

ドイツにおける世話法の展開

ベルント・シュルテ
訳：上山 泰

社会保障研究所では、1995年10月31日に、マックス・プランク国際社会法研究所主任研究員のベルント・シュルテ博士を迎えて、第7回社会保障国際交流セミナーを開催した。本論文は、講演に際してベルント・シュルテ博士が執筆されたものである。

I. 歴史的背景

今世紀はじめ—1900年1月1日—に施行されたドイツ民法典¹⁾の立法者たちは、行為能力剥奪・制限の宣告、後見、及び保護に関する法規定について、その範をフランス民法典並びにプロイセン一般ラント法典に採っていました。行為能力剥奪・制限の宣告とは、当人の行為能力に関する設権的判決の形式で構成されており、当人の保護を図る一方で、また他面では取引安全のために当人の権利を剥奪するものであり、こうした二つの側面のはざまに根付いた制度であったといえます。

精神病を理由とする行為能力剥奪の宣告では完全な行為無能力が、心神耗弱もしくは飲酒癖を理由とする行為能力制限の宣告では制限的行為能力が、それぞれその効果でした。そしてこの宣告が継続する限り、行為無能力及び制限的行為能力の状態も、法的安定性を最大限に図るために持続されたのです。

また、行為能力剥奪・制限の宣告及び後見に関する諸規定を補完する形で、その意思及び行動の能力が（行為能力剥奪・制限の宣告の要件を欠く結果として）一応は認められるものの、しかし精神または身体の状況から、自己の事務を自ら処理できないような者に対しては、いわゆる障害者保護の命令が活用されていました。

1990年9月12日の成年者世話法の施行までは、今簡単に述べたような規定が施行されていたのです。もっとも、1960年代から70年代にかけて、行為能力剥奪・制限の宣告、後見、保護についての法実務に変化が生じ、法律上「硬直的」なものとして見られていた行為能力剥奪・制限の宣告の措置は、法的に「より柔軟」であると思われた、いわゆる「強制的保護」、つまり、（立法者の意図では、本来例外的なものにすぎなかった）当人の意思に反した保護の命令という解決の前に席を譲り、非常に急速に後退していくに至っていました。実務上のこうした方向転換は、特に改革前のこの20年の内に、当時の現行法及びこれに立脚した実務に対して示されていた、不快感の増大に対する反応であったといえます。

こうした流れの中での一つのマイルストーンが、1975年に提出された、いわゆる「精神医学調査」でした。これは、連邦政府によって任命された専門家委員会の報告書であり、旧西ドイ

ツにおける精神医学上及び精神社会学上の福祉事情について、批判的に取り組み、この文脈から、行為能力剥奪・制限の宣告、成年後見、障害者保護に関する法改正の要請などをも盛り込んだ²⁾、膨大な要求のカタログです。これに引き続き、法的観点からの改正論議が始まりましたが、そこでは、特に婚姻法、養子法、親権法並びに関連する国際私法を顧慮した上で、人法及び家族法の領域での他の改正計画との数多くの接点が指摘され、さらに同時に、憲法上の、とりわけ基本権的並びに社会福祉国家的/社会権的な次元が指摘されたのです。

II. 改正の必要性

この改正論議の中では、行為能力剥奪・制限の宣告、成年後見、障害者保護に関する当時の現行法に現存した欠陥は、これらに取って代わるべき新たな法制度と全く新しい法規定によってしか除去できない、という点に関して大筋での合意がありました。

次のような欠陥がこの議論の焦点でした。

(a) 伝統的法は、その本来の目的設定と形態の点で、もはや宣告の本人からもまた一般大衆からも受容されていませんでした。法実務は、最初に I で触れた「強制的保護」³⁾の形で、一部現行法に取って代わった代替モデルを既に展開してきました。これには、地域によって大きな差がありましたが、その原因は、単に地域社会の実情の差にのみあったわけではありません。むしろ、障害者保護の命令が、ますます、一その適用について地域ないし地方ごとに大きな差のある一行為能力剥奪・制限の宣告に対する代替形式へと発展していたのです。

(b) 行為能力剥奪・制限の宣告では、一精神病

を理由とする場合の一完全な行為無能力か、あるいは、一飲酒癖、麻薬癖、浪費を理由とする場合の一行為能力の制限かという、二者択一の法効果が自動的に生じてしまうために、対応にきめ細やかさが不足しており、多くの事例において行き過ぎが生じるため、法治国家にとって憂慮さるべき本人の権利の侵害があったといえます。障害者保護の方も、実際には、実務上頻繁に用いられた強制的保護という形で、同様の権利の剥奪に繋がっていました。しかもこの場合、その適用のための手続には、より厳格な手続を持つ行為能力剥奪・制限の宣告が備えていた法治国家的保障が欠けていたのです。こうして実務では、完全な行為能力がある場合の（任意的な）保護と広範な行為無能力を伴う（非任意的な）強制的保護という、保護という制度とは本来およそ無縁な二分法が生じた結果として、本人の行為能力を制限しない「正規の」任意的保護と、その範囲が通常相当広範囲に及ぶため、本人を法生活から大幅に隔離してしまう、本人の意思に反して命じられた強制的保護とが併存するほどの状態に至り、いわば一種の「二元化された保護制度」が生じる事態に陥っていました。

(c) 特に、医学的、社会教育学的な立場から、行為能力剥奪・制限の宣告及び強制的保護は、幾多の事例において、法的にのみならず事実に、行き過ぎた深刻な侵害を引き起こしている、と指摘されていました。というのも、治療やりハビリの視点からの、本人の残存能力の尊重がほとんど行われておらず、これによって治療やりハビリの可能性が損なわれてしまっているからです。つまり、後見人/保護人の側の意思が、被後見人/被保護人の意思に根本的に優先されることによって、自分の意思を主張したり、

希望を述べたりという、治療やリハビリを促進するような本人の能力が、あまりにも厳しく否定されてしまうからです。

(d) さらに旧法は、後見人/保護人側と被後見人/被保護人側との間にしばしば生じるような、利益相反状況に対する予防措置をほとんど講じていませんでした。なぜなら、保護人側の意思の優先の結果、その種の紛争が、あまりに一方的に、後見人/保護人有利、被後見人/被保護人不利という形で、当然に解決されてしまうからです。この種の利害抵触との関連では、特に次のような場合に問題が生じます。後見人/保護人が、給付義務者もしくは給付提供者—例えばホーム—に対して、被後見人/被保護人の権利を主張しなければならないにもかかわらず、後見人/保護人自身がその種の施設の職員であり、給付義務者もしくは給付提供者に対して従属的な関係にたっているような場合です。

(e) 行為能力剥奪・制限の宣告という概念は、行為能力の完全な剥奪もしくは制限という不可避の帰結のゆえに、この種の措置の命令が、自動的に、本人に対する差別を伴うものであるという結果によって、世間一般からは「ネガティブに捉えられて」いました。

(f) さらに、行為能力剥奪・制限の宣告は、他の領域で—例えば、婚姻能力の顧慮のために婚姻法で、遺言能力の顧慮のために相続法で、選挙権の剥奪という公民権の顧慮の面で—また別の法的効果を持っていましたが、これは多くの場合、必ずしも必要とはいえないようなものでした。

(g) 伝統的法は、(ついでながら他の西欧の法秩序の大多数も同様でしたが) 非常に詳細な財産管理についての規定を含んでいた反面で、身上監護についての規定をなおざりにしてしま

た。そのため、例えば、本人の意思に反する施設への収容(いわゆる強制収容)についての実体的要件が、明確には規定されていませんでした。さらに、本来の収容の枠内での自由の制限に関する法的保証、つまり、例えば、鍵や衣服を渡さないとか、出入りの可否を厳格にチェックするといった形での、自由な行動を事実上制限するような施設内での措置(いわゆる収容類似の措置)に関する法的保証が欠けていました。要するに、身上監護の領域では、例えば、健康診断の実施、治療のための医的診療、不妊手術といった治療的措置に関する特別な規定が欠けていたのです。これと共にまた、特に、本人の家庭というか住居の消失の点を顧慮した特別な規定も欠けていましたが、従来の生活の空間的な拠点が現実には失われてしまうわけですから、これは同様にきわめて深刻な点でした。

(h) 関連する手続法とその施行は、非常に一少なくとも財産管理の面では一詳細な行為能力剥奪・制限の宣告、後見、保護に関する法の実体規定の陰に、明らかに隠れていました。法実務では、行為能力剥奪・制限の宣告については、争訟事件として受訴裁判所によって、後見については、(いわゆる紛争性のない)非訟事件として、つまり、いわば裁判上の行政手続の枠内で後見裁判所によって処理されるという、裁判管轄規定の「分裂」が生じていました。この結果、別々の裁判所で、(実質的には)全く同一の手続が審理されることになり、例えば、行為能力剥奪・制限の宣告の手続の過程で、手続の目的達成のためには、より軽度な措置である障害者保護で充分であるという事実が判明したような場合などには、手続の過程で、受訴裁判所から後見裁判所へと管轄の変更が必須となることもあります。さらに、実務で強制的保護が行為能力

剥奪・制限の宣告に対してますます優先されていった結果、ますます多くの事例において、特に判決を通じて次第に発展してきた行為能力剥奪・制限の宣告についての手続法的保証が、「より簡易で」「より柔軟な」保護の手続の枠内で利用されなくなっていました。その他の点でもまた、保護の手続の簡易性と柔軟性の度合いがより高かったという事情が、この手続方式がますます好まれるようになったことの原因であった、という事実から出発することができます。当人への個別的な審問、判決理由としての詳細な鑑定、判決を担当する裁判官による第三者の尋問、鑑定についての審議、口頭弁論におけるその他の証拠調べといった手続上の措置は、同時に法的保証なのです。そしてこれは、そもそも、行為能力剥奪・制限の宣告あるいは強制的保護による権利侵害の重大性から要請されたものであるにも関わらず、実務では、一問題意識の不足やおざなりなルーティンワーク、とりわけ、あろうことか法曹の負担過剰を原因として一きわめて多くの事例において、ないがしろにされていたのです。

(i) 扶助と保護のための措置の実行、すなわち後見や保護の実施それ自体もまた、まず思い浮かぶような治療やリハビリの可能性の促進や、あるいは法的な権利侵害の重大性についての自覚の強化、当人の権利擁護の重要性、その人格の尊重といった考えに応じたものではありませんでした。この点の証左として、いわゆる「職業後見人」「職業保護人」についての経験が挙げられます。彼らは、営業として、時には同時に100以上ものケースを抱え、日常的な個人的接触を欠き、必然的に、個人的な信頼関係を築くこともないまま、単に、自分の被後見人や被保護人の「匿名的な管理」を遂行していたにすぎま

せん。官庁による公的後見や保護及び社団による後見や保護のケースでは、担当者の変更や担当者に任命された職員の労働負担の過多から、やはり同様の弊害が生じたのです。

(j) 結局、こうした欠陥の結果、行為能力剥奪・制限の宣告、後見、保護に関する法の抽象的概念全体—「精神病」「心神耗弱」「飲酒癖」「麻薬癖」「浪費」「後見人」「被後見人」「被保護人」の様な概念—が、一種のスティグマとして、受け止められるようになったのです。

当時の現行法及びこれに依拠した実務に対するこうした批判は、次のように体系化することができます。

(1) 医学的見地からの、行為能力剥奪・制限の宣告、後見、保護についての当時の現行法に対する批判は、以下の点に関するものです。

- 行為能力剥奪・制限の宣告、後見、保護に関する手続の不統一性と機動性の悪さ。
- 行為能力剥奪・制限の宣告の割合が高率にすぎると、これに伴う過度の「権利の剥奪」。
- 世話を必要とする被後見人と被保護人の数の余りの多さによる、後見人と保護人の負担過多。
- 行為能力剥奪・制限の宣告の持つ法的社会的帰結についての、後見人、保護人、さらに例えば医者やその他の世話を必要とする人の事務遂行に従事する個人や機関の認識不足。
- 行為能力剥奪・制限の宣告事件における医学的鑑定についての欠損と有資格の鑑定人の数の不足。
- 時代遅れで、差別的な響きを持つ法律上の専門用語等々。

(2) こうした批判は、その後、様々な側面から

裏付けられ、補足されました。実務上の経験に基づいて、一とりわけ当事者サイドから一特に次のような後見と保護の制度の「実行上の欠陥」が強調されました。

- 後見人/保護人と被後見人との間の、特に個人的関係での接触が往々にして不足がちであること。
- 第三者の利益のために拡張的に利用された、行為能力剥奪・制限の宣告、後見、保護についての命令。
- 内容と時間の両面における、「被世話人」に対する「世話人」の（特に身上監護の面での）世話の不適切性。
- 自身の権利義務及び被保護者の権利についての、世話人の無知の蔓延。
- 行為能力剥奪・制限の宣告、後見、保護の持つ、法的、事実的な効果に関する世話人の認識不足。
- 世話人の感情移入の能力の不足と第三者（医者、病院等々）による治療、リハビリの努力との統合—時には統合のための準備—の不足。

当時の現行法の反治療的性格は、特に注目し値した点です。例えば、次のような批判は否定し得ないものでした。少なくともそれまで、大規模な精神病院にとっては、「問題なく合理的に管理し世話をすることが可能な、行為能力剥奪・制限の宣告を受け、幼児同然の地位に置かれた入院患者」（ケシュター）こそが、制度化に特有の形態に適しており、行為能力剥奪・制限の宣告、後見、保護の制度は、これによって患者が、「より適応能力の高い」「より適切な」（むしろ同時にまた「入院させやすい」）存在となるために、病院側にとっては、好ましいものと見

られていました。行為能力剥奪・制限の宣告及び環境に対する「仲介者」たる後見人の付与による「後見の開始」は、自己決定、自身での活動、自己確認等の可能性を制限し、自分の存在に価値を認める感情を減少させるものであるため、精神病患者、精神障害者、さらには高齢者らに特有の、社会的孤立を招く自身の内部への退行を助長するものでした。医学的、社会教育的見地からは、社会的観点—これに関連して、法律面に目を転ずれば、「自己の事務を自ら処理する能力」（ドイツ民法旧6条1項1号）という法律要件—をより強く考慮に入れることが要請されました。そして、こうした新しい方向付けによって、自己決定の制限の程度と他人の世話を必要とする範囲についての（単に医者によってだけでなく、例えばソーシャルワーカーによってもなされ得る）証言を可能とするために、地理学的、生活状況的文脈における当人の社会的次元を照査する「多元的診断法」（メンデ）が必要となったのです。

(3)法治国家的観点からいえば、こうした対処法は、基本法において憲法上保証された、個人の権利に対する不可避の必然的な侵害のみを許容する、相当性の原則（基本法20条）の点からも、要請されるものであったといえます。こういうわけで、権利の制限を伴う民法上の措置についての命令が許される前に、障害の程度とその社会的影響、扶助の必要性の程度と範囲、並びにその補償方法についての残余のあらゆる可能性が、まずは明らかにされなければなりません。1949年来の現行基本法は、個人の国家に対する権利を強調しており、伝統的な行為能力剥奪・制限の宣告、後見、保護に関する法への法的批判の共鳴板を提供していたといえます。

旧来の法が、行為能力剥奪・制限の宣告と後見人の選任及びこれに伴う扶助の準備に、宣告を受けた当人の行為能力の剥奪もしくは少なくともその制限とを、つまりひいては権利の侵害とを、自動的に結びつけていたという事情は、特に重要な批判のポイントであったといえます。すなわち、個人的扶助の付与の問題を、法的な行動能力（行為能力）の問題から切り離すことが要求されたのです。さらに、行為能力剥奪・制限の宣告、後見、保護の既に「前段階」において、仮に（特に当人の置かれた環境からして）他の方法では、適切な扶助が利用し得ないような場合には、扶助を必要とする人に対して、一定の要件下で、当人からの申立に基づき、当人の行為能力をいかなる形においても侵害せず、単に「拡張された手」として当人のために行動する、補佐人をたてるべきではないのかどうか、という問いが投げかけられたのです。精神病を理由とする成年者の行為能力剥奪の宣告（ドイツ民法旧104条3号）における完全な行為無能力という法律効果それ自体が、憲法上保証された相当性の原則に対する違反（行き過ぎの禁止違反）として非難されたのです。というのも、こうした法律効果は、当人を、彼自身の行動から生じるべき不利益から保護するために必須のものであるとはいえ、それゆえ、当時の現行法の批判の対象であった「過度の抑圧」の典型的な一例となったからです。特に過去においても、取引安全を理由として、完全な行為無能力を維持することの必然性は生じておらず、「被後見人」保護のためには、当人の法律行為の無効という効果（ドイツ民法104条2号、105条2項による）と行為能力の制限で十分だったのです。

(4)社会福祉国家的/社会法的観点からは、結局、民法典が施行された今世紀の変わり目以降、当時立法者が前面に押し出していた、「標準的市民」にとっての個々の財産権的利益が目に見えてその意義を失ってきた、という点が指摘されました。むしろ、西ドイツという社会的法治国家では、財産的利益の擁護に代わり、社会保障的給付（社会福祉法11条）—例えば、医師による治療、廃疾年金、老齢年金など—を受ける機会を得たいという要望の方がより強くなっていたのです。さらに、平均余命の伸長、「小さな社会の網の目」（家族、近隣関係など）の縮減、就業期間の短縮等々の事態に直面し、国家からの給付や無償の社会福祉事業による扶助、そして一般的に第三者による扶助への依存が、それまで以上にますます非常に大きな役割を果たすようになりました。その種の扶助を得るためにも、またその種の扶助の担い手に対する利益と権利の擁護のためにも、場合によっては、特別な援助が必要かつ有効でした。このような進展によって、こうした援助が、社会によって供給され、「組織化される」べき必要性が、従来に比べて飛躍的に高まってきたのです。そしてこの点は、十分な適正を有した後見人や保護人の不足に特に帰せられる、不十分な後見実務、保護実務が経験的に実証してきた通りなのです。

III. 改正の焦点

ドイツ連邦議会において、連邦司法大臣は、成年者に対する行為能力剥奪・制限の宣告、後見、保護に関する法の新規制の最初の概要を提示した際に、前置きとして、法改正は改正論議が示したように、世論における広範な同意によ

って支えられていると、当時正当にも指摘しました。改正の大要は、これが立法手続の基礎となったわけですが、次のようにまとめることができます。

—成年者に対する後見と保護の併存は、「世話」という柔軟な統一的法制度と交代させるべきであること。

—これに依じて、行為能力剥奪・制限の宣告についての—争訟的な—民事訴訟法の手続と、後見及び保護の開始についての—非訟的な—非訟事件手続法の手続を、非訟事件における統一的手続に置き換えるべきこと。

—しかし同時に、この手続を、従来の行為能力剥奪・制限の宣告における法治国家的保障を維持、拡張するような形で構成するべきこと。特に、「被世話人」の権利への介入は、必要な範囲内にとどめるべきこと。

—現行法上、精神病の場合に見られるような、行為能力の「自動的」剥奪と結合した「全面的な行為能力剥奪の宣告」は、必須ではないものとして、完全に廃止、撤廃すべきであり、世話措置—扶助—と行為能力の制限—権利侵害と「介入」—との結合を取り除くべきこと。

—新規制は、概して、当人の個別的な世話の必要性に—特に個人的観点から—立ち入り、彼の残存能力を考慮し、治療上、リハビリ上の目的設定と可能性を顧慮するべきであること。

—被世話人の意思に反する自由の剥奪（収容）についての実体的要件が、法律上、明文をもって規定されるべきであること。

—差別的に響き、スティグマとして受け止められるような、時代遅れの概念—例えば、「Entmündigung」「Mündel」「Pflegerling」という成年者への呼称—は、変更するべきであること。

—浪費、飲酒癖、麻薬癖を理由とする行為能力制限の宣告の公示は廃止するべきこと。

既に、この中心的要請のカatalogueの中に、改正の焦点が、単に民法典の古典的領域の新規制として理解されるだけでなく、精神障害者、精神病患者、そして世話を必要とする高齢者の境遇を一般的に改善するという文脈で認識されていた、ということが示されていきました。個々の事例における事情を、従来可能であり、実行されてきたよりも、きめ細やかに考慮し得るという点が、特に注目されました。現行法上定着していた法的扶助と権利侵害との結合の放棄が、この内の一つです。行為無能力もしくは行為能力の制限という法律効果を、(部分的行為無能力という意味で)被宣告者の特定の生活領域に限定することも、当時はできませんでした。

きめ細かくて柔軟な規定に対する需要は、既にその数年間、保護への傾斜がますます強まっていたという事実(上述のI.及びII.参照)に起因していました。保護という制度の存在から、さらに、想定された改正の焦点は、現行法上の利用手段、すなわち保護によって、既に実現可能なのだから、法改正は不要である、という意見も導かれ得たのです。つまり、明確な法的決定と新規制を要する多くの個別的問題と並んで、従来の、保護によって時宜にかなったイメージに応じた世話を付与するという可能性が、一般的にとはいえないものの、まあまあ個別には、状況の改善を導いてきていましたので、その結果、一般的な—連邦レベルでの—改正の焦点の実現化のためには、改正目的を念入りに明文化しておく必要があったのです。

IV. 世話法の概要

世話人選任の要件は、ある人—世話の対象となるべき人—が、自己の事務を、その必要な範囲で自ら処理することができず、このために第三者の扶助を必要とするということです。従って、世話人選任の根拠は、病気もしくは障害に帰因さるべき、個別的な世話の必要性ということになります。

世話の方法と範囲については、世話を必要とする者が、具体的なケースにおいて、どんな課題を抱えているかによって決まります。

こうした背景の下で、世話人は私人として公的機能を引き受けているのであり、かつての後見人や保護人同様、連邦憲法裁判所のいうところの、「社会福祉国家内の信頼できる人物」⁴⁾となるのです。

世話人への選任によって、被世話人を扶助する人物は、彼自身で行動しうる範囲内において、被世話人と同列に扱われることになり、同時に、法定代理人として、被世話人に対する法的拘束力のある効果を伴って、行動できることになります。

世話人は、国からゆだねられた任務を負っており、被世話人に対して、法的に有効に行動できるのですから、世話人に対する扶助としての世話の形成と並んで、世話人及び世話法上これを任命している国家に対する、被世話人の権利の保護と擁護にもまた当然大きな意義があるといえます。この時、私たちは、病気もしくは障害によって世話を必要としている人間もまた、全く、基本法すなわち憲法によって保証された基本権の担い手なのだ、という事実から出発するべきでしょう。こうした理由から、全ての世

話の命令は、被世話人の権利への介入としての、世話人の行動と結びついた被世話人のあらゆる権利制限及び権利侵害と同様、法的正当化を必要とするのです。世話法では、本質的に、世話を必要とする人に人間らしい生活を可能とさせ⁵⁾、人格の自由な発展を可能とさせる⁶⁾ことが重要なわけですから、一般的な意味での世話の目的も、個別的なあらゆる個々の世話措置での目的も、被世話人の利益を貫徹し、被世話人の自己決定の権利を可能な限り尊重し、さらにそれを発揮させてやることになければなりません。後見裁判所、そしてまた独立の裁判官の任務は、世話が今述べたような特徴を持って実施されていることを監視する点にあるのです。

世話の開始の要件は、当人に自己の事務を処理できなくさせる、精神病または身体的、知的もしくは精神的障害が存在することです（ドイツ民法1896条）。「精神病」及び「身体的、知的もしくは精神的障害」を列挙している結果、例えば、単なる社会不適応的な態度（例えば、累犯的性癖、飲酒癖など）は、世話人の選任の根拠とはなり得ません。ここに述べた意味での心神的疾病としては、心因性の精神病、精神病質（例えば神経症）及び依存症（特にアルコール中毒症、薬物中毒症）が考慮されます。知的障害は、知能障害によって特徴づけられます。その一方、精神的疾病への罹患の結果生じた、継続的な精神障害が、精神的障害として理解されます。

自己の事務を処理することができないことというメルクマールは、具体個別的に、理解されるべきです。つまり、具体的な事案において、その折りごとに、当人に生じている（「彼の」）事務を処理するための能力の不足が問題なので

す。事務の内、どの範囲が当人にとって重要なのか、その事務処理が、病気や障害によって、どの程度害され、どの程度できなくなっているのかといったことが、具体的な事案の中で考慮されるべきです。職業についているか否かという問題、職務の種類、財産の現存、当人が一人暮らしであるか、あるいは他の人物、つまり、配偶者もしくは家族とともに住んでいるかという問題等々の事情から、そもそも事実的、法的に、どの範囲で、事務が援助されねばならないのかということ、及び、それがどういう方法であるのかということが明らかとなるのです。こうした理由から、単に当人についての医学的診断だけではなく、一場合によっては、世話官庁により作成される、ないしは、調達されるべき社会福祉報告書の中に記載される一社会的診断にも、世話人の選任との関係上、重要な意義があるのです。さしあたっては、これに従って、当人に具体的な事務を処理する能力がないかどうか吟味されるべきこととなります。そしてこの後で、この無能力が、確認された心身的疾病への罹患ないしは身体的、知的もしくは精神的障害に起因するものかという問題が追求されるのです。この際、一方でその罹患や障害が、同時に他方で社会的資格の不足が、そのつど独立に、確認されます。

世話は当人の権利への干渉となり、その上、国家の現存の人的、財政的基盤にも限りがあるので、世話人の選任は、必要な場合にのみ考慮されます（ドイツ民法1896条2項⁷⁾。世話人への選任の結果、世話人は被世話人の法定代理人となるので、法定代理の必要がない限りは、世話人の選任も不要となります（ドイツ民法1896条2項）。さらに、世話人の選任は、任意代理並びにその他の扶助に対して補充的なものです

（ドイツ民法1896条2項）。つまり、当人自身が規律できない、もしくは、十分には規律できない事務が、その他の扶助者一家族、隣人、社会福祉事業の担当者一によって、十分に処理され得る場合には、同様に、世話人の選任は不要となるのです。

世話人の選任と法定代理権の付与が結合している結果、世話人は被世話人の法律上の事務を規律すべきことになり、被世話人に対して、純粋に事実的に一身上監護の意味で一世話をするという職務は負わないこととなります。従って世話人は、被世話人が場合によってはもはやできない個人的活動一身体衛生、買物、食事の支度など一を自分で処理するという権限を持つわけではなく、この絡みでいえば、第三者によるこうした事務の処理を規律するという職務を負っているのです。被世話人が法的行動を行うこと（例えば給付を請求する）を、他人による扶助が前提となる限りは、被世話人自身が適切な法的行動をもはや取り得ない場合、世話人の選任が必然的なものとなり得ます。こうした背景の下、今日でもなお、限定的に、かつ原則的には例外的にのみですが、第三者の利益のために（つまり、一規定の目的にかなうときには一世話を受けるべき人だけではなく、それ以外の人のために）世話人の選任が命じられることがあります（例えば、被世話人に対してなされるべき法律行為一例えば、被世話人が賃借している住居についての解約告知もしくは雇用関係の解約告知一への当人の参加を可能とするために、特にまた、その種の法的行為が実行されないことによるネガティブな効果から、被世話人を保護するために）。

さらに、世話人の選任に対して、事実的扶助が基本的に優先されることから、世話という法

制度は、単に民法と憲法の枠内及びその関連の中だけではなく、病人、障害者、高齢者の扶助についてのシステム全体を背景として、理解されねばならないということが示されているといえます。社会福祉の救急サービスや入所施設のインフラは、こうした背景の下で、世話という法制度の持つ役割にとって、重要な「要目」であるといえます。

裁判所の指示に基づいて、特にいわゆる世話官庁によって行われる、実態調査⁹⁾の際には、この種の事実的扶助の存在についても吟味されるべきこととなります。世話の手續の枠内で、場合によっては、この可能性について家族への照会を行い、これに関する審議をすべきことになり、具体的事案において、その種の扶助が利用可能であり、当人の問題が解決可能となる限り、場合によっては裁判所、そして特に世話官庁を通じて、その種の扶助が斡旋されるべきことになっています⁹⁾。かくして他人の扶助に関わる世話関係の基礎である補充性の原則は、実際には、つまり他人による扶助が現に存在している限りでのみ、「通用し」得るのです。従って、世話法における法改正の貫徹の成否は、決定的に、「公務員、私人、社団、専門家、法曹そして行政—主な関係者だけを挙げると一からなる、世話に関するネットワークの構築とその促進」にかかっているのです¹⁰⁾。逆に、立法者によって定められた世話の劣後は、次のような場合には効力を持ちません。他の扶助が現に欠けている場合、例えば、世話が、「家族」や「社会的な自助」—リハビリ、介護保険、高齢者扶助を含めて—という相補的な活動領域による優先的な扶助をあてにできない場合、あるいはまた、こうした扶助が突然消滅してしまった場合（例えば、生活のパートナーが死亡した場合）などです。

ここでは、時間でも場所でもない、「補充性」という複合概念を討議する必要があります¹¹⁾。もちろんこの関連で、補充性の原則が、様々なレベルでの権限間の優先・劣後関係に関する法的拘束力を持つ準則の中に汲み尽くされてしまい、その結果、より低いレベルが処理する資格を持つ場合には、より高いレベルがあらゆる義務を免れてしまうというようなことにはならない、という点に留意しておく必要があります。むしろそうではなくて、場合によっては補充性の原則から、低いレベル—適切な支援によるものであっても—を、それに付与されている職務から解除するという状態にするための、より高いレベルの義務が帰着することもあるのです（ドイツにおけるカトリック社会論の大家である、オスヴァルト・フォン・ネルブロイニクは、この何重にも「組み合わせられている」補充性の原則の構成要素を、正当にも常々強調しています。）。

社会福祉関係の立法者は、社会法典第1編17条1項等の中心的規定の中で、社会保障給付の実現のために必要となる社会的サービスと施設が「適時にかつ十分に利用できる」ということを求めています。全ての有資格者が、今後、適切な社会保障給付を「適時に、内容を伴って、迅速に」受けることができるようになるべきでしょう。また、社会保障給付を受ける方法は、できる限り、単純な形態でなければなりません。こうした指摘と共に、単に行政組織それ自体だけが法の社会的実効性を担っているわけではなく、「特に、より詳細な組織に関する諸条件とその場に特有の制度的環境が、法実現過程ひいてはあらゆる法改正に対して影響を与えるものである」ということが、暗黙の内に認められています¹²⁾。しかしこのことは同時に、社会福祉サー

ビスのインフラが、「つまり、全住民に対して、需要に即応した扶助を保証するために、国及び民間によって供給された、あらゆる物質的、制度的(法的、組織的、手続的)、そして人的な整備、実状及び態様の総体」こそが、例えば世話法でも、その効果を発揮するための条件であるということの意味します。従って、世話法の課題を、完全に統合的に、つまり、世話法、憲法、社会法の実状、並びに法律外の実状をも取り入れた形で実現するために、世話制度の課題の組織化には、家庭の状況と社会法の現状を共に考慮に入れる必要があります。既に、新しい世話法施行の初期段階において、世話官庁法¹³⁾との関連で、世話官庁法は、「その大きな期待を抱かせる名称に反して、単に、その課題の実現にあたり、世話人への助言と支援についての官庁への課題の配分」をその内容としているにすぎず、「官庁による実行の観点がおざなりであり、改正の視点が失われてしまっている」¹⁴⁾ということが指摘されていました。今日に至るまで、世話官庁法の基準を、州レベルで、州の世話官庁法¹⁵⁾の形態へと移植するまさにその場面でも、世話法と世話官庁機構とを、社会法や社会福祉サービス及びその施設の多様なネットワークへと束ねる形での、世話制度のインフラに対する基準が欠けているのです。こうした欠陥は、世話法が、最初からその目的基準に基づいて、社会福祉国家的要素の強さを明示しているだけに、よりいっそう歴然としています¹⁶⁾(例え、この「社会的次元」が、民法レベルでの世話法の中には一特に、所轄の司法省の管轄領域のゆえに、さらに同時に、所轄の省の「社会福祉」に対する管轄の欠如のために一、実定法上、「反映して」はいないとしてもです)。立法理由の中にさえ、法律の課題設定上からは明らかな社会福

祉法典との関連、そして同時に社会法との関連についての指摘を見いだすことはできません。

この絡みで、特に、社会福祉法典第1編10条の中で保証された、障害者の社会編入に関する社会権のことを、想起してみてください。これによれば、「身体的、知的もしくは精神的障害を持つ者、あるいは、こうした障害の生じる恐れがある者は、……障害の原因如何に関わらず、

1. 障害を、予防、除去、改善し、その悪化を防ぎ、もしくはその後遺症を緩和する
2. 障害者のために、その資質と能力に応じた地位を、共同社会、特に労働生活の中に、確保する

という目的のために、必要とする扶助を求める権利」を持つとされています。

障害者の社会編入のための給付に関する社会福祉法典第1編29条の指示規定の中に、障害者の社会編入の権利に基づいて、以下の給付を請求できることが示されています。

1. 医療上の給付、とりわけ

- a) 治療、歯科治療
- b) 医薬品、包帯類
- c) 治療体操、運動療法、言語療法、作業療法
- d) 身体補装具、整形外科用その他の補助具
- e) 負荷試験、就業療法

さらに、病院及び予防施設、リハビリテーション施設への [収容]

2. 就業支援給付、とりわけ

- a) 職場の維持、獲得のための支援措置
- b) 就業準備
- c) 職業適応訓練、職業教育、職業再教育、職業再訓練

d) 一般労働市場もしくは障害者作業所における、稼得もしくは生業就業能力の促進のためのその他の支援措置

こうした給付の供与については、次に挙げるような、社会保障に関する細分化された機構の各担当者に権限が与えられています。

3. 一般的な障害者の社会編入のための給付、とりわけ [以下を目的とする] 支援措置

すなわち、職業安定所ないしその他の連邦雇用庁の執務機関、中央扶助事務所、地区疾病金庫、企業疾病金庫、同業者疾病金庫、海員疾病金庫、農業者疾病金庫、連邦鉱業組合金庫、及び補充金庫、商工業労災保険組合、市町村労災保険団体、連邦、州及び保険担当者の決められた地方自治体の消防災害保険金庫、所轄当局並びに災害受払窓口、連邦及び州の農業者労災保険組合、所轄当局並びに災害受払窓口、連邦及び州の海員労災保険組合、所轄当局並びに災害受払窓口、州保険機関、海上金庫及び国有鉄道一保険機関、連邦被用者保険機関、連邦鉱業組合金庫、農業者老齢金庫、戦時犠牲者援護庁、州戦時犠牲者援護局及び整形外科援護事務所、郡及び独立市、社会扶助の超地域的担当者（地域連合会、管区、州社会福祉協会など）、保健所、並びに一郡、独立市並びに社会扶助の超地域的担当者に協力する無償の社会福祉事業の担当者¹⁷⁾

a) 就学義務の発生以前における、精神的、身体的能力の発育を目的とする

b) 就学準備を含めた、適切な学校教育を目的とする

c) ただ実際にイメージされるにすぎない障害者にとっての、共同社会内での生活への参加の実現を目的とする

d) 就業支援給付が不可能な範囲での、適切な職務執行を目的とする

e) 環境との協調の実現と容易化を目的とする

f) 身体的、知的活動性並びに精神的バランスの維持、改善、回復を目的とする

g) 家事の処理の実現と負担軽減を目的とする

h) 居住に適した収容の改善を目的とする

i) 余暇利用、及び社会生活ないし文化生活へのその他の参加を目的とする

4. 補充的給付、とりわけ

a) 移行手当、病気休業補償金

b) 生計維持のためのその他の支援措置

c) 法定の、疾病保険、傷害保険、年金保険並びに連邦雇用庁のための費用負担

d) 就業支援給付関連のコストの負担

e) 旅費の負担

f) 医師の付添下における、障害者団体スポーツ

g) 家計支援措置

以上のリストアップは、ドイツにおける社会保障のシステムが、どれほどの担当者の多様性に繋がっているかをはっきりと示し、同時に、情報提供、助言、調整、協力関係を準備することの必要性を例証しています。このことは、社会保障それ自体の領域の中に当てはまる一方で、また他方、社会保障の給付担当者、世話官庁、後見裁判所、世話社団、世話人及び被世話人等々が交錯する職務領域の中にも当てはまります。

この関連で、世話法成立前のドイツの議論で

は、一特に、オーストリア管理人法¹⁸⁾及び社会福祉的保護観察に依拠して一「社会福祉的」要素、場合によっては「社会福祉的」専門知識の算入を通じて、世話事件での後見裁判所の仕事を、徹頭徹尾、職員の間でも、適切に拡充する方向にあった点を、想起して下さい¹⁹⁾。世話官庁法は、同法3条における、その種の世話制度のインフラ構築のための端緒として、「世話審議会」制度の開設を容認しています（むろん指示こそしていませんが）。これは、勧告を通じて、そのメンバーによって代表される各役所が、その課題である世話人の獲得と採用並びにその教育と助言にあたって、「協調して共同作業を行う」という貢献を可能とするものです。世話法による法改正とこの法改正によって同時に目指されている社会改革とを結びつけようとする努力の中で、世話制度の官庁機構と社会福祉サービス、設備の構造との接合のまずさが、そこで指摘されるとき、「要は」協同的行政活動のための端緒をつけることが肝心なのです。一方での後見裁判所と世話官庁との、並びに、他方での私人及び民間組織の活動との協同作業に対してもまた、統合的な構想が欠けています（世話団の財政的助成についての一それ以外の点でも満足いく解決がされてはいない一規定には、とりあえず目をつぶっています）。

こうした背景の下、特に、(1)啓蒙活動、(2)情報提供、(3)助言、(4)協調、及び(5)世話制度の活動の内部での様々な関係者（被世話人、その家族、世話人、公共及び民間のサービス提供者、施設の担当者等々）間の協力の分野において、世話官庁に与えられた課題の改善が必要です。1995年1月の、社会福祉法典第11編介護保険の施行が、救急サービスと入所施設の品質水準をめぐる議論に拍車をかけました。社会法におけ

る現下の品質保証についての議論—今日、これまで以上に焦眉となっています—が、世話制度のために、適切なサービスの提供者（自由業者、第三セクター、官庁世話人等々）間での、独自の性格を持った競争を組織化し、これにより、世話サービスの引き受けに関する「競争」原理を、その提供事情の中に導入するチャンスを与えている、という点が指摘されたのはもっともなことです。世話法の改善にとって実り豊かなものとなりうる、社会法における傾向についてのこうした指摘は、補足が可能です。「高齢者扶助」という概念の下に、そして、これについての管轄を持つ連邦青少年・家族・高齢者省によって追求された「高齢者支援法」「高齢者扶助法」についての計画との関連で、対高齢者政策の枠内で、中心目的に沿った措置、すなわち、高齢者が、できる限り長い間、できる限り自立して生活できるように援助すること、もしくは、身体的、精神的傷害を被った場合に、このための能力を可能な限り、取り戻すことを可能とすることが、議論されています。世話法の目的設定との対比が、ここには明白です。特にもの足りなく感じられるのは、高齢者保護制度の枠内での高齢期における実質的保護の点、並びに、現在では、介護保険法に基づく高齢期における要介護性の点では、大筋では満足すべき実定法上の規定を、確かに見いだしてはいるものの、しかし逆に、高齢者特有の要求を満たすためのその他の措置—例えば、被世話人の居住形態、家庭内での扶助、介護活動の形態と品質保証、事情によっては精神状態が急速に変化していく高齢者のための、「扶助のバック」の諸要素間の調整など—に対する規定が、全く不十分なものであったということです。自律性と個人の自立の維持というものを、高齢者扶助政策のための(つ

まりは世話法上の)措置と努力の中で、前面に押し出す場合、ドイツの高齢者扶助の最大の欠陥は、その多様な扶助、サービス、施設が、相互に関連し、調整され、扶助を要する人が、常に必要に応じて請求可能なシステムとして利用できる状況になっていない、という点にあるといえます²⁰⁾。これを背景として、行政上の様々な局面での対高齢者計画の完遂、「時代遅れとなりつつある中央管理機関」あるいは、地域もしくは地方の調整機関の設立が、こうした欠陥を減少させるための重要な措置です。

およそこうしたイニシアチブは、そのつどの行政の統一性の自発的関与に依拠しているので、高齢者のための社会的インフラの発展に、不均衡や時間的なばらつきが生じた、という点が指摘されたのは、なるほどもっともなことです²¹⁾。現在、法概念としての「高齢者扶助」は、社会保障の補助的な最後の「受け皿」としての社会扶助における適切な扶助方法を呼称するために、連邦社会扶助法の中にのみ見受けられるにすぎません。もし、あらゆる高齢者が、通常の場合、何らかの形で、結局は一社会的に組織化された一第三者の扶助を頼らざるを得ないということが事実ならば、全ての人が必要な扶助を自由に受けられるような一児童の場合（確かに別の一特に教育的な一意図があるにしても）と同様に、青少年扶助法の実状のような形で、こうした要求に答えられるようにする必要があります。将来の「高齢者扶助法」が、この点を改善するための基本的に適切な方法といえます。この関連では、しかし既に、その種の法律に関する現在進行中の議論の中で、世話制度の補完的機能並びにその施行上の問題点が提示されるべきはずで、というのも、世話制度の作用もまた、個々の扶助の必要性に合わせて構

成されるべき「扶助のバック」の一部だからです。高齢者扶助—これはここでは広義の社会給付にとっての一種の象徴ですが—のさらなる発展に関するこうした考え方を、世話法における改正の理念と結びつけること、そして、こうした方法で、世話制度における改革手続に、さらに勢いと活力を与えてやることは、考慮に値することです。世話法と社会法との関係の問題は、結局、社会保障の将来をめぐる一般的議論をも背景として、判断される必要があるのです。社会福祉国家に対する本質的な批判点の一つは、社会福祉国家が、元からあるインフォーマルな社会福祉のネットワークを衰退させ、それどころか、部分的に破壊してしまい、その結果、国家自身が、制圧し、できる限り除去しようとしてきた社会問題を、少なくとも一部自ら生み出してきたという点に帰結します。ここ数年の介護保険をめぐる議論の中でもまた、こうした論拠が繰り返し持ち出されるようになってきています。必ずしも何の根拠も認められないとはいえない、こうした批判に対しては、もちろん、インフォーマルな扶助についての潜在的な可能性が、ここ数年で、どんどんしぼんでしまっている、という異議を唱えることができるでしょう。この原因は、次のような人口統計調査上の展開にあるといえます。つまり、広義における世話の必要性の度合いを高める結果を伴う人口の高齢化、今後例えば、かく特徴づけられてきた「娘による世話」、すなわち、通例における娘による両親の世話の余地を減らしていくことになる、家庭、職業生活及び社会における妻の地位の変化、平均余命を伸ばすと同時に、しかし年齢に起因する進行過程—例えば老人性痴呆—を増加させ、（最広義での）高齢者の依存性を高めた医学の進歩、等にあるのです。こうし

た実状に鑑みれば、ドイツで提供されている、家族その他のインフォーマルな扶助の規模は、驚くほど大きいといえます（そして、介護保険法に向けた、特に金銭給付の形での在宅介護支援の要求という方法によって、強調されました）。しかし、このインフォーマルな扶助の量は、正当かつ完全に理解された補充性の意味において、その発展のための援助を必要としています。この点が問題なのであり、ここにこそ、これまで以上に、よりいっそう強力に擁護する必要のある社会福祉国家の中心的課題があるといえます。同時に、指摘されるべきことは、こうした特色が、社会福祉国家の肥大化—そして特に社会福祉に対する多額の費用—に対する支持表明を含蓄するというわけではなく、むしろ、社会福祉国家のより良き「あり方」、すなわち、一方において、既に利用可能な手段を、そしてまた他方で、現存する社会福祉サービス、施設、そしてその他の特に金銭的給付のより有効な利用を目指しているということなのです。

注

- 1) *Bundesgesetzblatt* (BGBl.) 1990. Teil I, Seite (S.) 2002ff.
- 2) *BT-Drucks.* 7/4200, S. 371ff., 375 (1979年以降の連邦政府の立場については、同様に当該改正の必要性に触れる *BT-Drucks.* 8/2565, S. 49に)
- 3) これについては、前述の I. を参照せよ。
- 4) Bundesverfassungsgericht, *Allgemeine Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (= BVerfGE) 10, 302ff, 328
- 5) 基本法 1 条参照。
- 6) 基本法 2 条 1 項参照。
- 7) さらに以下の条文での必要性の原則の明示を参照のこと。ドイツ民法 1903 条 1 項—同意の留保の命令に関する—, 1906 条 1 項—世話人

の収容についての許可に関する—, 1908 条 a—被世話人が未成年者の間に行う、世話人の事前的選任—, 1908 条 d3 項—世話人の職務範囲の拡張—。なお、不妊手術 (1905 条), 住居の解除 (1907 条) 並びに被世話人の意思の優先の否定の問題 (1901 条 2 項 1 文) の際にも、干渉の重要性に鑑み、一般的考慮によって、必要性の原則が妥当する。

- 8) 世話官庁法 (= BtBG) 8 条 2 文参照。
- 9) Jürgens, A./Kröger, D./Marschner, R., *Das neue Betreuungsrecht, Eine systematische Gesamtdarstellung*. 3. Aufl., München 1994, Rz. 67. はこの点を正当に指摘する。
- 10) Pitschas, R., "Funktionen und Folgen formalen Organisation und Betreuung", in; *Betreuungsrechtliche Praxis* (BtPrax) 1994. S. 74ff., 76 はこの点を正当に指摘する。
- 11) これについては、例えば一例として, Münder, J. (Hg.), *Subsidiarität*, Münster 1990 を参照。
- 12) Pitschas, R., "Die Infrastruktur sozialer Dienste als Wirkungsbedingung der Sozialrechtsentwicklung — Eine Darstellung am Beispiel des Betreuungsbehörden-gesetzes—", in; *Vierteljahresschrift für Sozialrecht* (VSSR) 1990, S. 3ff., 9 が, このことを正当にも強調する。
- 13) Gesetz über die Wahrnehmung behördenlicher Aufgaben bei der Betreuung Volljähriger (Betreuungsbehörde-gesetz—BtBG)
- 14) この点については, Pitschas, aaO (Fn. 12), S. 5 u. S. 12
- 15) 概観のためには, Knittel, B., *Betreuungsrecht, Betreuungsgesetz*, Starnberg-Percha, Stand: 1994 を参照。
- 16) これについては, Schulte, B., "Die "sozial-staatliche Umsetzung" des Betreuungsrecht", in: *Recht & Psychiatrie* 9 (1991), S. 162 を参照。
- 17) 詳しくは, 社会福祉法典 19 条 2 項, 19 a 条 2 項, 19 b 条 2 項, 20 条 2 項, 21 条 2 項, 22 条 2 項, 23 条 2 項, 24 条 2 項, 28 条 2 項, 29 条 2 項, 参照。
- 18) オーストリア管理人法については, 例えば—ドイツの世話法との比較で—Schulte, B.,

“Das Österreichische Bundesgesetz über die Sachwalterschaft für behinderte Personen”, in: *Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit* (ArchsozArb) 1988, S. 77ff.; ders., “Die Reform der Entmündigungsordnung und des Anhalterrechts in Österreich aus der Sicht der Bundesrepublik Deutschland”, in: *Der Sozialarbeiter* 1987, S. 4ff.; ders., ““Sachwalterrecht” und — künftiges — “Betreuungsrecht” in der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich im Vergleich”, in: *Rechtsfürsorge Sachwalterschaft. Vorträge, gehalten bei der Richterwoche 1989 vom 4.-10. Juni in Badgastein, Wien*; Bundesministerium für Justiz, 1990, S. 55ff.; Hopf, M., “Gutachten für den 57. Deutschen Juristentag”, in: Deutscher Juristentag e.V. (Hg.), *Empfiehl es sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft über Erwachsene sowie das*

Unterbringungsrecht neu zu ordnen?, München 1988

- 19) これについては、Bundesminister der Justiz (Hg.), *Diskussions-Teilentwurf eines Gesetzes über die Betreuung Volljähriger*. Teil 2, Bonn: BMG, 1988, S. 41f. における指摘を参照。当然、Pitschas, aaO. (Fn. 12), S. 14 もこの点に触れる。
- 20) Ziller, H., “Zur Weiterentwicklung des Rechts der Altenhilfe —Überlegungen und Thesen zu einem Altenhilfegesetz—”, in: *Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen* (RsDE) 21 (1992), S. 33ff., 39 はこの点を正當に指摘する。
- 21) この点については、Ziller, aaO (Fn20), S. 39 (Bernd Schulte マックス・プランク国際社会法研究所主任研究員)
(かみやま・やすし 明海大学非常勤講師)