規則の定めに従い家事調停が生まれた一方で、ドイツにおけるメディエーションの萌芽は1980年代の初頭であり、家族メディエーションが実務の場面において専門化されるに至ったのは1990年代の初頭とされる<sup>100)</sup>。初めに、法社会学の領域から「法と紛争」、「選択的法形態と法を選択」というような問題が論議され、1981年7月にボン法務省が「民事司法における選択」に関する総括を公表



した。1982年以降に、ドイツ家庭裁判所会議やドイツ家族法フォーラム等のシンポジウムがブリュールにて行われ、アルンホルトシャイマー (Arnholdsheimer) 家庭裁判所会議、ならびにバートポール福音派学術院 (Evangelische Academie Bad Boll) の会議が、他の分野でも影響を及ぼす調停の特別な領域として家族メディエーションを取り扱った。その10年後の1992年には、家族メディエーションのための連邦研究共同体がバートポールで設立され、メディエーターとしての教育や実務および社会的認知のための方針を立てている<sup>101)</sup>。

日本のように裁判所内で裁判官を中心に調整機能を果たすこともドイツ家庭裁判所の手続においても存在するが<sup>102)</sup>、本稿では裁判所外の専門機関、つまり、少年局 (Jugendamt) と民間組織の関与に焦点を置くこととする。

日本においては、紛争調整の役割を担うのが第一に司法機関たる家庭裁判所である。しかし、その中で、専門補助機関としての家裁調査官が、心理学、教育学、社会学等の専門知識を用いて家事審判及び家事調停のために必要な事実調査を行いつつ、人間関係調整機能<sup>103)</sup>も発揮しなければならないという、重大な責務を一身に背負っている<sup>104)</sup>。いわば、子の福祉的紛争解決のために、必要な事実調査という司法機能と、当事者の自己決定に寄与する「心理的調整」や、社会福祉機関の協力を求めたり、家庭に赴き助言援助活動を行う「社会的調整」をすべて担うこととなる<sup>105)</sup>。一方で、裁判所外の紛争調整機能はというと、それほど大きいものではないのが現状である。家事事件の増加及び多様化が進む今日、その紛争処理のために家裁調査官の人数の増加、専門性の向上を図るだけではなく、ドイツの家庭裁判所のように司法機能を発揮する上で、この人間関係調整機能を様々な福祉的及び社会学的見地を有する裁判所外の専門家に委ね、公的児童福祉機関及び民間の福祉機関との連携を図るという、いわば権限分掌の観点に基づく、子の福祉の名の下での司法と福祉の協働という形態は、日本に大きな示唆を含むと考える。

## 1 少年局 (Jugendamt)

少年局とは、少年援助の実施及び監督に携わる行政官庁である。郡または郡に属さない大都市の各自治体がこれを設置することとされており、この上部機関を州少年局<sup>106)</sup>におく。少年局の運営及び少年援助の任務等については、若者の発達を促進することによって社会的正義の実現と社会安全保障に寄与する公法の一部たる社会法として位置づけられるKJHG(児童ならびに少年援助法)に定められている。少年局の運営に関しては、上位委員会として少年援助委員会があり(70条2項)、KJHG2条に掲げられる少年事業や教育援助等といった少年援助の任務<sup>107)</sup>全てについて関わり、また、若者及びその家族の問題状況の審議ならびに少年援助の促進のための提言及び少年援助計画、民間の援助団体の助成等(71条2項)も行っている<sup>108)</sup>。

ドイツにおける少年援助の基本理念は、簡略して大別すると、i)自己の能力を発達させる未成年者の権利の承認、ii)家族の教育的役割の優位、iii)補足性の原則(基本的に給付の受取人は子を養育する親であり、親援助法としての性質)、iv)介入よりも支援に重点をおく(遅滞による子の福祉の危殆化の際の施設収容、親子分離措置のみ)、v)個人情報の保護<sup>109)</sup>等を挙げることができる。

少年局は、GG6条3項2文に定められた親の監護教育権に対する国家の監視局の「目(Auge)」としての機能をもつと言われることがある<sup>110)</sup>。GG6条2項により親は自然権として子の監護教育権を有するが、その一方で公的少年援助には、GG7条に定められた学校とは対照的に、独自の教育権限が与えられていない。そのために、国家の監視機能が適切に果たされなければ、子の教育に関して排他的に身上配慮権者の自由裁量に委ねられることとなり、子の福祉を危殆化させてしまうことに繋がりがねない。そのために国家は適切に監視機能を稼働させるため子の福祉に対する知識を持ち、KJHG8条が、少年局に対して相談する児童ならびに少年の独立した権利を定めているのである<sup>111)</sup>。常時、子の福祉について監視し、相

談及び助言によって家庭を支援しつつ、子の福祉が危険に晒されているときには、親の配慮権に対する司法的介入を行う「剣」としての機能を有する家庭裁判所に対して介入を要請できる。これは、家庭裁判所との相互調和が求められている所以である。

つまり、この意味では少年局に求められる機能としては、「家庭支援機能」と「裁判所補助機能」の二つがあるとされる<sup>112)</sup>。前者は、とくに親の配慮権濫用の防止として、教育や夫婦関係ならびに別居等に関する相談がその機能を果たし、後者は、福祉と司法との架け橋として裁判手続に対する協力義務があげられる。家庭裁判所の手続については、KJHG50条の手続協力<sup>113)</sup>やFGG49a条の意見聴取<sup>114)</sup>等がある。少年局は、児童ならびに少年が渦中にある様々な裁判手続に協力することとされるが<sup>115)</sup>、手続協力の範囲を少年局自らが決定できるのではなく、法律上規定された範囲に限って、協力することができる<sup>116)</sup>。この裁判所協力義務は、少年援助の伝統的業務に属するとされている。

また、当事者解決の促進を目指して1997年改正法により導入されたFGG52条によれば<sup>117)</sup>、家庭裁判所は、子の身上に関する手続において、できるだけ早い段階で当事者の意見聴取を行い、当事者の合意形成を促進し、相談所の利用や少年援助の担い手による助言の可能性の存在を指示する義務がある(1項)<sup>118)</sup>。少年局が担う相談活動自体は非常に多岐にわたるが<sup>119)</sup>、家庭裁判所によるこの相談支援の指示としては、例えば、以下に述べる少年援助法18条の身上配慮行使に関する相談支援などが挙げられる<sup>120)</sup>。

少年援助法によれば、国家の監視局的役割である「目」としての機能を担う少年局には、独自の介入要件はないとされている<sup>121)</sup>。家庭裁判所だけが、BGB1666条に基づき、親の教育責任に対して介入することができる<sup>122)</sup>。遅滞によって子の福祉が危険に晒されてしまう場合に、少年局は、緊急一時保護(Inobhutnahme)と親子分離の措置を、身上配慮権者の同意なくとも、その意思に反してとることができる。身上配慮権者が少年局

の決定に同意しない場合には、少年局は、家庭裁判所に判断を請わねばならないとされる。BGB1666条における子の福祉の危険の場合について、家庭裁判所が「剣」の機能、つまり親権への介入を行うのに対し、少年局の役割としては、あくまでも子の福祉の危殆化に対する予防手段を図るものであり、親に対する給付として教育援助を行い、一方で虐待時等には抑圧的手段として親権への介入を行うとされている。

この少年援助法の一般規定である第8条の中で、「行政手続および家庭裁判所、後見裁判所ならびに行政裁判所の手続における自己の諸権利について適切な方法で教示されなければならない」として、公的少年援助の決定に関する重要な少年少女の参加権が規定されている<sup>123)</sup>。子が関わる裁判所手続において自己の諸権利に関する情報を教示する義務は、児童ならびに少年が、「ドイツ連邦共和国の法秩序により、基本権を含む独自の権利の担い手である」という事実を考慮して明文化されており、その他の点では、「人間が、自分独自の人生の主体として経験することを目指す<sup>124)</sup>」時宜に応じた、生活領域を方向付ける、少年援助(zeitgemäßen, lebensweltorientierten Jugendhilfe)の根本的理解にも相応するとしている<sup>125)</sup>。人間の尊厳の尊重という基本権から派生された子の参加の原理、つまり、自己に関わる決定への児童ならびに少年の参加は、第8回青少年報告書の中で、少年援助の中心的構造原則だと説明されていた<sup>126)</sup>。

少年援助の給付事項について、第16条以下に家庭内教育の助成が定められている。少年援助法に定められる給付の名宛人が、基本法により子の教育を第一に担う親である一方で、この家庭内教育の助成に関して、児童ならびに少年の適切な参加も明文で規定されている。

少年の参加権について例えば、KJHG17条2項が、父母の別居・離婚時、親の配慮権実行のための合意案作成支援について、少年の適切な参加を定めている<sup>127)</sup>。これによって子が適切に参加した中で作成された合意案は、裁判官の決定の基礎として役立つことも可能である。

さらに、1997年改正法による親及びその他の者との子の交流権

( Umgangsrecht ) 規定の創設に伴い、交流権の行使に関する助言と支援を少年局の任務として新たに設けているが、この交流権に関する助言支援についても子の参加権が保障されている。BGB1626条3項が子の福祉のための交流の必要性を言明しており<sup>128)</sup>、1684条に親子間の交流権を、1685条に祖父母及び兄弟姉妹等のその他の者と子との交流権の保障をそれぞれ規定しているが<sup>129)</sup>、この改正に伴い、これらの交流を子の権利と明示した上で、親の義務、権利であるとしている。従来、子との交流権を血縁に基づく親の自然権とする見解から<sup>130)</sup>、子の権利性が明文で認められるに至った<sup>131)</sup>。子独自の交流権を認める BGB1684条1項に依りて、その交流権の行使に際しては、KJHG18条3項が、児童ならびに少年は、助言と支援を求める権利を有し、交流について権利を有する者が子の福祉のために交流権を行使することについて支援することを定めている<sup>132)</sup>。また、親、その他の交流権者ならびに子を手元に置いている者についても、交流権の行使に際しての助言と支援を求める権利を有すると定めている。少年局は、子の個人的生活状況に関する情報を求める権限、交流接触の設定、裁判もしくは合意による交流の取決めの実行に関して、仲介や介添えを行うとされている。

交流権の行使について、通常は、交流権者たる親の一方は、交流調整のために裁判所に対して助言を求めるだろうが、子の権利主体性の見地からは、親双方に対して向けられる子の固有の交流権が、どのように主張され得るかが問題となる。

例えば、子の父親が交流を拒むときには、少年局は KJHG18条3項2文に基づき、父と接触を開始し、子の福祉のための交流権の意義について強く説明しなければならない。このような、親の一方が単独で配慮権を有し、かつ他の一方との交流を認める意思がない場合には、交流に関する子の要望のために保護人が選任されなければならないが、その多くが FGG50条に基づき手続保護人なのである<sup>133)</sup>。子は、裁判官が父と交流権を検討するように、FGG52条 a3 項に基づき、法定代理人を通じて仲裁手続を家裁に申

立てをすることができる。この交流に関する仲裁手続は、1997年の法改正により新設され、裁判費用も無料である。裁判所による交流調整は、FGG33条の強制方法により強制可能である。ただし、子が交流を望んでいない場合で交流権者が自らの交流権を行使しようとするときには、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<sup>134)</sup>)。

また、交流権の実現において子の福祉のために必要であるときには、親と子との交流の中で第三者の立会のもとでの実施、つまり BGB1684条 4項 3文に基づく、いわゆる「保護された交流 (beschützte Umgang)」の際に少年局の関与も予定している。例えば、親の一方による著しい虐待の疑いがあり、単独で交流することが難しいとされるときには<sup>135)</sup>、第三者として少年局職員の立会の中で面会するようなことが考えられよう<sup>136)</sup>。

このように、行政機関として公的少年援助の担い手を務める少年局は、司法機関である家庭裁判所と子の福祉の名において相互に連携し合い、親の監護教育権に対する国家の監視機能の「目」としての役割の中の一つである裁判所補助機能を果たしているのである。

## 2 民間の紛争調整機関

子の福祉の具体的実現のためには、司法機関である家裁と行政機関である少年局との司法と福祉間の連携が必要だが、そればかりで子の最善の利益が十分に図れるとは限らない。その少年局が担う少年援助を支える協力関係にあるのが、民間組織による任意的少年援助の存在である。そして、社会法上の少年援助活動とは別個に、当事者間の合意形成援助として家庭裁判所に求められる人間関係調整機能を担う裁判所外の紛争調整機関の存在がある。ドイツ法制度における特徴的な紛争調整機能は、少年局のように社会法上定められた支援機関の他に、家庭問題に関する様々な民間組織が関与、協働し合い、その中でも紛争解決の場への子の適切な参加を保障することにより、その機能を果たし、子の福祉を目指した紛争解決を図っ

ていることである。

少年援助法の発展の過程においては、中世に少年を対象とした貧民救済制度を創設した教会施設が改革の流れにより廃止され、都市議会や領主が貧民救済及び病人看護をととのえ、それと同時に診療所、無料学校や職業訓練校を運営するギルドのような連帯互助組織が発生した。当時、国家にとって少年援助は公安秩序的使命であり、少年を危険から未然に保護するため、また住民を彼等から守るために、貧民救済の矯正労役施設へ少年を収容していた。しかし、17世紀末に神学者であり教育者たるフランケ(August Hermann Francke)が、ハレヤザーレにて、孤児院や無料学校、伝道施設や療養所を構える私設財団を設立し、教育援助としての目的を実現させた<sup>137)</sup>。このような宗教的背景と教育援助に関する私的活動が、現在のドイツにも通じる公的少年援助と民間による任意的少年援助の協力関係の契機となっている<sup>138)</sup>。少年援助法によれば、公的青少年援助は、民間の少年援助と少年援助について協力し合い、民間の少年援助を助成しなければならないとされている<sup>139)</sup>。

社会法上では公的少年援助の担い手である少年局に対する民間の少年援助団体の存在<sup>140)</sup>もあるが、ここでは裁判所外の調整機関の一部として、婚姻相談所(Eheberatungsstelle<sup>141)</sup>)とBAFM(家族メディエーションに関する連邦研究部会:Bundesarbeitsgemeinschaft für Familienmediation<sup>142)</sup>)の存在とその活動、ならびに子の参加について焦点を置く。

婚姻相談所は、婚姻問題やパートナーシップ問題、家族問題等に関する紛争調整機関として連邦全土において広く存在する、法学、神学、心理学等の専門家により構成される民間組織であり、相談活動として家族メディエーション等も実施している<sup>143)</sup>。夫婦間の紛争における手続の中断に関するZPO(民事訴訟法典)614条により、家庭裁判所は、婚姻生活修復手続の中で夫婦間に合意または和解の見込みがあると判断できる場合には、手続を中断し、当該夫婦に対して、この婚姻相談所の利用を指示するものとされている<sup>144)</sup>。

この婚姻相談所の役割機能の一つとして、様々な家族問題に対するメディエーションがあるが、婚姻相談所におけるメディエーションは、離婚手続や夫婦間カウンセリングとして位置づけることができないものであるが、例えば、1953年に創設されたカールスルーエ婚姻相談所(Ehe-, Familien-, und Partnerschaftsberatung e. V Karlsruhe)においては、夫婦が別居に関して合意形成した場合、または合意する見込みのある場合には、メディエーションによらずして夫婦の精神的な助言や付き添い同行等も行っている。メディエーションについては、一般的に、夫婦双方の同席の下での話し合い(通常5-10回)となるが、夫婦の一方のみの助言及び相談も可能とされている。この婚姻相談所は、夫婦関係や婚姻、ならびに家族に関わる問題を解決するために当事者の合意形成支援を行う広範な役割を担い、連邦全土にわたり体制を整えていると報告されている<sup>145)</sup>。

ドイツにおける家庭裁判所が、カウンセリング機能を併存させるのではなく、司法機能優位の形態を取る中で、夫婦間の合意作成支援を様々な福祉的及び社会的見地を有する専門家に委ね、円滑な当事者の合意形成に寄与するという司法と福祉の密接に関連し協働し合う形態は、十分評価に値するといえる。

一方で、連邦全土にわたる家族メディエーションに関する民間職能組織として、BAFMがある<sup>146)</sup>。BAFMは、連邦全土にわたり家族メディエーションの専門技術向上に関する研修を行いつつメディエーターの養成及び認定を行い<sup>147)</sup>、各地でメディエーション活動を行っている。カールスルーエにおいてもBAFM関連の地方支局(Regionalgruppen)があり、上述のカールスルーエ婚姻相談所におけるチームとしてもBAFMで訓練された複数名のメディエーターが携わっており、メディエーションの場で子の将来的解決も踏まえた当事者の合意形成を努めている。家族メディエーションの場への子の参加に関しては、ドイツにおいても、必ずしも全く異論がないというわけではないようだが<sup>148)</sup>、しかし、このBAFMにおけるメディエーション技術の中には、メディエーションの各段階へ適切に



子が参加することを保障する体系がある<sup>149)</sup>。ドイツにおけるメディエーション手続は、五段階モデルによって区分されているが<sup>150)</sup>、BAFM の実務においても、この基本的な五段階モデルに倣い、家族メディエーションの流れを大別して五つの段階、つまり、

- i) 基本的なルール作りの段階。メディエーターと当事者との最初の顔合わせであり、メディエーションの基礎部分に関する情報の提供やメディエーション契約を行い、場合によってはメディエーション手続準備前の暫定的な調整を必要とする段階である<sup>151)</sup>。
- ii) 問題点の調整へ向けた準備段階。紛争及びその調整に関する様々な情報の収集とその重要性の判定を行い、当事者双方の地位に関するリストを準備作成し、場合によっては紛争の論点を細分化する段階でもある。この準備段階では、あらゆる情報及び事実の公開を必要とする<sup>152)</sup>。
- iii) 問題点の処理に関する段階。各当事者自身の個別的利益と必要性を探求し、場合によってはお互いの理解過程を深める。当事者間の相違点や共通点を明確化した上で、当事者の自由選択による決定の余地を拡張させ、二者択一的な選択や選択可能性の展開を図る段階である。この段階は、家族メディエーションの試験的段階、訓練的段階としての位置づけであり、場合によっては早々に協議を開始することも考えられる<sup>153)</sup>。
- iv) 両当事者の合意が得られる解決可能性の探究を行う段階。メディエーションの法的役割や二者択一的選択を当事者が熟慮し、場合によっては決定及び当事者に課された法的地位に関する法的側面からの熟慮を行う段階である。この段階では、助言を行う弁護士やその他の専門家が関与し、場合によっては決定の修正、協議ならびに覚書きの作成、法的措置（例えば合意案の有効期限の設定も含む）の熟慮可能性等の決定を行い、最終的な合意の獲得を目指す<sup>154)</sup>。
- v) 合意の文書化、修正に関する段階。法的拘束力ある合意の理解を深

める段階である。場合によっては、法的措置(公証、離婚の申立等)や経過儀式や別れの儀式に関するメディエーション、「合意に基づく生活」の実現、有効期間経過後の合意または熟慮及び修正等を行う<sup>155)</sup>。以上のように、細分化、体系化する試みを行っている。これは、別居及び離婚に関するメディエーションやその他の家族メディエーションの実務場面にも用いられている。これらの各段階の全てにおいて、BAFMの実務は、子を参加させる努力を惜しんではいない。

第一段階では、子の直接参加は、親が子の参加を望むときや子を連れていくときを除いて、特に重要ではないとしている。家族メディエーションを必要とする多くの親が親責任の機能を低下させていることから、この段階では、子がメディエーションに有効に参加できる準備を調えるためには、家族問題によって低下した親機能をメディエーションを通じて回復及び強化することに親自身が気付くことが重要視される<sup>156)</sup>。ただし、例えば、子ども用の椅子をメディエーションの場に据え置いたり、複雑な家族システムにおいて有益とされるジェノグラムの記載等により親の意識変化を目指すような、子の間接的な参加は重要であるとしている<sup>157)</sup>。

第二の段階では、間接的参加と同様に、子の直接的参加が重要視される<sup>158)</sup>。親が子にとって最善な解決を願うとしても、多くの場合は、親自身が抱える関心事によって子の福祉的解決を考える余裕も時間も持たないために、適切な子の参加が行われなければ、親同士の紛争解決の論点の影に、子が独自に抱える論点の多くが隠れてしまうのである。そのために、紛争の調整に必要な将来の生活場所、家庭内における特別な事情や場合によっては経済的問題に関する情報の収集の際に、子が参加することにより、子が自分の観点から多く意見を出すことは、特別に重要である。なお、この段階においては、子の表現や様子をありのままに記録することが重要であると<sup>159)</sup>。通常、子は「親が別れなくて一緒にいて欲しい」というのが関心事であるが、たとえそれが親に調整不可能な事項であったとしても、その希望自体を記録する。

第三の段階では、最初の親同士による問題整理、自己主張及び相互関係の解明に関する部分への子の参加は過大な要求であり、負担を強いるだろうとの判断から、通常、子の参加を行わない。しかし、第二の部分である自由選択による決定の余地の拡張、二者択一的な選択及び選択可能性の展開を図る段階においては、子の参加は優先的に考えられる。子の意思を認識せずに、それを活用しないメディエーションとは、家族メディエーションが持つ重要なエネルギーをみすみす逃すものであると捉えている<sup>160)</sup>。

第四の段階においては、原則として、子の間接的、直接的参加が重要視される。この段階より法的論点を中心に様々な専門分野からの考察が重要となり、専門家の関与の下でメディエーションが進行するため、子の参加についても細分化して考えている。法的部分に関するメディエーションについては、基本的に法的に子が請求権を有する年齢にある場合を除き、子の参加は否定的に考えている。しかし、子の手続保護人制度により、適切な子の参加が図られると指摘している<sup>161)</sup>。その他の専門家が関与している段階も同様に、子自身が共に決定できる、または共に決定する必要のある問題がある場合を除き、あまり子の参加を行っていないようである<sup>162)</sup>。家族メディエーションにおける協議に関する場面においても、通常は子の参加を行っていないが、年長子の場合においては、たとえその合意の理解に法的意義がないと親子双方が知っていたとしても、メディエーションの多くの話合いの場面に子が参加していた場合は、特に合意に関する子の理解等は重要な要素であるため、参加を行っている<sup>163)</sup>。

最後の段階では合意案の文書化が行われるが、子の同意及び署名が要求される法的地位を子が有する場合を除いては、子の参加を特段に必要とはしない。ただし、年長子の場合においては、親の紛争解決に関する合意に対して、当事者として同意及び署名をすることは、無論、重要である。これには法的効果はないが、問題解決に関する合意事項の遂行に大きく貢献するものであり、多くの子が、この場合にメディエーションの合意覚書の複写を求めるといふ<sup>164)</sup>。なお、この段階では、解決の最終決定事項と経

過事項に関するメディエーションを行うが、この場面において今後の親子生活の形態を決定することから、子の参加が重要視される。年少子であっても、合意に基づく生活経過をより良いものとするために、同様に参加が重要視される<sup>165)</sup>。

このように、家族メディエーションにおいて子の手続参加保障に努める基本的視点は、やはり、夫婦の別居や離婚等の問題については、子も同様に当事者であるということにある<sup>166)</sup>。

日本において子を一人の当事者として手続参加させる同席調停や合同面接がなかなか浸透しない現状に対して、ドイツにおいては、児童ならびに少年は離婚等家事事件に関して夫婦と同様に一人の当事者であるという考え方が根底にあるために、親の家族メディエーション手続に子が関与し得るかという基本的問題は容易に解決されるものと考えられている<sup>167)</sup>。このように、子の主体的手続参加の保障という考え方は、ドイツにおいて深く浸透しているといえよう。さらに、裁判外紛争解決の段階において人間諸科学に通ずる家族メディエーションの様々な専門家が関与することは、日本における家事調停員制度よりも一層、福祉の専門性の確保に資すると考えられる。

#### 第4節 子の自由意思の獲得へ向けた努力

第3節においては、裁判所外の紛争調整における子の主体的参加の保障のあり方を論じてきた。そこでは、裁判所外での家族メディエーションにおける子の参加が、親子関係調整という問題解決に向けた各局面にそれぞれ対応した形での具体的保障に向けた工夫がなされていることが認識できる。裁判所外での合意形成支援という点から、手続法上の子の当事者権如何に拘束されることなく福祉の立場からの人間関係調整に特化できるように、子の手続参加が具体的に保障しやすい一方で、法の下で純然たる司法的判断が求められる裁判内手続の場面では、如何に子の意思の獲得に向けた工夫と努力がなされているのか。裁判官による子の直接的意見聴取の場

面における子の意思獲得のあり方が本節の論点となる。

## 1 日本における現状

日本法において、子の自由意思の獲得のために、親による心理的操作と意見聴取の際の周囲の環境への対処が問題だと位置づけられている。子の意思を手続に反映させるための重要な要素の一つが、聴取された意思がその子自身の「真意」に基づき発せられたかどうかである。幼少時における子の生活社会は家庭内にほぼ限定されているために、発達上、意思の形成に親との精神的、心理的結びつきが大きな位置を占めるが<sup>168)</sup>、例えば、親の一方による他方への過剰な悪口の吹聴等、周囲の環境からの影響を受けることによって、子自身の真意の形成を阻害されることがある。手続の中で発せられた子の意思が周囲の大人によって影響を受けた意思であれば、その子の願望は必ずしも手続の中で反映されないこともあり、判例の多くがその旨を汲み取っている<sup>169)</sup>。つまり、自由意思に基づく子の意思の場合には、当然にそれが尊重されなければならない<sup>170)</sup>。

また、子が自由意思を表明する上でその他の周囲の環境、つまり日常監護における人的側面ではなく、自然な環境の中で子が意思を表明できる状況設定というものも必要となる。親の紛争に巻き込まれた子の精神的ストレスが過重なものであればあるほど、子自身の奥底から湧出する真の意思表明に阻害を来すものであろう。家裁における在庁調査であれば、多くの家裁が、裁判所内にいわゆる「児童室」を設置し、できるだけ子の緊張をほぐし、自然な雰囲気の下で調査を行うように配慮している。また、学校への出張調査においては、子が被った問題が友人との間へ表面化すること等を充分配慮したり、家庭への出張調査においては、親との心理的結びつきに配慮した上で個別に意向調査が行われる。

## 2 ドイツにおける現状：ベルグマン (Bergmann) とフリッケ (Fricke) の見解

ドイツにおいても、子の自由意思獲得に対する阻害要素としての親によ

る心理的操作への対応と意見聴取の際の周囲の環境への対処というこの二つの点は、実務上、重要な論点となっている。前者においては「操作された子の意思」として、日本と同様に子の福祉を害する要素と捉えられている<sup>171)</sup>。ケースターは、他人によって操作された不的確な子の意思について、基本的に、「子自身の実際の結びつきに対する有用な徴」でもなく、「責任を伴った自己決定の現れ」でもない<sup>172)</sup>と表している。しかし、人間は、その発達において常に環境からの影響を受けており、まして子の教育の場合には、その影響を集中的に受けるものであるため、阻害要素としての影響の基準の判断は困難である。ケースターは、これについても、判断基準に関する明確な境界線を設定している。それは、例えば親の一方による利己的で、子を煽動させるような違法性の存在と、子が事実として受け入れざるを得ないような心理的刻印付けの存在の二つであると指摘する<sup>173)</sup>。

一方、後者についてもドイツ法では多くの指摘がなされている。子の意見聴取に際して、子が聴取の際に受ける精神的負担への配慮から、心理的テストの活用や、以下のように子が自由意思を自然に発することができるように状況設定を工夫する点も、基本的には日本の家裁実務と同様と言える。例えば、幼児の意見聴取の際に、それが子にとってあまり負担にならない場合には、家庭的環境の下で行われる<sup>174)</sup>。意見聴取のために全日制託児所、或いは自然な雰囲気を保てる環境、中間的な場所も適切であるとされ得る<sup>175)</sup>。

子の意見聴取時における自然な状況の設定について、家裁の裁判官であるベルグマン(Bergmann)とフリッケ(Fricke)の論説から、ドイツにおける意見聴取時の状況設定に関する実体と幾つかの示唆が見受けられる。ベルグマンは、ケルン裁判所における家裁実務について、子の意見聴取の強化にもかかわらず、依然として多くの側面からの不安要素が存在することを指摘し、それに対する補足としてフリッケが、子の意見聴取の方式について再検討を行っている。

ベルグマンによると、意見聴取の際に考慮しなければならない事項を

様々挙げているが、自然な意思表示への配慮の要点事項をまとめると以下の通りである<sup>176)</sup>。

- i) 期日の分割によっても、子に対する精神的負担の配慮は可能ではあるが、一回の期日が望ましい。その意見聴取の期日には、当該事案に関する全ての当事者が裁判所に招かれるが、子は、その他の当事者が介在することなく個別に意見聴取されるべきであり、意見聴取までの間、子は家裁の控え室内の遊技場で待機し、場合によって当事者間に強い緊張があるときには、裁判所内に設置された児童室で待機する。
- ii) 幼稚園や学校の責任者との期日設定の下では、その園内または校内に意見聴取を行う裁判官がいることで問題を公然化してしまい、同級生との間に問題を生じかねない危惧があるために、こうした方法は回避すべきである。家庭的環境の中で意見を聴取するために家庭訪問して行う意向調査については、どの程度それを望むか当事者自身に任せべきである。
- iii) 如何なる場合でも、その他の手続当事者の不在の下で意見聴取を行うことにより、自然な自由意思の表明に繋がる。また、ベルグマンは、裁判官の法服という服装が与える威圧感についても言及しており、子の年齢に応じた細やかな対応が必要と述べている。
- iv) 幼児の意見聴取の場合には、特に安心感を与える必要があるため、子との空間的距離を近接した形で保つ一方で、年長子の場合には十分な空間的距離が必要となることもある。非常に不安定な幼児の場合には、事情聴取の際における第三者参加の禁止を緩和させ、子と親密な関係にある者の同伴により子の精神的安定へ努めることが必要となる。例えば裁判官の中には、年長子の意見聴取の場合に、長い時間の散歩をする中で、家裁のフロアで意見を聴取し、その際に懸案について話し合うことによって解決が図られた経験をした者も多く、親密な同伴者（例えば祖母）と一緒に来所する際には、子を膝元においた状態での意見聴取を行うことも可能とされる。それらを踏まえた上で、ベルグマンは、意見聴取

による子への精神的負担を危惧する多くの裁判官に対し<sup>177)</sup>、必要とされるべき専門的判断や説明能力を伴ってこれが実施される限り、原則として、その危惧に対する理由はないと指摘し、裁判官にこの能力が欠如する場合には、心理学者が指導を行う小グループ制の講習により必要な能力の獲得が実現されなければならないと述べている<sup>178)</sup>。

一方でフリッケは、ベルグマンの考察に関して、裁判所における意見聴取の際の空間的環境の改良、意見聴取の際における教育学について専門的な第三者の参加を多く実践することを支持している<sup>179)</sup>。フリッケによると、裁判官には、しばしば自己の意見聴取実務そのものを疑問視したり、意見聴取の実施内容に関して改正することに対して遠慮がちな態度が見受けられるとし、またそれに加えて、子自身及びその親が意見聴取の種類や方法について直接に意見を述べるのが滅多にないという状況も指摘している<sup>180)</sup>。その上で、実務上の問題として、子の意見聴取の環境に対する配慮を述べている。たとえば意見聴取の実施が短時間であるとしても、裁判所内に通常設置された意見聴取室(裁判官室や会議室)ではなく、子がおそらく快適であると感じられる空間(児童室)で意見聴取することで非日常かつ威嚇的に感じられる状況への恐怖心を払拭させ、子の緊張を解きほぐすことが要求される。

また、子の年齢に応じた対応も必要となってくることも挙げている。例えば、年長子の場合においては、年少子の時のように玩具で満たされた空間ではなく、自分の状況の整理のために落ち着いた空間の中で意見聴取を行うことが必要であるとする。子の意見聴取を行う部屋のカーテンや色彩、物品、例えば室内備品や玩具の準備については、子の好みと需要により趣向に合わせて構築される必要があるために、空間整備の際には専門家の協力も必要であるとする。

さらにフリッケは、子の意見聴取の場に、教育学や心理学等の専門家である第三者を参加させる必要性についても言及している。親や弁護士等の手続参加者を意見聴取の場から排除するかどうかは基本的に裁判官に委ね



られるが、裁判官の裁量により、例外時にのみこれらの専門家たる第三者の参加を認めるのではなく、できる限り子の意見聴取への参加を認めるルールを確立すべきであると述べる<sup>181)</sup>。これは、年少子への意見聴取の場合をとりわけ想定しており、意見聴取の前段階として子を精神的に落ち着かせ、意見聴取の際の負担を軽減させる「ウォーミングアップの段階」を必要としているためである<sup>182)</sup>。

このようにドイツの家裁実務においても、如何に子自身が手続の中で、できる限り自然な状態で意見表明できるように配慮し、子の自由意思獲得のために様々な観点から詳細に分析がなされていることが認識できる。親子関係法改正後、ドイツにおいて、裁判官による子の意見聴取の際に社会的・教育的・心理学的視点が従来よりも強く必要とされていることの現れといえるだろう。つまり、裁判所外での民間組織による家族メデイエーションの場面ならずとも、子の福祉のために子の年齢及び発達段階、子の人格に配慮し、裁判手続の中で法的視点以外のその他人間科学的視点も含めて、適切な子の意見聴取環境の確保及び子が受ける心理的負担の軽減（幼児の場合には親密な第三者を同伴して子の手続参加を図る）に努めているのである。なお、ベルグマンによれば、子の意見聴取はその他の当事者とは個別に行うことを推奨しているが、意見聴取方法に関する具体的な規定がないように、個々の裁判所がそれぞれ扱う事件の種類に応じて、聴取の環境についても様々に変化する（例えば兄弟姉妹一緒に行うのか、親その他の当事者も含めて行うのか等）<sup>183)</sup>。

裁判官は、これらの複合的視点に配慮した上で、聴取した子の意見に対し、それが事実解明のために必要だと判断できる諸要素から、子の福祉原則に立脚した司法判断をしなければならない。ただし、裁判官が最終的に司法判断を下す上で、単独で子の福祉的機能を果たすものでもない。子が単独で自己の利益を手続内で反映させることは非常に困難である。子の意見聴取を中心とした手続進行上、純然と子の立場から子の利益を擁護する人物の存在が必要である。その役割を果たすのが、いわゆる子のために選

任される弁護人，手続保護人である。

### 第3章 「子の弁護人」論議の展開

#### 第1節 「子の弁護人」論議の台頭

児童の権利条約批准後，裁判手続における子独自の利益代理に関する更なる整備が必要とされてきたと先に述べたが，この流れが1998年の親子関係法改正法による「子の弁護人」制度の創設へと結びついた。しかし，この観点も，子の権利主体性に関する論議と同様に，ここ最近のものではなく，1794年のプロイセン一般ラント法の時期に遡ることができる程に，大きな議論の集積に基づいている。その当初は，「子の弁護人」という名の下で展開されていたのではなく，離婚手続きの中で子の利益擁護のために義務的に選任されなければならない「補佐人(Curator)」と称されていた<sup>184)</sup>。そしてこの「子の弁護人」という言葉も決して1998年改正法に伴い産み出された新語ではなく，当初は教育学上用いられていた用語であった<sup>185)</sup>。

この用語が法的審議の中で初めて現れたのは，1922年のドイツ帝国議会であった。これは，RJWG 制定に伴う今後の少年局の任務に関するあり方について審議するものであり，少年局が担うべき子の弁護人的役割<sup>186)</sup>の必要性，つまり青少年に関する事項について公共的良心を示すものでなければならぬことを表明するものであった<sup>187)</sup>。

裁判手続における子独自の利益代理の理念と，「子の弁護人」という名称の理念的結合は，このように早期に定着し，今日も「子の弁護人」という名の下で「補佐人(Curator)」，「保護人(Pfleger)」または「公平な子の福祉利益の代理人(Sachwalter der objektiven Kindeswohlinteressen)」と理解されている<sup>188)</sup>。

上述のように，子の利益代理に関する論議の起源が遙か過去に遡れるとしても，今日における子の弁護人のコンセプトに関わる広範な学術的論議がなされたのは，1970年代からである。子の福祉を主題とした北アメリカ

及びフランクフルトの研究団が、子の福祉の精神社会的次元に対して問題意識を高め、親、裁判所、少年局による未成年者の利益代理に対して不備を述べたことに始まり、その中でもフロウマンの研究論文が、家裁手続における未成年者の利益擁護について、今日においても大きな役割を果たしている<sup>189)</sup>。彼は、その研究の中で、子の手続参加権の強化のみならず、親子紛争の一定の事案について子自身の申立権の承認についても論じている。その場合とは、例えば、身上配慮権や交流権に関する手続における未成年者の手続参加、親子間の利益対立のために親が自分の子の利益代理人として任務にあたるのが排除される場合における未成年者の参加権の実現のために、子に補助人 (Beistand) を付けることを要求している<sup>190)</sup>。

子の利益に関する手続の中で子の利益代理を求めるフロウマンの要請は、後にツェンツによって取り上げられ、その論文の中で、子の弁護人の概念に関連して、子の保護を請負う役割を果たすべき中立的裁判所の構築を提案している。そのような公的機関には、「裁判手続内、手続外において危険にさらされた子の利益の擁護」という管轄権限があるべきだと述べている。しかし、裁判手続の中で子の利益代理人の役割について、ツェンツは、この利益代理人を、「裁判官の助手的存在として理解されるべきか」、「公平な<sup>191)</sup>子の利益代理人として理解されるべきか」という問題を未解決にしていた<sup>192)</sup>。この問題は、今日においても明確なる解明がなされていないようである。

## 第 2 節 1980年代の論議；

### パート ボール (Bad Boll) 専門会議による波及効果

フロウマンとツェンツの二人によって提唱された未成年者独自の利益擁護の必要性について、「子の弁護人」という概念を用い、その内容に関して厳密な規定を獲得するのに尽力したのが、1983年4月15日から17日まで開催されたパート ボール福音派学院の専門会議 (die Tagung der Evangelischen Akademie Bad Boll) である。この学院は、ピュッテンベ

ルグにおける福音派のラント教会である<sup>193)</sup>。この会議は、「子の福祉に関する今日的理解の結論としての子の弁護士」を主題として、ドイツ児童保護連盟とドイツ家族法学会によって開催されたものである。この会議は、家裁裁判官や弁護士、教育学者や心理学者、精神科医、少年局職員、臨床医、さらには配慮権調整事件の当事者たる父母も参加した学際的会議であった<sup>194)</sup>。この会議は、「子の弁護士」の実施に関するドイツ児童保護連盟の考え方を基礎付けるものであり、当初、それは学際的に構成された相談機能を担う組織を予定していた。つまり、子の弁護人の機能は、家庭裁判所、後見裁判所、少年裁判所の手続内における未成年者の代理だけに存在すべきではなく、裁判外における紛争仲裁という目的の下で助言するという任務も課せられるというのである。さらには、子の弁護人は紛争終了後のアフターケア的な機能も兼ね備えて持つべきであると考えられていた。これらの広範な任務を担うべきとする発想は、子の利益擁護に鑑みれば最も好ましいものかもしれないが、この児童保護連盟による子の弁護人の考え方は、当初に考えられていた裁判手続内での機能について手続前、手続後における助言・仲裁機能を強調するものであり、子の弁護人に対する曖昧なイメージが生ずると評価されてもいる<sup>195)</sup>。また、この考え方は、フロウマンが指摘していたような子自身が手続権を獲得し、子の法的地位を手続の中で強化していく方向性については言及することなく、むしろ、実務に関する子の福祉の思想の明確化と、子の弁護人の概念の展開に留まるものであった。

しかし、この会議の影響力は多大なものであった。子の弁護人の役割や構造に関して最終的な結論に達しなくとも、数ヶ月後には「子の弁護士」という名で連邦全土に渡り活動する団体の創設に結びつき、さらには係属中の配慮権手続に対して子が自己の利益代理のために弁護士(Rechtsanwalt)を付けることができる旨の決定がメンフェングラートバッハ区裁判所において下されたのである<sup>196)</sup>。メンフェングラートバッハ区裁判所1984年12月5日決定によれば、「基本法103条1項に基づく

法的審問を求める基本権は、係属中の配慮権事件において、独自の権利主体として、子に独自の弁護士を付けることを要求する」としている。

一方で、一部の有識者は、この決定に対して、当初の「子の弁護士」的機能の上にさらなる制度は不必要であるという理由から批判をした。この批判には二つの理由があるとされる。一つは、GG103条 1 項の法的審問を求める子の権利はすでに十分考慮されているという判断と、もう一つは、第一に FGG50条 b の意見聴取義務を負う裁判官が、弁護士の関与がなくとも、弁護士同様に子との直接的対話をすることで、子の手続保障は制度上十分であって、子の福祉に基づく裁判のために必要な判断をその中で獲得できるという判断であった。つまり、新たに追加的な「子の弁護士」なるものを創設せずとも、子の利益擁護の役割を本来担うべき裁判官や少年局の代理人が既に存在するのだから、手続内における子の利益は十分に保障されており、子の利益擁護に関して更なる制度はもはや必要ではないと捉えていたのである<sup>197)</sup>。しかし、この決定は、子を「固有の人間の尊厳を伴う存在」で「人格の発展を求める固有の権利を伴う存在」として認める連邦憲法裁判所の判例との関連から子の基本権的地位のあり方を考えれば<sup>198)</sup>、手続の中で人間の尊厳、人格を發展する権利を持つ存在として、大人の手続当事者と同様に、子に対して同等の権利を認めなければならぬと強調した点で、十分評価に値すると思われる。

### 第3節 1990年代の論議 法政策上の要請と展開

#### 1 法政策上の要請

1980年代におけるパートボール専門会議の波及効果を受けて、1990年代に入り、子の弁護士に関する論議が政治的レベルで展開されるに至った。いわば1990年代は、これまで集積された手続における子の権利主体性の保障に関する学術的議論が、具体的に法政策的議論へと結びついた時期に相当するといえよう。当時の連邦司法大臣であったキンケル (Kinkel) が、裁判手続の中で子独自の利益代理に関する要求を、初めて法政策上の課題

として取り上げたのである。

児童の権利条約に関する条約法草案の審議との関連で、キンケルは、裁判手続内における子の権利は「専門的な利益代理人、子の弁護人の任務の下におくべきである」と述べている<sup>199)</sup>。キンケルは、ケースワーカー的な専門家による子の利益代理人が必要であり、手続における子の利益の擁護に関して従来の方策の不備、すなわち、福祉の専門部分が手続法上において位置付けられてはいなかったことを指摘した。キンケルは、従来の子の利益代理人として親、裁判官、少年局、検察庁等を挙げつつ、彼らは「本質的な固有の利益において代理(im wesentlichen Eigeninteressen vertreten)」するものであるとして、他に専門的な利益代理人が必要であると説いた。つまり、上に列挙した従来から想定されていた親や裁判官をはじめとするこれらの利益代理人では、手続の中で子の主観的利益を十分に抽出し、それを適切に手続へ反映させるには不十分であることを表明しているのである。

その後1990年代に入り、ドイツでは、未成年者の利益代理に関する論議の熱が大きな高まりを見せることとなる。それは第一に、1992年3月6日の児童の権利条約の批准による影響であった。この国際的動向に平行し、未成年者の利益代理に関する問題は、学会会議において大きな検討事項とされるに至った。未成年者の利益代理に関する論議は、1992年のハノーバーにおける第59回ドイツ法曹大会の中で、ツェンツとディーダーリッシェン(Diederischen)の両報告者が共に、子に関わる一定の手続の中で未成年者独自の利益代理が必要であるとの言及を経て、さらに拡大していった<sup>200)</sup>。手続内における子の最善の利益を代理する必要性が、ドイツ法曹大会の家族法部会決定において、最終的に理解されるに至ったのである<sup>201)</sup>。

このように手続における子の利益代理の視点が深まりを見せるまでに、子の弁護人の位置づけに関して多くの審議がなされてきたが、子独自の利益代理に携わる利益代理人の役割構造の基本的な考え方について、ドイツ

に大きな影響をもたらしたのは、英米法における子の利益代理制度との比較分析を行ったザルゴー (Salgo) であったといえる<sup>202)</sup>。

## 2 ザルゴー (Salgo) とタンデム理論

ザルゴーは、憲法訴訟手続における未成年者の利益代理に関する連邦憲法裁判所の決定と関連して<sup>203)</sup>、子の法定代理人または国家の利益と子の利益が衝突する全ての手続に対して、未成年者の独自の利益代理が必要であると言及した。従前より子の弁護人の職務内容についてどのように捉えるべきか審議がなされていたが、そこでは、子の意思を直接獲得した上でそれを逐語的に手続に反映させる代弁者 (Sprachrohr) 的役割を担うのか、代弁者的役割を踏まえた上で子の最善の利益を考慮しつつ、子の意思を手続に反映させる子の福祉の利益に関する代理人であるのかという問題に焦点が置かれていた。

その際にザルゴーは、子の弁護人に関する基本研究の中で、弁護士のみによる子の利益代理の可能性に対して、弁護士による法律的職務の専門性に加え、特別に訓練されたソーシャルワーカーや社会教育学者等の専門性に基づく、子の二元的代理の形を推奨している。つまり、ザルゴーは、未成年者独自の利益代理に関して手続の中で子の法的地位を強化し、子の権利主体性を強調する観点から、子の弁護人の任務は必ずしも法的事項の配慮のみを対象とするのではなく、弁護士による法的専門性、ソーシャルワーカー等の児童福祉に関わる専門性の学際的連携の必要があり、この構造的多元性は子の利益代理に関して切り離せないものであると説いたのである。これらの専門性が協働した形での代理形態を、ザルゴーは、二元的モデル (Duale Modell) 又はタンデムモデル (Tandem Modell) と称している<sup>204)</sup>。これは、1973年にイギリスで起きた8歳の少女であるマリア・コルウェル (Maria Colwell) が実母らから受けた児童虐待により死亡した事件以後に展開されてきた子の独自の利益代理の必要性の論議のもとで法制化された、訴訟上の利益代表者たるソーシャルワーカー (Gurdian Ad

Litem)と子の利益代理の専門家である弁護士との二元的代理になぞらえている<sup>205)</sup>。このようにザルゴーが、比較法的分析から子の独自の利益代理人としての子の弁護人の位置付けを行い、子の福祉と子の意思との関係との中で、子の福祉を子の利益代理人の包括的行動規範とみなす点で評価できると考えられる<sup>206)</sup>。

しかし、ザルゴーは、子の利益代理に「子の弁護人」という概念を用いることを意図的に回避した。ザルゴーは、この概念の名称自体が持つ抽象性から、子の弁護人という表現は捉え所がない曖昧な表現であり、そのため的心情に訴える部分が多く、結局は子の利益代理の枠組みが不明瞭になるとして疑念を抱いていたからである<sup>207)</sup>。

一方で、前連邦司法大臣であるロイトホイッサー・シュナーレンベルガー (Leutheusser-Schnarrenberger) の評価は、ザルゴーが指摘した「子の弁護人」という抽象的概念に対する評価とは、異なっていた。ロイトホイッサー・シュナーレンベルガーは、1993年半ばの声明の中で、法制上切なる関心事とされた未成年者独自の利益代理の要請に対するスローガンの表現として、「子の弁護人」の概念を用いていた<sup>208)</sup>。そして、子の基本法上の地位に関わる一連の手續、とりわけ別居・離婚に関連する係争中の配慮権調整手續や交流権手續、さらには BGB1632条4項<sup>209)</sup>による養育家庭からの子の引渡しに関する手續、子の福祉の危険の際における BGB1666条の手續、BGB1748条による養子縁組における親の同意の代替に関する手續等を挙げつつ、「子の福祉が独自の利益代理を要求する」場合には子の弁護人の選任が必要であるとして、子の弁護人という概念を支持している<sup>210)</sup>。ロイトホイッサーは、子の権利の見地から、当時の司法手續に対して子の福祉の実現に向けた補完的な制度の創設が必要だと考えていたのである。ザルゴーが抱いていた心情的様相を呈するこの概念を法制度上のスローガンとして掲げることによって、子の手續参加に対する国民の関心は、より一層高揚していったと思われる。

ロイトホイッサー・シュナーレンベルガーの見解は、子の弁護人という



概念の使用如何についてはザルゴーと異なるものだったが、制度上、子のための手続保護人として弁護士による職務の独占を承認せず、ソーシャルワーカーや児童心理学者等の福祉的専門家も同時に活用する形で要請していた点においては、ザルゴーと同じ立場であった。このように、ザルゴーのタンデム理論は、ドイツにおける手続保護人制度の雛形を形成する上で徐々に浸透していったのである。

1990年代半ばに入り、児童の権利条約の国内受容に対する1996年連邦政府第1回報告書が公表された。この報告書に対して、国連児童の権利委員会は、子の権利主体性という見地から、子に関わるあらゆる決定への子の主体的参加<sup>211)</sup>について、現状では余り考慮されておらず、決定への参加の可能性を子に対して認めなければならないと批判した。児童の権利委員会は、常々、子は権利行使の主体であり、12条は裁判手続に参加する子の権利を主張しており<sup>212)</sup>、これを受けて、ドイツ国内において子の参加に関する具体的な改正、公的啓発活動が必要となった。条約12条に掲げられた子の意見表明権についても、その趣旨を如何に斟酌した形で手続法に反映するかについて、既に同条2項との関連で、ドイツ国内法においてFGG50条bが子の意見聴取を定めてはいるが、2項の要請は非常に広範なものであることから、連邦共和国は、条約批准に際して手続法を綿密に検討し直し、様々な方法で補正しなければならないと考えていた<sup>213)</sup>。

そのため、司法の領域において子の利益に関わる紛争である家事事件を扱うFGGの現行規定である職権探知主義(12条)、子の意見聴取(50条b)、少年局の意見聴取(49条a)、満14歳以上の子の抗告権の保障(59条)だけでは、子の手続保障に対する配慮が不十分であるとの判断から、子の身上に重大に関わる事件において当事者間で利益が対立する中で、裁判手続内での子独自の利益擁護に関する更なる法整備が必要とされてきたのである。親子関係法改正草案の中でも、これを見ることができ。例えば、FGG59条については、たとえ家事事件において14歳以上の子の抗告権を認めても、多くの場合は、それよりも低年齢の子が対象となり、彼らに

は抗告権も認められず、正式な手続当事者とされていない<sup>214)</sup>。そして、少年局の意見聴取を定めた FGG49条 a は、少年援助法において、親がまず相談をすることとされている以上、必ずしも第一義的に子の利益となるような活動を少年局は義務づけられてはいないと言及されている<sup>215)</sup>。

それらを踏まえた総合的見地から必要とされたのが、いわゆる「子の弁護士」であり、手続保護人という形で1998年親子関係法改正の中で現れている。なお、2001年の連邦政府第2回報告書においても、この手続保護人制度の創設は、条約12条の理念を保障するものであると評価している<sup>216)</sup>。

#### 第4節 1997年親子関係法改正へ

その後、ロイトホイッサー・シュナーレンベルガーは、1994年末のフランクフルト法制審議会における報告の中で、配慮権及び交流権に関して紛争性の強い手続においてのみ、子のための手続保護人の選任が問題となり得ることを表明した<sup>217)</sup>。この報告でも手続保護人の選任は定型的に行われるのではなく、「実際に、子の弁護士によって、子の利益に寄与するという本質的視点が、補完的に達成することができる」場合に行われるとし、子の弁護人の選任に対する境界として親の権利を指摘し、自己責任による紛争解決に関する親の適格性が重要であると述べているために、子の弁護士に対する当初の理念と矛盾するような軌道修正を示すものであると評価されていた<sup>218)</sup>。この修正は、1994年3月の「子の弁護士」というテーマの下で開かれた、裁判官や弁護士、少年局代理人、児童精神医学の専門家ならびに心理学者による専門会議においても表現されている。

重要な法政策上の改正点として挙げられていた子の弁護士制度について、当初に予定されていた理念とは若干後退しつつも、1996年2月28日に連邦政府は、非訟事件手続における未成年者の手続保護に関する規定を含む親子関係法改正法案を提出した<sup>219)</sup>。現行の実体法の下では、BGB1629条2項3文ならびに1796条2項における親子間の著しい利益相反の際に、裁判所の判断によって法定代理人から代理権を剥奪し、BGB1909条<sup>220)</sup>に基づ

き後見裁判所の判断の下で子に補充保護人(Ergänzungspfleger)が選任される可能性を開いているが、本来この可能性は未成年者の法律行為の代理に際し、財産事務に活用されるものである。

しかし、子の身上に関する手続においては、子の利益の擁護が十分に図られてはいない現状を鑑みて、政府草案は、子の身上に関する非訟事件手続の中で事件本人である子の利益の擁護が問題となる限りは、手続の中で、後見裁判所により法定代理人の代理権を剥奪することなく、管轄裁判所が直接に、子のために手続保護人を選任する規定が必要であると考えていた<sup>221)</sup>。

一方で、連邦参議院は、この政府草案の見解に対して、手続保護人の選任が例外的に必要となる個々の事案は確かに存在するかもしれないが、現行法の適切な運用をもってすれば、未成年子の手続保護は十分に成し遂げられるため、手続保護の必要性は存在しないとの判断であった<sup>222)</sup>。たしかに財産事務に関する補充保護人の選任に関する法規定の解釈如何によっては、一見、解決可能な問題であるかもしれない。しかし、身上配慮に関する手続の対象は財産配慮の場合と性質が異なり、例えば、身上配慮権の剥奪や養育家庭からの子の引渡し等に代表されるような、子の運命に直接的に関わる重大な事項を問題としているのである。補充保護人の選任の規定をもってしても、この問題は、直接的に解決できないと見るのが適切であろう。

このように手続保護人規定の導入に対して若干の抵抗が見られたものの、この時点より、裁判所に子の身上に関する手続に対して手続保護人が子の利益の擁護に必要な場合には、保護人を選任しなければならないという可能性が、FGGの中に与えられたのである。

(2・完に続く)

1) 子の身上監護に関する包括規定である民法820条について、家族法学者間では、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、子の福祉に適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會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るものの(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、親による躰と称した児童虐待問題が浮き彫りとなっ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の発想が親から払拭されていない事実が背景にあると考えられる。於保不二雄・中川淳編『新版注釈民法(25)改訂版』(有斐閣, 2004年)78頁以下[明山和夫・國府剛]私法義務説については、中川善之助編『註釈親族法(下)』(有斐閣, 1955年)43頁[山木戸克己] 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も可能である。戒能民江「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。親権の義務性の根底で、子を精神的肉体的成熟をめざし発達段階にある独自の権利主体として捉える説明を行うものとして、深谷松男『現代家族法[第四版]』(青林書院, 2001)150頁以下。

- 2) 法改正作業における親権の義務性を強調する内容については、BT-Drucks. 8/2788. S. 43. 44. 草案43頁の中で、親権という表現の転換について、*elterliches 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」として用いられなかった。結果、親子関係の法的特質を最も表すものが「*elterliche Sorge* = 親の配慮」であるとした。なお、この西ドイツ新監護法の改正動向に関し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 親の監護の権利の新規制に関する法律(仮訳)」ジュリ745号(1981年)、石川稔「西ドイツ新監護法における子の監護 一つの覚書」ケ研187号(1981年)2頁以下、木暮英夫「西ドイツの新監護法」国学院法政論叢3輯(1982年)1頁以下、沼邊愛一「最近における各国の子の監護法制の動向について アメリカ・西ドイツを中心にして」比較法25巻(1988年)1頁以下。
- 3) Hans. A. Stoecker, Die UNO-Kinderkonvention und das deutsche Familienrecht, FamRZ 1992, S. 248. 249.
- 4) この改正法は、BGB(民法典)が制定以来維持してきた嫡出・非嫡出概念の区別を撤廃するものであり、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る。改正の背景に関する論文について、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(1997年)37頁、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、「同(三)」同47巻2号(1997年)302頁、「同(四)」同48巻1号以下、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(1997年)37頁以下、ライナー・フランク(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号(1997年)1頁以下。改正法の要点を整理したものととして、岩志和一郎「ドイツの新親子法(上)」戸時493号(1998年)2頁、「同(中)」同495号17頁(1998年)、「同(下)」同496号(1999年)26頁以下、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」ケ研256号(1998年)33頁以下。

- 5) 連邦政府は権利条約の解釈宣言を付し、その後、拘束力を持って条約の受容の前提となる解釈を確定することが意図され、最終的に批准文書の寄託に際して解釈宣言が打ち出された。この解釈宣言の中で連邦政府は、権利条約の諸規定が未成年者の法定代理、嫡出子の配慮権・交流権、非嫡出子の家族関係・相続法上の関係に関する国内法諸規定にも影響を及ぼさないと宣言しているために、ドイツの国際的信頼に及ぼす影響を鑑みて、これに疑念を抱く者も少なくはなかったとされる。この時点における連邦政府の見解は、子が権利の主体であるとする条約理念それ自体よりも、むしろ条約に掲げる権利は未成年者としての地位に必要とされる保護の措置についての権利であり、親の配慮権がその保護措置と認められるものであるとし、子は権利行使につき能力的な制限が存在するゆえに、親やその他の身上配慮権者の養育権を根拠とした制限を受けると考えていた。換言すれば、子を権利主体とする解放主義の見解とは若干異なった認識をしているといえよう。そのことから、当時の連邦政府の見解は親権の正当化の道具であるとする批判も存在していた。連邦政府による解釈宣言における分析については、ハンス・A・シュテッカー連邦法務省審議官「児童条約の解釈」を分析した石川稔・森田明編『児童の権利条約 その内容・課題と対応』(一粒社、1995年)477頁以下[岩志和一郎]による。シュテッカー論文については、同書443頁。連邦政府の見解に対する批判については、Steindorf, Die UN-Kinderrechtskonvention als Legitimationsgrundlage für Elternrechte? FuR 1991, S. 215.
- 6) マーサ・ミノウの関係の権利論を基に、子の権利論を中心に、法哲学の見地から詳細に分析するものとして、大江洋『関係の権利論 子どもの権利から権利の再構成へ』(勁草書房、2004年)。
- 7) ドイツは、1976年3月23日に、この条約を批准している。日本も同条約を批准しているが、後掲のように、本稿では比較的検討の対象から割愛する。
- 8) この条約は、2条1項において、子の福祉のために、子に手続権を認め、又はその他の人物や団体の援助を伴い、自己に影響を及ぼす手続において情報が与えられ、参加が許されるということを保障することによって、子が自らその権利行使を容易にできることを目標としており、その内容について国連児童の権利条約12条を直接的に継受しており、児童ならびに少年の手続権の保障に関する様々な規定を含んでいる。

Karl Späthによれば、例えば、裁判所は、以下の事項を保障しなければならないとされる。

- i) 子が、あらゆる適切な情報を獲得すること。
- ii) 子が、直接に、必要な場合には内密に、自ら又はその他の人物や団体の援助を伴い、子の理解にとって適切な方法で意見聴取されること。
- iii) 子によって述べられた意見が、適切に考慮されること。
- iv) 手続が迅速かつ無用な遅延無く遂行され、当該裁判が早急になされること(6条及び7条)。

## ドイツ親子法における子の意思の尊重(1)(佐々木)

なお、子の権利行使に関するヨーロッパ条約に関しては、Karl Späth, Zur Anhörung in familiengerichtlichen Verfahren, in: Gernert, Beteiligung von Kindern und Jugendlichen in der Jugendhilfe §8 SGB, 2001, S. 71. 72; Caroline Steindorff-Classen, Das subjektive Recht des Kindes auf seinen Anwalt, 1998, S. 75ff.

ただし、司法大臣によって準備された条約批准に関する声明の中で、裁判手続に関する要求は当該手続のほぼ全ての子の身上配慮に関して既に保障されているものであり、したがって、条約批准による直接的な立法作業は必要ないと述べている。Karl Späth, a. a. O (8) S. 71.

- 9) 憲法上の国家関係と私法上の私人関係の両関係の理論構成については、憲法の私人間適用の問題である。この問題について、1990年代より、山本敬三氏によって理論的關係の解明の試みがなされている。山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治 私法関係における憲法原理の衝突 (一)」法学論叢133巻4号(1993年)1頁以下、「同(二)」同133巻5号(1993年)1頁以下、山本敬三「公序良俗論の再構成」『民事法理論の諸問題 下巻 奥田昌道先生還暦記念』(成文堂, 1995年)1頁以下。また、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。また、1666条を中心に、親、子、国家と言う三者の関連性において家庭への国家の介入という視点の問題を扱うものとして、高橋由紀子「ドイツにおける子どもの法的保護と親の権利の制限」帝京女子短大紀要16号(1996年)259頁以下。
- 10) 例えば、婚姻し、夫婦相互の協力により家族生活を継続することにつき憲法24条が定められているし、その婚姻生活を支える経済的基盤となる物権、債権は、憲法29条が財産権を定めていることに由来する。生活する上で必要な契約も、経済的活動の自由が認められているためであり、契約当事者の意思により自らが望まんとする契約が成立するのも自己決定権に由来する。なお、児童の権利条約と子の自己決定について、荒牧重人「子どもの権利条約と子どもの自己決定」法時75巻9号(2003年)24頁以下。
- 11) ドイツ家庭裁判所制度の概略については、岩志和一郎「ドイツの家庭裁判所」家族 社会と法 21号(2005年)23頁以下を参照。
- 12) ドイツにおける子のための手続保護人制度についての国内の先行研究は、現時点で遠藤隆幸氏の論文のみであり、この論文では制度の概要について簡潔にまとめ紹介している。遠藤隆幸「ドイツ親子関係法改正法における手続監護人(Verfahrenspfleger)制度の概要」中央大学大学院研究年報 法学研究科編29号(2000年)151頁以下、遠藤隆幸「ドイツにおける手続保護人(Verfahrenspfleger)制度の運用実態と今後の課題」比較法雑誌36巻4号(2003年)57頁以下。手続保護人によって子を単なる手続の客体としないとするドイツ立法府の見解は、子の具体的手続保障の重要な要素の表れであるが、この総体的な研究のためには、手続保護人のみならず、基本となる子の意見聴取義務や連携機関として重要

な少年局や民間組織の役割まで具体的に言及する必要があると考える。そして子の発達・自立を考慮した親義務としての親権概念の考察や、制度的保障といった総合的視点からの検討が今後必要と思われる。

なお、この手続保護人の制度は、世話法 (Betreuungsrecht) の中で既に存在している。ドイツ世話事件・収容事件において「手続監護人」(佐上善和訳による)の制度について詳細にまとめたものとして、佐上善和『成年後見事件の審理 ドイツの成年後見事件手続から』(信山社, 2000年), とりわけ「第6章 ドイツの世話事件における事件本人の手続能力と手続監護人について」233頁以下, 「第7章 ドイツ非訟事件手続法における収容事件の審理」261頁以下を参照。

13) 近年、子の権利主体性という観点を中心に比較法的考察をするものとして鈴木博人「親権概念の再検討 ドイツ親子法との比較の視点から」法時75巻9号(2003年)28頁以下。

14) Christian Meyer-Seitz, Detlef Kröger, Norbert Heiter, Auf dem Weg zu einem modernen Familienverfahrensrecht- die familienverfahrensrechtlichen Regelungen im Entwurf eines FamFG, FamRZ 2005, S. 1430ff.

2000年にドイツ連邦司法省が改正の準備作業にとりかかり、家事事件手続及び非訟事件手続における問題分析、ならびにその問題解決の検討に関するワークショップを実施し、最終的に非訟事件手続に関する問題点をまとめている。2003年春、2年以上改正作業に携わりこの問題に通じた学者及び実務家各7名による2つの研究班(家事事件を除く非訟事件手続班, 家事事件手続班)が作られ、13回の個別部会及び3回の合同部会を経て、問題点やそれに対する具体的修正の提言に至っている。

なお、非訟事件手続に関する研究班構成員は、「Prof. Dr. Wolfgang Brehm, Bayreuth; Vizepräsident des LG Dirk Ehlert, Frankfurt/O; Richter am LG Dr. Marc Eumann, Bonn; RA und Notar Eide Feldhusen, Nordenham; Prof. Susanne Sonnenfeld, Berlin; Vizepräsident des BayObLG Hartwig Sprau, München; Vors. Richter am LG; Dr. Immanuel Stauch, Tübingen.」

家事事件手続に関する研究班構成員は、「Richterin am KG Dr. Uta Ehinger, Berlin; Rain Dr. Ingrid Groß, Augsburg; Richter am OLG Jens Gutjahr, Brandenburg/Havel; Rain und Notarin Ingeborg Rakete-Dombek, Berlin; Richter am AmtsG Prof. Dr. Hans Rausch, Bad Münstereifel; Prof. Dr. Dr. h. c. Dieter Schwab, Regensburg; Richter am OLG Dr. Alexander Schwonberg, Celle.」である。

2005年6月に、家事事件及び非訟事件手続の改正に関する法律の研究報告草案がラント等に送付されている。この草案の骨子は、次のようなものである。i) 誰が手続当事者であり、如何なる権利を有するかを定義付ける。当事者の手続保障を初めて明確に規定する。当事者間の合意に基づく紛争解決を促進し、明確な法的根拠をおく。ii) 改正により、上訴手段を、他の手続法の三審制に統一させる。さらに、迅速に法的安定性を作るために、裁判所の決定に対する抗告は、今後、原則的に期限を設ける。iii) 別居及び離婚に関連するあらゆる争訟は、今後、「大きな家庭裁判所」による扱いとする。iv) 連邦政府は、政策指針を子の福祉に連ねる。交流及び配慮権に関する手続を、義務的とする早期の第一回

ドイツ親子法における子の意思の尊重(1)(佐々木)

期日の導入により、一ヶ月を基準に早める。交流の拒絶に対する裁判所の決定を容易に実現可能にする。v) 離婚手続は、まず第一に、公証において扶養及び家財道具に関して一致した子のいない夫婦に簡略化する。なお、子の手続は ZPO78条 2項に基づき、離婚事件において申立人につき弁護士代理が強制されているために、通常、弁護士が関与することとなっているが、弁護士強制を中止することによって、手続費用が低廉になる。) 世話及び収容手続に関する諸規定を新たに一般規定へと調整することにより明確に構成し、法律家以外の者にとって一層理解できるものとする。

- 15) この改正法によれば、親子関係事件の概念は新たに定義され、今後は、未成年者の身上財産、または代理についての責任に関するあらゆる手続を包含するとしている。Christian Meyer-Seitz, Detlef Kroger, Norbert Heiter, a. a. O (14) S. 1435.
- 16) Willutzki, Verahrenspflegschaft im Spiegel einer widerspruchlichen Rechtsprechung, Kind-Prax 2004 S. 83, 89.
- 17) 民法第3条において20歳未満の者は未成年者とし、未成年者は父母の親権に服すると第818条で規定している。親にはその親権の内容として、第820条以下に、子の身上に関する事項について監護教育権、居所指定権、懲戒権、職業許可権、財産に関する事項について財産管理権と法定代理権が認められている。そして、親権を行う者がいない、或いは親権を行う者が管理権を有しないときには後見が開始するとしている(第838条)。子の社会・経済的未熟さから、民法では、未成年者に対し単独では有効な法律行為をする能力のないとする能力制限を課し、その足りない能力について法定代理人が同意を与え、または代理をすることとしている。
- 18) 二宮周平『家族法 第2版』(新世社、2005年)238頁の表を参照。
- 19) 子の利益となるように、親権者制度の他に監護者制度が設けられていることから、子の日常の世話に関する身上監護を担う監護者を親権者(この場合、親権者は主に財産管理を担う)とは別に設定することも可能であるが、ここで挙げている例は、単純に親権者指定のみを念頭に置き、設例を簡単にしている。
- 20) 名古屋高判昭 46.11.29. 高民集24巻4号438頁。離婚意思の双方の合致を前提としている。離婚の意思がなく無効の場合や、詐欺・脅迫により取り消される場合には、離婚届が受理されていたとしても当然、家裁において離婚無効・取消を主張し得ることができる。また、親権者指定協議無効確認の訴えが認められた事例について、東京高判平 15.6.26 判時1855号109頁。この事件についての判例評釈として、若林昌子「親権者指定協議無効確認の訴えの適法性」判タ1184号(2005年)120頁、和田吉弘「親権者指定協議無効確認の訴えの適法性」法セ597号(2004年)115頁、常岡史子「協議離婚の際の未成年の子の親権者を定める協議における合意の不存在を主張する元夫婦の一方は、他方を被告として、親権者指定協議無効確認の訴えを提起することができる」とされた事例「判時1873号(2005年)194頁、村重慶一「親権者指定協議無効確認の訴えの適法性」戸時580号(2005年)28頁がある。
- 21) なお、特別家事審判規則、2003年の法改正による人事訴訟法においても子の意思への配慮規定が創設されている。特別家事審判規則において定められているものは、里親委託の承認の申立(19条2項)、戸籍筆頭者の氏の変更における同一戸籍内の者の陳述聴取(5



条),生活保護法における保護施設収容許可事件の当該被保護者の陳述聴取(20条の2)等があり,人事訴訟法においては,子の監護に関する処分や親権者の指定等の裁判をする場合に,裁判所は,その子が15歳以上であるときには,その子の陳述を聞かねばならないとされる(32条4項)。人事訴訟法において子の利益を手続内に反映させるものとして,意見聴取の必要性の他にも,31条における移送の判断基準として子の住所,居所の採用,35条2項1号における調査報告書の開示許可の可否判断のための子の利益等あげられる。しかし,本稿における論証の対象を親の離婚時における子の監護に関する処分審判を中心に取り扱うために,これらの詳細については割愛する。なお,人事訴訟法における手続的子の利益について,梶村太市・徳田和幸編『家事事件手続法』(有斐閣,2005年)239頁以下[若林昌子]

- 22) 熊本家山鹿支審昭 40.12.15 家月18巻 8号62頁。
- 23) 沼邊愛一「第54条 子どもの意見聴取」斉藤秀夫・菊池信夫編『注解 家事審判規則[改訂]』(青林書院,1997年)246頁。
- 24) 子の意見聴取は,裁判所の直接審問によることが本則であろうが,子が裁判所に出頭できない特別な事情があったり,子の福祉の観点から出頭することが望ましくないような場合には,家裁調査官の意向調査によることも許されている。昭28.8.8家庭甲145号最高裁判務局家庭局長回答。
- 25) 家庭裁判所調査官研修所編『家事事件の調査法について(上巻)』(法曹会,1992年)530,531頁。また同様に,年齢や発達段階に応じた子の意思の把握の方法について若林昌子「家事事件における子の意思」石川稔・中川敦・米倉明編『家族法改正への課題』(日本加除出版,1994年)305頁以下,深見玲子「子どもの意見表明権 家事事件手続との関係など」家族 社会と法 10号(1994年)186頁以下,依田久子「子どもの意見表明権 家事事件手続との関係など,調査官の立場から」家族 社会と法 10号(1994年)199頁以下等が挙げられる。
- 26) 若林昌子・前掲(25)302頁。
- 27) 若林昌子・前掲(25)303頁以下。
- 28) 山田博「第7条 職権による事実の調査及び証拠調べ」斉藤・菊池編・前掲(23)49頁。
- 29) 家審規上,利害関係人の審判手続参加(12条),職権調査(7条)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。
- 30) 福岡高決平 14.9.13,家月55巻2号163頁,判タ1115号208頁。この事件の判例評釈として,床谷文雄「子の監護者指定を本案とする審判前の保全処分として祖母を仮の監護者に定めた事例」判タ1140号(2004年)80頁,棚村政行「未成年者らの監護者の指定を本案とする審判前の保全処分として,未成年者らの実の祖母を監護者と仮に定めることの可否」臨増判タ1154号(2004年)102頁,鈴木博人「姉妹の一方のみ監護者を仮に祖母とし引渡しを命じた例」民商129巻4=5号(2004年)760頁,村重慶一「未成年者の実の祖母から監護権者推定申立て及び子の引渡しの仮処分が認容された事例」戸時561号(2004年)50頁がある。
- 31) 鈴木隆史「子どもの権利条約における『意見表明権』(総論) 親権体系への受容について」早稲田法学69巻4号(1994年)136頁以下。

ドイツ親子法における子の意思の尊重(1)(佐々木)

- 32) 資料「条約審議に見る政府答弁」季刊教育法97号(1994年)54頁以下。
- 33) その他、未成年者の婚姻における子の意見表明権の確保と両親の同意が得られない場合の救済手段の必要性も掲げられていたが、未成年者は父母に対して婚姻の希望を述べ、意見を述べる機会が確保されており、12条が、両親が同意しない場合の救済手段の必要まで規定していないとして捉えている。
- 34) 小川秀樹「児童の権利条約と民事(家族)法」石川・森川編『児童の権利条約 その内容・課題と対応』(一粒社、1995年)76頁以下。小川氏によれば、12条と日本の国内手続法規との関係において、前述したような家事審判規則の存在を列挙した上で、家事事件において12条の要請は満たされていると評価している。
- 35) 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)1395頁。
- 36) 締約国の実施義務について、市民的・政治的権利に関しては即時の実現が求められていると解されている。波多野里望『逐条解説 児童の権利条約 [改訂版]』(有斐閣、2005年)35頁。
- 37) 外務省ウェブサイト; <http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jido/9605/index.html> (2005.11.25 サイト確認) .A (第4条)を参照。
- 38) 外務省ウェブサイト・前掲(37) .D を参照。
- 39) 外務省ウェブサイト; <http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jido/0111/index.html> (2005.11.25 サイト確認) より。子の意見表明権の観点から、第2回報告の前向きな姿勢は評価しつつも、多くの問題点を指摘しているものとして、平野祐二「政府報告書に見る子どもの意見表明・参加」季刊子どもの権利条約15号(2002年)61頁。
- 40) 外務省ウェブサイト・前掲(39) .D を参照。なお、条約規定との整合性を図る第4条の報告において「意見表明権等条約の趣旨がより一層効果的に反映されるよう十分な配慮が行われた。」と述べながらも、司法上の手続分野においては、それほど大きな伸展は見受けられない。学校運営(例えば、学校において生徒の懲戒と出席停止制度への配慮、第151通常国会における学校教育法改正による、出席停止制度の手続の明確化等が挙げられる)や施設生活に対する配慮(例えば、児童福祉法26条及びこれに基づく政令により、児童の意見が尊重されるような措置として、都道府県知事またはその権限の委任を受けた児童相談所が施設入所等決定するにあたり、児童または保護者の意向が当該措置と一致しない場合に都道府県児童福祉審議会の意見を聴かなければならないとしたこと、施設入所時の際、児童の意見を尊重すべきことを明文規定においたことが挙げられる)がなされたこと、そして、第1回報告の中で12条を「意見表明の機会」との表題記述から、第2回報告においては「児童の意見の尊重」と題している点につき評価できる。しかし「児童の意見の尊重」と題する以上、報告すべき要点は、法制度の列挙ではなく、実際にどのように意見が尊重されているかの具体的状況であると考えられる。学校運営への配慮については前掲(39)パラグラフ122, 130を、施設生活への配慮については、前掲(39)パラグラフ125以下を参照。
- 41) 外務省ウェブサイト; <http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jido/0402/pdfs/0402-j.pdf> (2005.11.25 サイト確認) より。2004.2.26 CRC/c/15/Add.231。パラグラフ27と28が見

童の意見尊重に関する懸念・勧告の記述である。これによると、以下のとおりである。「27. 児童の意見の尊重に関し、締約国が改善に向けて努力している点につき留意しつつも、委員会は依然として、児童に対する社会の旧来の態度によって、彼らの意見が家庭、学校、その他の施設、そして社会全体において制限されている点について懸念する。」<sup>28</sup> 委員会は、締約国に対し、条約第12条に鑑み、<sup>(a)</sup> 児童の意見の尊重を促進し、家庭、裁判所、行政組織、施設及び学校において、児童に影響を及ぼす全ての事項や政策策定への児童の参加を円滑にすること、又、児童が子の権利を認識するよう確保すること、<sup>(b)</sup> 児童の意見の尊重に関する児童の権利及び児童に影響を及ぼす事項への児童の参加についての教育面の情報を、特に親、教育者、政府組織、司法官、そして社会全体に提供すること、<sup>(c)</sup> 児童の意見がどの程度政策に反映されているか、及び政策や計画、そして児童自身への影響について定期的に検証すること、<sup>(d)</sup> 児童が、学校及びその他の教育機関、余暇その他の児童活動のための施設における施策を決定する理事会、委員会、及びその他の集団に定期的に参加することを確保すること、を勧告する。なお、その他の法制度に対する懸念・勧告として、例えば、婚姻最低年齢の男女間の相違、性交同意最低年齢、婚外子等差別、日本人父と外国人母との間に生まれた児童が出産前認知をされない場合の市民権及び国籍問題が挙げられている。

- 42) ディーター・ヘンリッヒ(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)『ドイツ現代家法』(中央大学出版、1993年)118頁を参照。
- 43) Steindorff-Classen, a. a. O (8), S. 10.;
- 44) Dieter Schwab, Die Familie als Vertragsgesellschaft im Naturrecht der Aufklärung, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno No. 1 (1972), S. 368ff.
- 45) Dieter Schwab, a. a. O (44) S. 372; Wilfried Schlüter, Elterliches Sorgerecht im Wandel verschiedener geistesgeschichtlicher Strömungen und Verfassungsepochen Neufolge Heft2, 1985, S. 8ff. なお、Christian Wolffによれば、親子共同関係におけるこの契約には、子の同意の存在があると仮定している。
- 46) Dieter Schwab, a. a. O (44) S. 369ff. なお、一方でこの契約概念について、Lockeは家族内における個々の人的関係にまで拡大するべきではないとし、親権を義務権と解し、子の権利を尊重し実現する形で親の義務を説いた。Wilfried Schlüter, a. a. O (45) S. 8, 9. 能力概念に基づき、子を未熟な者として捉える法体系において、このLockeの考え方は、子の当事者性について、子の権利主体としての利益を予定するものと考えられよう。
- 47) Dieter Schwab, a. a. O (44) S. 372, 373.
- 48) Steindorff-Classen, a. a. O. (8) S. 10.
- 49) 以下、BGB 親の配慮規定の訳出に関しては、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頁以下による。

【§1626Abs.2BGB】

「子の世話と教育にあたり、父母は、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欲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。」

- 50) Glaeser, Vom Kinde aus, 1920, S. 16.; Steindorff-Classen, a. a. O (8). S. 11. より。
- 51) これにより、公的青少年援助の機関が民間機関と連携した形で基本的児童保護の枠組みが形成された。虐待児保護等を対象とする。ドイツにおける青少年援助のアプローチには、この教育観の変遷の他に、19世紀初頭の産業化、初期資本主義社会における貧困、家庭崩壊に伴うネグレクトに対するグループケアを行う児童救護院の創設に起源を発する広範な青少年援助制度の創設への動きも寄与している。
- 52) Steindorff-Classen, a. a. O (8). S. 11.
- 53) BVerfGE 24, Beschluß ES vom 29. Juli 1968, S. 119ff;
- 54) 以下、基本法の訳出については、ボード・ピエロート、ベルンハルト・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)443頁以下を参照。
- 【Art. 1 Abs.1GG】  
「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、および保護することは、すべての国家権力の義務である。」
- 55) 【Art. 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。」
- 56) 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。
- 57) Gernhuber, Elterliche Gewalt heute, FamRZ. 1962. S. 89.
- 58) 1979.7.18 (BGBl. S. 1061) 1980.1.1 施行「親の配慮に関する権利の新調整のための法律」によって FGG50条 a から d までが定められた。これらについて、50条 a は親の意見聴取を、50条 c は養育人の意見聴取を、50条 d は子の引渡しの際の仮処分を定めている。
- 59) BT-Drucks. 7/2788 S. 34. 40. 41.
- 60) BT-Drucks. 7/2788. S. 73.
- 61) 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・浦川・岩志・内田編『現代家族法の諸相 高野竹三先生古稀記念』(成文堂, 1993年)159頁における訳出を参考している。
- 62) この用語は、子の福祉との関連で、BGB の中にも見受けられる(例えば1626条3項)。この邦訳としては、主に「結びつき」が用いられている。岩志・前掲(49)228頁、渡辺・前掲(4)313頁。なお、岩志和一郎・前掲(61)では、訳語として「執着」を用いる。この「Bindungen」についてドイツの文献によれば、例えば「inneren-」「psychosoziale-」等の語を伴う。Coester は、子の福祉の一要素としての当事者との関係性(客観的な結びつき)以外にも、当事者との心理的・情緒的な関係性(主観的な結びつき)を挙げている。Michael Coester, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983, S. 156.
- 63) 通常、persönlich の訳出は「個人的な」意見聴取となるかと思われるが、ここでは内容が把握しやすい佐上善和・前掲(12)379頁、FGG70条 c の訳出を参考としている。なお、岩志和一郎・前掲(61)では、訳語として「個人的」を用いている。
- 64) 1997年改正法に伴う手続法規定の改正の中で、家庭裁判所の管轄権が拡大された。従来、

親子関係に関する諸事件の手続管轄は、離婚後の親の配慮・交流調整、嫡出子に対する扶養義務等を管轄とする家庭裁判所、非嫡出子と父の交流、配慮権剥奪を管轄とする後見裁判所、父子関係存否、嫡出性の取消、父性承認取消の親子関係事件を管轄とする区裁判所民事訴訟部に分散していたが、新法では、それらを家庭裁判所の管轄と統一した。BT-Drucks. 13/4899. S. 46.; 岩志・前掲(4)(下)31頁。

- 65) ドイツでは、基本的に裁判官を中心とした事件処理と裁判官担当の専門分化がなされており、GVG 裁判所構成法)第22条1項によれば、区裁は単独裁判官が担当することとなっている。
- 66) 佐藤和英「ドイツにおける『児童虐待』に関わる家庭裁判所の手続及び少年局の活動について」ケ研277号(2003年)181頁。なお、佐藤氏は、このケースでは「手続世話人(佐藤和英訳による)」として女性のケースワーカーが選任されており、裁判官の質問が難しいときには、簡単な言葉に置き換えて説明したり、優しい励ましの言葉を与えていたと報告している。手続保護人による子の意見聴取時の付き添いについては、第4章にて詳しく取り上げる。
- 67) Brundermüller, in: Dieter Henrich, Eherecht, Scheidung, Trennung, Folgen Kommentar, 2003, S. 2286, 2289; Engelhardt, in: Keidel, Kuntze, Winkler, Kommentar zum Gesetz die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2003, S. 1187; Peter Bassenge-Gerhard Herbst, Herbst Roth, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Rechtspfleger- gesetz- Kommentar, 2002, S. 255.
- 68) BT-Drucks. 7/2060 S. 43.
- 69) Brundermüller in: Dieter Henrich, a. a. O (67) S. 2286; KG FamRZ 1980 S. 1156; BGH FamRZ 1985, S. 169; BayObLG FamRZ 1988, S. 871; OLG Hamm FamRZ 1989, S. 203; OLG Zweibrücken FamRZ 1990, S. 544.
- 70) 【§12FGG】(仮訳)  
裁判所は、職権により、事実関係の解明のために必要な調査を行い、適切と思われる証拠を調べなければならない。
- 71) Michael Coester, a. a. O (62). S. 156.
- 72) BVerfG FamRZ1981, S. 124, 126.
- 73) 【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。」
- 74) 法的審問請求権の説明については、ボード・ピエロート、ベルンハルト・シュリンク(長田・松本・倉田訳)前掲(54)402頁以下を参照。また、本稿における基本法の訳出についても参考としている。Steindorff-Classen, a. a. O. (8) S. 86ff., Brundermüller in: Dieter Henrich, a. a. O (67). S. 1794.
- 75) ボード・ピエロート、ベルンハルト・シュリンク(長田・松本・倉田訳)前掲(54)403頁。
- 76) ボード・ピエロート、ベルンハルト・シュリンク(長田・松本・倉田訳)前掲(54)404, 405頁。
- 77) BVerfGE55, Beschluß ZS vom 9. Juli 1980, S. 1.

- 78) ボード・ピエロート, ベルンハルト・シュリンク(長田・松本・倉田訳)前掲(54)403頁。
- 79) BVerfGE86, Beschluß ES vom 19. Mai 1992, S. 133.
- 80) Margarethe Bergmann. Zur Kindesanhörung in familiengerichtlichen Verfahren. Kind-Prax 1999 S. 79. また, Brundermüller in: Dieter Henrich, a. a. O (67) S. 1810 によれば, 50条 b 1 項による意見聴取は, 事実関係の解明に優先的に寄与する一方で法的審問の承認にも補助するとされる。この要件は, 二者択一的に構成されてはいるが, 重疊的にも用いられることができると解している。
- 81) BGH FamRZ 1985, S. 169; OLG Hamm FamRZ 1989, S. 203; Schleicher, Rechtliches Gehör und persönlich-mündliche Anhörung, 1988, S. 203ff.
- 82) 1976年に実体法, 裁判所構成法, 手続法が改正され, 離婚法の破綻主義化とともに, 離婚の効果について定められる場合に初めて離婚ができるとした。つまり, 家裁における離婚と離婚の効果の結合審理, 裁判の統一を図るものである。この強制結合の目的は, 離婚事件と離婚効果事件とを一挙に解決することによって, 夫婦に離婚がもたらす結果とその見通しを持たせることと, 離婚によって経済的影響を受ける離婚弱者を保護する二点にある。この廃止に伴い, 離婚の効果に関する問題を, 夫婦いずれかの申立を待たずに当然に結合審理されることは無くなった。
- 83) Margarethe Bergmann, a. a. O (80) S. 78. また, Salgo によれば, ドイツが児童の権利条約の批准に伴い国内法への受容義務を負い, そして連邦政府が「国際法発展の画期的事件」としてこの条約を捉えていただけに, 驚くべき出来事であり, 旧法上, 各場面で義務的に結合審理され, 子の意見聴取が行われていたことを鑑みれば, 強制結合の廃止による子の意見聴取の制限は, 児童の権利条約9条2項及び12条2項に反すると判断している。Ludwig Salgo, 10 Jahre UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes-Auswirkungen am Beispiel von Art. 12, Kind-Prax, 1999, S. 181, 182.
- 84) Karl Späth, a. a. O (8) S. 70, 71. Karl Späth によれば, この改正により, 親の一方が単独配慮の委譲申立をしないかぎり, 親の離婚後も共同配慮が継続することとなり, 親の配慮の調整に関する裁判手続の数, それに伴い子の意見聴取の数も相当数減少したという。これは, 児童ならびに少年にとって, 従来の手続参加の可能性の制限を意味すると述べている。
- 85) BayObLG FamRZ 1982, S. 640.
- 86) Engelhardt in: Keidel/Kuntze/Winkler, a. a. O (67), S. 1190; BayObLG FamRZ 1983, S. 948; KG FamRZ 1983, S. 1159, 1161; Frankfurt FamRZ 1997, S. 571; Luthin, Zu den durch das Sorgerechtsgesetz normierten Anhörungspflichten, FamRZ 1981, S. 1149.
- 87) Brundermüller in: Dieter Henrich, a. a. O (67), S. 1811; BT-Drucks. 7/2788, S. 74; FamRZ1981 S. 814, 815.
- 88) OLG Hamm FamRZ 1996, S. 421, 422; OLG Karlsruhe FamRZ 1994, S. 393.
- 89) OLG Karlsruhe FamRZ 1993, S. 90; OLG Karlsruhe FamRZ 1994, S. 393.
- 90) OLG Oldenburg FamRZ. 1996, S. 895.
- 91) Bergmann, a. a. O (80) S. 79.; Brundermüller in: Dieter Henrich, a. a. O (67), S. 1812.

92) OLG Karlsruhe FamRZ 1995, S. 1001.; OIkers FamRZ 1997, S. 786.

93) 【§59FGG】(仮訳)

第1項 親の配慮に服している子、または後見に服している被後見人は、自己の身上に関わるすべての諸事務において、法定代理人の協力なくして、抗告権を行使することができる。これは、子または被後見人に裁判所の裁判にて属すべきその他の諸事務においても適用する。

第2項 子または被後見人が抗告権を行使することができる裁判は、子または被後見人自身に対しても、告知しなければならない。理由付けは、子または被後見人の発達、教育ならびに健康に対する不利益が危惧できるときには、子または被後見人に対して通知されない；裁判は、これについて取消することができない。

第3項 この規定は、行為無能力または裁判の言い渡し時に14歳に達していない者については適用しない。裁判が言い渡されていないときは、言い渡しに代わって、裁判官により署名された裁判が書記課に交付された時点とする。

世話に関する手続では、事件本人の行為能力は問わず、手続能力が認められる一方で、FGG59条の人的要件としては、14歳以上の年齢であること、民法104条2号に掲げる行為無能力事由に該当しないことが挙げられる。Engelhardt in: Keidel/Kuntze/Winkler, a. a. O (67), S. 1353.

94) Dieter Schwab, Familienrecht 12. Auf, 2003, S. 277.; OLG MünchenFamRZ 1978, S. 614. では、この子の意見聴取規定が正式な手続参加に等しいと述べる；最近では、FamRZ2004, Heft2, S. 86. この事件では、15歳の抗告人が、親の配慮権紛争において自らを、申立を提起し、とりわけ自分の利益擁護を弁護士に依頼するという可能性を持つ、正式な手続当事者たる地位を認めることを求めたが、高裁がこれを認めなかったことに対して、GG2条1項における基本権侵害について憲法訴訟を申し立てた事案である。連邦憲法裁判所は、FGG§50の手続保護人導入に伴い、立法者は親の紛争に関わる子の保護に関する基本法上の義務を果たしているとの理由から、これを棄却している。

95) 石山勝巳「親権に関する調査への子の参加について」ケ研187号(1981年). 55頁。

96) 松江家裁調査官 徳岡・豊田・福島・池田・佐々木「子の監護を巡る紛争の調査における合同面接の活用について」家月50巻4号(1998年)123頁以下。これによって親同士の間から親子間の共通の課題として協力関係へ移行することも可能であるとされる。

97) 豊田洋子「合同面接・同席調停の技法について」井上治典・佐藤彰一編『現代調停の技法：司法の未来』(判例タイムズ社, 1999年)120頁以下を参照。

98) Rudolf Schröder, Familienmediation, 2004, S. 5. 9. なお, Coester は、とりわけメディエーションの特別教育を受けたメディエーターの存在に注目し、「メディエーションのために特別の教育を受けた、中立的な、あるいは全当事者の側に立つ第三者によって支援される、当事者による紛争の自律的な解決」と述べている。ミヒヤエル・ケスター(岩志和一郎訳)「ドイツの家庭裁判所の手続におけるメディエーションの要素」比較法学38巻1号(2004年)293頁以下。

99) Rudolf Schröder, (98) S. 9. 10. 26ff.

ドイツ親子法における子の意思の尊重(1)(佐々木)

- 100) Rudolf Schröder, (98) S. 3, 4. また, Coester によれば, ドイツ家裁手続にメディエーション的要素が表れたのは, i) 国の裁判所による紛争解決とは違う選択肢の一般的探求が, 色々な分野に特徴的に表れてきたこと, ii) 第二次大戦終結後の, 家族法上の諸問題に対する高権的規制の独占に対する緩和, 当事者の自立的合意への支援の方向性の二つが背景にあるという。ミハエル・ケスター(岩志和一郎訳)・前掲(98)293頁以下を参照。
- 101) Rudolf Schröder, a. a. O (98) S. 3, 4.
- 102) ミハエル・ケスター(岩志和一郎訳)・前掲(98)295-301頁を参照。
- 103) 安部正三「家事調停の司法的機能と調査官活動の必然性」ケ研150号(1975年)57頁によれば, 家事調停の司法的機能を「本来の裁判におけるとはちがって消極的機能であるとはいわなければならない。」とし, 家事調停の作用を川土手の見張りにたとえて「土手を破ったり溢れ出たりすることなく流れるのは水自身, すなわち合意を自己決定する当事者自身であり, 芥を取り除いて流れを良くするのは調停作用である。」として, 家事調停の積極的機能を人間関係調整に見出している。
- 104) 梶村・徳田編 前掲(21)34頁以下 [ 梶村太市 ]
- 105) 梶村・徳田編 前掲(21)34頁 [ 梶村太市 ]
- 106) 計画策定の調整等を行う。KJHG69条1項1文を参照。
- 107) 以下, この児童ならびに少年援助法の条文訳出については, 岩志和一郎・鈴木博人・高橋由紀子「ドイツ『児童ならびに少年援助法』全訳(1)」比較法学36巻1号(2002年)303頁以下, 「同全訳(2)」比較法学37巻1号(2003年)219頁以下による。

【§2KJHG】

「第1項 少年援助は, 若者および家族のための給付およびその他の任務を内容とする。

第2項 少年援助の給付とは, 次のとおりである。

1. 少年事業, 少年社会事業, 教育的な児童ならびに少年保護のサービスの提供(第11条ないし14条)
2. 家庭内における教育の助成のためのサービスの提供(第16条ないし21条)
3. 昼間保育施設および昼間保育者の下にいる児童の助成のサービスの提供(第22条ないし25条)
4. 教育援助ならびに補足的諸給付(第27条ないし35条, 36, 37, 39, 40条)
5. 心的障害を有する児童ならびに少年に対する援助および補足的諸給付(第35条 a ないし37条, 39, 40条)
6. 若年成年者に対する援助ならびに援助終了後の世話(第41条)

第3項 少年援助のその他の任務とは, 次のとおりである。

1. 児童ならびに少年の緊急一時保護(第42条)
2. 身上配慮権者の同意無しで行う児童または少年の連れ出し(第43条)
3. 養育委託の許可の付与, 撤回ならびに取消(第44条)
4. 施設経営の許可の付与, 撤回ならびに取消, および事後的諸義務の賦課ならびに事後的諸義務に関連する諸任務(第45条ないし47, 48 a)
5. 活動の禁止(第48条, 48 a)



6. 後見裁判所および家庭裁判所の手続への協力 (第50条)
  7. 養子縁組手続における助言と教示 (第51条)
  8. 少年裁判所法による手続の参加 (第52条)
  9. 父性確認および扶養料請求権の主張の際の母への助言と支援, および保護人ならびに後見人への助言と支援 (第52条a, 53)
  10. 団体後見の引受のための許可の付与, 撤回ならびに取消 (第54条)
  11. 少年局の補佐, 官庁保護, 官庁後見ならびに後見監督 (第55条乃至58条)
  12. 証書作成および認証 (第59条)
  13. 執行力ある証書の作成 (第60条)」
- 108) なお, この法律は, 第7条の中で未成年者について多くの概念規定を定めており, 各表現につき注意する必要がある。児童 (Kind), 少年 (Jugendlicher), 若年成年人 (junger Volljähriger), 若者 (junger Mensch) である。訳出については, 岩志・鈴木・高橋・前掲(107)による。

【§7KJHG】訳出は, 岩志・鈴木・高橋・前掲(107)による。

「第1項 本編においては, 次の通り定義する。

1. 児童とは, 本条第2項ないし第4条に別段の定めがない限り, 満14才未満の者をいう。
2. 少年とは, 満14才以上, 満18才未満の者をいう。
3. 若年成年人とは, 満18才以上, 満27才未満の者をいう。
4. 若者とは, 満27才未満の者をいう。
5. 身上配慮権者とは, 民法典の規定に従って単独または他の者と共同で, 身上配慮を有する者をいう。
6. 教育権者とは, 身上配慮権者および身上配慮権者以外の者で, 身上配慮権者との合意に基づいて, 単に個別の事務のためにだけにではなく, 身上配慮の任務にあたる満18才以上の者すべてをいう。

第2項 第1条2項にいう子とは, 満18才未満の者をいう。

第3項 廃止

第4項 養子縁組に関する本編の規定は, 満18才未満の者に限って適用される。」

- 109) KJHG の前身である JWG においては, 情報保護の規定は存在していなかった。情報保護は, 社会法典1編 (SGB ) の§35と SGB の §§67-85の中に定められたが, この規定を補足して, KJHG (SGB ) は, あらゆる一身上に関わる業務にかかる情報保護規定を設けており, 情報保護の範囲は, 細部にわたって広がっている。Peter-Christian Kunkel, Grundlagen des Jugendhilferechts 4. Auf, 2001, S. 25
- 110) Peter-Christian Kunkel, a. a. O (109) S. 19, 33.
- 111) 【§8KJHG】訳出は, 岩志・鈴木・高橋・前掲(107)による。

「第1項 児童ならびに少年は, その発達の段階に応じ, 自己に関するすべての公的  
少年援助の決定に参加されなければならない。児童ならびに少年は, 行政手  
続および家庭裁判所, 後見裁判所ならびに行政裁判所の手続における自己の  
諸権利について適切な方法で教示されなければならない。

ドイツ親子法における子の意思の尊重(1)(佐々木)

第2項 児童ならびに少年は、すべての教育および発達事項について、少年局に相談する権利を有する。

第3項 児童ならびに少年は、緊急状態ならびに紛争状態のために助言を必要とするときは、身上配慮権者への通知によって助言の目的が達せられない場合限り、身上配慮権者に知られることなく助言を受けることができる。」

112) 少年局がこの二重の機能を担うことに対する危惧として、ミハエル・ケスター(岩志和一郎訳)・前掲(98)305頁を参照。

113) 【§50KJHG】訳出は、岩志・鈴木・高橋・前掲(107)による。

「第1項 少年局は、児童ならびに少年の身上配慮に関するすべての措置について後見裁判所ならびに家庭裁判所を支援する。少年局は、非訟事件手続法第49条ならびに49条 a 所掲の後見裁判所ならびに家庭裁判所の手続に協力しなくてはならない。

第2項 少年局は、とくに提供されかつ実施された給付について情報を提供し、児童若しくは少年の発達についての教育的ならびに社会的見解を示し、援助の新しい可能性を指摘する。

第3項 少年局が、児童若しくは少年の福祉の危険の回避のために裁判所の活動が必要と考えるときには、少年局は裁判所の介入を依頼しなくてはならない。

第2項を準用する。」

この協力の概念について、裁判所の手続協力に関する少年局は、裁判所の支援機関ではなく、手続内において独自の任務の担い手として裁判所に対する独自の地位を占めるとされる。BT-Drucks. 11/5948. S. 47; Kerstin Strick; in Dieter Schwab, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 4. Auf, 2002, S. 2295.

114) 【§49aFGG】(仮訳)

第1項 家庭裁判所は、民法典の次の規定による決定の前に、少年局を意見聴取する。

1. 成年要件の免除(第1303条2項)
2. 婚姻確認のための同意の補充(第1315条1項3文後段)
3. 養育人への親の配慮の諸事務の委譲(第1630条3項)
4. 身上配慮の行使の際の父母の補助
5. 自由の剥奪を伴う収容(第1631条b, 1800条, 1915条)
6. 子の引渡し、養育人または父母の一方ならびに交流権者からの引き離し(第1632条1項, 4項, 第1682条)
7. 子との交流(第1632条2項, 第1684条, 1685条)
8. 子の福祉の危険(第1666条)
9. 父母の別居の際の親の配慮(第1671条, 1672条2項)
10. 親の配慮の停止(第1678条2項)
11. 父母の一方の死亡後の親の配慮(第1680条2項, 1681条)
12. 剥奪後の親の配慮(第1680条3項)

第2項 家庭裁判所は、子が当事者の家庭で生活しているときは、婚姻住居の引き

渡しに関する手続(民法第1361条b)または暴力保護法第2条による手続において、少年局を意見聴取しなければならない。

第3項 第49条3項および4項を準用する。

115) なお、本稿では特段に掲げないが、FGG49条において後見裁判所における少年局の意見聴取が、KJHG51条では後見裁判所の養子縁組手続における助言と教示が、KJHG52条では少年裁判所の手続への協力が、それぞれ規定されている。

116) Peter-Christian Kunkel, a. a. O (109), S. 145.

117) BT-Drucks. 13/4899 S. 133.

118) 【§52FGG】(仮訳)

第1項 子の身上に関する手続において、裁判所は、できる限り早期に、かつ手続の如何なる段階においても、当事者の合意を得るように努める。裁判所は、当事者をできる限り早期に意見聴取し、特に、親の配慮及び親の責任の実行のための合意案の作成について、少年援助の担体の相談及び相談業務による相談の可能性があることを指示する。

第2項 これが子の福祉にとって不利益な遅滞につながる限り、裁判所は、次の場合に手続を中断する。

1. 当事者が、既に、裁判所外の相談を求めているとき、又は
2. 裁判所の自由心証により、当事者の合意形成の見込みがあるとき；この場合において、裁判所は、当事者に、裁判所外の相談を求めるように忠告する。

第3項 第2項の場合において、裁判所は、手続対象に関する仮処分を職権により命令することができる。

119) Bassenge/Herbst/Roth, a. a. O (67) S. 38.

120) Bassenge/Herbst/Roth, a. a. O (67) S. 260.

121) Peter-Christian Kunkel, a. a. O (109), S. 13.

122) 【§1666BGB】訳出は、岩志・前掲(49)による。

「第1項 親の配慮の濫用的行使、子の放置、父母の責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とき、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処置を行わなければならない。

第2項 財産配慮を有する者が子に対する扶養義務もしくは財産配慮に関連する諸義務に違反しているときに、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、通常子の財産が危険にさらされているとみなされる。

第3項 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。

第4項 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。」

123) 8条に定める「決定」とは、児童ならびに少年の事実状況、法的状況に関するあらゆる事項に関わるものと理解される。Strick; in Dieter Schwab a. a. O (113) S. 2201. 児童ならびに少年の発達状況に応じてのみ参加が可能である。この発達状況の判断の際には、裁判

手続に関する規定(例えば FGG59条が定める14歳)を参考とすることが重要となる。SGB 9条では行政手続の非公式性が掲げられているために、子の参加が行われない中で少年局の決定を違法とはいえないものの、SGB 20条の職権探知主義に基づき、子に関する決定に子が有する全ての見解を持ち込む義務があり、未成年者の願望、態度、性等が聞かれ、考慮される。Peter Mrozynski, SGB Kinder-und Jugendhilfe Kommentar. 4. Auflage, 2004, S. 41.

- 124) 8. Jugendbericht. BT-Drucks. 11/6576. S. 88. この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。Strick.; in Dieter Schwab, a. a. O (113) S. 2201.
- 125) Karl Späth, a. a. O (8) S. 65, 66.
- 126) 8. Jugendbericht. BT-Drucks. 11/6576. S. 88.
- 127) 【§17Abs.2KJHG】訳出は、岩志・鈴木・高橋・前掲(107)による。

「別居もしくは離婚の場合に、父母は、当該児童もしくは少年の適切な参加のもとで、親の配慮を実行するための合意案を作成することについて、支援されなければならない。なお、この案は、別居若しくは離婚後の親の配慮に関する裁判官の決定の基礎として役立てることもできる。」

KJHG17条以下によると、助言支援を求める権利は通常は親が持っていると考えられる。Strick; in Dieter Schwab, a. a. O (113) S. 2215. 申立に際して、少年局相談課との最初のコンタクトの中で、子との関係性の構築が特に配慮されなければならない、子の視点と希望が聞き出されなければならないとされる。子の利益を害するような親が相談を申し立てた場合に、相談状況は困難をきたし、少年局の子の福祉に向けた活動が十分に発揮されない危険があるためである。Ulrich Gerth, Kinder als Subjekte-Herausforderung für die Trennungs-und Scheidungsberatung, Kind-Prax, 2001, S. 76.

- 128) 【§1626Abs.3BGB】訳出は、岩志・前掲(49)による。

「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。子が結びつきを有する他の者との交流についても、その結びつきの維持が子の発達にとって有益であるときには、同様である。」

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項の交流権に関する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.

- 129) ドイツにおいては BGB 制定以来、交流権(日本におけるいわゆる面接交渉権)に関する明文規定を持っている。連邦憲法裁判所の判断によれば、親には、たとえ配慮権者でなくとも交流権が基本法上保障されているとする。BVerfG NJW 1993 S. 2671.

一方、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)。なお、1996年2月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。

- 130) 交流権の法的性質について、ドイツでは従来から議論されてきたところであり、そこでは親の自然権とする見解が支配的であるとされていた。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、親の自然権とそれに結びついた親の責任から生ずるとされる。BVerfGE64, Beschluss ES vom 31. Mai 1983, S. 180, S. 188.

通説として親の自然権説を紹介するものとして、Thomas Rauscher, Familienrecht, 2001, S. 767ff. Rauscher も交流権を GG6 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奉仕するように交流権も義務との結合を示し、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。

この親の自然権説は、基本法の価値判断から由来するものである。基本法 6 条 2 項の中では、子を養育する親の自然権と親の義務が課せられている。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の保護は、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評価できる行為のためにだけ授けられるべきであるとする。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)であるとされる。BVerfG Beschluss v. 29. 7. 1968, FamRZ1968, S. 578.

また、児童の権利条約が第 9 条 3 項において、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も関連して、子自身が親と交流する権利を有するという見解が主張され、この流れを改正法に反映している。

- 131) 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。Thomas Rauscher, a. a. O (130), S. 767. 771.

- 132) 【§18Abs.3KJHG】訳出は、岩志・鈴木・高橋・前掲(107)による。

「児童ならびに少年は、民法典第1684条1項の交流権の行使に際して、助言と支援を求める権利を有する。児童ならびに少年は、同1684条ならびに1685条の定めに従って自分との交流について権利を有する者が自分の福祉のために交流権を行使することについて、支援されるものとする。親、その他の交流権者ならびに子を手に置いてあるものは、交流権の行使に際して助言と支援を求める権利を有する。子の個人的生活状況に関する情報を求める権限、交流接触の設定、裁判若しくは合意による交流の取決めの実行に関しては、仲介が行われ、また相当な場合には介添えが行われるものとする。」

FGG52条や52条a3項3文が示すように、交流権の行使に関する裁判所の裁判よりも少年局による紛争解決支援が優先されている。Strick; in Dieter Schwab, a. a. O (113), S. 2225.

- 133) Schwab a. a. O (94) S. 324ff; Strick; in Dieter Schwab, a. a. O (113), S. 2226; Mroczynski, a. a. O (123) S. 101. なお、交流権の調整と手続保護人の職務の関係については、次稿にて検討する予定である。

- 134) 【§33Abs.2FGG】(仮訳)

ドイツ親子法における子の意思の尊重(1)(佐々木)

物もしくは人が引き渡されるべきとき、物が提出されるべきとき、又は有形力無くして命令が実現できないときは、裁判所の特別処分に基づき、第1項に従い決定された強制手段にかかわらず、有形力も行使することができる。子に対する有形力の行使は、交流権を行使するために子が引き渡されるべきときには、許されない。執行機関は、必要な場合には、警察執行機関の支援を求める権限を有する。この費用は、義務者の負担となる。物、又は人の所在が明らかでないときは、裁判所は、その所在について宣誓に代わる保証をなすことを義務者に勧告することができる。ZPO(民事訴訟法典)第883条2項ないし4項、900条1項、901条、902条、904条ないし910条及び913条の規定を準用する。

- 135) Thomas Rauscher, a. a. O (130). 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、その際には子の意思、つまりその子が真にその親と会いたいという意思、願望が重要とされることにも注目すべきである。
- 136) Schwab. a. a. O (94). S. 324. 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。Rauscherも同様の見解をとる。Thomas Rauscher, a. a. O (130). S. 782; なお、Rauscherによれば、例えば、親族や教師等の個人や、民間の第三者機関及び少年局の職員等を挙げているが、その調整については裁判所の任務であるとする。
- 137) その後、今日における教育施設の先駆けとして、救護所の設立があり、例えば、1823年にワイマールにおいて Falk が、1833年にハンブルグにおいては Johann Hinrich Wichern が、これを設立した。ブランケンブルグやチューリンゲンでは、1840年に Frobel によって初めて幼稚園が設立され、1860年には少年団体等が開設された。Peter-Christian Kunkel. a. a. O (109) S. 11.
- 138) Peter-Christian Kunkel. a. a. O (109) S. 11.
- 139) 公的青少年援助と民間の青少年援助の協力関係については、KJHG4条が規定している。  
【§4KJHG】訳出は、岩志・鈴木・高橋・前掲(107)による。  
「第1項 公的青少年援助は、若者およびその家族の福祉のために、民間の青少年援助とパートナーとして協力するものとする。その際、公的青少年援助は、目的設定および任務の遂行ならびに組織構造の形成に関する民間の青少年援助の独立性を尊重しなければならない。  
第2項 民間の青少年援助の承認された担体によって、適当な施設、サービスおよび行事が営まれ、または適時に準備される可能性がある場合に限り、公的青少年援助は自らの措置を見合わせなければならない。  
第3項 公的青少年援助は、本編の定めるところに従って民間の青少年援助を助成し、またその際、様々な形態の自助を強化しなければならない。」
- 140) 青少年援助法が定める援助の職務に関する責任は、公的青少年援助の担い手が負うとされている(§79Abs.1 KJHG)。
- 141) 岩志訳を参考とする。ミヒヤエル・ケースター(岩志和一郎訳)・前掲(98)参照。

- 142) 岩志訳を参考とする。ミヒヤエル・ケースター（岩志和一郎訳）・前掲(98)参照。なお、BAFM の活動詳細については、<http://www.bafm-mediation.de/> を参照（2005.11.25 サイト確認）。
- 143) 例えば、<http://www.ehe-familie-lebensberatung.de/>、サイト内を参照（2005.11.25 サイト確認）。
- 144) ZPO614条 1 項から5項によれば、婚姻共同生活回復の訴えの場合や離婚申立の場合にも適用される。
- 145) なお、カールスルーエ婚姻相談所における助言・相談員として、家族メディーエーションを専門とする者以外にも、神学、心理学、法学の専門家、医師及び治療師等も携わっている <http://www.eheberatung-karlsruhe.de/>（2005.11.25 サイト確認）。
- 146) ミヒヤエル・ケースター（岩志和一郎訳）・前掲(98)309, 310頁を参照。
- 147) 詳細については、<http://www.bafm-mediation.de/> を参照（2005.11.25 サイト確認）。概略としては岩志・前掲(11)37頁を参照。
- 148) Hannelore Diez, Heiner Krabbe, C. Sabine Thomsen, Familien-Mediation und Kinder-Grundlagen. Methodik. Techniken. 2002, S. 5.
- 149) Diez/Krabbe/Thomsen, a. a. O (148) S. 41f.
- 150) Rudolf Schröder, (98) S. 17ff.
- 151) Diez/Krabbe/Thomsen. a. a. O (148) S. 41.
- 152) Diez/Krabbe/Thomsen. a. a. O (148) S. 45.
- 153) Diez/Krabbe/Thomsen. a. a. O (148) S. 50.
- 154) Diez/Krabbe/Thomsen. a. a. O (148) S. 56.
- 155) Diez/Krabbe/Thomsen. a. a. O (148) S. 63.
- 156) Diez/Krabbe/Thomsen. a. a. O (148) S. 45.
- 157) Diez/Krabbe/Thomsen. a. a. O (148) S. 45, 167ff. なお、ジェノグラムとは、家族問題に関する臨床場面でよく利用されるもので、ケース記録に必要な情報整理等に活用される家系図である。
- 158) Diez/Krabbe/Thomsen. a. a. O (148) S. 48, 96ff.
- 159) Diez/Krabbe/Thomsen. a. a. O (148) S. 49, 50.
- 160) Diez/Krabbe/Thomsen. a. a. O (148) S. 55, 107ff.
- 161) Diez/Krabbe/Thomsen. a. a. O (148) S. 60.
- 162) Diez/Krabbe/Thomsen. a. a. O (148) S. 61.
- 163) Diez/Krabbe/Thomsen. a. a. O (148) S. 63.
- 164) Diez/Krabbe/Thomsen. a. a. O (148) S. 64.
- 165) Diez/Krabbe/Thomsen. a. a. O (148) S. 65, 134.
- 166) Nürunberger Familienmediationstag 2005 Fachtagung am 19. 11. 2005 Forum. 2 において、「子がいない家族メディーエーション? メディーエーションへの子の関与」との論題の下で、子が家族メディーエーションの各過程において参加できるように議論が行われている <http://www.bafm-mediation.de/>（2005.11.25 サイト確認）。
- 167) Rudolf Schröder, a. a. O (98) S. 121ff.

- 168) 監護者決定基準として親子の心理的結びつきという主観的要素を子の意思と区別して捉えているものとして野田愛子「子の監護をめぐる紛争と子の意思 Desire ないし選択 Preference」『家族法実務研究』(判例タイムズ社, 1988年) 230頁。
- 169) 別居中の妻から夫に対する監護者指定, 子の引渡しを求めた事案で, 8歳と9歳の子が養育に強引に介入した祖母の言葉を信じて母を嫌っており, 引渡し及び監護者指定は認められないが, 子の人格形成上, 母との面接交渉を認めた岡山家審平 2.12.3 家月43巻10号 38頁, 11歳の子につき意思能力のない当時から監護していた子の叔父夫婦に対する監護権者たる実母からの子の引渡し事案で, 実母に対し嫌悪と畏怖の念を叔父夫婦が刷り込んできたことを鑑みて, 監護権者の監護に服することに反対する旨の子の意思は自由意思に基づくものではないとし, 引渡しを認めた最判昭 61.7.18 民集40巻5号991頁等が挙げられる。
- 170) この自由意思という表現は, 大審院判決の時から用いられており, 子の引渡し請求事件において子の自由意思による滞留を尊重し, それを十分に考慮することによって引渡し請求の決定の可否を判断する判例理論が踏襲されている。例えば, 大審院大正 12.11.29 判決民集 2 巻642頁の親権に基づく子の引渡し請求事件では, 「死デモ鬼ノ様ナメ方ニ八帰ヲヌ」と一審で哀願した子の意思を尊重し, 「芸者ニ売り飛バス積リ」等と放言した養父Xの引渡しを認めなかった。子の自由意思による滞留を尊重する趣旨は, 戦後も引き継がれている。ただし, 意思能力の有無に対して10歳程度を一応の基準とされていることと, 子の意思以外にも現在の監護状態の子の福祉との合致性(人身保護請求における拘束の違法性に関連して)等も考慮されることに注意しなければならない。
- 171) Michael Coester, a. a. O (62), S. 264ff; Thomas Rauscher, a. a. O (130), S. 657.
- 172) Michael Coester, a. a. O (62), S. 264. Coester は, 操作を受けた子の保護が中心的意義をなすとしている。
- 173) Michael Coester, a. a. O (62), S. 265.
- 174) KG FamRZ 1983, S. 1159, 1161; なお, H. Luthin によれば「信頼のおける環境」での意見聴取の作用それ以上に重要なものは会話の雰囲気であると述べている。FamRZ1983, S. 528.
- 175) Brundermüller in: Dieter Henrich, a. a. O (67), S. 1812.
- 176) Margarethe Bergmann, a. a. O (80), S. 78ff.
- 177) 1982年には既に, 裁判官による意見聴取は, 特に幼児に対して直接的な精神的負担を与えるものを意味し, 子の福祉と調和せず, それ故, 法的に制限されなければならないという危惧が示されていた。1987年に連邦政府の指示の下で, 児童精神科医 Reinhart Lempp は, この問題に対する調査結果を報告しており, その中で裁判官の意見聴取による子の福祉への危惧が論証された。しかし, 配慮権手続における子の意見聴取という絶対的義務はその後も維持され, 判決の中でも多く承認されるに至る。ここから Lempp の「子の意見聴取に関する裁判官への助言」は今日も未だ一般的に採り入れられず, 実施されていないことが指摘されている。Astrid Fricke, Anhörungen von Kindern im Familiengericht, Kind-Prax 1999 S. 191.
- 178) Margarethe Bergmann a. a. O (80) S. 82.



- 179) Astrid Fricke, a. a. O. (177) S. 191ff.
- 180) Astrid Fricke, a. a. O (177). S. 191.
- 181) Astrid Fricke, a. a. O (177). S. 193.
- 182) Astrid Fricke, a. a. O (177). S. 193.
- 183) Engelhardt in: Keidel/Kuntze/Winkler, a. a. O (67), S. 1190.
- 184) Steindorff-Classen, a. a. O (8). S. 28.
- 185) 1896年, ベルリンにて「子の弁護士 (Der Kinder-Advokat)」という教育学に関する著作が既に発表されている。Steindorff-Classen, a. a. O. (8) S. 28.
- 186) Bassenge/Herbst/Roth, a. a. O (62) S. 32. 「行政機関である少年局職員が, 少年援助委員会構成員と同様, 社会全体に対する児童ならびに少年のための弁護士機能を有する」とする。
- 187) これは今日における公的青少年援助の役割に繋がるものと評価される。§§1, 2KJHG を参照。
- 188) Steindorff-Classen, a. a. O (8). S. 28.
- 189) Steindorff-Classen, a. a. O (8). S. 29.
- 190) Matthias Frommann, Die Wahrnehmung der Interessen Minderjähriger 1977, S. 142ff.
- 191) 原文によれば, Sachwalter »objektiver« Kindesinteressen とある。objektiv の訳語としては「客観的な」かもしれない。おそらくツェンツが言わんとしていることは, 子の利益代理人を「裁判官の助手的存在 = つまり, 子の要求を職権的調査として大人の目から見て判断するだけの存在」か, それとも「子の要求を直接に審問した上で, それを子の立場も踏まえた上で適切な形で裁判手続に反映させる存在」かということと比較していると筆者は判断する。子の要求は子自身の主観的事項ゆえに, 大人が判断した上での子の利益の模索, つまり「客観的な」という語は邦訳では適切ではないとした上での記述である。
- 192) Gizela Zenz, Kindesmisshandlung und Kindesrechte, 1977, S. 148f, 414f; Steindorff-Classen, a. a. O. (8) S. 29. より。
- 193) <http://www.ev-akademie-boll.de/> (2005.11.25 サイト確認)
- 194) Ingeborg Schwenzer, Der Anwalt des Kindes-Bericht über die Tagung der Evangerischen Akademie Bad Ball vom 15. -17. 4. 1983. FamRZ 1983, S. 974.
- 195) Steindorff-Classen, a. a. O (8), S. 31.
- 196) AG Mönchengladbach-Rhydt, FamRZ1985, S532; AG Mönchengladbach-Rhydt, FamRZ 1986, S. 389; なお, メンフェングラートパッハ区裁の1985年11月23日決定では, 配慮権手続における14歳未満の子の訴訟費用扶助の承認と配慮権手続内の「子の弁護士」の付き添いに関して言及している。
- 197) Luthin, FamRZ1986, S. 391, FamRZ1986, S. 116.
- 198) BVerfGE24, Beschluß, ES, vom29. Juli, 1968, S. 119ff.
- 199) Deutscher Bundestag, 12. wahlperiode, Protokoller 9. Sitzung vom 21. 2. 1991, S. 444f; Steindorff-Classen, a. a. O (8). S. 33. より。
- 200) これに平行して, 1992年秋に第22回ドイツ少年裁判所会議は, 少年刑事事件の範囲内で青少年と年長子の必要な弁護の原則を拡大させることを要求している。

ドイツ親子法における子の意思の尊重(1)(佐々木)

- 201) Steindorff-Classen, a. a. O (8), S. 34.
- 202) Steindorff-Classen, a. a. O (8), S. 34. なお, Steindorff-Classen は, フランス法における子の利益代理制度との比較分析を行っている。フランスでは, 児童の権利条約批准以後の子の弁護士論議を受けて, 1993年1月8日の家族法改正により, 裁判所における子の意見聴取と利益代理に関する法規定ができています。Steindorff-Classen, a. a. O (8), S. 170ff. Caroline Classen, Der Kinder-und Jugendanwalt in Frankreich-eine Idee auf dem Vormarsch; in Ludwig Salgo, Der Anwalt des Kindes, 1996, S. 355ff.
- なお, 2004年家族 社会と法 学会シンポジウム内における床谷文雄教授の質問に対する水野紀子教授の回答・前掲文献(11)149, 150頁も参照。
- 203) BVerfGE 72 Beschluß, ES vom 18. Juni 1986, S. 122f; この事案において連邦憲法裁判所は, 法定代理人が利益相反のために未成年者の憲法訴訟の提起を妨げるあらゆる手続に対して, BGB1909条 1項 1文の類推適用によって, 未成年者のための補充保護人(Ergänzungspfleger)の選任を要求した。ただし, ここでは手続における客観的な子の福祉利益の確保のための追加的な対策が念頭に置かれていたのであって, 手続に対する未成年者の個人的影響力の強化は問題とはしていない。
- 204) Ludwig Salgo, a. a. O (202) S. 562. タンデムとは, 前後に二人乗りのできる自転車や, 二頭引きの馬車などを指す。つまり, 各学問の専門性のタンデム(二元的代理)が必要だと Salgo は考えていた。
- 205) Ludwig Salgo, a. a. O (202) S. 191, 192. なお, 現在のイギリスにおける子の手続代表の役割を担う CAF/CASS の専門スタッフについて, 南方暁「イギリスの家事事務処理手続と担い手の構成 合意形成援助と CAF/CASS 」前掲文献(11)38頁以下, 同シンポジウムにおける床谷文雄教授の質問に対する南方回答・153, 154頁を参照。Salgo は, 子の手続代表についてアメリカ法との比較も行っているが, 現在のアメリカ法における Guardian Ad Litem と CASA については同シンポジウムにおける小林正夫氏の回答・前掲文献(11)154, 155頁を参照。
- 206) 私見では, Ludwig Salgo は, 子の福祉原則を基調とした上で, より一層の子の法的地位の向上を目指していたと考えられる。
- 207) 「子の弁護士(Kindesanwalt, Anwalt des Kindes)」という表現は, 1998年改正法後も手続保護人(Verfahrenspfleger)の通称という形で用いられている。ただし, FGG50条の手続保護人の職務について明確には規定されているとはいえ, 実務上混乱が生じている現状もあることから, この表現を用いることには Salgo が述べるように, あまりにも表現としては抽象的であったかもしれない。
- 208) Steindorff-Classen, a. a. O (8), S. 35.
- 209) 【§ 1632Abs.4BGB】訳出については, 岩志・前掲(49)による。
- 「子が相当長期間家庭養育で生活してきている場合において, 父母が養育人から子を引き離すことを希望するときには, 引き離しによって子の福祉が危険にさらされると思われる場合に限り, 家庭裁判所は職権または養育人の申立に基づき, 子を養育人のもとに留めることを命ずることができる。」
- 210) 2000年ベルリン・ブランデンブルグ家庭裁判所の手続保護人選任の事案の調査報告によ

れば、主に Leutheusser-Schnarrenberger が表明した事案が対象となっている。この調査報告については、Walter, E. *Anwalt des Kindes Abgrenzungen*. In *Evangelische Akademie Bad Boll, Anwalt des Kindes. Tagung vom 9. bis 11. Februar 2000*. S. 116ff.; Rainer Balloff/Manuela Stoetzel *Verfahrenspflegschaft nach § 50 FGG aus der Perspektive des Kindes*, *Kind-Prax* 2002. S. 48ff. これに加えて、Leutheusser-Schnarrenberger は、児童虐待、性的虐待を理由とする虐待親の刑事告発手続も列挙していた。なお、この手続保護人選任に関する調査報告については、次稿の中で紹介する。

- 211) 12条は、例えば、本稿で取り上げている司法上の意見聴取のみならず、学校や社会生活等、非常に広範な分野を包含しており、子のあらゆる生活領域に対して重要な意義を有する。
- 212) Ludwig Salgo, a. a. O (83), S. 179.
- 213) Ingrid Baer, *Verabschiedung des UN-Übereinkommens über die Rechte des Kindes im November 1989 in New York-Welche Änderungen des bundesrepublikanischen Rechts waren bei Ratifizierung der Konvention notwendig?* *FuR*1990. S. 194. 195.
- 214) *BT-Drucks.* 13/4899. S. 129.
- 215) *BT-Drucks.* 13/4899. S. 130.
- 216) 2. *Staatenbericht zur Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention*. S. 48, 49, 63, 64.  
<http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Abteilung5/Pdf-Anlagen/PRM-6112-2-Staatenbericht-zur-Umsetzungun.property=pdf.pdf> (2005. 11. 25 サイト確認)
- 217) Leutheusser-Schnarrenberger, *Verbesserung der Stellung Minderjähriger*, 1995, S. 323.; *Steindorff-Classen*, a. a. O (8). S. 36 より
- 218) *Steindorff-Classen*, a. a. O (8). S. 37.
- 219) *BR-Drucks.* 180/96.
- 220) 【§ 1909BGB】(仮訳)
- 第1項 親の配慮または後見に服している者は、親または後見人がその処理に支障を受けている諸事務について、これに保護人を付する。親の配慮または後見に服している者は、特に、被相続人が遺言処分により、また出捐者が、出捐のときに親または後見人が財産管理すべきでない旨を指定したときは、死亡により取得した、又は無償で受けた財産の管理について、これに保護人を付する。
- 第2項 保護が必要であるときは、親または後見人は、後見裁判所にその旨を遅滞なく請求しなければならない。
- 第3項 後見開始の要件を満たしているにもかかわらず後見人がまだ選任されていないときについても、保護を命じることができる。
- 221) *BT-Drucks.* 13/4899. S. 129ff.
- 222) *BT-Drucks.* 13/4899. S. 162.