

# Das Genehmigungssystem durch das Familiengericht in Deutschland

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2297/46912">http://hdl.handle.net/2297/46912</a>

# 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

合 田 篤 子

## 1 問題の所在

近年、わが国では成年後見人や未成年後見人による横領事件等の不正行為が増加し、大きな社会問題となっている<sup>1</sup>。それに関連して、後見人らを選任監督する家事審判官の責任を追及する国家賠償請求訴訟も現れてきており<sup>2</sup>、成年後見人や未成年後見人による不正行為の防止策は喫緊の課題となっている。このことは、平成28年5月13日に施行された「成年後見制度の利用の促進に関する法律」の附帯決議（平成28年4月5日参議院内閣委員会）においても明確に掲げられている<sup>3</sup>。

もっとも、このような状況に対しては、すでに現行法上、不正行為対策となりうるさまざまな制度が設けられている。まず、事前的（予防的）対策としては、家庭裁判所が後見事務に関する監督を行い、必要な処分を命じ（民863条）、居住用不動産の処分に関しては家庭裁判所の許可を必要とする規定

- 1 仙台高秋田支判平19・2・8家月59巻5号81頁、最決平24・10・9刑集66号10号981頁。不正報告件数は近年増加傾向にあったが、平成27年は減少している（平26年の被害件数831件、被害額56億7000万円、平27年の被害件数521件、被害額29億7000万円）。しかし専門職による件数は増加している（内閣府成年後見制度利用促進委員会事務局「成年後見制度の現状」（平成28年9月23日）41頁（[http://www.cao.go.jp/seinenkouken/iinkai/2\\_20161003/pdf/sankou\\_6.pdf](http://www.cao.go.jp/seinenkouken/iinkai/2_20161003/pdf/sankou_6.pdf)）（2016.11.29）。
- 2 広島高判平24年2月20日金商1392号49頁（国家賠償責任を肯定）、大阪地堺支判平成25年3月14日金商1417号22頁（国家賠償責任を否定）、宮崎地判平26年10月15日判時2247号92頁（未成年後見人の事案。国家賠償責任を肯定）。
- 3 2016年9月23日より開始した成年後見制度利用促進委員会では、不正防止対策WGが設けられ、どのような不正がなげ生じているか、不正防止対策、関係機関の体制強化等が検討されている。

(民 859 条の 3) も存する。また、後見監督人が選任されている場合には、後見監督人による監督について定めがあり (民 851 条、863 条)、後見監督人の同意を要する行為 (民 864 条) も定められている。その他、利益相反行為の禁止 (民 860 条) も不正行為対策として一定の機能を果たしているだろう。さらに、平成 24 年からは後見制度支援信託の利用が開始され、急速にその利用人数・信託財産額が増加している<sup>4</sup>。後見制度支援信託は、本人の財産のうち、日常的な支払をするのに必要十分な金銭を預貯金等として後見人が管理し、通常使用しない金銭を信託銀行等に信託する仕組みである (東京家庭裁判所では 500 万円を超える資産がある場合に利用を検討することになっている)。その特徴は、信託契約の締結、一時金交付、解約等に際して、家庭裁判所の事前の関与 (指示書の発行) が必要となる点である。ただし後見制度支援信託については一定の意義もみとめられるが、信託できる財産が金銭 (現金又は預貯金) に限られている点、成年後見と未成年後見の親族後見に限定されている点、自己決定の尊重に反する可能性がある点、家庭裁判所の監督原則廃止による本人への権利侵害の可能性がある点など、さまざまな問題点が指摘されている<sup>5</sup>。

一方、事後的な対策としては、後見人の善管注意義務違反に基づく損害賠償請求や代理権濫用法理によって後見人の責任を追及する方法を挙げることができる。その他、リーガルサポートでは横領などの不誠実行為があった場合の財産侵害に対する補償制度があり<sup>6</sup>、日弁連からも依頼者保護給付制度<sup>7</sup>などの対

4 最高裁判所事務総局家庭局「後見制度利用信託の利用状況等について—平成 27 年 1 月～12 月」(1-2 頁) [http://www.courts.go.jp/vcms\\_lf/20160518sintakugaikyoku\\_h27.pdf](http://www.courts.go.jp/vcms_lf/20160518sintakugaikyoku_h27.pdf) (2016.11.29)

5 第 4 回不正防止 WG (平 28 年 12 月 9 日) でも、後見制度支援信託に並立・代替する預貯金の管理・運用の方策が論点として挙げられている。「特集 3 後見制度支援信託の今後の展開」信託フォーラム 4 号 (2015) 54 頁以下、日本弁護士連合会「最高裁判所提案『後見制度支援信託』に関する意見書」(2011 年 3 月 27 日) 2 頁以下、矢頭範之『後見制度支援信託』の運用について」月報司法書士 481 号 (2012) 84 頁。

6 リーガルサポート「後見人等候補者名簿登載会員の不誠実行為による身元信用保険代替金の交付」<https://www.legal-support.or.jp/legalsupport/organization.html> (2016.11.29)

7 日弁連として弁護士の着服による被害者に見舞金を支払う依頼者保護給付制度 (仮

応が検討されているようである。

学説においても後見人の不正行為対策としてさまざまな提案がなされている<sup>8</sup>。たとえば、①家庭裁判所によるより慎重な後見人の選任、②財産額に応じた定期の監督期間の設定、③家庭裁判所スタッフの増員、④家庭裁判所による後見監督の主体化・積極化と後見監督人、複数後見人の義務化、⑤後見人の保証証書提出と賠償責任保険加入の義務化、⑥簡易裁判所を成年後見事件の管轄とする等である<sup>9</sup>。

ところで、筆者はこれまで、法定代理人としての財産管理人（親権者、未成年後見人）による財産管理権の濫用を防ぐ法制度について検討を行い、利益相反行為の禁止や代理権濫用の法理<sup>10</sup>によっても一定の財産管理権濫用対策は可能であるが、必ずしも十分な制度とはなっていないことを指摘した<sup>11</sup>。その上で、明治民法の規定（明治民法 886 条、888 条）やドイツ法の制度（ドイツ民法典〔以下「BGB」とする。〕1643 条、1821 条、1822 条等）を参考にしつつ、重要な法律行為を代理する場合には家庭裁判所の許可を必要とする制度を

---

称）を導入するとの報道に接した（2016 年 8 月 23 日（朝日新聞）<http://www.asahi.com/articles/ASJ856QV7J85UTIL04Y.html>）（2016.11.29）。

- 8 神谷隆一「成年後見人の財産管理事務に対する成年後見監督人による監督と家庭裁判所による監督についての一考察」学習院法務研究 10 号（2016）209 頁、多田宏治「親族後見人に対する監督と支援」水野紀子＝窪田充見編『財産管理の理論と実務』（日本加除出版、2015）467 頁、西島良尚「判例研究成年後見人らが成年被後見人の預貯金を着服横領した場合における後見監督人と家庭裁判所の責任」成年後見法研究 11 号（2014）144 頁、志村武「成年後見人の権利義務と民事責任—成年後見人による横領の事例を中心として」田山輝明編『成年後見現状の課題と展望』（日本加除出版、2014）189 頁。
- 9 ①～⑤は、志村・前掲注（8）235 頁、⑥は田山輝明「成年後見法の課題と障害者権利条約——成年後見法の課題と展望」田山輝明編『成年後見現状の課題と展望』（日本加除出版、2014）319 頁。
- 10 たとえば最判平成 4 年 12 月 10 日民集 46 卷 9 号 2727 頁は、代理権濫用法理を法定代理（親権者）にも適用することを示したが、未成年者を第三者のための物上保証人とした事案で親権者の代理行為につき代理権濫用を否定した。
- 11 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 卷 1 号（2001）77 頁、拙稿「未成年後見制度の現状と今後の課題」法時 86 卷 6 号（2014）34 頁。

導入することによって、財産管理権の濫用を防止できないかにつき検討を行なった。前述のとおり、現行法にも成年後見に関しては居住用不動産の処分について家庭裁判所の許可を要件とする規定はあるが（民 859 条の 3）、財産管理権全体に及ぶものではない。そこで、筆者は、許可制度による不正行為対策としての具体的可能性を探るべく、すでに家庭（世話）裁判所の許可を要件とすることで、代理権を制限しているドイツにおいて裁判所による許可制度が実際にはどのように運用されているのかという観点から分析を行うこととし、現地でのヒアリング調査も実施した<sup>12</sup>。詳細については後述するが、興味深いことに、ドイツでは、未成年後見人（Vormund）や世話人（Betreuer）が財産を横領するという事件は稀であるとの回答を得られた。また、不正行為対策として裁判所による許可制度が重要な機能を果たしているかという質問に対しても、肯定的意見が多くを占めた。

確かにわが国とドイツでは、法制度はもとより、裁判所の組織、人的資源など大きな違いがある。しかしながら、以上のような状況のドイツの制度や運用状況を分析することは、わが国にとっても一定の意義があると考ええる。さらに、ドイツでは現在、許可の対象とする行為の一部について法改正が予定されており<sup>13</sup>、ドイツの状況を確認することはそのような点からも興味深い。

そこで、以下では、ドイツでのヒアリング調査の結果も踏まえつつ、ドイツにおける裁判所の許可制度の法制度の概要及び運用状況を整理し (2)、現在ドイツで進められている未成年後見法（世話法も含む）の改正の議論を紹介し (3)、

---

12 本調査は、科研費「財産管理権者に対する家庭裁判所の監督の在り方」（基盤研究（c）2014～2016 年度・研究課題番号 26380108）の研究課題に基づくものであり、2015 年 3 月 17 日から 29 日にかけてドイツのマールブルク、ゲッチンゲン、レーゲンスブルク、ミュンヘン、ハイデルベルク等の家庭裁判所裁判官、司法補助官、弁護士、研究者を対象としたヒアリング調査を実施した。なお、本調査にあたっては、大阪大学の床谷文雄教授に大変お世話になった。ここに記して感謝の意を表したい。

13 本文末に、2014 年 10 月 13 日にドイツ連邦司法消費者保護省が公表した「未成年後見法の改正に関する方針（Eckpunkte für die weitere Reform des Vormundschaftsrechts）」の一部を翻訳し資料として掲載した。

最後に、一言する(4)。なお、以下本稿では、不正行為が特に問題となりやすい未成年後見、成年後見を中心に論じていく。

## 2 ドイツの家庭(世話)裁判所における許可制度の概要

### (1) はじめに

ドイツでは、後見人が被後見人の財産を自己および後見監督人のために使用してはならないことを民法上明確に定めているほか(BGB1805条<sup>14</sup>)、後見人らの不正行為から被後見人らの財産を保護しうる法制度がいくつか設けられている。

第一に、自己契約・双方代理の禁止(BGB181条)である。第二に、たとえば、法定代理人(親権者、未成年後見人、世話人)の配偶者又は直系血族と本人との間の法律行為や、質権、抵当権、船舶抵当権又は保証によって担保される本人の法定代理人に対する債権の移転、そして、この担保の廃棄もしくは減少を目的とする法律行為などの重要な法律行為については法定代理人に代理権を認めず(BGB1629条2項1文、BGB1795条、BGB1908条i第1項)、また、著しい利益相反性が認められる場合には、代理権が剥奪される制度である(BGB1629条2項3文、BGB1796条、BGB1908条i第1項)。そして、第三が、重要で危険をともなう法律行為については裁判所の許可を要するという制度である。許可の対象に関して定めるBGB上の規定を整理すると、(i)裁判所の許可を要する行為(BGB1643、1821、1822条[8~10号は除く]、1823条、1908条i第1項)、(ii)裁判所の許可(又は後見監督人の同意)を要するが包括的授權(BGB1825条)や免除(BGB1817条)の可能性が認められている行為(BGB1806~1812、1814~1816、1820条、1822条8~10号)、(iii)裁判所の許可(又は後見監督人の同意)が免除されている行為(BGB1813

---

14 BGB1805条については、ドイツ家族法研究会「親としての配慮・補佐・後見[五]」民商145巻6号(2012)643頁以下〔冷水登紀代〕参照。なお、被後見人の財産を消費した後見人は利息を付して返還しなければならない(BGB1834条)。

条)の3つに類型化することができる。なお、許可を必要とする行為の範囲は親権者、未成年後見人、世話人ではそれぞれ異なるが、法制度上、親の配慮(elterliche Sorge)や世話(Betreuung)が未成年後見(Vormundschaft)の規定を準用していることが多いため、以下では、主として、未成年後見の制度について紹介していく。

## (2) 対象

### (i) 裁判所の許可を要する行為

BGB1821条<sup>15</sup>は、土地、船舶又は建造中の船舶に関する行為を要許可行為として定めている。これは被後見人の財産の中で特に重要と思われる土地等に関する行為につき定めたものであり、許可の免除は認められない。具体的には、土地又は土地の上の権利を処分すること(BGB1821条1項1号)や、土地の所有権の移転又は土地の上の権利の設定若しくは移転又は土地の上の権利の消滅を目的とする債権を処分すること(同2号)などである。

また、BGB1822条も次のように1号から13号に危険をとまなう重要な法律行為を定めている。詳細については別稿に譲るが<sup>16</sup>、①被後見人の全財産又は相続財産又は将来の法定相続分などを処分する義務を負う法律行為、②相続放棄、遺贈の放棄、遺留分の放棄等、③営業の有償取得又は譲渡を目的とする契約や営業を行うための組合契約、④農場又は営業に関する用益賃貸借契約、⑤被後見人が成年に達した後なお一年以上、契約関係が継続する使用賃貸借若しくは用益賃貸借契約、⑥一年を超える徒弟契約、⑦雇用又は労働関係を目的とする契約、⑧被後見人の信用による借金、⑨無記名債券の発行又は裏書によって譲渡することができる手形若しくはその他有価証券に基づき債務を負うこと、⑩他人の債務の引受け、特に保証、⑪支配権の付与、⑫和解又は仲裁契約、⑬被後見人の債権につき存する担保を消滅若しくは減少させる法律行為である。もっとも、⑧～⑩については、後述の通り、家庭裁判所が後見人に一般

15 BGB1821条についてはドイツ家族法研究会・前掲注(14)669頁以下〔合田〕参照。

16 BGB1822条についてはドイツ家族法研究会・前掲注(14)673頁以下〔合田〕。

的授權を認めることも認められており（BGB1825条）、その場合には、許可は免除されることになる。その他、③④に関連し、被後見人の名で新たに営業を開始する場合や既存の営業を廃止する場合にも、後見人は家庭裁判所の許可を得なければならない（BGB1823条）。

なお、レーゲンスブルク及びマールブルク裁判所でのヒアリング調査によると、統計上のデータは特に無いが、実務上はBGB1821条の土地に関する行為と相続事件に関連する行為（BGB1822条1号・2号）が多いとの回答が得られた。

（ii）許可を要するが免除の対象となりうる行為

（a）免除（BGB1817条）

BGB1806条からBGB1816条に定められた行為、すなわち、被後見人の財産の運用（BGB1806条、1807条、1810条）や債権・有価証券の処分（BGB1812条）に関して必要とされている諸義務等については、一定の要件をみたまつ場合に後見人は免除が認められる。そしてその義務の中に裁判所の許可（又は後見監督人の同意）を得る義務が含まれている（BGB1817条）。BGB1817条の立法趣旨は、免除を認めることによって後見執行における後見人の負担を軽減し、後見の受任を促すことにある<sup>17</sup>。

免除が認められる要件は、①財産管理の範囲から正当と思われるとき（BGB1817条1項1号）、かつ、②財産を危険にさらすおそれがないとき（同条1項2号）、又は③前記①②の要件を満たさないが特別の理由があるとき（ただし、BGB1814条〔無記名証券の供託〕及びBGB1816条〔無記名証券の書換及び変更〕に関してのみ）（BGB1817条2項）である。なお、①については、土地に関わるものを除き、財産の価額が6000ユーロを超えないときは、通常は1号の要件を満たすと具体的に定められている（BGB1817条1項2文）。

具体的に免除される可能性のある第一の行為は、利息付での財産の運用に関

17 ドイツ家族法研究会・前掲注（14）664頁〔渡邊泰彦〕。



するもの（BGB1806条）であるが、これについては若干説明が必要である。まず、ドイツでは、当面の経費として支出が予定されていない限りにおいて、後見人は被後見人の財産（金銭）を利息付で運用しなければならないという原則がある（BGB1806条）。そして安全な運用方法としてBGB1807条は、国内の土地に対する確実な抵当権を伴った債権、政府または州が利息を保証した債券、国債・州公債等を具体的に列挙している（BGB1807条1項各号）<sup>18</sup>。その上で、これらの運用を行うためには裁判所の許可（又は後見監督人の同意）を要件として定めており（BGB1810条）、この場合の許可が免除される可能性があることをBGB1817条が定めているということになる。

第二に、許可が免除される可能性のある行為としては、被後見人の債権、被後見人が履行を求めることができるその他の債権、有価証券などを後見人が処分する行為が挙げられる（BGB1812条1項）。なお、「被後見人の債権」には、金融機関に対する預金債権も含まれるが、後掲（iii）のとおり、振替口座や当座預金口座の場合には許可が免除されている。

#### （b）包括的授權（BGB1825条）

さらに、財産管理を目的として、特に営業を行うために必要な場合に限り、後見人には包括的授權がなされる場合がある。BGB1825<sup>19</sup>条によれば、BGB1812条が定める債権と有価証券の処分に関わる後見監督人の同意（場合によっては家庭裁判所の許可）や前述のとおりBGB1822条8号から10号の法律行為に関しては、家庭裁判所は包括的授權ができるとされている（BGB1825条1項）。これは、被後見人の取引行為を容易化・簡略化する趣旨であり、授權をするか否かは家庭裁判所の裁量に任されている。いったん授權がなされると、後見人は家庭裁判所の許可が免除される。

#### （iii）許可が免除されている行為

次に掲げる場合の給付の受領については、裁判所の許可や後見監督人の同意

---

18 ドイツ家族法研究会・前掲注（14）648頁〔村田博史〕。

19 BGB1825条についてはドイツ家族法研究会・前掲注（14）686頁以下〔合田〕参照。

が免除されている (BGB1813 条)。すなわち、①給付の目的が金銭または有価証券ではないとき (1 号)、② 3000 ユーロを超えないとき (2 号)、③振替口座 (Girokonto) もしくは当座預金口座 (Kontokorrentkonto) の預金が対象となっているとき、または後見人が運用した金銭が戻ってくるとき (3 号)、④被後見人の財産の果実に属しているとき (4 号) 等である<sup>20</sup>。

日本で問題となっている不正行為とも関連するのは、特に③振替口座の預金についてであろう。BGB1813 条 1 項 3 号の「振替口座もしくは当座預金口座の預金が対象となっているとき」という文言は、2009 年の「剰余清算及び後見法の改正に関する法律 (Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts[vom 6.7.2009, BGBI. I S.1696])」によって新たに挿入されたものであり、2 号の特別規定といえる。つまり、原則として 3000 ユーロを超えない場合には許可が不要とされているため (2 号)、改正前は、金融機関が、銀行預金の額<sup>21</sup>が 3000 ユーロを超えているか否かを窓口対応に切り替えるなどして判断する必要があった上、かりに 3000 ユーロを超えていた場合に裁判所の許可なく口座の処理をしてしまった場合のリスクも金融機関が負担しなければならないという問題があった<sup>22</sup>。つまり、2009 年の改正によって、現代的な金融取引に対応したものとなり、金融機関の負担が軽減された。その反面、政府草案理由書でも指摘されているように、金額にかかわらず振替口座の預金に関する処分については許可が不要となることによって後見人による濫用の危険性も生じることになる<sup>23</sup>。しかしこれに対しては、原則として被後見人の財産はすでに後見法の規定により十分保護されていること、すなわち、後見

20 BGB1813 条についてはドイツ家族法研究会・前掲注 (14) 658 頁以下〔村田〕参照。

21 3000 ユーロという基準は引出し額ではなく銀行預金の額を指す (ドイツ家族法研究会・前掲注 (14) 659 頁〔村田〕)。

22 その他、現金払いではない方法が一般的となり振替口座による取引が多くなってきていることや、許可の免除 (BGB1817 条 1 項) や包括的授權 (BGB1825 条) を利用してもらうことも可能性としてはあるが、容易には認められないことが改正前の問題点として指摘されている (BT-Drs.16/10798 S.24.)。

23 BT-Drs. 16/10798 S.25.

人や世話人は、裁判所に対して財産目録を作成する義務があり（BGB1802条）、継続的な支出として必要な金銭については有利子で運用を行わないという義務があり（BGB1806条以下）、裁判所に対して財産の所在に関する釈明義務がある（BGB1840条）ことによって、十分な対応がなされているとの反論がなされ、現行法に至った<sup>24</sup>。

前述のとおり、ドイツでは経費として支出が当面、予定されていない被後見人の金銭については、有利子で運用しなければならないという原則がある（BGB1806条）。したがって、利息のつかない振替口座の預金は原則として日常的な経費としての支出が見込まれる金銭ということになり、そのような通常少額の日常的な金銭については限度額を廃止し、許可を不要としたものということができる。このように日常的な金銭に関わる口座については許可を不要とする一方、運用の専用口座の管理等については許可を要するとする枠組みは、わが国における後見制度支援信託と並立・代替する不正防止策を検討するWG内でも同種の意見が出されている（第4回不正防止WG・資料2および3）。

### （3）許可の意義

裁判所による許可は、被後見人のために行われる法律行為の事前であっても事後であってもよい<sup>25</sup>。許可は裁判の確定により効力を生ずる（FamFG40条2項）。裁判所の許可によって後見人は代理権の制限がなくなり、有効に法律行為を行うことができるが、許可を利用して契約を締結するか否かは後見人の裁量で決定することができる。一方、後見人が必要な許可を得ずに契約を締結した場合、その契約の有効性は不確定的であり（BGB1829条1項<sup>26</sup>）、事後的に裁判所の許可が得られた場合に、契約は締結時に遡って有効となる（BGB1829条1項前段）。事後的に許可を得た場合には、後見人が契約の相手方に通知してはじめて、契約は対外的に有効となる（BGB1829条1項後段）。

24 BT-Drs. 16/10798 S.25.

25 Münchener Kommentar zum BGB6. Aufl.2012 zu § 1828 Rn.4. [Wagenitz].

26 BGB1829条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[五]」民商149巻4・5号（2014）516頁以下〔松久和彦〕を参照した。

なお、相手方は後見人に対して許可が付与されたかどうかを通知するよう催告することもできる（BGB1829条2項）。許可の通知は催告の受領後4週間以内でなければならず、この通知がないときは許可は拒絶されたものとみなされ（BGB1829条2項）、その場合、契約は確定的に無効となる。

なお、許可は裁判所に申請された法律行為のみが対象となり、かりに被後見人にとって不利益や危険性がない行為であったとしても、裁判所に申請されていなかった付随事項については許可されたことにはならない。

#### （４）許可に関する手続

##### （い）司法補助官による許可

家庭裁判所で許可を付与する事件を担当しているのは裁判官と司法補助官（Rechtspfleger）である<sup>27</sup>。司法補助官とは、専門的教育を受けた司法公務員（裁判所における上級公務員）であり、日本の裁判所書記官に相当するといわれる。1957年の司法補助官法（Rechtspflegergesetz）<sup>28</sup>（以下「RPfG」とする。）の制定以降、今日に至るまで司法補助官の職務権限は拡大されてきており<sup>29</sup>、日本の裁判所書記官よりも広範囲に及ぶ。司法補助官に委譲されている具体的職務については司法補助官法3条に定めがあるが<sup>30</sup>、同法14条から19条bの場合<sup>31</sup>を除く家族法に関わる親の配慮や未成年後見を含む親子関係事件

27 ドイツは人口約8100万人に対し裁判官は約2万人で対人口10万人あたり25.00であるが、日本の裁判官は3814人（簡裁判事も含む）で、対人口10万人比は3.00である（最高裁判所『裁判所データブック2016』22頁、28頁）。日本の書記官は9810人であるが、ドイツの司法補助官の人数は不明である。ただし、ドイツ各裁判所で確認したところ裁判官よりは多いようである。

28 1991年12月20日改正時点でのドイツ司法補助官法の翻訳がアニヤ・ペーテルゼン（勅使川原和彦訳）「ドイツ連邦共和国における司法補助官法」判タ848号（1994）96頁以下に掲載されており、本稿でも参考にした。

29 アニヤ・ペーテルゼン・前掲注（28）92頁。

30 代表的なものとして不動産登記事件（RPfG3条1号h）、強制競売（RPfG3条1号i）、配当手続に関する職務がある。

31 RPfG14条から19条bに挙げられている裁判官の担当とされている代表的な事項は、当事者が死亡した場合又は未成年者本人による嫡出否認や認知取消し（14条3号a、b）、子の引き渡し請求（14条7号）、親権の委譲（14条15号）、遺言執行者の選任

(RPfIG 3 条 2 項 a) や世話事件 (RPfIG 3 条 2 項 b) の大部分は原則として司法補助官に事務が委譲されている (RPfIG 4 条 1 項)。つまり、本稿が対象としている後見人らの財産配慮に関する許可についても原則として司法補助官が担当し、必要な一切の措置を行うことになっている。よって、裁判所の許可決定も担当した司法補助官の名で出される。裁判官の意見と異なった措置を取ろうとする場合や法律上困難な問題が生じた場合には、司法補助官は裁判官に委譲された事務を提示しなければならないという規定 (RPfIG 5 条 1 項) や、裁判官が必要と認める限り自ら処理するとの規定があるが (RPfIG 5 条 2 項)、司法補助官へのインタビューによれば、実際に裁判官に相談することは稀で、ほとんどの場合は司法補助官が単独で職務に当たっているとのことであった<sup>32</sup>。

## (ii) 許可の基準

個々の行為がそもそも BGB に定める要許可事項に該当するか否かを判断する際には、判例は法的安定性の要請から外形的に判断し、各条文の文言を拡大解釈しない傾向を示している<sup>33</sup>。

一方、許可を与えるか否かの判断は裁判所の裁量に委ねられているが、家庭裁判所は許可する前に事実関係を十分解明 (*hinreichende Aufklärung*) しなくてはならないとされ、実質的判断が行われている<sup>34</sup>。判断基準となるのは、被後見人の利益であり、特に経済的な利益が考慮される。第三者の利益や公共の利益は重要ではない<sup>35</sup>。家庭裁判所は、後見人が行う予定である又はすでに行った行為が強行法規や公序良俗に反するとき、又は行為の内容、目的あらゆる事

---

(16 条 2 号)、破産手続 (18 条) 等である。

32 マールブルク、レーゲンスブルク、ハイデルベルク、ミュンヘンの各裁判所において司法補助官からヒアリングする機会を得た。

33 BGH1962 年 9 月 20 日判決 (BGHZ 38, 26)、BGH1969 年 9 月 22 日判決 (BGHZ 52, 319)、BGH1973 年 5 月 8 日判決 (BGHZ 60, 385)、BGH1984 年 10 月 8 日判決 (BGHZ 92, 259)。

34 BGH1986 年 5 月 22 日判決 (NJW 1986, 2829)。詳細については、拙稿・前掲注 (11) 神戸法学 143 頁参照。

35 ドイツ家族法研究会・前掲注 (26) 513 頁 [松久]。

実関係から後見人の行為が被後見人の利益に反するおそれのあるときのみ、許可を拒絶することが許される。ヒアリング調査によれば、たとえば、不動産に関わる場合には、公正証書による契約書、不動産評価額の鑑定書の提出が求められ、相続に関する事案では、相続財産が債務超過になっていないかを証明することが実務では行われているとのことであった。

裁判所が許可は不要であると判断した場合には、許可不要通知証 (Negativattest) が後見人に対して通知される。裁判所が許可を与えるのは、法律行為の相手方ではなく、後見人に対してである (BGB1828 条)。たとえば、レーゲンスブルク家庭裁判所では BGB1821 条、1822 条に関する許可の手続きが 2013 年度は 87 件 (うち 83 件を司法補助官が担当)、2014 年度は 115 件 (うち 114 件を司法補助官が担当) あったが、許可が拒否されたのは 10%未滿とのことであった。また、手続は 3ヵ月から 6ヵ月かかることが多いとのことである。

#### (5) 小括

以上のように、現行法においても家庭裁判所を中心とした許可制度はきわめて詳細な規定を設け、財産管理権者による濫用的行為を規制する上で有用な制度ならびに運用がなされていることを確認できた。しかしながら、次に見るように、ドイツでは 2011 年に未成年後見法の改正が実施されながら、現在も次なる改正作業を進めている。そこでは、家庭裁判所による許可制度についても対象となっているため、以下、紹介していく。

### 3 ドイツの家庭 (世話) 裁判所における許可制度に関する法改正の動き

#### (1) 2011 年未成年後見法及び世話法改正法について

ドイツでは、「未成年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。)<sup>36</sup> が 2011 年 7 月 5 日に公布、2011 年 7 月 6 日に一

36 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

部施行、2012年7月5日に完全施行された。

この2011年改正法によって、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<sup>37</sup>（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も含めることが定められたのと共に（BGB1840条1項2文）<sup>38</sup>、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ことが義務づけられた（BGB1837条2項2文）。

もっとも、この2011年改正法の主たる立法目的は、深刻な児童虐待事件が後を絶たないことから未成年後見人による身上監護を強化することであり、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、ドイツでは現在、次にみるように財産配慮も含め、さらなる未成年後見および世話に関する法改正作業が進められている。この未成年後見制度の現代化の動きは、CDU、CSU、SPD間の連立協定<sup>39</sup>の中でも明示されており重要な課題として認識されている。

## （2）2014年未成年後見法改正に関する方針及び2016年部分草案について

ドイツ連邦司法消費者保護省（BMJV）は2014年10月13日に「未成年後見法の改正に関する方針（Eckpunkte für die weitere Reform des Vormundschaftsrechts<sup>40</sup>）」（以下、「Eckpunkte」とする。）を公表し、2016年8月16日には、「未成年後見法改正に関する討議部分草案（Diskussionsteilentwurf zur Reform des

---

経論叢 28 卷 2 号（2011）13 頁以下参照。

37 少年局でのインタビュー調査によると、実際に毎月1度の個人的な面会を実施しており（ハイデルベルク少年局では、改正前から実施していたとのこと）、最大50件という数値目標（SGB VIII 55 条 2 項）も遵守しているとのことであった。

38 世話人についても被世話人との個人的交流が義務づけられ必要な個人的交流を実施しない場合には解任事由となるが（BGB1908 条 b 第 1 項 2 文）、毎月一度という頻度は法定されていない。

39 Deutschlands Zukunft gestalten- Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode(2013), S.154.

40 [http://www.bmjv.de/SharedDocs/Archiv/Downloads/Vormundschaftsrecht\\_Eckpunkte%20weitere%20Reform.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Archiv/Downloads/Vormundschaftsrecht_Eckpunkte%20weitere%20Reform.pdf?__blob=publicationFile&v=3)（ドイツ連邦司法消費者保護省）（2016.11.29）

Vormundschaftsrechts<sup>41)</sup>」を公表した。この2016年の部分草案は、2014年のEckpunkteをもとに作成されたものではあるが、現時点での対象は未成年後見の開始、執行および終了(現行BGB1773条以下)に関する規定に留まっており、本稿の対象とする財産配慮に関する改正草案の具体的内容は未だ明らかとなっていない<sup>42)</sup>。そこで以下では、すでに財産配慮の改正方針が具体的に示されているEckpunkteの内容について簡単に紹介していく。

### (3) Eckpunkteの内容

Eckpunkteは5つの方針、すなわち、①未成年後見制度における身上監護のいっそうの強化、②未成年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未成年後見人の財産配慮の現代化と脱官僚化(Entbürokratisierung)、⑤未成年後見制度、世話制度、保護制度に関する法制度の簡素化の5つから構成されている。本稿との関係で重要なのは、④未成年後見人の財産配慮の現代化と官僚化であるが、この方針④は、さらに次の6つの方針に分かれている。

まず、第一の方針は、支出が見込まれている被後見人の金銭の管理に関する規定の現代化である。

第二の方針は、支出として見込まれていない被後見人の金銭の投資に関する規定の簡素化である。具体的には、BGB1807条1項に列挙されている、いわゆる被後見人にとって安全な投資というきわめて古めかしいカタログのうち、保証制度を備えている有利子での投資(BGB1807条1項5号)を削除する一方、保証制度を備えている有利子での投資については、現行法上必要とされている裁判所の許可の代わりに(BGB1810条)、裁判所への届出で十分とすべき

41 [http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht\\_Eckpunkte\\_2016.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_Eckpunkte_2016.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (ドイツ連邦司法消費者保護省) (2016.11.29)

42 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([http://www.bmjv.de/DE/Themen/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaft/Vormundschaft\\_node.html](http://www.bmjv.de/DE/Themen/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaft/Vormundschaft_node.html)) (ドイツ連邦司法消費者保護省) (2016.11.29)



とするものである。もっとも、この提案は投資に関するすべての許可を否定するのではなく、その他の投資については裁判所の許可を要件とすべきであり、多額の財産の場合の管理については、特別な法的規制が必要であるか否かについても検討すべきとの提案がなされている。

第三の方針は、未成年後見人または第三者による不当な財産侵害から保護するための許可要件の改正である。これは、被後見人の財産に関して裁判所の許可を要件とすることによって未成年後見人の代理権を制限することは原則として維持すべきであるが（BGB1812条、1813条、1821条）、その範囲や法技術に関しては、必要な中核部分にのみ限定し、簡素化すべきであるというものである。

第四の方針は、重大な効果を伴う法律行為から被後見人を保護するための許可要件の改正である。これは、裁判所の許可が必要とされている BGB1822 条の法律行為のカatalogを今日の生活状況に適合させ、現代化することを意味する。具体的には、1年以上の徒弟契約締結に関する許可（BGB1822条6号）、被後見人に1年以上、個人的な給付を義務づける雇用関係または労働関係に関する許可（同条7号）、組合契約に関する許可（同条3号）が例示されている。なお、2016年部分草案の【草案1796条2項】では、これまで財産配慮の一部として規定されてきた BGB1822条6号および7号の契約を身上配慮の対象と整理しなおした上で、現行法と同様、後見人に家庭裁判所の許可を義務づける案が示されている<sup>43</sup>。

第五の方針は、財産管理における未成年後見人の義務の免除に関する効果的な規定を設けることである。これは、未成年後見人の財産管理上の義務を免除するための現行の方法、すなわち、裁判所の許可を得る義務を免除する BGB1817条や包括的授權を定める BGB1825条が実務上ほとんど利用されていないことから、柔軟に適用できるように改正すべきとの案である。

---

43 Diskussionsteilentwurf zur Reform des Vormundschaftsrechts, S.11. ただし、6号に関して徒弟契約（Lehrvertrag）が職業訓練契約（Ausbildungsvertrag）に文言が変更されている。

第六の方針は、未成年後見監督制度（BGB1792条）の廃止である。ドイツでは未成年後見監督制度は実務上、ほとんど利用されておらず、財産配慮における法律上のルールをかえって著しく複雑にしていることが指摘されている。後見監督制度がほぼ利用されていないことはインタビュー調査でも確認でき、制度が廃止されたとしても特に問題はないとの意見が多かった。2016年部分草案でも、未成年後見監督に関する規定は見当たらず、廃止されることが予想される。もっとも、Eckpunkteでは世話については、世話監督人（BGB1908i条1項、1792条）に代わり、裁判所の負担軽減のための特別な監督制度が導入されるべきかを検討すべきであるとしており、世話監督人に相当する機関が設けられる可能性はある。

#### 4 結びに代えて

以上、重要な法律行為については家庭裁判所の許可を得るという制度が、後見人らの不正行為対策として意義あるものであるかを具体的に検討する目的で、ドイツにおける許可制度の概要ならびに現在の運用状況、法改正の動向についてみてきた。

BGBにおいては、許可の対象となる行為を具体的かつ広範に定めるとともに、対象となる行為のリスクや重要性の程度に応じて、(i) 裁判所の許可を必須とするもの、(ii) 許可を要するが免除の可能性を認めるもの、(iii) 許可を不要とするものなどに類型化し、本人の利益を保護し後見人らの不正行為に備えると共に、後見人らの職務執行における負担軽減にも配慮した制度となっていた。これに対して、わが国においては、居住用不動産の処分につき成年後見人は家庭裁判所の許可を要するが、その他の不動産に関する処分や相続財産に関する手続については利益相反行為や代理権濫用にあたらない限りは、規定上は特に制限を受けることなく代理可能であるのに対して、ドイツでは必ず裁判所の許可が必要とされており、後見人らの代理権行使に対する有効な監督制度として機能していることも確認できた。

もっとも、きわめて広範かつ複雑な事項を許可の対象とすることの弊害も考慮する必要がある。このことは、きわめて複雑な財産の運用方法（BGB1806、1807条）や今日ではあまり利用されなくなった法律行為の類型（BGB1822条等）の見直しが、現在、改正対象となっていることからもうかがえる。しかしながら、Eckpunkteでは、不動産に関わる法律行為や他人の債務の引き受け・保証等の被後見人にとって重要な行為については、許可を要するものとして維持する方針であった。つまり、今回の法改正はあくまでも許可の対象とされている行為の現代化や、あまりにも複雑な条文構造を見直すことに主眼が置かれ、裁判所の許可によって代理権を制限し、財産管理権の濫用に備えるという規制方法自体を否定する趣旨ではない。2016年8月に公表された部分草案以降、許可制度の対象となる行為の現代化や世話法・未成年後見法の法律構造の簡素化がどのような形で実現され、財産管理権の規制の在り方にどのような影響が生じるのかという観点からも、今後の立法の動向に注目したい。

ところで、裁判所による許可制度の導入を検討する上で重要な課題の一つは、家庭裁判所の負担増という問題にどのように対処していくべきかという点である。この点、ドイツでは裁判官ではなく、主に司法補助官が許可を付与する職務を担当することでその問題に対処していたといえよう。これに対して、日本では成年後見制度利用促進法において家庭裁判所の「人的体制の整備その他の必要な措置」を講ずることがうたわれており（10条1号）、一定の改善は期待できるが、依然として現実的には解決困難な課題であることは否めない。

この点に関しては、不正防止対策WGにおいて、家庭裁判所の役割を司法判断に関する事務と監督業務作用に分化し、それぞれ監督機関を設置して移管するとの意見も出されている（平28年11月21日）。また、大村教授からは、医療同意のような人格・人身に関する行為について論ずる文脈の中ではあるが、裁判所が常に関与することが適切でない・現実的ではないとするならば、助言委員会あるいは、常設の第三者機関（医療機関の倫理委員会のようなも

の)を設けて、その承認を得るとの提案もなされている<sup>44</sup>。今後は、不正行為対策としてのみならず、医療同意の問題なども視野に入れ、裁判所あるいは第三者監督機関の許可を介在させるという制度導入の可能性について引き続き検討を行っていきたい。

**【資料】未成年後見法の改正に関する方針 (Eckpunkte für die weitere Reform des Vormundschaftsrechts) (一部のみ掲載)**

2014年10月13日 ドイツ連邦司法消費者保護省 (BMJV)

未成年後見法は、その大部分が未だ BGB 成立以来のままであるため全体的に現代化が必要である。未成年後見法は財産配慮については詳細に規定しているが、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しか規定されていない。

歴史的にみれば正当な財産配慮ではあるが、それを過度に強調することは、子の利益の観点からは避けるべきであり、教育に関する未成年後見人の責任をより強調すべきである。2011年6月29日の「未成年後見法及び世話法改正法」による改正後、未成年後見制度における人的資源を強化することも含めて、身上配慮をより改善することが未だ完遂していない全体的改正の重点でもある。

さらに、財産配慮については今日の生活状況に適合させ、官僚的性格を取り除くべきである。立法構造を簡素化し、今後は子ども法、未成年後見法、世話法に関する規定のそれぞれの意義をより反映すべきである。

## I 未成年後見人の身上配慮の強化

被後見人の主体的地位および未成年後見人の身上配慮の内容を現行法以上により明確にすべきである。

---

44 大村敦志『民法読解親族編』(有斐閣、2015) 475頁。

### 1 被後見人の主体的地位の明確化

- ・自己責任と社会生活を営む上での能力を備えた者になるために、被後見人には、自己の発達について助成を受ける権利及び暴力によらない教育を受ける権利が明文上、認められるべきである。
- ・裁判所は、後見人を選定する際に被後見人の意思を考慮し、その他の未成年後見法上の手続にも被後見人の意思を取り入れるべきである。
- ・「被後見人（Mündel）」という概念を被後見人の主体的地位にふさわしい概念に置き換えることができるか検討すべきである。

### 2 未成年後見人の教育義務についての明文上の基準

- ・未成年後見人は、被後見人の求めにしたがった被後見人の助成および教育をすることを明示的に義務づけられるべきである。

### 3 未成年後見人の職務執行に関する明文上の原則

未成年後見人には職務執行上、考慮すべき原則、すなわち、次のような義務を明文上、定めるべきである。

- ・被後見人が自立し、責任を自覚した者へと成長していく能力および増していく必要性を考慮し、促進すること。
- ・被後見人の発達状況に応じて適切な限りにおいて、身上配慮および財産配慮に関する事項を被後見人と相談し、被後見人がその決定に参加すること。すなわち、合意を得るよう努めること。
- ・後見人の職務は、もっぱら被後見人のために被後見人の福祉のために行うこと。

### 4 未成年後見人と養育人（里親）との関係の規定

- ・未成年後見人は、被後見人の身上及び財産について完全な配慮責任を負うべきである；養育人にも、法律に基づいて未成年後見人に代わって日常的

な事項について決定する権限が認められるべきである。

- ・未成年被後見人が養育人の下にいる場合でも、被後見人の養育及び教育について個人的に支援し保証を与えることが、未成年後見人には明示的に定められるべきである。その場合には、未成年後見人は養育人の利益について考慮すべきである。

## II 未成年後見制度における人的資源の強化

BGBは名誉個人後見人を原則としている。父母が未成年後見人を指定しなかった場合には、裁判所が適切な個人後見人を選出することが職務である。実務上は、裁判所は原則として少年局を官庁後見人として選任する。少年局や後見社団における人的資源を断念することなしに、次のような提案によって個人後見制度を強化しうるか否かについて、検討が行われるべきである。

### 1 少年局の官庁後見制度に代わる個人的な官庁後見人？

- ・官庁としての少年局に代わり、裁判所は少年局の職員を直接、個人的な官庁後見人として選任できるようにする。

### 2 未成年後見人としての後見社団に代わる個人的な社団後見人？

- ・後見社団に代わり、裁判所は社団の職員を直接、個人社団後見人として選任することができる。

### 3 名誉後見制度の優先；職業後見制度との同列化？

- ・適切な名誉後見人がいる場合には、その選任は、職業後見人の選任よりも優先することになる。；職業後見人が複数の場合には、法律上の序列をなくすることができる。

#### 4 裁判所による未成年後見人の選定及び選任に関する基準についての新しい規定？

- ・未成年後見人の選定に関する適性基準としては、被後見人の福祉及び、もっぱら被後見人の利益になるように職務を執行することも明示的に示すべきなのではないか。後見人に対する要請も考慮して明確に規定することができるのではないか。
- ・少年局は、最適な後見人を探す場合には家庭裁判所を支援しなくてはならない。この場合、少年局は少年局以外のあらゆる可能性（被後見人の特別な個人的環境）をこれまで以上に取り込むべきなのではないか。
- ・後見を命ずる場合に、裁判所が、いまだ後見の引受手としての適任者を見つけていない又は指定していない場合には、少年局が暫定的な後見人になることができるようにすべきなのではないか。少年局による暫定的な未成年後見は、個人後見人（場合によっては個人官庁後見人も）の選任又は官庁後見としての少年局の選任によって現行法同様、終了する。

#### 5 職業後見人及び世話人報酬法の変更は必要があるか？

- ・職業後見人の報酬は一律にすることができるだろうか。
- ・後見社団のための報酬規定は必要か？

### Ⅲ 官庁後見における質の改善

官庁後見における質のいっそうの改善が検討されるべきである。

#### 1 少年局における未成年後見と青少年援助の職務分掌の固定化

- ・連邦法によって可能な限り、官庁後見の職員が少年援助の職務を同時に引き受けることは排除すべきではないだろうか。

2 少年局における未成年後見に関する官庁の管理に監督責任はあるのか？

- ・官庁の管理（Amtsleitung）には、官庁後見における事案全体に及ぶ監督責任が含まれるのではないか。

3 官庁後見の継続性？

- ・母または被後見人が居所を変更する場合について、未成年後見に関わるそれまでの少年局の管轄（官庁後見）を維持継続することが可能になる法律を作ることができるのではないか。

IV 未成年後見人の財産配慮の現代化と脱官僚化

財産法上の規定の大部分は世話人についても準用されている（BGB1908i 条 1 項）；財産配慮は未成年後見法においてはそれほど重要な役割を果たしているとは言えないが、世話法においては重要な役割を担っているため、法改正の際には、世話法における特殊性をいっそう考慮しなければならない。

1 支出の必要性が見込まれている被後見人の金銭の管理に関する規定の現代化

- ・後見人は、被後見人の支出に必要なものとして見込まれている金銭（BGB1806 条の「支出金」）を現金ではなく、たとえば、許可が不要な振替口座で管理すべきである；さらに、後見人は引き出し制限（BGB1809 条）を受けることなく、金銭を有利子で運用し、許可なくそれを処分できるようにするべきである。
- ・後見人は裁判所に対して、被後見人のために投資口座（Anlagekonto）を開設すること及び預金額を届け出るべきである。



## 2 支出の必要性が見込まれていない被後見人の金銭の投資に関する規定の簡素化

- ・後見人は、支出として見込まれていない金銭について、少なくとも、安全かつ有利子で運用すべきである（BGB1806条、同1807条1項5号）。このことは、被後見人のその他の財産（たとえば、有価証券、株式、その他の財産投資、不動産）の運用の変更（Umschichtung）にもあてはまる。

## 3 未成年後見人又は第三者による不当な財産侵害から保護するための許可要件の改正

- ・被後見人の財産について許可を要件とすることによって未成年後見人の代理権を制限することは、原則として維持すべきであるが（BGB1812条、1813条、1821条）、その範囲や法技術に関しては、必要な中核部分にのみ限定し、簡素化すべきである。

## 4 重大な効果を伴う法律行為から被後見人を保護するための許可要件の改正

- ・未成年後見人が有効に締結するためには裁判所の許可が必要とされているその他の法律行為のカタログ（BGB1822条）は、今日の生活状況に適合させ、その必要性を検討すべきである。

## 5 財産管理における未成年後見人の義務を裁判所が免除することに関する効果的な規定

- ・裁判所の許可を受ける義務を未成年後見人から免除するために法律ですでに規定されている方法（BGB1817条、1825条）を、より効果的なものに定めるべきである。

## 6 未成年後見監督の廃止

- ・未成年後見監督制度（BGB1792条）は廃止すべきである。

## V 未成年後見法、世話法及び保護法（Pflegschaftsrecht）における法律構造の簡素化

- ・法律は次のように分類され、また同時に細分化されるべきである。すなわち、未成年後見、未成年者のための保護、世話、そしてその他の保護である。
- ・法律の規定は、適用対象が主に関わる位置に定められるべきである。つまり、財産配慮については親子（子ども）法及び中心的には世話法に規定されるべきである。

※本研究は JSPS 科研費 JP26380108 の助成を受けたものです。