

機関番号：12102

研究種目：基盤研究（C）

研究期間：2008～2010

課題番号：20530066

研究課題名（和文）成年後見人の身上監護権に関する体系的研究

研究課題名（英文）Power of Decision-making for Personal Care in the Japanese Adult Guardianship Law

研究代表者

上山 泰 (KAMIYAMA YASUSHI)

筑波大学・大学院ビジネス科学研究科・教授

研究者番号：50336103

研究成果の概要（和文）：

本研究では、成年後見人の身上監護権について、民法だけではなく、成年後見制度に広く関連する種々の法制度を対象として、主に理論的な分析を行った。この結果、わが国の民法では、成年後見人の権限として、医療同意や居所指定に関する身上監護権を認めていないのに対して、民法の外部では同質の権限が機械的に付与されており、社会全体から見ると、わが国の成年後見人らの権限について、体系的な整合性が欠けていることが明らかになった。

研究成果の概要（英文）：

In this research, I've studied the power of decision-making for personal care in the Japanese adult guardianship law. Then I've included not only civil law but also various administrative laws and rules in target of this study. It is clearly revealed that there are some powers of decision-making for personal care of adult guardians in administrative law area (ex. Mental health care), although there is no power in civil law area. This is a serious conflict. So we should reconstruct our legal adult guardianship system, especially the power of adult guardians.

交付決定額

(金額単位：円)

|        | 直接経費      | 間接経費    | 合計        |
|--------|-----------|---------|-----------|
| 2008年度 | 1,100,000 | 330,000 | 1,430,000 |
| 2009年度 | 1,100,000 | 330,000 | 1,430,000 |
| 2010年度 | 1,100,000 | 330,000 | 1,430,000 |
| 年度     |           |         |           |
| 年度     |           |         |           |
| 総計     | 3,300,000 | 990,000 | 4,290,000 |

研究分野：民法

科研費の分科・細目：民事法学

キーワード：成年後見制度、身上監護権、身上配慮義務、制限行為能力制度

## 1. 研究開始当初の背景

(1)平成 11 年に改正された現行成年後見制度は、高齢社会への対応と障害者福祉の充実という視点から、身上監護の重視を改正視点の 1 つに掲げ、いわゆる身上配慮義務を規定し

た現行 858 条の新設等を行った。ただし、この改正では、立法担当者は、医療同意権等の身上監護に関する決定権限（以下、身上監護権）を、意識的に成年後見人等の職務権限から外す対応をとった。

(2)ところが、いわゆる成年後見の社会化（とりわけ専門職後見人の急激な増加）を背景として、特に医療同意権の問題を中心として、立法担当者が採用した身上監護権否定の立場は、現実の成年後見人等に対する社会的ニーズとの間に大きなギャップを生み出すこととなった。

(3)こうした事情を背景として、各専門職後見人の職能団体等がこぞって成年後見人等への医療同意権付与に関する法改正を求める提言等を行う状況に至っていた。学説レベルで、私見を含め、医療同意権肯定を導く解釈論や、立法論が次第に増加する傾向を示していた。さらに、イギリスの2005年意思決定能力法が顕著に示すように、諸外国の立法の流れは、成年後見人等の身上監護権を明瞭に肯定する方向にあった。

(4)そこで、本研究では、わが国の成年後見制度再構築の観点から、成年後見人（とりわけ法定後見人）の身上監護権の法制化を目的とした基礎研究として、その理論的・体系的な整理を行うことを目指した。

## 2. 研究の目的

(1)わが国で法人後見人として積極的に活動している成年後見支援団体等に対してヒアリング調査を実施するなどの手法を通じて、成年後見人の身上監護権に関する、わが国の実務的ニーズの存在を検証する。

(2)現行民法上での解釈論による、成年後見人の身上監護権に対する理論的正当化を考究する。

(3)財産管理権、法定代理権等の成年後見人等の他の法的権限・義務を含めて、成年後見人等の法的権限・義務の体系的再構築を検討する。この際、医療同意権、居所指定権等、これまで個別に議論されてきた各種の権限を、本人の人格（権）的利益に関する代行的決定権限というより高次の概念に包摂して、理論的に整理することによって、従来のアドホックな議論の枠組みを超えた体系的な分析を試みる。

(4)上記の研究成果等を踏まえた上で、身上監護権を含めた成年後見人等の法的権限・義務の適正な規律について、立法論としての政策提言を目指す。

## 3. 研究の方法

(1)文献調査

成年後見人（とりわけ法定後見人）等の医療同意権、居所指定権、医療・介護現場における身体拘束に関する権限、個人情報管理を中心としたプライバシー領域に係わる決定権限等に関する国内外の文献（学術書、学術論文、政府・自治体等の文書・報告書、成年後見支援団体や専門職後見人等の職能団体等による各種提言・報告書等）を幅広く収集して、これを分析することによって、成年後見人等の身上監護権について、理論的な体系的再構築を試みた。海外文献の調査については、主たる比較法の対象国として設定した、ドイツ、イギリス、カナダの各国成年後見法制に関する学術書および学術論文の分析を中心に行った。ただし、カナダについては、研究者による公刊論文等が少なかったため、後述のヒアリング調査時に、現地パブリック・ガーディアン等から関連資料の収集を行った。

(2)現地訪問によるヒアリング調査

まず、国内については、各地の成年後見支援団体等を中心に訪問調査を行い、わが国の成年後見（とりわけ法定後見）実務における、身上監護権に対するニーズの有無、および、現行法上において成年後見人等の身上監護権（とりわけ医療同意権）が認められていないことに起因する実務上の困難の有無を中心にヒアリング調査を実施した。主要な訪問先は、世田谷区成年後見センター（東京都世田谷区）、品川成年後見センター（東京都品川区）、非営利活動法人あさがお（滋賀県大津市）、北九州成年後見センターみると（福岡県北九州市）、大阪市成年後見センター（大阪府大阪市）、知多地域成年後見センター（愛知県知多市・半田市）、仙台市成年後見センター（宮城県仙台市）等である。加えて、専門職後見人の職能団体の全国組織・地方組織（日本弁護士連合会、成年後見センター・リーガルサポート [司法書士会]、権利擁護センター・ばあとなあ [社会福祉士会]）の多数について訪問調査を実施した。

また、海外についても、カナダ（ブリティッシュ・コロンビア州）、ハンガリー、台湾等について、訪問調査を行い、成年後見人の身上監護権を中心としたヒアリング調査と資料収集を実施した。

(3)研究会等の学術交流による知見の深化

本研究目的と深く関連する学際的な研究会等への積極的な参加を通じて、民法学の領域を超えた多角的な視点からの分析に触れる機会を確保し、理論研究の深化に努めた。具体的には、京都大学学術創成研究会（第6回および第7回エンフォースメント部門研究会において本研究関連テーマでの報告を担当）、大原社会問題研究所「成年後見制度の新たなグランドデザインプロジェクト」研究会（本

研究関連テーマでの報告を担当)、科研費基盤研究(A)「自律論・差別論・正義論を基盤とした障害者法学の構築」に関する研究会(研究分担者として参加し、本研究にも関連したテーマでの報告も担当)等に参加した。また、成年後見分野に関する世界初の国際会議である”The World Congress on Adult Guardianship Law 2010(2010年成年後見法世界会議)”に報告者の一人として参加し、本研究関連テーマについて報告するとともに、世界各地からの参加者との情報交換を通じて情報収集に努めた。

#### 4. 研究成果

(1)成年後見人等の身上監護権の体系的考察にあたっての「成年後見制度の転用問題」考究の重要性

成年後見制度は、本来、民法およびその特別法である任意後見契約に関する法律に基盤を置く私法上のシステムである。しかし、他方において、成年後見制度は、民法の外部(主として行政法上の各種特別法等)において、当該法領域における判断能力不十分者等の位置づけのための画一的・形式的基準として、二重に「転用」されている。すなわち、一方において当該法領域における本人(成年被後見人等)の権利・資格要件の喪失事由のための「転用」があり、他方において当該法領域における支援者(成年後見人等)に対する代理・代行決定権限付与のための「転用」が存在している。前者がいわゆる「欠格事由問題」(本人側の法的資格・権限の剥奪・制限に関する問題)であり、後者は「成年後見人等の法的権限自動拡張問題」(支援者側の権限拡張問題)といえる。

従来、この現象に関しては、公職選挙法11条が規定する成年被後見人の選挙権および被選挙権の制限に代表される欠格事由問題が、法的あるいは社会的課題として意識されてきていた。現に、平成11年の現行成年後見制度導入時の議論においても、本人の自己決定尊重の観点から、当時の禁治産・準禁治産宣告制度と機械的に結びつけられていた欠格条項の廃止が重要な政策課題として位置づけられ、結果として、44件の欠格条項が削除されるに至ったという事実がある(ただし、この一方で、先の公職選挙法の規定を含めて、なお118件の欠格条項が存置された)。

しかし、本研究が明らかにしたところによれば、こうした欠格事由問題は、より高次の「成年後見制度の転用問題」と呼ぶべき現象の半面にすぎない。なぜなら、先に触れたとおり、私法上の制度である成年後見の開始と機械的に結びついた法的効果の自動的な外延拡張の問題は、支援者である成年後見人等の側に対しても、その権限の自動拡張という

形態で生じているからである。そこで、私見は、「成年後見制度が、他の法領域における特別法等の規定を通じて、利用者の法的資格・権限の制限・剥奪や、支援者の法的権限・義務拡張のための画一的・形式的な基準として、機械的に援用されている状況」一般を、「成年後見制度の転用問題」と名付け、その問題性をより包括的かつ体系的に検討すべき必要を提唱した。

これを踏まえて、本研究遂行の一環として、特に力点を置いて分析を進めた対象が、後者の「成年後見人等の法的権限自動拡張問題」である。その理由の一つは、前者の「欠格事由問題」と比べて、この領域に関する学術的検討がほぼ未開拓の状況であった点にある。しかし、より重要な理由は、「成年後見人等の法的権限自動拡張問題」が、主として、本研究の中心課題である成年後見人等の身上監護権の領域において発生していることである。加えて、後述するように、本研究が明らかにしたところによれば、現行民法上では否定されていたはずの医療同意権や居所指定権等の身上監護権が、この転用問題を通じて、成年後見人等の権限として自動的に拡張された領域では、逆に正面から肯定されているかに見受けられる状況が存在している。つまり、わが国の立法政策全体の観点から、現行成年後見人等の法的・社会的機能を見るならば、きわめて深刻な政策的分裂状況に陥っているといえるのである。

この状況を端的に指し示すのが、医事法領域における保護者制度と代諾者制度、さらには、個人情報保護法領域における法定代理人制度の三点である。

第一に、成年後見人および保佐人は、自動的に精神保健福祉法上の第一順位の保護者とされ、この地位に伴い種々の法的義務と権限を機械的に付与されている(同法20条)。これらの権限の中でも、特に医療保護入院に対する同意権(同法33条1項)と、医療保護入院時の移送に対する同意権(同法34条)が問題となる。なぜなら、これらの権限は、本人(成年被後見人または被保佐人)の意に反して、強制的にその身体を拘束する性質を持つものであり、その意味において、まさに民法が否定しているはずの身上監護権に相当する権限であると位置づけることができるからである。さらに言えば、実務上、医療保護入院時には、入院に関する同意書と併せて、入院期間中に行われる精神科治療に対する同意書へのサインも、保護者=成年後見人または保佐人に求められることが多い。しかし、仮にこの事実を、精神保健福祉法が、保護者に対して、精神科治療に対する一定の医療同意権を与えていることの裏付けとして理解するときには、ここでも民法の立場との整合性に破綻を来すことになる。

このように、民法が否定していたはずの医療同意権や居所指定権が、精神保健福祉法上の保護者概念を経由することによって（いわば裏口を通る形で）、機械的に成年後見人に認められているかのような実態があることは、成年後見人の身上監護権を体系的に検討していく上で、見逃すことができない問題であることは多言を要しないだろう。

第二に、臨床試験の領域でも、医薬品の臨床試験の実施の基準に関する省令（平成9年3月27日厚生省令第28号）をはじめとして、多数の省令や公的ガイドライン（倫理指針）を通じて、成年後見人等の身上監護権に関する重要かつ深刻な転用問題が生じている。すなわち、臨床試験等に関する代諾者制度に関する問題である。

たとえば、先の医薬品に関する省令では、被験者の「後見人その他これらに準じる者」を代諾者という概念の一類型に位置づけた上で、同意能力のない被験者本人に代わって、これらの代諾者が臨床試験への参加に対する代行的意思決定を行うことを認めている。ここでもまた、民法の要請に対する重大な抵触の懸念が生じているわけである。しかも、本人の健康や生命という重大な法益を擁護すべき、一般的な治療のための医療同意権について、民法が成年後見人への帰属を否定している一方で、本人の治療を目的としない（それどころか、重篤な副作用の発生リスクがあるように、むしろ、本人の利益を損ねる危険を抱える）臨床試験等への参加について、成年後見人が、代諾者概念を経由することで、例外的に（しかし自動的に）同意権を行使できるというのは、明らかに本末転倒な状況であるといわざるをえないだろう。

第三に、本人のプライバシー権、つまりは本人の精神的な人格権にかかわる個人情報保護の領域でも、既述の身体的な人格権の領域と同様に、成年後見人等の法的権限拡張を内容とする転用問題が生じている。

たとえば、個人情報保護法29条3項は、政令で定める代理人による個人情報の開示請求を認めるとともに、これを受けた同法の施行令8条が、この代理人として「成年被後見人の法定代理人」、すなわち成年後見人を明示しているのである。同様に、行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律や、独立行政法人等の保有する個人情報の保護に関する法律などが、成年後見人に対して、成年被後見人の個人情報に関する開示請求権、訂正請求権、利用停止請求権等を明文によって認めている。

これまで論じてきたように、成年後見の転用問題を通じて、成年後見人等の身上監護権は、民法の外部において、機械的に付与・拡張されている。すなわち、仮に立法担当者や民法学上の通説が主張するように、民法上で

は成年後見人等の身上監護権が否認されているのだとすれば、わが国の法体系あるいは法政策は、成年後見人等の身上監護権の位置づけについて、重大かつ深刻な体系的不整合を来しているというべきことになる。

逆に言えば、わが国における成年後見人等の身上監護権を体系的に考察し、再構築しなおそうとするならば、これらの転用問題を視野に納めた上で、成年後見人本来のあるべき社会的機能を確定し、これに応じた法的権限・義務の立法的再構築を行うことが必要となる。加えて、従来の民法学の通説は、成年後見制度を純粋な私法上の財産管理制度として位置づけてきたが、転用問題を通じて拡張された領域での状況が端的に示すように、いわゆる身上監護権の領域においては、本人の資力の有無とは無関係にニーズが発生することになる。したがって、身上監護権の領域を、成年後見人等の一般的な民法上の権限に位置づけ直す場合には、低資力者をも当然に制度の利用対象者に含めるべきことになる（加えて、低所得者に向けた公的な利用支援の仕組みを整備すべき要請が必然的に生じる）。すなわち、身上監護権の位置づけは、必然的に制度の利用対象者に関する政策的な議論に結びつくことになり、その体系的な再構築は財政的な視点を踏まえつつ、検討を進めていく必要があることが確認された。

以上の研究成果については、主として、日本成年後見法学会第6回学術大会報告（「身上監護に関する決定権限」）、および、成年後見法研究7号の「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—」において、既に公表したところである。

## (2)適正な身上監護権の範囲と「小さな成年後見」の思想

成年後見人の権限拡張は、同時に裏面から見れば、本人に対する干渉の拡大でもあり、本人の私生活における自己決定領域の縮小ともなる。このことは、財産管理の場面でも同様であるが、しかし、本来的に一身専属的な性質を持つと考えられている身上監護権（とりわけ、医療同意権や居所指定権）の領域では、きわめて深刻な問題を提起することになる。

したがって、本研究の志向する成年後見人等への身上監護権の付与を実現していくためには、その前提として、付与の対象となる権限の範囲を必要最小限の適正な範囲に留めるべきことが必然的に要請されることになる。ところが、現状の制度は、特に成年後見類型に顕著に見られるように、成年後見人の権限が包括的であり、また、画一性・硬直性が強い。この背後には、現行制度導入時に新たな理念として、自己決定の尊重を位置づける一方で、依然として、旧来のパターンナリ

スティックな客観的保護の理念が強調されたことを指摘できる。もとより、成年後見制度は、その性格上、パターン的な要素を完全に排除することは困難であり、現代でもなお後者の要素にも重要な意義があることは否定できない。しかしながら、後述のように、近年の国際的立法の動向は、むしろ本人の自己決定を最高度に尊重する立場から、後見的支援に伴う本人への干渉を必要最小限の範囲に押さえ込もうとする方向へと明らかに動きつつある。

私見によれば、わが国における成年後見人等の身上監護権導入の大前提として、成年後見人等の権限範囲の適正な制約の仕組みを創設することが必須である。そこで、本研究では、成年後見制度に関する近年の国際的立法の動向や、この背後にあると思われる国際的ルール確立の動向を分析して、現代的な成年後見制度の基本理念を析出しようと試みた。たとえば、前者については、本研究の主要な比較対象国であるドイツとイギリスの法改正の内容に焦点を当てて検討を行った（ただし、イギリスに関する分析については、本研究と関連する学際的研究会等を通じて共同研究を行った、菅富美枝法政大学准教授の研究成果に負うところがきわめて大きい）。また、後者については、2006年の国連障害者権利条約、2000年の成年者の国際的保護に関するハーグ条約、さらには、欧州評議会による複数のリコメンデーション（とりわけ、1999年の判断能力不十分な成年者の法的保護に関する基本原則）の分析を中心に据えた。

こうした比較検討に基づいて本研究が明らかにしたところによれば、近年の国際的動向は、後見的支援の発動とその継続について、「必要最小限の範囲における介入」という視点を基本原則としている。私見は、これを「小さな成年後見」の思想と名付け、わが国における成年後見法の再構築（成年後見制度の新たなグランド・デザイン）に当たっては、これを中核原理とするべきことを提唱した。

以上の研究成果については、主として、日本成年後見法学会第7回学術大会報告（「問題提起—障害者権利条約12条と制限行為能力制度の抵触問題を含めて—」）、および、筑波ロー・ジャーナル8号に「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—」を、成年後見法研究8号に「制限行為能力制度の廃止・縮減に向けて—第2分科会問題提起—」において、既に公表したところである。また、これらの前提として、ドイツ法の現状を詳細に検討した成果として、大原社会問題研究所雑誌622号に「成年後見制度における「本人意思の尊重」」を公表した。加えて、国際的な成果発信として、「The World Congress on Adult

Guardianship Law 2010（2010年成年後見法世界会議）”において、「Issues of restricting “legal capacity” in the current statutory guardianship system」と題する学会報告を行った。

### (3)今後の研究に関する展望

本研究については、おおむねにおいて、当初の研究計画に沿った形で研究を遂行し、一定の成果を公表することもできた。ただし、本研究における理論的成果を踏まえた具体的な立法提言の作成については、いまだ途上にある。この理由の一つは、本研究の主要成果の二点目として示した、「小さな成年後見」理念の分析を優先させた点にあるが、今後は、この点に関する基礎研究をさらに推し進めた上で、この問題の各論的位置づけと視点から、引き続き成年後見人等の身上監護権創設を目的とした具体的な立法提言を練り上げ、公表することを目指したい。また、「小さな成年後見」の観点からは、成年後見人等の権限拡張と表裏の関係になる本人の能力制限の問題について、平行して考察を進める予定である。

## 5. 主な発表論文等

（研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線）

〔雑誌論文〕（計5件）

- ① 上山泰、制限行為能力制度の廃止・縮減に向けて—第2分科会問題提起—、成年後見法研究、査読なし、8号、2011、pp.20-34
- ② 上山泰、菅富美枝、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—、筑波ロー・ジャーナル、査読なし、8号、2010、pp.1-33、（<http://www.lawschool.tsukuba.ac.jp/pdf/kiyou/tlj-08/tlj-08-kamiyama.pdf>）
- ③ 上山泰、成年後見制度における「本人意思の尊重」、大原社会問題研究所雑誌、査読なし、622号、2010、pp.2-17、（<http://oohara.mt.tama.hosei.ac.jp/oz/622/622-02.pdf>）
- ④ 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、査読なし、7号、2010、pp.41-52

〔学会発表〕（計4件）

- ① 上山泰、Issues of restricting “legal capacity” in the current statutory guardianship system、The World Congress on Adult Guardianship Law 2010、2010年10月3日、パシフィコ横浜（神奈川県）
- ② 上山泰、問題提起—障害者権利条約12条

と制限行為能力制度の抵触問題を含めて  
一、日本成年後見法学会第7回学術大会、  
2010年5月30日、法政大学（東京都）

③ 上山泰、ドイツ世話法における行為能力制限の例外化について、日本成年後見法学会第7回学術大会、2010年5月30日、法政大学（東京都）

④ 上山泰、身上監護に関する決定権限、日本成年後見法学会第6回学術大会、2009年5月30日、明治学院大学（東京都）

## 6. 研究組織

### (1) 研究代表者

上山 泰 (KAMIYAMA YASUSHI)

筑波大学・大学院ビジネス科学研究科・教授

研究者番号：50336103