

自己決定の尊重と本人保護の調和  
——日本とドイツの成年後見制度——

平 田 常 子

The Harmony between Respect for Self-determination and Personal Protection  
——The Adult Guardianship in Japan and Germany——

Tsuneko HIRATA

The principle of the Adult Guardianship in Japan is a harmony between respect for self-determination and personal protection, but what does the harmony mean?

In Germany, “Betreuungsgesetz” was enforced in 1992, and the system of care was established. The system consists of “Erforderlichkeitsgrundsatz” (the principle of necessity) and “Subsidiaritätsprinzip” (the subsidiary principle). Even though care is needed, if other measures exist, for instance an appointment of a voluntary attorney by a care-recipient, the care by the law is exempted.

The legal idea of this system is common to “the rights in relationship” which Martha Minow, Professor of law at Harvard University, insists. However, there are some different legal ideas on handicapped individuals. According to Minow, they are the abnormal-persons approach, the rights-analysis approach, and the social-relations approach. Adopting these approaches, I’ll give careful consideration to the harmony, and propose what the Adult Guardianship in Japan should be.

Key words : the Adult-Guardianship, self-determination, personal protection, the rights in relationship  
成年後見制度、自己決定、本人保護、関係性への権利

## はじめに

成年後見制度は、精神上の障害により判断能力が不十分であるため、法律行為における意思決定が困難な者について、その判断能力を補う制度である<sup>1)</sup>。この制度は、判断力の不十分な状態にある本人の現状により、法定後見である後見、保佐、補助と、本人と代理人の委任契約である任意後見に分けられる。そのうち法定後見は、本人が現状において「精神上ノ障害ニ因リ事理ヲ弁識スル能力ヲ欠ク常況ニ在ル」(民法第7条。以下、本稿において特に断りのない限り、7条のように表示する。また、たとえば民法旧7条の場合

は、旧7条のように表記することとする)ならば後見の、「事理ヲ弁識スル能力ガ著シク不十分」(11条)であれば保佐の、「事理ヲ弁識スル能力ガ不十分」(14条)であれば補助開始の審判が行われる、とされている。

任意後見制度は、契約締結に必要な判断能力を有している間に、契約によって、自己の判断能力が不十分な状況における「自己の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務の全部又は一部を委託し、その委託に係る事務について代理権」(任意後見契約に関する法律第2条第1項)の付与を予め決めておく制度である。

受付 平成14年10月3日, 受理 平成14年10月18日  
近畿福祉大学 〒679 2217 兵庫県神崎郡福崎町高岡1966 5

民法の一部改正及び関連法成立に伴い、2000年4月から導入されているこの成年後見制度の利用は、高齢化の進展、及び制度が利用しやすくなったことなどから、改正以前に比べて大幅に増加したとされるが<sup>2)</sup>、しかし、利用状況全般においては、まだ予想されたほどではないようである<sup>3)</sup>。

新しい制度の利用が促進されるためには、使いやすい制度であることや、制度そのものを広く知らせることと並んで、人々が使いたいと思う制度であることが必要である。そしてたとえば、成年後見制度がその理念としている自己決定の尊重も、後見制度を利用することにより自らの決定した、自らの思い描く老後を将来において送ることを可能にするものであることを意味する限りでは、使いたいと思わせる要素の一つであろう。成年後見制度は、個人の尊厳という思想をもとに先行する諸外国の制度をも参考にしつつ、その基本理念として自己決定の尊重を掲げている。

だが、そもそも成年後見制度の前身である禁治産・準禁治産制度及び後見（保佐）制度は、本人の（財産）保護を目的としたものであった<sup>4)</sup>。本人保護というこの目的は、成年後見制度が創設された後も制度の趣旨であり続けている<sup>5)</sup>。このことから、成年後見制度の発足に際しては、「自己決定の尊重と本人保護の調和」が基本的な視点とされたようであるが<sup>6)</sup>、自己決定の尊重と本人保護の強化とでは、その進むべき方向は反対であるように思われる。では、改正後の制度においては、自己決定の尊重と本人保護のバランスはどのように図られているのか？ 成年後見制度において、自己決定の尊重あるいは本人保護とは、何を意味し、制度全体の中でどのように生かされているのか？ この「自己決定の尊重と本人保護の調和」は、本当にわれわれの利用したいと思う制度のための中心思想であり得ているのか？

これらの問題意識のもとに、本稿ではまず、従来の禁治産・準禁治産制度における問題点を確認し、その問題点を解消する形をとる成年後見制度がどのように改正されたかを確認する。その後、成年後見制度創設の際、参考にされた諸外国の後見制度のうちの一つといわれているドイツの成年後見制度<sup>7)</sup>において自己決定の尊重と本人保護がどのような形で考えられているのかを考察することによって、魅力的な制度であるためには、成年後見制度において「自己決定の尊重と本人保護との調和」をどう考えていくべきなのかを考える手がかりとしたい。なお、成年後見制度は前述のように、法定後見と任意後見から構成されるが、本稿では議論が散漫になる可能性があると考え、法定後見の

みを対象とする。

## 成年後見制度

### 1 禁治産・準禁治産制度

従来の禁治産・準禁治産制度は、1898年の施行以来100年間にわたり改正されることもなく有効であり続けてきた。この制度は、法的判断能力が十分でないと判断される者を禁治産者と準禁治産者の二類型に区分し、主に本人の財産保護を目的とし、本人の行為能力の制限を前提としていた。たとえば、禁治産者は、「心神喪失ノ常況」（旧7条）にあるとして禁治産の宣告を受けた後は、旧9条「禁治産者ノ行為ハ之ヲ取消スコトヲ得」により、その行為能力は一律に否定されていた。したがって、禁治産者の法律行為については後見人が法定代理人を務めていた<sup>8)</sup>。

準禁治産者の場合、「心神耗弱者及ヒ浪費者」（旧11条）のため準禁治産の宣告を受けた後は、保佐人が選任された。準禁治産者には、旧12条第1項に記載された9項目にわたる重要な財産行為とみなされる一定の法律行為につき<sup>9)</sup>、保佐人の同意が必要であるとされており、その行為に制限が加えられていた。

このように、被後見人及び被保佐人はいったん宣告を受けると、個別的な違いは考慮されることはなく、一律に行為能力を否定、あるいは制限されていたのである。この制度も確かに本人保護の一つの方法であり、法的安定性という点では優れているとされるが<sup>10)</sup>、本人の立場を考慮したものではなかった。

旧制度の問題として、たとえば安永正昭は、法務省民事局内に設けられた「成年問題研究会」の調査研究を参照した上で、用語の問題や鑑定のための時間、費用の問題等と並んで、制度設計上では次のような点を挙げる。すなわち、禁治産、準禁治産の二類型のメニューが固定しており、しかも類型間の差が大きい設計となっているので、徐々に判断能力が減退していく高齢者の、それぞれの判断能力の段階、状態に応じた弾力的な保護を提供できない。軽度の判断能力不十分者に対応できない。禁治産者については、全ての行為能力を奪い、本人が単独では一切有効な取引が出来ない。日常生活必需の取引すらそうであるので、日常生活に困る。準禁治産者にあっては、保佐人には代理権、取消権は与えられず、同意権が与えられるのみなので、本人保護が十分に図れない、等である<sup>11)</sup>。

これらの問題点は、利用しにくさとして言及されることが多いが、以外は本人保護のきめ細かさ並びに保護強化を内容としており、本人保護に係わっている

といえよう。そもそも制度そのものが本人の（財産）保護を計ることを目的としたものである以上、法改正にあたって、問題の解決のためには必然的に本人保護の何らかの改正、ないしは強化が目指されるであろうことも、容易に予想される。

しかし、既に述べたように、新しい成年後見制度は、これらの問題解決と並んで、個人の尊重理念を掲げ、先行する諸外国の制度を参考にしつつ、その基本的理念として自己決定の尊重等を掲げている。では、どのような解決が図られたのか、次に、成年後見制度の構造の大略を見ていきたい。

## 2 禁治産・準禁治産制度からの改正点

新しい成年後見制度は、法定後見と任意後見に区分され、さらに法定後見は、本人の身体的精神的状況により後見、補佐、補助の三類型に分かれることは、既に記した通りである。そのうち、従来の禁治産から名称変更された後見は、法定後見人が包括的代理権と同意権、取消権を有する限りにおいて、制度自体には大きな変更はない。ただし、日用品の購入その他、日常生活に関する行為は取消権の対象から除外される。

準禁治産からの名称変更である保佐において保佐人は、従来有していた同意権に加え、被保佐人保護の実効性という点から、今回取消権をも有することになった。さらに被保佐人の申請が同意を要件として、審判により保佐人に代理権を付与することもできる。日常生活に関する行為が取消対象から除外されるのは、後見の場合と同様である。新設された規定として、被保佐人の利益に反する恐れがないにもかかわらず、保佐人が同意をしないときは、同意に代わる許可を家庭裁判所に請求することができる点が挙げられる。

二類型から三類型への移行にあたって今回新設された補助は、後見、保佐の程度に至らない軽度の状態にある者が対象とされる。後見・保佐と異なり、補助では付与する法律行為の範囲について、及び、代理権付与か、同意権・取消権付与か、双方の付与かが、当事者の選択に委ねられることになる。すなわち、本人以外の申立の場合には、本人の同意が要件となる。また、同意権を付与した領域で、被補助人の利益に反する恐れがないにもかかわらず、補助人が同意をしないときは、同意に代わる許可を家庭裁判所に請求できるのは、保佐の場合と同様である。

以上の変更点では、制度上の問題として挙げられた諸点に関し、それぞれ対策が講じられている。まず、問題点の、<sup>12)</sup>では保佐人に取消権が明文で与えられ、被保佐人の同意を要件として代理権も付与される

ことになったことで、解決を図ろうとした。に対しては、軽度の判断能力不十分者に対し補助類型が新設された。では被後見人、被保佐人とも日常生活に関する行為は取消権の対象から除外された。

だが、従前の問題点の解決に向かおうとするこのような改正点は、<sup>13)</sup>以外はやはりいずれも本人保護の強化に繋がるものであるように思われる。そうであれば、これらの改正点は、結果的には自己決定の尊重理念にブレーキをかけはしないのだろうか。本人保護と自己決定尊重の両方の観点から新制度を再度見直しておく必要がある。

## 3 新制度における本人保護の強化と自己決定の尊重理念の導入

本人保護と自己決定の尊重との関係を中心に改正点を眺めるならば、まず後見においては、日常生活に関する行為は取消権の対象から除外された（9条但書）、ということが挙げられよう。既に述べたように、従前の禁治産制度では禁治産宣告があった場合、旧9条で禁治産者の法律行為は一律に制限されていた。新9条においてもこの点に関しては変更はないが、但書として「日用品ノ購入其他日常生活ニ関スル行為ニ付テハ此限ニ在ラズ」が付け加えられている。毎日の生活に直結する事柄であるだけに、この但書は本人の自己決定の尊重という点で大いに意味を持つ。保佐、補助においても9条但書は準用される。しかしこの但書を過信してはならない。その有効な射程は思うほど広くないとされるからである。

たとえば、新井誠は、たとえ「日用品ノ購入其他日常生活ニ関スル行為」であっても、本人がその行為時に意思無能力の状況にあったとすれば、当該行為が無効となることはいうまでもない<sup>12)</sup>、不文の基本原則を挙げる。つまり、田山輝明の言葉を借りれば、「人が法律行為に参加するための要件として、法的に意味のある意思を表明することの出来る精神的判断能力としての「意思能力」を有するかどうかの問題にされる」のであって、「契約を結ぶための意思を表示したとしても、その内容を理解して結んだのでなければ、その契約によって拘束されるべきでないからである」<sup>13)</sup>。

また、どこまでが「日用品ノ購入其他日常生活ニ関スル行為」なのかにつき疑問も生じる。安永正昭によれば、債務を夫婦連帯債務とすべき日常家事に比べて、この「日常生活ニ関スル行為」のほうが当然に狭い<sup>14)</sup>、田山は、電話をかける等の社会類型的行為は含まれていないとする<sup>15)</sup>。具体的に、日常の食料品を

買う、散髪をする、電気・ガスの料金を支払う、それらの支払のための（多額ではない）預貯金の引き出しが例にあげられるが<sup>16)</sup>、それらの行為のうちでも本人が意思無能力の状態にあるならば、無効ということになる。そうであるなら9条但書はごく限定された範囲でのみ有効とされることになる。

磯村保は、この9条但書を、成年被後見人の行った法律行為を一定の場合に確定的に有効とする可能性を認めるものではあるが、成年被後見人も一定の範囲では自己決定をなすという理念の宣言的な性格がより強く、その実際の適用場面は限られており、日常生活に関する行為に関しても、成年被後見人が単独で行った行為を後見人が追認し、あるいは後見人の代理行為を通じて行われるのがむしろ通常ということになるのではなかろうか、と述べている<sup>17)</sup>。

しかし、だからといってこの但書があまり意味を持たないということではないであろう。従前、禁治産の宣告を受けた後は、本人保護の名目のもとで行為無能力の道が待っているだけであったのが、たとえ日常生活の限られた範囲であろうと本人一人で法律行為ができることが明文で定められたのである。そして、ここには本人保護と自律・自己決定との調和というこの制度全体を貫く理念がみえる。だが、本人保護と自己決定尊重との調和とは、両者のバランスを具体的にどうとることを意味しているのだろうか。

成年後見制度において、本人保護と自己決定尊重の調和の理念がきわめてはっきりと示されているのは、補助類型における同意権・取消権と代理権の付与の場合に、本人の申請または同意を必要とする点である。

従前は保護対象には入っていなかった補助類型は、今回始めて保護の網の中に入ることになったが、補助開始の審判だけがなされることなく、同時に本人の申立か同意を要件として「第十二条第一項二定メタル行為ノ一部」（16条1項）に同意権・取消権を与える審判、または「特定の法律行為」（876条の9の1項）に代理権を付与する審判がなされなければならない（14条3項）。というも、補助は後見や保佐と異なり、代理権と同意権・取消権の付与は本人の選択に委ねられているからである。したがって、被補助人となる場合、補助人に代理権のみを付与する、同意権・取消権のみを付与する、その両方を付与する、という選択と、どのような法律行為について代理権、同意権・取消権を付与するのかという両方の選択をする必要がある<sup>18)</sup>。これは、補助類型では判断能力は確かに不十分ではあるが、その不十分さの程度が保佐の場合と比べてそれほどでもないという者が予定されている

ため、後見・保佐の場合とは異なり、決定的に保護を必要とすることはないためのものである<sup>19)</sup>。

審判後は定型的に法定の保護が付されるという点では、旧禁治産・準禁治産制度にほぼそのまま対応する<sup>20)</sup>後見・保佐とは異なり、新設された補助制度は、一方ではこれまで保護対象外であった人々の保護という保護強化の側面と、他方では何をどのように保護するのかにあたって本人の決定を重視するという自己決定の尊重理念の側面をあわせ持つ。このことを別の言葉で言い換えれば、補助制度では、保護を受ける範囲と態様を個々人でその必要性に応じて選択できるところにその特徴をみることができる。この特徴は、本人が納得の上で必要な援助だけを受けることが出来るという点で、理にかなっている。

ところで、本人の判断能力という点からは後見や保佐開始の審判を受けるべき者が、ある特定の法律行為の代理権のみが必要である場合、定型的な法定保護となる後見や保佐開始の審判ではなく、補助の審判を受けることができれば、非常に使い勝手がよいと思われる。しかし、これは14条1項但書で否定されている。その理由は、三類型の制度を構築した趣旨に矛盾するし、当該人の「判断能力の程度に応じた適切な保護」が展開できないということのようである<sup>21)</sup>。

確かに、「判断能力の程度に応じた適切な保護」を展開するため、その程度に応じて三類型に区分すれば、法的安定性という面からも整然と規律できるが、その反面、個々人で異なる能力の差も保護の必要性も配慮できなくなる。さらに、磯村保の指摘するように、これらの三類型の制度は一方では能力の程度の多様性に対応しうる多元的な能力補充制度ではあるが、他方ではこのような多元化は能力補充制度の一元化を排して、制限能力者の能力補充を段階的に区別するという面を併有することになる<sup>22)</sup>。それに対し、一元的の制度<sup>23)</sup>であれば、保護の必要がある場合に、保護の内容や態様は、個々人の異なった能力程度と必要性によってそれぞれ異なることになる。

一元的保護か多元的保護かについては、成年後見制度設立の際に議論があったようである。その事情について、弁護士高村浩によれば、一元的な考え方をとった日弁連と多元説の法務省の意見対立の原因として、旧法との連続性への配慮、他の制度との整合性への配慮、現状の家庭裁判所の機能配慮の違いがあったようである<sup>24)</sup>。最終的に多元説が選択されたということは、それらの事情を総合的に考慮した結果ともいえるであろう。

だが、一元的保護か多元的保護かを議論する場合、

最初に考えられるべきは、どの制度が当人の福祉に最も役立つことができるかであろう。どちらも一長一短があると思われるが、その意味で一元的制度の実情はどのようなものかを知る必要がある。

ドイツでは、1990年に民法典の大幅な改正がなされ、世話法（Betreuungsgesetz）がわが国に先駆けて1992年から施行された。それによれば、能力制限制度は撤廃されたうえで、わが国では見送られた一元的制度が採用されている。一元的制度としてのドイツの成年後見制度とは具体的にどのような制度なのだろうか。また、ドイツの成年後見制度では、自己決定の尊重理念と本人保護のバランスはどのように配慮されているのだろうか。次に、ドイツにおける成年後見制度の基本骨格をみることによって、わが国の成年後見制度において自己決定の尊重理念と本人保護の調和を図る上での基本原理はどのようなものであるべきかを考える手がかりとしたい。

## ドイツにおける成年後見制度

### 1 旧制度とその動向<sup>25)</sup>

ドイツの旧制度においては、1900年の民法典施行以来成年者を保護する制度として、後見（Vormundschaft）と障害者監護（Gebrechlichkeitspflegschaft）が存在していた。そのうちの後見は、わが国の禁治産・準禁治産と類似した制度で、行為能力剥奪の宣告の後に法的保護が与えられるというものであった。ドイツ民法典旧第6条第1項では、「(1)精神病または心神耗弱により自己の事務を処理することができない者、(2)浪費により自己又は家族を窮迫の危険にさらす者、(3)飲酒癖又は麻薬中毒により自己の事務を処理することができない者、又は自己もしくはその家族を窮迫の危険にさらす者、あるいは他人の安全を脅かす者」という要件を満たす者について、全面的であれ、制限的であれ、行為能力剥奪の宣告がなされた（以下、本稿において特に断りのない限り、たとえばドイツ民法典旧第6条はド民旧6条、ドイツ民法典新第6条<sup>26)</sup>はド民6条のように記す）。

行為能力剥奪の宣告の後、その効果として画一的に行為無能力（Geschäftsunfähigkeit<sup>27)</sup>か、もしくは制限的行為能力（beschränkte Geschäftsfähigkeit<sup>28)</sup>となり、行為無能力の場合はド民旧105条により意思表示が無効となった。さらに、婚姻能力や遺言能力を剥奪・制限され、あるいは選挙権等も否定されていた。制限的行為能力の場合は、法定代理人の同意がある場合にのみ、法律行為を行うことができた（ド民107条）。双方には後見人が付された。

これに対し障害者監護制度は、身体的障害者並びに精神的障害者を対象とした保護制度であって、本人の行為能力には影響を与えなかった。ド民旧1910条は障害者監護に関し以下のように規定している。「(1)後見に服していない成年者は、身体障害により、とくに聾者、盲者、啞者であることにより、自己の事務を処理することができない場合、身上及び財産維持のため監護人を付すことができる。(2)後見に服していない成年者は、精神的あるいは身体的障害により、自己の個々の事務ないし自己の一定範囲の事務、特に財産上の事務を処理することができない場合、その事務につき監護人を付すことができる。(3)監護は障害者の同意ある場合にのみ命じることができる。ただし、障害者との意思疎通が不可能な場合はその限りではない」。

この障害者監護制度と後見制度は、互いに補完しあう制度であったようであり<sup>29)</sup>、たとえばド民旧1909条3項では「後見指示の前提が存在するが、まだ後見が命じられていない場合にも、監護は指示することができる」という文言もみえる<sup>30)</sup>。このような状況から、実際には障害者監護を代替手段として用いることで、行為能力剥奪の宣告を伴う後見は回避される傾向にあった<sup>31)</sup>。

とはいえ、ドイツの旧制度は、内包していた様々な問題点により多くの批判に晒されていた。たとえばブーンバルトによれば、以下のような欠陥が指摘されていた。行為能力剥奪の宣告は、行為無能力あるいは制限的行為能力という自動的な法効果のため、極端な融通のきかない人権侵害である。当該者の残存能力は考慮されず、リハビリの可能性が損なわれる。行為能力剥奪の宣告は当該者の差別やレッテル貼りに通じる。障害者監護は、強制監護〔障害者監護は本人の同意を前提としていたが、実際には行為能力剥奪宣言を回避するため、本人の同意なしに強制的に保護としての監護が命じられる場合が多かった。その場合、選挙権は認められず、実質的に社会的な取引行為からは除外されていた（平田・註）〕が指示される場合、実際的には行為能力剥奪の宣告に類似した人権剥奪に通じる。したがって、任意の監護と強制監護の「二階級の監護」があり、強制監護は行為無能力と同一視される。さらに監護では監護人の権限範囲はきわめて広く一括して定められている。行為無能力者も個々の事例では理性的な希望を述べるのであり、基本的には後見人の意思が被後見人の意思に優先する。行為能力のない被監護者の監護に関しても同様である。当該者は個人的な世話ではなく、100例以上委託されている「職業的後見」や「職業的監護」によ

る世話を受けていた。個人的なコンタクトや会話はなされず、信頼関係は形成されない、等である<sup>32)</sup>。

これらの批判では、当該者の人権について配慮されていなかった点や個人的な保護が十分でなかった点に関しわが国の旧法の問題点との共通点もみえるが、注目されるのは行為剥奪宣告による当該者の差別やレッテル貼り、あるいは行為剥奪宣告を避けるための強制監護についての反省である。その反省をもとに、障害者の人権の保障という観点で新たに創設されたのが世話制度であった。その結果、新制度においては、旧後見制度のような類別化を避け、個々人の残された能力を重要視し、個別のケースに応じて必要な範囲のみ世話人が選任されることとなった（必要性の原則（Erforderlichkeitsgrundsatz）と補充性の原則（Subsidiaritätsprinzip））。また、世話人が選任されても、そのことによって被世話人の行為能力には影響を及ぼさないことになった<sup>33)</sup>。では、この原則のもとに構築されたドイツの成年後見制度は、具体的にはどのような制度なのだろうか。

## 2 ドイツの成年後見制度<sup>34)</sup>

ドイツの成年後見制度で、まず確認しておきたいことはその対象者である。旧法の後見と障害者監護に代わって世話が創設された経緯もあり、わが国の成年後見制度が精神的障害者のみを対象とするのに対し、ドイツの世話法制度においてその対象とされるのは、精神的障害が身体的障害を有し、そのことによって自己の事務の全部又は一部を処理することができない成年者である（ド民1896条1項）。すなわち、その原因が何であるかを問わず、何らかの援助を必要とする者すべてを対象として構想された制度といえよう。

世話法は、上述の必要性の原則と補充性の原則を基本的な柱とするが、これらの原則が規定されているド民1896条2項は、次の通りである。「世話人は世話が必要とされる職務範囲についてのみ選任されることが許される。成年者の事務が、……任意代理人により、あるいは法定代理人が選任されないその他の援助により、世話人によるのと同様に適切に処理され得る限りで、世話は不要である。」

この2項第1文で明記された必要性の原則によって、世話人の職務は、本人が援助を必要とする範囲に限られることになる。本人が自己の事務の全部または一部を処理することができないという要件は、世話の前提であっても、それだけでは世話は開始されない。処理できない事務のうち、本人にとって必要な事務の範囲にだけ世話人が選任されるのである。個々人が援

助を必要とする範囲はそれぞれ異なるから、世話人の職務範囲もそれぞれ異なる。つまり、多元的保護をとるわが国のように、三類型に区分して類型ごとの職務領域をあらかじめ決定しておくのとは違い、世話が必要とされる場合、個々人にとって必要な範囲が個別的具体的に決定され、世話人の職務範囲となるのである<sup>35)</sup>。したがって、世話人の職務範囲はそれぞれ異なることになる。

さらに、世話の存続期間であるが、世話が不必要になれば廃止され、世話職務の一部が不必要になれば縮小されるのはもとより<sup>36)</sup>、世話の期間は必要な程度を越えてはならないとされる。また、個別的には世話人が選任される際には期間を定めて選任されなければならない、この期間は5年を超えてはならない（非訟事件手続法69条1項5号）。

その上に、2項第2文の補充性の原則により、たとえド民1896条1項の要件を満たす者であっても、他の援助、たとえば予防的代理権<sup>37)</sup>や親族、隣人等の援助が適切に行われている場合は、世話は開始されない。世話は他の援助の補充であることを明確にするものである。これらの両原則は、世話制度が当該者の必要なだけの支援として構想されていることを表している。

したがって、本人が世話人を提案する場合は、本人の福祉に反しない限り、後見裁判所はその提案に応じなければならない、世話に関しての希望には本人の福祉に反せず、世話人のできる限りで、応じなければならない（ド民1901条2項）。なお、ド民1897条4項により特定の者を選任しないよう提案する場合にも、これに配慮しなければならない。法定の世話制度であるが、そこではできる限り本人の希望に沿うことができるよう設計されている<sup>38)</sup>。

このように世話制度の対象者であっても、できる限りその意思は尊重されるが、被世話人は法律行為にまったく制限が設けられていない、ということではない。通例、世話人には職務範囲内で法定代理権が与えられるが、後見裁判所は、本人の「身上あるいは財産に関し著しい危険を回避するために必要な限りで」、被世話人の意思表示に対し、世話人の職務範囲内で事前の同意を必要とすることを命じることができる（同意留保 Einwilligungsvorbehalt）（ド民1903条1項）。本人保護の観点から命じられる同意留保ではあるが、同意留保の命令は強力な介入につながるので、「著しい」危険だけが考慮され、軽微な財産的損害の危険は、同意留保を正当化しないとされる<sup>39)</sup>。またこれは、婚姻能力および遺言能力への包括的效果は持たない（ド民1903条2項）。日常生活に関する事務につい

ても、同意留保から除外されている（ド民1903条3項）。

ドイツの成年後見制度における基本的な骨格は以上の通りであるが、制度全体が必要性の原則と補充性の原則に貫かれているところにその特徴をみることができよう。ここには、国家による個人生活の領域への干渉は必要最小限にとどめる、という思想をみることができる。これは、個人生活の領域では自らの問題は自らが決めるべきであり、それぞれの自律にまかせるべきである、とする近代法の私的自治の原則と共通する、あるいは私的自治の原則を継承する考え方である。

しかし、私的自治の原則を担うべく期待されている法主体とは、自らの最良の判定者たる自由で独立した人間、理性的で合理的な判断力をもつ強い人間である。それに対し、成年後見制度がその対象とするのは、精神的障害か身体的障害を有し、そのことによって自己の事務の全部又は一部を処理することができない成年者である。近代法では自己決定し得る能力を持たない人間は、行為能力を奪われた上で保護されていたが、成年後見制度は、いわゆる社会的に弱い立場にある人々を対象としながらも、近代法の主体となり得る強く賢い人間像の持つ自律を目指しているのである。どのように考えることによって、障害を有し自己の事務を処理できない者が、近代法における強く賢い人間のみが有していた、自らのことを自らが決めるという権利を得ることができるのだろうか。本人保護と自己決定尊重の調和を考える上で、ドイツにおける成年後見制度における法理を考察しておくことは、必要な作業であろう。

### 3 関係性への権利論

ドイツにおける世話制度において、その法理を考察するための手がかりは旧法の批判の中に見出されるように思われる。旧法の批判を克服しようと試みることから新制度が構想されたと思われるからである。すでに記したように、旧法の批判は、当該者の人権侵害についての批判が主たるものである。その代表的な考え方は、行為剥奪宣言を受けた場合、当該者には残存能力があり、個々の事例では理性的な意見が述べられるにもかかわらず、自動的な法的効果として行為能力が奪われてしまい、当該者の意思は考慮されない。このことは、結果的に本人にレッテルを貼り差別をすることに繋がる、ということであった。

このような批判が、制度変更の契機となったということは、多くのいわば社会構成員の考え方が、制度自

体もっていたそれ以前の障害者に対する権利についての考え方に変更を迫り、改正へと導いたことを意味しよう。この現象は、フェミニスト法学者でハーバード大学教授のマルタ・ミノウの関係性への権利（The Rights in Relationship）<sup>40)</sup>での主張に共通する点があると思われる。

ミノウによれば、法規則では各個人と他人との間には明白な境界が存在することが前提となる。境界は、個人と他人、あるいは正常なグループと異常なグループとの区分化を生じさせることになるのであるが、しかしその境界は、自然に作られたものではなく、社会的共同的な産物であり、人々の関係性によって形成されるものであって、固定されたものではないのである。さらに、ミノウは、その関係性の中に内包されるものとして権利を考える。権利を、「共有する対話の道具」と捉え、それぞれの状況の文脈の中で境界を再定義する契機として働くもの、と考えるのである。したがって、個人が権利を行使することもまた、単独の行為ではなく、個人の権利を認めそれを実施する周囲の人々や共同体を前提としてのものである<sup>41)</sup>。

ミノウの主張に依拠するならば、逆に、当該社会の人々が支援することで、社会的な弱者である障害者であっても、個々人は権利を行使することができ、自律を目指すことができるということになる。その対象者が障害を有するため、社会的な弱者としてレッテルを貼られ、差別の対象になっていたことへの旧制度の批判にみるように、ドイツの成年後見制度は、法律関係において固定的に両者を区別することによって、レッテルを貼って差別することを極力排除しようとの姿勢を持つものである。そのことは、たとえば、ピーンバルトによって、世話は無能力の宣告を下す法律関係ではなく、ただ支援するだけの法律関係として構想されている<sup>42)</sup>と指摘されていることから窺うことができるし、具体的には、世話人が任命されても、本人の行為能力には何の変化もない、ということからも知ることができる。

制度のもつこの基本的姿勢にも、ミノウの関係性への権利論の主張と共通する観点が見られ得るが、もしミノウの主張に依拠して、ドイツの成年後見制における法理を捉えることができ、本人保護と自己決定尊重との調和について考えることができるならば、制度としての規制を最小限にとどめた上で、それぞれの状況の文脈において具体的实际的に考えるより他に適切な方法はない、ということになる。それぞれの生活の違いや本人の持つ障害の程度により、本人を取り巻く状況は種々様々であるので、それに対する世話人の行

為に対しても、自己決定尊重と本人保護との調和は一方には捉えられ得ないだろうからである。だが、双方の調和が保たれるための条件を整えるのに必要な手続きならば、あらかじめ規定することができると思われる。そしてそのような手続きとして、制度を貫く必要性の原則と補充性の原則、並びに本人の意思の尊重、そして極めて大きな危険のある場合に必要な限りでの同意留保を挙げることができよう。

しかし、ドイツとわが国では状況が異なり、成年後見制度も同じ土壌では論じられないことは明らかである。また、社会的な弱者の権利を巡る法理念も、合理的で強い人間を法主体としている近代法からミノウの述べる関係性への権利論へと直接的に明確に変化してきたわけではない。社会的に弱い立場にある人々を巡ってどのような社会的アプローチが、現在までに展開され、現在もなされているのかを概略だけでも確認することは、翻ってわが国の成年後見制度の法理念を理解するためにも必要な作業であるように思われる。そこで、ミノウに依拠してかかる法理念の種類ならびにその変遷をみておきたい。

### 成年後見制度における法理

#### 1 障害者に対する社会的アプローチの種類と変遷

ミノウは、障害者等の社会的に弱い立場にある人々を特徴づける差異に注目し、差異に対する社会的アプローチを大きく三つに類型化する。

ミノウによれば、近代において自律原理が確立されるけれども、その一方で、物事を判断するために必要な能力に欠ける、ないしは経済的社会的に他者に依存していると見なされることによって、ある種の人々（子供、既婚女性、奴隷、召使、徒弟、最貧困層民、精神障害者）は、自律原理の例外として排除された。つまり、法的取り扱いにおいて有能と無能とに二分された上で、有能な者は責任と権利を有するが、無能な者は行為能力を持たず保護を受けるという区別がなされたのである<sup>43)</sup>。

ミノウはこの考え方を異常人アプローチ（The Abnormal-Persons Approach<sup>44)</sup>と呼ぶが、それに対し、1950～70年代にかけて精神障害者のために現れたのが、権利分析アプローチ（The Rights-Analysis Approach<sup>45)</sup>である。権利分析アプローチは、法的権利は全ての個人に適用される、という観点を出発点とする。社会の構成員であれば、各個人は「同じ」ように扱われる権利を持つのである。この考え方は、「ノーマライゼーションの原則」と相俟って精神障害者の教育化や脱収収容に多大な貢献をする。しかしミ

ノウはこの「同じ」という考え方が混乱を招くという。つまり、他の人々と同様に扱うことを要求する一方で、他の人々とは異なった特別なケアを要求することがどうしてできるのか、と疑問を呈するのである。また他方では、権利分析アプローチが、人々の類似性に基づいた自律を前提とし、正常と異常という区別を繰り返し、差異のジレンマへとわれわれを追い込む前提を永続化する、とも指摘している。ミノウによれば、せいぜい権利分析アプローチは、差別の目的で歴史的に用いられた類型に対し懐疑的な見方を提供し、差異を指示する背後にある敵意と無思慮性を暴露しようとするにすぎないのである<sup>46)</sup>。

これら二つのアプローチに対して最も新しい社会関係的アプローチ（The Social-Relations Approach<sup>47)</sup>は、人間は、自律した個人という法的地位を有しながら基本的に分離しているのではなく、人々の関係性の中において生きていくと考える。社会関係的アプローチの焦点は、差異は異なった人の中にだけある、という概念に疑いを投げかけることである。すなわち、差異の属性は、分類する人々や標準として人格の一つの型を奉る制度の力を隠している、と考えるのである。したがって、社会関係的アプローチは、関係性の視点から差異を分析しようとする。また、抽象性ではなく、文脈や特殊性に焦点を当てようとし、カテゴリーによる解決には抵抗する<sup>48)</sup>。だがミノウによれば、文脈や特殊性に焦点を当てることは、規定することが難しいということに繋がる。また、相対主義に繋がりがやすくもある。あるいは、関係的思考は、背後にある権力構造が変わらないままであるならば、弱者にとって危険なものになるであろうと指摘もなされる<sup>49)</sup>。

これら三類型に分かれるアプローチについては現在も、異なっているとされてきた、ないしされ得る人々の処遇に関し、法的論議がなされ続けているとされる<sup>50)</sup>が、これらのアプローチを検討した後、ミノウが構想するのは、上述した関係的アプローチと権利分析的アプローチの統合としての関係性への権利論である。それは、関係性に光明を投じる道具として権利を再形成するものであって、権利を切り札的に用いるのではなく、コミュニケーションの道具として用いるものである。

以上、ミノウによって、社会的に弱い立場にある人々に対する社会的アプローチとして、関係性への権利論を含めて四つの型が挙げられている。この四つの型の中に、わが国の成年後見制度の法理念がすっきりと収まるわけでもないであろうが、これらを手がかりにして、わが国の成年後見制度の法理について検討を



することはできるように思われる。

## 2 わが国における成年後見制度の法理念

わが国の成年後見制度では、後見と保佐においては審判後に定型的に法定の保護が付されるという点で、旧禁治産・準禁治産制度にほぼそのまま対応する。このことは、後見と保佐については、従来の禁治産・準禁治産の考え方をそのまま継承したことを意味することになる。

従来の法定後見については、安永正昭によれば、まず契約の締結にあたり私的自治の原則があり、自分で自分のことが決定できる能力のある者については、その決定に拘束され、他方、その能力のない者、あるいは、能力のない状態（意思無能力）で行った決定には拘束力を認めない（無効）。しかし、この原則は個別のケースごとに判断適用されるので、有効か無効か不確定である。そこで、この不便さを避けるため、制度として、判断能力の十分でない者を定型化して保護する行為無能力者制度が設けられた。そして、禁治産・準禁治産のレッテルを貼ることで取引の安全にも配慮できるとされた<sup>51)</sup>というものである。

従来の禁治産・準禁治産がこの法理のもとに構築され、その思想を後見・保佐が継承したのであれば、この考え方はミノウの分類による異常人アプローチということになろう。異常人アプローチは、法的処遇において有能と無能の二分割が行われ、有能な者は責任と権利を有するが、無能な者は行為能力を有せず、保護を受ける存在と考えるからである。

しかし、成年後見制度はそれに加え、後見・保佐では日常生活に関する範囲内で行為能力は制限されないこと、保佐では代理権付与の場合に本人の申請または同意を必要とすることなどが新しく規定された。また、新設された補助においては、さらに保護を受ける範囲と態様を本人が選択することができる。これは、制度内で自己決定の尊重理念と呼ばれているが、成年後見制度対象者であっても、保護するだけでなく本人の自律を尊重することもまた必要であるとの思想に基づくものであろう。これは、自己決定権を始め、法的権利は全ての個人に適用されると主張する権利分析的アプローチに共通する考え方である。

それでは、人々の関係性を前面に持ち出す社会関係的アプローチ、あるいはミノウが主張する関係性への権利論についてはどうであろうか。われわれは決して一人で生きているのではなく、社会の中で共同して生きていることを考えれば、成年後見制度においても相互関係的なアプローチがあってもいいはずである。だ

が、他方では法的規律は抽象性を要求するものであり、それに対し関係的アプローチは、抽象性ではなく、文脈や特殊性に焦点を当てようとする点から見ても、法的規律として構想している限り、この考え方は成年後見制度には見当たらないようである。

これらのことから、成年後見制度においては、異常人アプローチに加えて権利分析的アプローチについても考慮されている、と考えることもできよう。この法理のもとで、本人保護と自己決定の尊重の調和をどのように考えることができるのだろうか。

## 3 本人保護と自己決定の尊重の調和

成年後見制度においては、旧制度に較べて自己決定の尊重理念が図られているだけでなく、本人保護の面でもその強化がなされている（ - 3 参照）。たとえば、保佐にあっては、保佐人は従来の同意権に加え取消権を授与されることになった。また本人の申請又は同意を要件として代理権付与も認められた。保佐の実効性を高めるという要望に沿う変更であるが、この変更は保佐人による被保佐人の保護強化であり、自己決定の尊重という考え方は後退しているように思われる。被保佐人の意思より保佐人の判断が優越するからである。この保佐人の権限強化とバランスをとるようになり、被保佐人の利益を害さないにもかかわらず、保佐人が同意をしない場合、被保佐人の請求により、家庭裁判所が許可を与えることができるようになった（12条3項<sup>52)</sup>）。

この事例からも窺うことができるように、成年後見制度は、本人の保護と自己決定の尊重の両方を促進するにあたって、その釣り合いを念頭に置きつつ構想されたと考えることができよう。言い換えれば、区別をし能力を奪った上で保護をする異常人アプローチの強化と、判断能力の劣る個人であっても、健常者と同等の自己決定権を保障しようとする権利分析的アプローチの導入を図るにあたって、そのバランスを考慮したということにもなる。

しかしながら、ここで異常人アプローチに入れられた本人の保護は、実は必ずしも自己決定の尊重と相反しない場合があるのである。吉村良一によれば、保護には個人の自己決定を阻害する一方的な保護と、自己決定権を保障するための保護とがある。後者について、吉村の説明は次の通りである。

自己決定が語られる場合、その人間間は、人的、経済的、社会的能力において様々な「ありのままの個人」として捉えられ、このような「ありのままの個人」の自己決定をどう保障するかという形で議論がな

される。たとえば、業者に対し経済力や交渉力に劣り、十分な情報を有するとはいえない消費者は、消費者取引を適正にするための様々な措置や業者に対する法的規制がなければ、自己に不利な契約を事実上強いられる可能性がある。

また、もし労働時間や残業について一切の規制がなければ、使用者に対し弱い立場にある労働者には、過労死につながるような長時間労働を自己決定として行うという可能性もある。このように、消費者や労働者等を弱者としてとらえて、その利益を保護することだけが重要なのではなく、これらの者が自立した人間として自己決定権を行使し、そのことによって自らの利益を実現しようとする、「支援」のための措置こそが必要である<sup>53)</sup>。

吉村に依拠すれば、自己決定を支援するという機能を果たす保護は、異常人アプローチにおける保護ではなく、むしろ自己決定をなし得る条件を作るという意味で、権利分析的アプローチに組み入れるべきであろう。だが、成年後見制度は、とりわけ判断能力が十分でない成年者をその対象とするので、自己決定のできない状況につき、自己決定支援を考慮しない本人の保護のための保護がぜひとも必要な場合がある。たとえばその可能性として、後見人と保佐人による同意権・取消権、あるいは代理権の行使が挙げられるが、その場合に注意しなければならないのは、保護という名のもとに本人の権利を侵害することもまたあり得ることである。その意味では同意権・取消権と代理権の後見人への付与、あるいは同意権・取消権の保佐人への付与は最小限に留めることが望ましいが、今回の改正ではこれらについては旧制度が継続された。このことは、本人保護と自己決定の調和を考察する上でも残念なことである。

#### おわりに

ドイツの成年後見制度と、ミノウに依拠して、成年後見制度における法理を検討することを通して、わが国の成年後見制度における自己決定の尊重と本人保護との調和とは何を意味するのかについてみてきた。ドイツの成年後見制度との関係においては、ミノウの関係性への権利論と共通する法理をもって構想されたドイツの成年後見制度と、異常人アプローチに加えて権利分析的アプローチが採られたわが国の成年後見制度とは、異なる価値観の中で表面上の制度のみを評価することとなり、その比較は困難であり、あまり意味のないものであるようにも思われる。

しかしなお、わが国の成年後見制度における法主体

としてわれわれは、立法者によって構想された成年後見制度とは別に、法理念の変更をも含めた、自分たちが利用したいと思う後見制度を提案してもよいのではないと思われる。そうであれば、線引きをされ類型に組み入れられるのではなく、それぞれの具体的な状況の中で文脈に応じた必要なだけの援助を受けたい。たとえば、田山輝明は社会生活について論じる際に、「意思能力があるか否かは、一人一人について個別具体的な行為との関連において判断されなければならない」と述べた上で、成年後見の立法提案として、必要性の原則と補充性の原則とをその基本原則の一つに挙げていた<sup>54)</sup>。既述のように、今回の改正で現状の家庭裁判所の機能配慮など、諸般の事情から各人に応じた一元的な保護体制が見送られたことは、やはり残念である。

確かに、わが国の成年後見制度には、従来の本人の財産保護のみが目的にされていた保護制度から較べると、自己決定尊重の理念が導入されたことにより、本人の権利への配慮が窺われる。しかし、権利分析アプローチにみられるように、人々の類似性に基づいた自律を前提とする以上、そこでは正常と異常という区別をなすことになる。区別が、烙印を押す危険性を有し差別に繋がりがやすいのは、これまでよく経験してきたことである。そこで、人々は様々に異なっており、その差異は少なからず社会的に構成されたものであって可変的であるという考え方のもとで、個別的な事例ごとに各人の判断能力の程度や保護が必要な範囲を判定する必要があるのではないだろうか。

そうであるとすればこのことは、制度を運用していくにあたって、法的規制を最小限に留め、家庭裁判所にその中心的役割を担わせることを意味する。そのためには、現状の家庭裁判所の機能では実現が不可能であるならば、機能拡充を図ることが必要であろう。家庭裁判所の機能が充実すれば、個々の事例の様々な文脈や特殊性に対応して、それぞれに必要なだけの援助を指示することも可能であろう。

その意味では、現在行われようとしている司法改革に期待するものである。よりよい成年後見制度を目指すためには、遠回りのようには思われてもまず、裁判所の機能を一層充実させることが先決である。

#### 註

- 1) 小林昭彦：成年後見立法の背景（2立方過程）、新井誠編，成年後見，3，有斐閣，東京，2001
- 2) 2000年4月から2001年3月までの後見開始審判申立は7451件（前年同時期の禁治産申立の約2.5倍）

保佐開始審判申立は884件（前年同時期の準禁治産申立の約1.3倍）、補助開始審判申立は621件、任意後見監督人選任の審判申立は51件、任意後見契約締結登記は801件である。また、2001年4月から2002年3月までの後見開始の審判申立は9297件、保佐開始審判申立は1043件、補助開始審判申立は645件、任意後見監督人選任の審判の申立は103件、任意後見契約締結の登記は1106件となっている。2000年4月から2001年3月までについては、最高裁判所事務総局家庭局：成年後見関係事件の概況・ジュリスト（特集成年後見制度1年）、No.1211, 34-48, 2001。2001年4月から2002年3月までの詳しい資料は <http://www.courts.go.jp/>

- 3) 赤沼康弘：成年後見制度定着のための課題・ジュリスト,(前掲註2)) 59
- 4) 民法学者広中俊雄によれば、明治期の民法制定当時に禁治産を総則編に収めるか、親族編に収めるかという議論の際、梅謙次郎は「…禁治産者ノ後見ト云ウモノハ…財産上ノモノテアル禁治産者ノ知覚精神ガ錯乱シテ居ルカラ其者ノ財産ヲ誰カ代ッテ視ル者ガナケレバナラヌ…」という発言をし、禁治産制度が財産保護の制度であることを明らかにした上で、禁治産者の行為能力規定を総則編に収める主張をしている。広中俊雄：成年後見制度の改革と民法の体系(上)・ジュリスト, No.1184, 98, 2000
- 5) 法務省民事局参事官として立法を担当した小林昭彦は、成年後見制度は、「むろん、その判断能力を補うことによって、その判断能力の不十分な者の生命、身体、自由、財産等の権利を擁護することを目指している」と述べる。小林昭彦：成年後見制度の概要・判例タイムズ, No.1030, 37, 2000
- 6) たとえば、成年後見制度と立法過程～星野英一先生に聞く・ジュリスト, No.1172, 4, 2000 座談会 成年後見制度と地域福祉権利擁護事業——その制度と運用をめぐって(小林昭彦発言)・判例タイムズ,(前掲註5)), 9 小林昭彦：成年後見立法の背景(2立法過程)・新井誠編, 成年後見,(前掲註1)), 3 内田貴：民法I[第2版]補訂版・103, 東京大学出版会, 東京, 2001。また、法務省民事局内に設置された「成年後見問題研究会」の座長、星野英一は、「理念としての人の自律・自己決定は…新しい理念として強調する必要があります。ただ、改正法の理念として従来の理念に全面的に取って代わると言えるかが問題になってきます。報告書は、従来の理念である「本人の保護」も考慮する必要があり、相手方の(取引安全の)保護も、民

法の他の箇所との均衡を考えると、捨てることはできない、としています」と述べていた。星野英一：民法典の100年と現下の立法問題(中)・法学教室, No.211, 42, 1998

- 7) 改正作業において星野英一は、基本的にはフランス(1968年)、オーストリア(1983年)、カナダのケベック州改正法(1990年)を参考にし、ドイツ(1990年)の趣旨をできるだけ汲みつつ作業を行ったと述べる。わが国の成年後見制度では、本文から理解されるように、全体の構造としてはドイツ方式を採っていない。成年後見制度と立法過程～星野英一先生に聞く・ジュリスト,(前掲註6)), 4
- 8) 旧859条1項では「後見人は、被後見人の財産を管理し、又、その財産に関する法律行為について被後見人を代表する」と規定されている。
- 9) 保佐人の同意を要する9項目の行為は、以下の通りである。「(1)元本ヲ領収シ又ハ之ヲ利用スルコト、(2)借財又ハ保証ヲ為スコト、(3)不動産又ハ重要ナル動産ニ関スル権利ノ得喪ヲ目的トスル行為ヲ為スコト、(4)訴訟行為ヲ為スコト、(5)贈与、和解又ハ仲裁契約ヲ為スコト、(6)相続ヲ承認シ又ハ之ヲ拋棄スルコト、(7)贈与若クハ遺贈ヲ拒絶シ又ハ負担附ノ贈与若クハ遺贈ヲ受諾スルコト、(8)新築、改築、増築又ハ大修繕ヲ為スコト、(9)第六百二条ニ定メタル期間ヲ超ルコト賃借借ヲ為スコト」(旧12条1項)。さらに、同2項により、「家庭裁判所八場合ニ依リ…前項ニ掲ケサル行為ヲ為スニモ亦保佐人ノ同意アルコトヲ要スル」宣告をすることができた。
- 10) 田山輝明：成年後見法制の研究・上巻 34, 成文堂, 東京, 2001。だが、田山はそれに引き続き、「しかし、行為能力を制限せずに保護する方法も、本人の人権保護という観点から検討すべき段階にきている」と指摘する。
- 11) 安永正昭：成年後見制度<sup>(1)</sup>・法学教室, No.236, 44-45, 2000。その他に安永によって、家庭裁判所への宣告の申立権者が限定されている、という問題点も指摘されていたが、これに関しては申立権者として、民法中の規定ではないが、新たに市町村長に申立権を認めることで、補正が図られた(老人福祉法32条、知的障害者福祉法27条の3、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律51条の11の2)。
- 12) 新井誠：意思能力・行為能力・法学教室, No.235, 9, 2000
- 13) 田山輝明：後見法の部分的崩壊と新しい法理念の生成・田中成明編, 法学の根底にあるもの, 348,

- 有斐閣，東京，1997
- 14) 安永正昭：成年後見制度(2)．法学教室，No 237，56，2000 ．なお、安永は社会類型的行為の例として電気・ガスの供給を受ける、電車・バスに乗る等を挙げ、その有効性の議論とは発想が違うことに注意を促している。
- 15) 田山輝明：民法総則．48，成文堂，東京，2000
- 16) 岩井伸晃：法定後見制度と任意後見制度．新井誠編，成年後見，(前掲註1))，20
- 17) 磯村保：成年後見の多元化．民商法雑誌，122号，479，2000
- 18) 岩井伸晃：法定後見制度と任意後見制度．新井誠編，成年後見，(前掲註1))，15
- 19) 安永正昭：成年後見制度(3)．法学教室，No 238，46 - 47，2000
- 20) 田山輝明：成年後見法制の研究・上巻．(前掲註(10))，172
- 21) 安永正昭：成年後見制度(3)．(前掲註19))，46 - 47
- 22) 磯村保：成年後見の多元化．(前掲註17))，475
- 23) 制度の利用主体を、後見、保佐、補助といった区別をせず、一種類の世話人(広義の後見人)のみを前提としていることから一元的と呼ばれる。それに対して、二ないし三類型において捉える場合は多元的と呼ばれる。田山輝明は一元主義につき、「私はむしろ無限(または非類型)主義と呼ぶほうがよいと思っている。なぜなら、各本人の必要性に応じて無限の種類の権限を有する世話人が選任されるシステムだからである」と述べる。田山輝明：法定成年後見制度の比較法的検討——新成年後見制度への影響．判例タイムズ，(前掲註5))，112
- 24) 座談会 成年後見制度と地域福祉権利擁護事業制度と運用をめぐって(高村浩発言)．判例タイムズ，(前掲註5))，13 またこの中で、道垣内弘人は、行為無能力制度はたとえば、ボートの免許取得の基準となっているとの例を挙げ、民法の行為無能力者制度は民法だけの問題にかかわっているのではない、述べている(11頁)。
- 25) 旧来の状況についてはさしあたり、Bienwald, W. : *Betreuungsrecht*. 1-6, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1994 田山輝明：成年後見制の研究・下巻 251 - 262 成文堂，東京，2001 ドイツ成年後見法研究会(神谷遊執筆)：ドイツ成年後見制度の改革(一)．民商法雑誌，105巻 574 - 587，1992 等参照。
- 26) 世話法は、世話関連費用の高騰による財政破綻の危機のため、1999年に施行後初めて改正された(世話法改正法)。以下では改正後の条文を示す。なお、世話法改正法についてはとりあえず、Dodegge, G. : *Das Betreuungsrechtsänderungsgesetz*. NJW, 42, 3073-3078, 1998 Wagenitz, T., Engers, M. : *Betreuung-Rechtliche Betreuung-Sozial(rechtlich)e Betreuung*. FamRZ, 20, 1273-1280, 1998 上山泰：ドイツ世話法改正について上・下．法律時報，71巻12号，74 - 79，1999・72巻2号，54 - 60，2000等参照
- 27) 行為能力について定めたド民旧104条では「(1)7歳になっていない者、(2)自由な意思決定の余地もなく精神活動の病的障害の状態にある者で、その性質が一時的でない場合、(3)精神病のため行為能力剥奪の宣告がなされた者」を行為無能力と規定する。
- 28) ド民旧114条によれば、「精神耗弱、浪費、飲酒癖、あるいは麻薬中毒によって行為能力剥奪の宣告がなされている者は、...行為能力から見て満7歳以上の未成年者と同等」であった。満7歳以上の未成年者は、ド民106条により「行為能力において制限される」。
- 29) 田山輝明：成年後見法制の研究・下巻．(前掲註(25))，258 - 259
- 30) また、ド民1915条1項には「監護には後見に適用される規則が相応じて適用される」という文言もみえる。
- 31) 民法典制定当時の1900年にすでに、高等裁判所(Kammergericht)はド民旧1910条による監護は、行為能力のある人物のみが考慮対象ではない、との判決を下していた。それ以後、大審院(Reichsgericht)でも確認されたこの考え方を拠り所として、実務においても監護制度は後見制度の代替的な役割を果たしていた。Bienwald W., a. a. O., 4 田山輝明：成年後見法制の研究・下巻．(前掲註25))，255 - 258
- 32) Bienwald, W., a. a. O., 5-6. なお、Bienwaldはその他に、立法者は財産管理については詳細に規定したが、身上配慮については欠如している。一時的な状態の規則のみが考えられている暫定的後見が、実務では時折継続的制度の役割を果たしている。名誉職的な後見人と監護人の数が決定的に不足している、等を挙げている。
- 33) ド民104条では、旧本条から行為無能力者の要件の一つである(3)が削除された。したがって、本条では行為無能力者として(1)の7歳未満の未成年者と(2)のいわゆる自然的行為無能力者が規定されている(前掲註27参照)。
- 34) ドイツの世話法に関しては非常に多くの紹介があ

- るが、ここではさしあたり、Bienwald, W. :  
 Betreuungsrecht. Verlag Ernst und Werner Gieseking,  
 Bielefeld, 1994 ドイツ成年後見法研究会：ドイツ成  
 年後見制度の改革(一)・(二)・(三)・  
 (四). 民商法雑誌, 105巻, 572 - 596, 1992・105  
 巻, 850 - 873, 1992・108巻, 462 - 478, 1993・109  
 巻, 353 - 379, 1993. 田山輝明：成年後見法制の研  
 究・下巻.(前掲註25))を挙げておく。
- 35) Schwab, D. : Familienrecht. 11. Aufl., 368, C. H.  
 Beck, München, 2001
- 36) したがって、それらの場合は遅滞なく後見裁判所  
 に通知しなければならない。逆に、世話範囲の拡  
 大、ないし他の世話人選任の必要性等についても同  
 様である(ド民1901条4項)。
- 37) わが国の任意後見に類似した制度であるが、予防  
 的代理権については、MüllerFreienfels, W. : Die  
 AltersvorsorgeVollmacht. Hrsg.Horn, N., Europäisches  
 Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart-Festschrift  
 für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, BandII, 395-422,  
 C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1982  
 Walter, U. : Die Vorsorgevollmacht. Verlag Ernst und  
 Werner Gieseking, Bielefeld, 1997 Walter, U. : Das  
 Betreuungsrechtsänderungsgesetz und das Rechtsinstitut  
 der Vorsorgevollmacht. FamRZ, 11, 685-695, 1999  
 Bühler, M. : Vollmachtserteilung zur Vermeidung einer  
 Betreuerbesetzung. FamRZ, 23, 1585-1597, 2001 神谷  
 遊：任意後見の比較法的検討。判例タイムズ,  
 No.1030, 125 - 133, 2000 拙稿：任意後見制と  
 法。近畿福祉大学紀要, Vol.1, 10 - 19, 2000等参  
 照
- 38) 新井誠はこの規定について「法定代理の任意代理  
 化」と呼んでいる。新井誠：高齢社会の成年後見法  
 [改訂版]30 - 35, 有斐閣, 東京, 1999
- 39) Vahle, O. : Erwachsenenschutz im belgischen und  
 deutschen Recht. 123-124, Peter Lang, Frankfurt am  
 Main, 2001 ドイツ成年後見法研究会(山口純夫執  
 筆)：ドイツ成年後見制度の改革(二). 民商法雜  
 誌, 105巻, 868, 1992
- 40) Minow, M. : Making All the Difference-Inclusion,  
 Exclusion, and American Law. Cornell University Press,  
 New York, 1991 ミノウの本書の紹介としては、大江  
 洋：権利と関係性。立教法学, Vol 53, 149 - 178,  
 1999
- 41) 拙稿：自己決定「権」と関係性。近畿福祉大学紀  
 要, Vol 2 51 - 52 2001
- 42) Bienwald, W., a. a. O., 11
- 43) Minow, M., op. cit., 121-128
- 44) Minow, M., op. cit., 105
- 45) Minow, M., op. cit., 107
- 46) Minow, M., op. cit., 132-145, 107-110
- 47) Minow, M., op. cit., 110
- 48) Minow, M., op. cit., 110-111, 214-216
- 49) Minow, M., op. cit., 221-224, 227-229
- 50) Minow, M., op. cit., 215
- 51) 安永正昭：成年後見制度<sup>(1)</sup>。(前掲註11)), 43
- 52) 磯村保：成年後見の多元化。(前掲註17)), 484 -  
 485
- 53) 吉村良一：自己決定と法を考える。西谷敏,  
 笹倉秀夫編, 新現代法学入門, 9 - 14, 法律文化  
 社, 京都, 2002
- 54) 田山輝明：後見法の部分的崩壊と新しい法理念  
 の生成。(前掲註13)), 349, 363 - 364