

成年後見制度における補充性原則の機能

青木 仁美

はじめに

1 問題意識

成年後見制度は、後見、保佐および補助の3類型からなる。このうち、後見類型および保佐類型においては、法が成年後見人および保佐人の権限を自動的に・画一的に決定する（民法9条、13条1項・4項および859条）。このことが、障害者の平等な法的能力の共有を謳う障害者権利条約12条に抵触することは、すでに多くの論者が認めるところである⁽¹⁾。現在、日本においては、成年者保護のための法制度として、成年後見制度および任意後見制度しか存在しない。そして、その制度利用者の約8割が後見類型を利用している⁽²⁾。ここから、日本において成年者保護制度は、ほとんどの場合において、決定能力および行為能力の全面的な制限を生じさせるといえる。しかし、本人保護に必要なため、これらの制限そのものを消滅させるべきではない⁽³⁾。必要とされているのは、本人が必要とする程度に法定代理権および取消権の範囲を設定し、決定能力および行為能力を制限することである。

このような問題点を踏まえて、後見類型および保佐類型の改正案が複数提案されている⁽⁴⁾。本稿は、このような法改正というアプローチとは異なり、成年後見制度の利用が必要か否かの判断基準を検討することによって、本人への能力制限を必要な程度に制限することを提示するものである。成年後見制度以外の他の援助方法によって本人を保護することができれば、その限りで制度利用に伴う能力制限は生じない。つまり、他の援助方法がない場合に成年後見制度の利用を許容するという補充性の原則を導入すれば、成年後見制度の利用が必要な場合にのみ本人の能力を制限でき、条約12条の趣旨に適う保護の実現に近づくといえる。日本の成年後見制度には補充性の原則は規定されておらず、成年者保護の法

制度としては主として成年後見制度および任意後見制度しか存在しないことから、補充性の原則についてあまり論じられてこなかった。しかし、他国が補充性の原則を立法化する傾向にあり、日本も国連障害者権利条約を批准するなど、本人の必要に応じた能力制限を伴う保護を考える時期にあるといえる。法改正とともに補充性原則の有効性を提示できれば、本人に対する能力制限が必要性に即したものとへと発展することが予想される。

2 本稿の課題

補充性原則の有効性を示すには、補充性原則が実際にどのような場面で機能しているのかを検討する必要がある。本稿においては、ドイツ、オーストリアおよびスイスとの比較法的手段を用いる。当該3か国は、近年の法改正において、成年後見制度における補充性の原則を立法化している。確かに、成年後見制度の利用は行為能力の自動的な制限を生じさせる。しかし、やみくもに他の援助の利用を主張しても、かえって法化している社会に適合しない可能性がある。そこで、補充性原則の有効性を検討する際には、補充性原則が適用される場面とともに、他の援助可能性が存在していても、成年後見制度が必要となる場面についても同時に検討しなければならない。つまり、条文に示されている「他の援助」によって本人が十分に援助を受ける場合がどのように解釈されているのかを解明する必要がある。そこで、本稿では、判例を中心に当該3か国の補充性原則がどのように適用されているのかを検討する。また、オーストリアにおいて2006年代弁人法改正法において実施された、クリアリング制度の効果に関する考察も行う。そこから、①補充性原則立法化の背景、②「他の援助」により補充性原則が適用される場面および③成年後見制度が最終的に必要となる場面はどのような場合かを示すことによって、補充

性原則が今後の成年者保護に有効かについての結論を示す。

第1章 ドイツ世話制度における 補充性原則の機能

第1節 条文および立法趣旨

1 補充性原則の適用場面

ドイツの成年後見制度は世話制度という。世話制度においては、次の条文に補充性の原則が規定されている。

【ドイツ民法典 1896 条 2 項】

「世話人は、世話が必要な任務範囲のためにのみ、任命されることが許される。成年者の事務が、1897 条 3 項に記載されていない代理人によって、または法定代理人が任命されていない、他の援助によって、世話人によるのと同程度に処理されうる限りにおいて、世話は必要とならない。」

本条から、補充性原則が機能するには、①他の援助の存在、②他の援助の質を確保することおよび③法定代理人が必要とならないことの3点が要件となるといえる⁽⁵⁾。援助者としては、家族・親族、知人、教会関係の団体、社会福祉サービスならびに官庁および本人が入居するホームの職員などが想定されている。他の援助とは、代理人を必要としない事実上の世話としての性質を有する社会福祉的援助と解されていることから⁽⁶⁾、代理権が必要であれば世話人が任命される。この点は、③の要件とも関係してくるが、世話人は法律に関する事務のために任命される法定代理人である（ドイツ民法典 1902 条⁽⁷⁾）。このため、法定代理が必要となる場合には、「他の援助」は考慮されず、常に世話人の任命が必要となり⁽⁸⁾、これは実務においても争いなく受け入れられている⁽⁹⁾。

立法資料においても、世話と他の援助との境界は、法定代理の必要性の有無にあるとされている⁽¹⁰⁾。他の援助が有効になるのは、本人の事務処理に代理が必要とならない場合となる。もし、本人が行為能力を有し、代理人を任命できるのであれば、裁判所の負担軽減にもつながることから、代理権の利用が望ましいとされた。一方で、本人は代理権を授与できたとしても、病気によりその後の監督を実施できない可能性もあり、その場合には、世話が必要になると指摘されている⁽¹¹⁾。

立法段階においては、本人が身体障害または軽度

の精神障害を有している場合に限り、世話の「第1段階」を設けることが提案されていた。この第1段階は、世話人の任命自体は行わすが、世話人に対して法定代理権を与えず、かつこの段階における他の制度の優先性を排除するという内容を有していた。しかし、世話法の目的は、他の援助の弱体化ではなく、他の援助の優先性を強調することであるから、このような段階を設けると、他の援助の弱体化を招くという理由により、当該提案は草案作成時に削除された⁽¹²⁾。

本条の「他の援助による事務処理」が違憲となるかが憲法裁判所で審議されたことがある⁽¹³⁾。区裁判所の裁判官が世話事件の処理に際し、ドイツ民法典 1896 条 2 項は他の援助による事務処理による世話を回避する旨を規定しているが、第三者はそもそも事務処理権限を有しないと主張したのである。これに対し、連邦憲法裁判所は、次のように述べて当該裁判官の主張を退けた。「本件では事実上の世話がどの程度実施されているかが不明確である。原審が『事実上の権限』の行使に憲法上の疑念を抱く限りにおいて、ドイツ民法典 1896 条 2 項 2 文の意味における『他の援助』が手配され、経済的援助が考慮されるべきかに関する調査がなされておらず、このために世話人の任命が必要かどうかに関する審議が尽くされていない。原審は、立法者の意図を十分に理解しておらず、学説および判例の発展を十分に検討していない。1896 条 2 項 2 文の必要性の原則および『他の援助』に関して、立法者は、これらが機能すれば法定代理人の任命を回避できるという利益を意図していたことを看過している。」このようにして、連邦憲法裁判所は、他の援助とは事実上の世話に限定されるものであるから、憲法違反とはならないと判示した。

2 公的機関と補充性原則の関係

補充性原則の適用を徹底するために、裁判所および官庁には、世話人任命前の調査が義務付けられている。世話裁判所は、本人の事務が法定代理以外の方法で処理されるかどうかを、職権によって調査しなければならない⁽¹⁴⁾。世話裁判所は、世話官庁に依頼して本人が置かれている福祉関係に関する報告書を要求できる。しかし、これは、世話官庁における人的整備を必要とするため、常に成果があるとは限らない。成果がない場合には、裁判所は、本人、親

族および隣人等の聴取を実施する。自治体の社会福祉構造の正確な知識を得るには、世話裁判所と世話官庁の協力が必要であるが、両者の結びつきはそれほど強くなく、協力は難しい状況にある。このため、裁判所が官庁に積極的に関与することが求められている⁽¹⁵⁾。一方で、世話官庁も、特に本人にとって重要な状況を確定する際に、世話裁判所に協力することが義務付けられている（世話官庁法8条）。通常、世話官庁は、本人の社会福祉的環境および本人の事務が他の援助によって処理されるかどうかに関する意見を求められる⁽¹⁶⁾。この他、家族および本人と近い者も、世話の終了または任務範囲の縮減に関するすべての事情を世話裁判所に報告する義務を有する（ドイツ民法典1901条5項）。

オーストリアにおいては、代弁人協会が他の制度の可能性を模索するよう義務付けられているが、ドイツにおいては主として世話裁判所および世話官庁が補充性原則の適用の有無に関する調査を行っているといえる。

第2節 補充性原則に関する判例

ドイツにおいては、これまで出されている判例の大多数のケースにおいて補充性原則が適用されているため、援助者がだれかによって場合分けをする。

1 家族による援助が「他の援助」に当たるかが問題となった判例

(1) ケルン上級地方裁判所 1998年5月13日判決⁽¹⁷⁾
—判例①

本件では、母親による世話を理由に世話制度の必要性の有無が争われた。

【判旨】破棄差戻し

「『健康配慮および居所決定』という任務範囲のための世話は、これまで確定された事実によって基礎づけられない。このため、世話の決定は違法である。世話人任命のための要件を解明するために、差戻しとなる。(…) 区裁判所および地方裁判所は、本人に、このような〔1896条の〕⁽¹⁸⁾意味における世話の必要性があることを明らかにしていない。地方裁判所は、鑑定書類に基づき本人の心的病気を肯定し、本人が日常生活を送り、将来の展望を抱くことができないと判断した。さらに、地方裁判所は、本人は病気のために、自宅で自立して生活できないと述べた。しかし、世話人の任命の必要性を満たすには、

当該事実だけでは不十分である。本人は、すでに以前から母親による世話を受けていたために、世話制度の必要性が疑われていた。本人は、最近6か月間は自宅に居住しており、母親の援助によって日常生活を送っており、病院に通い、薬も服用できていた。ここからは、現時点で、本人は母親の援助を受けながら健康配慮に関する事務を自ら行える状況にあるといえる。鑑定書類および地方裁判所によれば、母親も持病を有しており、継続的な援助は保障されえない。しかし、世話人による最終報告によれば、母親は現時点において十分に世話を行うことができている。したがって、現時点において、居所決定および健康配慮に世話人を任命する必要があるかどうかは著しく疑わしい。このため、地方裁判所は、どの範囲において本人が母親による世話を受けているか、当該世話が近いうちに継続さえ得なくなる事情が生じるかどうかを引き続き調査しなければならない。これには、母親に対する聴取が必要となる。」

本件においては、「健康配慮・居所決定」という事務について、母親の援助により自ら決定できていることから、世話人の任命が回避される可能性が示されている。

(2) ハム上級地方裁判所 2008年8月5日⁽¹⁹⁾—判例②
【事案の概要】

2007年11月22日に、区裁判所は、官庁の介入をきっかけとして本人に世話人を任命した。本人の自宅は、ごみで埋もれた状態であり、大量のネズミが発生していた。世話人の任務範囲は、健康配慮、居所決定、住居に関する事務、役所および保険に関する代理、郵便に関する事務ならびに社会福祉サービスの手配であった。本人が世話人の任命に対して不服申立てをしたため、地方裁判所は一部の任務範囲について世話を廃止したが、本人は、引き続き他の任務範囲に関する世話の廃止を申立てた。

【判旨】破棄差戻し

「本人が現時点で義兄による広汎な援助を、定期的な不動産の清掃においても受け入れることができ、世話人がこの援助を手配できるかどうかを詳細に検討する必要がある。(…) 本件においては、世話人および妻によって、どのような問題領域にどのような援助可能性が生じるかに応じて、世話人の任命が完全に回避される。純粋な家族による援助が不十分とみなされる場合には、名誉職世話人が任命さ

れるかもしれない。少なくとも、世話人の任命が必要となるのは、住居および土地に関する事務であり、必要であれば財産および官庁に関する事務も包括される。これ以外では、とりわけ健康配慮および居所決定においては、妻による援助を理由に世話の必要性は生じない。本人には、病気に関する援助を拒否する傾向は見受けられない。」

本件は、義兄および妻の援助が「他の援助」として認められる可能性を示している。不動産清掃という事務に関しては事務の内容を確定したうえで義兄による援助が不十分であれば世話人が必要とされた。一方で、健康配慮および居所決定は妻による援助を受けられるために世話人の任命は必要ないと判示された。

2 ホームによる職員の金銭管理が「他の援助」にあたるかが問題となった事例

(1) ケルン上級地方裁判所 1992年11月25日判決²⁰—判例③

【事案の概要】

世話人は、1992年7月10日に、財産管理および同意留保を伴わない居所決定を任務範囲として任命された。世話人は、世話人の任命および自己に対する任命に対して不服申立てをした。

【判旨】控訴棄却

「ドイツ民法典 1896条2項2文の補充性原則は、被世話人への援助が事実上の措置によって実施不可能な場合には適用されない。この点が看過されている。『他の援助』は、契約の締結といった法律行為が必要とならない場合に、家族、知人、隣人、親族および社会福祉サービスによってもたらされるものである。しかし、事実上の措置は世話領域における財産管理を助けるわけではない。ここでは、財産管理が本人の収入の配分を決定することである場合に、世話人の任命が不要かが明らかでない。本人は、月300マルクの収入を得ている。このうち、一週間に49マルクが現金で支払われている。ここでは、むしろ、残額の使途に関する決定が必要となる。当該財産管理は通常意思表示を必要とし、場合によっては法定代理人の意思表示が必要となり、事実行為によっては代替されない。(…)

原審は、ドイツ民法典 1896条2項2文を考慮していない。同項によれば、代理人の協力が必要であり、代理人によって事務処理がなされるのであれ

ば、世話人は任命されてはならない。ホームに収入を管理させる権限を与える準備が本人にできているかを考慮しなくても、代理権授与の際には、その有効性に関する疑念が生じる。本人は、世話法施行以前から精神薄弱 (Geistesschwach) を理由に行為能力を剥奪されていた。自由な意思形成が完全に排除されたとはいえないが、旧法に基づけば、自由な意思形成は制限されているといえる。自由な意思形成が制限されていれば、代理権の有効性および代理権に基づく法律行為は十分に保障されないために、代理人による監護は適切ではない。世話人の任命に法的な誤りは見受けられず、世話人の任命は、原審によって明らかにされた事実から必要であるといえる。」

本件で問題とされた事務は、本人に手渡した後の金銭の管理である。この管理には代理人が必要であるが、本人の精神状態では代理権授与は困難であるとして、世話人の任命が必要であると判示された。本件は1992年の判決であり、本人が行為能力を剥奪された根拠である旧法の影響を強く受けていると思われる。

(2) バイエرن上級地方裁判所 1997年3月27日判決²¹—判例④

【事案の概要】

本人には世話法施行以前から居所決定および財産管理について監護 (Pflegeschaft) が命じられていたが、1994年6月14日に州官庁の世話課が世話人として任命された。その際、任務範囲の拡張 (健康配慮、通信手段の決定および郵便物の受領、開封および保管) の申請がなされ、区裁判所は、世話人の任務範囲をすべての事務に拡張した。その後、地方裁判所は、1996年11月18日に、世話人の任務範囲を居所決定、健康配慮、財産管理ならびに郵便物の受領、開封および保管に変更した。当該決定に対し、本人の事務代理人は、本人にはすべての事務に対して世話が必要と主張し再び不服申立てをした。事務代理人は、本人は病気により判断能力を失っており、生活全般に関してホーム職員が決定している状態であると主張した。

【判旨】控訴棄却

「必要性の原則 (ドイツ民法典 1896条2項) によれば、すべての事務に世話人を任命するのは、本人が病気または障害を理由に、すべての事務を自ら

処理できない場合に限定される。ここで考慮すべきことは本人の具体的な生活状況であり、具体的な状況に適して少なくとも部分的に生活できないことが要件として必要である。(…) 地方裁判所は、当該原則を重視した。誤審が生じないために、この判断は、本審に引き継がれる。原審によれば、本人はホーム職員による管理および援助を常に必要としているが、当該援助により生活に関して決定することが可能であり、働くこともできている。このため、本人がすべての事務範囲に世話人を必要としていないという原審の判断は妥当である。さらに、原審は、自由制限を伴わないホーム職員の援助は、法定代理人を必要としない、世話より介入の程度が低い、1896条2項の『他の援助』であるとしている。」

本件では、ホーム職員の援助は他の援助となりうることを示され、援助を受けて本人は自己決定できていることから、すべての事務に関して世話人の任命が回避された。

(3) 連邦通常裁判所 2010年12月2日判決²²—判例

⑤

本件においては、ホーム職員が本人の現金を管理するにあたり、世話人の任命が必要かどうか争われた。

【判旨】破棄差戻し

「ドイツ民法典1896条2項2文に基づき、法定代理人が任命されていない他の援助によって世話人と同程度に処理される事務のために、世話人が任命されることは許されない。世話人は、ドイツ民法典1901条1項²³に基づき、被世話人の事務を法的に処理するために必要な活動のみを包括する。とりわけ1998年6月25日の世話法改正法を考慮すると、事後的援助としての活動は、世話の領域に含まれない。世話人はそのような援助を手配するが、自ら行う必要はない。現金の用途が給付者（たとえば社会扶助）によって定められている場合には、法的事務処理以外の活動は世話人の任務とはならない。ホーム職員による本人への事実上の援助は、ドイツ民法典1896条2項の『他の援助』となる。このため、第三者による、とりわけ、ホーム職員による現金の管理は、原則として許される。」

本件では、ホーム職員が用途を定められた現金を管理することは「他の援助」となり、世話人の任命は必要ないことが示された。判例評釈によれば、世

話人、被世話人およびホームの関係において、少なくとも、現金の「管理」とは何か明らかにされなければならないとされた²⁴。本件で問題となる現金は、以前は「小遣い銭 (Taschengeld)」として表記されていたものである。現金の管理が、本人がカフェに行くために少額を手渡すといったものであれば、当該管理は事実上の管理とみなされるとされる。このような本人に対する訓練を目的として現金を用いる場合においては、現金の管理に世話人は必要とならない。つまり、現金の額が少額であり、その用途が説明可能であれば、現金の管理に世話人の任命は必要ないのであり、現金の額が高額であれば、世話人の任命可能性が生じると考えられる。

3 弁護士および税理士が「他の援助」とみなされた場合

(1) ケルン上級地方裁判所 1995年6月21日判決²⁵—判例⑥

本件においても、世話の必要性が争われた。

【判旨】破棄差戻し

「世話人は、ドイツ民法典1896条により、成年者がその事務を心的病気、または身体的障害、精神的障害もしくは心因的障害に基づき、すべての事務または部分的な事務を処理できない場合に、より詳しく言えば代理人によっても処理できない場合に、命じることが許される。世話の必要性の原則は、公的利益にも資することから、本人は必要性の原則を有効に放棄することはできない。世話の必要性が正当に肯定されるという区裁判所および地方裁判所の決定は、受け入れられない。本人はほぼ完全に失明していたことから、区裁判所は、身体的障害のみを理由に世話の必要性を判断していた。身体障害を有していても、本人が自己の利益の行使を弁護士に依頼することは可能であるから、当該身体障害から世話の必要性は導出されえない。弁護士が世話人と同程度に事務処理を行えない理由は認識できない。地方裁判所は、世話の必要性の理由づけに定型文のような鑑定文を用いており、判決理由は明確にされていない。書面によれば、1993年3月8日と1994年8月12日に、医師2名による鑑定が行われた。両者ともに、本人は失明以外に軽度の精神障害が見受けられるとの結果を出した。鑑定医は、最初に世話の必要性を否定したが、その後、本人の健康状態の悪化に関する説明なしに、世話の必要性を肯定した。

また、息子との訴訟の際に、弁護士に代理を依頼している場合においても、本人に世話の必要性が生じるかどうかについて、鑑定医は見解を述べていない。本人が弁護士に代理を依頼したことは、本人がどの程度法的助言により自立して生活できるかの判断に影響する。これについて、地方裁判所は、詳細な調査を行わなければならない。」

本件において、弁護士が「他の援助」に該当することが示された。本人は弁護士に代理権を授与していたと考えられるが、本件においては、本人は身体障害のみを有していたと思われることから、授与時における本人の認識能力および判断能力の有無は問題となっていない。この点は、後述するオーストリアの判例との差異となっている。

(2) バイエرن上級地方裁判所 2000年12月13日判決²⁶⁾—判例⑦

本件では、財産的事務に関して世話人を任命するかどうかに関し、本人の自由意思の有無が問題とされた。

【判旨】破棄差戻し

「原審の鑑定医が見解を提出しなかったために、本審は、本人の自由意思の有無を確定できない。4人の医師の間で見解は分かれている。かかりつけの医師は、本人は心身共に良好な状態であり、行為能力を完全に有するとしていた。また、別の精神科医も精神障害は存在しないとしていた。残りの2人の医師は、限定的な世話は目的に適うと述べていた。このような状況においては、本人が病気のために自由意思を排除されていたかの説明が必要となる。(…) 財産的事務に関して、本人が自由な意思形成を一部できないと明らかになったとしても、世話人は自動的に財産事務全体を処理すべきではない。世話人は、本人が処理できる事務を処理してはならない。本人が一定の経済的自由を享受できるように、世話が重要な事務に制限可能かどうか調査されるべきである。ドイツ民法典1896条2項1文の『任務範囲』という概念は、世話人に個別に、またはひとつの事務を委託することを排除していない。健康な成年者が他の援助(弁護士、税理士など)によって支援される場合には、世話の必要性は生じない。本人が精神的状態を理由にそのような援助を請求できないか、援助申請の必要性を認識できない場合のみ、世話人の任命が必要となる。」

本件でも、他の援助として弁護士および税理士が指摘された。ここでも、本人が判断能力を有していると思われることから、弁護士および税理士への代理権の授与が他の援助として示された。

(3) ミュンヘン上級地方裁判所 2005年11月29日判決²⁷⁾—判例⑧

【事案の概要】

本人には、1996年初めから世話人が任命されており、任務範囲は、健康配慮、居所決定、措置入院の決定、財産管理および社会扶助の請求であった。2003年7月14日に本人は世話の廃止を求めたが認められず、世話は翌年12月7日まで延長されることになった。その際、任務範囲が、官庁における代理、年金および社会扶助の確保ならびに住居に関する事務に拡張された。2005年4月25日に、世話人は任務範囲を遺産相続の代理にまで拡張する旨の申請を行い、区裁判所はこれを認めた。

【判旨】破棄差戻し

「地方裁判所は、世話の任務範囲が実際にどの程度いまだ必要なかを具体的に検討していない。本審は、この点について具体的な検討を行う。まず、『措置入院の決定』以外に居所決定に意義が認められるかが不明確である。本人は世話人の援助なしに住宅を供給されており、現在の本人の生活状況に関する決定の必要性は認められない。(…) 本人は、非常にわずかな年金等の収入を得ており、節約して使用している。この限りにおいて、本人は行為能力を有することが明確であり、財産管理の任務が正当化されるかどうかは疑わしい。(…) 本審は、本人の権利を保障するために、世話人が遺産相続手続きに非常に尽力していたことを看過しているわけではない。しかし、本人が世話を広汎に拒否しており、遺産相続の枠組みにおいて弁護士による援助を要求している限り、遺産相続手続きが世話の存続を必要としているか、また本人の希望通り必要な弁護士による援助が考慮される限り、本人が自己責任を負うこと可能かどうか明らかになる必要がある。(…) 世話人は本人と協力体制をとれていないため、十分な影響力を持たず、監督機能を有しているのみであるから、健康配慮に関する任務がその程度において必要かを確定する必要がある。(…) 少なくとも、必要性の原則から、個々の任務に関し近い将来具体的な行動の必要性が生じるかどうかを、個別に

検討する必要がある。行動可能性は、本人の社会性に関する行動および世話人の危険回避措置の実施によっても理由づけられるべきである。これらの検討が具体的にないため、差戻しとする。」

本審では、弁護士による遺産相続手続きが、世話を回避する「他の援助」と判断された。また、個別な任務について世話人の必要性が個別具体的に検討されることが要求されている。

4 病院、社会福祉サービスおよび役所が他の援助とみなされる場合

(1) シュレスピヒ・ホルシュタイン上級地方裁判所 2007年6月20日判決²⁸⁾—判例⑨

本件において、本人には「健康配慮」という任務範囲において、世話人が任命されていた。これに対し、本人が不服申立てを行った。

【判旨】破棄差戻し

「健康配慮という任務範囲に対する不服申立ては、認容される。判決理由および鑑定書は、世話人の任命が健康配慮のために必要である旨を明らかにしていない。世話人の任命のきっかけになった治療は、本人が措置入院した病院に義務付けられている。病院は、法律に基づき、措置入院期間に予定される療法的措置に関する計画書を作成しなければならない。この措置は、とりわけ、措置入院に際する医学的、介護的および療法的な治療を記載するものである。本人の病気に関しては、措置入院に関する規定が優先する。

これに関連して、健康配慮に関する本人のどの事務が法的に処理されるべきかが明示されていない。本人にはすでに措置入院が実施されているから、ドイツ民法典1906条〔措置入院に際する世話裁判所の許可〕に関する措置は初めから考慮されない。病院は、本人には治療に必要な従順性が欠けており、病気による認識不足から、本人は薬の服用を拒否していると主張する。しかし、このことは、世話人が薬の服用に関して援助できることを意味しない。病院は、本人に対して薬をすりつぶして服用させることができしており、その際に世話人の援助は必要とされない。本人の状態が悪化しても、病院は、世話人の強制権限なしに対応できている。本人の財産状況に関する取り決めがなされていれば、病院は病気に対して有効な対処を実施でき、本人の財産管理は世話によって保障されている。」

本件では、本人の措置入院先の病院が「他の援助」とみなされ、「健康配慮」に関する世話は必要ないと判断された。一方で、財産管理には世話が必要であると考えられている。

(2) ハンブルク地方裁判所 1993年2月22日判決²⁹⁾—判例⑩

【事案の概要】

本人は、1992年5月1日から介護施設に入居していた。本人は、精神病および糖尿病に罹患しており、車いすで生活していた。1992年11月20日の本人聴取により、区裁判所は、本人にリハビリが必要であると判断した。その後、区裁判所は、リハビリ施設の仲介、経済的支出の取決め、とりわけ、自宅退去に伴う入居先の施設費用、糖尿病に関する治療の取決め、家事の援助および栄養と身体に関する世話を理由に世話人を任命した。世話人は、これらの世話は、社会福祉サービスによって十分に実施可能であるとして、不服申立てを行った。

【判旨】

「世話人の任命は、必要とならない。確かに、本人は心身の障害を理由に、事務を自ら処理することができない。本人は1992年の脳卒中のために右半身が麻痺しており、会話能力を喪失している。さらに、精神病にも罹患している。しかし、本人の事務は他の援助方法によって処理されるから（ドイツ民法典1896条2項）、区裁判所が設定した任務範囲に世話人を任命する必要はない。このことは、区裁判所の鑑定ならびに鑑定と別の医師および介護ホーム職員が同席してなされた本人聴取から明らかである。これによれば、リハビリ施設は、介護ホームの医師によって紹介可能となる。介護費用の取り決めは、介護ホームのソーシャルワーカーの援助によって実施される。本人の行為能力に関して懸念は生じないため、現時点において、世話人を任命する必要はない。自宅退去の際には、必要な援助は地域の介護サービスによって実施される。本人は、必要な措置および援助方法を了承している。」

本件では、本人のリハビリの手配、介護費用の決定および自宅退去の際の援助は、すべて「他の援助」によって実施可能であり、本人は行為能力を有するから、世話人の任命は必要ないと判断された。ここでは、法的事務は問題となっていないと考えられる。

(3) ノイルッピン区裁判所 2007年6月23日判決⁹⁰
—判例⑪

本件では、世話人を任命する切迫した必要性がないとして争われた。

【判旨】請求棄却

「役所責任者、世話官庁および担当裁判官は、本人聴取においてMの精神的混乱を認識していなかった。Mは、これまで生活に必要な物を購入できていた。行為無能力の兆候も認識されなかった。世話の必要性は、他の援助で事務処理が可能な場合には生じない（ドイツ民法典1896条2項2文）。Mは、すでに必要な援助を受け入れる準備ができている。自宅を解約しなければならない場合には、共同生活となる住居が準備可能である。町には、社会福祉、健康、世話、住居、土地、市民生活および秩序に関する役所が存在する。これらの職員は、本人が社会扶助を迅速に受給できるよう義務付けられている。このため、Mがすでに準備されている町営住居を使用するために、州庫から報酬が支払われる世話人を任命すべき理由は認識できない。」

本件においては、本人が町営住宅に転居するにあたり、本人に行為能力が見受けられ、役所が「他の援助」となるとみなされ、世話人の任命は不要と判断された。

3 判例に関する小括

ドイツ民法典1896条における「他の援助」として判断される基準は、援助者がいるか、およびどの事務について処理されるか、当該事務に関して本人に自己決定能力があるかの3点である。援助者に関しては、比較的広範囲にわたる者が同条の「援助者」として認められてきた。これまでの判例においては、母親（判例①）、義兄（判例②）、妻（判例②）、ホーム職員（判例④および⑤）、弁護士（判例⑥、⑦、⑧）、税理士（判例⑦）、病院（判例⑨）、社会福祉サービス（判例⑩）、役所（判例⑪）が援助者として認められてきた。

問題は、本人が処理を必要とする事務に関して、自己決定能力を有するかである。世話法は身体障害も適用対象としているので、本人が行為能力を有していても世話制度が申請される可能性がある。このため、判例においても、本人が自己決定能力を有するケースが多く見受けられた（判例①、④、⑥、⑦、⑧、⑩、⑪）。財産管理に関しては、比較的多く世

話の必要性が指摘される（判例③、⑨）。特に、ホーム職員における財産管理に関して、判例の見解は分かれており、毎月の収入残高が多く、使途を決定する必要がある場合には、法定代理人として世話人が必要とされている（判例③）。一方で、社会扶助などによる本人の収入の使途がおおむね定められていて、手渡す残額が少額である場合には、財産管理は事実行為となり、世話人の任命は必要とならない（判例⑤）。もっとも、財産管理に関しても、本人に行為能力が認められる状態にあれば、弁護士に代理権授与が可能とされ、世話人の任命は回避される（判例⑥、⑦、⑧）。財産管理以外の事務に関しては、比較的補充性原則の適用が認められやすいと考えられる。判例で問題となっていたのは、健康配慮・居所決定（判例①、②、⑨）、リハビリ施設の手配および治療費の取り決め（判例⑩）、引っ越しに関する援助（判例⑪）であるが、これらの事務に関しては本人の判断能力が個別に検討された上で、他の援助の有効性が認められた。

第2章 オーストリアにおける補充性原則の機能

第1節 条文と代替制度

オーストリアでは、1984年7月1日の代弁法施行時において、補充性原則が次の条文において規定されていた。

【一般民法典旧273条2項】

「本人がその援助、特にその家族の範囲内においてまたは公私の障害者援助施設によって、その事務を必要な程度に処理できる状態にある場合には、代弁人の任命は許可されない。代弁人の任命は、単なる妄想上による請求権の訴訟上の行使から第三者を保護するためにのみなされてはならない。」

このような規定が設けられたにも関わらず、代弁人の利用件数は増加し続けた⁹¹。これは、結果的に、代弁人協会の費用を担う国庫の負担および裁判所の負担をもたらし、代弁人制度の質の維持そのものが危惧され始めた。これを契機として行われたのが2006年の代弁人法の改正である。同改正の主たる目的は代弁人任命件数の抑制であったため⁹²、旧273条2項に規定されていた補充性原則の強化が図られた。このような背景から規定されたのが、次の268条2項である。

【一般民法典 268 条 2 項】

「障害者の事務が、他の法定代理人によってまたは他の援助の枠内において、特に家族、介護施設、障害者援助施設において、または社会福祉的業務もしくは精神福祉的業務の枠組みにおいて必要な程度に処理される限り、代弁人の任命は許可されない。代理権によって、特に老齢配慮代理権、拘束力のある患者配慮処分によって、障害者の事務の処理について必要な程度にあらかじめ配慮されている限りにおいても、代弁人は任命されてはならない。代弁人の任命は、訴訟上の行使から、〔それが〕単に妄想上のものであっても、〔その行使から〕第三者を守るためにのみ、なされてはならない。」

本条における他の援助は、①他の法定代理人、②老齢配慮代理権・患者配慮処分および③他の援助の3グループに分類される³³⁾。①の他の法定代理人として、近親者代理権³⁴⁾（一般民法典 284 条 b から同条 e）、社会保障法上の家族親族の法定代理権（連邦介護金法 25 条 2 項³⁵⁾）、施設における自由制限の際の居住者代理人（ホーム滞在法³⁶⁾ 8 条 2 項³⁷⁾）および精神病院における自由制限の際の患者代弁人（措置入院法 3814 条³⁹⁾）が挙げられる⁴⁰⁾。

②の老齢配慮代理権は日本の任意後見制度に相当する制度である。すでに、2006 年代弁人法改正法以前から、判例および通説は、老齢配慮代理権の存在を認めており、代理権が授与されていれば、代弁人の任命は不要となると考えられていた⁴¹⁾。老齢配慮代理権の要件について争いがあったが、2006 年の改正において、要件も含めて詳細な規定が置かれた（一般民法典 284 条 f から同条 h）。患者配慮処分は、本人が治療の時点で認識能力、判断能力および発言能力を有しないために治療医に対して述べる患者の希望である。ここでは、特定の治療の拒否のみが対象となり、患者の認識能力および判断能力が存在しない場合に有効となる（患者配慮処分法⁴²⁾ 2 項）。

最後に③他の援助であるが、これには家族、隣人、友人、介護施設、障害者施設、社会福祉サービスなどによる援助が含まれる⁴³⁾。この③の他の援助が、補充性原則の適用にどう影響を及ぼすのが最も問題になると考えられる。オーストリアにおいても、これらの者が実施できるのは事実上の行為に限られるとされている⁴⁴⁾。このため、代理権が必要である場合には、有効な代理権が存在しない限り、代弁人

の任命が必要となり、補充性の原則は適用されない。代弁人制度の対象者は認識能力および判断能力が不十分な者であり、身体障害者を含まない。このため、③の他の援助により補充性原則が機能するかどうかは、本人が事前に与えた代理権が有効か、すなわち、代理権授与の際に本人に判断能力が認められたかどうか問題となる。次に紹介する判例も、ほとんどのケースにおいてこの点が争点とされている。

第 2 節 判例

オーストリアにおいては、ドイツと異なり、補充性原則の適用を認めないケースもある程度存在するため、以下では代弁人の任命必要性の有無で場合分けを行う。

1 代弁人の任命が必要であると判示された事例

(1) 最高裁 2008 年 9 月 16 日判決⁴⁵⁾—判例⑫

第 1 審は、民事手続の代理のために代弁人を任命した。本人は、自ら手続き可能であるとして不服申立てをしたが、第 2 審も本人の主張を退けた。

【判旨】 上告却下

「民事手続において弁護士が本人を代理するのみでは、補充性原則を適用するには不十分である。本人が法的に問題のない方法で他者から援助される場合にのみ、代弁人の任命は、回避される。しかし、鑑定結果によれば、本人の精神障害は民事手続が原因となって生じている。このため、本人が当該民事手続において一定期間害されておらず、この事務が弁護士による代理権の授与といった法的に制約のない方法で処理できることを前提とできない。」

本件では、民事手続が本人の精神障害の原因となっていることを理由に弁護士の代理だけでは本人保護が不十分であり、代弁人の任命が必要であると判示された。

(2) 最高裁 2008 年 10 月 3 日判決⁴⁶⁾—判例⑬

【事案の概要】

本人の主治医は、ここ数年、本人（1922 年 12 月 21 日生まれ）の財産が減少し続けていることから、家族以外の財産管理が必要であるとして、代弁人の任命を申請した。本人と接触があるのは、介護サービス提供者と妹のみであった。2008 年 1 月 25 日に、第 1 審は、協会代弁人を代弁人として任命した。

ここでも、親族による不明確な財産管理が指摘された。本人の姪は、本人の健康状態および居所に関する情報を提供するとともに、代弁人を任命するのであれば自分が代弁人となり、自分は本人から代理権を授与されていると主張した。鑑定によれば、本人は認知症に罹患しており、耳が聞こえない状態であった。2008年3月2日に、姪は、本人の日常生活に関する決定は自分が行っており、代弁人の任命の必要性が存在しないとして手続きの中止を申請した。この際、姪は、2006年に自分に対して通常の代理権が授与されており、本人は代弁人の任命によって生じる費用を負担できないと主張した。しかし、第1審は代弁人協会を代弁人に任命し、その任務範囲を、代弁人手続きにおける本人の代理、役所、銀行、病院およびすべての介護施設における代理、医療同意、契約の締結、本人の財産の管理ならびに本人の郵便物および居所の決定とした。

【判旨】一部認容、一部棄却

「当時、本人による代理権授与は、認識能力の欠如により不可能である。代理人による援助には、本人の認識能力および判断能力が前提として必要となる。当該能力を喪失した後は、代理人の監督および代理権の撤回のために、代弁人の任命が必要となる。判例によって確立された当該原則に基づいて、立法者は、老齡配慮代理権の立法化に際し、濫用防止のための厳格な要件を設定した。このため、行為能力が存在しないために要件を満たさないことから、代理権は、代弁人手続きの開始および代弁人の任命を妨げるものではない。(…)本人は、代理権の存在および代理権の撤回に必要な認識能力を有していない。これは第1回目の聴取から明らかであり、第2審においても疑念は生じていない。第2審においては、一般的な代理権は代弁人の任命を排除すると主張されたが、この主張は認められず、このために、姪に代理権に基づき任務を遂行する能力および信頼性が存在するかが不明確なことは、重大な問題とならない。このような理由から、代弁人の任命手続きの開始、暫定的代弁人の任命および手続中止の申請の棄却に対して、不服申立ては認められない。」

本件では、本人が代理権授与時に認識能力を有しないことが確定されたことから、補充性原則の適用はなく、代弁人の任命が必要と判断された。本判決では、家族による財産管理に対する不信心も判決に

影響を及ぼしたと考えられる。

(3) 最高裁 2014年9月17日判決⁴⁷—判例⑭

本件において、本人は、2013年10月2日の患者配慮処分を作成を理由に、その後の代弁人の任命に対して不服申立てを行った。

【判旨】上告却下

「本人は、患者配慮処分において十分な認識能力を有していなければ、268条2項2文に基づいてすべての事務に代弁人が任命される点を看過していた。認識能力が不十分であったことは、鑑定により明らかである。鑑定によれば、患者配慮処分は自由な意思表示によって作成されておらず、効力を有しない。上告の際に主張されたように、当該患者配慮処分を考慮すべき患者配慮処分⁴⁸とみなすとしても、当該患者配慮処分は、一般民法典268条2項2文の文言の意味において、治療に関して代弁人の任命を妨げるものではない。(…)本人が上告で患者配慮処分との関係において、措置入院の際に精神病に関する薬の投与を拒否したとしても、このことは、同様に医療に関する事務に代弁人を任命することを妨げない。むしろ、逆であり、患者配慮処分の作成といった法律行為を行う理由が存在し、不利益な結果が生じており、患者配慮処分の作成時点で本人の行為能力に疑義が生じていた場合には、本人への法的保護が開始される前に、自己に不利益な法律行為を行ったかどうかの調査は、裁判所の任務となる。」

本件では、患者配慮処分作成時点において本人に行為能力が認められない限り、患者配慮処分は代弁人制度の代替肢として有効とならず、代弁人が任命されるとされた。

(4) 最高裁 2012年1月31日判決⁴⁹—判例⑮

【事案の概要】

本人は、文字を読むことができず、書類を理解することができない状態にあった。このため、兄弟の遺産相続手続において、十分な主張ができていなかった。代弁人の任命が提起されたが、本人が第三者によって財産的事務に関する援助を受けているとして、補充性原則の適用の有無が争われた。

【判旨】上告却下

「上告人が、代弁人の任命は本人が他の者または他の制度によって事務を処理される限り許されない

と主張する限り、この者は、第2審の見解を無視している。第2審は、遺産相続手続が煩雑で法的専門家を必要とすることを理由に、遺産手続における本人の権利は、援助が不十分なため十分に保障されていないとした。(…)ここでは、本人は常に弁護士によって代理されるとの異議が出されたが、重要な判断時点においても代理人が存在したことは主張されなかった。代理権がいまだ授与されていない場合には、法律の専門家による代理の必要性および目的適合性を本人が自ら判断できるかどうかが重要となる。原審は、この点について明確な判断を行っていない。少なくとも、法律家による援助が必要であるといえる。この際、隣人が関連知識を有していることは重要ではない。第1審によれば、本人は、自ら遺産相続手続を行える状態になかった。2011年9月26日に、本人は費用を考慮すると遺産相続手続において弁護士等によって代理される意思はないと述べた。しかし、本人が相続手続に重要な時点において、法律家による援助の必要性を認識できる状態になかったとの証明が存在する。本人が法律家による代理は必要ないという認識を撤回し、その後遺産相続手続のために代理人を有効に任命したかどうかは、代弁人制度終了の申請が提起された第1審によって判断されなければならない。」

本件では、遺産相続手続きにおいては、隣人の援助は不十分であり、補充性の原則は適用されないとの見解が示された。このため代弁人の任命が必要か、弁護士等の法律専門家で足りるかが争われたが、本人が弁護士等に代理権を与えたかどうかを審議されなければならないとして、第1審に差し戻された。最高裁は、代理権授与時の本人の認識能力について疑義を述べており、代弁人の任命を必要としていると考えられる。

2 代弁人の任命が不要となる可能性が示された判例

(1) フェルトキルヒ州裁判所 2006年8月10日判決⁵⁰—判例⑬

【事案の概要】

代弁人の任命手続きに際し、手続代弁人は、本人が2004年3月8日に本人の兄に対し、代理権を与えたと主張した。この代理権は包括的な内容を有し、本人の死亡まで有効とされていた。本件では、代理権を授与する以前に、本人の行為能力が喪失し

ていなかったかどうかの問題とされた。

【判旨】

「第1審において明らかにされた事実および手続代弁人が提出した証拠からでは、代理権の授与が本人の行為能力喪失前または喪失後かどうかは判断できない。一般民法典273条2項の事務には、代理人の監督または場合によっては代理権の撤回が含まれる。これは、本人が代理権の授与の時点で行為能力を有することを前提とする。しかし、本人が代理人の行動を監督できず、代理権を撤回できない場合には、代弁人を任命すべきではない。むしろ、代理人が任務に反するか、または本人の利益または意思に反して行動する場合に、代弁人を任命する具体的な理由が存在する。本人が行為能力を有している時点で与えられた代理権は、代弁人法に内在する可能な限りの広汎な自己決定および代弁人制度の利用を最終手段とすることを実現する良策である。」

本件は、本人が兄に与えた代理権を理由に、代弁人制度利用の必要性がないと主張された事案である。たしかに、代理権の授与は補充性原則を機能させられると思われるが、ここでは、代理権授与時の本人の行為能力の有無が問題とされた。本件の特徴は、本人が代理人を監督する能力を有しなくても、代弁人を任命すべきではないとしている点である。本件に関する判例評釈においても、本件が従来判例とは異なる見解をとっていることが指摘されている⁵¹。従来判例は、本人が代理人を監督できるか、または代理権を撤回できる場合に限り、代弁人の任命を不要としていた。一方で、本審は、代理人によって援助が確保されない具体的な理由が存在して初めて、代弁人の任命が必要となるとしたのである。つまり、本人が監督および代理権撤回に関する能力を有しなくても代理人の選任が可能であるとしており、補充性の原則を適用する範囲を広く解する解釈を行っているといえる。

(2) 最高裁 2009年2月25日判決⁵²—判例⑰

【事案の概要】

本人は、月600ユーロの年金および150ユーロの社会扶助を受給していた。別件を処理していたグラーツ州裁判所の鑑定において、本人は妄想癖を伴う精神病に罹患しているとされた。第1回目の本人聴取において、本人は、代弁人の任命は必要ないと述べた。本人は母親の援助をうけながら母親と同居

しており、母親は本人の40,000から50,000ユーロになる債務の返済も援助していた。代弁人協会「VertretungsNetz」はクリアリング報告書⁵³⁾において、代弁人によって処理されるべき事務は存在しないと報告した。別件の立退訴訟に関しても、本人は自ら弁護士を選任していた。第1審は、精神病のために本人は認識能力を有しないとし、自己に不利益なしに事務を処理できないとして、役所および官庁における代理ならびに収入および財産管理に関して代弁人を任命した。第2審も当該判決を支持した。

【判旨】破棄差戻し

「一般民法典268条2項に基づく補充性原則という観点から、上告にあたり主張された事実が存在しないことが肯定される。補充性原則は代弁人法改正法によって強化されており、判例に基づく次の原則が考慮されなければならない。すなわち、代弁人の任命は補充的性格を有し、本人が一般民法典268条2項の列挙されている可能性によってその事務を必要な限りに処理できない場合に限定される。同項は、家族による援助、代理権の授与および老齢配慮代理権を挙げている。代理人による援助は、本人が自ら行動でき、認識能力および判断能力を有する場合に限られる。このため、裁判所には、処理すべき事務および代理に関して本人の認識能力を十分に確定することが義務付けられる。

ここから、クリアリング報告書により、本人が立退訴訟のための弁護士を自ら選任できるかが調査されなければならない。本人は賃料を支払い、買い物も定期的に行っており、心的病気にもかかわらず、自己の意見を主張できている。第1審の鑑定は、本人が代弁人の援助を必要とする事務は存在せず、母親によって事務処理がなされていることに言及していない。(…)鑑定医は、本人は定期的に裁判所に来て訴訟を遂行できるが、本人の福祉が訴訟によって害されると述べているにすぎない。このため、本人が代理権を授与できる状態か、および訴訟の間のみ援助を必要とするのかが明らかになっていない。手続きが補充された後、一般民法典268条2項の代弁人を任命する許容性が判断される。」

本件において、最高裁は、事務を訴訟遂行とそれ以外に分け、後者に関しては本人が母親を代理人として任命できる状態であると判断して代弁人の任命は不要であると判示している。訴訟遂行の代理についても、本人が弁護士に代理権を授与できる状態に

あるかどうか問題となっており、本人が代理権を授与できる状態かどうかの調査が代弁人の任命を左右するとされた。

(3) 最高裁2010年11月11日判決⁵⁴⁾—判例⑧

【事案の概要】

本人(45歳)は、長年精神病に罹患していた。1人暮らしであり、薬を服用しないために、病状が悪化していた。2010年2月2日に、本人の母親が代弁人の任命を申請した。申請理由は、本人が1人で生活できず、経済的事務に関する援助および援助サービスの手配を必要としているというものであった。第1審は、本人の心的病気を理由に代弁人の任命の必要性を肯定した。任務範囲は、裁判所、官庁および社会サービスの担い手に対する代理、収入、財産および支払義務の管理、日常生活の範囲を超える法律行為の代理ならびに身上監護であった。しかし、申請時点において、新しく開始された投薬により本人は安定した状態にあり、病気のことも含めて対話も可能であった。本人は、日常生活を送るために援助が必要であることを認識しており、経済的・法的援助を受け入れる準備ができていた。このため、本人は、代弁人は必要ないとして不服申立てを行った。

【判旨】破棄差戻し

「この関係〔第1審で処理すべき事務および本人の認識能力について十分に審理されていない状態〕から、次の点が指摘できる。本人の母親は、第1審において、本人が2010年9月3日に住居を解約して母親の家に転居し、治療医の援助によって十分に回復し、定期的に通院していることから、代弁人の任命は必要ないと主張した。このため、第1審は、現時点における本人の状態を具体的に検討しなければならない。また、第1審は、本人が代理人の適性を判断できる能力を有するかどうかを確定できていない。このため、本人の心的病気の状態を、とりわけ薬による療法から検討し、自己の事務を処理できなくなる程度まで悪化しているかを明らかにする必要がある。その後、第1審において、本人が適切な代理人を選任する能力を有するかどうかを検討されなければならない。さらに、代弁人の任命の必要性が肯定される場合には、母親が代弁人として任務可能かを明らかにしなければならない。したがって、今後の手続きにおいては、本人の処理すべき事

務の種類、財産状況、収入の状況、代理人を任命する際の本人の認識能力および一般的な認識能力、ならびに本人の住居状況と薬による治療が解明されなければならない。」

本件において、本人は薬の服用により状態が安定し、同居した母親の援助を得て、自己決定できる状態に回復しつつあった。このため、最高裁は、まず本人が自己の事務処理ができるか、代理人を任命できる能力があるかどうかを確定する必要があるとした。それでも代弁人が必要であれば、母親が任命される。本件では、本人の現時点における自己決定能力および処理すべき事務を確定させることによって、代弁人の任命が許容されることが判示された。

(4) 最高裁 2006 年 10 月 19 日判決⁵⁵—判例⑨

【事案の概要】

本人は、1925 年 12 月 17 日生まれであり、1 人暮らしをしていた。本人には歩行障害があり、日常生活に関する行為は、10 年来の知人が行っていた。この知人は、信頼できる者として遺産相続人に指定されていた。主治医の申請により、年齢による軽度の認知症を申請理由として、2005 年 4 月 26 日に代弁人の任命手続きが開始された。鑑定手続きでは、本人が誰に対して代理権を授与しているのかが認識できず、信頼できる人物によって事務が処理されていないと判断された。第 1 審は代理権授与のための認識能力を鑑定したが、代理人の適性は把握できなかった。その後、第 1 審は、弁護士を代弁人に任命した。任務範囲は、本人が行った代理権授与に対する許可、財産および収入の管理ならびに役所および裁判所における代理である。第 2 審も第 1 審の判決を支持した。

【判旨】破棄差戻し

「認識能力の低下により、本人が不適切な代理人を選任する危険が生じる場合には、一般民法典 273 条 2 項における補充性原則は、通常適用されない。原審は、本人は適切な代理人を選任する能力を有しないと判断した。しかし、その際、どの事務が処理されるべきかおよび日常生活に関する法律行為が考慮されたかは不明確である。さらに、本人が日常生活に関する法律行為について代理権を与える認識能力を有しないかが考慮されるべきである。これには、本人の精神障害の程度を確定する必要がある。

補充性原則の強化という 2006 年代弁人法改正法

の趣旨のもとで、273 条 2 項は、専門的および人格的に代理人の適性を判断できない程度に本人の能力が低下していれば、代弁人が強制的に任命されると解釈されるべきではない。本人が自ら事務を処理できる状態にあると自覚している場合には、本人が代理の本質を理解し、代理人として考慮する者の適性を、処理すべき事務に関連して把握できる限りにおいて、本人が自ら手配できる他者による援助が原則的に必要となる。この認識能力を判断するために、どの事務に代理権が授与されるかが重要である。しかし、これについて審議は尽くされていない。この意味から、具体的に処理すべき事務に関する本人の認識能力および保護の必要性が検討されなければならない。」

本件では、本人の認識能力が低下していても、本人が代理の本質を理解し、代理人の適性および処理される事務を把握できれば、有効に代理権を授与して代弁人の任命が回避される可能性が示された。

(5) 最高裁 2008 年 6 月 11 日判決⁵⁶—判例⑩

【事案の概要】

本人は 55 歳であり、長年社会扶助を受給していた。リンツ市役所は、2007 年 4 月 24 日に代弁人の任命を申請し、本人の稼働能力に関する鑑定書を提出した。鑑定書によれば、本人は躁病に罹患していたが、病気に関する認識を有さず治療を拒否しており、症状の悪化が予想されていた。本人は行為能力を有していたが、集中力とコミュニケーション能力の不足および攻撃性を理由に職につけていなかった。本人は鑑定結果について争ったが、第 1 審は、本人が心的病気により事務を不利益なしに自ら処理することができないとして、一般民法典 268 条 3 項 2 文に基づき弁護士を代弁人として任命した。任務範囲は、収入および財産の管理、ならびに役所と裁判所における代理であった。本人は、社会扶助として月 400 ユーロを受給しており、これ以外の財産は有していなかった。第 2 審も第 1 審を支持した。

【判旨】破棄差戻し

「本件では、処理されるべき本人の事務が何か、および本人が自ら代理人を選任するための認識能力を有するかどうか、明らかにされていない。報告された認識能力からは、本人は、自ら他の援助を手配できるように思われる。(…)この文言〔268 条 2 項〕からは、処理すべき事務および代理権授与に

関する本人の認識能力の確定という裁判所の義務が導出される。第1審によれば、本人は社会扶助の受給および支払に関してのみ役所と連絡を取らなければならない、この他の事務は存在しない。代弁人が任命されなくても、今後の社会扶助の給付が困難になることは指摘されえない。最後に検討すべき点は、現時点における暫定的代弁人に対し、本人が社会扶助に関する代理権を授与する可能性が存在するかどうかである。今後の手続きでは、本人の収入および財産、適切な人物への代理権授与の可能性ならびに処理すべき事務の確定に関する調査が必要となる。これらが明らかにされた後に、一般民法典268条2項における代弁人の任命の許容性が判断される。」

本件においては、本人が現在の暫定的代弁人である弁護士に代理権を授与する認識能力が存在すれば、代弁人の任命は必要とならないとされた。このためには、事務および本人の認識能力の確定が必要となる。認識能力に関して、従来の判例は、本人が代理人を監督できない場合に代弁人を任命すべきとしてきた。しかし、2006年代弁人法改正法の目的が代弁人制度の利用の抑制であったことから、当該判例理論は代弁人法の目的に反することになった。これを受けて、フェルトキルヒ州裁判所2006年8月10日判決(判例⑩)では、代理および代理権撤回に関して本人が認識能力を失えば常に代弁人が任命されなければならないわけではないと判示された。さらに、最高裁2006年10月19日判決(判例⑪)においては、専門的および人格的に代理人の適性を判断できない程度に本人の能力が低下していれば、代弁人が強制的に任命されると解釈されるべきではなく、代理の本質を理解し、代理人として考慮する者の適性を処理すべき事務に関連して把握できれば足りるとしている。本件で最高裁は本人の認識能力に関して具体的に言及していないが、判例評釈によれば、高い能力が要求されるべきではないとされている⁵⁷⁾。

(6) 最高裁2010年10月13日判決⁵⁸⁾—判例⑫

【事案の概要】

第1審は、弁護士を代弁人として任命した。任務範囲は、裁判所・官庁および社会保障の担い手に対する代理であった。代弁人選任の理由は、本人が心的病気に罹患しており、このために複雑な事務を処理する能力を有さず、上述の任務を自己に不利益な

く処理できないこととされた。本人は、これに対して不服申立てをした。

【判旨】破棄差戻し

「裁判所は、処理すべき事務および代理人に適切な代理権を授与する能力を本人が有するかを十分に確定するよう、義務付けられている。しかし、第1審は、本人の処理すべき事務を全く確定できていない。書面には、本人が原告として訴訟提起し、本人の財産に損害を生じさせる可能性を有する2件の地区裁判所における民事手続が記載されているのみである。当該訴訟において、本人は、弁護士によって代理されている。第2審によれば、代弁人が任命されなければ、本人は生命、健康、自由または夫婦関係に損害を受けるとされたが、すべての事項について理由づけを欠いている⁵⁹⁾。」

本件でも、代理人を任命するための本人の認識能力および処理すべき事務の確定が不十分であるために、代弁人を任命する要件が満たされないことが示された。

3 判例の小括

世話制度と異なり、代弁人制度の利用対象は精神的障害者に限定される。ここから、本稿の裁判例において、本人は、原則的に認識能力および判断能力を有していない。このため、オーストリアにおいて補充性原則を認めるための重要な判断基準となるのは、本人が事前に代理権授与を行っていた場合に、当該代理権授与時に本人が認識能力を有していたかどうかである。認識能力を有しないと判断されれば、補充性原則は適用されず、代弁人の任命が必要となる(判例⑬、⑭、⑮)。一方で、この場合の本人の「認識能力」とは何かが判例によって検討されてきた。2006年の改正以前は、代理人を監督する能力および代理権を撤回する能力と解されていた。改正後は補充性原則が強化されたことを受け、本人が代理権授与時点で行為能力を有していれば代理人を監督できず、また代理権を撤回できなくても代弁人を任命すべきではないと解され(判例⑯)、さらに、本人が代理の本質を理解し、代理人の適性を事務と関連させて判断できれば認識能力ありと解されてきた(判例⑰)。つまり、判例は本人の認識能力を緩やかに解釈し、補充性原則の適用の範囲を拡大してきたといえる。この他の判例では、本人が援助を受けて自立した生活ができており、処理すべき事

務が不明である場合には、代弁人の任命は不要と解されている（判例⑰、⑱、⑳、㉑）。

第3節 補充性原則の適用を促進させる制度

1 2006年改正法の「クリアリング」が及ぼした効果

(1) クリアリングとは

オーストリアには、補充性原則の適用を促進する制度「クリアリング」が存在する。2006年代弁人法改正法は、代弁人制度における補充性を強化するために、代弁人協会に「クリアリング」という新たな任務を与えた（「協会代弁人、患者代弁人、居住者代弁人に関する法律（2007年7月1日施行、以下、協会代弁人法とする）」4条）。クリアリングの任務は、代弁人制度の利用制限および身近な者が代弁人として任命された場合の援助を目的として、代弁人制度利用の提案者に対して、代弁人制度が本当に必要かを調査することである。この調査は、具体的にいえば、代弁人制度に代わる代替制度の説明、処理されるべき事務の確定、代替制度利用の可否、代弁人候補者の列挙およびその者への助言である。クリアリング制度が開始されてから、約10年弱が経過した。そして、クリアリングは代弁人制度の利用を抑制することを目的とするのであるから、障害者権利条約に適合する成年者保護を実現する一端を担う。そこで、司法省の委託により、法社会学および犯罪社会学研究所は、クリアリングの成果に関する調査を実施し、2013年に結果を公表した。

(2) 調査結果

調査結果によれば、代弁人法改正法施行後の代弁人の任命件数は、2007年から2009年にかけて一時減少したが、2010年から再び緩やかに上昇傾向にある⁶⁰。しかし、代弁人の任命中止に関しては、クリアリングの効果が表れている。法務省のデータおよび裁判官に実施された調査では、改正前の手続きの中止は3件に1件であったが、改正後は継続的に2件に1件となっている⁶¹。クリアリングを実施していない裁判所では依然として3件に1件が中止されているが、実施箇所では1.7件に1件の割合で中止されている⁶²。クリアリングにおいて、代弁人制度の回避は10件のうち4件以上で提案され⁶³、そのうちの5割以上が代弁人制度の代替制度の存在を理由としていた⁶⁴。代替制度として最も多く提

案されていたのが、近親者による代理権であり、続いてその他、非公式な解決方法、他の施設による援助、最後に老齢配慮代理権の作成と続いている⁶⁵。ここから、クリアリングは、補充性原則の適用を強化し代弁人制度の利用を回避することに、十分な影響を与えているといえる。

一方で、身近な者を代弁人に任命することに関しては、クリアリングはそれほど寄与していない。むしろ、クリアリングが実施されればされるほど、親族が新規代弁人として任命される割合が低下している⁶⁶。しかし、これは親族代弁人の不足を示しているわけではなく、クリアリングにより、代弁人制度以外の代替策が提示されることにより、親族代弁人の任命が減少していると考えられている⁶⁷。代弁人の任命のために、専門職代弁人がますます必要とされているといえるが、代弁人協会は財源に限りがあるため、弁護士および公証人が必要となる。また、親族はクリアリングの枠組みで助言を受ける割合が高いことから⁶⁸、私人による任命申請は減少傾向にあり、施設（銀行、病院など）からの任命件数が増加し、いまや過半数を占めている。施設はクリアリングによる助言を受けることがほとんどなく、また施設側の責任を考慮して任命申請を行っていると考えられることから、施設職員に対する情報提供の促進が必要であると考えられている。

クリアリングは、代弁人の任命段階において影響力を及ぼしているが、一度代弁人制度の利用が開始されると、その利用期間に影響を及ぼすことはない。また、すべての事務に代弁人を任命する割合は2011年の時点で全体の役58%であり、任務範囲の制限についてもクリアリングは有効に機能していないといわれている。クリアリング報告書が部分的な事務を示しても、裁判官がすべての事務について代弁人を任命することもあり、任務範囲の設定においては、クリアリング報告書と裁判官の見解の差異が顕著に現れている。しかし、任命手続の続行に関しては85%においてクリアリング報告書の結果が実行されていることから、裁判官もクリアリング自体は肯定していると考えられる。むしろ、問題は、クリアリングが等しく全国で実施されているわけではなく、地域による差が生じている点にあるとされている⁶⁹。

2 モデル・プロジェクト「自己決定のための援助」

障害者権利条約12条は、締約国に対し本人が法的能力を行使するために必要な措置をとることを義務づけている。これを踏まえて、オーストリア政府は、司法省にモデル・プロジェクト「援助された自己決定」の実施を義務付ける国の計画を発表した⁷⁰⁾。そして、2012年秋以降、司法省は、「援助された自己決定」に関する広範な検討を開始した。実際に、国内外において、「援助された自己決定」に関する多岐にわたる援助方法が存在していた⁷¹⁾。国内においては、障害者も参加する会議を複数回開催するうちに、司法省は、すでに多くの地域において地域的な援助は存在していることを把握できたが、正確な場所、範囲および方法をすべて突き止めるのは困難であった。そこで、「援助された自己決定」という統一的な構造を生み出すことが考案された。このためには州からの資金援助が必要であった。州は司法省の「援助された自己決定」という考えに賛同していたが、財政的な援助は想定していなかった。

この時点で、代弁人協会「VertretungsNetz」⁷²⁾は、「クリアリング・プラス—自己決定のための援助」というコンセプトを打ち出していた。これは、従来のクリアリングを拡張して本人に長期間付き添い、財産および環境を活用しながら存在する援助可能性を見つけるという方法である。「クリアリング」という既存の制度を活用できること、および引き続き円滑に代弁人の任命手続きを開始できることが長所とされ、クリアリング・プラスをモデル・プロジェクトとして導入することが進められた⁷³⁾。2013年夏には、「VertretungsNetz」以外の代弁人協会もプロジェクトへの関心を示し始めた。2013年10月から、代弁人協会は5か月間にわたり地域で行われている援助方法を調査し、参加した裁判所および代弁人協会からの意見に基づき、実施方法を確定していった。裁判所は、プロジェクトに参加できるかどうかを自ら判断できたが、多くの裁判所は資源が限られているとして、参加を見送った。最終的に18の裁判所が参加し、2014年3月1日に、モデル・プロジェクトの第1段階が開始された。

モデル・プロジェクト「自己決定のための援助」の枠組みにおいては、これまで通り、通常のカリアリングが実施される。ここで、適切な援助により代弁人制度の利用は必要ないと判断されれば、職員は本人と対話しながら必要な援助を受ける準備が本人

にあるかどうかを探る。場合によっては、従来のクリアリング終了後に、裁判所に対し、現時点では「自己決定のための援助」の枠組みにおいてクリアリングが継続している旨が伝えられる。「自己決定のための援助」は、3か月の期間が設けられる。効果が見込まれる場合には、期間は6か月に延長される。開始時に、担当者は本人との対話において、代弁人制度の提案理由および本人が1人でできることを明らかにし、その後、本人と一緒に、代弁人制度の代替案の実現を検討する。検討において、本人の考え、必要性および希望が調査され、本人を中心とする個人的な解決方法が示される。この方法には、本人のための行動から自己決定のための援助への移行という、援助する側の態度の変化が存在するとされている⁷⁴⁾。クリアリング実施箇所は、本人を援助する環境および信頼できる人物を検討し、候補となった者または施設を手続きに導入する。例えば、隣人が本人を一定程度援助し見守ることができれば隣人を手続きに参加させる。そして、本人が家賃等について自動的な引き落としがなされる「管理されている口座」を有しており、口座に問題が生じた場合に必要となる援助者を姪に委託できる場合には、姪を手続きに参加させるのである。このようなモデル・プロジェクト「自己決定のための援助」は、2015年秋まで実施される予定となっている。

3 クリアリングに関する評価

2006年の代弁人法改正によりクリアリングが導入されたが、代弁人の任命件数の減少は一時的なもので、その後は緩やかではあるが、確実に上昇している。しかし、クリアリングを実施している裁判所においては、任命手続中止の割合が実施していない裁判所と比較すると確実に高いという結果が示しているように、クリアリングが代弁人の任命件数の抑制に効力を及ぼしていないわけではない。むしろ、クリアリングを実施していなかったら、そして他制度を創設していなかったのであれば、代弁人の任命件数はより急激な増加傾向にあったと思われる。クリアリングは、代弁人の任命手続きの中止に最も効果があると示されている。ここから、本人が代弁人の任命が必要ない状態であるにもかかわらず、代弁人の任命申請が行われているという現状がうかがえる。つまり、本人が他者の援助によって自己決定できるにもかかわらず、通常の人よりは低下した本人

の認識能力および判断能力のみを考慮して代弁人の任命が申請されてしまうケースが多いと考えられる。これには、代弁人制度への誤った認識または施設側の責任に対する危惧などが影響している。代弁人制度は確かに本人の認識能力および判断能力が減退した場合に必要なが、時代の変遷に伴い、そこには本人に処理すべき事務が存在し、援助をもってしても本人が自己決定できない場合という要件が加えられてきた。高齢を理由とする認識能力の低下はすべての人に生じる可能性があるが、すべての人が法制度に対する専門的知識を有するわけではないから、利用に際しては代弁人制度の利用に関する的確な助言が必要となる。今回の調査結果からは、クリアリングにより代弁人制度の補充性原則に沿った利用方法が実現可能であることとともに、実現するためには財政的資源および人的資源が絶対的に必要となることが示されている。

第3章 スイスにおける補充性原則の機能

第1節 条文と代替制度

スイスでは、民法施行時（1912年）以来の後見法が改正され、2013年1月1日に新法である成年者保護法が施行された。成年後見制度も同法に包括されている。今回の改正により、スイス民法典389条において、成年後見制度に関する補充性原則が規定された⁷⁵⁾。

【スイス民法典389条】

- 「1 成年者保護官庁は、次の場合に措置を命じる。すなわち、
1. 家族、他の身近な者または私的サービスまたは公的サービスによる援助を必要とする者の援助が十分ではないか、または初めから不十分である場合、
 2. 援助を必要とする者が判断能力を有さず、自らの事前配慮または十分な事前配慮がなされておらず、法定の措置では不十分である場合である。
- 2 すべての官庁的措置は、必要であり、かつ適切でなければならない。」

同条の「官庁的措置」は、成年後見人の任命を意味する。スイスには26の州があるが、その大多数の州で官庁が成年後見人を任命している。もともと、旧法においても、補充性の原則は重要視されており、多くのケースで官庁的措置が回避され、その

結果として自治体の費用が節約されたといわれる⁷⁶⁾。今回の改正により補充性原則は明文化され、スイスにおいても、本人が家族、身近な者または福祉サービスによって十分に援助される場合には、成年後見制度は利用されえないことが明確にされた。ここには、隣人、友人、ボランティア、社会福祉サービスの職員などが含まれる。

同条1項2文における事前配慮として、スイスには、次の5制度が存在する⁷⁷⁾。すなわち、老齢配慮委託（スイス民法典360条以下）、患者配慮処分（同370条以下）、配偶者および登録されたパートナーによる代理権（同374条以下）、医療措置における代理（同377条以下）および居住施設または介護施設における居所の際の保護（同382条）である。老齢配慮委託とは任意後見制度にあたる制度である。患者配慮処分および配偶者および登録されたパートナーによる代理権は、内容に差異があるが、基本的にはオーストリアにおける患者配慮処分および近親者代理権に匹敵する。医療措置における代理権とは、医療同意に関する権限を有する者が法定されており、これは施設における代理人を定める際に準用されている（382条3項）。これらの法制度によって本人の援助が十分に実施されるのであれば、成年後見制度は利用されない。

事前配慮によって成年後見制度の利用が減少しているかどうかについて、ベルン成年者保護官庁責任者パトリック・ファスビント氏に聞き取り調査を行ったところ（実施日2015年2月6日）、ファスビント氏は、次のように述べている。「老齢配慮委託の件数は、増加しています。しかし、私自身は老齢配慮委託を作成しようとは思いません。老齢配慮委託は作成が難しく、コントロールも存在しないため、資産を有しない者にとっては、成年後見制度の方が有効です。成年後見制度は、官庁によって監督されます。資産を多く有しており、財産関係が複雑であれば、老齢配慮委託は有効でしょう。しかし、私は、老齢配慮委託が成年後見制度を必ず回避するとは思いません。新法施行後、成年後見制度の利用が顕著に減少しているといったことはありません。今後、これらの制度によって成年後見制度の利用件数が減少するかどうかは不明です。しかし、特に配偶者および登録されたパートナーの法定代理権のために、成年後見制度の利用が必要なくなるケースが生じる可能性はあります。配偶者および登録された

パートナーの法定代理権は、本人が認知症のケースなどにおいて、非常に重要な役割を果たすと思います。」オーストリアにおける調査結果においても、クリアリングによって代弁人の代替策として最も実施されているのが近親者代理権であり、最も利用されていないのが老齢配慮代理権であった。この点で、ファスビント氏の見解は、オーストリアにおけるクリアリングの調査結果と合致する。

第2節 判例

新法施行後間もないため、補充性原則に関しては、次の最高裁判決のみが見受けられた。

最高裁 2013 年 12 月 10 日判決⁽⁷⁸⁾—判例⁽⁷⁹⁾

【事案の概要】

2003 年 2 月に、スイス民法典旧 394 条に基づき、X に成年後見人が任命された。2013 年 1 月に、成年後見人 C は解任を申し出た。C は、トゥーン児童成年者保護官庁〔以下、成年者保護官庁とする〕に対して、住居共同体 B に成年後見人職を委託する旨を申請した。X は、すでに長期間 B に居住していた。X および B の責任者 A は、成年後見制度の終了を申請した。2013 年 4 月 18 日に、トゥーン成年者保護官庁は、旧 394 条に基づく成年後見制度を廃止し、新法 394 条および 395 条に基づいて、収入管理および財産管理の代理に関する成年後見を命じた。成年者保護官庁は行政に関する事務の処理、官庁、役所、銀行、郵便局、社会保障、その他の施設および私人との取引において必要な代理を行うこと、ならびに財産関係の事務を処理する際の代理と収入・財産の管理を任務範囲とした。C は解任され、E が成年後見人として任命された。これに対して X および A は、ベルン高等裁判所に不服申立てをしたが、棄却された。その後、X はトゥーン成年者保護官庁の決定および原審の判決の取消しおよび成年後見制度利用要件が存在しないことの確認を求め、上告した。

【判旨】破棄自判

「X がとりわけ財産的事務について援助を必要としていることは争いがない。しかし、検討すべきなのは、新法に基づき措置〔成年後見制度〕を命じないでおくことができるかどうかである。なぜなら、本人は自らこのような援助を手配でき、身近な者に委託することができる状態にあるからである。立法者は、スイス民法典 389 条において、すべての官

庁的措置〔成年後見制度〕を補充性原則および比例原則のもとに置いている。補充性原則（スイス民法典 389 条 1 項）により、本人の世話が他の方法によっては確保されない場合にのみ、措置が命じられる。必要な援助が他の方法によって、家族、他の身近な者または社会福祉サービスによって実施されるのであれば、成年者保護官庁は措置を命じない（389 条 1 項 1 文）。これに従い、成年者保護官庁が当該援助が不十分であると結論付ければ、官庁による措置が必要かつ適切となる（スイス民法典 389 条 2 項）。この際、成年者保護官庁は、措置を硬直的にはなく柔軟に実施しなければならない。このような重点のもとで、高等裁判所は、B の責任者 A に、本人の財産的事務の代理に関する適性について、利益相反から疑義を抱いていると思われる。しかし、そのような利益相反は、A が住居共同体 B の不動産を所有する株式会社 G の行政部門の責任者である場合にのみ存在する。制限を伴う成年者保護は、本人の援助という目的が制限のより緩やかな措置によって達成されないことを要求する。この観点から、本人への援助がなぜ必要な援助を 394 条および 395 条に基づく代理のための成年後見によってのみ達成されるのかが明白ではない。このような重大な制限を伴う保護制度の利用必要性は、本人が多額の資産を有しており、他者の援助なしでは著しい危険が生じ、その財産状況が悪化する場合に存在する。このような事情が本件で存在するかどうかは、原審判決から導かれない。現時点で明らかになっている事実からは、本人保護は、トゥーン成年者保護官庁が G 株式会社および住居共同体 B に対し、予定されている費用の増加に関する契約の変更について報告することを義務付ける場合には、十分に満たされると考えられる。より制限の少ない措置は、スイス民法典 392 条 1 項⁽⁷⁹⁾が規定している。任務範囲を理由に成年後見が過度であることが明確な場合には、成年者保護官庁は、法律行為に対する同意のみを与えるという対応が可能である。

行為能力を有する者は、他の自然人または法人に、判断無能力になった場合に身上監護、財産管理または法的取引における代理を委託することができる（スイス民法典 360 条 1 項）。この可能性が、前述した補充性原則に資する。官庁的措置は、本人が判断無能力の状態において、十分な事前配慮が存在せず、かつ法定措置（389 条 1 項 2 文）が不十分で

ある場合にのみ命じることが許される。現時点で行為能力を有する本人がAを老齢配慮委託権者として任命できるのであれば、その援助をまだ判断能力を有する者として要求することも可能なはずである。同様のことが、B側の援助についてもいえる。」

本件において、補充性原則の適用が認められたが、これは、本人が援助を身近な者に委託可能な状態にあることを前提としている。このため、本人はAを代理人として老齢配慮代理委託の利用が可能であり、またAおよびBの援助を受けられることから、成年後見制度の利用は必要ではない旨が示された。原審では、Aが本人の入居施設の責任者であることから濫用の危険が問題視されたが、最高裁は、GとBに成年者保護官庁への報告を義務付けることで濫用は回避されるとの見解を示した。また、より制限の緩やかな官庁による同意（スイス民法典392条）の可能性も指摘していることから、最高裁は、改正によって創設された制度を最大限利用して本人の能力制限を伴わない保護を実施しようとしているといえる。

第3節 小括

スイスにおいて新法が施行されたのは2013年1月1日であるが、そこには、オーストリアを上回る成年後見制度の代替制度が創設されている。また、成年後見制度内部においても、本人の能力制限を伴わない保護方法が何段階かにわたり規定されている。判例^②で指摘されたスイス民法典392条もその一部である。つまり、スイスにおいては、本人の能力を過剰に制限せずに必要性に合わせた措置が取られるように、法制度が十分に整備されている。制度自体は複雑化しているが、このために補充性原則の実現のための準備が十分になされ、かつ実行されているといえる。

おわりに

本稿の課題は、①補充性原則立法化の背景、②補充性原則が適用される場面、③成年後見制度が必要となる場面の解明であった。まず、①に関しては、国の人的資源または財政的資源の不足が補充原則の立法化理由となっていた。3か国とも、近年の法改正によって本人の能力制限をより軽減する法制度を創設していることから、補充性原則の立法化も本人の能力制限の回避を考慮したものと考えられる。

もっとも、能力制限の回避のみではなく、第三者後見の必要性が増加し、官庁・裁判所の業務および国家財政を圧迫したことも補充性原則強化の一因であった。

判例からは、3か国ともに、判例において補充性原則が一定程度積極的に適用されているといえる。

②補充性原則の適用に必要なことは、原則的に、法定代理が必要ないこと（援助が事実行為の範囲で足りること）および本人が事務との関係で決定能力・判断能力を有していることといえる。判例においては、比較的、財産管理以外に関する事務に対して、「他の援助」が認められ、成年後見人の任命が回避されていた。

詳細な点では、国ごとに差異が見受けられた。ドイツにおいては、オーストリアおよびスイスと異なり近親者による法定代理権制度が存在しないことから、法定代理が必要であれば必ず世話人の任命が必要となる。また、身体障害による申請も可能であり、このような場合は補充性原則の適用が肯定されるケースが多い。一方で、オーストリアにおいては、代弁人制度は精神的障害者のみを利用対象とすることから、本人が事前に代理権を授与した際の認識能力の有無が補充性原則の適用の有無を左右していた。判例は、認識能力を緩やかに解釈し、補充性原則の適用範囲を拡大する方向性を示している。スイスにおいても、改正によって創設された代替可能性の利用により、補充性原則の適用が示された。また、スイスおよびオーストリアにおいては、成年後見制度以外の他の保護制度が近年創設されており、近親者代理権の有効性が指摘されている。③の成年後見制度の適用場面は、法定代理権が必要な場合である。本人が事前配慮をした際に認識能力を有しない場合にも、成年後見制度が必要となる。

補充性原則は強化されてはいるが、法定代理が必要な場合には、他の援助が認められることはない。これを前提として、補充性原則が適用されるべき場面は、本人が事務に関して自己決定能力があるにもかかわらず、成年後見制度の申請がなされるケースである。ここで必要なことは、個々のケースにおいて処理が必要となる事務およびそれに関する本人の能力を個別具体的に確定することである。このフィルターを経て必要とされる成年後見制度は障害者権利条約に抵触しないと考えられる。つまり、補充性原則は、本人に対して必要以上に能力制限を実施し

ない個別具体的な保護を実現するのに資するとともに、社会の法化にも適合する原則といえる。

注

- (1) 池原毅和「法的能力」松井亮輔＝川島聡『概説障害者権利条約』（法律文化社、2010年）183頁以下、沖倉智美「『障害者の権利に関する条約』と日本の成年後見制度—12条から『支援月意思決定』を考える」新井誠＝赤沼康弘＝大貫正男（編）『成年後見制度の展望』（日本評論社、2011年）225頁以下、菅富美枝「障害（者）法学の観点から見た成年後見制度」大原社会問題研究所雑誌641号（2012年）59頁以下、上山泰「現行成年後見制度と障がいのある人の権利に関する条約12条の整合性」法政大学大原社会問題研究所＝菅富美枝（編著）（法政大学出版局、2013年）107頁。
- (2) 最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況—平成26年1月～12月—」http://www.courts.go.jp/vcms_lf/20150522-1.pdf。
- (3) 加藤雅信「成年後見制度改正要綱試案と今後の方向性」ジュリスト1138号（1998年）68頁、池原毅和「法的能力」松井亮輔＝川島聡『概説障害者権利条約』（法律文化社、2010年）192頁。
- (4) 田山輝明「成年後見制度の変遷とその改正提案」実践成年後見50号（2014年）53頁以下、新井誠「補助類型一元化への途」同62頁以下。
- (5) Damrau/Zimmerman, *Betreuungsrecht* (2011, 4. Aufl.), §1896 Rn 96ff.
- (6) Jurgeleit (Hrsg.), *Betreuungsrecht* (2013, 3. Aufl.), §1896 Rn 112. Damrau/Zimmerman, a.a.O. 5, §1896 Rn 99.
- (7) ドイツ民法典1902条「世話人は、その任務範囲において、裁判内および裁判外で被世話人を代理する。」
- (8) Pardey, *Vollzugsdefizite oder Fortschreibungsbedarf im Betreuungsrecht*, Rpfleger (1995), S. 393f.
- (9) Damrau/Zimmerman, a.a.O.5, §1896 Rn 99.
- (10) BT-Druks 11/4528, S. 122.
- (11) BT-Druks 11/4528, S. 122.
- (12) BT-Druks 11/4528, S. 122.
- (13) 連邦憲法裁判所2001年8月1日判決（FuR 2002, S. 241f）。事案の概要は次のとおりである。W州官庁世話課が本人のダウン症を関知し、すべての事務についての世話人の任命を申請した。区裁判所は、措置入院を伴う居所決定、医師による治療の実施、財産管理、通信手段の決定ならびに郵便物の受領、開封および保管という任務範囲について、両親を世話人に任命した。
- (14) 家事事件および非訟事件事務における手続法26条「裁判所は、職権により、決定に重大な事実の確定のために調査を実施しなければならない。」
- (15) Damrau/Zimmerman, a.a.O.5, §1896 Rn 116.
- (16) Damrau/Zimmerman, a.a.O.5, §1896 Rn 117.
- (17) FamRZ 1999, S. 891.
- (18) 本稿においては、訳注を〔〕で示す。
- (19) FGPrax 2009, S. 111f.
- (20) FamRZ 1993, S. 850.
- (21) FamRZ 1998, S. 452.
- (22) FamRZ 2011, S. 293ff.
- (23) ドイツ民法典1901条1項「世話は、本人の事務を以下の規定により法的に処理する必要があるすべての活動を包括する。」
- (24) Bienwald, FamRZ 2011, S. 295.
- (25) FamRZ 1996, S. 249f.
- (26) Rpfleger 2001, S. 234.
- (27) BtPrax 2006, S. 30.
- (28) FamRZ 2007, S. 2007.
- (29) BtPrax 1993, S. 209f.
- (30) FamRZ 2007, S. 1842f.
- (31) Pilgram, *Das neue Sachwalterrecht aus der Sicht der Sozialwissenschaft*, in: BMJ (Hrsg.), *Recht und Würde im Alter* (2006), S. 201.
- (32) ErlRV 1420 BlgNR 1 GP.
- (33) Barth/Ganner, Barth/Ganner (Hrsg.), *Handbuch des Sachwalterschafts*, (2010, 2. Aufl.) S. 50.
- (34) 近親者代理権は、本人の認識能力および判断能力が不十分になると、一定の範囲の事務について一定の範囲の親族に法律によって自動的に生じる代理権である。事務の範囲は比較的狭いことから、284条bに列挙されていない事務処理に際しては、代弁人の任命が必要となる。この点に関する判例として、行政裁判所2011年5月13日判決（iFamZ 2012m S. 130）がある。ここでは、本人の娘が本人の財産管理権を有するかどうかについて次のように述べられて否定された。「裁判所は、本人の生活状況を検討し、本人の事務が近親者代理権によって十分に処理されるか、このために代弁人制度が不要か、または代弁人手続きを開始すべきかを確定しなければならない。本人が不利益なしに事務処理ができず、訴訟能力を有しないと結論づけたとしても、官庁は、一般民法典284条b第1項に基づき、本人の娘の代理権から考慮しなければならない。娘の代理権は社会扶助の『申請』に制限されているから、娘の代理権は認められない。近親者代理権は、確かに申請およびそれに関する任務を包括するが、財産管理はこれに含まれない。このため、官庁は、本人が財産管理のために代弁人を必要としていることを看過している。」近親者代理権の範囲を超えれば、代弁人の任命が必要となることが判示されている。
- (35) 連邦介護金法25条2項「1項に基づく申請権を有するのは、申請者本人、法定代理人、この事務処理を委託された代弁人である。さらに、代理権の存在および範囲に疑念が存在しなければ、介護金の認定または増額に関する申請は、家族または同居の親族によっても、権限の証明なしに行われることができる。」
- (36) BGBI I 2004/11.
- (37) ホーム滞在法8条2項「さらに、自由制限が行われるか、または予定されている場合にはすぐに、居住者代理人の推薦について、施設の立地条件により、場所的に管轄を有する協会（協会代弁人法1条）は、法律に基づき居住者の代理人となる。当該代理権によって、居住者の行為能力および他の代理人の代理権は影響を受けない。」
- (38) BGBI I 1990/155.
- (39) 措置入院法14条
「(1) 協会は、要請なくして収容された患者の入院に関して、法律に基づき、連邦法に定められている裁判手続き、およびとりわけ33条から39条に定められている権利行使のために、患者の代理人となる。これによって、患者の行為能力およびこの他の代理人の代理権は制限を受け

ない。

(2) 科の責任者は、患者が、だれが患者代弁人 (Patientenanwalt) に関する情報を得ようにかつ患者が患者代弁人と対話できるように配慮しなければならない。情報は、患者の要請により、患者の親族にも提供される。

(3) 要請により収容された者に対しても、その要求により、患者代弁人と対話する可能性が与えられる。患者代弁人が収容要請の有効性に疑義を抱く場合には、患者代弁人は、科の責任者にこれを伝えなければならない。患者の同意とともに、患者代弁人は 33 条から 39 条に定められている権利行使の際に、協会の名前で患者を代理する。1 項 2 文を準用する。」

- (40) それぞれの制度の詳細に関しては、拙著『オーストリアの成年後見法制』(成文堂、2015 年)を参照されたい。
- (41) ErlRV 1420 BlgNR 10 GP.
- (42) BGBl I 2006/55.
- (43) これ以外にも、考えられる代替制度として、消費者保護法 27 条 e 第 1 項の信頼する者が挙げられる (ErlRV 1420 BlgNR 11 GP.)。同条によれば、ホーム居住者はホーム責任者に常に信頼する者を推薦する権利を有する。ホーム責任者は、民法上の性質を有する重要な事務について信頼する者に相談する義務を有する。しかし、ここでも、推薦するだけでは代理権は授与されないため、本人は必要な場合にはこの者に代理権を授与しなければならない。
- (44) Barth/Ganner, in: Barth/Ganner (Hrsg.), a.a.O.33, S. 53.
- (45) 1 Ob 146/08i.
- (46) 3 Ob 154/08f.
- (47) 6 Ob 147/14g.
- (48) 考慮すべき患者配慮処分とは、拘束力を有する患者配慮処分の要件を満たさないものである (患者配慮処分法 8 条)。拘束力はないが、本人意思の推定手段として用いられる。
- (49) 1 Ob 264/11x.
- (50) FamRZ 2007, S. 20.
- (51) Parapatits, iFamZ 2007, S. 21.
- (52) 3 Ob 286/08t.
- (53) クリアリングについては、本稿第 2 章第 3 節を参照されたい。
- (54) 3 Ob 209/10x.
- (55) 3 Ob 208/06v.
- (56) 3 Ob 107/08v.
- (57) Parapatits, iFamZ 2008, S. 327.
- (58) 3 Ob 146/10g.
- (59) 本件については、老齢配慮代理権に関する正確な定義が用いられておらず、なぜ老齢配慮代理権の有効性が否定されたのかが不明確であるという判例評釈が存在する (Schauer, iFamZ 2009, S. 159)。
- (60) Fuchs/Hammershick, Sachwalterschaft, Clearing und Alternativen zur Sachwalterschaft (2013), S. 10f. <http://www.irks.at/>.
- (61) Fuchs/Hammershick, a.a.O.60, S. 14.
- (62) Fuchs/Hammershick, a.a.O.60, S. 29.
- (63) Fuchs/Hammershick, a.a.O.60, S. 45.
- (64) Fuchs/Hammershick, a.a.O.60, S. 50.
- (65) Fuchs/Hammershick, a.a.O.60, S. 51.
- (66) Fuchs/Hammershick, a.a.O.60, S. 19.
- (67) Fuchs/Hammerschick, Sachwalterschaft und Clearing,

iFamZ 2014, S. 72.

- (68) 実際に、助言を受ける者の中で親族の占める割合は 8 割弱である (Fuchs/Hammershick, a.a.O. 60, S. 45)。
- (69) Fuchs/Hammerschick, a.a.O. 67, S. 72.
- (70) http://www.sozialministerium.at/site/Soziales/Menschen_mit_Behinderungen/
- (71) 国外で実施されている援助方法に関する研究成果は、特に、カナダ、スウェーデンおよびニュージーランドに関して発表されている (Mayrhofer, Modelle unterstützter Entscheidungsfindung. Beispiel gutter Praxis aus Kanada und Schweden (2013), <http://www.irks.at/>, Mayrhofer, Begriffbestimmungen und entscheidende Fragen an eine gute Praxis unterstützter Entscheidungsfindung, iFamZ 2014, S. 64f, Ganner, Modelle unterstützter Entscheidungsfindung, iFamZ 2014, S. 67ff.)。
- (72) オーストリアには 4 つの代弁人協会が存在するが、同協会は、その中でもっとも規模の大きな協会である。
- (73) Fritz, Das Modellprojekt “Unterstützung zur Selbstbestimmung“, iFamZ 2014, S. 62.
- (74) Fritz, a.a.O. 73, S. 63.
- (75) Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7042.
- (76) Henkel, in: Reusser (Hrsg.), Basler Kommentar Erwachsenenschutz (2012), Art. 389, Rn 1.
- (77) 詳細は、拙稿「スイス成年後見法における法定代理権の変遷」田山輝明先生古稀記念『民事法学の歴史と未来』(成文堂、2014 年) 579 頁以下を参照されたい。
- (78) 140 III 49.
- (79) スイス民法典 392 条「成年後見制度の開始が任務範囲を理由に明らかに過度であると思われる場合には、成年後見官庁は、1. 自ら必要な対策を講じることができ、つまり法律行為に同意を与えることができ、2. 第三者に個々の事務について委託することができ、3. 適切な人物または箇所を、特定の領域について閲覧または情報が与えられるよう指示できる。」