

民法 858 条における「本人意思尊重義務」の解釈 —本人中心主義に立った成年後見制度の実現—

菅 富美枝

1. はじめに——本稿の射程

本稿は、国連障害者権利条約（UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: 以下、CRPD）第 12 条が象徴しているところの、判断能力の不十分な成年者を「法的主体」として再定置するという近年の国際的潮流を踏まえ¹⁾、わが国の民法における判断能力不十分者の位置づけをめぐって、その体系的な見直しを、成年後見人の職務基準である民法 858 条（保佐人については 876 条の 5 第 1 項、補助人については 876 条の 10 第 1 項、任意後見人については任意後見契約に関する法律 6 条）を通じて、試みるものである。本条は、民法における判断能力不十分者への関わり方を示す法的基準としての機能を有している。そこで、これらを後述の「本人中心主義」の理念から解釈し直すことによって、現行法の枠内においても、判断能力不十分者の実質的な法的主体性を最大限に回復することができるのではないかと考える。さらに、本条の再解釈を通じて、近時、国際的に注目を集める「自己決定支援（意思決定支援）」という新たな概念を、わが国の民法の運用の中で具体化する方策を考究していく。

そもそも、昨今の国際的な潮流として、国連障害者権利条約をはじめ

* 本稿は、文部科学省科学研究費基金（平成 25 年度～平成 27 年度基盤研究（C）課題番号 25380113）「判断能力不十分者の法主体性回復に向けた成年後見法制と事務管理法制の体系的再解釈」に基づく研究成果の一部である。

1) ここで、「法的主体」として認識される成年者とは、単に、理論的に権利を享有しているということのみならず、それらの権利を積極的に行使する（exercise legal capacity）主体であることを意味している。

とする世界の動向は、成年後見人の任務として、「代行決定」に至る前段階としての自己決定支援に比重を移している²⁾。ここで、自己決定支援とは、主として、懇切丁寧な情報提供、特に、本人が得意とする意思疎通方法(例 手話、絵、写真、キーボードの利用)を用いるといった周囲の努力によって、本人自身が決定できるように環境整備を行うことを指す³⁾。この中核にあるのは、判断能力の程度を問わず、本人を決定の「主体」として(ひいては真の意味での「法的主体」として)再定置する思想、すなわち、「本人中心(person-centered)」主義の発想である。現在、こうした考え方を最も徹底させているのが、イギリス(以下、本稿では、イングランド及びウェールズを指す)の2005年意思決定能力法(the Mental Capacity Act 2005)である。同法は、「判断能力の存在推定原則(=意思無能力判断の時間的、対象的限定性(後掲、注19)参照)」、「自己決定支援の代行決定に対する優先性」、「代行決定段階における本人関与の継続性の担保」、「本人に基準を置いた『最善の利益(ベスト・インタレスト)』論の追求」を基本理念に据えている⁴⁾。

他方、我が国の成年後見制度は、法定代理を基本として裁判所の選任を経て広範な決定権限を得る法定後見はもちろんのこと、本人からの委任に基づいて特定の領域について決定権限を得る任意後見も、いずれも後見人に代理権が付与され、形式的には比較的大きな裁量を与えられることを基本とする制度であり、こうした流れとは一見、異質であるよう

2) 詳しくは、サンドル・グルバイ(菅富美枝訳)「ハンガリーとチェコ共和国における民法改正の動向—法的能力の制限撤廃への動き」菅富美枝・大原社会問題研究所編『成年後見制度の新たなグランド・デザイン』(法政大学出版局、2013年)、第13章を参照。

3) 「自己決定支援」の具体的に意味するところや、実現のための手法、形式は、各論者、各国の制度において様々である。菅富美枝『『意思決定支援』の観点からみた成年後見制度の再考』『成年後見制度の新たなグランド・デザイン』(前掲注2)、第7章参照。たとえば、2014年7月から施行されるチェコ共和国の民法では、「自己決定支援者」には、契約などの場面において本人に同席することが定められている。一方、2007年4月から導入されているイギリスの「第三者代弁人(IMCA)制度」においては、医療決定や施設入所、ケア・プランの作成といった福祉の決定の場面などにおいて本人が自ら決定する過程を支えるということが社会の中で実践されている。イギリスにおいてIMCAが果たす公的機能については、拙稿「障害(者)法学の観点からみた成年後見制度—公的サービスとしての『意思決定支援』」大原社会問題研究所雑誌641号(大原社会問題研究所、2012年)、59-77頁を参照。

4) 同法の特徴を多角的に分析するものとして、拙著『イギリスの成年後見制度にみる自律支援の法理』(ミネルヴァ書房、2010年)を参照。

にもみえる。だが、2000年の民法改正時に基本理念とされた「自己決定権の尊重」、「残存能力の活用」、「ノーマライゼーション」は、同一の方向性を目指していると思われる⁵⁾。さらに、新設された民法858条等にみられる「本人意思尊重義務」は、本人の意向に寄り添った任務遂行を要請する方向で、成年後見人等の裁量に一定の制約を課していると考えられる⁶⁾。

そこで、本稿では、わが国の成年後見法において、858条等の解釈を通して、本人中心主義の発想や自己決定支援という手法を読み込むことの可能性について検討する。具体的には、以下の3点に着目して、論じる。

第1に、858条においては、本人の意思の尊重と、客観的な見地に立った際の本人の利益・福祉の保護との関係が明確に規定されておらず、両者の「調和を図る」⁷⁾ことが可能であることを前提として、その実現を後見人に期待しているようにみえる。だが、本人中心主義の観点からは、むしろ両者を恒常的、日常的に対立しうるものとして捉えることが重要であると考えするため、両者の優先関係、補完関係について論じる（本稿、2.）。

第2に、成年後見人は、代理権や取消権といった広範な決定権限を保持してはいるが、その行使にあたって、当該事柄に限っては本人が自ら決定できる能力を（一時的にせよ）回復しているかもしれないと考えた上で、まずは情報提供などに留めて、むしろ本人の支援に徹すること—自己決定に対する支援（自己決定支援、意思決定支援）—を858条等が含意しているとする解釈の可能性について論ずる（本稿、3.）。

第3に、858条は、前述のとおり、「成年被後見人の意思の尊重」に並んで「身上への配慮」を規定し、一般的には、客観的な利益や福祉の

5) 小林昭彦＝原司『平成11年民法一部改正法等の解説』（法曹会、2002年）、3頁参照。

6) この点について、立法担当官は、858条が「単に善管注意義務の解釈を具体化したものにとどまらず、理念的に成年被後見人の身上への配慮及びその意思の尊重が事務処理の指導原理であることを明示」しており、また、後見の事務の処理に当たっての「義務の履行の指針」としての機能を有していると述べている。前注、259、261頁参照。同様に、小林昭彦＝大門匡編著『新成年後見制度の解説』（2000年、金融財政事情研究会）142頁。

7) 前掲注5）、3頁参照。

保護である後者を本人の意向に優越させるものと理解されている⁸⁾。だが、現在の国際的動向を反映させるべく、成年後見人が本人の意思を真摯に尊重した結果、本人の客観的な利益や福祉が損なわれることがあったとしても、後見人は義務違反を問われないと解釈することはできないだろうか。こうした解釈が可能であるとすれば、前述した「支援」の結果、後見人が代理や取消を行う時機が遅れたりあるいは逸したとしても、本人を中心に置くことの制度的リスク（それを上回る、本人中心主義の理念の重視）と考えることが可能となろう⁹⁾（本稿、4.）。

以上、本人中心主義の観点に立ち、より広い見地からわが国の成年後見法を見渡すとき、① 判断能力の不十分な人々に後見人が関与する際には、まずは本人自身による決定を援助すること、そして、② 本人の福祉の保持を理由として代行決定を試みる際には、本人の現実的・推定的意思に反しないことが求められるのみならず、むしろ、本人の意思に関する一定程度の調査が試みられるべきであるという解釈、さらに、③ ①②が合理的に果たされたと法的に認められる限り、発生した結果に対する関与者の法的責任を免責することが導き出されるように思われる。以下、順に検討する。

2. 本人の意思・意向の反映の程度と後見人の決定権限の射程

現在、成年後見人の任務遂行をめぐる、本人の意思を尊重すべきことは、わが国の民法 858 条をはじめとして、多くの国々の法制度におい

8) この点について、直接的に述べるものは見当たらないが（むしろ、両者は、後見人の努力次第で調和させようものと考えられているためと思われる）、本条への違反の場合として身上（心身生活）配慮義務への違反のみが想定されているように見えることから、このように解釈できるように思われる（『基本法コンメンタル〔第5版〕（別冊法学セミナー 196）』（日本評論社、2008年）、258頁〔神谷遊〕）。日本法の立場を同様に捉えるものとして、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—』『成年後見制度の新たなグランド・デザイン』（前掲注2）、第14章参照。

9) この点について、たとえば、イギリス法においては、こうした場合に後見人が責任を追及されることはない（2005年意思決定能力法4条9項）。むしろ、客観的福祉が実現されたとしても、本人の意思・意向を無視すれば、逆に義務違反を問われうるのである（2005年意思決定能力法1条、4条1項から7項を参照）。詳しくは、本稿、4. で論じる。

て規定されることとなっている¹⁰⁾。すなわち、成年後見人は、包括的な法定代理権を有することになっても、恣意的な権限行使を行うことは、理論上、認められない。だが、本人の意思（意向を含む広義の意味）が客観的な利益又は福祉の保護と衝突する場合には、後者が優先するという規定が置かれていたり¹¹⁾、あるいは、そうした解釈がとられていることが多いため、實際上、客観的な利益や福祉の保護の必要性の有無を判断する権限を有する後見人は、本人の意思や意向の反映という点で、本人の対立的立場におかれることになる¹²⁾。だが、この点を明確に論じることを避け、むしろ、本人の意思・意向と、後見人の下す決定とが対立するという場面を、正面から想定していないかのようにも見えるのが日本法の現状である¹³⁾。

しかしながら、前節 1. で述べたように、判断能力がいかに減退した状況においても、本人の決定主体性を確保することが、現在の成年後見

10) たとえば、ドイツ民法 1901 条 3 項、オーストリア民法 281 条 1 項及び 2 項、スイス民法 406 条 1 項、フィンランド成年後見法 38 条 2 項及び 42 条、チェコ共和国 2012 年民法 460 条 2 項、韓国民法 947 条を参照。また、2009 年ハンガリー民法改正案には、代行決定の方法について事前に定めておく「アドヴァンサー・ダイレクティブ」の規定がおかれている（チェコ民法 460 条 1 項も同様）。他方、フランス民法、台湾民法には、後見人は本人の意思を尊重すべきとする直接的な規定はみられない。

11) たとえば、ドイツ民法 1901 条 3 項、オーストリア民法 281 条 1 項、また、韓国民法 947 条は、被成年後見人の意思を尊重するにあたって、被成年後見人の福利に反しないことを条件にしている。さらに、フィンランド成年後見法 38 条 2 項は贈与の文脈において、そして、42 条はケアの文脈において、本人の意思の他、客観的な視点からみた相当性（具体的には、本人の経済的狀態に与える影響や、本人が必要とする治療やケアの状況など）が問題にされている。他方、チェコ共和国 2012 年民法には、こうした（本人意思の尊重を条件付きで認めるような）規定はみられない。

12) この点に関連して、本人の意思・意向の反映の程度と後見人の決定権限の大小とが、本来的に、反比例の関係（権限拮抗関係）にあると捉える文献として、Anna Mäki-Petäjä-Leinonen "Legal Status of A Person with Dementia" *Dementoittuvan henkilön oikeudellinen asema* (Helsinki Suomalainen lakimiesyhdistys 2003)。同論文において、後見人の「権利」は、本人の意向の尊重と反比例するという表現が用いられている。こうした視点からは、「後見」とは、本人の意向の実現にこそある（後見人はそのための手段的存在に過ぎない）という発想はみえにくい。

13) 両者の調和が容易に可能であるかのように考えられることの背後には、客観的な福祉に反するような本人の意向を不合理なものとして考慮に値しないとする思想があることが考えられる。これに対して、後述するように、本人が「賢明でない (unwise)」決定を欲することすら、それが真摯な意図によるものであることを慎重に確認した上で、法的に保障しようとするのがイギリス法の立場である。

〈134〉 民法 858 条における「本人意思尊重義務」の解釈 (菅)

法に要請される国際的潮流であるとすれば、両者の衝突、相克の可能性を等閑視することは好ましくない。むしろ、両者は恒常的に対立しうるものと認識した上で¹⁴⁾、現在の国際的潮流に適った法的処理を行うことが要請されていると考える。

以下、本節では、民法 858 条にいう「本人意思尊重義務」を手掛りに、現在の国際的潮流である「本人中心主義」をわが国の民法に読み込むことの可能性について考察する。この点、後見人の代理権限の行使に関する裁量を、実質上、本人の意向から派生する範囲に縮減させる立場をとっているイギリス法に着目することは、重要な示唆を与えてくれるものと考えられる。本人の意向の実現こそを成年後見の目的と捉え、後見人の裁量を本人の意向の実現のために必要な範囲に縮減させるイギリス法の分析を通して、わが国の民法 858 条の解釈をめぐる、一定の解釈を打ち出すことを試みる。

(1) 「本人意思尊重義務」の比較法的考察
——イギリス法を参考に

「2005 年意思決定能力法 (the Mental Capacity Act 2005)」は、判断能力の不十分な人々が日常生活を送る中で決定を迫られる状況に関して、その際の個別具体的な「決定のあり方」を規律すべく、理念、運用の方向性、実践のための手続について詳細に規定する制定法である。同法は、判断能力の不十分な人々が日々の生活において直面する問題を包括的に解決することを目指したものとなっていることから、財産上の決定 (financial decisions) が必要とされる場合、日常的・身の上的決定 (personal decisions) が求められる場面、医療行為に対する同意や拒絶 (advanced refusal to medical treatment) が問題となる場合の三場面を想定している。その上で、それぞれの場面に共通して採用されるべき「決定の手法」について、具体的かつ詳細な規定を置いている。そして、最も特徴的なこととして、ここでの「決定の手法」とは、後見人による代理・代行決定

14) この点を明確に論じる文献として、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」『成年後見制度の新たなグランド・デザイン』(前掲注 2)、第 1 章。

のみを前提としていない点が注目される。

この点に関連して、日本法においては、成年後見人の権限（その裏返しとしての義務）の範囲として、（固有の意味での）財産管理と「生活、療養看護」に関する財産管理（民法 861 条参照）が規定されている¹⁵⁾。いずれも法律行為を前提とし、介護や治療といった事実行為が除外されていることから、日常的・身上的決定や、医療決定の場面まで扱うイギリス法は、日本法に比べて後見人の権限・義務を広範に認めるものであるように見える。

しかしながら、2005 年法が言わんとしているのは、居所の指定、医療手当て、身の回りや食事の世話、介護を、成年後見人等の権限（義務）の対象としたり、ましてや、それらの実施・提供を義務付けることではない。むしろ、同法の規定は、これらの事実行為の受領も本人にとっての「決定」であることに変わりはない以上、法による規制を受けずに他者によって決められることは望ましくないにもかかわらず、そのことが意識されずに代行されている現実を背景に、事実行為の規律・規制のために制定法に取り入れられたものとして、逆説的に捉える必要がある¹⁶⁾。

そもそも、本節で詳しく述べていくように、2005 年意思決定能力法は、判断能力不十分者が自ら決定できるよう周囲が支えることを主たる目的としていることから、代理・代行決定は、制度上、例外的、補充的に行われるに過ぎない。すなわち、日本の成年後見法が、判断能力の不十分な人々の保護のために、特定の者に特定の代理権限を付与する（と同時に義務付ける）構造をとっているのに対して、イギリス法においてそうした手法がとられる際には「必要最小限の介入」の原則が適用され、特定の場面においてどのような手順でなされた代理・代行決定であれば法

15) 大村敦志『もうひとつの基本民法 1』（有斐閣、2005 年）、58 頁。

16) 詳細は、拙著、前掲注 4)、第 5 章。この点に関連して、日本法において、介護・世話に関する事実行為を行うことは義務ではないとしても、実際にこれらを行う場面に遭遇することはありうることであり、その場合には、事務管理として法的に処理されることになる。だが、事務管理における「本人の意思」や「推知可能な意思」（697 条 2 項）と 858 条における「成年後見人の意思」とは、本来制度趣旨の異なるものであり同一に扱われるべきではないと考えることから、本人中心主義の観点からの規制原理としては不十分であると思われる。この点に関する考察については、紙面の都合上、他稿に期したい。

的に許容されるかという構造がとられている。こうしたベクトルの違いが、両国の成年後見法における本人の位置づけ、ひいては、意味づけに差異をもたらしていると考え¹⁷⁾。以下、検討する。

(a) イギリス 2005 年意思決定能力法の概要と基本原則

2005 年意思決定能力法の基本姿勢を明確に表しているのは、同法 1 条 2 項から 6 項に掲げられた 5 つの基本原則である。以下、順に紹介する。

第 1 に、「人は、意思決定能力 (mental capacity) を有していないという確固たる証拠がない限り、意思決定能力があると推定されなければならない」として「意思決定能力存在の推定の原則」を明記する (2005 年法 1 条 2 項)。ここで、「意思決定能力」とは、ある事柄を決定するにあたって、必要な情報を理解 (understand) し、記憶 (retain) し、比較検討 (weigh) し、当該決定の意味 (nature) と効果 (effect) を認識・予見した上で活用する (use) という意味での判断能力を指す (2005 年法 3 条、及び、*A Local Authority v Mrs A* [2010] EWHC 1549 参照)。認識力、予期力に加えて、決定力、特に、本人が決定に至る具体的なプロセスに重きが置かれている点が注目される。また、意思決定能力は、契約締結などの法律行為をおこなう場合に限られず、事実行為に関する決定 (例 どのようなリハビリテーション・プログラムを受けるか、どのような食事を摂るか、どのような治療行為を受けるか) を行う際にも問題とされる¹⁸⁾。

第 2 に、「人は、自ら意思決定を行うべく可能な限りの支援を受けた上で、それらが功を奏しなかった場合のみ、意思決定ができないと判断される」として「エンパワーメント (empowerment) の原則」を挙げる

17) ただし、日本法においても、その一身専属性ゆえに、現行法において後見人にも家族にも代理・代行決定権限が与えられていない医療同意の問題を想起するならば、同様のベクトルが見えてこよう。立法担当官は、「(手術・治療行為その他の医的侵襲に関する決定や同意の問題は、医療行為について本人の判断能力に問題がある場合における (本人以外の) 第三者の決定・同意全般に関する問題」(括弧内、筆者補充)として捉えている (前掲注 5)、268 頁) が、こうした発想を成年後見が問題となる場面全般に適用する一すなわち、成年者に対する後見とは、医療同意の場面に限らず、本質的に、人間の自律に対する侵害であると捉える一のがイギリス法だということである。

18) 詳細は、拙著、前掲注 4)、17 - 18 頁、及び、第 2 章参照。

(2005 年法 1 条 3 項)。第 3 に、客観的には不合理にみえる賢明でない (unwise) 意思決定を行ったということだけで、本人には意思決定能力がないと判断されることはない」ことを確認する (2005 年法 1 条 4 項)。

以上の 3 つの原則から示されているのは、本人に意思決定能力がないと法的に判断することに対して極めて慎重であるべきとする 2005 年法の姿勢である¹⁹⁾。能力が無いとする判断をできるだけ回避しようとする理由は、代行決定を必要最小限に抑制し、それ以外の方法で本人を積極的に支援することを制度的に保障していることによる。すなわち、能力の存在の推定は、他者介入排除の法理であるが、単なる放置を意味するものではない²⁰⁾。実際にも、2005 年意思決定能力法 1 条 3 項が規定する「自ら意思決定を行うべく可能な限りの支援を受けた上で」の文言に関連して、むしろ、意思決定能力が無いという判定を下す前に、本人に対して意思決定のための支援を尽くすべきことに力点を置いた解釈がなされている²¹⁾。このことから、本条文は、最近の国際的な潮流である「自己決定支援」と親和的な原則であると捉えることができる²²⁾。この点、日本

19) あくまで特定の時間における (issue-specific) 特定の事柄について (time-specific)、個別に能力の有無を問う姿勢 (「機能的 (functional) アプローチ」) をとっている点が特徴的である。たとえば、自分の治療や投薬に関する決定はできなくても、比較的高額な財産をめぐる契約をめぐる場合は意思決定できるといふ場合が想定されなければならない。詳しくは、前掲注 4)、第 2 章を参照。

20) 代理・代行決定を意味する「狭義の」成年後見を抑制的に利用すると同時に、自己決定を支援する場面を拡張するイギリスの成年後見法制を、「小さな後見」、「大きな支援」という観点から説明するものとして、上山・菅、前掲、注 14)。

21) たとえば、国連障害者権利条約委員会に提出された、国内における条約施行状況に関する報告書には、「(意思決定能力を有しないと判断された:筆者補充) 人々は、できるだけ多くの意思決定を自分で行えるよう支援される権利 (a right to be supported) を有する」ことが、2005 年意思決定能力法の基本 5 原則の 1 つであると述べられおり、これは、具体的には、第 2 原則を指しているものと考えられる (UK Initial Report on the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, at para 105)。また、2005 年法の施行規則を定める Code of Practice は、「自己決定を行うために、人はどのように支援されるべきか」という章を設け、自己決定支援のための具体的な手法を説いている。

22) 実際には、イギリスにおける成年後見制度改革は、1989 年の事務弁護士協会 (the Law Society) によって、意思決定を行うことに困難を抱える人々の人権を保障すべく、「意思決定の確保」「エンパワーメント」「搾取からの保護」の理念に貫かれた、包括的かつ統一的な、そして、より日常生活に即した柔軟な法制度の必要性が提唱されたことから始まっている (the Law Society's Mental Health Sub-Committee, *Decision Making and Mental Incapacity: A Discussion Document* (1989))。5 年間の調査を経て、1995 年には、法改革委員会 (Law Commission) によって、報告書 (Law Commission, *Mental Incapacity* (Law Com No 231) (HMSO 1995)) がまとめられた (当該報告書がまとめられるまでの立

法には、直接的には「自己決定支援」に関する規定はみられない。ただし、間接的にこれを読み込むことは可能ではないかと考えることから、後ほど詳しく検討する。

以上のように、全ての成年者には判断能力があることを前提とし、減退している場合であっても、適切な支援によって意思決定ができるようになる可能性が法的に保障されている点が、イギリス法の大きな特徴であるといえよう。その上で、いかなる支援をもってしても本人が意思決定できない状態にあると判断せざるをえない場合について、例外として、代行決定に関する規定が置かれている。この点、日本法においては、判断能力の十分でない人々に関するための法施策として、後見制度、すなわち、法律行為を後見人によって代理される制度が原則であり、これ以外の選択肢が存在しないことは相違点がみられるところである。さらに、こうした制度設計上の相違——後見人に代理・代行決定を行わせることを原則とするか、例外とするか——は、当然のことながら、後見人の任務遂行に関する規定のあり方に、影響を与える。

すなわち、代行決定を例外的規定と位置付けるイギリス法において、その際の行為基準として、「意思決定能力がない（と法的に判断された）本人に代わって行為をなし、あるいは、代行決定するにあたっては、本

法論議をまとめたものとして、新美育文「イギリスにおける意思決定の代行」法律時報 67 卷 10 号 (1995) 23 頁 - 30 頁を参照)。同提案については、政府によって審議が行われ（その模様については、Lord Chancellor's Department, *Who decides? Making decisions on behalf of mentally incapacitated adults* (HMSO, 1997) (Cm 3803))、政策表明がなされた (Law Chancellor's Department, *Making decisions: the Government's proposals for making decisions on behalf of mentally incapacitated adults* (TSO, 1999) (Cm 4465))。2003 年に、意思無能力法草案 (Draft Mental Incapacity Bill (House of Commons 2004)) が提出され、上院議院と下院議院からなる合同委員会によって議論されるところとなった。それゆえ、1999 年欧州評議会閣僚委員会勧告や 2006 年国連障害者権利条約の直接的な影響は受けず、独自の発展を遂げたものであるといえる（ただし、オーストラリア、スコットランド、ニュージーランド等、イングランドと関係の深い法制度における改革の動向からの影響はみられる）が、イギリス法を貫く「エンパワメント (empowerment)」の理念は、本人自身が自己解決できる力を周囲の支援によって取り戻してもらうことを目指している点で、「自己決定支援」と同質的なものと考えられる。エンパワメントの概念をめぐる、拙稿「高齢者介護・成年後見とエンパワメント」『法の理論 26』(成文堂、2007 年) 177-204 頁；拙著、前掲注 4)、第 6 章を参照。さらに、そうしたエンパワメントを可能にする「アドヴォケート (advocate)」の発想をめぐるイギリス社会の伝統については、スー・リー「イギリスにおける本人を代弁する公的サービスの実践」、『成年後見制度の新たなグランド・デザイン』(前掲注 2)、第 8 章を参照。

人のベスト・インタレストに適うように行わなければならない」ことが規定されている（「ベスト・インタレストの原則」：2005年法1条5項）。さらに、「代行行為や代行決定をなすにあたっては、本人の権利や行動の自由を制限する程度がより少なくてすむような選択肢が他にないかが考慮されなければならない」として、「必要最小限の介入の原則」が定められている（2005法1条6項）。この点、日本法には、代行決定に際して、後見人に本人の最善の利益の実現を求める規定や、必要最小限に留めることを求める明文上の規定はない²³⁾。

(b) 代理権限の範囲及び任務遂行に関する方法

——「主観的」最善の利益論

前項では、イギリス意思決定能力法の基本5原則について論じ、日本法との相違点を明らかにした。最も大きな相違点は、代理・代行決定を行う前に、本人自身による決定を支援することが要求される「二段階体制」にあった。これに対して、日本法は、一見したところ、代理・代行決定のみを前提とした「一段階体制」である。本項では、イギリス法と日本法に共通点を見出しうる場面として、代理・代行決定に着目しながらも、その際の遂行方法を定める規定の本質的相違に着目する。

前項で考察した第4原則、第5原則の2つの原則は、あらゆる支援を試みても本人自身による意思決定や、（サービスの受領に関する）同意

23) この点に関連して、一元的制度を採用して個別具体的な能力判定を行い、必要最小限の代行決定のみを法的に許容する手法（イギリス法の他、ドイツ法、オーストリア法）に対して、3類型といった多元的法定後見制度をとる日本法では、各類型の枠の中で、（理論的には）「各人の必要性等に応じた個別具体的保護措置の弾力的な調整を図っていく」という手法がとられていると考えられている（法務省民事局参事官室『成年後見制度の改正に関する要綱草案補足説明、10頁』）。こうした類型化の画一性、硬直性を緩和する機能が「自己決定の尊重」の理念に期待されていると解するものとして、『新版注釈民法（25）〔改訂版〕』（2004年、有斐閣）、406頁〔吉村朋代〕。これに対して、「そもそも意思決定の代行なる発想は、パートナーリズムそのものであって、自己決定権の尊重とは対極をなすものである」という理解に立ち、「自己決定権の尊重を意思決定の代行制度を考える際の理念とすることは、意思決定代行の適用場面を極力縮減することを必然的に意味する」として、必要最小限度の制約を自己決定権の尊重から直接的に導く見解として、新美文「意思決定の代行制度の整備にむけて」法律時報67巻10号（1995年）7頁。この点を進めて、他者への法定代理権付与を行う「後見」をラスト・リゾートとして明確に位置付けるため、類型論自体の廃止を説くものとして、上山・菅、前掲注14）参照。

の付与が現実的に不可能であると判断される特別な状況において、本人の保護を図るために例外的に、必要最小限の範囲で、他者による代行決定が行われることが法的に許容されること、但し、その際の（違法性阻却のための）要件として「ベスト・インタレスト」への適合性が求められていることを示していた。そこで、ここでの「ベスト・インタレスト」がどのような性質のものを指すのが重要となろう。

だが、結論から言えば、2005 年意思決定能力法は、「ベスト・インタレスト」の定義を置いていない。その理由は、その人にとっての、その時点での、「真に」個別具体的なベスト・インタレストを知ることこそが重要と考えられたことにある²⁴⁾。ここには、各人の多様な状況と刻々と変化する状況に合った「パーソナルな意思決定」を実現するという、2005 年意思決定能力法全体を貫く基本姿勢が表れている。そのため、2005 年意思決定能力法は、抽象的な定義を排し、各人の状況・状況における具体的なベスト・インタレストを確定すべく、そのために必要だと考えられる要素を抽出し、全 7 項目からなる「チェックリスト (checklist)」として提示する (2005 年法 4 条)²⁵⁾。

24) 立法の過程において、ベスト・インタレストの定義を求める意見も出されたが、異なる個々人の状況に広く有効に適用される概念とすべく、草案の修正は否決された (Hansard 21 October 2004, column 77)。なお、何がベスト・インタレストであるかの判定手続きをどのように法的に整備すべきかについては、1991 年に出された最初のコンサルテーションペーパー (*Mentally Incapacitated Adults and Decision-Making: An Overview*, Consultation Paper No 119, paras 4.22-4.27) 以来、法改革委員会において重要な検討課題として議論が進められてきた (*Mental Incapacity* (n 23 above), at paras 3.24-3.36)。

25) 第 1 項目として「本人の年齢や外見、状態、ふるまいによって、判断を左右されてはならない」(2005 年法 4 条 1 項 & Code of Practice, paras. 5.16-5.17)。第 2 項目として、「当該問題に関係すると合理的に考えられる事情については、全て考慮した上で判断しなければならない」(2005 年法 4 条 2 項 & Code of Practice, paras. 5.18-5.20)。第 3 項目として、「本人が意思決定能力を回復する可能性を考慮しなければならない」(2005 年法 4 条 3 項 & Code of Practice, paras. 5.25-5.28)。第 4 項目として、「本人が自ら意思決定に参加し主体的に関与できるような環境を、できる限り整えなければならない」(2005 年法 4 条 4 項 & Code of Practice, paras. 5.21-5.24)。第 5 項目として、「尊厳死の希望を明確に文書で記した者に対して医療処置を施してはならない。他方、そうした文書がない場合、本人に死をもらしたいたいの動機に動かされて判断してはならない。安楽死や自殺補助は、認められない」(2005 年法 4 条 5 項 & Code of Practice, paras. 5.29-5.36)。第 6 項目として、「本人の過去および現在の意向、感情、信念や価値観を考慮しなければならない」(2005 年法 4 条 6 項 & Code of Practice, paras. 5.37-5.48)。第 7 項目として、「本人が相談者として指名した者、家族・友人などの身近な介護者、法定後見人、任意後見人等の見解を考慮に入

たとえば、第6項目は、「本人の過去および現在の意向、感情、信念や価値観を考慮しなければならない」ことを規定し、また、第4項目では、「本人が自ら意思決定に参加し主体的に関与できるような環境を、できる限り整えなければならない」ことを要請する（(前掲注25)参照）。これらの規定から見えてくるのは、「本人を中心に位置付ける（place the donor at the centre of any decision）」——裏返せば、本人を脇に置き、後見人の見解やその他の客観的価値観を押し付けることを排除する——姿勢である。代行決定者が、本人の客観的状況を外部者の視点で観察した結果、良いと考えたに過ぎないものを、「ベスト・インタレスト」と捉えてはならないことが明らかにされている（第1項目、第5項目（注25）も参照）。さらには、理念の提示にとどまらず、これらを現場で実践できるよう、「2005年意思決定能力法施行指針（Code of Practice：2005年意思決定能力法の運用指針として制定された法的文書（2005年意思決定能力法42条）」が解説を加え、現場で想定される事例を「シナリオ」の形で提示している²⁶⁾。

このように、イギリスの2005年意思決定能力法における代行決定は、「主観的ベスト・インタレスト主義」に立ったものとなっている²⁷⁾。判断能力が不十分であるがゆえに自ら意思決定できない状況にある人のために、彼らに代わって決定を行う者は、こうして導き出される「ベスト・インタレスト」に従って決定権限を行使することが求められ、かつ、そ

れて、判断しなければならない」（2005年法4条7項 & Code of Practice, paras. 5.49-5.57）ことが規定されている。

26) 拙著・前掲注4)、第1章参照。法の理念を社会において実現するための行動指針などが用意されていないために、任務遂行にあたって日本の成年後見人が抱えざるを得ない問題について、拙稿“Modernising the Adult Guardianship Law for the 21st Century—What is the Role of Families, Civil Society and the State?” 経済志林 80 卷 3 号（法政大学経済学部学会、2013年）59 - 75 頁参照。なお、現在、わが国においても、各専門団体が自主的に「後見人行動指針」の作成を検討する動きがあり（公益社団法人成年後見センター・リーガルサポート、2013年2月23日後見人の行動指針シンポジウム「成年後見人はどう行動すべきか」、今後の発展が期待される。

27) こうした「主観的ベスト・インタレスト主義」の理念的検討、特に、イギリス法における「ベスト・インタレスト」概念の変遷、未成年者をめぐる文脈における「福祉原則（welfare principle）」との相違、医療行為をめぐるベスト・インタレスト論との相違に注意しながら、2005年意思決定能力法体制における「ベスト・インタレスト」の概念について詳説したものとして、拙著、注4)、第3章を参照。

〈142〉 民法 858 条における「本人意思尊重義務」の解釈 (菅)

の場合にのみ決定行為に正当性が与えられるのである。この点、わが国の民法 858 条等が成年後見人に対して「成年被後見人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならない」とのみ規定する本人意思尊重義務のあり方との間に相違がみられる。次項で検討する。

(2) 日本法における「本人意思尊重義務」の解釈
——イギリス法からの示唆

前項では、本人に代わって代理・代行決定が行われ（ざるを得ないと認められ）る場面（ただし、本人に判断能力がないとする法的評価については、イギリス法と日本法とでは異なっていた）における、代理・代行決定権限の行使方法に関して、イギリス法を中心に見てきた。この点に関連して、わが国の民法 858 条は、後見人が自らの法律上の権限を行使するにあたって、本人の意思を尊重すると同時に、心身の状態及び生活の状況に配慮することを求めている。しかしながら、一般に「身上配慮義務」として捉えられる後者は、客観的な福祉的利益の保護を指していると考えられており、両者が衝突する恐れがある場合には後者を前者に優越させるのが通説的の見解であると思われる（前述）²⁸⁾。

これに対して、前項で考察したイギリス法における「主観的」福祉主義の観点に立つとき、「生活の状況に配慮」する²⁹⁾としても、まずは「成年被後見人の意思を尊重」することを最優先させることこそがむしろ「心身の状態」、中でも、本人の精神状態に資すると考えることになろう。この点に関連して、イギリス法においては、本人の客観的福祉とは別に、

28) 後見人が固有の代理・代行決定権限を有することを前提とした上で、成年被後見人の意思と、その心身の状態及び生活の状況の「調和を図る」ことが求められていると理解されている（前掲注 7)、8)。

29) この点、同様に、イギリス 2005 年意思決定能力法においても、「当該問題に関係すると合理的に考えられる事情については、全て考慮した上で判断しなければならない」として、本人の病状や経済的状況、家族関係など本人の置かれている客観的状態の把握が規定されている（チェックリスト第 2 項目（前掲注 25) 参照)。その上で、本人にとっての利益と不利益を詳細かつ具体的に比較検討していく手法は「バランスシート」方式と呼ばれ、従来からのイギリスの判例法である (*Re A (Male Sterilisation)* [2000] 1 FLR 549)。拙著、前掲注 4)、第 3 章参照。

本人の幸福感（「主観的福祉」）を積極的に評価し、客観的福祉の前に本人の希望を踏みにじることを、本人に対する負の影響であると評価するのが判例法である³⁰⁾。日本法においても、858条は、文言上は優先関係を明示していないことから³¹⁾、こうした立場をとることが可能ではないかと考える。その場合、客観的な福祉的利益の保護という観点からは、本人の意思が不明か、あるいは、本人の意思に反することが明らかでない場合にのみ、優先的に適用されることになろう³²⁾。

なお、ここでの「意思」は、858条の文言（あるいは、条文の構造）からも明らかなように、法律行為を有効になしうるような厳格な意味での意思（効果意思や表示意思）である必要はなく、それに満たない、意向、感情、信念、価値観等を指していると考えられる³³⁾。したがって、先の立場に従えば、後見人にとって、本人の意向が不明か、本人の意向や気持ちに明らかに反するとまではいえない場合には、後見人の考えるところの客観的な福祉的利益の保護が行われてよいと考えられることにな

30) *Re MM (An Adult)* [2007] EWHC 2003 (Fam), para 120-121. 「バランスシート」方式（前注参照）を採用した上で、こうした主観的要素をバランスシートに十分に載せる（すなわち、本人にとっての「利益」「不利益」として考える）イギリス法の「ベスト・インタレスト」アプローチは、「主観的要素を重視する客観的判断」を実践するものであるといえよう。拙著、前掲4）、第3章参照。

31) これに対して、韓国民法947条では、条文上、優先性が明らかにされている（前掲注11）参照。また、成年後見制度の改正に関する要綱草案第二、二2（1）においても、ドイツ、オーストリア民法における優先規定の「趣旨を調和的に表現するため」に「本人の福祉を旨として」という文言を付すことが相当であると考えられていたが（40、41頁）、現行法にはこうした文言はみられない。

32) この点に関連して、安易な比較は慎まなければならないものの、たとえば、チェコ共和国2012年民法（2012年2月20日成立、2014年1月1日施行予定）460条1項は、こうした解釈に適合的な規定になっている（「成年後見人は、任務を遂行するにあたっては、本人の「アドヴァンス・ダイレクティブ」に従って行い、かつ、信念や信教を含めた本人の見解については、それらが事前に表明されていたとしても、継続的に配慮し、それらを考慮に入れて事務を処理しなければならない。もし、これらが不可能な時、後見人は、成年被後見人の最善の利益（ここでの「最善の利益」は、客観的なものを指す：筆者補充）にしたがって行動しなければならない」。さらに、2項では、「成年後見人は、正当に異議を述べる者がない限り、成年被後見人の生活状況が本人の能力と適合するよう、また、生活が本人固有の理念や希望に適合するように努めなければならない」と規定する。他方で、そうした規定及び判例（さらには、社会的受容）もない日本法においては、本人の意思の尊重を客観的利益の保護に優先させることは、後見人にとってのリスク（任務懈怠であるとの法的責任の追及）を意味する恐れがある。本稿4.で考察する。

33) さらに、イギリスの2005年意思決定能力法では、この点を明確に区別すべく、willに対して、wish, feelings, beliefs, values という用語が使われている。

ろう。

さらに、この点に関連して、イギリス法をみると、代行決定者は、こうした「意思」に満たない本人の「意向」(例 感情、信念、本人らしさ等)であっても調査し、引き出した上で代理することが望ましいと考えられている。その際には、後見人が単独で調査するのではなく、本人自身に意思決定に参加してもらうこと、主体的に意思決定過程に関与し続けてもらうこと(チェックリスト第4項目(前掲注25)参照)を通して行い、また、本人が相談者として指名した者、家族・友人などの身近な介護者、他の後見人等から、本人に関する「主観的情報」を得ることが期待されている(チェックリスト第7項目(前掲注25)参照)³⁴⁾。イギリス法におけるこれらの点を踏まえた上で、再び、わが国の民法858条を考えると、2000年の立法改正時に唱えられた「自己決定権の尊重」の理念を実現させるためには、「本人の意思を尊重」という文言を、本人の意向を無視しないことや、後見人の恣意的判断を押し付けてはならないと解釈するに留まることなく、本人の声に耳を傾けること、すなわち、本人が明示した意向のみならず、本人が言いたいのに表現できないことにも意識を向けた上³⁵⁾で、代理を行うべきであるという

34) こうした法体制は、「インクルーシヴ・アプローチ」と呼ばれ、特定の者による本人の「囲い込み」を防止することを制度的に可能にしている。拙稿「イギリスの成年後見法にみる福祉社会の構想——判断能力の不十分な成年者を取りまく家族、社会、国家」原伸子・大原社会問題書編『福祉国家と家族』(法政大学出版局、2012年)、第5章参照。

35) この点に関連して、2000年の民法改正時に掲げられた3理念のうちの一つである「ノーマライゼーション」について、直接的には、障害のある人が家庭や地域での生活を送ることができるよう、社会の「脱施設化」を指しているものと考えられる(小林・原、前掲注5)、19頁)。一方で、「ノーマライゼーション」を広い射程を持つ社会政策上の基本原理として捉え、成年後見法の領域において具体的に表現した法的な基本原理が「自己決定の尊重」であり、さらに、後者の派生的原理として「残存能力の活用」が導かれると考える見解として、上山泰『専門職後見人と身上監護』(2008年、民事法研究会)39-41頁参照。同様に、「ノーマライゼーション」概念を理念的に捉え、本人中心主義に立った「本人の意向代弁(アドヴォカシー)」という観点から捉える見解について、スー・リー、前掲注22)。具体的には、イギリス法における「アドヴォカシー」とは、①本人のためのコミュニケーション・ツールとなる、②代行決定に際して、現在の本人の意向を引出し、決定過程に載せる、③本人のために質問をする、④本人のために相手方に釈明を求めたり異議を唱える、ことを意味している。この点に関連して、我が国の立法担当官は、「アドヴォカシー」の概念について、「成年後見人の身上面に関する利益の主張を補助し、又は同人の身上面に関する利益を代弁すること」と述べている(小林=原、前掲注5、260頁；小林=大門、143頁)ことから、「代弁」という発想自体については立法当時

ことになろう。

同様の観点から、取消権の行使については、本人の過去の意思と整合させるため、あるいは、本人の最新の意向を実現するためののみ行使されるべきと解することができよう（なお、イギリス法において、後見人には、当然には取消権限は認められていない³⁶⁾）。また、同意権の行使についても、本人の意思・意向の真摯性が確認できさえすれば、それを後押しするような方向で行われることが望ましいと考える。この点、2000年の民法改正において、新たに、保佐人の同意に代わる家庭裁判所の許可に関する規定が置かれたことの趣旨にも合致しよう（民法13条3項）。

以上のように考えるとき、本人の意思の尊重を、あくまで本人が欲している決定が合理的である場合に限定し、そうであると認められない場合には客観的保護を優先させた解釈論をとる立場（「客観的」福祉主義）とは一線を画した議論が、わが国においても展開されうることになろう。

既に知られていたことが窺える。実際、日本法においても、たとえば、施設入所契約を締結した場合に、相手方（施設側）の履行を監視するために施設内の処遇をチェックしたり、異議申し立てをすることは想定されており、これは、イギリス法におけるアドヴォカシー概念の④に相当しよう。また、①、②、③に対しても、実際の現場においては、一応の注意が払われていると思われる。ただし、「利益の主張」、「利益の代弁」という表現が象徴しているように、そこでの基準は、客観的な利益を一般人の視点に立って代弁しようとするものに留まっていることは否定できない。この点、本人中心主義の発想を進めようとするならば、より本人の価値観に基準を置いたアドヴォカシーを実践する必要があると考える。

- 36) この前提として、イギリス法において、契約締結に関して、当事者の判断能力の有無は原則として問題にされない。ただし、契約締結に際して、本人がその契約の本質的意味 (nature) と効果 (effect) を理解できていないことを相手方が知った上で契約締結を押し進めたことが立証された場合、あるいは、本人の判断能力の不十分性につけてんで契約締結を押し進めたことが立証された場合には、契約は取消されう。取り消しの申立ては裁判所に対して行われ、その手続きは、本人が訴訟追行能力を有する場合には本人によって、または、本人が訴訟追行能力を有さない場合には、財産管理権限（契約の取り消しについての代理権を含む）を与えられた法定後見人があれば当該後見人によって、あるいは、そうした後見人がいない場合には「訴訟に関する代理人 (litigation friend)」(当該事案に限る) によって、行われることになる。ただし、ここでも「意思決定能力存在の推定原則 (既述)」が働くことから、本人の訴訟追行能力の有無の判断については、そもそも問題の前提となっている契約締結に関する能力の有無とは区別され、慎重に評価される。これに関連して、既になされた贈与について、後に財産管理後見人に就任した娘から取消が求められている訴訟に関連して、その前提として、本人の訴訟能力の有無の判断が保護裁判所に求められた事案として、*Re S, D v R & S* (CP) [2010] EWHC 2405 (COP), COPLR Con Vol 1112, CPを参照。

3. 自己決定支援の発想を組み込んだ成年後見の可能性

前節では、「成年被後見人の意思を尊重」という 858 条の文言を重視し、「心身の状態及び生活の状況に配慮」しながら代理権等の権限を行使するにあたっては、明示された本人の意思を安易に無視してはならないとする解釈を行った。さらには、後見人等には、より積極的に本人の意向を知ろうと努めることが求められているのではないかという解釈の可能性³⁷⁾にふれた。この見解に立つとき、本人の意向を知るために最も有効な方法とは、本人自身に問うことであると考えられる。単独での意思決定はできなくとも、自分の希望を何らかの手段によって表出できるならば、そうした意向は法的に無視されるべきではないし、むしろ、表出を支援されることこそが、「残存（現有）能力の活用」の理念にも適合的であろう。このように考えるとき、昨今の国際的潮流である「自己決定支援」の概念は、858 条の中にも十分に読み取れると思われる。

すなわち、自己決定支援と代行決定とを統合的に捉え、従来の代行決定を自己決定支援の発想から再構成しようとする試みは、現行法の枠内においても十分可能であると考え³⁸⁾。それでは、さらに、代行決定過

37) これに関連して、事理弁識能力が備わっていない場合であっても、希望を述べたり、価値を選択することができる可能性を高く捉える見解として、新美、前掲注 23)、9 頁。同様に、意思決定に際して本人の希望を聴くことや、家族など本人の生活に深く関わる者から本人の希望を聴いたり、資料の提供を受けることなど本人に合わせた対応を後見人に求める見解として、吉村、前掲注 23)、405 頁。

38) 拙稿「意思決定支援の観点からみた成年後見制度の再考」『成年後見制度の新たなグラウンド・デザイン』（前掲注 2)、第 7 章も参照。同様に、条文上、自己決定支援の発想を明確にしているドイツ法の立場からも、代行決定と自己決定支援モデルは二律背反ではないと主張するものとして、Lipp V., Winn, J., "Guardianship and Autonomy: Foes or Friends", *Journal of International Aging Law and Policy* Vol 5 (2011), at 51 を参照。同見解は、重要なのはいずれのモデルを採用すべきかではなく、いつ、単なる自己決定支援では不十分となって代行決定が必要になると法的に評価されるのか、そして代行決定が必要だと評価された場合に、適切な代行決定を担保するために規定されたセーフガードは正しく実践されているかの確認であるとする (at 53)。また、同見解は、後見人が本人の自律や自己決定権に配慮し、代行決定の際の職務遂行基準とすることを「支援的な後見 (supportive guardianship)」と呼ぶ (at 54)。これに関連して、ドイツ世話法における「本人意思の尊重」のあり方を、同法の基本理念である「必要性の原則」の観点から詳細に検討するものとして、上山泰「成年後見制度における本人意思の尊重」『成年後見制度の新たなグラウンド・デザイン』（前掲注 2)、第 14 章。また、アメリカ法の立場から、同様に、自己決定支援の理念を代行決定に対する「必要最小限の制約」の観点から導き出す見解として、

程に本人の主観的要素を最大限に取り入れるため、本人関与の継続性を制度的に担保すべく、日本法において、後見人が代理権を行使しようとする場合、事前に本人への十分な情報提供を行う（場合によってはそれに留める）こと、そして、代行決定によって何が本人の身に起こりうるかについて順次報告を行うこと、これらを成年後見人の任務遂行の一つの形とみることはできないだろうか。

この点に関連して、民法 645 条は、受任者に対して、委任者の請求があるときにはいつでも委任事務処理の状況を報告することを義務付けている。そして、「委任者の請求」については、委任者の利益のために必要があれば、委任者の請求をまたずに報告すべきと解釈されている³⁹⁾。

だが、同条は、644 条の善管注意義務に由来すると考えられているにもかかわらず、869 条（保佐、補助については、876 条の 5 第 2 項、876 条の 10 第 2 項）は、644 条を準用する一方で、同条を挙げていない。645 条が準用されない理由は条文上明らかではないが、同条の趣旨を、委任者である本人が受任者を監視し、随時、「事務処理の現況を知って将来のための適宜の処置をとる」ことを可能にすることにあると解するとき⁴⁰⁾、成年被後見人には、判断能力の低下のためにそうした監視や臨機応変な対応を一般に期待し得ないとして、適用されないと考えられたことによるのかもしれない。

しかしながら、本人に対する報告には、本人が現実に利益を得る可能性ということ以上に、本人を中心に置いた後見任務が行われているということの象徴的意味があると考ええる。また、報告義務は、善管注意義務からのみではなく、特別な信義則からも導き出されうるものであって、ある程度の積極的な報告義務がみとめられるべきとする見解もある⁴¹⁾ことから、現行法においては明文上の規定はないものの、後見人にも報告

Leslie Salzman, "Rethinking Guardianship (Again): Substituted Decision Making as a Violation of the Integration Mandate of Title II of the Americans with Disabilities Act", *Cardozo Legal Studies Research Paper No. 282 University of Colorado Law Review*, Vol. 81 (2010), at 217, 219 を参照。これらの考察から、代行決定の必要最小限性を制度的に担保することの重要性が広く諸国において認識されていることが窺える。前掲、注 24) も参照。

39) 谷口知平・甲斐道太郎編『新版 注釈民法 (16)』有斐閣、1989 年)、238 頁 [明石三郎]。

40) 前注、237 頁。

41) 前掲注 39)、238 頁。

〈148〉 民法 858 条における「本人意思尊重義務」の解釈 (菅)

義務を認める余地があるように思われる。この点に関連して、自己決定支援制度を民法に規定するなど、本人中心主義に向けて法改革が行われたチェコ共和国の 2012 年民法 459 条 2 項では、後見人が本人に代わって決定を行った際には、本人に対して、決定の意味と効果を包括的に説明することが義務付けられている（免責規定はない⁴²⁾）点が、我が国における将来的な立法案に示唆を与えうるように思われる。

このように、国連障害者権利条約で要請されている「自己決定支援」の実現に向けた法政策として、「自己決定支援」を成年後見人の権限の一側面として捉え、従来の成年後見法の解釈の中に包摂しようとする見解が存在する。他方で、自己決定支援を代行決定とは別個の独立した概念として捉え、民法改正又は特別法によって、新たに、本人との契約に基づく「自己決定支援者」を設けようとする動きも国際的には存在する（例 チェコ共和国 2012 年民法 45 から 48 条、ハンガリー 2009 年民法改正案⁴³⁾）。

この点については、今後のさらなる検討が求められるが、代行決定のみならず自己決定支援に対してもセーフガードを設ける必要があるという意味で、私見としては、現段階では、自己決定支援、及び、自己決定支援者を、独立の制度として捉えるのではなく、「本人中心主義」に立った「新たな代行決定」の中で解釈し、自己決定支援の名を借りた法律上の正当な根拠のない脱法的な代行決定が濫用されることに対するセーフガードを機能させることが得策ではないかと考える⁴⁴⁾。この点に関連して、前節までみてきた、イギリス 2005 年意思決定能力法の立場が、自己決定支援と代行決定を分離させた上で、可逆的に連続させ、全体として、本人を中心に置いて関与・介入を統制するという形で適正化を図るものであった点を評価したい。

42) この点に関連して、後見開始の審判に関する本人への通知の省略等、日本法において、本人が手続法上の主体として扱われていないことを問題視する見解として、橋本聡「家事事件手続法と成年後見事件における本人の手続上の地位と権能」、『成年後見制度の新たなグランド・デザイン』（前掲注 2）、第 5 章参照。

43) グルバイ、『成年後見制度の新たなグランド・デザイン』（前掲注 2）、第 13 章参照。

44) 同様に、「適切な」支援と、「過度の説得」や「不当な影響力」との区別を明確に意識すべきことを説くものとして、Ashton, G. etl, *The Court of Protection 2012* (Jordan 2012), at 434.

4. 成年後見人の裁量行使の方向性及び限界、並びに免責の範囲

これまでのところで、代行決定を行う（日本法においては、代理権、同意権、取消権の行使）に際して本人の意向を反映させること、さらには、代行決定の前段階として自己決定支援を試みることなどが、日本法においても許容されうると解釈できるのではないかと述べてきた。しかしながら、こうした解釈は、それを担保しうる法的環境が整えられてこそ、実現可能となりうることもたしかである。代理権限という広範な代行決定権限を有しながら、本人の意思を優先させるためにあえて行使しなかったために、そのことから生じる結果に対して責任を問われうるとすれば、結局のところ、法的責任を恐れて代理権限を行使し、いわゆる無難な選択を本人に強要せざるを得なくなることは想像に難くないからである。

そこで、本節では、後見人に対して、「本人意思を尊重するための」裁量権を与えた上で、その裁量行使の方向性とその限界を明確にすることを試みる。これは同時に、後見人が善管注意義務への形式的抵触に萎縮することなく、むしろ、国際的動向に適った成年後見を遂行したとして、法的責任を免れうる範囲を明示することを意味するであろう。

(a) イギリス法の態様

イギリス法においては、たとえ一般的な見方をすれば本人の利益に資するものであると考える余地のある決定であったとしても、それが、本人の意思や意向といった主観的要素を重視したベスト・インタレストに反するものであることについて、後見人が悪意又は有過失であった場合には、ベスト・インタレスト違反（2005年法1条5項）として、解任事由となる（2005年法16条8項（a）、（b）、22条3項及び4項）。イギリス法においては、代行決定者の裁量行使の方向性が、法律で厳格に規律されているといえよう⁴⁵⁾。

45) これに関連して、虐待の疑いを抱いたことから、本人の意向に反することを知りながら、本人のベスト・インタレストに関する慎重な調査も行わないままに、本人を施設入所させた地方公共団体の行為の不適切性が認定された事案として *Re Ada P* [2008]（公式判例集未搭載）がある。イギリス法においては、居所指定などの事実行為についても、また、後見人ではないもの（本事案では、地方

〈150〉 民法 858 条における「本人意思尊重義務」の解釈 (菅)

その一方で、2005 年法の規定に従って決定を行ったこと、すなわち、当該決定に至った過程が 2005 年法に定められた、ベスト・インタレストを特定するための手続き（具体的には、チェック項目（注 25））に則ったものであったことを合理的に説明できれば⁴⁶⁾、たとえ当該決定によって本人にとって望ましくない結果が生じたとしても、後見人が責任を追及されることはない（2005 年法 4 条 9 項⁴⁷⁾48)

このように、イギリス法における後見人の権限行使の裁量は、本人の意向等の主観的要素に注意を払い、ベスト・インタレストを実現するよう努めなければならないという意味では厳格に規律されているが、権限濫用や裁量逸脱の有無が、本人の真摯な意向との関連性等、個々の具体的な状況における実質的な判断に基づいて行われ、客観的、一般的な利益の保護の有無といった形式的な評価に依らないという点では、必ずしもその裁量の範囲は狭くない（むしろ、実質的には広い）といえよう⁴⁹⁾。

(b) 日本法の場合

平成 11 年の民法改正によって、新たに「成年被後見人の意思を尊重」する義務が規定されたことについては、繰り返し述べてきた通りである（民法 858 条）。だが、本人意思尊重義務の違反の効果について、直接的

自治体）が代理権を有さずに代行決定を行う場合についても、同様に、ベスト・インタレスト基準が適用される。これらは、2005 年法 5 条に規定があることから、「5 条行為」と呼ばれるが、詳しくは、拙著、前掲 4）、第 5 章参照。

46) 具体的には、代理・代行決定を行うにあたって具体的に考慮に入れた事柄（特に、本人の意向や、周囲から得た本人に関する主観的情報をどのように扱ったか）を、日常的に記録しておくことが求められる。

47) 「本条（4 条）1 項から 7 項に挙げられた全ての要件を充たした上で、自らのなした決定や行為が本人の「ベスト・インタレスト」に適合していると合理的に信じる者（裁判所を除く）は、本条を遵守したものとみなす」。

48) 行為の妥当性を、手続的正当性を問うことによって代える姿勢が本人の福祉の向上という点で功を奏しうるのは、代行決定の規律について立法するにあたり、法の趣旨——自己決定支援に基礎を置いた代行決定——を明確にすることもさることながら、それらを最も良く具体化しうるような法の規定のあり方について、議会の内外を含む、民主的かつ慎重な議論があったからこそであると考え（前掲注 22）参照。

49) 法の手続に則って厳格・適正に自己決定支援、及び、それを補完する代行決定を行った限りにおいて、結果に対する責任を問われないことによって、後見人等の支援者自身を支援する「二重の支援」を図る法体制の重要性について、拙著、前掲注 4）、第 6 章；拙著『法と支援型社会』（武蔵野大学出版会、2006 年）。

に定めた規定はない。

この点、立法担当官は、旧法下の事案として、後見人が禁治産者の不動産を廉価で販売したことなどが後見人の善管注意義務に違反し不法行為責任を負うとされた判例（東京地判平成11・1・25判例時報1701号85頁）について、新法下においては、本人の意思の尊重及びその心身の状態や生活の状況への配慮を怠ったものとして、858条違反が問題となりえたのではないかと述べている⁵⁰⁾。ただし、本件は、一般的、経済的な見地から本人の不利益になることが明らかな事案であったことから、新法下においても、本人の意思の尊重義務違反が直接的に問われえた事案であったとはいえないであろう。むしろ、本人の資産減少に伴う身上配慮義務違反の場面として、後見人解任の判断の一資料となったり(846条)、損害賠償責任が生じたのではないかと考えられる。

これに対して、本人の意思の尊重義務違反が直接的に問われうる事案とは、本人の一般的な利益は保護されたものの、それが本人の望まない決定であったような場合（例 後見人の財産管理上の便宜のために、被後見人が複数所有する非居住用不動産の一つや絵画等を市場価格以上で売却する場合）であろう。こうした場合に、日本法において、後見人の解任や損害賠償責任が問題にされることは、ほとんどないと思われる。なぜなら、本人に経済的損失を与えていない以上、本人の客観的保護は図られていると考えられ、財産管理自体は適正に行われていると評価できるからである。本人の主観的要素を重視したベスト・インタレストの実現そのものを主たる任務と考えるイギリス法との相違が明らかになる点であるといえよう。ただし、成年後見人等が本人の明確かつ堅固な意思に敢えて反してした代理行為は、たとえそれが本人に不利益を生じなくても、本人の身上に配慮するための必要性が認められない限り、内部義務に違反する代理権濫用行為とされる可能性はある⁵¹⁾。

さらに、イギリス法との差異は、一般的な見方からすれば本人の不利益になるような決定を本人が真摯に望んでいるということが後見人に知られている場合（例 大切にしているペットを世話している者への比較

50) 前掲・注5)、272頁。

51) 佐久間毅「代理法からみた法定後見・任意後見」民商雑誌122巻4・5号(2000年)514、516頁。

の高額な金銭の贈与、日頃世話になっていると本人が感じている者を同伴してのビジネス・クラスでの海外旅行）に、後見人が本人の真摯な意向を実現した場合の法的責任をめぐって浮上しよう。しかしながら、代理・代行決定者が本人の意思を真摯に尊重した結果、本人の客観的な利益や福祉が多少減じられることがあった場合に免責されうることを定めることなくして、本人中心主義を貫くことは極めて困難であるといえよう⁵²⁾。特に、推定相続人による訴えの提起というリスクから後見人が守られる必要性は高いと考える⁵³⁾。

5. むすびに代えて

本稿では、国連障害者権利条約 12 条が象徴する判断能力の不十分な成年者の「積極的な法的主体としての再定置」という近年の国際的潮流を踏まえ、わが国の民法における判断能力不十分者の位置づけの体系的な見直しを、成年後見人の職務基準である民法 858 条を通して試みてきた。さらに、こうした視点は、成年後見人としてではなく、非公式的な形で判断能力不十分者に関わる場合の法的構成にも影響を与えうると考える。すなわち、後見人のような正規の法的権限を持たない者が、判断能力が不十分なために自ら同意を与えることができない者に対して、本人が必要としていると客観的に考えられるサービスを提供する場面（いわゆる事実上の後見）への適用である。具体的には、医師、看護師、ケアワーカー、隣人等が、偶発的な形で、ごく短期間、判断能力不十分者に関わり合うような場面が想定されよう。同様のことは、正規の法的権

52) このことがもたらしうる後見人への萎縮効果の弊害について論じるものとして、上山・菅、前掲、注 14) 参照。

53) 同様の趣旨に立って、単なる資産保全管理から資産活用管理への実質的な転換を説くものとして、上山泰『成年後見と身上配慮 [第 2 版]』(2010 年、民事法研究会) 72 - 75 頁。これに関連して、やや事案は異なるものの、イギリスの事案において、父親の財産管理法定後見人に就任した娘が、父親が特別な信頼と信任を寄せている女性に対する高額な贈与を（女性からの父親に対する）「不当な影響力」を理由に取り消しを求めて提起した訴訟をめぐって、そうした訴訟の存続自体を望まない父親の意向や感情、特に、本人が家族内で孤立していた間に女性から受けた心理的サポートに対して感謝の念を表すことができないことに対する父親の失望感などに配慮し、取り消し訴訟の遂行を認めながらも、父親の感情に配慮して和解を勧めた裁判官の対応が興味深い（前掲、注 36) 参照）。

限を有する後見人であっても、本人の福祉の向上のために権限外の行為——特に、日本法においては、法律行為にあたらぬ事実行為——を行う際にも、問題となりうる。そこで、次の検討課題として、事務管理の成立要件の再考を行い、本人意思の尊重を説く成年後見制度と統合的な解釈を試みる必要があると考える。この点については、本稿においては紙面の都合上割愛せざるを得なかったが、近い将来、稿を改めて論じることにはしたい。

