

論 説

ドイツ児童および少年援助における子どもの権利保障 — 手続への参加を中心に —

木村 茂喜

〈要 旨〉

本稿は、わが国の児童福祉等における児童の参加に関する諸規定と、ドイツの児童および少年援助における児童および少年の参加に関する規定とを比較し、若干の考察と日本法への示唆についての検討を試みた。

わが国の児童福祉等においては、法律上児童は権利の主体としては位置づけられていないが、ドイツにおいては、児童および少年が参加する権利、相談する権利および助言を受ける権利が社会法典で保障されている。加えて、児童の福祉の危険の評価や、養育援助にかかる援助計画の作成手続においても、身上配慮権者と並んで児童および少年が参加する権利を有することが明確に規定されている。これは、児童の権利条約12条の規定を受けたもので、まさに児童および少年を権利の主体とする児童の権利条約の理念に沿う規定である。わが国も批准している権利条約の理念を明確に表すため、わが国においても法律の条文において、児童を権利主体として規定することも検討すべきである。

キーワード：ドイツ、児童および少年、児童および少年援助、身上配慮権者、参加

I はじめに

「児童の権利に関する条約」（以下、「権利条約」という。）¹の諸規定において、児童はさまざまな権利を行使する主体であることが前提とされている。しかし、児童はその発達、成長の過程が多様であり、さらに、虐待など、児童の周囲を取り巻く環境によっては、常に権利を行使できない状況にある者も多い。

未成年者には、その法定代理人として親権者または未成年後見人が存在するが、親権者等がその養育する児童に対して虐待を行うなど、児童とその親権者との利害が対立する場合、児童相談所に代表される行政機関や、家庭裁判所などの司法機関が親子関係に介入することとなる。権利条約9条2項には、親子分離に関する手続において、すべての関係当事者が、その手続に参加しかつ自己の意見を述べる機会を有することが規定されている。このすべての関係当事者には児童も含まれていると解釈され、その際は、権利条約12条に保障されている「意見表明権」が適用されると考えら

れる²。また権利条約12条2項には、「児童は、特に、自己に影響を及ぼすあらゆる司法上および行政上の手続において、国内法の手続規則に合致する方法により直接に又は代理人若しくは適当な団体を通じて聴取される機会を与えられる」との規定があることから、意見が表明できない児童の権利擁護のための仕組みも保障されている。

わが国において、司法手続の場においては、従来の家事審判法に代わる家事事件手続法³の公布・施行において、未成年者である子の利益を保障するための規定が追加されたが、行政上の手続の場においては、児童が手続に参加し、意見を表明する権利が法律上規定されていない。よって、権利条約の理念を実効性あるものにするためには、児童を権利主体として保障することを法律上根拠付ける規定およびその規定の効力を実際の手続上も保障する仕組みが必要であると考える。わが国の児童福祉法においては、児童は「愛護」の対象として規定されている（児童福祉法1条2項）に過ぎず、児童を権利主体として位置づ

けていない。他方、本稿において比較対象を行うドイツにおいては、1922年に公布されたライヒ少年福祉法（Reichsjugendwohlfahrtsgesetz）以来、現行法の社会法典第8編—児童および少年援助（SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe）⁴に至るまで、法律の規定上児童を権利主体として位置づけている⁵。また、手続面について、わが国においては家事事件手続法制定に伴って、初めて手続代理人制度が導入されたが、ドイツにおいては従前より「子どもの代弁人（Anwalt des Kindes）」と呼ばれている制度が存在している。それゆえ、ドイツの児童および少年援助に関する諸規定について検討することは、わが国の福祉法制上児童を権利主体として位置づけるための論拠について、示唆を得られると考える。

このような問題意識の下で、本稿では、まずわが国の児童福祉および家事事件手続法における児童の参加に関する諸規定を確認する。ついでドイツの社会法典第8編—児童および少年援助における児童および少年⁶の参加に関する規定を確認し、児童とその親に対する援助の中心となる養育援助（Hilfe zur Erziehung）を提供するための援助計画（Hilfeplan）の作成過程における児童および少年の位置づけについて概観したうえで、日本法と比較し、若干の考察と日本法への示唆について検討を加えることとする。

なお、児童および少年援助については、とりわけ親子関係に重大な影響を及ぼす場合は、家庭裁判所が関与することになり、児童または少年も手続に参加することになるが、紙幅の都合により、本稿では行政手続における児童または少年の参加に限定する。

II わが国の児童福祉および家事事件手続法における児童の位置づけ

1 児童福祉

児童福祉の目的は、児童の福祉の保障であるが、そのためには権利条約の基本的なスタンスである、権利主体としての児童としての地位が求められる。児童福祉法1条2項において、「すべて児童は、ひとしくその生活を保障され、愛護されなければならない」と規定されているが、基本的に児童福祉法上の給付の直接の名宛人は保護者である。児童福祉法において、児童の権利利益については、平成19年改正附則2条1項に「政府は、この法律の施行後三年以内に、児童虐待の

防止等を図り、児童の権利利益を擁護する観点から親権に係る制度の見直しについて検討を行い、その結果に基づいて必要な措置を講ずるものとする」と規定されているのみである。他方、児童虐待の防止等に関する法律については、1条に「児童の権利利益の擁護に資することを目的とする」と明記されている。

法律以外の規定等については、「児童福祉施設の設備および運営に関する基準」⁷において、入所した者を平等に取り扱う原則（9条）、懲戒に係る権限の濫用禁止（9条の3）、苦情への対応（14条の3）について定められているほか、「子ども虐待対応の手引き」⁸において、児童に対する援助方針の策定をはじめとする一連の援助過程において、児童の意向を確認することが明記されている。ただ、児童の権利行使を支援する主体は各法令において明記されていない。

2 家事事件手続法

児童福祉の援助過程においては、児童の施設入所の承認（児童福祉法28条）や親権喪失（民法834条）・親権停止（民法834条の2）といった、家庭裁判所における審判手続が求められることがある。意思能力のあるとされる満15歳に達する児童については、法定代理人によることなく自ら申立てまたは参加することが可能であるほか（家事事件手続法151条2号、168条等）、相当な場合には児童を職権で手続に参加させ（家事事件手続法42条3項、258条1項）、裁判官が申立てあるいは職権で弁護士を手続代理人として選任することが可能となった（家事事件手続法23条）⁹。手続代理人を使用する場面としては、法定代理人との利益相反がある場合、虐待やネグレクトなど、法定代理人との利益相反が疑われる場合、長期間にわたって生活していた環境から引き離される場合など、児童の利害に与える影響が重大である場合が想定されている¹⁰。

これについては、当初の立案の過程において、父母のいずれからも独立した代理人として、子の利益の保護を専一とする機関、いわゆる「子どもの代理人」制度の導入が主張され、法制審議会でも検討された。しかし、このような機関の家庭裁判所調査官との役割分担の問題や、受け皿となる人材の問題など、困難な点も指摘され、最終的には独自の制度としては設けられなかった¹¹。これにより、代理でない形の援助は家庭裁判所調査官に引き続きゆだねられることとなったが、今後、理論上は審判における子の意見陳述と「子どもの代理人」との関係について¹²、実務運用については、人材育成や費用の問題¹³などが課題となろう。

Ⅲ ドイツ児童および青少年援助における児童の参加

1 社会法典第8編8条¹⁴の意義

ドイツ社会法典第8編8条は、児童および少年に、その発達段階に応じ、自己に関するすべての公的な少年援助の決定への参加（8条1項1文）、児童および少年の権利の教示（8条1項2文）、少年局（Jugendamt）に対して相談する権利（8条2項）、および緊急事態および紛争状態において、身上配慮権者（Personensorgeberechtigter）¹⁵に知られることなく助言を受ける権利（8条3項）を保障している。法体系上、この規定は、児童または少年に対する給付の保障と社会法典第8編の責務の実現のための一般条項として必要とされ、また権利条約12条の意見表明権を社会法典第8編に組み込んだものであるとされる¹⁶。

参加の権利は、個別の規定において具体化されている¹⁷が、一般には、児童または少年が給付の主体でないときに効力を有するかが問題となる。満15歳に達している者は、参加によりその者の希望と選択を斟酌することで、単独で権利を行使できる給付の主体となる。参加の権利は、行政手続、すなわち行政行為または行政契約における決定手続に従って行使される¹⁸。

2 児童および少年の参加

社会法典第8編8条1項1文は、「児童および少年は、その発達の段階に応じ、自己に関するすべての公的な少年援助の決定に参加させられなければならない。」と規定する。この規定は、公的な少年援助の運営主体が児童または少年を決定に参加させる義務の根拠となるとともに、児童または少年の参加を保障するための児童または少年からの要求に法的拘束力も与えている¹⁹。児童または少年が決定に参加することで、個別な関係において給付を具体化するとともに、児童および少年に関する政策面においても、児童または少年の給付の申し出を通して影響を与えることになる。すなわちこの規定は、すべての援助過程において児童または少年の参加を保障し、確認し、実現するための根拠となっている²⁰。

児童または少年の年齢に応じた参加と教示の要求について、年齢の制限は設けられておらず、児童または少年が、たとえ参加の意味や効果が完全に理解できないとしても、児童または少年は児童および青少年援助に参加されなければならない²¹。

社会法典第8編8条1項2文は、行政手続、家庭裁判所および行政裁判所の手続において、児童および少

年に対して、児童および少年が有する権利について教示する義務について規定されている。少年局は、手続補佐人の選任によることなく、家庭裁判所あるいは少年裁判所の手続ならびに児童および少年の権利について、教示しなければならない²²。

3 相談する権利

児童虐待の重要な情報源は児童自身であることから、児童または少年の弁明を重視し、少年局が適切な助言をするために、少年局に対して児童または少年が相談（Anhörung）する権利についての法的根拠を与えている。

児童および少年は、社会法典第8編に規定される責務の名宛人としてのみではなく、社会法典第8編8条2項において、すべての養育および発達の事項について、少年局に相談する権利を有する。その際少年局は、児童または少年の法定代理人たる身上配慮権者に対して事前に同意をとる必要はない。この相談を受けて、少年局は、親の配慮権に干渉せずに、児童または少年に対する援助を先行して行うことになる。ただ、社会法典第8編42条に規定する緊急一時保護の場合または後述する身上配慮権者に知られない児童および少年への助言（8条3項）による場合にのみ、親の配慮権に干渉することになる²³。

4 身上配慮権者に知られない児童および少年への助言

社会法典第8編8条3項には、児童および少年は、緊急事態および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に限り、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と規定されている。ここでの「緊急事態および紛争状態」とは、児童または少年の肉体的・心理的発達に影響のある状態であり、かつ、身上配慮権者に知られることを恐れて児童および少年に助言が行われないと、児童または少年の福祉の侵害が危惧される状態である。例えば、児童または少年の内面の葛藤が身上配慮権者に対して明らかにされること、または親との軋轢が予測されることにより、助言の効果が期待できないときである。現実の生命・生活の危険の存在までは必要ではない²⁴。

児童または少年に内密に情報を提供することで、保護される児童または少年の利益が、児童または少年に助言することを身上配慮権者が知ることで得られる利益に優先するとき、少年局は、身上配慮権者に知られ

ずに児童または少年に対して助言を行うことが許され、また、児童または少年は、助言を求めることができる。助言を行う専門職は、助言を行う当初より助言を行った経過の過程において、児童または少年が助言を受けるための要件を満たしているか確認する義務を負う。その際、助言を行う専門職は、児童または少年との間の信頼関係の構築および維持に努めなければならない。児童または少年に対する実効性ある保護がなされない限り、児童および少年援助において本来不可欠である親を支援対象に加えるとともに、専門職は児童または少年の保護を成し遂げるために、場合によっては何らかの歯止め役を担うことも求められる。身上配慮権者に知られない助言は、身上配慮権者に知らせることで児童または少年へ助言する効果が失われ、児童の利益が重視されるかぎりにおいて許容される²⁵。

少年局が児童または少年への助言について、身上配慮権者に知らせない期間は、緊急事態・紛争状態の程度、児童または少年の身上配慮権者との関係、身上配慮権者の反応や行動による。

IV 児童の福祉の危険における介入と児童の参加

1 少年局の介入と児童の参加

親による子の養育の過程において、子の福祉に危険が及ぶ要因は、ネグレクト、身体的虐待、精神的虐待、性的虐待などはもちろん、価値観の対立からくる親と子の衝突、生活能力あるいは養育能力の低さ、アルコール依存や薬物摂取、負債や貧困など、さまざまである²⁶。それらについては、社会的支援を通じて危険を除去する試みが行われる。社会法典第8編8a条²⁷ 1項1文に基づき、少年局は、児童または少年の福祉の危険に関する重大な根拠があることを確認したときは、複数の専門職と協力して危険の発生リスクについて評価しなければならない。

危険の評価にあたっては、社会法典第8編8a条1項2文に基づき、児童または少年の効果的な保護に問題が発生しない限り、少年局は養育権者(Erziehungsberechtigter)²⁸および児童または少年を評価に含めなければならない。8a条1項1文に基づく専門職による評価の時点では、養育権者および児童または少年は参加していないので、同項2文でこれら関係者の参加を義務付けている。親子は専門的な分析の対象ではなく、むしろ専門職が適切な援助を選択し、実態を評価する際に影響を与える主体であるといえ

る。専門職による評価に名宛人たる関係者が含まれることは、援助および援助関係にとって不可欠であり、また援助の社会教育学上の質を高めるための決定的なメルクマールとなる²⁹。

援助者は、児童、少年およびその養育権者に共通の保護および援助過程を保障するよう努めなければならない。児童および少年は、その年齢および人格的発達に応じて、年齢上親が養育責任を負う客体としてではなく、すべての規定上、独立した人格を有する関係者として、手続に含められなければならない。よって、児童および少年は、危険の評価の過程に参加を求める権利を有する³⁰。

家族にある潜在的な危険の明確化は、養育権者とともに行われる。養育権者は、個別事案における専門家であり、情報を得る第一の援助の名宛人でもある。ただ、身上配慮権者を除く養育権者は、危険の評価の過程への参加を求める権利を有するが、後述する援助計画の作成には参加しない³¹。

児童または少年の効果的な保護に問題が発生した時、例外として、身上配慮権者または児童もしくは少年を含めないことになる。例えば、身上配慮権者が危険の評価に協力的でないとき、児童または少年の保護という目的を達成するため、社会法典第8編8a条ではなく、62条³² 3項2号dに基づいて、家族以外の第三者からの情報取得が許される。しかし、この情報取得の重要性が高く、援助関係の構築に対する抵抗に耐えられるのであれば問題にならない。それゆえ、社会教育学上の専門的な評価は、家族への援助について、場合によってはネガティブな結果となるにもかかわらず、児童の利益のためには第三者からの情報取得が必要なかどうか、または妨害、潜在化またはどっちつかずの状態に耐え抜くかどうかという疑念に対峙することになる。当事者への調査が援助へのアクセスに重大な危険を及ぼすときは、社会法典第8編62条3項4号に基づいて、第三者からの情報取得が許され、また専門家による支援も求められる。これはとくに潜在的な虐待者との対立が、危険の激化と結びつき、当事者たる児童または少年に秘密にする重要性の推定がますます高まることから、性的虐待を根拠にして用いられることが多い³³。

少年局は、社会法典第8編8a条1項3文に基づき、危険を回避するため、援助を行うことが適切かつ不可欠であると考えるときは、養育権者に対して援助を提供しなければならない。この規定により、児童の福祉の危険を防ぐための適切な援助が養育権者に提供され

ることとなる³⁴。この援助の中心となるのが、後述する養育援助である。

危険の評価の結果、少年局は、家庭裁判所の活動が必要であると考えるときは裁判所の職権発動を喚起(anrufen)しなければならない。この規定は、危険の発生の評価について養育権者に協力する意思がない時または協力する立場にない時にも適用される(社会法典第8編8a条2項1文)。さらに、緊急の危険があり、裁判所の決定を待つことができないとき、少年局は児童または少年を一時保護する義務を負う(社会法典第8編8a条2項2文)。

2 養育援助

社会法典第8編27条³⁵以下に規定する養育援助は、社会法典第8編における中心的な給付として位置付けられている。身上配慮権者は、児童または少年に養育を行うにあたり、児童または少年の福祉に合致する養育が保障されず、かつ援助がその発達に適切かつ必要であるときは、養育援助を請求する権利を有する(社会法典第8編27条1項)。

ここで述べられている「児童または少年の福祉に合致する養育が保障され」ないときとは、私法における児童の保護に関する一般条項であるドイツ民法典(BGB) 1666条³⁶ 1項に規定される「子の身体的、知的もしくは精神的な福祉」に対する危険と同一ではないと解釈されている³⁷。すなわち、BGB1666条に基づき、児童の福祉の危険に際して、家庭裁判所が親の配慮へ介入するためには、子の福祉にかなりの危険が及ぶことが必要とされている³⁸。

他方、児童または少年本人については、社会法典第8編27条の一般的理解において、個々人の請求権はないと解釈されている。児童または少年はその法定代理人たる身上配慮権者に対してのみ、請求権を主張できる。少年は15歳に達すると、社会的給付を受けることを自ら主張できるが、法定代理人たる身上配慮権者の権限は制約されない³⁹。

また、前述のとおり、社会法典第8編8条3項において、児童および少年は、緊急事態および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に限り、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と規定するが、その際、少年局は、養育援助を行うような事態であるかどうかを判断しなければならない。すなわち、身上配慮権者と児童または少年が対立している状態で、児童または少年が身上配慮権者の意

思に反して養育援助を求めることができるかどうかということになる。この場合、児童または少年の福祉に合致する養育が保障されず、かつ養育援助の請求権が身上配慮権者によって行使される可能性がないというときは、BGB1666条に規定する子の福祉に対する危険の状態にあるとされ、社会法典第8編8a条2項に基づき、家庭裁判所が介入することになる。ここで、BGB1666条の枠組みに基づく裁判所の決定が、子の福祉の危険のみに基づいてなされると、社会法典第8編27条に規定する児童または少年の福祉に合致する養育「のみ」保障されないという、福祉の保障に関しての隙間となっているという問題が発生する⁴⁰。

この隙間を埋め、起こりうる可能性のある身上配慮権者と児童または少年との利害対立を解消するため、児童または少年の利益を擁護する手続補佐人(Verfahrensbeistand)⁴¹を選任しなければならない。したがって、社会法典第8編27条の要件を満たしており、かつ児童または少年が養育援助を望んでいるとき、たとえ身上配慮権者が拒否しても、手続補佐人が選任されることになる。手続補佐人の選任は、利用手続において、児童または少年に利益をもたらす、また児童または少年の希望に沿うという点で有効である。手続補佐人は、親が援助を受ける必要性があることを説得させ、身上配慮権者たる親が必要な援助を受けることを決心するために、児童または少年を支援することができる。しかし、それでも援助を受けることを身上配慮権者が拒否すると、手続補佐人は、児童または少年の利益を保障することができなくなってしまう。このことは、結果として、実体法上の地位において身上配慮権者に養育援助の請求権が与えられていることから、児童または少年の立場を強化するための実体法上のハードルを乗り越えることができなくなってしまう。これは、児童または少年には養育援助の実体法上の請求権がないこと、および手続上の権利行使において、問題とはならないという点で、児童または少年の福祉の保障における隙間として残っている。請求権を有する親によって、援助を受けることを最終的に拒絶されている児童または少年の法的地位の向上は、一義的な実体法上の地位に反して手続補佐人によってはなしえない。手続補佐人の実際の法的地位が、児童または少年の福祉の保障を担保できないことを考慮して、身上配慮権者たる親が援助を受けることを拒絶しているときに、児童または少年の福祉を保障する養育が児童または少年の利益をも追求することを可能とするような法改正が求められている⁴²。

社会法典第8編には、27条に養育援助に関する一般規定に続き、28条から35条まで、さまざまな援助についての規定がある。内容は養育相談（28条）、ソーシャルグループワーク（29条）、教育補佐人、世話援助者（30条）、社会教育学的家族援助（31条）、デイグループでの養育（32条）、里親養育（33条）、ホームでの養育、その他世話を受ける居住形態（34条）、および集中的な社会教育学的個別の世話（35条）である。ここでは児童または少年の生活への社会教育学上の強い介入を考慮した、家庭外での援助に関する規定が中心となっている。これら各援助については、優先順位はなく、援助の選択は、個々の養育ニーズに応じて行われる⁴³。

3 援助計画の作成と児童および少年の参加

社会法典第8編36条2項2文は、「援助形成の基礎として、専門家は身上配慮権者および児童または少年とともに、個々の養育ニーズについての確認、提供される援助の種類、適用される援助の種類および必要な給付を内容とする援助計画を作成するものとする」と規定する。この規定に基づき、身上配慮権者および児童または少年は、援助計画作成過程に参加する法的権利を有する。参加は、給付の提供のみならず、教育学・心理学の専門家による個別的な援助の決定のメルクマールである⁴⁴。

援助計画は、その作成過程において受給権者、受給権者以外の受給者および少年局の専門家が参加する。援助計画の作成は身上配慮権者および児童ならびに少年のこれまでの養育と成長に基づく経験と知識、および彼らの能力と変わりたいという意思に基づき、専門家が専門的な知識、経験および方法を用いることで行われ、身上配慮権者・児童または少年・専門家が一致した結論を導き出すことを目指す⁴⁵。

身上配慮権者、児童および少年の参加は、単に彼ら当事者の自発的参加のみに依存すべきではなく、少年局が社会教育学上の支援を行うことによって当事者の参加が実現できる。児童または少年の養育ニーズを評価するには、当事者のニーズ、資源、考え、希望について把握することが前提となる。従って、当事者の参加は援助計画作成には必須となる⁴⁶。

援助計画の作成については、児童および少年も援助過程にある主体として、身上配慮権者と同一の地位になければならない⁴⁷。当事者の参加は、給付の認可、変更または継続に関する手続を通じて実現されるが、参加手続を代理人（Bevollmächtigter）または補佐人

（Beistand）が代行することも認められている。代理人または補佐人は、援助の受給権者自身の観点からの見通し、受給権者自身の話し合いおよび交渉上の立場のいずれも強化するのに貢献しうることになる。援助計画の話し合いにおいては、家族関係において敏感な問題を主題として扱わざるをえず、また、弁護士または親の補佐人が児童または少年と同席することで、親子の対立が激しくなることが以前の経験から予想される場合、親と児童または少年を分離して参加させることも可能である⁴⁸。

児童または少年のために、関係する給付の申請を職務範囲とする後見人（Vormund）または補充保佐人（Ergänzungspfleger）を選任することで、参加の権利が確保される。児童または少年が専門職としての後見人または補充保佐人と同居していないと、適切で不可欠と判断された援助に関する専門職の代替という、いわば協働といった性格を有する給付提供における社会教育学上の過程において当事者性が認められないため、後見人または補充保佐人は参加する権利を有しない。未成年の母についての援助計画作成の際、その母親の児童についての法定の官庁後見人（Amtsvormund）は36条2項2文に基づく身上配慮権者として参加することはできないが、援助計画の進行時に参加することが可能となる⁴⁹。

V むすびにかえて

ドイツにおいて、児童の保護に関する行政手続への児童の参加については、児童および少年が参加する権利、相談する権利および助言を受ける権利が社会法典第8編8条において保障されている。とりわけ参加する権利については、児童または少年が援助に関する決定に参加することで、児童または少年の希望や意思が援助の内容に反映されることになる。また児童または少年の少年局に対する相談や、身上配慮権者に知られることなく、児童または少年が少年局から受ける助言について、行政機関たる少年局の権限ではなく、児童または少年の権利として構成していることに大きな特徴がある。

また、社会法典第8編8a条1項に基づく児童の福祉の危険の評価や、36条2項に規定する、養育援助にかかる援助計画の作成手続においても、直接の援助の名宛人である身上配慮権者と並んで児童および少年が参加する権利を有することが明確に規定されている。こ

これは、権利条約12条の規定を受けたもので、まさに児童および少年を権利の主体とする権利条約の理念に沿う形の規定であるといえる。

これに対して、わが国の児童福祉に関する各法において、「児童の権利利益」という語は散見されるが、それら権利利益の具体的な内容は明確ではない。手続における参加についても、実務上は意見表明の機会を与えているが、法律上児童は権利の主体としては位置づけられていない。わが国も批准している権利条約の理念を明確に表すため、わが国においても法律の条文において、児童を権利主体として規定することも検討すべきであると考ええる。

ただ、児童においては、年齢や発達状態、そのおかれている状況によって権利の行使が十分にできない場合も当然考えられる。本稿では、法律の条文とその学説上の解釈を中心に論じたが、今後は、ドイツにおける児童または少年の参加に関する規定が、裁判例でどのように解釈され、また実務上どのように運用されているか、検討する必要があると考える。

加えて、児童および少年援助と密接に関係する、家庭裁判所における手続における、児童および少年の参加や、児童または少年の立場に立って意見や希望を伝える手続補佐人の役割についても併せて検討していきたい。

¹ 平成6年5月16日条約第2号。なお、本条約の適用上、児童とは18歳未満のすべてのものをいう（1条）。

² 永井憲一・寺脇隆夫・喜多明人・荒牧重人編『新解説子どもの権利条約』（日本評論社、2000年）81頁。

³ 平成23年5月25日法律第52号。

⁴ BGBl. 1990, I S. 1163. 邦訳としては、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）～（3・完）」比較法学36巻1号303頁以下・37巻1号219頁以下・39巻2号267頁以下があるが、2001年1月1日時点の条文である。

⁵ 例えば、ライヒ少年福祉法1条には、「すべてのドイツの児童は、肉体的、精神的および社会的能力に応じて、教育を受ける権利を有する」と規定されていた。Münder, in: Münder, Meysen, Trenczek(Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe 7.Auflage(FK-SGBVIII), Baden-Baden 2013, Einleitung Rn.40.

⁶ 児童および少年援助の対象について、社会法典第8編は、

14歳に満たない者を児童（Kind）（7条1項1号）、14歳以上18歳未満の者を少年(Jugendlicher）（7条1項2号）と定義している。

⁷ 昭和23年12月29日厚生省令第63号。

⁸ 「子ども虐待対応の手引きの改正について」平成25年8月23日雇児総発0823第1号。

⁹ 金子修編著『一問一答家事事件手続法』（商事法務、2012年）34頁。

¹⁰ 高田裕成・古谷恭一郎・金子修・増田勝久・窪田充見・山本克己・畑瑞穂「研究会 家事事件手続法02 裁判所・当事者（10条～21条）」論究ジュリスト2号212頁（増田勝久発言）。

¹¹ 山本和彦「非訟事件手続法・家事事件手続法の制定の理念と課題」法律時報83巻11号9頁。

¹² 横田光平「子どもの意思・両親の権利・国家の関与—『子の利益』とは何か」法律時報83巻12号12頁。

¹³ 前掲・山本註(11)9頁。

¹⁴ 社会法典第8編8条 児童および少年の参加

(1) 児童および少年は、その発達の段階に応じ、自己に関するすべての公的な少年援助の決定に参加させられなければならない。児童および少年は、行政手続ならびに家庭裁判所および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。

(2) 児童および少年は、すべての教育および発達の事項について、少年局に相談する権利を有する。

(3) 児童および少年は、緊急事態および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に限り、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。

¹⁵ ドイツ民法典（Bürgerlichen Gesetzbuch-BGB）に基づいて、単独または他の者と共同で、児童または少年に対して身上配慮の権限を有する者（社会法典第8編7条1項5号）であり、わが国の民法における親権者とほぼ同様の概念である。

¹⁶ Meysen, in: Münder u.a., FK-SGBVII §8 Rn.1.このほか、権利条約9条は、司法審査を条件として適用のある法律および手続に従い、児童の最善の利益のために必要である親子分離の際に、児童を含むすべての関係当事者はその手続に参加し、意見を述べる機会を有すると規定している。

¹⁷ 別居又は離婚の際に児童または少年の関与の下で親の配慮を実行するための合意案作成(17条2項)、養育援助(Hilfe zur Erziehung) 決定の関与（36条1項1文、2項～4項）、緊急一時保護（42条2項1・2文）。

¹⁸ Meysen, in: Münder u.a., FK-SGBVIII, §8 Rn.2.

- 19 Meysen, in: Mündler u.a., FK-SGBVIII, § 8 Rn.3.
- 20 Meysen, in: Mündler u.a., FK-SGBVIII, § 8 Rn.4.
- 21 Meysen, in: Mündler u.a., FK-SGBVIII, § 8 Rn.5.
- 22 Meysen, in: Mündler u.a., FK-SGBVIII, § 8 Rn.6.
- 23 Meysen, in: Mündler u.a., FK-SGBVIII, § 8 Rn.7.
- 24 Meysen, in: Mündler u.a., FK-SGBVIII, § 8 Rn.9.
- 25 Meysen, in: Mündler u.a., FK-SGBVIII, § 8 Rn.10.
- 26 Heinz Offe, Methoden zur Beurteilung des Verdachts auf Kindeswohlgefährdung, Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2007, S.238, 岩志和一郎「子の利益保護のための親権の制限と児童福祉の連携—ドイツ法を参考として」法律時報83巻12号20頁。
- 27 社会法典第8編8a条 児童の福祉の危険に基づく保護命令
- (1) 少年局は、児童または少年の福祉の危険について有力な手がかりを得たとき、複数の専門職と協力して、危険の発生リスクを評価しなければならない。少年局は、児童または少年の効果的な保護に問題が生じない限り、養育権者および児童または少年を含めなければならない。また、専門職による評価が必要である限り、児童およびその周囲の人々から直接印象を得なければならない。少年局は、危険を除去するために援助を行うことが適切かつ必要であると考えるときは、養育権者にこれを提供しなければならない。
- (2) 少年局は、家庭裁判所の活動が必要であると考えるときは、裁判所の職権の発動を喚起 (anrufen) しなければならない；この規定は、養育権者が危険の発生リスクの評価に協力する意思を有しないとき、または協力できる状態にないときにも適用される。緊急の危険があり、裁判所の決定を待つことができないとき、少年局は児童または少年を一時保護する義務を負う。
- (3項以下略)
- 28 身上配慮権者および身上配慮権者を除く満18歳以上の者で、身上配慮権者との合意に基づいて、単に一時的にではなく、また単に個別の事務のためだけにではなく、身上配慮の任務に当たる者をいう (社会法典第8編7条1項6号)。後者の例としては、養父母、親の未婚のパートナー、祖父母などが挙げられる。
- 29 Meysen, in: Mündler u.a., FK-SGBVIII, § 8a Rn.27.
- 30 Meysen, in: Mündler u.a., FK-SGBVIII, § 8a Rn.28.
- 31 Meysen, in: Mündler u.a., FK-SGBVIII, § 8a Rn.29.
- 32 社会法典第8編62条 データの収集
- (1・2項略)
- (3) 以下に掲げるいずれかの場合に限り、関係者の協力なしに社会データを収集することができる。
1. 法律の条文上、この旨を規定し、または許容しているとき
2. 関係者の関与の下でのデータ収集ができないとき、またはその時々々の任務の性質により、他者の関与の下に収集する必要がある場合であって、当該データを知ることが以下のために必要であるとき
- (a), b), c) 略)
- d) 第8a条の児童の福祉の危険に基づく保護命令を実行するとき
3. 関係者の関与の下での収集が過度に費用を要する場合であって、かつ関係者の保護に値する利益が侵害されるということについて根拠が存在しないとき
4. 関係者の関与の下での援助へのアクセスに重大な危険が生じるとき
- (4項略)
- 33 Meysen, in: Mündler u.a., FK-SGBVIII, § 8a Rn.31.
- 34 Meysen, in: Mündler u.a., FK-SGBVIII, § 8a Rn.35.
- 35 社会法典第8編27条 養育援助
- (1) 身上配慮権者は、児童または少年の養育にあたり、児童または少年の福祉に合致する養育が保障されず、かつ援助がその発達に適切かつ必要であるときは、援助(養育援助)の請求権を有する。
- (2) 養育援助は、特に28条から35条までの規定に従って行われる。援助の種類および範囲は、個別事案における養育のニーズに向けられる；その際、児童または少年の身近な社会環境が考慮される。援助は通常は国内で行われる；ただし、援助計画に従い、個別事案での援助目的の達成のために必要である場合のみ、援助は国外で行われる。
- (2a) 親の住居外で児童または少年の養育が必要である場合、他の扶養義務者がその任務を引き受ける用意があることをもって、養育援助の請求権は消滅しない；この場合、養育援助の実施は、この者が第36条および第37条の規定に従って公的な少年援助の主体と協力して援助のニーズを満たす用意があり、かつそれに適していることを前提とする。
- (3) 養育援助は、とくに教育学のおよびそれに結びついた治療上の給付の供与を含む。養育援助は、必要な場合は第13条2項の意味での教育および就労措置を含む。
- (4) 児童または少年が、施設または養育家庭に滞在している間に自ら子の母となった場合、養育援助は、この子の世話および養育における支援を含む。
- 36 ドイツ民法典1666条 子の福祉の危険に対する司法上の措置
- (1) 子の身体的、知的もしくは精神的な福祉、または財

産が危険にさらされており、かつ親が危険を防止しよう
としないとき、または危険を防止できる状態にないとき、
家庭裁判所は、危険の防止のために必要な措置をとらな
なければならない。

(第2項略)

(3) 第1項の司法上の措置として、特に以下の事項が定
められる。

1. 児童および少年援助の給付ならびに保健福祉に関
する公的援助の請求権行使の要請
2. 就学義務の遵守に配慮を求める要請
3. 一時的または期間の定めなく家族の住居または他
の住居を使用すること、住居周辺の一定範囲に滞在す
ること、または子が通常滞在する特定の場所を訪問す
ることの禁止
4. 子と連絡を取ろうとすること、または子との遭遇
を試みることの禁止
5. 親の配慮権を有する者の意思表示の代行
6. 親の配慮の一部または全部の剥奪

(4) 裁判所は、身上配慮に関する事務について、第三者
に対する効力を有する措置をもとることができる。

³⁷ Tammen/Trenczek, in: Mündler u.a., FK-SGBVIII, § 27
Rn.7.

³⁸ ヨハネス・ミュンダー 岩志和一郎訳「子の福祉に危険
が及ぶ場合における少年援助と司法の協力」比較法学45
巻2号101頁。

³⁹ Tammen/Trenczek, in: Mündler u.a., FK-SGBVIII, § 27
Rn.39.

⁴⁰ Tammen/Trenczek, in: Mündler u.a., FK-SGBVIII, § 27
Rn.41.

⁴¹ 主に司法手続の場において、親子間で利益の対立がある
ときに、子の立場に立って、子の意思や希望を伝え、親
や関係者と話し合って合意を成立するために協力する任
務を担う。ドイツにおいて「子どもの代弁人」と従来か
ら呼ばれている制度である。概要については、岩志和
一郎「ドイツにおける『子どもの代弁人』(Anwalt des
Kindes)」判例タイムズ1208号(2006年)40頁以下、同「ド
イツにおける『子どもの代弁人』—手続補佐人の新たな
規定」法律時報81巻2号(2009年)46頁以下、佐々木健「ド
イツ親子法における子の意思の尊重—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
—(1)(2・完)」立命館法学302号(2005年)1756頁
以下・306号(2006年)384頁以下、拙著「児童福祉サー
ビスにおける児童の意見表明権の保障」山田晋・有田謙
司・西田和弘・石田道彦・山下昇編『社会法の基本理念
と法政策』(法律文化社、2011年)293頁以下を参照。

⁴² Tammen/Trenczek, in: Mündler u.a., FK-SGBVIII, § 27
Rn.42.

⁴³ Wiesner, SGB VIII Vor § 27 Rdnr.3.

⁴⁴ Meysen, in: Mündler u.a., FK-SGBVIII, § 36 Rn.22.

⁴⁵ Meysen, in: Mündler u.a., FK-SGBVIII, § 36 Rn.23.

⁴⁶ Meysen, in: Mündler u.a., FK-SGBVIII, § 36 Rn.25.

⁴⁷ Meysen, in: Mündler u.a., FK-SGBVIII, § 8a Rn.28.

⁴⁸ Meysen, in: Mündler u.a., FK-SGBVIII, § 36 Rn.27.

⁴⁹ Meysen, in: Mündler u.a., FK-SGBVIII, § 36 Rn.28.

Safeguarding the Rights of Children and Youth Assistance in Germany : A General Focus on the Process of Participation

Shigeki Kimura

<Abstract>

The writer compares the various provisions relating to the participation of children in child welfare, such as in Japan, and provisions relating to the participation of children and youth in relevant assistance programmes in Germany. The writer also examines some considerations and implications for Japanese Law.

In child welfare, such as is seen in Japan, children have not been legally positioned with regard to their rights. However, in Germany, the right to participate, the right to receive advice, and the right to consult is secured for both children and youth by the Social Code. In addition, assessment of risk to the welfare of children, and even during the development process of assistance plans in accordance with their upbringing assistance, children and youth are clearly entitled to participate alongside the person who are entitled to take care and to have custody of children and youth. This has undergone the provisions of Article 12 of the Convention on the Rights of the Child, which is exactly a provision along the principles of the Convention on the Rights of the Child which is as a subject of rights for children and youth. In order to clearly describe the philosophy of the Convention on the Rights of the Child, which Japan has also ratified, it should also be considered that under the letter of the law, the subject of the rights of children is also clearly defined even in Japan

Keywords: Germany, children and youth, children and youth assistance,
the person who are entitled to take care and to have custody of children and youth,
participation