

成年後見制度の 新たなゲラント・ザギン

法政大学大原社会問題研究所／著 富美枝

〔編著〕

法政大学出版局

第15章

スイスにおける成年者保護法の改正

ダニエル・ロッシュ
上山 泰 言

1. 後見法から成年者保護法へ

大多数のヨーロッパ諸国では、20世紀ごろから、成年者保護法が大きく改正されきっている。国内的なきっかけは様々だが、たいていの場合、この改正には、成年者保護のための措置の柔軟性をより高めていく傾向が見受けられる¹⁾。

2013年1月1日からスイスで施行される成年者保護法は、1907/1911年以来の後見法に取って代わるものである。この古い後見法は、1912年の施行以来、これまでほとんど改正されてこなかった。その例外は、1978年に後見法に挿入された、身上監護のための自由剥奪措置（Fürsgerische Freiheitseinsichtung）に関する法律である。これは、それまで各カントン〔註：スイスの地方行政区画であり、「州」とも記される〕の法の中に置かれていた行政による収容に関する法律（administrativen Versorgungsgesetze）を受け継ぐものである。この法律によって、スイス民法典に397a条から397f条が追加され、スイス法は歐州人権条約5条の要求に調和するものとなつた。後見法は、一方で、1907/1911年当時を支配していた、バーナリティックな姿勢が際立つ社会的な価値によって形作られていた。つまり、望ましからざる行動にサンクション（規律訓練と正常化）を与える根拠としての後見法である²⁾。また他方で、こうした価値観と並んで、主要な措置で

1) FamKomm-Heckendorf/Urscheler, Rechtsvergleichung, N 1, 3.

2) FamKomm-Voll, Sozialwissenschaftliche Grundlagen, N 5ff. 参照。

ある、補助 (Beistandschaft), 保佐 (Beiratschaft), 後見 (Vormundschaft) からなる、硬直的で柔軟性がほとんどない措置の体系が存在していた。かくして、古い後見法がそもそも存在しつづけることができ、実務的にはなお扱いやすいものでもあった限り、その法律は、「適用される時代に合わせられなければならず、そして、それゆえにまた、若干の創造的な法学的アイデアを必要としてきたのである。そこで、苦肉の策として、措置を相互に組み合わせたり³⁾、時間的制約がある措置を「継続的な措置」として構想してみたり⁴⁾、法律には存在しない後見機関に対する守秘義務を作り出したり⁵⁾、簡潔すぎる解任事由を適用しないですむように、合意による辞任を認めたり等々といったことが行われてきたのであった。要するに、実務、裁判例、及び、学説が、旧法を適用可能なものとして維持できるようにしてきたわけである。さらに、どの措置をとるのかを明らかにして、それを命じる後見官庁は後見法の中核機関であるが、1912年以降、スイスの大部分（ドイツ語圏スイス）では、この役割は市町村が負っており、通例、そこでは市町村参考会⁶⁾が、ときには困難な要保護者への介入を決定するという事情が付け加わっていた。近隣諸国とは異なり、スイス民法典は、なんら司法機関の利用を予定していないかった（現在も予定していない）⁷⁾。スイスでは、市町村参考会は政治的に選出されている。したがって、法的な問題、ましてや後見法上の問題に関する専門知識をなんら要求されていいるわけではない。このため、大方において、後見官庁は、市民兵のように素人で構成された官庁であった⁸⁾。市町村の規模によつて⁹⁾、または、所管する行政の内容に応じて、専門

予定していなかった（現在も予定していない）¹⁰⁾。スイスでは、市町村参考会は専門家委員会が設置され、専門家委員会は、準備草案とこれに付随する報告書 (Bericht VE03) を作成した。2000年の司法改革と、その一環である民事訴訟法に対する連邦政府の管轄権についての新規制（スイス連邦憲法122条）に支えられて、元上級裁判所判事のSteckに手続法の作成が依頼された（Bericht Verfahren VE03）。2003年の夏に、これら2つの準備草案は広く世間に公表された。改正全体

3) たとえば、スイス民法典旧392条1号と旧393条2号など

4) スイス民法典旧392条1号の「緊急の事務」

5) 後見法の趣旨と目的から、欧州人権条約と連邦憲法が導き出したものである。

6) 市町村参考会は、市町村レベルの行政執行機関である。

7) FamKomm-Voll, Sozialwissenschaftliche Grundlagen, N 16.

8) 2005年の研究論文が示すところによれば、スイスの官庁全体の70%が市町村参考会、14%が専門化された市町村の官庁であり、複数の市町村にまたがる官庁や、職業的な官庁、あるいは、裁判所が後見官庁となっているところは16%にすぎない（Häfeli/Völl, ZVW 2007, S. 51）。

9) スイスでは、住民が数百人の市町村もあれば、10万人以上の市町村もある。

職性を備えている官庁もあれば、逆に専門職性を欠く官庁もあった。まさに小さな市町村では、児童と成年者の保護について、市町村参考会が自ら解明にあたることが、慣例となつてゐることもあった。これに対して、より大きな都市では、決定の制御、ひいては官庁の制御は、専門職化された行政組織が担っていた。加えて、市町村は単に後見法に関する権限を持つていただけではなく、多くの場合は、措置にかかる予算の調達に関する権限も持つていたので、一部では、費用を根拠にして、必要な措置が妨げられるという結果になつたことが、特に問題であった。家族法第3章「後見」の箇所を、部分的にもしくは全面的に改正する必要があることは、専門家の一致した意見であった。1960年代以降、これに関する議論や論文が公刊されていたことも、この証であつたといえる¹⁰⁾。かくして、後見法が改正されるべきことは、予測できた話であった。

2. 成年者保護法の改正

職性を備えている官庁もあれば、逆に専門職性を欠く官庁もあった。まさに小さな市町村では、児童と成年者の保護について、市町村参考会が自ら解明にあたることが、慣例となつてゐることもあった。これに対して、より大きな都市では、決定の制御、ひいては官庁の制御は、専門職化された行政組織が担っていた。加えて、市町村は単に後見法に関する権限を持つていただけではなく、多くの場合は、措置にかかる予算の調達に関する権限も持つていたので、一部では、費用を根拠にして、必要な措置が妨げられるという結果になつたことが、特に問題であった。家族法第3章「後見」の箇所を、部分的にもしくは全面的に改正する必要があることは、専門家の一致した意見であった。1960年代以降、これに関する議論や論文が公刊されていたことも、この証であつたといえる¹⁰⁾。かくして、後見法が改正されるべきことは、予測できた話であった。

1993年9月に連邦司法省宛ての基本報告書に結実した準備作業が始まった。テーゼと部分草案を付帯した1993年の基本報告書は、Häfeli教授（ルツェルン専門大学元学長）、Schnyder教授（フリップール大学）、Stettler教授（ジュネーヴ大学）の3名で構成された専門家グループによって起草された。これを受けて、1996年11月に、準備草案の完成作業がこの3名の専門家に委託された。この準備草案（Bericht VE98）は、1998年6月に公表された。これに基づいて、1999年に、学際的な専門家委員会が設置され、専門家委員会は、準備草案とこれに付随する報告書（Bericht VE03）を作成した。2000年の司法改革と、その一環である民事訴訟法に対する連邦政府の管轄権についての新規制（スイス連邦憲法122条）に支えられて、元上級裁判所判事のSteckに手続法の作成が依頼された（Bericht Verfahren VE03）。2003年の夏に、これら2つの準備草案は広く世間に公表された。改正全体

10) Rosch, Einführung N 51, in: Rosch/Büchler/Jakob: Das neue Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB.

は、大筋では歓迎された。異論が最も噴出したのは、児童及び成年者保護官庁 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde) のための専門裁判所の設置に關してであった。手続法に関する受け止め方もさまざまであったために (Vernehm1.04), その草案を独自に提出することは見送られた。2004年に、スイス連邦参事会は意見書 (Botschaft) の作成を委託し、この意見書は2006年に提出された。2007年に、上院である全州議会が新法を議決し、ついで2008年の秋には下院の国民議会でも議決された。上下両院とともに、大きな修正を加えずにこの法律を議決している。施行は、2013年1月1日である。

改正の中心事項は次の通りである。

- ・スイス民法典360条以下に基づく自らの事前指示という形態での自己決定権の促進 (患者の事前指示書 (Patientenverfügung) と任意後見の委任 (Vorsorgeauftrag))
- ・家族内の連帯の強化 (たとえば、判断無能力時における他方配偶者の法定代理権、スイス民法典420条に基づく財産目録作成義務、会計報告書提出義務等の免除) と国家の負担の軽減 (たとえば、スイス民法典360条以下による任意後見の委任、スイス民法典389条に基づく補充性の原則)

・居住系施設及び介護施設 (Wohn- und Pflegeeinrichtungen) における判断無能力者の保護の向上 (たとえば、スイス民法典383条以下による身体活動を制約する措置)

・テーラー・メイド型の官庁による措置

・親権延長制度の廃止

・行為能力の制限もしくは剥奪に関する公示の廃止

・身上監護のための自由剥奪時の不備の補完と法的保護の改善 (たとえば、スイス民法典434条による本人の同意のない医療措置)

・児童及び成年者保護官庁としての専門官庁の開設

・基本的な手続原則の民法典における明定 (たとえば職権探知主義と職権進行主義 (スイス民法典446条))

・人法及び親子法との整合性

・時代に即した用語法¹¹⁾

3. 自己決定権と官庁によるテーラー・メイド型の措置

(1) 自己決定

かくして、当時の傾向に従ってパーターナリズムが刻み込まれていた後見法は、現代社会の価値を義務づける法によって取って代わられることがとなった。そこでは、自己決定が本質的な役割を果たしている。古い後見法は、個々の事例において、保護に関してもまったく過剰な措置を規定していた。わかりやすい例が、スイス民法典1139条による、本人の請求に基づく補助 (Beistandschaft) である。多くの場合、この措置は高齢者に適用されていた。この措置には、本人自身の請求と補助人による最低限の協力が必要であった。本人の請求に基づくものであるため、この措置は、委託事務の遂行を開始する段階での敷居が低いと考えられていた。しかし、この措置によって、補助人は、身上監護と財産管理に関する包括的な権限を持つことになったので、補助人に委ねられる権限の点では、この措置は非常に広範なものであった。個々の事案における心神の耗弱状態や保護の必要性の程度に関わりなく、補助人はこれらの権限を持っていた。ほとんどの場合には、こうした包括的な権限は必要ではなかつただろう。自己決定へのハラダイム転換によって、新法では、このような過剰な権限ないし措置は、もはや望まれなくなった。官庁による措置の目的は、要支援者の福祉と保護であり、この際には、自己決定が、可能な限り維持され、促進されるべきなのである¹²⁾。ここでは、補助人は、実行可能である限り、要保護者の意見に配慮し、その意思を尊重しなければならず、さらには、要保護者が、その現有能力に応じて、自らの希望と考えに従って、自分の生活を形作ることができるように職務を遂行しなければならないのである¹³⁾。かくして、保護のために必要不可欠なパート

11) Botschaft, 7011 ff.

12) スイス民法典388条参照。

13) スイス民法典406条1項

ナリストイックな介入は、時代の趨勢に従つて、最後の手段 (*ultima ratio*) とされることになった。この価値観はソーシャル・ワークのスタンダードに合致しており、法律に規定されたことで、さらに強化されたにすぎない。

(2) 官庁によるテーラー・メイド型の措置

この自己決定への方向転換に伴つて、官庁による措置はテーラー・メイド化されるべきことになる。まず何よりも、成年者保護に関して、もはや保佐制度とさらには後見制度も存在していないということが新しい。いまや、唯一、補助制度だけがあるにすぎないのである。テーラー・メイドという理念は、心神の耗弱状態から生じる保護の必要性と、新たに個別的に決定されるべき職務範囲とを相関させるということである。この一例を挙げてみよう。認知症¹⁴⁾の患者が、その疾患のために、自分の財産に関する事務をもはや処理できずに、社会的に孤立している場合¹⁵⁾、おそらくは、この人のために、収入の管理、及び／あるいは、資産管理並びに社会的接触関係の創出という職務範囲を持つ補助が開始されることになるだろう。ついで、第二段階として、個々の職務範囲における委託事務の遂行のために、補助人がいかなる権限を必要としているかが問われるべきことになるだろう。改正法は、次のようなカテゴリーを規定している。

- ・行為能力の制限を伴わない付き添い型の活動 (*begleitendes Handeln*)
- ・行為能力の制限を伴う代理型の活動とその制限を伴わない代理型の活動
- ・補助人による協働：判断能力のある者がなお自力で行為できるもの、法律行為を法的に有効に成立させるためには、補助人の同意を必要とするもの

以上のに関する包括的な権限 このカテゴリーに応じて、その時々の職務範囲に対して、付き添い型補助

18) スイス民法典396条

19) Häfeli, in FamPra. ch, 2007, 10. を参照せよ。

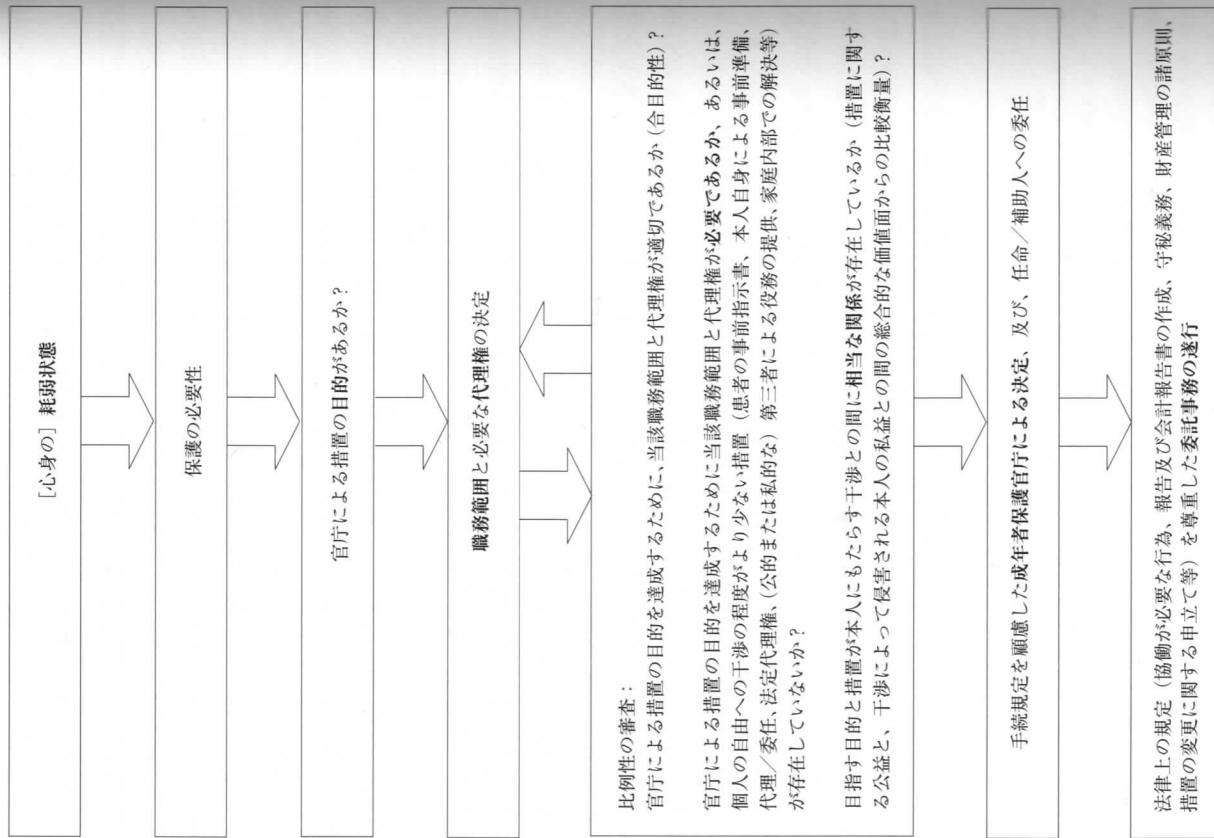
20) スイス連邦憲法5条2項参照。

21) 本人に対する干渉の目的と干渉の効果との間の比例関係は、ここでは、包括的な利益衡量によって判断される。

22) Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2010, Rz. 581 ff.; Art. 389 ZGB 参照。

(*Begleitbeistandschaft*)¹⁶⁾、代理型補助 (*Vertretungsbeistandschaft*)¹⁷⁾、あるいは、協働型（同意型）補助 (*Mitwirkungsbeistandschaft*)¹⁸⁾が命じられる。これらの補助の類型は、相互に組み合わせることもできる。たとえば、先ほど例に挙げた認知症の人に対して、収入の管理のために代理型補助を、資産管理のために行為能力制限付きの代理型補助を、そして、社会的接触関係の創出のために付き添い型補助を、併せて開始するといったことも可能である。個別化された「世話のポートフォリオ」を生み出すわけである¹⁹⁾。これに對して、保護の必要性が顕著であるために、包括的な権限が必要な場合には、包括的補助 (*umfassende Beistandschaft*) が命じられなければならない。これは以前の後見制度を継承した手段である。

このテーラー・メイド性に伴なつて、比例性の審査がきわめて重要な位置を占めており²⁰⁾、個人の法的地位に対する国家に比例原則は憲法上に位置を占めている²¹⁾。そのためには、必要最小限のあらゆる侵襲が、その目的（「公益」）に適合し、そのためには必要であるあって、かつ、適切な目的－手段の比例関係²²⁾があることが必要であることを要求している²²⁾。一方では、比例性の審査によって、成年者保護の中に存在する自己決定と他者決定との緊張関係についての均衡が保たれることがある。他方では、官庁による措置について、他者決定が許される範囲をできる限り少なくしつつ、それでもなお実効性があるものにすることが保証されることになる。新しい官庁による措置は、厳密に釣り合いのとれた措置を命じることができるとほど、柔軟な仕組みになつていている。いわば、官庁は「オートクチュール」を嘗むわけである。新しい成年者保護法の手続進行の概要是、次の略図の通りである。



改正法は可能な限り自己決定を容認しようとしている。このことは、なぜ新法が、できる限り広範な自己決定を可能とするために、判断能力のある人が自らの判断無能力の事態に備えてあらかじめ講じておける措置を規定しているのかとの理由でもある。任意後見の委任の制度は、行為能力のある者が自らの判断無能力の事態に備えて、明確に規定された職務範囲において、自分でわざって行為を行うべき法人もしくは自然人のいずれかを任命できることを規定している²³⁾。これに加えて、新法は、本人による事前の措置として、患者の事前指示書も規定している。つまり、判断能力のある者は、自らの判断無能力の事態に備えて、自分のために医療上の処置に同意を行う者を任命しておくか、あるいは、どのような措置に自分が同意するか（同意しないか）ということを自分自身で決めておくかのいずれかが可能である²⁴⁾。

ある人が判断無能力になつたが、その人が本人による事前的な措置をまったく準備していないかった場合、新法は、一定の状況について、法定代理権を規定している。つまり、この場合、配偶者及び登録された同性パートナーは、他方配偶者なしし他方パートナーのために、その扶養の需要を充たすのに通常必要なあらゆる法的行為をすることができる。さらに、これらの方は、収入及びその他の資産に関する通常の管理を引き受けることができるとともに、必要があれば、郵便物を開封して、処理することもできる²⁵⁾。ある人が、この法定代理権を希望していない場合は、任意後見による委任を設定しておく必要がある。これに加えて、新法は、判断無能力となり、かつ、必要不可欠な医療上の処置が切迫している事態に備えて、決定権者に関する段階構造の仕組みを規定している。つまり、患者本人が判断無能力である場合、医

23) スイス民法典360条

24) スイス民法典370条

25) スイス民法典374条

師の説明義務と医療上の処置に対する同意は、患者の事前指示書がない限り、代理人へと照準が向けられることになる。以下の者たちが、その順位に従つて、判断無能力者を代行して、医療行為に同意を与えるか、あるいは、拒否するかについての権限を与えられている²⁶⁾。

第1順位 患者の事前指示書もしくは任意後見の委任の中で指名されている者

第2順位 医療上の処置についての代理権を持つ補助人

第3順位 配偶者もしくは登録された同性パートナーとして、判断無能力者と世帯を共にしているか、あるいは、配偶者もしくは登録された同性パートナーとして、日常のかつ個人的に判断無能力者を援助している者

第4順位 判断無能力者と世帯を共にしており、日常のかつ個人的に判断無能力者を援助している者

第5順位 日常のかつ個人的に判断無能力者を援助している単属

第6順位 日常のかつ個人的に判断無能力者を援助している両親

第7順位 日常のかつ個人的に判断無能力者を援助している兄弟姉妹

これによって、立法者は、同時に、医療上の措置が適切な場面での、判断無能力者への対応に關して、法的安定性を生み出している。同時に、この段階構造の仕組みは、多元的な社会の中で、ある人と他の人の関係の近さを価値的に定義づけるという試みを意味している。しかし、これについては、反論がなされでないわけではない²⁷⁾。

判断無能力者が長期間にわたって居住系施設及び介護施設でケアを受ける必要がある場合には、同様の段階構造の仕組みが福祉施設サービス契約(Betreuungsvertrages)の締結にも適用されている。

26) スイス民法典378条参照。

27) Fankhauser, BJM 2010, 240 ff.

5. 福祉的収容

ある人の居所決定が問題となる限りで、身上監護のための自由剥奪措置の後継手段としての福祉的収容(Fürsorgerische Unterbringung)が用いられる。福祉的収容によつて、判断無能力者の意思に反して、あるいは、判断無能力者の推測的意思に反して、看護もしくは医療行為のための身上監護を目的に、ある人を施設に収容することができます。要件は、精神障がい、知的障がい、もしくは、重度の人格変化、並びに、必要な治療もしくは看護を他の方法では実現できない状態である²⁸⁾。新法は、福祉的収容の枠内での同意なき精神障がい者への投薬²⁹⁾とその行動を抑制する措置³⁰⁾について、連邦レベルでの統一的な規定を含んでいる。カントンは、追加的に、収容後のアフターケアや収容に代わるケアの提供について規制することができる³¹⁾。そのためには外來時の強制措置についても規定できる³²⁾。

6. 様数の専門分野にまたがる児童及び成年者保護官庁

改正法は、複数の専門分野にまたがる、特殊化された専門官庁³²⁾を規定している。この専門分野の横断性は、成年者保護法が児童保護法と同様に、ソーシャル・ワーク、心理学、精神医学／医学、信託、ケア学等といった、数多くの関連する専門分野に通じているという事情から生じている。これに応じて、ほとんどの官庁は、大多数は法律家であるが、さらにソーシャル・ワーカーや、関連するその他の専門分野の者も加わって構成されている。か

28) スイス民法典426条

29) スイス民法典434条

30) スイス民法典438条

31) スイス民法典437条

32) ドイツ語の法文では „Fachbehörde“、フランス語の法文では „autorité interdisciplinaire“、イタリア語の法文では „autorità specializzata“ と表記される。

くして、この官庁はかなり専門化されたといえる。同時に、児童及び成年者保護官庁のほとんどは、依然として行政官庁である。裁判所であることはまれである³³⁾。したがって、大多数の官庁はまた、さらに行政法の文脈でも活動しているわけである³⁴⁾。

7. スイスにおける成年者保護の2つの特色

かくして、成年者保護法は、私法の形態と公法の性格とを併せ持った混合物であるといえる。公法に分類することは、法の解釈と欠缺の補充に関する行政法上の指導原理に基づいて決定することにつながる。したがって、手続的には、欧洲人権条約6条1号の下に包摶されることになる⁴⁰⁾。法文は、この問題を確定してはいない⁴¹⁾。それに加えて、改正法の手続規定は、スイス民法典450f条において、補充的に民事訴訟法の準用を指示しており、カントンがその可能性を利用する限り、カントンの（行政手続）法の参照を指示しているのである。

(1) 法理論上の分類³⁵⁾と効果

家族は、もうずっと長い間、後見制度に影響を与え続けてきたが、しかし、歴史的な文脈によって、その影響の程度はさまざまであった³⁶⁾。近代にいたるまで、西ヨーロッパの後見制度は、第一義的には、家産の管理と保全に結び付けてきた³⁷⁾。民事法への分類もおそらくはこのことによ来しているのである。成年者保護法は、形式上は民法であり、行為能力法と密接に結びついている。しかし、同時にこれは、介入社会法(Eingriffssozialrechts)の枠内において、基本的人権のドグマを、つまりは公法を参照してもいるのである。内容的にいって、介入社会法としての成年者保護法は、かなりの部分まで公法であるといえる³⁸⁾。法理論的には、その分類は困難である。つまり、一方では、個人の身上監護に関する私法規範、本人による事前準備に関する私法規範、並びに、行為能力の決定に関する私法規範があり、他方では、福祉的收容に関する規範や、あるいは成年者保護官庁の組織と活動に関する規範のように、公法的性質を持つた規範があるからである³⁹⁾。

33) 特に、フランス語圏スイスとアールガウ、シャフハウゼンの両カントンでは、裁判所である。

34) 後述の7.(1) 参照。

35) 以下に要約がある。Rosch, Einführung N 35 ff., in: Rosch/Büchler/Jakob: Das neue Erwachsenenschutzrecht. Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB.

36) Heider, die Geschichte der Vormundschaft seit der Aufklärung, Diss. Bochum, 2011, S. 230.

37) Vgl. auch FamKomm-Voll, Sozialwissenschaftliche Grundlagen, N 3.

38) Haasheer/Geiser/Aebi-Müller, Familienrecht Rz. 19.20

(a) 受任者(Mandatsträger)と要保護者との関係
受任者と要保護者との関係については、通説及び判例によれば、私法上の関係がベースである。連邦裁判所の判例は、この点に関して、統一的である。すなわち, BGer 5A.15/2003 E. 1は、旧法下で定着していた見解に従って、後見、及び、後見（あるいは補助）の債務に関連しており、スイス民法典の中で規定されているすべてのことからは、私法の一部とみなさるべきであるとしている。BGE 83 II 180 E. 3は、スイス民法典旧406条に従って講じられるべき措置に関する裁判は、民事事件に属するとしている。BGE 98 V 230 E. 4aにおいて、連邦裁判所は、(旧後見法に關して) 次のように論じている。

現に法律は、「後見機関」(スイス民法典旧360条)としての後見人にについて規定しており、第11節の中にそれぞれ「後見人の職務」と「補助人の職務」という款を含んでいる。Eggerによれば、後見人は国家に対する行政法上の関係に立っており、公法上、自らの義務を履行することを国家に対しても義務付けられている。つまり、その職務は公的な委任である。

39) CHKAffolter/Steck/Vogel, Art. 360 aZGB N 2; BK-Murer/Schnyder, Syst. Teil N 66 ff.

40) CHKAffolter/Steck/Vogel, Art. 360 aZGB N 2; BK-Murer/Schnyder, Syst. Teil N 85; BGE 98 V 230も参照せよ。

41) たしかに、スイス民法典旧402条及び旧421条以下では、後見職務に関して、その引受義務と後見職務の免除の様式が規定されていた。この点は、新法(たとえば、スイス民法典405条, 420条)とは異なり、公法との近接性を唯一示すものである。これに対して、その責任は、旧法とは異なり、公法的性格を持つている。

であるという（スイス民法典旧 379 条, 385 条, 387 条 ; Egger, N. 4 zu Art. 367 ZGB）。しかしながら、後見人は公法上の服務関係に立っているわけではないし、公共団体の公務員でもない。連邦裁判所第二民事部もまた、たしかに後見人は、訴訟進行にあたって、公共団体の名の下に行動しているわけではないし、あるいは、公共団体の直接的な利益のために行動しているわけでもないが、しかし、公共団体から後見人に付与された職務の遂行として行動しているわけであり、つまりは、後見人自身の事件というわけではなく、何よりも要保護者の利益のために奉仕しているという見解を示している。⁴³⁾したがって、この見解によれば、受任者は、本人との関係において公務員の地位を持つわけではない⁴⁴⁾。

(b) 官庁

これに対して、児童及び成年者保護官庁とその監督官庁の活動、その役割と組織化、その命令の性質、手続規定、改正法における責任などについては、実質的に公法に分類される。BGer 5A. 15/2003 E. 1 によれば、理論上、後見制度の領域における处分は、公法に数え入れることができる。BGer vom 6.6.2007, 5A. 147/2007 E. 1 によれば、保佐人 (Beirat) の責任に対する訴訟は、後見官庁の監督面に関する公法上の手続であり、この手続は民法と直接に関係している。連邦裁判所法 (BGG) 72 条 2 項 b 号もまた、これと合致している。この規定は、官庁の決定を「直接に民法と関係する公法上の決定」と認定しており、そして、この理由のみに基づいて、官庁の決定に対して、民事事件における抗告手続として、連邦裁判所に上訴の手続をとることができます。この公法への分類の結果として、法の解釈と欠缺の補充については、行政法上の指導原理に依拠して行われることになる。かくして、事柄の性質上、ここでは、公法が問題になるわけである⁴⁵⁾。

Schnyder/Murer は、次のように指摘している。たしかに、受任者は、公法上、任用されているわけだが、しかしながら、それに反して、彼らは、その公的な機能の中で、実体民法を実現しているのである。職業補助人は、授

42) BK Schnyder/Murer, Art. 360 ZGB N 49 ff., N 59 ff.

43) Deschenaux/Steinauer, Personnes, Rz. 845

44) Geiser, FS Schnyder, Rz. 4.6.; BSK ZGB I-Geiser, Vor Art. 397 a-f azGBN 8a.

45) BK Schnyder/Murer, Art. 360 azGB N 22 ff.

46) BSK Erwachsenenschutz-Auer/Marti, Art. 446 N 2.

助と保護を必要としている人との関係では、私的補助人とまったく同一の法的地位に立っている。したがって、私的補助人と職業補助人の間の唯一の差違は、さまざまな形態がある公共団体との関係の点にのみ存在することにある⁴²⁾。Deschenaux/Steinauer は、受任者は、その公務の遂行の枠内では、公法上の関係にあると指摘している⁴³⁾。他方、Geiser は、(公益の検討にあたって) 私益「の保護」は、基本的人権に関する学説の枠組みの中で足りるとする⁴⁴⁾。Schnyder/Murer は、この点を詳述した上で、後見機関は公法上の責務を直接引き受けているわけだが、しかし、間接的には、公共団体の利益のためにではなく、何よりも要保護者の利益のために奉仕しているという見解を示している。⁴⁵⁾したがって、この見解によれば、受任者は、本人との関係において公務員の地位を持つわけではない⁴⁶⁾。

(c) 小括

上述の説明から、判例と学説の大半は、受任者と要保護者との間の民法上の関係を出発点とする傾向があることが結論づけられる。しかし、私見によれば、保護と援助をする者と補助人との間の関係は、実質的にみて、もっぱら公法にこそ分類することが正しいようと思われる。Schnyder/Murerが論じる要保護者の利益と公共団体の利益との間の緊張関係は、ソーシャル・ワークにおいては、典型的なものである。つまり、このいわゆる二重の委任関係は、特に法的な枠組みの中でのソーシャル・ワークを特徴づけるものであって、とりわけ、典型的に公法として分類される社会福祉法の中にも見いだされるものである。このことは、行為能力法との近接性に矛盾するわけではない。というのも、この規範は、公法上の職務執行の枠内でも顧慮されるべきだからである。

これに対して、成年者保護官庁の行動は、原則的にみて、公法に分類されるべきである。監督官庁についても同じことがいえる。たとえ成年者保護法が、法制史的には、家族法から発展してきたものであったとしても、少なくとも官庁が関わる領域では、公法が常にいたるところで顔を出している。公法に分類される職権探知主義⁴⁷⁾と職権進行主義⁴⁸⁾は、無条件に適用されている。今後の新法の下でも、たいていの場合、行政官庁が児童及び成年者保護官庁の役割を負うので、通常は、カントンの行政手続法が適用されることになる⁴⁹⁾。加えて、ここ10年のうちに、成年者保護法の中には、ますます基本的人権の視点が見受けられるようになってしまっている⁵⁰⁾。つまり、成年者保護法は、単に民法上の人格権保護の文脈において取り扱われるだけのものなのではなく、人格的自由⁵¹⁾に関する基本的人権に対する侵害としても理解されるものである。それゆえ、基本的人権の侵害⁵²⁾という観点からも、そのつど検討されなければならない。この基本的人権の視点は、改正法

を一貫して導き続けてきたものであり、これからもなお強まっていくものである。これに伴い、あちこちに点在する解釈を要する評価を通じて、具体化されていくことになるだろう。

(2) 官庁による監督

成年者保護の不均質な連邦主義的構造にもかかわらず、既に旧法下でも、委託事務の遂行に対する官庁による監督は、特に業務が職業的に行われている場面では、包括的なものであった。この監督の目的は、法適用の統一化であり、委託事務が正しく遂行されていること、及び、補助人が自分の職務を注意義務に従って、法的かつ体系的に適切にこなしていることを保障する点にある⁵³⁾。成年者保護の目的、つまり、本人の福祉と保護の目的から強く影響を受けける形で、しばしば官庁の側では、監督を広く捉える理解が貫徹していた。官庁の所轄の機関が定期的にコントクトできること、個々の委任について頻繁に意見交換すること、私的な受任者がその疑問点や不安を感じていることについて支援を受けること等々である。監督とは、言葉を換えれば、委託事務の遂行に関わる種々の専門的な問題、法的な問題、及び、日常的な問題に対して、自由裁量で指示をすることである。監督に対するこうした理解は、しばしば行政法の文脈において見いだされるものであり、裁判所の監督義務とは明らかに異なる。こちらは、通例、単に謙抑的に、定型化された手続の枠内でのみ行使されるにすぎないからである。

8. さしあたっての評価

改正された成年者保護法は、自己決定によって塗り固められている。これ

47) スイス民法典 446 条 3 項

48) スイス民法典 446 条

49) スイス民法典 450 f 条参照。

50) So auch: FamKomm-Voll, Sozialwissenschaftliche Grundlagen, N 9.

51) スイス連邦憲法 10 条

52) スイス連邦憲法 36 条は、基本的人権の侵害を許容しうる場合について、法律上の根拠、公共の利益、比例原則、並びに、基本的人権の中核的な価値が侵害されていないことなどを規定している。

53) 監督官庁の目的も同様である。BSK ZGB I-Geiser, Vor Art. 420–425 N 2.

によって、社会で支配的な価値が新法の中に受け入れられている。高度に個別化されたテラーラー・メイド型の措置の体系は、高度に個別化（個人化）された社会と附合している。さらに、この傾向は単に成年者保護の中にだけ感じ取れるものではない。というのも、2007年に改正された少年法もまた同様に、刑罰と措置の多様な組み合わせを提示しているからである。両法は、ポストモダン的なアプローチをもっている。たしかに、法律効果の面では、さまざまなことができるのだが、しかし、それにもかかわらず、実務上では、全てのことが可能というわけではない。むしろ逆に、新法でも、規格の統一化が起ることになるだろう。それに加えて、あまりに厳密なテラーラー・メイドの手法は、おそらく成年者保護の趣旨に合わないといつてよいだろう。たとえば、職務範囲という形ではなく、職務ごとにテラーラー・メイド化されてしまったとしたら、おそらくは、定期的な間隔で（たぶん通常は月ごとだろう）、状況の変化に応じて、官庁の決定を再調整しなければならないことになってしまうだろう。これによつて、官庁と受任者とは、とりわけ自分たち自身の業務に煩わされてしまい、クライアントである本人にはほとんど関わなくなってしまうだろう。おそらく、これもまた、立法者の意図するところではないと思われる。

自分自身で事前準備をしておける可能性については、歓迎すべきことである。もっとも、これがどの程度まで利用されるのか、そして、特にどういった社会階層がこれを利用するのかということは、まだ不明である。しかし、この新しい手段が、おそらくは、一般に知られるようになるまでは、ある程度の時間がかかるだろうという前提から出発すべきである。

これに対して、児童及び成年者保護官庁の専門職化は、「受任者と官庁との」共同作業の領域に、いくつかの変化を必然的にもたらすことになるだろう。従来、しばしば、受任者が唯一の専門家であった。個々の事案において、いかなる行動をとるべきかにについて、受任者が官庁に指示をすることも珍しいことではなかった。したがって、ヒエラルキーの逆転現象が生じていたわけだが、おそらく、これは新しい官庁によって修正されることになるだろう。ヒエラルキーを回復することで、同じ目線に立つ専門家同士での意見交換のチャンスが生まれることになる。もしかしたら、この新しい共同作業には

個々の事案での慣れが必要であつて、確実に時間がかかるものであるかもしないが、たとえそうであつたとしても、このチャンスを利用することができる。まさに、要保護者をその活動と利益の中心に変わらず据え続けた場合にこそ、この新しい共同作業が、クライアントである本人にとって有益な影響だけを与えることになるのである。しかし、ここでもまた、カントンと市町村が、人的資源と財源をこの実現のために提供することが前提条件となる。そうすることでのみ、改正法の要請を正当に評価できるようになるわけである。

要するに、私見によれば、新しい成年者保護法は善き模範的な法律であるが、しかし、その実施にあたつては、さまざまに次元で、多くのことを要求する法律であると思われる。

参考文献

- Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2007 (zit. CHK – Autor).
- Andrea Büchler/Christoph Häfeli/Audrey Leuba/Martin Stettler (Hrsg.), FamKommentar Erwachsenenschutz, Zürich 2012 (zit. FamKomm – Autor).
- Henri Deschenaux/Paul Henri Steinauer, Personnes physiques et tutelle, 4. Aufl., Bern 2001.
- Roland Frankhauser, die gesetzliche Vertretungsbefugnis bei Urteilsunfähigen nach den Bestimmungen des neuen Erwachsenenschutzes, BJM 2010, 240 ff.
- Thomas Geiser/Ruth Reusser, Basler Kommentar Erwachsenenschutz, Basel 2012 (zit. BSK Erwachsenenschutz – Autor).
- Thomas Geiser, die FFE als Rechtsgrundlage für eine Zwangsbehandlung?, FS Schnyder, Freiburg i.U. 1995, 289 ff.
- Christoph Häfeli/Peter Voll, die Behördengenorganisation im Kindes- und Erwachsenenschutz aus rechtlicher und sozialwissenschaftlicher Sicht, ZWV 2007, 51 ff.
- Christoph Häfeli, Der Entwurf für die Totalrevision des Vormundschaftsrechts – Mehr Selbstbestimmung und ein rhetorisches(?) Bekennnis zu mehr Professionalität, FamPrach 2007, 1 ff.
- Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010.
- Heinz Hausheer/Thomas Geiser/Regina Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2010.
- Mirjam Heider, die Geschichte der Vormundschaft seit der Aufklärung, Diss. Bochum, 2011.

Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB), 4. Aufl., Basel 2010 (zit. BSK ZGB I-Autor).

Daniel Rosch/Andrea Bühlert/Dominique Jakob (Hrsg.) Das neue Erwachsenenschutzrecht. Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB, Basel 2011.

Bernhard Schnyder/Erwin Murer, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 360-397 ZGB, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 1984 (zit. BK-Schnyder/Murer).