

論 説

暴力によらずに教育される子の権利
—ドイツ民法のアピール—

岩 志 和 一 郎

- 1 はじめに
- 2 BGB1631条規定の変遷
- 3 暴力によらない教育
- 4 暴力によらずに教育される、子の「権利」
- 5 違反があった場合の対応
- 6 おわりに

1 はじめに

ドイツ民法典（以下、BGB と表示する）1631条は、未成年の子に対する父母の身上配慮の内容について規定するが、2000年11月2日の「教育からの暴力の排除と子の扶養法の改正に関する法律（暴力排除法）」（Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung und zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts, BGBl. 2000 I, 1479）により同条2項が改正され、「子は暴力によらずに教育される権利を有する。体罰、精神的侵害およびその他の屈辱的な処置は許されない」という新たな文言を与えられた。BGB1631条2項の規定は1997年に、「屈辱的な教育処置、とくに身体的ならびに精神的虐待は許されない」という文言に改正されたばかりであり、その間に政権交替が挟まるとはいえ、短期間で再度の改正は驚きをもって迎えられた。しかし、真の驚きは時期の問題にあるのではなく、子が身上配慮権者（教育権者）に対し、「暴力によらない教育 gewaltfreie Erziehung」の「権利

Recht」を有するという規定を民法典に置いたということにある。

近年の児童虐待の深刻化の問題は、わが国における重大な関心事である。虐待する親は体罰を、さらには体罰とさえ言いがたい身体的侵害までを「しつけ」であると言い訳し、児童福祉当局はそれに有効に対抗しえない。そのような現状を見るにつけ、父母の身上監護権、教育権の根本を定める民法典に、より明確な内容や限界に関する規定が置かれることの必要性が痛感される。彼我の社会的条件の差異を無視して参考とすることは避けられるべきであるとしても、BGB1631条2項の成立の背景と内容を探ることは、わが国の児童虐待をめぐる議論、さらには親権法のあり方に関する議論⁽¹⁾において、大いに意味を持つであろう。

2 BGB1631条規定の変遷

まず、いささか長くはなるが、今回の改正の背景を知るためにも、BGB1631条規定の変遷を見ておかなければならない。

(1) 制定当初の1631条

BGBの制定は1896年であるが、制定当初のその親権規定は、未成年の子の利益を保護するという目的は有するものの、内容的には父権的、支配権的色彩を強く有していた⁽²⁾。

親権規定は嫡出子に対する親権と、非嫡出子に対する親権とに分けられていた。嫡出子については、1626条で「子は未成年の間は親権 *elterliche Gewalt* に服する」と規定したうえ、続く1627条で「父は親権に基づき、子の身上ならびに財産について監護する権利を有し、義務を負う」と規定し、親権は第一次的に父に属するものとされた。母は父との婚姻の継続中

(1) すでに、この規定について扱う邦語文献として、鈴木博人「ドイツの虐待法制」『児童虐待防止法制度』（吉田恒雄編）136頁（とくに148頁）以下。

(2) *Motive zum BGB, IV, S. 724.*

は、子の身上監護に関する従的な権限が認められていたにすぎず（旧1634条）、母が親権者となりうるのは、父が死亡した場合と、父が親権を喪失し、かつ婚姻を解消した場合にすぎなかった（旧1684条）。一方、非嫡出子の場合には、法律上の父子関係が認められていなかったため父が親権者となることはなかったが、母にも親権は認められず、限定的に監護が委ねられるのみであった（旧1707条）。

子の身上監護の内容については、1631条が、その第1項で「子を教育し、監督し、またその居所を指定する権利と義務を含む」と規定し、さらにとくに教育については、第2項で「父は教育権に基づき、子に対して相当の懲戒手段 *Zuchtmittel* を用いることができる。父からの申立に基づき、後見裁判所は適切な懲戒手段を用いることにより、父を支援しなければならない」として、いわゆる懲戒権を認めた。もちろんその懲戒手段の使用が相当な範囲を越えてなされるときは、監護権の濫用となりえ、その場合には「父が子の身上の監護をする権利を濫用し、子を放置し、または破廉恥ならびに不道徳な行為について責を負うことによって子の精神的または身体的福祉が危険にさらされるときは、後見裁判所は危険の防止のために必要な処分を行わなければならない。後見裁判所は、とくに、教育の目的で、子を適切な家庭または教護院もしくは感化院に収容することを命ずることができる」とする1666条の規定により、子の保護のために国家が介入し、親権や監護権の剥奪、子の引き離しなどをはじめとする処分を行うことができることになっていた。

(2) 男女同権法による1631条

第二次世界大戦後、西ドイツでは1949年のボン基本法の制定を受けて、BGBも大規模な改正が必要となった。その第一の大規模改正が1957年6月18日の「男女同権法」(*Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts*, BGBl. 1957 I, S. 609)による改正である。同法により、1626条は「子は未成年の間は、父及び母の親権

に服する」(1項)、「父及び母は、以下の規定に別段の定めがない限り、親権に基づき、子の身上ならびに財産について監護する権利を有し、義務を負う」(2項1文)という文言が与えられ、母にも父と同等の親権者としての地位が認められた。また監護権者(教育権者)による懲戒を認めていた1631条2項については、「懲戒手段」の使用に関する文言が削除され、単に「後見裁判所は、申立に基づき、子の教育について、適切な処置により、父母を支援しなければならない」という文言のみを持つ規定に改められた。

(3) 配慮権法による1631条

以上のような第二次世界大戦後の親権法の法律状態は、さらに幾度かの限定的な改正を重ねた後、1979年7月18日の「親の配慮の権利の新たな規制に関する法律」(Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, BGBl. 1979 I, S. 1061)により、集中的な改正を受けた。⁽³⁾同法は、親権制度を、子の福祉を指導理念とする、自立した個人へと成長する子の保護と補助のための制度へと転換することを目的としており、1926条1項に与えられた「父及び母は、未成年の子のために配慮をする権利を有し、義務を負う(親の配慮)。親の配慮は、子の身上に関する配慮(身上配慮)と子の財産に関する配慮(財産配慮)を含む」という文言が示すように、支配権的色彩を残す親権という用語も、親の配慮 *elterliche Sorge* という用語に改めた。

同法は、従来の身上監護の内容に関する1631条については、「身上配慮は、とくに子を養育し、教育し、監督し、またその居所を指定する権利と義務を含む。」(1項)、「屈辱的な教育処置は許されない。」(2項)、「後見

(3) 配慮権法の解説と邦訳として、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)」ジュリスト747号110頁以下(1981)がある。同訳は、*Sorge*の訳語として「監護」という語を当てているが、本稿ではこれを「配慮」と訳している。

裁判所は、相当な場合には、申立に基づき、身上配慮の行使について、父母を支援しなければならない。」(3項)という文言を与えた。第1項は旧第1項に、第3項は旧第2項に対応するものであるが、第2項は新たに挿入された規定である。

また同法は、親権の濫用に関する1666条1項を、「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、精神的もしくは情緒的福祉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。裁判所は第三者に対して効力を有する処置も行うことができる」と改正した。旧規定がBGB制定当初の規定をほぼそのまま維持し、国家の介入の要件として父母の有責を要件としていたのに対し、父母が無責の場合でも客観的な子の福祉の危険を理由に介入できるようになったわけであるが、他方、1666条aとして「(1)父母の家庭からの子の引き離しをとまなう処置は、公的援助を含め、他の方法では危険を回避することができないときに限り、許容される。(2)身上配慮は、他の処置では効果がないとき、または他の処置では危険の回避のために不十分であるとみられるときに限り、その全部を剥奪されることが許される」という新规定が挿入され、子の引き離しや、配慮権の包括的な剥奪は最終処置であり、慎重に判断されるべきことが要請された。

(4) 親子関係法改正法による1631条

その後BGB親権法規定は、1997年12月16日の「親子関係法の改正のための法律」(Gesetz zur Reform des Kindschaftsrecht, BGBl. 1997 I, S. 2846)によって再び大きな改正を受けた。⁽⁴⁾同法は、嫡出子と非嫡出子という親子法上の区別概念を廃止したうえ、離婚後の父母の配慮権の継続を原

(4) 本改正後のBGB親権法規定の邦訳として、岩志和一郎「ドイツ親権法規定(仮訳)」早稲田法学76巻4号225頁以下(2001)。

則とし、さらに婚外子の父母の共同配慮に道を開いた。また、1626条 1 項 1 文の規定を、従来の文言中の「権利」と「義務」の位置を逆転させ、「父母は、未成年の子のために配慮する義務を負い、権利を有する」と改正して父母の配慮責任を強調し、身上配慮に関する1631条についても、その第 2 項を改正して「屈辱的な教育処置、とくに身体的ならびに精神的虐待は許されない」と規定した。

(5) 現在の1631条

先に触れたように、1997年に改正された1631条 2 項は、2000年11月 2 日の「教育からの暴力の排除と子の扶養法の改正に関する法律（暴力排除法）」によって、「子は暴力によらずに教育される権利を有する。体罰、精神的侵害およびその他の屈辱的な処置は許されない」と改正された。

この暴力排除法による改正では、1631条 2 項と連動して、連邦社会法典第 8 編 (Sozialgesetzbuch VIII. 以下、SGB VIIIと表示する) (=「少年援助法 Gesetz zur Neuordnung des Kinder-und Jugendhilfegesetz (KJHG) BGBI. 1990 I, S. 1163」)⁽⁵⁾ 16条 1 項が改正された。同条項は、従来「母、父、その他の教育権者および若者には、家庭内教育の一般的助成の給付が提供されるものとする。この給付は、母、父およびその他の教育権者が、自己の教育責任をより良く果たすことができるために役立つものでなければならない」という 2 文の規定から成っていたが、それに第 3 文として、「この給付はまた、どうすれば家庭内における葛藤状態を暴力なしに解決することができるかという方法をも示すものでなければならない」という規定が加えられたのである。

その後ドイツでは、子に対する暴力行為を除く家庭内暴力に対する特別法として、2001年12月11日に「暴力行為およびストーカー行為からの民事法

(5) 連邦社会法典八編 (少年援助法) の解説と邦訳として、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卷 1 号 303頁以下(2003)、同(2)比較法学37卷 1 号219頁以下 (2003)。

上の保護のための法律 (対暴力保護法) (Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen, BGBl. 2000 I, S. 3513) が制定された。同法の取扱いと同調させるために、2002年4月9日の「子の権利の一層の改善のための法律 (子の権利改善法) (Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten, BGBl. 2002 I, S. 1239) によって、BGB1666条 a 1項が、「父母の家庭からの子の引き離しをともなう処置は、公的援助を含め、他の方法では危険を回避することができないときに限り、許容される。このことはまた、父母の一方に一時的にまたは期限を定めずに家族の住居の使用を禁ずる場合についても適用される。父母の一方または第三者に子が同居している住居もしくは他の住居の利用を禁ずる場合には、当該処置の期間を裁量するにあたり、その者に住居の存する土地の所有権、地上権または用益権が帰属するか否かもまた考慮されなければならない。前段の規定は、住居の所有権、継続的居住権、物権的居住権ならびに当該父母の一方または第三者が住居の使用賃借人である場合について準用する」と改正された。

なお、この子の権利改善法には、その草案段階で、1631条2項について、「子は暴力を用いずに教育されなければならない。体罰、精神的侵害およびその他の屈辱的な処置は許されない」とする改正案が提案されていたが、並行審議されていた暴力排除法の文言が採用されたため、不採用となったという経緯がある。⁽⁶⁾

3 暴力によらない教育

すでに述べたように、1896年制定当初の BGB1631条は、親権者たる父に、子の教育にあたり「子に対して相当の懲戒手段を用いること」を明文をもって許容していた。「懲戒 Zuchtigung」という概念は、戒めのため

(6) 草案 (BT-Drucks. 14/2096) は1999年11月に連邦参議院から提出されたものである。

の不利益の付与を意味し、即身体的暴行あるいは虐待と同意義ではない。それゆえ、第二次世界大戦後の男女同権法による改正によって BGB から上記懲戒規定が削除されたときも、「懲戒手段という言葉はもはや1631条では使用されないが、懲戒手段は教育権に由来するものであり、それゆえ教育の範囲内にある限りは許容される」とされ、飲食物を減らすこと、外出を禁止すること、短時間の閉じ込めなどはもちろん、「びんた」などの体罰も、教育の範囲を超えない限りは、認められると解されていたのである。⁽⁷⁾

このような理解は、1979年の配慮権法によって、1631条2項に「屈辱的な教育処置は許されない」と規定されてからも存続する。配慮権法が屈辱的な処置の不許容を規定したのは、子は成人年齢に達したときには自立的に、かつ自己責任をもって行動することができるのであるが、そのことは子が自尊心と自己価値感情を発展させることができはじめて可能である、という視点からである。⁽⁸⁾しかし、何が「屈辱的な教育処置」であるかについては、「単に不適当な体罰のみならず、その他の、子の名誉感情や自己価値感情を正当化できない程度にまで侵害する処置も含む」というのが立法者の理解であった。⁽⁹⁾このような理解によれば、体罰は、それが不適当か否かによって、「屈辱的な教育処置」にあたるか否かの判断が分かれることになる。そのため、許容される教育的処置と禁止される教育的処置との区別をより明確化する必要があるとの批判を生み、1997年の親子関係法改正法では、法文上、許容されない屈辱的教育処置の典型として、「身体的ならびに精神的虐待 Misshandlung」が明示されるに至ったのである。⁽¹⁰⁾

これに対し、2000年の暴力排除法による現行1631条2項の「暴力によら

(7) Kruger=Breetzke=Nowack, Gleichberechtigungsgesetz Kommentar (1958), S. 548 (Kruger)

(8) BT-Drucks. 8/2788 (1979), S. 48.

(9) BT-Drucks. 8/2788, S35.

(10) BT-Drucks. 13/8511, S. 74.

ずに教育される」という文言の導入は、教育的処置として相当である範囲であるならば暴力の使用も許容されるという考え方と、完全に決別しようとするものである⁽¹¹⁾。現行1631条2項は、まずその第1文において、「子は暴力によらずに教育される権利を有する」と規定する。ここに「暴力によらずに」というとき、その概念は刑法にいう身体的暴行の概念を基礎に置いて⁽¹²⁾いるわけではない。「暴力によらずに教育される権利」の内容は第2文に具体的に示されているのであり、それは、いかなる種類の体罰や精神的侵害、その他の屈辱的な処置をも放棄した教育をうける権利を意味している。逆にいえば、体罰や精神的侵害、その他の屈辱的な処置を含む教育は、いかなる場合も、暴力によらない教育とはいえないのである。

子の肉体への侵害は、虐待という程にまで達しているか否かにかかわらず、罰として加えられる限りは体罰であり、すべてが許容されない⁽¹³⁾。精神的侵害とは、改正前に用いられていた用語である精神的虐待よりも広い概念であり、友人の面前や学校のクラスでの私事の暴露や侮蔑的な行為等のほか、子との交流における極端な冷淡さもその原因となりうる⁽¹⁴⁾。その他の

(11) 本文中に示したように、1999年の子の権利改善法案は、1631条2項1文で権利という文言は使用しないものの教育における暴力を禁止し、第2文では暴力排除法と同じ文言をもって体罰等の禁止を提案した。その提案理由において、「第2文においては、1631条2項の改正においても、刑法規定の中に含まれている *Misshandlung* という概念が、意識的に避けられている。Misshandlung という概念の下では、法律学に素人の者は身体の完全性に対する特別の重大な侵害と理解してしまう。教育において許容されない処置は、体罰と精神的侵害と表現することによって、明白かつ素人にとってもわかりやすい表示となる。さらに子の自尊心や名誉感情を侵害から包括的に保護し、子が心理的ならびに精神的に乱されることなく発達することを促進するために、補充的にその他の屈辱的な処置の不許容が記される」との説明を行っている (BT-Drucks. 14/2096, S. 8)。

(12) BT-Drucks. 14/1247, S. 7.

(13) BT-Drucks. 14/1247, S. 8. これに対して、おむつ換えのため赤ん坊を抑えているとか、赤信号の間子を抑えているといった行為は、罰ではなく、相当性を有する限りは禁止の対象とならない。

(14) BT-Drucks. 14/1247, S. 8. 行為の目的が問題となる体罰の場合と異なり、子の精神的な福祉への侵害という結果が要素である (Huber=Scherer, Die Neur-

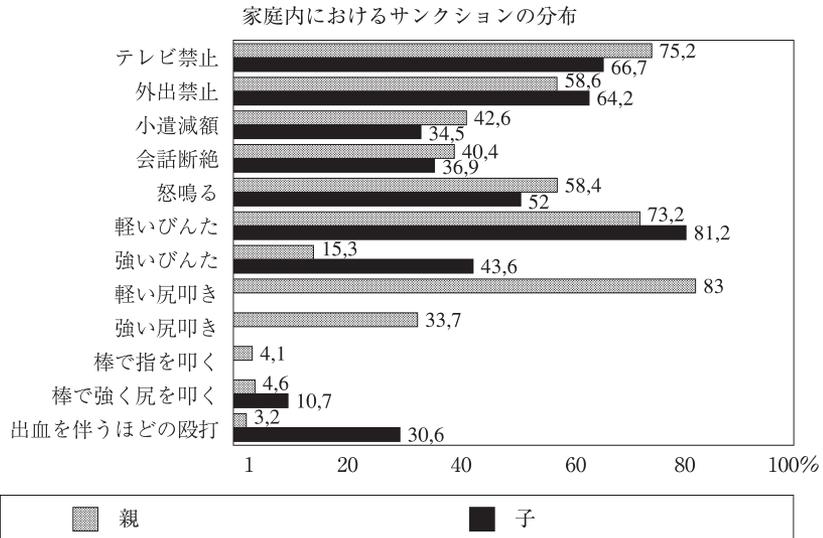
屈辱的な処置とは、子どもなりの自意識や名誉感情を傷つけたり、おびやかしたりする処置をいう。⁽¹⁵⁾ これらの処置は通常は子に精神的侵害をもたらすことになるが、子が鈍感であったり、あるいはその背後に侮蔑的な表現を聞き取らなかった場合には精神的侵害にまでは至らない場合がある。そのような場合が、「その他の屈辱的処置」の適用領域として残ることになる。

このような厳格な暴力排除の姿勢の背景には、諸種の社会調査を根拠に、ドイツではいまなお日常的に家庭内で身体的暴力がふるわれているという事実と、⁽¹⁶⁾ 親の身体的暴力を受けた子は後に自らが身体的暴力をふるう

egelung zur Achtung der Gewalt in der Erziehung, FamRZ 2001, S. 799.)

(15) BT-Drucks. 14/1247, S. 8. 改正前の文言は「屈辱的な教育処置」となっていたが、現行規定は単に「屈辱的な処置」となっている。これによって教育目的ではない場合においても、屈辱的処置は許容されない (Huber=Scherer, aaO. S. 799.)。

(16) BT-Drucks. 14/1247, S. 4. ドイツには虐待に関する公的な統計や調査は存在しない。暴力排除法の立法過程でも参考とされたのは、幾人かの研究者による個別の調査や報告である。その一つに、Bussmann の調査報告があるが、それによれば、家庭内での懲戒の内容 (少年 (2364名) が経験したもの (調査年1992年) と、



ようになり、また無害な殴打と有害な殴打との間に境界を引くことはほとんど困難であるという社会心理学や犯罪学の知見がある。そしてその認識が、立法者に「この暴力の『循環』を断ち、暴力は決して適切な教育手段ではないということを明確にするために、暴力によらずに教育を受ける子の権利を法律によって定めること」を必要と感じさせたのである。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾

4 暴力によらずに教育される、子の「権利」

1631条2項1文によれば、「暴力によらずに教育される」ことは、1999年の子の権利改善法草案が提案したような単なる法律規定による命令ではなく、子の「権利」である。暴力排除法草案は、この点を、「子の暴力によらずに教育される権利は、子が独自の尊厳を有する人として、また権利および義務の主体として、父母に対しても人格の尊重を要求することができるということを明確にする」⁽¹⁹⁾ものであると説明する。その基礎には、国が暴力によらない教育を率直に要請してみても、父母により、自分の子については実行不可能な教育方法であるとして、比較的簡単に退けられてし

父母 (1142名) が行ったもの (調査年1994) は、前頁所掲の別表のとおりである (Bussmann, Verbot familialer Gewalt gegen Kinder—Zur Einfuhrung rechtlicher Regelungen sowie zum (Straf-) Recht als Kommunikationsmededium, 2000, S. 45)。なお、Bussmann は、暴力排除法以後の情況 (調査年2001年) についても調査しており、その内容については、カイ=デトレフ・ブスマン「ドイツにおける子供に対する家庭内暴力禁止の評価」(日高義弘=アレナ・クニップル=森住信人共訳) 専修法学157頁以下で知ることができる。それによれば、暴力排除法による体罰等の禁止は、「子供に対する家庭内暴力の顕在的な減少に影響を与えている」と分析されている。

(17) Rotax, Kinder und hausliche Gewalt—Voraussetzungen gerichtlichen Eingreifens nach §§1666, 1666a BGB, FPR 2001, S. 254.

(18) BT-Drucks. 14/1247, S. 3. まさに、「自称無害な「尻たたき」あるいは「通常の」平手打ちを含め、いかなる形態の暴力の使用も、すべての父母に課されている教育の義務の違反として、法律により排除すべき時がきた」のである (Rotax, aaO. S. 254)。

(19) BT-Drucks. 14/1247, S. 5.

まうおそれがある、という認識があった。⁽²⁰⁾

しかし、「権利」としての構成を与えるということになると、裁判による請求の可能性およびその手続という点が問題となってくる。この点については、立法の過程の中で、1631条 2 項の違反は、1666条ないし1666条 a の規定によって処理されることとなるのであって、一般的な裁判上の請求（とくにこの場合は、体罰等の停止を求める民事法上の不作為請求）には親しまない、ということ意見の一致をみている。⁽²¹⁾

このような「子の権利」としての構成には、BGB 中に先行例がある。すなわち、1997年の親子関係法改正法によって「子は父母のいずれとも交流する権利を有する」という文言を与えられた、子と父母との交流権 (Umgangsrecht) の規定である (1684条 1 項前段)。この交流権の規定については、子に父母に対する交流の直接的な請求権を与えるものではなく、子の固有の権利と構成することによって、子を手許において他方との交流を妨げている父母の一方や、子との交流をまったく気かけようとしないう一方に対する警告的な効果を期待しているものと解されている。⁽²²⁾ 暴力排除法が暴力によらない教育を子の権利と明文化したことも、この規定

(20) 連邦議会野党である CDU/CSU は、子の権利改善法草案のような法律命令の形の方が、規制の宛先が父母であるということがより明確になるとして、子の権利と構成する草案の文言に反対した (Heger=Schonburg, Das Gesetz zur Achtung der Gewalt in Erziehung und Änderung des Kindesunterhaltsrecht, Kind-Prax 2000, S. 171)。

(21) Heger=Schonburg, aaO. S. 172. 1979年の配慮権法によって、「親権」という用語に代えて「親の配慮」という用語が導入されて以来、一連の配慮義務の反対解釈として子の権利が導かれるのではないかという主張が有力となってきている。しかし、このような主張をする者の中にあっても、父母による配慮義務の違反が子に裁判上の請求権をもたらすものではないとする者が多数を占めるといわれている (Moritz, Rechte des Kindes? (Teil 1), ZfJ 2002, S. 411)。これに対して、子の主観的権利として構成した以上、民法上の不作為請求等が排除されていることを前提とはできないとするものとして、Palant/Diederichsen, BGB (60. Aufl.), Rn 10 zu §1631.

(22) この規定の意義については、岩志和一郎「ドイツの新親子法 (中)」戸籍時報 495号28頁 (1998)。

と同様に、第一次的には、父母の意識の変革を目的としている。⁽²³⁾

しかし一方で、交流に関する1684条1項の規定は、単なるアピールとしての意味しかもたないものではない。権利としての明確かつ客観的な位置づけは、子がその権利の主体であり、その実現を求め得る法的地位にあることを示す。このような法的地位を保障するために、国家にはその実現を支援するためのシステムの整備が要請される。その整備は私法にではなく、社会法の範囲に委ねられており、SGB VIII 18条3項が、子は、交流権の行使について児童福祉当局である少年局に支援と相談を求めることができ、また交流しようとしめない父母に対して、少年局を通じて交流を行うよう働きかけてもらうことができると定め、間接的にではあるが、子の側から主体的に父母に交流の実現を求める道を開いている。⁽²⁴⁾ この点は1631条2項の場合も同様である。SGB VIIIは、父母や子には家庭内教育の一般的助成のための給付が与えられるものとし、そして「この給付はまた、どうすれば家庭内における葛藤状態を暴力なしに解決することができるかという方法をも示すものでなければならない」（16条1項）として、ソーシャル・ワークの中で、子に対する暴力の予防や是正を図ることを要請している。⁽²⁵⁾

(23) BT-Drucks. 14/1247, S. 7. Staudinger/Salgo, Kommentar zum BGB (13. Aufl.), Rn83 zu §1631. このように教育と暴力（虐待）の区別をアピールする必要性は、すでに1979年の配慮権法において強く意識されていた。同法は1631条2項に「屈辱的な教育処置は許されない」という文言を与えたが、その宣言的な文言の基礎には、「教育はそれが人間の尊厳を、そして同時に子の尊厳を起点に置いてのみ有意義かつ上首尾に行われることができるということが一般的かつ自明な理解となったときに、虐待への踏み込みを抑止することができる」という視点があった（BT-Drucks. 8/2788, S. 35.）。にもかかわらず、暴力排除法の立法者が新たに子の権利という構成を与え、従来の1631条2項の規定を先鋭化させたのは、子の教育において暴力を用いないことを国民にはっきりと意識させようという意図があるからであり、そのための側面的な措置として、全国レベルでの情報キャンペーンも組まれている（Huber=Scherer, aaO. S. 798.）。その中には、さまざまなメディアを通じた情報の付与と啓蒙も含まれている（Heger=Schonburg, aaO. S. 172.）。

(24) 岩志・前掲「ドイツの新親子法（中）」29頁。

(25) BT-Drucks. 14/1247, S. 8. SGB VIIIによれば、家庭内教育の一般的助成の給付には、家族の協力の能力を高めさせるような家族教育の提供、子の教育と発達一般

5 違反があった場合の対応

すでに述べたように、1631条 2 項 1 文は、子が独自の尊厳を有する人として、また権利および義務の主体として、父母に対しても人格の尊重を要求することができるということを明確にしたものであり、第一次的には父母に向けられたアピールとしての性格を有する。

このような第 1 文を受けて、第 2 文は、身上配慮の実行に際して、父母が体罰や精神的侵害、その他の屈辱的な処置をとることを具体的に禁止するが、この禁止に対する違反については、刑事法上も、民事法上も、特別の制裁が準備されているわけではない。もちろん体罰による身体侵害が刑法上の構成要件を充足する場合に刑事処罰を排斥するものではないが、暴力排除法の目的は家庭問題を犯罪化することなく、子や父母に対する社会的支援⁽²⁶⁾によって教育における暴力を排除することにあるのであり、それ⁽²⁷⁾

に関する相談の提供、困難家庭への余暇・保養サービスならびに子の教育的世話の提供などがある (SGB VIII 16 条 2 項)。なかでも父母との相談など、暴力を抑制しつつ家庭内の葛藤状態を克服することを目的とした少年援助の給付はこれまでも行われてきたことであり、少年局にとって目新しいものではないが、その目的が明示されたことでより強力に推し進めることができるようになったとして歓迎されている。しかし一方で、なぜこのような給付が家庭内教育の一般的助成の範囲に限られるのかという批判もある (Munder u. a., Frankfurter Kommentar zum SGB VIII: Kinder- und Jugendhilfe (4. Aufl.), S. 191)。

(26) ドイツ刑法 223 条 1 項は、「他人を身体的に虐待した者または健康に被害を与えた者は、5 年以内の自由刑もしくは罰金刑に処する」と規定する。

(27) 家庭裁判官である Rotax は、「家庭裁判所裁判官の活動の目的は、犯人を明らかにすることでも、処罰することでもなく、家庭裁判所の処置によって個々のケースの当事者たる子を保護することにあるのであり、それは常にというわけではないにしても、多くの場合、刑事司法が介入しない方がうまくいく。なぜならその方が通常、濫用的な振る舞いをしたおとなに対しては、処罰や軽蔑や屈辱におびやかされることなしに援助を得るということで、条件を設定しやすいからである。そのおとなに自らの濫用的な振る舞いを止めさせ、自分が引き起こした被害を認識させることに成功すれば、必要な親子の関係が継続的に失われる危険や、基本権の

は、立法者が暴力排除法制定の過程の中で強調した「罰する代わりに支援を Hilfe statt Strafe」⁽²⁸⁾ というスローガンに如実に表われている。

このことは、親の配慮権の制限や剥奪といった民事法上の制裁についても同様である。すでに述べたように、特別の制裁規定はないため、違反は配慮権の濫用等に対する一般規定に従って処理されることになるが、それによれば、まず、家庭内の葛藤状態あるいは危機状態を克服するための社会的な援助が提供されることになる。1979年の配慮権法によって導入された BGB1666条 a は、父母のもとからの子の引き離しおよび身上配慮権の全面的剥奪は、公的援助を含む他の方法では危険回避のために不十分である場合に限り許容されると規定する。この規定は、子の引き離しおよび身上配慮権の全面的剥奪という、いわゆる最終処置に関するものであるが、ここには親子関係に関しては国家の介入よりも援助が優先するという考え方が示されている⁽²⁹⁾。SGB VIII 1 条によれば、子はすべて、自己責任と社会生活を行う能力を備えた人になるために、自己の発達に対する助成と教育を受ける権利を有するのであり、その権利を実現するため、国家・社会は、子の福祉の危険の除去や父母に対する支援といった社会的援助（少年援助）を行う。子の教育に関して問題が生じた場合には、子は自ら少年局の相談、助言を受ける権利を有し（SGB VIII 8 条）、父母に対しては教育相談や教育補助など、諸種の教育援助（SGB VIII 27 条以下）が準備されている。

このような社会的支援のみで解決できる段階にない場合にはじめて、家庭裁判所による司法的介入、すなわち BGB1666条および1666条 a による身上配慮の制限や剥奪といった処置が問題となりうる⁽³⁰⁾。この家庭裁判所

深刻かつ継続的な侵害の危険が最小限のものになる」と述べる（Rotax, aaO. S. 254）。

(28) BT-Drucks. 14/1247, S. 6.

(29) Wiesner, Zur gemeinsamen Verantwortung von Jugendamt und Familiengericht für die Sicherung des Kindeswohl, ZfJ 2003, S. 123, Rotax, aaO. S. 255

(30) 児童虐待との関係で、この点を扱う文献として、鈴木・前掲146頁以下。

の手続は職権によって開始するが、多くは少年局が家庭裁判所に介入を喚起して開始することになるであろう (SGB VIII 50 条 3 項)。しかし、家庭裁判所の司法的介入の要件は、子の福祉の危険を根拠づける配慮権の濫用が存在するか否かであり、体罰や精神的侵害が存在すれば当然に家庭裁判所の司法的介入が行われるという自動性は存在しない。⁽³¹⁾ 暴力排除法の提案者自身、「ときたまなされる体罰は通常は家庭裁判所の処置を引き起こすことはないであろう」と述べている。⁽³²⁾ しかし、1631 条 2 項が置かれたことで、家庭裁判所は 1666 条にいう子の福祉の危険を根拠あらしめる配慮権の濫用があるか否かを審査する際には、1631 条 2 項の規定の基礎にある法的評価⁽³³⁾を考慮に入れなければならなくなったことは確かである。⁽³³⁾ その意味では、体罰等の存在が家庭裁判所の審理の枠の中で持つ重みは、従来よりも増したとみることができる。⁽³⁴⁾

もちろん、子自らが保護を求めてきた場合および子の福祉に差し迫った危険が存在する場合には、少年局は子を親元から引き離し、適切な人物のもとや施設において一時的に保護することができる (緊急一時保護、SGB VIII 42 条)。一時保護の場合にも、少年局はあらかじめ家庭裁判所の 1666 条ないし 1666 条 a による処分の決定を得なければならないが、それが間に合わない場合には、家庭裁判所の仮命令 (非訟事件手続法 (FGG) 52 条 3 項)⁽³⁵⁾を得て行うことができる。

(31) より積極的に、子が自己の暴力によらないで教育される権利の実現を求めて家庭裁判所を頼ってきたときには、そのような事情の下では 1666 条 1 項にいう子の福祉の危険が存在しないかどうか究明しなければならないのであるから、家庭裁判所は、申立権がないからといって退けることは許されず、むしろその意思表示を職権で取り上げなければならないとする主張も存在する。Staudinger (13. Aufl.) / Salgo, Rn83 zu §1631.

(32) BT-Drucks. 14/1247, S. 5.

(33) BT-Drucks. 14/1247, S. 5.

(34) Huber = Scherer, aaO. S. 800.

(35) 詳細には、鈴木・前掲 140 頁以下。なお、地域がベルリンに限定されてはいるが、この点の実務を知り得る調査報告として、平湯真人 = 岩志和一郎 = 高橋由紀子

父母の暴力によって子に損害が生じた場合には、子は父母の不法行為責任を問い得る（BGB1664条）。しかし、先に述べたように、子は父母に対して一般の民事法上の不作為請求権は有さないと解される。配慮義務違反あるいは配慮権濫用の解決は、一般の民事法上の請求権に対する特別規定であると解されている1666条と1666条 a の規定により、家庭裁判所の職権で（現実には少年局が手続開始を喚起することが多いと思われる）行われることとなる。⁽³⁶⁾

6 おわりに

以上、BGBの規定する、暴力によらずに教育される子の権利について概観してきた。ここで、その意味をいま一度吟味してみよう。

1631条2項は身上配慮権者による教育についての規定であり、身上配慮一般について、「身上配慮は、とくに子を養育し、教育し、監督し、またその居所を指定する義務と権利を含む」と規定する1631条1項を受けたものである。その1631条1項は、親の配慮一般について規定する1626条を受けたものであるから、1626条の規定は1631条2項についても一般規定ということになる。

1626条はその第1項において、親の配慮について、父母を主語として、「父母は、未成年の子のために配慮する義務を負い、権利を有する」と規定する。親の配慮、すなわち *Elterliche Sorge* という用語は、すでに述べたように、1979年の配慮によって、*Elterliche Gewalt*（親権）という用語を改めて導入されたものである。しかし、その前後で、前者と後者とが性質的にまったく異なるものとして認識されてきたわけではない。第2次世界大戦後に制定されたボン基本法は、その6条2項1文に「子の保護と教

「ドイツ・フランスの児童虐待防止制度の視察報告書（Iドイツ連邦共和国編）」
（子供の虹情報研修センター2004）参照。

(36) BT-Drucks. 14/1247, S. 5.

育は親の自然の権利であり、かつ何よりも親に課された義務である」という文言をもって、親の権利を基本権として保障した。⁽³⁷⁾以来、連邦憲法裁判所は、親権というか、親の配慮（配慮権）というかにかかわらず、それは自然の親の権利に由来し、基本法の保障のもとにあるという理解を繰り返して確認し、それを踏まえて、民法の解釈の場においても、親権や配慮権の性質については、「親の配慮の権利は、特別の方法で憲法によって与えられた基準によって型押しされたものである」として、親の権利の性質論と重ねる形で論ずるのが一般的となっている。⁽³⁹⁾

基本法 6 条 2 項の自然の親の権利の性質について、連邦憲法裁判所は、「基本法 6 条 2 項 1 文においては、権利と義務とは最初から不可分的に結びついている。この義務は、権利を限定する制限なのではなく、この『親の権利』の本質的な要素であり、その意味で、この親の権利は、より適切には、『親の責任』ということが出来る」と分析し、親の責任を果たすために保障される権利、すなわち義務権 *Pflichtrecht* であるとする。⁽⁴⁰⁾この

(37) ドイツにおける、親の権利の詳細な研究として、横田光平「親の権利・子どもの自由・国家の関与—憲法理論と民法理論の統合的理解—」法協119巻359頁（本論文は以後後続号において連載）。

(38) 1979年改正前について、BverfG. Beschluss. v. 15. 6. 1971, BVerfGE 31, 194 [206]、改正後について、BverfG. Beschluss. v. 31. 5. 1983, BVerfGE 46, 180 [188]等、参照。

(39) Staudinger (13. Aufl.)/Peschel-Gutzeit, Rn 4 zu §1626. なお、親の権利と親権の関係については、横田・前掲論文 (3)、法協119巻2419頁以下に詳細。

(40) BverfG. Beschluss. v. 29. 7. 1968, BVerfGE 24, 119 [143].

(41) この点につき、連邦憲法裁判所は、「基本法 6 条 2 項 1 文は、親に対して、自己の子の保護と教育に関する権利を保障している。この『自然の親の権利』は、国家によって付与されたものではなく、国家により、所与の権利として承認されたものである。親は原則として、自己の子の保護と教育をどのように行い、それによって自ら親の責任を果たそうとするのかについて、国家の干渉や介入を受けず、自由に、自らの考えに従って決定することができる。親の権利は、親の自己決定という意味における自由ではなく、子の福祉のために保障されているものであるということによって、基本権カタログにある他の自由権とは本質的に異なっている。親の権利の根底には、親は通常、他の者や機関などよりはるかに子の福祉にこころを砕く

ような親の権利の理解と連動して、民法上も、親の配慮は親の主観的権利ではあるが、子に対する親の諸義務の履行を目的としてのみ付与された権能であり、その限りにおいて、子は親に対して親の配慮の義務に従った実行を求める権利を有する、と解されるのである。⁽⁴²⁾

このように1626条は、父母の視点からの規定であって、子の権利という言葉は含まないが、解釈を通じて子に対する父母の義務、父母の責任を定めたととらえられている。そうであるとすれば、その各論規定に当たる1631条2項でも、子の権利改善法草案のように「子は暴力を用いずに教育されなければならない」と規定することで、子の利益保護という目的は十分に達しうる。にもかかわらず、あえて「子は暴力によらずに教育される権利を有する」という文言を与えたのは、子は親の配慮については、単なる父母の義務の客体ではなく、自ら一個の人格として権利の主体であるということ⁽⁴³⁾を明確化するという目的があったからである。

「権利」という文言を使用しても、直接に子が父母にそのような教育を受ける請求をしたり、執行を求めたりできるとされるわけではない。私権の内容と変動の要件を規定する基本法である民法の中に、そのような抽象的かつ宣言的な権利を規定するべきではないという考え方はありうるであろう。しかし一方で、このような法的価値判断が示されることによって、解釈者にはより明確な拠所が与えられることになり、また父母に、あるい

ものだという基本的考え方がある。親の権利は国家に対する関係では自由権である。国家は、基本法6条2項2文によって国家に帰属する監督義務によって介入が求められる場合を除き、原則として親の教育権に介入することが許されていない。子に対する関係では、子の福祉が親の保護と教育の最高基準でなければならない。基本法6条2項1文は、基本権と基本義務とを同時に規定するものである。それゆえ、親の権利は、信託された権利とか、奉仕するための権利とか、真の意味で委託された受託者の自由などと言われてきたのである（BverfG. Urteil v. 9. 2. 1982, BVerfGE 59, 361 [376].）。

(42) Staudinger (13. Aufl.)/Peschel-Gutzeit, Rn 19 zu §1626.

(43) 交流権についてはあるが、Staudinger (13. Aufl.)/Rauscher, Rn 57 zu § 1684

は社会一般に認識の転換をアピールすることができる。

ドイツにおけるこのような親の配慮に関する父母と子の立場の明確化の道筋をたどるとき、わが国においても、すでに米倉教授がこの点の明確化を強調されておられることに思いを致さざるを得ない。

米倉教授は、「親権は義務であり、それも親権者の子に対する債務である」と断言して、親権私法義務説の立場を明快に説かれ、学界に一石を投じられた。⁽⁴⁴⁾ 教授は、親権がその性質上直接請求や強制執行に親しまないことは認め、そうであればこのような構成を採ることに「さしたる実益があるようには思えない」との声が挙がることは承知の上で、それでもこのような構成を採ることによって得られる実益として、「思考の透明度を高める」とともに、「親権は子に対する債務そのものだと宣言することの教育的効果は大きい。たとえば児童虐待に対する世人の態度にしても、親権を形式上だけにせよ親権者の権利ととらえている場合と、正面切って親権者の債務そのもの、それも子に対するものととらえる場合とでは、かなりの差を生ずるのではあるまいか」と説かれている。⁽⁴⁵⁾

現時の児童虐待に対する対応の中で指摘される諸種の問題は、民法親権法の枠組の立法論的検討が不可欠であることを示すが、同時に現在の枠組の中においても、子を明確に権利の主体としてとらえ、その尊重を第一にはかり得る解釈の道筋を切り開いていく必要があることをも示している。ドイツの立法と、米倉教授の分析の根底に共通に流れる理念は、わが国の親権法をめぐる立法論と解釈論の双方に、決定的に重要な意味を持つといわなければならない。

(44) 米倉明「親権概念の転換の必要性—親権は権利なのか義務なのか—」『現代社会と民法学の動向(下)』(加藤一郎先生古希記念)(1992) 368頁。

(45) 米倉・前掲375頁。