

ミヒャエル・ケスター ドイツにおける家庭内暴力と子どもの保護

佐々木 健(訳)*

目 次

- . 問題提起
- . 子どもの保護法で重要となる暴力の現れ方
- . 国家による子どもの保護の原則及び機関の詳細
- . 決定的かつ根本的な問題：家裁裁判官と少年局職員
の養成と継続的な教育，ならびに双方の機関の人的要素の向上
- . おわりに

. 問題提起

ドイツ憲法（基本法第1条 19条）が定める人の保護は，子どもと同じように，大人を対象としている；これは，刑法上の人身の保護についても同じである¹⁾。しかし，子どもの特別な保護の必要性和傷つきやすさからは，それ以上に，その特別な生活状況に配慮した保護を考慮した事前の対策が必要となる。これは，全ての法領域で共通してみられることであり，それは，第一に憲法では父母に子どもに対する責任を負わせ，次に国家共同社会が親の義務履行につき監視する（基本法第6条2項）と定めている（基本法第6条2項 5項）。一般刑法（刑法第174条以下），公法ならびに労働法もまた，児童と青少年のために，特別に数多くの保護規定を設けている。しかし，規定の中心的主題となるのは，家族法における子どもの

* ささき・たけし 札幌学院大学法学部准教授

1) 刑法，とりわけ第211条から第241条まで。

保護であり、そして暴力からの子どもの保護は、古典的な中心的テーマである。この保護は、主体に関わるものである。すなわち、完全なる人格としての子どもの対象としており、父母の一方か、双方か、他の家族構成員か、第三者か、誰が子どもを脅かしているのかは、同じである²⁾。

家族法における子どもの保護の中心に、民法第1666条及び1666条aの一般条項がある³⁾。この規定は、基本法第6条2項2文に定められた国家の監督局(Wächteramt)を法律上、本質的に体现するものであるが、これを体现する唯一無二のものではない：つまり、家族法での子どもの保護の手がかりは、とりわけ社会法(SGB)や公法にわたる幅広い保護・援助システムに埋め込まれている。本稿は、暴力からの保護という特別な視点の下で、これら全ての法体系と問題の現状をテーマとする(本稿、)。はじめに、基本的現象の形態につき、「子どもに対する暴力」の現象を詳しく区分し、この特別な法的问题を端的に示す(本稿)。

・子どもの保護法で重要となる暴力の現れ方

1. 児童虐待

子どもに対する親の暴力は古い現象であるが、現代においても重大な意味を有している。暴力は、子どもに狙いを定めた攻撃的な表現といえる；しかし、この暴力が単にコントロールできない激情による行動にすぎない、又は父母が仕事もしくは社会生活の中で溜め込んだフラストレーションの解消や攻撃の身代わりの、子どもが犠牲となっていることがしばしばある⁴⁾。このような親の態度は、通常、一回限りの行為ではなく、繰り返し

2) 第三者に対する自身の暴力行為からの子どもの保護については、 .7.8以下を参照。

3) *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht (6. Aufl. 2010) § 5 Rn. 50, 51 を参照；補足規定は、§ 1631 II, 1631b, 1631c, 1632 IV, 1682, 1684 IV.

4) 基本的には *Zenz*, Kindesmisshandlung und Kindesrechte (1979) 55 ff, 183 ff; *Rotax*, FPR 2001, 251 ff. も参照。

行われる、破綻した人格又は病的な社会関係の表れである⁵⁾。国家介入の糸口が、根本的に、これらの暴力問題の治療に向けられなければならないのは当然である。

子どもに対する身体的暴力は、子どもの情緒面で深刻なダメージを与えることにつながるのが常である。したがって、さらなる暴力からの子どもの保護と同時に、子どもが受けたトラウマの克服のため、常に精神療法的な援助が考慮されなければならないのである⁶⁾。もっとも、この旨を定める法規定は存在しない。しかし、子どもの法的保護は、例えば子どもへの集中的な侮辱又は威迫という純粋な心理的暴力にも制限なく認められる。

権利の保護の客体は、「子ども」である；この私法上の存在は、民法第1条に基づき、「出生により」始まる。しかし、人の生命は、既に精子と卵子の結合から憲法上の基本権保護の下にある。胚でさえ、妊婦の誤った行為（例えば、喫煙・飲酒・麻薬）などにより、著しく害されることがある。家族法上の子どもの保護が胚にも及ぶかどうか、そして及ぶならばどの程度まで及ぶのかという議論は、ドイツ法において、まだ始まったばかりであり、未解決の問題点もなお残されている。母の個人的行動の自由に対する母胎における人の生命の保護は、これから考慮しなければならない⁷⁾。

2. 教育手段としての暴力

子どもに対する全く別のタイプの暴力として、教育目的を達成するため

5) *Maywald*, FPR 2003, 299 ff, 301.

6) *Kindler/Salzgeber/Fichtner/Werner*, FamRZ 2004, 1241, 1243 f.

7) 連邦司法省作業部会 „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – § 1666 BGB“, 2009年7月14日の最終報告書7頁, 32頁以下を参照。(要約については, ZKJ 2009, 452; 全文は http://www.bmj.de/files/-/3908/Abschlussbericht_Kindeswohl_Juli_2009.pdf). この問題提起については *Gernhuber/Coester-Waltjen* (前掲注3) § 57 Rn. 112-114; *Staudinger/Coester*, BGB (2009) § 1666 Rn. 24. も参照。

に(例えば、殴打、監禁、屈辱的な扱いによって)、身体的又は情緒的苦痛を意図的に加えることが挙げられる。制定当時の民法は、教育に必要な限りで、父に「適切な懲戒手段」をも認めていた(1900.1.1施行・民法第1631条2項1文)⁸⁾。数回にわたって一歩ずつ進められた法改正の後に、今日のドイツ法は、子どもに対するあらゆる暴力の影響を排除している(2000.7.6施行・民法第1631条2項1文)。これに伴い、教育的暴力は(上述1の)児童虐待と同視され、教育目的は家族法上も刑法上も違法性阻却事由に当たらない⁹⁾。たしかに、民法第1631条2項に定める暴力の禁止は、家族法上のサンクションへ直接には結びつかないが、規定の中心は、アピールの性質にある。それにもかかわらず暴力の禁止は、例えば父母が別居や離婚により配慮権を争うとき(民法第1671条2項2文)、例えば教育により適した父母の一方を選ぶ際に、間接的な効果をもちうる。

3. 異文化圏からきた家族における暴力

異文化圏から移住してきた家族は、ドイツにおいても、彼らが出身国で過ごしてきた風習や習わしに基づいた家族生活を引き続き営むことがしばしばある。特にイスラム教家族、トルコ人家族ないしアフリカ人家族の場合には、そもそも男子以上に厳格に教育される少女に対して、親の教育上の命令又は禁止への違反に対する制裁として行われる暴力が、頻繁に問題となる。しかし、宗教的儀式とおぼしき行為における暴力、特に少女の割礼もまた、大きな問題を意味する。これは、ドイツにおいて「違法」に行われるか、又は少女をこの目的のため、例えば、「祖父母に会うため」とカモフラージュして家族の本国へ一時帰国させることで行われる。これらのいかなる場合においても、法状況は明確である：つまり、国際私法上、

8) *Staudinger/Engelmann*, BGB (1. Aufl. 1899) § 1631 Anm. 5.

9) *Staudinger/Salgo*, BGB (2007) § 1631 Rn. 73, 76 ff; 個々の認められる措置と認められない措置の境界については、*Coester*, *Elterliche Gewalt*, in: *Festschr. D. Schwab* (2005) 747 ff.

子どもの保護のために、子どもの常居所法、したがって、たとえ子どもが外国に一時滞在するとしても、上述の原則に基づきドイツ法を適用するのである¹⁰⁾。もちろん、ドイツ法の適用及び「子どもの福祉」の決定の際には、家庭生活の宗教的・民族的特殊性が配慮されうるものの、子どもの権利を重大に侵害する場合には、これらを配慮するにも限界がある。個々の事案においては軽い平手打ちを良しとしても、強烈なビンタ、又は平手打ちを日常的に行うこと、若しくは割礼のような傷害さえもが認められるのではない。問題は、これらの事象の法的判断にではなく、ドイツ法の効果的な実現とこれらの家族に対する有効な予防的作用にある¹¹⁾。

4. 間接的な暴力体験

前述の意味における暴力は、子ども自身に対して直接に向けられる必要はない。子どもが、家庭内暴力、例えば父母間の暴力又は兄弟姉妹に対する深刻な、又は繰り返される暴力行為の目撃者となるとときには、家庭内暴力は、それ自体が、それを見ていた子どもに対する精神的暴力として影響を及ぼし、子どもの保護に関する措置を要することとなる¹²⁾。

5. 性的虐待

性的虐待もまた、子どもに対する暴力の行使の一つの類型である。この点について、実体法上の問題は多くないが、調査上の問題と立証上の問題、ならびに、いかなる措置によって子どもが効果的に保護されうるかという問題がある。この点ではまさに重大な危険であり、調査及び裁判手続そのものを通じて改めて子どもが激しく傷つけられることから、「二次的な子

10) 現在も有効な未成年者保護協定（MSA）は、おそらく、1996年の児童の保護に関する条約（KSÜ）により、2010年には解消される。

11) 問題について、詳細は *Staudinger/Coester* (前掲注7) § 1666 Rn. 162 m. w. N.; 最新のものでは *Uslucan*, ZKJ 2010, 46 ff.; 割礼については *Wüstenberg*, ZKJ 2009, 484 ff.

12) OLG Frankfurt/M FamRZ 2007, 1682, FamRZ 2008, 1554; *Brisch*, Bindung und Umgang, in: 17. DFGT 2007, Brühler Schriften zum Familienrecht Bd. 15 (2008) 89 ff, 107 f.

どもの福祉の危険」と呼ばれている¹³⁾。

6. 第三者による暴力

子どもに対する暴力が第三者によるときには、子どもの保護について、第一に父母が義務を負う：つまり、基本法第6条2項による親の権利から、父母にその権利が生じ、また国家の当該部局に優先して子どもの保護を保障する義務も生ずる（「危険防止の優位性」民法第1666条1項を参照¹⁴⁾）。父母が子どもを保護できないときには、父母は、子どもの保護のために、少年局（Jugendamt）や家庭裁判所に助けを求めることができる。このような場合、又は危険に晒されている子どもを父母双方が効果的に保護しない場合には、家庭裁判所は、危害を加える第三者に対し、直接的に措置を講じることでもできる（民法第1666条4項）。

7. 暴力をふるう青少年

ますます若年化が進む青少年（少年犯罪者）の暴力行為は、ドイツにおいて一層、大きな問題となっている。とりわけ家族法上の教育援助を伴う決定（少年裁判所法第53条）で実施される教育的措置を、矯正的（repressive）刑罰とともに、又はその代わりに命じうる（少年裁判所法第9条以下）ことで、刑法は、青少年犯罪者等の年齢等を考慮している¹⁵⁾。これは、青少年刑法犯からの社会の保護、そして自身に対する、つまり不健全な成長発達からの青少年の保護という、併存する国家介入の目的を示している。国家による措置をより効果的に構成する提言と試み¹⁶⁾は、重要な法改正に未だ結びついていない。

13) *Dettenborn*, FPR 2003, 293, 296; *Staudinger/Coester* (前掲注7) § 1666 Rn. 100.

14) これについては *Gernhuber/Coester-Waltjen* (前掲注3) § 57 Rn. 107.

15) 詳細は *Staudinger/Coester* (前掲注7) § 1666 Rn. 2, 128, 264.

16) 例えば、2006年のバイエルン州の法律提言, BR-Drucks. 296/06; *Ostendorf/Hinghaus/Kasten*, FamRZ 2005, 1514 ff.

8. 暴力行為者へ向けた子どもの教育

最後に、父母が、自らの政治的又は宗教的信条による過激な考え方に基づき、しばしば、一般的な環境から子どもを隔離したうえで（社会的閉鎖）、自らの子どもに対し、狂信者やテロリストになるよう教育する場合も、本稿のテーマに該当する。この場合に家庭裁判所は、暴力からの子どもの保護ではなく、子どもの暴力行為に至る社会的かつ倫理的に誤った発育からの保護のために、介入することができる¹⁷⁾。

・ 国家による子どもの保護の原則及び機関の詳細

1. 概 論

a) 現 行 法

基本法第6条2項2文において子どもの福祉に関する監督を任じられた「国家共同社会」は、家庭裁判所だけに制限されない。とりわけ民法第1666条、第1666条aにおいて、一般条項の形であらゆる種類の子どもの福祉の危険の際に介入する任務、すなわち、必要とあらば父母の意思に反してでも父母を交えて調査を行い、場合によっては適切な保護措置を講ずる任務を、家庭裁判所に担わせている。

しかし、国家の監督機能には、司法権のほかに行行政権も含まれている。第一に、少年局は、少年援助の機関として存在する（法的根拠は社会法典第8編＝児童ならびに青少年の援助に関する法律）。その他にも、少年援助の民間の担い手が様々な形で存在する。公的・少年援助の水準と同様の専門性の質と責任は、少年局との協働に関する契約を通じて、保障されている（特に社会法典第8編第8条2項）。さらに、子どもに携わらなければならない、公共生活に関するその他の機関（特に学校や医療機関）や制度もまた、その職務の範囲で、国家の監督機能に含むことができる¹⁸⁾。

17) *Staudinger/Coester* (前掲注7) Rn. 128.

18) これについては前掲注(4)も参照。

b) 実務上の問題

このような複雑な子どもの保護システムは、かつて、必ずしも十分に機能してはいなかった。家庭裁判所は、通常、少年援助機関のあらゆる助言及び支援措置が失敗に終わった場合に初めて、さらなる暴力から子どもを保護するために介入する（配慮権の剥奪、親子の別居）。そのときには大抵、裁判所には家庭への抑圧的な介入しか残されていない。家庭裁判所の裁判官は、家族法に関する長年の経験ならびに子どもの発達とニーズに関する法律家の学識を超えた知識を、必ずしも持ち合わせているとは限らない。さらには、必要な措置の調査及びその判断のレベルで、家庭裁判所と少年局との関係で互いの不信感や誤解が生じているのもしばしばである。

少年局は、家庭裁判所よりも前に位置付けられる国権の調整機関及び介入機関であり、子どもの福祉の観点から、生活環境に問題があると思われる家族と直接向き合う形で連絡を取る。少年援助は、かつて、ここから生じる保護責任を必ずしも果たしていなかった：この20年間で増加傾向にある重大な児童虐待又は児童殺害事件が、いわば「少年局の監視下で」起きた、すなわち、父母と継続的に少年局が接触してきたにもかかわらず、子どものためになる効果的な保護介入がなかったと、メディアは報じてきたのである¹⁹⁾。少年局の一部の機能不全に対する理由として、とりわけ以下を挙げることができる：

- (1) 旧少年福祉法（JWG）から1990年の少年援助法（社会法第8編）へ移行した後に、少年援助は、もっぱら社会教育学上の家庭支援機能だけで、子どもに関する調整又は保護機能を与えていないとする誤解が広く伝わったこと²⁰⁾。

19) 事件は、犠牲者となった子どもの名前のもとで痛ましいほどに知られている：Kevin, Pascal, Michelle...

20) これについては、第10回連邦政府児童・青少年報告書、BT-Drucks. 13/11368 S. 262, 276; Salgo, ZKJ 2006, 531, 533; Mündler, JAmt 2008, 294, 297.

- (2) 社会教育従事者による援助給付の効果に関する過大評価
- (3) 家庭状況の評価の際に専門的な水準に達していないこと
- (4) 少年局職員の組織的、人的な資源が不十分なこと

しかし結局は、子どもに携わらなければならない他の社会制度を包括的な子どもの保護システムへ含める点でも不十分であることが判明した。学校の教師は、たとえ自分達が生徒の家庭問題の前兆に気づいたとしても、通常、少年局にはその旨を報告しないのである；医者、心理学者、他の専門家達は、その職務上の守秘義務の範囲及び制限について、ないし申告義務の存在に関して、確信を持ってないでいる。

児童虐待及び児童殺害といったセンセーショナルな事件に関するメディア報道に、世間と立法者は震撼した。2005年以後、いくつかの法改正が成し遂げられたが²¹⁾、法改正の要請はなお、他にも残されている²²⁾。その限りでは、2010年1月に連邦政府が改正案を審議にかけた²³⁾、未成年後見法の「暫定的な改正（Vorab-Reform）」が進められている。後見法は、1900年1月1日の民法典施行以来、基本的にほぼ改正されていない、親子関係法における唯一の内容である。そして、メディアで報じられた児童殺害事件のいくつかは、後見下にある子どもが被害者であった。後見法の包括的な改正に切り替えた一部改正では、後見人が定期的に被後見人と直接接すること、そしてこの目的のために後見人1人が扱う後見の件数が（従来の500件という後見件数ではなく、50件の後見件数へ）劇的に減少することを保障するものとしている。この改正を通じて、養育人の効果的な調整が後見人によって可能としている²⁴⁾。

21) 2005年、児童ならびに少年援助の更なる発展のための法律（KICK）；2008年、子の福祉の危険における家庭裁判所の措置の簡易化に関する法律（KiWoMaG）（BGBl 2008 I 1188）；2008年、家事事件及び非訟事件手続に関する法律（FamFG）、2009年9月1日施行（BGBl 2008 I 2586）。

22) これについては特に、2009年作業部会（前掲注7）。

23) 2010年1月8日草案、未公開。

24) この問題については2009年作業部会（前掲注7）38 ff；*Salgo/Zenz, FamRZ 2009, 1378 ff.*

その他, 2010年初めの個々の法政策的議論におけるドイツの子ども保護法の状況については, 以下で, 様々な子どもの保護システムの領域に依じて整理しつつ, 詳しく述べるものとする。

2. 司法上の領域

国家の監督局に関わる司法領域は, 全ての範囲において, 家庭裁判所の管轄である。2009年9月1日施行の家事事務手続改正法²⁵⁾(FamFG)施行以後, かつて後見裁判所が管轄していた領域についても, 家庭裁判所の管轄となった。後見裁判所は, この法改正により解体され²⁶⁾, 「大きな家庭裁判所」という要請が実現している; しかし, 数十年来議論されてきた, 各専門科学の専門家(例えば, 発達心理学者, 医者, 社会教育学者)も裁判官席に座るとされた「非常に大きな家庭裁判所」の要請は実現せず, 今日では話題にもなっていない。

a) 実 体 法

民法第1666条, 1666条 a の中心的規定によれば, 「子の身体的, 知的若しくは精神的福祉」が危険に晒されているときには, 従来から, 家庭裁判所は, 「危険の防止のために必要な」措置をとることができた(民法第1666条1項)。裁判所の介入は, いずれも相当性の原則及び必要性の原則に基づくものである: つまり, 措置は, 子どもの保護のために必要である, すなわち効果的である限りでのみ許され, 必要な措置を超えることは許されない。とりわけ, 問題を抱える家族への社会法上の援助が, 裁判所の介入よりも優先される²⁷⁾。裁判所の介入範囲, つまり「子どもの福祉」概念の正確な定義については, 近年, 多くの議論がなされている²⁸⁾。立法者

25) 前掲注(21)を参照。

26) 後見の範囲での子どもの保護については, 前掲注(23), (24)を参照。

27) 詳細は *Staudinger/Coester* (前掲注7) § 1666 Rn. 211 ff; § 1666a Rn. 4 ff, 9 ff.

28) これについて詳細な分析を行うものとして *Coester, Inhalt und Funktionen des Begriffs der Kindeswohlgefährdung – Erfordernis einer Neudefinition?*, in: Lipp/Schumann/Veit (Herausgeber), *Kinderschutz bei Kindeswohlgefährdung – neue Mittel und Wege?*

は、子どもの保護の改善に関する論議の中で、国家の介入範囲が減縮されるべき²⁹⁾といった散発的な要求には譲歩しなかった。しかし、立法者は、2008年7月4日の子の福祉の措置に関する法律（KiWoMaG）³⁰⁾により、手続法領域と同様に実体法領域で、家庭裁判所による保護を効果的に行うことを試みた。

民法第1666条の要件において、父母（権利濫用、ネグレクト、故障）又は第三者の一定の態様と「子どもの福祉の危険」との関係は、何かに代わることもなく、削除された。父母が子どもを十分に保護しないとき³¹⁾に、裁判所が保護措置をとるには、危険の事実だけで足りるのである。「必要な措置」³²⁾に関して、立法者は、民法第1666条2項において詳細な措置のカタログを作成することで、とりわけ、（今まで、実務上は一般的であった）配慮権の剥奪の前の裁判官による命令に関しても、個々の事案における裁判官の想像力を刺激することを試みた。子どもの危険をできる限り早期に認識し、克服可能とすることを、それぞれの措置が明確に意図している。この措置については、とりわけ、裁判官による父母への命令、少年局との協働、子どもを医師に診察させること、場合によっては治療を受けさせること（民法第1666条3項1号：保健福祉援助の給付）、又は定期的な子どもの学校訪問につき配慮すること（民法第1666条3項2号）等が挙げられる。身体的虐待又は性的虐待の場合には、加害者である父母の一方を家族住居から退去させ（退去命令）、その者に対し、「ストーキング」に対する措置として）一定範囲、子どもに接近することを禁止する可能性もまた重要である。この背景には、家庭内暴力の場合に、犠牲者では

Göttinger Juristische Schriften Bd. 4 (2008), 19 ff; Coester, Der staatliche Eingriff in das Elternrecht, in: 18. Deutscher Familiengerichtstag, Brühler Schriften zum Familienrecht Bd. 16 (2010) 60 ff.

29) この証明については前掲注(28)を参照

30) 前掲注(21)を参照。

31) 詳細は Gernhuber/Coester-Waltjen (前掲注3) § 57 Rn. 104, 105; Coester, Der staatliche Eingriff (前掲注28) 63 ff.

32) 詳細は Gernhuber/Coester-Waltjen (前掲注3) § 57 Rn. 117 ff.

なく、家族から加害者を引き離すべきであるという考え方がある。このような命令は、適切な解釈によって、2008年の法改正前でも可能であったが、必ずしも裁判官らにとって当たり前のことではなかった³³⁾。

その他、新たな措置カタログによって、より慎重でありながらより効果的な子どもの保護をもたらすという立法者の期待がどの程度まで実現されるかは、なおも未解決の問題である。同様に、民法第1666条に基づく家庭裁判所による措置と少年裁判所法に基づく教育的措置のよりよい調和と融合も残された問題である。

b) 手 続 法

子の福祉に関する2008年の法改正は、手続法領域において、2009年9月1日の家事事件及び非訟事件手続に関する法律（FamFG：以下、家事事件手続法と略）へ引き継がれた。裁判所による暴力からの保護については、とりわけ、以下の3つの規定が重要である：つまり、

- (1) 家事事件手続法第155条1項は、「……子どもの福祉の危険に関する手続は、優先的に、かつ、促進して進行しなければならない」と規定している。この優先的という文言は、期日の設定の際に、他の論点を伴う手続を後回しにしなければならないことを意味する。促進という文言は、法律上の命令によって、特に、手続開始後の1ヶ月以内に、父母が直接に出廷しなければならない「早期の第一回期日」を決定させることである（家事事件手続法第155条2、3項）。この規定については、実務上、既に障害と論議が生じているが³⁴⁾、基本的には機能しているように思われる³⁵⁾。その他にも、法律は、仮処分命令の可能性、子どもの利益のもとで望ましい手続促進を幾重にも意

33) 詳細は *Staudinger/Coester* (前掲注7) § 1666 Rn. 231 ff; § 1666a Rn. 25 ff.

34) この議論についてはそれぞれ、*MünchKomm-ZPO/Heilmann* (3. Aufl. 2010) § 155 FamFG; *Menne*, ZKJ 2009, 309 ff; *Trenczek*, ZKJ 2009, 97 ff; *Flemming*, ZKJ 2009, 315 ff; *Müller-Magdeburg*, ZKJ 2009, 319 ff.

35) 2009年作業部会 (前掲注7) 13.

識している（家事事件手続法第49条，第156条3項1，2文，第157条3項）。

- (2) (1)で掲げた条文とならんで，個別事項のように，原則について激しい議論がなされているのが，家事事件手続法第157条に定める「子どもの福祉の危険に関する意見交換（Erörterung）」である。これは，早期に設定される第一回期日と関連づけることができ，「生じうる子どもの福祉の危険に対して，特に公的援助により，どのように対応するか，必要な援助を受け入れないことが，どのような効果を持ちうるか」（家事事件手続法第157条1項）についての父母との意見交換，場合によっては子どもとの意見交換にも役立つ。この意見交換を通じて，裁判所による措置の前に，少年局による援助（とそれに伴う調整）を認めることにつき，父母に圧力を与えることが明らかとされる³⁶⁾。「生じうる危険」がある場合には，家庭裁判所が（少年局と共同での）意見交換による対話に父母を召喚できるという状況から，立法者が予告に反して今や国家介入の敷居を以下のように低くしたとの批判が生じている。民法第1666条に基づく介入は，「子どもの福祉の危険」を要件としている；しかし，むしろ家事事件手続法第157条の意味における「生じうる危険」の方がわかりやすいと指摘する³⁷⁾。たしかに，家事事件手続法第157条から，裁判所と少年局との意見交換について父母の召喚のみを認めていることが分かる；親の配慮権への実質的な介入は，依然として，子どもの福祉の危険が現実に存在する場合にのみ，認められる。そして，生じうる子の福祉の危険の意見交換のための召喚でさえ，結局，新しいものではない。危険の疑いのある場合に調査措置として，この召喚は，法改正の前から可能で

36) BT-Drucks. 16/6815 S. 17; *Schumann*, Kindeswohl zwischen elterlicher und staatlicher Verantwortung, in: Behrens/Schumann (Herausgeber), Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell im Familien- und Sozialrecht (2008) 169 ff, 185. 父母との対話ガイドの詳細について, *Fertsch-Röver*, ZKJ 2010, 90 ff.

37) この批判については，とりわけ *Schumann* (前掲注36) 177 ff; *Wapler*, RdJB 2009, 21, 30.

あった³⁸⁾。

- (3) さらに暴力又は性的虐待に関わる手続においては、子ども自身の利益代理人(手続補佐人)が選任されなければならない(家事事件手続法第158条1項,2項2号)。
- (4) 最後に、家事事件手続法第166条3項にも言及しなければならない。旧法上も家庭裁判所は子どもの保護の措置について当該措置が必要かどうかを審理しなければならないのに対して、現在では(現行法上は、家事事件手続法第166条2項)、例えば、父母が改心し、少年局と協調することを約束したために(さしあたり)子どもの保護に関する措置を除外した場合であっても、家庭裁判所には家庭状況の調査が義務づけられている。これによって、父母に対して、協調に向けた圧力が増大、ないし維持されるべきである³⁹⁾。

3. 少年援助法の領域

立法者は、2005年以後の多くの法改正を通じて、公的少年援助が家庭に対する支援と援助を与えなければならないだけでなく、子どもの福祉に関する国家の監督機能の共同の担い手として、調整機能をも有することを明らかにしようと試みてきた。少年局は、この二重の機能について必ずしも歓迎してはいないのだが、結局のところ、これらの機能については避けられないものである。児童虐待の徴候を究明しない少年局職員は、「子どもの福祉の保証人」として、刑法上の訴追さえも覚悟しなければならないのである⁴⁰⁾。

家庭裁判所と少年局の関係もまた繊細なものである：少年局が単に「長く伸びた腕」、つまり司法の協力機関又は国家の社会教育学的介入のための専門機関として、独立の任務と地位を有するのだろうか。そして、その

38) 詳細については *Coester*, *Der staatliche Eingriff* (前掲注28) 66 ff.

39) 詳細については *Staudinger/Coester* (前掲注7) § 1666 Rn. 299.

40) OLG Oldenburg, *FamRZ* 1997, 1032; *Bringewat*, *ZKJ* 2006, 233 ff.; *Salgo*, *ZKJ* 2007, 12, 13.

限りで、いわば「同じ目線で」家庭裁判所と対等な立場となるのだろうか。

2008年の子どもの福祉の措置に関する法律は、二つの視点を確認している：つまり、少年局は、基本法第6条2項に基づく国家の監督機能について、独立し、かつ基本的に自己責任による共同の担い手としている⁴¹⁾。しかし、この「共同の担い手」とは、最終的には共同責任のもとで、少年局と家庭裁判所との連帯をも意味する：双方の機関による「責任共同体」は、立法資料の中で再三に宣誓され、個々の点について詳しく構成されている⁴²⁾。

a) 社会法の領域で、少年局は、少なくとも、想定されるあらゆる問題を抱える家族、父母並びに子どもに対して社会教育学的援助を行う責務を負う（特に社会法典第8編第16条以下）。そのため、立法者は、教育上のあらゆる暴力の禁止（上述 .2. を参照）と同時に、少年局が家庭内の紛争を暴力によらずに解決しよう父母に助言を与え、かつ支援すべき旨を定める、社会法典第8編第16条1項3文を盛り込んだ。「子どもの危険」の背景に教育問題がある場合には、少年局は、当該家庭を援助する。これは社会法典第8編第27条以下に定められている。父母と子どもが少年局と共に作成し、将来の援助給付の根拠として合意する「援助計画」に基づいて、援助が提供される（社会法典第8編第36条）。当然だが、父母の同意なしに、少年局が子どもに対する援助措置を行うことはあり得ない。

この点につき、場合によって、少年局は、家庭裁判所への道を辿らなければならない⁴³⁾。

少年援助の中で、問題を抱える家族といかに効果的に連絡を取り、支援できるか⁴⁴⁾が継続的に議論されており、立法者もまた、援助システムの

41) BT-Drucks. 16/6815 S. 8; *Salgo*, ZKJ 2006, 531 ff; 2007, 12 ff; *Wiesner*, FPR 2008, 608 ff.

42) BT-Drucks. 16/6815 S. 8; *Gernhuber/Coester-Waltjen* (前掲注3) § 57 Rn. 102; *Wiesner*, ZKJ 2003, 121; ZKJ 2008, 142, 145.

43) 社会法典第8編の基本的なコンセプトについては *Coester*, FamRZ 1991, 253 ff を参照。

44) 訪問支援の効果について, *Köckeritz*, ZKJ 2009, 477 ff; zur Etablierung eines „Familienrats“ *Hansbauer*, ZKJ 2009, 438 ff; zu „Eltern-Kind-Gruppen“ *Wabnitz*, ZKJ 2009, 358 ff.

改善にむけて努力している。2008年の「児童助成法(Kinderförderungsgesetz)」⁴⁵⁾において、特に世話施設における子どもの昼間世話及びこの財政支援が新たに構築されている。

その他、少年援助活動のさらなる法律上の調整についても、しばしば激しく論争されている。現在、この議論の中心にあるのが、危険の疑いがある場合に、暴力の可能性についてその証拠を確認できるように、常に少年局は家庭訪問を行い、できる限り子どもの調査も行う義務を確定することである。新設された社会法典第8編第8条a3項に相応する義務を予定していた「子どもの保護に関する法律」の草案は、結局、前の会期で廃案となったものの、その議論は続いている。その一方で、少年局職員の専門性と对人的誠実性を確かなものとする法的な予防措置が実現した⁴⁶⁾。それによれば、少年援助の範囲における役割に就くことを志願する者は、「詳細な無犯罪証明書」を提出しなければならず(連邦中央登録法:BZRG 第30条a)、子どもに関する犯罪行為(例えば、性的虐待、児童ポルノの配布、露出症)のために当該人物が過去に有罪判決を受けたことがあるかどうかを明らかにする(社会法典第8編第72条aを参照)。

b) 少年局と家庭裁判所の協働を疑問視する限りでは、中心的規定は、さしあたり社会法典第8条a3項である:つまり、子どもの福祉の危険につき「重大な根拠」があるときには、少年局は、専門的に根拠のある危険の評価を行う義務を負い、最終段階で少年局はその判断をしなければならない:危険が認められるときに、少年援助法上の給付を行う(社会法典第8編第8条a1項3文)ことで、危険を防止することができるだろうか。それができない場合には、民法第1666条に従い、家庭裁判所の職権発動を喚起(anrufen)しなければならない;父母が非協力的なために根拠ある

45) これについては、Wiesner, ZKJ 2009, 224 (未成熟子の世話の質以上に世話を行う場所の質を重視する傾向に対する批判)

46) 5. Gesetz zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes vom 16. 7. 2009, BGBl I 1952 (2010年5月1日施行).

危険評価が不可能である場合や（社会法典第8編第8条a3項1文後段）、少年局が必要と判断した援助を父母が拒絶する場合にも、これが適用される。法律は、子どもに対する切迫した危険がある場合には、係属中の子どもの保護手続に左右されることなく、即時に子どもの一時保護を行う義務を少年局が負うことを強調している：つまり、社会法典第8編第42条による緊急一時保護又は警察や保健援助の施設のようなその他の機関の介入がなされる（社会法典第8編第8条a3項、4項）。裁判所の権威をより効果的なものとするという2008年の子どもの福祉の措置に関する法律の趣旨に応じて、つまり、子どもの危険が「生じうる」ときにのみなされる家事事件手続法第157条に基づく「危険に関する意見交換」の中で、裁判所での家庭状況の意見交換（まずはそれのみ）が必要と判断されるときには、社会法典第8編第8条a3項に基づく少年局による家裁の職権発動が問題となるのである。裁判所の子ども保護手続の中で、原則、関係人として少年局を召喚しなければならない（家事事件手続法第155条2項2文、157条1項2文）。

社会法典第8編第50条1項1文により、裁判期日において、少年局は、社会教育学的視点から家庭裁判所を支援しなければならない⁴⁷⁾。とりわけ少年局は、「提供され、かつ、実施された給付について情報を提供し、児童又は少年の発達について教育的ならびに社会的見解を示し、援助の新たな可能性を指摘する」ことで、裁判所を支援する（社会法典第8編第50条2項）。家庭へのさらなる少年援助の給付について誰が決めるのか、少年局か、又は家庭裁判所かという問題は、実際にはあまり議論されない。民法第1666条a1項に基づき、子どもの危険が比較的軽微な方法、とりわけ父母に対する公的援助では防止できないときに初めて、配慮権への介入が認められる。家庭裁判所の裁判官は、この「相当性の原則」に拘束されるのである。少年局が提供しなければならないだろうが、効果がないと拒

47) 詳細は、Trenczek, ZKJ 2009, 97 ff; Rieger, ZKJ 2009, 312 ff.

否する社会教育学的な援助の給付を、裁判官は、法律家として命ずることができるのだろうか。一方で、家庭裁判所は、民法第1666条3項1号に基づき、一定の少年援助給付を請求するよう、父母に命じることができる。他方で、社会法典第8編第36条aは、給付が家庭裁判所により命じられた場合でさえ少年局に、自身が決定しなかった、このような給付に対する費用負担を免除している。その場合に、この費用は誰が負担すべきなのだろうか⁴⁸⁾。

このような未解決の争いは、立法者により懇願された少年局と家庭裁判所との「責任共同体」が行政権と司法権との間の対立を必ずしも調整できないことを示している。

4. 暴力からの子どもの保護において他の制度を含めること

ドイツにおいて、暴力や性的虐待からの子どもの保護は共同社会の責務であり、その成果が子どもの世話にあたる全ての者と制度、それと並んでよく連携された情報システムに係っているとの認識が広まっている。このようなシステムは、必然的に、個人情報保護の規定と抵触するであろう。情報保護と子どもの保護の均衡がとれ、とりわけ子どもに適合した調和を成し遂げる最初の一步が、連邦レベルと州レベルで既に行われている。家事事件手続法第22条a⁴⁹⁾は、家庭裁判所の措置が必要と思われる場合で、未成年者の保護に値しない利益が情報提供を妨げている限りにおいて、家庭裁判所が他の裁判所又は官庁を通じて情報を受けることを保障している。前述の「子どもの保護に関する法律」の草案では、職業上、守秘義務を負う者、すなわち、例えば医者や心理学者、弁護士、専門家のような、職業上の秘密を扱う専門家若しくは公務員(Amts inhaber; 詳細な定義は刑法第203条を参照)又はその他に子どもに関わり合う者(教師、幼稚園の先

48) 問題について、2009年作業部会(前掲注7)19 ff; *Staudinger/Coester*(前掲注7) § 1666a Rn. 13 ff を参照。

49) 旧法: § 35a FGG.

生)を子どもの保護に取り込もうとしていた。つまり、彼らは、子どもの危険を根拠に、当該状況を父母と話し合う義務を負うべきものとされていた；彼らは、当該状況を評価するために、経験を積んだ専門家に相談し、必要ならば少年局に情報提供してもよいとしていた。この法案は、明確な規定というよりはむしろ、当該職種の法状況を一層混乱させるものという官僚主義的な理由から、2009年6月に廃案となった。しかし、ドイツ連邦議会の中で、再び、修正案が提出されるべきである。

今日では、子どもに関わる全ての制度の連携と情報伝達の改善に向けた多くの法律が、州レベルで存在している⁵⁰⁾。そのいくつかは連邦政府の草案のように、職業上の守秘義務の免除を盛り込んでいる；その他、健康保険組合によって支払われる医療上の早期発見のための通常の診察を子どもが受けられない場合に、保健所又は少年局への通告を定めるものもある。別の州法では、助言及び情報提供の任務を義務付ける児童及び青少年保護のための局地的又は地域的なネットワークの構築を定めている。大抵は法律が新しいために、この試みが有効であるかについて信頼できる知見はまだない。

最後に、例えばノルウェーにおける子どものための「オンブズマン」⁵¹⁾に相応する、ドイツ連邦国内居住者のレベルでの「子どもを代理する」制度もまた、今後求められる。

・ 決定的かつ根本的な問題：家裁裁判官と少年局職員の養成と継続的な教育、ならびに双方の機関の人的要素の向上

法改正の実現のチャンスがより大きければ大きいほど、それだけ一層、その費用はわずかで済む。それに対して、ドイツの子どもの保護システムの根本的な問題は、その解決に非常に多くの費用がかかるかもしれない

50) 全ての州法に関する概観は *Wabnitz*, ZKJ 2010, 49 ff.

51) *Becker*, ZKJ 2009, 488 f.

たために、今まで着手されてこなかった：裁判官ないし少年局職員の特別な専門的養成及び継続的教育が不足していること、ならびに双方の機関の人員が不十分であることによって、少年局と同様に家庭裁判所の活動の質が著しく損われていたことが一般的に認識されている。職員一人当たりが抱える多くの事件数、相応する時間の不足、そして法律家による子どものニーズに対する知識不足ならびに社会教育学者による法学領域の前提知識の不足 これら全ての要素が、仕事の高い質、すなわち、子どもを最善の形で保護する仕事の妨げとなっているのである。連邦司法省のもとで構成された作業部会は、2009年7月14日の最終報告書⁵²⁾の中で、この問題を採り上げ、次の三つの根本的な要請を掲げた：つまり、

1. 家庭裁判所の裁判官が継続的な教育を受ける義務を法律で定めるべきとする。この継続教育は、児童心理学や社会教育学上の知識のように、大学の勉強ではほとんど伝えられない家族法上の特別知識にも及ぶべきであるとする。これに相応した過去の法改正や法務大臣会議の決議は、これまで成功してはいなかった⁵³⁾。たしかに家族法においても、いずれにせよ通常は関心の高い裁判官らによってのみであるが、適切と思われる多様な継続教育が各州レベルで提案されている⁵⁴⁾。その一方で、研修参加に向けられる特別な刺激（旅費、勤務時間の算入）は存在しない；助成の際にも、このような継続教育の努力は適切に評価されていない。これは全て、2009年の作業部会の提言によれば、修正されるべきであるとしている。
2. 相応した継続教育の体制が、法学上の問題に関する理解がしばしば欠けている少年局職員にも構築されるべきとする。

52) 前掲注(7), S. 23 ff. を参照

53) Entwurf eines „2. Justizmodernisierungsgesetz“, BT-Drucks. 16/3038; 16/3640 S. 49 を参照; 2005年法務大臣会議の紹介については www.justiz.nrw.de/Justizpolitik/Justizministerkonferenz/Beschluesse_der_Justizministerkonferenz/2005 を参照。

54) 連邦通常裁判所の裁判官のみが連邦公務員であり、これに対して家裁及び上級地方裁判所の裁判官は州の公務員である。

3.最後の提言は、関係する各専門家の学際的な継続教育と協働をねらいとする。局地的なイニシアティブに基づき、既にあちこちで効果的に実践されている⁵⁵⁾、共同・学際的継続教育の集まり（作業部会、連絡協議部会）が一層組織されるべきとしている。また、この種の研修やグループワークへの参加は、勤務時間として評価し、かつ研修先での人員配置を考えた上で考慮されるべきとしている。もっとも、2009年の作業部会は、この参加義務を非建設的なものと評価している⁵⁶⁾。

．おわりに

効果的な子どもの保護システムは、その時代ごとの社会状況や社会的気質を基礎としなければならない。その限りでは、今日のドイツ社会の複雑性及び多様性がドイツの子ども保護システムに反映されることは不思議ではない。ある国の経験と解決策が、確実に他の国で適用するのは容易ではないが、それらが問題解決のきっかけとなることはできる。このためには、国内の子どもの保護との問題と解決アプローチについての確かな相互的な情報共有が前提となる。この意味で、親と社会による暴力からの子どもの保護の改善に向けたドイツと日本の議論の手がかりとして、本稿を理解して頂きたい。

55) 例えばベルリンでは：www.berlin.de>Politik& Verwaltung>Gerichte> Amtsgerichte> Amtsgericht Pankow/Weißensee>Das beschleunigte Familienverfahren. Für Regensburg: www.justiz.bayern.de>Gerichte> Amtsgerichte>Regensburg>Service>Familienberatung.

56) 2009年作業部会（前掲注7）31.