

未成年後見制度改正の方向性 ——ドイツ法を手がかりにして——

合 田 篤 子

- I はじめに
- II ドイツ未成年後見制度の現状
- III ドイツ未成年後見法改正への動き——未成年後見法及び世話法改正法案
- IV 結びに代えて

I はじめに

未成年後見は親権者を失った未成年者のために、いわば「親権の延長または補充」として、親権者に代わって身上監護ならびに財産管理を行う制度として出発した⁽¹⁾。そして、現行法上、わが国の未成年後見も「親権を行う者がいないとき、又は親権を行う者が管理権を有しないとき」に「開始する」(民838条1号) ことになっている。しかし、実際は、未成年後見が開始し、後見人を選任すべき状態が発生しても、多くの場合、後見人が選任されず、いわゆる事実上の後見が行われてきたことが、かねてより指摘されてきた⁽²⁾。しかも、後見人選任申立ての実質的理由としては、未成年者本人の継続的・包括的監護教育というよりはむしろ、養子縁組や財産処分、保険金・退職金受領、遺産分割など特定の法律行為を行うためであることも指摘されてきた⁽³⁾。このような状況に対し、昭和30~40年代には、「法制審議会民法部会小委員会における仮決定及び留保事項(その二)(以下、「仮決定及び留保事項」という)」や親権後見統一

論をはじめとして、後見法を見直す動きが見られた。そこでは、後見人の引受手を確保できるような法改正や、児童福祉の理念に沿った整備の必要性⁽⁴⁾、あるいは実態的調査に基づき、後見人の引受手がない場合には後見法ではなく、児童福祉機関等に期待すべきとの見解⁽⁵⁾ が主張されてきた。しかしながら、近年の家族法改正に向けた動きの中では、未成年後見が注目されることはさほどなく、実務での問題点が指摘されるにとどまっていたといえる⁽⁶⁾。

ところが、2010年8月に法制審議会児童虐待防止関連親権制度部会が示した「児童虐待防止のための親権に係る制度の見直しに関する中間試案⁽⁷⁾」(以下「中間試案」という)において、親権の一時制限制度や一部制限制度に続き、「未成年後見制度の見直し」として、第一に、「法人を未成年後見人を選任することができるものとする」、第二に「複数の未成年後見人を選任することができるものとする」との案が示されるに至った⁽⁸⁾。また、この「中間試案」以外にも、2010年には、鈴木教授らが公表した「親権法及び関連法改正提

案」において、「公的後見・団体後見ならびに身上保護人制度の新設」として「児童相談所に公的後見人及び公的身上保護人担当部署を新設する」との案が示されている⁽⁹⁾。むろん、これら「中間試案」ならびに「親権法及び関連法改正提案」は、いずれも児童虐待防止の観点から主として親権法を改正しようとするものであり、未成年後見制度全体を見直すものではない。しかしながら、すでに指摘した通り、未成年後見に関しては改正すべきと指摘されながらも、長らく手つかずの状態であったことに鑑みると、今般の親権法改正の動きを重要な契機の一つとして捉え、今一度、未成年後見制度全体のあるべき法改正の方向性を検討することが望ましいのではないだろうか。

ところで、「中間試案」や「親権法及び関連法改正提案」は児童虐待防止という目的に主眼を置いているため、身上監護面に注目が集まりがちである。しかし、わが国では、たとえば、未成年後見人である祖母が孫（被後見人）に支払われた生命保険金を横領したとの事件（最判平20年2月18日〔刑集62巻2号37頁〕）に代表されるように、財産管理に関する深刻な問題も起きていることに留意しなくてはならない⁽¹⁰⁾。

そこで今般の「中間試案」や「親権法及び関連法改正提案」のみならず、これまで未成年後見制度に関して主張されてきた、さまざまな視点からの立法提案をまとめてみると、次のように整理することができる。第一に、後見人の引受手の確保という観点から、①法人後見（団体後見）や公的後見、その他いわばボランティア後見人⁽¹¹⁾のような新たな未成年後見人の引受手を認める、②複数後見人

制度を導入し⁽¹²⁾、身上配慮権と財産管理権とに分掌する⁽¹³⁾、③後見人に対する報酬制度をより整備する⁽¹⁴⁾、などの提案を挙げることができる。第二に、未成年者の福祉を実質的に担保するという観点からは、④後見人ならびに後見監督人に対する監督を強化し、家庭裁判所の助言・監督義務を明確にする⁽¹⁵⁾、⑤重要な法律行為については家庭裁判所の許可を要するとする⁽¹⁶⁾、などの提案を挙げることができる⁽¹⁷⁾。

未成年後見制度の改正の方向性を検討する上では、少なくとも上記①～⑤すべての立法提案について検討することが必要になろう。また、児童相談所と家庭裁判所の連携システムの構築など、民法のみならず、児童福祉法や手続法をも視野に入れて検討する必要もあろう。しかしながら、本稿では、後見人の引受手の確保が喫緊の課題であることや、「中間試案」がまもなく要綱試案としてまとめられようとしていることを踏まえ、まずは、前記①②の法人後見ならびに複数後見人制度に焦点を絞り、これらが実現に至った場合の影響や、その後さらに進むべき法改正の方向性について検討することとする⁽¹⁸⁾。

以上の検討を行う素材として、本稿ではドイツ法を選択する。その第一の理由は、ドイツには前記①～⑤の制度がすでに備わっているからである。つまり、法人後見はもとより、行政機関である少年局（Jugendamt）が担う「官庁後見（Amtsvormundschaft）」（ドイツ民法典〔以下、「BGB」とする〕1791条b、同1791条c）とよばれる公的後見が行われている。また、すでに複数後見人制度が認められており（BGB1775条、同1797条）、報酬に関する特別規定（未成年後見人及び世話人の報

酬に関する法律 Vormünder—und Betreuervergütungsgesetz vom. 21.4.2005 BGBI I 1073 [VBVG]⁽¹⁹⁾も近年整備されている。さらに、家庭裁判所による監督義務についても明確に定められており、後見人が一定の重要な法律行為を行う際には家庭裁判所の許可を要するとの制度(BGB1821, 同 1822 条)もあるからである。第二の理由は、ドイツにおいても、未成年後見制度は長らく法改正が行われてこなかったが、2010年11月現在、「未成年後見法及び世話法改正法草案 (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vormundschafts-und Betreuungsrechts)」が審議過程にあるなど、日本と時期を同じくして改正作業が進められている点である(詳しくは「Ⅲ」で述べる)。この法改正の背景には、深刻な児童虐待事件が後を絶たないという事情がある点もわが国と共通であり、その動向を探ることは本稿の目的からも、有意義であると考える。

以上の理由から、以下ドイツ法の分析を進めていくが、まずはその際の留意点について、前記①②の提案に沿って、やや敷衍しておく。

①未成年後見人の引受手(法人後見・公の後見等)について

わが国でもすでに成年後見の場合には、法人後見が認められ、近時は「成年後見の社会化」を受けて、いわゆる市民後見人⁽²⁰⁾も注目されている。この点、ドイツ法の分析の際には、未成年後見の引受手としての法人後見等の状況はもちろんのこと、特に「中間試案」の留意事項として挙げられていた、法人の「適格性」をいかに担保しているのかにつき注目したい⁽²¹⁾。ところで、今般の「中間試案」では、親権あるいは監護権の一部を行う者がい

なくなった場合にも後見が開始するとし⁽²²⁾、親権制限後も、原則として、「できる限り早期に、親権の制限をすべき事情を解消し、親子の再統合を図るべきである」と説明している⁽²³⁾。このような親権制限制度の位置づけを前提とすると、今後の未成年後見は、従来の未成年後見、たとえば、親権者が死亡した場合や行方不明になった場合に開始する未成年後見とは、やや異質な役割が期待されることになるのではないだろうか。つまり、親権の一時制限等の導入により、未成年後見人の引受手としては、専門家や公的機関が望ましいという事態が生じるのであろうか。ドイツ法の状況はいかなるものであろう。

②複数後見人について

「中間試案」では、複数後見人間で方針に齟齬が生じる懸念があることなど、「権限の行使についての規律」を要検討事項としている⁽²⁴⁾。複数後見人間で対立が生じることの懸念は明治前期からすでに指摘され、成年後見制度導入時にも確認されているが⁽²⁵⁾、法典調査会においては、むしろ当初は複数人制が提案されていた⁽²⁶⁾。つまり、わが国においては複数後見人制度のメリット・デメリットの主張のせめぎ合いが長らく続いていたことになる。今回の法改正が実現に至った場合には、どのような影響が考えられるであろうか。また、複数後見人の場合、職務の分担と同時に責任の分担をどのように図るのかも問題となる。ドイツではどのように規律しているのだろうか。

それでは、以上の点に留意しつつ、まずはドイツ未成年後見制度の現状について確認し(Ⅱ)、その上で、「未成年後見法及び世話法改正法草案」に至った背景やその内容につい

て紹介を行い(Ⅲ)、最後に、わが国の未成年後見制度のあるべき法改正の方向性について一言する(Ⅳ)。

Ⅱ ドイツ未成年後見制度の現状

1 ドイツ未成年後見制度の概観

ドイツ未成年後見制度の概観を紹介する文献はすでにあるため、以下では、本稿に必要な限度において簡単に紹介する⁽²⁷⁾。

ドイツにおける未成年後見は、原則として家庭裁判所の職権に基づく命令によって開始する⁽²⁸⁾。BGB1773条が定める後見開始事由は、未成年者が親の配慮に服していないとき、又は父母が身上配慮及び財産配慮についても未成年者を代理する権限を有しないとき(同条1項)、未成年者の身分(Familienstand)が不明なとき(同条2項)である。

後見人となる者は、まずは被後見人の親が指定した者であるが(BGB1776条1項)、後見人たるべき者に後見を委託すべきでないときは、少年局の意見を聴取後、家庭裁判所が後見人を選任する(BGB1779条1項)。その際、家庭裁判所は、個人的状況、財産状況その他の事情から後見執行に適任な者を選任しなくてはならない。また適任な者が複数いる場合には、親の推定的意思、被後見人との個人的つながり、親族又は姻族、被後見人の信仰を考慮し、選任しなくてはならない(同条2項)。後見人の選択肢としては、次に見るように個人後見人(Einzelvormund)、社団後見人(Vereinsvormund)、官庁後見人(Amtsvormund)がある。

ところで、親の配慮の一部、たとえば身上配慮権あるいは財産配慮権が剥奪された場合

や身上配慮の一部である居所指定権のみが剥奪された場合等には、未成年後見は開始せず、「親又は後見人が処理することができない事務」につき、保護人(Pfleger⁽²⁹⁾)が付される(BGB1909条1項)⁽³⁰⁾。わが国の「中間試案」では監護権の一部制限制度も提案されており、ドイツ法を参照する場合には保護制度もあわせて検討する必要がある。

ここで、未成年後見と保護の関係について簡単に確認しておく。たとえば、親の配慮が停止⁽³¹⁾している間は、後見が開始する(BGB1675条)。また、ドイツでは児童虐待のように子の福祉に危険が及ぶ場合、家庭裁判所のとりうる処置の一つとして親の配慮の一部又は全部の剥奪が法定されているが(BGB1666条3項6号)、一方の親のみが配慮権全部を剥奪された場合には、他方の親が単独で配慮権を行使することになっており(BGB1680条1項、3項)、後見は開始しない。また、単独配慮権者が配慮権を剥奪された場合には、ただちに後見が開始するのではなく、家庭裁判所は他方の親に配慮権を委譲することが子の福祉に反しないか否かを検討することになる(BGB1680条2項、3項)⁽³²⁾。両親ともに配慮権を一部剥奪された場合には、後見ではなく保護人が選任される⁽³³⁾。

なお、保護については法律に別段の定めなきときは、未成年後見に関する規定を準用することになっており(BGB1915条1項)⁽³⁴⁾、以下では、未成年後見を中心に紹介を行っていくこととする。

2 後見の引受手

——未成年後見の3類型——

ドイツには現在、未成年後見として3類型、

すなわち、(a) 個人後見、(b) 法人後見にあたる
 社団後見 (BGB1791 条 a)、(c) 公的後見に
 あたる官庁後見 (BGB1791 条 b、同 1791 条
 c) が存在する⁽³⁵⁾。このうち、全体の約 7~8
 割を占めるのが、行政機関である少年局が担
 う(c) 官庁後見である⁽³⁶⁾。

(a) 個人後見

個人後見人はおよそ次のように分類するこ
 とができる⁽³⁷⁾。(a-1) 近親者(祖父母、きょう
 だい、叔父叔母など)が行う、いわゆる親
 族後見にあたる個人後見人、(a-2) 被後見人
 の知人(隣人、友人、養育人[里親]、教会の
 メンバー等)による個人後見人、(a-3) 第三
 者(社団や組合などのメンバー)による個人
 後見人、(a-4) 社会事業に協力する形で名誉
 職(非職業)として行うが、社団や公共団体
 の専門的な助言や支援も受ける個人後見人、
 (a-5) 専門的かつ職業として後見を執行し
 報酬を受ける、いわゆる職業後見人⁽³⁸⁾
 (Berufsvormund: 弁護士、公証人、税理士、
 ソーシャルワーカー、教育者等)、(a-6) 主と
 して官庁の職員が職務の一環として専門的に
 後見を執行する個人後見人(もっぱら少年局
 の職員が未成年のために個人後見を執行す
 る)である。

立法者としては、自然人によるこれらの個
 人後見を最も望ましい未成年後見の形と考
 えていたようであり、中でも、いわば非職業的
 に名誉として行う名誉職個人後見を模範と考
 えていたようである⁽³⁹⁾。そして、このように
 名誉職個人後見を官庁後見や社団後見よりも
 優先すべきことは BGB にも明確に規定され
 ている (BGB1791 条 a 第 1 項 2 文、1791 条 b
 第 1 項 1 文)。しかし、すでに BGB 施行以前

から、とりわけ大都市では、婚外子や孤児ら
 にとって適任の名誉職個人後見人が十分確保
 できなくなっており、職業後見という、いわ
 ば個人後見の特別な形が発展してきたといわ
 れる⁽⁴⁰⁾。そして、1990 年の世話法により
 BGB1835 条が改正されたことで、職業後見
 に報酬が認められるようになったこともあり、
 現在、個人後見の大部分は職業後見によっ
 て行われているといわれる⁽⁴¹⁾。この点につき
 職業後見は、個人後見の一類型ではあるが、
 社団後見や官庁後見よりも適任である場合に
 のみ選任すべきとの指摘もある⁽⁴²⁾。

なお、児童虐待などが原因で親の配慮が剥
 奪された場合に開始する後見の場合には、親
 族後見の方が、かえってロイヤルコンフリク
 トを生じさせやすくなるため、後見人として
 考慮の外に置くべきとの指摘もある⁽⁴³⁾。

以上のように、ドイツにおいても、親族後
 見人の確保は困難となり、現在の個人後見は、
 原則として報酬が認められる職業後見に大き
 く依存した形となっている。

(b) 社団後見(法人後見)

社団後見とは、少年保護事業に取り組む権
 利能力ある社団、たとえば教会あるいは慈善
 目的の社団が後見活動を担うものである。社
 団は、名誉職個人後見人として適任の人物が
 いない場合又は親に指定された場合
 (BGB1776 条)にのみ後見人として選任さ
 れる (BGB1791 条 a 第 1 項 2 文)。むろん、
 社団の同意が必要であり、引き受ける法的義
 務もない。

ところで、わが国の「中間試案」で要検討
 事項となっていた法人の「適格性」は、次の
 ような制度によって担保されている。

まず、社団が後見や保護を引き受けるためには、第一に、権利能力を有していること、第二に、区の少年局から許可を得ていることが要件となっている（BGB1791条a第1項1文、社会法典第8編[児童ならびに少年援助]⁽⁴⁴⁾ [以下、「SGB VIII」とする] 54条）。したがって、社団はまず、権利能力があることを登記簿によって証明する必要があるが、社団の主たる目的が、児童もしくは少年援助の領域、特に未成年後見事業の分野である必要はない。ただ、当該社団が、児童もしくは少年援助の領域でも活動していることを定款によって証明する必要があるとされる⁽⁴⁵⁾。その上で、SGB VIII 54条2項が定める要件、すなわち、「十分な人数の適任の職員を有し、監督、継続教育し、かつ、職員がその活動の範囲内で他人に与えうる損害に対し適切な保険に加入していること」（1号）、「計画的に個人後見人ならびに個人保護人の獲得に努め、彼らを職務につかせ、継続教育をし、助言すること」（2号）、「職員間の経験の交流を可能にすること」（3号）といった要件をみたして初めて、少年局から「適格」であるとの許可がなされる⁽⁴⁶⁾。

後見を執行する際には、社団が各職員を用いることになるが（BGB1791条a第3項1文）、あくまでも後見人は社団である⁽⁴⁷⁾。職務分担の効果は内部にのみ生じるのであって、職員が第三者に対して加えた損害については社団自身が責任を負うことになるため、前述の通り、保険の加入が義務づけられている⁽⁴⁸⁾。

なお、社団後見は、未成年後見全体の約4%を占めるに過ぎず、実質的意義はもはや失われているといわれている⁽⁴⁹⁾。その理由とし

て、社団後見の場合には報酬や費用補償が認められておらず（BGB 1836条3項、同1835条a第5項）⁽⁵⁰⁾、また、費用の償還についても非常に限定的にしか認められていないことが挙げられている（BGB1835条5項）⁽⁵¹⁾。

以上のように、ドイツでは、きわめて具体的な要件を定め、未成年者の利益を侵害しないように社団の適格性を担保するよう努めている。特にSGB VIII 54条2項は、社団に対し、相当程度、組織的かつ実質的に未成年後見に取り組む姿勢や制度を要求しているといえよう。確かに、わが国で同様の要件を課す場合には、その要件をみたす法人が限定的になる虞はある。しかし、とりわけ身上監護も含めた法人後見を想定する場合には、未成年者の福祉の実現のためにも、ある程度、厳格な要件が必要である考える。一方、社団法人は、原則として無報酬であることなどから、ドイツにおいては、ほとんど利用されていない現状も明らかとなった。

(c) 官庁（公的）後見

官庁後見といっても、実際の後見執行は少年局が公務員（Beamten）又は職員（Angestellten）に個別に委託し、職員らはこの委託された範囲内で、被後見人の法定代理人となる（SGB VIII 55条2項）。職員に後見事務を委託しても、職員らは個人後見人として選任されるのではないため、職員らの行った行為の効果はあくまでも官庁後見人である少年局に帰属する⁽⁵²⁾。なお、一定の場合には、複数の職員に委託もできる⁽⁵³⁾。

官庁後見には、選任官庁後見（BGB1791条b）と法定官庁後見（BGB1791条c）がある⁽⁵⁴⁾。後者の法定官庁後見は婚外子の場合や、子が

出生時に BGB1773 条の要件をみたしているとき、すなわち、単独配慮権者である母親が行為無能力者・制限行為能力者であるときに開始する (BGB1791 条 c)。これに対し、前者の選任官庁後見は、適任の個人後見人がおらず、同意する社団後見もみつからない場合に家庭裁判所によって後見人に少年局が選任されるものである。つまり、官庁後見は本来、補充性の原則、すなわち、適任の個人後見人がいない場合にのみ「補充的」に選任されることになっているが (BGB1791 条 b 第 1 項 1 文)、全体の 7~8 割を占めることからわかるように、実態としては逆転している。

このように、官庁後見が大多数を占めているという状況に対し、ドイツでは本来の後見の姿である個人後見に回帰すべきとの議論⁽⁵⁵⁾や官庁後見制度自体を改正すべきとの指摘が多くなされている⁽⁵⁶⁾。

なお、ドイツにおいて官庁後見が個人後見に比して大きな比重を占めている原因については、必ずしも明らかにされてはいないが、次のように推測されている⁽⁵⁷⁾。すなわち、さまざまな理由から家族の結びつきが弱くなり、後見人という大きな責務を負担しようとする者が減り、かりに、未成年者の監護養育を望む者は後見人になるのではなく、養子として迎えようとするのが挙げられている。

ところで、ドイツにおいても今日では、児童虐待などが原因で親の配慮が剥奪されるケースが多く問題となっている。そのような場合の後見人としては、専門的な教育学的適格性も要求されることになるとの指摘がある⁽⁵⁸⁾。その点、少年局という機関は、そもそも少年やその家族のために援助サービスを提供するのみならず、行政機関として、たとえ

ば、児童ならびに少年の緊急一時保護 (SGB VIII 42 条)、家庭裁判所の手続きへの協力 (SGB VIII 50 条)、養子縁組手続きにおける助言と教示 (SGB VIII 51 条) 等を行う機関である。そして、少年局は、そのような職務の一環として、家庭裁判所に対して後見人や保護人として適任な個人や団体を提案する義務をも負っている (SGB VIII 53 条 1 項)。このような職務内容を踏まえると、少年局は児童虐待のように未成年後見が開始しうる状況に当初から関与する機会が多く、また専門性も高いといえよう。そうだとすると、児童虐待事件が増加する社会においては、少年局自身が官庁後見人を引き受けざるを得ない面もあると考えられる。

わが国では、「親権法及び関連法改正提案」が、児童相談所に公的後見人の担当部署を新設するとの案を示していた。今後、親子の再統合をも念頭に置いた未成年後見制度を構築していく場合には、——解決すべき問題は多いものの、——たとえば、児童相談所が担う公的後見を整備することは、その専門性ならびに家庭裁判所や各種施設、里親などの連携協力の発展可能性に鑑みると、一定の意義を有すると考える。

3 複数後見人 (Mitvormund)

(1) 複数後見人の選任

1998 年の世話法改正法により、夫婦が共同後見人になることが認められるようになったが、BGB では、あくまでも原則は後見人を一人とし、「特別な理由」がある場合に例外的に複数後見人を認めるという制度を採用している (BGB1775 条)。

複数後見人が選任される特別な理由として

は、きょうだいが多い場合、財産がきわめて多い場合、財産の一部がたとえば別の州にある場合⁽⁵⁹⁾など財産管理が困難な場合や、後見人と被後見人の宗派が異なるという身上配慮に関わる場合⁽⁶⁰⁾が挙げられている⁽⁶¹⁾。

なお、単独後見を原則としているので、複数の被後見人であるきょうだいに対しても、原則として一人の後見人が選任される。一方、夫婦を後見人として選任できるとしたのは、後見人と被後見人との関係を親子関係と同視する考え方からも適切とされ、かりに被後見人と後見人夫婦が同居していない場合にも、夫婦に共同責任を負わせることが、被後見人の利益になると説明されている⁽⁶²⁾。

(2) 複数共同後見と複数分掌後見

一人の被後見人に複数の後見人が選任されたとき、後見人らは共同 (gemeinschaftlich) で執行にあたるのが原則であるが (BGB1797 条 1 項 1 文: 共同代理の原則)、家庭裁判所は特定の活動範囲 (Wirkungskreis) に応じて、後見人間で後見事務を分掌 (verteilen) させることもできる (BGB1797 条 2 項 1 文)。

後見分掌を行うか否か、また、どのように分掌するかについては家庭裁判所の裁量に任されている⁽⁶³⁾。

分掌の方法としては、たとえば、(i)一人の後見人には身上配慮を、他の後見人には財産配慮を分掌させるという方法 (一方を企業経営者、他方を農業経営者に委託する等) や、(ii)特定の後見事務については一人に委ね、それ以外の事務については共同で後見事務を行うという方法も可能である⁽⁶⁴⁾。

分掌する場合、共同代理 (Gesamtvertretung) ではないので、各後見人は、自己の

活動範囲内で、あくまでも独立して後見を行う (BGB1797 条 2 項 2 文)。すなわち、各後見人は、その活動範囲内についてのみ単独の法定代理権を有し、また責任を負う。つまり、共同後見の場合には、義務違反によって生じた被後見人に対する責任を連帯債務として負うが (BGB1833 条 2 項)、分掌後見の場合には、それぞれの活動の範囲内についてのみ責任を負うことになる (BGB1833 条 1 項)⁽⁶⁵⁾。

後見分掌に関する特定の方式が定められているわけではないが、裁判所による黙示の処分は認められないと解されている⁽⁶⁶⁾。ただし、実際には、後見人が受けとる選任証書 (Bestallungsurkunde) には、被後見人の氏名、生年月日、後見人・後見監督人・共同後見人の氏名とともに、後見の分掌の方法が記載されることになっており (BGB1791 条 2 項)、黙示の処分が問題になることはほとんどないとされる⁽⁶⁷⁾。なお、家庭裁判所による後見事務の分掌の決定は、後見人選任時でも事後でもよい⁽⁶⁸⁾。

なお、一人の共同後見人を主たる後見人として、いわば他の後見人の総監督とすることができるか否かという問題については、今日、一般には否定されている。確かに、Motive では、後見人の一人に主たる後見人としての地位を「認める必要はない」という立場に立ち、否定はしていない⁽⁶⁹⁾。さらに、現行法においてもこれを否定する規定はない。しかしながら、現在の学説においては、後見人の一人が他の後見人を監督し、指示を与えるというのは、法が予定するところの後見人の法的地位や後見監督制度とは相容れないものであり、認めるべきではないとの見解が有力である⁽⁷⁰⁾。なお、複数分掌後見の場合には、一人

の後見人が別の後見人の後見監督人になりうるという規定がある（BGB1792条3項）。

(2) 後見人間で見解が対立した場合

複数後見人間で見解が対立した場合は、家庭裁判所が判断することになっている（BGB1797条1項2文）⁽⁷¹⁾。分掌後見の場合には、分掌された後見事務につき各後見人らは独立して任務を行うことになっているので、一見、見解の対立が生じないようにも思われる。しかしながら、たとえば、教育に関わる費用を被後見人の財産から支出する場合のように、身上配慮と財産配慮に同時に関わる事項もある。以上のことから、BGB1798条を定め、共同後見の場合と同様、家庭裁判所が判断することになっている⁽⁷²⁾。家庭裁判所が判断する際、共同後見人の一人が主張する見解に同意することはできるが、共同後見人が望んでいない解決を押し付けることはできない（家庭裁判所の監督権に反しない限り）ではあるが〔BGB1837条2項〕⁽⁷³⁾。

(3) 複数後見人制度への評価

以上のように、ドイツでは複数後見人間の権限行使についての規律を詳細に定め、後見人間の方針に齟齬が生じた場合についても家庭裁判所が判断を行うというルールを定めている。しかしながら、ドイツでは、この複数後見人制度は、ほとんど利用されていないとされる⁽⁷⁴⁾。その理由としては、そもそも適任かつ後見を進んで引き受ける人物を確保することが困難であるからとの指摘は見られたものの⁽⁷⁵⁾、複数後見人制度自体の問題点を指摘するものは特に見受けられなかった。「中間試案」が示す課題、すなわち、未成年者の利

益の観点から複数後見人の権限行使についての規律をいかに定めるか、という課題に対しては、ドイツ法の前記のルールは一定の示唆を与えるものといえよう。公的後見が整備されていないわが国にとっては、複数後見の存在意義は依然として少なくはなく、ドイツ法のような規律を参考にし、未成年者の利益に適う制度を構築することが期待される。

III ドイツ未成年後見法改正への動き ——未成年後見法及び世話法改正 法草案

1 改正の背景

以上、法人後見における法人の適格性を担保する制度や複数後見人間の権限行使の規律の仕方については、ドイツの制度から一定の示唆をえることができたといえる。しかしながら、実態としては、社団後見や複数人後見は十分機能しておらず、個人後見以上に官庁後見が多数を占めていること、また、そのこと自体が問題視されていることも明らかとなった。

ところで、「I」でもふれたように、現在ドイツでは長らく行われてこなかった未成年後見法の改正作業が進められている。その背景の一つに、官庁後見制度の運用状況への批判がある。以下、そのことにもふれつつ、法改正に至るまでの背景について述べていく。

1992年1月の世話制度の新設は、未成年後見自体の改正ではなく、未成年者については従来の後見制度（Vormundschaft）を維持するというものにすぎなかった。現に、1989年、連邦参議院は世話法の政府草案に対し、未成年後見と保護の改正は未だ決着がついて

いないことを指摘し、連邦政府に対し、今後とも未成年後見法領域の改正作業をさらに推し進め、速やかに法改正するように要請している⁽⁷⁶⁾。また、1992年の第59回ドイツ法律家大会でも、未成年後見の法改正が遅きに失する(überfällig)とし、個人後見の充実を図るべきとの提案がなされ、圧倒的支持を得たようである(賛成63・反対2・保留4)⁽⁷⁷⁾。しかしながら、1997年の親子法改正においても未成年後見は対象とされなかった。それどころか、1999年施行の第一次世話法改正法政府草案の中では、未成年後見法の法改正の必要性を「過大評価してはいけない」とし、むしろ消極的な態度に転じている⁽⁷⁸⁾。

その後も、家族法に関しては法改正が進められ、2008年7月4日には「子の福祉の危殆化における家裁の措置の容易化に関する法(Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls)」が、手続法の分野では、2009年9月1日に「家事事件及び非訟事件の手続に関する法律(Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) [以下、FamFGという]」が施行されている⁽⁷⁹⁾。しかしながら、未成年後見制度に関しては、前述の通り、改正に対して消極的な立法者と積極的な学説・実務の見解が対立し、法改正には至らない状況が続いていたといえる。

ところで、これら一連の法改正作業が進む中、2006年10月にブレーメン州で官庁後見人が選任されていながらも当時2歳のケビン少年が養父による虐待によって死亡するという事件が発生した。このケビン事件がドイツ国内に与えた衝撃は大きく、現在進められて

いる未成年後見法改正の大きな原動力の一つとなっている。ケビン事件を受けてブレーメン州議会が設置した調査委員会の報告書⁽⁸⁰⁾によると、一般に、官庁後見人らは、しばしば後見の引き受け時にしか被後見人に会っておらず、その後の被後見人の様子をほとんど知らないという実態や、ときには、一人の官庁後見人が200人以上の被後見人を担当している(ケビン事件はまさにそうであったのだが)ことが明らかとなり、官庁後見制度への批判が高まった。このような背景もあり、連邦司法省は、かねてより実務で指摘されていた問題点も踏まえ⁽⁸¹⁾、法改正に向けて動き出した⁽⁸²⁾。2010年8月25日には、連邦司法省がまとめた「未成年後見法及び世話法改正法草案(Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts) (以下、「政府草案」という)」が閣議決定され、同年9月3日、その政府草案が連邦参議院に提出された(BR-Drucks. 537/10⁽⁸³⁾)。そして、同年10月15日には連邦参議院がいくつか意見を付した決定(BR-Drucks. 537/10 [Beschluss]⁽⁸⁴⁾)を行っている。なお、2009年12月4日に出された参事官草案⁽⁸⁵⁾の段階では、未成年後見のみが対象となっていたが、政府草案の段階では世話法も対象となっている。

以上のように、政府草案は未だ改正作業の過程にあるが、大まかな骨子は明らかとなったため、以下、連邦参議院からの意見にも言及しつつ、当該政府草案(BR-Drucks. 537/10)について紹介していく(なお、脱稿後、2010年11月4日に連邦政府が連邦議会に提出した、連邦政府草案[BT-Drucks. 17/3617 [BR-Drucks. 537/10と同内容]]に接したが、本

稿には反映していない)。

2 政府草案の紹介

(1) 政府草案の目的

本政府草案の目的は、後見人に対し、被後見人と個人的なコンタクト (Kontakt) をとる義務を課し、それによって、被後見人に対する身上配慮を強化することにあるという。これは、本草案理由書の冒頭でもケビン事件について言及があるように、深刻な児童虐待事件が後を絶たないことや、調査の結果、後見人が被後見人に対し、十分な責任を果たしていない実態が明らかとなったことがその背景にある。このような事態を打開するためには、後見人は被後見人と定期的に会い、被後見人の状況を把握することが必要になり、このような個人的コンタクトの実施を家庭裁判所の監督義務の対象とすること等が本草案の目的に合うことになると述べられている⁽⁸⁶⁾。

以上の目的を実現するため、政府草案が掲げた改正の大きな柱は次の7点である。すなわち、(i)被後見人と後見人との個人的コンタクトを明示的に定める、(ii)後見人が被後見人に対する世話・教育義務を助成し保証することを法律上、より強調する、(iii)後見人の職務執行に関する家庭裁判所の監督義務に、被後見人と後見人との個人的コンタクトを含める、(iv)被後見人と後見人との個人的コンタクトを家庭裁判所に対する後見人の年間報告義務に含める、(v)官庁後見における事件数を職員一人あたり、50件に制限する、(vi)個人的コンタクトが実施されなかった場合を世話人の解任事由として明示する⁽⁸⁷⁾、(vii)前記(iii)(iv)の監督義務や報告義務に関する規定を世話人と被世話人との間の個人的コンタクトにも適用す

る、との7点である。これらのうち(v)はSGB VIIIに関する改正であり、(vi)(vii)は世話に関する改正である。

ところで、政府草案自体は、Artikle 1としてBGBの5つの条文について、Artile 2としてSGBに関する改正を提案しているが、以下では、未成年後見に関わるという観点から前記(i)~(v)の枠組にそって、具体的な条文案と理由などを紹介していく。

(2) 政府草案の内容

(i) 被後見人と後見人との個人的コンタクト (新 BGB1793 条 1a 項)

現行 BGB1793 条 1 項の後に、次の「1a 項」を挿入する。

【草案 BGB1793 条 1a 項】「後見人は被後見人と個人的なコンタクトをとらなければならない。個別の事案において、訪問につき、その他の間隔又は、その他の場所が必要でないときに限り、後見人は原則として、月に一度、被後見人の通常的环境下で被後見人を訪問しなければならない。」

この【草案 BGB1793 条 1a 項】は、後見人による被後見人との個人的なコンタクト義務を具体化したものである。後見人は被後見人に対して必要な範囲内で個人的に会うべきであり、それは、被後見人の通常の居所で実施されるべきである (FamFG278 条 1 項 3 文参照)。本人とのコンタクトの範囲や頻度は、個別の事案に応じて、その都度定まるものである。つまり、立法者は、原則として月に一度を必要なものとみなしているが、事案によっては、より頻繁に会うことも必要になりうる。一方、特別な事情から、個人的なコンタクトを頻繁にとらない方が適切な場合もあ

る。たとえば、被後見人が安定した環境で生活し、年齢等によっては、窮状や希望を自ら適切な方法で指摘できる状況にある場合である。また、たとえば、被後見人が養育人（里親）の前では自由に話すことができない、又は話そうとしない場合には、被後見人の通常的环境以外で会うことが目的に適う場合もある。

理由書では、「アリバイ訪問 (Alibi-besuchen)」が生じる危険性を指摘し、それは立法的措置によっても完全には回避できないと述べている⁽⁸⁸⁾。しかし、後見人はそもそも被後見人の身上配慮や財産配慮に対する包括的責任に基づき、被後見人を長期にわたって見守り、その状況を検討するよう義務づけられており、短時間の訪問の場合であっても、被後見人の虐待やネグレクトの兆候を確認してしかなるべきであろう、とも述べている⁽⁸⁹⁾。

なお、この規定は、BGB1915条に基づき保護の場合にも準用されることになる。

ところで、連邦参議院からは、この【草案 BGB1793条 1a項】の第2文を削除し、次の文言と入れ替えるべきとの意見が出されている (BR-Drucks. 537/10 [Beschluss], S. 2.)。

【参議院案 BGB1793条 1a項 2文, 3文】「その形態 (Ausgestaltung) は個別事案の状況によるものとし、その判断は後見人の専門的な自己責任に含まれる。その際、後見人は、被後見人を通常的环境下で訪問することが必要かを特に判断しなくてはならない。」

つまり、参議院は、「月に一度」という具体的な頻度を法定するのではなく、個別事案の状況に応じて頻度を定めるルールが「現実的であり、柔軟である」とする⁽⁹⁰⁾。このような参議院の提案に対し、連邦政府が今後どのよ

うな反応を示すのか、立法の動向が注目される。

(ii) 後見人の被後見人に対する世話・教育義務の助成と保証 (BGB1800条)

現行 BGB1800条に第2文として次が追加される。

【草案 BGB1800条 2文】「後見人は被後見人の世話ならびに教育を個人的に助成し、保証しなければならない。」

この【草案 BGB1800条 2文】により、後見人は里親のような第三者に「被後見人の世話と教育を助成ならびに保証する義務」を委託するだけでは十分でなく、被後見人の身上配慮について個人的に監督すべきとの原則を明確にしている。そして、政府草案では、この原則を官庁後見の場合にも適用するとの提案を行っている (新 SGB VIII 55条 3項 2文⁽⁹¹⁾)。

(iii) 後見人 (世話人) の職務執行に関する裁判所の監督義務 (BGB1837条 2項)

現行 BGB1837条 2項 1文の後に、第2文として次を挿入する。

【草案 BGB1837条 2項 2文】「特に、家庭裁判所は、後見人による被後見人との必要な個人的コンタクトが遵守されることを監督しなければならない。」

この【草案 BGB1837条 2項 2文】を定めることによって、裁判所が後見人の執行に関して監督する場合には、特に、被後見人とのコンタクトに向けられることが、明らかになる。かりに後見人が必要な範囲内で、この個人的コンタクト義務を履行しなかった場合には、裁判所は適切な監督措置をもって介入しなくてはならないとする。ただし、強制金は

後見人に選任された少年局や各官庁後見人本人に対して定められることはない。なぜなら、少年局は国家機関だからである。しかしながら、裁判所には、少年局に対して命令・禁止する権限や、BGB1833条に基づき損害賠償を指示し、BGB1887条に基づき、後見人である少年局を解任する権限が与えられている。

なお、BGB1837条は世話法にも準用されているため（BGB1908条i第1項1文）、世話裁判所にも、世話人と被世話人とのコンタクトの実施を監督する義務が生じることになる。

(iv) 裁判所に対する後見人（世話人）の報告義務（BGB1840条1項）

現行 BGB1840条1項に第2文として、次が追加される。

【草案 BGB1840条1項2文】「報告には、後見人による被後見人との個人的なコンタクトに関する内容（Angabe）も含めなくてはならない。」

すでに、現行 BGB1840条1項は、後見人に対し、被後見人との個人的関係に関し、家庭裁判所への少なくとも年に一度の報告義務を課しているが、【草案 BGB1840条1項2文】により、コンタクト義務の履行と裁判所による監督が強化されることになる。ただし、報告内容に関しては、監督を行う裁判所の裁量の範囲内と考えられるため、別の法律によって基準を定めることまでは必要ないと判断したと説明されている⁽⁹²⁾。また、かりに裁判所が、より頻繁な報告を必要とみなした場合には、それを命令することも可能とする。

なお、BGB1840条は世話法にも準用され

ているため（BGB1908条i第1項1文）、世話人と被世話人との個人的コンタクトについても、世話裁判所への報告内容に含まれることになる。

(v) 官庁後見における事件数の制限（SGB VIII 55条2項）

現行 SGB VIII 55条2項2文及び3文を削除して、次を挿入する。

【草案 SGB VIII 55条2項2文、3文】「児童もしくは少年の年齢又は発達の状態に応じて、可能な限りにおいて、少年局は委託前、児童もしくは少年に公務員又は職員の選任に関して、口頭で審問すべきである。後見又は保護の執行を委託されるフルタイム公務員又は職員は、最大50件、そして同時に他の職務を遂行している場合には、それに応じて、それより少ない後見又は保護を執行すべきである」

この【草案 SGB VIII 55条2項2文、3文】によって、少年局の職員に後見職務を委託する前に、被後見人や被保護人に審問する義務ならびに、官庁後見ならびに官庁保護における事件数を職員一人あたり50件に制限することが根拠づけられる。審問義務は被後見人の利益となり、被後見人の手続きへの関与を強化することになろう。また、50件という事件数は、ワーキンググループ「子の福祉が危殆化した場合の裁判所の措置—§1666BGB」が推薦した数にも合致すると説明されている⁽⁹³⁾。

しかしながら、連邦参議院からは【草案 SGB VIII 55条2項2文、3文】の3文の一部を変更すべきとの意見が出されている（BR-Drucks. 537/10 [Beschluss], S. 3）。連邦参議院の提案をまとめると、SGB VIII 55条2項

3文以下は次のようになる（下線部分が参議院案）。

【参議院案 SGB VIII 55 条 2 項 3 文】「後見又は保護の執行を委託されるフルタイム公務員または職員は、被後見人との個人的コンタクトや、その他の職務を責任をもって遂行することを特に考慮し、執行可能な程度にのみ後見ならびに保護を執行すべきである。」

すなわち、参議院案では、少年局の職員に委託される後見や保護の件数を「最大 50 件」と具体的に定めるのではなく、「社会教育学上、必要な程度」に合わせなくてはならないとし、具体的な確定は、少年局の組織権に委ねなくてはならないとする⁽⁹⁴⁾。前述の(i)【草案 BGBI793 条 1a 項】と同様、連邦参議院の提案に対する連邦政府の反応が興味深いところである。

IV 結びに代えて

以上、本稿では、「中間試案」で提案されている法人後見、複数人後見を未成年後見制度改革のまずは第一歩と捉え、それらによってもたらされる影響や、その後さらに進むべき改正の方向性について検討することを目的に、ドイツ未成年後見制度の現状(Ⅱ)ならびに「未成年後見法及び世話法改正法草案」の紹介を行ってきた(Ⅲ)。したがって、本稿は、未成年後見制度全体の検討を行ったものではなく、「Ⅰ」でも指摘したように、残された課題はある。しかしながら、以上のドイツ法の分析からも、少なくとも次のことは指摘できると考える。

まず、未成年後見人としての法人の適格性をいかに担保すべきか、また、複数後見人間

の権限行使についてどのように規律するべきかという点につき、ドイツでは、きわめて具体的な制度設計がなされていたことを確認できた。法人後見、複数人後見のいずれについても、ドイツ法の規律を参考に制度設計することによって、後見人の新たな引受手として、その役割を一定程度は期待できると考える。これは、後見が開始しながらもスムーズな後見人選任がなされていない現状にとっては大きな意義をもたらすことになる。

ただし、ドイツでは、法人後見や複数人後見が充分利用されていないことも明らかとなった。その理由として、たとえば、法人後見の場合には原則、無報酬であることが指摘されていたが、わが国では報酬制度自体が未だ整備されておらず、今後、法人後見を発展させていくためには、報酬制度に関する検討も必要になってこよう（「Ⅰ」で示した立法提案③参照）。また、複数人後見が利用されていない理由として、そもそも後見人の確保が困難であるとの指摘がなされていたが、わが国においても、たとえば複数後見人間で意見の調整が必要な場合などには、家庭裁判所が単に判断を示すにとどまらず、助言や援助を行うようなシステムを整備し、極力、後見人らの心理的・物理的負担を減らし、引受手を確保できるような制度設計を検討すべきであろう（「Ⅰ」で示した立法提案④参照）。

以上のように、法人後見や複数人後見の導入は、後見人の引受手の確保という目的実現のためには、一定の効果が見込まれる。しかしながら、たとえば「中間試案」が提案する親権の一時停止後に生じる未成年後見の場合には、単純に引受手としての選択肢を増やせばよいというものではない。それは、ドイツ

において官庁後見が大きな役割を果たしていたことから窺われる。つまり、要保護状態にある未成年者を暫定的に被後見人とし、さまざまな関係機関とも連携し、最終的には親との再統合を目指す場合には、後見人として何らかの特殊な適格性が要求されるのではないだろうか。その点、「親権法及び関連改正提案」が示すように、たとえば児童相談所等が担う公的後見の検討が今後は必要なのではないかと考える。

さらに、ドイツ法の分析からは、これらだけでは十分ではないとの示唆が得られたと考える。すなわち、今日、親権の義務性が強調される中、未成年後見については、いっそう、そのようなものとして改めて認識することが重要であると考え。そうであるならば、官庁後見をはじめとして、今後、未成年後見制度の改正の方向性を検討していく上では、ドイツの「未成年後見法及び世話法改正法草案」が示すように、後見人と被後見人との定期的な個人的コンタクトを義務化する等、後見人と被後見人との間に、個人的な関係を形成させ、被後見人に対する身上監護・財産管理義務を果たさせるような制度設計を目指していくべきなのではないだろうか。

このような視点から、官庁後見制度や残された課題として挙げた未成年後見に関する個別の制度について、引き続き検討を行っていきたい。その際には、親権法や児童福祉法はもちろんのこと、現在、厚生労働省「児童部会児童虐待防止のための親権の在り方に関する専門委員会」が行っている議論も踏まえ、家庭裁判所や児童相談所といった司法・行政機関を中心とする未成年者保護に向けた法システムの検討が必要になってくると考える。

なお、本稿は科研費（若手研究（B）課題番号：21730079）の助成を受けたものである。

なお、脱稿後、「児童虐待防止のための親権に係る制度の見直しに関する要綱案」に接したが、これをふまえた検討は、今後の課題としたい。

注

- (1) 於保不二雄＝中川淳編『新版注釈民法(25)改訂版』234頁〔於保・中川〕（有斐閣、2004）。
- (2) 鈴木ハツヨ『子供の保護と後見制度』（創文社、1982）118頁。
- (3) 阿川清道「親族法改正の問題点について(6)」戸籍144号（1959）9頁、鈴木・前掲注(2)123頁以下。
- (4) 湯沢雍彦「後見制度と児童福祉制度」同『家庭事件の法社会学』（岩波書店、1968）226頁。
- (5) 鈴木・前掲注(2)56頁。
- (6) 中原尚一ほか「実務家としての後見法の一考察」ジュリ245号（1962）18頁、関利之ほか「未成年後見事件の現状と問題点」調研紀要29号（1976）24頁、島内乗統「後見人・後見監督人制度について」判タ565号（1985）62頁、内田恒久＝瓜生武「後見人の責務と後見事務の監督」岡垣学＝野田愛子編『講座・実務家事審判法4』（日本評論社、1989）167頁、高木多喜男「未成年後見人の選任についての新しい動き」リマークス32号（2006〔上〕）13頁、伊見真希「未成年後見人と未成年後見監督人の職務」月刊司法書士426号（2007）76頁、中野三保子「未成年後見人となって」登情48巻3号（2008）132頁等がある。
- (7) <http://www.moj.go.jp/content/000051300.pdf>。
- (8) 「中間試案」7頁以下。
- (9) 鈴木博人ほか「親権法及び関連法改正提案」戸時650号（2010）12頁。
- (10) その他、同様の事件として、甲府地判2009年11月10日（朝日新聞2009年11月11日）、津地判2009年9月25日（朝日新聞2009年9月26日）の報道に接した。
- (11) 「後見人候補者協会」（湯沢・前掲注(4)227頁）、「後見人候補者群制度」（関・前掲注(6)38頁）等。
- (12) 複数後見人制については、すでに「仮決定及び

- 留保事項」の第53で挙げられている。その他、島内・前掲注(6)63頁、於保＝中川編・前掲注(1)305頁〔犬伏由子〕、許末恵「未成年後見をめぐる諸問題(監護養育)」野田愛子ほか編『新家族法実務大系②』(新日本法規, 2008)410頁。
- (13) 関ほか・前掲注(6)39頁、於保＝中川編・前掲注(1)241頁〔於保・中川〕。
- (14) 島内・前掲注(6)63頁、於保＝中川編・前掲注(1)439頁〔中川〕、伊見・前掲注(6)80頁。
- (15) 家庭裁判所は、申立てによる後見人候補者を通常そのまま後見人に選任している上、後見事務の監督としても後見事務の内容を規制することは事実上、ほとんど行っていない(中原ほか・前掲注(6)28頁)。
- (16) 「仮決定及び留保事項」第57、於保＝中川編・前掲注(1)241頁〔於保・中川〕。
- (17) その他、後見人に担保設定義務を課すとの立法論もある(島内・前掲注(6)63頁、於保＝中川編・前掲注(1)〔於保・中川〕241頁)。なお、担保提供義務を定めた明治民法933条は、戦後削除されている。
- (18) したがって、その他の③～⑤の提案については、今後の検討課題とする。なお、⑤に関しては、すでに別稿にて、親権者が代理する重要な法律行為については家裁の許可を要するとの制度を導入すべきとの提言を行っているが、現時点では後見人についても同様に考えている(拙稿「親権者による財産管理権の濫用的行使の規制」神戸法学51巻1号(2001)77頁以下)。
- (19) たとえば、職業後見人の報酬はその専門知識の程度に応じて、後見事務一時間あたり、19,50ユーロ、25ユーロ、33,50ユーロの3段階に分けられている(VBVG3条1項)。
- (20) たとえば「実践成年後見」No.32(2010)4頁以下の「特集I市民後見人」参照。
- (21) 「中間試案」8頁。
- (22) 「中間試案」7頁。
- (23) 法務省民事局参事官室「児童虐待防止のための親権に係る制度の見直しに関する中間試案の補足説明」(2010)5頁。
- (24) 「中間試案」8頁。
- (25) 「複数の未成年後見人間の方針に齟齬が生ずることは未成年者の福祉の観点から相当ではなく、その弊害は権限の調整規定によって解決しうる性質のものではない」(小林明彦ほか編『成年後見制度の解説』[きんざい, 2000]118頁)。
- (26) 梅博士が複数人制を推す理由は、第一に、財産が多く、たとえば不動産が遠隔地に及んでいる場合には後見人一人では負担が重いこと、第二に、身上配慮(教育)と財産管理についてはそれぞれ適性があり、それぞれ適任者に分掌させるべきであるということであった(調査会修正別案911条)(法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録七』[商事法務研究会, 1984]29頁)。
- (27) 田山輝明『成年後見法制の研究(下)』(成文堂, 2000)266頁以下に、1991年の文献をベースとしたドイツ未成年後見制度の概観がすでに紹介されている。その他、最近のものとして、西谷祐子「ドイツにおける児童虐待への対応と親権制度(二)」民商142巻1号(2010)18頁以下がある。
- (28) 法律上当然に官庁後見が開始する場合として、後見人を必要とする婚外子が出生した場合は(BGB1791条c第1項1文)、父性否認が確定した場合(同条1項2文)、親が養子縁組に同意後、養子縁組が成立するまでの暫定的な場合は(BGB1751条)がある。
- (29) 西谷・前掲注(27)8頁は「保佐人」との訳語を用いているが、本稿ではひとまず「保護人」とする。
- (30) 本稿では詳細な紹介ができなかったが、保護制度は親の配慮が欠けた場合の補充のみならず、後見の補充的役割も果たしている(BGB1909条1項参照)。また、親が監護権の一部を剥奪された場合に選任される保護のみならず、たとえば代理が禁止されている場合にも保護人によってカバーされる(BGB1629条, 同1795条)。
- (31) 親の配慮が停止するのは、親が行為無能力者あるいは制限行為能力者である場合(BGB1673条)、家裁が相当長期間、親の配慮を事実上行使できないと確認した場合(BGB1674条1項)、親が養子縁組に同意した場合(BGB1751条)等である。

- ③② Oberloskamp, Vormundschaft, Pflegerschaft und Beistandschaft für Minderjährige 3. Aufl. 2010, § 6, Rn. 17 [Hoffmann].
- ③③ Oberloskamp, a. a. O. (Anm. 32), § 6, Rn. 16.
- ③④ 未成年後見と異なる点として、たとえば、保護監督人の選任が不要な点や (BGB1915 条 2 項)、成年者のためにも選任されうる点 (BGB1911, 1913 条) 等が挙げられる。
- ③⑤ 1961 年 8 月 11 日の家族法改正法によって施設後見 (Anstaltsvormundschaft) が廃止された結果、現在の個人後見・官庁後見・社団後見の三類型に至っている。
- ③⑥ 1981 年のデータではあるが、未成年後見全体 106,595 件のうち、個人後見が 26.2%, 社団後見が 4.2%, 官庁後見が 68.6% を占め、未成年保護全体 382,748 件のうち、個人保護が 10%, 社団保護が 0.9%, 官庁保護が 89% を占める (Oberloskamp, Mehr Einzelvormünder/Einzelpfleger statt Amtsvormünder/Ampflegler?, FamRZ 1988, 7, 9.)。なお、1982 年以降は各後見の割合がわかるデータ集計がないが (Oberloskamp, a. a. O. (Anm. 32), § 6, Rn. 6 [Hoffmann]), 近年では官庁後見が約 8 割を占めるとの説明も見受けられる (Studie des ISA e. V. zur vormundschaft in Deutschland, Reformbedarf bei Amtsvormundschaften, JAmt 2004, 228.)。
- ③⑦ Oberloskamp, a. a. O. (Anm. 32), § 1, Rn. 49 [Oberloskamp] を参考にした。
- ③⑧ 職業後見人とは、たとえば経済の専門家、心理学者など後見に関する専門知識を有している者のみならず、被後見人の数、費用 (支出)、困難性に応じて「職業として」後見を行う者を含む (Gernhuber, Familienrecht 6. Aufl. 2010, § 71 Rn. 59. 「職業上」後見を執行することの定義については BVVG1 条 1 項 2 文参照)。
- ③⑨ J. von. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Buch4, Familienrecht, Neubearb., 2004 zu (以下、Staudinger/執筆者名で引用) vor §§ 1773 Rn. 21. [Engler], Gernhuber, a. a. O. (Anm38), § 70 II Rn. 8.
- ④⑩ Staudinger/Engler, a. a. O. (Anm. 39), §§ 1773 ff. Rn. 21.
- ④⑪ Staudinger/Engler, a. a. O. (Anm. 39), §§ 1773 ff. Rn. 21., Gernhuber, a. a. O. (Anm. 38), § 70 II Rn. 8.
- ④⑫ Oberloskamp, a. a. O. (Anm. 32), § 13. Rn. 44. [Schindler].
- ④⑬ Zenz, Das Mündel und sein Vormund, DAVorm 2000, 365, 372.
- ④⑭ 以下、本稿では SGB VIII の訳について、岩志和一郎ほか「ドイツ『児童ならびに少年援助法』全訳 (1) (2) (3 完)」比較 36 卷 1 号 (2002) 303 頁、37 卷 1 号 (2003) 219 頁、39 卷 2 号 (2006) 267 頁を参考にした。
- ④⑮ Oberloskamp a. a. O. (Anm. 32), § 13. Rn. 27. [Schindler].
- ④⑯ これら要件は、世話社団の認可に必要な要件とほぼ同じであるが (BGB1908 条 f), 世話社団の認可の権限は州政府にある。
- ④⑰ Staudinger/Wagenitz, a. a. O. (Anm. 39), § 1791a Rn. 16.
- ④⑱ Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (以下、MünchKomm/執筆者名で引用) Bd. 8. 5. Aufl., 2008, SGB VIII § 54 Rn. 6. [Tillmanns].
- ④⑲ Oberloskamp, a. a. O. (Anm. 36), FamRZ 1988, 7., Wolf, Der Amtsvormund im jugendamt, DAVorm 2000, 283, 285.
- ④⑳ ただし、社団の職員が個人後見人に選任された場合には、社団に報酬請求権が認められるとの判例がある (BGH2007 年 3 月 14 日決定 [FamRZ 2007, 900.])。
- ⑤⑰ Yvonne Gondolf, Die Vormundschaft und Pflegerschaft für Minderjährige, 2007 S. 63.
- ⑤⑱ Staudinger/Engler, a. a. O. (Anm. 39), § 1791b Rn. 8.
- ⑤⑲ Staudinger/Engler, a. a. O. (Anm. 39), § 1791b Rn. 7.
- ⑤⑳ 選任官庁後見はここ 10 年間、年間 3 万件程度であるが (2009 年は 31082 件)、法定官庁後見は

- 1 万件から 7000 件程度へとやや減少傾向がみられる (2009 年は 7297 件) (Kinder- und Jugendhilfestatistiken-Pfleg-, Vormund-, Beistandschaften, Pflegeerlaubnis 2009)。
- (55) Oberloskamp, a. a. O. (Anm. 36), FamRZ 1988, 7, 21ff. (Oberloskamp は、個人後見こそが適任である事案が多いことを示すと共に、無報酬の名誉職個人後見が負担の重い後見を引き受けることは今後期待できないため、職業後見人の確保が重要であると主張する。), SALGO und ZENZ, (Amts-) vormundschaft zum Wohle des Mündels-Anmerkungen zu einer überfälligen Reform, FamRZ 2009, 1378, 1385.
- (56) Studie des ISA e. V. a. a. O. (Anm. 36), JAmt 2004, 228., Zens, Das Mündel und sein Vormund, DaVorm 2000, 356.
- (57) Staudinger/Engler, a. a. O. (Anm. 39), § § 1773 ff. Rn. 23.
- (58) Zenz, a. a. O. (Anm. 43), DAVorm 2000, 365, 372.
- (59) LG Berlin 1934 年 1 月 26 日決定 JW 1934, 1295.
- (60) BayObLG 1966 年 1 月 19 日決定 (FamRZ 1966, 323)。
- (61) Staudinger/Engler, a. a. O. (Anm. 39), § 1775 Rn. 8.
- (62) Staudinger/Engler, a. a. O. (Anm. 39), § 1775 Rn. 6.
- (63) Motive zu Entwurf BGB Bd. IV 1888, S. 1094, Münchener/Wagenitz, a. a. O. (Anm. 48), § 1797 Rn. 14.
- (64) Münchener/Wagenitz, a. a. O. (Anm. 48), § 1797 Rn. 15.
- (65) Münchener/Wagenitz, a. a. O. (Anm. 48), § 1797 Rn. 16.
- (66) OLG Dresden 1916 年 10 月 3 日判決 (OLGE 36, 212, 213)。
- (67) Staudinger/Engler, a. a. O. (Anm. 39), § 1797 Rn. 20.
- (68) Münchener/Wagenitz, a. a. O. (Anm. 48), § 1797 Rn. 14.
- (69) Motive a. a. O. (Anm. 63), S. 1094.
- (70) Staudinger/Engler, a. a. O. (Anm. 39), § 1797 Rn. 24, Münchener/Wagenitz, a. a. O. (Anm. 48), § 1797 Rn. 15.
- (71) 日本の成年後見の場合も複数後見人が認められているが (859 条の 2), 成年後見人間で意見が対立した場合についての手続規定は特に定めがなく、「適宜、家庭裁判所が監督権限に基づいて『必要な処分』(863 条 2 項)によって対処すべきであろう」とされる (於保=中川編・前掲注(1) 419 頁 [吉村朋代])。
- (72) BGB1798 条は、文言上、身上配慮権と財産配慮権を別々の後見人に分掌した場合についての言及しているが、解釈上、他の分掌方法の場合や、そもそも分掌された事務の範囲自体について見解が対立している場合や後見人と保護人との意見対立の場合にも準用されると考えられている (Staudinger/Engler, a. a. O. (Anm. 39), § 1798 Rn. 3; Münchener/Wagenitz, a. a. O. (Anm. 48), § 1798 Rn. 3)。
- (73) Münchener/Wagenitz, a. a. O. (Anm. 48), § 1798 Rn. 6.
- (74) Staudinger/Engler, a. a. O. (Anm. 39), vor § 1773 ff. Rn. 23.
- (75) Staudinger/Engler, a. a. O. (Anm. 39), vor § 1773 ff. Rn. 23.
- (76) BT-Drucks 11/4528 S. 203.
- (77) SALGO und ZENZ, a. a. O. (Anm. 55) FamRZ 2009, 1378, 1383.
- (78) その理由として、第一に、個人後見はすでに現行法上、その他の後見よりも優先され (BGB1779 条 2 項)、実務でも遵守されてこと、第二に、後見人として適任かつ引き受ける意思のある私人をみつけることは現実には困難であり、少年局 (官庁後見人) が必要であることに十分考慮がなされていないことが挙げられている (BT-Drucks 13/7158, S. 19)。
- 以上の理由から、第一次世話法改正法では、未成年後見については周辺的な修正に留まった。しかし、政府のこのような説明に対しては、官庁後見が大部分を占めている実態を反映していないとの批判もなされ

- ていた (Reinhard Wiesner, Ist die Vormundschaft noch zeitgemäß ?, Peter Hansbauer (Hg), Neue Wege in der Vormundschaft ? [2002] S. 50)。また、未成年後見の法改正に消極的になったのは、そもそも第一次世話法改正法が利用件数増大から生じたコスト削減を狙ったものであることが大きく影響しているといわれている (Münchener/Wagenitz, a. a. O. (Anm. 48), vor § 1773 Rn. 16.)。
- (79) ドイツ親権法の改革の経緯については、岩志和一郎「子の権利の確保のための諸力の連携——ドイツ親権法の展開——」早法 85 巻 2 号 (2010) 1 頁以下参照。
- (80) 2007 年 4 月 18 日付で詳細な報告書が出されている (Bericht des Untersuchungsausschusses zur Aufklärung von mutmaßlichen Vernachlässigungen der Amtsvormundschaft und Kindeswohlsicherung durch das Amt für Soziale Dienste, Bremische Bürgerschaft, LT-Drucks. 16/1381 v. 18. 4. 2007 (<http://www.bremermontagsdemo.de/130/Kevin.pdf>))。その 3 章以下 (S.23ff) に、ケビン事件に関するきわめて詳細な調査報告が示されている。ケビン事件の概要は次の通りである。
- 【事実の概要】ケビン (2004 年 1 月 23 日出生) は、2006 年 10 月 10 日、わずか 2 歳にして自宅の冷蔵庫から遺体で発見された。薬物中毒者であった実母が 2005 年 11 月 12 日に死亡後、同年 11 月 17 日にプレーメン少年局が後見人 (官庁後見) に選任されていたにもかかわらず、義父による虐待により死亡した。遺体には 25 か所の骨折がみられた。なお、2008 年 6 月 5 日プレーメン地方裁判所は義父に 10 年の懲役刑判決を下している。その他、ケビン事件に言及しているものとして、Salgo und Zenz, a. a. O. (Anm. 55), FamRZ 2009, 1378 がある。
- (81) たとえば、2000 年ドレスデンで開催された官庁後見に関する専門会議でもすでに、一人の職員が一案件について、年間最大 3 日間は費やすことができることが望ましい、と述べられている (Mathias Kohler, Welchen, „Wert“ haben die Amtsvormünder ?, DAVorm 2000, 729, 734.)。
- (82) 2008 年 10 月にはドイツ連邦司法大臣がワーキンググループを設置し、2009 年 7 月 14 日に報告書「子の福祉が危殆化した場合の裁判所の措置 ? § 1666BGB」http://www.bmj.de/files/-/3908/Abschlussbericht_Kindeswohl_Juli2009.pdf が提出されている。
- (83) 政府草案は連邦参議院の HP から入手できる (http://www.bundesrat.de/cln_171/nn_8336/SharedDocs/Drucksachen/2010/0501-600/537-10.templateId=raw.property=publicationFile.pdf/537-10.pdf)。
- (84) http://www.bundesrat.de/SharedDocs/Drucksachen/2010/0501-600/537-10_28B_29.templateId=raw.property=publicationFile.pdf/537-10%28B%29.pdf
- (85) 参事官草案は連邦司法省の HP から入手できる (http://www.bmj.de/files/-/4411/RefE_Aenderung_Vormundschaftsrecht.pdf)。
- (86) なお、世話人と被世話人との間にも定期的で頻繁なコンタクトが必要ではあるが、第二次世話法改正後の状況や世話の場合には事案が多岐にわたることを踏まえ、今回の法改正では世話の場合の具体的なコンタクトの頻度等については定めなかったと説明されている。
- (87) 現行 BGB1908 条 b 第 1 項 2 文の「erteilt」の文言の後に、「又は、被世話人との必要な個人的コンタクトを実施しなかった」が挿入される。
- (88) BR-Drucks. 537/10, S. 5.
- (89) BR-Drucks. 537/10, S. 5.
- (90) BR-Drucks. 537/10 (Beschluss), S. 3.
- (91) 後述の【草案 SGB VIII 55 条 2 項】の後に新 3 項として次を追加する。
- 【草案 SGB VIII 55 条 3 項】「委託は経常的な行政事務の一部である。委託によって限定された範囲内では、公務員又は職員は児童もしくは少年の法定代理人である。公務員又は職員は、児童もしくは少年と個人的なコンタクトをとり、BGB1793 条 1a 項ならびに 1800 条にしたがって、世話ならびに教育を個人的に助成し保証しなくてはならない。」

(92) BR-Drucks. 537/10, S. 6.

(94) BR-Drucks. 537/10 (Beschluss), S. 4.

(93) BR-Drucks. 537/10, S. 7.