

成年後見制度における 「本人意思の尊重」

—ドイツ世話法との比較から

上山 泰

はじめに

- 1 「本人意思の尊重」に関する実定法規定の日独比較
- 2 結びに代えて—ドイツ法における必要性の原則と「本人意思の尊重」

はじめに⁽¹⁾

わが国における現行法定後見制度の制度設計に関する基本指針は、「自己決定（自律）の尊重」、
「残存能力の活用」、「ノーマライゼーション」という新たな基本理念と、「本人の保護」という旧来
からの基本理念との調和に置かれている⁽²⁾。確かに、ここには、「本人意思の尊重」という、現代
型の成年後見制度にとって最も重要な視点を取り込まれている。しかし、それは、あくまでも「本
人の（客観的な）保護」という別の（しかも、ときには「本人意思の尊重」に真っ向から衝突する）
要請との「調和」の中でのみ配慮される一要素にすぎない。したがって、この「調和」のさせ方次
第では、現在の成年後見制度もなお、かつての禁治産宣告時代と同レベルのパターナリスティック
な制度として、利用者の自由を抑圧していく機能を果たす恐れがないわけではない。逆にいえば、
もし我々が、成年後見制度を、支援者目線の制度ではなく、利用者目線にたった利用者本位の制度
として位置づけようとするのであれば、「本人意思の尊重」が、現行制度の枠組みの中で、どのよう
な形で、どこまで実際に保障されているのかを、具体的な法規定の詳細な分析を通じて、明らかに
していくことが必要であるように思われる。そこで、本稿では、現行の法定後見制度に関する法規
定の中から、「本人意思の尊重」に関連すると思われる規定を、広く手続法の領域までを視野に収め

(1) 本稿は、科学研究費補助金（平成20-22年度基盤研究（C）課題番号20530066「成年後見人の身上監護権に関する体系的研究」）に基づく研究成果の一部である。

(2) 法務省民事局参事官室「成年後見制度の改正に関する要項試案補足説明」（1998年）1頁、4頁参照。なお、立法担当官はこの補足説明の中で、「残存能力の活用」と「ノーマライゼーション」は、広義の「自己決定（自律）の尊重」の理念に含まれると説明している（前掲4頁）。しかし、私見は、これら3つの基本理念の関係について、広い射程を持つ社会政策上の基本原理である「ノーマライゼーション」を、成年後見法の領域において具体的に表現した法的な基本原理が「自己決定の尊重」であり、さらに、後者の派生的原理として「残存能力の活用」が導かれると考える（上山泰『専門職後見人と身上監護』（2008年、民事法研究会）39-41頁参照）。

たうえで括りだし、その包括的な分析を試みる。また、日本法の特徴を正確につかみ取るためには、他国における同制度との対比が1つの有効な手がかりとなるであろう。この点を踏まえて、本稿では、現行の日本法よりも「本人意思の尊重」を重視していると、一般に解されているドイツ世話法⁽³⁾を比較対象として取り上げ、日独両法の同種の規定を対比しつつ、両国の制度の共通点と相違点について、ささやかな分析を試みていくこととする。

1 「本人意思の尊重」に関する実定法規定の日独比較

(1) 成年後見の開始に関する「本人意思の尊重」

(a) ドイツ法

ドイツ法上の法定後見制度である法的世話制度 (rechtliche Betreuung) の場合、世話を開始するための世話人の選任は、世話裁判所 (Betreuungsgericht)⁽⁴⁾ の決定に基づいて行われる。この世話人選任手続は、本人の申立てまたは裁判所の職権によって開始されることになる。ただし、身体障害を理由とする場合については、本人が自己の意思を表示できないときを除いて、職権開始は認められず、必ず本人の申立てによらなければならない (ドイツ民法1896条1項)。このように、正規の申立権は本人にしか帰属していないが、世話の開始に対する裁判所の職権発動を促すことは、誰にでも可能である。職権主義で統一せず、本人による申立てのルートを残した理由は、本人申立ての事案では、事件本人が世話の利用を理解し、受容しているため、世話開始後の世話人との協働がスムーズに進み、リハビリテーションの可能性にも有益に作用するという実際上の利点にあるとき

(3) 本稿と同様、「本人の意思の尊重」という視点から、ドイツ世話法の構造を分析する文献として、上山泰「ドイツにおける成年後見制度による本人意思の尊重－日本とドイツの成年後見制度の相違点－」特定非営利活動法人PACガーディアンズ『自己決定／後見支援研究会報告書 (厚生労働省2008年度障害者保健福祉推進事業報告書)』(2009年)16-41頁、入稲福智「ドイツ世話法の重要原則：本人の意思の尊重」平成国際大学社会・情報科学研究会論集9号(2009年)3-12頁がある。また、利用手続を含めたドイツ世話法の概要については、バーム・レルヒ・レーズルマイヤー、ヴァイス『ドイツ成年後見ハンドブック ドイツ世話法の概要』(2000年、勁草書房)、及び、同書所収の上山泰「解題 ドイツ成年後見制度の現代的展開とわが国新制度運用上の課題」同書179-237頁、ドイツ成年後見法研究会「ドイツ成年後見制度の改革 (一)～(四)」民商法雑誌105巻4号(1992年)134頁、6号(1992年)118頁、108巻3号(1993年)126頁、109巻2号(1993年)147頁以下等を参照されたい(ただし、1999年の第1次世話法改正までにはしか対応していない)。なお、世話制度に関する手続法上の問題点については、同様に1999年の第1次世話法改正までの旧ドイツ非訟事件手続法に関するものだが、佐上善和『成年後見事件の審理－ドイツの成年後見事件手続からの示唆－』(2000年、信山社)に詳細な検討がある。また、2008年の手続法全面改正後(注4参照)の概要については、佐上善和「ドイツの世話事件の審理手続」実践成年後見31号(2009年)110-118頁に簡明な紹介がある。

(4) ドイツでは、2008年12月22日に公布され、2009年9月1日より施行された「家庭事件及び非訟事件の手続の改革に関する法律 (FGG-RG)」により、世話事件を含む非訟事件及び家庭事件に関する手続法の包括的な大改正が行われた。従来、世話事件に関する手続は、旧ドイツ非訟事件手続法によって規律されていたが、現在では、この改正により新たに制定された「家庭事件及び非訟事件の手続に関する法律 (以下、家庭事件手続法と略)」の第3編「世話事件及び収容事件の手続」(同法271-341条)によって規律されている。ただし、規定の実質的な内容については、2005年の第2次世話法によって修正された旧非訟事件手続法をほぼ踏襲している。また、これに伴い従来の後見裁判所は廃止され、世話裁判所へと名称が変更されている。

れている⁽⁵⁾。

2005年の第二次世話法改正によって、世話における「本人意思の尊重」という視点はより強化され、本人の自由な意思に反して、世話人を選任することはできない旨が明文化された（ドイツ民法1896条1a項）。この背景には、ドイツ基本法2条1項が保障する自己決定権との関係上、本人の同意を欠く強制的世話（Zwangsbetreuung）は、本人が自己決定できない状態にある場合にのみ開始できるという理解がある⁽⁶⁾。なお、ここでいう自由な意思とは、自然的行為無能力者に関するドイツ民法104条2号における自由な意思（決定）の概念と同義であり、強制的世話を開始する要件としては、本人が世話の必要性を理解できない（世話人の選任に関して自由な意思形成ができない）状況にあることと解されている⁽⁷⁾。

また、手続面における「本人意思の尊重」に関してみると、世話人の選任または同意権の留保命令を行う前に、世話裁判所は、原則的に本人を「直接に」審問して、本人についての印象を獲得しなければならないものとされている（ドイツ家庭事件手続法278条1項）。この本人審問は、①原則的に裁判官自らが直接に行うこと、②本人が請求したか、または、事案の解明に資する場合で本人の異議がないときは、本人の通常的环境で行う（たとえば、入院中の病院や入所施設等、本人が長期滞在している場所⁽⁸⁾）に裁判官が出向いて行う）ことに大きな特徴がある。また、裁判所は、この本人審問の機会において、今後の手続の進行について説明するほか、必要に応じて、予防的代理権（Vorsorgevollmacht）の利用可能性を教示すべきことになっている（ドイツ家庭事件手続法278条2項）。これにより、本人に予防的代理権を利用できるだけの判断能力がある場合には、予防的代理権の適切な活用によって、世話の開始が排除されることになる点にも留意すべきであろう（ドイツ民法1896条2項）。

なお、世話人が被世話人の申立てで選任されている場合には、職権開始が必要な状況にある場合を除き、被世話人の申立てによって、世話の廃止（終了）または世話人の職務範囲の縮減を行うことができることにも留意する必要がある。この廃止または職務範囲縮減の申立ては、被世話人の行為能力の有無に拘わらず行うことができる点も重要である（ドイツ民法1908d条2項）。

(b) 日本法

わが国の法定後見制度である成年後見の開始及び成年後見人の選任も、家庭裁判所の決定に基づいて行われる。後見等開始の審判については申立主義が取られており、かつ、申立権者は明文によって限定されている。すなわち、本人、配偶者、四親等内の親族、未成年後見人、未成年後見監督人、成年後見人、成年後見監督人、保佐人、保佐監督人、補助人、補助監督人、検察官（民法7条、11条、15条）、任意後見受任者、任意後見人、任意後見監督人（任意後見契約に関する法律10条2項）、市町村長（老人福祉法32条、知的障害者福祉法28条、精神保健及び精神障害者福祉に関する

(5) 前掲「ドイツ成年後見制度の改革（一）」152頁参照。

(6) Dodegge/Roth, Systematischer Praxiskommentar Betreuungsrecht, 2. Aufl., 2005, S. 8. また、これを明示した判決として、BayObLG, 1993.11.25, BtPrax 1994, S.59.がある。

(7) Fröschle, Betreuungsrecht 2005, 2005, S.53-5.

(8) Bumiller/Harders, FamFG Freiwillige Gerichtsbarkeit, 9. Aufl., 2009, S.689.

法律51条の11の2)に該当しない者が、後見開始等の審判を申立てることはできない。

法定後見3類型のうち、補助開始の審判をするためには、①本人自身の申立てによるか、②補助開始の審判に対する本人の同意が必要となる(民法15条2項)。つまり、補助類型に関する限り、本人の意向に反する形で開始することは許されないわけである。立法担当官は、これを現行法において本人の自己決定の尊重の理念が具体化された一例と指摘する。また、この趣旨から、理念的には本人による申立ての方が原則とされる⁽⁹⁾。したがって、少なくとも補助類型に関する限り、本人以外の申立権者は、客観的に補助開始が必要であるにもかかわらず、本人が申立てを行おうとしない場合に備えた、補充的なセーフガードにすぎないとみるべきことになる。この点、大阪家庭裁判所本庁のデータ⁽¹⁰⁾によれば、補助事案での本人申立率は、平成12年度27.3%[実数3件]、13年度17.6%[3件]、14年度28.6%[8件]、15年度28.6%[10件]、16年度40.0%[16件]、17年度51.2%[21件]、18年度45.0%[18件]、19年度49.0%[26件]となっている。他方、全国の法定後見全類型における本人申立率⁽¹¹⁾は、平成12年度2.9%、13年度3.4%、14年度3.4%、15年度3.5%、16年度4.0%、17年度4.2%、18年度2.9%、19年度4.5%にすぎない。前者のデータは当該地域の運用状況を示しているにすぎないため即断はできないが、この点を割り引いても、補助における本人申立の原則性は、実務上もある程度まで実現しているといえそうである。

なお、本人以外が申立てを行った場合に要する「本人の同意」は、第三者が申立てをすること自体の要件ではなく、家庭裁判所が補助開始の審判(実際の補助の発動)をするための要件であるので、この同意の存在は申立時ではなく、申立後に家庭裁判所が事後的に確認することが想定されている。実務的には、この同意の確認は、家事審判規則の定める「本人の陳述聴取」手続(家事審判規則25条、30条の10)等を利用して行われる⁽¹²⁾。

この本人の陳述聴取手続は、「後見の開始の審判をするには、本人の陳述を聴かなければならない」とするものであり、手続面における「本人意思の尊重」に関わる規定として重要な意味を持つ。成年後見類型に関する本人の陳述聴取手続を定めた家事審判規則25条は、同30条の2で保佐類型に、同30条の10で補助類型に準用されているため、本人の陳述聴取は法定後見の全類型について行われるべきものである。もっとも、わが国の家事審判実務においては、ドイツとは異なり、家事審判官が自ら本人を聴取することはほとんどなく、この聴取はもっぱら調査官または参与員によって実施されている⁽¹³⁾。

(9) 小林昭彦・原司『平成11年民法一部改正法等の解説』(2002年、財団法人法曹会)132頁参照。

(10) 松本有紀子「裁判所における補助開始審判事件・関係事件の運用の実際」実践成年後見27号(2008年)7頁参照。

(11) 前掲松本5頁参照。元データは、最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況」による。本概況は、平成12年度から19年度までは年度ごとに、平成20年以降は暦年ごとにまとめられており、いずれも裁判所ホームページで閲覧できる(<http://www.courts.go.jp/about/siryo/kouken.html>)。

(12) 前掲小林・原134-5頁、137-8頁参照。

(13) 近年の実務では、調査官の調査における本人面接すら省略されつつある。しかし、これでは、「本人意思の尊重」どころか、本人が手続上、完全に蚊帳の外に置かれてしまうリスクすら生じることになる。この点に関する批判として、赤沼康弘「成年後見制度の改善・改正に向けた課題」実践成年後見33号(2010年)66頁参照。

(c) 両国の比較と若干の考察

法定後見の開始について裁判所の決定を要する点は、日独共通である。ただし、日本法は申立主義を取っているため、法律上に明記された一定範囲の申立権者による申立てがない限り、家庭裁判所が成年後見開始の審判手続に入ることはできない。たとえば、ある人に対する成年後見ニーズをケアマネージャーや行政職員、隣人らが発見したとしても、このニーズを家庭裁判所につないで、後見を開始するためには、法律に明示された申立権者の協力が必要となる。ところが、①現行法上、鑑定費用等を含む申立費用の負担者が原則的に本人ではなく、申立人とされている（家事審判法7条、非訟事件手続法26条）等の理由から、申立権を持つ親族が申立てに消極的な場合が少なくないこと、②検察官申立てが実務上はほとんど機能していないこと、③市町村長申立てが必ずしも十分に機能していないこと⁽¹⁴⁾などの事情もあり、家庭裁判所が実際に把握できている成年後見ニーズは氷山の一角に過ぎないのではないかという懸念がある⁽¹⁵⁾。また、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懸念も生む。

たとえば、近時の家裁実務における鑑定省略や審理期間短縮の傾向は、確かに、「申立人」の経済的・時間のコスト削減に向けた家裁の努力として評価できる側面もあるが、他方において、親族申立て等、本人以外が申立てを行った事案では、結果的に、本人に対する不当な干渉（不要な成年後見発動）のリスクを高めてしまうことに留意する必要があると思われる。

他方、職権主義をとるドイツでは、こうしたニーズの取りこぼしは生じにくいものの、不要な後見開始による本人への権利侵害を回避するために、裁判所による慎重なニーズのスクリーニングが必要となる。このための装置が、身体障害事案における職権開始の排除（ドイツ民法1896条1項）、本人の反対による世話の不開始（ドイツ民法1896条1a項）や、世話法の基本理念である「必要性の原則」及び「補充性の原則（補完性原理）」⁽¹⁶⁾の厳格運用であるといえる。

両国とも、成年後見の開始に当たって、手続面も含めて、「本人意思の尊重」に一定の配慮をして

(14) 前掲「成年後見関係事件の概況」によると、市町村長申立ては年々増加してはいるものの、直近の平成21年でも2471件（全体の約9.0%）にすぎない。また、市町村長申立ての活用については、基礎自治体間に大きな温度差がある。平成21年10月15日付の社団法人成年後見センター・リーガルサポート「地域支援事業実施に関する実態調査 結果報告書」（<http://www.legal-support.or.jp/notice/detail/id/282/>）によれば、平成17年度から19年度の3年間の累計で、196の自治体が市町村長申立件数を0と回答している。さらに、そもそも市町村長申立ての前提となる申立要綱を未整備と回答した基礎自治体も188（回答のあった基礎自治体の25.6%）にのぼっている。

(15) 田山輝明『成年後見法制の研究 上巻』（2000年、成文堂）31-3頁は、ドイツ法と同様、申立権者の本人への限定と、これを補完するための職権主義の併存的導入を主張する。

(16) 「必要性の原則」とは、世話人選任による法定後見的支援開始それ自体と、世話人の職務範囲、利用者の能力制限（同意権の留保）の範囲等を必要最小限に留めなければならないという原則を指す。法定後見による公的支援の開始は、同時に、その裏面において、本人の私的生活に対する介入（自己決定権の侵害）にもなるため、必要最小限度の範囲に留められなければならないという発想が背景にある。また、「補充性の原則」とは、家族や知人、地域社会等によるインフォーマルな支援、ドイツにおける任意後見制度である予防的代理権による支援等、世話以外の支援手段によって、本人の事務が支障なく適切に処理されている場合には、世話を開始しないとする原則をいう。これにより、法定後見である世話は補充的制度（たとえば、原則的に、任意後見に劣後するもの）として位置づけられている。

いる点は共通するが、日本法では、成年後見及び保佐類型については、制度上、「本人意思の尊重」よりも、裁判所あるいは支援者側の視点から見た「客観的な保護の必要性」の方が優越的な地位を与えられているように思われる⁽¹⁷⁾。また、家事審判法及び家事審判規則による成年後見事件に関する手続面の整備は、ドイツの家庭事件手続法による世話事件に関する手続と比べて、かなり粗略である⁽¹⁸⁾。しかも、鑑定省略の推進が象徴するように、近年の家裁実務では、本人ではなく申立人への便宜の供与と審判の効率化(とりわけ家裁のマンパワー不足に起因する審判事務の省力化)が重視される一方で、本人に対する手続保障という視点が、条文の規定する以上に後退してしまっている感がある。

(2) 成年後見人等の人選に関する「本人意思の尊重」

(a) ドイツ法

ドイツ法では、本人による世話人の指名に対して、裁判所に対する法的な拘束力を認めている(ドイツ民法1897条4項)。すなわち、本人が特定の世話人候補者を提案している場合には、この提案が本人の福祉(Wohl)に反しない限り、世話裁判所はこの提案に応じなければならない。本人の福祉に反するという理由で、本人の提案を排除できるのは、当該候補者の選任が明らかにマイナスになる場合に限られる。たとえば、当該候補者では本人の福祉を目指した世話を実行することができず、実行する気もないということについて、具体的な危険が認められなければならない⁽¹⁹⁾。したがって、仮に最も適任な別の候補者がいる場合でも、本人の福祉に反しない限りは、本人が指名した候補者の選任が優先されることになる⁽²⁰⁾。しかも、こうした候補者の提案は、本人の行為能力を要件とはしていない⁽²¹⁾。

また、これとは逆に、本人が特定の人物を世話人として選任しないように提案している場合も、世話裁判所はこの提案に配慮しなければならない。こうした世話人の人選に関する本人の提案には、本人に当該提案をもちや維持する意思がないことが明らかな場合を除けば、世話手続の開始前に行われていた事前の提案も含まれるものとされている。たとえば、本人が、世話に関する指定証書(Betreuungsverfügung)を事前に作成しており、この証書の中で人選に関する意向が示されていた場合(ドイツ民法1901c条参照)などでも、拘束力が認められることになる⁽²²⁾。

なお、既述のように、世話人の選任に当たっては、原則的に本人審問が行われるが、この本人審問の中で、世話裁判所は、世話人の職務範囲、及び、世話人候補者となる人物ないし機関について、

(17) 田山輝明『続・成年後見法制の研究』(2002年、成文堂)321頁は、「各国の制度との関連において総合的に評価すると、日本の新法も部分的に本人意思の尊重を明確にしているが、制度全体としては、本人意思の尊重を担当裁判官に依存している要素が強いように思われる。」と指摘する。

(18) 前掲佐上「ドイツの世話事件の審理手続」111頁は、「ドイツの世話に関する「個々の手続規制は詳細であり、日本法との間に大きな差異が認められる」と指摘する。

(19) Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Bereuungsrecht Kommentar, 4. Aufl., 2005, S.211.

(20) BayObLG, 2001.1.10, BtPrax 2001, S.218.

(21) Dodegge/Roth, S.127.

(22) Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, S.210.

本人と意見交換をしなければならないことになっている（ドイツ家庭事件手続法278条2項）。したがって、手続面においても、世話人の人選に関する「本人意思の尊重」の実現が保障されているといえるだろう。

さらに、世話人の交替の場面に関してであるが、被世話人が、既存の世話人と同様の適性を持ち、かつ、世話人を引き受ける用意のある人物を、新しい世話人として提案した場合には、世話裁判所は既存の世話人を解任することができる（ドイツ民法1908b条3項）。ここにも、人選に関する「本人意思の尊重」の姿勢が貫徹しているといえるだろう。

(b) 日本法

日本法上、成年後見人等の人選は家庭裁判所の専権事項⁽²³⁾ではあるが、自己決定の尊重及び後見事務の円滑な運営確保の観点から、本人の希望をできる限り尊重すべきであるとして、「成年被後見人等の意見」が成年後見人等の決定に対する判断要素の1つであることが、民法上、明示されている（民法843条4項、876条の2第2項、876条の7第2項等）。もっとも、立法担当官は⁽²⁴⁾、本人が特定の候補者の選任の希望を明らかにできる場合には、できるだけその意向に沿った選任を行うことが望ましいとしつつ、他方において、当該候補者の客観的な適性が疑わしい場合（背任・横領等の不正行為の事実が判明した場合等）もあることから、家庭裁判所は本人の意見に拘束されるわけではないと指摘している。

いずれにせよ、成年被後見人等の意見を成年後見人等の選任に際しての考慮要素として明示したことから、その意見聴取の機会を審判手続の上で担保するために⁽²⁵⁾、手続法上も、成年後見人等選任に関する本人の陳述の聴取に関する規定が整備されている。すなわち、家庭裁判所が成年後見人等を選任するには、成年被後見人、被保佐人、被補助人等の陳述を聴かなければならないものとされる（家事審判規則83条第2項、93条2項）。

(c) 両国の比較と若干の考察

両国とも、実体法及び手続法の双方において、成年後見人等の人選に対して、本人の意向が反映されるような配慮を行っている。ただし、ドイツ法が、裁判所に対する原則的な拘束力を本人の指名に認めた上で、本人の福祉に明らかに反する提案のみを例外的に排除しているのに対して、日本法では、本人の意見はあくまで人選についての考慮事情の1つにすぎないため、人選に関する基本的なイニシアチブはやはり家庭裁判所に留保されているといえる。もちろん、逆に言えば、家庭裁判所の実務運用において、少なくとも立法担当官が想定していた程度に、本人の意見が重視されれば、実質的にはドイツ法と遜色のない「本人意思の尊重」が認められているということになるだろう。しかし、近年では、そもそも裁判所による本人面接の機会すら著しく減少しているという指摘もあり、本人の意見が人選に適正に反映されているかについては疑念が残る。さらに、後見開

⁽²³⁾ 成年後見人等の選任は、家庭裁判所が後見等開始の審判をするときに職権で行うことになっており、選任申立ては不要である（民法843条1項、876条の2第1項、876条の7第1項、家事審判法9条1項甲類14号）。

⁽²⁴⁾ 前掲小林・原221-2頁参照。

⁽²⁵⁾ 前掲小林・原215頁参照。

始の審判の申立てに際して、書式上⁽²⁶⁾、任意ながら、申立権者が申立ての実情欄に成年後見人候補者を記載することになっているが、これはあくまでも直接的には「申立権者の意向」を反映するにすぎない。このため、本人以外が申立てを行った事案では、必ずしも本人の意向が適正に反映される保証はないということにも留意する必要があるだろう。

なお、ドイツ法では、被世話人が入所している福祉施設や病院等の従業員など、当該組織と密接な関係を持つ者を、世話人として選任することを明文で禁じている(ドイツ民法1897条3項)。加えて、これら施設職員等に任意代理権が与えられている場合であっても、これによって世話開始の必要性が否定されることはない旨(補充性の原則による任意代理の優先が例外的に認められない旨)を明文化している(ドイツ民法1896条2項)。いうまでもなく、これらの規定の趣旨は利益相反関係に立つ者について、代理人としての適性を否定することにある。これに対して、日本法では、成年後見人と成年被後見人との利害関係の有無が人選に当たっての考慮要素の1つとして例示されるに留まっており、利益相反性のある成年後見人の選任が完全に排除されているわけではない(民法843条4項)。利益相反性のある者は、本人の意思に反して、自己に有利に(つまりは本人に不利に)代理権を行使するリスクが高いことは自明である。しかも、代理人が入所施設の職員等である場合には、本人の生活全体が事実上、代理人の支配・管理下に置かれているといえ、「本人意思の尊重」という理念が機能しにくい環境であるということも考慮する必要があるだろう。この点は日本法の大きな課題点といえるのではないだろうか。

(3) 成年後見利用者の行為能力

(a) ドイツ法⁽²⁷⁾

後述のように、日本法では、成年後見人等による支援の開始(成年後見の開始)と本人の行為能力の制限(制限行為能力制度)とが、原則として機械的にリンクしている。このため、成年後見の利用後は、本人の法律行為面での自己決定(権)は大きな制約を受けることになる。かつてはドイツでも日本法と同様、旧制度の「後見制度(Vormundschaft)」と「行為能力剥奪・制限の宣告制度(Entmündigung)」とが機械的に連動しており、後見利用者の行為能力は自動的に制約されていた。具体的には、「精神病」を理由に行為能力剥奪の宣告を受けた者は、絶対的行為無能力者とされ、その法的地位は満7歳未満の未成年者と同等であり、その意思表示は一律に絶対無効とされた(ドイツ民法旧6条1号, 旧104条3号, 旧105条)。また、「精神耗弱」(ドイツ民法旧6条1号)、「浪費」(ドイツ民法旧6条2号)、「飲酒癖または麻薬癖」(ドイツ民法旧6条3号)を理由に行為能力制限の宣告を受けた者は、制限行為能力者とされ、その法的地位は満7歳以上の未成年者と同等であり、その意思表示は、原則として、法定代理人である後見人の同意がない限り、有効にならないもの(不確定無効ないし相対無効)とされた。

⁽²⁶⁾ 後見開始申立書の書式については、岡本和雄『新版家事事件の実務 成年後見』(2009年, 日本加除出版)21-2頁参照。

⁽²⁷⁾ ドイツ法上の能力制度については、熊谷士郎『意思無能力法理の再検討』(2003年, 有信堂)が最も包括的な検討を加えている。

しかし、その後、1992年1月1日の世話法施行による成年後見制度の全面改正によって、世話人選任による世話の開始と被世話人の能力制限とが分離され、被世話人は原則として行為能力の制限を受けないこととなった⁽²⁸⁾。

このため、現行法では、例外的に「同意権の留保 (Einwilligungsvorbehalt)」(ドイツ民法1903条)が命じられた場合にのみ、その対象となった行為に限って、被世話人の行為能力が一定の制約を受けることになる。すなわち、同意権の留保の対象行為について、被世話人が有効な意思表示をするためには、世話人の事前の同意が必要となり、同意なき意思表示は世話人の追認がない限り不確定無効とされる(ドイツ民法1903条1項, 108条)。ただし、同意権の留保の対象行為であっても、被世話人の意思表示が単に法的利益をもたらすにすぎない場合には、世話人の同意は不要とされる(ドイツ民法1903条3項)。また、世話裁判所が別段の定めをしない限り、日常生活の軽微な事務に関する意思表示についても、同様に世話人の同意は不要である(ドイツ民法1903条3項)。さらに、本人の身分行為に関する意思表示、すなわち、婚姻締結の意思表示、同性パートナーシップ締結の意思表示、死因処分等については、そもそも同意権の留保の対象とはならず、世話と連動する形で能力が制約を受けることはない(ドイツ民法1903条2項)。

さらに、世話法上の基本原理の1つである「必要性の原則 (Erforderlichkeitsgrundsatz)」の要請から、被世話人の自己決定(権)に対する強力な干渉としての性質を持つ同意権の留保は、必要最小限の範囲でのみ認められることになる。すなわち、同意権の留保は、世話人の職務範囲(世話人の法定代理権の範囲)のうち、特に被世話人の身上または財産に対する著しい危険を回避するために必要な範囲に限って命じることができるにすぎない(ドイツ民法1903条1項)。また、その対象範囲は、たとえば、「不動産の管理」、「居所指定」、「500ユーロ以上の債務を負担することになる意思表示」といったように、能力制限の必要な領域を具体的に特定した形で明示すべきことになっている。こうした同意権の留保に基づく能力制限の例外性は、運用上も厳格に維持されており、同意権の留保が命じられるケースは、世話全体の約5%程度⁽²⁹⁾に留まっている。

ところで、「本人意思の尊重」の視点からは、以上で論じた実体法に関する行為能力の問題に加えて、世話裁判所における世話人選任等の手続に関与するための手続能力についての取扱いも興味を引くところである。この点について、ドイツ法は、明確な規定を持っている。すなわち、世話事件においては、被世話人候補者である事件本人は、その行為能力の有無に拘わらず、手続能力を有するとされている(家庭事件手続法275条)。この結果、仮に本人が自然的行為無能力者(ドイツ民法104条2号)の場合であっても、先述の世話人選任の申立てを含めて、自己の世話事件に関する手続行為を自ら単独で有効に行うことができる⁽³⁰⁾。そして、この結果として生じうる本人の不利益を回

⁽²⁸⁾ この背景には、世話制度が、沿革上、身体障害者を対象とした障害監護制度 (Gebrechlichkeitspflegschaft) を吸収した形で成立したため、現在も、文言上、身体障害を理由とする世話の開始が認められているという事情もある(ドイツ民法1896条1項)。なお、身体障害を理由とする世話は、全体の7-8%程度である (Vgl. ISG (hrsg.), Rechtliche Betreuung in Deutschland, 2009, S.77.)。

⁽²⁹⁾ ドイツ連邦司法省のデータによると、2008年の場合、世話人の新規選任総数が237,955件あったのに対して、同意権の留保が命じられたのは13,306件と、全体の約5.6%に留まっている。

⁽³⁰⁾ Probst, Betreuungs- und Unterbringungsverfahren, 2009, S.59.

避け、本人の利益を擁護するために必要があれば、世話裁判所は適任の弁護士やソーシャルワーカー等を手続保護人(Verfahrenspfleger)として選任できている(家庭事件手続法276条1項)。手続保護人の主たる役割は、客観的に自己の意思を表明できない事件本人、裁判官の直接の審問や専門家の鑑定人による検査によってその健康を著しく害すると認められる事件本人、裁判理由の告知によってその健康を著しく害すると認められる事件本人のために、世話手続の過程における法定代理人として、その主観的・客観的に最適の利益を擁護することにあるが、こうした制度の背後には、連邦通常裁判所によって展開された「事件本人を手続客体としてはならない」という要請があることが指摘されている⁽³¹⁾。

なお、世話事件においては、事件本人に手続能力があるという前提から、世話に関する全ての決定(たとえば、世話人の選任、同意権留保の命令、ドイツ民法1904条以下に規定された世話人による重要な身上監護事項等の遂行に対する世話裁判所の許可など)は、ドイツ家庭事件手続法41条1項が定める原則に従って、常に事件本人自身に告知されなければならない⁽³²⁾。ただし、医師の診断に照らし、事件本人の健康に生じる相当な不利益を避けるために必要な場合には、例外的に、決定理由の事件本人への告知を見合わせる事ができる(ドイツ家庭事件手続法288条1項)。

(b) 日本法

日本法では、旧禁治産宣告時代と同様、現在でもなお、成年後見人等による支援の開始と本人の行為能力の制限とが、原則として機械的にリンクしている。すなわち、成年被後見人の法律行為は、「日用品の購入その他日常生活に関する行為」を除いて、全て取消権の対象となる(民法9条)。また、被保佐人の場合も、民法13条1項に列挙された重要な法律行為、及び、民法13条2項によって家庭裁判所が特に定めた法律行為について、保佐人の同意を得ずに被保佐人が行った行為は、取消権の対象となる(民法13条4項)。これに対して、被補助人の場合は、補助人に対して、①代理権と同意権の双方が付与される場合、②同意権のみが付与される場合、③代理権のみが付与される場合の3類型が存在する。このうち、①②類型は補助人の同意権によって被保佐人と同様の行為能力制限を受けることになるが(民法17条1項、4項)、③類型のみは行為能力に関する制約がない。つまり、この類型は、成年後見の開始と利用者の能力制限とが分離されたわが国では唯一の類型ということになる。

能力制限に関する例外規定としては、「日用品の購入その他日常生活に関する行為」の位置づけも重要である。当該行為は、成年後見、保佐、補助の法定後見全類型を通じて、取消権の対象から外されており、あらゆる成年被後見人等が単独で有効に法律行為を行うことができるものとされている(民法9条但書、13条2項、17条1項)。立法担当官によれば、この趣旨は「自己決定の尊重の理念及びその下位概念であるノーマライゼーションの理念に基づいて行為能力の制限を必要最小限の範囲に限定しようとする」⁽³³⁾ ことにある。日本法における「本人意思の尊重」の理念をもっとも端的に表現した規定の1つであると評価できるだろう。

(31) 前掲佐上『成年後見事件の審理』248-9頁参照。

(32) Bumiller/Harders, S.702.

(33) 前掲小林・原82頁。

「本人意思の尊重」の視点からは、保佐人及び補助人の同意に代わる裁判所の許可制度もまた、重要な意義を持つ規定である。これによって、被保佐人または被補助人の利益を害するおそれがないにもかかわらず、当該行為について同意権を有する保佐人または補助人が同意をしない場合には、被保佐人または被補助人の請求によって、家庭裁判所が同意に代わる許可を与えることができる(民法13条3項, 17条3項)。この趣旨として、保佐人または補助人の不当な同意権の不行使によって、「本人の自己決定が不当に制約を受けるときは、家庭裁判所の関与の下に、本人が自ら確定的に有効な法律行為をする途を開いておくことが必要である」⁽³⁴⁾ という点が指摘されている。この制度によって、支援者と利用者との間で特定の法律行為の是非についての意見対立が生じた場合、当該行為が利用者の利益を損ねるものでない限りは、利用者側に行為のイニシアチブがもたらされることになるといえ、「本人意思の尊重」を実現するための重要な機能を果たす制度であると評価できるだろう。

最後に、日本法における手続法上の能力についても、簡単に触れておこう。後見開始等の手続は家事審判手続を通じて行われるが、この点に関する能力が審判行為能力である。具体的には、「家事審判手続に関与して有効に手続行為を行い、相手方や裁判所の手続行為を有効に受領することのできる能力である」⁽³⁵⁾ と定義されている。審判行為能力を欠く者の行為は、訴訟能力を欠く者の行為と同様に、民事訴訟法34条2項による追認がない限り、原則として無効とされる⁽³⁶⁾。

もっとも、審判行為能力については、現行法上、明文規定を欠いているため、成年被後見人等の当該能力の有無は解釈によって定まることになる。通説は、成年被後見人の意思能力が継続的に存在するわけではないことを指摘して、手続の安定性確保を理由に、その審判行為能力を否定する⁽³⁷⁾。これに対して、近時の有力説は、人事訴訟について意思能力のある成年被後見人の訴訟能力を認めたと人事訴訟法13条1項を援用し、家事審判手続についても、意思能力がある限り、成年被後見人の審判行為能力を認めるべきと主張する⁽³⁸⁾。なお、被保佐人と被補助人は意思能力のある人を対象とした類型であるため、いずれの見解によっても、審判行為能力が認められることになる。

また、この審判行為能力と関連して、日本法でも、保佐開始及び補助開始の審判については、本人に「告知」が行われている(家事審判法13条)。しかし、後見開始の審判については、裁判所書記官による本人への「通知」が行われるにすぎない(家事審判規則26条2項)。これは、意思能力のある被保佐人及び被補助人には告知を受ける能力があるが、意思能力を欠く常況にある成年被後見人には告知の受領能力もないと考えられているからである。

(c) 両国の比較と若干の考察

既述のように、成年後見制度の利用者に関する行為能力については、ドイツ法の構造が「原則－

⁽³⁴⁾ 前掲小林・原116頁。

⁽³⁵⁾ 佐上善和『家事審判法』(2007年, 信山社) 86頁。

⁽³⁶⁾ 梶村太市・徳田和幸編『家事事件手続法 [第2版]』(2007年, 有斐閣) 382頁。前掲佐上『家事審判法』89頁。

⁽³⁷⁾ 山口幸雄「当事者」岡垣學・野田愛子編『講座・実務家事審判法第1巻』(1989年, 日本評論社) 93-94頁参照。
ただし、旧制度である禁治産者に関する記述である。

⁽³⁸⁾ 前掲佐上『家事審判法』88-90頁参照。

行為能力肯定：例外－同意権の留保による部分的制限」であるのに対して、日本法の構造は「原則－行為能力制限：例外－日常生活に関する行為に関する部分的肯定」（成年被後見人類型の場合）となっており、両者は対照的である。そして、少なくとも、この基本構造から見ると、行為能力に関する制約の少ないドイツ法の方が、「本人意思の尊重」の理念により適合的であると、一応は評価することができる⁽³⁹⁾。ただし、能力制限の効果について、ドイツ法は不確定無効であるため、世話人による追認という積極的な行為がない限り、当該行為は法的にはいわば無視されてしまうのに対して、取消権の発生という効果をとる日本法の場合は、成年被後見人の行為も「(瑕疵はあるが、一応は)有効な(しかし、取消しうる)行為」として位置づけられるため、成年後見人(もしくは本人自身)による取消権の行使という積極的な行為がない限り、逆に、その効果は法的に維持されることになる。つまり、日本法では、現実に「本人意思の尊重」が実現するか否かは、成年後見人による取消権の運用次第であるといえ、場合によっては、ドイツ法以上に、「本人意思の尊重」に即した制度として機能する可能性もあるということに留意する必要があるだろう⁽⁴⁰⁾。

なお、日本法においては、成年後見制度における制限能力制度が、他の法領域における資格等の制限基準(欠格事由)として、いささか安易にあちこちで「転用」されているという問題がある(成年後見制度の転用問題⁽⁴¹⁾)。たとえば、公職選挙法11条1号によって、成年被後見人の選挙権・被選挙権は一律に剥奪されている⁽⁴²⁾。加えて、金融実務上、成年被後見人の口座を凍結し、成年後見人名義の口座による管理の一元化が慣例となっているため、成年被後見人等は、預金契約等に関する能力を事実上制限されてしまっている状況にある。ところが、既述のように、成年被後見人といえども、「日常生活に関する行為」は能力制限の対象から外されており(民法9条但書)、日常生活に関する行為の経費支払いに必要な範囲の預貯金の引出しも、この範囲内の行為として、本来は取消権が及ばないはずである⁽⁴³⁾。つまり、ここでは、実務的な商慣行を通じて、本来、法律が予定している以上の能力制限が常態化し、「本人意思の尊重」が否定されてしまっているわけである。日

(39) 法定後見について、3類型を規定する日本法の場合、これら類型への振り分けの過程で、能力制限の範囲について、必然的に過不足が生じるリスクがあることにも留意する必要があるだろう(利用者の判断能力は千差万別のため、これらを無理に3類型に振り分ける過程で、帯に短したすきに長しという状況が生じるわけである)。

(40) もちろん、運用次第では(成年後見人が闇雲に取消権を行使した場合には)、「本人意思の尊重」から非常に遠い制度として機能してしまうことにもなる。この問題については、前掲上山『専門職後見人と身上監護』196-204頁を参照されたい。

(41) 成年後見制度の転用問題については、上山泰「身上監護に関する決定権限－成年後見制度の転用問題を中心に－」成年後見法研究(2010年)41-52頁を参照されたい。また、欠格事由制度一般については、村田彰「特別法との関係」須永醇編『被保護成年者制度の研究』(1996年、勁草書房)73-106頁を参照されたい。

(42) 近時、憲法学の視点から、公職選挙法の違憲の可能性について、鋭い問題提起が行われており、非常に注目される(竹中勲「成年被後見人の選挙権の制約の合憲性－公職選挙法一一一条一項一号の合憲性－」同志社法学61巻2号(2009年)135-174頁参照)。なお、ドイツ法においても、ドイツ連邦選挙法13条2号によって、世話人の職務範囲が被世話人のあらゆる事務の処理に及ぶ場合にのみ、例外的に被世話人の選挙権が剥奪される。ただし、必要性の原則の要請として、こうした全面的な職務範囲が世話人に与えられるケースはほとんどないという(Vgl. Böhm/Lerch/Marburger/Röslmeier/Spanl/, *Betreuungsrecht Betreuungspraxis* Ausgabe 2010, 2010, S. 86)。

(43) むしろ立法担当官は、日常生活に関する契約等の支払のための預貯金引出しを、日常生活に関する行為についての典型的な例として説示している(前掲小林・原82頁)。

本法が抱える大きな課題というべきだろう。

(4) 成年後見人への権限付与に関する「本人意思の尊重」

(a) ドイツ法

ドイツ法における世話人の権限は、①法定代理権と②同意権の2つである。ドイツ民法1902条は「世話人は、自己の職務範囲内において、裁判上及び裁判外で、被世話人を代理する」と規定しており、法定代理権の範囲は、当該世話人の職務範囲により確定されることになる。他方、同意権は、既述のように、例外的に同意権の留保（ドイツ民法1903条）が命令された場合に、当該留保の対象行為のみに関して認められることになる。

これも既述のように、ドイツ法の場合、そもそも世話の開始自体について、「本人意思の尊重」が強力に担保されていることもあり、これら個別の権限レベルでは、権限付与に対する本人の同意等が明文上の要件とされているわけではない。ただし、手続上、本人審問の場において、裁判所は世話人の職務範囲について本人と意見交換をしなければならない（ドイツ家庭事件手続法278条2項）ことにも留意する必要がある。

(b) 日本法

日本法の場合、保佐及び補助類型では、一定範囲の個別的な権限付与のレベルにおいて、本人意思を直接関与させる仕組みを有している。

第1に、保佐人もしくは補助人に対する代理権付与の要件としての本人の同意である。すなわち、保佐人もしくは補助人に対して代理権を付与する審判を行うためには、①本人自身の請求によるか（民法11条、876条の4第1項、15条1項、876条の9第1項）、②本人の同意が必要となる（民法876条の4第2項、876条の9第2項）。後者の同意については、単に代理権付与の審判を行うことに対する同意のみならず、代理権付与の具体的範囲（対象となる「特定の法律行為」）に関する同意までが必要となる。したがって、「家庭裁判所は、請求の対象とされた法律行為のうち、本人の同意を得られる範囲の法律行為のみを対象として、必要かつ相当な範囲で代理権付与の審判をする」⁽⁴⁴⁾ べきことになる。この趣旨について、立法担当官は、「本人が望んでいないにもかかわらず、審判により保佐人〔ないし補助人〕に代理権が付与され、その結果、被保佐人〔ないし被補助人〕の意に反してその財産等が処分されることがあるとすれば、自己決定の尊重の理念に反する」からであると説明している⁽⁴⁵⁾。

第2に、補助人に対する同意権付与の要件としての本人の同意である。すなわち、補助人に対して同意権を付与する審判を行うためには、①本人自身の請求によるか（民法15条1項、17条1項）、②本人の同意が必要となる（民法17条2項）。補助人への代理権付与と同様、後者の同意については、単に同意権付与の審判に関する同意のみならず、同意権付与の範囲（対象となる「特定の法律行為」）に関する同意までが必要となる⁽⁴⁶⁾。

(44) 前掲小林・原328頁。

(45) 前掲小林・原328頁、352頁参照。

(46) 前掲小林・原148頁参照。

(c) 両国の比較と若干の考察

3 類型を取る日本法の場合、相対的に残存能力の高い者を対象とする保佐及び補助類型において、より「本人意思の尊重」が強調される傾向にある。これは、日本法が「本人意思の尊重」のみを基本原理に置くのではなく、これと「本人の(客観的視点からの)保護」という基本原理との調和を目指すという立法政策を採用していることの現れでもある。また、日本法は、類型化に必然的に内在する硬直性を緩和するためのシステムとして、保佐及び補助類型について、オプションとしての権限付与の可能性を導入している。これが、まさに既述の保佐人及び補助人に対する(個別的な)代理権付与と補助人に対する(個別的な)同意権付与の制度である。言葉を換えれば、成年後見人等の権限についてレディメード型を基本に据えた日本法の中で、例外的なオーダーメード型の仕組みといえる。そして、このオーダーメードの部分については、利用者の現実のニーズの多様性をできる限り反映させるために、本人の同意を要件に組み込んだものと評価できるだろう。

他方、ドイツ法の場合は、法定後見制度を一元的に構成したうえで、世話人の権限を、必要性の原則による厳格な絞りをかけつつ、個々の世話ごとにオーダーメード型で設定している。ここでは、個別の権限設定に関する「本人意思の尊重」の問題は、より一般的な世話の開始それ自体に対する本人の同意の問題へと解消されてしまっているといえることができるだろう。したがって、個別の権限付与に対する本人の同意に関する規定を持たないというだけで、この分野において、ドイツ法における「本人意思の尊重」が日本法よりも後退していると評価することは早計であると思われる。

(5) 成年後見人の権限行使に関する「本人意思の尊重」

(a) ドイツ法

ドイツ法では、世話人の権限行使に当たって、被世話人の意思を反映させる機能を持つ義務(世話人の職務遂行基準となる義務)が明文によって規定されている。

第1は、福祉適応義務である。すなわち、世話人は、被世話人の福祉(Wohl)に適うように職務を遂行すべき義務を負っている(ドイツ民法1901条2項1文)。ここで重要なことは、本条にいう福祉の中に、「本人がその現存能力の範囲内において、自分の希望(Wünschen)と考(Vorstellungen)に従って、生活を形成できる可能性」が含まれることを、あえて明文で示している点である(同2文)。たとえば、本人が裕福であるならば、ある種の浪費や従来の生活スタイルの維持を求める希望であっても、そうした行為が単に財産を減少させるというだけで、直ちに本人の福祉に反するという事にはならないと考えられている⁽⁴⁷⁾ことに留意しなければならない。

第2は、本人の希望実現義務である。すなわち、世話人は、本人の希望の実現が、本人の福祉に反せず、世話人に期待(要求)できるものである限り、それに応じなければならない(ドイツ民法1901条3項1文)。この要請は、重要な事務の処理に限定されるものではなく、原則的に世話人の全ての職務遂行に妥当するものである⁽⁴⁸⁾。また、この希望は、これを維持する意思がもはや本人にないことが明らかな場合を除いて、世話人の選任前に表明されていたものであってもよい(同2文)。

⁽⁴⁷⁾ Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, Das neue Betreuungsrecht, 4. Aufl., 1999, S.56.

⁽⁴⁸⁾ Dodegge/Roth, S.248.

たとえば世話に関する指定証書への記載等を通じて事前に表明されていた希望がこれに該当する。さらに、ここでは被世話人の行為能力の有無は問題とされていないため、仮に被世話人が自然的行為無能力の状態にある場合であっても、その希望が被世話人の福祉に反しない限りは対応すべきものと評価されることになる⁽⁴⁹⁾。

第3は、被世話人との協議義務である。すなわち、世話人が重要な事務を処理する場合、本人の福祉に反しない限り、当該案件について、本人と事前に協議しなければならないものとされている(ドイツ民法1901条3項)。先の2つの義務で要求されている本人の希望の優先が実行に移されることを、この協議義務の存在が制度的に担保しているという点が重要というべきであろう。

(b) 日本法

日本法においても、成年後見、保佐、補助の全類型を通じて、成年後見人等はその職務遂行にあたって、本人の意思を尊重しなければならないという義務を負う(民法858条、876条の5第1項、876条の10第1項)。ただし、ここで要求されているのは、あくまでも本人の意思への配慮に留まっており、必ずしも本人の意思の優先までもが求められているわけではない。また、立法担当官⁽⁵⁰⁾及び通説の理解によれば、本人意思尊重義務(及び、同一条文に規定されている身上配慮義務)は、成年後見人等が一般的に負うべき成年被後見人等の身上面に関する善管注意義務(民法644条、869条)の内容を敷衍し、かつ、明確にしたものにすぎず、特別な義務を新たに創設したわけではないとされる。

(c) 両国の比較と若干の考察

両国とも、成年後見人等の職務遂行基準の1つとして、本人の意思を位置づけている点では共通している。しかし、ドイツ法が本人の意思(希望)を最優先基準としたうえで、例外的に本人の(客観的な)福祉の観点からその実現に制約をかけるという方向性を示しているのに対して、日本法の場合は、ここでも「本人の(客観的な)保護」とのバランス調整の方をより重視しているように見受けられる。ドイツ法において、本人の意思(希望)が世話人の職務基準として、ここまで強調される背景の1つには、世話法以前の旧法が、本人の意思ないし価値観よりも、後見人側の意思ないし価値観を結果的に優先させてしまう構造を持っていたことへの反省がある⁽⁵¹⁾。もとより、現行の日本法が、成年後見人の個人的な価値観を成年被後見人の個人的な価値観に優先させて、その職務を遂行することを、正面から容認しているというわけではない。しかし、「本人の(客観的な)保護」を隠れ蓑にして、成年後見人の個人的価値観が職務遂行の実質的な基準に据えられてしまう危険性は、やはり日本法の方が高いように思われる。

(49) さらに、被世話人の希望に、合理的な根拠があるか否か、あるいは、それが世話人から見て分別のあるものか否かも、ここでは問題にならない。Vgl. Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, S.58.

(50) 前掲小林・原259頁参照。これに対して、私見は、身上監護義務及び本人意思尊重義務について、より積極的な意義を持つ規定と理解する(前掲上山『専門職後見人と身上監護』参照)。

(51) 世話人は被世話人の視点に立った価値判断を追求しなければならない、自らの価値観や考え方を優先させてはならないと考えられている。Vgl. Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, S.57.

2 結びに代えて——ドイツ法における必要性の原則と「本人意思の尊重」

本稿では、紙数の都合もあり、十分な検討を加えることができなかったが、ドイツ法における「本人意思の尊重」の実現は、世話法を支える基本原理である必要性の原則ときわめて密接な関係があると思われる。というのも、少なくとも一般論としていえば、成年後見制度は本質的にパターナリスティックな要素を内在するシステムであるといえ、それが故に、この制度を可能な限り「本人意思の尊重」の理念と親和的に運用していこうとするならば、成年後見制度による本人への介入ないし干渉を必要最小限の範囲内に留めるべきという発想ともリンクしてくることになる。そして、後者は、まさにドイツ法の基本原理である必要性の原則が含意するところである。実際、本稿で触れたように、必要性の原則は、ドイツ世話法のあちこちで表現されており⁽⁵²⁾、しかも、その箇所は、ドイツ法における「本人意思の尊重」に関する規定とも多くオーバーラップしているのである。

翻って、わが国の現行制度は、本稿でのささやかな検討からも窺われるように、「本人意思の尊重」に関する規定についても、ドイツ法と比べると後進的と評価せざるを得ない部分が少なくない。さらに、必要性の原則の採否に至っては、これを明確に表現する規定は、現行法の中にはほとんど存在していないかにすら思われる。

近年では、ドイツ法以上に「本人意思の尊重」の理念を貫徹したかにみえる成年後見システム(2005年意思決定能力法を基盤とするイギリス成年後見法⁽⁵³⁾)も出現しており、わが国においても、制度の基本理念の次元を含めた、成年後見制度の枠組みに関する包括的な再検討(成年後見制度の新たなグランドデザイン)が必要な時期が来ているように思われる。

(かみやま・やすし 筑波大学法科大学院教授)

⁽⁵²⁾ 必要性の原則は、他にも成年後見の時間的側面、すなわち、継続期間の面にも適用されている。日本法では、成年後見の継続について、時間的な制約は全く存在しないが(その結果、多くは一度成年後見が発動すると、本人が死亡するまで継続することになる)、ドイツ法では、世話の設定期間、及び、同意権の留保の設定期間とも最長7年間に限定されている(ドイツ家庭事件法295条、297条)。すなわち、世話の必要性について、遅くとも7年ごとに再審査を行わなければならないわけである。実際にも、世話開始から1年目で10%が、7年目までには30-40%が終了しているという報告もある(芳賀裕「ドイツにおける成年後見制度」月報司法書士434号(2008年)74頁)。また、トレットクーベニック世話裁判所の場合、世話人選任の必要性について、2-3年で見直す事件がほとんどであったとのヒアリング結果も報告されている(芳賀裕「ドイツ再訪報告(成年後見法世界会議組織委員会会議)」月報司法書士459号(2010年)94-95回)。

⁽⁵³⁾ 菅富美枝「意思能力の判断と自立支援-英国成年後見法体制から見えるもの-」川上正二ほか編『要件事実・事実認定論と基礎法学の新たな展開』(2009年、青林書院)753-93頁は、イギリス成年後見法の枠組みをベースとして、成年後見制度を自己決定支援システムとして組み替える可能性を提示しており、きわめて示唆的である。