

論文

成年後見制度における本人意思の尊重について

藪本 知二

Tomoji YABUMOTO

本稿は、新しい成年後見制度の構築にあたって掲げられた、自己決定の尊重の理念と本人保護の理念との調和とはいかなる意味を有するのかについて、本人意思が法条においてどのように扱われているのかを整理し分類し、それはいかなる原理に基づくのかを考察した上で、明らかにした。すなわち、自己決定の尊重の理念と本人保護の理念は、自己決定の尊重の理念が貫徹する領域と本人保護の理念が貫徹する領域とに明確に区分される形で「調和」している。また、本人意思は、本人保護の領域にあっては、自己決定ではなく、本人保護を適正に行うために、考慮すべき事項であるという形で「調和」している。

キーワード：成年後見制度、自己決定の尊重、本人保護

はじめに

現行の成年後見制度は、「高齢社会への対応および知的障害者・精神障害者等の福祉の充実の観点から」、民法制定以来の禁治産・準禁治産制度が改正されて成立したものである。この改正は、平成11年12月1日に成立し、同月8日に公布され、平成12年4月1日に施行された「民法の一部を改正する法律（平成11年法律第149号）」「任意後見契約に関する法律（平成11年法律第150号）」「民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律（平成11年法律第151号）」および「後見登記等に関する法律（平成11年法律第152号）」によって、行われた。

新しい成年後見制度が目指すものは、「自己決定の尊重、残存能力の活用、ノーマライゼーション等の新しい理念と従来の本人保護の理念との調和」を図りつつ、「柔軟かつ弾力的な利用しやすい制度」の構築である。この制度構築の理念に基

づいて、①禁治産制度および準禁治産制度を発展的に解消して後見および保佐の制度の再構築と、補助の制度の創設、②任意後見制度の創設、③①および②の制度についての公示方法としての戸籍への記載に代わる成年後見登記制度の創設が行われた。

新しい成年後見制度の特徴は、制度を変更し再構築する理念として、それまでの行為能力制度にはなかった「自己決定の尊重、残存能力の活用、ノーマライゼーション等の新しい理念」が掲げられたことにある。そして、これらの新しい理念は、「従来の本人保護の理念」との調和が図られて、新しい成年後見制度が成立したのだというのである。

新しい成年後見制度の特徴である、自己決定の尊重と本人の保護との調和とは、条文上どのように具体化されており、それはどのような原理に基づいているのであろうか。もちろん、ここでいう

調和は、自己決定の尊重と本人保護との両立ではあり得ない。そもそも行為能力制度において自己決定の尊重と本人の保護とは矛盾対立し、両立することはありえない。なぜならば、行為能力制度は、物事を理解し判断する能力が十分には備わっていない者について、行為能力を制限することによって、その者の保護を図る制度であるからである。

本稿では、自己決定の尊重という新しい理念と本人保護という従来の理念との調和とは、どのような意味なのかを明らかにすることを目的とする。そのために、本人意思が条文においてどのように扱われているのかを指摘した上で、そのように取り扱われる原理について考察を行う。

I. 本人保護の理念の具体化

(1) 成年後見制度において行為能力が制限される者、すなわち、事理弁識能力の程度により家庭裁判所の審判によって行為能力が制限される成年被後見人・被保佐人・被補助人（行為能力の制限を受ける被補助人は、被補助人が特定の法律行為をするにはその補助人の同意を得なければならない旨の審判を受けた被補助人である（民法17条1項本文。以下単に条名のみを示すときは、民法の条名である。）。）の行為は、法の効力の面では、無効ではない。これらの者（以下「成年被後見人等」とする。）は、事理弁識能力が欠けている常況にある成年被後見人でさえ、意思無能力者ではないからである。成年被後見人等は、適切な法律行為を行う判断能力（言い換えると、自己の最善の利益を判断する能力）が十分には備わっていない者であって、成年後見制度は、成年被後見人等に対して同意権、取消権もしくは追認権または代理権による保護を行うことによって、適切な法律行為ができるように、十分には備わっていない能力を補充する制度なのである。成年後見制度は、改正される前の禁治産・準禁治産制度でも、「単独で」「完全に有効な」法律行為をすることができる行為能力を制限しているのにすぎず、成年被後見人

等本人の自己決定権それ自体を完全に否定して成る制度ではないのである。あくまでも適切な法律行為をする判断能力が十分には備わっていないので、被保佐人または被補助人が行為をするに際しては、本人の判断の適切性を確保するために、事前のチェックとして保佐人または補助人の同意が必要とされるのである。また、成年被後見人のした行為または同意なしにした被保佐人もしくは被補助人の行為は、その適切性が確保されていないので、事後チェックとして取消しおよび追認があるのである。このような取扱いになっているのは、本人の意思決定が本人の利益に反することのない場合や、むしろ本人の利益になることがある場合もあるからである。

制限行為能力者である成年被後見人等の行為は、一応有効であり⁽¹⁾、本人を含めた取消権者（120条1項）がこれを取り消すことによって遡及的に完全無効となり（121条本文）、本人を含めた追認権者（取消権者と同じ。122条本文）がこれを追認をすることによって以後取り消すことができなくなり完全有効となる（122条本文）。成年被後見人等の行為を一応有効な行為から取消しによって完全無効な行為にするか、または追認によって完全有効な行為にするかは、成年被後見人等の側の意思にかかっている。成年被後見人等の行為の相手側からは、取消しまたは追認をすることができない（120条1項）。

取消しまたは追認については、何らの条件も付されることなく無条件に、取消権者または追認権者は、取消しまたは追認をすることができる。何ものからも無条件にということは、本人の意思からも無条件にということであり、それは、本人の意思に反しても、取り消すことができるし、追認することができるということの意味するのである。また、取消しによって無効となった行為から不当利得が発生しているときは、成年被後見人等は、その行為によって現に利益を受けている限度において、返還の義務を負う（121条但書）にとどまる。

制限行為能力者である成年被後見人等の行為を

このように取り扱うことによって、成年被後見人等本人の保護が図られているのである。

(2) 成年後見人は、成年被後見人の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為について成年被後見人を代表(すなわち、法定代理)する(859条1項)。また、保佐人に被保佐人のために特定の法律行為について保佐人に代理権を付与する旨の審判(876条の4第1項)がある場合には、保佐人は、被保佐人を本人とする特定の行為について代理することができ、被補助人のために特定の法律行為について補助人に代理権を付与する旨の審判(876条の9第1項)がある場合には、補助人は、被補助人を本人とする特定の行為について代理することができる。

代理行為にあつては、意思表示を行うのは、代理の性質上、代理人である成年後見人・保佐人・補助人であり、本人である成年被後見人・被保佐人・被補助人ではない。適切な法律行為を行う判断能力が十分には備わっていない者にも、適切な法律行為を行うことができるように法定代理の制度があるのであり、成年後見制度における代理行為に本人の意思を見出すことはできない。もっとも、後述Ⅲにあるように、代理権行使にあたって、本人意思は、何らかの方法で必ず把握されなければならないものであるとともに、重要な考慮事項になる。

Ⅱ. 自己決定の尊重の具体化

(1) 新しい成年後見制度は、任意後見契約に関する法律が定める任意後見制度と民法が定める法定後見制度との二つの制度から成る。

任意後見制度は、成年後見制度改正の理念である自己決定の尊重の理念によって創設された制度である。

任意後見制度では、本人は自ら、授権行為となる任意後見契約の締結に際して、代理人となる任意後見人(任意後見受任者)を選任するとともに、代理権の内容・範囲を決定することができる。任

意後見制度は、通常の任意代理の場合と同様に、授権行為はもとより代理人の選任も代理権の内容・範囲も本人の意思に基づくのであるから、任意後見契約の効力発生により任意後見が開始して以後は別にして、自己決定が尊重された制度であるといえよう。

また、任意後見制度が創設されたことにより、成年後見制度は、自己決定の尊重の理念に基づいて、任意後見制度が原則的な位置を占めることになり、法定後見制度が任意後見制度を補完するものへと移行したのである。もっとも、任意後見制度が原則となったといっても、任意後見契約がないときは必要に応じて法定後見が開始するし、任意後見契約が作成され登記されていても、あるいは任意後見契約の効力が発生していても本人の利益のために特に必要のあるとき(任意後見契約10条)は、成年後見制度の従来からの理念に基づいて、法定後見が実施されることはいうまでもない。

さらに、任意後見契約の効力が発生し、任意後見が開始しても、本人の行為能力は制限されていないので、自己決定の尊重の理念に基づき、本人の意思に基づく行為は、完全有効である。

(2) 制限行為能力者である成年被後見人等の行為は、取消しの対象となる行為である。行為能力の制限という以上、当然である。しかしながら、成年被後見人等本人が行った、その者にとって日用品の購入その他日常生活に関する行為(以下、「日常生活に関する行為」)は、取り消せないのである(9条但書、13条1項但書、17条1項但書)。

成年被後見人等がその日常生活に関する行為をしたときは、その行為は、本人はもとより取消権者の他の誰もを取り消せないで、完全有効な行為である。日常生活に関する行為について成年被後見人等がしたときは、本人の自己決定が尊重されるものであるといえる。もちろん、成年被後見人等の日常生活に関する行為について、代理権が付与されているときは、代理することはできる。その場合は、本人の自己決定が尊重されていると

は言い難い。つまり、日常生活に関する行為という特定の行為であれば本人意思が尊重されるのではなく、日常生活に関する行為を本人が行えば、その行為は取り消せないという形での本人意思の尊重であり、自己決定の尊重なのである。

(3) なお、成年被後見人は、意思無能力者であるか否かについて、以下に検討する。

成年被後見人の行為は、取り消すことのできる行為である。法の効力の点では、無効ではなく、一応有効である。しかしながら、成年被後見人の行為のうち、日常生活に関する法律行為を本人が行うと、その行為は、取消しの対象とはならない。法の効力の点では、もちろん完全無効ではなく、一応有効でもない。行為時に本人が意思無能力状態にあることを証明することができなければ、完全に有効なのである。結果として、本人自身がその日常生活に関する行為を何の援助も受けなかったとしても、その行為は、完全に有効であり、結果的に、自己決定が尊重されることになる。つまり、行為者の日常生活に関する行為は、行為者本人が行った場合、自己決定が完全に尊重されるのである。

もし成年被後見人が行為をするにあたって常に意思無能力であると解すると、次のようになる。すなわち、成年被後見人の行為は、その日常生活に関する行為であるか否かを問わず、無効であるはずである。成年被後見人の行為は、無能力者の行為であるにもかかわらず、無効でないばかりか、取り消すこともできないとされている。成年被後見人の行為についてこのような規定になっているのは、自己決定の尊重の理念によるものではなく、取引安全、相手方保護を優先した結果であると言わざるを得ない。

そもそも成年被後見人は、意思無能力者と規定されているのではなく、あくまでも事理弁識能力が欠けている常況にある者と規定されているのである。事理弁識能力は、法的効果を発生させるにただけの意思表示をする能力、あるいは行為の結果を完全に弁別することができる判断力(意思

決定能力)である意思能力とは異なる概念であると解すべきである⁽²⁾。事理弁識能力は、意思能力よりも高度な判断能力であり、行為の結果から生起する利害得失を判断することができる意思的能力と解することによって、日常生活に関する行為は、自己決定の理念に基づいて取り消せないと解することができるのではなからうか。

(4) 本人の同意が審判の要件となっている場合がある。本人以外の者の請求による場合、「保佐人に代理権を付与する旨の審判」に際する本人の同意(876条の4第2項)、「補助人に代理権を付与する旨の審判」に際する本人の同意(876条の9第2項)、「補助開始の審判」に際する本人の同意(15条2項)および「補助人の同意を要する旨の審判」に際する本人の同意(17条2項)がそれである。これらのいずれの場合も、自己決定の尊重の理念に基づいて、保護を受ける否か、およびどのような保護を受けるのかは、本人自身が選択することができることを意味する。

(5) 本人以外の者も請求することができるが、本人もまた請求をすることによって、審判をすることができる場合がある。後見開始の審判(7条)、保佐開始の審判(11条)、補助開始の審判(15条1項本文)、補助人の同意を要する旨の審判(17条1項本文)、および任意後見監督人の選任審判(任意後見契約に関する法律4条1項本文)がそれである。これらのいずれの場合も、自己決定の尊重の理念に基づいて、保護を受けるか否かは、本人自身も決定することができることを意味する。

Ⅲ. 本人保護における考慮事項としての本人意思

(1) 禁治産制度においては、「禁治産者の後見人は、禁治産者の資力に応じて、その療養看護に努めなければならない。」(旧858条1項)と規定して、禁治産後見人の「療養看護義務」が定められていたが、新しい成年後見制度においては、この

旧858条1項は改正され、「成年後見人は、成年被後見人の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務を行うに当たっては、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。」(858条)と規定され、身上配慮義務とともに、自己決定の尊重の理念に基づいて、後見の事務遂行にあたって成年被後見人本人の意思の尊重が明文で定められた。

この規定内容は、「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することによって、身上面の保護に関する成年被後見人の職務・機能の実効性を高めていくことに資するもの⁽³⁾」である。

「成年被後見人の意思」は、成年被後見人の「心身の状態及び生活の状況」とともに、後見の事務(本人の生活・療養看護・財産管理に関する事務)を行うにあたって考慮される事項の一つと明文で規定されている。文言上は「尊重」とあるが、その意味は「考慮」である。なぜなら、後見の事務遂行にあたっては、本人の「心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならず、その配慮の結果、本人の利益保護の観点から本人の意思のとおり[・]に事務遂行ができないときもあるからである。本人意思の尊重は、後見の事務遂行にあたって本人の最善の利益を探知するための、成年被後見人に課せられた法的義務なのである。

本人意思の尊重とは、単に本人の意向を聴くことにとどまらない。本人の保護にあたる成年被後見人は、その事務を遂行するにあたって、本人と遣り取りをしてコミュニケーションをとりながら、本人の真意を探求し、本人をめぐる事情に配慮しながら、本人の最善の利益を探知するとともに、本人の最善の利益に反しないように本人を説得し、あたかも本人自身が意思決定したかのように導くことを意味するのではなかろうか⁽⁴⁾。沼正也のいう「運用原理」としての「次善性の原則」に従うものである。

また、後見の場合と同様に、本人意思の尊重は、

保佐および補助ならびに任意後見の事務を行うにあたって考慮される事項の一つと規定されている(876条の5、876条の10、任意後見契約に関する法律6条)。

(2)「成年被後見人を選任するには、成年被後見人の心身の状態並びに生活及び財産の状況、成年被後見人となる者の職業及び経歴並びに成年被後見人との利害関係の有無(成年被後見人となる者が法人であるときは、その事業の種類及び内容並びにその法人及びその代表者と成年被後見人との利害関係の有無)、成年被後見人の意見その他一切の事情を考慮しなければならない。」(843条4項)と規定されている。

成年被後見人は家庭裁判所が選任するのであるが、自己決定の尊重の理念に基づいて、成年被後見人の意見は、成年被後見人の選任に当たって考慮される事項の一つであると明文で規定されているのである。これもまた、前述(1)と同じく、「次善性の原則」に従って本人の意見を聴いた上で、成年被後見人の最善の利益に反しないように、その者の成年被後見人として適格者を選任することを意味するものである。

また、成年被後見人の選任と同様に、保佐人および補助人の選任についても、本人の意見が考慮事項とされている(876条の2第2項、876条の7第2項)。さらに、成年被後見監督人、保佐監督人および補助監督人の選任も同様である(852条、876条の3第2項、876条の8第2項)。

(3)成年被後見人制度における本人意思を尊重すること、本人の意見を聴くことは、どのような意義があるのだろうか⁽⁵⁾。成年被後見人等の最善の利益を探知するための手続であり、前述の「運用原理」としての「次善性の原則」そのものである。成年被後見人等または裁判所が成年被後見人等の最善の利益を判断するために、成年被後見人の意思を尊重し、意見を聴くということには、次のような意味がある。本人保護のために判断を行う者の①独断の回避、②思い込みの回避、③知り得ない

情報の収集、④事態の多面的・多角的把握、⑤判断資料を豊富にすること、である。

おわりに

自己決定の尊重と本人保護とは本来矛盾対立する。なぜならば、適切な法律行為を行う判断能力を有しないが故に自己決定を法的に受容することができない者のために、本人保護を主眼とする成年後見制度があるからである。

したがって、成年後見制度は、本人保護の理念が貫徹する部分と自己決定の尊重の理念が貫徹する部分とに明確に分かれる。このように、自己決定の尊重の理念と本人保護の理念の調和は、自己決定の尊重が妥当する領域と本人保護の理念が妥当する領域とに明確に区分される形で「調和」しているのである。

そして、この二つの領域を繋ぐ運用原理である次善性の原則として、本人意思は、本人保護の領域にあっては、自己決定ではなく本人保護（後見等の事務遂行・成年後見人等の選任など）を適正に行うために、考慮すべき事項であるという形で「調和」しているのである。

註

- (1) もちろん、個々の行為について、行為時に意思無能力であったことを証明して、無効の主張をすることによって、制限行為能力者本人が不利益な意思決定から解放される途が開かれていることは言うまでもない。
- (2) 意思能力と事理弁識能力との概念上の区別については、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）64頁注（7）参照。
- (3) 小林・原、前掲注2，259頁。
- (4) 沼正也は、このことについて次のように述べている。「市民社会法は個人意思のあくなき尊重の強制実現の機構であり、保護法の領域の『実践原理』がこれによりえないのは、たとえば精神病患者とは一対一の話し合いができないこ

とからする必要悪（次善性）として心ならずも非話し合いによるその療養看護・財産管理・法定代理制度が立てられざるをえないからなのである。しかし、これは市民社会の大原理—『理念原理』そのものからするときはやむをえない次善に出るのであるから、その運用に当たっては（『運用原理』）、『次善性の原則』からして一步を最善なるものに近づけつつなされなければならないことを導く。すなわち、要保護者の無用な抵抗を生ぜしめず、また不完全ながらも意思を帯有する者に対してはその者を十分に説得しつつ適用がなされなければならないのである」（沼正也『民法の世界』（三和書房、昭和48年）495頁）。

- (5) 藪本知二「子どもの権利条約の起草段階の研究—子どもの意見表明権の存在意義を中心に—」永井憲一（編）『子どもの権利条約の研究』（法政大学出版局、1992年）参照。

Respecting the Intention of a Adult Ward, a Person under Curatorship, a Person under Assistance and a Principal of a Voluntary Gurdianship Contract

Tomoji YABUMOTO

The aim of this article is to analyse and explain an idea of the respect for the person's intention in the existing adult gurdianship system.

The person's intention under the adult gurdianship law is to be considered as a matter of protection of that person appropriately. It is not simply a matter of self-determination.

Key words: adult gurdianship, self-determination

