

任意後見契約の優越的地位の限界について

上 山 泰

- I. 序論
- II. 現行法における任意後見制度優先の原則
 - (1) 法定後見との調整の基本構造
 - (2) 例外としての法定後見優先要件
- III. 任意後見の優越的位置づけに対する批判的再検討
 - (1) 法定後見に対する比較優位性の再検討
 - (2) 自己決定支援の理念によるさらなる相対化に向けて—結びに代えて—

I. 序論

近年ふたたび、世界各国において、成年後見制度再改革の動きが激しさを増している。イギリス（2005年意思決定能力法 [2007年施行]）¹⁾、ドイツ（2005年世話法第2次改正 [同年施行]、2009年世話法第3次改正 [同年施行]）²⁾、オーストリア（2006年代弁人法改正 [2007年施行]）³⁾、フランス（2007年 [2009年施行]）⁴⁾、スイス（2008年民法改正 [2013年施行予定]）といった西

1) 菅富美枝『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』（2010年、ミネルヴァ書房）に詳細な紹介と分析がある。また、同法の邦訳として、新井誠監訳『イギリス2005年意思決定能力法・行動指針』（2009年、民事法研究会）がある。

2) 2005年改正の紹介として、黒田美亜紀「ドイツ成年者世話法の第二次改正について」成年後見法研究3号（2006年）3頁がある。また、2009年改正については、山口和人「患者の指示（リビング・ウィル）」法の制定」外国の立法242-2号（2009年）に簡潔な紹介がある。さらに、後者の改正経緯については、松田純「ドイツ事前指示法の成立とその審議過程—患者の自己決定と、他者による代行解釈とはさまざま—」医療・生命と倫理・社会9巻1-2号（2010年）34頁に詳しい。

欧主要国に加えて、ハンガリー等の東欧諸国⁵⁾にもこの流れは広がっている。近隣の東アジアに目を転じて、台湾（2008年民法改正〔2009年施行〕⁶⁾、韓国（2011年民法改正〔2013年施行予定〕⁷⁾）と法改正が相次ぐ。

-
- 3) この紹介として、田山輝明・青木仁美「2006年オーストリア代弁人法改正法」比較法学44巻1号（2010年）219頁、黒田美亜紀「オーストリアの成年後見制度」新井誠・赤沼康弘・大貫正男編『成年後見法制の展望』（2011年、日本評論社）189頁がある。
- 4) 「成年者の法的保護の改革を定める2007年3月5日の法律」に基づく、フランス民法2007年改正の紹介については、今尾真「フランス成年者保護制度にみる補助活用への示唆」実践成年後見27号（2008年）26頁、今尾真「フランス成年者保護法改正の意義と理念」前掲『成年後見法制の展望』165頁、小林和子「後見—後見に関する2007年3月5日の法律第308号—」日仏法学25号（2009年）229頁、清水恵介「フランス新成年後見法」日本法学75巻2号（2009年）491頁、清水恵介「フランスの任意後見法制」実践成年後見35号（2010年）119頁がある。
- 5) ハンガリーでは、共産主義体制下の1959年に立法された民法典が経済体制の転換後も使用されてきたため、民法典の抜本的改正が、ここ10年ほどの懸案となっていた。2009年11月に、民法改正に関する法案が議会を最終的に通過し、当初の予定では、まず第1段階として、2010年5月1日に新民法典第1編と、成年後見に関連する規定を含む「人」に関する第2編を施行し、続いて第2段階として、2011年1月に新民法典の残りの部分を施行する運びであった。この新法の内容には、広範な能力制限を伴う全面後見（full guardianship）の廃止や、旧来型の後見の代替制度として、本人の能力制限を全く伴わない「支援付き意思決定（supported decision-making）」を法制度化することといった、成年後見法制の全面的改革も含まれていた。ところが、2010年4月26日にハンガリー憲法裁判所によって、新民法第1編及び第2編の施行延期を命じる判決が出された上（裁判官等にとって施行までの準備期間が短すぎることに、民法典を分割して2段階で施行することが法的安定性を害することが理由とされた）、ほぼ同時期の議会選挙により政権交代が生じ、新政権が新法の集中的な見直しとこれに必要な施行の延期を表明するといった想定外の状況が続いたため、現在に至るまで、新法施行は実現していない。なお、新法の成年後見法に関する改正は、障害者権利条約12条の「法的能力の享有の平等」との整合性を明瞭に意識したうえで行われた経緯があり、比較法的にも興味深い素材と思われる（ハンガリーは、新民法典改正作業中の2008年5月3日、世界で2番目の同条約批准国となっている）。さらに、チェコ共和国でも、2012年2月20日の大統領署名により、成年後見制度の全面改正を含む新民法典が成立した（2014年1月施行予定）。同法は、なお最終手段としての能力制限を残してはいるものの、後見期間の制限、事前指示書制度や支援付き意思決定制度の導入など、障害者権利条約12条の強い影響を受けた内容となっている。

こうした再改革の特徴の1つが、大陸法系諸国での任意後見（持続的代理権）制度（さらに国によっては、リビングウィルを含む事前指示書制度）に関する法整備である。特にEU圏内の国については、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（Principles concerning the legal protection of incapable adult : Recommendation No.R (99)4）」と、2009年の「法的無能力に備えた持続的代理権と事前指示書に関する基本原則（Principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity : Recommendation CM/Rec (2009)11）」という2つのEU評議会閣僚委員会勧告の影響がある⁸⁾。そこでは一般に、任意後見が本人の事前的自己決定に基づく仕組みであることから、ローマ法由来の伝統的な法定後見制度に比べて、現代における成年後見制度の基本原則である「自己決定（本人意思）の尊重」との

-
- 6) この紹介として、岡孝「台湾における成年後見制度の改正について」岡孝・沖野眞巳・山下純司編『東アジア私法の諸相』（2009年、勁草書房）1頁、張清雲（錢偉榮訳）「中華民法における成年監護制度についての検討」前掲書19頁、王仁越（錢偉榮訳）「台湾成年監護制度の新しい課題」東洋文化研究12号（2010年）155頁、林秀雄「台湾の成年後見制度」実践成年後見40号（2012年）106頁がある。
- 7) 韓国の成年後見制度改正の紹介については、金玟中（李妍淑訳）「韓国における任意後見制度の現状と立法的課題」東洋文化研究12号（2010年）205頁、金亮完「韓国における法定後見の現状と課題」東洋文化研究12号（2010年）223頁、金亮完「成年後見の導入・成年年齢の引下げに関する韓国民法改正案成立」(上)(下) 戸籍時報667号（2011年）2頁、668号（2011年）10頁、鄭英模「韓国成年後見法の概要」実践成年後見39号（2011年）146頁がある。
- 8) 既に前者の第2原則第7項において、英米法系の持続的代理権（continuing powers of attorney）や事前指示書（advance directives）を念頭に、判断能力減退前の事前的自己決定を保障するための法整備の必要性が指摘されていた。後者は前者のアップトゥデートを目的として、より具体的に持続的代理権と事前指示書の手法による、将来の判断能力減退・喪失への事前準備を対象として、判断能力不十分者に関する専門作業部会（Working Party on Incapable Adults [CJ-FA-GT2]）がまとめた勧告であり、加盟国に対して、持続的代理権と事前指示書に関する法整備を通じて、判断能力を有する者の自己決定を促進すべきよう求めている。後者は、その第1原則第2項において、加盟国が、自己決定と補充性の原則に従って、持続的代理権や事前指示書に対して、他の保護手段に優先する地位を与えることを考慮しなければならないとして、任意後見制度優先の原則を確認している。

親和性がより高いと理解されている。また、この認識の結果として、通例、両制度の競合が問題となる場面において、任意後見を法定後見に対して原則的に優先させる制度設計が採られている。いわゆる「任意後見制度優先の原則」（裏から言えば、法定後見制度の補充性〔補充性〕の原則）の採用である。たとえば、オーストリア2006年改正は、持続的代理権の仕組みである予防的代理権（Vorsorgevollmacht）を、明文上の制度として明確に位置づけた（オーストリア民法284f-284h条）上で、法定後見制度（代弁人〔Sachwalter〕制度）の一般的な補充性原則（オーストリア民法268条2項）に加えて、特に予防的代理権について、この趣旨を具体化する規定（オーストリア民法284g条）を置いている。フランス2007年改正も同様に、任意後見制度である将来保護委任（mandat de protection future）を立法化した（フランス民法477-494条）上で、法定後見は将来保護委任では本人の利益を十分に図れない場合に補充的に機能するものとしている（フランス民法428条1項）^{9、10}。

9) ただし、前掲清水実践125頁によれば、フランス法は、日本法と異なり、将来保護委任と法定後見の同時併存を認める（フランス民法483条1項2号、485条2項前段）。アメリカ統一任意代理法（Uniform Power of Attorney Act）もまた、持続的代理権の発効後に、本人について裁判所が法定後見人を選任する場合について、法定後見の補充性の観点から、特に裁判所が当該持続的代理権の制限、効力停止、終了を決定しない限り、その効力は継続するとして、任意後見人と法定後見人の同時併存を前提としている（アメリカ統一任意代理法108条(b)）。

10) このほか、前掲2009年EU評議会勧告の影響下で、持続的代理権に関する法的整備を実施した主要国として、スペイン、フィンランド、スイス等がある。スペインでは、2003年の法改正（Ley 41/2003 de 18 noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad）によって、当該委任契約が持続的代理権を設定する目的で締結された場合を除き、本人の無能力により終了する旨が規定された（スペイン民法1732条）。フィンランドでは、2007年に成立・施行された法改正（Laki edunvalvontavaltuutuksesta（648/2007））によって、持続的代理権に基づく任意後見制度が導入された（フィンランドの成年後見制度の紹介として、菅富美枝「フィンランドの成年後見制度—福祉国家における「制度としての後見行為」—」成年後見法研究5号（2008年）157頁がある）。スイスでは、2008年の法改正によって、任意後見制度と医療行為に関する事前指示書に関する法整備が行われた（施行は2013年）。

わが国でもまた、任意後見契約に関する法律（以下、条文引用に際しては、単に「法」とする）4条1項、2項及び10条1項、3項によって、任意後見制度優先の原則が明示されている。すなわち、①任意後見人と法定後見人の同時併存を認めないこと（原則①）、及び、②任意後見が原則的に法定後見に優先すること（原則②）を基軸として、両者の調整が図られている。立法担当者は、原則②を『任意後見制度による保護を選択した本人の自己決定を尊重する観点』¹¹⁾から採用したと説明している。確かに、本人による任意後見契約締結は、制度選択に対する意思の明示を含意しており、この文脈において任意後見を法定後見に優先させることは、自己決定（本人意思）の尊重に適うといえそうである。

しかし、現代型成年後見制度の第1原理ともいべき自己決定（本人意思）の尊重の要請は、こうした判断能力減退前の事前的意思決定についてだけではなく、後見開始後の意思決定に関しても最大限に顧慮されなければならない。そして、仮に判断能力減退後の個別具体的な意思決定の場面に焦点を合わせて議論を進めていくなれば、「任意後見は法定後見よりも常に自己決定（本人意思）の尊重原理に親和性が高い」という理解は、いささか一面的であることが示されるだろう。というのも、任意後見では、制度の構造上、過去的意思決定が「いま・ここでの新たな意思決定」に原則として優位することになるが、そこで単純に後者を切り捨ててしまえば、別の意味で自己決定（本人意思）尊重原理との抵触可能性が生じることになるからである。特に、現有能力の尊重という視点を加味したとき、このジレンマは大きな難題となるだろう。加えて、先のような理解は、ある種の副作用として、「任意後見＝自己決定型：法定後見＝パターンリズム型」という短絡的な二項対立図式へと収斂して、法定後見の運用における自己決定（本人意思）尊重の等閑視へとつながる虞もある。これを踏まえるならば、自己決定（本人意思）尊重の文脈における任意後見の法定後見に対する優越性は、あくまでも相対的なものにすぎないと理解されるべ

11) 小林昭彦・原司『平成一一年民法一部改正法等の解説』（2002年、法曹会）477頁。

きであろう。さらに、こうした視点の延長線上には、エンパワーメントの手法を通じて、判断能力不十分者の「いま・ここでの新たな意思決定」の可能性を最大限に追求する仕組み、すなわち、自己決定支援の仕組みを中核に据えた新しい成年後見制度¹²⁾の可能性が見えてくるように思われる。こうした自己決定支援型の制度と対比するならば、代理・代行決定（他者決定）型の仕組みであるという意味において、任意後見は法定後見と基本的に同質である。とすれば、自己決定（本人意思）尊重の文脈において、むしろ任意後見は自己決定支援型の仕組みに劣位するわけである。ここでは、任意後見の法定後見に対する優越性はほとんど誤差の範囲といえるほど、希薄化されてしまう可能性がある。

本稿では、こうした視点を踏まえつつ、現行法上の任意後見制度優先の原則に対して批判的に検討を加え、その限界について分析していくこととする。

II. 現行法における任意後見制度優先の原則¹³⁾

(1) 法定後見との調整の基本構造

(a) 任意後見契約法10条1項（任意後見登記先行型）

現行法は、法定後見との2種類の調整場面において、任意後見制度優先の原則を採用しており、任意後見が法定後見に対して優越的な地位に立つことを示している。

12) Supported decision - makingのような自己決定支援型の仕組みと、旧来のGuardianship、すなわち後見制度とを完全に異質な対立的制度として位置づける方が一般的かもしれないが、私見は、自己決定（本人意思）の尊重を両者に共通の基本原理とすることによって、両者の理念的な連続性の側面を強調できると考える。こうした理解を前提とすれば、具体的な制度設計の次元で、支援手法の1つとして、自己決定支援型の仕組みを従来型の後見制度の枠組みに接合していくことも可能であると思われる。既に菅前掲書143-177頁が同様の視点から詳細な分析を加えているが、イギリスの2005年意思決定能力法1条が掲げる5大原則の機能はこうした制度設計のモデルの1つといえるだろう。

13) 於保不二雄・中川淳編『新版注釈民法（25）[改訂版]』（2004年、有斐閣）681頁以下及び715頁以下〔新井誠・上山泰〕参照。

まず、任意後見契約の締結及び登記¹⁴⁾が、法定後見開始の審判に時間的に先行する場合、家庭裁判所は、任意後見監督人の選任の有無、すなわち任意後見契約の発効の有無にかかわらず、原則として、当該後見開始の審判の申立てを却下する（法10条1項）。ただし例外として、家庭裁判所が、本人の利益のため特に必要があると認めたときに限り、法定後見が開始される（法10条1項）。この場合、既に任意後見契約が発効しているならば（任意後見既発効型）、原則①との関係上、法定後見開始に伴って、既存の任意後見契約は当然に終了することになる（法10条3項¹⁵⁾。他方、任意後見契約が未発効の場合（任意後見未発効型）には、法定後見人と任意後見人の同時併存が生じないため、法10条3項の反対解釈として、既存の任意後見契約は存続する¹⁶⁾。立法担当者は、この理由について、未発効の場合、『当該任意後見契約による保護の相当性自体を否定する確定的な司法判断がされたとまではいえないので、権限の抵触等が顕在化していない任意後見受任者との関係では、なお任意後見契約を存続させるのが相当である』¹⁷⁾ためと説明している。この結果、法10条1項に基づいて例外的に法定後見を開始した後で、あらためて未発効の任意後見契約につい

14) 登記まで要するとした理由は、法定後見開始の審判時に、任意後見契約の締結及び任意後見監督人の選任の有無を家庭裁判所が確認できる制度的な保障が必要な点に求められている（前掲小林・原420頁参照）。

15) 現行法上、任意後見と法定後見は二者択一の関係として設計されている。このため、たとえば、補助人の代理権の範囲と任意後見人の代理権の範囲とが競合しない場合であっても、両者は同時併存できない。立法担当者は、この理由として、「任意後見契約の終了の登記の前提として、登記手続の中で両者の権限が重なるか否かの審査を要することになるが、登記実務上の形式的審査ではそれは著しく困難であり、権限の競合の看過により終了の登記がされなかった場合には、任意後見契約法第一条の善意者保護の規定により、無権限の旧任意後見人による処分行為等により本人が重大な不利益を被るおそれがあること」、及び、「身上監護と財産管理のように形式的には権限の範囲が重ならない場合でも、実質的には両者の権限が抵触することがありえるが、家庭裁判所は、複数の補助人を直接監督する場合と異なり、任意後見人に対しては、任意後見監督人を通じての間接的な監督しかできず、代理権の範囲の調節等もできないので、権限の調整が困難な場合が想定されること」を挙げる（前掲小林・原431頁参照）。

16) 東京地裁平成18年7月6日判決・判例時報1965号75頁。

て監督人を選任して、法定後見から任意後見へと移行できる可能性が残されていることになる。

(b) 任意後見契約法4条1項2号（法定後見開始先行型）

逆に、後見開始の審判が任意後見監督人選任の申立てに先行する場合、すなわち、被補助人、被保佐人、成年被後見人を本人として任意後見監督人の選任が申し立てられた場合についても、法4条の中で任意後見制度優先の原則が明定されている。すなわち、原則として、家庭裁判所は任意後見監督人を選任して契約を発効させた上で、原則①との関係上、既存の法定後見開始の審判を取消して、法定後見を終了させる（法4条2項）。ただし、例外として、法定後見の継続が本人の利益のために特に必要であると認めたとときに限り、家庭裁判所は任意後見監督人選任の申立てを却下する（法4条1項2号）。法定後見を任意後見に例外的に優先させる判断基準は、先の任意後見登記先行型と意識的に統一されている¹⁸⁾。なお、法定後見開始後に、成年被後見人等が任意後見契約を締結した場合も本条の対象になる。本人の自己決定に基づいて、法定後見から任意後見へと移行できる可能性があることは、後述するように任意後見制度優先の原則に関する限界を検討する上でも重要なポイントとなる。

このように現行制度は、法定後見と任意後見の調整に関して、両者のいずれが先行した場合についても、必ず家庭裁判所の判断を介在させた上で、原則的には任意後見を優先させつつ、例外として、法定後見が本人の利益にとって特に必要であると家庭裁判所が認めた場合にのみ、法定後見による支援を優先させるという制度設計を採用しているわけである。

17) 前掲小林・原480頁脚注(2)。なお、同書436頁は、任意後見契約を存続させておく意義のある事案として、代理権のみが付与された補助事案において、本人の状態の軽快や代理権による保護の必要性の消失によって、補助開始の審判が取り消された場合を挙げる。

18) 前掲小林・原423頁。

(2) 例外としての法定後見優先要件

さて、こうした任意後見の優越性の限界を探る鍵は、例外的に法定後見を優先させる判断基準にある。明文では、任意後見登記先行型の場合が「(法定後見の開始が) 本人の利益のため特に必要があると認めるとき」(法10条1号)、法定後見開始先行型の場合が「(法定後見の継続が) 本人の利益のため特に必要であると認めるとき」(法4条1項2号)と規定されている。両要件の文言はほぼ同じであり、その機能も任意後見の優先効を排して法定後見を優越させる点で共通する。ただし、前者が法定後見の例外的開始に対する積極的要件であるのに対して、後者は任意後見の開始に対する法定障理事由3類型のうちの1つであるという規定の性質の違いから、厳密に言えば、両要件の直接的な射程には違いがある¹⁹⁾。後者では、任意後見受任者の不適格性に関して、別個の法定障理事由(法4条1項3号)として規定しているため、これを4条1項2号の判断要素に含める必要はない。他方、前者では、任意後見受任者の不適格性も、法定後見開始の特別な必要性を裏付ける要素の1つとして、10条1号の判断要素に組み込む必要がある。つまり、任意後見登記先行型と法定後見開始先行型の両類型において、任意後見制度優先の原則の適用範囲についての平仄を合わせるならば²⁰⁾、10条1号の判断要素は、4条1項2号よりも広く解釈されるべきことになる。

以下では、この点を踏まえたうえで、主として、射程が広いと思われる10条1号の「本人の利益のため特に必要があると認めるとき」(以下では「法定後見優先要件」とする)の解釈に焦点を合わせつつ、この要件の具体的な構成要素について考察していく。まずは、この問題に関する裁判例と学説について概観しておこう。

19) 前者の場合、当該任意後見契約による保護の相当性自体を否定する確定的な司法判断が求められているわけではない(前掲小林・原480頁脚注(2)参照)。

20) 前掲小林・原423頁の記述から見る限り、立法担当官は、任意後見登記先行型と法定後見開始先行型の両者について、家庭裁判所が統一的な基準の下で任意後見と法定後見の優先性を評価すべきと考えていたように思われる。

(a) 立法担当官の見解

立法担当官は、法定後見優先要件を、特別養子縁組における「子の利益のため特に必要があると認めるとき」（民法817条の7）と同じく、特別の必要性を要件とする趣旨の規定であると位置づける²¹⁾。これを見る限り、立法担当官は、任意後見制度優先の原則をかなり厳格に捉えており、単なる両者の比較優位を理由とする法定後見の開始には否定的である。この要件を充足する具体例としては、「任意後見契約の代理権の範囲が狭く、かつ、本人の判断能力の減退・喪失によって、追加的な任意授権が困難な場合」（A-1：代理権の不足）と、「同意権・取消権による保護が必要な場合」（A-2：行為能力制限の必要性）を挙げている²²⁾。いずれも、任意後見人の法的権限が本人保護にとって不十分である場合（A：法的権限の不足）といえる。

(b) 裁判例

①札幌高裁平成12年12月25日決定・家庭裁判月報53巻8号74頁〔裁判例①〕²³⁾

本件は、本人の親族（長女：原審申立人・抗告人）による補助開始申立ての後で、補助開始の審判前に、本人と別の親族（実妹）とが任意後見契約を結んで登記したという事案である。ただし、本決定の事実認定によれば、補助開始の申立てに際して、署名、捺印した本人の同意書が提出されていたものの、その後、本人は家庭裁判所調査官や家事審判官の面前で、明確にこの同意を撤回する意思を表明している。このため、本件では、そもそも、補助開始審判の要

21) 前掲小林・原478頁脚注(2)。

22) 前掲小林・原478頁。なお、秦悟志「成年後見制度における法律実務家の役割」実践成年後見1号（2000年）74-5頁は、『本人に浪費の懸念が生じた場合、任意後見人は取消権を有しないので法定後見への移行が必要となる。また、任意後見契約締結後に本人が相続などによって多数の財産を取得し、任意後見人の代理権の範囲を拡張する必要が生じた場合に本人がすでに意思能力を喪失しているときは、法定後見へ移行せざるを得ない。』と指摘するが、これは立法担当官の例示を敷衍したものと理解できる。

23) 本件評釈として、西原醇・判例タイムズ1076号（2002年）89頁、平山也寸志・実践成年後見21号（2007年）103頁、平山也寸志・成年後見法研究5号（2008年）173号がある。

件である「本人の同意」（民法15条2項）が欠けており、任意後見との競合が生じえない状況だったといえる²⁴⁾。

しかし、本決定はこの点を踏まえつつも、なお抗告理由に応える形で、本件では、補助開始が「本人の利益のために特に必要がある」（法10条1項）とは認められないとした。そして、この理由として、本人の財産について既に財産目録が作成されており、今後の大きな支出については、任意後見受任者である実妹に管理が委ねられる手筈が整えられているという点を指摘している。本件は、任意後見を前提とする本人の保護が図れる限り、法定後見の開始は不要であるという、任意後見制度優先の原則を厳格に適用したとみることができる。

②大阪高裁平成14年6月15日決定・家庭裁判月報54巻11号54頁〔裁判例②〕²⁵⁾

本件は、本人の親族（長男：原審申立人）が、自らを保佐人候補者として保佐開始を申し立てた後で、保佐開始の審判前に、現に本人の資産を管理していた別の親族（次男：抗告人）と本人とが任意後見契約を結んで登記したという事案である。原審が、既登記の任意後見契約の存在に何ら言及しないまま、親族間の対立を理由に、第三者である弁護士を保佐人として選任したため、任意後見受任者である親族が抗告したというのが本件の経緯である。

本決定は、「本人の利益のため特に必要」であるとは、『諸事情に照らし、任

24) 民法15条2項の「本人の同意」の存在は、本人以外の請求権者が補助開始を申し立てるための要件ではなく、家庭裁判所が補助開始の審判をするための要件である。このため、申立時点での同意は不要であり、本人の同意の有無については、本人の陳述聴取等の審理の過程の中で、家庭裁判所自らが確認することが予定されている（前掲小林・原137-8頁参照）。したがって、本件申立時点において提出された同意書の有効性・真正性の如何に関わらず（つまりは、従前の同意の有効な撤回の有無という問題設定をするまでもなく）、審理の中で、家事審判官が補助開始に同意しない旨の本人の真意を確認できた以上、もはや補助は開始できないと考えてよい。

25) 本件評釈として、二宮孝富・民商法雑誌128巻6号（2003年）99頁、山田真紀・判例タイムズ1125号（2003年）112頁、星野茂・実践成年後見20号（2007年）138号、星野茂・成年後見法研究4号（2007年）186頁がある。

任意後見契約所定の代理権の範囲が不十分である、合意された任意後見人の報酬額が余りにも高額である、法四条一項三号ロ、ハ所定の任意後見を妨げる事由がある等、要するに、任意後見契約によることが本人保護に欠ける結果となる場合を意味する』と判示した。また、これに加えて、既登記の任意後見契約が『人違いや行為能力の欠如により効力が生じないのであれば「本人の利益のために特に必要がある」かどうかについて判断するまでもなく』法定後見を開始できると指摘した。ここでは、立法担当官が既に指摘していた「A-1：代理権の不足」に加えて、不当な高額報酬の設定という契約内容の不当性（B：契約内容の不当性）と、任意後見受任者の不適格事由（C：任意後見受任者の不適格性）を、具体例として挙げた点が注目される。既述のように、法10条1号の解釈に当たっては、法4条1項3号の対象である任意後見受任者の不適格性を含める必要があり、本決定はこのことを明示したものと見える。

さらに、既登記の任意後見契約が無効である場合²⁶⁾について、当然に法定後見を開始できる旨を指摘した点も興味深い。任意後見契約が無効である以上、そもそも法定後見との競合は生じないため、法定後見優先要件の充足についての判断が不要なことは、理論上は当然である。ただし、任意後見契約の有効性自体は、別途、民事訴訟によって確定されることになるため²⁷⁾、この場面での判断はあくまで暫定的なものにすぎない。したがって、本決定とは異なるが、広く任意後見契約の有効性について客観的な疑念のある場合（D：契約の瑕疵に関する不審事由）について、法10条1号の法定後見優先要件の充足性の判断要素として位置づけることが適切だと思われる。

26) 本人の意思無能力を理由として、任意後見契約の締結と解除を無効とした裁判例として、前掲東京地裁平成18年7月6日判決がある。この評釈として、神野礼斉・判例タイムズ1256号（2008年）44頁、菅富美枝・実践成年後見27号（2008年）85頁、三輪まどか「高齢者の財産管理と意思能力—任意後見をめぐる裁判 [東京地判H18.7.6判時1965号75頁]を契機として—」横浜国際経済法学18巻2号（2009年）139頁がある。

27) 前掲山田113頁参照。

(c) 学説

従来、任意後見制度優先の原則をめぐる学説は、主として、先の2つの裁判例の検討を通じて展開してきている²⁸⁾。以下に主要な見解を紹介する²⁹⁾。

①西原説³⁰⁾

裁判例①の評釈で、法10条1項の充足の有無は、単に法定後見の補充性という理念の問題としてではなく、任意後見と法定後見との長短を念頭に置いた上で、いずれが適当か、本人を取り巻く様々な状況に即して判断すべきと主張する。この説は、移行型を除く任意後見の場合、効力発生前の受任者の義務、契約の無効・取消原因の存在、受任者の適格性等の点で不明確であるという弱点を持つとして、任意後見制度優先の原則の厳格な運用がかえって本人の利益を損ねかねないと指摘する。特に、後見開始審判の申立後に、あたかもこの回避手段として締結されたような任意後見契約については、原則の適用にあつ

28) 前註23及び25に挙げた各判例評釈のほか、飯島紀昭「任意後見と法定後見について」『21世紀の家族と法—小野幸二教授古稀記念論文集—』(2007年、法学書院)467頁、星野茂「任意後見と法定後見の関係—任意後見人選任をめぐる二つの高裁決定を中心に—」法律論叢80巻1号(2007年)67頁、星野茂「任意後見と代理」椿寿夫・伊藤進『代理の研究』(2011年、日本評論社)298頁、新井誠・赤沼康弘・大貫正男編『成年後見制度—法の理論と実務—』(2006年、有斐閣)244-8頁[山崎政俊]、小賀野晶一「任意後見契約と任意後見人の権限をめぐる問題」野田愛子・梶村太市総編集『新家族法実務体系 第2巻』(2008年、新日本法規)550頁、奥林潔「任意後見契約の実情(付利用の実情)」公証162号(2011年)52頁等が、この問題に言及する。

29) このほか、岡部喜代子・三谷忠之『実務家族法講義』(2006年、民事法研究会)233頁、半田吉信・鹿野菜穂子・佐藤啓子・青竹美佳『ハイブリッド民法5 家族法』(2006年、法律文化社)174頁[半田吉信]、島津一郎・松川正毅編『基本法コンメンタール 親族(第5版)』(2008年、日本評論社)302、305頁[佐藤繁]、四宮和夫・能見善久『民法総則(第8版)』(2010年、弘文堂)60頁、高橋朋子・床谷文雄・棚村政行『民法7 親族・相続(第3版)』(2011年、有斐閣)221-2頁[床谷文雄]など、教科書類の一般的な記述においては、立法担当官の例示する「A：法的権限の不足」と、裁判例②が指摘した「B：契約内容の不当性」、「C：任意後見受任者の不適格性」への論及があるに留まる。

30) 前掲西原89頁。

て、別段の考慮が必要であることを示唆する。

②二宮説³¹⁾

裁判例②の評釈で、任意後見制度優先の原則を排すべき場合とは、任意後見によることが本人保護に欠けると判断されるときであるが、この際には、代理権の範囲といった任意後見の内容だけを対象にして判断すべきではなく、法定後見と任意後見のどちらが本人の利益になるかという観点から判断すべきと主張する。また、任意後見契約締結時における本人の意思能力の要素にも注目すべきことを指摘し、任意後見と法定後見の優先関係について、保佐・後見類型の場合は、本人の保護の理念に重きを置いて判断すべきとする。

③山田説³²⁾

裁判例②の評釈で、法10条1項の適用範囲について、立法担当官の例示を是とした上で、具体例として、「本人が任意後見契約の解除を希望している場合」と「任意後見受任者として弁護士を選任しているが、当該弁護士の心身などの故障により、職務を適切に行うことが困難である場合」を追加する。後述のように、前者は「E：本人の法定後見選択意思の存在」、後者は「C：任意後見受任者の不適格性」の要素として整理できるだろう。また、この説は、裁判例②の判旨について、法定後見開始の申立人と対立する親族が、申立後の対抗措置として任意後見契約を締結したとも考える場合でも、この要素だけで法定後見優先要件の充足を認めることはできない旨を示した点に意義があると指摘する。法定後見優先要件の要素として「E：本人の法定後見選択意思の存在」を挙げている点を含めて、立法担当官と同様、制度選択に関する自己決定の尊重にウェートを置き、任意後見制度優先の原則を厳格に適用すべきとの立場であると思われる。

31) 前掲二宮839頁。

32) 前掲山田112頁。

④星野説³³⁾

裁判例①②を素材として、法定後見優先要件について、当事者間で締結した任意後見契約をそのまま履行させると本人の保護に欠ける結果になる場合であると主張する³⁴⁾。そして、その具体例として、従前から指摘されてきた諸例示に加えて、特に「当事者の判断能力喪失ないし減退」と「保護者になろうとしている家族間の不仲」について検討する。前者については、一定の判断能力減退者による任意後見契約締結の有効性が一般に認められていること、及び、任意後見が委任者である本人の自己決定を重視する仕組みであることを理由に、基本的には消極に解すべきとしつつ、後見開始の申立てへの対抗手段として任意後見契約が締結された事案のように、任意後見の濫用といえる場合には、より慎重な判断が必要になると指摘する³⁵⁾。後者については、こうした家族間の不仲があるようなケースこそ、まさに紛争回避のために任意後見を活用して、本人の自己決定を尊重すべきであるとして、基本的には法定後見優先要件を充足しないと主張する。ただし、家族間紛争がある場合には、同居家族からの強い要請、恫喝、懇願等や、本人の同居家族に感じている後ろめたさ等のために、本人が真意を表明しえない場合も否定できないとして、現に家族が行っている財産管理が不適切であり、その発覚を免れようとしている場合等、任意後見の濫用と考えられる場合には、例外的に法定後見優先要件を充足すると解すればよいとする³⁶⁾。この説は、任意後見制度優先の原則の理念的な妥当性を基本的には認める一方で、「自己決定尊重の暴走化」³⁷⁾を回避するための解釈論的工夫として、任意後見制度の濫用という基準を持ち込むことを通じて、本人保護の理念との調整を図る点に特徴がある。なお、この説は、任意後見受

33) 前註25及び28に挙げた各星野論文参照。ただし、各記述が重複するため、本稿では最も包括的な記述のある法律論叢を基本的に引用する。

34) 前掲星野論叢79頁。

35) 前掲星野論叢80頁。

36) 前掲星野論叢80-1頁。

37) 前掲星野論叢71頁。

任者が制限行為能力者である場合について、「本人の利益のため特に必要がある」場合ではなく、法4条1項3号ハ「その他任意後見人の任務に適しない場合」に該当すると考えればよい³⁸⁾と指摘するが、法4条1項の解釈が問題となる法定後見開始先行型についてはそれでよいとして、法10条1項の解釈が対象となる任意後見登記先行型において委任者が被保佐人ないし被補助人の場合は問題が残るのではないだろうか。

⑤平山説³⁹⁾

裁判例①②と先行諸学説を整理した上で、まず、任意後見から補助への移行事案と、任意後見から保佐ないし後見への移行事案とを区分する必要性を指摘する⁴⁰⁾。この区分を前提に、前者の場合は本人の自己決定の理念に、後者の場合は本人保護の理念に、より重きを置いて判断すべきと主張する。さらに、補助への移行事案における法定後見優先要件の具体例として、「任意後見人に不正な行為、著しい不行跡がある場合、任意後見受任者として選任している弁護士が心身などの故障により適切な職務執行が困難である場合（法4条1項ロ・ハ参照）」、「任意後見人の報酬額があまりにも高額である場合」、「本人に浪費の懸念が生じて取消権による保護が必要となった場合」を挙げている。他方、「諸般の事情により代理権の範囲を拡張する必要が生じた場合」は、本人の意思能力に問題がない限り、任意後見契約を変更すればよく、あえて補助に移行する必要はないとする⁴¹⁾。また、既登記の任意後見契約がある場合に、補助開始が申し立てられたときは、本人の申立てか、あるいは、申立てへの本

38) 前掲星野論叢82頁脚注(14)。

39) 前註23に挙げた各平山論文参照。ただし、両稿の記述が重複するため、本稿ではより包括的な記述のある成年後見法研究を基本的に引用する。

40) 前掲二宮101頁以下が、既にこの区分の必要性を示唆している。

41) 以上について、前掲平山研究178頁。ただし、立法担当官は、「A-1：代理権の不足」について、「本人の精神状況が任意の授権の困難な状態にあるため、他の法律行為について法定代理権の付与が必要な場合」（前掲小林・原478頁）を前提としているので、この点について、平山説の認識と実質的な差違はないと思われる。

人の同意があるならば、本人が任意後見契約の解除を希望している場合と同視して、本人の利益に反することが明らかでない限りは、補助への移行を認めるべきとする⁴²⁾。これは、山田説が挙げる「E：本人の法定後見選択意思の存在」を敷衍したものと理解できる。この説が挙げる法定後見優先要件の要素自体は既に指摘されてきた内容ではあるが、本人の自己決定と本人保護との理念的調和の視点から、本人の判断能力の要素に注目して、補助類型への移行事案と保佐・後見類型への移行事案を区別した上で、法定後見優先要件を弾力的に運用しようとする点に特徴がある。

⑥飯島説⁴³⁾

裁判例①②に対する評釈の分析を通じて、近時の学説の傾向が、立法担当官の厳格な理解とは逆に、任意後見制度優先の原則の貫徹に対して消極的であり、むしろこれを抑制的に運用しようとする傾向にあると指摘している⁴⁴⁾。また、この説自体、自己決定の尊重という、それ自体としては正しいイデオロギーが、自己目的化して暴走してしまうことへの懸念を表明しており、任意後見制度優先の原則は決して絶対的なものではないと論じ、近時の学説の傾向を支持する⁴⁵⁾。

⑦山崎説⁴⁶⁾

専門職後見人の視点から、法定後見申立後に締結された任意後見契約については、任意後見制度優先の原則を排除する旨の法改正を提言する。この理由と

42) 前掲平山研究178-9頁。

43) 前掲飯島467頁。

44) 前掲飯島479頁。

45) 前掲飯島473-4頁。

46) 山崎政俊「任意後見契約の濫用の防止に向けて—二つの提言を踏まえた提案—」実践成年後見33号(2010年)72-9頁。山崎政俊「任意後見制度の改善のために」前掲『成年後見法制の展望』513-4頁もほぼ同旨を論じる。

して、法定後見の申立てを知った親族等が、本人と任意後見契約を締結して、これを家庭裁判所に通知することで、法定後見の開始を妨害しようとする濫用的事案が、実務上、散見されることを指摘する。こうした「法定後見申立てを妨害するための契約」のほかにも、実務上、「有料老人ホーム入所契約において求められる身元引受人としての代替的契約」、「金銭信託や遺言信託の「指図権者」選任のための契約」、「相続争いの主導権を握るための契約」、「受任者に都合のよい契約（きわめて包括的な委任事項や委任事項に比べて高額な報酬の約定等）」のように、本人の真意によるというよりも、むしろ周囲の思惑等によって任意後見契約が結ばれている濫用的事案があるという⁴⁷⁾。なお、「法定後見申立てを妨害するための契約」との関係で、即効型任意後見契約の有効性に疑義を提起し、任意後見の運用は、本人の判断能力に全く問題がない場合に限定すべきであり、本人に軽度の判断能力低下がみられる場合には、補助を優先すべきと主張する⁴⁸⁾。

(e) 小括

まず、任意後見制度優先の原則の一般的な位置づけについては、既に飯島説が分析するとおり、立法担当官がかなり厳格な適用を想定していたと思われるのに対して、近時の学説はむしろそのリスクの面を警戒して、主に本人の客観的保護の視点から、法定後見を優先する場面を拡張する方向に動いている。こ

47) 日本司法書士会連合会・社団法人成年後見センター・リーガルサポート「任意後見制度の改善提言と司法書士の任意後見執務に対する提案」(2007年2月16日付)と、日本弁護士連合会「任意後見制度に関する改善提言」(2009年7月16日付)の2つの提言が、いずれも、移行型における任意代理契約の濫用事例と併せて、任意後見の濫用に警鐘を鳴らし、その立法的対応の必要性を指摘している。本稿との関連では、任意後見契約の有効性の担保手段として、公証人の嘱託拒絶権限の導入を、両提言が揃って指摘している点が注目される。両提言の解説として、多田宏治「日本司法書士会連合会・社団法人成年後見センター・リーガルサポート「任意後見制度の改善提言と司法書士の任意後見執務に対する提案」の紹介」実践成年後見21号(2007年)91頁、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32号(2010年)109頁がある。

の背後には、裁判例①②を含めて、任意後見の濫用が疑われる事案が散見されるという実務の現状もあると思われる。

次に各論的な問題として、これまでに提示されてきた法定後見優先要件の判断要素を整理しておこう。具体的には、「A：法的権限の不足」（任意後見人の代理権が不十分であり、かつ、本人の判断能力減退・喪失のために、任意代理ないし任意後見の代理権拡充が期待できない事案、または、同意権・取消権による保護が必要な事案）、「B：契約内容の不当性」（不当な高額報酬の約定等、任意後見契約の内容の不当性が著しい事案）、「C：任意後見受任者の不適格性」（任意後見受任者が法4条1項3号の各事由に該当するような事案）、「D：契約の瑕疵に関する不審事由」（任意後見契約に、意思無能力無効、錯誤無効、詐欺・強迫に基づく取消事由等の法的瑕疵がある蓋然性が非常に強い事案）⁴⁹⁾、

48) 前掲山崎実践75頁。新井誠「任意後見制度の現状と課題」成年後見法研究4号（2007年）19頁、新井誠「任意後見制度に関する一管見—その誕生から今後まで—」筑波ロー・ジャーナル5号（2009年）69頁も、即効型は、本人が特に受任者を信頼している場合や他の親族の介入を嫌がっている場合等の例外的なケースにのみ認めるべきであり、即効型の利用希望者には補助類型で対応するのが望ましいと論じる。他方、前掲小賀野552頁は、任意後見については契約の意味を緩やかにでも理解できればよいから、被補助人程度の能力減退ある者でも契約能力を認めてよい場合があるとする。また、立法担当官は即効型を承認しており、被補助人や場合によっては被保佐人に相当する者であっても、契約締結時点で意思能力がある限り、有効な任意後見契約の締結が可能であるとしている（前掲小林・原393頁）。ただし、公証人法26条との関係上、成年被後見人による任意後見契約の締結は、意思能力の回復時であっても、認められない可能性がある。他方、被保佐人の場合、保佐人の同意権の対象に任意後見契約の締結が含まれるかが問題となるが（民法13条1項3号参照）、先の立法担当官の見解からすれば、民法13条2項によって、特別に同意権の範囲が拡張された場合を除けば、被保佐人による締結の可能性は排除されないということになるか。なお、ここでの諸見解の対立の一因も、本人の理念型を、能力の漸次的減退を前提とした「認知症高齢者モデル」に置くか、能力の開発可能性を視野に納めた「知的・精神障がい者モデル」に置くか（少なくとも後者の存在を重視するか）という点にあるように思われる。この点に関して、平田厚『権利擁護と福祉実践活動』（2012年、明石書店）80頁による、高齢者の自立支援の目的は「残存能力に即して支えること」であり、障がい者の自立支援の目的は「自立能力を獲得・形成できるよう支えること」であるという、両者の指摘の違いは非常に重要である。

「E：本人の法定後見選択意思の存在」（法定後見優先要件の判断時点において、本人が法定後見の利用を優先する意思を積極ないし消極に表示している事案（少なくとも当該任意後見契約の排除を表示している事案））の5つが挙げられる。むろん、これらの要素が重複する場合も想定できる。星野説が検討する「家族間の不仲」のような、任意後見当事者の社会的環境要因については、それが当該任意後見による支援を不適切とする状況に至っている場合であれば、通例はBCDEのいずれかの要素が存在すると思われるため、独立の判断要素とする必要まではないと考えられる。たとえば、契約締結自体が親族の不当な干渉等のために、本人にとって不本意な選択であった場合⁵⁰⁾にはDの要素が、契約締結後の状況変化によって、法定後見優先要件の判断時点では任意後見の選択が不本意となった場合にはEの要素が認められるのではないか。後述のように、任意後見制度優先の原則の理念的根拠を、本人の自己決定による制度選

49) B・Dの要素は、本来、公証人の介入によって排除されることが想定されている（たとえば、公証人法26条参照）。しかし、現在の実務上では、公証人の囑託拒絶は、無効等の事由の存在が公証人にとって明らかである場合に限られており、無効等の疑いはあるものの確証がない場合には、公正証書の作成義務があると解されている（前掲高江110頁参照）。これと関連して、最高裁平成9年9月4日判決・民集51巻8号3718頁は、『公証人は…法律行為の法令違反、無効及び無能力による取消し等の事由が存在することについて具体的な疑いが生じた場合に限って囑託人などの関係人に対して必要な説明を促すなどの調査をすべきものであって、そのような具体的な疑いがない場合についてまで関係人に説明を求めなどの積極的な調査をすべき義務を負うものではない』と判示している。なお、ここにいる「具体的な疑いがある場合」とは、審査資料から無効ではないかとの疑いが具体的に生じたものの、無効等の事由の存在が明白であるとまではいえない場合とされる（日本公証人連合会編『公証人法』（2004年、ぎょうせい）30頁参照）。

50) 前掲神野46-7頁は任意後見契約がその実質において生前遺言といえるならば、本人の意思能力評価において、通常取引行為とは異なり、本人の真意が尊重されるべきとする。任意後見契約の成立に関して、通常取引行為以上に、本人の真意性を重視した規範的评价を行うべきであるという指摘は正しいと思われるが、この点は、主として即効型で問題となる意思能力の文脈においてのみならず、より一般的に、本人の契約意思の有無（とこれに起因する契約の不成立）という文脈でも検討すべき課題を含んでいるように思われる。

択の要素に求めるならば、Eの内容として、法定後見選択に対する本人の真意が認められる場合には、逆に法定後見を当然に優先すべきということになるだろう。

二宮説、星野説、平山説が、それぞれの視点から考察する「本人の能力喪失・減退」の要素については、基準時を2つに分けた上で検討する必要がある。まず、任意後見契約締結時（基準時①）における能力喪失・減退は、端的に契約能力の問題となる。したがって、基本的にはDの要素として考察すればよい。ここでは、「本人の契約能力について、いかなる程度と性質を想定するか？」⁵¹⁾、「エンパワーメントの手法を通じた判断能力不十分者の契約締結を認めるか？」等が重要な前提問題となるが、本稿では紙数の都合もあり、この詳細な検討は他日を期したい。他方、法定後見優先要件の判断時（基準時②）における能力喪失・減退の問題は、主としてA及びEの要素として検討すべきことになる。ただし、裁判例①②で問題とされたような、法定後見申立ての対抗手段としての性格を持つ即効型事案の場合は、基準時①②の近接性から、ADEの要素の総合評価が求められることになるだろう。なお、Eの評価に当たっては、「法定後見の利用を求める積極的意思」や「任意後見を利用したくないという消極的意思」を具体的に徴表する行為、すなわち、前者なら「本人による補助申立

51) 須永醇「成年後見制度の解釈運用上の論点」須永醇『須永醇 民法論集』（2010年、酒井書店）269-272頁は、任意後見契約締結能力の立法例として、通常の契約能力を要する立場（カナダ・ケベック州法、フランス法）と通常の財産管理ないし身上ケアの能力がなくとも、任意後見契約の締結は可能とする立場（イギリス法、カナダ・オンタリオ州法、カナダ・ブリティッシュコロンビア州法）があると指摘した上で、能力減退後の契約締結を認める必要性は否定できないとして、後者を採るべきと主張する。また、前掲菅実践91頁は、イギリス法では、任意後見契約締結能力に関して、「受任者を信頼し、任せる」ことに対する積極的理解が求められているのであり、任意後見契約は財産取引よりも低い能力で足りるといった発想は取られていないことを指摘し、財産管理能力と任意後見締結能力とは単に「量（理解力）」の問題として比較すべきではなく、「質（任意後見契約について理解すべき「内容」）」の問題として把握すべきであると主張する（この議論は、個別的意思能力判定とエンパワーメントとの関係性の問題を絡めて、菅前掲書55-93頁において、さらに深く展開されている）。いずれもきわめて重要な指摘といえる。

て」ないし「他の申立権者による補助申立てに対する同意」、後者なら「任意後見契約の解除の意思表示」等について、本人の判断能力の程度と性質を個別事案ごとに検討する必要があるだろう。

二宮説、平山説が提起する、任意後見登記先行型での補助移行事案と保佐・後見移行事案との区分は、家庭裁判所の介入時点における本人の現有能力の程度に応じて、自己決定尊重の理念と客観的な本人保護の理念とを柔軟に調整する試みとして評価できる。この議論の方向性は支持できるが、両理念の優先の振り分け基準を補助類型と保佐・後見類型の間に置くか、補助・保佐類型と後見類型の間とするかは議論の余地がある。平山説は、補助の開始要件のみに本人の同意が求められている点を重視したと解されるが、本人の意思能力の有無という視点からみた場合、保佐と後見との間の線引きにも一定の説得力がある。また、任意後見に関する契約能力の位置づけによっては、被保佐人相当の現有能力の者が即効型任意後見によって、任意後見の利用を意識的に選択できる余地があり、この事案との整合性についても論点となるだろう。

Ⅲ. 任意後見の優越的位置づけに対する批判的再検討

(1) 法定後見に対する比較優位性の再検討

さて、近時の学説が任意後見制度優先の原則の適用を抑制する傾向にあることは、上述の通りである。私見もまた、任意後見の法定後見に対する比較優位性を相対化して理解すべきであるという結論には同意する。しかし、この結論は、対抗理念であるパターンリスティックな本人保護の強調を通じてではなく、むしろ、任意後見制度優先の原則の正当化原理とされている「自己決定（本人意思）の尊重」の理念を突き詰めていくことから導き出すべきではないかと考える。そこで以下では、若干の原理的な考察を交えつつ、「自己決定（本人意思）の尊重」という基本原理が、いったいどこまで任意後見の優越的位置づけを担保できるのかについて、少し掘り下げてみたい。冒頭で触れたように、任意後見の法定後見に対する優越的地位を認める制度設計は、近年、多くの国で採用されているわけだが、まずは、その政策的根拠について確認しておこう。

(a) 後見制度運用の社会的コスト抑制

高齢社会における社会保障費の合理的抑制は先進国共通の政策課題である。たとえば、ドイツ世話法の度重なる改正の背景には、法定後見運用に関する国家財政の削減要請があった。特に2005年の第2次改正では、任意後見利用への政策的誘導の仕組みを導入することで、法定後見の利用件数を抑制しようとする政府の意図が明確に示されていたといえる。このように、任意後見制度優先の原則が採用される背景には、後見制度運用に係る社会的コストの抑制という経済的側面もあることを見落とすべきではない。

もっとも、日独の制度の構造的な違いを踏まえるならば、現行制度を前提とする限り、わが国の場合、この面でのメリットはドイツほど大きくはならないだろう。まず、ドイツの場合、低資力者による法定後見の利用費（世話人の費用及び報酬）が国庫負担であること（ドイツ民法1835-1836e条）が、法定後見の社会的コストを高める最大の要因となっている。さらに、ドイツの任意後見⁵²⁾は、民法上の一般的な委任契約に基づく任意代理の運用形態の1つにすぎない。このため、その運用上、国家機関である世話裁判所が関与するのは、例外的にドイツ民法1896条3項によって任意代理監督世話人(Kontrollbetreuer)の選任を行う場合⁵³⁾と、任意後見人による身上監護に関する重大決定に対する許可を行う場合（ドイツ民法1904条5項、1906条5項）等に限定されている。任意後見運用の社会的コストの視点からは、裁判所に代表される国家機関の関与（他にも行政機関の関与や公的な契約認証・登録制度等の運用コストなども含まれるだろう）が小さいほど、すなわち、任意後見の運用を当事者の私的自治に委ねる範囲が広いほど、そのコストは原則的には安価となる。この点からいえば、任意後見契約の発効に当たって、常に裁判所の関与を要するわが国の

52) ドイツの任意後見の紹介として、神野礼斉「ドイツにおける任意後見」成年後見法研究4号（2007年）60頁、神野礼斉「ドイツにおける任意後見制度の運用」公証法学41号（2011年）1頁がある。

53) 任意代理監督世話人は、本人が任意後見人に対して持つ権利の行使を職務とする世話人（法定後見人）であり、日本法上の任意後見監督人と類似した監督機能を持つ。

制度はドイツに比べてコストが高くなる⁵⁴⁾。むろん、この高コスト性は、任意後見の濫用防止という正当な目的に起因するものであるから、これが直ちに日本法の欠点を意味するわけではない。しかし、濫用防止のための公的なセーフガードの強化が、通常は、任意後見の運用に係る社会的コストの安価性とトレードオフの関係に立つという事実の確認は、経済的側面における任意後見の法定後見に対する優位性を評価する上で重要な観点となる。

(b) 「自己決定（本人意思）の尊重」との親和性

一般的には、本人の自己決定による事前準備性という要素から、任意後見は法定後見に比べて、自己決定（本人意思）の尊重という理念により適合的であるとされている。こうした理解は、近年の大陸法圏における任意後見に関する法整備と任意後見制度優先の原則の導入を後押しした直接的な要因でもある。

わが国の場合、立法担当官が、任意後見制度優先の原則について、特に強調したのは、制度選択に関する自己決定の保障という側面である。つまり、任意後見契約の締結を通じて、本人が、法定後見ではなく任意後見による支援を自ら選択したという点に、その正当化根拠を求めている⁵⁵⁾。それでは、任意後見を選択する意義は、より具体的な次元ではどこに求められるだろうか。自己決定（本人意思）の尊重という視点からみるならば、①「支援者（任意後見人）の自己決定性」、②「支援範囲（代理権の内容・範囲）の自己決定性」、③「法

54) ドイツに限らず、欧米における任意後見の制度設計の出発点は、古典的な自由権の文脈における国家からの干渉の抑止、すなわち、まさに私的自治を通じた「個人的領域の確保」の点にあるように見受けられる。任意後見は、あくまでも本人のプライベートな資源（文字通りの個人資産のほか、親族・友人等の人的資源）をインフォーマルに組織化する仕組みであり、公的関与は必要最小限に留めるべきであるという発想が強く感じられる。したがって、欧米での任意後見制度優先の原則を論じる際には、この視点も加味して分析する必要があるだろう。これに対して、わが国の場合、判断能力不十分者に対する社会的保護の側面が、任意後見の文脈でも、強調されがちである。任意後見の濫用防止を目的とした公的セーフガードの構築に対する彼我の温度差は、ここに起因するように思われる。

55) 前掲小林・原477頁。

定後見の利用に伴う行為能力制限のリスク排除⁵⁶⁾」の3点がその中核といえるだろう。ところが、このうち②と③については、濫用事例のような病理現象を待つまでもなく、任意後見制度優先の原則のごく一般的な運用の中でも容易に覆されることになる。というのも、既に立法担当官が想定していた優先原則の限界を示す要素、すなわち「A-1：代理権の不足」と「A-2：行為能力制限の必要性」は、実務の運用次第では、広く一般的に認められてしまう可能性が大きいからである⁵⁷⁾。

まず前者について検討してみよう。②の要素を強調するならば、任意後見契約上の代理権の範囲は、本人の個別的ニーズに応じて、具体的かつ限定的なことが好ましい。ところが、本人の能力減退の進行や財産状況の変化によって、代理権の範囲拡張が必要になると、先の要素が充足されることで、法定後見への移行が生じ、当初の自己決定による任意後見選択が覆されてしまうことになる。これを回避するには、事前に包括的な代理権設定をすべきことになるが、これでは逆に、本人が支援範囲を選択できることの意味が希薄化してしまうだろう。後者についても事情は全く同じである。事後的に行為能力制限による保護の必要性が認められ、法定後見への移行が生じてしまえば、③に関する事前の自己決定は当然に覆されることになる。こうした実情を踏まえて、実務からは、裁判所の事後的判断による任意後見人への同意権・取消権の付与を認める

56) 民法上の行為能力制限とこれに自動的に連動した各種欠格事由の回避は、任意後見の重要なメリットではあるが、他方において、同程度の能力減退のある成年被後見人との間に著しい不公平をもたらすことにも留意する必要がある。特に選挙権制限の場面などでは、現有能力が同程度であるにもかかわらず、任意後見による保護か、法定後見による保護かの違いで形式的に区分することは、不合理な差別的取扱いというべきであろう。なお、厳密に言えば、法定後見人による法定代理権の行使にも、本人の自己決定に対する干渉の側面があるから、少なくとも法定代理権の成立について本人の意思的関与の要素を欠く後見類型との関係では、任意後見の選択は、この面でも、本人の自己決定に対する干渉可能性を減少させる働きを持つことになる。

57) 加えて、本人の能力減退が任意後見契約締結能力を下回った時点以後に、任意後見人の死亡・破産開始決定・後見開始審判によって契約が終了し（民法653条）、法定後見へ移行する場合もある。

法改正も提言されている⁵⁸⁾。しかし、この提言は、障がい理由とする本人の法的能力制限をできる限り排除しようとする近時の国際的潮流（国連障害者権利条約12条「法的能力の平等原則」、前掲2009年EU評議会勧告第9原則「持続的代理権における本人の法的能力の維持の原則」等）に逆行する点で問題がある。また、任意後見への能力制限導入は、任意後見のもう1つの優越性の根拠である本人に対する制約の少なさという利点を失わせることになる。そして、何より注目すべきは、こうした発想が、結局のところ、任意後見と法定後見の差違をさらに相対化し、事前の自己決定による制度選択の意味を限りなく希薄化させていくことである。実際、提言の解説の中でも、任意後見人への同意権・取消権付与の発想を推し進めれば、裁判所の判断による事後的な代理権拡張も容認すべきことになるから、仮にこうした制度改正が実現したならば、『任意後見制度と法定後見制度は融合し、任意後見制度は、現行の法定後見制度との関係でいえば、任意後見人として誰を選任するかについての指名権を本人に与えるような意味合いをもつことにもなるかもしれない』と論じられている⁵⁹⁾。ここでは、任意後見制度優先の原則の意義は、もはや①の要素に尽きってしまうことになる。このとき、任意後見が法定後見に比べて自己決定の要素が大きいという論拠は、既に大きく崩れているというべきだろう。

(c) 法定後見の運用における自己決定要素の強化

しかし、任意後見と法定後見の差違の相対性は、この種の提言の実現を待つまでもなく、既に現行の補助類型の中で（その一部は保佐類型でも）明瞭に確認できる事実である。まず、先述の②「支援範囲の自己決定性」は、補助でも認められている要素である。なぜなら、補助人への代理権付与には、その具体的範囲の確定を含めて、本人の請求（民法15条、876条の9第1項）もしくは本人の同意（民法876条の9第2項）が必要となるからである⁶⁰⁾。③「法定後

58) 前掲日弁連提言。詳細については、前掲高江113-4頁。

59) 前掲高江117頁。

見の利用に伴う行為能力制限のリスク排除」に関しても、補助では、本人の請求（民法15条、17条1項）もしくは本人の同意（民法17条2項）が、補助人への同意権・取消権付与の要件であり、本人の意思に反する能力制限はできないという形で実現されている。加えて、補助の場合、開始の審判自体、本人の申立てか本人の同意が要件であるため（民法15条2項）、制度の利用あるいは選択が本人の意思に基づいているという意味でも、任意後見と共通することになる（即効型任意後見契約の場合、特に補助との実質的同一性が強い）。

私見は、こうした両制度の差異の相対性には、むしろ肯定的に評価すべき側面があると考えられる。成年後見の対象者全員が、必ずしも任意後見による事前準備をしているわけではなく、また、判断能力減退・喪失の原因によっては、そもそも、こうした事前準備を要求することが困難な場合もあることを考えるならば、本人の現有能力が同程度であるにもかかわらず、任意後見と法定後見という保護形態の違いのみに基づいて、自己決定（本人意思）の尊重の程度について顕著な差が生じることは、むしろ許されないのではないかと思うからである。したがって、解釈・運用はもとより、場合によっては法改正も視野に含めて、両制度の差異をさらに相対化し、任意後見制度優先の原則の実質的な意味を希薄化させていくことは、基本的には正しい方向であると考えられる。ただし、この相対化は、先の日弁連提言が示すようなパターンリズムの強化、すなわち「任意後見のさらなる法定後見化」ではなく、まずは「法定後見における自己決定要素の強化」という方向性を基本に据えて追求していくべきである。

当面の課題として考えられることは、法定後見の運用の中で、①「支援者（法定後見人）の自己決定性」を可能な限り確保できるように工夫することである。というのも、既述のように、自己決定（本人意思）の尊重という視点か

60) 法定後見制度の運用上、本人の意思の反映がどこまで制度的に保障されているかについて、日独の比較検討を加えた文献として、上山泰「成年後見制度における「本人意思の尊重」—ドイツ世話法との比較から—」大原社会問題研究所雑誌622号（2010年）2頁がある。後見人への権限付与については14-5頁を、後見人の指名については7-9頁を参照されたい。

らみて、これが、任意後見の優位性として最後に残る要素といえそうだからである。この点では、自己決定の尊重と後見事務の円滑な運営確保という理由から、本人の希望をできる限り尊重すべきであるとして、「成年被後見人等の意見」が、成年後見人選定の判断要素として明示されていることが注目される（民法843条4項、876条の2第2項、876条の7第2項）。立法担当官は、本人が指名する候補者の客観的な適性が疑わしい場合もあることから、家庭裁判所は本人の意見に拘束されないとして、家庭裁判所の原則的な裁量性を確認する一方で、本人が特定の候補者の選任の希望を明らかにできる場合には、できる限りその意向に沿った選任が望ましいと指摘している⁶¹⁾。したがって、法定後見において、本人に支援者の実質的な指名権を認める運用を原則とすることは、決して現行の制度の趣旨を逸脱するとはいえないだろう。

さらに進んで、運用上の工夫の1つとして、次のドイツの対応が参考になる。ドイツ法は、本人による法定後見人の指名が、原則として裁判所を法的に拘束することを認めており（ドイツ民法1897条4項）⁶²⁾、例外的に本人の指名を排除できるのは、当該候補者の選任が明らかに本人にとってマイナスとなる場合に限定している。このとき、当該候補者では本人の福祉を目指した支援を実行できず、実行する意思もないということについて、具体的な危険性が認められなければならない⁶³⁾。したがって、客観的に見て、他に最適任者が存在する場合であっても、本人の福祉に反しない限り、本人の指名候補者が選任されることになる⁶⁴⁾。しかも、候補者指名に関して、本人の自然的行為能力の存在

61) 前掲小林・原221-2頁。

62) 前掲清水実践126頁によれば、フランス法でも、本人が後見人・保佐人を事前に指名できる仕組みがあり、この指名は、候補者が任務を拒絶するか、あるいは任務行使不能である場合、及び、本人の利益が指名の排除を命じる場合を除いて、原則的に裁判官を拘束する（フランス民法448条）。また、アメリカ統一任意代理法108条(a)は、本人が、後日の法定後見人選任の事態に備えて、持続的代理権授与状の中で、法定後見人を指名しておくことを認める。この場合、裁判所は、当該候補者の排除に正当な理由があるか、欠格事由がある場合を除いて、本人による直近の指名に従って、選任を行わなければならない。

63) Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Bereuungsrecht Kommentar, 5.Aufl., 2011, S.204.

は要件ではない⁶⁵⁾。さらに、候補者の指名は、事前指示書の一種である世話に関する事前指示〔書〕(Betreuungsverfügung)の1項目として行うこともできる(ドイツ民法1901c条)⁶⁶⁾。こうした本人の指名権は、法定後見人の交替の場面にまで貫徹されている。すなわち、本人が、既存の世話人と同様の適性を持ち、かつ、世話人を引き受ける用意のある人物を、新しい世話人として提案した場合には、裁判所は既存の世話人を解任できることになっている(ドイツ民法1908b条3項)。

(2) 自己決定支援の理念によるさらなる相対化に向けて—結びに代えて—

以上のように、自己決定(本人意思)の尊重という視点を法定後見の枠組みの中で強調すればするほど、任意後見との差異は相対化され、この意味での任意後見の優位性を失わせていくことになる。かくして、任意後見制度優先の原則の抑制的解釈を主張する近時の学説の結論は正しいといえるが、その根拠を本人の保護という対抗理念の強調からのみ導く点には賛成できない。両者の相対化は、むしろ法定後見運用において自己決定(本人意思)尊重の可能性を最

64) BayObLG, 2001.1.10, BtPrax 2001, S.218.

65) Dodegge/Roth, Systematischer Praxiskommentar Betreuungsrecht, 3.Aufl., 2010, S.126.

66) Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, S.203. なお、世話に関する事前指示〔書〕とは、自らが希望する法定後見の内容について、本人が能力減退前に意思表示しておく仕組みである。法律上は無要式のため、口頭の前指示も有効だが、通例は実効性の観点から書面化されている(他方、カセットテープやビデオテープへの録音、録画方式を推奨する見解もある。Vgl. Looz, Die Lebensdecke ist nicht kochfest!, BtPrax 2002, S.181.)。世話に関する事前指示〔書〕は、世話人の指名について裁判所を拘束するほか、原則的に書面中の本人の希望に沿って活動するように、世話人も義務づけるものであり(ドイツ民法1901条3項)、法定後見の枠組みの中で、本人の事前的自己決定の実現を図る工夫として注目に値する。オーストリアでも、同様の仕組みとして、代弁人に関する事前指示〔書〕(Sachwalterverfügung)が認められている(オーストリア民法279条1項)。ドイツ同様、無要式のため、口頭でも可能だが、やはり実効性の観点から、公証人の関与による書面の作成とその登記が推奨されている(Vgl. Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 2007, S.58.)。なお、前掲2009年EU評議会勧告第14原則も、事前指示書の内容の一例に後見人の指名(the choice of a guardian)を挙げている。

大限に追求することを通じて、たどり着かれるべき結論であると考えているからである。

ところで、先述の「E：本人の法定後見選択意思の存在」の要素から、任意後見制度優先の原則を排除した場合、事前の自己決定による意思の凍結を、判断能力減退後の「いま・ここでの新たな自己決定」によって覆すことになる。任意後見契約の締結は、「[現在における自分]の意思」が、「[将来の自分という他者]の意思」によって侵害されることを回避するための防衛手段としての意味（意思凍結機能⁶⁷⁾）を持つ。法9条2項が、任意後見契約発効後については、本人の任意解除権（民法651条1項）を排除して、解除に家庭裁判所の許可⁶⁸⁾を要すると規定した理由もここにある⁶⁹⁾。確かに、将来の判断能力減退を見越して、慎重な熟慮の末に下した事前準備的な意思決定が、事後の安直な一回的意思決定によって、完全に無に帰すことは容認しがたい。しかし、他方において、時間の経過が、意思決定の前提となる環境の変化とも相まって、事前的自己決定における本人の意思と、判断能力減退後における個別具体的な意思決定時における本人の意向との間に重大な乖離を生じさせた場合に、全面的に後者を切り捨てることにも問題がある。現代的な成年後見法の基本原理からすれば、本人の現有能力を最大限に活用した「いま・ここでの新たな自己決定」もまた、可能な限り、最大限の尊重を受ける価値があるといえるからである。もっとも、わが国の任意後見の運用は、事前的自己決定による意思凍結機能を重視する傾向が非常に強い。たとえば、法務省令に基づく附録第1号様式の代理権目録は、代理権の範囲指定について、きわめて詳細な項目を持つ。加えて、

67) 意思凍結機能の意義については、新井誠『信託法（第3版）』（2008年、有斐閣）85-7頁参照。

68) 任意後見制度優先の原則の適用場面において、常に家庭裁判所の判断を介在させる制度設計を採ったのと同様、ここでも裁判所の後見的機能が期待されているといえる。ただし、裁判所の介入は、単なる本人の客観的保護の視点からではなく、本人の真意性の確認という視点を中核として行われるべきであろう。

69) 立法担当官は、本人が判断を誤ることにより自己の利益を害するおそれがあるから、任意解除権の容認は、本人保護の趣旨に反すると指摘する（前掲小林・原468頁、471頁）。

相当数の専門職後見人が使用している「ライフプラン」が、この傾向をさらに強化している。これは、当該任意後見の運用に関する本人の希望を書面化したものであり、任意後見契約公正証書の付言事項等として作成されている。この中には、入所施設・入院先病院の指定や自宅処分の条件、ペットの処遇など、正規の代理権目録には記載できない、きめ細かな本人の希望が書き込まれることになる。こうした一種の事前指示書を通じた意思凍結機能の強化は、同時にその運用次第では、能力減退後の本人による「いま・ここでの新たな自己決定」の可能性を制約する虞も生み出す。このジレンマの解消は難題だが、さしあたり一般論としていえば、適正な自己決定支援の存在を前提にできる限りでは、「いま・ここでの新たな自己決定」をより重視する必要があるように思われる。ただし、ここでいう自己決定ないし意思決定の構造は、伝統的な近代市民法が想定してきたような、アトムの個人を主体として自己完結的に実現される閉鎖系の個人主義的な意思決定プロセスとしてではなく、支援者によるエンパワーメントの可能性を組み込んだ開放系の協働的・関係的な意思決定プロセスとして位置づけ直していく必要があるだろう⁷⁰⁾。また、現在の成年後見制度の枠組みを前提にするならば、この協働的・関係的な意思決定プロセスは、単に本人自身の意思表示としてだけではなく、本人との協働を踏まえた支援者の意思表示行為、すなわち、代理権・同意権の行使や裏面としての取消権の不行使として表現される場合があると理解すべきだろう。これを解釈論の次元に引き直すならば、たとえば本人意思尊重義務（民法858条）の解釈を通じて、同意権

70) こうしたエンパワーメントの要素を組み込んだ意思決定プロセスを、民法学における意思表示論や法律行為論の枠組みの中で整合的に体系づけていく作業が必要となる。もっとも、個人主義的な帰責原理を中核とする伝統的な民法体系とのすりあわせ作業には課題も多い。個人の意思決定プロセスに対する第三者の負の干渉については、詐欺・強迫に関する意思表示規定の中で既に位置づけられているが（特に契約相手方以外の第三者からの不当干渉である民法96条2項が目される）、いわば正の干渉であるエンパワーメントの位置づけについては、負の干渉との切り分けの問題も含めて、なお議論を重ねる必要があるだろう。ここでも、保佐人・補助人の同意権の分析から一定の示唆を引き出せると思われる。

の主要機能を、本人の意思実現の抑制ではなく、本人の意思実現の支援に重点を置いて読み替えていくこと（本人自身による意思決定を支援するためのエンパワーメントの介入根拠として、同意権を位置づけること）⁷¹⁾ や、取消権の謙抑的運用を行うことなどが考えられる⁷²⁾。

こうした認識を踏まえつつ、自己決定（本人意思）の尊重という理念を、「あらゆる場面における個別具体的な意思決定プロセスに対する本人の主体的関与の最大限の保障」という方向に向けて、さらに突き詰めていくなれば、法定後見と同様に、本質的には代理・代行決定（他者決定）型のシステムに属する任意後見の優位性は、ここでも相対化されることになる。なぜなら、現代的な成年後見制度は、「小さな成年後見」（本人にとって最も制約の少ない、必要最小限の介入）の理念に即して、自己決定支援型のシステム⁷³⁾ を中核として再構築されるべきであり、代理・代行決定（他者決定）型の支援手法を採る従来型の任意後見は、法定後見と同様に、これを補完するサブシステムとして機能させるべきだからである⁷⁴⁾。

ところで、従来、わが国では、現行成年後見制度への改正が介護保険制度の

71) 本人の意思を支援者の意思に優先させる機能を持つ点で、保佐人及び補助人の同意に代わる家庭裁判所の許可の仕組み（民法13条3項、17条3項）は、こうした理解の裏付けの1つとなる。ただし、現行の補助制度の基本構造は、あくまでも伝統的な代理・代行決定型（他者決定型）の後見の枠組みを前提としたものであり、これを直ちに、障害者権利条約12条等に関する議論において想定されている、Supported decision-makingと同視するのは、いささか短絡的であろう。

72) 上山泰『専門職後見人と身上監護（第2版）』（2010年、民事法研究会）205-218頁。

73) 自己決定支援型の後見制度を法的にどのように構築するかは、今後の大きな課題である。既存の法システムとして、最も注目されるのは、2005年意思決定能力法を中核とするイギリスの成年後見制度の運用体制であろう。この点は、菅前掲書で既に詳細かつ独自の分析が行われている。また、Supported decision-making authorizations（支援付き意思決定に関する本人の授権）の仕組みと、Co-decision-making orders for personal matters（身上監護事項に関する裁判所による共同意思決定者選任命令）の仕組みを法制化している、カナダ・アルバータ州のAdult Guardianship and Trusteeship Actの分析からも一定の示唆を得られるように思われる。

導入に付随して実現したという経緯や、現実には高齢者による利用が圧倒的に多いということも手伝って、本人の理念型を暗黙裏に「認知症高齢者モデル」に置いた議論が主流であったように思われる。たとえば、現行制度の基本理念の1つとされる「残存能力の尊重」という表現は、時の経過に伴って能力が減退していく認知症高齢者についてはともかく、時間によって能力の振れ幅が大きい精神障がい者や、地域社会生活への適応を通じて、能力の増進が見込める知的障がい者に見合った表現とは言い難い（私見は、より価値中立的な表現である「現有能力の尊重」の方が好ましいと考える）。自己決定（本人意思）の尊重という理念を、既に一定の判断能力減退がある者に対するエンパワーメント（意思決定支援）の視点から理解するのではなく、十分な能力を持つ者による事前的意思決定に対する制度的担保に重点を置いて、任意後見制度の意義をことさらに強調する傾向にも、同様に「認知症高齢者モデル」への偏向が感じられる。任意後見契約が持つ意思凍結機能の眼目は、「強く賢い現在の自分の意思」が、「弱く愚かな未来の自分（という他者）の意思」によって上書きされてしまうことを防ごうとする点にある。もとより、こうした事前準備の仕組みが、自己決定（本人意思）の尊重を具現化した制度の1つであることに異論はないが、この視点を強調しすぎるあまりに、判断能力の低い者による「いま・ここでの意思決定」の可能性を等閑視することになってはならないだろう。たとえば、「知的・精神障がい者モデル」を前提に、自己決定（本人意思）の尊重の意義を捉え返し、彼（女）らの社会的統合を目指した後見制度を考えるならば、その重点は、任意後見制度のような事前的意思決定の仕組みよりも、むしろ、「いま・ここでの意思決定」をエンパワーメントによって支える仕組み

74) 少なくとも、任意後見人の役割として、任意代理人本来の裁量的な代理権行使の機能に加えて、意思決定支援者としての機能も求められていくべきである。こうした視点の重要性については、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8号（2010年）10-2頁を参照されたい。また、イギリスの成年後見制度を、自己決定支援としてのエンパワーメントと本人のベスト・インタレストという2つの中核的理念を中心に読み解く、菅前掲書が重要な示唆を与える。

の構築に置かれるべきだろう。しかし、現状のわが国の法律家の議論はほぼ前者に集中しており、後者の可能性を正面から模索する試みはほとんど見あたらない⁷⁵⁾。

現に本稿で確認してきたように、任意後見制度優先の原則をめぐる学説対立の構図も、「任意後見契約こそがもっとも自己決定（本人意思）の尊重を体現した仕組みである」という理解を無反省に共有した上で、本人の事前の自己決定を貫徹するか、あるいは、自己決定の暴走を抑止するためにパターンリスティックな介入を行うかという、単純な二項対立図式に収斂してしまっている。しかし、少なくとも、任意後見契約の成立が本人の事前的自己決定に基づくという一事を持って、自己決定（本人意思）の尊重の理念と最も整合的な仕組みであると評価することは、いささか早計だろう。任意後見が他者決定型の構造を採る以上、任意後見人による他者決定、すなわち代理権の行使態様しだいでは、過度にパターンリスティックな制度にもなることを見落としてはならないからである。これは、任意後見が、法定後見と同様に、支援者側への一定の裁量権留保を前提とする代理制度に基盤を置くことから生じる構造的なリスクである。むしろ、この裁量性は制度の単なる欠陥ではなく、むしろ判断能力不十分者の適正な保護を図る上で必須の要素であるから、これを安易に否定することはできない。他者決定型の後見制度から、こうした裁量性に潜むパターンリズム的要素を払拭しつくすことは背理でもある。さらにいえば、判断能力不十分者に対する法的支援の制度を構築するに当たって、そもそもパターンリズム的要素を完全に排除することはできないし、自己決定支援の補完原理とし

75) 自己決定支援または意思決定支援という視点を明瞭に持ちつつ、成年後見制度を分析する文献としては、前註74に挙げた菅前掲書および上山・菅論文のほか、平田前掲書177-183頁、池原毅和「法的能力」松井亮輔・川島聡『概説障害者権利条約』（2010年、法律文化社）183-199頁、池原毅和『精神障害者法』（2011年、三省堂）266-301頁等がわずかに見受けられるにすぎない。なお、前掲池原・法的能力190頁は、障害者権利条約12条3項の解釈として、条約が求める障がい者の支援は、本人の主体的な決定を前提として、この意思決定を支援することであって、代行決定を行うのではなく、代行決定方式は自己決定支援の充実化によって消滅していくべきものであると、明瞭に指摘している。

ては、今後も重要な意義を持ち続けるというべきだろう。したがって、我々が目指すべきは、パターンリズムの完全否定ではなく、判断能力不十分者の法的支援に当たって、自己決定（本人意思）の尊重という要素を最大化し、パターンリズムの干渉の要素を最小化していくことである。おそらく、この実現には、支援手法の原則形態を自己決定支援型へと転換することが必要だろう⁷⁶⁾。むしろ、自己決定支援という理念ないし手法をわが国の成年後見制度の中に明確に位置づけるためには、終局的には何らかの立法的対応が要求されるかもしれない。しかし、任意後見人を含めた、成年後見人等の職務指針規定（法6条、民法858条の本人意思尊重義務、及び、その基盤とされる民法644条の善管注意義務）は、社会的な価値観の変動等の諸要素の変化を通じて、その具体的内容が変容する開かれた規範であるから、今後の後見実務の積み上げや裁判例の集積、さらには障害者権利条約の批准等を通じて、「成年後見人等の職務として、自己決定支援が裁量的な代理権行使に優先すること（自己決定支援を通じた本人自身による意思決定のあらゆる可能性が尽きた時点で、はじめて裁量的な代理権行使が正当化されること）」⁷⁷⁾を、解釈論の次元で確立していくこと

76) 大陸法系諸国における成年後見制度の沿革をごく大まかに整理すると、①「財産管理型自益後見」→②「財産管理型他益後見」→③「(身上監護事項を対象に含む)包括権利擁護型他益後見(＋英米法系の持続的代理権制度の継受)」という発展段階を経由してきているかに思われる(わが国の制度は、いまだ②と③の中間に留まっている印象がある)。筆者の理解では、さらに、この次の段階の理念型として、④「自己決定支援型後見」の形態が位置づけられることになる。

77) 菅富美枝「障害(者)法学の観点からみた成年後見制度」大原社会問題研究所雑誌641号(2012年)76頁は、イギリス2005年意思決定能力法について、『本人自身による決定を実質的に保障すること—(自己決定権の行使について)支援される権利』の保障—を前提として、他者が本人の決定過程に関与せざるを得ない例外的状況における代行決定の「手続的正当性」を徹底的に追究するという構造をとることによって、意思決定支援体制を実現させている』と評価する。菅前掲書第3章の詳細な分析が示すように、次善策としての他者決定(たとえば代理権行使)の段階においても、菅のいう「主観的ベスト・インタレスト主義」を通じて、常に本人を中心に置いた代理・代行決定が最大限に追求されている点を含めて、自己決定支援型の成年後見制度設計に関して、イギリス法は最も優れたモデルの1つを提示していると思われる。

も、あながち不可能ではないかもしれない。こうした視点からは、当面の運用課題として、たとえば、専門職後見人団体等の行動指針や倫理規定の中に、自己決定支援の最優先性を書き込むなどの工夫を通じて、自己決定支援を原則とした後見活動の理念型を社会的に確立していくことが、現実的な対応となるかもしれない。いずれにせよ、こうした運用を通じてであれ、あるいは、明確な立法を通じてであれ、「任意後見人も法定後見人も共に、自らの他者決定的な権限行使に先立って、まずは自己決定支援の可能性を最大限に追求すべきこと」が、法的ルールとして確立された暁には、自己決定（本人意思）の尊重という面からみた任意後見と法定後見の差異は限りなく相対化されることになり、任意後見制度優先の原則の実質的意義もほとんど失われてしまうのではないだろうか。

[付記]

*本稿は、科学研究費補助金（平成23-25年度基盤研究(C)課題番号23530087「障害者権利条約と整合的な制限行為能力制度の再構築」（研究代表者上山泰））に基づく研究成果の一部である。

（かみやま・やすし 筑波大学法科大学院教授）