

代理から援助へ

——オーストリアの法改正からの一考察—— (1)

青木 仁美

目次

はじめに	第5章 新法における代理の内容
第1章 法改正の過程	第1節 代理の開始と終了
第2章 成年者保護法の原則	第2節 代理人の義務と責任
第3章 能力に関する改正	第3節 濫用防止措置
第1節 専門用語の改正	第6章 医療同意権に関する改正
第2節 能力の内容に関する変更	おわりに
第4章 成年者保護法の4制度	(以上、次号)
第1節 配慮代理権	
第2節 選任された成年者代理	
第3節 法定成年者代理	
第4節 裁判所による成年者代理	
(以上、本号)	

はじめに

1 問題意識

成年後見制度は、2000年4月1日に施行された。制度は、施行時には想定しえなかった問題を抱えている。問題のきっかけになったのが、障害者権利条約である。日本政府は、2014年に障害者権利条約を批准した。同条約は、障害者の人権および基本的自由の享有を確保し、障害者の尊厳の尊重を促進することを目的として、障害者の権利実現のための措置等について定めてい

る。条約は、成年後見人に広汎な代理権（民法 859 条）と取消権（同 9 条）が与えられていることが本人の法的能力を過剰に制限するという視点を生じさせた。

具体的な問題として、条約 12 条 2 項および同 3 項と成年後見制度の抵触が挙げられる¹。条約 12 条 2 項は平等な法的能力の享有を規定する。同 3 項は、法的能力の行使にあたって必要となる支援の創設を要請する。国連の障害者権利委員会は、法的能力には法律の下での行為者になる能力が含まれるとする。また、同委員会は、後見人制度などの代理人による意思決定制度の下で、本人の法的能力の権利を否定することを廃止するよう要請している²。ここから、行為能力の自動的制限を生じさせる日本の後見類型と保佐類型は条約 12 条 2 項に、代行決定制度である成年後見制度は同 3 項に違反することが導かれる³。締約国として、日本は成年後見制度を廃止して新たな成年者保護制度を創設しなければならず、このような対策を講じなければ委員会から勧告を受ける。しかし、障害者には身体障害者だけではなく、重度の意識障害を有する精神障害者が含まれる。代行決定および行為力制限を廃止すると、本人の法的生活が困難になり、十分な保護が実現できない。

一方で、後見類型の利用は全体の約 8 割となっており、利用率が高い⁴。また、日本には明確な「支援つき意思決定制度」が存在せず、その内容も明らかではない。そこで、本人の自律と保護のバランスを図りながら、本人の保護を実現する成年者保護制度を考案する必要性が生じる。

2 本稿の課題

新たな成年者保護制度として、本人保護の必要性に応じた代行決定制度、支援付き意思決定制度、および代行決定制度と支援付き意思決定制度の関係性を示すことが必要になると考える。本稿は、オーストリアの代弁人制度の改正（2018 年 7 月 1 日施行）を検討対象とし、本人の必要性に応じた代行決定制度の解明に焦点を当てる。検討対象国をオーストリアとした理由として、同国が日本と類似する成年後見制度を有していること、障害者権利条約の締約国として法改正を行い、条約への対応を示したことが挙げられる。

本稿の具体的な課題として、①代行決定制度の必要性の解明、②代行決定制度内における行為能力のあり方の解明、③本人の援助方法を挙げる。

①の段階において、成年者保護のために代行決定制度は必要であると考えられる。オーストリアは、2008年に障害者権利条約を批准した。2018年の法改正で、オーストリアは締約国でありつつも、代行決定制度を存続させる決定をした。同国の法改正の議論過程および改正法を検討し、代行決定制度を存続させた理由と、本人の自律を尊重するための制度内容を明らかにする。

②の段階においては、行為能力制限は本人保護のために必要であるが、行為能力の自動的な全面的制限は保護として過剰であり、撤廃すべきであるとの見解を主張する。オーストリアは、2018年の法改正において、行為能力の法律による自動的な全面的制限を廃止した。一方で、行為能力の制限は維持している。廃止理由と改正法の内容から、同国が本人保護と自律のバランスをいかに図ったかを明らかにする。

③の段階に関しては、オーストリアは明確な支援付き意思決定制度を有していない。しかし、2018年の改正により、条約の影響を受けて本人の自律を促進するための援助が条文に規定された。その内容から、援助が代行決定制度にどのように規定されるべきかを明らかにする。

①から③の課題を明らかにし、今後の成年者保護法における代行決定制度のあり方を探る。

第1章 法改正の過程

1 代弁人法の問題点

日本の成年後見制度にあたる、改正前の法律を代弁人法 (Sachwalterrecht) という。代弁人法は、1984年7月1日に施行された⁵。その目的は、自ら事務処理ができない者に対して援助を行い、本人を不利益や詐欺といった犯罪から保護することにある。制度利用者の増加と社会の法化を理由に2006年に抜本的な改正が行われ、改正法は2007年に施行された⁶。改正により、配慮代理権と近親者代理権が導入され、広汎な支持を受けてきた。

その後、配慮代理権と近親者代理制度を設けても、代弁人制度の利用者は増加し続けた。要因として、平均寿命の延長、法的取引への参加要請の高まり、および介護と医療の現場における代弁人法の利用を要請する動きが挙げ

られた⁷。代弁人の任命が増加するにつれて、代弁人を探すことも困難となっていた。親族を十分に確保することもできず、代弁人協会は財政的理由から受入に限界をきたしていた。このため、弁護士と公証人が多くの件数を受任していた。ここから、代弁人法の理念を、特に身上監護に関して、完全に実現できていないという結果が生じていた。代弁人法に関する情報提供も停滞していた。特に、配慮代理権や近親者代理といった代弁人法の代替制度に関する一般的な情報提供が不十分であった⁸。

また、代弁人法は権利擁護と直接関係のない任務をも担っているといった誤解を受けることがあった。法的問題の解決は必要ではない、介護や世話が必要となっているケースにおいて、代弁人と裁判所が対応することが度々生じていた⁹。

2 改正の目的

問題点を解決するために、改正が主張された。改正の目的は、成年者の自律である。本人は、可能な限り法的関係について自ら決定しなければならないとして、改正では、本人の自律を実現するための法制度が模索された。本人は法的関係を決定する際に、付き添われ、援助を受ける必要があると認識された。一方で、裁判所の任務は、代理に関する権利擁護に制限されるべきと考えられた。裁判所と代理人は、福祉的援助を担う必要はないことが確認された¹⁰。旧法の長所を活かしつつ、短所を改善しながら改正の目的を実現するためには、制度の広汎な再構築が必要であると考えられた。

3 改正過程

改正目的の実現には、監護は上から行われるのではなく、代理人の考えによってのみ実施されるものでもなく、確認可能な本人意思、必要性および希望に基づいて行われるべきである、という発想の転換が必要とされた¹¹。本人は代理人と裁判所の間にあり、手続きに参加する。このような発想の転換は、代弁人法からの抜本的な転換ではなかった。すでに本人の意思を尊重するという考え方は存在しており、それがさらに発展した。一方で、本人の自律を尊重しても、本人を不利益や詐欺から保護する必要性は引き続き生じるとされた¹²。

改正の議論が開始したのは2013年である。草案作成にあたり、成年者保護に関するあらゆる関係者が議論に参加した。これには、代弁人法利用者、介護施設や病院、代弁人協会、公証人、弁護士、裁判官、研究者、および福祉関係者が挙げられる。草案作成過程において広汎な範囲の関係者が参加したことは、良い成果を生み出したとされる¹³。

また、2014年から2015年にかけて、モデルプロジェクト「クリアリング・プラス」が実施された¹⁴。ここでは、18の裁判所管轄区において、代弁人法の代替制度の利用が模索され、多くのケースで代弁人法の利用が回避された。本プロジェクトの結果は、改正作業に反映された。

2016年の夏に、改正法に対する広汎な鑑定が行われた。可決は財政上の理由から一度見送られ、2017年3月に国民議会において、4月に連邦議会において全会一致で可決された。新法は、同年4月25日に公布され、翌年7月1日に施行された¹⁵。

4 障害者権利条約が改正に及ぼした影響

オーストリアは、2008年9月28日に障害者権利条約を批准した。司法省は、当初、代弁人法は同条約の趣旨を広汎に満たしているとの前提に立っていた¹⁶。このため、条約の批准が、代弁人法の改正を決定的なものにしたわけではない。立法資料にも、今回の改正が、障害者権利条約の基本方針を取り入れるための機会としての改正ではない旨が記載されている¹⁷。もっとも、代弁人法を利用すると自動的に行為能力が制限される点（一般民法典旧280条）が条約との関係において疑問視されていた¹⁸。この点は、条約が強く影響を及ぼした改正点といえる。

5 専門用語の改正

「代弁人」および「障害者」という概念は、継承されなかった。「代弁人 (Sachwalter)」という語はオーストリアの法律用語として以前から存在していたが、むしろ多くの批判を受けていた。「障害者 (behinderte Person)」という語も、差別的であると受け止められていた。時代に即した専門用語の選考は難航した。「援助者 (Beistand)」が諸州から提案されたものの、適切ではないという結論に至った。成年者保護制度は、本人の代理が核にある裁

判所による権利擁護の制度である。「援助者」という言葉によって、制度が社会的世話または援助であると受け止められる可能性があると考えられたからである¹⁹。最終的に、国際的な用語に合致する成年者代理人という語が選出された。障害者という概念は廃止され、草案には、成年者、被代理人および本人という語が記載された。

第2章 成年者保護法の原則

1 成年者の自律と援助の優先性

改正の目的は、本人の自律 (Autonomie) の促進である。本人は、自ら法的関係を決定すべきである²⁰。このため、判断能力が不十分になり、自らの事務を処理できなければ、本人が自ら事務処理を行うことができるよう、まずは援助しなければならない。この旨は、成年者保護法の章の始まりに規定された。

一般民法典 239 条 1 項

法的取引において、心の病気またはそれに匹敵しうる障害が理由で決定能力を制限される成年者は、可能な限り自ら、必要な場合においては適切な援助を用いて、自己の事務を自ら処理できるよう配慮されるべきである。

改正により、本人が事務処理を行うことができない場合に、代理ではなく、まずは援助が行われることが規定された。さらに、代弁人制度のような法定代理は、補充的な手段となった。この点を、次の 240 条 1 項が規定している。

一般民法典 240 条 1 項

239 条 1 項に規定されている者は、本人が代理人を自ら定めていたか、または、代理が本人の権利と利益の維持に不可避である場合にのみ、代理によって法的取引に参加する。

改正前は、本人が他の法定代理人によって、または他の援助の枠組みによって援助される場合には、代弁人の任命は許されないと規定されていた (旧 268 条 2 項)²¹。改正により、本人が代理人を自ら定めていたか、代理が本人の権利と利益の維持に不可避である場合にのみ、法定代理を用いることが

許される。

2 代理に代わる援助手段

一般民法典 239 条 2 項は、次のように規定する。

一般民法典 239 条 2 項

とりわけ、家族、家族以外の近い関係にある者、介護施設、障害者援助サービス施設、社会福祉サービス施設、精神福祉サービス施設、これらと類似するグループ、助言箇所、世話されている口座の枠組みにおいて、または配慮に関する対話の枠組みにおいて、援助が行われうる。

同条には、援助を行う者が具体的に規定されている。列挙されている者は、「個人的な援助」により本人を援助する。具体的な援助方法は、法律に規定されていない²²。援助範囲は生活領域のほぼすべてに及び、身体的な介護、家事、移動、役所の手続き、および意思疎通の援助が挙げられる。本人は自ら援助者を選ぶことができ、援助者に希望、目的、援助の内容を伝える。この援助方法で本人を援助できるのであれば、代理は不要となる。「世話されている口座」および「配慮に関する対話」は、改正によって規定された制度である。「世話されている口座」とは、福祉施設が利用している手段である。口座には、入金用と支払用の 2 種類がある。管理者は入金用の口座から本人の家賃および光熱費を支払い、残額を支払い用口座に振り込む。本人は、この残額を自由に使うことができる²³。

「配慮に関する対話」は人生の最後の時間をどう過ごすかに関する対話であり、対話のプロセスが定められている。この対話は高齢者施設および介護施設で行われ、本人の自己決定を強化し、終末期における介護者と医師の判断を助ける役割を併せ持つ²⁴。

3 代理を断念しない理由

今回の改正において、法定代理制度は維持され、法定代理は制限的に用いられることが示された²⁵。この立場が障害者権利条約に抵触しないかが問題となるが、改正法は同条約に抵触せず、むしろ同条約の理念を実現するものであると考えられている²⁶。条約は代理決定を許容しないわけではないという見解が通説である²⁷。代理決定が必要不可欠な場合にのみ用いられ、代理

制度の利用が本人の行為能力の喪失または制限をもたらさず、代理人が本人の意思に一定程度拘束される場合には、法定代理は正当化され、条約と抵触しないと考えられたからである²⁸。

配慮代理権者と成年者代理人は、本人が自ら事務処理ができるよう努力する義務を有する（一般民法典 241 条 1 項²⁹）。配慮代理権の準備がなく、あらゆる援助方法を試しても代理が必要であると結論付けられた場合には、法的監護が必要となる。改正により、法的監護は「成年者代理」と呼ばれる。成年者代理の利用が本人の行為能力の制限を生じさせなくても、法的取引においては、原則として代理人が相手方と取引を行う。本人が主体とならないことから、成年者代理は最終手段であると考えられている³⁰。

4 代理人選任に対する本人意思の影響

本人が代理人を選任している場合には、代理は許容される（一般民法典 240 条 1 項参照）。配慮代理権では、本人は決定能力を有する状態で代理人を選任しておく。配慮代理権は、2007 年に一般民法典に導入された。しかし、多くの人が配慮代理権の利用を考え始めるのが遅きに失するという現状があった。このため、今回の改正により、本人が完全な決定能力を有していなくても、代理人を任命できる「選任された成年者代理」という制度が成年者代理の一制度として設立された³¹。

また、成年者代理において、本人は「成年者代理人処分委託証書 (Erwachsenenvertreter-Verfügung)」を用いて、成年者代理人となるべき者となるべきでない者を記載し、裁判所の判断に影響を与えることができる（同 274 条 1 項）。本人は、成年者代理の意味と結果を理解し、その理解に基づいて自分の意思を定め、適切に行動できれば、成年者代理人処分委託証書を有効に作成できる（同 244 条 1 項）。

5 成年者保護協会の任務

今回の改正のイニシアティブをとったのは、司法省である。法律が最良のものであったとしても、実務で法の趣旨が実現されなければ、法律は意味を有しない。この考えをもとに、オーストリアでは代弁人協会が設立され、協会は法の趣旨を社会において実現するよう活動してきた。今回の改正に伴い、

代弁人協会は成年者保護協会に改称された。

成年者保護協会は、限られた場合にのみ成年者代理人として任命される³²。理由として、財政が限られていること、および成年者保護協会がクリアリング任務を課されていることが挙げられる。1990年代の終わり頃から、一部の代弁人協会は、クリアリングを任務として課されていた。改正法の立法者はクリアリングを重視しており、将来的には、すべての裁判所で実施する方針である³³。クリアリングにおいて、協会は成年者代理全般の相談支援活動を行い、障害者権利条約の遵守を確実にする。クリアリングにおける活動は、3段階からなる。①成年者代理または配慮代理権利用の前段階における相談・援助、②裁判所による成年者代理の利用手続きにおける相談・援助、③利用中である成年者代理または配慮代理権に関する相談・援助である。協会は、とりわけ②の段階において、成年者代理の利用および裁判所による成年者代理の利用を回避するために助言および調査を行う³⁴。

第3章 能力に関する改正

第1節 専門用語の改正

1 改正の対象となった能力

今回の改正では、能力に関する専門用語が改正された。中心となる用語は、広義の行為能力 (Handlungsfähigkeit)³⁵、決定能力 (Entscheidungsfähigkeit)、行為能力 (Geschäftsfähigkeit) である³⁶。「広義の行為能力」とは、その行動によって権利を有し、義務を負う能力であると理解されてきた³⁷。広義の行為能力は、出生によって享有することはなく、年齢および決定能力といった出生後に出てくる要素に左右される。この点で、権利能力 (Rechtsfähigkeit) と決定的に異なる。

改正前は、本人に代弁人を任命していない場合、および処理すべき事務が一身専属上の事務または家族関係の事務である場合においては、その都度、本人に処理できる能力があるかどうか調査されてきた³⁸。「認識能力および判断能力」という概念は措置入院法 (Unterbringungsgesetz) において

用いられており、2001 年の親子法改正時に一般民法典に導入された³⁹。治療同意に関しては、本人が代弁人を任命されていても、本人に同意に関する認識能力と判断能力があるかどうか、その都度調査されていた。

2 広義の行為能力

今回の改正に至るまで、広義の行為能力の定義は一般民法典に規定されていなかった。広義の行為能力という概念が、本人が自ら事務の処理ができないことを示すために用いられることもほとんどなかった。改正過程において、広義の行為能力と決定能力を明確に区別するために、広義の行為能力の定義を規定することが提案された⁴⁰。改正においては、広義の行為能力とは、法的な関係において自らの行動によって権利を得、義務を負う、一般的な能力であると考えられた⁴¹。広義の行為能力は抽象的な概念であり、様々な法領域において立法者により名称を変える。具体例として、婚姻能力、遺言能力および行為能力が挙げられる⁴²。広義の行為能力は原則として決定能力を前提とし、個々のケースにおいて存在しなければならない。

今回の改正に伴い、広義の行為能力は一般民法典 24 条 1 項に規定された。

一般民法典 24 条 1 項

広義の行為能力とは、その都度の法的関係において、自己の行動により権利を有し、義務を負うことができる能力である。特段の定めがない限り、決定能力を前提とする。その都度の関係において、さらなる要件が定められることがありうる。

責任能力は、広義の行為能力の下位概念であると考えられてきた。今回の改正により、広義の行為能力は法律行為に関する領域に属し、責任能力とは異なる領域に存在することになった⁴³。

3 決定能力

一般民法典は、自らの行動により法的責任を負う要件として、何に關与しているかを理解しているかどうか、その理解に基づいて行動できるかどうかを規定してきた（一般民法典 21 条⁴⁴）。改正前は、特に一身専属上の事務および家族法上の事務に関して必要となる広義の行為能力を「認識能力および判断能力」と表現していた。その際、「認識能力および判断能力」と「行為

能力」の区別は明確に示されておらず、「認識能力と判断能力」は個々のケースで存否を判断されていた。しかし、法的事務の処理に必要なのは、認識能力と判断能力だけではないと考えられるようになった。さらに、「認識能力および判断能力」という概念は、学説と判例において統一的に用いられていなかった⁴⁵。そこで法的事務処理を行う能力として、「決定能力」の定義が規定された。

一般民法典 24 条 2 項

その都度の状況において、自らの行動の意味と結果を理解し、その理解に基づいて意思を決定し、適切に行動できる者は、決定能力を有する。

今後、法的責任を負う基礎的能力は、「決定能力」となる。決定能力は、改正前の認識能力と判断能力である⁴⁶。

決定能力の内容は広義の行為能力と異なり、具体的な3つの側面を有する⁴⁷。第1に法律行為の理由と意味を理解する能力、第2に理解に基づいて自己の意思を決定する能力、第3に意思に沿って行動する能力である。決定は他者が納得する内容である必要はなく、本人が決定を行うことが最も重要となる。本人は、法律行為の中核部分を理解すれば足りるとされる⁴⁸。決定能力は、ケース毎に個別に判断される。広義の行為能力は、決定能力を有することを前提とする⁴⁹。成年者の場合には、決定能力を有すると推定される(同 865 条)。

4 行為能力

行為能力の定義も、これまで規定されていなかった⁵⁰。改正に際し、行為能力は、これを制限し本人を不利益から保護する意義を有するとして、引き続き存続すべきと考えられた⁵¹。行為能力は年齢(一般民法典 170 条 1 項⁵²)または許可の留保(同 242 条)により、画一的に制限される。

行為能力は、今回の改正に伴い、一般民法典 865 条 1 項に定義が規定された。

一般民法典 865 条 1 項

行為能力は、自らの行為によって、法的能力に関する権利を有し、義務を負う能力である。行為能力は、本人が決定能力を有することを前提としており、成年者の場合には決定能力を有すると推定される。未成年者

の場合には、170 条と 171 条が、成年者の場合には 242 条 2 項が考慮されるべきである。

行為能力は、広義の行為能力の中の法律行為に関係する能力であると考えられている⁵³。今回の改正で定義が規定されたが、内容は改正前と同一である。契約内容を簡単な言葉で言い換えることによって本人が決定を行うことができる場合には、本人は行為能力を有すると考えられている⁵⁴。

第2節 能力の内容に関する変更

1 利益となる法律行為に関する変更

本人は、その利益となる法律行為を行うことができるようになった。

一般民法典 865 条 2 項

単に利益となる約束は、すべての者が行うことができる。

改正前は、7 歳未満の者または行為能力を完全に制限されている者は、利益を得るだけの法律行為を行うことができなかった (旧 865 条)。改正に際し、保護の必要性が生じないとして、これらの者は利益となる法律行為を行うことができるようになった⁵⁵。

2 代理人による追認

旧法においては、成年者の理性が 7 歳以下であれば意思表示は無効であり、追認も許されなかった。本人の理性が 7 歳以上であれば、代理人が追認でき、法律行為は遡及的に有効となっていた。改正により、本人の理性の程度を理由とする追認可否の差が撤廃された。

一般民法典 865 条 3 項

本人が、該当する法律行為のために代理権限を有する配慮代理権または成年者代理人を有する場合を除いて、行為能力を有しない成年者の法律行為に関する行為は、完全に無効である。この場合において、法律行為に関する行為は、その代理人の追認および場合によっては裁判所の許可によっても有効になる。本条 2 項および 242 条 3 項は変更されない。

本人の理性の程度に関係なく、代理人は、本人の行為が代理人の任務範囲内にある場合に限り、本人の法律行為を追認することができる⁵⁶。

3 行為能力の完全な制限の撤廃

旧法下では、代弁人の任務範囲において本人の行為能力が制限された。代弁人の任命時には、処理すべき事務に関する本人の具体的な残存能力が考慮されていなかった。改正時には、約半数のケースの代弁人が、すべての範囲についての事務処理を命じられていた⁵⁷。この点が障害者権利条約 12 条との関係で、批判を受けていた⁵⁸。

立法者は、自己決定の尊重と本人保護の間でバランスを図らなければならなかった。立法のモデルとして、ドイツの世話法が選択された⁵⁹。ドイツでは、世話人を任命しても行為能力の自動的な制限は生じない。特別なリスクに対応するために、被世話人の意思表示を世話人の同意によって有効にする「同意留保」という制度が存在する（ドイツ民法典 1903 条）。オーストリアはドイツ法をモデルとし、自己決定と保護のバランスを一般民法典 242 条に規定し、許可の留保（同条 2 項）という制度を設けた。

一般民法典 242 条 1 項

被代理人の広義の行為能力は、配慮代理権または成年者代理によって制限されない。

一般民法典 242 条により、配慮代理権および成年者代理の利用によって本人の広義の行為能力が自動的に制限されないことが明確になった。広義の行為能力の下位概念である行為能力も、代理人の任命のみで制限されない⁶⁰。代理人は法的取引に参加できるよう本人を援助し、本人が有効な意思表示を行えるかどうかは個々のケースで判断される。この点で、自己決定が尊重されている。配慮代理権または成年者代理を利用していても、本人が十分な広義の行為能力を有していれば、原則として自ら有効な法律行為を行うことができる。242 条が規定されたことによって、障害者権利条約 12 条に規定された締約国としての義務は果たされたと考えられている⁶¹。

一方で、本人にリスクが生じる場合には、本人保護のために行為能力の制限が正当化されると考えられた⁶²。本人保護の観点から、「裁判所による成年者代理」と「選任された成年者代理」において、本人の法律行為の有効性を許可にかからせる制度が設けられた。「裁判所による成年者代理」においては、裁判所は特定の法律行為について裁判所の許可が必要となるよう定め

ることができる (同 242 条 2 項)。これを「許可の留保 (Genehmigungsvorbehalt)」という。「選任された成年者代理」においては、本人は、自己の法律行為の有効性を代理人の保護にかからせるよう決めておくことができる (同 265 条 3 項)。

4 許可の留保

(1) 許可の留保とは

改正により、許可の留保という制度が導入された。

一般民法典 242 条 2 項

被代理人の深刻な危険を避けるために必要である場合に限り、裁判所は、裁判所による成年者代理の任務範囲において、被代理人の特定の法律行為の効力、または 865 条 3 項および 5 項によるような行政官庁または行政裁判所における特定の手続行為が成年者代理人の許可を、および 258 条 4 項の場合においては裁判所の許可を要件とすると命じなければならない。許可の留保は、246 条 3 項 2 号の意味における成年者代理の〔他の代理人への〕⁶³ 委託が行われたとしても、存在し続ける。もはや必要としなくなった場合には、裁判所によって廃止される。

許可の留保は、裁判所による成年者代理においてのみ、裁判所によって命じられる。配慮代理権、選任された成年者代理、および法定成年者代理においては、許可の留保を命じることはできない⁶⁴。許可の留保は行為能力の制限を生じさせるため、被代理人の深刻な危険を避ける場合にのみ命じることが許される。許可の留保の利用場面を限定し、最終手段とすることによって、行為能力の制限は障害者権利条約に抵触しないと考えられた⁶⁵。

危険を具体的にいうと、身体の完全性と財産に関して、差し迫った深刻な危険が生じていることが必要となる⁶⁶。本人が全く動くことができず、法律行為を行うための意思表示を行えない場合においては、許可の留保を命じる必要性は存在しない。本人が不動産を含めた財産を自ら使用できなければ、許可の留保は認められない。本人が必要のない商品をインターネットで購入するという場合においては、許可の留保を命じるための危険が生じていると考えられている⁶⁷。

(2) 許可の留保が及ぶ範囲

許可の留保の効果は、法律行為に関する行為に及ぶ。一定の範囲の法律行為に関する許可は行為能力の制限を生じさせる。この効果は、旧法と同一である⁶⁸。一方で、許可の留保は決定能力には影響を及ぼさない⁶⁹。例えば、治療同意は行為能力を必要としない行為であると考えられているため、治療同意に許可の留保を命じることはできない⁷⁰。

すべての行為に許可の留保を及ぼすことは、原則として禁止されていない。命じるには、本人に著しい危険が生じていることが要件となる。それ以外の場合においては、許可の留保が及ぶ法律行為は、必ず明記されなければならない⁷¹。

5 日常生活に関する法律行為

改正前は、代弁人制度を利用する者のみが日常生活に関する規定の適用を受けていた（旧 280 条 2 項⁷²）。本人は、日常生活に関するささいな法律行為のみを代弁人の同意なしに行うことができていた。改正により、成年者保護制度を利用していなくても、決定能力を有しない者の日常生活に関する法律行為には、一般民法典 242 条 3 項が適用される。

一般民法典 242 条 3 項

決定能力を有しない成年者が生活状況を超えない日常生活に関する法律行為を行う場合には、この法律行為は、この領域において 2 項に基づく許可の留保が命じられていない限り、本人が負う義務の履行によって遡及的に効力を有する。

「ささいな」という要件が撤廃され、本人は日常生活に関する行為全般を行うことができるようになった⁷³。日常生活に関する行為に該当するためには、本人の年齢から判断して規則的に繰り返される、典型的な行為である必要がある。小さな家具や暖房器具の購入、食料品の購入、衣類の購入、家庭用品の修理、および映画館における映画鑑賞などの、日常的な余暇に関することなどが挙げられる⁷⁴。成年者代理の場合において、成年者代理人は、本人が日常生活を送るための現金を入手できるよう配慮しなければならない⁷⁵。これには、現金所持だけでなく、銀行口座へのアクセスも含まれる。裁判所は、日常生活に関する法律行為にも許可の留保を命じることができると考えられている⁷⁶。

6 日常生活に関する行為以外の法律行為

日常生活に関する行為以外の法律行為は、「通常ではない」法律行為となる。例えば、自動車の購入が挙げられる。通常ではないかどうかは、法律行為が定期的かつ頻繁に行われるか、高額か、および慎重な熟考が必要となるかにより判断される。当該行為が本人の生活環境に適しているか、本人が義務を履行できるかも判断基準となる⁷⁷。具体的には、本人の毎月の収入額を基準として、法律行為が通常の内かを判断すべきとされている⁷⁸。

第 4 章 成年者保護法の 4 制度

第 1 節 配慮代理権

1 配慮代理権とは

配慮代理権の定義は、一般民法典 260 条が規定している。

一般民法典 260 条

配慮代理権は、代理権授与者が委託された事務処理のために必要な決定能力を失った場合に有効になる代理権である。配慮ケースが生じた場合には、代理権授与者は、既存の代理権を配慮代理権に変更するよう命じることができる。

この定義は、旧 284 条 1 項の規定と合致する⁷⁹。原則として、本人は決定能力を有する場合に代理権を授与できる。配慮ケースが生じ登録されれば、配慮代理権が成立する。配慮ケースが生じた場合において、本人は原則として代理権の有効性を明確に命じなければならない。そのような本人の意思表示が欠ける場合には、代理権は一般的な代理権として有効であるが、配慮代理権は成立せず、登録することはできない⁸⁰。改正によって、後段が追加された。本人が、決定能力が減退してきた状態で既存の代理権を配慮代理権に変更することは、すでに実務で行われおり、本改正において立法化された⁸¹。

配慮代理権は、個々の事務と特定の種類の事務に対して授与できる（一般民法典 261 条⁸²）。代理権者には、複数の者を選任することもできる（同

262条2項⁸³⁾。改正により、配慮代理権の作成方法は大幅に変更された。配慮代理権を自筆または他筆で作成するという規定が削除された。また、「簡易な配慮代理権」と「適切であると評価された配慮代理権」(同旧284条f第2項および3項)の差異が撤廃された。改正により、配慮代理権は、書面により、公証人、弁護士、または成年者保護協会によって作成されなければならない(同262条1項⁸⁴⁾。公証人、弁護士、および成年者保護協会は、作成に際し、配慮代理権の効果、代理権を他者へ委託することの禁止、複数の代理権者の可能性および常時の撤回可能性について教示しなければならない(同条2項)。

今回の改正により、成年者保護協会が配慮代理権を作成できるようになった。専門性を有しないことを理由に、協会は、代理権が経営、不動産、もしくは海外にある財産と関係しているか、または特別な法的知識が必要となる場合には、配慮代理権の作成を拒まなければならない(成年者保護協会法(Erwachsenenschutzvereinsgesetz)4条c第2項)。この制限は不明確かつ広汎であり、成年者保護協会が作成しえない場合は法的に複雑なケースに限るべきであるとの見解も存在する⁸⁵⁾。同見解によれば、不動産管理や賃貸借契約に関する事務は法的に複雑なケースに該当しない。

書面作成者は、代理権授与者の決定能力または配慮代理権者の適性に疑義が生じた場合には、作成を拒否しなければならない。本人の福祉に危険が生じていれば、作成者は、裁判所に伝達しなければならない(一般民法典263条2項)。

2 登録

配慮代理権は、オーストリア中央代理権目録に登録される(一般民法典263条1項⁸⁶⁾、公証人規則140条h第3項)。本人が委託した事務に関して決定能力を失えば、配慮ケースの開始を登録しなければならない。改正前は、配慮代理権は、配慮ケースの開始によって有効になっていた。改正後は、オーストリア中央代理権目録への登録によって有効となる(同245条1項⁸⁷⁾。一部の事務に関して本人が決定能力を失えば、一部の事務に関して登録される(同263条1項)。登録は、公証人、弁護士、および成年者保護協会が行う(公証人規則140条h第3項)。登録者と書面作成者が同一である必要は

ない⁸⁸。授与者の決定能力は、医師の診断により証明されなければならない(同 140 条 h 第 5 項)。

登録者は、代理人に登録の効果に関する情報を提供し、登録の完了を伝える。この際、代理権と関係する権利と義務に関する情報を伝え、配慮代理権終了後は、証明書を使用してはならないことを教示する。

第2節 選任された成年者代理

1 選任された成年者代理とは

選任された成年者代理は、改正によって設立された新しい制度である。成年者代理人を任命する要件は、本人が自己の事務を心の病気またはそれと匹敵する決定能力の障害により自ら処理することができず、配慮代理権をもはや作成することができない状態にあることである。本人が代理の基本的意味を理解することができ、理解に基づいて意思決定を行い、適切な行動をとることができる場合には、本人は身近な者から 1 人または複数の代理人を選任することができる(一般民法典 264 条⁸⁹)。

決定能力が減退しており、1 人で事務を行うことはできない状態であるが、特定の信頼する者が自己の事務処理を行うことを本人が理解できていれば、「選任された成年者代理」を利用できる。「本人が代理人を有していない場合」という文言から、選任された成年者代理人の任命は、他の代理形式に対して補充的となる。一般的な代理または配慮代理権で本人が十分保護されていれば、選任された成年者代理は利用されない⁹⁰。

選任された成年者代理を利用するには、本人と代理人との間の合意が必要となる。その際、代理権の範囲も決定しなければならない(同 265 条 1 項⁹¹)。代理権は、個々の事務または特定の事務に付与することができる(同条 3 項)。

選任された成年者代理の特徴は、本人と代理人が協力して法律行為を行う点にある。代理人は、本人と協力してのみ法律行為を行うことができる。本人が法律行為を行う場合には、当該法律行為は、代理人が許可することによって有効となる(同 265 条 2 項)。立法段階において、本人と代理人が協力して法律行為を行う代理モデルの設立が繰り返し要請されていた。「選任さ

れた成年者代理」が創設されたことにより、この要請は実現された。「選任された成年者代理」によって、本人は広義の行為能力を引き出されうると考えられている⁹²。

2 登録

選任された成年者代理の代理人と本人の合意は、公証人、弁護士、および成年者協会のもとで行われる（一般民法典 266 条 1 項⁹³）。その後、医師の診断書とともに、オーストリア中央代理権目録に登録される（一般民法典 267 条 1 項⁹⁴、公証人規則 140 条 h 第 5 項）。代理人には、代理権限に関する証明書が付与される（公証人規則 140 条 h 第 6 項）。

第3節 法定成年者代理

1 法定成年者代理とは

法定成年者代理は、旧法の「近親者代理⁹⁵」に匹敵する⁹⁶。要件は、本人が心の病気またはそれに匹敵する決定能力の障害が原因で自ら事務処理ができず、代理人を有しておらず、他の代理人を選ぶことができず、選ぶ意思を有していないことである。この場合において、法定成年者代理人が近親者から選任される（一般民法典 268 条 1 項⁹⁷）。近親者とは、両親、祖父母、成年である子および孫、兄弟、成年している姪および甥、配偶者、登録されているパートナー、最低 3 年以上同居している人生のパートナー、および成年者代理人処分委託証書に記載されている者である（同 2 項）。法定成年者代理は、オーストリア中央代理権目録に登録しなければならない（同 270 条 1 項⁹⁸）。法定成年者代理に対する本人の異議がオーストリア中央代理権目録に登録されている場合には、法定成年者代理は利用されない（同 268 条 1 項）。

2 代理権の範囲

改正により、代理権の範囲は旧法に比べて拡大された。旧法下においては、近親者代理権の範囲が狭すぎるとして批判が生じていた⁹⁹。また、本人は決定能力および合意する能力を有していないため、法定成年者代理では任務権限が個別に列挙されるべきであると考えられた¹⁰⁰。代理権の範囲は、一般

民法典 269 条に列挙された。

一般民法典 269 条 1 項

代理権は、次の領域に及ぶ。

1. 行政手続きおよび行政裁判所における手続代理
2. 裁判所における手続代理
3. 収入、財産および債務の管理
4. 介護の必要性および世話の必要性を補填するための法律行為の締結
5. 医学的治療に関する決定と、これと関係する契約の締結
6. 居所の変更およびホーム契約の締結
7. 5号および6号に列挙されていない人格に関する事務の代理、ならびに

8. 4号から6号に規定されていない法律行為の実施

草案においては、3号、4号および8号においては通常の経済活動に該当する行為に限るとの制限が設けられていたが、その後撤廃された¹⁰¹。列挙されている法律行為が通常の経済活動を超える場合には、裁判所の許可が必要となる（同 258 条 4 項）。6号の居所変更には、裁判所の許可が必要となると考えられている¹⁰²。

第4節 裁判所による成年者代理

1 裁判所による成年者代理とは

裁判所による成年者代理は、改正前の代弁人制度に匹敵する。代弁人制度と同様に、裁判所による成年者代理人の任命手続きは、本人の申請または職権によって開始される（一般民法典 271 条）。利用要件は、本人が心の病気またはそれに匹敵する決定能力の障害により、自ら事務を処理できないことである。

裁判所による成年者代理は、代弁人制度と同様に、他の代理制度に対して補充的な制度である。裁判所による成年者代理は最終手段であるため¹⁰³、他の代理制度が利用されていない場合に利用できる。

一般民法典 271 条

成年者は、その申請または職権により、次の場合に限り、裁判所により

成年者代理を任命される。

1. 本人が心の病気またはこれに匹敵する決定能力の障害により、不利益の危険なしに特定の事務を自ら処理できず、
2. 本人がこのために代理人を有しておらず、
3. 本人が代理人を選任できず、また選任する意思もなく、
4. 法定成年者代理が考慮されない場合

2 裁判所による成年者代理人の選任

裁判所による成年者代理人は、本人の必要性に応じて任命される¹⁰⁴。一般民法典は、代理人として任命すべき者の優先順位を定めている（一般民法典 274 条¹⁰⁵）。まず、配慮代理権者、選任された成年者代理人、および成年者代理人処分委託証書に記載されている者が優先的に任命される。ここから適任者が見つからなければ身近な者が任命され、身近な者がいなければ成年者保護協会が任命される。これらの者の任命が不可能であれば、弁護士および公証人が任命される。法的知識が必要である場合には、弁護士と公証人が優先的に任命されるべきとする見解もある¹⁰⁶。

本人は成年者代理人処分委託証書（同 244 条¹⁰⁷）により、代理人となる者および代理人となるべきでない者の希望を表明できる。成年者代理人処分委託証書を作成するには、減退していても決定能力を有していなければならない。本人は、証書の意味と効果を理解している必要がある¹⁰⁸。成年者代理人処分委託証書は、公証人、弁護士、および成年者保護協会のもとで書面により作成され、オーストリア中央代理権目録に登録される。本人の決定能力に疑義が生じる場合には、登録者は登録を拒否し、本人の福祉が危険にさらされていると裁判所に伝達する（同 244 条 2 項）。成年者代理人処分委託証書は、いつでも撤回することができる。本人は決定能力を失っていても、成年者代理人処分委託証書が有効ではないと示すことで足りる（同条 3 項）。

3 代理の範囲

裁判所による成年者代理人は、個々の事務または特定の事務についてのみ任命されることができる。今回の改正により、すべての事務の処理のために成年者代理人を任命することはできなくなった。代理人の任務となる事務は、

現時点で処理されるべき事務であり、内容が具体的なものでなければならない。将来処理すべき事務のために、代理人を任命することは許されない（一般民法典 272 条 1 項¹⁰⁹⁾。

以下、次号掲載。

(Endnotes)

- 1 松井亮介 = 川島聡『概説障害者権利条約』（法律文化社、2010）183 頁以下（池原毅和執筆部分）。
- 2 障害者権利委員会「一般的意見第 1 号」（2014）。
- 3 新井誠「補助類型一元化への途」実践成年後見 50 号（2014）62 頁以下、田山輝明「成年後見制度の変遷とその改正案」同 53 頁以下。
- 4 最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況——平成 30 年 1 月～12 月——」12 頁。
- 5 Bundesgesetzblatt (BGBl) I 1983/136.
- 6 Bundesgesetzblatt (BGBl) I 2006/92.
- 7 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 2.
- 8 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 3.
- 9 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 3.
- 10 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 1.
- 11 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 1.
- 12 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 1.
- 13 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 2.
- 14 Hammershick=Mayrhofer, Clearing und Cleraring Plus: wirksame Schritte zur Vermeidung von Sachwalterschaft, iFamZ (2016), S. 92.
- 15 BGBl 2017/59.
- 16 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 3.
- 17 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 1.
- 18 Schauer, Das UN-Übereinkommen über die Behindertenrechte und das österreichische Sachwalterrecht, iFamZ (2011), S.259. Ganner/Barth, Die

Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf das österreichische Sachwalterrecht, BtPrax (2010), S. 205.

- 19 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 4.
- 20 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 1.
- 21 一般民法典旧 268 条「(2) 障害者の事務が、他の法定代理人によって、または他の援助の枠組みにおいて、特に家族、介護施設、障害者援助施設において、または社会福祉的業務もしくは精神社会福祉的業務の枠組みにおいて必要な程度に処理される限り、代弁人の任命は許可されない。代理権によって、特に配慮代理権および拘束力のある患者配慮処分によって障害者の事務処理について必要な程度にあらかじめ配慮されている限りにおいても、代弁人は任命されてはならない。それが単に妄想上のものであっても、その行使から第三者を守るためののみ、なされてはならない。」
- 22 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 18.
- 23 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 18.
- 24 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 18.
- 25 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 1.
- 26 Barth, Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz, iFamZ (2017), S. 144.
- 27 Barth, iFamZ (2017), S. 145.
- 28 Barth, iFamZ (2017), S. 145.
- 29 一般民法典 241 条「(1) 配慮代理権者または成年者代理人は、被代理人がその能力と可能性の枠組みにおいて自らの生活状況を自身の希望と考えに基づいて形成できるように、かつ可能な限り自己の事務を自ら処理できるように努力しなければならない。」
- 30 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 96.
- 31 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 38.
- 32 一般民法典 274 条「(5) 公証人（公証人補佐）または弁護士（弁護士補佐）は、とりわけ事務処理が主として法的知識を必要とする場合に、任命されるべきである。成年者保護協会は、とりわけ、これ以外に成年者代理に特別な要請が伴う場合に任命される。」
- 33 Barth, iFamZ (2017), S. 146.
- 34 ミヒャエル・ガナー著 = 田山輝明訳「成年者保護協会による「解明」

Abklärung の新しい形態—クリアリング」季刊比較後見法制第 9 号 (2018) 17 頁以下。

- 35 「Handlungsfähigkeit」および「Geschäftsfähigkeit」はともに「行為能力」と訳されるが (山田晟『ドイツ法律用語辞典 (第 4 版)』(大学書林、2001) 参照)、本稿においては両者を区別するために、「Handlungsfähigkeit」を「広義の行為能力」、「Geschäftsfähigkeit」を「行為能力」とする。
- 36 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 1.
- 37 Schwimann (Hrg.), ABGBPraxskommentar (2005, 3. Aufl.), §16, Rz11.
- 38 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 5.
- 39 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 8.
- 40 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 5.
- 41 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 9.
- 42 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 5.
- 43 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 5.
- 44 一般民法典 21 条「(1) 未成年者および未成年とは異なる別の理由からそのすべての事務または個々の事務を自ら適切に処理できない者は、法の特別な保護のもとにある。これらの者を、保護に値する者とする。(2) 未成年者は、18 年をまだ終えていない者である。未成年者が 14 年を終えていなければ、この者は未成熟である。」
- 45 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 5.
- 46 Parapatis=Perner, Die Neuregelung der Geschäftsfähigkeit im 2. Erwachsenenschutz Gesetz, iFamZ (2017), S. 162.
- 47 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 9.
- 48 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 9.
- 49 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 9.
- 50 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 53.
- 51 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 9.
- 52 一般民法典 170 条「(1) 未成年の子は、法定代理人の明示または黙示の同意なしに法律行為に関する処分を行い、または義務を負うことができない。」
- 53 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 53.

- 54 Parapatis=Perner, iFamZ (2017), S. 162.
- 55 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 54.
- 56 Parapatis=Perner, iFamZ (2017), S. 163.
- 57 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 3.
- 58 Parapatis=Perner, iFamZ (2017), S. 163.
- 59 Parapatis=Perner, iFamZ (2017), S. 162.
- 60 Parapatis=Perner, iFamZ (2017), S. 164.
- 61 Schauer, Das vier Säulen des Erwachsenenschutzrechts, iFamZ (2017), S.155.
- 62 Parapatis=Perner, iFamZ (2017), S. 164.
- 63 訳注は、□ で示す。
- 64 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 21.
- 65 Parapatis=Perner, iFamZ (2017), S. 165.
- 66 Parapatis=Perner, iFamZ (2017), S. 165.
- 67 Parapatis=Perner, iFamZ (2017), S. 166.
- 68 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 21.
- 69 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 22.
- 70 Parapatis=Perner, iFamZ (2017), S. 165.
- 71 Parapatis=Perner, iFamZ (2017), S. 165.
- 72 一般民法典旧 280 条「(2) 障害者が代弁人の任務の枠組において、日常生活のささいな事務に関する法律行為を行う場合には、この法律行為は、障害者が負う義務の履行によって遡及的に有効となる。」
- 73 Parapatis=Perner, iFamZ (2017), S. 167.
- 74 ErlRV 1420 BlgNR 25. GP 22.
- 75 一般民法典 258 条「(2) 前項に基づく義務を履行する場合には、成年者代理人は、被代理人の福祉がそのことによって危険にさらされない限りにおいて、被代理人が日常生活に関する法律行為について必要な経済的手段を用いることができるよう配慮しなければならない。このために、成年者代理人は、被代理人に、例えば必要な現金を渡したり、または支払い口座に関する必要なアクセスを与えなければならない。」
- 76 ErlRV 1420 BlgNR 25. GP 23.

- 77 Parapatis=Perner, iFamZ (2017), S. 167.
- 78 Parapatis=Perner, iFamZ (2017), S. 167.
- 79 ErlRV 1420 BlgNR 25. GP 36.
- 80 ErlRV 1420 BlgNR 25. GP 36.
- 81 Schauer, iFamZ (2017), S. 150.
- 82 一般民法典 261 条「配慮代理権は、個々の事務または事務の種類に授与することができる。」
- 83 一般民法典 262 条「(2) 配慮代理権者は、1. 配慮代理権の法的効果、2. 一般的にもしくは特定の事務において配慮代理権の他者への委託を禁止することの可能性、または 2 人もしくは複数の代理権授与者による合同の代理を定めることの可能性、および 3. 常時の撤回の可能性を個人的に教示すべきである。公証人、弁護士、および成年者代理協会の職員は、教示の実施を代理権証書に記録しなければならない。」
- 84 一般民法典 262 条「(1) 配慮代理権は、とりわけ、公証人、弁護士または成年者代理協会により、一身専属的かつ書面により作成されなければならない。」
- 85 Schauer, iFamZ (2017), S. 151.
- 86 一般民法典 263 条「(1) 配慮代理権および配慮ケースの発生は、公証人、弁護士または成年者保護協会によりオーストリア中央代理権目録に登録される。配慮代理権者が委託された事務の処理に必要な決定能力を失った場合に限り、配慮ケースの発生は登録することが許される。」
- 87 一般民法典 245 条「(1) 配慮ケースの発生がオーストリア中央代理権目録に登録される場合に、かつ登録された場合に限り、配慮代理権は、有効となる。」
- 88 Schauer, iFamZ (2017), S. 151.
- 89 一般民法典 264 条「成年者が心の病気または匹敵する決定能力の障害により、事務を自ら処理できず、事務の処理のために代理人を有さず、配慮代理権ももはや作成できないが、代理の意味と効果を基本的にまだ理解でき、自らの意思をその理解に基づいて決定でき、適切に行動できる限りにおいては、本人は、事務処理のための成年者代理人として 1 人または複数の身近な者を選任することができる。」

90 Schauer, iFamZ (2017), S. 152.

91 一般民法典 265 条「(1) 成年者と選任された代理人は合意 (1002 条) を結ばなければならず、その際、成年者代理人の代理権を定めなければならない。

(2) 裁判所における代理を除いて、選任された成年者代理に関する合意は、成年者代理人が被代理人との合意によってのみ有効な代理を行うことができると定めることができる。同様に、裁判所における代理を除いて、合意は、被代理人が成年者代理の許可によってのみ有効な意思表示を行うことができると定めることができる。

(3) 代理権は、個々の事務または事務の種類に付与できる。

(4) 特段の定めがない限り、事務の委託は、常に裁判所における代理を包括する。しかし、すべての場合において、代理権は閲覧権および情報獲得権に制限されうる。」

92 Schauer, iFamZ (2017), S.152.

93 一般民法典 266 条「(1) 選任された成年者代理に関する合意は、公証人、弁護士または成年者代理協会によりオーストリア中央代理権目録に登録される。」

94 一般民法典 267 条「(1) 選任された成年者代理の合意は、一身専属的かつ書面により作成されなければならない。」

95 拙書『オーストリアの成年後見法制』（成文堂、2015）103 頁以下参照。

96 Schauer, iFamZ (2017), S. 152.

97 一般民法典 268 条「(1) 成年者は、269 条に列挙されている事務において、次の場合に限り、1 人のまたは複数の身近な親族によって代理されうる。

1. 当該事務が心の病気または匹敵する決定能力の障害により、不利益の危険なしに自ら処理できず、2. このために代理人を有しておらず、3. 代理人をもはや選任できず、また選任する意思も有さず、4. 法定成年者代理が事前に異議を唱えられておらず、かつこれがオーストリア中央代理権目録に登録されている場合。(2) 身近な親族は、両親、祖父母、成年の子および孫、兄弟姉妹、成年の姪と甥、配偶者または登録されたパートナー、少なくとも 3 年間同一の家計にある人生のパートナー、ならびに本人によって成年者代理人処分委託証書に記載された者である。」

- 98 一般民法典 270 条「(1) 法定成年者代理は、公証人、弁護士または成年者保護協会によりオーストリア中央代理権目録に登録される。」
- 99 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 41.
- 100 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 41.
- 101 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 42.
- 102 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 42.
- 103 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 4.
- 104 一般民法典 273 条「(1) 裁判所による成年者代理の選任に際しては、本人の必要性和その希望、成年者代理人の適性、および処理すべき事務に関して配慮しなければならない。」
- 105 一般民法典 274 条「(1) 成年者代理人は、その同意とともに、配慮代理権、選任された成年者代理の合意、または成年者代理人処分委託証書から候補として挙がる者を優先的に選任する。(2) そのような者が選任できないか、または適切でない場合には、その同意とともに、身近におり、かつ事務に適した成年者を任命しなければならない。(3) そのような者が考慮されない場合には、その同意とともに、成年者保護協会が任命される。(4) 成年者保護協会の任命も不可能である場合には、275 条の基準に従い、公証人(公証人補佐)もしくは弁護士(弁護士補佐)、またはその同意とともに、他の適切な人物を任命する。〔5 項は注 32 参照。〕」
- 106 Schauer, iFamZ (2017), S. 154.
- 107 一般民法典 244 条「(1) 本人は、「成年者代理人処分委託証書」において、本人のために成年者代理人として活動できる者またはできない者を記載することができる。委託者は、成年者代理と成年者代理人処分委託証書の意義と効果を理解し、理解に基づいて意思を決定し、適切な行動をとれなければならない。(2) 成年者代理人処分委託証書は、書面により、公証人、弁護士または成年者保護協会の職員によって作成されなければならない。登録者が本人の決定能力の存在に疑義を呈する場合には、登録者は登録を拒否し、本人の福祉の危険に関して正当な根拠がある場合には、遅滞なく監護裁判所に伝達しなければならない。(3) 本人は、成年者代理人処分委託証書をいつでも撤回することができる。撤回は、公証人、弁護士または成年者保護協会に

より、オーストリア中央代理権目録に登録されなければならない。登録は、被代理人の要請により行われなければならない。撤回のためには、証書がもはや有効ではないと本人が示すことで足りる。本人は、撤回可能性を放棄できない。」

108 ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 24.

109 一般民法典 272 条「(1) 裁判所による成年者代理人は、現在処理すべきであり、明確に表示されている個々の事務または事務の種類についてのみ任命されることが許される。(2) 委託された事務を処理した後、裁判所による成年者代理は制限されるか、または終了する。成年者代理人は、裁判所において遅滞なく制限または終了の手続きをとらなければならない。」

(あおき・ひとみ 桐蔭横浜大学法学部専任講師)