

オーストリア代弁人制度の成立過程に関する一考察 ——一般民法典（1811/1812年）から代弁人制度成立（1983年）まで——

青 木 仁 美

はじめに

第1章 代弁人制度以前の法制度

第1節 一般民法典制定当時の後見制度

- 一 一般民法典の成立
- 二 障害者に関する法的規制の経緯
- 三 1811年の一般民法典の規定

第2節 行為能力剥奪宣告令の成立とその内容

- 一 行為能力剥奪宣告令の成立過程
- 二 行為能力剥奪宣告令の成立後
- 三 行為能力剥奪宣告令の内容
- 四 行為能力剥奪宣告令に対する批判

第2章 代弁人制度の成立

第1節 代弁人制度設立前の過程

- 一 草案成立までの過程
- 二 強制措置から権利擁護 Rechtsfürsorge へ
- 三 行為能力剥奪宣告令から代弁人制度へ
- 四 代弁人協会に関するモデルプロジェクト
- 五 代弁人の職業的役割
- 六 改正に必要とされた費用

第2節 代弁人制度の法的內容

おわりに

はじめに

オーストリアは、現在人口約830万であり、宗教は、ローマカトリックが約600万人強、プロテスタントが約37万人、その他の宗教が約38万人、その他・不明が約94万人となっている。65歳以上の人口が全人口に占める割合は、約20パーセント強といわれ、オーストリアでも高齢化が進んでいる。

日本の成年後見制度に該当する制度は、代弁人制度である。代弁人の原語は Sachwalter である。1999年の日本の成年後見制度の改正の際にも参考にされた、この代弁人制度は1983年に改正され、1984年に施行された。代弁人制度では、3類型が採用されている。すなわち、代弁人は①個別的な事務、②一定の範囲の事務、③本人の全事務の内のいずれかの処理を委託される。2009年1月1日の時点で、①の個別的な事務の処理が5パーセント、②一定の範囲の事務の処理が44パーセント、③本人の全事務の処理が55パーセント⁽¹⁾になっている。以前は③の割合が比較的高かったが、徐々に減少傾向にある。

代弁人制度成立後、約20年以上が経過した2006年に、代弁人法はその施行から初めて抜本的な改正が行われた。2007年7月1日に施行された代弁人法改正法では、代弁人制度の利用を最終手段とするために、「近親者の代理権限」、「老齢配慮代理権」という代弁人制度に代わる選択肢となる新たな制度が、民法典に創設された⁽²⁾。

また、オーストリアでは1984年の代弁人法施行に伴い、代弁人制度に関して専門的な活動を行う代弁人協会が設立された。この協会は民間のものであるが、法務省からの資金援助を得ており、代弁人の不足を補うために専門的な代弁人を育成することが目標とされた。1983年の改正以降、代弁人協会はその活動を徐々に拡大し、現在では4つの代弁人協会がオーストリア全域に支部を有し、活動を行っている。2006年の改正は、この代弁人協会の活動内容にも影響を与えた。この改正に伴い、代弁人協会は「クリアリング Clear-

ing」という課題を担うようになったのである。⁽³⁾この「クリアリング」という制度は、協会代弁人が提案者に対して、本人にとって本当に代弁人制度の利用が最善の方法なのか、他により適した選択肢はないのかを共に考え、助言し、最善の方法を見つけるというものである。また、前もって助言することによって、代弁人が必要となるケースにおいても、協会代弁人はこの時点で代弁人となるべき近親者を確定することができる。このようにして対話の結果と集められた情報は、協会代弁人によってクリアリング報告書にまとめられ、裁判官に渡る。問題の所在に関する説明の他に、今後の経過に対する提案も提出される。例えば、手続を開始しないことや手続の中止、手続のための適切な代弁人の言及もしくは緊急を要する事務の際の代弁人または協会代弁人の推薦などである。

この「クリアリング」制度は、現在全ての裁判所で行われているわけではない。しかし、この調書は裁判官の判断を助け、有効に機能しているといわれる。

なぜこのように、代弁人法改正法によって代弁人制度利用の回避がその改正目的とされたのか。それは、代弁人制度利用者数が制度創設後、増加し続けたからである。1985年に約2万人だった利用者数は、2009年には約5万人になり、2020年には約8万人になるといわれている。日本の人口が約1億2000万人であり、成年後見制度利用者数が約5万人であることに鑑みると、オーストリアの代弁人制度利用率が高いことは明白である。もともと、代弁人制度は、前制度である行為能力剥奪宣告令の利用を半減させることを目的としていたが、この予想に反して利用者は著しく増加した。この増加は、裁判所の負担と代弁人制度のための国家資金の増加をもたらした。この負担を僅かでも解消することが、改正の目標として掲げられ、前述のような制度が新設されたのである。

代弁人の任命を最終手段と考えることは、高齢者の増加が引き続き見込まれている、今後の日本の成年後見制度利用にも参考になるのではないかと思

われる。そこで、2006年の代弁人法改正法について考察する必要が生じるが、その前に、オーストリアが以前はどのような制度を有していたのか、どのような経過を経て代弁人制度が創設されたのかを考察することが、現在の発展を考える上での基盤になると考えた。そもそも、「代弁人 Sachwalter」という言葉は、1984年に新しく作られたものではなく、オーストリア一般民法典が施行された1811年の初版の民法典において既に使われていた。その後、1916年に行為能力剥奪宣告令が公布され、これは1984年に代弁人制度が施行されるまで続くことになる。

さらに、オーストリアでは既に20年以上、代弁人協会が、専業・ボランティア代弁人の育成、代弁人制度についての助言についての活動を行っている。代弁人協会は、1984年の代弁人制度施行に伴い新たに設立され、現代に至るまで徐々に活動をオーストリア全域に広げていった。代弁人協会の成立の過程は、代弁人制度の発展過程と密接に関係している。適切な成年後見人の不足が危惧されている日本の状況にとって、代弁人協会が1984年の代弁人施行に伴い、制度設立前にどのような経緯で設立されたのかを考察することも重要と考えられる。

そこで、本稿において、1811年の一般民法典から1984年の代弁人法施行まで、精神的障害を有する者に対してオーストリアがどのような法的制度を有し、どのような過程を経て、代弁人制度へと発展していったのか、1811年の一般民法典において「代弁人」という語はもともとどのような意味を有していたのかを考察することを目的としたいと考える。なお、今回連載という形はとらないが、本稿の続編として2006年代弁人法改正法についての論文を近く予定しているので、こちらも参考にされたい。

第1章 代弁人制度以前の法制度

第1節 一般民法典制定当時の後見制度

オーストリアの民法典は Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch であり、省略して ABGB と表記される。以下、本稿では「一般民法典」と表記する。

一般民法典の成立は1811年である。1811年の一般民法典の原文言において、すでに（知的障害者のための）後見人の任命に関する規定が、第273条に含まれていた。⁽⁴⁾

一 一般民法典の成立

1 成立過程

オーストリアでは、すでにマクシミリアン一世（在位1493年から1519年）が包括的な法典編纂を計画していたが、そのような計画に対する国家法のおよび精神的基盤が整ったのは、ようやく18世紀になってからであった。一般民法典によって終わりを迎えた法典編纂に対する努力の発端として、コデックス・アウストリアクス Codex Austriacus（1704—1777）の創設、これまでに発せられた皇帝の委託、決議および布告、ならびに1709年のヨーゼフ一世による編集会議の設置が挙げられる。1753年には、マリア・テレジアが2つの編集会議を招集した。この会議の課題は、オーストリア諸国およびボヘミアのために、統一された刑法、刑事手続法および民法の規定を準備することであった。その目標は、普通法の顧慮のもと、自然法の視点から、存在している諸国の法 Landesrecht を論究することであった。アッツォーニ Azzoni とホルガー Holger が所属していたこの会議の草案は、修正会議で審査され、この会議の考えに基づいて修正された。結果として、最終的に1766年に、コデックス・テレジヤヌス Codex Theresianus が提出された。もっとも、これはその教科書的な性格により、法典としての適性を有していなかつ

た。マリア・テレジアは改訂を命じ、その際ホルテン Horten に指揮管轄を与えられた。いわゆるホルテン草案は、不完全なままであったが、しかし、そこから人法 Personenrecht が承認され、1786年1月11日にヨーゼフ法典⁽⁵⁾ josephinisches Gesetzbuch として施行された。

1790年にレオポルト2世は法律事項に関する宮廷会議を招集し、その議長をカール・マルティニ・フライヘル・フォン・ヴァッサールブルク Karl Martini Freiherr von Wasserburg が務めた。1797年に、草案の草案とも称される、いわゆるマルティニ草案が、西ガリチアおよび後に東ガリチアに試験的に導入された。このため、この草案はまた西ガリチア(東ガリチア)法典とも表記される。とりわけ、ハーン Haan およびローテンハーン Rothenhahn が所属していた、新たに設置された会議では、西ガリチア法典が改訂され、そして一般民法典に対する最終的な形が作り上げられた。作業の中心となったのは、自然法的な思想の所産に強く影響を受けたフランツ・フォン・ツァイラー Franz von Zeiller であった。すでに1806年には完成されていた草案は、1811年6月1日の皇帝の特許権により、一般民法典として全てのオーストリアの領域に公布され、1812年1月1日に施行された。⁽⁶⁾

一般民法典の主題は、体系的に閉じられた私法の叙述であった。これは、それまで支配的であった法の分立と法源の多様化を除去しようとするものであった。一般民法典は、人法と財産法から成り立っていた。一般民法典の起草者はその際、絶対主義から自然法および早期自由主義の思想の産物を防護することに成功した。「公平の一般的原則」と「住民の特別な状況」がこの法律を決定付けており、そこでは、自国法の大部分に手加えられた。さらに強調すべきなのは、形式的な平等に関する公言であったが、しかしここでは存在する社会的および政治的な秩序に対する異議は認識されなかった。一般民法典は、経済的な秩序についても独自に形成し、理性ある、中世の拘束から解放された市民に、その経済力を国家の福祉のために解き放つために、適用しようとした。しかし、一般民法典における父長制的な家族法の型

の保持が証明しているように、理性法的な平等の要求に対して、広範な規範的な叙述は認められなかった。⁽⁷⁾

ツァイラーによって示された民法典の法定編纂の主題は、個人の自由を法制度の原則にまで高めることであった。それはもちろん、国家によって付与された自由の範囲において実現された。これは、フランス革命の印象の下でますます制限された。法典編纂の方法は、確かに自由を謳う私法を作り上げることだったが、それは身分に関する社会秩序に触れさせないという価値観に基づいたものであった。このことについて、編纂される法の原則に合致しないものは公法と見なされ、一般民法典から排除された。該当する例として、雇用人雇用契約 *Gesindedienstvertrag* が挙げられる。「雇用主と被雇用者 *Dienstgesinde* の間の権利と義務は、特別にこのことに関して存在する規定に含まれる」とされた（一般民法典1172条、1811年）。

したがって、一般民法典は、その範囲内において効力を発揮し、そこでは特別法（特権、貴族の土地法および相続法など）は存在しなかった。⁽⁸⁾

2 適用された地域

一般民法典は、オーストリア帝国の半分の地域に適用された。ハンガリー王国は、この民法典を一時的に押し付けられた（1849年から1867年）。ボスニアおよびヘルツェゴビナでは、裁判の慣習について受け継がれた。一般民法典は、フランス民法典 *Code Civil* ほどではなかったが、国境を越えて強い影響力を有していた。1816年のルーマニアのコーデックス・カリマクス *Codex Calimachus*、1844年のセルビア法典および1856年のギリシャ法典の一部は、一般民法典に基づいていた。スイスでは、一般民法典はベルン法グループ *Berner Rechtsgruppe* の基礎をなしていた。リヒテンシュタインは1812年に一般民法典を継受したが、その後の小改正については参加しなかった。⁽⁹⁾

3 「一般民法典」という表現について

一般民法典が「一般」という表現が用いられたのは、これまで慣例であっ

たような特権階級のためではなく、全ての人のための法を作り出そうとしたからである。法の下での平等がその目標であった。

「民」法と名づけられたのは、第三階級（貴族および聖職者以外）の台頭のおかげであり、貴族および聖職者の特権については、民法はもはや定めようとはしなかった。この際、フランス革命は民事法文化のきっかけおよび促進力となった。

一方で、自らの手で働き、ほとんど所有権を有しないという労働者階級（第四階級）の必要性を、一般民法典は考慮に入れていなかった。数十年後に爆発力を持つことになるこの問題は、一般民法典の準備段階の時点ではまだそれほど大きなものではなかった。産業革命によって引き起こされたこの社会問題は、一般民法典の起草者にとって予測しうるものではなかった。⁽¹⁰⁾

二 障害者に関する法的規制の経緯

1 近代以前

精神病患者は、奇人や狂人など見なされており、これに対して宗教上の行為により、後には悪魔祓いで身を守ることがなされてきた。キリスト教の影響の下でようやく、監護 Fürsorge という考えが認められるようになった。精神病の存在からの法的効果については、基本的に家族に任せられていた。その決断は、もちろん裁判所での告知によって（後見人の指名）、公にされなければならなかった。

精神的障害（身体的な障害も）は法的な行為能力 Handlungsfähigkeit の制限、時には権利能力 Rechtsfähigkeit の制限の対象にもなりえた。中世の終わりから、特に都市において、行為能力の形式的な剥奪に関する規定、およびこれと結び付けられる精神病患者および浪費者に対する後見の命令が存在した（行為能力剥奪宣告 Entmündigung）。この際、大家族の機能が国家が携わる団体に移行し、監護という考え方が注目を浴びようになるにつれて、国家による関与が強まっていった。役人は、関係者を聴取し、後見人を

任命した。そして親族の協力権限は、ますますただの申請権および聴取権に制限されていった。これに加えて、何らかの障害により自ら自己の事務を処理できない者の法的関係が、職権により整理されて⁽¹¹⁾いた。

2 近代以降

近代の始め頃、精神的または身体的障害の法的効果は、広汎に官庁の裁量の下に置かれていた。病人に後見人が必要かどうかは、医師による適切な調査により決定された。その際、病気という概念は非常に広汎に解釈されており、おそらく精神病、精神薄弱、心身障害または身体的な障害と理解されるもの全てがその中に含まれていた。保佐 cura および後見 tutela のローマ法の違いは、確かにオーストリアの裁判の専門用語に受容されたが、意味を持たないままだった。精神病者から処分能力を剥奪し、後見人を任命するために、決まった形式は必要ではなかったが、おそらく裁判所による公の明確な書類が必要であった。病人が再び理性を取り戻した場合、後見は裁判所の形式的な書類なしに廃止された。ヨーゼフ法典は一般的に、心身の障害により自ら事務を処理できない者に、特別代理人 Kurator が任命されることを定めていた。その際、裁判官の裁量に境界は定められていなかった。その命令は、医師の鑑定に基づいている必要すらなかった。同様のことが、すでにコ⁽¹²⁾デックス・テレジアヌスに定められていた。

1811年の一般民法典は、精神障害者への対応について、わずか21条、269条、270条および273条の規定に定めただけだった。かつて、21条において述べられていた「狂乱した者 Rasenden、気の狂った者 Wahnsinnigen および痴愚の者 Blödsinningen」は、自己を保護するために、浪費者は、さらに家族の保護のために特別代理人を得るべきであった。裁判実務および1854年の非訟事件手続法第185条によって、ようやく有用な、1916年の行為能力剥奪宣告まで効力を有した、行為能力剥奪に関する手続が創設された。

「狂人または痴愚である」と想定される者は、その振る舞いを正確に観察され、医師の合意により裁判所でそのように宣言された者に限られた。行為

能力の剥奪により、本人は完全に行為無能力になり、裁判所は後見人を任命した。このような法的基盤において、精神病者はもちろん手続の主体ではなく客体であった。本人は、当事者審問に関する権利も、法的手段に関する権限もなく、裁判所の下した決定について知ることすらなかった。本人が閉鎖的施設に収容されている場合、訪問は認められず、弁護士とコンタクトを取ることもしなかつた。

精神障害者の処遇に関する重点は、依然として後見を課すことと、行為能力の剥奪に置かれていた。このような形式的な手続が行われた場合、本人の収容の場所および様態は、もはや重要な意味をなさなかつた。20世紀が近づくにつれて、自由主義思想により、ようやく精神障害者のための自由保障を法的に確定することが急がれた。⁽¹³⁾

3 身体的障害を有する者について

古い法律においては、戦闘能力を有する男性のみが完全な権利を享受できたので、身体的障害を有する者は、中世の終わり頃まで、完全にまたは部分的に行為無能力であると見なされていた。中世の終わりにこのような制限は消滅したが、身体的な障害が権利の実現の妨げになる限り、この身体的障害は行為能力剥奪の理由となりえた。1811年の一般民法典は、275条において任意ではあるが、耳の不自由な者に対する後見を定めていた。これは、一般的な障害監護に対する示唆として解釈されていた。任意代理権および全ての精神障害者（例えば意識不明者も）に代弁人を任命するという可能性は、障害監護の適用領域から完全に排除されていた。⁽¹⁴⁾

三 1811年の一般民法典の規定

1 21条

(1) 条文内容

21条は、次のように規定している。

21条：年齢または理性を用いることが欠如しているという特性から生じる

人権「年齢の不足、精神障害またはその他の状況により、自己の事務を自ら適切に処理できない者は、法律の特別な保護の下にある。そこに含まれる者〔は次の通りである〕。7歳の子。14歳の未成年者。その人生の21年間をまだ後にしていない未成年者。それから、理性を用いることを完全に奪われたか、少なくとも自己の行動の結果を理解する能力がない狂乱した者 Rasenden、気の狂った者 Wahnsinnigen および痴愚の者 Blödsinnigen。さらに、裁判官が明らかな消費者としてその財産のさらなる管理を禁止した者。最後に、不在者および市町村 Gemeinde。」

21条に列挙されている、いくらか混合されている社会は、行為無能力者または制限的な行為能力者を包括している。ここに列挙されている者は、自己の事務を自ら処理できない者およびできなくなった者である。行為無能力または制限された行為能力については、21条に限らず、他の規定でも述べられている⁽¹⁵⁾。21条に挙げられている、事務を処理できない能力というのは、推測から生じない、現実的な要件である。21条は、不在者についても言及しており、不在者は本来行為能力を有しているが、単に不在ということによって、事務を適切に処理することが妨げられているとされる。列挙は、単なる例示である。「またはその他の関係により」という、裁判官にさらなる余地があると推測できる表現からも、例示であると分かるとされる。明確に列挙されていないが、行為能力を喪失している疑いがある者として、例えば、飲酒癖のある者、麻薬中毒者などが挙げられるとされる⁽¹⁶⁾。

(2)「狂乱した者」「気の狂った者」「痴愚の者」という名称について

一般民法典16条から20条において、一般的な人格から生じる人的権利 Personen=Rechten が規定されたのに続き、21条においては、特別な人格から生み出される人的権利が規定された。このような特別とされる人格は、まず年齢の不足と理解力を用いることの不足が特徴として挙げられる。このような不足により、権利を保持すること、および権利を自ら行使することが妨げられる。このような者は、強欲の観点から高価な価格をもちかけられるとい

う危険に晒されるとされた。このため、立法者は、他人による援助が必要な者をその特別な法的保護の下に置いた。⁽¹⁷⁾

未成年者の他に、心的病気のために、自己の行動の不利益な法的効果を判断できない者は、国家の特別な保護に値するとされた。そこに含まれるのは、狂乱した者、気の狂った者、痴愚の者および浪費者である。精神状態について判断する公開討論の場において、互いに争っていた医者および心理学者は、「狂乱した」、「気の狂った」、「痴愚」という概念の規定に関して、意見が一致していなかった。また、精神病の主な性質および段階についても述べられなかった。立法が詳細な規定に取り組みなかったとしても、悪く思っ
てはならないとされる。立法にとっては、正常ではない(またそれが一時的ではない)精神状態が原因で、自己の行動の結果が判断できず、このために特別に考慮されなければならない者を、一般的に知られている名称で示すことがさしあたり重要とされたのである。特に裁判所は、ある者が精神的病気に関してどの段階に属しているかということ⁽¹⁸⁾を自ら判断するよりも、他者による鑑定を入手すべきとされた。

ツァイラーのコメンタールによれば、プロイセンの州法 Landrecht に基づき、「狂乱した者」、「気の狂った者」は、理性を用いることを完全に奪われた者とされる。しかし、「痴愚の者」は、少なくとも、自己の行動の結果を理解できない者とされた。「狂乱した者」と「気の狂った者」については、通常、後者は荒々しい態度と結び付けられるという差異がなされるとされた。⁽¹⁹⁾このように、一般民法典制定当時の通説においては、21条は「狂乱した者」「気の狂った者」「痴愚の者」という用語を区別していた。しかしその後、この三つの概念は同じように取り扱われるようになった。これらの者が、その理性を用いることを完全に奪われたか、または少なくとも自己の行動の結果を認識できない程度かどうかという差異も法的な意味を持たなくなった。1916年に施行された行為能力剥奪宣告令は、精神病 Geisteskrankheit と精神薄弱 Geistesschwäche を区別していたが、このような差異もや

はり法的な意味を持たなかった。精神病者および精神薄弱者は、共に完全に同様に扱われたからである。⁽²⁰⁾

（3）浪費者について

一般民法典以前の法学者は、浪費者を「狂乱した者」または「気の狂った者」に匹敵するとしていたが、ツァイラーによれば、「痴愚の者」に匹敵するとされた。なぜなら多くの場合、浪費における軽率さは、その後の後悔が示しているように、ほとんど「痴愚」といってもいいと思われるからであるとされる。浪費が、多くの事情の下で、浪費者だけではなく、他者に対しても非常に影響の残る結果を招き、この点に関して違法な、また国家と必ずしも無関係でない結果を引き起こすことも多かった。このため、そのような状況において、浪費を阻止し、財産の管理を制限し、そしてこのことを公に公表することが公正で効果的であると主張されていた。⁽²¹⁾

精神病は、正常ではない状態であり、これは推測されてはならず、ある者が浪費者であるという事実のように、まずは診察され、証明されなければならないとされた。しかし、精神病や浪費が宣告されたという事実が証明された場合は、その者が再び理性を用いることや、財産の自由な管理を再び取り戻したという新たな事実がもう一度証明されなければならない。精神病の診察およびその宣告がどのようになされるかについては、269条、270条、273条および283条において述べられていた。21条では、単に言及されている者が、特別な法的保護を受けるということだけが規定されているに過ぎなかった。⁽²²⁾

2 「後見人」の定義

1811年一般民法典269条は、特別代理人 Curator の定義を規定している。

269条：特別代理について、特別代理の概念「自己の事務を自ら処理できない者、そして自己の権利を自ら守れない者のために、裁判所は、父権的または後見的な権能になじまない場合には、特別代理人または代弁人を任命しなければならない。」

ここでは、187条と同様に、どのような者のために特別代理人が任命されなければならないか、ということが規定されている。269条は、これ自体は有用な定義規定を含んでいないとされる。特別代理人の定義は、むしろ188条第2文から持ってこられるべきとされたからである。

3 特別代理人が任命されるべき事例(270条)

1811年の一般民法典270条は、一般民法典に従い、特別代理人が任命されなければならない事例を列挙している。270条の規定は、次の通りである。

270条：特別代理の事例「次のような事態が生じる〔場合に特別代理が生じる〕。ある別の行政区域において、不動産を所有する未成年者(225条)、またはある特別な事例において、父または後見人により代理されえない未成年者の場合。気の狂った、または痴愚の状態に陥った成年者の場合。まだ生まれてきていない者の場合。時として耳の不自由な者の場合。不在者および受刑者の場合。」

一般民法典制定時において、国家は、その特別な保護を未成年者だけに制限せず、その家庭的または法的な事務を、全くもしくは特定の状況において自ら処理しえない者、かつ代弁人を選任しておらず、このため、裁判所がその者に特別代理人を付与するよう義務付けるということが生じる者も、その保護の対象とした。このような保護を必要とする成年者は、270条の最後に述べられている。

制定当時、特別代理人 Curator は後見人 Vormund と区別されていた。後見人は、ただ未成年者のために、主にその教育と身上の監督のために任命され、特別代理人は、成年者のみ、その財産および権利に関して任命された。特別代理人は、私的代弁人 Privat = Sachwalter と区別されたとされる。この私的代弁人は、直接所有者が自ら、またはその世話人が選任した者であり、裁判所が任命した者ではないからである。⁽²⁵⁾

未成年者は、通常、本来の特別代理人を必要としない。その父親または後見人が、身上の監督と共に、その財産および権利の世話をしなければならない

いと考えられたからである。父親または後見人が特定の事務を自ら処理できず、これに加えてさらに特別な理由により、独断で代弁人を選任できない場合にのみ、特別代理人が必要とされる⁽²⁶⁾。

列挙されている者に特別代理人を任命しなければならない、という法律命令は273条において述べられていないため、その法律命令は270条からのみ導き出すことができた⁽²⁷⁾。

特別代理人の任命の必要性は、他の規定によっても述べられている。149条、197条、260条、690条および812条である。また、非訟事件手続法においても、特別代理人の必要性が述べられていた。例えば、非訟事件手続法19条による後見人の手続は、代理者の怠惰なことによりなされ、また77条に基づき適切な代理の欠如が原因で行われた⁽²⁸⁾。

4 273条

(1) 条文内容

273条：気の狂った者、痴愚の者、浪費者について「気が狂っている、または痴愚であると見なされるのは、その態度を厳密に観察することにより、そして裁判所によってこれについて指示された医師の同意により、裁判所によってこのように宣告された者だけである。しかし、届けられた通告とこれについて行われた調査により、その者が財産を思慮のない方法で浪費し、そして自らまたはその家族を、軽率にまたは不利な条件のもとで結ばれた消費貸借契約によって、将来的に苦境に陥らせることが明らかにされる場合には、裁判所はその者を浪費者として宣告しなければならない。双方の場合において、裁判所による宣告は、公告されなければならない。」

273条は、270条において列挙されている者についての定義を定め、その法的地位の補完を行っている。273条自体は、そのような者に特別代理人が任命されなければならないという指示を述べていないため、法源として269条も考慮しながら、270条が規定された。人的範囲も、これらの者の代理方法も、後の行為能力剥奪宣告令によって改正された。この1916年の行為能力剥

奪宣告令により、その施行日に273条は効力を失った。⁽²⁹⁾

(2) 後見が必要であると見なされていた者

273条は、制定当時、大衆に分かりやすいように規定されたため、どのような状態が「気が狂っている」または「痴愚である」のかに関する判断については、精神科医に委ねられていた。医師は、当時「Wahnsinn」と「Tollheit」、また「Blödsinn」と「Dummheit」を区別していたとされる。「Wahnsinn」は、感覚と想像力のアンバランスな状態が継続的に続くことであり、そのことで患者は自己の判断を誤り、想像したものを現実と見なす。「Tollheit」は、理性が欲望と行動に対する支配を失い、その決意とは反対にしばしばある行動に走ってしまう状態とされた。両方の状態について、理性を奪われた状態にあると言え、法的行為を理解できないとされた。両者は、とりわけ病気であるという状態については、自己他者ともに気付きにくく、両者ともに生活面または健康面において損傷を受けること、また不利な法律行為に巻き込まれることを防ぐため、厳格な監護が必要と考えられた。⁽³⁰⁾

「Blödsinn」および「Dummheit」は、理性が弱まっている状態の一種と考えられていた。前者は、注意力の確かさの欠如であり、後者は、注意力の拡張の欠如と考えられていた。前者は、謝った判断を行う危険があり、後者は他者の判断や決断を自己のものに見なす傾向があった。精神薄弱と診察される者の多くは、日常の法律行為を問題なく行う。しかし、必要とされる注意力を欠くことにより、新たな、または非常にまれな状況に置かれた場合、その結果を理解して適切な判断を行うことができない。そして、そのような状況は、ほとんど全て日常的な行為以外の法律行為の場合である。このような段階の精神薄弱を、法は「Blödsinn」と名づけた。そして、自己の行為の結果（つまり民法に関する法的効力）を理解できない者を「blödsinnig」と宣告した。また、この様な者に対しては、その自由な財産の管理により、自己だけでなく親族にまで損害をもたらさないように、特別代理人の付与が必要とされた。⁽³¹⁾

全ての精神病は、通常ではない状態なので、推測されてはならず、厳格な診察と確信の後でようやく真実であると見なされなければならない。診察は、非常に慎重に行われなければならないとされた。それはまず第一に、その基準はしばしば疑わしく、信用できないものであり、過度の心配により、または自己本位の目的のために生み出されていたからであり、またもう一方では、診察の結果が、本人にとって必ずしも短くない効力を及ぼすからである。このため、裁判官は自ら、状態を推測できる事実とこれに関する目撃者の証言が真実であるかどうかを調査し、それらと正確な知識を有している者との証言を照らし合わせ、最終結果を予測し、状況に基づいて、直接、慎重に本人の態度と状態について確信することを試みなければならない。まず初めに、専門医による入念な診察が行われなければならない。しかし、この医師の見解も、専門家の証明書と同じく、決定的なものではなく、もし裁判官がこの診察結果に対して満足しない場合には、心的病気が特別代理人の任命を必要としているかどうかは、多くの専門家の意見を得るという裁判官の裁量にかかっていた⁽³²⁾。

一市民の精神的状態に対する法的決定に対して、抗告を行うことが許されているのは当然と考えられていた⁽³³⁾。

5 「代弁人 Sachwalter」という語が用いられた条文

1811年に制定された一般民法典において、「代弁人」という語が用いられたのは、269条、274条、275条、276条および1239条の五つの条文であった。269条は、前述したように、どの様な者に特別代理人を付与すべきかが規定されている。274条は、子孫一般の遺産の管理または胎児の権利維持のために、代弁人が置かれることを規定している。275条は、耳の不自由な者が出廷する際には、代弁人を有するべきと規定している。276条は、不在者または法律行為の当事者がはっきりせず、代弁人なしではその者の権利または他者の権利が害される場合に、特別代理人が任命されると規定している。1239条においては、夫は妻の財産を管理する代弁人と見なされると規定

されている。⁽³⁴⁾

第二節 行為能力剥奪宣告令の成立とその内容

一 行為能力剥奪宣告令の成立過程

1 改正前の社会的状況

一般民法典成立後、19世紀中頃まで、精神病者に関する法的処遇について、オーストリアでは何の変化も見られなかった。重点は、いまだ後見人を付すことおよび行為能力の剥奪に置かれていた。この形式的な手続が行われた場合には、本人の病院での収容場所または方法は、重要ではなかった。一方、本人が先に病院に収容された場合には、その後、後見人の任命がなされた。その際、法律は期限を定めていなかった。

1870年の帝国衛生法 *Rechtssanitätsgesetz* には、精神病院の規則に関して僅かな衛生警察的な規定が含まれていたが、これは単に運営上の規定でしかなかった。1874年の「法務省との合意における内務省の勅令」*die Verordnung des Ministeriums des Inneren im Einvernehmen mit dem Justizministerium* において、精神病者に関する、より詳細な規定が定められた。これも不十分な規定といわれたが、それでも、精神病者の収容、強制収容および退院といったような内部構成は、官庁の特別な法的規制および監督が必要ということが、ようやく気付かれ始めた。なぜなら、自己を自ら保護できない者が問題になっているのであり、また帰責能力のある者が乱用的に、または誤って帰責能力のない者と扱われる危険が排除できないからである。⁽³⁵⁾

とりわけ行政官庁では、多くの私立精神病院に許可義務を負わせること、およびこのような精神病院が州によって厳しい管理を受けることが議論されていた。というのも、当時このような病院に対する非難が、新聞などで行われていたからである。このような施設の責任者は、本人が精神的に正常であるにもかかわらず、その財産を横領しようとしたり、または病院に入れることで浪費癖のある者を直そうとする親族に対する好意で、本人を受け入れる

と非難されていた。これに対し、私的経営者には、個人の自由を制限する権利を認めることはできないとして、私立精神病院を全て廃止することを支持する者まで存在した。しかし一方で、公的施設が満員であったため、私的施設が必要とされて⁽³⁶⁾いた。

1874年の勅令においては、すでに施設以外での患者の監督についても配慮すべきとされた。ここでも、すでに自由制限の様々な程度から、禁固の一種に到るまで不十分な点が生じていた。しかしながら、患者の施設への入居に関する方法は、統一して定められていたのではなく、個々の施設の定款によって定められていた。たいてい、本人の病歴が記されている医師によるカルテ、官庁の指示による医師の診断書および患者が公共の安全を害するという官庁による証明書が要求されていた。それまでは、被後見人の入院は、州の担当部署に届けられなければならなかった。1874年の勅令においては、24時間以内に、裁判所に届けることが命じられた。しかし、当時既に、精神病患者を社会的に危険な場合にのみ施設に連れていくことが、明確に主張されて⁽³⁷⁾いた。

1880年代、中央ヨーロッパにおいて、判断能力を欠く者に関する法を改革する要請が強まった。法学および精神医学に従事する者が、この問題に取り組んでいた。19世紀は、国家の基礎となる行政活動に対する考え方が変化した時期でもあった。国家は、公共機関の衝突に干渉するだけでなく、積極的に援助をすべきであるとされた。このような考え方は、後見という分野にも影響を及ぼし、行為能力の剥奪および強制収容の矛盾が唱えられ始めた。精神病患者から社会を守ることと、精神病患者の権利を擁護することは相反すると主張されて⁽³⁸⁾いた。

1894年の時点で、オーストリアはヨーロッパのほとんどの文化的国家の中で、唯一、独自の精神病患者に関する法律を有していなかった。この分野に関して、オーストリアでは法が存在しない状態であり、行為能力剥奪の手続は、実務が先行していた。国会議員は、正当な根拠のない強制収容に関す

る、前述したような噂を指摘した。それは、裁判官が強制収容や行為能力剥奪宣告を躊躇するという結果をもたらしていた。このため、強制的な施設への収容が許されるべき要件が、法的に定められなければならなかった。これによって、そのような施設の責任者に対する理由のない攻撃も止むと考えられた。長年の準備作業の後、1907年に草案が作成された。1909年と1911年に再び提案され、第20期の国会の司法会議にかけられた。その後、専門家による批判により、いくつかの修正を受けた。⁽³⁹⁾

最初は、旧法との早急な別離を主張する見解は好意的に受け止められていたが、しかし法は既に広く知られており、時代の風潮にも合っていたことから、採決の延期が生じていた。しかし、行為能力剥奪に関する規定の改正は避けられないものだった。これまでは、行為能力は完全に剥奪されていた。「行為能力の制限」ということは認められていなかった。また、今まで規定されていなかった、アルコール中毒および神経毒の乱用が原因による行為能力剥奪も、法の目的に適っていると考えられた。そして、さらにわずかな修正が加えられた草案は、1916年6月28日に、行為能力剥奪宣告令として皇帝フランツ・ヨーゼフ1世により、緊急命令という形で公布された。⁽⁴⁰⁾これは、国会議員によって準備された草案に基本的に合致するものであった。⁽⁴¹⁾

2 改正の成果

精神科医および精神病院・施設は、この改革に当初反対であった。彼らは、草案を自分達の仕事領域への不信の現れ、および正当な根拠のない干渉と見なした。彼らは、州から財政的援助を受けていた。州は施設の経営者として、財政上または管理上の負担がかかることを恐れていた。

法務省は、全体的に州と施設の対立の解決に尽力し、全ての施設への強制収容を法的な管理の下に置き、鑑定は、州からも施設からも干渉を受けない独立した専門家によって行われなければならない、ということが基本的な目標として確認された。

1916年6月19日に、皇帝に対して法の主旨がもう一度まとめられ、当時の

現行法と比較して、成果はつぎのように強調された。①制限的な行為能力の剥奪の導入、②浪費による行為能力の剥奪の新規制、③アルコール中毒および神経毒の乱用が原因による行為能力の剥奪、④行為能力剥奪の手續に関する詳細な規定、⑤本人はもはや客体ではなく主体であること、⑥強制収容に⁽⁴²⁾対する誤用乱用の防止。

二 行為能力剥奪宣告令成立後

1 成立後の状況

長期間続いた基本的準備作業にもかかわらず、実務において、改正の結果はまったく満足されなかった。1919年には、新たな改正についての動きも見られたが、行為能力剥奪宣告令への転換の際にかなりの困難が存在したにもかかわらず、それ以上は行われなかった。一部の裁判官には、旧法にまだ信頼を寄せている者も存在し、施行から一年半たっても、行為能力剥奪宣告令の規定はいまだに馴染まれてはおらず、法の目的に十分適うように扱われてはいなかった。とりわけ、次のような点が非難されていた。①第1条に基づき、裁判所は、財産のない者の行為能力剥奪を考慮しない、⁽⁴³⁾②一時的な保護（8条）は、恒久的に行われ、行為能力剥奪宣告はもはや行われ⁽⁴⁴⁾ない、③裁判所の提起は、型にはまっていて、理由付けが弱い、④18条に基づく医師の診察は、個々の裁判官の下で行われていない、⁽⁴⁵⁾⑤29条は用いられない、⁽⁴⁶⁾⑥しばしば、制限的な行為能力の剥奪が必要な場合にも、完全な行為能力の剥奪⁽⁴⁷⁾が宣告される（その逆もある）。

精神科医側からの行為能力剥奪宣告令に対する反発は、依然として続いていた。法律家と精神科医の緊張した関係は、個々のケースにおいて、行為能力剥奪宣告令の適用を難しくさせていた。ある神経病院の責任者は、その病院における収容が許されないという判決を受けた後で、その裁判所に時間がないので異議申し立てをすることができないと伝え、このため裁判所の判決は無視される結果になった。また、よく施設は収容期間を守ることを拒否し

た。さらに、精神科医の反対は、十分な鑑定医を確保することを難しくさせていた。⁽⁴⁸⁾

2 財産のない者の行為能力剥奪宣告に関する争い

行為能力剥奪宣告令成立後の一年間、全く財産のない者は裁判所によって行為能力を剥奪されないという現象が見られた。裁判所は、1条および2条が、「行為能力剥奪宣告を受けることができる」と規定していることを根拠に、裁判官が行為能力剥奪宣告を強制的に行うということは規定されていないということ主張していた。法務省は反対の見解であり、1922年に争点の明確化と判決の統一のために、裁判所に通知を送った。それは、裁判所が行為能力剥奪を宣告するための理由は、必ずしも患者である本人にある必要はない、というものであった。このため、行為能力剥奪宣告は、公法の領域においても重要であるということが示された。財産の無い者が長期的に施設に収容される場合、収容の許容性についての調査が繰り返されることの回避も、法務省の主張の根拠となっていた。行為能力が剥奪された場合には、収容の許容性についての調査は行われなかった。しかし、法務省のこのような主張はさしあたり成果を挙げなかった。⁽⁴⁹⁾

3 実務の動き

1年間で許可された強制収容数は、1922年から1980年の間で、ある年は3400人、また別の年は10800人と、その差が大きかった。収容人数は、第二次世界大戦後全体的に増加した。これには、自由意思による収容および行為能力被剥奪者の収容は含まれていない。明確に増加したのは、不許可とされた収容数の増加であった。その割合は、1922年から1936年までは3パーセントから6.7パーセントであったのに対し、1947年以降は、4.8パーセントから31.6パーセントであった。

これに対し、完全な行為能力被剥奪者数は、第二次世界大戦後、半分強に減少した。制限的な行為能力被剥奪者数は変化しなかった。1984年の制度改正以前は、完全な行為能力剥奪と制限的行為能力剥奪はほぼ同数であった。

理由としては、1947年以降、浪費および神経毒の乱用への適用が減少したことが挙げられる。当時、オーストリアにおいては、およそ26000から27000人が行為能力を剥奪された状態であった。⁽⁵⁰⁾

4 専門家と裁判官の関係

改正直後、裁判官と本人の鑑定を行う専門家について、しばしばその役割が逆転しているということが非難されていた。法律は、裁判官と専門家の役割を明確に区別していた。専門家は、その鑑定によって、医者視点から本人の精神状態についての判断に関する援助を行わなければならなかった。裁判官は、この鑑定に拘束されずに、とりわけ本人を個人的に聴取するというその後の調査をむしろ義務付けられていた。

しかし、実務では判断するのは裁判官ではなく専門家になっていた。裁判官が、専門家に反して決定した事例はほとんどみられず、むしろ収容期間などの細かな点まで、専門家が判断していた。⁽⁵¹⁾

また、とりわけ行為能力剥奪宣告の手續において、なぜ裁判官が制限的な行為能力の剥奪ではなく、完全な行為能力剥奪宣告を行ったのかが、詳しく説明されないことが多かった。この理由は、通常制限的な行為能力の剥奪が宣告された場合にのみ、言及された。また完全な行為能力の剥奪と制限的な剥奪との区別が生じていなかった1899年から1901年のザルツブルク地区裁判所 Bezirksgericht の書類を1917年から1918年のものと比較すると、行為能力剥奪宣告令の導入後、完全な行為能力剥奪宣告について全く正確に20年前と同じ理由の表現が用いられていた。単に制限的な行為能力の剥奪の表現が用いられた場合にのみ、これには個別に理由付けがなされていた。これは、おそらく精神障害または精神薄弱が存在する場合には、完全な行為能力の剥奪⁽⁵²⁾に対し、制限的な行為能力の剥奪は、例外とされていたからだとされる。

三 行為能力剥奪宣告令の内容

1 構成と表現について

行為能力剥奪宣告令は、1983年の改正まで変更なしに効力を有していた。⁽⁵³⁾ 六章構成であり、次のように区分されていた。[1]行為能力剥奪宣告の要件(同令1条から11条)、[2]管轄権(12から15条)、[3]精神病者のための病院への入院の際の裁判手続(16条から24条)、[4]行為能力剥奪宣告の手続(25条から55条)ならびに[5]終末・経過規定(68条から74条)であった。⁽⁵⁴⁾ この行為能力剥奪宣告令により、1811年からの「狂乱または痴愚であることによる後見」についての一般民法典の規定は、その効力を失った。

行為能力剥奪宣告令の専門用語は、広汎にドイツ法から取ってきたものであった(例えば、「行為能力剥奪宣告 Entmündigung」, 「精神病 Geisteskrankheit」, 「精神薄弱 Geisteschwäche」, 「アルコール中毒 Trunksucht」, 「事務処理能力が無いこと Unfähigkeit zur Besorgung der Angelegenheiten」など)。このため、オーストリアにおいて、ささいな矛盾が生じていた。例えば、「行為能力剥奪宣告 Entmündigung」という表現は、完全に正しいというわけではなかった。行為能力剥奪宣告令4条において、制限的な行為能力被剥奪者は、いまだに判断能力のある14歳未満の未成年者と同じ法的地位を有すると考えられていた⁽⁵⁵⁾のである。

当時のドイツ民法典が、もちろん理由に応じて異なる効果を有していたが、単に「剥奪」のみを規定していたのに対し、行為能力剥奪宣告令は、完全な行為能力の剥奪と制限的な行為能力の剥奪を区別していた。完全な剥奪は、精神病および精神薄弱の場合に起こりえた。制限的な剥奪は、全ての理由の下で命令されえた。ドイツでは、精神病のみの行為能力の剥奪が行われていたが、オーストリアでは、精神病と精神薄弱の差異は実際に意味のないものであった。このような理由から、むしろ精神障害 Geistesstörung とい⁽⁵⁶⁾われていた。

2 法的内容

行為能力を剥奪する基準は、本人が精神病または精神薄弱が原因で、自己の事務を自ら処理できないかどうか(同令1条1項、完全な行為能力の剥

奪)、またはその事務の適切な処理のために援助者を必要としているかどうか(同令1条2項)であった。

ドイツ法では、行為能力剥奪の最低年齢について何も規定されていなかったのに対し、同令では、完全な行為能力の剥奪は、本人が7歳以上であることを前提要件としていた。制限的な行為能力の剥奪は、成人の場合のみに命合されえた。

完全に行為能力を剥奪された者は、行為無能力であり法定代理人として後見人 Kurator を有していた(同令3条)。なお、行為能力剥奪宣告令においては、一貫して行為能力に Handlungsfähigkeit という語が用いられていたが、これは Geschäftsfähigkeit を想定していたと考えられている。制限的な行為能力の剥奪は、判断能力のある未成年者と同じ法的地位にあり、法定代理人として援助者 Beistand が任命されなければならなかった(同令4条⁽⁵⁷⁾1項)。

ドイツ法と異なり、オーストリアの障害者は、行為無能力にもかかわらず、日常生活に関する法律行為を行うことができた⁽⁵⁸⁾。この法律行為は、障害者に課せられた義務を履行することで遡及的に有効になった(一般民法典151条3項)。ドイツでは、このような可能性は、行為能力の剥奪によって、制限的な行為能力を有する者だけに認められていた(ドイツ民法典110条)。ドイツでは、責任を負わされることへの不安から、後見人および監護者が、小遣いと思われる範囲の金銭を本人に与えることを躊躇し、教育的な観点からこのことが重要な意味を持つにもかかわらず、本人は僅かな金銭さえも自由に使えない状況であったとされる⁽⁵⁹⁾。

婚姻能力に関するオーストリアの規制は、ドイツ法と合致していた。部分的な行為能力被制限者は、援助者の同意を得て婚姻関係を結ぶことができた(同令4条2項)。完全な行為能力被剥奪者は婚姻することができなかった。ドイツでは、行為能力の剥奪理由に関係なく遺言能力が排除されていたのに対し、オーストリアでは、制限的に行為能力を剥奪された者だけが、法廷に

において口頭で遺言を行うことができた(同令4条2項)。選挙権については、⁽⁶⁰⁾両国共に、行為能力剥奪理由に関係なく、認められなかった。

ドイツ法においては、行為能力剥奪理由および行為能力剥奪の効果の一部が民法典に規定され、その手続が民事訴訟法に規定されていたのに対し、オーストリアでは、立法者は、行為能力剥奪に関する全ての法を、行為能力剥奪宣告令に規定した。同令は、前述した内容の他に、閉鎖的施設への患者の強制収容も規定していた(同令16条から⁽⁶¹⁾24条)。

行為能力の剥奪および後見人および援助者の任命は、ドイツ、オーストリア共に2段階の手続によって行われていた。行為能力の剥奪を行うかどうかの判断について、オーストリアで管轄を有していたのは、地区裁判所 Bezirksgericht であった(同令12条1項)。それに引き続いて行われる後見人および援助者の任命は、監護裁判所 Pflugschaftsgericht が行った。オーストリアにおいて、行為能力剥奪に関する手続は、非訟事件に関する手続として行われた。一般的な手続規定は、一連の手続法に関する特別規定(同令12条から⁽⁶²⁾67条)によって補完されていた。

オーストリアにおける行為能力剥奪の手続は、基本的に申請によって行われていた。しかし、精神病または精神薄弱による行為能力の剥奪が命じられる場合には、職権による手続の開始が可能であった(同令25条)。申請権が与えられていたのは、本人の一定の範囲の親族以外に、とりわけ、検察官および本人の居所がある市町村長であった。もっとも、検察官は浪費が原因の場合は申請できず(同令26条2項)、市町村長は、浪費、アルコール中毒および神経毒の乱用の場合にのみ申請できた(同令26条3項)。本人は、原則的に、個人的に聴取されなければならなかった(同令⁽⁶³⁾32条2項)。

手続の開始後、本人には、その保護のために一時的な援助者が任命されえた(同令8条以下)。ドイツ法においても、同様に一時的な後見人の任命が規定されていたが、これと異なり、オーストリアでは、裁判所が同令9条により一時的な援助者の効力範囲の境界を定めたり、制限することができた。

一時的な援助者または後見人が任命された場合、行為能力の制限が生じた。オーストリアにおいては、この制限は、一時的な援助者の任務範囲に合わせて行われた⁽⁶⁴⁾。

行為能力の剥奪が認められなかった場合でも、一時的な援助者の法律行為は有効とされた。本人によって行われた法律行為も、同様に有効とされた。互いの行為が矛盾している場合については、旧法は規定していなかった。オーストリアの立法者は、法律取引の安全性を考慮して、援助者の法律行為の有効性を選択した⁽⁶⁵⁾（同令11条）。

行為能力の剥奪を命じる決定は、異議申立（同令49条および同令37条から39条）によって取り消すことができた。また、行為能力の剥奪手続は、一時中断でき、費用負担についても定められていた。行為能力剥奪宣告の要件がなくなる限り、その理由が職権または申請による精神病または精神的障害であれ、申請による別の理由であれ、行為能力剥奪に関する手続は廃止されなければならなかった（同令50条1項）。精神状態が変化した場合、完全な行為能力の剥奪から制限的な行為能力の剥奪へと変更できた（同令50条2項）。行為能力の剥奪を命じた決定は、行為能力剥奪宣告裁判所 *Entmündigungsgericht* によって公表されなければならない、監護裁判所に伝えられなければならない⁽⁶⁶⁾（同令66条2項）。

四 行為能力剥奪宣告令に対する批判

1 法律面

批判されていたのは、とりわけ、行為能力剥奪宣告裁判所における柔軟性の欠如であった。裁判所は、単に完全な行為能力の剥奪か、制限的な行為能力の剥奪の二つの選択肢しか有しておらず、大まかにかつ硬直した区別のせいで、精神病者および精神障害者の個人的な必要性に合わせて、適切な措置を行うことができなかった。本人を援助するために、まず初めにその行為能力を排除するか、または制限しなければならなかった。この措置は、本人を

分別のつく未成年者または7歳未満の子と同一視していたため、かなりの差別を生じさせていた。

1970年頃から、行為能力剥奪宣告数が減少していったことから推測されたように、判例も、むしろ制度を不適切と見なしていた。ドイツの障害監護制度に匹敵する制度がオーストリアには存在しなかったため、ほとんどの裁判所は、行為能力剥奪宣告手続を最後まで完了することなく、一時的な援助者の任命に制限していた。一時的な援助者は、裁判所によって定められた効力範囲の枠内で、援助者としての権利を有していた(同令9条)。

行為能力剥奪宣告は、精神病または精神薄弱についての公の証明書である、との見解が広汎に存在したため、行為能力剥奪宣告令の専門用語は、本人への他者の尊敬を減少させるようになっていった。法的取引の安全という理由から導入され行為能力剥奪宣告の公告は、このような目的を実務においてもはや達成できておらず、むしろ単に差別をより強く生じさせていただけだった。⁽⁶⁷⁾

2 実務面

このような法律上の問題の他に、実務においても批判が生じていた。長期間閉鎖的施設に収容されている患者の場合、むしろ行為能力の剥奪が、本人の利益に関して行われるのではなく、単に収容手続を繰り返し行わなければならないことを避けるために行われていた。行為能力剥奪についての決定権は、同令23条に従い、監護裁判所にあった。本人の行為能力が剥奪されていれば、監護裁判所は、裁判所によって行われる収容手続(同令16条以下)を遵守しなくてもよかった。

また、何度もその者の危険性が原因で行為能力が剥奪されるということが生じていたが、それによってその者から生じる危険が効果的に阻止されるというわけではなかった。

さらに、多くの行為能力被剥奪者は、その社会的状況およびその精神的状態により、後見人および援助者の任命要件がなくなったにもかかわらず、最

後まで行為能力を剥奪されたままであった。1968年から1976年では、行為能力被剥奪者の3分の1のみが、行為能力の剥奪の要件がまだ存在しているかどうか、調査されたにすぎなかった。⁽⁶⁸⁾

もっとも批判されたことのひとつに、後見人または援助者による本人への世話、援助および利益の代理が、十分に行われなかったことが指摘された。保護の必要性は、確かに行為能力の剥奪によって確認されたが、しかしこのことは効果的な援助をもたらしていなかった。

法定代理人として、50パーセントほどが親族から任命されており、5パーセントが弁護士・公証人、残りは、監護手続の枠内で他者が任命されていた。⁽⁶⁹⁾

後見人が親族の場合、たいてい必要となる法律的な、および社会福祉的な能力が不足していた。加えて、実質的な理由から利益相反が生じた。弁護士および公証人は、確かに財産管理に対して適性を大いに有していたが、身上監護、とりわけ医学的および社会福祉的な世話は、その純粋な法律教育を理由に保障されえなかった。⁽⁷⁰⁾

第2章 代弁人制度の成立

第1節 代弁人制度成立前の過程

一 草案成立までの過程

1 代弁人制度成立のきっかけ

代弁人制度の成立への努力は、1955年に遡ることができる。これは、逆にいえば、1916年に行為能力剥奪宣告令が成立してから、第二次世界大戦後10年間、将来に向けられた立法上の努力が何もなされなかったということである。1955年に掲げられた目標は、とても控えめなものであった。多くの、とりわけオーストリアの神経科医および精神科医の提案に基づき、社会省 Sozialministerium にアルコール審議会が設立された。この審議会の目的は、

強制収容または行為能力剥奪宣告令の改正とは全く異なるものだった。それは、慢性アルコール中毒の好ましくない効果を把握し、調査・研究し、どのようにアルコール中毒に立ち向かえるかについて発表するというものだった。いわば副次的に、医学的な治療の必要性以外に、おそらく法秩序の変更が必要になるかもしれないということが、生じていただけであった。⁽⁷¹⁾

その後、包括的な計画を行うために、法秩序の改正も必要であると考えられ始めた。このため、人は中毒患者を援助しなければならないが、患者自身は判断能力がない。判断能力を呼び起こすために、患者は治療されなければならないが、治療するためには、強制的な措置が実行されることが必要な場合もある、という考えがなされた。そして、アルコール中毒患者だけにとどまらず、そこからいわば強制的に、同じ状況下にある者、麻薬中毒者および、後には精神に影響を与える物質に左右されている者全てに、このような措置が必要であるという結論に達した。このような考えは、まもなくすぐに行為能力剥奪宣告令と関係があると気付かれた。しかしその後、法改正の動きまでは時間がかかった。1968年になってようやく、委員会が社会省に法改正の提案を伝えた。⁽⁷²⁾

こうして、新たな改革が始まった。社会省の後継者として、保健省 Gesundheitsministerium が強制収容法 Anhaltungsgesetz の草案を準備した。⁽⁷³⁾

2 改正の際の話し合い

精神病に関する法の改正は、立法的にも、行政的にも広範囲な多岐にわたる種類の措置が、その要求される課題と考えられていた。その際、精神病患者の法的地位が重点であったが、この法的地位と、一般的な社会的地位の間には密接な関係があるとされた。そして、中心には、直接に患者の人権にかかわる権利の保護の要求、つまり人権の保護、とりわけ個人的な自由および人格の発展に関する権利の保護などが主張された。患者の状況の改善に関するこのようなきっかけについては、広範な意見の一致がなされた。

もちろん、どのような方法で患者の法的な保護が改善されるべきかという

疑問については、様々に異なった見解が主張された。医者は、精神病者を医学的な知識と経験に従って世話をし、治療をしなければいけない患者と見なした。社会学者およびケースワーカーは、患者の保護および援助の必要性を、ケースワーカー的な世話によって補充しようとした。法律家にとっては、とりわけ、法的な保護および管理の強化が中心であった。最終的に多くの者が、保護の必要性において、また第三者と患者の利益において、患者によって引き起こされる危険の予防措置の必要性を指摘した。⁽⁷⁴⁾

強制収容法および行為能力剥奪宣告令の改正は、このような様々な見解が存在する分野で行われた。合理的な立法は、様々な見解を、妥協によって可能な限り統合するということだけに限られてはならず、法政治的にこれらの見解を比較し、それによって将来の指針が与えられなければならないとされた。このため法政治的に重要であったこの改正について、複雑な立法上の準備作業に関し、できる限り広範な議論が必要とされた。⁽⁷⁵⁾

3 代弁人制度に関する草案

強制収容法とは異なり、行為能力剥奪宣告令改正の場合には、法案への道のりは比較的短いものであった。⁽⁷⁶⁾ 1978年の研究集会から、改正への動きが始まった。⁽⁷⁷⁾ 当時、この改正は、行為能力剥奪宣告令そのものを改善するのではなく、行為能力被剥奪者の地位を改善するものと考えられた。

この1978年の研究集会において得られた展望によって、行為能力剥奪宣告令の改正への足がかりが得られた。その際、とりわけ強制収容法と行為能力剥奪宣告令の法的領域の差異が強調された。行為能力剥奪宣告令の一部において強制収容が規定されているのは、オーストリア法秩序の特殊な面であった。これは明らかに、行為能力剥奪宣告令の施行以前に、患者の施設への強制収容が、監護手続によってのみ、つまり本人の行為能力を剥奪することによってのみ、裁判所によって管理されていたということに関係する。既に当時、強制収容法と行為能力剥奪宣告令の規制対象は、別々のものとして考えられていたので、両者を法律上分けることが目的に適うと考えられた。この

ような意味において、法務省は措置入院法 Unterbringungsgesetz と代弁人法⁽⁷⁸⁾の二つの草案を準備した。

1979年5月21日に、代弁人法に関する草案は鑑定にかけられ、2年後の1981年5月20日には国会に上程された。鑑定から国会に上程まで、2年以上かからなかった。その間、改正の方向性について、さらなる議論が様々な障害者団体によって行われた。根本においては、強制収容法と代弁人法の草案は、細かいところで異なっていたが、改正の基本的な考え方、すなわち、硬直した差異化できない行為能力剥奪宣告令のシステムを、柔軟性のある患者個人の必要性に応じた代弁人制度に変換することは、基本的に合意され、支持された。一般的に支持されたのは、「協会代弁人制度 Vereinsachwaltschaft」の枠内において、心因的病気の者および精神障害者を、社会福祉的に訓練された、またはその任務のために特別な訓練を受けた代弁人により代理し、世話をするという考え方であった。⁽⁷⁹⁾

二 強制措置から権利擁護 Rechtsfürsorge へ

精神病患者の世話がオーストリアにおいて混乱した状態であったということは、ほぼ改正の10年前から常にはっきりと意識されていた。外来における受入体制の不足よりも顕著だったのは、施設における非人道的で強制的な措置であった。これに対しては、批判が高まっていた。精神患者に対する抑圧的な側面は、当時の法律の基礎的な一部であった。まず、精神病に関する施設において、監視および隔離が原則として法律に定められていた。また、入院の決定は、患者をこのような施設に押しやるということを意味していた。入院の要件は完全に医療に関する枠内で判断されていた。収容措置に関する手続は、患者の人権を守るという意味において機能していなかった。さらに、施設の壁の内側では、強制収容された患者の処遇についてほぼ何も規制されておらず、管理もされていなかった。一度強制収容された患者は、多くの通知および登記により、その収容期間を終えても差別を受けた。⁽⁸⁰⁾

権利擁護に関する法律は、強制措置の解体、制限および、よりよりコントロールを目標としていた。

まず、強制収容は、公的な病院の精神科の閉鎖的施設でのみ行われるべきとされた。開かれた精神病院が通常であり、閉鎖的施設は例外と見なされた。

強制的な入院についての条件は制限され、別の世話方法が常に考慮されなければならない。裁判所による強制収容の監督は、早期に開始され、頻繁に行われなければならない。手続における本人の地位は、特に強制収容中において患者代弁人の代理により改善された。

強制収容は、たやすくその他の強制措置、例えば移動の自由および外界との接触の制限、また強制的な治療などを許すものではないとされた。このような措置は、別の要件を充たし、かつ証明しなければならない。一部では、裁判所の許可が必要であるとされた。患者代弁人の権限は、このような事柄まで及んでいた。

入退院を他者に通知することは、徹底的に制限された。患者の登記については、間接的に言及された⁽⁸¹⁾。

三 行為能力剥奪宣告から代弁人制度へ

1 改正直前に批判された点

行為能力剥奪宣告令の改正の必要性は、比較的遅くに意識され、強制収容法の改正議論の結果、改正に向けて発展していった。改正以前、何が批判されていたのか。

まず、本人に確実な援助が保障されずに、多くの事例において行為能力の剥奪が、純粹に「権利の制限」という性格を有していたことが挙げられる。さらに憂慮すべきなのは、行為能力の剥奪が、主に摩擦を回避するための手段（例えば、施設へ押しやることなど）になることであった。実務では、援助者および後見人が、まだ一度も自らの被後見人と個人的に会っていないと

ということが生じていた。被後見人は、リハビリ措置のためにベッドに寝かされていたり、施設に収容されているので、全ての必要性をカバーできているという理由でその財産の使用を禁止されていた。様々な施設の少なくないケースワーカーが、このような状況に問題意識を持ってもらおうと努力していた。

全ての関係者に認識されていたのは、行為能力剥奪宣告の差別的な性格であった。既に手続中においても、その差別は生じていた。行為能力剥奪の決定は、国家的な管理への不安および官僚的な恣意への無気力を生み出していた。行為能力剥奪の「保護された者」という性格を受け入れることは、本人にとってもその周囲にとっても同じくらい難しいことであった。⁽⁸²⁾

本人が、しばしばその必要性に合わせて行為能力を制限されていないことも非難されていた。本人の多くが、その保護と援助の必要性を明確に述べられないまま、宣告を受けていた。ほとんどの行為能力の剥奪は、生涯を通じて行われ、制限的な行為能力の剥奪および全面的な行為能力の剥奪にはほとんど差がなく、権利の制限は広範囲に及んだ。⁽⁸³⁾

2 改正に関する提案

代弁人制度は、以上のような不備を次のような手段で補うことを試みた。

まず、適切な代理人および世話人の不足は、私法に基づいて設立される新たな組織、または新しい職業によって補われるべきとされた。代弁人制度のプロ化は、もちろん必要限度を超えない程度に計画された。つまり、本人の社会的なネットワークにおいて既に存在している可能性が、まず考慮された。また協会代弁人制度の範囲内において、ボランティアの投入が規定された。⁽⁸⁴⁾

本人への差別は、手続におけるその地位の強化や、差異化され、個々のケースに合わせられた法的効果によって、改善すべきとされた。また、専門用語から差別意識を生じなくさせることに、重要な意義が置かれていた。「行為能力剥奪」という言葉と同等の概念は存在しなくなった。残念なことは、

差別意識を生じさせる選挙権の剥奪をなくすことについて、国会議員の意識が社会よりも先行していなかったということであった。

個人の必要性に合わせる事、および国家の干渉を必要最低限に抑えることについては、個々のケースを中心に考えること、代弁人制度が適切に運用されているかどうかの定期的なコントロールおよび調査によって達成されるべきであると考えられた。⁽⁸⁵⁾

四 代弁人協会に関するモデルプロジェクト

1 モデルプロジェクトの実施

代弁人制度に関する政府草案は、全体的に相当進歩的な内容を有していると考えられた。行為能力剥奪宣告令の枠内における重要な改正は、代弁人制度利用の要件を制限すること、手続内における本人の地位の強化、法的効果を差異化すること、本人への適切な世話を目的としていた。

強制収容の分野では、とりわけ、精神病院への患者の強制収容をできるだけ制限することが目的とされていた。計画された新规定では、強制収容と行為能力剥奪宣告は同時に改正が試みられ、両者は以前よりもより切り離された関係になっていた。実定法的にも、手続法的にも、本人への強制および権利の剥奪は抑制され、援助の要素が強化されていた。

この改正の中心的な要素として、形式的な法改正だけでなく、新たな制度、協会代弁人制度によって意図されている、改正を確実なものにするという試みがあった。協会代弁人制度は、さしあたり、既に存在していた伝統と関連していた。つまり、まず第一に代弁人協会は、行為能力剥奪宣告令1条による本人の代理、および本人への個人的な世話を保障しなければならなかった。保障するということは、協会代弁人は、本人をその意思に反して強制したり、社会における本人の潜在能力を気にかけないということがあってはならないということである。第二に、協会世話制度は、強制収容および権利能力の制限が、一部では別の方法で代替しうるものであり、ある特定の人々

に対する社会の型にはまった対応であるということ、考慮しなければなら
ない⁽⁸⁶⁾とされた。

代弁人制度の新たな面は、その専門化された性質であった。つまり、協会代弁人制度のコンセプトとして、代理および世話の保障は、プロ、つまり専業代弁人としての訓練を受け、職業として活動している者の協力によるのみ、なされうるということが主張されていた。この考えは、資格および豊富な経験の保障ならびに利益相反の危険を排除するという利点があった。これは、もちろん市民および代弁人として副職的に活動する者を排除することではない。むしろ、そのような者を統合することは、適切な訓練、コントロールおよび組織の面で可能であり、また価値があると考えられた⁽⁸⁷⁾。

さらに新たな点として、法律的な基礎を有し、その国家による財政援助が定められている組織に、代理人を組み込むことが挙げられた。この構造は、責任を負うことができ、かつ依頼人に合わせやすい行動のための幅広い余地を保障しうると考えられた。比較的独立しており、自立している組織形態は、ボランティア代弁人を投入することにより、個人的な世話に関し、全ての依頼人の利益を代理するという可能性を生み出すとされた。

このような協会代弁人制度というコンセプトは、モデルプロジェクトとして法改正以前に実施された⁽⁸⁸⁾。

2 代弁人制度についてのモデルプロジェクト

1981年から実施された代弁人制度に関するモデルプロジェクトは、この新しい制度を準備し、発展させ、また試すという目的のために行われた。学問的な研究としては、計画、調査、分析結果の利用、実務上の経験およびアンケート調査などの継続的な研究などが考えられていた⁽⁸⁹⁾。

このモデルプロジェクトは、「代弁人制度のための協会 Verein für Sachwalterschaft」、「医事社会学のためのルートビヒ・ボルツマン研究所 Ludwig Boltzmann-Institut für Medizinsoziologie」によって行われた。手続における本人の適切な代理およびその後の世話を保障するため、草案は最終

的に、協会から推薦された代弁人による法定代理を規定していた。このため、法務省の主導により、1980年11月に「代弁人制度のための協会」が設立された。この協会は、1981年および1982年にモデルプロジェクトとしての実施を依頼された。これは、与えられた法的条件の下で行われ、かつウィーンおよびニーダーエストライヒ州の一部の地区に限られていた。同時に、このモデルの学問的な面からの研究・調査がルートビヒ・ボルツマン研究所に委託された。協会代弁人制度は、改正の中心的な要素とみなされていた⁽⁹⁰⁾。

このモデルプロジェクトは、公的に援助を受けた協会を中心に行われた。この協会では、ケースワーカーが雇用され、市民との共同作業が試みられ、法律家および精神科医が顧問として活動していた。この協会は、行為能力剥奪宣告または強制収容を決定する裁判所に対し、専門もしくはボランティア代弁人を使用できるようにしていた。

このモデルは、突然この時期にオーストリアで考え出されたわけではなく、オーストリアにおける精神病患者に対するこれまでの社会的取り組みや改革の状況に影響されたものだった⁽⁹¹⁾。

3 モデルプロジェクトから得られた経験

このモデルプロジェクトは、1981年3月から3人のケースワーカーによって、1982年3月からは6人のケースワーカーによって行われた。

第一段階として、実際に精神病院に入院させられた者（約70ケース）もしくは行為能力剥奪宣告手続を開始した者（約50ケース）について代理および世話が行われた。第二段階として、依頼人層が、既に長期間強制的に病院に収容されている者または行為能力被剥奪者に拡大された。1982年までの2年間の経験によれば、このような代弁人の投入は、行為能力剥奪宣告手続において、裁判所および他の機関からの需要に明らかに合致するものであった。一方で、患者代弁人については、費用および利用の双方の面で、代弁人ほどよい結果を生まなかった⁽⁹²⁾。

代弁人の中心的なそして明白な役割として、裁判所における手続の代理、

およびその他の個人的な利害関係の代理が定義された。患者代弁人の補足的な機能は、強制収容の期間に限られ、主に施設に対する本人の利益の代理において存在した。例えば、制限からの保護、最低限の収容基準の遵守ならびに治療およびリハビリなどに対する要求などである。さらに、本人の生活においての緊急の事務の受任、例えば雇用解雇の防止および住居を失う危険からの保護などが挙げられる。その他の代理としては、裁判所において援助の必要性が認められた、例えば社会扶助的な権利の要求などに限られるとされた。利益相反の危険がないこと、十分な資格および適切な責任能力の面で、代弁人のこのような役割は、協会という枠組みの中で專業代弁人によって実現されるということが最も望ましいとされた。しかし、施設以外で長期間の世話が必要な場合には、とりわけ專業代弁人のいわゆる準備作業の後、多くのケースにおいて、協会によって選ばれ、訓練されまた監督される市民のボランティア代弁人によって、また本人との利害関係および資格の解明の後、本人と近い関係に立つ者によっても、その援助が行われ⁽⁹³⁾えた。

弁護士による世話は、数少ないケースにおいてのみ必要であった。またその方が、代弁人制度本来の目的に適っていると主張された。

裁判所またはその他の専門家から非公式に要求されていた代弁人の隠された役割は、裁判所を助けること、および世話機能の拡充であった。このような役割は、代弁人の選択および訓練、継続的に行われる監督によって、最小限の投入で効果が得られると⁽⁹⁴⁾された。

管理するという考えを制限し、世話に対する配慮を強化するために、プロ⁽⁹⁵⁾によって行われる方法が主張された。

五 代弁人の職業的役割

代弁人は、裁判所によって任命される心的病気の者または精神的障害者の法定代理人として扱われる。本人は、このような代弁人の援助がなければ不利益を被る危険に晒されるであろう者である。代弁人によって処理されるべき事務の範囲は裁判所によって決定される。一般的に、代弁人は後見人とし

での権利を有し、義務を負う。

代弁人の活動は、基本的には特別なものではない。その活動は、本人の必要性と客観的な利益に向けられていなければならないとされた。多くのケースにおいて、例えば、精神的障害者や高齢者の場合には、本人は自らの利益をはっきりと述べることができないからである。逆に、本人が麻薬やアルコール中毒などの場合には、代弁人は、本人の主観的な利益とは反対する方向で、活動しなければならない。

2年間のモデルプロジェクトの後、代弁人の活動の重点は次のような点とされた。

「一時的な代弁人 *einstweiliger Sachwalter*」としての代弁人の任命に関する法的な手続における本人の代理、役所および私的な契約の相手方に対する本人の代理、必要な医学的または社会福祉的サービスの保証、経済面を保障するための援助として収入および財産の管理、日常生活における様々な問題に関する個人的な援助および助言。⁽⁹⁶⁾

ケースワーカーのための訓練は、今までの経験によれば、代弁人に最も適した基本的資格と位置づけられた。これに加えて、さらに能力として必要とされたのは、次のような点である。心的病気の者および精神的障害者との係わり合いに関する能力および経験。法的思考に習熟すること、人間、組織の多様性について取り組むこと、また共に働くことへの準備。仕事の些細な管理的な面に対する寛容さ。独立して働く能力、しかし同時に、個々のケースに関する重要な疑問および一般的な世話の方針に関して、チームで調整する⁽⁹⁷⁾能力。

六 改正に必要とされた費用

改正が、国家に対してより多くの費用負担をもたらすのかという疑問への答えは、草案と協会代弁人制度の設立の間で分けて考えられるべきとされた。法社会的に見て、両方の計画は密接な関係にあるが、両者を同時に完全

に実現させてはならないと考えられた。草案は、まもなく試行されるが、協会代弁人制度はそれとは別に、少しずつ実現されるべきとされた。⁽⁹⁸⁾

法務省によって行われた、オーストリアの行為能力剥奪被宣告者の生活状況に関するアンケート調査によれば、改正前の行為能力被剥奪者の数は26000人から27000人であった。行為能力剥奪の性質、本人の居所および後见人または援助人となっている者を考慮すれば、必要とされる世話は、将来14000件ほどに減少するのではないかと考えられていた。当時、弁護士はしばしば約200人の後见人および援助者であり、官庁後見においても、一人の公務員がよく100人を超える者の世話を引き受けていた。この状況を考慮すると、協会代弁人制度の創設によって、心的病気の者または精神的障害者の世話は改善されるだろうと考えられた。そして、一人の代弁人に100件を超えるケースが委託されることなどないように努力されるべきとされた。⁽⁹⁹⁾

完全な協会代弁人制度の設立に際しては、140人の専業代弁人が必要であると考えられた。一人の代弁人にかかる年間費用が25万シリングだとすると、協会代弁人制度の人件費は、完全に設立された段階において、3500万シリングと見積もられた。

もっとも、協会代弁人制度は、得られた経験と、責任ある活動のための適切なメンバーの訓練の程度に応じて、徐々に強化されなければならないとされた。前述したように、ウィーンおよびニーダーエストライヒ州では、学術的な研究も含めたモデルプロジェクトが行われていた。これは、単に今日の代弁人の不足を改善しようとするためだけでなく、代弁人による世話の経験を、体系的に集め、分析しようとするものであった。とりわけ、様々な世話の必要性を有する障害者のグループについて、その世話と関連する時間の消費、代弁人に対する訓練の必要性、客観的な世話の成功などを考慮して、協会代弁人制度の目的に合った組織が作り上げられなければならないとされた。この1981年と1982年に行われたモデルプロジェクトにかかった費用は、年間約200万シリングであった。⁽¹⁰⁰⁾

モデルプロジェクトから得られた経験の基礎に基づいて、1983年から協会代弁人制度の拡張が進められた。これは、人的および組織的理由から、必ず段階的に進められた。代弁人の投入のためには、適切な人物の確保が必要であった。様々な分野における質の高い社会福祉活動の必要性、代弁人の選択、準備および投入を合理的に定めることの必要性と関連して、毎年10人の代弁人の増加が見込まれていた。このため、協会代弁人制度が代弁人活動への人的要件を十分に備えるのは、90年代頃であると考えられていた。このことから、改正当時の状況から推測すると、毎年2.5百万シリングの⁽¹⁰¹⁾人件費の増加が見込まれていた。

第2節 代弁人制度の法的内容

1984年7月1日に、代弁人法が施行された。⁽¹⁰²⁾これによって、行為能力剥奪宣告令は、部分的に効力を失った。行為能力剥奪宣告令については、強制収容についての規定だけがなお有効とされた。

代弁人法の規定は、その大部分が一般民法典の中に規定された（一般民法典157条、273条、273条 a、280条から283条、568条、865条）。手続規定は、主に非訟事件手続法に規定された（非訟事件手続法第5章236条から252条）。⁽¹⁰³⁾新たな協会代弁人制度に関する規定だけが、代弁人法の独立した規定として作成された。この他、関連する法律規定がいくつか改正された。一般民法典、非訟事件手続法のほか、婚姻法、民事訴訟法、登記法、一般行政手続法および国会選挙法などである。これによって、精神的に障害を有する者に対する権利擁護の分野は、原則的に新しい法秩序の下に置かれた。この法秩序の革新は、その成立に先立って、長年法社会学的な研究が行われたこと、および具体的な立法過程において、その研究から得られた見識が影響を与えた⁽¹⁰⁴⁾ことにあった。

代弁人制度の基本的考えは、本人に保護と世話を与えるというものであった。この目的の実現のために、まず差別を生じさせる専門用語が排除され

た。精神病 Geisteskrankheit および精神薄弱 Geistesschwäche の代わりに、心的病気 psychische Krankheit および精神障害 geistige Behinderung という言葉が使われた。行為能力剥奪宣告 Entmündigung という概念は廃止された。後見人および援助人の任務は、代弁人に受け継がれた。

「代弁人 Sachwalterschaft」という概念はオーストリアにおいて全く新しいものではなかった。この概念は、既に一般民法典のいくつかの規定に存在していた。「行為能力剥奪宣告」に代わる権利の剥奪についての専門用語が完全に欠如しており、その保護措置は、むしろ単に適切な法定代理人を任命することだけによって、書き換えられていた。この法定代理人のために、代弁人法は、既に1811年の一般民法典145条 a、145条 b、269条、274条および276条において知られていた「代弁人」という概念を適用した。この概念は、他の代弁人との差異の関係において、「障害者代弁人 Behindertensachwalter」と述べられなければならない、とする見解も存在した。⁽¹⁰⁵⁾

障害者の個人的な必要性への適合は、段階に応じた代弁人の任命によって達成されるとされた。裁判所は、代弁人に、本人の個別の事務、一定の範囲の事務または全ての事務処理を委託した。代弁人の任命は、代弁人の任務範囲内においては、なお本人の行為能力が制限される、つまり本人は基本的に代弁人の同意によってのみ法律行為が行えうる、という効果をもたらした。

社会福祉的に訓練された適切な代弁人の不足を、代弁人法は協会代弁人制度の創設によって対処しようとした。この際、心的病気の者および精神障害者の世話のための組織的基盤が問題となった。代弁人協会は、国によって経済的に援助された私的な協会であり、専門の代弁人を雇用し、育成し、裁判所が代弁人として任命できるよう備えていた。協会の適性は、裁判所に代弁人を推薦することであった。しかし、代弁人協会の職員は、障害者のために代弁人を任命することに関する単独の請求権を有していない。裁判所は、代弁人の任命に際し、むしろ障害者の必要性だけを考慮して判断すべきとされ

⁽¹⁰⁶⁾
た。

代弁人制度は、いくつかの新しい概念を導入した。本人については、障害者 behinderte Personen と表記され、代弁人の任命の決定までは単に「本人 Betroffener」とよばれた。代弁人任命の決定後は、被監護者 Pflegebefohlene」とされた。この概念は、以前の「患者 Kranden」に変わる新しい専門用語である。「後見人 Kurator」および「援助者 Beistand」は、改正後統一され「代弁人 Sachwalter」となった。以前、行為能力剥奪宣告手続で「一時的な援助者 vorläufige Beistand」だった者は、非訟事件手続法283条2項において「一時的代弁人 einstweilige Sachwalter」とされた。「監護 Pflegeschafft」および「後見 Kuratel」という概念は、「代弁人制度 Sachwalterschaft」という概念⁽¹⁰⁷⁾に変えられた。

おわりに

オーストリアでは、既に近代の初期において、心身に障害を有する者が行う法的行為の効果は、官庁の裁量の下に置かれていた。1766年のコデックス・テレジアヌスおよび1786年のヨーゼフ法典には、既に心身の障害により、自らの事務を処理できない者には、特別代理人を任命することが定められていた。

1811年の一般民法典では、後見人 Vormund と特別代理人 Kurator という2つの概念が区別されて用いられていた。後見人は、未成年者にのみ、主にその教育と身上監護のために任命された。特別代理人は、成年者のみで、その財産および権利の保護のために任命された。さらに、特別代弁人と区別される概念として、私的代弁人 Privat=Sachwalter という言葉が既に一般民法典の当時のコメンタールにおいて用いられていた。この私的代弁人とは、直接本人が自ら、またはその世話人が選任した者であり、裁判所が任命した者ではなかった。未成年は、本来特別代理人を必要としないが、その父親または後見人が特定の事務を自ら処理できず、さらに特別な理由により自らの判断で代弁人を任命できない場合にのみ、特別代理人が必要とされた。

このことから、現在の代弁人制度の原語である「代弁人」の当時の意味は、成年者の財産および権利の保護のために任命される者で、かつ本人が直接自ら選任した者としても使われうる意味を有する語であったと考えられる。

1811年の一般民法典では、段階的な行為能力の剥奪は存在せず、本人は全ての行為能力を剥奪されていた。本人は手続において客体として扱われ、法的手段についての権限もなく、裁判所の決定について知ることもしなかつたとされる。

その後、19世紀後半において、ヨーロッパの文化的国家がほぼ全て精神病患者に関する法律を有していたのに対し、オーストリアには依然としてこのような法は存在せず、正当な根拠のない強制収容が問題となっていた。裁判官が強制収容や行為能力剥奪を避けるようになり、強制収容の法的要件が必要とされていた。そこで、1916年に、長い準備期間を経て行為能力剥奪宣告令が公布された。これには、制限的な行為能力の剥奪の導入、行為能力剥奪の手続に関する詳細な規定、本人を客体ではなく主体とみなすことなどの法的な前進が見られた。

しかし、同令に対する批判として、その硬直性が挙げられていた。裁判所は完全な行為能力の剥奪か、制限的な行為能力の剥奪しか有していなかったため、本人の必要に合わせて適切な措置を行うことができなかった。また、本人を援助するために、まずその行為能力を剥奪するか、制限するという考え方が根底にあった。この考えと、専門用語が本人への差別を生じさせていた。法的取引の安全という目的で行われた行為能力被剥奪者の公告は、目的を達成することなく、差別を強めただけであった。

このため、1970年ごろから行為能力剥奪宣告の数は減少していった。ドイツでは、障害監護という制度が存在し、行為能力を剥奪せずに障害者に監護者を付すという形で保護し、差別が生じるのを回避していた。このような制度がオーストリアでは存在しなかったため、ほとんどの裁判所では行為能力剥奪手続を最後まで行わず、法律行為の代理をなし得る一時的な援助者を任

命するにとどめていた。オーストリアにおける法改正がドイツよりも先行した理由のひとつに、障害監護制度と匹敵する制度が存在しなかったことが挙げられる。

1970年代後半から草案の作成が始められ、1984年から施行された代弁人制度は、大きくわけて二つの目的を有していたと考えられる。一つ目は、本人の必要性に応じた援助を行える制度を創設すること、二つ目は、代弁人の不足を補うために、専門的な代弁人を育成し、彼らによる専門的な組織、すなわち代弁人協会を創設することであった。代弁人制度の革新のひとつは、その専門化された性質であった。協会代弁人制度は、モデルプロジェクトとして代弁人法施行前の約2年間実施された。

代弁人法の革新は、改正に先立ち、比較的長期間社会学的な研究が行われたこと、この研究で得られた結果が、立法過程において影響を与えたことにあった。代弁人の任命要件は、本人が心的病気または精神障害のために、必要な事務処理ができないことである。本人が他の援助を受けられるのならば、代弁人の任命は不要であるとされ、補充性の原則が用いられた。代弁人制度は、本人から行為能力を奪うことではなく、援助を与えることを目的としていた。障害者への個人的な必要性に援助が合致するように、代弁人の任命には三類型が設けられた。

このようにして設立された代弁人制度だが、改正後、必ずしも立法者の意図したように制度が利用されたとは言いがたい状況であった。代弁人制度は、本人の行為能力をできる限り剥奪することなく、本人の必要性に合わせた範囲で代弁人を任命することを目的としていたのにもかかわらず、改正後は、全ての事務に代弁人を付与するということが、制限的な事務に比べて多く行われていた。このため、結局本人の行為能力は、包括的に制限されるという結果に至っていた。リスクを回避すること、手続にかかる費用および時間を初めから節約するために、全ての事務に代弁人を任命するということも生じていた。協会代弁人が手続において活動した場合には、全ての事務でな

く、個別的な事務に代弁人を付与するケースが増加した。しかし、協会代弁人の数はまだまだ不足していた。協会代弁人はオーストリア全土で活動していたわけではなく、その活動は地域によって差が生じていた。家族間においても、裁判所においても、代弁人制度に対する準備が不足していたとされる。改正に伴う必要な準備は、他の法律に比べると十分になされていたが、改正後その経験を生かす作業が不足していた。

また、もともと代弁人制度の創設は、その利用を行為能力剥奪宣告数の半分に減らさせようとするのも目的のひとつとして挙げられていたが、実際には利用数は急激に増加していた。これは、代弁人制度以外の保護・代理システムが不足していたこと、このようなシステムについて、現代社会の中でその必要性が増していること、などが理由とされた。この結果、制度設立から20年以上経過した後、代弁人制度は抜本的な改正を必要とされることになる。これについては、前述した通り別の論文で検討する。

- (1) Arno Pilgram, Gerhard Hanak, Reinhard Kreissl, Alexander Neumann, Entwicklung von Kennzahlen für die gerichtliche Sachwalterrechtspraxis als Grundlage für die Abschätzung des Bedarfs an (Vereins) Sachwalterschaft, Institut für RECHT-u.KRIMINALsoziologie, <https://www.irks.at>
- (2) Peter Barth, Das Sachwalterschaft-Änderungsgesetz 2006, iFamZ, 09/2006, S138, Martin, Schauer, Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) Teil 1, ÖJZ, 05/2007, 173, Martin Schauer, Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) Teil 2, ÖJZ, 06/2007, 217, Michael Ganner, Das österreichische Sachwalterrecht (Teil 1), BtPrax, 6/2007, 238, Michael Ganner, Das Österreichische Sachwalterrecht (Teil 2), BtPrax, 1/2008, 3
- (3) Monika Vyslouzil, Neue Aufgabe für die Vereinssachwalterschaft, iFamZ, 09/2006, S160
- (4) 田山輝明「成年後見法制の研究・下巻」468頁(成文堂、2001)
- (5) Ursula Froßmann, Österreichische Privatrechtsgeschichte, 2008, S15

- (6) Floßmann, a.a.O.5, S15
- (7) Floßmann, a.a.O.5, S15
- (8) Floßmann, a.a.O.5, S16
- (9) Franz Gschnitzer, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Recht, 1992, S20
- (10) Franz Gschnitzer, a.a.O.9, S14
- (11) Floßmann, a.a.O.5, S46
- (12) Floßmann, a.a.O.5, S47
- (13) Floßmann, a.a.O.5, S48
- (14) Floßmann, a.a.O.5, S48
- (15) Klang/Gschnitzer, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 1964, S148
- (16) Klang/Gschnitzer, a.a.O.15, S148
- (17) Franz von Zeiller, Commerntar über des allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, 1811, S118
- (18) Zeiller, a.a.O.17, S118
- (19) Zeiller, a.a.O.17, S119
- (20) Klang/Gschnitzer, a.a.O.15, S153
- (21) Zeiller, a.a.O.17, S119
- (22) Zeiller, a.a.O.17, S120
- (23) 1811年一般民法典187条：後見 Vormundschaft および特別代理 Curatel の規定
「父親による監護が受けられず、未成年またはその他の理由でその事務を自ら処理できない者に、法律は後見人 Vormund または特別代理人 Curator により特別な保護を授ける。」
- (24) Klang/Gschnitzer, a.a.O.15, S494
1811年一般民法典188条：後見 Vormundschaft と特別代理 Curatel の差異
「後見人 Vormund は、特に未成年者の身上監護を行わなければならないが、しかし同時にその財産も管理しなければならない。特別代理人 Curator は、未成年であることと異なる理由から、事務の処理ができない者の身上監護および財産管理のために必要とされる。」
- (25) Zeiller, a.a.O.17, S540
- (26) Zeiller, a.a.O.17, S541
- (27) Klang/Gschnitzer, a.a.O.15, S494

(28) Klang/Gschnitzer, a.a.O.15, S495

(29) Klang/Gschnitzer, a.a.O.15, S502

(30) Zeiller, a.a.O.17, S543

(31) Zeiller, a.a.O.17, S544

(32) Zeiller, a.a.O.17, S545

(33) Zeiller, a.a.O.17, S550

(34) 274条 生まれていない者について「まだ生まれていない者を考慮して、子孫一般のために、または既に存在する胎児(22条)のために代弁人が置かれる。前者の場合において、代弁人は、子孫に定められた遺産が減らされないように、配慮しなければならない。しかし後者においては、まだ生まれていない子の権利が維持されるように配慮しなければならない。」

275条 耳の不自由な者について「耳の不自由な者は、同時に状況が理解できない場合、持続的に後見のもとに置かれる。しかし、開始後25年が経過し、その事務を処理できるならば、その意思に反して特別代理人が置かれなくてもよい。ただその者は代弁人なしに出廷すべきではない。」

276条 不在者および把握されていない法律行為への参加者について「不在者または裁判所に目下まだ把握されていない法律行為の参加者のための特別代理人の任命は、もしその者が正規の代弁人を残しておらず、しかし代弁人なしではその権利が危険に晒されるか、または他者の権利がその動きを止められる場合に行われる。不在者の所在地が判明した場合には、特別代理人はその者にその法律行為の状況について知らせなければならず、もし他の処理がなされない場合には、未成年者の法律行為の場合のようにその法律行為を処理しなければならない。」

1239条「夫はその〔妻の財産の〕管理を考慮して、確かに一般に代理権を有する代弁人と見なされる。しかし、彼は相続財産または基本財産についてのみ責任を負う。管理の間に受けとった利益について、それがはっきりと生み出されたものでなければ、彼はその利益について返還する責任を負わない。このことは、むしろ管理が終了する日まで正当な権利と見なされる。」

(35) Friedrich Hartl, Der Weg zur Entmündigung 1916, Justiz und Zeitgeschichte, 1982, S374

(36) Hartl, a.a.O.35, S374

(37) Hartl, a.a.O.35, S375

(38) Hartl, a.a.O.35, S376

- (39) Hartl, a.a.O.35, S377, なお、この頃の歴史的背景については、Winzierl, Erika, Die historischen Hintergründe der Einführung des neuen Entmündigungsrechtes, Justiz und Zeitgeschichte, 1982, S121, 参照。
- (40) Reichsgesetzblatt 207/1916
- (41) Rudolf Foster/ Jürgen M.Pelikan, Von der Entmündigung zur Sachwaltschaft, 1984, S41
- (42) Oskar Leihner, Entstehung, Absicht und Wirkung der Entmündigungsordnung 1916, Justiz und Zeitgeschichte, 1982, S154
- (43) 行為能力剥奪宣告令1条「(1) 精神的病気または精神薄弱のためその事務をみずから処理することができない7歳以上の者は、完全な行為能力剥奪宣告を受けることができる。(2) その事務を処理することができないわけではないが、精神病または精神薄弱を理由としてその事務の処理のために援助者を必要とする成年者は、制限的な行為能力剥奪宣告を受けることができる。」
- (44) 行為能力剥奪宣告令8条「(1) 自己の利益を有する者の保護のために緊急に必要な場合には、精神病院またはこれに類似した施設に入院させ、または申立もしくは職権により行為能力剥奪宣告手続の導入の後、その者に暫定的擁護者が任命されるべきである。」
- (45) 行為能力剥奪宣告令18条「(1) この決定に先立って、この決定を担当する区裁判所の裁判官による指導のもとで、1人もしくは2人の鑑定人により病人の検査が行われなければならない。」
- (46) 行為能力剥奪宣告令29条「申請者、行為能力を剥奪されるべき者、その代理人および一時的な援助者は、全ての審理、尋問およびその他の公判において、召喚され、決定に関する基本的な事実について知らされなければならない。」
- (47) Leihner, a.a.O.42, S156
- (48) Leihner, a.a.O.42, S157
- (49) Leihner, a.a.O.42, S160
- (50) Leihner, a.a.O.42, S165
- (51) Leihner, a.a.O.42, S180
- (52) Leihner, a.a.O.42, S181
- (53) Vgl. Albert Ehrenzweig, Die Regierungsvorlage eines Gesetz über die Entmündigungsordnung, 1908,
- (54) 田山・前掲(4)・468頁, Vgl. Reichsgesetzblatt 207/1916

- (55) Foster/Pelikan, a.a.O41, S41
- (56) Foster/Pelikan, a.a.O41, S42
- (57) Foster/Pelikan, a.a.O41, S43
- (58) Foster/Pelikan, a.a.O41, S43
- (59) Foster/Pelikan, a.a.O41, S44
- (60) Foster/Pelikan, a.a.O41, S44
- (61) Foster/Pelikan, a.a.O41, S45
- (62) Foster/Pelikan, a.a.O41, S45
- (63) Foster/Pelikan, a.a.O41, S46
- (64) Foster/Pelikan, a.a.O41, S46
- (65) Foster/Pelikan, a.a.O41, S47
- (66) Foster/Pelikan, a.a.O41, S47
- (67) Foster/Pelikan, a.a.O41, S49
- (68) Foster/Pelikan, a.a.O41, S50
- (69) Foster/Pelikan, a.a.O41, S50
- (70) Foster/Pelikan, a.a.O41, S51
- (71) Herbert Ent, Die Bemühungen zur Reform der Entmündigungsordnung seit 1945, Justiz und Zeitgeschichte, 1982, S288
- (72) Ent, a.a.O.71, S289
- (73) Ent, a.a.O.71, S289
- (74) Gerhard Hopf, Von der Entmündigung und Anhaltung zur Rechtsfürsorge für psychisch Kranke, Justiz und Zeitgeschichte, 1982, S294
- (75) Hopf, a.a.O.74, S294
- (76) 強制収容法の改正草案は1974年ごろから作成され始め、1982年頃まで草案の修正が行われた。これについては、Hopf, a.a.O.79, S295を参照されたい。
- (77) Ent, Herbert/Hopf, Gerhard, Das Sachwalterrecht für Behinderte, 1983, S 27, Vgl. Ent, Herbert, Der Reform der Entmündigungsordnung, Enquete über die Reform der Entmündigungsordnung, 1979, (Hrsg.BMJ) S6,
- (78) Regierungsvorlage 742 BlgNR 15.GP, S10
- (79) Hopf, a.a.O.74, S297
- (80) Rudolf Foster, Sachwalterschaft-Sozialarbeit zwischen Recht und Psychiatrie, Rechtsfürsorge für psychisch Kranke und geistig Behinderte, 1984, S277

- (81) Foster, a.a.O.80, S278
- (82) Foster, a.a.O.80, S278
- (83) Foster, a.a.O.80, S279
- (84) Foster, a.a.O.80, S280
- (85) Foster, a.a.O.80, S281
- (86) Forster/Pelikan, Vom Krankenanstaltgesetz 1956 zum Modellprojekt Sachwalterschaft, Rechtsfürsorge für psychisch Kranke und geistig Behinderte, 1982, S210
- (87) Forster/Pelikan, a.a.O.86, S211
- (88) Forster/Pelikan, a.a.O.86, S211
- (89) Forster/Pelikan, a.a.O.86, S212; Vgl. Foster/Pelikan, Psychiatriereform Persönlichkeitsschutz und Rechtsfürsorge Vom Krankenanstaltengesetz 1956 zum Modellprojekt Sachwalterschaft, Justiz und Zeitgeschichte, 1982, S305; Foster/Pelikan, Psychiatriereform, Persönlichkeitsschutz und Rechtsfürsorge, Rechtsfürsorge für psychisch Kranke und geistig Behinderte, 1984, S 179,; Foster, Pelikan, Erster Zwischenbericht zum Modellprojekt Sachwalterschaft, Rechtsfürsorge für psychisch Kranke und geistig Behinderte, 1984, S 127
- (90) Rudolf Foster, Sachwalterschaft-Sozialarbeit zwischen Recht und Psychiatrie, · Rechtsfürsorge für psychisch Kranke und geistig Behinderte, 1984, S 281
- (91) Forster/Pelikan, Das Modellprojekt "Sachwalterschaft" in Österreich, Rechtsfürsorge für psychisch Kranke und geistig Behinderte, 1984, S151
- (92) Forster/Pelikan, a.a.O.91, S156
- (93) Forster/Pelikan, a.a.O.91, S158
- (94) Forster/Pelikan, a.a.O.91, S158
- (95) Forster/Pelikan, a.a.O.91, S158
- (96) Foster, a.a.O.90, S284
- (97) Foster, a.a.O.90, S284
- (98) RV742, a.a.O.78, S13
- (99) RV742, a.a.O.78, S15
- (100) RV742, a.a.O.78, S15

(101) RV742, a.a.O.78, S15

(102) Bundesgesetzblatt136/1983

(103) 岡孝「オーストリアにおける成年後見法の新たな展開」ジュリスト972号32頁
(1991) 田山輝明「成年後見読本」200頁以下(三省堂、2007年) Foster/Pelikan, a.a.O41, S52, Vgl. Herbert Ent/Gerhard Hopf, Das Sachwalterrecht für Behinderte, 1983; Helmut Pichler, Probleme, Erfreuliches und gesetzgeberische Fehlleistungen im neuen Sachwalterrecht, Juristische Blätter, 1984, 9/10, S225; Peter Zierl, Sachwalterschaftsprbleme in Österreich, Rpfleger, 6/1989, S225; Oskar Edlbacher, Ein paar allgemeine Anmerkungen zum Sachwalterschaftsgesetz, ÖJZ, 6/1985, S161; Edwin Gitschthaler, Einzelne Probleme des neuen Sachwalterrechtes und der Versuch einer Lösung, ÖJZ, 7/1985, S193; Ewald Mauer, Das Sachwalterrecht für behinderte Personen, 1 Teil, RZ, 3/1986, S50; Ewald Mauer, Das Sachwalterrecht für behinderte Personen, 2 Teil, RZ, 4/1986, S75; Friedlich Wilhelm Kremzow, Österreichisches Sachwalterrecht, 1984.

なお、本章の条文は、当時の現行法の条文である。

(104) Hanns Stabentheiner, Ein Überblick über das neue Sachwalterschaft, Anwaltsblatt 6/1985, S287

(105) Michael Schwimann, Das jungsten Schritte der österreichischen Familienrechtsreform, Das Standesamt 2/1985, S34

(106) Foster/Pelikan, a.a.O41, S54

(107) Stabentheiner, a.a.O.104, S287