

ドイツ後見法 (Vormundschaftsrecht) の 改正に関する討議部分草案

合 田 篤 子

後見¹ (Vormundschaft) に関するドイツ民法典 (以下「BGB」とする。) の規定は、その大部分が 1900 年の BGB 施行以来の姿を保っているとされる。確かに、1969 年の「非嫡出子の法的地位に関する法律 (Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder, BGBl. 1969 I S.1243.)」によって、社団後見 (Vereinsvormundschaft) や官庁後見 (Amtsvormundschaft) が BGB に導入され、1992 年には、成年者のための世話制度 (Betreuung) が導入されるなど、後見に関わる重要な改正もなされてきた。しかしながら、これらは後見に関しての抜本的改正とは評価されていない²。たとえば、現行法上は、名誉職後見人が後見人としての理想 (Leitbild) とされているが (BGB1791 条 a 第 1 項、1791 条 b 第 1 項)、実務上は、日本の児童相談所にあたる少年局が後見人となる官庁後見が約 80% を占めており、BGB の規定は今日の実態を反映したものとはなっていない³。また、後見の領域における職務も変化してきている。つまり、かつては、孤児や婚外子のための後見が重要な役割を果たしていたが、今日では、児童虐待等のケースにおいて家庭裁判所が親の配慮権を剥奪した子の権利保護のための後見が必要とされ、子が養育家庭や施設内で生活しているケ

1 ドイツでは成年後見に相当する制度を世話 (Betreuung) とよび、Vormundschaft は未成年後見を意味するが、以下、本稿では定訳にならない、Vormundschaft を「後見」と訳す。

2 BMJV (ドイツ連邦司法消費者保護省), Diskussionsteilentwurf zur Reform des Vormundschaftsrechts, S.15f (http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_Eckpunkte_2016.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (2017.11.29).

3 BMJV, a.a.O. (Anm.2), S.15.

ースが多くを占めている⁴。しかも、現行法は後見人の財産配慮に関する規定は多いが、身上配慮に関しては親の配慮権の規定を準用する形でわずかに規定されているに過ぎない。このような現行法の規定内容から、被後見人の身上配慮をおろそかにしているという非難も招いている⁵。

以上のような問題状況が認識されながらも、後見に関する法改正は実現には至っていなかった。しかしながら、2006年にブレーメンで深刻な児童虐待事件⁶が起きたことをきっかけに、後見法改正への機運が高まり、2012年7月5日には、「2011年6月29日の後見法及び世話法改正法（das Gesetz zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechtes vom 29.6.2011）（BGBl I, S.1306）（以下、「2011年改正法」とする。）」⁷が施行された。もっとも、この2011年改正法は、官庁後見人が選任されていながらも虐待死を防げなかった事件を背景としていたこともあり、限定的な改正がされたに過ぎなかった。つまり、後見人には、原則として毎月1回、被後見人と個人的に交流することが義務づけられ（BGB1793条1a項）、後見人が裁判所に対して行う報告には、この個人的な交流に関する内容を含めることが定められたのと共に（BGB1840条1項2文）、家庭裁判所には、この個人的交流が遵守されているかを監督する義務が設けられた（BGB1837条2項2文）⁸。

以上のように、2011年改正法は、身上配慮に関する部分的な改正に過ぎず、また、財産配慮については十分な改正は実施されなかった。そこで、ドイ

4 BMJV, a.a.O. (Anm.2), S.15.

5 BMJV, a.a.O. (Anm.2), S.15.

6 ケヴィンの実母は10代の頃から薬物乱用を繰り返し、2005年11月12日に死亡。その後、同年11月17日にブレーメン少年局が後見人に選任され（官庁後見）、里親委託が予定されていたが、2006年10月10日、ケヴィンはわずか2歳にして自宅の冷蔵庫から遺体で発見された。遺体には継父から受傷した25か所の骨折がみられた。

7 草案段階での議論状況については、拙稿「未成年後見制度改正の方向性」三重大学法経論叢28巻2号（2011）13頁以下参照。

8 その他、官庁後見において少年局の職員が引き受けられる後見の事件数は、一人あたり50件までに制限された（SGB VIII 55条2項）。

ツでは現在、次にみるように財産配慮も含め、後見および世話に関する法改正作業が進められている。

まず、ドイツ連邦司法消費者保護省 (BMJV) は、2014年10月13日に「後見法の改正に関する方針 (Eckpunkte für die weitere Reform des Vormundschaftsrechts⁹)」(以下、「Eckpunkte」という。)を公表した。Eckpunkteは5つの方針、すなわち、①後見制度における身上配慮のいっそうの強化、②後見制度における人的資源の強化、③官庁後見における質の向上、④後見人の財産配慮の現代化と脱官僚化 (Entbürokratisierung)、⑤後見制度、世話制度、保護制度 (Pflegschaft) に関する法制度の簡素化の5つから構成されている¹⁰。

これを受けて公表されたのが、2016年8月16日の「後見法の改正に関する討議部分草案 (Diskussionsteilentwurf zur Reform des Vormundschaftsrechts¹¹)」(以下、「討議部分草案」とする。)である。この討議部分草案は、Eckpunkteをもとに作成されたものであることから、Eckpunkteと同じく5つの方針から成り、内容も次のようにほぼ同じである。すなわち、①身上配慮のいっそうの強化、②個人により執行される後見の人的資源の強化、③後見人の選定、④財産配慮の非官僚化、⑤後見制度の体系化および現代化である。もともと、討議部分草案は、具体的に条文案を示している点で Eckpunkte とは異なる。

そこで、以下では、討議部分草案で示された条文案および草案理由書で説明されている「討議部分草案の主な内容」を紹介するものとする。ただし、現時点での条文案は、後見の開始、執行および終了 (現行 BGB1773 条以下に対応) に関する規定に留まっており、財産配慮に関する具体的内容は明らかとな

9 BMJV, Eckpunkte für die weitere Reform des Vormundschaftsrechts, S.1ff (http://www.bmjv.de/SharedDocs/Archiv/Downloads/Vormundschaftsrecht_Eckpunkte%20weitere%20Reform.pdf?__blob=publicationFile&v=3) . (2017.11.29)

10 Eckpunkte の概要については、すでに拙稿にて紹介した (拙稿「ドイツにおける家庭裁判所による許可制度——後見人等の財産管理権を規制する制度として」金沢 59 卷 2 号 (2017) 273 頁、286 頁以下)。

11 BMJV, a.a.O. (Anm.2), S.1ff.

っていない¹²。今後、後見法の改正がどのように進められていくのかにつき不透明な部分はあるが、討議部分草案について、その内容を確認しておくことは、今後のドイツの後見制度のあり方ならびにわが国における未成年後見制度を検討していく上でも有用であると考え。

.....

ドイツ連邦司法消費者保護省 (BMJV)

2016年8月16日

後見法の改正に関する討議部分草案 (Diskussionsteilentwurf zur Reform des Vormundschaftsrechts)¹³

【問題の所在と目的】

後見法は、その大部分が1900年のドイツ民法典施行以来の姿のままである。後見法は、財産配慮については詳細に定めているが、身上配慮については親の配慮法の準用という不完全なものとして規定されているにすぎない。

現行法は、数多くの補充や法改正の結果、わかりにくく、かつ、実務を適切には反映していないものとなっている。さらに、被世話人にとって大きな役割を果たしている財産配慮について、世話法は特に後見人に関する規定を準用するという形をとっている。これに対して、後見人にとって財産配慮は実務上、それほど重要ではない。このようなことから、法律がわかりにくくなっており、法を適用する者にとって、かなりの問題をもたらしている。とりわけ、官

12 2016年8月に更新されたBMJVのウェブページでの説明によれば、今後の改正作業は特に財産配慮に関する規定を新設し、現代化することに取り組む予定とのことである (BMJV, http://www.bmjv.de/DE/Themen/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaft/Vormundschaft_node.html) (2017.11.29)。

13 以下、討議部分草案の仮訳については、ドイツ家族法研究会「親としての配慮・補佐・後見(四)」民商145巻1号(2011)85頁以下も参考にした。

片後見に服する子にとって、問題点が多かった身上配慮については、すでに2011年に後見法の小さな改正がなされている。いまや後見法は、さらに全体的な改正がなされるべきである。その折には、身上配慮に焦点を当てるべきであり、規定全体を今日の後見制度の状況に適合させ、現代化すべきである。さらに、財産配慮に関する規定は、将来的には、世話に関する規定の箇所に挿入すべきである。

提出されたこの討議部分草案は、後見法改正に関する連邦司法消費者保護省 (BMJV) の作業の中間段階であり、連邦司法消費者保護省に招集された専門家グループとの集中的な議論に基づくものである。

【後見法改正法草案 (部分草案：後見の開始、執行および終了)】

第4編 家族法

第3章 後見、法的世界及び保護

第1節 後見

第1款 後見の開始 (現 BGB 第 1773 条～1792 条)

第1目 選任後見

Unterkapitel 1 総則

E¹⁴1773 条 後見の要件

次に掲げる場合に、未成年者に後見人を付する。

1. 未成年者が、親の配慮に服していないとき。
2. 父母が身上及び財産に関する事務について未成年者を代理する権限を有しないとき。
3. 未成年者の身分が明らかでないとき。

14 討議部分草案については、以下「E」と表記する。

E1774 条 職権による後見の命令及び後見人の選任

- (1) 家庭裁判所は、職権で、後見の開始を命じ、後見人を選任しなければならない。
- (2) 子が出生と同時に後見人を必要とすると思われるときは、子の出生前においても、後見人を選任することができる。選任は、子の出生と同時に、その効力を生じる。

E1775 条 後見人

- (1) 次に掲げる者は、後見人に選任することができる。
 1. 後見を名誉職として執行する自然人
 2. 後見を職業上独立して執行する自然人（職業後見人）
 3. 州少年局に認可された後見社団の職員である自然人（社団後見人）。ただし、その者が専任または非専任（*teilweise*）で後見人としてそこで活動し、かつ、社団が同意している場合。
 4. 少年局
- (2) 次に掲げる者は、仮後見人に選任することができる。
 1. 少年局
 2. 州少年局に認可されており、後見につき同意している後見社団

E1776 条 複数後見人

- (1) 父母又は生活パートナーは、共同後見人に選任することができる。
- (2) 兄弟姉妹のために、一人の後見人のみを選任しなければならない。ただし、兄弟姉妹に各一人の後見人を選任すべき特別の理由がある場合には、その限りでない。

E1777 条 追加保護人¹⁵

家庭裁判所は、名誉職後見人を選任する際、その名誉職後見人が被後見人の福祉のためには事務を引き受けることができないときは、個別の配慮事務又は特定の配慮事務を保護人に委ねることができる。後見人が同意する場合には、事後的にも委ねることができる。

E1778 条 養育人への配慮事務の委譲

(1) 家庭裁判所は、後見人又は養育人の申立てにより、個別の配慮事務又は特定の配慮事務を、次に掲げる場合には、保護人である養育人に委ねることができる。

1. 被後見人が長期間、養育人の下で生活している、又は、すでに養育関係が形成されていることによって、被後見人と養育人との間に人的つながりが存するとき。
2. 養育人又は後見人が委譲について同意するとき。
3. 委譲が被後見人の福祉に適うとき。

被後見人の反対の意思は、考慮されなければならない。

(2) 被後見人が 14 歳に達したときは、第 1 項に基づく申立ては、被後見人も行うことができる。委譲に関しては、後見人及び養育人の同意を必要とする。

(3) 次の各号に掲げる場合には、当該各号に定める方法で、委譲は、全部又は一部について廃止されなければならない。

1. 委譲が被後見人の福祉に反するとき 職権
2. 相手方が同意し、廃止が被後見人の福祉に反しないとき 後見人又は養

15 追加保護人は、名誉職後見人が特定の配慮事務について一人で引き受けることはできないが、その他の点については被後見人の福祉にとって資する場合に選任されるのが典型例である。たとえば、祖母が名誉職後見人になったが、親との面会交流の取決めが問題をもたらす場合である。特定の配慮事務を取り決める際に問題が生じるからといって、名誉職後見人を適任ではないものとして後見人から除外すべきではないと理由書では説明がなされている (BMJV, a.a.O. (Anm.2), S.30)。

育人の申立て

3. 後見人及び養育人が廃止に同意したとき 14歳に達した被後見人の申立て

廃止について重大な理由がある場合には、第2号及び第3号に基づく同意は不要である。

Unterkapitel 2. 後見人の選定

E1779 条 家庭裁判所による後見人の選定

- (1) 第1783条により後見人に指名された者に後見を委ねないときは、家庭裁判所は、最も適した後見人を被後見人の身上配慮及び財産配慮のために選定しなければならない。
- (2) 選定するときは、次の各号について、特に考慮しなければならない。
 1. 被後見人の意思、家族関係、人的つながり、信仰及び文化的背景
 2. 父母の真の意思又は推測される意思
 3. 被後見人の生活状況

E1780 条 自然人の適性、名誉職後見人の優先

- (1) 自然人は、次の各号に定めるところに従い、被後見人の福祉が要請される後見を行う適性を有していなければならない。
 1. 知識及び経験
 2. 人的特性 (Eigenschaft)
 3. 人的関係及び財産状況
 4. 被後見人の養育に関わる者と協力することのできる能力及び協力への態勢
- (2) 後見を名誉職として執行することにつき、適任で準備ができた自然人が優先される。第1777条により、追加保護人が選任されるときもまた、その適性によるものとする。

E1781 条 職業後見人及び社団後見人、官庁後見人としての少年局

- (1) 自然人が、職業後見人又は社団後見人として選任されるときは、すでにその者によって執行することになっている後見及び保護の数や範囲が考慮されなければならない。自然人は、家庭裁判所に対して、これらに関する情報を提供する義務を負うものとする。
- (2) 少年局が後見人として選任されるときは、少年局は、家庭裁判所に対して、少年局のいずれの職員に官庁後見の職務を委ねるかについて、事前に報告しなければならない。

E1782 条 仮後見人の選任

- (1) 後見命令の時点において、特に被後見人の人的環境における適任の後見人を選定するために必要な調査がいまだ完了していない場合又は後見人の選任に関して一時的な障害がある場合には、家庭裁判所は、少年局か、又は、後見社団が同意した場合には、後見社団を仮後見人として選任することとする。少年局又は後見社団は、仮後見人の職務をいずれの職員に委ねたかについて、家庭裁判所に対して報告するものとする。
- (2) 家庭裁判所は、仮後見人の選任から少なくとも3ヵ月以内に後見人を選定し、かつ選任しなければならない。家庭裁判所が、少年局又は後見社団をすでに仮後見人として選定していたときも、後見人としての選任を必要とする。
- (3) 後見人の選任によって、仮後見人の職務は終了するものとする。

E1783 条 父母による後見人の指定又は排除

- (1) 父母は、その死亡時において子の身上及び財産についての配慮権を有しているときは、終意処分によって自然人を後見人に指定すること、又は配偶者若しくは生活パートナーを共同後見人に指定すること、又は、後見から排除することができる。父母の一方が死亡する前に子が出生し、その者が

子の身上配慮及び財産配慮を有することになったときは、指定及び排除は子の出生前にすでにその効力を生じたものとしてすることができる。

- (2) 父母が、後見指定又は後見からの排除について互いに抵触する処分を行っていたときは、後に死亡した父母の一方の処分を有効とする。

E1784 条 指定された者の除斥

- (1) 指定された者は、次に掲げる場合に限り、その同意を得ないで、後見人となることができる。
1. 第 1785 条により、後見人に選任することができないとき、又は選任すべきでないとき。
 2. その選任が被後見人の福祉に反するとき。
 3. 14 歳に達した被後見人が、その選任に反対したとき。
 4. 後見を引き受けることにつき法律上又は事実上の理由から故障があるとき。
 5. 家庭裁判所の催告から 4 週間以内に後見を引き受ける意思表示をしなかったとき。
- (2) 夫婦の一方が未成年者であるときは、他の一方を、父母により指名された者に優先して後見人に選任することができる。
- (3) 後見人に指定された者が、第 1 項第 4 号によって除斥され、かつ、一時的な故障にすぎないときは、次に掲げる場合に、その申立てにより、従前の後見人に代わり、この者を後見人に選任しなければならない。
1. 従前の後見人が選任されてから 6 ヶ月以内に、その者が申立てをしたとき。
 2. 従前の後見人の解任が被後見人の福祉に反しないとき。
 3. 14 歳に達した被後見人が、その解任に反対していないとき。

E1785 条 後見無能力及び後見欠格

- (1) 行為無能力者は、後見人に選任することはできない。
- (2) 次に掲げる者は、後見人に選任しないものとする。
 1. 未成年者
 2. 世話人が選任され、世話がすべての事務に及んでいる又は第 1903 条により同意留保が命じられている者
 3. 第 1783 条により、父母が後見人として排除した者
 4. 被後見人が生活している施設に関係する者、又は、その他密接な関係にある者

E1786 条 後見の引受義務

家庭裁判所によって後見人に選定された者は、その者の家族関係、職業上の関係及びその他の関係を考慮した諸事情の下、後見をその者に期待できるときは、後見を引き受ける義務を負う。その者が引き受ける意思表示をしたときにはじめて、後見人に選任することができる。

第 2 目 法定後見

E1787 条 親の配慮停止の場合の法定官庁後見

父母に婚姻関係がなく、かつ、後見人を必要とする子が出生し、その子が常居所を国内に有するときは、少年局が後見人となる。子の出生前に後見人がすでに選任されている場合には、この限りでない。第 1592 条第 1 号又は第 2 号による父子関係が否認され、子が後見人を必要とする場合、少年局は、その決定が確定した時に後見人となる。

E1788 条 秘密出産における法定官庁後見

妊娠葛藤法第 25 条第 1 項¹⁶ が適用される子が出生したときは、少年局が後見人となる。

第 2 款 後見の執行 (現 BGB1793-1836e)

第 1 目 総則

E1789 条 被後見人の権利

被後見人は特に、次に掲げる事項に関する権利を有する。

1. 自己責任と社会生活を行う能力を備えた者になるための自己の発達及び教育に対する援助
2. 暴力、体罰、精神的侵害及びその他、屈辱的措置の無い養育及び教育
3. 後見人との個人的交流
4. 意思、個人的結びつき、信仰及び文化的背景の尊重
5. 発育の程度に応じて適切である限りにおいて、自己に関わる事項への参加

E1790 条 後見人の配慮

(1) 後見人は、次条以下の規定にしたがい、被後見人の身上及び財産を配慮する義務を負い、権利を有する。保護人が選任されている事項については除外するものとする。

(2) 後見人は、被後見人を代理する。第 X 条 (財産配慮の目 [Kapitel] にお

16 「妊娠の葛藤状態の回避及び克服のための法律 (Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten) (妊娠葛藤法)」第 25 条 1 項 (秘密出産に関する相談) は次の通り。「(1) 身元を明かさなことを希望して第 2 条第 4 項の規定により相談する女性には、秘密出産が可能であることについて情報を提供しなければならない。秘密出産とは、妊婦が身元を明かさなで、かつ第 26 条第 2 項第 2 文に規定する事項を申告した上で行う分娩をいう。」(渡辺富久子「ドイツにおける秘密出産の制度化」外国の立法 260 号 (2014) 79 頁の妊娠葛藤法の条文訳を参照した)。

る父母の代理権排除の準用規定) はその適用を妨げない¹⁷。

E1791 条 後見人の職務執行

- (1) 後見人は、被後見人の福祉のために、独立して後見を執行しなければならない。
- (2) 後見人は、自ら責任を自覚して行動する被後見人の能力及び意欲の増大を考慮し、援助しなければならない。被後見人の発育の程度に応じて適切である限りにおいて、後見人は身上配慮及び財産配慮の事務について被後見人と協議し、決定に参加させなければならない；相互理解に努めなければならない。
- (3) 後見人は被後見人と個人的な交流をする義務を負い、権利を有する。後見人は、原則として毎月一回、その通常的环境において被後見人を訪問するものとする。ただし、事情により、訪問の間隔が一月より短い若しくは長い間隔で、又は、その他の場所において実施されることが必要なときは、この限りでない。

E1792 条 後見人の家庭への被後見人の受入れ

後見人は、養育や教育を行うために自己の家庭に被後見人を受け入れることができる。この場合、後見人及び被後見人は、相互に援助し、顧慮する義務を負う。第 1619 条を準用する。

E1793 条 後見の共同執行、協力

- (1) 父母又は生活パートナーは、委譲された後見を共同して行う。第 1629 条第 1 項第 2 文及び第 4 文を準用する。

17 代理権の排除 (BGB1795 条) や代理権の剥奪 (BGB1796 条) に関する規定は財産配慮に関する事項であり、将来的には世話法にて規定し、後見については、それらの規定を準用する形式をとる予定になっている。しかし、現段階では、何条から開始するかは未定のため、このような表記になっている (BMJV, a.a.O. (Ann.2), S.50)。

- (2) 後見人及び保護人は、被後見人の利益となるように相互に情報提供をし、協力する義務を負う。第 1777 条又は第 1778 条により選任された保護人は、自ら決定する際に、後見人の意見を考慮するものとする。

E1794 条 意見が相違する場合の決定

- (1) 家庭裁判所は、申立てにより、次に掲げる者の間に存する配慮事務に関する意見の相違について決定する。
1. 共同後見人である父母又は生活パートナー
 2. 兄弟姉妹の共同の配慮事務を行わなければならない複数の後見人
 3. 後見人及び第 1777 条又は第 1778 条に基づき選任された保護人
- (2) 申立権者は、後見人、保護人及び 14 歳に達した被後見人である。裁判所は、決定権限を一方当事者に委ねる。

E1795 条 後見人の責任

- (1) 後見人の職務執行から生じた被後見人の損害については、第〇〇条¹⁸を準用する。
- (2) 被後見人が、後見人の家庭内で養育及び教育されている場合は、第 1664 条を準用する。

第 2 目 身上配慮

E1796 条 身上配慮の対象、許可の義務¹⁹

- (1) 第 1789 条で定められた被後見人の権利に基づき、身上配慮には、特に居所指定並びに被後見人の養育、教育及び監督が含まれる。後見人は被後見人を自己の家庭内で養育、教育していないときも、身上配慮について責任を

18 未定のため条数は空欄になっている。

19 許可の手続きに関する規定は世話法を準用するとの注記がある。

負い、被後見人の養育、教育を個人的に援助し、保護しなければならない。

- (2) 後見人は次に掲げる行為をするには、家庭裁判所の許可を得なければならない。
1. 期間1年を超える専門教育契約をすること。
 2. 被後見人が期間1年を超える人的給付につき義務を負うことになる場合に、雇用又は労務関係の締結を目的とする契約をすること。

E1797 条 後見人と養育人との関係

- (1) 後見人は、養育人の利益（Belang）を考慮しなければならない。身上配慮について決定をするときは、後見人は養育人の見解を考慮するものとする。
- (2) 後見人と養育人の協働については、第1793条第2項第1文を準用する。
- (3) 次に掲げる者は、養育人と同じとする。
1. 次に掲げる場合の被後見人を世話し、教育している者
 - a) 入所型の施設にいるとき。
 - b) その他の居住形態にいるとき。
 2. 被後見人の集中的な社会教育学的世話を引き受けた者

E1798 条 養育人の決定権限

- (1) 被後見人が長期間にわたり養育人の下で生活しているときは、養育人は、日常生活の事務について決定し、かつ、後見人を代理する権限を有する。第1629条第1項第4文を準用する。
- (2) 第1項は、第1797条第3項に掲げる者について準用する。
- (3) 被後見人の福祉に必要なときは、後見人は、第1項及び第2項による権限を制限し、又は排除することができる。

第3目 財産配慮

財産配慮については、世話法で規定される。

第3款 後見裁判所の支援と監督（現 BGB 第 1837 条から第 1847 条）

後見裁判所の支援と監督については、世話法で規定される。

第4款 後見人の交代と後見の終了（現 BGB 第 1882 条以下）

注意：第2款第3目（財産配慮）と第3款（後見裁判所の支援と監督）の規定を欠いているため、以下の条文の条数は、仮のものとしている。

E141 条 後見人の解任

- (1) 家庭裁判所は、次に掲げる場合、職権で、後見人を解任しなければならない。
 1. 後見人が義務に違反し、職務の継続が被後見人の利益を危うくするとき。
 2. 第 1775 条第 1 項第 2 号から第 4 号によって後見人として選任され、現在、名誉職として後見を執行する適任の人物がいるとき。ただし、解任が被後見人の福祉に反するときはこの限りでない。
 3. 社団後見人として選任され、社団から退社したとき。
 4. 解任について、その他重大な理由があるとき。
- (2) 家庭裁判所はその他、次に掲げる場合、後見人を解任しなければならない。
 1. 後見人の選任後、後見の継続をもはや期待することができないような事情が後見人に生じ、後見人が解任を申し立てるとき。
 2. 後見人が社団後見人として選任され、社団がその解任を申し立てるとき。
- (3) 後見人の変更が被後見人の福祉に、より適うときは、家庭裁判所は申立てに基づき、従前の後見人を解任し、新たな後見人を選任するものとする。被後見人の反対の意思や名誉職後見人を優先することが考慮されなければならない。従前の後見人の解任の申立て及び新たな後見人の選任の申立ては、次に掲げる者が行うことができる。

1. 後見人
2. 新たに後見人に選任されることになる者
3. 14歳に達した被後見人
4. 被後見人の正当な利益を主張する第三者

E142 条 新たな後見人の選任

- (1) 後見人が解任されたとき又は死亡したときは、家庭裁判所は、遅滞なく新しい後見人を選任しなければならない。第 1779 条から第 1782 条を準用する。
- (2) 社団後見人が第 141 条第 1 項第 3 号又は第 2 項第 2 号により解任された場合に、家庭裁判所は、被後見人の福祉に適うときは、その者に適性があり、準備ができているときに、第 1775 条第 1 項第 1 号又は第 2 号によって後見人として選任することもできる。

E143 条 後見に関する要件の消失、法律行為の継続

- (1) 第 1773 条による命令についての要件がもはや認められないときは、後見は終了する。
- (2) 後見が終了するときは、第 1698 条 a 及び第 1698 条 b の規定を準用する。

.....

【討議部分草案の主な内容（後見の開始、執行および終了—財産配慮は除く）】²⁰

1 身上配慮の強化

被後見人の主体的地位

被後見人の教育及び養育をうける権利並びに後見人の身上配慮に関する義務及び権利は、これまで、主として、親の配慮権に関する規定を準用することで間接的に生じていた（BGB1793条1項2文、同1626条2項、同1800条1項、同1631条から1633条）。現行法のように準用する形を、配慮責任を引き受けている後見人の権利義務に関する独自の規定に変更すべきである。それによって、後見人の身上配慮の内容と同様、後見人の一般的な職務執行義務がより明確に示されることになる。被後見人は後見制度の中心におかれるべきである。

後見人の配慮責任

かつて、後見人（特に官庁後見人）の職務執行は、後見人が法定代理人として必要な意思表示を被後見人に代わって行い、その財産を管理するというものであった。これに対して、実質的な配慮責任は、養育家族や、それを監督する少年局の社会サービス局にあった。つまり、後見人が被後見人を全く知らないということがしばしばあった。この点につき、今日では、被後見人の養育や成長に関する後見人の責任に焦点をあてるという考え方に変わってきた。2011年の法改正によって、後見人の責任は定期的な個人的交流義務（BGB1793条1a項）および被後見人の保護教育を促進し保証する義務（BGB1800条2文）によって法律上、定着した。

このような萌芽を今般の改正によって発展させていくべきである。学説の一

20 以下、討議部分草案の草案理由内の「主な内容」（討議部分草案の17頁から26頁参照）を要約する（BMJV, a.a.O. (Anm.2), S.17ff.）。

部で要請されている機関後見人 (Organisationsvormund) ²¹ というモデルとは逆に、養育人は教育に対する責任を有するべきであり、本草案は後見人に完全な配慮責任を負わせるという目的を追求している。今日では、被後見人が第三者の下で暮らしている場合の後見人と養育人との関係を適切に明示的に定めるべきである。

後見人の「戦略的共同責任」によって分配された配慮責任

被後見人の特別な利益になる場合には、明確に定義された要件の下、後見人が完全な配慮責任を負うという原則とは異なる場合も認められる。

a) 養育人への配慮事務の委譲

まずは、被後見人が養育人の下で長期間生活し、養育人が法定代理人としてみずからの配慮権限において、一定の事務を被後見人のために決定するというのが典型である。

b) 名誉職後見人と追加保護人

次に、被後見人が密接な人間関係を有している人物が名誉職後見人であるか、名誉職後見人になることになっているが、特定の配慮事務を行っていく上では、他の法定代理人による被後見人への支援が必要な場合に、後見人の配慮責任の不分離の原則の例外を認めることを可能とすべきである。たとえば、名誉職後見人となった祖母が、被後見人 (孫) と実親との面会交流を取り決めたり、または扶養給付を請求するという問題に直面する場合などである。

21 機関後見とは、被後見人の生活に関する対外的養育の枠組みを組織化し、事実上の養育や教育の機能を監視することに限る後見人を指す (D.Schwab in Coester-Waltjen, Lipp, Schumann, Veit (Hg.), Neue Perspektiven im Vormundschafts- und Pflegschaftsrecht 9. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2010, S.33.

2 個人により執行される後見に関する人的資源の強化

現在、後見人としては、名誉職後見人または職業後見人、州少年局に認可された後見社団（BGB1791条 a）または官庁後見人としての少年局（BGB1791条 b）が選任可能である。特に、BGB1785条、BGB1836条1項1文に基づき、国民の義務として無償で行われる後見である名誉職後見人が、法律上の模範に適うものとされている。後見社団や後見人として少年局を選任することより、名誉職後見が優先する。後見社団と後見人としての少年局は、名誉職後見人や職業後見人に対して補充的である。自然人が後見を引き受けることが可能な場合には、交代すべきである（BGB1887条）。実務上は、名誉職後見人や、職業上の個人後見人及び社団後見人も、官庁後見人に比して明らかに下位の役割を果たしているにすぎない。

本草案は、少年局と共に他の後見人を強化し、自然人の選任を支援することを目的とし、さらに、官庁後見にふさわしい重要な役割を考慮することも目的としている。

後見制度の体系

さまざまな後見類型を法律上、明確に示すべきであり、可能な限り調和させるべきである。補充性の原則は、名誉職後見を優先することを除き、やめるべきである。

社団後見

州少年局から適任であるとされた後見社団は、その同意を得て、後見人に選任することができる（BGB1791条 a 第1項）。後見の執行のためには、後見社団がメンバーまたは職員を使うことになる。後見社団が遵守すべき質の要請によれば、原則として社団後見の高度で専門的な基準を前提とすべきである。連邦通常裁判所（BGH）の判例によれば、すでに2011年以降、後見社団の代わりに、社団の職員を個人社団後見人として選任する可能性がある。このこと

は、いまや法律上定められるべきである。

3 後見人の選定

現行の規定は、父母が死亡する前に子のために、たいていの場合には親族や知人から後見人を指名するというイメージで作られている。そして、その後見人は、後見に適格で、多くの場合、被後見人を自己の家政に迎え入れてもいる。このことは現実には合致していない。というのは、今日の後見は、子の福祉が危殆化し、家庭裁判所が BGB1666 条に基づき親の配慮権を親から剥奪し、第三者の下で収容されている児童や年少者のために優先的に命じられているからである。それゆえ、家庭裁判所による適格な後見人の選定はいつそう重要な意義を有している。

これまで、選定の基準 (BGB1779 条 2 項) は個人後見人としての私人の選定の場合に適用されてきた。少年局又は後見団体を後見人として選任するという家庭裁判所の決定は、法律上の補充性の原則にしたがってなされるべきである (社団後見や官庁後見よりも個人の名誉職後見を優先するという原則 [BGB1791 条 a、BGB1791 条 b、BGB1887 条]、他の後見類型に対して官庁後見が補充的であること [SGB VIII 56 条 4 項])。

改正によって、適切な大枠の条件が設けられるべきである。つまり、それは、後見人の選定に際して被後見人の要請に、より応じることが可能とし、そのことによって、代理の場面における個別の体制や被後見人と後見人の個人的関係の促進を達成するためである。

最適な後見人の選定

現行法は、単に自然人についての一般的な適性要件を定めている (BGB1779 条 2 項 1 文)。現行法によれば後見の執行に適切な者が複数いる場合は、その選定については、親の推認される意思、子の人的関係や家族関係、子の信仰がまず問題となる (BGB1779 条 2 項 2 文)。

将来的には、職務執行にとって最適な後見人を家庭裁判所に選定させることが設定されるべきである。選定に際しては、自然人の他に少年局も含めるべきである。家庭裁判所は、被後見人および父母の意思ならびに被後見人の個人的関係に関する重要な事情を考慮すべきである。

少年局を選定することに関しても、質という観点が重要である。官庁後見制度は今日では、独立した部署において組織されていることが支配的であり、職員は職務を執行する個々の事案においては部局管理の指示に左右されない。様々な点で、きわめて適格である官庁後見人を実務上、放棄することはできないし、放棄すべきではない。

個人後見人と社団後見人についての適性要件

これまで、現行法は後見人の職務を引き受けることになる人物の適性については、次のように規定していた。すなわち、その人物の人的関係や財産状況およびその他の事情に基づき、後見の執行に適していなくてはならない(BGB1779条2項1文)。この適性要件を具体化かつ拡大しなくてはならない。個人社団後見人の選任については、個人後見人の適性基準を現在でも適用することができる。ただし、少年局は、いまだ特別な地位を占めており、一般的には適性があるとみなすべきである。

名誉職後見人の優先

市民参加に基づくものであり、所得を得ることを目的とした職業上の行為として後見を引き受けているわけではない者が、被後見人のために時間や個人的な優しい心遣いを提供する最適な地位にある。それゆえ、被後見人にとっては特別な価値がある。特定の事務について他の法定代理人による援助が必要な場合であっても、このような人物は、職業後見人に優先すべきである。

仮後見人

現在の実務はしばしば、次のように特徴づけられる。すなわち、家庭裁判所が後見人の選定を少年局の事務とみなし、さらに審査することなく少年局の推薦にしたがうか、あるいは、推薦をまつことなく少年局を選任する。後見命令の時点では必ずしも常に正当な後見人は見つからない。主に仮命令という方法で命じられる BGB1666 条に基づく配慮権の剥奪を原因とする後見の場合には特に、時として緊急性を要する少年局の選任が、さらに別の手続きにおいて検討され、変更されることは多くの場合、もはやない。

被後見人にとって最適な後見人を選任するという原則にしたがい、正当な後見人を捜すことについて、時間的余裕を認めるべきである。

【参考】 討議部分草案と現行法の条文対照表

討議草案	内容	関連する現行法
E1773 条	後見の要件	1773 条（内容変更なし）
E1774 条	職権による後見の命令及び後見人の選任	1774 条（内容変更なし）
E1775 条	後見人	1779 条、1791 条 a、1791 条 b。仮後見人は新設（2 項）。
E1776 条	複数後見人	1775 条を一部変更。
E1777 条	追加保護人	新設
E1778 条	養育人への配慮事務の委譲	新設
E1779 条	家庭裁判所による後見人の選定	1779 条 1 項・2 項を変更。
E1780 条	自然人の適性、名誉職後見人の優先	1779 条 2 項 1 文を一部変更。
E1781 条	職業後見人及び社団後見人、官庁後見人としての少年局	新設
E1782 条	仮後見人の選任	新設
E1783 条	父母による後見人の指定又は排除	1776 条、1777 条、1782 条

討議草案	内容	関連する現行法
E1784 条	指定された者の除斥	1778 条、1779 条 1 項
E1785 条	後見無能力及び後見欠格	1780 条、1781 条、1782 条 1 項 1 文
E1786 条	後見の引受義務	1784 条、1785 条、1786 条、1787 条、1788 条を削除する方向。
E1787 条	親の配慮停止の場合の法定官庁後見	1791 条 c
E1788 条	秘密出産における法定官庁後見	新設
E1789 条	被後見人の権利	SGB VIII 1 条 1 項、1631 条～1633 条、1626 条、1800 条
E1790 条	後見人の配慮	1794 条
E1791 条	後見人の職務執行	1 項 (181 条)、2 項 (1793 条 1 項、1626 条 2 項)、3 項 (1793 条 1 a 項)
E1792 条	後見人の家庭への被後見人の受入れ	1793 条 1 項、1618a 条、1619 条
E1793 条	後見の共同執行、協力	1797 条を変更
E1794 条	意見が相違する場合の決定	1797 条 1 項 2 文と 1798 条を修正の上、まとめた。
E1795 条	後見人の責任	1833 条
E1796 条	身上配慮の対象、許可の義務	1 項 (1800 条)、2 項 (1822 条 6 号、7 号)
E1797 条	後見人と養育人との関係	SGB VIII 34 条、35 条、35 条 a
E1798 条	養育人の決定権限	1688 条を修正
E141 条	後見人の解任	1908 条 b
E142 条	新たな後見人の選任	1908 条 c
E143 条	後見に関する要件の消失、法律行為の継続	1882 条、1893 条 1 項

※本研究は JSPS 科研費 JP17K03455 の助成を受けたものです。