

任意後見制と法
－ウテ・ヴァルター（ドイツ）
「世話法改正法における予防的代理権の法制度」を手がかりに－

平 田 常 子

Voluntary Guardianship and Law
－Ute Walter (Germany) "Das Betreuungrechtsänderungsgesetz und
das Rechtsinstitut der Vorsorgevollmacht"－

Tsuneko HIRATA

In Germany, "Betreuungsgesetz" came into effect from 1992, and the system of care was established. The system consists of the principle of necessity and the subsidiary principle. Even though care is needed, if other measures exist—for instance, an appointment of a voluntary attorney by a care-recipient—care by the law is exempted. A voluntary attorney takes precedence over a legal guardian. But the provision for a voluntary attorney was not provided in the law.

In the "Betreuungsrechtsänderungsgesetz", which was amended in 1999, new provision for a voluntary attorney was added. In the provision, a voluntary attorney's agreement on medical treatment and deprivation of freedom is as equally valid as a legal guardian under the permission of a court. In this case, a written assignment to a voluntary attorney by a care-recipient must be presented and such treatments must be expressly provided in the text.

In this way a voluntary attorney is given the same competence as a legal guardian. From the legal point of view, however, they are not equally handled. The legislators ask care-recipients to determine by themselves what part of agency they assign to the voluntary attorney.

Thus, the legislators are faced with a difficult problem how they may harmonize the personal rule of self-determination with the rule of law which forcibly regulates the society.

J. S. Mill developed the difficult issue in his work "On Liberty (1859)", as a matter of interference in personal liberty by legal authority. After that, the issue has been discussed in various ways and has become the legal subject on what the role of the law should be.

The legislators of the "Betreuungsrechtsänderungsgesetz" have to cope with this issue, but their attempts have just begun. In Japan, the Adult-Guardianship was established on April 1, 2000. Since the law contains both legal guardianship and voluntary guardianship as the supplementary system, we cannot be free from the discussion about legal compulsion (legal authority) versus self-determination (personal liberty).

Key words : the Adult-Guardianship, legal guardianship, voluntary guardianship, self-determination, law
成年後見制度, 法定後見, 任意後見, 自己決定, 法律

はじめに

2000年4月1日よりわが国で施行されている成年後見制度は、従来の民法の禁治産、準禁治産制度が全面的に改正された法定後見制度と、将来判断能力の衰えた場合に備えてあらかじめ結ばれる、後見事務について代理権を付与する委任契約である任意後見制度の二つの体系から構成されている。そのうち、今回新しく創設された任意後見制度は、「任意後見契約に関する法律」(「任意後見法」)第2条1号によれば、「委任者が、受任者に対し、精神上の障害により事理を弁識する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、その委託にかかる事務について代理権を付与する委任契約」であり、「任意後見監督人が選任された時からその効力を生ずる旨の定めのあるもの」と規定されている。

これら両制度のうちでは、成年後見制度の基本理念の一つとして「自己決定(自律)の尊重」¹⁾が挙げられることから明らかなように、任意の委任契約である任意後見制が法定後見制に優先されている。だが、施行されてまだ日が浅いためか、成年後見制度はまだあまり広く理解されているとはいえない状況のようである。

わが国の成年後見制度に先行しているドイツでは、1900年の民法典施行以来の法改正が1992年1月1日に施行され、新しく世話制度(成年後見制度)が創設された²⁾。この世話制度は、私的自治の原則を前提にして³⁾「本人の権利への干渉はそれが必要である限りにおいてのみ許される」⁴⁾という「必要性の原則」をその構築のための理念上の柱としている。この理念は賛意を持って受け入れられ、一定の成果を挙げ社会に定着すると同時に、その急激な普及により運営上の批判、とりわけコスト面の膨張による批判を浴びてきた⁵⁾。このコスト面からの批判に答えるとともに、従来の世話をその理念にふさわしく機能させるため⁶⁾、再度1999年1月1日に世話法改正法が施行された。改正法の重点は、世話の関連費用ならびにその報酬体系の変更にあるが、その中には任意後見制度の中核となる予防的代理権のいくらかの変更点も含まれている。この予防的代理権の変更点はわずかとはいえ、現在の世話制度と予防的代理権とをいかに調和させるか、という課題に取り組んだ立法者の姿勢が直接現れたものである。

本稿では、とくに世話法改正法のうち予防的代理権制度(任意後見制度)について論じたドイツ・レーゲ

ンスブルク大学のウテ・ヴァルターの「世話法改正法と予防的代理権の法制度」⁷⁾という論文(以下、本稿において本文中に括弧内に示す数字は当論文の頁数を示す)を手がかりにしながら、今回の予防的代理権に関する改正点から改正法の本質並びにその問題点は何かについて考察を行うことにしたい。そしてそのことにより、われわれにとってまだ馴染みの薄いわが国の任意後見制度をどのように考え、運営していくのか、あるいはそれはどのような問題を抱えているのかについて探りたい。

一 ドイツ世話法改正法の概要

(1) 改正以前の予防的代理権の状況とその問題点

1992年に施行された世話制度には、基本理念として前述の「必要性の原則」とその一環としての「補充性の原則」が掲げられている。これらの原則が挙げられたドイツ民法典第1896条2項によれば、「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」(「必要性の原則」)が、たとえ本人が「世話の必要性」の要件を満たしていても、「任意代理人」ないし「その他の援助」によって「世話人によるのと同様に適切に」本人の事務処理が行われている場合は、「世話は不要である」とされる(「補充性の原則」)(以下、本稿において本文中に示される条文は特に断りのない限り改正後のドイツ民法典の条文を示す)。

この条文から、法定後見人としての「世話人」は「任意代理人」ないし「その他の援助」の補充として考えられている、言い直せば「任意代理人」ないし「その他の援助」は「世話人」に優先されることがわかるが、この条文との関連でとりわけ「任意代理人」に関し念頭におかれるのは予防的代理権である。予防的代理権とはわが国における任意後見制にあたり、委任者が加齢等によって判断能力を喪失する事態に備えて、一定の代理権をあらかじめ授与しておくことである⁸⁾。この予防的代理人の世話人に対する優先についてヴァルターは、適時に信頼できる人物に委任された代理権は原理的に世話の回避に役立つとし、本人の立場と国家的な立場からその利点を指摘する。そのうち、本人の立場からの利点は、(1)本人の個人的な事柄に対する国家的な干渉を遠ざけておくことと、(2)費用のかかる世話手続きの必要がないことである。国家的立場からは、(1)後見裁判所の負担軽減に役立つこと、(2)原則として世話費用は個人負担であるが、本人が無資力の場合、世話費用は国庫の負担であったことから、国庫の負担が軽減されること⁹⁾、が挙げられている(685)¹⁰⁾。

予防的代理権が以上のような利点を持つにもかかわらず、ヴァルターは、世話を回避し、あるいは世話に置き換えようとするなら、それが個人的な援助であることから予防的代理権は法的な根本的問題と戦わなければならないとする(686)。というのも、予防的代理権制度の柱は個人的な信頼関係から結ばれる任意契約であることから、任意代理権制度は世話制度のような法的規制を受けないからである¹¹⁾。任意代理権は、委任時には委任者に行為能力のあることが必要とされ、委任の際には委任者は任意代理人に代理権限を付与するのはどの領域なのかを決定しなければならないことになっているが、しかし実際に重視されるのは委任者と任意代理人の「基本的関係」である。したがって多くの場合、両者の「基本的関係」にふさわしい内容を包括的に表現するといった様式で、任意代理人の法的許可が契約として取り決められていたのである(686)。

このことは前述のように、望まれない他からの干渉、とくに国家的干渉を遠ざけておくという利点を持つが、逆にその利点は、当人が無能力となり代理人が必要になった場合に、誰も任意代理人のコントロールをすることができないという欠点に繋がるということを意味する。ヴァルターによれば、その結果二つの問題が生じることになる。すなわち、(1)任意代理人についての国家的監督の基本的欠如と、(2)任意代理人にとって、生命にかかわる医療上の措置並びに自由剥奪措置(施設への収容および収容類似措置)においても代理行為が可能であるのか、またもし可能であるとすれば、それはどのような前提のもとでなのか(686)、という問題である。

この論議の過程では任意代理人の代理行為が有効であるかどうか不明とされ、この領域では予防的代理権は単独では使用せず、法定後見制度である「世話に関する指定」と組み合わせるという方策等が勧められていたようである¹²⁾。「世話に関する指定」とは、世話の手続きが開始される場合に備えた提案という意味であり、世話人等の選任あるいは世話の実行上の問題を指定するものである¹³⁾。つまりこの領域では法定後見人である世話人と任意の予防的代理人を併用することが推奨されていたことになる。

予防的代理権制度は任意契約であることから、その契約内容ないし契約範囲は代理人と被代理人との「基本的関係」をもとに包括的に定められることが多い。その場合、これまで予防的代理人がどのような内容・範囲で活用されるのか明確でないということに関連して、ヴァルターは上記の推奨策について、任意の代理権委任にとって医的侵襲及び自由剥奪措置という領域

で、そもそも推奨策をとらず世話人の任命を回避することが可能なかどうかは疑わしいという認識が浸透している、と指摘する(687)。この推奨策も、もとは、予防的代理権が法的制約を受けないと同時に法的権利も持たない、という理由から生じた問題に対応するために講じられたものであるが、多額にのぼる世話費用の原因の1つに繋がるものであった。

必要性及び補充性の原則に則って世話制度の本来的な機能を維持させることを主旨として、さらに世話関連の出費を制限するため世話法を改正するにあたって、ヴァルターによれば、予防的代理権に関しては以上のような課題が生じていたのである。この課題に対応して改正法ではどのような策が講じられることになったのか、次に見ていくことにしたい。

(2) 改正法における予防的代理権に関する部分の概要

1999年に施行された改正法のうちで、予防的代理権を対象とする変更点に関してヴァルターは4項目を挙げている。以下では、その4項目をヴァルターにしたがって補足しながら確認することにして(687-688)。

(1) 予防的代理権を広く奨励するための情報提供義務が規定された。すなわち、世話社団(Betreuungsverein)等として許可されるための要件として、「計画的に予防的代理権と世話に関する指定について情報を提供」することが付け加えられた(第1908 f条)。また、手続法上においては後見裁判所での本人の審問の場合、「世話手続きの枠内で適切な場合には予防的代理権の可能性とその内容について指摘すること」(非訟事件手続法新68条1項)とされた。

(2) 被代理人の「生命を危険にさらすような」「健康状態の検査、治療行為及び医的侵襲」と自由を剥奪する「施設への収容及び収容類似措置」への任意代理人の同意が有効であることを前提とした上で、その同意のためには後見裁判所の許可が必要とされることが新たに規定された(医的侵襲については第1904条2項、自由剥奪行為については第1906条5項)。これらの条項により、従来問題とされてきた問題の一応の解決策が示されたことになる。これは、今回の改正法でヴァルターから画期的と注目された項目である。ただしその場合、「代理権は書面で委任」されていなければならない、これらの措置が「明文」で含まなければならない、という書式要件が新しく求められることになった。

(3) (2)に述べられたような医的侵襲および自由剥奪行為における領域での、代理権委任の際の書式要件が、再度独立した項目として挙げられている。第167条2項では「(代理権委任の際の)意思の表明は、代理権に関連している法律行為に指定される形式を必要としない」とあり、本来、任意代理権の授与に際しては特定の様式は要求されてはいなかった。改正法では、第1904条と第1906条の関係から、これらの領域で「形式の要件」が設けられることになった¹⁰⁾。

(4) 予防的代理権は委任者と代理人との任意契約であることから、従来は代理人の選任は委任者の判断に任されていた。今回、代理人と委任者との予期される利害の対立に対する委任者保護のため、これまでより強力な国家の介入が提起された。すなわち、任意代理人の選任に際し、法定後見たる世話人と同様の制約が加えられたのである。具体的には、法定後見に優先する任意代理人であるためには、その者は「成年者が収容されているか、または居住している営造物、福祉施設、またはその他の施設に対して従属関係またはその他の密接な関係にある者」(第1897条3項)以外の人物であることを要する旨が確認された。

(1)から(4)の項目のうち、(1)以外は世話制度に関連して予防的代理権が今回始めて受ける法的権利及び規制である。ヴァルターも(2)(3)(4)の項目について、これらの改正を法的にどのように解釈できるのか、そして改正法の意義と問題点は何かを考察している。そこで次にヴァルターの法解釈を手がかりとしながら、世話制度(世話人)と予防的代理権(予防的代理人)との関連において法的枠内で予防的代理権をどのように位置づけるべきか、そしてその場合の問題は何かということ考察することにより、改正法を理解するための準備作業としたい。

(3) 予防的代理権に関する改正法の意義と問題点

(3・1) まず、(2)の項目に関して医的侵襲及び自由剥奪行為において任意代理人の同意の有効性が、法定後見人たる世話人と同様に認められたということで、「これまでの疑問は取り除かれた」(689)といえよう。それと同時に、この改正で被代理人の意思にしたがった予防的代理権の意義の強化が目指された(vgl.695)、ということもいえるであろう。だがそのためには、その前提として任意代理人をいかにコントロールするかという問題、つまり本人の保護の観点からの手当てが必要とされていた。それが後見裁判所の許

可を要件とするということになる。

ヴァルターは、後見裁判所の許可が得られる場合に任意代理人の同意が有効となるということから、任意代理人の決定はいわば「後見裁判所の監督のもと」にあるとみる(689)。本来的には、後見裁判所の監督下にあったのは法定後見人である世話人だけであった。だが、改正法でこの領域における任意代理人の決定が後見裁判所の監督下にあるのであれば、この領域では任意代理人は世話人と同等の位置づけとして考えられているように思われる。そうであれば、以前の推奨策のような「世話に関する指定」はもはや必要がないようにも思われる。この点に関してヴァルターも、改正法は「医療処置への同意のため世話を指示する余地を(任意)代理権に残しているのか？」(690)という問いを発している。

補充性の原則とされる第1896条2項では、成年者の業務が任意代理人ないしその他の助力によって世話人と同じように適切に行われている場合は、世話人あるいは世話は必要とされないと規定されている。しかし、逆に読むならばこの条文は、任意代理人の任務がふさわしく行われていない場合は世話(人)が必要とされる場合のあることを意味している。また、ドイツのバイエルン司法省が名誉職世話人の研修・教育用に作成したハンドブックである『ドイツ成年後見ハンドブック』の中では、「予防的代理権が授与されている場合、後見裁判所は、世話の必要性が生じて、世話人が任意代理人に対して権利主張を行う必要があるとき以外は……世話人を選任しないことになるだろう」とされている¹⁰⁾。このハンドブックからも、後見裁判所が「世話人が任意代理人に対して権利主張を行う必要がある」と判断する場合には、世話人は選任されるであろうことを知ることができる。この点についてヴァルターも、第1896条2項を挙げて「(任意)代理人の任務が適切に行われていない場合」、世話が必要であるし、場合によっては監督世話人の指名も必要であると見ている(690)。

これらのことから、後見裁判所の許可のもとに任意代理人の同意の有効性が認められた今回のこの改正点は、任意代理人の任務が適切に行われていることを前提としていることを確認することができる。すなわち、世話人と同じく任意代理人の同意に対して後見裁判所の許可審査が行われるのは、この前提の成立を要件とするのである。ではこの前提が成立する場合、法的には任意代理人は世話人と等しい位置にあると考えられるのだろうか。この問いを考えるにあたり、任意代理人の同意への後見裁判所の許可はどのような審査基準

によって与えられるのかを見ておくこととしたい。

(3・2) たえば、医的侵襲において代理人の同意が必要とされる場合、後見裁判所は任意代理人の同意に許可を与えるかどうかを審査することになる。その際、ヴァルターはまず、任意代理人に代理の同意を委ねたことによって、被代理人は自らの幸福を定義したのではないかと考えることができるという。そして、もしそうであれば、後見裁判所は任意代理人の同意の合法性だけを審査することになるだろう、というのである(689)。しかしその場合、任意代理人による同意の合法性の許可基準はどのようなものとなるのであろうか。

ヴァルターは、この許可基準をやはり監督世話人と任意代理人との関連で考えようとする。まず、任意代理人の任務が適切に行われていないならば、前提要件は成立せず監督世話人が選任されることになろう。その場合、ヴァルターによれば、監督世話人は被代理人の利益保護¹⁰⁾のために従わなければならない基準に対応して行動するであろうと考えられる。ここで問題とされるのは、監督世話人が拠り所にするこの基準である。ヴァルターはこの基準と任意代理人の同意に与えようとする許可が対応していないならば、監督世話人の選任要件が生じるであろうという。また逆に、この基準に対応しているなら任意代理人の同意に許可が与えられると考える。こうして、後見裁判所の同意許可のための審査基準となるものは、監督世話人に適用される基準であることが導き出される(690)。

このように、任意代理権に新しく法的権限を付与するかわりに、ある一定の法的規制を課することによってこれまでの論議に一応の終止符が打たれることになったが、これらは世話人と同等の位置づけをし、世話人の規則を適用することによって達成されたことになる。だが、任意代理人は世話人とまったく同様に考えられているわけではなく、改正法では世話人と任意代理人についてははっきりとした区別が設けられているのである。

(3・3) 世話人と任意代理人との間の法的区別は、たとえば(2)の(4)に挙げられた任意代理人の選任に関して課された制約にも見ることができ。以下、両者の法的区別を明確にするために、代理人選任の際の法的制約についてもう少し詳しく追ってみたい。補充性の原則条項である第1896条2項では「世話は、第1897条3項で指示されている人物とは関わりのない任意代理人によって……成年者の事柄が、世話人によるのと同様に適切に遂行されている場合、不要である」とされている。そして、第1897条3項は世話人不適格

者を規定した次のような条項である。すなわち、「成年者が収容されているか、または居住している営造物、福祉施設、またはその他の施設に対して、従属関係またはその他の密接な関係にある者は、世話人に指名されてはならない」。

ヴァルターは、第1896条2項の条項(…第1897条3項に該当する人物とは関わりのない任意代理人…)の文章によれば、かかる人物の「代理権は最初から効力がないわけではない」という(688)。第1897条3項で挙げられた人物は任意代理人には「ふさわしくない」と見なされるが、法律に反するとして「無効との指示を出すほどではない」(688)ので、このような人物は「任意代理人として全面的に除外されているわけではない」(688)とするのである。

この条項では、「第1897条3項で指示されている人物とは関わりのない任意代理人」であれば、一定の前提のもとに世話が「不要である」と記されているのであって、任意代理人が第1897条3項で指示されている人物であるなら無効であると規定されているわけではない。このことは、仮に利害の対立が生じる危険性があることは推測できても任意の代理人である以上、個別具体的な事例で正しく遂行していないという事実が提示されなければ、その代理権は無効にはならないことを意味している(vgl. 688)。つまり、世話人について禁止されている第1897条3項は、任意代理人に対しては禁止されるまでには至っていないのである。したがって、この条項でも世話人の規定が任意代理人に適用された形をとるが、後見裁判所に指名された法的規制を直接受ける世話人と、任意代理人とは最終的には同列の扱いを受けてはいない。だがその理由は何であろうか。その理由を考察するため、次に今回の改正で注目された変更点(2)の(2)(3)に再び目を向けてみたい。

(3・4) 改正法では、(2)の(2)のように医的侵襲及び自由剥奪行為において世話人と同様に任意代理人の同意が有効であるという権利を付与した上で、その同意のためには後見裁判所の許可が必要とされた。しかしそれと同時に任意代理人にこの権利を付与するための前提条件として新しい要件が求められることになった。すなわち、「法律上のセーフガード強化策の一貫として」¹¹⁾改正法では、医的侵襲については1904条2項、自由剥奪行為については1906条5項で、代理人の同意がこの領域で効力を有するための前提条件として、代理権は書面によって委任されなければならないとくに、この領域の措置に関しては「明文で」含まれていなければならないと新しく規定されたのである。

すでに(2)の(3)で述べたように、ドイツでは日本

と異なり、予防的代理権授与状の書式といったようなものは存在しない¹⁸⁾。個人の生活はおのおの異なっているはずであるという前提のもとで、予防的代理権授与状作成の際は、それぞれの実生活に即した内容を自分の言葉で記すことが推奨されている。個人個人で千差万別である生活様式を一定の書式で表すことは、不可能であるからである。すなわち、「各人ひとりひとりが自分自身で考えた意見をもつべきなのであって、手軽に署名をするだけで広範囲にわたる意見の表示ができてしまえるような状況を作り出してはならない」のである¹⁹⁾。というのは、「本人がもはや自己の事項を自ら処理できる状況にない場合に、予測可能な生活の質を保障するものは、その規制を事前に設定する際の個人性だけ」であり²⁰⁾、「代理の方式と範囲は、まさに自分自身の個人的決断しだい」²¹⁾だからである。したがって、授与状における本人の言葉による「包括的な情報の提供と自己の生活目的の説明」²²⁾は、本人が希望する生活を表明するために欠くことのできないものである、と考えられている。

ヴァルターによれば、(2)の(3)で挙げられたように、「明文で含まれること」という規定は、自分の言葉で自由に記すことが勧められている授与状に「形式の要件」を新たに発生させることになった。この「形式の要件」については、今後代理権授与の際の「書式の問題」を引き起こすことが考えられる²³⁾、また、すでに実施されている予防的代理権との関連、とりわけ任意代理人と被代理人との基本的関係から包括的に委任されてきた従来の代理権と関連して、様々な問題が生じることが考えられる²⁴⁾。だがヴァルターは、これらの問題は今回の改正では未定のままであるとする(vgl. 691)。

それらの問題については、立法者には当然予想できたはずである。それにもかかわらず、立法者がこの要件を掲げたのは何故であろうか。立法者がこの「形式の要件」を掲げた理由に関連すると考えられるのは、ヴァルターが包括的代理権の問題を解釈している個所である。ヴァルターは、今回の改正法で解決されなかった問題として、「あらゆる事項における代理」機能を有する包括的代理の、医的侵襲および自由剥奪行為での同意は、果たして有効であるかが不明であるとするのだが、この包括的代理権を解釈する際に、「明文で含まれていること」という表現がどのように理解されるべきかが明らかになると述べるのである。すなわち、ヴァルターは、立法者が特に一貫して「形式の要件」を求める理由は、「(医的侵襲及び自由剥奪行為のような)きわめて個人的な事柄において、自分が正確

にはどれほどの範囲にわたる権限を代理人に認めるのかということが、全権授与者に十分明らかに)(傍点は筆者)(693)なることであるという。このことは、任意代理人の同意に、本人の同意と同じ価値を与えるのはどの領域なのか、またそれはどの状況のもとでなのかを、本人がはっきりとした自覚をもって決定するというところに立法者はその要件の意義をみる、いうように考えられよう。つまりヴァルターは、代理権授与に際し「形式の要件」は、この領域での本人の決定が自覚をもってなされるために必要であるとされた、と考えるのである。

「明文で含まれること」という「形式の要件」は、代理権授与の際、本人が将来のあらゆる状況を想定し、代理権授与範囲をはっきりと意識した上で決定するという観点からすればきわめて有効である。このように考えるならば、立法者は代理権授与に際して代理権授与者の明確な自己決定を求めているといえよう。たしかに、予防的代理権を世話制度に関連づける上で、立法者がその基本理念として本人の自己決定の尊重を掲げたということは、世話制度自体の本来的な考え方に整合的である。だがそのことによって立法者は同時に非常に困難な課題を背負うことになるのである。

二 世話法改正の理念と課題

(1) 法律と自己決定権の関係

自己決定は一般的には、たとえば内野正幸のいう「自分のことを自分で決めること」²⁵⁾、ないし立岩真也の述べる「自分のことについての自分の決定」²⁶⁾と考えられている。あるいは、鷲田清一は語源から定義し、自己決定とは「自律している主体、オートノマな主体を前提」とすると考える。彼は自己決定を、「オートノミイ (autonomy) はアウト (auto) + ノモス (nomos)」からなることから、外のルールで自分のあり方が決められるのではなく、「自分が自分に対してルールになり、最終的には自分で納得して、自分にこうせよと命じる」²⁷⁾こと、というのである。さらに自己決定権については、佐藤幸治は「一定の個人的事柄について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができる権利」²⁸⁾と定義する。これらの定義によれば、外のルールではなく自分自身のルールを基準にして、自分のことを自分で決めることが自己決定ということになる。

それに対し、法ないし法律は紛れもなく外のルールである。加藤新平によれば、「法は全体社会を基盤として存立し、正義実現の要求の下にたつ所の、強要的、外的、一般的な社会規範であって、典型的には、その

全体社会における組織的強制——或いは少なくともその萌芽形態としての、社会的に是認された一定の定型的強制——を、その効力保障手段としてもつ所のものである」と定義されている²⁹⁾。あるいは、法律は星野英一によれば「権限のある立法機関によって制定された厳密な意味での法律、及びこれに準ずるもの」と捉えられる³⁰⁾。彼はまた、法律の語源的な意味としては「社会の権力者によって作られた、権力によるサンクションを伴う規範」³¹⁾であると考えている。いずれの見方によっても、法ならびに法律が成立するのは社会・国家全体を基盤とするのであって、自分自身で定める自己決定のルールとは対極に位置することになる。

さらに、法律が適用されるにあたって「権力によるサンクションを伴う規範」であることに着目する井上達夫は、法律を定立し、変更し、利用する目的は、「我々自身にとってだけでなく、他者にとっても正しい、あるいは価値があると自ら信じていることを彼らが意見を異にすることを知っていても、彼らに強要するため」³²⁾であるとする。社会の秩序を保つにあたって、法律に力による強制が伴うこともまた事実である。

これらのことを考えてみるだけで容易にわかるように、「世話法改正法」の立法者は、予防的代理権を法規制化するにあたって、相反する二つの困難な課題を抱えている。すなわち、代理権授与の際は自分自身のルールである自己決定を推奨するという立場をとり、その一方で、その行使にあたっては正反対の外のルールであり、他者への強制をとまなう法律と統合・調和させなければならないのである。

(2) 法的強制と自己決定権

法のもつ他者への強制という性質に関する制約原理について今日でもよく挙げられるのは、J. S. ミルが『自由論』(1859年)で提起した古典的な解答である³³⁾。しかし他方で、『自由論』で主張されたミルの考え方は、ヨーロッパ近代市民社会の特色とされる私的自治の原則、あるいは個人の自律という考え方から同時に、自分自身のルールに従う自己決定権のルーツの1つともされているのである³⁴⁾。そこで、ミルが個人の自律の観点から法的強制についてどのように考えたのか見とおきたい。

ミルは、「文明社会の成員に対し、彼に意思に反して正当に権力を行使しうる唯一の目的は、他人にたいする危害の防止である。」³⁵⁾と、いわゆる「危害原理(harm principle)」を主張した。この文章に引き続きミルは次のように述べる。

「彼自身の幸福は物質的なものであれ道徳的なものであれ、十分な正当化となるものではない。そうするほうが彼のためによいだろうか、彼をもっと幸せにするだろうか、他の人々の意見によれば、そうすることが賢明であり正しくさえあるからといって、彼に何らかの行動や抑制を強制することは、正当ではありえない……人間の行為の中で、社会にしたがわなければならない部分は、他人に関係する部分だけである。自分自身にだけ関係する行為においては、彼の独立は、当然、絶対的である。」³⁶⁾

ミルの主張によれば、未成年者や未開人などの若干の例外を除いて³⁷⁾、それがたとえ本人のためであったとしても強制は正当でないとされる。「強制は、直接的な形であれ、不服従に対する刑罰の形であれ、彼ら自身の幸福への手段としてはもはや許容されなくなり、ただ他の人々の安全のためにのみ正当化される」³⁸⁾からである。ミルは、「彼ら自身の幸福への手段」として他者への強制を伴う法律はふさわしくないのであって、唯一の幸福への手段は自らの意思に従うことであるとされている。

ミルの主張はその後、「少なからざる思想家を挑発して、この問題に対する我々の理解を深めるのに資する、重要な批判を展開させ」³⁹⁾、その批判及び論議は広がりや深まりをみせているようであるが⁴⁰⁾、本稿で詳しく跡づける余裕はない。ただし、最近では法的強制の議論は、法的パターンリズムの問題として取り上げられることが多いことだけを挙げておきたい。パターンリズムは父権的干渉(保護・温情)主義などと訳され、その原型は親がその子の保護のために干渉するという関係にみられることからわかるように、本人自身の利益のためということを理由に行われる自由への干渉であり、自己決定の反対概念であるからである。なお、法的パターンリズムにおいて問題とされるのは、国家などの公権力機関の個人に対する法的規制による干渉になる⁴¹⁾。

このように強制を伴う外的ルールである法律と内的ルールである自己決定との統合・調和を行うこと、見方を変えれば、自己決定権を有する個人への法的強制はどこまで正当であるのか、さらにはその正当化はどのようにして行われるのか、といった問題は、ミルの時代から長い間論議の対象となりつづけ、現在も様々に議論されている⁴²⁾、いわば法の役割そのものにまでかかわる課題であるといえよう。改正法では立法の段階で、本人の自己決定を求めかつ最大限に尊重しつつ、パターンリスティックな規制がどこまで正当な

のかという、現在もなおいろいろな方向から検討が加えられている課題に直接対峙しなければならないのである。それは結局、法的強制という枠内で本人の自己決定をどのようにして実現していくか、それはどこまで可能か、そしてそれはどのようにして可能になるのか、という問いに対する答えの模索につきるようになる。

おわりに

ヴァルターの論文を手引きとして、ドイツの世話法改正法のうち予防的代理権に関したほんの一部だけを考察対象としたに過ぎないが、そこにはとりわけ自己決定を本質とする任意の代理権を法的規制の守備範囲に取り込むための難しさを見てとることができた。たとえばその難しさは、任意の代理人も法定後見人たる世話人の法的規制に準じた扱いを受けるとはいえ、その扱い方に明らかに違いがあることにも表れている。しかしまだ予防的代理権の法制度化は始まったばかりにすぎない。

そもそも今回の世話法改正法は、新しい世話体制を再び構築することを目指したのではなく、現行世話法をいかに支障なく機能させていくか、という目的をもったものであった⁴³⁾。『ドイツ成年後見ハンドブック』では、今回の改正は中途半端なものであり、本質的な意味での「改正の改正」にはいまだ至っていないという事実を政治的責任者たちも認識している⁴⁴⁾、と書かれているように、今回の改正は立法者も含めて世話制度の総合的構築を目指す途上にある一つの道標と理解している、ということができよう。ヴァルターも、予防的代理権に関する当面の問題は解決されたが、依然として固有の代理権の型としての予防的代理権は、法律上まだ存在していない(695)と代理権そのものの枠組みが明確でないことを指摘している。

しかし、予防的代理権制度をはっきりした型として法制度化するためには、とりわけ自己決定権の観点からすれば、たとえば、法がどこまで個人に立ち入ることができるのだろうか、というすでに長い間論じられてきた問題にまでその考察対象を拡大する、ということも必要となってくるであろう。そのことはひいては、井上達夫の述べるように、真理や価値に関する異論の余地のある見解を、法を使って他者に強要することが正当化されるのは一体どの程度までか、という法的強制の限界の問題⁴⁵⁾とも繋がってくるように思われる。

翻って、わが国でも法定後見と任意後見を互いに支えあう体系として一つの枠内で捉えて考えようとする以上、このような問題は避けては通れないだろう。と

くに、わが国の任意後見制度は、本人の自己決定を実現するにあたって、(1)家庭裁判所による任意後見監督人の選任を停止要件として代理権を付与すること、(2)契約においては法務省例で定める様式の公正証書が用いられること、(3)任意後見契約の登記が必要とされること⁴⁶⁾という例からも窺えるように、公的機関を積極的に関与させるところにその特徴があるといえよう⁴⁷⁾。そうであれば、成年後見制度の運営主体であるわれわれにとっても、法との関係において自己決定の価値をどのように捉えるか、というわれわれなりの認識を持つことが、ぜひとも必要であると思われる。

わが国では成年後見制度は実施されはじめたばかりであり、実務上の新しい問題もこれから生じてくることと思われる。わが国の一歩前を行くドイツにおいてもそうであるように⁴⁸⁾、自己決定権を柱とする成年後見制度の歩みは始まったばかりといえよう。

註

- 1) 成年後見制度の理念上の3原則として、本文で挙げられた「自己決定の尊重」のほかに「残存能力の活用」「ノーマライゼーション」が挙げられている。この3原則の関係は、法制審議会民法部会の部会長・星野英一によれば、各人の「自律ないし自己決定の尊重」が基本にあり、判断力が不十分であっても、それがまったく失われていない限り残っている判断力を尊重し生かそうということ、つまり「残存能力の活用」という理念が続き、これらの理念により、それらの人ができるだけ通常人と同じ生活を送る「ノーマライゼーション」の理念が続く、と個人から社会生活への道筋がたどられる。他方、安永正昭は出発点を逆にとり社会生活から個人へ向かうが、その考え方は同じと見なすことができよう。安永の文章を引用すれば次のとおりである。「近時は、ノーマライゼーションという考え方、つまり、障害のある人も家庭や地域で通常の生活ができるような社会を作るという理念が、国際社会で一般に受け入れられており、これに沿って、判断能力が不十分である者もそのまま社会で受け入れるという理念のもとで成年後見制度を構築することが求められている。そうすると、本人の自己決定を尊重するという基本的ポリシー、本人の現時点での判断能力(残存能力ともいう)を能う限り尊重し、活用するということが求められることになる」。なお、成年後見制度についての論稿は枚挙にいとまがない。参照、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, 3, 2000 安永正昭: 成年後見制

- 度(1)——新法成立までの経緯・背景, 基本設計. 法学教室, No.236, 45, 2000
- 2) 新井誠は, 世話法は法定後見を規定したものであることから, ドイツの後見制度は法定後見制度のイメージが強いが, 「同国の後見制度全体を広い目で見渡した場合, 実は任意後見制度を前提に構築された制度設計になっている点」に注意を要する, と述べる。新井誠: 任意後見制度の立法的必要性について. ジュリスト, No. 1141, 41, 1998
- 3) 参照 新井誠: イギリスとドイツにおける任意成年後見法の動向, ジュリスト, No.1061, 142, 1995 田山輝明: 任意後見制度—ドイツにおける老齡配慮委任状との比較. ジュリスト, No. 1141, 50, 1998
- 4) 田山輝明編著: 成年後見制度に関する調査報告書—ドイツ編—, 24, 東京都社会福祉協議会・権利擁護センターすてっぷ, 東京, 1995
- 5) 世話に要する費用は各人で支払うことが前提であるが, 本人が無資力の場合, 国庫の負担となっていたため(第1835条以下), 世話の急速な普及と世話関連費用の高騰が重なり, 世話関連予算欠乏の問題が深刻化したことが大きい。その他に, 手続き法が扱いにくく過度に形式主義的である, 名誉職世話人を十分確保できなかった, 世話社団が至る所に設立されたわけではなかった, 裁判所と職業世話人あるいは手続き補佐人との間で報酬に関する紛争が頻発し実際の世話行為の妨げになってしまった, 等の批判が挙げられる。Vgl. Georg Dodegge: Das Betreuungsrechtsänderungsgesetz. NJW, 42, 3073, 1998 参照 上山泰: ドイツ世話法改正について・上. 法律時報, 71(12), 75, 1999
- 6) Vgl. Thomas Wagenitz, Martin Engers: Betreuung – Rechtliche Betreuung – Sozial (rechtlich)e Betreuung. FamRZ, 20, 1273, 1998
- 7) Ute Walter: Das Betreuungsrechtsänderungsgesetz und das Rechtsinstitut der Vorsorgevollmacht. FamRZ, 11, 685-695, 1999
- 8) 参照 神谷遊: 任意後見の比較法的検討. 判例タイムズ, No. 1030, 128, 2000 田山輝明編著: 成年後見制度に関する調査報告書—ドイツ編—。(前掲註(4)), 42
- 9) 旧第1835条4項では被後見人が無資力の場合, 後見人は国庫からの前払いまたは償還を請求することができた。このことから実際は, 世話件数の増加にしたがい世話費用の国庫負担が, 増加の一途をたどり世話法運営上の大きな問題点の1つとされていた。ただし, 改正法でも第1835条以下に同様の規定がなされていることには変わりはない。
- 10) ドイツ政府草案の理由書においても, 任意の代理権は当人の利益になり裁判所の負担を軽減するため, 広く一般にも知らせるべきであると記されている。Vgl. BT-Drucks. 11/4528, 122 あるいは, 任意後見制はさらに広く, たとえば, 田山輝明によれば, 「自己決定権の強化という観点からの評価と, 後見法の強行法規(法定後見)から任意法規(契約後見)への移行という観点からの評価」がある。参照 田山輝明: 任意後見制度—ドイツにおける老齡配慮委任状との比較。(前掲註(3)), 50
- 11) 参照 神谷遊: 任意後見の比較法的検討。(前掲註(8)), 130
- 12) 参照 上山泰: ドイツ世話法改正について・下. 法律時報, 72(2), 58, 2000
- 13) ベーム, レルヒ, レースマイヤー, ヴァイス, 新井誠監訳: ドイツ成年後見ハンドブック. 20, 勁草書房, 東京, 2000
- 14) 「形式の要件」に関しヴァルターは, 明らかにシュトゥットガルト上級地方裁判所の判決が基になっている, と見なす(691)。1994年に下され非常に話題となったこの判決は, 予防的代理権が有効であるとした上で, 身上監護事項に関する委任の内容が具体的に特定されていること, さらに授權の時点において委任者が行為能力を有していることが必要であるとした。参照 田山輝明: 任意後見制度—ドイツにおける老齡配慮委任状との比較。(前掲註(3)), 53。なお, この判決例について, 参照 新井誠: イギリスとドイツにおける任意成年後見法の動向。(上掲註(3)), 141-142
- 15) ベーム, レルヒ, レースマイヤー, ヴァイス, 新井誠監訳: ドイツ成年後見ハンドブック。(前掲註(13)), 19
- 16) 第1901条2項には, 「世話人は被世話人の福利に適するように被世話人の事務を行わなければならない。……」と規定されている。
- 17) 上山泰: ドイツ世話法改正について・下。(前掲註(12)), 58
- 18) 参照 田山輝明編著: 成年後見制度に関する調査報告書—ドイツ編—。(前掲註(4)), 42 神谷遊: 任意後見の比較法的検討。(前掲註(8)), 131
- 19) ベーム, レルヒ, レースマイヤー, ヴァイス, 新井誠監訳: ドイツ成年後見ハンドブック。(前掲註(13)), 22
- 20) 同上 169
- 21) 同上 170

- 22) 同上 169
- 23) ヴァルターは、「代理権が文書で委任された場合、委任される措置が、表現に関しどのように（正確に）含まれていなければならないのかは、疑わしい」とする。ヴァルターはたとえば、代理権が有効であり代理人の同意が認められるためには、法律上の文言をそのまま繰り返さなければならないのか？解釈によって確認できれば十分なのか？あるいは「健康に関するすべての業務」という表現で十分なのか？といった疑問を挙げている（691）。
- 24) たとえば、従来の基本的関係によって包括的に代理権委任がなされ、文面には何も記されていない場合、どう判断するのかといった問題が考えられる（vgl. 693）。
- 25) 内野正幸：自己決定権と平等。岩波講座 現代の法14自己決定権と法，3，岩波書店，東京，1998
- 26) 立岩真也：空虚な～堅い～緩い・自己決定。現代思想，26（8），65，1998
- 27) 鷺田清一，浜田寿美男：自己の余白に。現代思想，26（8），249，1998
- 28) 佐藤幸治：現代法律学講座5 憲法（第3版）。459，青林書院，東京，1997
- 29) 加藤新平：法哲学概論。306，有斐閣，東京，1976
- 30) 星野英一：法学入門。6—7，放送大学教育振興会，東京，1995
- 31) 同上 8
- 32) 井上達夫：他者への自由。141—142，創文社，東京，1999
- 33) たとえば，参照 田中成明：法の考え方と用い方—現代法の役割—。217以下，大蔵省印刷局，東京，1990 服部高宏：「自律」概念とパターンリズム。岡山大学法学会雑誌，49（3・4），348—349，2000
- 34) 川本隆史によれば，自己決定権には2つのルーツがあるとされる。1つはミルの定式化した個人の自律であり，他はウィルソン米大統領が首唱し，第1次世界大戦後の民族独立運動を牽引した「民族自決」の理念である。この個人と集団という別個の単位と，1960年代末アメリカで生じた「新しい社会運動」の権利主張，具体的には「患者の自己決定権」，「性と生殖に関する自由」，「プライバシーの権利」，「人格的自律権」といった複数の主張が重なり合って現在の自己決定権に至っているという。花崎皋平，川本隆史：自己決定権とは何か。現代思想，26（8），44，1998
- 35) J. S. ミル 早坂忠訳：自由論。世界の名著38 ベンサム／ミル，224，中央公論社，東京，1973
- 36) 同上 224—225
- 37) 同上 225
- 38) 同上 226
- 39) 井上達夫：他者への自由。（前掲註(32)），143
- 40) 法的権力による個人の自由への干渉というミルの提示した対立構図を現代的状況のもとで再現したのは，イギリスで1950年代に起こったP. A. デザリンとH. L. A. ハートの論争である。この論争については，とりあえず参照 矢崎光圀：法実証主義。第4章138—174，日本評論社，東京，1963 コンパクトにまとめられたものとしては，田中成明：法の考え方と用い方—現代法の役割—。（前掲註(33)），219—223 服部高宏：犯罪と刑罰。田中成明編，現代理論法学入門，103—105，法律文化社，京都，1998
- 41) 参照 田中成明：法の考え方と用い方—現代法の役割—。（前掲註(33)），224
- 42) 近年のリベラルな思想家たちの主張については，参照 井上達夫：他者への自由。（前掲註(32)），143—148
- 43) Vgl. Thomas Wagenitz / Martin Engers, Betreuung – Rechtliche Betreuung – Sozial (rechtlich)e Betreuung. a. a. O., 1273
- 44) ベーム，レルヒ，レースマイヤー，ヴァイス，新井誠監訳：ドイツ成年後見ハンドブック。（前掲註(33)），7
- 45) 井上達夫：他者への自由。（前掲註(32)），142
- 46) 大曾根寛：成年後見と社会福祉法制。157，法律文化社，京都，2000 原司：任意後見制度について。ジュリスト，No. 1172，31以下，2000
- 47) 参照 神谷遊：任意後見の比較法的検討。（前掲註(8)），125
- 48) 世話法改正法施行後のドイツにおけるその後の展開については，Georg Dodegge：Die Entwicklung des Betreuungsrechts bis Anfang Juni 2000. NJW，37，2704-2714，2000