

講 演

世話法における強制，収容，自由剥奪 措置，強制的治療

フォルカー・リップ
田 山 輝 明 訳

- I 問題の所在
- II 連邦通常裁判所判決民事事件145.297
：事例と判決
- III 世話法における強制

I 問題の所在

被世話人に対する強制は，世話法において論議を呼んでいるテーマである。これについては，長い間，主として，いわゆる強制的世話を考えてきた。すなわち，何時，後見裁判所は本人の意思に反して世話人を任命することが許されるかという問題を⁽¹⁾。しかしながら，これによつては，問題は完全には捉えられていない。つまり，「強制的世話」は本人の意思に反する後見裁判所の世話人の任命に尽きるわけではない。この「強制」は抽象的なものである。というのは，世話はそれ自体としては，被世話人の行為能力や事実上の運動の自由を

(1) BayObLG FamRZ 1998, 454 (455), und zuerst FamRZ 1993, 600 und 851; OLG Hamm DAVorm 1997, Sp. 135 (138); FamRZ 1995, 1519 (1521); OLG Düsseldorf FamRZ 1995, 118 f.; OLG Frankfurt/M. BtPrax 1997, 123 (Ls.); Palandt/*Diederichsen*, BGB, 61. Aufl. 2001, Einf. vor § 1896 BGB Rn. 11; Erman/*Holzhauser*, BGB, 10. Aufl. 2000, § 1896 BGB Rn. 26 ff.; ausführlich dazu v. *Sachsen Gessaphe*, Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige, 1999, insbesondere 368 ff.; V. *Lipp*, Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson, 2000, 73 ff.

制限するものではないからである⁽²⁾。「強制」は、世話人が被世話人の意思に反して行動する場合に初めて、具体化することになるのである。

被世話人の意思に反する決断とは、その表明された意思（「法的意思」）が法的に尊重されず、世話人によって考慮されていないに違いないことを意味する。これに対して、被世話人の意識的な抵抗が実力によって抑えられている場合には、強制的措置が問題となる。この抵抗は、拒絶や防衛のあらゆる形態によって表明され得る。従って、抵抗は本人のいわゆる「自然の気持ち」⁽³⁾の表明である。これは、行為無能力者または同意無能力者が意識的な行動一般につき能力を有する限りにおいて、強制はまさにこれらの者に対して行使されうるということの意味する⁽⁴⁾。

従って、被世話人の意思に反する決断は、強制的措置とは区別されるべきである⁽⁵⁾。もちろん、被世話人の意思に反する決断と強制的措置とは、例えば、強制的治療の場合には、競合しうる。世話人に身上監護の権限が属しており、かつ被世話人が同意無能力である場合には、世話人は被世話人の治療につき同意することができる⁽⁶⁾。被世話人の反対する意思〔気持ち〕は、法的には無視

(2) Allg. Auffassung, vgl. nur Palandt/*Diederichsen* (Note 1), vor § 1896 BGB Rn. 13.

(3) Erman/*Roth* (Note 1), § 1906 BGB Rn. 6; zur Sterilisation vgl. BT-Drucks. 11/4528, 143; MünchKommBGB/*Schwab*, 4. Aufl. 2002, § 1905 BGB Rn. 17.

(4) *Knittel*, Betreuungsgesetz. Kommentar, § 1905 BGB Rn. 13; *Perau*, MittRhNotK 1996, 295; vgl. auch BGHSt 32, 183 (187 f.); *Bloy*, ZStW 96 (1984), 721 ff., 723; *Schumacher*, Festschrift Stree/Wessels, 1993, 431 (439); *Schweitzer*, FamRZ 1996, 1319 f.

(5) Ebenso jetzt MünchKommBGB/*Schwab* (Note 3), § 1896 BGB Rn. 64 f.

(6) 完全に通説である。ただし、Palandt/*Diederichsen* (Note 1), § 1904 BGB Rn. 3; MünchKommBGB/*Schwab* (Note 3), § 1904 BGB Rn. 6, 9, 18. を参照せよ。これらは、それを通じて、患者によって表明された同意の有効性（同意能力）の医師に対する対外的関係における問題と何時世話人が被世話人の希望について無視することが許されるかという問題を混同させている。後者の問題は世話人と被世話人との内部関係において民法典1901条 III 1 の基準に従って答えられるべきものである。被世話人の希望は、通説によれば、自己責任性を欠如しているという理由のみによって無視されてよい。これは民法典1901条 III 1 と矛盾している。同条は、被世話人の希望が侵害されているか、かつまさにそれが限定的自己責任性に基づいているか否かについて、世話人による個別的な審査を要求している (*V. Lipp* (Note 1), 149 ff., 164 ff.)。

される。というのは、彼は同意無能力だからである。抵抗している被世話人を、実力によって治療を受けるように強制することが許されるか、ということは、もちろん次の問題である⁽⁷⁾。

被世話人の意思に反する世話人の決断は、民法1901条3項1文に規定されているように、原則として許される。これによれば、世話人は、希望が被世話人の福祉に反しない限りにおいて、被世話人の希望に拘束されている。従って、法律は、疑いもなく、被世話人の表明された意思に反する世話人の決断のための基礎を含んでいる。〔意思に反する決断においては〕世話人のこのような決断のための前提要件のみが問題となりうる⁽⁸⁾。

これに対して、強制的措置の許容性については、議論の余地がある。強制的措置においては、被世話人の基本権への侵害がさまざまな形で見られるし、そのための法律上の授權が要求されている。このような法律上の授權の基礎は、民法1906条、非訟事件手続法70条g5項2文であるとされている。強制は、それによれば、収容の実施に際して（非訟70条5項2文）および民法1906条に規定されている収容（同1項）またはその他の自由剥奪措置（同4項）の形式において許される。多くの裁判所や研究者等（著作者）が強制的他の形式を、それが具体的な事例において強制に比較してより緩やかな手段であるときは⁽⁹⁾、許容するよう望んでいるが、連邦通常裁判所は最近、多くの者から注目されている「傍論」において「厳しい」見解に賛成した。これによれば、被世話人に対する強制は、民法1906条、非訟事件手続法70条g5項2文に基づく収容の場合にのみ許されるべきものである。その他の場合には、法律上の基礎を欠いている⁽¹⁰⁾。

連邦通常裁判所によって判断された事例は、問題の法的かつ事實的側面を、設例的に明らかにしている。

(7) Vgl. vorerst nur BGHZ 145, 297 = JZ 2001, 821 m. krit. Anm. V. Lipp.

(8) Ausführlich dazu V. Lipp (Note 1), 94 ff., 149 ff.

(9) OLG Hamm FamRZ 2000, 115 (1117 ff.)-Vorinstanz zu BGHZ 145, 297; Damrau/Zimmermann, Betreuungsrecht, 3. Aufl. 2001, § 1904 BGB Rn. 16.

(10) Vgl. BGHZ 145, 297 (obiter dictum) = JZ 2001, 821 m. krit. Anm. V. Lipp; OLG Zweibrücken, FamRZ 2000, 1114 f. (obiter dictum); Heidelberger Kommentar zum Betreuungs- und Unterbringungsrecht (HK-BUR)/Bauer, § 1901 BGB Rn. 22 f.; Kemper, FuR 1996, 152 (153 f.); ausführliche Kritik daran bei Windel, BtPrax 1999, 46 ff.; V. Lipp (Note 1), 98 ff., Erman/Holzhauser (Note 1), § 1901 BGB Rn. 13 ff.; alle m.w.N.

II 連邦通常裁判所判決民事事件145, 297：事例と判決⁽¹¹⁾

ある精神病患者のために、特に居所指定と向精神剤による治療における同意を任務とする世話人が任命された。被世話人はノイロレプティカについての継続的治療を拒否し、薬物の摂取をしなかった。彼は、緊急の病状発作の場合には閉鎖施設へ収容され、治療を受けることを選択した。それはデポ剤の注射による外来投薬により、避けることが可能な方法であった。従って世話人は、外来による強制的投薬の実施と、必要な場合における「1906条による」一時的な収容のための許可を申請した。

後見裁判所は、一方において、申請された世話人の措置のための許可を与え、他方で、管轄官庁が執行の際に実力を行使することを許可した。ハム高等裁判所へ権利救済の申立てがなされた⁽¹²⁾。ハム高等裁判所は、この外来による投薬を許可した。というのは、この手段は収容に比べて緩やかな手段だからである。ところが、ツバイブリュッケン高等裁判所は以前に異なった判決をしていた⁽¹³⁾。ハム高等裁判所は、これを連邦通常裁判所に上告した⁽¹⁴⁾。連邦通常裁判所は、原審の異なった判決と共に破棄して、外来治療の強制的実施のための世話人の許可申請を拒否した。これについては、民法1906条は適用されないという。実施は許可され得ないのである。被世話人に対する強制は民法1906条、非訟事件手続法70条g 5 項2文に基づく収容の場合にのみ適用されうから、世話人が意図した外来による強制的治療は、許されないのである。その他の点については、法律上の基礎を欠いている。

連邦通常裁判所は、強制的治療は本人自身の明確な利益に基礎を置きうるものであり、従って、その法解釈は実務に困難を持ち込むものであることを認めたのである。しかしながら、立法者は援助を創設せざるを得ない。裁判所はそれをなしえないのだから。

連邦通常裁判所は、手続き上、申請された許可についてのみ判断せざるを得ない。許可は計画された外来治療の強制的実施に関するものであり、治療自体に関するものではない。強制的治療の許容性に関する特別な叙述と、被世話人

(11) BGHZ 145, 297 = JZ 2001, 821 m. krit. Anm. V. Lipp.

(12) FamRZ 2000, 1115 ff.

(13) FamRZ 2000, 1114 f.

(14) § 28 II FGG.

に対する強制的措置の許容性に関する一般的な叙述とは, 傍論として特徴づけられるべきものである。従って, それは法的拘束力を取得するものではなく, その内部的確信力に基づいて効力を有するに過ぎない⁽¹⁵⁾。

III 世話法における強制

1 世話官庁または警察による実力行使

世話官庁と警察は国家権力を行使する。従って, それらは, 被世話人に対して法律上の授權に基づいてのみ実力を行使することが許される。そのような授權は非訟事件手続法70条g 5 項 2 文が含んでいる。それによれば, 世話官庁または警察は, 第一に, 民法1906条 1 項に基づいて被世話人を収容するための援助が求められている場合に, そして第二に, 後見裁判所がこれを許可する場合に, 実力を行使することができる。従って, 被世話人がその行動の自由を完全に剥奪されるような, 閉鎖施設または施設中の閉鎖的部分への収容が問題となる⁽¹⁶⁾。計画された措置が民法1906条 1 項の意味に於ける収容を意味しない場合には, 後見裁判所は, 世話官庁または警察による実力の行使を許可することができない。

従って, その他の自由剥奪措置または被世話人の単なる行動の自由の制限の場合には, 官庁または警察による実力の行使は, 本来問題にならない。というのは, そこでは収容は問題となっていないからである⁽¹⁷⁾。そのための法律上の授權が欠けているのである。それは, 裁判所が非訟事件手続法33条 2 項による実力行使を許可することにより代替することはできない。この規定は, 裁判所の処分を執行することを定めたものだからである⁽¹⁸⁾。被世話人の居所を決定

(15) Dazu ausführlich *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, Rn. 1056 ff., 1071 ff.

(16) Erman/A. *Roth* (Note 1), § 1906 BGB Rn. 5. Die Beschränkung des § 1906 IV BGB auf freiheitsentziehende Maßnahmen war im Gesetzgebungsverfahren umstritten, steht jedoch de lege lata außer Zweifel, vgl. dazu Erman/A. *Roth* (Note 1), § 1906 BGB Rn. 25 ff.

(17) § 70g V FGG gilt nur für den Fall des § 70 I 2 Nr. 1 FGG, d.h. für die freiheitsentziehende Unterbringung im Sinne des § 1906 I BGB.

(18) KG NJW 1958, 2071 (2072); BayObLG FamRZ 1979, 737 (739); OLG Hamm FamRZ 1981, 706 (707); FamRZ 1982, 94 f.; Keidel/*Zimmermann*, FG,

し、従ってその行動の自由の剥奪と制限を決定するのは、裁判所ではなく、世話人なのである。連邦通常裁判所は、従って、世話官庁および警察による強制は被世話人の収容の実施に際してのみ許容される、ということに同意すべきである。

2 世話人による強制：決定権限をめぐる諸問題

a 連邦通常裁判所民事事件145, 297における同裁判所の見解

連邦通常裁判所は、前述の判決において、明確に、世話人は民法1906条、非訟事件手続法70条g 5 項2文以外には被世話人に対する強制力を行使してはならないという、論争中の見解に賛成した⁽¹⁹⁾。民法1908条iは民法1631条3項の準用規定を含んでいないから、そのための法律上の基礎を欠いているというのである。

裁判所のこのような見解は、結果として辻褄が合わないだけでなく、論理的にも守備一貫しないものである。このような見解に従うならば、まずは、世話法⁽²⁰⁾の立法者によって必要かつ可能とされた強制的治療が許可されないものであることが明らかとなる。しかも最終的に、収容は、民法1906条、非訟事件手続法70条g 5 項2文にもかかわらず、排除されることになろう。

連邦通常裁判所によって引き継がれた見解は、民法1906条は被世話人の自由に対する国家による干渉のための法律上の授權を意味しているという見解に依拠している⁽²¹⁾。民法1906条は、しかしながら、被世話人の自由を剥奪する、後見裁判所と世話人の授權を含んではおらず、世話人のそのような命令を裁判所の許可にかからしめ、実態的基準を設定しているのである⁽²²⁾。収容の基礎は世

14. Aufl. 1999, § 33 FGG Rn. 32.

(19) Vgl. die Nachweise in Note 10.

(20) BT-Drucks. 11/4528, 72, 141

(21) In diesem Punkt stimmen das vorlegende OLG Hamm (FamRZ 2000, 1115 (1117 ff.)) und das OLG Zweibrücken (FamRZ 2000, 1114 (1115)) überein; vgl. im übrigen Erman/A. Roth (Note 1), § 1906 BGB Rn. 54; HK-BUR/Bauer (Note 10), § 1901 BGB Rn. 19 ff.; Jürgens, in: Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, Das neue Betreuungsrecht, 4. Aufl. 1999, Rn. 238 ff, 240, 247; Pardey, Betreuung Volljähriger: Hilfe oder Eingriff, 1989, 140 f; Knittel (Note 4) § 1906 BGB Rn. 22d, § 1896 BGB Rn. 32g, 32m, § 1904 BGB Rn. 6f; Jürgens/Marschner, Betreuungsrecht, 2. Aufl. 2001, § 1906 BGB Rn. 2; Schweitzer, FamRZ 1996, 1317 (1321 f.).

話人の命令であって, 後見裁判所の裁判ではない⁽²³⁾。収容によって世話人は居所指定権を行使しているのである⁽²⁴⁾。世話人の決定は, 許可手続において義務違反という形でコントロールされる⁽²⁵⁾。つまり, 後見裁判所は, 世話人によって計画された収容が法的に許容されるか否か, につき吟味するのである。従って, 後見裁判所の許可は, 世話人の権限に限定される⁽²⁶⁾。それは基本法上保護された被世話人の自由に対する干渉ではない。むしろこれは, 世話人への予防的な裁判所のコントロール⁽²⁷⁾によってまさに担保されている。基本法104条2項—4項と同様に, 民法1906条も, 被世話人の自由に対する国家的干渉のための授權基礎ではなく, 事前の許可手続により, 世話人に対するこのような自由を保護しているのである⁽²⁸⁾。

この規定は, 世話人の権限を制限しているが, 被世話人の自由を制限してはいない。これをこのような自由に対する干渉のための授權基礎と解する場合に

(22) Staudinger/*Bienwald*, BGB, 1999, § 1906 BGB Rn. 1; *v. Sachsen Gessaphe* (Note 1), 502.

(23) Staudinger/*Bienwald* (Note 22), § 1906 BGB Rn. 20; Jürgens/*Marschner* (Note 21), § 1906 BGB Rn. 27; HK-BUR/*Rink* (Note 10), § 1906 BGB Rn. 10 f.; MünchKomm/*Schwab* (Note 3), § 1906 BGB Rn. 6; *Windel*, BtPrax 1999, 46 (47). 従って, 世話人は, 緊急の場合には後見裁判所の事前の許可なしに収容を実施することができ (民法典1906条II 2), かつそれをいつでも終了させることができる (1906条III)。

(24) MünchKomm/*Schwab* (Note 3), § 1906 BGB Rn. 6; Jürgens/*Marschner* (Note 21), § 1906 BGB Rn. 2, 27.

(25) Staudinger/*Bienwald* (Note 22), § 1906 BGB Rn. 22; allgemein zum Maßstab der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung Staudinger/*Engler*, BGB, 1999, § 1837 BGB Rn. 1, 17, 20 ff.; MünchKomm/*Schwab* (Note 3), § 1837 BGB Rn. 18 f.; OLG Schleswig FamRZ 1996, 1368 (1369); BayObLG FamRZ 1992, 108 (109).

(26) Palandt/*Diederichsen* (Note 2), § 1828 BGB Rn. 1, 3; *v. Sachsen Gessaphe*, 502.

(27) Zu diesem Zweck der Genehmigung vgl. *Gernhuber/Coester – Waltjen*, Familienrecht, 4. Aufl. 1994, 756; und schon Motive zum BGB Bd. IV, 1028, 1085, 1135.

(28) Art. 104 GG enthält eine zusätzliche verfahrensmäßige Freiheitssicherung (BVerfGE 10, 302 (310); Sachs/Degenhart, Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 104 GG Rn. 19); ähnlich für § 1906 BGB Palandt/*Diederichsen* (Note 2), § 1906 BGB Rn. 4.

は、規定の意味はまさに反対の方向を向くのである。

最後に、前述の規定はいずれも、被世話人に対する世話人の強制的措置のための授權基礎を含んでいない。非訟事件手続法70条5項2文は、世話官庁または警察による実行使を規定しているが、世話人によるそれについては規定していない。他方で、民法1906条は、世話人のそれに相当する命令の許可の許容性についてのみ規制しており、彼の居所指定のための権限を前提としている。連邦通常裁判所により引き継がれたコンセプトは、従って、必然的に、被世話人に対する世話人のあらゆる決定ないし強制権限の不許可へと導くことになる⁽²⁹⁾。

b 法律上のコンセプト

この結論は、連邦通常裁判所が表明しているように、簡単に満足できるものではない。それは、居所指定権を明確に規定し⁽³⁰⁾、かつ同時に承認している法律と、殆どマッチし得ない。この不一致は、しかしながら隠されている。〔同裁判所の〕担当部は居所指定に関する権限をその（強制的）実施のための権限と分離し、その都度、授權基礎を求めているのである⁽³¹⁾。〔しかしながらこれは間違いである〕

世話人による被世話人の実際上の居所指定は、しかし、今や、世話人が被世話人の反対意思を脇に寄せて、世話人によって決められた場所に滞在することを被世話人に強制することを、まさに意味しているのである。従って、指定と実施は分離されるべきではなく、同じ程度に、居所指定権の行使を意味しているのである⁽³²⁾。もし、世話人から居所に関する指定の実施の可能性を奪うので

(29) Selbst eine Verweisung auf § 1631 III BGB in § 1908i I BGB wäre keine Lösung, denn auch diese Vorschrift enthält keine Ermächtigungsgrundlage. Die Befugnisse der Eltern gegenüber dem Kind ergeben sich allein aus ihrem Sorgerecht, während Vormundschaftsgericht und andere Behörden auf andere Vorschriften zurückgreifen müssen (vgl. Motive zum BGB Bd. IV, 752; RGZ 72, 230 (231 f.); *Diercks*, FamRZ 1994, 1226 (1228 f.); *V. Lipp* (Note 1), 99 ff.; unzutreffend *Nußbaum*, ZJP 29 (1901), 440; *Helle*, FamRZ 1984, 639 (641); OLG Düsseldorf NJW 1968, 453 (454); OLG Celle FamRZ 1994, 1129; OLG Hamm DAVorm 1975, 156 (168)).

(30) Vgl. nur §§ 1906 BGB, 69n II, 70 I 2 Nr. 1b, 2 FGG.

(31) Ebenso schon *Helle*, FamRZ 1984, 639 (643); *Pardey* (Note 21), 140 ff.; vgl. *Jürgens*, in: Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein (Note 21), Rn. 240.

(32) 民法典1908条Iによる1631条IIIの準用も、なんら解決にはならないであろう。というのは、この規定も授權基礎を含んでいないからである。子供に対す

あれば, 居所指定権限は全体としてその意味を失うのである。

c 被世話人の基本権への国家的干渉としての世話人の強制的措置

連邦通常裁判所の立論は, 被世話人の意思に反する世話人の措置はその自由に対する国家的干渉を意味し, 従って明確な法律上の授權を必要とする, との見解に基づいている⁽³³⁾。民法1901条2項1文を連邦通常裁判所と共に, そのためには十分なものではないと考えるとすれば, 「いかなる」世話法上の規定もそもそもそのような授權基礎を含んでいないのである⁽³⁴⁾。世話人が被世話人の意思に反してまたは単に意思を無視して措置を行う場合には, 世話人による私法的権利擁護は, 憲法上は許されないことになるであろう。世話人は確かに, 指定権限の範囲内において被世話人の福祉を実現する義務を負っているが, この義務は, 被世話人が抵抗する場合には, 履行できないだろう。被世話人が病気によって自傷する場合にはまさに, 世話人は被世話人をそれから保護することができないであろう⁽³⁵⁾。というのは, 彼は, そのためには, 被世話人の「自然な気持ち」を乗り越えて, すなわち強制力を行使せざるを得ないであろうからである⁽³⁶⁾。

これまでは, このような見解に従って, 法律上は存在しない授權基礎を, 授權基礎と看做し得るような他の規定への類推の力を借りて, 理由づけることを主として試みてきた⁽³⁷⁾。しかしながら, この解決のための努力は, 基本権への干渉の際の類推禁止という法律の留保によって, すべて挫折した⁽³⁸⁾。

る両親の権限は, その配慮権からのみ生じるに過ぎない。これに対して, 後見裁判所やその他の官庁は他の規定を根拠としなければならないのである。

MünchKomm/*Schwab* (Note 3), § 1906 BGB Rn. 6; *V. Lipp* (Note 1), 94 f.

(33) BGHZ 145, 297 (304); ebenso schon *Pardey* (Fn. 21), 140 ff.

(34) So ausdrücklich *Staudinger/Bienwald* (Fn. 22), § 1901 BGB Rn. 41.

(35) Zutreffend *Jürgens/Klüsener* (Fn. 21), vor § 1802-1832 BGB Rn. 5.

(36) それは, 不妊手術の場合には乗り越えられてはならない (§ 1905 I Nr. 1 BGB)。居所指定については, MünchKomm/*Schwab* (Note 3), § 1906 BGB Rn.6を参照。

(37) Dafür z.B. *HK-BUR/Rink* (Note 10), vor § 1904 BGB Rn. 19; *Jürgens/Klüsener* (Note 21), vor § 1802-1832 BGB Rn. 5.

(38) So zu Recht BGHZ 145, 297 (304); OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 1114 (1115); OLG Hamm FamRZ 2000, 1115 (1117); zum Analogieverbot im Bereich des Art. 104 GG vgl. BVerfGE 29, 183 (195 f.); 83, 24 (31 ff.); NStZ 1995, 399.

ゲルンフーバー⁽³⁹⁾は、これに対して既に1962年に、このような純粹に公法的な観点は家族法的な配慮や本人の自由権の関係にはそもそも妥当しないことを指摘している。世話人による私法的な権利擁護は、その自由に対する国家的な干渉を目的とするものではなく、人間の尊厳（基本法111条）によって保障された個々人の自己決定を、その自己責任性において事実上制限されており、かつそれによって損害を受ける恐れがある場合に限り、実現するものである。それは彼に、その自由権を、その状態にもかかわらず、現実に行使し得る可能性を創造するものであり、かつ取引における他の参加者との平等を創り出すものである。従って、世話は、基本法1条1項、3条1項により同時に憲法上も承認され、要求されているのである⁽⁴⁰⁾。

世話が、その自己責任性において制限されている被世話人の自己決定を実現する限りにおいて、それはその自由に対する実際上の干渉ではない。確かに、あらゆる国家的干渉は、自由基本権の保護領域に影響を与える⁽⁴¹⁾。しかしながら、このような自由に対する干渉は、基本権保有者の自己責任による決定が無視される場合⁽⁴²⁾にのみ存在するのである。従って、連邦憲法裁判所は、健全な場合には中止が求められる場合においても、個々人の制限された自己責任性は国家に対して干渉を許す、と正当にも指摘している⁽⁴³⁾。というのは、自由の基本権の保護は、基本権保有者の現実の自己決定能力を前提としているからである⁽⁴⁴⁾。これにしたがって、民法1896条による強制的世話命令が合憲であるならば⁽⁴⁵⁾、民法1901条2項1文に基づく世話の実施に際しての、世話人の個々の強

(39) *Gernhuber*, FamRZ 1962, 91 f.; *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Note 27), 61 f.

(40) Ausführlich dazu *V. Lipp* (Note 1), 118 ff.; ähnlich *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Note 27), 62; v. *Sachsen Gessaphe* (Note 1), 54 ff, 78 f.

(41) Insofern zutreffend BVerfGE 10, 302 (309 f.); 30, 173 (194); Stern/*Sachs*, Staatsrecht III/2, 1994, 81 f.; *Dröge*, Die Zwangsbetreuung, 1997, 38 ff., *Dunz*, JZ 1960, 475 (478).

(42) BVerfG FamRZ 1999, 985 (987); *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, 220; ähnlich jetzt *Dröge*, FamRZ 1998, 1209 (1210) (anders allerdings noch *ders.* (vorige Note), 38 ff.).

(43) BVerfGE 58, 208 (225); vgl. auch BVerfGE 63, 340 (342); BVerfG, FamRZ 1999, 985 (987); BayVerfGHE 41, 151 (157).

(44) BVerfG FamRZ 1999, 985 (987).

(45) Zur Zwangspflegschaft BVerfGE 19, 93 (95 ff.); zur ihr strukturell entsprechenden Zwangsbetreuung BayObLG FamRZ 1994, 1551 (1552); 1995, 1085; v. *Sachsen Gessaphe* (Note 1), 54 ff.

制的措置も, とにかく基本的には憲法上許されなければならない⁽⁴⁶⁾。

他方で, 世話による私法的配慮には, それが個々の場合に必要程度を超え, それによって干渉になるという危険が内在している。従って, それは, 立法者が予防措置を講じなければならない基本権侵害を意味している。このことから, 後見裁判所による世話命令および世話人によるその実施に関する, 多くの実体法上ならびに手続法上の要件が生じてくる。ただし, 世話人のさまざまな個々の権限についての法律上の明確な授權は要件ではない⁽⁴⁷⁾。

被世話人の事実上の行為をその意思に反して, すなわち, その「自然な気持」に反して決定する世話人の権限 (決定権限) は, 被世話人を事実上の効果によって自傷から保護するために必要である。というのは, 本人がその限定された自己責任性のために自傷するという危険は, 法的取引への参加に関してのみ存在するのではないからである。それは, 彼の決断, 即ち彼に属している諸権利の対象や自分自身に対して事実上の影響を与え, または彼の出来事を自然の成り行きに任せてしまうという決断からくる恐れもあるのである。他人の影響からの防衛や被世話人の法律行為の効果からの保護が問題になっているわけではないから, 世話人による法定代理または同意権留保の命令は, 彼が制限された自己責任性に基づく方法で自傷することに対しては, 保護にはならない⁽⁴⁸⁾。発生した効果を再びもとに戻すことができない限りにおいて, 効果的な保護は, 彼がこのような行為については事実上参加できないということを前提とする。従って, 被世話人の自分自身に対する保護のための世話法上の手段としての世話人の決定権限は必要であり, かつ憲法上も規定されているのである⁽⁴⁹⁾。この世話人の権限については, 一方では, その基礎は民法1896条に基づく後見

(46) Wie hier Erman/*Holzhauser* (Note 1), § 1901 BGB Rn. 13 ff., § 1896 BGB Rn. 48. Das BVerfG (NJW 1998, 1774 f.) hielt eine Unterbringung durch den Betreuer nach § 1906 I BGB grundsätzlich für zulässig, –allerdings ohne die Frage nach ihrer Rechtsgrundlage zu behandeln. In BVerfGE 58, 208 ff. und 63, 340 ff. ging es dagegen um öffentlich-rechtliche Unterbringungen.

(47) Ausführlich zum vorstehenden *V. Lipp* (Note 1), 118 ff.; im Ergebnis ebenso Erman/*Holzhauser* (Note 1), § 1901 BGB Rn. 15 f.; v. *Sachsen Gessaphe* (Note 1), 54 ff., 78 f.

(48) HK-BUR/*Bauer* (Note 10), § 1903 BGB Rn. 35 ff.; Jürgens/*Jürgens* (Fn. 21), § 1903 BGB Rn. 7 ff.; Erman/*A. Roth* (Note 1), § 1903 BGB Rn. 37 ff.; v. *Sachsen Gessaphe* (Note 1), 105 ff., 386 ff.; Windel, BtPrax 1999, 46 (47).

(49) *V. Lipp* (Note 1), 125 ff.; Gernhuber/*Coester-Waltjen* (Note 27), 62.

裁判所の命令にあり、他方では、被世話人の福祉に関する権限を行使すべき権利・義務を世話人に与えている民法1901条2項1文にある⁽⁵⁰⁾。

d 世話人の強制的措置に関する世話法上の規定

被世話人の事実上の行為に関する決定権限についての発令によって、後見裁判所は、被世話人の法的地位を一般的に制限し、その行為を、その保護のために世話人の予防的コントロールの下に置く。このような命令のための要件は、同意権留保に依存して決定されるべきである。何故ならば、これは被世話人の法的地位を同様の方法において制限しているからである⁽⁵¹⁾。これによれば、後見裁判所は、被世話人が制限された自己責任性のもとで實際上自傷する恐れがあり、これが再び取りかえしがつかないことになろうと思われ、その結果、彼がそのような行為につき、事実上排除されざるをえない場合には⁽⁵²⁾、このような決定権限を発令することができし、また発令しなければならない。実際上最も重要な適用事例は、収容⁽⁵³⁾または強制的治療⁽⁵⁴⁾を含む居所指定権に関する

(50) Auf § 1901 II 1 BGB verweist auch Erman/*Holzhauser* (Note 1), § 1901 BGB Rn. 14, der allerdings die Eigenart des Bestimmungsrechts anerkennt und deshalb zusätzlich eine gerichtliche Duldungsverfügung gegenüber dem Betreuten nach § 33 I FGG für notwendig erachtet, die dann nach § 33 II FGG vollstreckt werden kann.

(51) *V. Lipp* (Note 1), 104 ff.

(52) Zur Aufenthaltsbestimmung, in: Staudinger/*Bienwald* (Note. 22), § 1896 BGB Rn. 86; zur Zwangsbehandlung Jürgens/*Marschner* (Note 21), § 1904 BGB Rn. 11. Es entspricht im übrigen der Regelung des § 1906 I Nr. 1 BGB. Das Erfordernis der drohenden Selbstschädigung gilt auch für dessen Nr. 2, weil sonst die Unterbringung nicht zum Wohle des Betreuten erforderlich ist, vgl. BayObLG FamRZ 1994, 1617 (1618 f.); OLG Hamm DAVorm 1997, 55 (60); Staudinger/*Bienwald* (Note 22), § 1906 Rn. 29 f.; *Marschner*, in: Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein (Note. 21), Rn. 506; *Windel*, BtPrax 1999, 46 (49).

(53) Aufenthaltsbestimmung im engeren Sinn, im Gegensatz zur Aufenthaltsbetreuung, die auch die Rechtshandlungen wie z.B. den Abschluß oder die Kündigung von Miet- oder Heimverträgen und die Begründung oder Veränderung des Wohnsitzes nach §§ 7, 8 BGB umfaßt (MünchKomm/*Schwab* (Note 3), § 1896 BGB Rn. 76 f.). Diese Unterscheidung wird meist nicht mit besonderer Deutlichkeit durchgeführt. „Aufenthaltsbestimmung“ bezeichnet dann alle mit dem Aufenthalt des

世話人の権限である⁽⁵⁵⁾。

世話人による決定権限の行使は, その場合には, 民法1901条の一般的規制に服する。従って, 例えば, 居所指定を任された世話人は, 居所の選択につき自由ではなく, 原則として民法1901条3項1文により被世話人の表明された希望に拘束される⁽⁵⁶⁾。被世話人がその実現により自傷するであろう場合で, 居所指定を発令するために後見裁判所によって確認された理由, すなわち, 制限的自己責任性に基づく場合にのみ, 世話人はそれにつき希望を無視し, かつそのより良い見解にしたがって決断することができる。自傷ではなく, そこで表現を見出す自己責任性の欠如が, 被世話人の希望を無視させることになるのである⁽⁵⁷⁾。その他の点では, 世話人による強制は, 他の彼の措置と同様に, 世話法上の必要性の原則を満たさなければならないのである。すなわち, 恐れのある損害の程度に応じなければならないのである⁽⁵⁸⁾。

これに対して, 世話官庁と警察は, 強制力をそれらに適用される法的基礎に従って行使しなければならない。すなわち, 非訟事件手続法70条g5項, 33条2項に従って, そのためには, 特に, 警察法ないし取締法上の授權が, 警察が支援を求められている場合には, 検討されることになる⁽⁵⁹⁾。世話人の要請とそ

Betreuten verbundenen Angelegenheiten (vgl. HK-BUR/*Bauer* (Note 21), § 1896 BGB Rn. 230; Soergel/*Zimmermann*, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1896 BGB Rn. 52 ff.). Zwischen stellvertretendem Handeln im Rechtsverkehr und der Bestimmung über den Betreuten in tatsächlicher Hinsicht bestehen jedoch erhebliche sachliche Unterschiede (*Sonnenfeld*, FamRZ 1995, 395 f.; v. *Sachsen Gessaphe* (Note 1), 150 ff., 386 ff.; Staudinger/*Bienwald* (Note. 22), § 1896 BGB Rn. 82 ff., 86; LG Köln FamRZ 1992, 857 ff.; BtPrax 1992, 109 f.).

(54) § 1906 I BGB.

(55) BT-Drucks. 11/4528, 72, 141; Soergel/*Zimmermann* (Note 53), § 1904 BGB Rn. 15 f.; Palandt/*Diederichsen* (Note 1), § 1904 BGB Rn. 3 (vgl. aber auch § 1906 BGB Rn. 1).

(56) OLG Köln NJW-RR 1997, 451 f.

(57) V. *Lipp* (Note 1), 152 ff., 155 ff.; *Knittel* (Note 4), § 1901 BGB Rn. 9; anders HK-BUR/*Bauer* (Note 21), § 1901 BGB Rn. 44; *Kollmer*, Selbstbestimmung im Betreuungsrecht, 1992, 143 (jede Selbstschädigung).

(58) Für die Zwangsbehandlung im Ergebnis ebenso *Taupitz*, Gutachten A für den 63. Deutschen Juristentag, 2000, A 73; *Knittel* (Note 4), § 1904 BGB Rn. 6b ff.; Jürgens/*Marschner* (Note 21), § 1904 BGB Rn. 11; *Schweitzer*, FamRZ 1996, 1317 (1322 ff.).

(59) Auf die ordnungsrechtlichen Möglichkeiten weist insoweit zutreffend hin

の同意は、彼に与えられている身上監護の領域における官庁の活動を正当化するためには、必要にして十分であるが⁽⁶⁰⁾、しかし、被世話人に対する官庁の権限を根拠づけるものではない。世話人は、世話官庁、警察または裁判所執行官に、被世話人に対する国家的権力行使のための権限を与えることはできず、従って、法律が規定していない授権基礎を彼らのために創設することはできない⁽⁶¹⁾。法律が別段の規定を置いていない限り、世話人は、その決定権限の範囲内において被世話人に対する実力を行使することができる⁽⁶²⁾。[連邦通常裁判所の見解とは異なる]

e 連邦通常裁判所民事事件145, 297における基礎事例についての結論

連邦通常裁判所により判決がなされた事例において、被世話人は、世話人がその居所指定権の行使によって実現しようとしたノイロプティカによる継続的治療を、その副作用を理由として拒絶した。彼は、緊急の病気発作の場合にのみ閉鎖病棟に入院すること、そして治療を受けることを選択した⁽⁶³⁾。世話人により、被世話人のこの希望を乗り越えることができるのは、継続的治療の拒絶と緊急治療の優先が世話の理由としての精神病に起因しており、かつ被世話人に取り返しのつかない損害をもたらす恐れがある場合のみである。裁判所も、希望が精神病に基づいているということについては何も語っていない。さらに、収容と滞在による治療の必要性は、それ自体として、取り返しのつかない損害を受けることを意味するものではないのであって⁽⁶⁴⁾、それは、外来により与えられるデポ剤の注射によって回避することができるに違いないのである。

Pardey (Note 21), 142.

(60) Vgl. schon *Motive zum BGB Bd. IV*, 752 (für die Personensorge der Eltern).

(61) Insoweit zutreffend *Helle*, FamRZ 1984, 640 f.; zum Parallelproblem im Kindschaftsrecht im Ergebnis ebenso *Diercks*, FamRZ 1994, 1228 f., und schon KG DJZ 1913, 355 f. (aus den späteren Entscheidungen des KG ergibt sich nichts anderes, vgl. *Helle*, FamRZ 1984, 640 f.).

(62) Im Ergebnis ebenso *Soergel/Zimmermann* (Note 53), § 1896 BGB Rn. 69; *MünchKommBGB/Schwab* (Note 3), § 1896 BGB Rn. 64 f.; vgl. zum Parallelproblem im Kindschaftsrecht die Nachweise oben Note 29.

(63) BGHZ 145, 297 (305).

(64) Vgl. auch BGHZ 145, 297 (305 f.).

従って、世話人は、被世話人に強制的に、彼がデボ剤の注射によりノイロレプティカを摂取するような外来診療を受けさせる権限を有していない。これは、しかしながら、連邦通常裁判所の見解と異なり、世話人によるあらゆる強制が基本的に憲法上許されないということではなく、単に、具体的事例において世話法上の要件を充足していなかったということであるに過ぎない。

3 後見裁判所による許可

許可義務は被世話人の自由を制限するものではなく、むしろ世話人を予防的コントロールの下におくものであるということは承認されているが、改めて、被世話人に対する強制的措置の場合における後見裁判所の役割について問題が提起されている。

まず、後見裁判所はすでに決定権限の発令の場合に、強制力が必要であるか否かについて吟味しなければならないということが確認されるべきである。というのは、強制力の行使は、決定権限の一部だからである。それが不必要であるなら、決定権限の発令も民法1896条の意味において必要ではない。

これに対して、後見裁判所の許可は、世話人の具体的措置についてなされる。世話人が治療について同意する場合につき、民法1904条は許可義務を規制しているが、民法1906条⁽⁶⁵⁾は定めていない。従って、被世話人のために死亡または重い健康障害と結びつきうる治療における同意の場合には、許可が必要である。これに対して、強制的治療を、立法者は1904条の一連の許可を要する措置の中に取り入れなかったのである⁽⁶⁶⁾。

治療の強制的実施または治療の際の拘束に際しては、世話人は、民法1906条の基準にしたがって後見裁判所の予防的コントロールに服している、その居所指定権を行使する。その場合に被世話人は閉鎖的施設に入所させられるわけではないから（民法1906条1項⁽⁶⁷⁾、何れの場合にも、許可義務は1906条4項に従って検討される。〔許可を必要とする〕ための前提事実は、収容されること

(65) Erman/A. Roth (Note 1), § 1906 BGB Rn. 31.

(66) Vgl. z.B. OLG Hamm FGPrax 1997, 64 f.; Frost, Arztrechtliche Probleme des neuen Betreuungsrechts, 1994, 66 ff.; Mayer, Medizinische Maßnahmen an Betreuten, 1997, 106 ff.; T. Zimmermann, Die Auswirkungen des Betreuungsrechts in der ärztlichen Praxis, 1997, 237, 307 ff.

(67) Palandt/Diederichsen (Note 1), § 1906 BGB Rn. 6 f. MünchKomm/Schwab (Note 3), § 1906 BGB Rn. 7.

なしに施設に滞在する被世話人が長期間にわたってまたは定期的に自由を剥奪されることである。

民法1906条4項による許可義務は、立法者の明確な決断により、自由剥奪に、従って、その効果の点で同等な措置⁽⁶⁸⁾のみに適用される。治療場においてなされる行動の自由の短期的な制限または治療中における拘束は、従って許可義務に服しない⁽⁶⁹⁾。

私見によれば、もちろん世話人自身が強制的措置を決断する限りにおいても、同様である。これに対して、彼が第三者にこの決断を委託する場合には、したがって、例えば、診療所の職員または担当医に「必要なこと」をするように頼む場合には、彼はそのための後見裁判所の許可を得なければならない⁽⁷⁰⁾。ここでは、民法1906条の基本的思想がその応用を求めている。「施設」における自由剥奪のための法定許可義務は、立法史を振り返ってみても⁽⁷¹⁾、家族介護の特別化を意味している。その実際上の理由は、むしろ、そのような施設にいる被世話人が、世話人が居所指定権の行使を具体的に委託した第三者の指示に服しているということにある。許可義務は、被世話人がこの第三者の私的権力によってコントロールされ、任意にそれに服し、世話人がこの方法でその責任を果たすという事態を防止するのである。その基本的思想によれば、民法1906条4項はしたがって、世話人が第三者に、例えば、担当医または診療所の職員に、その居所指定権の行使を授權した場合にも、適用されなければならない⁽⁷²⁾。

決定権限の発令とその行使の第三者への授權が同時に必要になり、したがって、後見裁判所の命令と許可が同時に、一つの決定においてなされる場合がしばしば生じる。このような決定が、具体的な事例において、決定権限の発令と

(68) BT-Drucks. 11/6949, 76; Erman/A. Roth (Note 1), § 1906 BGB Rn. 25, 32.

(69) BGHZ 145, 297 (300 ff.); BGHZ 82, 261 (265 ff., 270); MünchKomm/Schwab (Note 3), § 1906 BGB Rn. 19; Erman/A. Roth (Note 1), § 1906 BGB Rn. 10, 32. Das wird z.T. auch darauf gestützt, daß die Freiheitsentziehung nach § 1906 IV BGB für einen längeren Zeitraum oder regelmäßig erfolgen müsse (so z.B. Soergel/Zimmermann (Note 53), § 1906 BGB Rn. 75 f.).

(70) Dazu ausführlich V. Lipp (Note 1), 108 ff., 138 ff.; ähnlich Soergel/Zimmermann (Note 53), § 1906 BGB Rn. 72.

(71) So die überwiegende Auffassung, vgl. nur Erman/A. Roth (Note 1), § 1906 BGB Rn. 34 m.w.N.

(72) Dazu ausführlich V. Lipp (Note 1), 108 ff., 138 ff.; ähnlich Soergel/Zimmermann (Note 53), § 1906 BGB Rn. 72.

第三者への権限行使のための授權許可との間において識別されることなく，例えば，被世話人の強制的治療⁽⁷³⁾または自己の住居⁽⁷⁴⁾への収容が「許可」される場合には，後見裁判所が具体的事例において権限につき世話人に何を与えたのか，いかなる具体的措置を裁判所は許可したのかについて，解釈の方法で調査されなければならない。強制的治療の場合のように，第三者だけが決定権限を行使できるのであれば，または第三者が具体的な事例においていずれにしても，世話人によって組織されたが自分では実施していない自己住居における夜間の閉じ込めの場合と同様に行うべきであるならば，後見裁判所の決定には，通常は，必要な決定権限の発令と第三者への授權の許可が含まれる。その限りにおいてのみ，強制的措置についての後見裁判所の許可について語ることができるのである。

〔訳者後記〕 本論文は，フォルカー・リップ教授が長寿科学振興財団の招請事業によって来日された際になされた講演の内容である。翻訳上の責任はすべて田山輝明にあるが，講演の際に通訳の労をとって下さった前堀信子氏からは多くの助言を頂いた。記して感謝申し上げる。〔 〕内は訳者が補った部分である。なお，原稿の最終仕上げに等に際しては，法学部助手黒田美亜紀さんにお手伝いいただいた。

(73) Jürgens/*Marschner* (Note 21), § 1904 BGB Rn. 11.

(74) LG Hamburg BtPrax 1995, 31 ff.; AG Berlin-Tempelhof/Kreuzberg BtPrax 1998, 194 f.