

成年後見制度の理念的再検討

——イギリス・ドイツとの比較を踏まえて——

上 山 泰
菅 富 美 枝

- 1 はじめに——「小さな成年後見」を目指して——
- 2 理念的課題
- 3 政策論的課題
- 4 おわりに

1 はじめに——「小さな成年後見」を目指して——

2010年、現行成年後見制度は施行10周年の節目を迎えた。本稿は、この10年間に、「自己決定（自律）の尊重」、「残存能力（現有能力）の活用」、「ノーマライゼーション」という、新しい成年後見の基本理念が、社会における法の運用の中で現実にとどこまで達成され、旧禁治産制度からの脱却がどこまで図れたのかについて、あらためて問い直してみたいとの思いから企画された¹⁾。

周知のように、2000年に導入された現行制度は、これらの新理念と「本人の保護」という旧来の理念との「調和」を制度設計の基本指針としている²⁾。

1) 本稿は、実践成年後見34号（2010年）57-76頁に発表した、上山泰・菅富美枝「成年後見制度のグランド・デザイン——イギリス・ドイツとの比較を踏まえて——」に加筆修正を加えたものであり、同稿と多く記述が重複することをお断りしておく。なお、大原社会問題研究所雑誌622号（2010年）の特集企画に寄せた、上山泰「成年後見制度における『本人の意思の尊重』——ドイツ世話法との比較から——」同誌2-17頁、および、菅富美枝「自己決定を支援する法制度、支援者を支援する法制度—イギリス2005年意思決定能力法からの示唆」同誌33-49頁も、本稿の企図と軌を一にするものである。

しかしながら、「本人の主観的意思・意向の尊重」と「本人の客観的保護」とは、成年後見の実務上、しばしば正面から衝突し、ときに激しい緊張関係をもたらす。とりわけ、本人と成年後見人³⁾の価値観とが対立する場合には、「本人の客観的保護」の美名のもとに、実際には成年後見人側の価値観に依拠した、本人の管理・支配が行われるリスクすら生じうる。この意味において、現行制度は、運用次第（すなわち、先の「調和」のさじ加減次第）では、旧禁治産と同レベルのパターナリスティックな制度として、本人の自由を過剰に抑圧してしまう恐れがある。さらに、本人に対する過剰な干渉という意味では、類型論に起因する成年後見人の職務範囲（法的権限）の包括性と画一性のデメリットを見落とすこともできないだろう。しかも、現行制度は、旧制度と同様、法定後見による支援の開始と本人の能力制限とを、原則として機械的に連動させているため、職務範囲の包括性と画一性はそのまま本人の能力制限にまで反映している。いわば、わが国の現行制度は「大きな成年後見」だといえる。

こうしたわが国の現状とは対照的に、欧米諸国における先進的な成年後見制度は、「小さな成年後見」（「必要性最小限の範囲における介入」）という視点を制度設計の基本としているように思われる⁴⁾。なぜなら、この制度は、本来であれば成年者の自由な決定に任されるべき領域に他者が介入するという点で、本質的に権利侵害の危険性を内在しているからである。

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）。これに対して、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見解もある（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）。

3) 以下、本稿でわが国の現行制度に関して「成年後見人」というときは、原則として、成年後見人、保佐人、補助人、任意後見人の全てを指すものとする。また同様に、「本人」というときは、成年被後見人、被保佐人、被補助人、任意後見契約の本人（委任者）の全てを指す。

近年、専門職後見を担う職能団体等から、制度の運用改善や、民法をはじめとする関連法規の再改正を目指す提言⁵⁾が相次いでいるが、これらの大半は現行制度の大枠を維持したうえでの微修正を求めているにすぎない。しかし、今、真に必要な作業は、旧制度の基本構造を大筋で引き継いでいる現行制度の枠組みそれ自体を根底から批判的に検討し直し、制度設計の基本理念の次元までを視野に納めたうえで、その再構築（新たなグランドデザイン）の可能性を探っていくことではないだろうか。そこで、本稿では、イギリス⁶⁾法上の「ベスト・インタレスト原則」やドイツ法上の「必要性の原則」等を参照しながら、判断能力不十分者が社会生活を継続するにあたって、成年後見を通じて「過不足のない支援」を提供すること、すなわち「小さな成年後見」という理念に基づく、新たな制度設計をめぐる課題について論じてみたい。

2 理念的課題

(1) 本人を中心に据えた最善の利益の尊重

(a) わが国の現状

現行法上、成年後見人には「本人意思尊重義務」（民法858条、876条の5第1項、876条の10第1項、任意後見契約に関する法律6条）が課されている。

4) たとえば、欧州評議会閣僚委員会が1999年2月23日に採択した「判断能力不十分な成年者の法的保護に関する基本原則」（Recommendation No.R (99) 4）は、こうした視点を明確に打ち出していると思われる。加えて、ここでは、①「本人を中心に据えた」発想と、②そのために実践される「エンパワーメント」の姿勢が重要であり、さらに、③こうした良質な支援を提供する成年後見人に対する公的支援体制の構築（「二重の支援」の発想）が制度成功の鍵を握っていると思われる。

5) 日本弁護士連合会「成年後見制度に関する改善提言」（2005年5月6日付）、同「任意後見制度に関する改善提言」（2009年7月16日付）、社団法人成年後見センター・リーガルサポート「成年後見制度改善に向けての提言——法定後見業務に携わる現場から——」（2005年10月1日付）、同「任意後見制度の改善提言と司法書士の任意後見業務に関する提案」（2007年2月16日付）、日本社会福祉士会「成年後見制度・地域福祉権利擁護事業の見直しに関する意見」（2006年3月3日付）、日本成年後見法学会「法定後見事務改善と制度改正のための提言」（2008年7月）等。

もっとも、立法担当官によれば、この義務の本質はあくまでも、後見人が一般的に負う「善管注意義務」（民法644条、869条、876条の5第2項、876条の8第2項。なお、任意後見契約は委任契約の特殊類型とされるため、任意後見人は当然に644条の義務を負う。）を敷衍したものにすぎず、本条によって特別な内容の義務が新たに創設されたわけではない⁷⁾。このため、現行法上、本人の意思は、あくまでも成年後見人がその職務執行に当たって、考慮すべき要素の1つにすぎず、特に優越的な地位が与えられているわけではない⁸⁾。

こうした事情もあり、わが国の実務上、成年後見人による法定代理権等の権限行使（さらには、この論理的前提となる、本人に代わる意思決定行為）は、

-
- 6) 本稿において、イギリスとは、スコットランド、北アイルランドを除いた、イングランドおよびウェールズを指す。
- 7) 小林昭彦・原司『平成一一年民法一部改正法等の解説』（2002年、財団法人法曹会）259頁。これに対して、固有の身上監護権限・義務肯定説の立場から、民法858条を一定の範囲内で身上監護に関する決定権限（医療同意権、居所指定権等）の根拠規定として捉える見解として、上山泰『成年後見と身上配慮』（筒井書房、2000年）54頁以下、及び、前掲上山『専門職後見人と身上監護』56頁以下がある。このほか、四宮和夫・能見善久『民法総則（第七版）』（弘文堂、2005年）55-56頁も、民法858条を根拠に医療同意権等の「身上に関する意思決定」、及び、「身上監護に関する事実行為」についての権限を肯定する。なお、少なくとも医療同意権については、近時では肯定説が有力になりつつある（肯定説として、床谷文雄「成年後見における身上配慮義務」民商法雑誌122巻4・5号（2000年）547-548頁、新井誠「成年後見制度の現状と展望」民事法情報173号（2001年）38頁、須永醇「成年後見制度について」法と精神医療17号（2003年）22-35頁、同「成年後見制度の解釈運用と立法課題」成年後見法研究2号（2005年）6-12頁及び14頁、赤沼康弘「成年後見制度改正への提言」自由と正義54巻11号（2003年）76頁、小賀野晶一「医事法と成年後見制度」古村節男・野田寛編『医事法の方法と課題』（信山社、2004年）81-82頁、岩志和一郎「医療契約・医療行為の法的問題点」新井誠編『成年後見と医療行為』（日本評論社、2007年）80頁、二宮周平『家族法（第3版）』（新世社、2009年）241-242頁、平田厚『ロースクール家族法（第3版）』（日本加除出版、2009年）162頁等がある。ただし、医療同意権を認める要件やその対象範囲は様々である。）。必ずしも明確ではないが、その大半は解釈論上の根拠として、民法858条を想定しているものと思われる。なお、医療行為に関する成年後見人の権限・義務をめぐる課題の詳細については、上山泰「医療行為に関する成年後見人等の権限と機能」前掲新井編『成年後見と医療行為』85頁以下を参照されたい。

もっぱら「成年後見人の視点から客観的に見て本人のためになると思われる意思決定」を実行するという姿勢に依拠してきたかに見受けられる。しかし、ここには、いくつかの問題がある。まず、そもそも成年後見人の決定が本人の真摯な意図や意向に反している恐れがある。また、その決定が真に「客観的な」判断であることが必ずしも制度上担保されていないため、実際には、単に成年後見人の主観的価値観に基づく決定（主観的価値観の押しつけ）にすぎない可能性がある⁹⁾。このように、現行実務における成年後見人の意思決定は、二重の意味において、「本人のため」に行われているとはいえない可能性がある。

さらにいえば、この背景にある、わが国の後見実務における問題の捉え方を見直すことが重要であるように思われる。これまでの実務では、こうしたリスクが最も鮮明に現れる場面、すなわち、本人と成年後見人との意見（価値）が対立する場面において、「自律と保護のいずれを優先させるべきか？」という、究極の二項対立的な思考枠組み¹⁰⁾に基づいて、判断を行おうとしてきたように思われる。しかし、こうした問題の建て方は、この問題の構図をいささか単純化しすぎているのではないか。ここで重要なのは、「自律と保護とを本来的に対立・拮抗し合う概念としてのみ捉える理解」の限界について省察することである。我々が新しい成年後見制度の構築に当たって目指すべき課題は、従来

8) ただし、日本法でも、原則として「事理を弁識する能力」がある者を対象とする保佐及び補助類型では、「本人の意思」に一定の優越的地位が与えられている。たとえば、保佐人及び補助人への代理権付与や、補助人への同意権付与の要件として、本人の請求または本人の同意が求められているのは、その一例である（民法11条、876条の4第1項、15条1項、876条の9第1項、876条の4第2項、876条の9第2項、15条1項、17条1項、民法17条2項）。

9) この点で、保佐人及び補助人の同意に代わる裁判所の許可制度（民法13条3項、17条3項）は重要な意義を持つ。立法担当官は、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」（前掲小林・原116頁）と指摘しているが、この制度によって、支援者と本人との価値観の対立が生じた場合、少なくとも本人の利益が著しく損なわれない限りでは、本人側に意思決定のイニシアチブがもたらされることになるだろう。

の実務にみられる「自律か保護か？」という単純な二項対立図式を超えて、「自律支援の成果としての保護」を実現していくことではないだろうか¹¹⁾。

(b) イギリス法の対応

それでは、成年後見人による他者決定を、真に「本人のため」の決定として機能させていくためには、どうすればよいであろうか。最も重要な点は、本人のために行われる意思決定について、その客観的な正当性を担保するために、判断手続を明確化することであり、加えて、この手続の中で、本人の主観的価値の優越性を確認して、その中心的要素としての位置づけを明瞭に示すことである。逆に言えば、こうした判断の手続的正当化（適正な手続を通じた客観性の担保）等のセーフガードを整備しないままに、「本人の客観的保護と本人の自己決定尊重との調和」や、「身上配慮義務と本人意思尊重義務の調和」といった抽象的な判断指針のみが指し示されたとしても、こうした基準は一種のブラックボックスとしてしか機能しないおそれがある。つまり、成年後見人による単なる恣意的決定が、本人のための客観的判断を僭称してしまうリスクを回避することはできないのではないだろうか。

10) この問題をめぐる後見実務の関心は、まさに自律と保護が、見かけ上、正面から対立するように感じられるような重大な意思決定（たとえば、「在宅生活の継続か、あるいは、施設入所か？」といった意思決定）の場面に向けられてきたように思われる。しかし、本人の意思あるいは自由と、本人に加えられる制約との緊張関係は、成年後見人による他者決定をその本質的要素として含む成年後見制度にとっては、むしろ恒常的な問題とみるべきである。すなわち、この緊張関係は、先のような重大な意思決定についてのみ生じているわけではなく、日常生活における些細な意思決定においても、常に両者の仮想的ないし潜在的な衝突がある（他者決定による本人の自律に対する制約可能性がある）と理解すべきであろう。この意味でも、「自律か保護か？」という単純な二項対立的な問題の捉え方は不正確であると思われる。

11) イギリスにおける2005年意思決定能力法は、まさに、財産管理の「後見」でも、身上監護の「後見」でもない、本人自身による決定を実現するための支援（自己決定支援）を目的とした立法（自己決定支援法）として位置づけることができる。菅富美枝『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』（ミネルヴァ書房、2010年）参照。

この点については、イギリスの成年後見制度における「ベスト・インタレスト」概念の発展が、貴重な示唆を与えてくれるように思われる。かねてより、イギリスの判例法においては、意思決定プロセスに関する手続的な正当化を通じて、決定の客観性を慎重に担保する試みが重ねられてきた。すなわち、従来から、判断能力不十分者のための意思決定に際しては、現に提案されている決定から生じうる本人にとっての利益と不利益を順に列挙したうえで、これらを丁寧に比較衡量していくという、いわゆる「バランスシート」方式¹²⁾がとられてきた。当初こそ、ここでの衡量の対象となる利益と不利益の内容は、医学的な効果などに限られていたが、時がくだるに従い、次第に宗教心や信念といった本人の主観的な価値要素が含められていくようになる¹³⁾。さらに、2005年意思決定能力法（The Mental Capacity Act 2005）体制下では、本人にとっての「ベスト・インタレスト」の尊重が、法の趣旨として明確に掲げられるとともに（2005年意思決定能力法1条5項、4条等参照）、先の「バランスシート」の中で、本人の希望、意向、感情を利益として、本人のストレスや不本意な決定を押し付けられることによる無力感や不快感を不利益として、それぞれ衡量の対象とすることが、判例法上、ほぼ確立されるに至った¹⁴⁾。このように、イギリス法においては、本人のベスト・インタレストの探求に当たって、その判断手続を明確化するとともに、本人の主観的要素の意義を当該手続の中に明

12) *Re A (Medical Treatment : Male Sterilisation)* ([2000] 1 FLR 549, 560) における、ソープ判事の見解を参照。

13) *Ahsan v University Hospitals Leicester NHS Trust* ([2006] EWHC 2624 (QB)) ; [2007] PIQR P19 271.

14) 客観的にみれば、どれほど本人の利益にかなう選択肢であったとしても、本人の希望や心情に明らかに反するものであるならば、そのこと自体が「不利益」として考えられなければならないことを判示したものと、*R (Wilkinson) v Broadmoor Special Hospital Authority and others* [2001] EWCA Civ 1545, [2002] 1 WLR 419, para 64 参照。こうしたイギリス判例法における「ベスト・インタレスト」概念の変遷については、菅富美枝「イギリス2005年意思決定能力法におけるベスト・インタレスト論」小林一俊・村田彰編『須永醇先生傘寿記念論文集 高齢社会における法的問題』（酒井書店、2010年）343頁、及び、前掲菅『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』の第3章を参照。

瞭に位置づけることによって、「主観的要素を重視した客観的判断」を実現しているといえる。まさに、ここでは、本人を中心に据えた「ベスト・インタレストの尊重」が追求されていると評価できるだろう。このような発想を、「主観的福祉主義」¹⁵⁾と呼ぶことにする。

(c) ドイツ法の対応

ドイツ法の場合、本人のための判断の客観性について、イギリス法ほど明確な手続的保障があるわけではない。しかし、成年後見の運用において、本人の主観的価値をできる限り尊重し、その主体性（意思決定への本人の関与可能性）を最大限に保障していこうとする姿勢については、イギリス法と共通するところが大きい。ここでは、法定後見人である世話人の権限行使に当たって、本人の意思を最大限に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、明文によって詳細に規定されていることが重要な意味を持つ。

その第1は「福祉適応義務」である。すなわち、世話人には、被世話人の福祉（Wohl）に適うように職務を遂行すべき義務（ドイツ民法1901条2項1文）が課されているのだが、本条にいう福祉の中には、「本人がその現存能力の範囲内において、自分の希望（Wünschen）と考え（Vorstellungen）に従って、生活を形成できる可能性」が含まれることが、あえて明文によって示されている（同2文）。ここで留意すべきは、たとえば本人が裕福な場合には、ある種の浪費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は、直ちに本人の福祉に反することにはならないと考えられている点である¹⁶⁾。

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

15) 「主観的福祉主義」は、前掲菅『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』におけるオリジナルの重要な鍵概念の1つである。

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と考えられている¹⁷⁾。しかも、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、仮に本人が自然的行為無能力の状態にある場合であっても、その希望が本人の福祉に反しない限りは、真摯に対応すべきものと評価されているわけである¹⁸⁾。さらに言えば、そこでの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、ここでは問題とはされていない¹⁹⁾。本人の希望が、社会の一般的な価値観からは消極的な評価を受けるものであったとしても、原則的には本人の希望が優先されることが重要である。

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

16) Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, Das neue Betreuungsrecht, 4.Aufl., 1999, S.56. ここにいう「本人の福祉」は被世話人の視点から主観的に理解される必要がある（Vgl. BGH BtPrax 2009, S.290.）。このため、世話人の職務基準として、適切な生活のあり方に関する世話人自身の価値観や考え方をを用いることは決して許されず、被世話人のアイデンティティーを護るために、被世話人の視点から判断を行うように努めるべきであり、世間一般の視点から判断を行うように努めるべきであり、世間一般に通用しているスタンダードや「正常性（Normalität）」に関する何らかの理解が、被世話人の福祉の評価に際して考慮されるわけではない（Jürgens, Betreuungsrecht, 4. Aufl, 2010, S.233.）。

17) Dodegge/Roth, Systematischer Praxiskommentar Betreuungsrecht, 2.Aufl., 2005, S.248.

18) たとえば、Jürgens, S. 234. は、ドイツ民法1901条3項の「希望」については、それが合理的な根拠を持っているか否か、被世話人に行為能力があるか否か、世話人がこの希望を理性的なもののみとしているか否かといった事情は重要ではないと指摘する。わが国の本人意思尊重義務の解釈としても、当該義務の対象が「事理を弁識する能力を欠く常況にある（民法7条）」成年被後見人を含んでいることから考えて、そこで尊重されるべき意思は、意思能力の存在を前提とするような、理性的・合理的意思に限定されるべきではないことは明らかである。

19) Vgl. Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein, S.58. また、イギリスの2005年意思決定能力法1条4項が、単に賢明とはいえない決定（unwise decision）を行ったという理由のみで、本人の意思決定能力がないとみなしてはならない旨を明示していることも同旨によるものと思われる。

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。このように、ドイツ法上では、「客観的評価」を隠れ蓑とした成年後見人の意思の優越を回避するために、「本人の意思の原則的な優越性」を制度上、担保するための仕組みが明文によって置かれている。ここには、本人の主観を成年後見人の職務遂行基準における優越的要素として、明確に位置づける姿勢が見て取れるであろう。

(d) 自己決定支援の優越性

さて、ここまでは、成年後見制度における支援手法について、あくまでも成年後見人が「本人のため」に他者決定を行うという形式（代理・代行決定〔他者決定型〕）を取ることを前提に、話を進めてきた。しかし、先述した主観的福祉主義の立場からみると、成年後見人が、本来、まず第1に行うべきことは、本人がその意向を自ら表現できるように支援すること、すなわち「本人自身による自己決定のための支援」である。言葉を代えれば、我々が、成年後見制度の枠組みの中で、真に本人の自己決定の尊重を重視しようとするのであれば、「代理・代行決定〔他者決定型〕」に対する「自己決定支援〔自己決定型〕」の優越性（エンパワーメントの最優先という視点）を確認すべきではないだろうか。たとえば、近年では、障害のある人の権利に関する条約12条3項が規定する「障害者がその法的能力の行使に当たって必要とする支援を利用する機会を提供するための適当な措置」として、いわゆる「supported decision-makingの仕組み」を位置づけたうえで、これと、「支援者による代理・代行決定（substituted judgement）や、本人の法的能力制限からなる従来型の成年後見（adult guardianship）の仕組み」とを対立的にとらえ、後者を前者に置き換える（後者から前者へのパラダイムシフトを図る）ことが国際的に議論されている。本稿もこうした動きと基本的には同様の方向を目指している。もっとも、生来的な重度知的障害のケースや遷延性意識障害状態の患者のケースのような極限的な事例では、代理・代行の必要性もなお残ると思われることから、従来

型の成年後見制度を全て廃止して、supported decision-makingの仕組みへと完全に置き換えてしまうのは、あまり現実的ではないだろう。むしろ、支援手法としての前者の優越性を明定したうえで、（支援者が本人の主観的要素を重視した客観的判断を行うことを制度的に担保した）代理・代行決定の仕組みを必要最小限の範囲で補充的に組み込んでいき、統合的な成年後見制度（後見的支援制度）の構築を図る方が好ましいのではないと思われる。

いずれにせよ、こうした自己決定支援の優越性という視点から、成年後見人の職務遂行の優先順位を整序し直すならば、成年後見の実践にあたって、最初に試みられるべきことは、「本人には能力がある」という前提（「意思決定能力存在の推定の原則」²⁰⁾（2005年意思決定能力法1条2項参照））に立ったうえで、本人が自ら決定を行えるように支援することである。すなわち、「エンパワメント」の理念に基づく自己決定支援である（2005年意思決定能力法1条3項²¹⁾も参照）。まずは、この点にこそ、最大の努力が尽くされなければならない。そして、こうした自己決定支援について、あらゆる努力を尽くしたとしても、本人自身による決定が現実的ではない場合にものみ、例外的に、支援者である成年後見人による他者決定のステージへの移行が許されることになる（2005年意思決定能力法1条5項、4条4項参照）。「本人のベスト・インタレスト」の模索は、この段階において、初めて問題となることにも留意する必要がある。この際、確かに本人が意思決定できる状態にはないとしても、それでもなお、本人の希望や心情を汲み取る努力を怠ってはならない（2005年意思決定能力法4条6項参照）。たとえば、「本人が提案された決定を喜んでいるのか、それ

20) 人は、意思決定能力を喪失しているという確固たる証拠がない限り、意思決定能力があると推定されなければならないという原則。2005年意思決定能力法を規律する5大原則の1つである。

21) 2005年意思決定能力法では、そもそも、本人による意思決定ができない（unable to make a decision）と法的に評価されるのは、本人自身による自己決定に対する可能な限りの支援を受けた上で、それらが功を奏さなかった場合に限られることに留意する必要がある。

とも、逆にストレスを感じているのか」といった点について、本人の表情等から看取できる可能性も残っているという視点を忘れるべきではない。なぜなら、こうした作業の積み重ねによって、本人の主観的価値要素を、本人のベスト・インタレスト確定のための客観的判断枠組みである「バランスシート」へと、過不足なく載せていくことがはじめて可能になるからである。判断能力不十分者への意思決定支援について、こうした支援のための手順が丁寧に踏まれていくとき、「自律か保護か？」という単純な二項対立図式を超えて、「自律支援の成果としての保護」という新しい理念も実現可能になるのではないだろうか。

（2）必要最小限度における介入の原則——支援者の権限面について——

本質的に権利侵害の危険性を有している成年後見制度の利用は、本人にとって常に諸刃の剣となりえる²²⁾。この点を自覚するとき、成年後見の機能は、常に本人の支援にとって必要最小限の範囲に留めることが望ましいというべきことになる。ここでは、こうした「必要最小限度における介入の原則」という視点から、成年後見人の職務範囲（介入・干渉範囲）について論じてみたい。

周知のように、現行の日本法では、成年後見人及び保佐人の権限について、非常に画一的な制度設計が採られている。特に、成年後見人の権限はきわめて広範に及ぶうえ、硬直性が強く、本人の実際の判断能力やニーズに応じた調整は一切できない構造になっている。たとえば、本人が事理弁識能力の回復時に行った法律行為であっても、それが「日常生活に関する行為」（民法9条但書き）に該当しない限りは、成年後見人が専断的に取消権を行使して、本人の自己決定を覆してしまうことができる。ここには、明らかに過剰な自己決定への干渉可能性が認められるだろう。

これに対して、ドイツの法定後見制度（法的世話制度（Rechtliche

22) Teaster/Schmidt Jr./Wood/Lawrence/Mendonado, Public Guardianship, 2010,p.3. は、成年後見を両刃の剣、すなわち「半身はサンタクロースで、半身は人食い鬼でありえる」と表現する。

Betreuung) では、世活法全体を貫く基本原理である「必要性の原則 (Erforderlichkeitsgrundsatz)」の帰結として、利用者に対する法的干渉は、常に必要最小限の範囲に留めるべきことになっている。まず、そもそも世話人の基本職務範囲 (世話人の法定代理権の対象範囲) が、必要最小限に限定されている (ドイツ民法 1896 条 2 項 1 文)。これを可能としているのが、一元化された世活法の基本構造である。すなわち、ドイツでは、日本型の類型化システムとは異なり、世話を一元的なシステムとして構築しているため、世話人の職務範囲を具体的な事案のニーズに応じて、個別的に設定することができるわけである (オーダーメイド型)。加えて、ドイツ法上の例外的な能力制限制度である「同意権の留保 (Einwilligungsvorbehalt)」についても、必要性の原則が適用されている。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)。そして、ここでもオーダーメイド型の制度設計がされているため、その範囲は、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、世活全体のわずか 5% 程度にすぎない²³⁾。

なお、ドイツ法の場合、「小さな成年後見」の設計という視点からは、必要性の原則と並ぶ、世活法の基本原理である「補充性の原理 (補完性原理: Subsidiaritätsgrundsatz)」の機能も重要である。すなわち、任意後見やその他の支援によって、本人を世活によるのと同程度に適切に支援できる場合には、世活を開始することはできないとされている (ドイツ民法 1896 条 2 項)。わが

23) ドイツ連邦司法省のデータによると、たとえば、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。

国の法定後見制度が、任意後見優先の原則（任意後見契約に関する法律10条1項）の適用場面を除いて、一定の能力低下がある場合には、常に法定後見による支援の必要性があるとして、当該事案における具体的な後見ニーズの必要性には踏み込むことなく²⁴⁾、法定後見を開始する姿勢を示していることは対照的といえる。

さらに、「小さな成年後見」を制度設計全体の基盤に置くイギリスの場合、当然のことながら、こうした権限面についても必要最小限への抑制という視点が明瞭に示されている（2005年意思決定能力法1条5項及び6項等²⁵⁾参照）。すなわち、イギリス法は、本人の生活全般に関わる各々の意思決定を行うにあたり、本人が自己の判断能力だけでは実現できない部分（具体的には、個々の場面における意思決定行為）に限定して、周囲が関与することを法的に許容する（問題ごとの対応）という姿勢をとっている。このため、イギリスの法定後見類型においては、その原則形態である保護裁判所による意思決定の場合をはじめとして、必要最小限度の介入という姿勢が、制度全体を通じて貫徹されているといえる（後掲3(2)参照）。

24) この点については、大阪高裁平成18年7月28日決定（家裁月報59巻4号111頁）の評釈である、上山泰「申立権濫用とした原審判を取り消し保佐を開始した事例」民商法雑誌137巻6号（2008年）611-619頁、及び同「親族による保左開始の申立てと申立権の濫用」実践成年後見31号（2009年）119-125頁も参照。

25) 「意思決定能力がないと法的に評価された本人に代わって行為をなし、あるいは、意思決定するにあたっては、本人のベスト・インタレストに適うように行わなければならない」という規定（2005年意思決定能力法1条5項）に続き、「さらに、そうした行為や意思決定をなすにあたっては、本人の権利や行動の自由を制限する程度がより少なくてすむような選択肢が他にないか、よく考えなければならない」と規定している（同法1条6項）。

(3) 後見人に対する支援の重要性

——「支援者を支援する」メカニズムの構築——

次に、支援者側である成年後見人を取り巻く環境整備ともいうべき問題に目を向けよう。現行法上、成年後見人等の職務遂行基準となる規定としては、民法858条（成年後見類型）、876条の5第1項（保佐類型）、876条の10第1項（補助類型）、任意後見契約に関する法律6条（任意後見類型）が定める身上配慮義務及び本人意思尊重義務、民法644条の定める善管注意義務（民法869条、876条の5第2項、876条の8第2項により、法定後見3類型の全てに準用。なお、任意後見契約は委任契約の特殊類型とされているため、任意後見人は当然に644条の義務を負う）がある。

しかし、少なくとも従来の実務²⁶⁾は、これら成年後見人の職務義務違反を認定する基準（注意義務の程度や義務違反の認定要素等）について、必ずしも明確にはしてこなかったといえる²⁷⁾。このため、その理解の仕方によっては、成年後見人に過度の委縮効果を与える可能性が危惧される。

たとえば、本人財産の支出例として、不動産、旅行、衣服、靴、美容院、理容などに関する出費を考えてみよう。本人意思尊重義務の存在にもかかわらず、従来、本人の意向や希望、気持ちの把握については、あまり注意深い考察がなされないままに、成年後見人が必要と考える介入が行われてきたきらいがあるように思われる。すなわち、出費の「質」（当該出費による本人の生活や人生の向上可能性や、その向上の質）よりも、出費の「量」（外部から簡単に把握

26) 後見人の善管注意義務に関連する判決例はきわめて少ない。近年では、東京高判平成17年1月27日判時1909号47頁（旧禁治産後見人に関する事例）、さいたま地判平成19年5月30日判例地方自治301号37頁の2件がわずかに挙げられる程度である。

27) この点について、民法858条の身上配慮義務の要請を、「本人の生活の質（クオリティ・オブ・ライフ：QOL）の維持・向上を目的とした活動」を求めることにあるとしたうえで、後見人等の財産管理も、本人の生活の質の維持・向上のために積極的な財産支出を行なうこと（「資産活用（消費）型管理」）が必要であると主張する学説がある（前掲上山『専門職後見人と身上監護』65-70頁参照。於保不二雄・中川淳編『新版注釈民法⁽²⁵⁾ [改訂版]』（2004年、有斐閣）406頁〔吉村朋代執筆〕も同旨。）。

可能な財産の減少の量的度合い）に目が向けられてしまうという傾向である。これまでの実務では、当該出費がもたらす厚生よりも、出費の量的抑制²⁸⁾に、成年後見人の注意の多くが払われてきたように思われるのである。

しかし、本人の従来 of ライフスタイルの維持を、精神面においても、物質面においても確保することは、本来、成年後見の重要な内容を構成しているはずである。それにもかかわらず、財産管理に際して、後見人が、出費の質よりも量に注意を向けてしまうのはなぜか。この背景には、同様に、成年後見人の財産管理の適否を、財産管理の「質」ではなく、「量」で評価する社会の姿勢があるように思われる。そうした社会においては、当該出費の「本人にとっての」意味合いや、本人の従来 of ライフスタイルとの適合性を重視した上で、本人の全財産や他の必要経費（医療費、食費など）とのバランスを調整するという「主観的福祉主義」（前述2(1)参照）の視点がとられることはない。単に、財産目録上の費用項目とその収支とが、「客観的標準」に照らして、表面的に注目されるのみである。言い換えるならば、成年後見人の財産管理方法が硬直化してしまうのには、成年後見人の職務を評価する、社会の側にも原因があるように思われるのである²⁹⁾。

当然のことながら、経済的虐待や業務上横領があってはならないことは言うまでもない。だが、新たな成年後見制度をデザインするにあたり、「本人を中心に据えた」制度設計を行うならば、適切な財産管理とはどのようなものであるかを考えるにあたって、あらためて、「誰のための財産管理なのか？」という点を意識して再考することが必要であろう。同様のことは、身上監護面の職

28) 前掲上山『専門職後見人と身上監護』67頁が指摘する「資産保全型管理」の傾向である。

29) たとえば、家庭裁判所による後見人等の財産管理に関する後見監督実務が書面中心の形式主義であることも、この一因と思われる。そこでは、後見人によって提出された財産管理報告書の収支計算に関する表面的な監査に重きが置かれており、支出の「質」がプラスに評価されることは少ない。また、そもそも、わが国の家裁は、後見人による積極的な財産支出に対して、一般に否定的な姿勢を示すといわれている。

務遂行方法に関してもあてはまる。

それでは、制度をデザインするにあたり、どのような発想が必要なのだろうか。ここでは、「支援を提供する成年後見人」を支援する点に目を向けたい。判断能力不十分者が、支援を受ける状況になっても自律的存在であり続けることができるような、本人のベスト・インタレストが真に尊重され、追求される社会を築くためには、支援する成年後見人自身が過度に委縮させられてしまうような制度は望ましくないと考え、成年後見人が適切に支援される法体制が求められているという見解である。そこで着目されるのが、「二重の支援構造」である³⁰⁾。すなわち、支援者を管理する（支援者の責任追及を主目的とする）のではなく、「支援者を支援する」という法体制によって、要支援者の自律を確保するメカニズムの構築である³¹⁾。

たとえば、先述の通り、イギリス2005年意思決定能力法においては、本人にとってのベスト・インタレストの追求を図ることが成年後見人の職務であり、ベスト・インタレストに反するような行為は、「職務」の遂行とはみなされず、その結果、そうした成年後見人の行為は、本人に対する違法な権利侵害として、法的責任を追及されうる。だが、その一方で、成年後見人に対する責任追及をあまりに形式的に行うことは、かえって後見人の柔軟な職務遂行を妨げかねないとの社会認識のもと、後見人の慎重な判断に基づいた行為が、後から見て結果的に本人にとってのベスト・インタレストに適わないものであったとしても、当該行為時に成年後見人が、ベスト・インタレストに適っていると合理的に信じたことを立証できれば、その法的責任を免れうることが保障されている（2005年意思決定能力法5条1項(b)(ii)、2項参照）。そのため、成年後

30) 「二重の支援構造」概念の詳細、及び、こうした法体制に基づく支援型社会の基本構想に関する理念的考察については、菅富美枝『法と支援型社会—他者指向的な自由主義へ』（2006年、武蔵野大学出版会）を参照されたい。

31) 前掲菅『法と支援型社会—他者指向的な自由主義へ』第1章、第2章、及び、前掲菅『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』第6章、並びに、菅富美枝「高齢者介護・成年後見とエンパワーメント」『法の理論26』（成文堂、2007年）177-204頁参照。

見人は、日常的に後見職務をこなす中で、絶えず自らの行為の正当性、合理性について自問自答し続けるとともに、周囲からの疑問に対しては即座に応答し、説明責任を果たせるよう、常日頃から用意しておくべきことを自覚しながら職務を行っている。そして、こうした責任を果たしていると自覚できている限り、成年後見人には比較的広範な裁量が与えられるのである³²⁾。

以上から、将来構築されるべき成年後見制度は、成年後見人の「責任ある裁量行使」を担保する法制度であることが望ましいと考える³³⁾。成年後見人の行為の正当性を判断するにあたって、単にその行為の「結果」のみが注目され、当該結果が「本人にとってのベスト・インタレスト」に適切であったか否かという点だけから事後評価されるとすれば、それは成年後見人に対して過度の萎縮効果を与えることになるだろう。この場合、成年後見人は、事後的な非難を恐れるあまり、結果の妥当性を確保すべく管理する（すなわち、後見人が後から非難されずにすむように、無難な決定を本人に押し付ける）という姿勢で臨まざるを得なくなるからである³⁴⁾。しかし、ここから生じるのは、「本人を中心に据えた」姿勢（すなわち、本人に対するエンパワーメントや、本人の権利や行動の自由に対する制限を最小限にしようという姿勢）ではない。むしろ、成年後見人に対する過度の責任追及を伴う管理体制が、今度は、成年後見人による本人の管理を強めてしまうという悪循環の構造が作り出される危険性がある。こうした負の連鎖を断ち切るためには、本人に対するエンパワーメントに

32) 前掲菅『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』第6章参照、及び、前掲菅「自己決定を支援する法制度、支援者を支援する法制度」参照。

33) 現行法上、成年後見人等がその職務指針として負っている、善管注意義務、身上配慮義務、本人意思尊重義務は、いわゆる手段債務と解される。したがって、これらの義務の解釈にあたって、本文で触れたような「本人を中心に据えた」姿勢を取り込むことによって、現行法の下でも「責任ある裁量行使」を解釈論レベルで実現することもある程度までは可能であるだろう。

34) たとえば、イギリスでも、旧レシーバーシップ制度においては、レシーバー（法定財産管理人）たちは、事後的な批判を恐れて、本人たちに日常生活に必要な金銭管理すら自由にさせることに躊躇し、管理態勢で臨んでいた。

加えて、支援者である成年後見人に対するエンパワーメントを促進すること、すなわち、二重の支援体制の構築が最良の処方箋なのである³⁵⁾。

3 政策論的課題

(1) 制限行為能力制度に関する課題

「小さな成年後見」という視点から、現行法の枠組みを見直してみたとき、いくつかの重要な立法政策論的課題が浮かび上がってくる。本稿では、このうち特に重要性が高いと思われる課題を抜粋して、以下に触れることとする。

まず第1に挙げられるべきは、成年後見の利用と本人の能力制限との分離である。現行法上、成年後見及び保佐の法定後見2類型においては、本人は当然に制限行為能力者とされ、その能力制限の範囲も原則として画一的である³⁶⁾。しかし、「小さな成年後見」の理念からすれば、能力制限に伴う本人の権利侵害可能性をできる限り回避することが望ましい³⁷⁾。とすれば、むしろ成年後見の利用と能力制限とは原則的に分離すべきであり、本人の能力制限を伴わない後見的支援の可能性を模索していく必要があるのではないだろうか³⁸⁾。たとえば、イギリス法では、成年後見による支援と能力制限とは、制度上、完全に分離されており、成年後見が開始されても、契約能力は何ら影響を受けない構造となっている。また、ドイツ法でも、法定後見である世話が開始されても、原則的には、本人の私法上の能力は制約されない仕組みとなっている。さらに、本稿では、紙数の制約もあり詳述はできないが、現行法の制限行為能力制度については、わが国が批准を予定している、障害のある人の権利に関する条約³⁹⁾

35) 前掲注1) 菅「自己決定を支援する法制度、支援者を支援する法制度」、前掲注11) 菅『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』第6章参照。

36) 保佐類型については、能力制限の個別的拡張（同意権の対象範囲の拡張）は認められるが（民法13条2項）、逆にこれを縮小することは許されない。後者については、補助人に適切な範囲の同意権を付与することで対応することが想定されているわけだが、実務上、補助の活用が低調であることを考えると、被保佐人に対して、過剰な能力制限が行われている可能性は否定できないだろう。

12条が定める「法的能力（legal capacity）の享有の平等」との整合性の観点からも、その合理性及び正当性について慎重な検証が求められているというべきであろう⁴⁰。

第2に、類型論からの離脱である。上述のように、そもそも成年後見の利用と能力制限とは原則的に分離することが望ましいといえるが、仮に、本人の適正な支援のために、何らかの形で成年後見の開始と連動した能力制限が、なお

37) ただし、単純に、能力制限が代理・代行と比べて、本人にとって、より侵害的な支援手法であるというわけではない。むしろ、両者は、本人の意に沿わない法律効果を押しつけるリスクがあるという点では共通しており、本人の自己決定に対して同質の侵害性を持っているとみるべきである（だからこそ、既述のように、代理・代行による支援に先だって、まずは本人自身による自己決定に向けた支援＝エンパワーメントが行われなければならない）。後述の障害のある人の権利に関する条約12条との関係で、オーストラリアが同条約の批准時において、同条約が意思決定の代行制度を、最後の解決手段として、セーフガードの下で、やむを得ず用いることを許容していると了解するとの宣言を行ったこと（川島聡「障害者権利条約の概要—実体規定を中心に—」法律時報84巻4号（2009年）14頁参照）も、こうした理解を前提としたものと考えることができる。いずれにせよ、ここで重要な点は、いかなる形態の支援手法であろうとも、本人にとって最も干渉的でない形で行われなければならないということである。

38) たとえば、前掲四宮・能見42頁は、従来の日本の成年後見制度が、行為能力を制限することで判断能力不十分者を財産の散逸から保護するという「消極的保護」の側面に重点があったと指摘したうえで、次のように主張する。『しかし、制度の設計としては、行為能力の制限をすることなく本人の保護のための措置を充実することも考えられる。たとえば、本人の行為能力を制限することなく、特定の者に代理権を与えて必要な行為をせよ、ということもありうる考え方である。ドイツの世話人制度はこの方向をめざすものである。この方が、「本人の意思尊重」「ノーマライゼーション」という思想にはより合致するであろう。』

39) 本条約に関する邦語の紹介として、長瀬修・東俊裕・川島聡編『障害者の権利条約と日本 概要と展望』（生活書院、2008年）、松井亮輔・川島聡編『概説障害者権利条約』（法律文化社、2010年）、及び、法律時報81巻4号（2009年）における特集「障害者権利条約と日本の課題」に収録された諸論文がある。

40) 前掲『概説障害者権利条約』188頁以下〔池原毅和執筆〕は、本条約12条2項と女性差別撤廃条約15条2項との連続的理解等を前提に、本条約における法的能力には行為能力が含まれると理解したうえで、『現行民法のこうした類型的な行為能力の制限は差別的な類型として同条項が許容しないものというべきであろう』と主張する。

必要であると考えとしても、その範囲は常に必要最小限に留められるべきであろう。この点で漆喰となるのが、現行制度が採る類型論である。本来、本人の個別具体的な意思決定能力には無限の多様性があるにもかかわらず、類型論による限り、その能力を有限個の（現行法なら3類型の）鑄型に振り分けて、押し込めていく作業が必要となる。その結果、本人の個別具体的なニーズには釣り合わない、過剰な能力制限が生じる恐れ（自ら意思決定できる能力がある対象まで、能力制限の範囲に含まれてしまうリスク）は否定できないだろう⁴¹⁾。この点では、ドイツ法における同意権の留保の範囲について、必要性の原則から、個別の事案ごとに、いわばオーダーメイドの形で徹底した絞り込みがかけられている点が参考になるだろう。

第3に、いわゆる成年後見制度の転用問題⁴²⁾がある。すなわち、民法上の制限行為能力制度が選挙権制限を始めとする種々の公法領域での資格制限等に機械的に拡張されており、法定後見による支援の代償として、何らのデュープロセスも保障されないまま⁴³⁾、二重、三重に過剰な自由の制約が生じてしまっているという問題である。

このように、「小さな成年後見」という視点から見る限り、現行の制限行為能力制度には種々の問題があるように思われるが、これを根本的に見直そうという動きは必ずしも目立ったものとはいえない。むしろ、実務的には、日弁連による任意後見人への同意権及び取消権付与の提言⁴⁴⁾に見られるように、本人の保護を目的として、能力制限の範囲を拡張すべきであるという見解が、強

41) いわゆる「まだら惚け」の場合に典型的に見られるように、人の意思決定能力の程度は時間的な揺らぎを持つ性質のものであることに留意する必要がある。また、イギリス法が明確に打ち出しているように、ある事項についての意思決定能力の有無は、本来、支援者のエンパワーメントによって、本人の意思決定能力を最大限に高める努力が尽くされたうえで、はじめて判断されるべきである。類型化のために人の能力を固定的・形式的に把握する傾向が強い類型論的思考は、この意味でも、本稿が志向する「小さな成年後見」の理念との親和性が低いといえる。

42) 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7号（2010年）41-52頁を参照。

力に主張されている状況にある。おそらく、この背景には、能力制限による取消権型の保護こそが、判断能力不十分者の支援にとって必須の手法であるという、わが国の実務家たちの率直な皮膚感覚が潜んでいるものと思われる。

しかし、他方において、取消権型保護の実効性については、実務的にも、理論的にも、これまで必ずしも十分な検証が行われてきたとはいえないのではないだろうか。たとえば、「日常生活に関する行為」については、法定後見全類型に渡って、取消権が排除されている（民法9条但書き、13条2項、17条1項）。いわゆる悪質商法事案の一部も含めて、現実には本人自らが結ぶ売買等の契約対象の多くは、少なくとも形式的には日用品に該当するものであることが多いため、取消権による原状回復の可能性は、少なくとも形式的に考える限り、かなり制約されることになる。また、本来、取消権が機能するのは、本人による法律行為が少なくとも外形的には存在する場合であるので、本人が遷延性意識障害の状況にあるなど、そもそも現実に法律行為を行える状況にないときは、その射程外である⁴⁵⁾。こうしてみると、取消権が機能する領域は、一般に想像されているほど大きくはないのではないかという疑問が生じるであろう。さら

43) 選挙権制限を始めとする転用問題に起因する、利用者の欠格事由や支援者の権限拡張（精神保健福祉法上の保護者としての義務等）については、通常、現在の後見等審判手続の中では、ほとんど告知されていない。また、現行制度は私法上の財産管理制度にすぎないという位置づけが与えられているため、鑑定及び診断書における利用者の能力判断は、利用者の財産管理能力のみを対象に実施されており、各種欠格事由に関する能力（たとえば、選挙に関する判断能力）については、何ら個別的な評価が行われているわけではない。たとえば、最高裁判所事務総局家庭局による「成年後見制度における鑑定書作成の手引」と「成年後見制度における診断書作成の手引」では、後見開始の要件となる事理弁識能力を、「自己の財産を管理・処分する能力」と明確に位置づけており、選挙に関する判断能力等が少なくとも正面から問われることは全くない。

44) 掲掲日本弁護士連合会「任意後見制度に関する改善提言」参照。本提言の解説として、高江俊名「日本弁護士連合会「任意後見制度に関する改善提言」の解説」実践成年後見33号（2010年）109-117頁がある。

45) ただし、この場合でも、実務的には、当該契約に関する本人の不関与に代えて、取消権の行使を主張することによって、事実上、立証責任に関する負担軽減を図れるという役割を果たす可能性は残るかもしれない。

に、取消権の持つ中核的機能である原状回復機能についても、その実効性には疑問がないわけではない⁴⁶⁾。確かに不動産取引における登記回復請求のような場面では、取消権による原状回復が有効に機能する蓋然性が高い。しかし、計画的な悪徳商法による被害事例などの場合では、加害者の捕捉自体が困難であったり、あるいは、加害者の取得した財産が既に消尽あるいは隠匿されていたりするために、法的に取消権を行使したところで、現実の被害回復を十分に達成できないという事案は珍しくないのではないかと。逆に、良識的な契約相手方であれば、法的な取消権行使を待つまでもなく、インフォーマルな交渉を通じて、十分な原状回復（合意による契約の解消と交付した財産の取り戻し等）を図ることが可能であるように思われる⁴⁷⁾。さらにいえば、後見的支援において本人を中心に据えた発想を推し進めていくなれば、濃密な社会的支援や環境整備による被害予防という観点こそが重視されるべきであって、取消権による原状回復はむしろ次善の支援手法というべきではないだろうか⁴⁸⁾。

46) たとえば、医療同意のような身上監護に関する代行的決定権限（本人の身体の自由に関する決定の領域）が問題である場合、当該決定に基づいていったん履行されてしまった事実行為（たとえば、手術等の身体に対する侵襲行為）それ自体を、完全に原状回復することは物理的に不可能に近い。したがって、この領域では、取消権の持つ原状回復機能には必ずから一定の限界があることに留意する必要があると思われる。

47) 前掲『概説障害者権利条約』191頁以下〔池原毅和執筆〕も、『成年後見実務の中で取消権が実際に行使された事例はほとんど聞かれない。少なくとも成年後見人や支援者が十分に日常的なコミュニケーションをとっていれば取消権を行使しなければならないような事態は起こりにくい。取消権を行使しなければならないような場合は成年後見人が成年被後見人とのコミュニケーションを怠っていたか、悪意のある相手方が成年被後見人を食い物にしようとして接近してきているような場合がほとんどであろう。前者は支援の充実によって解決されるべき問題であり、後者はむしろ障害のある人に対する搾取や虐待の防止、あるいは、消費者保護の法律によって解決されるべき問題である。・・・成年後見制度と行為能力の制限は論理必然的な関係に立つものではなく、成年後見の実務においても有効性があるのは日常的なコミュニケーションであって取消権や同意権が多大な効果を発揮しているわけではない。』と主張する。

（2） 後見的支援の時間的限定

「小さな成年後見」が求める必要最小限度の介入という視点は、既述した成年後見人の権限範囲についてだけではなく、後見の継続期間についても当てはまる⁴⁹⁾。たとえば、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（ドイツ家庭事件及び非訟事件手続に関する法律295条、297条）。すなわち、世話の必要性について、本人の判断能力の審査も含めて、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。また現実の運用でも、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⁵⁰⁾。

他方、イギリス法においては、まず、日本の法定後見制度と同質の機能を有する仕組みとして、3種設けられている点に留意しておく必要がある。第1に、保護裁判所自らが本人に代わって本人のために決定を行う「保護裁判所後見（公的後見、国家的後見）」（2005年意思決定能力法16条2項(a)）である。第2に、わが国にも見られるような、保護裁判所によって選任・任命された法定後見人（deputy）が本人に代わって本人のために意思決定を行う「（狭義の）法

48) 後見人の職務評価に当たっては、適切な見守り等を通じて、悪徳商法の被害自体を回避するような支援こそを高く評価するべきであって、たとえばマッチポンプ的な状況（見守りの不備に被害が起因したような状況）の場面で、取消権行使による被害の事後的回復を賞賛するのは、むしろ本末転倒の感さえある。もっとも、残念ながら、現実の家裁実務の報酬算定に当たっては、後者のみが評価され、前者はほとんど無視される傾向にある。「二重の支援」について論じた場面（前述2(3)）でも触れたが、ここでは、後見職務に対するわが国の社会による評価それ自体に、問題の一因が潜んでいるように思われる。

49) 障害のある人の権利に関する条約12条4項は、法的能力の行使に関連する措置が、可能な限り短い期間に適用されること、並びに、権限のある、独立かつ公平な当局又は司法機関による定期的な審査の対象となることを求めているため、現行成年後見制度は、この点でも、本条約との整合性を検討する必要があると思われる。

50) 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頁参照。また、芳賀裕「ドイツ再訪報告（成年後見法会議組織委員会会議）」月報司法書士459号（2010年）94-95頁は、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を紹介している。

定後見」(2005年意思決定能力法16条2項(b))である。第3に、後述の「5条行為 (Section 5 acts)」(2005年意思決定能力法5条)である(3(3)参照)。

こうしたイギリスの法定後見制度の最大の特徴は、まず第一義的には、保護裁判所⁵¹⁾が、「問題ごと」に意思決定を行う(one-off, single order)ことを原則とする点である(保護裁判所による意思決定の優先性:2005年意思決定能力法16条4項(a))。この典型例としては、意思決定能力を欠く者のために賃借権を解除したり、重大な治療に関する決定を行うなど、一回限りの判断で事が足りるような場合が挙げられる。これに対して、法定後見人が任命されるのは、特別な必要性が認められる場合のみであり、そうした場合であっても、法定後見人に授権する範囲をなるべく小さくし、また、できるだけその期間を短期間に留めるべきであると規定されている(2005年意思決定能力法16条4項(b))。法定後見人には、必要最小限の権限(power)しか与えられないわけである。さらに、後述の5条行為は、特定人に対して、一定の決定権限を事前に授権する仕組みではなく、先行する特定の個別具体的決定(事項特定の決定)を事後的に免責するにすぎないという構造を持っているため、先述の保護裁判所による意思決定の場合と同様、そもそも権限の時間的継続性という問題自体が生じないことになる。このように、イギリスの法定後見の場合、問題ごとの対応が原則であるため、法定後見に関する権限が時間的に継続することの方が、むしろ例外であり、そうした例外にあたる場合でも、その期間は必要最小限に留められることになる。

これに対して、わが国の法定後見制度の場合は、審判時において、当該後見期間について明確な限定が付されることはないため、全ての後見が無期限のものとしてスタートすることになる。むしろ、制度上は、本人の判断能力が回復するなどして、成年後見による支援の必要性(後見等開始の審判の原因)が消

51) 新法施行により、従前の保護裁判所は名称をそのままに、管轄の拡大(財産管理に加えて、これまで家事審判部で行われてきた社会保障サービスや健康をめぐる問題についても扱う)という形で、生まれ変わるようになった。

減した場合には、本人等の申立てによって、後見等開始の審判を取り消さなければならないことになっている（民法10条、14条1項、18条1項）。しかし、これら後見取消の審判についても原則的に申立主義⁵²⁾が採られていることも手伝い、現実には、いったん成年後見が開始されてしまうと、ほとんどの事案では、本人が死亡するまで、成年後見が終了することはないといわれている⁵³⁾。この結果、たとえば、遺産相続のために成年後見が開始され、その終了後の日常生活支援の場面では、ほとんど成年後見による支援のニーズがないような事案であっても、通常は本人死亡まで、成年後見が継続していくことになる。現行の成年後見類型の権限等の包括性を考えたとき、ここには明らかな過剰干渉の危険性があることが見て取れるであろう。

（3）財産管理制度から包括的権利擁護制度へ

ここまでは、わが国の成年後見制度の過剰性に着目して、議論を展開してきた。しかし、「小さな成年後見」という視点は、単に干渉の過剰性をそぎ落とすことのみを要求するだけでなく、真に必要な支援を提供することをも要求するものである。冒頭にも触れたように、「小さな成年後見」が目指す政策目的は、成年後見を通じて、「過不足のない支援」を提供することにあるからである。この点から言えば、わが国の制度には、諸外国と比較して、支援対象の

52) たとえば成年被後見人について、保佐開始の審判が申し立てられ、保佐開始の審判が行われる場合のように、既に成年後見が開始されている者に対して、別類型の開始の審判が行われるときには、旧類型の開始の審判（先の例なら、成年後見開始の審判）を職権で取り消すことができる（民法18条）。しかし、この場合も、あくまでも別類型の開始の審判に関する申立てがあることが前提であり、家裁の職権のみで現在の後見を取り消すことはできない。つまり、わが国の現行法上、家裁のイニシアチブのみによって、既に不要となった成年後見を終了させることはできないわけである。ここにも、後述する申立主義の弊害が現れているといえることができるだろう。

53) 同様に、能力の回復に伴い、より軽度の類型への変更が必要な場合についても、実際には、ほとんど後見類型の変更が申し立てられることは少ない。この点について、解釈論として、身上配慮義務の一類型としての「後見内容変更義務」を導くことで、一定の対応を図ろうとする見解として、前掲上山『専門職後見人と身上監護』76-79頁がある。

不足という面も残されているということができる。

その典型は、医療同意や居所指定等の身上監護に関する代行的決定権限に関する規律の欠缺である。この点については、既に数多くの文献⁵⁴⁾や提言によって、立法的手当ての必要性が指摘されているが、ここでは、従来のこうした議論とは少し視点を変えて、「決定主体」の所在という視点から、この問題を捉えるイギリス法の立場を簡単に紹介しておこう。

日本法の通説的な理解からは成年後見の射程範囲から除外されている一方で、イギリス法においては重要な事柄として考えられているものとして、日常生活上のケア（personal care）、健康維持のためのケア（health care）の提供をめぐる問題がある。ここで、「ケア（care）」について、事実行為としての側面にのみ着目するならば、わが国の通説的立場からは成年後見の射程範囲に入ることはない。わが国の通説は、成年後見法が原則的に法律行為のみを対象とすると考えているからである。

しかし、「決定主体」の所在に着目するイギリス成年後見法においては、ケアのような一見単なる事実行為の提供にみえるものについても、その提供を受けるか否かについて「決定が行われた」点が見逃されることはない。すなわち、「日常生活上のケア」については、提供を行う前提として、どこに住むか、誰と休暇を過ごすか、どんな服装をするか、どんな食事を採るか、どのように休暇を過ごすかに関する「決定」がなされるであろう⁵⁵⁾。同様に、「健康維持のためのケア」についても、提供を行う前提として、どのような治療を受けるか否かに関する「決定」が行われるのである。

具体的には、「日常生活上のケア」には、以下のようなものが含まれる。①洗顔・着替え・身だしなみを整える行為の介助、②飲食の介助、③意思伝達の

54) たとえば、医療同意については、前掲新井編『成年後見と医療行為』に包括的な検討がある。近年では、学説や専門職後見人側からだけでなく、ついに裁判所側からも医療同意に関する立法的手当ての必要性が主張されるようになってきたことが注目される（坂野征四郎「家庭裁判所における成年後見事件の10年の運用と展望」実践成年後見33号（2010年）55-56頁参照）。

介助、④移動の介助、⑤教育やソーシャルプログラム、レジャーへの参加の手伝い、⑥買い物を届けたり、様子を見に訪問すること、⑦本人からお金を預かって買い物をすること、⑧ガスや電気器具の修理を依頼すること、⑨掃除や料理の提供、⑩デイケア、介護施設や養護施設でのケアの提供、⑪転居の手伝い、などである。また、「健康維持のためのケア」としては、①検査の実施、②医療や歯科治療などの実施、③薬の投与、④検査や治療のために病院に連れていくこと、⑤養護ケア (nursing care) の提供、⑥血液検査や、理学療法 (physiotherapy)、手足療法 (chirography) などの実施、⑦緊急事態における処置などが含まれる⁵⁶⁾。これらはいずれも本人のためになされるものであるが、先述の通り、そこに「決定する」という要素が含まれている以上、本人以外の者が関与する場合には法によって正当な権限が与えられなければならないのである。

そこで、先述の通り、同意能力を有さない本人のために、まずは保護裁判所が決定を行ったり、一定の事柄に限って法定後見人が決定を任されるということが考えられる。だが、2005年意思決定能力法は、より適切かつ迅速な支援の提供を可能とすべく、本人の周囲にいる介護者 (carers) (家族、ヘルパー等の介護被用者の両者を含む) や医療従事者に対して、決定権限を「消極的に」与えるという規定を置いた (2005年意思決定能力法5条)。

ここで「消極的に」という表現を用いたのは、決定主体を明確にした上で決定権限を与えるという手法ではなく、結果として本人に代わる決定を行った人々に対して、実際に行われたケアの提供行為が本人のベスト・インタレスト

55) この点について、水野紀子「後見人の身上監護義務」判例タイムズ1030号 (2000年) 99頁は、「夕食の献立の決定が家事労働に含まれる事実上の判断・決定であるように、介護労働も、ロボットの行うような機械的な単純な作業ではないから、当然にさまざまな事実上の判断・決定を含む」と指摘して、「タンスの中にある服のどれを着るのか、どこに散歩で出掛けるのかという決定」も事実上の意思決定ではあることを認める一方で、こうした決定は「決して身上監護に含まれるものではなく、内容的には介護労働そのものである」として、「意思決定の代行制度としての後見制度」の対象には含まれないと主張する。

56) 以上、Code of Practice of the Mental Capacity Act 2005, paragraph 6.5を参照。

に適うものである限り「責任を問わない (protection from liability)」という方法で、一定の人々に決定権限を与えるという構造になっているためである。条文の規定から「5条行為」とよばれるこれらの行為は、免責規定に裏打ちされた (legal backing) 範囲で、決定権限を与えられたのと同様の効果を付与している。その結果、当該行為は、意思決定能力をもつ本人による同意を得て実施された場合と同様に扱われる (2005年意思決定能力法5条2項)。

2005年意思決定能力法5条は、これまでコモン・ロー上曖昧に認められてきた「必要性の原理 (doctrine of necessity)」の明確化を図ったものである。この規定によって、わざわざ保護裁判所に判断を仰がなくとも、また、法定後見人を任命せずとも、同意能力を有さない本人に対して、必要な支援の提供が可能となったわけである。ただし、重大な医療行為については、法的義務とまではされていないものの、保護裁判所の判断を仰ぐことが奨励されている。

以上で述べてきたように、「5条行為権限」は、免責を基本としており、積極的な授権を予定した権限ではない。だが、「他者」(ここでは、本人の周囲にいる介護者や医療従事者等) が本人の意思決定能力の有無を判断し、意思決定能力がない状態であると結論した場合に限り、当該本人の「ベスト・インタレスト」が何かを捜し出し、そこから導き出された必要な支援を提供していくという一連の行為は、他の形態の法定後見 (先述の保護裁判所による法定後見形態、及び、裁判所の任命した法定後見人による形態) や、2005年意思決定能力法全体を貫く「後見」と異ならないというべきだろう⁵⁷⁾。

(4) 申立主義と職権主義

わが国の現行制度は、成年後見の開始について、申立主義を採り、かつ、この申立権者として、本人と配偶者等の親族との地位を原則的に⁵⁸⁾ 等置している。ここにもまた、「本人を中心に据えた」発想からのズレを確認できる。親

57) 5条行為をめぐる法理論の詳細については、前掲菅『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』第4章を参照。

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る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の疑念を生むからである。たとえば、近時の家庭裁判所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・時間的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、本人に対する過剰な干渉（不要な成年後見開始）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。

さらに、これとは逆に、現行の申立主義は、成年後見による支援の「不足」の面にも影響を与えている可能性がある。すなわち、現行法では、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になる。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⁵⁹⁾、②検察官申立が実務上はほとんど機能していないこと、③市町村長申立が必ずしも十分に機能していないこと⁶⁰⁾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すぎないのではないかという懸念がある。

この点について、イギリスにおける2005年意思決定能力法では、判断能力

58) この重要な例外として、補助開始の審判の要件（民法15条2項参照）と、保佐人及び補助人への代理権付与の要件（876条の4第2項、876条の9第2項参照）、及び、補助人への同意権付与の要件（民法17条2項参照）については、本人自身の申立てに優越的地位が認められている。

59) 精神障害事案では、親族がそもそも本人との関わりを持つこと自体を拒絶することも珍しくない。

の不十分な人々の財産管理について保護裁判所の判断を仰ぐ必要があると考えられた場合（財産管理法定後見人の任命についての申立てを含む）、申立権者に法律上の制限はなく、事実上、誰であっても申立てを行うことができる（Rule 51(2)(a) of the Court of Protection Rules 2007による、Section 50(2) of the Mental Capacity Act 2005の適用の例外）。一方、身上監護については事情が異なり、保護裁判所に判断を仰ぐ必要があると考える者（身上監護法定後見人の任命についての申立てを含む）は、まずは、申立てにあたっての許可（permission）を保護裁判所から得る必要がある（Section 50(2) of the Mental Capacity Act 2005）。これは、身上監護に関する決定については、保護裁判所の判断を仰ぐまでもなく、IMCAなどの助言を得ながら関係者間で解決することが望ましいという立法政策の表れである。この結果、身上監護をめぐる保護裁判所に申立てがなされるのは、緊急の必要性があるにもかかわらず医療現場において治療をめぐる見解の対立が解消できない場合や、本人が身体的あるいは性的虐待を受けていたり、あるいは、行動の自由を制限されている恐れがある場合など、本人の迅速な保護のために裁判所の判断が特に必要な場合に限られることが予想される。

なお、「許可の申立て」自体は全ての者が行うことができ、許可もしくは不許可の判断に際しては、申立人と本人との関係、申立ての理由、申立てがもたらす本人への利益、その利益を実現するにあたって他の方法の有無など、本人の利益からみた実質的な判断が行われる（Section 50(3)(a)-(d) of the Mental

60) 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21年1月～12月——」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。

Capacity Act 2005)。また、申立ての許可を得て、たとえば法定後見人の任命を申立てた場合、実際に法定後見人を任命するか、また誰を法定後見人とするかについては、保護裁判所の専権事項である⁶¹⁾。

他方、ドイツ法の場合も、いわゆる申立権者を本人に限定する一方で⁶²⁾、裁判所の職権発動を促す提案は誰でもできる形式になっている（ドイツ民法1896条1項）。したがって、イギリス法との形式面での違いはあるものの、成年後見手続の開始の間口が非常に広く、ニーズの取りこぼしがほとんど生じない制度設計となっている点は同じである。

こうしてみると、成年後見の開始については、むしろ裁判所のイニシアチブによって決定できる職権主義⁶³⁾の立場を基礎に置く方が、好ましいのではないかと思われる。すなわち、ある人に対して、成年後見による支援のニーズがあると考えた者は誰であっても、裁判所に対して、成年後見開始の是非を職権で判断すべきことを提案できる仕組みであれば、社会における成年後見ニーズの取りこぼしを最小限に押さえることができるのではないだろうか。むしろ、ここから生じる本人への過剰な干渉を回避するために、裁判所が、上述の「小さな成年後見」（必要最小限度での介入）の視点に立った厳密なニーズ判定を行うことが大前提となることはいうまでもない。

なお、この議論は、後見関連の国家予算の効率的な支出方法に関する議論にもつながっていく。現行法の構造を前提とする限り、成年後見ニーズの適切な

61) TERRELL, M., *A Practitioner's Guide to the Court of Protection* (Tottel Publishing 3rd edn 2009) at 138.

62) 職権主義で統一せずに、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があるとされている（ドイツ成年後見法研究会「ドイツ成年後見制度の改革（一）」民法雑誌105巻4号（1992年）152頁参照）。

63) 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つとに主張している。

すくい上げに対する最も効果的な手法は、市町村長申立ての義務づけ等を通じた市町村長申立ての活性化ということになるだろう。この場合は、市町村長申立てに関わる基礎自治体の予算について、国が間接的な財政的支援を行う形式となる。他方、既述の職権主義型へと、現行制度の根本的な転換を図るならば、家庭裁判所の人的資源充実を中核とする国家レベルの司法予算拡張というスタイルを採ることになる。この場合、少なくとも基礎自治体間での格差が生じないというメリットは指摘できるだろう。国家レベルで、いずれの形態がより財政面で効率的となるかを断定することはできないが、成年後見のグランドデザイン再構築にあたっては、このように現行制度の枠組みをいったん外した上で議論を行う必要があると思われる。

4 おわりに

以上、本稿では、「小さな成年後見」という視点から、イギリス法及びドイツ法との比較を視野に納めながら、現行制度の枠組みに対するラディカルな見直しの可能性について論じてきた。もとより、日英独の成年後見制度には、その基本構造に加えて、関連する法制度の枠組みや背景となる社会事情等、種々の要素について、少なからぬ差違がある。この点で、本稿での比較には、必ずしも厳密性を欠いている箇所が残ることは否めない。しかし、他方で英独の制度を例に触れたように、現代の成年後見制度の1つの方向性として、「小さな成年後見」という視点を括り出すことには、一定の理解を得られるのではないだろうか。本稿をきっかけとして、わが国において、あらためて現代型の成年後見制度の理念型を問い直す試みが生まれてくることを期待したい。

* 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」（研究代表者上山泰））、及び、科学研究費補助金（平成22－24年度若手研究(B)課題番号22730009「現代社会における「支援型法」の可能性と限界——自己決定を実現させる法的枠組みの構築」（研究代表者菅富美枝））に基づく研究成果の一部である。