

論 説

法定後見申立権者の範囲に関する
フランス法の規律
——成年後見制度の「担い手」論への布石として——

山 城 一 真

- 第一 はじめに
 - 一 問題の確認
 - 二 本稿の課題
- 第二 家産の保護と「家族の優先性」の原型
 - 一 民法典原始規定から19世紀学説へ
 - 二 20世紀学説から民法改正草案へ
 - 三 68年法以前の法状況に関する小括
- 第三 制度利用の促進と「家族の優先性」の後退
 - 一 68年法改正の針路
 - 二 申立権付与の理念
 - 三 68年法下の法状況に関する小括
- 第四 補充性の保障と「家族の優先性」の再編
 - 一 07年法改正の針路
 - 二 申立権付与の理念
 - 三 現行法の規律に関する小括
- 第五 結びに代えて
 - 一 法制の発展
 - 二 規律の論理

第一 はじめに

一 問題の確認——日本法の状況に照らして

[1] 後見開始の審判の申立権者とされるべき者は、だれか。この問題は、現実問題の解決を左右する点においてのみならず、家族と国家という二つのアクターを「本人の利益」の保護を旨とする成年後見法制のなかに適切に配備するという理念的課題への拡がりをもつ点においても、重要である。

本稿は、フランス法の通史的分析を通じて、この問題に接近することを目指すものである。その端緒として、はじめに、日本法につき、現在の議論状況((1))と現行法の立法過程((2))とを素描しておくことにしよう。

(1) 現状

[2] 周知のとおり、わが国現行法の立法過程においては、冒頭の問いをめぐって二つの大きな構想が対立した。

第一の構想は、裁判所の職権による手続開始（以下、「職権開始手続」という）を導入し、申立権者を本人のみに限定するものである。たとえば、⁽¹⁾次のように説かれた。本人の人権擁護の観点からは、禁治産宣告等が周囲の者の利益や都合のために利用されないことがないように仕組む必要がある。そのためには、申立権限を有するのは本人だけとするのが最適である。しかし、これだけでは実際に制度は動かない。そこで、裁判所の職権によるという考え方が生まれる。職権主義を採用すると、だれもが裁判所に対して手続開始をはたらきかけることができる。裁判所は、これを端緒として手続を開始するかどうかを調査し、判断を下せばよい。

(1) 田山輝明『成年後見制度の研究上』(成文堂、2000年)173頁。より早く、同「成年後見制度」ケ研240号(1994年)2頁。

この見解は、一方で、濫用的な申立てを抑制するために申立権者の範囲を限定しつつ、他方で、「職権発動の促し」というかたちで制度の入口を広げることで多様なニーズを汲み取ろうとするものであり、立法論として相当の支持を得るところとなった。⁽²⁾

第二の構想は、職権開始手続を導入せず、かつ、親族等による申立てを存置するものである。たとえば、次のように説かれた。⁽³⁾（旧）家事審判法14条が、家裁の審判に対する即時抗告権者として民法所定の申立権者を挙げていることを前提とすれば（現行の家事事件手続法123条1項も同旨）、職権開始を本則とすると、職権発動の適否、審判内容の適否に対する異議申立てをする機会が失われることとなる。この点を考えると、上記第一の構想には賛し難く、列挙される申立権者の範囲を過不足のないものとする——本人以外に「配偶者、直系血族、兄弟姉妹」等に申立権を与える——方向性が探究されるべきである。

もっとも、これら二つの構想は、親族等からの申立てを期待することができない場合に一定の対応を図らなければならない点、そして、その役割を検察官に期待する点においては、基本的な共通性を示していた。すなわち、第一の構想からは、職権開始手続導入の代替案として「検察官の機能を充実」⁽⁴⁾することが示唆され、第二の構想からは、公益の代表者たる検察官に対し、個人の利益を保護するという任をも託する可能性が示唆されたのである。⁽⁵⁾ いずれの構想も、当面する問題を克服するという目的そのものは共有していたのだから、出発点の相違にもかかわらず、こうして一定の

(2) これに賛意を示した見解として、額田洋一「成年後見法制定要綱『私案』」ジュリ1055号（1994年）103頁、高齢者財産管理法学会『成年後見法（私案）』（トラス60報告書、1998年）6頁以下〔道垣内弘人教授執筆部分。ただし、後述のとおり、道垣内教授自身は、申立権者を本人に限定することには批判的であった〕、小林秀文「法定後見開始手続上の問題点」判タ972号（1998年）9頁等がある。

(3) 道垣内弘人「成年後見制度私案(三)」ジュリ1076号（1995年）124頁以下。

(4) 田山・前掲「成年後見制度」（注1）7頁。

(5) 道垣内・前掲論文（注3）125-126頁。

共通理解に達したことは、むしろ自然の成り行きといえるかもしれない。

〔3〕 さて、以上の経緯で成立した現行成年後見法制は、職権開始手続は採用せず、法定後見（以下、保佐・補助をも含めてこの語を用いる）の申立権者につき、性格を異にする二系列の規律を置いた。すなわち、一つは、私法上の法律関係を基礎とする申立ての規律（民法7条、11条および15条1項）であり、いま一つは、福祉関連法に規定される市町村長による申立ての規律である（老人福祉法第32条、知的障害者福祉法第28条、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律第51条の11の2）。

「首長申立て」と総称される後者の各制度は、高齢者や障害者に対して福祉サービスを提供する市町村長が、それと連携するかたちで法定後見の開始についてもイニシアティブを発揮し得るものとする中で、公益的見地から制度利用の必要性を汲み取る途を開くものであった。もっとも、これらの手続は、いずれも「その福祉を図るため特に必要があると認めるとき」に限って発動される（以下、これを《福祉の必要性》要件という）。《福祉の必要性》要件が具体的にいかなる場合を想定しているかは、条文の文言それ自体からは判然としないが、少なくとも立法過程においては、「身寄りがない」等の事情によって親族による申立てを期待し得ない場合が念頭に置かれており、現在の制度運用も、親族の意向確認を先行させることにより、これに沿う方向で行われている。このような運用は、首長申立権

(6) これらのほか、任意後見契約が締結されている場合に関する特則があるが（任意後見10条2項）、本稿においては、さしあたり、任意後見契約の締結を前提としない法的規律を考察する。

(7) たとえば、第145回国会衆議院法務委員会第19号（平成11年6月11日）における細川清委員の発言、第146回国会参議院法務委員会第3号（平成11年11月16日）における白井日出男法務大臣の発言等。立法者の見解の概略につき、小林昭彦＝原司『平成11年度民法一部改正法等の解説』（法曹会、2002年）67頁、小林昭彦＝大門匡編著『新成年後見制度の解説』（きんざい、2000年）328頁を参照。

(8) 平成17年7月29日付け厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部障害福祉課長、精神保健福祉課長及び老健局計画課長連名通知。老人福祉法32条等に基づく首長申立につき、意向確認は二親等内の親族について行い、ただ、三・四親等の親族であつ

の濫用的行使を防止する意図によるものとみることができよう。⁽⁹⁾

〔4〕ところで、親族による申立てを期待し得ないことを首長申立ての要件とみる以上の解釈は、裏を返せば、親族による申立てを第一次的なものとし、そこにある種の優先性を認めることを含意する。成年後見制度が「私法上の法律関係を規律するもの」であることを理由として、首長申立ては、民法所定の申立権者による申立てを期待することができない場合にこれを「補完」する趣旨であるとする見解も、⁽¹⁰⁾こうした理解を端的に表すものといえよう。

しかし、その一方で、成年後見制度があくまで「本人の利益」を図ることを目的とするものであるならば、このような限定は無用——それどころか有害——ではないかという論調は、前記第一の立法構想から発展し、近時⁽¹¹⁾においてはますます高まっているように見える。やや図式的ながら、こ

て、申立てをしようとする者の存在が明らかである場合には、首長申立てによらないものとする。当初は、四親等内の親族の意向確認を行うべきものとされていたが、その確認が煩瑣である場合に、身寄りがなければかりに申立てに至らない事例がみられたため、「福祉の必要性」要件を緩和したものとされる。

(9) この旨を明確に指摘するものとして、高村浩『Q & A 成年後見制度の解説』（新日本法規、2000年）76頁。濫用的申立ての抑止という考慮は、申立権付与の主体を福祉関係の行政機関に限定し、民間の施設関係者等にまで拡大するという方針を採らなかった理由としても強調されている（法務省民事局参事官室『成年後見制度の改正に関する要綱試案の解説』（きんざい、1998年）補足説明17頁）。

(10) 精神保健福祉研究会『三訂精神保健福祉法詳解』（中央法規出版、2007年）552-553頁。

(11) たとえば、上山泰＝菅富美枝「成年後見制度の理念的再検討—イギリス・ドイツとの比較を踏まえて—」法政大学大原社会問題研究所・菅富美枝編『成年後見制度の新たなグランド・デザイン』（法政大学出版局、2013年）〔初出：筑波ロー8号（2010年）1頁〕30頁は、次のように論じる。「わが国の現行制度は、成年後見の開始について、申立主義を採り、かつ、この申立権者として、本人と配偶者等の親族との地位を原則的に等置している。ここにもまた、『本人を中心に据えた』発想からのズレを確認できるといえる。親族等に独自の申立権を認め、これを本人の申立権と同列に置く形式は、現行制度の利用が、あくまでも本人の利益のために行われるべきであるという基本理念と整合していないのではないかとの疑念を生むからである」。

うした見方からの帰結をまとめると、次のようになろう。すなわち、第一に、立法論としては、なお職権開始手続が高く評価される⁽¹²⁾。第二に、現行法の枠内においては、首長申立ての積極的活用が期待される⁽¹³⁾。そして、以上のコララーとして、第三に、「親族申立の優先性」は、立法・運用の両面において、成年後見法の理念としての「本人の保護」の実現にとっての桎梏として消極視されることとなろう。

〔5〕 以上、現行法の状況を素描してきたが、近年の問題提起によって強調されるように、わが国現行法には、さらなる改善の必要性が残されているとみるべきであろうか。また、そうであるとすれば、どのような針路が選択されるべきなのであろうか。本稿の課題は、その考察に向けての準備を整えることにある。

この問題を検証するためには、前提として、わが国現行法の制度構想——民法上の申立権者を四親等内の親族に限定し、かつ、そのなかに申立人を見出し得ないときに《福祉の必要性》要件が充足されるという制度構想——が、どのような意図に基づくものであるか、また、そこにどのような限界があるかを踏まえておく必要がある。したがって、本論に先立ち、「四親等内の親族」にいわば特権的な地位が与えられている理由について、立法者の意図を確認しておくこととする。

(2) 前提——「四親等内の親族」という基準の意義

〔6〕 平成11年改正の過程において、申立権者の範囲画定をめぐるなされた説明は、簡素なものである。すなわち、それは、「判断能力が不十分なために保護を必要とする本人に対する実効的な保護措置の発動の観点から」すれば、たとえば申立権者の範囲を「血族」に限定するというよう

(12) 上山=菅・前掲論文(注11)32頁。

(13) この見地から、首長申立てが「職権開始の代替機能も一部果たしている」との指摘もある。たとえば、赤沼康弘編『成年後見制度をめぐる諸問題』(新日本法規、2012年)43頁〔熊田均弁護士執筆部分〕。

なかたちで「現行法以上に限定する必要はない」というにとどまる。⁽¹⁴⁾つまり、従前の規律を所与として承継するという以上に、「四親等内の親族」という基準を設定することについての積極的な理由づけはなされなかったのである。

それでは、旧法において、申立権者の範囲が「四親等内の親族」と定められたのはなぜなのか。この規定は、旧民法人事篇223条、さらにはその起草過程で提出された諸草案に遡る。旧民法に至るまでに提出された草案は、次のようであった。⁽¹⁵⁾

【民法草案人事編第一草案 369条】⁽¹⁶⁾

禁治産ハ血族、配偶者及ヒ検事之ヲ請求スルコトヲ得

禁治産ヲ請求スル権利ヲ有スル一人ノ申立ニ依リ宣告セル裁判ハ他ノ総テノ人ニ対シ既判ノ効力ヲ有ス

【民法草案人事編再調査案 319条】⁽¹⁷⁾

禁治産ハ配偶者、四親等内ノ血族、戸主及ヒ検事之ヲ請求スルコトヲ得

禁治産ヲ請求スル権利ヲ有スル一人ノ申立ニ因リテ言渡シタル裁判ハ総

(14) 前者の説明は、前掲『要綱草案の解説』（注9）補足説明16頁から、後者の説明は、成年後見問題研究会編『成年後見問題研究会報告書』（きんざい、1997年）57頁から、それぞれ引用したものである。

(15) 以下に述べる旧民法人事編の起草過程については、手塚豊「明治二十三年民法（旧民法）における戸主権—その生成と性格—」同『明治民法史の研究 下（手塚豊著作集第八巻）』（慶應通信、1991年）215頁、堀内節「旧民法人事編第一草案の立案と審議過程」手塚豊教授退職記念論文集『明治法制史政治史の諸問題』（慶應通信、1977年）91頁、高橋良彰「旧民法典中ボアソナード起草部分以外（法例・人事編・取得編後半）の編纂過程」山形大学歴史・地理・人類学論集8号（2007年）56頁の諸研究によってその経緯を知ることができる。なお、禁治産制度の制定過程を概観する論稿として、石川恒夫「禁治産制度管見—民法制定過程一斑—」山島正男先生・五十嵐清先生・藪重夫先生古稀記念『民法学と比較法学の諸相Ⅰ』（信山社、1996年）1頁をも参照。

(16) 『民法草案人事編理由書 下巻』（出版地、出版年不詳）光妙寺三郎委員起稿部分47丁。

(17) 「民法草案人事編再調査（完）」法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立

テノ人ニ対シテ既判力ヲ有ス

【旧民法人事編 223条】

禁治産ハ配偶者、四親等内ノ親族、戸主及ヒ検事ヨリ之ヲ区裁判所ニ請求スルコトヲ得

禁治産ヲ請求スル権利ヲ有スル一人ノ申立ニ因リテ言渡シタル裁判ハ総テノ人ニ対シテ既判力ヲ有ス

以上のとおり、第一草案においては、「血族、配偶者」を申立権者とする規定が置かれるにとどまっていたが、再調査案に至ると、申立権者の範囲は「四親等内ノ血族」「戸主」とされており、人事篇223条の規定も、——わずかに修正を受けてこそいるもの⁽¹⁸⁾——再調査案を踏襲していることがわかる。もっとも、再調査案が成立をみるまでにいかなる議論がなされたかを史料から確知することはできず⁽¹⁹⁾、「四親等」という基準が設定された根拠は判明しない。しかし、それでもなお、この規定は、准禁治産（準

法史料叢書16』(商事法務研究会、1989年)所収、28頁。

(18) 再調査案は、村田保委員の提案によって「区裁判所＝」の文言を加えられ(「法律取調委員会 民法＝関スル諸意見書綴込」・前掲『日本近代立法史料叢書16』71頁)、元老院審査会での審議を経たうえで、内閣によって「血族」が「親族」に修正され、成案(いわゆる第三版)となる(この間の経緯につき、石井良助「旧民法人事編元老院提出案、審査会案、議定案および内閣修正案」国家72巻2号(1958年)52頁)。旧民法における「親族」の語は、現行法における「血族」を意味するから(人事編19条)、後者は実質的な変更ではない。なお、その後、明治民法の制定過程において、「親族」の語は、その文言を変じないままに語義を拡張されることとなるが(法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会 民法議事速記録五』(商事法務研究会、1984年)463頁以下を参照)、そのこととの関係で禁治産宣告の申立権に関する規律を改めることが検討されることは、なかったようである(同監修『法典調査会 民法主査会議事速記録』(商事法務研究会、1988年)265頁以下)。

(19) 堀内・前掲論文(注15)111頁以下の叙述に依って推察すると、この修正の構想は、明治22年3月8日に行われた逐条検討(「講究会」)、または、同年4月11日から18日までの間に行われた人事編に関する大体論議の経緯で生まれたものと解される。しかるに、司法研究室旧蔵「民法草案人事編大体論議事筆記」は、「人事編草案に関する唯一つの審議速記録」であるものの、「昭和19年頃に司法研究室より甲府刑務所に疎開し……同20年7月の爆撃により焼失してしまつて現存しない」とされるのである(堀内・同92-93頁)。

禁治産) 宣告の申立権者を定める人事編232条2項との対比によって、旧民法の構想の一端を窺わせる。⁽²⁰⁾

【人事編232条2項】

准禁治産ノ言渡ハ配偶者、三親等内ノ親族及ヒ戸主ノ請求ニ因リ区裁判所之ヲ為ス

このように、准禁治産については、申立人となり得る親族の範囲は「三親等」に限定されている。その理由もまた立法過程からは知り得ないが、学説において次のような注釈がなされていたことは、注目されてよいだろう。

「禁治産及ヒ准禁治産ノ処分請求ヲ為スコトヲ得可キ者ノ間ニ斯クノ如キ微妙ナル差異ヲ設ケタルノ理由ニ至リテハ分明ニシ難シ強イテ之レカ理由ヲ求ムレハ心神喪失ノ常況ニ在ル者ハ治産ヲ禁スルコト本人及ヒ一家ノ為メニ最モ必要ニシテ且ツ其ノ原因ハ最近親ニ在ラサル者ト雖モ之レヲ知ルニ足レルヲ以テ之レカ処分ヲ請求シ得ル親族ヲ四親等内ト為シタルモ准禁治産ノ原因ハ禁治産ノ原因ニ比スレハ稍々事体軽キ所アルノミナラス最近親族即チ三親等已内位ノモノニアラサレハ其ノ実況ヲ知ルコト能ハサル⁽²¹⁾キカ故ニ之レカ処分ヲ請求シ得ル親族ヲ三親等内ト為シタルニアルヘキ歟」

この理解に従って考えるならば、禁治産・准禁治産宣告の申立権者の範

(20) なお、人事編223条の注釈は区々であり、申立権者の範囲については、「当然」としてそれ以上の説明をしないもの（磯部四郎『大日本新典 民法積義 人事編之部』（長島書房、出版年不詳）337頁）、漠然と「利害関係」の存在を指摘するもの（井上操『民法詳解 人事之部 上巻・下巻』（1891年）173頁）、この「利害関係」の内容を相続財産減少の可能性に求めつつ「家の尊重」をも指摘するもの（岸本辰雄『民法人事編講義 卷之二 自第七章至第十六章』（明治法律学校、出版年不詳）412頁）、さらには、本人の利益保護ないし本人への情愛を指摘するもの（磯谷幸治郎述『民法人事編』（出版地、出版年不詳）384-385頁。奥田義人『民法人事編（完）』（有斐閣、1893年）523頁も同旨か）がみられる。なお、最後の説明は、富井政章『民法原論 第一巻 総論』（有斐閣、1985年復刻版）156頁、岡松参太郎『註釈民法理由 上』（有斐閣書房、1896年）32頁等による明治民法の注釈とおおむね同旨である。

(21) 奥田・前掲書（注20）537頁。

囲に関する旧民法の規定は、原因の重大性、本人の具体的状況の認識可能性等の諸事情に応じて、申立人となるべき親族の範囲は異なるべきであるという認識を基礎とするものといえる。「四親等内の親族」という準則は、当初、そのような実質的考慮を担うものとして設定されたのである。

〔7〕 旧民法のこのような態度は、現行法が「四親等内の親族」という基準を維持していることについて、何を示唆するだろうか。

まず、今日なお、「原因の重大性」「具体的状況の認識可能性」「相互の親密性」といった実質的な理念によってこの基準を正当化し得るかは、少なくとも自明ではなく、むしろ疑わしいといえよう。この間、100年余を経て、わが国における「家族」の形態、これをとりまく環境は、大きく変容したといってよい。そうである以上、「四親等内の親族」という人的関係がもち得る実質的な意味にも、一定の変容が生じているとみられるからである。

しかし、実質的な理念に基づく正当化は困難であるとしても、次のような見方は成り立ち得るように思われる。すなわち、申立権者の範囲を形式的に限定することは、本人との関係の遠い者による——往々にして濫用にわたりがちな——申立てを事前かつ画一的にスクリーンし、家庭裁判所での判断コストと過誤のリスクを低減させることを可能にする。このように、「四親等内の親族」という基準設定には、申立権者の範囲を戸籍に従って確定することが可能になるという特性、いかえれば、「法適用の容易化」という機能的特性が認められる。「四親等内の親族」が後見・保佐・補助の全類型に共通する統一的基準とされたこと、平成11年改正にあたって旧法との連続性が強調されたことも、こうした見方に整合し得よう。

(3) 考察課題の析出

〔8〕 以上の分析が当を得ているとすれば、「四親等内の親族」という基準を設定する現行日本法のもつ意義を評価するためには、二つの問いを

用意することが適切であろう。

第一に、この基準が、家族と国家という二つのアクターを成年後見法制のなかに適切に配備するという課題に適合するか、という問題。具体的には、職権開始手続を否定し、「親族」に優先性を与えるという立法構想の当否が問われよう。これは、法制の「理念」に関わる問題だということができる。

第二に、この基準がもつ、画一的なスクリーンによって後見開始にかかる判断コストを低減させるという法の「形式的実現可能性」⁽²²⁾の考慮をどのように評価すべきか、という問題。以下では、さしあたり、これを法制の「実現形式」の問題と呼ぶことにしよう。

二 本稿の課題——フランス法の通史的考察

[9] 本稿においては、以上の観点から日本法の分析を進めるための準備作業として、フランス法における成年後見開始の審判の申立権者に関する規律を考察し、そこから分析の視座を獲得することを試みる。以下、フランス法に着目する意義を具体的規律に即して明らかにしたうえで((1))、本稿の構成を示すこととしよう ((2))。

(1) 対象

[10] 2007年3月5日の法律第308号による改正によって成立した、フ

(22) このような視点を設定する意義については、法の実現可能性における実質と形式の問題を論じる、R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1. Teil, Leipzig, 1924, § 4, S. 51 (イェーリング (原田慶吉監訳) 『ローマ法の世界 第一巻(1)』(有斐閣、1950年) 76頁以下) を参照。

(23) 07年改正それ自体については既に多くの紹介がなされているから、本稿においては改正の背景・経緯のものには立ち入らない。改正の概略については、窪幸治「フランスにおける成年者保護制度の改正」総合政策(岩手県立大学) 9巻2号(2008年) 169頁、小林和子「後見—後見に関する2007年3月5日の法律第308号(立法紹介)」日仏25号(2009年) 229頁、今尾真「フランス成年者保護法改正の意義と理念」

ランス現行民法典における成年後見法（以下、「07年法」という）は、以上の問題につき、①職権開始手続を否定する、②「家族」に一定の優先性を与えるという二点において、日本法と相似的な構造を有している⁽²⁴⁾。

【民法典 430条】

1 措置の開始の申立ては、保護する必要がある者により、又は、場合によっては、それらの者との間における共同生活が終了していない限りにおいて、その配偶者、その者がパクスを締結したパートナー、若しくは内縁の配偶者により、血族若しくは姻族により、成年者と緊密かつ持続的な関係を保持する者により、又は、法的保護措置を自ら実施する者により、提起することができる。

2 それはまた、職権又は第三者の求めにより、共和国検事によっても提起することができる。

もっとも、この相似性は、わが国の立法においてフランス法が有力なモデルの一つとされたという周知の事情に由来するものではない。平成11年改正によって参照されたフランス法、すなわち、1968年1月3日の法律第5号を基礎とする成年後見法（以下、「68年法」という）は、職権開始手続を有していたのである。他方でまた、「家族に対して優先性を与える」ということの意義も、日仏においては大きく異なる。フランス法においては、「成年者と緊密かつ持続的関係を保持する者」にも申立権限が付与されており、この意味において、著しく実質化された人的関係が想定されている

新井誠ほか編『成年後見法制の展望』（日本評論社、2011年）165頁、拙稿「フランス成年後見法の現状概観」実践成年後見42号（2012年）126頁を参照。

(24) フランス民法典にかかる条文訳としては、特に、稲本洋之助編訳『フランス民法典 その原始規定（1804）と現行規定（1971）第1編』（「家」制度研究会、1972年）による原始規定の翻訳、『諸外国における成年後見制度』（法曹会、1999年）1頁所収の稲本洋之助教授による68年法の翻訳、清水恵介「フランス新成年後見法」日本法学75巻2号（2009年）491頁による07年法の翻訳がある。本稿における引用条文は、これら既成訳を広く参考としつつ、適宜の調整を加えて訳出した。

からである。

【11】 以上にみた68年法から07年法への転換は、家族と国家というアクターが果たすべき役割につき、次の二つの問いを提起する。

一つは、職権開始手続が廃止されなければならなかったのはなぜか、との問いである。ひとたび導入した職権開始手続を再び断念した今日のフランス法は、この手続の利害得失の自覚の上に成立したものとみることができ。その経験は、等しく職権開始手続を認めない日本法において、成年後見の申立手続がどのように運用されるべきかを考えるうえでも、重要な視点を提供してくれるであろう。

いま一つは、著しく実質化された人的範囲が規定されたのはなぜか、との問いである。この点に関する07年法の態度決定を知るためには、さらに次の条文にも注意を払う必要がある。

【民法典 415条】

- (1) 被保護成年者は、本章に定める態様に従って、その状態 (état) 又は状況 (situation) が必要とする身上及び財産の保護を受ける。
- (2) この保護は、個人の自由、基本権及び個人の尊厳に配慮してこれを設定及び確保する。
- (3) この保護は、被保護者の利益を目的とする。これは、できる限りの方法で、同人の自律性を促進するものとする。
- (4) この保護は、家族及び地方公共団体の責務 (devoir) である。

07年法の理念を謳うこの規定、特にその第4項の特徴は、一見して明らかなおおりに、地方公共団体と家族の責務を並置した点にある。このことのもつ意義は、07年法成立後にいち早く公刊されたマロリーの概説書によれば、次のように説かれている。「成年者保護をまずもって家族に属せしめるフランス法と、より国家的な見地に立つドイツ法とを対置するという伝統的議論を超えて、〔07年法が施行される〕2009年1月1日からは、家族がそれを保障することができないときには、成年者保護は、国家のコント

ロールを伴う専門家によるものとなろう。かくして、成年者保護には新たな様相が与えられることになる⁽²⁵⁾」。

ここにみられるように、この規定の第一次的な重要性は、成年者保護制度に対して新たに与えられた社会的・公的性格に認められる。しかし、「成年者保護をまずもって家族に属せしめるフランス法」という「伝統的議論」への言及に留意しつつ上の叙述を読むならば、「家族の優先性 (priorité familiale)」が、相対的な比重を低下させながらも、改正法においてなお堅守されていることこそが目を惹く。415条4項にこのような含意が認めら

(25) Ph. MALAURIE, *Les personnes, Les incapacités*, 3^e éd., Defrénois, 2007, n^o 534, p. 236 ; 5^e éd., n^o 758, p. 315. ただし、マロリーの所説にみられるような自己規定は、元来、未成年後見の領域において説かれるのが通例であった (v. L. JOSSERAND, *Cours de Droit civil positif français*, tome 1, Sirey 1938, n^o 350, p. 226 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les personnes*, Sirey, 1975, n^o 550, p. 670. さらに、稲本洋之助『フランスの家族法』(東京大学出版会、1985年) 112頁以下をも参照)。もっとも、広汎な比較法研究に基づいて「家族後見 (tutelle de la famille)」対「官庁後見 (tutelle de l'autorité)」という見方をいち早く定式化した P. FOURNIER, *Le rôle du juge dans la tutelle*, Lille, 1934, n^{os} 1 et s., pp. 1 et s. は、「現在、民法は後見開始の原因として二つの法的事実を規定している。すなわち、未成年と狂気 (folie) である」との書出しによって始まるものであり、家族後見の理念が禁治産制度とも無関係ではないことを念頭に置いていたかみえる。

(26) なお、厳密に言えば、本稿での「家族の優先性」の用法は、フランス法での一般的なそれに比べて二重に拡張されているため、この点について若干の注意を述べておきたい。第一に、「家族の優先性」は、本来、後見人選任の局面を規律する準則であり、申立権者の範囲画定には関わらない。マロリーの前記分析も、直接には後見人たるべき者の規律を念頭に置いたものである。しかし、次のような意味では、申立権者との関係でも「家族の優先性」を語ることはなお可能であると考ええる。すなわち、後見人の選任に関する07年法の準則は、四段階からなる(前掲拙稿(注23) 128頁)。^①本人の意向が示されたときは、それを優先する(448条、449条)。^②本人の意向が示されていないときは、まず(生活共同が終了していない)配偶者、パクス・内縁のパートナーの選任を検討する(449条1項)。^③それがないときは、血族、姻族、または本人と同居する者、もしくは本人と持続的・緊密な関係を保持する者を選任する(449条2項)。そして、^④これらに適任者がいないときに初めて、専門職後見人が選任される(450条1項)。このように、後見人選任の局面における規律は、相互の間に序列を設けつつも——そして、^②ないし^④の序列が、「家族の

れるとすれば、成年者保護制度の公的性格と両立するかたちで維持された「家族の優先性」が、どのような役割を担い、また、どのような理念によって基礎づけられているかが問われるべきこと⁽²⁷⁾になるろう。

（２）構成

[12] 以上の状況を念頭に置いて、本稿では、フランス法における法定後見の申立権者に関する規律が辿った発展の通史的考察を試みる。こうした検討方針を採用する理由は、次の点にある。

現在のフランス成年後見法が掲げる理念は、上に素描したような変遷の結果として生み出されたものである。そうであれば、これを把握するためには、法制度の現在の姿を素描するにとどまらず、そこに至るまでの展開

優先性」と呼ばれる——、430条と同一の人的範囲を定めている。このことは、07年法が、これらの規律に掲げられている人的範囲に対し、後見制度の「担い手」としての特別な意味を与えていることの現れといえよう。そのような含意を(広義の)「家族の優先性」と称することは、可能かつ有益だと考えるのである(かかる用例として、Th. FOSSIER (dir.), *Curatelle, tutelle, accompagnements. Protection des mineurs et des majeurs vulnérables*, préf. P. CATALA, Litec, 2009, n° 178, p. 78)。第二に、上に掲げた人的範囲には、厳密な意味での「家族」には包摂し難い者が含まれている。「本人と緊密かつ持続的な関係を保持する者」がそれであり、これは、いわば「ともだち」に属するものである(大村敦志「民法における『ともだち』一問題点の整理」加藤一郎先生追悼『変動する日本社会と法』(有斐閣、2011年)119頁)。しかし、申立権者の範囲画定は「家族」観の変遷と相関しており、「ともだち」を取り込んだ立法もまた、一定の家族観に根差したものとみる余地がある(大村・同論文133頁も、『家族』の外延は必ずしも明らかではないため、『家族』と『ともだち』の境界もはっきりしない)として、「ともだち」には「準家族性」が認められると指摘する)。そのような角度からの考察を排除しないために、本稿では、狭義の「家族」のほか、その外縁に位置し、それに準じた根拠に基づいて申立権限を与えられる者をも、さしあたり「家族」と捉えることとする。

(27) 成年後見法における家族の役割については、複数の論文がフランス法の特徴として言及している。注目すべき論稿として、J. HAUSER, *La famille et l'incapable majeur*, in : *La réforme des tutelles : les acteurs*, AJF 2007, p. 198 ; N. PETERKA, *La famille dans la réforme de la protection juridique des majeurs*, JCP G. 2010, Étude 33, n° 1-2, p. 45.

全体を視野に収めなければならないであろう。もとより、フランス成年後見法の歴史を叙述し尽くすことはできないが、研究の蓄積が多いとはいえない分野であるだけに、現行法を正確に理解するためにも、現行制度の表層を擦るだけでなく、フランス成年後見法の辿った発展を総体として把握するよう努めることが要請されると考えるのである。

このような見地から、本論においては、「家族の優先性」がどのように位置づけられたかを一つの視軸として、成年後見開始の審判の申立権者に関するフランス民法典原始規定⁽²⁸⁾以来の規律を考察する。具体的には、1804年(第二)、1968年(第三)、2007年(第四)という三つの立法を画期として、それぞれの法状況が追跡される。以上の検討は、安易な「日本法への示唆」をもたらさないにせよ、日本法を見つめ直す視座を獲得するための一助となり得ると考える(第五)。

第二 家産の保護と「家族の優先性」の原型

[13] 本項においては、原始規定の成立から68年法制定前までの法状況を考察する。この160年あまりの間に、他の家族法領域においては多くの改正が行われたのに対し、民法典に規定された成年後見法は改正を経験しなかった。しかし、このことは、原始規定の下での法状況が何らの変移も示さなかったことを直ちに意味するわけではない。以下では、この間の法状況を辿るために、まず、原始規定の構想を中心として19世紀における制度理解を確認したうえで(一)、20世紀前半における議論状況の考察に及ぶこととする(二)。

(28) フランス成年後見法に関する簡にして要を得た通史的考察として、水野紀子「フランス法における成人後見」(東京都社会福祉協議会、1993年)103頁以下がある。精神病者の処遇に関する法制との関連が踏まえられており、07年改正を経た今日においても参考になるところがきわめて大きい。

一 民法典原始規定から19世紀学説へ

(1) 総説

[14] はじめに、民法典原始規定が、禁治産の申立権者についてどのような規律を設けたかを考察しよう⁽²⁹⁾。

【原490条】

すべての血族は、その血族の禁治産を提起することを受理される。夫婦の一方が他方に対する場合にも、同様である。

【原491条】

噪暴 (fureur) の場合において、禁治産が夫婦〔の他方〕によっても、血族によっても提起されないときは、禁治産は、政府委員によっても提起されなければならない。政府委員は、魯鈍 (imbécillité) 又は心神喪失 (démence) の場合にも、夫も、妻も、知られた血族も有しない者に対して、禁治産を同様に提起することができる。

このように、原始規定は、家族による申立てと政府委員 (commissaire du Gouvernement)⁽³⁰⁾ による申立てとによって構成されており、両制度の適用領域は、本人が「噪暴」「魯鈍」「心神喪失」のいずれの状態にあるかに

(29) 原始規定においては、後見 (tutelle) の語は未成年後見に限って用いられ、成年者の財産管理は禁治産 (interdiction) として制度化された。ただし、禁治産者は、その身上および財産については未成年者と同視されるから (原509条)、両者の法的取扱いは、基本的には同一である。

(30) 「政府委員」の語は多義的であるが、起草者による理由説明は、その同義語として検察官 (ministère public) を用いている。この用語法は、1790年8月16日=24日の司法組織に関するデクレ8章1条が、「検察の吏員 (officiers du ministère public)」を「国王委員 (commissaires du Roi)」と同義とした (J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets d'intérêt général, traités internationaux, arrêtés, circulaires, instructions, etc.*, tome 1, pp. 324 et 325. 訳文として、東京大学社会科学研究所『1791年憲法の資料的研究』(1972年) 149頁) ことに由来するものであろうか。

(31) (32)
 応じて画されている。すなわち、491条前段は、検察官による必要的な申立ての対象を「噪暴」の場合に限定するのである。

以上の構想を、立法者の理解に沿って敷衍しよう。これを余すところなく述べたのは、共和暦11年風月30日(1803年3月21日)に護民院での公式伝達において行われた、ベルトラン・ドゥ・グルイユによる趣旨説明である。⁽³³⁾

次の条文は、配偶者とその他すべての血族とに対し、区別なく、禁治産の申立権限を与えるものである。精神的、身体的な錯乱によって家族内の財産や生活を失いかけているときには、家族の構成員に対し、これらを保持する方途を与えることが望ましい。配偶者とその他すべての血族は、これらを保持することについて直接かつ個人的な利害関係を有しており、さらには、名誉ある連帯と、あらゆる信頼を与えるにふさわしい愛情をも有するのである。

もっとも、懈怠や無視のために、申立てを期待し得る血族がいないこともあろうが、そのような場合、特に噪暴のときは、検察官の関与が高度に

(31) *Le nouveau Petit Robert*, Le Robert, 2007においては、「噪暴 (fureur)」は「暴力へと駆り立てる狂気 (folie)」、「魯鈍 (imbécillité)」は「白痴 (idiotie) と単なる虚弱 (débilité) との間に属する、第二段階の精神遅滞状態」、「心神喪失 (démence)」は「重篤な精神障害の総称」と定義される。噪暴は、理性の喪失が暴力を惹起する点で (*v. aussi* A. RAY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2006, *v*^o Fureur)、後二者と区別される。後二者は程度の差であり、心神喪失がより重い。

(32) なお、これら三つの事由は、「噪暴、魯鈍又は心神喪失を理由とする裁判上の禁治産 (interdiction judiciaire) により、市民権の行使は停止される」と定める共和暦3年果実月5日(1795年8月22日)の憲法13条1号に既に現れていたものであり、民法典もこれを承けたものかと推察される。

(33) P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, réimpr. O. Zeller, 1968, tome 10, p. 721. 本稿においては、民法典立法史料としては本書を用い、FENETとして巻数によって引用する。なお、ポルタリスの民法典序論も、本文に述べるところとほぼ同旨を約言している (*v. FENET*, tome 1, pp. 505 et 506. ポルタリス(野田良之訳)『民法典序論』(日本評論社、1947年)68-69頁)。

要請される。狂気に犯されて遠方に監置されており、知人も友人もないような者についても、同じことが起こり得る。最後に、私生子は、本法律によるほかに何ら保護される術をもたず、法務官吏のほかには血族もないのだから、自身に任せて、恒常的な精神錯乱（*délire*）という危険な状態のままに放置しておくことはできない。485条から491条までは、こうした重大な不都合がないようにするためのものである。〔以下、491条の引用〕

ここで、本条の定めが、検察官（*ministère public*）⁽³⁴⁾の訴権を噪暴の場合に限定しており、しかも、家族のもとに委ねられている者については、心神喪失や魯鈍の状態にあってもこの訴権が認められていないことを確認しておこう。このように権限に対する制約を設けることは危険だと考える者もいた。財産をもたない血族は無頓着であることがあまりに多く、魯鈍の血族の哀れな状態が放置されてしまうと考えたのである。論者は、彼を引き取り、苦しみかつ不幸な人にとって最後の拠りどころである精神病院（*asile*）に送る任を課されるべきこととなる、社会がその世話を引き受けるのではないかと懸念した。そこで、論者は、検察官が担わされることとなる司法官職に対して専権を与えて、家族の鈍った愛情や熱意を鼓舞しても無益なときには、職権で訴えを提起することができるようにすべきだ、と結論づけたのである。

しかし、この点について政府委員にあまりに多くの自由を与えることには不都合がないわけではないということも、認めなければならない。家族というのは、この種の問題を注意深く隠そうと努めるのが普通である。家族は、そのことに苦しみ、それが公になることを懸念し、友人の益体もない話や、仇敵による悪意ある目を疑い出す。特に、家族というのは、父の恥辱は子にも跳ね返ると考えるものである。したがって、利害関係、廉直な愛、礼節、あるいは愛情によるのであれ、家族は、自らを被衣に包み、災いのありさまを隠しながら、それでいて、病状を健康と理性とに服させ、

(34) さしあたり、「*ministère public*」には「検察官」の訳を当てる。検察官＝公的輔佐が担った役割については、北村一郎「フランスにおける公的輔佐（*ministère public* いわゆる検察）の構造」野田良之先生古稀記念『東西法文化の比較と交流』（有斐閣、1983年）701頁を参照。

財産を享受することができるようにするために必要な配慮と治療を一つも見逃さないのである。政府委員が無遠慮に熱意をもち、この麗しき調和は間違いなく壊されることになり、これらすべての有益な結びつきは掻き乱されることになろう。援助を与えることは、有害とまではいえないにせよ、少なくとも歓迎されることではない。それによって、精神錯乱者は、時宜を得ず、思慮に欠けた手続が自らの血族にとっての醜聞になるという軋轢と不快によって、多くを失うことになろう。

家族の名誉と利益から酌み取られる以上の考えに照らすと、ここで採用した仕組みに対し、ほかの方法よりも人間性を大切にすきっかけを提供してくれるものとして、優越性を与えざるを得なかったのである。

(2) 家族と国家——491条

[15] 上記引用の説明においてまず目を惹くのは、ベルトラン・ドゥ・グリュユが、禁治産宣告手続の開始という局面を、国家と家族との相克として捉えていることである。治産を禁ぜられることは「父の恥辱」であるから、国家の代表者である検察官の出過ぎた干渉により、家族の望むところに反して汚辱を着せることがあってはならない。公権的関与に関するこのような見方を反映して、原始規定における検察官の申立権は、二つの異なる側面を有するものとして構想された。すなわち、一つは、家族がいな^い場合に申立人となることである(491条後段)。この側面においては、可及的に家族の意思が尊重され、検察官の申立権は、補充的な権限(pouvoir)とされなければならない。しかし、いま一つの役割として、検察官には、社会に危害を及ぼす「噪暴」の状態にある者につき、保安的な申立権限が与えられる(491条前段)。これは、家族の申立権と並立するものであり、この側面においては、検察官による申立ては、義務(devoir)的性格を帯びるものとされるのである。

ところで、ベルトラン・ドゥ・グリュユの説明は、以上にみた規律が異論なく受け容れられたわけではなく、検察官の申立権限をより広く認める

べしとする反論を受けたという経緯をも明らかにしている。実際、立法過程を辿ると、491条が曲折の末に成立したものであること、そして、そこでの争点が、公権的関与が認められる場合をどのように規定するかにあったことがわかる。

〔16〕 原始規定490条・491条は、ジャックミノール草案「成年および禁治産」の章、共和暦八年草案第10章第2節のそれぞれ5条・6条を基礎とする。以上のうち、5条は、文言に微細な相違はあるものの、内容においては既に原始規定490条と同旨を規定している。これに対し、6条は、両草案のいずれにおいても、原始規定に存する「噪暴の場合に」の限定を付さず、かつ、申立てを政府委員の「義務」とするものであった。⁽³⁵⁾つまり、配偶者または血族があえて禁治産宣告を求めないという望みを貫徹する余地は、いかなる場合においても保障されていなかったのである。

ところが、國務院における共和暦11年霧月13日（1802年11月4日）の審議に提出された法案は、申立てを政府委員の義務とする点においてはこれらの草案を承継したものの、申立てが義務づけられる場合については、原始規定と同じく、これを「噪暴の場合」に限定していた。⁽³⁶⁾立法過程における議論は、この点をめぐって展開されることとなる。すなわち、共和暦11年霜月10日（1802年12月1日）の護民院での非公式伝達において、護民院立法部は、「噪暴の場合に」を削除する案を提出するとともに、申立権は「配

(35) それぞれの規定内容は、以下のとおりである（FENET, tome 1, p. 343 ; tome 2, pp. 90 et 91）。

〔ジャックミノール草案「成年および禁治産」の章第2節6条〕

夫婦〔の他方〕又は血族が申し立てないときは、禁治産は、住所のあるカントンの市町村官公庁署に駐在する政府委員によって申し立てられなければならない。

〔共和暦八年草案第10章第2節6条〕

夫婦〔の他方〕又は血族が申し立てないときは、禁治産は、禁治産を申し立てられる者の住所の治安判事によって申し立てられなければならない。その申立ては、治安判事の任命に基づき、管轄民事裁判所に駐在する政府委員によって形成される。

(36) FENET, tome 10, p. 681.

偶者または親族によって申立てがなされないか、これらの者がいないすべての場合に、公的主体に対して認められるべきである」としたのである。⁽³⁷⁾
 その理由は、次のようであった。⁽³⁸⁾

噪暴の場合には、社会は、禁治産の申立てをすること、さらには、事件を予防するために、警察の領域に属するその他の措置を講じることについてより直接的な利害を有するが、それと同様に、困窮に陥ることを避けるという個人の利益において、あるいは、そのような個人に対して精神病院での保護を提供する義務を負うべき社会の利益において、その他の場合にも同じ規定が適用されるべきこともまた、同じくらいに確かなことのように思われる。

もっとも、魯鈍および心神喪失の場合に、配偶者または血族が禁治産の申立てをしないにもかかわらず、検察官がこれを提起するよう義務づけることには不都合があるという場合もあり得よう。そこで、こうした状況を、魯鈍または心神喪失の状態にある市民に関して一般的な見地から義務づけられていることと調和させるために、この措置は、検察官に対して裁量的な権限として与えるものとする。いうなれば、禁治産を提起しなければならないのではなく、提起することができるのである。

以上のとおり、この提案においては、公権的関与がなされ得る場合が「噪暴」以外にも拡大されるとともに、検察官の申立てが一様に「権限」として構成されている。それは、「噪暴の場合」にも公権的関与を裁量的なものとして構成する点では、原始規定よりも公権的関与を限定している。しかし、その反面、「魯鈍」「心神喪失」の場合に、本人に家族がいるときであっても公権的関与の余地を認める点では、原始規定よりも公権的関与を拡張している。この提案は、それ自体としては容れられることがなかった

(37) FENET, tome 10, p. 697.

(38) *Ibid.* 具体的に示された条文提案は、以下のとおりである。

禁治産が夫婦〔他方〕によっても、血族によっても申し立てられない場合には、禁治産は、政府委員によっても申し立てられることができる。

が、原始規定が491条2文において「魯鈍」「心神喪失」を付け加える際に、その趣意が酌まれた可能性は否定し得ないだろう。そしてまた、ベルトラン・ドゥ・グルイユの先の説明は、この提案をめぐる議論の経緯を念頭に置いてなされたものと推察されるのである。ここには、原始規定における国家と家族の役割分担に関する基本観を窺ううえでの重要な示唆が含まれているとみることができよう。⁽³⁹⁾

（3） 家族の表象——490条

[17] それでは、以上のようにして禁治産者の処遇を委ねられた「家族」

(39) この問題は、根本的には、禁治産宣告手続を家族と国家のいずれの主導のもとに置くかという法制の基本構想に関わっているものと解される。この点を考えるにあたっては、中間法期の憲法制定国民議会による立法である1790年8月16日＝24日の司法組織に関するデクレが、その第10章（「調停部および家庭裁判所」）12条において、「夫婦、父子、祖父孫、兄弟姉妹、おい・おじの間、またはこれと同親等の姻族の間、ならびに後見に関することがらについて被後見子と後見人の間でなんらかの紛争が生じる場合」につき、家庭裁判所（tribunaux de famille）の管轄権限を概括的に認めた（前掲『1791年憲法の資料的研究』（注30）151頁）こととの関係を念頭に置かなければならない。後代の研究の言を借りれば、この規定は、「哲学者の夢を実現し、法律を単純で、民主的で、あらゆる市民がアクセスすることのできる」ものとするという、民法典の基本構想を先取りしたものであった。けれども、家族に関するあらゆる問題を家庭裁判所の管轄下に置こうとした、この「単純に過ぎる」規定の実現においては、一定の例外を認めざるを得なかった。その一つが、「禁治産の申立てのように、市民の自由が問題となる場合」であり、禁治産宣告は、本人の住所地の民事裁判所に提起されなければならない、裁判官が心神喪失を直に評価し、家族はこれに対して意見を述べるができるにすぎないものとされたのである（L. DARNIS, *Des tribunaux de famille dans le droit intermédiaire*, Paris, 1903, pp. 85 et 86）。実際、家庭裁判所の創設後、直ちに刊行されたギシャールの『家庭裁判所概論』も、禁治産事件に家庭裁判所の事物管轄を認めてはいない（A.-Ch. GUICHARD, *Traité du tribunal de famille*, Paris, 1791, pp. 25 et s.）。なお、この間の経緯については、ミシェル・フーコー（田村俣訳）『狂気の歴史—古典主義時代における—』（新潮社、1975年）444頁以下の分析が、歴史的叙述としても貴重である。ただし、フーコーの見方は、禁治産に関する手続が家庭裁判所に属するに至ったというものであり（同書468頁）、法学者による分析とはニュアンスを異にするように見える。

としては、どのような者が想定されたのだろうか。原始規定によれば、それは、「配偶者」および「血族」であった。このように範囲が画されたことの意義を確認するためには、ベルトラン・ドゥ・グリュユによって述べられた二つの観点、すなわち、①「財産と生活」を保持することについての「直接かつ個人的な利害関係」、あるいは、家族内における「名誉ある連帯と、あらゆる信頼を与えるにふさわしい愛情」（前掲説明・第一段落）の具体的内容、ならびに、②それらが特に配偶者・血族という家族に帰せられた理由を考察する必要があるだろう。

①の問題につき、ベルトラン・ドゥ・グリュユによる説明の後半部分は、これを家族が抱く情愛ないし名誉の感情によって正当化していた。しかし、それだけでは、「配偶者」「血族」という範囲が必然的に画されることにはならない。たとえば、姻族がこれらの感情を抱くことも、否定され得ないはずだからである。そうすると、上記の範囲が画された理由を付度するに際しては、ベルトラン・ドゥ・グリュユによって「財産と生活」を保持することについての「直接かつ個人的な利害関係」が想定されていたことが、意識されるべきであろう。明言こそされていないものの、「財産をもたない血族」による放置が懸念されている(第三段落)ことから窺われるとおり、そこには、相続を介して、その財産によって報いられることを期待して禁治産の任を引き受ける、という起草者の実利的な基本観の一端を窺い得る⁽⁴⁰⁾ように思われる。

[18] さらに、民法典制定後に目を向けると、個人的な利害関係を基軸として申立権者の範囲を画定するという以上の着想が、まさに1804年以後の学説によって踏襲されていることに気づかされる。本条をめぐって19

(40) FENET, tome 1, pp. 520 et 521 (ポルタリス (野田訳)『民法典序論』(前掲注 33) 90頁以下) は、遺言の自由との関係で、こうした見方を示唆している。この種の功利的理由に基づく正当化は、民法典起草者が——特に家族関係の規律において——好んで用いたものであった (v. X. MARTIN, *Nature humaine et Code Napoléon*, Droits 1985, 2, p. 117, not. pp. 118 et 119)。

世紀の註釈家が論じたのは、「すべての血族」とする民法典の文言に何らかの限定を付すべきか、という解釈問題であった。すなわち、バルラン・ドゥ・グルイユが、「すべての血族に対し、区別なく、禁治産の申立権を与える」と明言したにもかかわらず、既に1833年には、血族の範囲を相続権を有する者（原始規定においては12親等内）に限定する見解が提唱されて⁽⁴¹⁾いる。そして、その後の学説も、わずかの例外を除けば、申立権者の範囲を相続権者に限定することに賛意を表した。⁽⁴²⁾かくして、19世紀の学説を通じて、申立権者たり得る血族の範囲を相続資格を有する者に限定するとともに、490条による申立権者の列举に公序性を認め、これを限定列举とする解釈が確立されたのである。⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾上記②の問題——「血族」が家族の中心と⁽⁴⁵⁾

(41) A. MAGNAN, *Traité des minorités, tutelles et curatelles, de la puissance paternelle, des émancipations, conseils de famille, interdictions, et généralement des capacité et incapacité qui naissent de ces diverses situations, suivant la nouvelle législation*, tome 1, Paris, 1833, n° 830, p. 667. しかし、マニャンは、このように解すべき理由は特に述べない。

(42) 相続人・推定相続人であるか否かは申立人資格の有無には関わらないとするのは、C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français : suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, 5^e éd., tome 2, Paris, 1830, n° 1315, p. 447 ; Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, tome 8, Paris, 1851, n° 448, p. 332. ただし、ドゥモロンブは、姻族に申立権が認められない根拠としては相続利益の欠如を指摘する（後注44）。

(43) V. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, tome 5, *Des personnes*, Paris, 1908, n° 809, p. 787.

(44) このような理解は、民法典が姻族による申立てを認めていないことに整合する点でも、説得力をもったと推察される。姻族に相続利益がないことを理由として申立権を否定する見解として、v. A. DURANTON, *Cours de droit français : suivant le Code civil*, 3^e éd., tome 3, Paris, 1834, n° 718, p. 671 ; A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome 2, Paris, 1853, n° 263 bis. II, p. 334 ; DEMOLOMBE, *op. cit.* [note 42], n° 468, p. 342.

(45) 申立権者の範囲を限定列举と捉える見解は、その後も一貫して認められている。68年法下のリーディング・ケースとされる破毀院第一民事部1987年6月23日判決（Cass. 1^o civ., 23 juin 1987, Gaz. Pal. 1988, 1, p. 109, note J. MASSIP）においては、叔母が姪について後見開始の審判を請求したのに対し、同人には固有の申立権限がないとの理由で後見開始の審判がなされなかった（さらに、職権開始を相当とする

捉えられた理由いかに——に対する応答も、おそらくはここに求めることができるだろう。

(4) 補遺——エスキロール法における精神病者の処遇

[19] 以上にみてきたとおり、民法典原始規定は、「噪暴」を理由とする場合には、検察官による申立てを保安的見地から必要的なものとし、その余の場合の処遇は、挙げて家族に委ねるという方針を採った。しかし、こうした制度像は、1838年6月30日の法律第7443号（立法を主導した精神医学者の名にちなんで、エスキロール法 (loi Esquirol) と呼ばれる）が制定され、民法とは異質の「精神病者」処遇の法体系が並立するに至ったことにより、大きく揺らぐこととなる。同法の全容を論じることはここでの課題ではないが、後論の都合から、禁治産制度に関わる限りでその内容を一瞥しておくことにしよう⁽⁴⁷⁾。

エスキロール法は、精神病者の施療と回復を目的とする立法であり、そ

理由もないものとされた。

(46) エスキロール法については、永野仁美「フランス精神保健政策の展開過程」本郷法政紀要11号（2002年）115頁（特に123頁以下）による詳細な史的分析があるほか、須藤葵「フランス精神医療法を通して見る精神医療制度の課題」新潟39巻3号（2007年）190頁が、法文の翻訳を掲載したうえで、その思想的特徴に検討を加えている。さらに、1980年代における制度運用の実態につき、太田博昭「フランス精神衛生法とその問題点」臨床精神医学17巻11号（1988年）1705頁による詳細な紹介をも参照。

(47) 立法史料としては、Moniteur Universel（以下、MUと略記する）のほか、Ministère de l'intérieur et des cultes, *Législation sur les aliénés et les enfants assistés, discussions de la loi sur les aliénés à la chambre des Députés et à la chambre des Pairs 1837-1838*, Librairie administrative de Berger-Levrault et C^{ie}, 1881 (*Analectes, Loi de 1838, Discussions des Députés et des Pairs (législation sur les aliénés et les enfants assistés)*, Théraplix, 1989による復刻版)を参照した。後者は、エスキロール法に関する各日の議会審議録を収めた史料集である。なお、史料の検索にあたっては、Recueil DUVERGIER [note 30], tome 22, année 1838, p. 490に収録されているMUの所収一覧をも利用した。

の方法としては「隔離 (isolement)」が最も優れたものであるという確信⁽⁴⁸⁾に基づいて構想されている。黎明期にあった精神医学の知見を結集し、非法律家の主導のもとに準備されたこの立法の過程は、「精神病者の隔離は、民事上の禁治産に服させるべきか、また、服させることが可能なのか」との問いに対し、「医療専門家の一致した声は、否である」と応じることによつて始まる。その理由として説かれるのは、要するに、民法の目的である「家産の保護」とエスキロール法の目的である「施療」との齟齬であった。すなわち、一方で、社会全体・第三者・病者自身の安全、風俗の維持、そして治療の促進といった目的のために隔離が有益であると認められる多くの場合には、現行法の禁治産宣告を利用し得ないことがほとんどである。そればかりか、禁治産宣告がかえって治療に悪影響を与えることすらある。他方で、隔離のために必ず禁治産宣告を行うこととなれば、禁治産の申立てを家族の意思に委ねるという「われわれの民事立法の基本原則の一つ」が損なわれることになる。こうして、エスキロール法の立法者は、まさにベルトラン・ドゥ・グルイユによる前記説明を引用しつつ、禁治産制度と同法による監置との相違を強調したのである。⁽⁵⁰⁾

[20] 以上のとおり、エスキロール法は、禁治産法とは異なる、本質的に医事＝行政法的な制度として構想された。そのため、同法は、措置入院 (placement d'office) を創設することで、司法判断を介さず、警察署長（パリ市）・県知事（その他の地域）のイニシアティブによって精神病者を公権

(48) この点に関するエスキロールの主張につき、簡潔には、ジャック・オックマン（阿部恵一郎訳）『精神医学の歴史 [新版]』（白水社、文庫クセジュ、2007年）17頁以下の叙述を参照。なお、エスキロールの人と業績については、濱中淑彦『記述的精神病理学の黎明 エスキロールとその時代』（中山書店、2010年）をも参照。

(49) Présentation à la Chambre des Députés le 6 janvier 1837 : MU, 7 janvier 1837, p. 41 ; *Analectes*, tome I, p. 9.

(50) MU, 7 janvier 1837, p. 41 ; *Analectes*, tome I, p. 12. V. aussi Rapport fait par M. VIVIEN au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi relative aux aliénés, le 18 janvier 1837 : MU, 21 janvier 1837, p. 651.

的に入院させることができるものとした (18条)。しかし、そのことを確認したうえで注意を要するのは、こうした性格の相違にもかかわらず、同法が、監置されている精神病者につき、特別の無能力=財産管理制度 (同法31条ないし39条) をも創設したことである。いま少し具体的に述べるならば、施設に監置されている者の法律行為は、心神喪失を理由として無効とする余地を広く認められたし (39条)、公営の施設 (établissement public) に監置されている者については、裁判所の関与によらずとも、施設の管理委員会が一時的管理人 (administrateur provisoire) を指名することが認められていた。この一時的管理人の権限は、基本的には保存行為に限られ、処分行為または終局的な管理行為には及ばないと解されていたものの、債権の取立て、債務の弁済、三年を超えない賃貸借契約の締結、さらには、(裁判所長の許可を得たときは) 精神病者の所有動産の売却にまで及んだのである (31条)。⁽⁵²⁾

そうすると、後論との関係で問題となるのは、この一時的管理が、同じく本人の財産管理に関わる禁治産との関係でどのような役割を担うべきものとして構想されたかである。さしあたり、立法過程において一時的管理制度の必要性が論じられた際に示された認識を確認しておこう。

[21] この点につき、貴族院での報告に当たったバルテルミーは、以下のように説いている。すなわち、エスキロール法は、禁治産宣告の回避を目的とするものであり、精神病者の隔離に先立って禁治産宣告がなされることを要件としない。しかし、民法典が禁治産以外の法定の財産管理手法を知らないために、きわめて危険な手法、すなわち、精神病者に委任状を書かせて——もちろん、精神病者には条項の意味を理解することなどで

(51) Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zacharie*, 4^e éd., tome 1, Paris, 1869, § 127 bis., p. 530.

(52) 稲本『フランスの家族法』(前掲注25) 129頁は、これによって創設された制度を評して、「機能的には、民法典上の二つの精神障害無能力制度について第三の類型を創出したというべきものである」と説く(なお、同書は、administrateur provisoireに「仮の管理人」の訳語を与える)。

きない——、財産管理を委託させることが流布している。⁽⁵³⁾ こうした弊害を除くために、草案は、禁治産制度の申立後に選任することの許された「一時的管理人」⁽⁵⁴⁾（原始規定497条）制度を、被監置者に対して一般的に適用し得るものとしたのだ、とされる。⁽⁵⁵⁾

以上にみたバルテルミーの構想は、禁治産と施設への監置とを別次元に位置づけたうえで、禁治産を利用しなくても監置を実現し得るような制度設計を目指したものと解される。そのためであろう、彼においては、一時的管理は、「一時的」という形容詞に違って、禁治産への必然的な移行を予定するものとしてではなく、むしろ、監置が継続する限りは継続し得るものとして構想されていた。⁽⁵⁶⁾ 彼は、次のようにいう。

数年にわたって、禁治産の申立てがなされないままに隔離が継続することもあり得る。したがって、一時的管理人が、その選任に当たった裁判官が特に定める緊急行為しかできないとすれば、不十分であろう。委員会としては、近接した時期に禁治産を申し立てるよう家族に強制しないのであれば、それがためにだれによっても保護されない利益を放置すべきではなく、後見人に対して与えられる権限のいくらかが一時的管理人にも与えら

(53) この時代においても、家族が、禁治産宣告を申し立てることなく、事実上の財産管理を行う例は見受けられたようである。たとえば、DEMOLOMBE, *op. cit.* [note 42], n° 434, pp. 317 et s. は、そうした状況が不適切であることは認めつつも、「しかし、それが悪いことだと断ずる者がいるだろうか。それが、法律に反するだけでなく、廉直さや道徳にも悖るという者がいるだろうか」との疑問を呈し、「法律による限度を超えたところに、家族の義務、心からの愛情、国家の習俗、そして世論がある。この問題は、まさにこれらの領域に属するのである。だから、この種のことにについては、善きことをさせようではないか。不都合が起こったときに、濫用を厳しく抑えられるよう備えるにとどめようではないか」と述べている。

(54) 【原始規定497条】最初の尋問の後、裁判所は、必要があれば、被告の身上及び財産の世話をするために一時的管理人を委任する。

(55) Rapport fait par M. le marquis BARTHÉLEMY au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relative aux aliénés, le 29 juin 1837, *in* : MU, 4 juillet 1837, p. 1775.

(56) *Ibid.*

れるべきだと考えたのである。

以上にみたところが、精神病者の監置に伴う法定の財産管理権の内容である。それは、禁治産に比べてなし得る行為の範囲こそ限定されているものの、立法の当初から、禁治産と並立する財産管理方法として機能することを予定していた。⁽⁵⁷⁾ その意味において、「精神病者の個人の自由と財産上の利益を保護しつつ、社会の平安を保持し、家族の安らぎを保障し、精神病者の回復を促進すること、それこそが、1838年6月30日の法律の目的だった」⁽⁵⁸⁾ (傍点引用者) のである。20世紀の立法事業においては、こうした重層的な制度を前にして、民法典の禁治産制度をどのように再設計すべきかが問われることとなる。

二 20世紀学説から民法改正草案へ

(1) 20世紀学説

[22] 申立権者の範囲を相続資格によって画するという解釈論 ([17])⁽⁵⁹⁾ は、19世紀を通じて学説の広い支持を受け、裁判実務にも浸透していく。したがって、20世紀の学説、さらには68年法制定の直前における学説においても、490条にいう「血族」は、相続資格を有し得る者 (1917年12月31日

(57) 一時的管理の性格につき、エスキロール法制定後の学説は、次のように説く。「この種の行為 (処分行為および終局的な管理行為) ができるようにするためには、禁治産という手段によるべきこととなる。立法者は、家族が裁判上の禁治産にかかる手間と費用を免れることを旨とする制度を設計しながらも、危険性がよりいっそう大きい行政上の禁治産によってこれを置き換えることはしなかった。そのため、立法者は、一時的な権限にとどめ、また、将来の回復を期待して、精神病者を拘束することによって危機に瀕する利益にとどめたのである。立法者の理解によれば、精神病の状態が進行し、法律によって認められる一時的な措置では不十分になったときは、禁治産こそがかかる状態に対する唯一の救済となる」(AUBRY et RAU, *op. cit.* [note 51], § 127 *bis*, p. 531 note 16. 同旨、DEMOLOMBE, *op. cit.* [note 42], n° 838, pp. 563 et 564)。

(58) AUBRY et RAU, *op. cit.* [note 51], § 127 *bis*, p. 526 note 1.

(59) その旨の判決として、ex. CA Paris, 17 décembre 1909, D. 1911, 2, 214.

の法律以降、原則として6親等内の者）に限定して理解されており、姻族に申立権が存しないことにも争いをみなが⁽⁶⁰⁾かつた。以上の限りでは、禁治産宣告申立権者の範囲に関する20世紀前半の民法学説は、前世紀のそれと比べて注目すべき特徴を示してはいない。

[23] もっとも、子細にみると、20世紀学説のなかには、490条にいう「血族」を定義するにあたり、19世紀学説にはみられなかった視点を示すものがある。すなわち、「血族」の範囲を相続資格の存否という財産的利益のみに着目して画してきた19世紀学説に対して、20世紀学説は、「愛情」という精神的要素への着目を高めているようにみえるのである。ここでは、その証左として二つの議論を取り上げることにしよう。

第一は、ブダン＝ルルブール＝ピジョニエールによるものである。彼らは、申立人たり得る親族につき、親等による限定を付すべきことを認めつつも、6親等（ないし12親等）という画一的な基準を明示しない。このことは、彼らが、「相続、婚姻障害、あるいは扶養義務の観点から、民事上の効力を生じる親族⁽⁶²⁾」と述べ、相続利益よりも広い見地から申立権者の範囲に関する民法典の規律を正当化しようとしたことに関わっているようにみえる。より具体的にいうと、彼らは、禁治産に関わる利害関係として、

(60) G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil : d'après le traité de Planiol*, tome 1, LGDJ, 1956, n° 2794, p. 994 ; L. JOSSERAND, *op. cit.* [note 25], n° 533, p. 314 ; MARTY et RAYNAUD, *op. cit.* [note 25], n° 888, p. 1116. ただし、12親等内の者には代襲相続権が認められていることから、M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., tome 1 par SAVATIER, LGDJ, 1952, n° 668, p. 718は、12親等内の親族は申立人となり得るとする。

(61) Ch. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, 2^e éd., tome 3 bis, Rousseau, 1936, n° 1800, p. 359 ; RIPERT et BOULANGER, *op. cit.* [note 60], n° 2794, p. 994 ; JOSSERAND, *op. cit.* [note 25], n° 533, p. 314 ; A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULIOT de la MORANDIÈRE, *Traité de droit civil*, tome 1, Dalloz, 1953, n° 1342, p. 766 ; MARTY et RAYNAUD, *op. cit.* [note 25], n° 888, p. 1116.

(62) BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *op. cit.* [note 61], n° 1801, pp. 360 et 361.

①「財産的利益」としての相続利益に加えて、②「人格的利益」としての精神病者の保護を指摘する⁽⁶³⁾。そのうえで、「禁治産は、まずもって家族の問題である」として、これらの利害が根本的には家族の内部において調停されるべきものであることを明らかにし、かつ、そのように解すべき理由として「家族の痛ましい状態を曝露すべきではない」という、原始規定の起草者とまさに同じ説明を繰り返すのである⁽⁶⁴⁾。

ここに胚胎する制度観の変化を端的に示すものとして、第二に、姻族が申立権を有しないことに向けられたリペール、サヴァティエらの490条批判をみよう。プランニオル＝リペールの体系書において、サヴァティエはこう説く。姻族に対して申立権を与えないことは、相続に対する期待がないことからすれば論理的である。しかし、禁治産が本人の保護を目的とするものであることからすれば、「申立権は、本人に対する愛情にかからしめられるべきことにならう。そして、かかる愛情は、娘婿や義父がもつもののほうが、遠い親等にあり、相続について真摯な期待をもたないこともしばしばである親族のそれよりも真である⁽⁶⁵⁾」。また、リペール＝ブランジェは、さらに強い調子をもって、親等の遠い血族を身近な姻族に優先させることには「もっともな理由はない」と述べるのである⁽⁶⁶⁾。

[24] 以上のとおり、20世紀の学説は、基本的には19世紀前半以来の解釈論の枠組みを踏襲しつつも、申立権者の範囲画定については相続利益のみに帰せられない要素が考慮されるべきことを示唆していた。ここにおいては、家産に対する利害関係という視点は退き、いかなる者に申立権を与えることが本人の保護にとって合目的的であるかという問題関心が兆しているようにもみえる。

しかし、そのことだけから、家産の保護という旧来の制度目的を禁治産

(63) *Ibid.*

(64) *Id.*, n° 1800, p. 359.

(65) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.* [note 60], n° 669 p. 719.

(66) RIPERT et BOULANGER, *op. cit.* [note 60], n° 2795, p. 995

制度から排する意識が当時の法律家に浸透していたと速断することは、許されない。実際、同時代における立法論議は、むしろこれらの学説とは異なる印象を抱かせるものであった。

（２）民法改正委員会——「精神病者」の包括的規律

〔25〕戦後の民法改正委員会は、禁治産制度の改正についてはそれほど多くの議論を費やしてはならず、「成年後見法の領域ではナポレオン法典＝1838年法の構造をほとんど変更することなく承継し」、「判例によってすでに確認された解決を法文化することに主眼を置いた」ものであったと評されている⁽⁶⁷⁾。けれども、それが司法省の主導する立法提案たる地位を有する以上、ここにこそ、当時の一般的な認識が反映されているとみることも許されるであろう。以下では、①無能力者制度一般、および、②申立権者に関する規律全体との関係で、同草案の内容を概観することとする。

〔26〕まず、無能力者制度がどのようなものとして構想されたかをみていこう。

民法改正草案の大きな特徴は、「精神病者 (aliéné)」という術語を民法典に導入することを提案し、これを被監置者と禁治産者とを統合する概念とした点にある。すなわち、同草案においては、精神病による無能力者は、①施設に監置されておらず、かつ、禁治産宣告を受けていない者、②施設に監置されており、かつ、禁治産宣告を受けていない者、③禁治産宣告を受けている者という三類型に整理され、それぞれの局面における法的規律が検討されたのである⁽⁶⁸⁾。

このように、施設への監置が問題とされた背景には、エスキロール法が、施設に監置されている精神病者について、民法上の禁治産とは別の財産管

(67) 稲本『フランスの家族法』（前掲注25）134頁、136頁。

(68) *Travaux de la commission de reforme du code civil, année 1951-1952*, Sirey, p. 263.

理制度を創設していたという先述の事情がある([20])。両制度の併存は、既に19世紀後半には、「禁治産宣告を受けていない精神病患者 (aliéné non-interdit)」の財産管理を法律問題として顕在化させており、これに対処するために幾度も改正提案が公にされてきた⁽⁶⁹⁾。民法改正委員会草案は、エスキロール法による処遇をも含めて、精神病患者に関する諸規律を一括して改正の俎上に乗せることを企図したものであった⁽⁷⁰⁾。

[27] 以上の基本方針を念頭に置いたうえで、禁治産制度の申立権者の範囲についてどのような規律が構想されたかをみよう⁽⁷¹⁾。最終的に委員会が示したのは、以下の提案であった。

【民法改正委員会草案 7条】

自由な、又は監置されているすべての精神病患者は、本人からの申立てにより、又は、その配偶者、相続資格のある血族の一人、一時的管理人若しくは共和国検事からの申立てにより、禁治産の審判の対象とされることができる。

本案は、当初、原始規定を踏襲して、本人による申立てを認めず、かつ、共和国検事の申立権限を補充的なものとして位置づけていた。これらの点に関する修正を導いたのは、ルアストであった。彼は、禁治産の申立ては検察官の通常の職務に属するのだから、検察官による申立てを「配偶者も親族もない」場合に限定するのは無益であるとする一方で、本人にも申立権を認めることが有益な場合があると指摘した。委員会は、この分析を理由あるものと認めて、上記の成案を起草したのである⁽⁷²⁾。

(69) 20世紀初頭の状況につき、*v. ex. A. HÉBERT, De la protection des biens et de la capacité civile de l'aliéné non interdit*, Paris, 1905, pp. 249 et s. さらに、永野・前掲論文(注46)129頁以下をも参照。

(70) ROUAST, *in: Travaux de la commission, op. cit.* [note 68], p. 270.

(71) 施設への監置については、監置手続それ自体は特別法に委ね、財産管理の方法のみを民法典で定めるという方針が説かれている (ROUAST, *in: Travaux de la commission, op. cit.* [note 68], p. 272)。

(72) ROUAST, *in: Travaux de la commission, op. cit.* [note 68], p. 285.

しかし、ここで注意すべきは、既に確認したとおり、禁治産申立てを検察官の「通常の職務」とするルアストの理解が、家族の優先性を強固に認め、検察官による申立てを補充的なものとした原始規定によっては基礎づけられ得ないことである（[15]）。申立権限を行政に掌握させるという彼の構想は、エスキロール法に基づく措置入院をも考慮に入れることによって、初めて成り立ち得るもののように思われる。実際、彼の論旨は、「禁治産宣告を受けずに監置されている者の状況を、法定管理に服する未成年者のそれに近づける可能性はないだろうか」という問いから、「被監置者には一時的管理者があるから、現状はほぼこれと同じなのだが、遺憾ながらその権限がきわめて不十分である」という認識へと展開されている⁽⁷³⁾。これらの点からは、一時的管理者の権限を強化したうえでこれを禁治産と統合するという立法の基本方針を窺い知ることができるだろう。

[28] さて、このように、禁治産制度と監置制度の一元的把握が企図されたことを念頭に置いたうえで、申立てに関する草案の特徴を指摘しておこう。第一に、一時的管理と禁治産との区別が流動化されるため、両者の間に漸進的な移行の可能性が望まれることとなろう。草案が、一時的管理人にも禁治産宣告の申立権限を認めたのは、このような着想に基づくものとみられる。また、第二に、両者が流動的である以上、禁治産宣告の申立ては、その家族にとって特に財産管理の必要があるときにのみ行われれば足りることとなろう。ルアストが次のような現状認識を示すのも、こうした態度を示唆する。「精神病者が監置されていながら、同時に禁治産の対象とされていない場合には、それほどの財産をもっていないのが普通である。というのは、精神病者が多くの財産をもっていたならば、その家族は財産の保護に配慮し、監置と同時に治産を禁ずると思われるからである」⁽⁷⁴⁾。

かくして、民法改正委員会において示された制度理解は、次のようなも

(73) ROUAST, in: *Travaux de la commission, op. cit.* [note 68], p. 271.

(74) ROUAST, in: *Travaux de la commission, op. cit.* [note 68], p. 271.

のであった。禁治産制度は、多額の財産を管理する必要がある場合に限って「家族」のために利用されれば足り、それ以外の場合の財産管理は、一時的管理に委ねてよい。そして、この「家族」が「相続資格のある血族」と規定されたことに留意するならば、禁治産制度には、「家産の保護」を旨とする制度としての性格がなお遺されていたとみることもできるだろう。

三 68年法以前の法状況に関する小括

[29] 以上、原始規定の成立から68年法制定前にまでの状況を概観してきた。ここで、その内容をまとめておくことにしよう。

まず、原始規定制定から19世紀までの民法の規律について。原始規定は、社会保安の見地から、噪暴の場合に限っては検察官が義務的に禁治産宣告を申し立てるべきものとした ([15]、[16])。しかし、公権的関与が前面に出されたのはこの場合だけであり、その他の場合においては、民事上の禁治産宣告は、もっぱら家族のイニシアティブにかからしめられた。そして、そこにおいて家族として想定されたのは、血族であった ([17])。より具体的にいえば、特に19世紀の学説においては、相続利益による結びつきが強調され、申立権者の範囲も相続資格によって画されるという見解が支配的地位を占めてきた。

[30] 次いで、エスキロール法をも含めた20世紀前半の状況について。

第一に、立法上の課題として意識されたのは、エスキロール法によって定立された一時的管理 ([20]) を禁治産法の体系にどのように包摂するかであった。民法改正委員会の草案は、両制度を連続線上に位置づけることで、常に禁治産を命ずる必要はないという、1838年以来の制度構想を維持した。また、こうして制度が一元化されたことに伴い、申立権者の範囲についても、検察官による申立てが拡大され、かつ、エスキロール法のもとで選任される一時的管理人にも申立権限を付与することが提案された。これは、一面において、原始規定が強調した「家族の優先性」の後退を意味

しよう。しかし、その一方で、禁治産制度の趣旨を「家産の保護」に結びつけ、相続資格を有する者のみに申立権限を認めるという理解は維持されていた〔28〕。

これに対し、第二に、学説においては、こうした立法論議とはニュアンスを異にする理解もみられた。そこでは、財産的利益のみならず、「愛情」等の人格的利益をも考慮に入れつつ申立権者の範囲を画定する必要性が説かれた。その結果、学説は、「家族」として想定される者の範囲についても揺らぎをみせていた〔23〕。

以上を要するに、20世紀中葉には、立法論が依然として原始規定と連続性のある態度を保持していたのに対し、学説には家族像の変化の萌芽が窺われたといつてよいだろう。68年法の制定に向けた議論は、こうした状況のもとで進められることとなる。

第三 制度利用の促進と「家族の優先性」の後退

〔31〕 1963年10月23日、司法大臣ジャン・フワイエは、「精神病者関連立法改正委員会の設置に関するアレテ」を発出し、法律家、医師および関係官庁の代表者の参加のもとで禁治産法制の抜本改正に着手した。この委員会において基本方針が議せられた後、法案の起草はジャン・カルボニエ教授の手に委ねられた。この草案が、「禁治産」の名称を廃して新たに制度化される「成年後見」の礎を築くこととなる。

以下では、68年法が、どのような状況を念頭において、どのような規律を構想したのか（一）、また、同法が、一定の者に申立権限を付与する際に、どのような理念を措定したのか（二）を考察する。⁽⁷⁶⁾

(75) *J. O.*, 24 octobre 1963, p. 9501.

(76) 立法理由を示す主要な資料として、国民議会（第一読会：1966年7月2日）でのプルヴァン報告（*J. O., Assemblée Nationale, 1965-1966, Rapport n° 1891 de R. PLEVEN, député, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la*

一 68年法改正の針路

(1) 一時的管理の支配

[32] はじめに、法改正を促した状況と、改革の視点を確認しておくことにしよう。国民議会においてなされたプルヴァン報告は、新法の目的として、社会の発展に対応して、より柔軟かつ迅速な財産管理を行い得るよう関連の規律を改めることを強調している⁽⁷⁷⁾。具体的には、次の二つの視点が改革を導くこととなる。

第一は、1964年の未成年後見制度改正（1964年12月14日の法律第64-1230号による。以下、「64年法」という）と整合する財産管理制度を、成年者についても導入することである。このことは、子細にみれば二つの意義をもつ。すなわち、一つは、財産管理に関する実体法規範を未成年後見法と平準化することである。もともと、旧法のもとでも、禁治産については未成年後見に関する規定が包括的に準用されていたから（原509条。[14]注(29)）、この限りでは、64年法が禁治産制度の改正をも先取りしていたことができる。これに対し、いま一つの意義は、後見裁判官（*juge des tutelles*）⁽⁷⁸⁾を、成年後見制度のアクターとして編入することである。この点は、後述のとおり、68年法の審議における最大の論争点となった（[34]以下）。

législation et de l'administration générale de la république)、元老院（第一読会：1967年5月9日）でのジョゾーマリニエ報告（*J. O., Sénat, 1966-1967, Rapport n° 237 de L. JOZEAU-MARIGNÉ, sénateur, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale, portant réforme du droit des incapacités majeurs*）がある。以下では、それぞれ Rapp. PLEVEN、Rapp. JOZEAU-MARIGNÉ として引用する。

(77) Rapp. PLEVEN [note 76], pp. 4 et 5.

(78) Rapp. PLEVEN [note 76], p. 39. 同法における後見裁判官制度の重要性については、簡略ながら、拙稿「成年後見事件担当裁判官の行為に基づく国家賠償責任—フランス法の考察—」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）605頁、特に [13] 以下をも参照されたい。

第二は、エスキロール法のもとでの制度運用の改革である。先に示唆したように（[26] 以下）、旧法下においては、保護院に監置されている精神病患者については一時的管理が多用されていた。具体例を引くと、たとえばオワーズ県・クレルモン（Clermont de l'Oise）の精神病院では、1960年前後には、監置されている4000人の患者のうち、禁治産宣告を受けている者はわずか5人であったと伝えられている。こうした状況に直面した68年法の立法者が目指したのは、エスキロール法の一時的管理を改変し、より機動的なものとするのであった。⁽⁷⁹⁾たとえば、一時的管理のもとでは代理の対象となる行為が限定されており、不動産に関する財産管理等を行い得ないとされているが、このことは、立法者にとっては旧来の制度の大きな不備とみられたのである。⁽⁸¹⁾

このように、財産管理の局面についていえば、68年法の立法者が目指したのは、新たな理念に即した制度の創設というよりは、エスキロール法下における運用を一般法において汲み取るという、民法改正委員会によって示されていたのと同じ方向性であった。こうした要請を受けて新設された主な制度が、暫定的保護措置としての役割を担う司法救助（68年法491条

(79) Rapp. PLEVEN [note 76], p. 10 note 1.

(80) なお、稲本『フランスの家族法』（前掲注25）129頁によっても参照される Rapp. JOZEAU-MARIGNÉ [note 76], pp. 20 et s. は、すべての精神病患者について禁治産宣告がなされるべきであり、監置から禁治産宣告までの過渡期について一時的管理が行われるというのがエスキロール法の構想であり、一時的管理が恒久的に用いられるようになったのは、その「変質（déformation）」であると指摘する。しかし、既述のとおり、エスキロール法の構想は、当初から、一時的管理を禁治産とは独自に活用することを企図したものであったと解される（[21]）。

(81) Rapp. PLEVEN [note 76], p. 15. そのほか、公営の施設に監置された場合には当然に一時的管理が開始するのに対し（[20]）、民営の施設に監置された場合には裁判所の審判によって一時的管理人を選任しなければならない等の差異があり、制度が複雑であること、②局面に応じて、特別代理人、公証人、保佐人等の関与が予定されており、機関構成が複雑であること等が、問題点として指摘されている（*ibid.*, pp. 13 et s.）。

(以下)⁽⁸²⁾と、後見監督人の選任ないし家族会の組織を要件としない簡易な財産管理手続としての管理後見 (tutelle en gérance) (499条・500条) とで⁽⁸³⁾あった。

一般論の考察はこれにとどめ、以下では申立権限に関する規律の検討に進むことにしよう。

(2) 申立権者の規律

[33] 上述の構想を承けて、68年法は、成年後見の申立権者については次の規定を置いている。

【68年法493条】

1 後見の開始は、保護する必要がある者、生活共同が終了していない限りにおいてその配偶者、その尊属、その卑属、その兄弟姉妹並びに検察官の申立てに基づいて、後見裁判官が言い渡す。後見はまた、裁判官が職権で開始することもできる。

2 その他の血族、姻族、友人は、後見の開始を相当とする事由について裁判官に意見を与えることのみができる。治療する医師及び施設の長についても、同様である。

3 前二項に掲げる者は、それらの者が審理に関与しなかった場合であっても、後見を開始した判決に対して大審裁判所に不服申立てをすることができる。

本条は、後見開始の審判の申立権者として、二系列の人的範囲を設定している。すなわち、①「申立て」をすることができる者とともに(1項前段)、②裁判官による職権開始手続を創設したうえで(1項後段)、裁判官に「意見を与える」ことができる者が列挙されている(2項)。

それでは、各列挙はどのような意味をもつのか。起草者は、1項におけ

(82) Rapp. PLEVEN [note 76], p. 40 ; pp. 61 et s. 稲本『フランスの家族法』(前掲注25) 138頁以下をも参照。

(83) V. Rapp. PLEVEN [note 76], pp. 79 et s.

る申立権者の列挙のなかに、旧法からの転換を示唆するいくつかの含意を読み込んでいる。たとえば、ブルヴァン報告は、①禁治産を「制裁」であるかのようにみる旧来の制度観（[14]）を転換し、そのことが「本人による申立て」の創設へと結実したこと、②申立権者たる家族を「（相続権を有する）すべての血族」から「配偶者、尊属、卑属、兄弟姉妹」へと限定することで、「家族」をより狭い概念——端的にいえば「核家族」——へとまとめ上げ、かつ、「家産の維持」という旧民法典の構想を排したこと、③家族以外の者からの申立てを、噪暴の場合または家族がない場合に限らず、常になし得るものとしたことを、それぞれ68年法493条の意義として指摘している⁽⁸⁵⁾。このように、成年後見開始に関する68年法の規律は、家産の維持という観念を捨て、「家族」の範囲を相続順位から離れて再定義することによって原始規定からの乖離を示すとともに、禁治産宣告の制裁性を払拭することによって、19世紀以来根強く残存していた制度観との訣別を図ったものとみることができる。

これに対し、2項に列挙される主体は、申立てとの関係においては、それ自体としては大きな意味をもたない。職権開始を認める以上、職権発動を促すことはだれにでもできるはずだからである。したがって、2項の列挙は、それらの者の意見を特に重視すべしという訓示的意義をもつにすぎないと評されることとなる⁽⁸⁶⁾。このようにみると、2項の存在からは、職権開始手続の導入こそが68年法改正によってもたらされた刷新を体現しているという趣意を読み取ることができよう⁽⁸⁷⁾。

(84) V. J. CARBONNIER, *Préface à La réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation*, in : Jean Carbonnier 1908-2003, *Écrits*, PUF, 2008, p. 350.

(85) V. Rapp. PLEVEN [note 76], p. 72.

(86) V. J. MASSIP, *La réforme du droit des incapables majeurs*, tome I, 4^e éd., Defrénois, 1983, n° 138, pp. 153 et 154 ; du même auteur, *Les incapacités*, 2001, n° 550, p. 442.

(87) V. Rapp. PLEVEN [note 76], p. 72.

以上の各特徴をもつ68年法の位置づけを、原始規定および現行規定との連続性・不連続性を意識しつつ明らかにするために、以下、①後見裁判官による職権開始手続の導入の意義、および、②申立権者たる「家族」の範囲の限定の意義の二点を考察することとする。

二 申立権付与の理念——職権開始手続をめぐる攻防と「家族」の再編

(1) 職権開始手続

[34] 68年法が企図した職権開始手続の導入という革新に関して、立法審議過程においてより大きな反応を示したのは、元老院であった。逐条解説形式を採るジョゾー・マリニエ報告は、「本条は、本法案中、最も重要なものの一つである」という書出しによって493条の解説を始めて⁽⁸⁸⁾いる。そして、このような位置づけに違わず、そこにおいては、職権開始手続の導入に関する重要な議論が提出された。もっとも、元老院が直接の論題としたのは、職権開始の導入それ自体ではない。元老院は、後見裁判官がこの任務を担うことに疑義を示し、成年後見の管轄はむしろ大審裁判所に属すべきだと主張したのである。

後見裁判官という官職は、前述の64年法によって新設されたものであるが、国民議会第一読会に提出された当初の法案は、「成年の無能力制度を2年前に制定された未成年者の無能力制度とできる限り同視する」という基本的立場を採った。⁽⁸⁹⁾この提案に対し、元老院は、両制度をあくまで別次元のものとして位置づけるべきだと反論する。すなわち、未成年後見における裁判官の役割は、若齢ゆえの未経験を補うために、成年に達すれば自動的に失われる無能力状態を規律することである。これに対し、成年後見においては、裁判官は完全な能力を有する成年者を無能力とし、しかも、その状態は反対の審判がなされない限り継続する。このように、永続し得

(88) Rapp. JOZEAU-MARIGNÉ [note 76], p. 60.

(89) Rapp. JOZEAU-MARIGNÉ [note 76], p. 62.

る無能力状態を創出する点において、成年後見における裁判官の役割は、未成年後見におけるよりも「はるかに重い」ものとなるのである。⁽⁹⁰⁾

[35] 以上の見地に立って元老院のジョゾー・マリニエ報告が強調したのは、合議による審理の保障であった。⁽⁹¹⁾ 彼は、成年後見開始の申立てを、小審裁判所に設置される後見裁判官——これは、旧来の治安判事に相当する——による単独審理ではなく、大審裁判所における合議によるものとして制度化すべきことを強調する。こうした主張は、禁治産制度の社会的現実に対する一定の観察を前提とするものであった。その言を引こう。「たしかに、後見や保佐に付することは、本人の保護になる。しかし、われわれの社会においては、このような措置は、なおも精神の平衡を欠いているという終局的な推定であり、本人に刻印される一種のスティグマであるという視点を欠いてはならない」。⁽⁹²⁾ こうした現状認識に基づき、同報告は、未成年後見よりも厳格な手続を保障すべく、次の修正案を示した（傍点引用者）。

【元老院草案493条】

- 1 後見の開始は、大審裁判所によって宣告される。
- 2 それは、検察官によって、並びに、保護する必要がある者、生活共同が配偶者との間で終了していない限りその配偶者、その尊属、その卑属、その兄弟姉妹、並びに保佐人によって、申し立てることができる。
- 3 これらの者は、その他の血族、姻族、友人とともに、後見の開始を相当とする事由について検察官に意見を与えることもできる。治療する医

(90) プルヴァン報告をみる限り、少なくとも一般論としては、当初草案においてもこの点が意識されていたことが窺われる（V. Rapp. PLEVEN [note 76], p. 39）。しかし、同報告において未成年後見と成年後見との相違として強調されたのはその点ではなく、むしろ、未成年後見に比して、①家族の役割が緩和され、②医師の役割が重視されることであった（*ibid.*, pp. 41 et s.）。

(91) V. aussi J. O., Sénat, Débats parlementaires, Compte rendu intégral des séances du 18 mai 1967, pp. 366 et 370.

(92) Rapp. JOZEAU-MARIGNÉ [note 76], p. 63.

師及び施設の長も、同様である。

このように、ジョゾー—マリニエ議員の提案は、直接には、成年後見事件の管轄を大審裁判所とすることを内容とする(1項)。しかし、この修正案が、管轄問題への応接の背後に、職権開始手続を導入しないという方針を忍ばせていることに注意しなければならない(2項)。職権開始の廃止という論点については特段の解説はなされていないものの、これもまた、後見開始の需要を適切に汲み取るように配慮しつつ、検察官の関与による手続保障を与える意味をもつものとみることはできよう⁽⁹⁴⁾。そして、この修正案が、1967年5月18日の審議において元老院提案として議決されたのである⁽⁹⁵⁾。

管轄裁判所をめぐる国民議会と元老院との対立は、その後の立法審議において深刻を極めており、各院の第二読会を経ても意見の一致をみなかった。そのため、成案は両院同数合同委員会の決に委ねられ、元老院草案が採用されることとなった。しかし、国民議会はなおも譲歩せず、ついには最終議決権を行使してこれを覆す。こうした変転の末、最終的に、後見裁判官を統一的な管轄とする68年法が制定されたのである⁽⁹⁶⁾。

(93) ジョゾー—マリニエ議員は、元老院において次のような懸念を示している(*J. O., Sénat, Débats parlementaires, op. cit.* [note 91], p. 366)。国民議会の提案が可決され、職権で開始することさえできる後見裁判官の審判が成年後見の開始要件とされたならば、「何人も、ほとんど何も知らされずに後見に付され、最も持続的かつ全面的な無能力とされることになりかねない。というのは、多少なりとも情報を得た治安判事は、その者が無能力であると宣言する傾向があったからである」。

(94) あるいは、純然たる司法機関である大審裁判所には、後見開始の適否を職権によって探知する資質が制度的に欠けていると解されたのであろうか。カルボニエによる「慎重な助言者」という形容が物語るように(*J. CARBONNIER, Essai sur les lois, 2^e éd., Defrénois, 1995, p. 190*)、64年法は、後見裁判官にある種の「行政」的性格を付与することを前提として構想されていた。この点については、簡略ながら、前掲拙稿(注78) 通し番号 [13] 以下を参照。

(95) *J. O., Sénat, Débats parlementaires, op. cit.*, [note 91], p. 385.

(96) 以上の経緯につき、稲本『フランスの家族法』(前掲注25) 136頁を参照。

（2）配偶者における「生活共同」要件

[36] 次に、「家族」の範囲についてみよう。先述のとおり、68年法は、職権開始を促すことのできる者として、広汎な者を列挙した。けれども、固有の申立権限を有する者についてみると、493条1項は、依然として近親血族を中心として構成されており、その限りでは旧法の名残をとどめていることがわかる。そのなかにあつて注目されるのは、同項が、配偶者につき、20世紀前半の学説（[23]）によって示唆された観点を具体化するかのように、「生活共同（communauté de vie）」要件による限定を新たに加えたことである。

原始規定490条によれば、配偶者は、何らの制限なく禁治産宣告の申立人となることが認められていた。これに対し、68年法は、夫婦の離婚を俟たずとも、夫婦間での生活共同が終了している場合には、配偶者の申立権限を否定する。この生活共同要件が新設された背景には、同法に近接する1965年の離婚法改正⁽⁹⁷⁾により、「事実上の別居（séparation de fait）」に破綻離婚の一要件としての法的意義が付与されたという事情があつたと指摘されている⁽⁹⁸⁾。もっとも、このような規律を設けることにつき、68年法制定過程の議会審議において議論がなされた形跡は窺われず、後の学説も、この要件が付加されたことには特段の関心を示さなかつたようである⁽⁹⁹⁾。

その後、生活共同要件の内容を具体化したのは、判例であつた。保佐開始の審判に関する破毀院判例には、本人が介護施設に入居しており、したがって物理的には夫婦が別居している場合であつても、心情的にみて生活

(97) この法改正の概要につき、稲本洋之助＝吉田克己「フランスの新離婚法」法時48巻3号（1976年）96頁を参照。

(98) MASSIP, *La réforme du droit des incapables majeurs, op. cit.* [note 86], n° 134, p. 151. 「生活共同」の概念は、1970年の婚姻法改正により、夫婦の義務として法文に明記されることとなる（現215条1項）。

(99) V. ex. H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, 3^e vol., *Les personnes (suites) : mariage, filiation, incapacités*, 4^e éd. par M. De JUGLART, Montchrestien, 1970, n° 1387, p. 698.

共同が終了したとは認められないことがあり得るとの理解を前提としたものがみられる⁽¹⁰⁰⁾。こうした判断は、マシブによれば、破毀院第二民事部が破綻離婚に関する1980年1月30日判決において示した「共同生活の停止が存在するためには、生活の物的側面のみならず、愛情面でも夫婦間ないし内縁夫婦間の関係が終わっていなければならない」との定式を、成年後見法の文脈に適用したと解し得るものである⁽¹⁰²⁾。

以上のように、68年法は、職権開始手続の導入によって「家族の優先性」を後退させる一方で、婚姻法の発展との整合を図りつつ「家族」を再定義することで、成年後見の申立権に関する制度設計を再編している。このように相続法との連続性を断ち切るかたちでの制度改革が行われた点にも、後見法の編成原理の力点が、家産の維持・承継から本人の保護へと移行したことの現れを看取することができるだろう。

三 68年法下の法状況に関する小括

[37] 以上にみた68年法制定の経緯を、ここでまとめておくことにしよう。

(100) Cass. civ. 1^e, 28 mai 1991, Defrénois 1991 art. 35142, n^o 98, p. 1259 obs. J. MASSIP. 次のように判示する。「共同当事者Xは、生活共同の維持という要件が満たされていない旨の意見に回答することなく、夫の保佐人としてXの妻であるY夫人を選任した原々審判決（マルセイユ大審裁判所1989年3月22日判決）に対して不服を申し立てた。X夫人は、夫に相談せずに夫婦の住居をパリからマルセイユに移し、夫を医療施設に入院させたものである。しかし、原判決の認定によれば、X氏は、精神能力の欠如と精神運動の不全をもたらす多発硬化症に冒され、単独で市民生活上の行為をすることがまったくできない状態にあり、オバーニュのフランス身体障害者協会ポピノ・ホーム（foyer APF Popineau）に入所させられ、医療看護のもとに置かれたものである。以上の理由により、X氏の病気を理由としては、夫婦間の住居共同はなお終了していない」。

(101) Cass. civ. 2^e, 30 janvier 1980, Bull. civ. II, n^o 17. 「民法典237条は、夫婦の別居に付帯する状況については何らの区別も行っていないものの、法律によって定められる要件が充足されるためには、生活共同が、物的側面のみならず、愛情面（affective）でも夫婦間において終了していれば足り……」と判示する。

(102) MASSIP, obs. préc. [note 100], p. 1259.

68年法改正を指導したのは、被監置者の財産管理の実効化のために成年後見制度の利用を促進するという、20世紀前半以来の構想であった〔32〕。その直接の成果は、「一時的管理」を民法典に編入するという改革に結実するが、それとともに、申立権者の範囲もまた拡大されることとなった。もっとも、その具体的方法については、職権開始手続の採否をめぐる国民議会と元老院との間に対立が生じた。両院の対立は、畢竟、制度利用の促進という改正全体の基本構想のなかに、濫用防止のための歯止めをどのように組み込むかについての態度の相違に帰するものであった〔35〕。

こうした経緯で成立した68年法493条は、職権開始手続の導入により、少なくとも、「家族の優先性」が始原的に有していた意義を失わせたかにみえる。しかし、同時に注意すべきは、同条が家族の役割を軽視したのではなく、むしろその申立権限をも再編するものであったことである。たとえば、配偶者については「生活共同の終了」という実質基準が導入され〔36〕、また、後見裁判官が特に意見を重視すべき者としては「姻族」のほか「友人」までもが列挙される。これらの基調にあるのは、プルヴァン報告が示していたように〔33〕、結局のところ、成年後見制度の理念が「家産の保護」から「本人の保護」へと転換させられたことであったといえよう。こうした理念の変化自体は、本稿の検討を俟たずとも自明であろうが、68年法がその実現のために以上の具体的規律を用意したことは、改めて確認しておく意味があるものと思われる。

第四 補充性の保障と「家族の優先性」の再編

〔38〕 本稿冒頭に掲げたとおり、現行法は、430条において、後見開始の審判の申立権限を有する者を列挙している〔10〕。以下では、07年法改正においてこの規定が成立するまでの経緯を追跡する。

ところで、この改正に至るまでには、いわば助走段階としての様々な議

論動向があった。改正論議が既に1990年代には緒に就いていたのに対し、⁽¹⁰³⁾ 国会の審議が1年足らずの短期間のうちに終わられていることを考えれば、国会審議に至るまでにどのような検討と整理が行われたかを踏まえておくことが重要といえよう。そこで、以下では、改正に至るまでの法状況およびその間の主要な立法論議をふり返りながら、まず、諸規定の構造を確認し（一）、次いで、改正法がどのような理念に基づくものであるかを検討することとする（二）。

一 07年法改正の針路

(1) 職権開始手続の支配

[39] 68年法の主たる目的は、一時的管理に代えて「成年後見」という法的保護を浸透させることにあった。その後の実務をみる限り、この目的そのものは、かなりの程度まで達せられたといえそうである。実際、1970年には8955件であった後見・保佐開始の審判件数は、わずか三年後の1973年には21316件と倍増しており、その後も、1981年に30915件、1989年に40154件、1997年に53729件と増加の一途を辿っている。⁽¹⁰⁴⁾

もっとも、この件数増加の真の意味を考えるためには、68年法が「後見」のカテゴリーの多様化をもたらしたことに留意しなければならない。68年法における「後見」は、家族会の設立を伴う旧来の「完全な後見」だけでなく、より簡易な形態の後見（法定管理）をも含む（[32]）。そして、これらのうち、件数の増大に寄与したのはもっぱら後者の類型であり、家族会を伴う後見の利用は依然として低調だったのである。⁽¹⁰⁵⁾ このように、この

(103) B. EYRAUD, *Protéger et rendre capable*, Érès, 2013, p. 119には、既に1989年に、裁判官として後見実務にも通暁しているティエリー・フォシエ教授らによって全国小審裁判所裁判官協会 (l'association nationale des juges d'instance) が組織され、改正提言に向けた研究が開始された経緯が紹介されている。

(104) Fr. ARBELLOT, *Droit des tutelles*, 2^e éd., 2007, Dalloz, n° 05.06, p. 31 tableau 05.06.1.

(105) ARBELLOT, *op. cit.* [note 104], n° 05.06, p. 34 tableau 05.06.5によれば、家族

間の件数増加は、新設された簡易な制度によっていわば底上げされたものであり、68年法の構想を全体として実現したとはいい難いものであった。それゆえに、同法に着想を与えたカルボニエは、かかる状況を次のように嘆じたのである。「管理後見や後見管財においては、一時的管理の古い精神、つまり、われわれが⁽¹⁰⁶⁾祓おうとした官僚主義の精神 (*âme technocratique*)こそが復活したのである」。

[40] ところで、68年法下の制度運用の一面を「官僚主義」的なものと性格づけるならば、それは、後見開始の審判との関係において最も明瞭なかたちで現れていた。というのは、この間の件数増加に大いに寄与したのは、68年法によって導入された職権開始手続だったからである。

2007年改正直前の職権開始手続の利用状況をふり返ると、1997年には、職権開始が全体の64.4%を占めたといわれ、局所的には、80%以上がこの手続によって立件されていた裁判所もあつたと伝えられている。⁽¹⁰⁷⁾そして、その背景には、職権を発動を促す通報 (*signalement*) が主として福祉関係者の主導によって行われてきたという、もう一つの官僚主義的状况が存在した。「福祉関係者の通報+職権開始手続」というこの手続は、実務上、すべての関係者にとって好都合なこととして歓迎された。法定の申立権者は、煩瑣な申立手続の必要から解放される。裁判所は、正確に作成された書類によって事件処理を円滑に行うことができる。そして、福祉機関も、通報を端緒として手続を開始することにより、福祉諸制度の確実な運用を期することができたのである。⁽¹⁰⁸⁾

会の設立を伴う後見が全体に占める割合は、1990年には1.7パーセント、1996年には0.9パーセント、1999年には0.3パーセントであったとされる。

(106) J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome 1, PUF, 2004, n° 334, p. 651.

(107) Rapp. Favard, *infra* note 111, p. 19.

(108) M. BAUER, Th. FOSSIER et L. PÉCAUT-RIVOLIER, *La réforme des tutelles, ombres et lumières*, Dalloz, 2006, n° 21.22, p. 86.

(109) BAUER, FOSSIER et PÉCAUT-RIVOLIER, *op. cit.* [note 108], n^{os} 21.21 et s., pp. 85 et s.

[41] 以上が、68年法制定後、07年法制定までの実情として異口同音に語られるところの概要である。ところが、これを承けた一連の立法論議は、こうした制度運用の成功にもかかわらず——むしろ、それゆえにこそ——、終始、職権開始手続の縮小・廃止論によって導かれてきた。2000年前後に本格化した改正論議において、三監督局報告書 (Rapport des trois inspections)⁽¹¹⁰⁾ が素地を整え、ファヴァール報告書⁽¹¹¹⁾ が打ち出したこの方針は、国民議会・元老院の審議において、職権開始手続の廃止というかたちに結実したのである。以下では、議会審議に先立つ報告書に即して、いかなる理由で職権開始手続の縮小・廃止が構想されたのかをみていこう。

(2) 三監督局報告書

[42] 三監督局報告書の「提案」の部は、①矛盾を抱える諸規定に一貫性を与えること、②規制の仕組みを確立すること、③コントロールの手続を再定義することという三つの軸に即して展開される。このうち、①の筆頭に掲げられるのが、各関係者の役割分担の基準を整理すること、そしてまた、家族の位置づけと近親者の役割が高まっているという不可逆的な実情にかんがみて、「家族」の範囲を拡大することであった。これは、直接には、厳密な意味での「家族」の構成員に限られない「身近な者」にまで、保護の担い手としての役割を拡大することを狙いとする。そこで具体

(110) 会計監督局、司法役務監督局、社会問題監督局の連名により、1998年7月に公表された (以下、Rapp. trois inspections と略記する)。同報告書は、<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/984001980/0000.pdf> より閲覧可能である。

(111) 「成年者の保護の規定に関する省庁間ワーキング・グループによる最終報告書」という正式名称のもと、2000年4月に公表された。部会長であるジャン・ファヴァール (当時破毀院判事) の名にちなんで、ファヴァール報告書と通称される (以下、Rapp. Favard と略記する)。同報告書は、<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000686/0000.pdf> より閲覧可能である。なお、同ウェブ・サイトから参照することのできる資料には頁番号が振られていない。本稿においては、同報告書の目次に表示されている頁番号と対照して通し頁番号を比定し、これを示すことによって引用頁を同定することとした。

的に想定されたのは、「實際上、日常的に成年者の事実上の負担を保証する者、または、その近くに住む者」、「特に内縁関係のパートナーであるが、これに限られない」とされ、このような意味での身近な者に対し、申立人としての役割を付与するとともに、後見人の優先的な候補者としての位置づけを期待することが提案されたのである。⁽¹¹²⁾

後見開始の審判の申立てに関する限り、三監督局報告書の論旨は以上に尽きており、したがって、職権開始手続を廃止するという提案はいまだ打ち出されていない。しかし、そこにおいて基調とされた「家族の役割を拡大する」という改革の方向性は、ファヴァール報告書、そして07年法において、職権開始手続を廃止する際の不可欠の前提と位置づけられることとなる。

（３） ファヴァール報告書

[43] 三監督局報告書が職権開始手続それ自体に関する提案を行わなかったのに対し、ファヴァール報告書は、家族の役割に関する三監督局報告書の基本構想を踏まえたうえで、同手続の当否に疑義を投げかけた。

ファヴァール報告書は、職権開始手続が頻用された要因として、適法性を欠く申立てを受理するために職権開始手続への切替えが行われたり、あるいは、様々な者からの「意見」（68年法493条2項）に依って安易に手続が開始されていたことを指摘する。特に、後者の点については、先述の事情、すなわち、福祉関係施設、より具体的には医療施設や老人ホームからの通報件数が増大するとともに、その内容も多様化していたことが強調されている。わけでも同報告書が問題視したのは、家族手当公庫（CAF）のアシスタント・ソシアル（*assitantes sociales*）⁽¹¹³⁾により、社会保障給付を管

(112) Rapp, trois inspections [note 110], p. 61. 加えて、三監督局報告書は、こうした流れに沿って、しかるべき理由がないのに保護措置を担うことを拒む家族に対し、一定の財産的負担を求めるという課題をも指摘している（*ibid.*, p. 69）。

(113) アシスタント・ソシアルの歴史的展開および制度としての特徴につき、菅原京子「アシスタント・ソシアルの歴史からみたフランスの『社会的なるもの』」新潟39巻3号（2007年）13頁を参照。本稿における議論の文脈においては、さしあたり

理するために、判断能力の減退が認められるとはいえない者について組織的に通報を行うという実務運用が行われてきたことであった。⁽¹¹⁴⁾これは、判断能力の減退とは無関係に、社会保障給付を管理する能力の欠如を理由として成年後見の申立てを行うというものであり、制度の本旨を逸脱した利用形態であった。

このような実態を確認したうえで、ファヴァール報告書は、制度の基本理念である「補充性を真に実現する」ために、職権開始手続の縮小を構想する。⁽¹¹⁵⁾すなわち、申立て受理のために要件が設定されているのは、真に申立て理由があることを確認し、軽々に能力が剥奪されることを防ぐためである。そうであれば、職権開始が半数以上を占め、結果として申立て手続の履践が回避されているという運用実態は、「原則と例外の転倒」といわざるを得ない。のみならず、事件の件数が増大するに従って、審判の公正さを確保するための確認がますます困難を来たしていることも、状況を複雑にしている。以上の認識に基づき、ファヴァール報告書は、次のように提案するのである。「これまでに述べてきた提案を一貫させるためには、一方で、後見裁判官による職権開始に対し、明示的に例外としての位置づけを与えるとともに、他方で、検察官に対し、一定の緊急措置を取る権限、とりわけ、場合によっては特別受任者を選任したうえで、一定期間、成年者を司法救助に付する権限を与えることが適切であろう」。⁽¹¹⁶⁾

以上にみたファヴァール報告書の提案を契機として、07年法の立法論議は、職権開始手続の廃止へと舵を切ることとなる。このことは、同時に、申立権者に関する規律の全般的な再編を迫ることともなった。すなわち、立法者は、家族形態の多様化への考慮を前面に押し出す三監督局報告書の方針を踏襲しつつ、家族に対し、職権開始が廃止されたことの「代償」と⁽¹¹⁷⁾

「ソーシャル・ワーカー」としての職務を想定すれば足りよう。

(114) Rapp. Favard [note 111], pp. 76 et s.

(115) Rapp. Favard [note 111], pp. 18 et s.

(116) Rapp. Favard [note 111], p. 107.

(117) Rapport n° 3557 de M. E. BLESSIG, député, fait au nom de la commission des

しての役割を期待しようとしたのである。

二 申立権付与の理念——「家族」の表象の拡大

[44] 「家族」として後見制度の運用に関わる主体の範囲を拡張すべしとする、三監督局報告書によって示された基本方針は、ファヴァール報告書、さらには議会における審議においても一貫して支持されている。このように、一連の立法論議は、家族の役割が高まっているという一般的な現状認識をもとに、これに対して一定の役割を与えるという基本理念を共有していたとみることができる。

そのうえで、議会審議は、職権開始手続の廃止を埋め合わせるという実践的意図から、申立権者に関する規律の再編に着手した。その役割を担わされたのは、一方では「家族」((1)、(2))、他方では検察官((3))であった。

(1) 「配偶者」の拡張

[45] 前述のとおり、68年法は、離婚法の発展を受けて後見法の配偶者要件を実質化し、生活共同が存しない場合には配偶者に申立権限を認めないという規律を導入した([36])。07年法もまた、68年法制定以降の婚姻法の発展を追って、配偶者概念をさらに実質化させることとなる。

配偶者の申立権限に関する07年法の規律の特徴は、法律婚の配偶者のみならず、パクス・内縁のパートナーに対しても申立権限を付与したところにある。これらの者は、68年法のもとでは、職権開始を促すことのできる「友人」(68年法493条2項)としての扱いに甘んじていた。これに対し、07年法は、三監督局報告書以来の共通了解を踏まえて、「配偶者」概念を従来よりも拡張する方針を選択したのである。⁽¹¹⁸⁾

lois, déposé le 10 janvier 2007, p. 137 ; Rapport n° 212 de M. H. de RICHEMONT, fait au nom de la commission des lois, déposé le 7 février 2007, p. 128.

(118) 後見人の選任に関しては、07年法を俟たずとも、破毀院が判断を下す機会を得

もっとも、申立権者の範囲という主題に即していえば、様々な主体のうち、特に非婚カップルの関与だけが要請されたわけではない。というのは、新法は、配偶者ないしこれに準ずる関係にあるか否かを問わず、68年法2項における「友人」に含まれていた者の取扱いに重大な変更をもたらしたからである。

(2) 「身近な者」の拡張

[46] 配偶者以外に、どのような者に対して後見開始の審判の申立権限が付与されたかに着目すると、「血族」に関する規律が旧法を承継したの⁽¹¹⁹⁾に対し、「友人」に関しては、広く「緊密かつ持続的な関係を保持する者」にまで申立権限が付与されたことがわかる。以下では、この規律が導入された経緯を確認しよう。

先述のとおり、この方針は、2000年以降の各報告書の議論に端を発するものとみられ、実際、議会上程された法案には既に同旨の規定が盛り込まれていた。もっとも、国民議会に提案された当初の草案(2006年11月28日)は、07年法の成案とは異なり、申立権を有する「身近な者」を画する指標として「同居」を要件としていた。議会における審議は、この同居要件を削除する旨の提案(2007年1月17日の第二審議において討議された修正案30号)⁽¹²⁰⁾に充てられているが、その審議はきわめて円滑に進んでいる。

まず、国民議会での審議に先立ち、2007年1月10日の法律委員会において、修正案の採否が議せられている。ここにおいては、三点の質問・意見⁽¹²¹⁾が示され、エミール・ブレシグ委員がそれぞれに応答を示している。その

たならば、パクス・内縁のパートナーをも「配偶者」として扱ったであろうとの観測を示す学説もみられた (FOSSIER (dir.), *op. cit.* [note 26], n° 329, p. 134)。

(119) そのためであろうか、相続人たる資格を有する親族に限られるかという問題に言及する学説も、いまだにみられる (J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 275, p. 232)。

(120) Le Rapport n° 3557 de M. E. BLESSIG, *op. cit.* [note 117], p. 137.

(121) Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administraion

要点はこうである。第一に、「緊密かつ持続的な関係」の有無は、裁判官が本人と申立人の関係をケース・バイ・ケースに判断することによって決する。第二に、本修正案が、後見事件の受理可能性を著しく拡大していることで、従前の職権開始主義に間接的に立ち返ることになりはしないかとの懸念があるが、本修正案が職権開始手続の廃止を埋め合わせるものとしても、職権発動はだれからでもなし得るものであって、本人と申立人との間の関係性の審査が行われなから、両制度の間には顕著な違いがある。そして、第三に、本修正案は、頼るべき親族のない者にとってメリットを有する。

以上の認識を基調とする修正案は、国民議会での審議においても、「家族関係と利害関係人の拡大に対応すべく、本人と緊密かつ持続的な関係を保持するすべての者に申立権を付与すべきである」との理由から賛同を得て、成案として採択されることとなった。⁽¹²²⁾

（3） 検察官による平衡

[47] このように、職権開始手続の廃止を「家族」の拡大によって補うとしても、家族による申立てが機能しないときにどのように対応するかという問題はなお残される。この点につき、07年法は、公益の見地から制度利用の途を開く役割を「検察官」に担わせるという対応を採った。⁽¹²³⁾ 現在、検察官の役割は、二つの方向へと展開しているように見える。

第一は、保護の必要性を探知するという方向である。現行法のもとでは、法定の申立権者でない者は、裁判所に対して直接に通報することはできず、検察官・裁判所という二重の審査を経なければならない。また、これまでとは異なり、裁判所自らが後見の必要性を探知したときでも、検察官によ

générale de la République, 10 janvier 2007, Compte rendu n° 19.

(122) *Ibid.*

(123) A. CARON-DÉGLISE, *L'ouverture d'une mesure de protection : les principaux aménagement de la loi*, Droit et Patrimoine, avril 2008, pp. 52 et 53 は、新法がもつ

る申立てを介さなければ手続を開始することができない。このように、07年法は、その簡便さのゆえに旧法下で頻用されてきた職権開始に代えてより「重い」制度を採用することで、濫用的な制度利用を遮断することを企図したのである。⁽¹²⁴⁾

第二は、保護の必要性の充足を促進するという方向である。07年法施行後ほどなくして、公益の保持者としての検察官の役割が注目を集めたのは、申立ての取下げへの対処についてであった。「取下げは、単に私的な理由によってなされることもあるから、成年者の利益、つまり公益には必ずしも適わない⁽¹²⁵⁾」。職権開始手続が存在した68年法の下では、家族による申立てが失効したとしても、職権によって審判を維持することができた。ところが、07年法においては、家族による申立てが取り下げられた後に審判を維持することができるかが、困難な解釈問題として顕在化したのである。

それでは、取下げの局面において、公益の要請はいかにして確保されるのであろうか。2011年、クルブヴォワの後見裁判官から意見請求（司法組織法典L. 441-1条）によってこの問題に直面することとなった破毀院は、きわめて簡素な態度を示した。すなわち、破毀院は、処分権主義を定める民事訴訟法典394条を原則どおりに適用し、「保護措置の開始を目的とする手続が後見裁判官の審理にかかっている間は、当該措置についての審判はいまだ下されていないのだから、申立人によってなされた取下げにより審

このような意義を強調し、検察官には、事件をフィルターする機能を果たすことに加えて、司法レベルの措置と社会福祉レベルの措置とのインターフェイスとしての役割を果たすことが期待されているという。

(124) なお、司法統計（Ministère de la Justice, *Annuaire statistique de la Justice*. Édition 2011-2012, p. 83, consultable au : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_annuaire_2011-2012.pdf）によると、07年法施行直前にはそれぞれ9万7195件（2007年）、10万1989件（2008年）であった申立件数が、07年法が施行された2009年には8万0450件にまで減少している。その限りでは、この改正は、申立件数の減少に対して一定の効果をもったといえるかもしれない。しかし、2010年の申立件数が再び8万9123件に増加しており、その効果が一時的なものにすぎなかったことが明らかになりつつある。

(125) HAUSER, obs. sous Cass. Avis, 20 juin 2011, *infra* note 126, p. 747.

判は終了する」としたのである。⁽¹²⁶⁾

もっとも、ここで注目されるのは、この意見に加えて、報告担当官が、「保護措置が必要であると検察官が認めたときは、訴訟は検察官によって継続させることができる」との解決を示唆した⁽¹²⁷⁾ことである。この見解は、公刊された判例評釈によっても好意的に受け容れられているが、ここには、公益の保持者としての検察官が「家族の優先性」を側方から支えるという構想を看取することができるだろう。

三 現行法の規律に関する小括

[48] 以上までにみてきた現行法の成立過程を要言したうえで、さらに、職権開始手続の廃止、「家族」の範囲の拡大という二点に即して、法改正に対する若干の評価と考察を試みることにしよう。

まず、職権開始手続の廃止について。この改革は、濫用的な制度利用を防遏し、07年法の指導原理の一つでもある補充性の原則（民法典428条）を真に実現することを目的とするものであった。こうした改正理念が掲げられなければならなかったことは、職権開始手続の成功が、68年法の立法論議においてジョゾーマリニエ議員が示した懸念（[34]）と表裏一体のものであったことを改めて想起させる。

ただし、07年改正に至る一連の議論においても、職権開始手続それ自体が批判されたわけではなく、その濫用が問題とされたにすぎないことには、注意が必要である。濫用を抑止し得なかった要因については様々な分析が成り立ち得るが、制度的側面としては、後見裁判官の権限が事務処理能力に比して強大に過ぎたとの指摘がある。後見裁判官自らが職権で手続を開始し、保護措置を言い渡すというように、終始同一の判断権者が手続を主

(126) Cass. Avis, 20 juin 2011, n° 11-00007, AJF 2011, p. 377 obs. Th. VERHEYDE ; RTDciv., 2011, p. 747, obs. J. HAUSER.

(127) この解決は、MASSIP, *op. cit.* [note 119], n° 396, p. 326によって既に示唆されていたものである。

催することが予定されていたため、その専断性をコントロールするための制度的保障が不十分だった、というのである。⁽¹²⁸⁾

ところで、以上の認識が当を得ているならば、立法論としても、職権開始手続を維持しつつ濫用的運用を解消するための措置を講ずるという選択はあり得たはずである。それにもかかわらず、職権開始手続の廃止という極端な解決が採用されたのは、なぜなのか。それは、結局のところ、開始要件を絞り込むことによって入口段階で画一的な規制をかけることが、濫用を抑止するという目的を最も確実に達するという、法制の実現形式に関する政策的判断によるものであったと推察されよう。

しかし、このように画一的運用を重視する改革には反作用が伴う。制度の画一化は、程度の差はあれ、保護目的からの乖離を避けられないからである。実際、改正法施行後の制度運用を踏まえて2012年に公表された『成年者の保護に関する白書』⁽¹²⁹⁾においては、職権開始手続を全面的に廃止したことに対する疑義が呈されている。白書は、統計資料が示す「正当とはいい難い数字のせいで、われわれは行き過ぎてしまった」とし、新法は「検察の負担を重くして、開始までの期間を長引かせている」と難じたい⁽¹³⁰⁾えで、本人が鑑定を拒絶する場合、鑑定費用を工面することができない場合、本人に身寄りがなくだれからも申立てがなされない場合等のために、例外的ながら職権開始手続が存置されてよいと提案するのである。⁽¹³¹⁾

[49] 次いで、職権開始手続の廃止と相補的な関係にあるものとされ

(128) BAUER, FOSSIER et PÉCAUT-RIVOLIER, *op. cit.* [note 108], n° 21.31, p. 87.

(129) CNAPE, FNAT, UNAF et UNAPEI, *Livre Blanc sur la protection des majeurs*, septembre 2012, consultable au : www.unaf.fr/IMG/pdf/livre_blanc_bd2.pdf. 福祉系四機関の共同により、25項目にわたる提言をまとめている。

(130) 同じく検察官の負担過剰を指摘するものとして、N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE et Fr. ARBELLOT, *Droit des tutelles*, 3^e éd., 2012, Dalloz, n° 63.11, p. 339.

(131) 「緊急の場合には、後見裁判官が、特に理由を付した審判によって、一種の救助として、三か月を超えない一時的保護措置を職権によって言い渡すことができるものとする」(Livre Blanc, *op. cit.* [note 129], p. 42)。

る「家族」による申立ての拡大につき、その顕著な現れである「緊密かつ持続的な関係を保持する者」要件のもつ意義を考察しよう。

この要件の導入は、二つの考慮に促されていた。すなわち、一方で、「家族形態の多様化を反映した」という三監督局・ファヴァール各報告書の言葉どおり、07年法430条が掲げる新たなリストは、68年法のリストを拡大したにとどまらず、「成年者の保護は、本人と緊密な関係にある者によって担われるべきである」という新たな制度像を象徴するものである。しかし、他方で、07年法の議会審議は、職権開始手続に代わる新たな担い手を発掘するために申立権者の範囲を拡大するという目的を強調していた。

これら二つの考慮は、もとより相容れないものではない。職権開始手続の廃止を「家族」の拡大によって代補するという解決策を選択し得たのは、理念としての「家族の優先性」について共通理解が成立し得たからであろう。とはいえ、二つの考慮のいずれに力点を置くかは、「緊密かつ持続的な関係を保持する者」を「家族」に引き寄せるか、あるいは「第三者」に引き寄せるかという解釈問題において、微妙なニュアンスの差異を生じさせているようにもみえる。⁽¹³²⁾

まず、家族との連続性を強調するものとして、オゼの評言をみよう。彼はいう。「後退したのは、『神授的』家族、つまり、家族であるという一事をもって権利と権限を授けてきたそれである。現代の法は、むしろ機能的家族を志向する。機能的家族は、その真価を発揮するならば、人格の保護においてなおも重要な役割を主張することができる。家族がこうして凡庸な役割に減退させられ、あらゆる中間的グループと同等のものとして一般化された以上、こうした見方には異論もあるかもしれない。しかし、成年者保護法の外をみると、これこそが近年における家族法の一般的な展開なのではなかろうか」。⁽¹³³⁾このように、「緊密かつ持続的な関係を保持する者」

(132) FOSSIER (dir.), *op. cit.* [note 26], n° 170, p. 76.

(133) HAUSER, *art. préc.* [note 27], p. 204.

要件導入の意義を「家族観の拡大」として読み解くならば、これらの者もまた、狭義の家族とともに「愛情の推定される関係」⁽¹³⁴⁾にあるからこそ申立権限を有するのだとみるべきことになる。

これに対し、テレ=フヌイエは、むしろ「緊密かつ持続的な関係を保持する者」⁽¹³⁵⁾の編入に「家族の後退」⁽¹³⁶⁾を読み取ったかにみえる。彼らは、「緊密かつ持続的な関係を保持する者」として、身上監護に携わる事業者（医療従事者、ケア・マネージャー等）からの申立てを広く認めるという解釈の余地を指摘するのである。補充性の保障を強調し続けてきた立法の経緯を踏まえるならば、こうした解釈には慎重さが要請されよう。とはいえ、「緊密かつ持続的な関係を保持する者」という判断基準の不明確さは疑い得ない。この包括的要件が「官僚主義的」運用に転ずるかどうかは、今後にかかっているということができそうである。

第五 結びに代えて——要約と課題の再確認

[50] 以上で、主題に関するフランス法の考察をひとまず終えることとする。最後に、フランス成年後見法の展開を要約するとともに（一）、それが、冒頭に確認した問題（[8]）を考察する際に与える視点を、「四親等内の親族」という日本法の基準に即して展開することを試みよう（二）。

一 法制の発展

（1） 原始規定から68年法へ

[51] 原始規定の制定から68年制定に至るまでの成年後見法の議論は、一方で、家族の役割をどのように捉えるか、他方で、精神病者の処遇との

(134) J.-M. PLAZY, *Le renforcement de la priorité familiale dans le choix des tuteurs et curateurs*, JCP N. 2005, n° 1105, p. 298.

(135) FOSSIER (dir.), *op. cit.* [note 26], n° 170, p. 76.

(136) Fr. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, Personnalité-Incapacité-Protection*, 8^e éd., Dalloz, 2012, n° 665, p. 706 texte et note 3.

関係をどのように捉えるかという二つの問題に規定されてきた。

第一の問題について。原始規定において念頭に置かれていた「家族の利益」とは、「家産の維持」であり、申立権者の範囲もまた、この目的に適合するように、相続資格の有無によって画された（[17]）。これに対し、68年法は、成年後見法においても核家族化を念頭に置いた制度設計を目指し、相続利益を中心とする体系との断絶を示した（[33]）。このように、68年法は、後見法の発展図式としてしばしば指摘される「自益後見から他益後見⁽¹³⁷⁾へ」の転換を決定づけた点において、まさに革新的な意義を有していたとみることができよう。

第二の問題について。原始規定は、禁治産申立につき、検察官の「過剰な熱意」に対する警戒を示した（[14]）。しかし、1838年のエスキロール法は、精神病患者のために公権的関与を拡大するとともに、禁治産とは別異の次元に属する財産管理制度を創設した（[19]、[20]）。この「一時的管理」制度が実務に浸透し、これを支配するに及んで、68年法は、一時的管理を成年後見法の体系のなかに発展的に解消するとともに、職権開始手続の導入によって制度利用の拡充を図ることとなった（[34]）。68年法が「《医師と後見裁判官とによる、本人の利害関係調節》のメカニズム」と特徴づけられるときには、以上の連関が念頭に置かれていたのであり、ここにおいて、原始規定の構想した「家族の優先性」は、一つの終焉を迎えたということができる。

（2）68年法から07年法へ

[52] 68年法から07年法への転換の意義は、07年法が謳う一連の基本理念によって際立たせられている。たとえば、415条は、成年後見制度が

(137) 於保不二雄編『注釈民法(23) 親族(4) 親権・後見・扶養』（有斐閣、1969年）192頁（於保不二雄執筆部分）。こうした見方を改めて強調するものとして、上山泰「任意後見契約の優越的地位の限界について」筑波ロー11号（2012年）131頁注76を参照。

(138) 稲本『フランスの家族法』（前掲注25）142頁。

被保護者本人の利益を旨とすることを強調し、その「自由、基本権及び個人の尊厳」に配慮すべきことを要請する ([11])。また、428条は、成年後見の「補充性」を基本原則として掲げる。本稿の主題に即していえば、この転換は、職権開始手続の廃止を導くとともに、⁽¹³⁹⁾その欠如を補うために家族・検察官の関与形態が再編されたことに具体化されていたとみることができよう ([45]~[47])。⁽¹⁴⁰⁾

ところで、このような法制の展開は、既にカルボニエにより、後見法を指導する法体系との関連をも念頭に置きつつ適切に約言されていた。彼は、次のように⁽¹⁴¹⁾。原始規定の構想によれば、無能力の法 (droit des incapacités) は、財産の保護を主たる目的とするものであり、したがって、財および債務の法との結びつきを強くしていた。けれども、無能力法が本質的な意味での結びつきを有するのは、むしろ家族の法または人の法である。家族の法と結びつくというのは、無能力者保護の機関が家族のなかから選ばれるのが通例だからである。しかし、「個人主義の空気のなかにあるこの人権の時代において、最も接近を求める資格をもつようにみえるのは、人の法 (droit des personnes) である。無能力者がみな家族を有するわけではないし、無能力とされる場合には、その人自身 (la personne lui-même) に強い影響が正面から及ぶ。つまり、その人格 (personnalité) が減ぜられるのである」。

このように、成年後見法の立脚点を「人の法」に認める見地を踏まえた⁽¹⁴²⁾うえで、冒頭において提起した問題、つまり、成年後見法によって与えら

(139) 職権開始手続の廃止という方針が採られたことについては、以上のような理念的な理由とともに、制度利用者の増大を前にして、財政負担の軽減を迫られたという事情も看過されてはならない。しかし、財政負担を軽減するために講じ得る方策は様々であり、それらのなかから「家族」の範囲を再編するという方針が選択されたことは、フランス成年後見法の一つの特徴を示しているとはいえるだろう。

(140) V. A. CARON-DÉGLISE, *art. préc.* [note 123], n° 169, p. 50.

(141) CARBONNIER, *op. cit.* [note 106], n° 290, pp. 541 et s.

(142) 07年法に即してかかる観点を強調する論稿として、v. aussi Ph. MALAURIE, *Examen critique du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs*, Defrénois n° 1/07, article 38510, p. 17.

れるべき保護が「家族」の責務とされた（415条4項）ことの意義に再び立ち返ることにしよう。

二 規律の論理——法制の理念とその実現形式

[53] わが国の旧民法における禁治産宣告の申立権者をめぐっては、「家産の維持」「家族の情愛」といった観念によって申立権者の範囲を画する議論がみられた（[6]）。これまでの検討に照らしてみると、そこには、フランス民法典原始規定、ないし19世紀フランス法学説（[14]）に相当程度類似する制度理解を見出すことができるだろう。けれども、その後、フランス法における申立権者の規律が二度にわたる再編を経たのに対し、日本法は（少なくとも民法の規律に関しては）何らの変更も経験しなかった。

以上の経緯を踏まえて、フランス法の発展は、本稿の主題である「四親等内の親族」の意義を考察するにあたり、どのような教示を与えてくれるであろうか。法制の理念（(1)）とその実現形式（(2)）とに着目しつつ（[8]）、今後の課題を整理しておくことにしよう。

（1）法制の理念

[54] フランス成年後見法は、しばしば、「家族」を中心とする成年後見法の体系と自己規定される（[11]）。そして、これに即応するように、各々の立法において申立てに関する規律が構想されるにあたっては、申立権者となり得る「家族」をどのように規定するかが常に問い直されてきた（[29] [30] [37]）。もちろん、「家族」の意義、これに与えられる役割は、原始規定、68年法、07年法の各々において本質的に異なる。しかし、07年法が、上記の自己規定をもとに「家族の優先性」を今日的に再編した点には、フランス成年後見法を理解するうえで看過し得ない特性があるということはあるだろう。

以上のことはまた、同法が「個人の自由、基本権及び個人の尊厳」の保障という「人の法」的な理念を掲げたこととの関わりにおいて、制度理念

とその実現手段との間にレヴェナントな関係を見出すことができるかという問いをも提起しよう。本人を中心とする成年後見法の体系を目指すならば、家族に優先性を付与することは、むしろこの理念に反するとも考えられるからである。このことは、わが国において親族申立てを中心とする制度構想に対する理念的批判がみられることとの関わりで興味を惹くが、この点については、07年法が「家族」の範囲を「⁽¹⁴³⁾ともだち」にまで拡大したことが注目に値しよう。オゼが述べていたように、「家族」こそが本人の状況に最もよく配慮し得るという見方が、そこにおいては前提とされていた⁽¹⁴⁴⁾ということが出来る〔48〕。

とはいえ、成年後見法における「家族」をどのように編成し、これにどのような役割を期待するかについての態度決定を行うことは、当面の対象を超えた課題である。本稿の考察の限りでは、フランス法において、「個人の自由、基本権及び個人の尊厳」が職権開始手続に必然的に結びつくとは考えられなかったという事実を確認するにとどめよう。

(2) 法制の実現形式

〔55〕「家族の優先性」の変容は、同時に、国家の役割の再編を伴う。

(143) 大村・前掲論文(注26)123頁は、わが国における任意後見制度の導入、配偶者法定後見人制度の廃止に、成年後見法における「ともだち」の領分を見出し、成年後見制度が「家族的な義務から遠ざかった」ことを指摘する。さらに、同『もう一つの基本民法Ⅰ』(有斐閣、2005年)50-51頁は、「家族からの解放は直ちに本人の自己決定の尊重を意味するわけではない」ことを強調し、「現行法の立法過程において、家族以外の者の支援の途を開きつつ、過度の家族排除に走らなかつたのは賢明な態度であったと言えよう」と評している。

(144) 道垣内・前掲論文(注3)125頁は、伊藤昌司「ブックレビュー・新井誠著『高齢社会の成年後見法』」法時67巻7号(1995年)102頁の叙述を引用したうえで、「家族社会学の成果を利用するとしても、申立権者と非申立権者とを分割する明確な基準をそこに見出すことは困難である」と指摘する。フランス法の動向は、このような認識を共有しつつ、一方で、依然として配偶者や親族の申立権を承認し、他方で、「緊密かつ持続的な関係を保持する者」という実質の基準を導入することによって、そうした社会学的要請に応えようとしたものといえようか。

この問題について、フランス法は、原始規定においては「社会の保安」対「家族の名誉」というかたちで、また、68年法・07年法の立法過程においては「利用の促進」対「濫用の防止」というかたちで、積極論と消極論とを常に対立させてきた。

07年法は、私的利益に尽きない保護の必要性を汲みつつ、しかも過剰なパターンリズムに陥らないという相反する要請を二つながらに実現するために、職権開始手続の廃止という方途を選択した。国家の関与を縮減するというこの決断は、濫用事例を個々にスクリーンするコストを省くために職権開始手続の可能性それ自体を否定するという、法の形式的実現可能性を重視したものであった（[48]）。

職権開始手続の不在は、今日における日本法・フランス法の共通の特徴であるが、以上の経緯にかんがみると、こうした法の実現形式には、濫用的制度利用の抑止に資するという点において、積極視し得る一面があることがわかる。このことはまた、職権開始手続の立法論的優位性が、その制度運用を支える——特に濫用を防遏するための——諸前提の整備によって条件づけられたものであること、したがってまた、そうした前提を欠いたままでは、「個人の自律」という制度理念との関係においてさえ、その優位性を自明視し得ないことを明らかにしていた。

もともと、以上のような見方が成り立ち得るとしても、そのことは、日本法の現状が必要かつ十分な法的保護を提供しているという評価を直ちに導くものではない。フランス法が、職権開始手続の廃止と同時に「家族」を再編し、ここにすぐれて実質的な基準を導入したのに対し、日本法は、家族の範囲をも「四親等内の親族」という形式的基準によって画し続けている。この点に着目して日仏の規律を共時的に比較するならば、少なくとも現行日本法における申立権者画定基準が過度に厳格な運用をもたらす可能性を孕んでいることは、否定し得ないだろう。

* * *

[56] 本稿の考察からは、法定後見申立権者の範囲につき、フランス法の発展に照らして二つの視点を提示することができる。第一に、「個人の自由、基本権及び個人の尊厳」を実現する法制は、成年後見制度のアクターとしての「家族」を直ちに否認するわけではないという、法制の理念に関わる視点。第二に、どのような法制を設計するかは、理念から単線的に導かれ得るわけではなく、それを実現するための方法選択が重要性をもつという、法制の実現形式に関わる視点、である。

既に知られたこれら課題と、それに対する熟考の必要性とを再確認して、本稿の結びに代えることとしたい。

本研究は、早稲田大学2013年度特定課題研究費（課題番号2013-A-006）の助成による研究成果の一部である。